

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（倒産法）

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

解答に当たって言及すべき問題点等については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問は、具体的な事例を通じて、別除権となる動産売買先取特権の権利行使方法、双方未履行双務契約における履行選択の手続と効果及び破産管財人が担保目的物を売却した際の財団債権の成否（設問1）、相殺権と相殺禁止の規律及び具体的な事案における相殺の可否（設問2）を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、各小問において具体的に指示されている論ずべき事項を的確に捉え、自らの見解を説得的に論ずることができるかどうかに、設問2においては、具体的な事案を正確に把握・分析し、相殺適状にあることを確認した上、問題文に示されている破産法の条文の構造と予想されるXの反論を踏まえつつ、相殺の可否について、問題となる条文や関連する判例の正確な理解と事例への丁寧な当てはめができるかどうかに置かれている。

第2問は、具体的な事例を通じて、再生計画案の適法性（設問1）及び再生計画の履行確保の方策等（設問2）についての正確な理解と問題解決能力を問うものである。採点の主眼は、設問1においては、再生計画案を決議に付する旨の決定をするための要件を正確に指摘した上で、本件再生計画案第2項①から④までの各条項につき、民事再生法上の問題点を踏まえて論ずること、特に、④の条項に関しては、設問における具体的な事情の適示と丁寧な当てはめができるかどうかに、設問2においては、再生債務者と監督委員の役割を的確に論じた上で、具体的な事情を踏まえつつ、再生債務者が採り得る方策を論じられるかどうか、また、最大の債権者であるG銀行は、その債権回収の極大化を図るために、いかなる方策を探るのが相当かとの観点から論じられているかどうかに置かれている。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

(ア) 設問1は、担保権者であるB社の動産売買先取特権に基づく破産手続外における担保権実行と契約当事者であるD社との本件売買契約の双方未履行双務契約の処理が組み合わされ、破産管財人も含め、複数の当事者が先鋭的に利害対立する場面となっている。権利関係の調整が大きく問題となり、論点も多数存在するところであるが、問題を3つの場面に分割・限定し、順次検討することを求めており、おおむね想定された検討が行われていた。

基本的に個別の権利行使を禁止される破産債権者（一般債権者）の立場と別除権として破産手続外で担保権実行が可能な担保権者の立場の違い、倒産法独自の規律となる双方未履行双務契約の規律の理解、破産管財人が担保目的物を売却した際の財団債権の成否と、平時実体法との比較の観点で考慮することが求められており、民法の理解が前提として必要である。

(イ) 設問1(1)において、B社は、機械αの代金1000万円を回収したいと考えており、その債権の回収としては、B社の代金支払請求権（民法第555条）が破産手続では破産債権（破産法第2条第5項）となることを挙げるべきであるが、これに触れることなく、すぐに担保権である動産売買先取特権を論じているものが多かった。破産手続開始決定の効果として、破産債権は個別の権利行使を禁止され、破産手続によらなければ行使できず（同法第100条第1項）、債権届出、調査、確定手続を経て、配当を受けることになる。この前提を確認

した上で、破産手続外で担保権実行が可能となる別除権につき論じる必要がある。

B社は、機械 α につき、動産売買先取特権を有し（民法第311条第5号・第321条）、破産手続において特別の先取特権は別除権とされることから（破産法第2条第9項），別除権付破産債権となり、別除権につき破産手続によらないで担保権実行が可能となる（同法第65条第1項）。この点、一般的な先取特権と勘違いし、優先的破産債権とするものが多く見られるなど、基本的事項の理解に欠けると言わざるを得ない答案もあった。また、設問1(1)においては、動産売買先取特権の指摘をすることなく、設問1(3)において物上代位権の前提として、動産売買先取特権を指摘するものもあったが、設問1(1)においては評価されない。

担保権の実行は、機械 α がA社の自社倉庫内に存在するので、その実行方法は、執行裁判所の動産競売開始許可を得た上での動産競売となる（民事執行法第190条第1項第3号・第2項）。この点の指摘までされているものも相当数あったが、強制執行と担保権実行との区別ができておらず、動産に対する強制執行（同法第122条第1項）を挙げるものも多かった。担保権の実行であり、一般債権者の強制執行の場面ではない（破産財団に属する財産に対する強制執行は禁止されている（破産法第42条第1項）。）なお、B社は、動産売買先取特権に基づく機械 α の返還請求はできず、また、物上代位権の行使の場面ではない。

別除権付破産債権であることを明確に指摘した上で、破産配当との関係で、不足額責任主義（破産法第108条第1項本文）まで触れられているものもあったが、ここまで触れた方が丁寧であろう（破産債権であることを指摘せずに、不足額責任主義に言及しても評価の対象とはならない。）。

- (ウ) 設問1(2)においては、問題文に明確に書かれているとおり、D社との本件売買契約が双方未履行の双務契約であり、破産管財人Xは、破産法第53条第1項に基づく解除か履行の選択を行う場面となることを確認する必要があり、この点はほぼ書けていたが、中には、この点の把握ができておらず、管財人に選択権があることの明示がないものもあった。

Xが履行を選択する場合の問題状況は、XのD社に対する代金支払請求権は破産財団に属する債権であり、D社のA社に対する機械 α の引渡請求権は原則として破産債権となるところ、D社には同時履行の抗弁権があり（民法第533条）、XがD社から代金を回収したくてもこのままでは回収できない点にあるが、この点の指摘はほとんどなかった。ここで、倒産法独自の双方未履行双務契約の規律の制度趣旨が問われることになるが、多くの答案は、問題状況とは無関係に論じており、問題状況を把握した上で、制度趣旨を論ずるものは印象が良かった。本問は、制度趣旨についての学説の優劣を問うものではないが、破産管財人が履行を選択した場合の効果として、相手方の請求権（D社の機械 α の引渡請求権）が財団債権（破産法第148条第1項第7号）になる点を論じる必要がある。この点、破産管財人が解除を選択した場合の制度趣旨に終始するものがあったが、本問の問うところからは外れてしまうことになる。

破産管財人が履行を選択するには、破産手続上必要とされる手続として、裁判所の許可が必要であること（同法第78条第2項第9号・第3項第1号、破産規則第25条）をその理由も含め論じる必要があるが、欠落しているものも多かった。なお、裁判所の許可を要する理由を論じているが、双方未履行双務契約の規律の制度趣旨（前述の財団債権となる点）には触れていないものもあった。

本問は、D社との関係で、XがD社から機械 α の代金1500万円を回収する点につき問うものであるが、Bの動産売買先取特権につき、担保権消滅の許可の申立て（破産法第186条）を要するとし、これを論じることに終始するものも見受けられた。

- (エ) 設問1(3)においては、XがD社に機械 α を引き渡していることから、動産売買先取特権には第三取得者への引渡し後の追及効がなく（民法第333条）、また、B社が物上代位権を

行使するにも、XがD社から代金を回収しており、B社はその前に差押えをしていないことから、別除権者として物上代位権の行使はできない（同法第304条第1項ただし書）。このように、B社が優先的な回収はできない状況にあることが本問の前提であるが、この点に気付かず、B社の物上代位権の行使の可否に終始しているものが大多数であった。本問は、管財人による担保目的物の任意売却という事例において、B社が「破産財団から優先的に弁済を受ける」方法を問うており、財団債権となる法律構成が可能かの問題であることに気付いてもらいたかった。

財団債権となる法律構成については、具体的には、Xが担保目的物を売却したことが不法行為（同法第709条、破産法第148条第1項第4号）や不当利得（民法第703条、破産法第148条第1項第5号）となるかどうかの検討が求められるが、両方又はいずれかを指摘するものは印象が良かった。動産売買先取特権は、法定担保であり、もともと弱い担保権とされるところ、破産管財人は破産財団に属する動産を換価すべき立場にあること、前述のとおり、動産売買先取特権には第三取得者への引渡し後の追及効がなく、物上代位権の行使（民法第304条第1項本文、民事執行法第193条第1項）も代金回収前に差押えが必要であること（民法第304条第1項ただし書）などからすると、基本的には成立に消極的な方向となり、そのように解するもの多かった。なお、説得的に論じてあれば、結論による差はない。

イ 設問2

- (ア) 本問は、相殺権と相殺禁止の規律、具体的事案における相殺の可否を問うものであるが、破産法の条文の構造の基本を問い合わせ、それを前提に2つの最高裁判決を題材としているところ、前者の基本の理解が不十分なものが多く、後者の判例の理解に至るまでの段階で、差が付いた感がある。さらに、判例の理解まで踏まえ論じられているものは高得点となった。
- (イ) 解答に当たっては、まず、相殺の可否を論じる前提として、民法の相殺（民法第505条第1項）及び破産法の相殺権（破産法第67条第1項）の確認（相殺適状にあるかも含め）が必要である。

自働債権となるC社のA社に対する本件貸付金債権（破産債権）は、破産手続開始決定によって現在化し（破産法第103条第3項）、弁済期が到来していることから（なお、A社の支払停止により期限の利益を喪失したことや、期限付の破産債権も相殺が可能であること（同法第67条第2項前段）の指摘でもよい。）、相殺が可能となるところ（同条第1項）、自働債権につき指摘するものは多くはなかった。指摘があっても、本件貸付金債権が破産債権に該当する点までにとどまっていた。

次に、受働債権となるA社のC社に対する剩余金返還請求権は、停止条件付債権であると考えられるところ、破産手続開始後に受働債権につき停止条件が成就した場合の相殺の可否につき、破産法第67条第2項後段は破産債権者の負担する債務が条件付債務であるときについても相殺を可としており、停止条件付債務につき、破産手続開始後に停止条件が成就した場合も相殺可能と思われるが、この指摘がないもの多かった。また、破産法の相殺権及び相殺禁止の条文は、正確な特定が必要であるところ、「第67条第2項」までの指摘も相当数あった。「第67条第2項後段」まで指摘されているものは印象が良かった。

- (ウ) また、本問では、問題文に「破産法の条文の構造」を踏まえることが明示されており、前述した相殺権の前提を基に、破産手続開始後に受働債権につき停止条件が成就した場合、一般に、停止条件の成就をもって債務を負担したと理解されていることから、破産手続開始後の債務負担につき相殺禁止としている破産法第71条第1項第1号に該当する（かつ、同条第2項の例外規定は適用がない。）という構造となっていることの確認が求められるところ（C社の主張とXの反論が明確に対立するところ）、この指摘が的確にされているものと不十分なもの、さらには、指摘がないものとの間では大きく差が付いた。

さらには、同法第71条第1項第1号には、同条第2項の例外規定がないところ、例外規定があることを前提に論じるもの、同法第67条第2項後段を挙げずに、同法第71条第2項第1号又は第2号を準用するとするもの、同条第1項第3号又は第4号に該当しつつも、同条第2項第2号に該当するとするもの等があった。

- (イ) 相殺の可否を論じるに当たっては、最高裁判所平成17年1月17日第二小法廷判決（民集59巻1号1頁。以下、「平成17年最判」という。）の射程が問題となるというべきところ、この判例の指摘やその判旨を前提とした指摘をした答案は、かなり少数にとどまつた。平成17年最判は、判例百選にも掲載されているものであり、これに言及した答案がかなり少数にとどまつたことは、やや想定外であった。

平成17年最判の事案は、破産手続開始前の不法行為（火災保険詐欺）に基づく損害賠償請求権と破産手続開始後の満期返戻金債権、解約返戻金債権の相殺が問題となり、停止条件不成就の利益を放棄したときだけでなく、破産手続開始後に停止条件が成就したときも、特段の事情のない限り、相殺可能と判断した。これに対し、本問は、会社整理の最高裁判所昭和47年7月13日第一小法廷判決（民集26巻6号1151頁。以下「昭和47年最判」という。）の場面を用い、機械βが思いがけず高く売れ、C社が「期待していなかった」剩余金返還債務の負担が破産手続開始後に現実化したことをどのように評価するかを問うものであるが、的確に比較しているものは更に少数にとどまつた。

平成17年最判の判断を前提に、「特段の事情」の意味合いにつき、相殺に対する合理的期待との関係、停止条件成就前に受働債権の発生いかんも額も不確定の場合か（昭和47年最判）、相殺権の濫用に該当する場合か等を適宜挙げ、説得的に論じることが求められるところ、前提を欠くものとの確に論じたものとで大きく差がついた。ただ、前提を欠いていたとしても、相殺に対する合理的期待を中心に、譲渡担保の剩余金返還債務が生じる場面の特殊性を挙げ、もともとの債権担保を越える担保的機能まで認められるか否か説得的に論じているものは、上限はあるものの評価された。

なお、相殺の可否を論ずるに当たっては、規範定立が求められるところ、事案のあてはめと峻別できていない答案も多く見られた。

(2) 第2問

ア 設問1

- (ア) 設問1では、まず、前提として、裁判所は、再生計画案の提出があったときは、民事再生法第169条第1項各号のいずれかに該当する場合を除き、当該再生計画案を議決に付する決定をすることとなり、本件再生計画案を付議するためには、当該再生計画案が「法律の規定に違反」（同法第174条第2項第1号）するものではないことが必要である旨（同法第169条第1項第3号）を指摘する必要があるが、この点は、比較的よくできていた。また、これらの条文を正しく掲示し、前提の整理を丁寧に行っている答案は、その後の論述も、問題点を的確に抽出できていた。一方、条文を正しく適示できていないものも散見され、そのような答案は、その後の論述も雑となつたもの多かった。

- (イ) 次に、本件再生計画案の第2項（権利変更の一般的基準）の①から④までの各条項の民事再生法上の問題点を踏まえて解答をすることが求められているが、当該各条項は、いずれも免除を受ける割合を異にする権利変更の内容を定めるものである。したがって、本設問では、平等原則とその例外を規定する民事再生法第155条第1項本文及びただし書との関係で、①から④までの全ての条項の問題点を的確に抽出する必要がある。しかし、全ての条項について法律上の問題点を検討している答案はそれほど多くなく、とりわけ、①及び②の各条項の問題点を抽出している答案は少数にとどまっていた。また、②の条項が、少額債権者にとって一般債権者よりも不利益となっているとする答案や、④の条項がY社にとって一般債権者よりも有利となっているとする答案もあった。前提となる事実関係を含めて、問題文はよ

く読む必要があり、例えば、上記のように再生計画案の読み方を誤るような答案は、①から④までの各条項の的確な問題点の抽出などおよそ期待し得ない。

さらに、本設問では、各条項の同法第174条第2項第2号該当性について長々と論じている答案が多く見られた。答案上この点に触れること自体は構わないが、問題文において、再生計画の履行可能性について特段疑義を挟むような事情は何ら挙げられていないのであるから、中心論点である平等原則との関係でバランスを失しない程度の論述に留める必要がある。再生計画の履行可能性（同法第174条第2項第2号該当性）について長々と論じている答案は、必然的に平等原則に関する論述は薄いものとなり、高い評価を得ることは難しくなっていた。また、本設問では、問題文において、各条項が同法第174条第2項第4号には該当しないことが明示されているにもかかわらず、清算価値保障原則違反について論述する答案も少なからず見られた。このような答案は、問題文をよく読んでいないか、あるいは同法第174条第2項第4号の「再生債権者の一般の利益に反するとき」の意義（清算価値保障原則）という民事再生法の基本的概念の知識を欠くことによるものと思われる。

- (ウ) ①から④までの各条項について検討をするに当っては、法律上の問題点が問われている以上、民事再生法第155条第1項ただし書がそれぞれ平等原則の例外を許容している法律の趣旨に立ち返った論述をすべきである。この点は、④の条項については、比較的多くの答案が触れられていたが、①から③までの条項についても、同様に平等原則の例外が許容されている趣旨について論述できている答案は高い評価を得た。また④の条項について、問題文に表れた事情を的確に抽出してこれを評価し、「衡平を害しない場合」に当たるか否かの当てはめを行っている答案も多く見られ、おおむね高い評価を得ていた。

なお、同法第155条第1項ただし書の「不利益を受ける債権者の同意がある場合」や、「少額の再生債権」、「第84条第2項に掲げる請求権」が、「その他これら者の間に差を設けても衡平を害しない場合」の例示であるとの指摘のある答案がかなりの数に上ったが、条文の文言上、例示ではないことは明らかである（規定上「その他」となっていて、「その他の」とはなっていない）。また、全体を通じて、条文の摘示が全くなかったり、条文の摘示の仕方（本文とただし書との区別や項と号との区別）が正しくできていない答案がかなりの数あった。条文の読み方等の法律家としての基本的スキルが身に着いていないことによるものと思われる。

イ 設問2

- (ア) 小問(1)では、まず、再生計画認可後の再生手続においてX社及びKが果たすべき役割が問われているにもかかわらず、再生手続一般において、再生債務者及び監督委員が果たすべき役割について論じている答案が少なからず見られた。また、本小問では、K（監督委員）が果たすべき役割についても問われているにもかかわらず、この点の論述を全くしていない答案や、X社が採り得る方策が問われているにもかかわらず、Kが採り得る方策について論述している答案もあった。これらの答案もまた、問題文をよく読んでいないことによるものと思われる。

X社が採り得る方策を論じるに当って、平板に条文を羅列するのではなく、再生債務者が、再生手続開始後においても、業務遂行権及び財産管理処分権を有し（民事再生法第38条第1項）、債権者に対し、公平誠実にこれら権利行使し、再生手続を追行する義務を負うこと（同条第2項）などの再生手続の基本構造を踏まえて論じているものは、高い評価を得ていた。

- (イ) 再生債務者（X社）の採り得る方策については、多くの答案が再生計画の変更の申立て（民事再生法第187条第1項）に触れられていたが、その制度の趣旨にまで立ち返って、その要件該当性や効果についてまで論じられている答案は少数にとどまっていた。

また、再生債務者（X社）として、再生計画が履行される見込みがないことが明らかになったとして、廃止の申立て（民事再生法第194条）をすべきとする答案が多くあったが、この指摘にとどまらず、なぜX社が廃止の申立てをすべきであるのかについて、前記の再生手続において再生債務者が果たすべき役割を踏まえて論じている答案も少数ながらあり、このような答案は、高い評価を得ていた。

(ウ) 小問(2)では、G銀行が採り得る方策を検討する必要があるが、多くの答案が、再生計画の取消しの申立て（民事再生法第189条第1項第2号）に触れられていた。しかし、本件において取消しの申立てが認められるかについて、問題文に表れた事情を抽出して、同条第1項第2号や同条第3項の要件への当てはめを行い、その効果として、再生計画の取消決定が確定したときには、再生再計画によって変更された再生債権が原状に復し（同条第7項）、G銀行としては権利変更前の債権全額につき権利行使ができることになることについて丁寧に論じている答案は、少数にとどまった。また、G銀行としては、再生債権者表の記載を債務名義とした強制執行（民事再生法第180条）を申し立てることも考えられるが、この点を指摘できた答案も少数にとどまった。

これらG銀行が採り得る方策を検討するに当っては、単に条文を羅列するのではなく、G銀行が、債権者としての立場から、債権回収の極大化を図るためにいかなる方策を探ることができるかという観点から検討をしている答案は、高い評価を得ていた。

(3) 全体を通じて

条文を正しく適示できないもの（例えば、「174条2項1号」を誤って「174条1号」「174条2号」とするもの、「ただし書」を「後段」とするもの等）や誤字（「少額債権」を「小額債権」、「衡平」を「公平」とするもの等）が目立った。

第1問、第2問とも、問題文に答案構成についての明確な指示が書かれているにもかかわらず、それに従わない答案が相当数あった。また、第1問にあっては、設問1につき、余事記載が多いもの、設問2との分量のバランスを欠いているものが少なからず見られた。また、第2問にあっては、設問2の解答にたどり着いていないか、単に「再生計画の変更」、「廃止」、「取消し」を羅列するのみにとどまる答案が少なからず見られた。

4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する理解を確認する問題、具体的な事案から論点を抽出する能力を試す問題、倒産実体法及び倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人破産に関する問題等、幅広い観点からの出題を心掛けることが望ましいと考える。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

まず、倒産法における基本的な条文、判例及び学説を断片的、概括的にではなく、その趣旨に遡って正しく理解をした上で、倒産法の体系の中で相互に関連付けて把握することが重要である。その上で、具体的な事例の検討に当たっては、習得した基本的な知識の確認とその応用をしながら、与えられた事実関係を把握・分析して論点を過不足なく的確に抽出し、論理的かつ一貫性のある解釈論を展開して、妥当な結論を導く能力が求められる。

このような知識・能力の必要性は、倒産法の分野に限られるものではないが、倒産法は、実体法と手続法が交錯する分野であり、民事訴訟法、民事執行法、民法等についての幅広い理解・知識が基礎として求められる上、再建型及び清算型手続の異同についても横断的に理解することが必要であるなど、総合的かつ多角的な知識・能力が求められる分野である。

法科大学院においては、こうした点にも配意しつつ、上記の知識の習得や能力の涵養を実現するための教育が日々実践されることを期待したい。

なお、言わずもがなのことでもあり、他の科目でも例年指摘されているはずだが、「採点の対象

となる（他人が読む）ものを書く。」という基本的な姿勢に欠けていると言わざるを得ないものが、依然として少なからずある。文字の巧拙というレベルを超えて、判読不能（極端に小さな文字、外国語の筆記体のような綴り）のものさえある。日頃起案の練習をする際から、是非とも心掛けてほしいものである。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（租税法）

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点実感等

(1) 第1問

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点について、他説を意識しつつ、本問の事実関係に即した説得力のある自説を展開できているかどうかという観点から採点した。なお、設問1及び2のいずれにおいても、自説を明確に決めないまま複数の見解を併記したり、他説に対する批判ないし反論を的確に行っていない答案も若干見られたが、このような答案では説得力が乏しく、「自説を述べなさい。」との設問の要求にも応えていないため、高い評価は望めない。

設問1について、本問のAは、B株式会社（以下「B社」という。）の従業員（研究員）として勤務し、その本来の職務に従事する過程で甲という職務発明を行い、その特許を受ける権利をB社に承継したことから、その後、本件出願報償金及び本件実績報償金（以下「本件各報償金」という。）並びに本件和解金を得たものである。したがって、これらの金員は、Aが自己的計算と危険において独立して営んだ業務から生じた所得（最二判昭和56年4月24日民集35巻3号672頁等参照）でないことは明らかであるから、これらの所得分類について、少なくとも事業所得（所得税法第27条第1項）を検討する必要は乏しい。この点に関し、「給与所得と事業所得との区別」という論点に飛び付き、長々と事業所得該当性を論じていた答案が少なからずあったが、よく問題文を読んだ上でその事実関係に適した所得分類を論ずべきである。

本件出願報償金の所得分類については、譲渡所得（所得税法第33条第1項）、給与所得（同法第28条第1項）、一時所得（同法第34条第1項）又は雑所得（同法第35条第1項）に該当するとの見解が考えられる。この場合、最初に検討すべきは譲渡所得や給与所得であり、これらに該当しないとした場合に一時所得該当性を検討し、その結果一時所得に該当しなければ雑所得になるという検討順序になるべきであるが、この検討順序をきちんと意識できていない答案が少なからず見受けられた。この点は、過去の採点実感でも指摘されているところであり、所得分類の問題が出題された際には必ずこの検討順序を意識して論ずべきである。

本件出願報償金の所得分類について、ほとんどの答案は給与所得又は譲渡所得という結論を導いていた。本問では、結論の当否よりも、自説に至る論理的思考とその説得的な説明ができるかという論証の質を重視した。ただし、Aが「特許を受ける権利」という移転可能な権利（特許法第33条第1項参照）をB社に移転した機会に本件出願報償金を受領したという側面からは、まずは譲渡所得を発想するのが自然である。他方、従業員Aが職務遂行過程で発明した甲に係る特許を受ける権利をその勤務先であるB社に承継してB社から本件出願報償金を得たという側面からは、給与所得を発想するのも自然である。したがって、仮にこれらの説を自説としない場合であっても、少なくとも「異なる見解」としてこれらの見解は検討しておくべきであり、譲渡所得や給与所得の該当性を論じていない答案では高い評価は望めない。なお、譲渡所得に該当しないとした答案は、その理由として、「キャピタル・ゲインを生じさせる権利ではないから『資産』に該当しない。」「1万円という金額は特許を受ける権利の対価としては安すぎるから、『資産の譲渡』の対価ではない。」などの理由付けが多かった。他方、給与所得に該当しないとした答案では、「本件規程上、提供した労務の対価ではなく、譲渡した特許を受ける権利の対価として支払われたというべきである。」という理由付けが多かった。いずれにしても、他説に対する批判ないし反論は説得的に行う必要がある。

また、本件実績報償金については、本件出願報償金が支払われた約6年後に、B社がその保

有する甲に係る特許権をD株式会社（以下「D社」という。）に譲渡した機会に、B社からAに500万円が支払われたものである。本件実績報償金の所得分類については、譲渡所得や給与所得のほか、一時所得や雑所得とする答案が多く、結論が大きく分かれた。結論のいかんよりも、その論述の説得力が重要であることは本件出願報償金の場合と同様であり、しかも、必ずしも本件出願報償金と同一の所得分類という結論に達する必要はない。ただし、両者の上記のような支払の時期、機会、額の差異を十分に検討した上でその所得分類を論ずる必要があり、特に、本件出願報償金とは異なる所得分類とするのであれば、上記のような差異がその所得分類の結論の相違につながる理由を説得的（整合的）に論じるのでなければ、高い評価は望めない。

さらに、本件和解金については、そもそも所得の帰属年度の論点のみを論じて、その所得分類の検討が抜け落ちてしまった答案も散見されたが、まずは問題文をよく読んで解答すべき論点を確認することが重要である。たとえ他の論点で良い解答をしていても、1つの論点の解答が完全に抜け落ちてしまった場合にはそれだけで大きな失点となることは避けられない。本件和解金の所得分類についても、譲渡所得、給与所得、一時所得、雑所得など結論が大きく分かれた。なお、ここで退職所得（所得税法第30条第1項）を検討した答案（あるいは退職所得を自説とした答案）もあった。しかしながら、本件和解金が「退職」という事実によって初めて給付される性質のものでないことは明らかであるから（最二判昭和58年9月9日民集37巻7号962頁等参照）、退職所得を検討する必要は全くない。本件和解金の所得分類については、その基となる請求権の法的性質を検討しないまま、単に、「訴訟上の和解により発生したもので、営利目的の継続的行為から生じたものでもなく、対価性もないから、一時所得である。」と形式的に一時所得と結論付けた答案も多かったが、これでは和解金は全て一時所得となりかねず、説得力に乏しい。他方で、本件和解金の所得分類については、その基となる請求権が、特許を受ける権利の「相当の対価」の支払請求権（特許法第35条第3項参照）であり、本件各報償金との類似性があることを前提とした上で、両者との異同を含めて所得分類を説得的に論じた答案は当然に評価が高くなった。

なお、本件実績報償金や本件和解金について、「特許権譲渡の対価であるから譲渡所得に該当する。」との答案も散見されたが、特許権をD社に譲渡した主体はAではなくB社であるから、このような解答は明らかな誤りである。

本件和解金の所得の帰属年度については、ほとんどの答案が、いわゆる権利確定主義の趣旨、内容をおおむね正確に説明した上で、その当てはめとして、訴訟上の和解が成立した平成27年であると結論付けていた。他方で、実際に本件和解金が支払われた平成28年とした答案、「相当の対価」の支払請求権が発生した平成18年とする答案なども散見された。平成27年に帰属するとした答案についても、簡単に「訴訟上の和解が成立して初めて権利が確定したから」との理由付けのみを記載しているものが多かった。他方で、特許を受ける権利の「相当の対価」を一義的に金銭で評価することは難しいことや、訴訟においてB社が「相当の対価」の残額の有無及び額を争っていたことなど、本件の事実関係に即して丁寧に当てはめをした答案もあったが、このような答案は当然に評価が高くなかった。

設問2については、損金算入について定めた法人税法第22条第3項の「別段の定め」としての法人税法第34条の役員給与該当性の論点について解答することを期待したものである。半数以上の答案は、Eによる乙50箱（以下「本件食品」という。）の無償取得について、役員給与に該当するとした上、同条第1項各号に該当しないから損金の額に算入できないとの結論を導いていた。ただし、Eが部下に命じて本件食品を無償で取得したことをもってD社によるEへの「給与」といえるか否かの論証が足りない答案が多く、また、法人税法第22条第3項柱書きの「別段の定め」、同法第34条第1項の「給与」、同条第4項の「経済的な利益」、同条第1項各号該当性について条文を適切に摘示した上で論じていない答案も多かった。なお、役

員給与に触れないまま損金の額への算入の可否を論じた答案も少なくなかったが、本問の事実関係を前提とすれば、役員給与該当性を全く検討しないのでは到底高い評価は望めない。また、法人税法の問題であるのに、「自家消費」に当たるとして所得税法第39条を適用ないし類推適用するなど、明らかに誤った答案もあった。

第1問の採点の結果、「優秀」又は「良好」に分類される答案の数は比較的多く、かつ、「一応の水準」にも達しない答案の数はさほど多くなかった。本問は、職務発明の対価という特許法の関係する題材であり、その対価である本件各報償金の所得分類の判断などは一概に結論が出せるものではなかったであろうと思われる。しかしながら、問題文の注で「特許法の解釈を問うものではない。」と断っていることからも明らかなように、所得分類や年度帰属という所得税法の基本的な論点や、役員給与と損金算入という法人税法の基本的な論点が問題となっていたのであるから、与えられた事実関係を下に、条文上の法律要件をきちんと理解した上で、他説を意識しつつ自説を丁寧かつ説得的に論じていれば、その結論にかかわらず高得点を得やすかったと思われる。

(2) 第2問

本問は、資産の相続、譲渡及び時効取得の場合に各当事者に生じ得る課税について、関連する所得税法の各規定相互間の解釈論上の関係が十分に理解できているかを問うものである。

設問1について、多くの答案が、甲土地を時効取得したことによるCの利益を一時所得として分類していた。しかし、裁判例として、土地の時効取得による利益を一時所得、その収入金額を時効援用時の土地の価額と解した東京地方裁判所平成4年3月10日判決（訟務月報39巻1号139頁）に言及した答案は意外なほど少なかった。

Cにおける所得の年度帰属が、時効援用時と判決確定時のいずれになるのかについて論じている答案（さらには、それを論じる際に、賃料増額請求に係る増額賃料債権について「それが賃借人により争われた場合には、原則として、右債権の存在を認める裁判が確定した時にその権利が確定するものと解するのが相当である」とした最二判昭和53年2月24日民集32巻1号43頁を引用する答案）が散見されたが、本設問は、所得分類を問うのみであるから、所得の年度帰属については、特に答える必要がない。また、仮に答えたとしても、本事例に関する限り、時効援用時と判決確定時は共に平成23年なので、どちらを基準にしても、所得の年度帰属については差異がないことになる。

ただし、上記Cの利益が課税されることを当然の前提とした設問である（課税されるという前提の下で所得分類を聞いている）ことは、ここで読み取っておかねばならない。Cが一時所得として課税されたことがCの取得費を決めるに当たりどのように影響を与えるのかについては、後述する設問2において問われることになるからである。

設問2について、問題文から、①時効取得者の取得費、②相続により資産を取得した者の取得費、③最高裁判例が示した清算課税説の内容、④含み益（Aが取得してからBが時効により所有権を喪失するまでの間に甲土地に関して生じた含み益）に対する所得税法上の取扱いにおける問題点という4つの項目については、解答において必ず触れるべきであるのに、①～④のいずれか（複数の場合も含む）について、十分にあるいは全く言及していない答案が相当数あった。当然のことであるが、設問が何を聞いているかということに、まず注意を払って欲しい。

「出題の趣旨」においても述べたが、本設問は「清算課税説を前提とした場合、各規定の間に必ずしも精緻な整合性がないと考えられる場合が存することを理解できているかどうか」を問うている。したがって、上記④の「問題点」を述べるに当たっては、①～③に対する言及を踏まえた上で、自らの考えを論理的に示しているかどうかが問われる所以であるが、そのような意味での「全体的な論理的構成力、文書表現力等」（「司法試験における採点及び成績評価等の実施方法・基準について」第2の1の(4)参照）を欠く答案が相当数見られた。また、①～④に関する各説明があちこちに飛んだり、内容が重複したりして、各項目の関係が非常に読みづら

い答案が少なからずあった。そのような答案は、採点に当たって問題点を論理的に理解できないと判断される可能性が高いので、解答を作成する際には注意して欲しい。

気になった答案として、例えば、①について、所得税法第38条第1項によりゼロとするものがあったが、その場合、（上記のとおり）設問1の解答において、時効援用時あるいは判決確定時に一時所得として課税することと、Cの取得費をゼロとすることの関係が論理的に説明できているかが問われる。また、③について、包括的所得概念に言及するのであれば、その概念と清算課税説がどのような関係にあるのかを論理的に説明する必要がある（このことについて両者と同じ内容と捉えて説明する答案があったが、両者は同義ではない）。さらに、④について、設問は「問題点」を聞いているのに、独自の立法論や無理な解釈論を延々述べた結果、自らが妥当と考える結論を強引に導き出して、清算課税説の観点から見ても問題点は生じないとする答案があったが、それでは「問題点」を論理的に指摘していることにはならない。

一方で、時効取得を対価ゼロの譲渡と解し、所得税法第59条第2項の規定に該当する譲渡であるとして、同法第60条第1項第2号により取得費2000万円がCに引き継がれると考えることで、含み益に対する清算課税説に基づく課税は抜け落ちない（課税が繰り延べられる）としながら、Cに対して一時所得と譲渡所得という所得税の二重課税が生じる点を指摘した答案が複数存在したが、それらは、（「出題の趣旨」で述べた）「問題点」について自己の見解を論理的に説明できている例ということができよう。

3 今後の出題について

今後の出題についても、これまでどおり、所得税を基本としつつ、具体的な事実関係の下で租税法の基本的な条文や概念の理解とその適用能力を試す問題を出題することが望ましいと考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求められるもの

今年も、第1問の設問2において、法人税法に関する問題を出題した。今後も所得税を基本とする問題が出題されると思われるが、法人税についての基礎的な知識の習得も重要であることは言うまでもない。

また、今後も、事例中心の出題である点には変化はないと思われる。法科大学院においては、所得税法及びこれに関連する法人税法に関して、条文に則して理解を確かなものとするとともに、個々の規定の趣旨・目的や相互関係についても理解を深めるように努めた上で、そのような基礎的な学習を通じて習得した知識や能力を事例演習等によって確認し、事例解決のための応用力や総合的判断力を涵養していくというような教育が望まれる。

5 租税法を勉強するに当たり

近年、条文引用の誤りが目立つようになった。

特に目立つのが、所得税法の論点の論証に安易に法人税法の条文を引用したり、逆に法人税法の論点の論証に安易に所得税法の条文を引用する答案である。そもそも、所得税法も法人税法も別個独立した法律であり、それぞれ異なる法理念を有しているのであって、上記のような答案は所得税法又は法人税法の解釈に対する基本的理解を欠いていると言わざるを得ない。

また、本年度については、記述内容は正しいがその根拠として引用すべき条文を誤っているという答案も目立った。これらの答案の中には、答案の記述内容と引用している条文の内容とが明らかに異なるものがあり、解答者は条文と照らし合わせて学習する習慣を欠くだけでなく、条文を読んで確認することもなく答案に引用しているのではないかとすら感じさせるものであった。

租税法の問題も、他の科目と同じく、法律の解釈適用に関する能力が問われていることに変わ

りはない。

したがって、租税法を勉強するに当たっても、他の科目と同様に、論点に関して引用されている法律の条文を必ず自分で当たって、条文の文言がどのように解釈され、そこからどのような結論が導かれるのかを理解するよう努めなければ、高い評価を得る答案を書くことは不可能である。

6 その他参考事項

高い評価を得た答案は、設問を良く読んで何が問われているかを的確に把握した上で、法的規範を事例に当てはめて結論を導出する能力を十分に示し、限られた時間内にバランス良く文章をまとめた。将来の受験者の皆さんも、プロセスとしての法学学習に真摯に取り組まれる中で、このような基本的所作を身に付けていっていただきたい。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、問題点を指摘し、法解釈を行い、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価しようとした。

特に、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討することができているかを重点的に見ようとし、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるることはしていない。

第1問は、C社とD社が独占禁止法第2条第6項の各要件を満たす行為（不当な取引制限）に及んだといえるか否かについて、見解を問うものである。

具体的には、①明示的な価格合意がなく、直接情報交換を行ったtとuが価格決定権限を有していないことを踏まえ、「共同して」（又は「共同して…相互に」）を満たすか、すなわち両社間に意思の連絡があったと認められるか、②そのような意思の連絡により「相互にその事業活動を拘束」したといえるか、③意思の連絡の内容に加え、A社製の甲向けの乙は固有の仕様と性能を求められ、その製造にはA社からの技術情報の開示を受けることを要することなどを踏まえ、「一定の取引分野」をどのように画定すべきか、④意思の連絡の内容、E社の存在、A社の交渉力などを踏まえ、当該取引分野における「競争を実質的に制限する」といえるか、⑤r・s間の雑談の中で示された認識などを踏まえ、「公共の利益に反して」といえるか、について適切な判断基準を示しながら的確に検討できているかどうかを見た。

第2問は、A社が、自社の製造した甲を小売業者に販売するに際し諸条件を付した行為が、独占禁止法第2条第9項第6号ニ、不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第12項の拘束条件付取引に該当し、同法第19条に違反するかどうかを問うものである。

設問(1)、(2)のいずれにおいても、まず、一般指定第12項の拘束条件付取引の該当性が問題になること及び拘束があることについて、事実を指摘して論じることが求められる。甲の小売業者にとってA社製の甲を取り扱うことがその営業上不可欠であること、及び、設問(1)においてはA社が納品書に記載した依頼、同社の営業担当者の要請・説明が出荷停止によって、設問(2)においては本決定の実施が新製品甲の取引を行わないことによって、それぞれ実効性を有することの指摘が的確になされているかどうかを評価した。

次に「不当に」（公正競争阻害性）については、設問(1)、(2)のいずれも、規範として、公正競争阻害性の意味内容、判断基準を提示した上で、その判断基準に即した事実を的確に当てはめることができているかどうかを評価した。当てはめについて、設問(1)では、取り分け甲全体に占めるA社製の甲のシェアが55パーセント程度であること、甲の小売業者にとってA社製の甲を取り扱うことがその営業上不可欠であることとの関係で、商品市場をどのように画定するのか、画定した市場におけるブランド内競争とブランド間競争の関係をどのように考えるのか、A社製の甲のブランド内競争が（小売業者間において）減少する可能性をどのように評価するのか、といった点を適切に論じているかどうかを評価した。他方、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して自由競争減殺の有無を判断する場合には、広告における価格表示の禁止の特質と、それに照らしてそのような判断方法が妥当性を有することを適切に論じているかどうかを評価した。また、設問(2)では、資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決（民集52巻9号1866

頁) のそれなりの合理性と制限の同等性の基準にのっとって、製造業者であるA社のブランド戦略選択の自由に配慮しつつ、価格上昇効果をどのように評価すべきかについて、解答者なりの筋道を立てて論じられているかどうかを評価した。

そして、設問(1)及び(2)の適法性の判断の結論が異なるのか、異なるとすればそれはなぜか、同じであるとすればそれはなぜかについて、出題の趣旨記載のとおり、各設問における条件の異同に着目しつつ説明されているかどうかを評価の対象とした。

3 採点実感等

(1) 出題の趣旨に即した答案の存否、多寡について

第1問のうち、まず「共同して」に関しては、「意思の連絡」があることを意味するとした上で、tとuが価格決定権限を有していないかった点についても一定の検討を加えつつ、C社・D社間で乙の単価の下限を定める意思の連絡があったとする答案が多かった。ただ、具体的にどのような内容の意思の連絡があったのかを明示しない答案や、r・s間の情報交換の合意自体が「基本合意」として意思の連絡に当たり、その後の単価についてのやりとりは「個別調整」にすぎないとする答案も散見された。tとuはメールの文面上はいずれも「自社の許容範囲」を伝えるにとどめているところ、このメールをもって乙の単価の下限を定める「明示の合意」があったとする答案が相当数あった。意思の連絡が推認される根拠について、多くの答案は事前の意見・情報交換に触れていたが、r・s間で情報交換の合意をしたことやt・u間でA社との商談の様子等について実際に情報交換していたことに触れない答案も散見された。事後の行動の一致（A社の提示価格に激しく抵抗したこと、最終的に2950円を下回らない価格で妥結したこと）に全く触れない答案も相当数あった。

「一定の取引分野」に関しては、その意義及び画定基準を示した上で、意思の連絡の対象とされたA社製の甲向けの乙に係る市場であるとする答案が比較的多かった。ただ、意思の連絡の対象について特段の考慮を示すことなく、A社製の甲向けに限らない乙全体であるとする答案や、甲も含まれるとする答案も相当数あった。市場の範囲の検討において、「需要の代替性」や「供給の代替性」がない（ある）としつつ、何と何の間に代替性がない（ある）のかを明示せず、論旨が不明確になっている答案も相当数あった。

「競争を実質的に制限する」に関しては、本期分のA社製の甲向けの乙に係るC社・D社の市場シェアは100パーセントであるとして、競争の実質的制限を肯定する答案が多かった。ただ、「一定の取引分野」についてはA社製の甲向けの乙であるとしつつ、本期分のそれを供給できないことが明らかなE社を（潜在的）競争事業者として扱い、その競争圧力があるとする答案も相当数あった。A社製の甲向けの乙の唯一の需要者であるA社が相当強力な価格交渉を行っているところ、そのような需要者からの圧力について検討を加える答案は多くなかった。C社・D社間の意思の連絡は、一定の単価ではなくその下限のみを定めるものであって、価格競争の余地を完全に排除するものではなく、現に両社の納入単価は異なっているが、そのような意思の連絡であっても競争を制限するといえるか否かについて、問題意識を示す答案はほとんどなかった。

第2問について、多くの答案が独占禁止法第2条第9項第6号ニ、一般指定第12項（拘束条件付取引）、同法第19条の適用を検討していたが、設問(1)について、同法第2条第9項第4号イ（再販売価格の拘束）や同法第2条第5項及び第3条（私的独占）を挙げる答案も散見された。

拘束の有無については、典型論点ということもあり、よく書けていた。ただ、当てはめにおいて、いかなる事実から「拘束」する行為を認定するのかが不明確な答案も相当数見られ、中には「A社の決定」とか「本件の行為」が拘束であるというものも散見された。

A社の行為が「不当に」行われたものか否かの論述においては、設問(1)について、多くの答案が一応の規範定立、市場画定、当てはめを行っていた。市場画定においては、A社製の甲とA社以外の甲の代替性をどのように考えるのかに言及することが求められるところ、多くの答案がこ

れに言及していた。一方、商品市場をA社製の甲に限定する場合には、一般消費者がA社製の甲を店頭で指定し、継続的に購入すること（いわゆる指名買い）が多いというだけでなぜ同じ甲の代替性を否定するのかについて、説得力のある理由付けが必要であるにもかかわらず、これができるている答案はほぼ皆無であった。翻って、商品市場を甲（A社製に限らず、全ての甲）とする場合に、A社が設問(1)の拘束を行うとなぜ甲全体の市場の競争が阻害されるおそれが生じるのかを丁寧に論述することが求められるが、この点を論述している答案は少なかった。また、広告における価格表示の禁止の特質に照らして、市場の画定や画定された市場における競争への影響の詳細な検討を省略して、自由競争減殺の有無を判断する立場で論じた答案はほとんど見られなかった。

設問(2)について、A社の行為が「不当に」行われたものか否かの論述においては、判断基準として、資生堂東京販売事件・最高裁判所平成10年12月18日第三小法廷判決の基準（それなりの合理性と制限の同等性）に何らかの形で言及することを期待していたが、これに言及した答案は極めて少なかった。また、本決定はA社製の甲の訴求力向上というブランド戦略を具現化するものであることと、その一方で結果として甲の価格上昇を招来することをどう評価するのかについての解答者なりの見解を提示することが求められるが、多くの答案は、訴求力向上という目的が正当であっても価格が上昇するので違法であるという単純なものであった。

(2) 出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問に関しては、不当な取引制限の各要件の定義・判断基準及びそれらに対する当てはめについて一通り論述している答案が多く、その限りにおいては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。他方で、前述のとおり、明示の合意があったとする答案、意思の連絡を推認する根拠となる事実の指摘が不十分な答案、市場画定の際に意思の連絡の対象について特段の考慮を示さない答案、E社からの競争圧力があるとする答案などが相当数あったことは予想外であった。

第2問は、設問(1), (2)とも、適用条文、拘束の有無については、一通りの論述がなされている答案が多く、この点に関しては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。ただし、前述のとおり、いかなる事実から「拘束」する行為を認定するのかを明確に指摘しない答案が相当数あったのは意外であった。

次にA社の行為が「不当に」行われたものか否かに関し、設問(1)においては、「不当に」とはどういう意味か（公正競争阻害性のことであり、自由競争の減殺を意味すること）、その意味での「不当に」に該当するか否かの判断基準を示した上、A社と他社のシェアの差異や一般消費者がA社製の甲を指名買いする傾向等を踏まえてブランド内競争の重要性を検討しつつ、A社の行為が甲の小売業者の価格競争に及ぼす影響を分析・評価することを期待していた。ところが、多くの答案が、規範の定立や市場画定が明確でない、ブランド内競争とブランド間競争との関係の理解が十分でない、あるいは問題文に記載がなく、また問題文から合理的に読み取ることもできない事実を前提として議論を展開している、といった基本的な点でつまずいており、結論に至る論旨が不明確であったことは予想外であった。

特に、自ら設定した自由競争減殺の該当性の判断基準に対応する結論の記載がない（例えば、自由競争が減殺される場合には公正競争阻害性が認められるという解釈を提示する一方で、自由競争が減殺されたか否かの結論の記載がなかったり、価格に影響がある場合には競争減殺があるという基準を設定する一方で、事実として価格に影響があるかどうかを記載することなく、結局A社が自社の甲の価格の表示を禁止することは「不当に」に該当すると結論付ける）というような、経済法固有の問題というよりも法律解釈・適用一般的のルールに従っていない答案や、価格競争に対する影響の分析がない（例えば、A社から出荷を停止すると言われば小売業者は従わざるを得ないから公正競争阻害性があるという論法）、市場画定と事実認定が整合しない（例えば、商品市場はA社製の甲と画定する一方で、A社のシェアは約55パーセントと指摘

したり、ブランド間競争を論じる)といった論理の瑕疵を有する答案が多かったことは、予想と異なっていた。

また、設問(2)においては、前述のとおり、著名な最高裁判決（資生堂東京販売事件・最三判平成10年12月18日）の基準に全く言及しない答案が極めて多かったこと、また、甲をどのように販売するかについて、A社には、結果として高価格になるようなブランド戦略でもそれを選択・決定する自由があることに配慮を示さない答案が極めて多かったことは、予想と異なっていた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

第1問に関しては、「優秀」な答案は、不当な取引制限の各要件について、適切な判断基準を示した上で、考慮すべき事実の全部又は大部分を正確に摘示しながら説得的な当てはめを行い、結論を導いているもの、「良好」な答案は、一定の判断基準を示した上で、考慮すべき事実のうち主要なものをおおむね正確に摘示しながら当てはめを行い、結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いているなど、事案処理能力が著しく不十分とみられるものとした。

第2問に関しては、「優秀」な答案は、拘束条件付取引の該当性について、各設問における条件の異同に着目しつつ、判断基準を示した上で、検討すべき事実を的確に摘示して結論を導いているもの、「良好」な答案は、各設問における拘束条件付取引の該当性について、何らかの判断基準を示した上で、検討すべき事実を的確に摘示して結論を導いているもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるために必要なポイントのうち幾つかを欠いているもの、「不良」な答案は、基本的事項についての論述を全く欠いていたり、出題趣旨から離れた記述に終始するものとした。特に、各設問とも独占禁止法第2条第9項第5号（優越的地位の濫用）についてのみ論じ、拘束条件付取引に全く言及のない答案が散見されたが、これらは「不良」と評価した。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めるに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、適用条文の選択・操作、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめること、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるよう教育してほしい。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点方針等

(1) 第1問

本問は、特許請求の範囲が機能的に記載されている場合の技術的範囲の確定、記載要件適合性、無効審判における訂正請求と侵害訴訟における訂正の対抗主張（訂正の再抗弁）、共有特許の場合の単独での審決取消訴訟提起の可否、特許法第104条の4の適用要件という、いずれも同法に関する基礎的かつ重要な問題点についての理解を問うとともに、事例から的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、関連する規定及び判例等を理解し、これを具体的な事例に的確に適用できるかについて、思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体として、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1においては、まず、製品A及び製品Bの本件特許発明の技術的範囲への属否に関し、いわゆる機能的クレームの技術的範囲の確定が問題となるところ、本件特許発明が機能的クレームであることについて触れるか、「機能的クレーム」という用語を用いずとも、本件の特許請求の範囲を同法第70条に照らしてどのように解釈すべきかの基準を示し、それを当てはめて技術的範囲への属否について論じるのが「一応の水準」である。その上で、機能的クレームについて、その発明の技術的範囲は、明細書の発明の詳細な説明の記載を参照し、そこに開示された実施例、あるいは実施例としては記載されていなくても、明細書に開示された発明に関する記述の内容から当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（当業者）が実施し得る構成に限られるべきであるとする考え方（東京地裁平成10年12月22日判決判例時報1674号152頁【磁気媒体リーダー事件】、知財高裁平成25年6月6日判決裁判所ホームページ【パソコン等の器具の盗難防止用連結具事件】等参照）を念頭に置いた上で、その解釈基準に関する自説を明確に論述し、当てはめた場合、その論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。さらに、機能的クレームの技術的範囲の確定につき適切に論じた上で、文言侵害が否定される場合には均等侵害を主張すべきことを的確に言及して論じている場合には、より高く評価した。

次に、同法第104条の3の抗弁（無効の抗弁）に関し、本件特許請求の範囲については、いわゆる記載要件違反が問題となるが、これらの要件に関する基準を示し、それを当てはめて結論を出すことが「一応の水準」である。その上で、同法第36条第6項第1号、同条第4項第1号の要件の意義を踏まえつつ、その適用基準に関する自説を的確に論述し、当てはめた場合、その論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。さらに、本件において同条第6項第2号を問題とし、この点に的確に言及して論じている場合には、高く評価した。

イ 設問2

小問(1)の前段については、まず、無効審判が係属している間は訂正請求（同法第134条の2第1項第1号）を行うべきことに言及し、さらに、通常実施権者であるZがいるため、訂正請求をするにはZの承諾を得る必要があること（同条第9項、第127条）に言及することが「一応の水準」である。また、同後段については、Xらの対抗主張として、本件特許の特許請求の範囲を訂正することによって無効原因を回避できることに言及することが「一応の水準」

である。

その上で、同後段については、このような訂正の対抗主張が認められるためには、①当該請求項について訂正審判請求又は訂正請求をしたこと、②当該訂正が法の定める訂正要件を充たすこと、③当該訂正により当該請求項について無効の抗弁で主張された無効理由が解消すること、④被告製品が訂正後の請求項の技術的範囲に属すること、を要するという裁判例（東京地裁平成19年2月27日判決判例タイムズ1253号241頁【多関節搬送装置事件】、知財高裁平成26年9月17日判決判例時報2247号103頁【共焦点分光分析事件】等）を念頭に置いて自説を論述することができれば、その論証の説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、この四つの要件のうち、①又は②の要件との関係で、前記訂正請求の場合と同様に、通常実施権者であるZの承諾を必要とするか否かが問題となることに言及し、この点について自説を的確に論じている場合には、より高く評価した。

小問(2)においては、同法第132条第3項が共有に係る特許権の共有者がその権利について審判を請求するときは共有者の全員が共同して請求しなければならないとしていることに言及し、共有者間の合一確定の要請に言及して、単独での審決取消訴訟提起の可否について論述することが「一応の水準」である。

その上で、最高裁判所平成14年2月22日第二小法廷判決民集56巻2号348頁【E.T.N.I.E.S事件】で問題となった、権利の形成過程と権利成立後における共有者の関係性の違い、単独での審決取消訴訟提起が「保存行為」（民法第252条ただし書）とみなしえるのではないか、審決取消訴訟の判決の効力と合一確定の要請、などの議論に配慮しつつ、自説を論じていれば、その論述内容の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3においては、まず、特許法第104条の4によって再審において無効審決が確定したことを主張することは妨げられており、Yが支払った損害賠償金を取り戻すことはできないことに言及し、差止めの効力が失われることについて述べるのが「一応の水準」である。

その上で、本件特許権は初めから存在しなかったものとみなされる（同法第125条本文）こと、不当利得返還請求（民法第703条）の要件である「法律上の原因なく・・・利益を受け」たか否かが問題となること、侵害訴訟の判決の効力を再審（民事訴訟法第338条第1項第8号）により失わせる必要があること、などに的確に言及し、差止めの効力については、一般的に特許権侵害訴訟の差止判決の主文は「当該特許権の存続期間中」に限り差止めを認める旨が前提となっていることなどに言及し、自説を論述すれば、その論証の的確性、説得性に応じて「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、英語の小説の日本語訳である小説、題号及びブックカバーに対するパロディ作品が著作権及び著作者人格権を侵害するか否かにつき、翻案権侵害の有無、二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲、題号の著作物性、ブックカバーの著作物性、引用の抗弁の成否、著作権法第20条第2項第4号所定の「やむを得ないと認められる改变」の適否、また、いわゆる自炊代行の問題につき、複製権侵害の成否、同法第30条第1項の適用の可否、貸与権（同法第26条の3）侵害の成否等という、著作権法の重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解を問うとともに、長文の事例からの的確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力、応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体としては、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、当事者の主張として問題点を指摘し、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、法解釈を展開した上で、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1は、著作権侵害の成否に関し、まず、最高裁判所平成13年6月28日第一小法廷判決民集55巻4号8337頁【江差追分事件】の判示を念頭に置いて、小説c、題号c及びブックカバーcがそれぞれ小説b、題号b及びブックカバーbの翻案に当たるか否かを論じ、小説c及び題号cについては二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲に触れ、また、題号b及びブックカバーbについてはそれらの著作物性に触れ、さらに、引用の抗弁（同法第32条第1項）の適用の可否を論じ、著作者人格権については、小説c、題号c及びブックカバーcがそれぞれ小説b、題号b及びブックカバーbの改変に当たり、Xの同一性保持権を侵害するか否か、特に、同法第20条第2項第4号所定の「やむを得ないと認められる改変」に当たるか否かに言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、小説c、題号c及びブックカバーcが、小説b、題号b及びブックカバーbに対するパロディ作品として制作されたものであるという問題点を指摘しつつ、表現の本質的な特徴を直接感得することができるといえるか否かを的確に論じている場合、小説cは小説bの二次的著作物と見ることができるから、最高裁判所平成9年7月17日第一小法廷判決民集51巻6号2714頁【ポパイネクタイ事件】の判示を念頭に置いて、二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲について判断基準を示した上で事案に当てはめている場合、また、題号cによる翻案権侵害については、そもそも小説bを同定識別するための短文の名称にすぎない題号bに著作物性があるか否か、題号bは題号aの直訳にすぎないことから二次的著作物の著作者としての権利が及ぶか否かについて検討している場合、ブックカバーcによる翻案権侵害については、ブックカバーbが大量に複製される実用品であることから、その著作物性が問題となることを指摘した上で、応用美術に関する判断基準等を示しつつ事案に当てはめている場合、さらに、小説c、題号c及びブックカバーcがパロディとして制作されたことを考慮した上、最高裁判所昭和55年3月28日第三小法廷判決民集34巻3号244頁【パロディモンタージュ事件】や知的財産高等裁判所平成22年10月13日判決判例時報2092号135頁【鑑定証書コピー事件】等の判示をも念頭に置きつつ、引用の抗弁（同法第32条第1項）の成否につき事案に当てはめて論じている場合、そして、同一性保持権侵害については、特に、題号cに関して同法第20条第1項に「題号」が明記されていることの意義についても触れた場合、パロディであることを考慮して同条第2項第4号所定の「やむを得ないと認められる改変」に当たり適法であるか否かを検討した場合、本設問上、Xの氏名が表示されていないことから氏名表示権侵害についても検討している場合は、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2は、いわゆる自炊代行における複製権侵害に関し、複製の主体が事業者かそれとも利用者か、同法第30条第1項の適用の可否につき論じ、さらに、小問(2)については、貸与権侵害の成否に言及することが「一応の水準」である。

その上で、それぞれの論点につき自説を展開した上で双方の主張の妥当性を論じ、特に、複製の主体が誰かについては、最高裁判所平成23年1月20日第一小法廷判決民集65巻1号399頁【ロクラクⅡ事件】の判示を念頭に置きつつ、小問(1)と同様の事案に関する知的財産高等裁判所平成26年10月22日判決判例タイムズ1414号227頁【自炊代行事件】の判示をも念頭に置いて、小問(1)においては、物理的な複製行為を行っているのが事業者であるのに対して、小問(2)においては利用者であることを意識しつつ、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、「複製の実現における枢要な行為」を行った者は誰かなどの判断基準を示した上で事案に当てはめている場合、同項の適用の可否については、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」と言えるか否か、「その使用者が

複製する」と言えるか否かに関して言及した上で事案に当てはめている場合、さらには、貸与権侵害に関しては、本設問では店舗外への持ち出しが禁止されていることから、いまだ顧客への書籍の占有移転が認められないと判断すべきか否かに関して自説を展開して事案に当てはめている場合に、それぞれの論証の説得性に応じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 設問1

(ア) 技術的範囲の属否について

本問では、特許発明の技術的範囲の属否の判断手法について、特許法第70条の規定から導き出される基本的な考え方を踏まえて、特殊なクレーム形式である機能的クレームの場合についてどのように考えるべきであるのかを順を追って検討することが期待されるところであるが、機能的クレームに気付かない答案が数多く見られた。

特許発明の技術的範囲は、クレームの記載に基づいて定めるのが大前提であるところ（同条第1項参照）、特許発明の技術的範囲につき、特許請求の範囲（クレーム）と明細書のそれぞれの記載をどのように勘案して確定するのかにつき、適切に説明できている答案は少数に限られた。逆に、同条第2項を引きつつ、一般論として、明細書の記載をクレームの記載と同等に扱ってよいかのような前提に立ち、本件明細書の実施例そのものが、本件特許発明の技術的範囲を画すると単純に述べるものが散見された。また、本件特許発明の技術的範囲について明示的に検討を行っていない答案も見られた。これらの答案の解答者は、特許請求の範囲と明細書等、更に実施例との区別という特許法の基本事項を理解できていないように思われる。

さらに、文言侵害についての解釈を誤り、あるいは、そもそも文言侵害についての検討することもなく、均等論を論ずる答案が多かったが、被告製品が機能的クレームの技術的範囲に属しないと判断した場合に更に均等論を論じるのであればともかく、安易に均等論に飛びつくことのないように注意する必要がある。

均等論について触れた答案においても、不正確な記述が目立った。単に最高裁判所平成10年2月24日第三小法廷判決民集52巻1号113頁【ボールスプライン事件】の要件論を列挙することだけで、当てはめについては大雑把にしかなされていないものや、均等論の第3要件と第4要件を混同し、理解できていない答案も散見された。さらに、均等論の各要件（とりわけ第4要件、第5要件）の充足に関わる事実関係については、そもそも問題文では何ら設定していないにもかかわらず、一方的に要件の充足の可否を結論するという強引な論述を展開している答案も少なからず見られた。

問題文においてY製品（A及びB）の特徴・構成についてある程度細かく設定されているのは、そもそも何のためであるのかを考慮し、把握した上で、解答を進めることが望まれる。

(イ) 無効の抗弁について

本件特許クレームは抽象的に「・・・する手段」と記載されているに止まるところ、実施例が1例に限られていることから、記載要件違反（サポート要件違反、実施可能要件違反、明確性要件違反）を無効理由とする無効の抗弁の成否についても言及すべきである。無効の抗弁に言及しているものであっても、サポート要件違反、明確性要件違反等の事柄を端的に挙げるのみで、その具体的な説明までを行っている答案はまれであった。なお、実施可能要件違反について言及する答案はほとんど見られなかった。

イ 設問2

(ア) 小問(1)について

無効審判における訂正請求、侵害訴訟における訂正の対抗主張については、大部分の答案が言及していたが、訂正の対抗主張に言及している答案においても、訂正の対抗主張の要件を全て挙げている答案は多くはなかった。

同法第104条の3第2項に基づく主張を挙げる答案が複数見られた。当該主張ができる可能性がないとは言えないが、問題文には当該主張の根拠となる事情が特段示されておらず、少なくとも本問において優先的に取り上げるべき対抗手段とは言えない。

問題文に通常実施権者乙が存在することが記載されているにもかかわらず、同法第127条（同法第134条の2第9項）所定の承諾に言及する答案は少なかった。条文の体系的理 解が不足していると言わざるを得ない。また、この点を訂正の対抗主張に関して検討している答案は更に少数であった。訂正請求で通常実施権者の承諾が要件とされているのであるから、侵害訴訟における訂正の対抗主張においても承諾を要するのか否かを検討した答案は高く評価した。

(イ) 小問(2)について

単独での審決取消訴訟の提起の可否については、多くの答案が裁判例を意識しながらおおむね適切に論じていた。もっとも、関連判例として前掲最高裁判決【E T N I E S 事件】が存在するのであるから、同判例の判示を念頭に置いて論すべきところ、民法第252条ただし書の「保存行為」であることだけを摘示して、単独での提訴ができると結論するものも少なからず見られた。

本設問では、無効審判請求については特許法第132条第3項が存在することを前提に、審決取消訴訟の提起の場合も同様と解すべきかということが問題となるのであるから、まず、同項に言及することが必須であるところ、同項に言及しない答案が相当数見られた。

ウ 設問3

本設問では、同法第104条の4について言及することが必須であるが、同条に全く言及しない答案が相当数見られた。基礎的な条文の理解が不足していると言わざるを得ない。

同条に言及する答案の中にも、同法第125条や民事訴訟法第338条第1項第8号のような大前提となる条文に全く触れない答案も目立ったが、設問に対する解答をする上で必須の条文であるので触れる必要がある。

特許法第104条の4柱書の括弧内は、仮差押命令事件又は仮処分命令事件の債権者に対する訴えについての定めであるにもかかわらず、当該定めが本件（本案訴訟の原告に対する訴え）に適用できるかのように誤解し、これに言及する答案が散見された。

損害賠償金の取戻しについて、民法第703条の要件のみを縷々論じた答案が散見されたが、重点の置き方を誤っていると言わざるを得ない。

差止めの効力については、特に理由を挙げることもなく、あるいは特許法第104条の4により、差止めの効力も否定されないとした答案が散見された。このような結論では、事案解決の具体的妥当性の観点からも問題があろう。

(2) 第2問

ア 設問1

(ア) 全体について

本設問は、小説c、題号c及びブックカバーcが、小説b、題号b及びブックカバーbに対するパロディ作品として制作されたものであるという点が前提となっているにもかかわらず、この点について気付いていないかあるいは問題としない答案が相当数あった。

(イ) 小説cによる著作権侵害について

翻案に当たるか否かに関しては、前掲最高裁判決【江差追分事件】の判断基準を示すものの、漫然と表現上の本質的特徴を直接感得できると結論付けている答案が多数であった。小説cはパロディ作品であるから、一見して類似しているのは当然であって、パロディで

あることを考慮した上で、それでもなお、表現上の本質的特徴を直接感得できると評価すべきか否かについて論じた答案はごく少数に留まった。

小説 c が小説 b の複製権を侵害しているのではないかという問題を論じている答案が散見された。本問の事実関係からすれば、複製については考慮しなくとも足りるであろう。

小説 b は小説 a の翻訳であり、しかも、小説 b は大部分は直訳であるものの、独特の意訳をするなど創意工夫した点が見られるから、二次的著作物の著作者の権利の及ぶ範囲が問題となるが、この点に気付かない答案も相当数見られた。

二次的著作物の著作者の権利に関する論点を論じた答案においては比較的的確な論述がされていたが、二次的著作物の著作者の権利範囲については、前掲最高裁判決【ポパイネクタイ事件】を念頭に置くべきであるところ、最高裁判所平成 13 年 10 月 25 日第一小法廷判決集民 203 号 285 頁【キャンディ・キャンディ事件】が問題となると勘違いした答案が散見された。

(ウ) 題号 c による著作権侵害について

題号については、まず、題号 b の著作物性が問題となるところ、この点に全く言及しない答案も多数あった。著作物性について言及する答案は、題号 b が短文であることと直訳にすぎないことを同列に扱うものや直訳であることのみを理由付けなく述べるもののが大多数であった。

(エ) ブックカバー c による著作権侵害について

美術の著作物の問題であることについては言及している答案が多かった。しかし、ブックカバー b が大量に複製される実用品であることから、その著作物性が問題となるところ、美術の著作物であれば、応用美術の問題となることから、裁判例の動向を踏まえた判断基準を示して事案に当てはめることが求められるが、それに言及した答案は少なかった。

(オ) 引用の抗弁について

Y は、小説 a 及び小説 b に描かれた内容を批評するとともに同小説の描く世界観を揶揄することを意図して小説 c、題号 c 及びブックカバー c を制作しているから、引用の抗弁を主張することが考えられるところ、この点に全く言及しない答案も多数あった。前掲最高裁判決【パロディモンタージュ事件】でも引用が問題となっているのであるから、引用の抗弁の適用の可否については必ず言及すべきである。

引用に言及した答案においても、引用に係る裁判例の判断基準を挙げて検討するに留まるものが多く、パロディという文脈でどのように考えるべきかという検討にまで踏み込んでいるものはまれであった。

パロディ作品が適法な「引用」に当たるか否かを検討するに当たっては、著作権法第 43 条第 2 号に「翻案」が記載されていないこと（すなわち、翻案による引用の適法性）についても言及する必要が生じるが、この点に触れた答案は少なかった。

(カ) 著作者人格権について

設問に「著作者人格権を侵害するものであるとして、・・・訴訟を提起した」と記載されているにもかかわらず、著作者人格権に全く言及しない答案も散見された。

同一性保持権侵害については比較的多くの答案が言及していた。

しかし、同法第 20 条第 2 項第 4 号所定の「やむを得ないと認められる改変」に当たるか否かについて言及した答案は少数であり、それに言及した答案においても、単に「やむを得ないと認められる改変」には当たらないという結論だけを述べるに留まるものが見られた。

題号に関する同一性保持権侵害につき、同条第 1 項に明記されていることについて論じていない答案が多く、それを論じていても、本文と一体になってのみ保護されるという旨を根拠を明らかにせず述べる答案が散見された。

氏名表示権侵害について、本設問の事案ではXの氏名が表示されていないことが明らかであるところ、実務家となるためには考えられる主張を全て抽出できる能力が必要であるから、特に設問に明示がなくとも触れるべきである。

公表権侵害に言及する答案が僅かながら見られたが、小説bが既に公表されていることは設問上明らかであるから失当である。

同法第113条第6項（名誉・声望を害する方法により著作物を利用する行為）に当たるとする答案が少なからず見られたところ、一応問題にならないわけではないが、同項は、一般的に、著作物を利用する行為によって社会的・外部的評価を低下させる場合に適用されるものであって、誹謗中傷に及ばない限り、著作物を批評するにすぎない行為には適用されないと解されていることに注意を要する。

イ 設問2

(ア) 全体について

事実関係について、小問(1)及び小問(2)があるにもかかわらず、それらを分けて整然と検討することなく、両者を併せて検討を進めて論旨が曖昧となっているものが少なからず見られた。

(イ) 複製の主体について

複製の主体について全く言及しない答案も散見されたが、この点は、本設問に解答する上で不可欠の論点であるから、この点について言及しない答案は「一応の水準」に達しているものとは言えない。

その判断基準を丁寧に事案に当てはめている答案は期待したより少なく、単に複製に「極必要な行為」を事業者が行っているから、といった漠然とした基準を示すにすぎないものが多く見られた。前掲最高裁判決【ロクラクⅡ事件】等の判示を念頭に置いて、具体的な基準を示すべきである。

(ウ) 同法第30条第1項について

同項に全く言及しない答案も多かった。小問(1)では、利用者が書籍を購入しているものの複製行為をしたのは事業者である点で、小問(2)では、書籍を購入したのは事業者であるものの利用者が自ら自己利用目的で複製している点で、それぞれ同項の適用の可否が問題となることは明らかであるから、この点に言及しなければ、「一応の水準」に達しているものとは言えない。

言及している答案でも、同項の「その使用する者が複製する」という文言に関連付けて論旨を展開している答案は少なかった。

なお、同項第1号の「自動複製機器」による複製に当たり違法である旨の答案が散見されたが、この点は同法附則第5条の2により、「専ら文書又は図画の複製に供するもの」については当分の間適用されないことに注意を要する。

また、公衆送信権（又は自動公衆送信権若しくは送信可能化権）の侵害を問題とする答案、更にその侵害を肯定する答案が、複数見られた。設問では、電子ファイルを記録した電子記録媒体を書籍と共に利用者に送付するとなっているので、公衆送信権は問題とならない。

(エ) 貸与権侵害について

この点に言及しない答案も相当数見られたが、設問に店舗外への持ち出しを禁止した上で小説bを貸し出しているとあることから、貸与権侵害の成否にも必ず言及するべきである。

貸与権の消尽について論じた答案が散見されたが、貸与権は消尽しないとほぼ異論なく解されており、本問において詳しく論ずる必要はない。

また、貸与権以外でも、適法に購入された書籍についての複製がなされていることから、支分権を明示せず著作権は消尽するとした答案が複数見られた。著作権法の基本を理解し

ていないと言わざるを得ない。

4 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、条文、判例及び学説の正確な理解に基づく、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。

5 今後の法科大学院教育に求められるもの

論点の内容についてはそれなりに記載されているものの、実務において重視される事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が多かった。法科大学院は実務家を養成する教育機関であるから、論点中心の教育ではなく、実際の訴訟等を想定して、具体的な事案の中から、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、それについて的確に論述する能力を広く養うような教育が求められる。

また、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘せずに解釈論を展開する答案が見られたが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す裁判例があるにもかかわらず、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。繰り返しになるが、法科大学院は実務家を養成する教育機関なのであるから、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（労働法）

1 出題の趣旨、狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

事例に即して必要な論点を的確に抽出できているか、関係する法令、判例及び学説を正確に理解し、これを踏まえて、論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめによって、適切な結論を導き出しているかを基準に採点した。

出題の趣旨に沿って、必要な論点を的確に取り上げた上、その論述が期待される水準に達している答案については、おおむね平均以上の得点を与え、さらに、当てはめにおいて必要な事実を過不足なく摘示し、あるいは、主要論点について、着目すべき問題点を事例から適切に読み取って検討しているなど、優れた事例分析や考察が認められる答案については、更に高い得点を与えることとした。

なお、答案の中には、極めて小さな文字で書かれてあるものや、文字の判読が困難なものなどが少なくなかった。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないものの、読みやすい文字で丁寧に答案を作成されんことを付言しておきたい。

3 採点実感等

(1) 第1問について

本問においては、①長時間に及ぶ労働等を契機として生じたうつ的症状等により欠勤している労働者に対して本問の就業規則（以下「本件就業規則」という。）第27条第4号に基づいてなされた解雇（以下「本件解雇」という。）の効力、②傷病休職中の労働者が休職期間満了前に行った復職申請を使用者が拒否した後、本件就業規則第24条第3項に基づいてなされた休職期間満了を理由とする退職扱い（以下「本件退職扱い」という。）の効果に関する設問を課している。

まず、上記①の設問では、法的論点としては、⑦本問のうつ的症状等（以下「本件うつ的症状」という。）が過重な労働により生じた業務上の疾病であるとして、欠勤中になされた本件解雇が労働基準法第19条第1項に基づき無効となるか否か、次いで、①仮に業務上の疾病ではないとしても、労働契約法第16条に基づき、本件解雇が客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当としては認できるか否かが問題となろう。

法的論点の提示において、この二つの論点を提示した答案には高い点数を与えているが、労働契約法第16条のみを挙げる答案が多く、労働基準法第19条第1項を挙げる答案は極めて少なかった。解雇規制に関する基本的な法律条文の着実な学習が望まれる。

上記⑦の論点については、東芝うつ病事件東京高裁判決（東京高判平成23年2月23日）が参考になるが、業務起因性の判断枠組みを提示し、これに従って本問の事実を的確に摘示して業務起因性の有無を判断している答案に高い点数を与えている。

上記①の論点については、本件就業規則第27条に定める「勤務に堪え得ず」及び「復職の見込みがない」の解雇事由の該当性と、傷病が発症する経緯を踏まえて、解雇回避措置又は健康配慮措置等の使用者が講ずるべき措置を問い合わせ、これを示す事情を本間に照らして適切に摘示している答案が多かった。しかし、中には、本件うつ的症状の業務起因性を指摘しながら、これを労働契約法第16条の客観的合理的な理由の問題として論じている答案が見られた。

上記②の設問では、法的論点としては、⑦本件就業規則に基づく傷病休職命令（以下「本件休職命令」という。）の効力、⑨労働者が休職前に従事していた業務とは異なる業務への復職を申請し（以下「本件復職申請」という。）、使用者がその復職申請を拒否している状況の下で、休職期間満了を理由になされた退職扱いの効果が発生しているかどうかが問題となる。

上記論点⑦については、この法的論点を指摘しない答案が少なくなかった。この論点を提示した答案で、本件休職命令の法的根拠として本件就業規則第24条第1項を挙げ、本問の事実に照らして、本件休職命令の有効性を判断しているものは極めて少なく、これに触れている答案には一定の点数を与えている。

上記論点⑧については、片山組事件最高裁判例（最二判平成10年4月9日）が示す判断枠組みを踏まえて、本件復職申請が債務の本旨に従った履行の提供に当たるか否かを問い合わせ、本件復職申請が債務の本旨に従った履行の提供に当たると適切に指摘した答案が多かった。しかし、退職扱いの効果が発生しないことについては、退職扱いを規定している本件就業規則の要件不該当性など何らかの法的根拠を挙げることが更に求められるのであって、その点を指摘している答案には高い点数を与えている。

なお、本件退職扱いの法的性質について、これを解雇と単純に同視し、労働契約法第16条を適用して、退職扱いを無効とした答案も少なくなかった。本件退職扱いはいわゆる自動退職であり、厳密には解雇と異なることから、この点を踏まえた法的構成の工夫が望まれる。

おって、本件就業規則の「傷病等により勤務に堪え得ず、復職の見込みがない場合」を解雇事由とする規定などについて、それが労働契約法第7条の「合理的な労働条件」といえるのかを殊更に分量を用いて論述している答案が多数見られた。しかし、限られた容量の答案を作成する上で、検討が必要な論点が何かを見極めることもまた重要である。

(2) 第2問について

本問は、義務的団交事項の意義、使用者の言論と支配介入行為の関係並びに部分スト不参加者の賃金請求権及び休業手当請求権に関する規範の正確な理解を問うものである。

設問1及び2の全体に関しては、設問1について厚く論述している一方、設問2についての論述が不十分である答案が目立った。

設問1においては、まず、救済機関として労働委員会と裁判所とが明示され、かつ、それぞれに対応した救済方法の具体的な内容が示されるとともに、関係条文が引用されていることが求められており、これらがなされていた答案が多くを占め、基礎的な事項についての理解がうかがわれたが、救済機関として労働委員会のみを挙げ、裁判所を挙げていない答案や、救済の具体的な内容に言及しない答案も散見された。

次に、義務的団交事項の意義に関しては、本件基本給引下げが義務的団交事項に当たるかどうか、及び義務的団交事項に当たるとした場合にY社が団体交渉を拒否したこと正当な理由があるかどうかにつき、根岸病院事件東京高裁判決（東京高判平成19年7月31日）等を参考にしつつ、本件における事実関係の下でどのような結論を導くかが問われている。しかし、非組合員の基本給の引下げが将来にわたり組合員の労働条件等に影響を及ぼす可能性という観点を明確に意識して規範定立及び当てはめをしたと思われる答案はそれほど多くなく、問題文で提示された事実関係をほぼそのまま引用して結論を述べる答案や、新規採用者の労働者該当性などの問題として論述した答案が散見された一方、団体交渉を拒否したこと正当な理由があるかどうかについて検討している答案は非常に少なかった。

そして、支配介入行為の判断基準及びその該当性に関しては、プリマハム事件最高裁判例（最二判昭和57年9月10日）を踏まえつつ、使用者の言論の自由にも配慮しながら、規範定立及び当てはめをすることが求められているが、規範定立において判断基準を十分示せていないため、当てはめに当たっても、具体的な事実の摘要・評価が不十分であるといわざるを得ない答案が少なからず見られた。また、声明文に不利益の内容が具体的に示されているわけではなく、しかも、そのおそれがあるにもかかわらず、将来的な不利益の可能性が示唆されていることを捉えて労働組合法第7条第1号の不利益取扱い該当性を詳細に論じている答案や、支配介入に触れることなく不利益取扱いのみに触れている答案が相当数見られた。

設問2においては、部分ストのスト不参加者の賃金請求権及び休業手当請求権の有無が問われ

ているところ、まず、スト不参加者であるZらがY社から休業を命じられて就労しなかったことに関して、Zらの労働義務が履行不能になったかどうか、及び履行不能になったとした場合に使用者であるY社に民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」が認められるかどうかにつき、ノースウエスト航空事件最高裁判例（最二判昭和62年7月17日）を踏まえつつ、本件事実関係に即して検討することが求められている。しかし、Zらの労働義務が履行不能になったかどうかにつき、具体的な事実を摘示して論述している答案は極めて少なかった。また、部分ストが原因でスト不参加者の労働が社会通念上無価値となった場合の使用者の帰責事由の有無について、規範定立や本件事実関係への当てはめをすることなく結論だけを記載している答案が目立った一方、ストの正当性の問題として論述している答案が散見された。

次に、労働基準法第26条の「使用者の責に帰すべき事由による休業」については、多くの答案が休業手当請求権の趣旨に言及して賃金請求権と比較しつつ、使用者の帰責事由の有無について規範定立をしており、ここでも基礎的な事項の理解がうかがわれたが、当てはめにおいては、本件事案の具体的な事実の摘示・評価が不十分なものが散見された。また、休業手当支給の要否に関して、組合費の積立金からの補てんが行われるか否かは組合ごとに実情が異なるし、問題文にこの点に関する事情が示されていないにもかかわらず、そのような補てんが一般的に行われており、それによって労働者の生活補償は可能であることを支給を否定する理由付けに用いている答案が相当数あった。

設問2を通して、賃金請求権及び休業手当請求権の有無のいずれについても、大半の答案がその結論を明示していたが、賃金請求権と休業手当請求権とが競合し得るかどうかについて論述した答案はまれであった上、設問1において摘示した事実を必要に応じて参考するなどして有機的に連付けて論述している答案は極めて少なかった。また、問題文にZらがX組合の組合員であることが明示されているにもかかわらず、X組合の組合員である場合とそうでない場合とを場合分けして論じているものが散見された。

4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解し、必要な論点には漏れなく言及して、法令の規定と判例の判断の枠組みを踏まえた規範定立と事実の的確な当てはめを行い、説得的な論述を行っている答案である。

「良好」の水準にあると認められる答案とは、必要な論点にはおおむね言及し、法解釈について一定の見解を示した上で、事例から、結論を導き出すのに必要な具体的な事実を抽出できている一方で、規範の定立や事実の当てはめにおいて、判例の理解が十分とまではいえない答案など、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「一応の水準」にあると認められる答案とは、労働法の基本的な論点に対する一定の理解はあるものの、必要な論点に言及していないかったり、言及していたとしても、規範定立や当てはめが不十分であったりする答案であり、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、事例における具体的な事実関係を前提に要証事実を的確に捉えることができていないような答案である。

「不良」の水準にあると認められる答案とは、関係条文・判例に対する知識に乏しく、労働法の基本的な考え方を理解せず、例えば、規範を定立せずに単に問題文中の具体的な事実を列挙するにとどまったり、少ない知識から無理に構成した判断を箇条書き的に羅列するだけであったりするなど、具体的な事実に対応して法的見解を展開するというトレーニングを経ておらず、基本的な理解・能力が欠如していると思料される答案である。

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にないと考える。今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出して、自己の法的見解を展開し、これを

事実に当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。なお、労働契約法、労働基準法及び労働組合法以外の主要な法令にも最低限の目配りをすることが望まれる。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な法令、判例及び学説については、正確な理解に基づき、かつ、規範の提示とその当てはめという最低限の対応を習得するよう更なる指導をお願いしたい。その際、条文の内容を正確に理解することはもとより、当該規定の趣旨を踏まえて事案に適用する能力が求められるほか、主要な判例については、判旨部分を単に記憶するのではなく、丁寧に読み込んで、事案の内容を正確に把握し、当該事実関係の下でどのような規範を定立して当てはめが行われたか、その意義を的確に理解する必要があることに十分配意いただきたい。また、事例の分析の前提となる基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

併せて、労働委員会の役割、不当労働行為制度と司法救済との関係のような労使紛争の解決手続に関する基本的事項についても、正確かつ十分な理解が必要不可欠であって、このことを指導の際に確認していただきたい。

平成28年司法試験採点実感等に関する意見（環境法）

【第1問について】

1 出題の意図に即した答案の存否、多寡

(1) 第1問の出題の意図

第1問は、石炭火力発電所を素材として、環境影響評価法の意見書提出手続に関する基本的な仕組み、大気汚染による健康被害の差止請求に関する法的論点、環境法政策の手法としての情報的手法に関する基礎的理解を問う問題であった。電力事業の規制緩和、パリ協定等気候変動に関する法政策のグローバルな展開など、発電所を巡って現在行われている法政策上の議論を背景として、事例を設定した。環境法を学ぶ際には、上記のような社会状況の変化や議論を踏まえて各論点を検討することにより、政策実現手段、権利保護の制度としての環境法の意義が、社会的文脈において確認できると考えている。

(2) 設問1の採点を通じての実感は、以下のとおりである。

〔設問1〕では、意見書の提出の機会全てについて、問題の主体ごとに根拠条文を踏まえて説明しているかが問われている。これは、基礎的な事柄であるが、環境影響評価法の全体構造の理解が十分でない場合、解答時に改めて環境影響評価法の条文を読み直すことになり、時間配分を誤ることになる。この意味において、学習の際には、（環境影響評価法に限らず）主要各法律の構造を十分に理解していることが求められる。

計画段階環境配慮書案又は同配慮書に対する意見の提出の機会は、平成23年改正によって、事業者の努力義務として設けられたが、これについて記述を欠く答案が少なくなかった。当然であるが、法令の改正については、十分に注意して学習すべきである。

なお、本問において、電気事業法が定める特例については、考慮しなくてよいとしているので、解答において触れる必要はないが、電気事業法は、方法書と準備書に対する都道府県知事の意見について、事業者に替えて経済産業大臣に対し、述べるものとすると定めている（同法第46条の7第1項、第46条の13）。

(3) 設問2の採点を通じての実感は、以下のとおりである。

〔設問2〕では、Eは、人格権等の侵害に基づき、A社及びF社に対して、A社D発電所及びF社G発電所から排出される窒素酸化物の量の削減を請求することなどが考えられる。なお、各発電所の操業自体の差止めを求めるとする答案も少なくなかったが、その場合でも過度な請求にならないかどうかについての配慮は必要であろう。

差止請求とともに損害賠償請求についても記述する答案が、少なからず見受けられた。これについて、損害が発生していないと記述する場合は別として、損害をどのように構成するかが問われる。いずれにせよ、本問において、損害賠償請求を中心に論じるのは、答案として十分ではない。

差止請求について記述する場合、まず、窒素酸化物は、大気汚染防止法令が規制する健康被害物質（呼吸器系の疾患の原因物質）であることを述べることになるが、この点について記述している答案は、少数であった。

次に、健康被害に対する差止請求権の法的根拠について述べる。これについては、【出題の趣旨】に示したような複数の考え方がある。これらのいずれを採ってもよいが、その論旨が一貫していなければならない。

そして、いずれの立場を採っても、差止請求が認められるためには、差止請求の要件を満たしていないなければならない。本問では、環境基準を相当程度超えていることが問題となっているが、この点、環境基準の法的性質は論じているものの、それを差止請求の要件と関連付けて丁寧に論証できている答案は少なかった。

Eが求めるべき差止めの内容は、汚染を人格権等の侵害が生じないレベルに低減することであ

る。この場合、G発電所とD発電所の窒素酸化物が複合してE居住地に到達しているから、複数汚染源に対する差止め（理論的根拠、寄与度と削減義務）をどのように考えるかを論じるべきであるが、この論点自体に言及していない答案も多かった。

最後に、抽象的不作為請求を立てことになる場合、抽象的不作為請求が適法な請求方式かについて述べる必要があるが、この論点に言及していない答案が少なくなかった。

(4) 設問3の採点を通じての実感は、以下のとおりである。

【設問3】では、情報的手法の意義に関する説明と規制的手法との比較、すなわち、領域、主体に応じた手法の長所と短所を記述することを求めていたが、答案には、情報的手法自体の検討やその規制的手法との比較が不十分であるものが見受けられた。環境法政策の手法の特質を他の手法との関係において理解することは、政策手段としてそれらを組み合わせた法制度設計を行う際に必要なことである。さらに、本問のように特定の政策手法が法制度に反映されている場合には、その仕組みの理解にとって必要である。例えば、情報的手法において、各主体による柔軟な対策が可能との特質は、自主的な取組との親和性がある。科学的不確実性がある場合、予防原則が働く限り、規制については、比例原則に抵触する可能性があるので、本問のような情報的手法は、有効とされる。このような特質については、答案として是非記述してもらいたいところであったが、これらについて記述しているものは、一部であった。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

第1に、時間配分への配慮を欠き、【設問2】を十分に検討できていない答案が少なからず見られたこと、第2に、請求の趣旨である複数汚染源の差止めについて、十分な理解が得られていないこと、第3に、環境法政策の手法について、およその理解はあるが、それを深めた理解に乏しいことなどが考えられる。

3 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、題意を的確に理解し、記述量（解答時間の反映でもあろう）について、設問ごとにバランスよく解答しているものである。特に、【設問2】について、差止請求の法的根拠と要件論、複数汚染源の差止め、抽象的差止請求の可否といった【出題の趣旨】記載の各論点を的確に論じているものである。「良好」な答案のイメージは、各設問が求める記述を一部欠くなどするものの、差止請求の法的根拠と要件論など主要な論点について、よく書けているものである。「一応の水準」の答案のイメージは、各設問について、題意を概ね理解し、各論点について不十分ながら一定程度提示、記述しているものである。「不良」な答案のイメージは、各設問に対する記述が一応の水準にも達していないものである。

【第2問について】

1 出題の意図に即した答案の存否、多寡

(1) 第2問は、環境法の分野における基本理念と、諸原則や基本的な考え方、各制度との関係についての総合的な理解力、思考力を問う問題であった。環境基本法第4条の規定する基本理念中、環境への負荷のできる限りの低減と全ての者の公平な役割分担とを柱に諸制度について論述することが求められているから、「環境への負荷」と「公平な役割」の意義を押さえることが重要となるが、「環境への負荷」の意義について、環境基本法第2条第1項に触れられている答案はほとんど見受けられなかった。「公平な役割」については、法分野ごとに登場する行動主体の社会的属性が異なると考えられることから、それぞれの設問において問われている制度の趣旨を踏まえて、思考することが求められる。なお、問われているのは、問題文冒頭に掲げた環境基本法第4条の規定する基本理念が各法にどのように表れているかという観点からの論述であり、観点は上記の2つの柱に限定されるものではないから、これら以外にも上記の基本理念（例えば、環境

の保全に関する行動が自主的かつ積極的に行われるようになるべきこと）を踏まえて論述できているものは、加点材料となる。

(2) 設問1の採点を通じての実感は、以下のとおりである。

まず、容器包装リサイクル法が目的とする「環境への負荷」の低減について、同法第1条を指摘できている答案は一定数存在したが、条文の指摘はできいても、容器包装廃棄物の排出の抑制、分別収集、容器包装廃棄物の再商品化を促進するための措置といった同条に表れたポイントとなる考え方と、事業者、消費者及び市町村それぞれに公平な役割分担として求められる環境保全のための行動とを関連付けて整理できていないものも多く、残念であった。

小問(1)では、容器包装リサイクル法第4条と地球温暖化対策の推進に関する法律（以下「地球温暖化対策推進法」という。）第20条の6第1項（本年の試験実施後に施行されている現行の同法では第24条第1項。以下同じ。）が直接規定する責務の主体が異なっていることについては、ほぼ全ての答案が指摘できていたが、事業者の責務内容の相異のみについて触れていて、後者で消費者の責務が規定されていない理由や、両規定の共通点について、全く考えられていない答案も相当数存在した。また、容器包装リサイクル法第4条について、「事業者」を専ら製造事業者の意味に読み替えて論述し、利用事業者の存在について意識が及んでいないものや、逆に、地球温暖化対策推進法第20条の6第1項について、事業者が製造、輸入若しくは販売又は提供（製造等）を行うに当たっての責務を定めた規定であることは条文上明らかであるのに、同法第20条の5（現行の同法では第23条）において責務が規定されているような事業者の工場等における温室効果ガス排出活動について論じているものが一部に見られた。確かに、本問で比較を求めた両規定は、一見すると規定振りが大きく異なっており、表面的な比較に目を奪われると解答に戸惑うのも無理はないが、そのような答案では、題意の把握が不十分である。他方で、制度の趣旨に遡って思考することができている答案では、容器包装リサイクル法第4条にも製造事業者の環境配慮設計の考え方を表れていると考えられることや、地球温暖化対策推進法第20条の6第1項においても正面から規定されていない消費者等に対しても公平な役割分担を求めるための仕組み作りをしていると考えられることを、きちんと論述することができており、高い評価が与えられた。条文を正確に理解する能力はもちろんであるが、問題文をよく読み、題意を的確につかむことも、法曹としての重要な資質である問題解決能力に関わる事柄であり、なおざりにしてはならない。

小問(2)は、容器包装リサイクル法第10条の2に規定される金銭の支払義務が、特定事業者と市町村について法に規定されたいかなる義務ないし役割を前提として、いかなる目的の制度として構築されたものであるのかについて、基礎的な理解を問う問題である。平成22年の第1問〔設問1〕にも類題があり、同条の規定する金銭の支払の仕組みそのものについては、多くの答案がある程度の知識はあるように見受けられたが、各行動主体の基本的な義務や役割との関係まで正確に理解できているものは、そのうち一定数にとどまった。応用的な制度は、基本的な義務や役割の上に構築されるものであり、一見複雑に見える制度も、基本的な義務や役割を押さえることが、その仕組みを正確に理解する上での礎となるものであるから、個々の条文理解や条文相互の関係をおそろかにしてはならない。この点に関連して、同条の規定する金銭の支払義務の制度趣旨について、一般廃棄物たる容器包装廃棄物の分別収集を効率的な優れたものにするインセンティヴをその役割を負う市町村に与えようとするものであることと別に、特定事業者の拡大生産者責任をより実効あらしめようとするものであるとする答案が一部にあった。同条を加入する改正時の立法過程においてもそのような目的があることは言われており、それ自体誤りとはいえないが、題意との関係では、基本的な義務等との関係において、どのような仕組みでどのような効果が生まれるのかの説明まですべきところ、どのような説明を伴わずに暗記してきた事柄を吐き出して書いたかのような記述にとどまるものが大半であり、必ずしも高い評価を与えることはできなかった。なお、容器包装リサイクル法の関連法として、循環型社会形成推進基本法や廃棄物の

処理及び清掃に関する法律がこれに当たることは多くの答案で指摘することができていたが、市町村でなく事業者についてこれらの法律を掲げている答案も一定数あった。問題文をよく読めば、特定事業者については容器包装リサイクル法上の義務のみを踏まえるべきことは明らかであり、ここでも小問(1)と同様に、題意をしっかりと把握することが肝要である。

(3) 設問2の採点を通じての実感は、以下のとおりである。

まず、自然公園法が目的とする「環境への負荷」の低減について、同法第1条を指摘できている答案は設問1についてと同様に一定数存在したが、同条を指摘できていたとしても、優れた自然の風景地の保護に目を奪われているものも多く、適正な利用を図ることをも勧めるものであることを指摘できているものはその一部にとどまり、さらに、そのことを明確にしている同法第3条第1項を指摘できている答案は見受けられなかった。同法第1条の目的規定から生物多様性の確保に触れている答案も少なからずあったが、全ての者の公平な役割分担という基本理念の表れという観点からの論述を求められている題意からは、優れた自然の風景地の保護と適正な利用を図るという観点から捉える方が、行動主体を広く想定できる点において（同法第3条第1項と同条第2項を対照）論述がしやすいと考えられる。

小問(1)では、多数の答案が、自然公園法第20条第3項と第22条第3項による行為規制には触れることができていたが、特別保護地区も特別地域の一部であることを踏まえて同法第21条第3項の行為規制についても触れているものはごく僅かであり、海域公園地区を含め、維持すべき対象が風致と景観とに異なるのに対応して規制される行為の程度も異なっていることを条文に忠実に論じることができている答案も少なかった。同法の採用するゾーニングの手法や特別保護地区の位置付けについて、十分な理解がされているか、危惧される。一方、許可を受けられない場合における制度的手当については、大多数の答案が同法第64条第1項の損失補償を挙げることができていたが、特別地域や海域公園地区に指定されたのみではこの補償を受けられないとや、行為の許可を受けられないときでも特別の犠牲といえるような場合でなければ補償を受けられないと一般的に考えられていることについて、理解が正確でないものも見られた。財産権の内在的制約と、題意において求められている公平な役割分担とを関連付けて論じができているものには高い評価が与えられた。

小問(2)は、【資料】の法律を初めて見たとしても、そこで定められた制度を条文から読み取った上で、その制度趣旨を環境法の基本理念、諸原則、基本的な考え方について立ち返って推し量ることのできる能力を試す問題であった。環境法の分野に限ったことではないが、法曹として問題を解決すべき場面に立ち会ったときには、勝手知った法令ばかりが問題になるとは限らない。見たことのない問題について基礎的な知識を駆使して問題点を把握し、解決することのできる能力を身に着けることも必要である。その意味で、「入域料」が地域自然環境保全等事業を実施する区域内に立ち入る者から收受する料金であることは、【資料】の法律の文理からも明確であり、また問題文においても明らかにされているのに、これを自然環境トラスト活動や自然環境トラスト活動促進事業に関連する制度として論じている答案が多数に上ったことは、読解能力が十分でないことを示すものであり、残念であった。一方で、この点の誤解を誤ったものも含めて、基礎的な知識に立ち返って制度趣旨を説明しようとする姿勢が見受けられる答案が少なくなかったことは、救いであった。以上のような出題の意図から、【出題の趣旨】に記載したような受益者負担の原則の観点からの説明でなくても、基礎的知識に立ち返って「入域料」の制度趣旨として許容できる内容の説明をしている答案は、一定の配点をした。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

各法における制度を学習する際に、きちんと一つ一つ条文に当たってその文言や他の条文との関係を十分に咀嚼することをしないままに、制度の概略を暗記するのみで学習を終えたかのように考えている受験生が少なくないのではないかということが案じられる。そういう受験生は、問題文

の内容もよく読まずに、それぞれの制度につき暗記してきた内容を吐き出して書いているのであろうか、総じて問題の意図もよく読み取れていないように思われる。法曹が問題の解決を求められたときには、個々の問題点をきちんと把握し、当事者の意向も踏まえて適切に解決する所以なければならない。自分の知っている知識に引き寄せるばかりで、当事者の意向とちぐはぐな対応をしていたのでは、問題の真の解決にはならないことを肝に銘じ、試験に解答する場面においても、出題者の意向はきちんと把握することに努めるべきである。

3 各水準の答案のイメージ

今回の出題の採点結果を見る限り、相対的に「優秀」な答案のイメージは、各設問において問われている諸制度を、それぞれ条文との関係において的確に理解ないし解説できており、かつ、それらの諸制度が、環境法の分野における基本理念や諸原則、基本的な考え方との関係においてどのような意味を持つかについて、論理的に順序立てて説得的な思考を展開できているものである。「良好」な答案のイメージは、論理的、説得的な思考力には不十分な点があるものの、諸制度を条文との関係において理解ないし解説できているものである。「一応の水準」のイメージは、条文との関係の理解には心許ないものがあるが、環境法上の諸原則や基本的な考え方、各設問において問われている諸制度の内容そのものについては、一応の理解ができているものである。「不良」な答案のイメージは、諸制度について根本的な点で誤った理解を含んでいるものである。

【学習者及び法科大学院教育に求めるもの】

第1に、特定の法制度の環境法体系における位置付け、法制度相互間の関係、法制度や条文の背景にある原理・原則や立法事実など（当然ではあるが）拡張をもった学習が望まれる。本試験の問題は、様々な制約から常にそれら自体を問うとは限らないが、問題は、そのような観点を背景に作成しており、題意に沿った答案は、それらの学習の上に成り立つと考えている。

第2に、法曹実務において、条文は全ての基本であり、例年言われていることであるものの、条文を正確に読む能力を訓練し涵養することが必要である。このことは、問題文を正確に読むこととも相通するものがあるようと思われる。

広い範囲に及ぶ法体系といえども、結局は、個々の条文とその相互の関連の積み重ねにより成り立っているのであるから、個々の理解が不正確なままでは、法体系全体を理解したつもりになっていても、砂上の楼閣かもしれない。逆に、条文を正確に読む能力が身に着けられていれば、法曹になつた後でも、たとえ知らない法令に対峙しなければならない場面に遭遇したとしても、新たに知識を補って学ぶことで、大抵の問題には対処することができる。

第3に、社会の動きや政策上の議論、その具体化としての改正法の動向には、注意していただきたい。このような関心は、法が社会の変化に応じて適切に機能する前提である。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（公法系））

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「平成28年度司法試験論文式試験問題出題趣旨【国際関係法（公法系）科目】」に記載したとおりである。

2 採点方針

国際関係法（公法系）科目的採点方針は、基本的には従来の立場を踏襲し、①国際法の基本的な知識を習得し、かつ、設問に関する国際法の基本的な概念や規範、特に、関係する主要な多数国間条約の関連規定、及び関係する理論や国際法判例を正確に理解しているか、②各設問の内容を理解し必要な国際法上の論点に触れているか、また、出題されている事例に対する適切な考察がなされているか、③答案の法的構成がしっかりとしており、論理的かつ正確な文章で書かれ、適切な理由付けがなされているか、といった点を重視した。

3 採点実感等

本年は、2問とも司法試験用法文に登載されている基本的な多数国間条約に関する問題であったので、関係条約の該当条文を見付ければ一応の解答が書けるということもあり、全く見当違いの答案はほとんどなく、最低ライン点未満者もいなかった。しかし、設問に最も関係する条文の構造を正確に理解しかつそれらを条約の解釈に関する国際法の規範に即して適切に解釈しているか、また、その際に、国際法の理論や判例、実行（プラクティス）に関する基本的な理解があるか、さらに設問で求められている問い合わせ的に的確に答えているか、といった点では、答案の間に差が見られた。

(1) 第1問

第1問は島の帰属をめぐる二国間の争いが、国際連合（以下「国連」という。）の場でどのように扱われるかを問う問題である。

設問1は、本事案を扱う国連の安全保障理事会（以下「安保理」という。）における決議案採択の手続に関する。安保理の決議案採択手続に関する関係規定が国連憲章第27条であることは、ほとんどの答案が指摘しており、その構造について、第1項が「各理事国一票」の原則を規定し、第2項が手続事項に関する採択要件（9理事国以上の賛成投票）を規定し、第3項が「その他のすべての事項」（「手続事項」以外の事項という意味で「実質事項」又は「重要事項」といわれる。）に関する採択要件（「常任理事国の同意投票を含む9理事国の賛成投票」）を規定していることを理解した上で、「本事案は手続事項ではないので第3項が適用される」と正しく答えた答案が多く見られた。

次に、同条第3項の当てはめについては、本事案に関する安保理決議案の採択が同項の二つの要件、すなわち①「9理事国の賛成投票」と②「常任理事国の同意投票」を満たしているかどうかを検討し、①の要件は満たしているとするものがほとんどであったが、②の要件については、答案の立場は分かれた。まず、②の要件はいわゆる常任理事国の拒否権を規定したものであるが、このことを的確に指摘せず、同項と関係なく拒否権について独立に論じた答案が少数だが見られた。また、棄権は積極的な「同意投票」ではないので「常任理事国の同意投票」があったとはいえない（つまりC国はいわゆる拒否権行使した）と解して同決議案は否決されたと答えたものが一定数あった。しかし、多くの答案は、棄権は積極的な反対投票ではないので決議案は採択されたと実務に即した結論を述べていた。もっとも、後者の中でも、棄権は拒否権の行使には当たらないとする国連の初期の頃からの慣行にまで正しく言及したものはごく少数であった。なお、答案の中には、同第27条第3項ただし書の「第6章及び第52条3に基く決定については、紛争当事国は、投票を棄権しなければならない。」という規定に言及したものがあったが、本事案のA国、B国は共に安保理の理事国ではなく、また棄権票を投じたC国はB国と友好関係にあつ

たとはいえる争いの当事国ではないので、本事案では考慮する必要はないと思うべきである。

設問2は、本事案の安保理決議案において、B国の軍事行動を非難する国際法上の根拠を問う問題である。この問題を検討するに際しては、B国がX島への一方的軍事行動がA国の領域を侵犯する違法行為といえるか否かが重要なポイントとなるから、前提として、X島がA国に帰属するかどうかを判断することが求められる。大多数の答案はこの点を検討しており、A国の実効的支配、B国の黙認等を具体的に指摘しながら、島の領有に関する国際法に照らしてX島がA国に帰属することは確かだといえると適切に指摘する答案がおよそ半数近くあった。さらに、その中のごく少数であるが、実効的支配に関連してパルマス島仲裁裁判判決に言及するものがあり評価できる。

次に、B国がX島に対する軍事行動を非難する国際法上の根拠に関しては、多くの答案が、B国は国連憲章第2条第3項の「国際紛争を平和的手段によって・・・解決しなければならない。」という規定への違反及び同条第4項の「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる國の領土保全又は政治的独立に対するものも、・・・慎まなければならない。」という規定への違反で非難されるとしていた。答えとしては、このように同条第3項及び第4項の両方を論じることを期待したが、一部の答案は、第3項又は第4項のいずれかにのみ言及するにとどまっていた。なお、同条第3項に規定する「平和的手段」が何かについて、ごく少数であるが、国連憲章第33条第1項に列記する「交渉、審査、仲介、調停、仲裁裁判、司法的解決」などを指摘したものがあり、評価に値する。また、第2条第4項に関しては、X島がA国の領土であると考えられることから、同項が規定する「領土保全」に対する武力の行使に当たると適切に指摘するものがあり評価できる。

設問3は、本事案の決議案が採択された場合、B国に、決議に従ってX島から直ちに軍を撤退させ島民等の帰島を可能にする措置をとる国際法上の義務が生ずるかを問う問題である。多くの答案は、国連憲章第25条の「国際連合加盟国は、安全保障理事会の決定をこの憲章に従って受諾し且つ履行することに同意する。」とする規定に基づき、B国は採択された決議に従う義務があると正しく解答していたが、国連を含む国際機構の総会等の決議の効力一般との対比から説き起こす答案はほとんど見られなかった。また、勧告にも法的拘束力が認められるとの不正確な理解を前提として論じる答案が一部に見られた。なお、国連憲章第25条が、安保理の「勧告」ではなく「決定」について規定していることや、「受諾し且つ履行することに同意する」という文言が「法的拘束力がある」ということを意味していると一般に解されていることに論及する答案は極めて少なかった。

設問3の後段のB国が安保理決議を無視した場合の安保理がとり得る措置は何かとの問い合わせでは、一部に国連憲章第6章や第40条に基づく措置を検討する答案も見られたが、多くの答案は、国連憲章の第7章の下で、第39条の「平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為の存在」、特に本事案の場合はB国がA国に帰属するX島に対して現実に軍事行動を展開しているので「侵略行為の存在」を決定し、第41条の非軍事的措置、またそれでは不十分であると判断される場合には第42条の下で軍事的措置をとることができると正しく解答していた。

設問4は、安保理において提案された本事案の決議案が否決された場合、国連総会（以下「総会」という。）がこの問題を取り上げて審議し、同様の内容の決議を採択することができるかを問う問題である。多くの答案は、国連憲章第10条の「総会は、この憲章の範囲内にある問題若しくは事項・・・を討議し、・・・国際連合加盟国・・・に対して勧告をすることができる。」という規定、及び同第11条第2項の「総会は、・・・総会に付託される国際の平和及び安全の維持に関するいかなる問題も討議し、・・・関係国・・・に対して勧告をすることができる。」という規定を根拠に、総会はこの問題を取り上げて審議することができると正しく答えていた。さらに、その中の大多数は、第10条及び第11条第2項に含まれている「第12条に規定する場合を除く外」というただし書きを取り上げ、第12条第1項の「安全保障理事会がこの憲章によって

与えられた任務をいずれかの紛争又は事態について遂行している間は、総会は、安全保障理事会が要請しない限り、この紛争又は事態について、いかなる勧告もしてはならない。」という規定を適切に取り上げていた。もっとも、設例への当てはめにおいて、安保理での本案案の決議案否決をどう捉えるかで答案の立場は分かれた。比較的多くの答案は、安保理における決議案否決は任務の終了に当たるとして、その場合は総会が本案案を審議し勧告をすることができるとしていたが、本案案に関する一つの決議案の否決をもって安保理の任務の終了とすることはできず、安保理の要請がなければ総会は勧告ができないと答えた答案も少數ながら見受けられた。実際は、後者の立場が国連での実行において認められるものであるが、前者の答えも国連憲章第12条第1項の解釈論としては全く見当外れというわけではなく、一定の評価の対象となり得る。また、安保理が常任理事国の全員一致が得られなかつたためにその主要な責任を遂行できなくなつた場合、一定の手続きを踏んで、総会が問題を討議し、加盟国に対して勧告することができることを確認した1950年11月3日の「平和のための結集決議」に言及する答案を期待したが、のような答案は僅かであった。なお、国連憲章第24条第1項が安保理に「国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任」を負わせていることを根拠に、総会は本案案を取り上げて討議し勧告をすることはできないと答えたものが少數ながらあったが、これは前記の国連憲章第10条及び第11条第2項の規定を無視した議論であつて、まずは総会の職務権限自体を的確に検討することが肝要である。

(2) 第2問

第2問は、外交関係法と国家責任法に関する基本的な理解を問う問題である。

設問1は、外交関係法に関する基本的な事例問題であり、外交関係に関するウィーン条約（以下「外交関係条約」という。）の関係条文を本件事例に当てはめて適切に解釈すれば、十分に解答できる問題である。具体的には、外交官Xに対して認められる国際法上の特権免除に関するY大使の見解に対してA国政府として可能な反論が問われており、外交関係条約第29条の規定する身体の不可侵と第31条の規定する刑事裁判権からの免除の二つの条項の解釈が問題となる。約半数以上の答案がこれら二つの条項に言及し、その解釈を論じていたが、このうち一方の条項への言及を欠いた答案や、双方の条項に全く言及していない答案なども少數見られた。また、これら二つの条項に言及して単純にその解釈のみを論じるにとどまらず、外交関係条約がこれらの条文で外交官に対するそれぞれの特権免除を認めた趣旨や目的等にまで遡って論旨を展開した優れた答案も、少數ではあるが存在した。次に、接受国であるA国の対応として、外交官Xが「ペルソナ・ノン・グラータ」（好ましからざる人物）であることを派遣国であるB国に対して通告することができる（外交関係条約第9条）が、この点に関してもかなりの数の答案が言及していた。他方で、A国政府からの主張の重要な法的根拠となるものとして、特権免除を認められる外交官に対しても接受国の法令尊重義務が一般的に課されていること（外交関係条約第41条）に言及していた答案は、期待したほど多くはなく、少數にとどまった。また、外交官の派遣国は接受国に対して自国が派遣した特定の外交官に認められる裁判権免除を放棄することができる（外交関係条約第32条）ことから、接受国であるA国としては、派遣国であるB国に対してXに関する免除の放棄を要請することが考えられるが、このことに言及する答案は、全体の半数程度にとどまった。

設問2は、外国大使館の保護に関する接受国の国際法上の義務とその違反に対する国家責任に関する問題である。ここでは、まず国際法上の国家責任の成立要件等について一般的に整理して論じる必要があるが、この点に関しては多くの答案が一定の言及を行っていた。そこでは、この問題に関する国際判例（例えば、テヘラン米国大使館員人質事件国際司法裁判所判決）や国連国際法委員会（ILC）が作成し国連総会が採択した国家責任条文の関連規定等にも言及しながら論じた優れた答案も、少數であるが存在した。

次に、本件事例において具体的にどのような国際法上の義務違反が存在するかという点に関して、

大多数の答案は外交関係条約第22条の外交使節団の公館の不可侵の規定に言及していた。しかし、第22条の規定中の「侵入又は損壊に対し使節団の公館を保護する」「公館の安寧の妨害又は公館の威儀の侵害を防止する」という文言に照らして、本件で発生したとの事実が第22条の文言のどの部分に関する違反になるのかという点を的確に整理して論じた答案は、必ずしも多くはなかった。また、B国大使館と外部との自由な往来が事実上困難な状態に置かれたことが外交関係条約第25条（接受国による便宜供与の義務）及び第26条（移動の自由等の保証）に違反する可能性に論及した答案は、少数にとどまった。一般に、問題文中に記載された事実関係には、出題者が法的議論の素材となることを意図して記載したものが含まれていると考えるべきであり、問題文中の具体的な事実関係を十分に理解し、よく整理・分析して国際法上の論点を落とさないように論述するよう心掛けることが重要である。

なお、本件事案においてB国大使館に対する直接の破壊行為及び妨害行為を行った主体は私人であり、A国の国家機関や公務員等ではないものの、A国は外国大使館の保護義務を国際法上負っていることから、A国に国際法上の国家責任の成立が認められることも、一定数の答案では整理して論じられていた。さらに、本件においてA国に国際法上の国家責任が発生したと考えられる場合に、B国政府がA国政府に対して行うことのできる具体的な請求の内容に関しては、かなり多くの答案が、原状回復、金銭賠償、陳謝等の満足（外形的行為による救済）といった国家責任法上の手段について適切に論及していた。

設問3は、外交官に対して認められる国際法上の特権免除が外交官としての身分を失った後にも継続して認められるか否かに関連する問題である。この点に関しては、外交関係条約第39条第2項に定めがあり、外交官が有する特権免除は原則として当該者の任務が終了した場合には消滅するが、裁判権からの免除に関しては「使節団の構成員として任務を遂行するにあたって行なった行為」については特権免除の消滅後も引き続き存続するものと明記されている。この外交関係条約第39条第2項の規定に言及している答案は、予想していたよりも少なく、半数程度にとどまった。本問では、Xが外交官の身分を有していた時期に引き起こした交通事故が、外交関係条約第39条第2項の規定に従って「外交官としての任務を遂行するにあたって行なった行為」と解釈できるか否かを、設問中の①「休暇中に私的な旅行のため自動車を運転中の事故であった場合」と②「緊急の公務のため自宅からB国大使館に駆けつける途中の事故であった場合」とに分けて、具体的に検討して論じる必要がある。第39条第2項に言及した答案の多くは、①の場合は「任務を遂行するにあたって行なった行為」に該当しないため裁判権からの免除は認められず、A国当局によるXの身柄拘束及び訴追は国際法上認められるが、②の場合は「任務を遂行するにあたって行なった行為」に該当するため裁判権からの免除はXが外交官の身分を失った後も引き続き存続し、A国当局によるXの身柄拘束と刑事訴追は同項の義務に違反する、と論述していた。なお、外交関係条約第39条第2項に具体的に言及していない答案についても、外交関係条約の趣旨及び目的等に照らして的確な論述を展開している答案に関しては、一定の評価を行った。

第2問に関しては、全体的な特徴として、同一の答案の中で3つの設問ごとに論述内容の優秀さに大きな差のある答案が多かった点が指摘できる。

(3) 答案の水準と評価

第1問、第2問とともに、「優秀」といえる答案は、全ての設問においてその事実関係の中に含まれる国際法上の論点を明確に抽出し、関係条約の条文を的確に解釈すると同時に関連する重要な国際判例や国家実行等にも必要に応じて言及し、各設問に関して説得力のある論述を展開して適切な結論を導いているものであり、答案全体の1割程度であった。「良好」といえる答案は、各設問で必要とされる関係条文への言及が欠けていたり、論旨の展開にやや不十分な点があるといった部分はあるものの、全体としては正確な論述が展開できている答案であり、全体の半数弱

がこれに該当した。「一応の水準」の答案は、各設問に対して一応の解答は述べられているものの全体として論述の内容が不十分であるものや、根拠となる関係条約の条文への言及が適切に行われていないもの等であり、全体の答案の半数程度がこれに該当した。また、「不良」の答案は、設問の全てにおいて国際法上の論点への理解が不十分であり、根拠となる条文の指摘や論旨の展開に問題があるもので、多くはないものの一定数の答案がこれ該当した。

4 法科大学院教育に求めるもの

まず国際法に関する基本的な知識と理解をしっかりと身に付けることが重要である。特に国際法の基本概念や規範、国連憲章などの主要な多数国間条約の構造と主な条文の解釈、国際法の主要な理論や判例などに関する理解を深めることに心掛けてほしい。その場合に求められているのは暗記型の知識や理解ではなく、実務において直面する実例に柔軟に対応して的確な答えが導き出せる分析力と応用力の備わった知識や理解であるので、そのことを踏まえた教育を法科大学院に期待したい。

平成28年司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（私法系））

本年の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法から出題されている。各問題の出題の趣旨等については、既に法務省ホームページにて公表済みである。

1 採点の方針と基準等

採点の方針は、基本的に、昨年と同様である。すなわち、関連する個々の法領域の基本的な知識と理解に基づき、論理的に破綻のない推論により一定の結論を導くことができているかを採点の方針とした。採点の基準としては、設問ごとに重点は異なるものの、①狭義の国際私法（抵触法）及び国際民事訴訟法の基本的な構造を正確に理解しているか、②個々の法規範（条理により導かれるものも含む。）の趣旨を理解しているか、③複数の法規範を視野に入れながら、相互の関連を理解しているか、④これらの点の理解に基づき、設問の事実関係等から適切に問題を析出することができるか、⑤析出された問題に対して、関連する法規範を適切に適用することができるか、これらが挙げられる。

「一応の水準」に達しているか否かは、他の法規範との関係をも含めて、明文の規定には現れていない法規範の趣旨を理解しているか否かにあった。①ないし③の点の理解が曖昧と認められる答案は「一応の水準」にとどまり、それらの理解が明瞭に表現されている答案は「良好」又は「優秀」なものとなった。「良好」と「優秀」答案の差は、いわゆる論述力の差とともに、そのような理解を示すことができた設問の数によっている。

なお、学説の分かれている論点については、結論それ自体によって得点に大きな差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開できているか否かを基本として、成績評価をした。

2 採点実感

(1) 第1問について

設問1においては、多くの答案で、日常家事債務の連帯責任について婚姻の身分的効力の問題又は夫婦財産制の問題として、法の適用に関する通則法（以下、「通則法」と略記する。）第25条又は第26条のいずれかによるべきであるとの主張をすることができていた。特に見解の違いによって評価に差は設けていないが、日常家事債務の連帯責任の問題については、夫婦のみでなく、夫婦と取引する第三者もこれに関わるため、第25条説を探る場合も、取引保護についてどのように考えるかに関し言及しているかどうかも評価ポイントとした。性質決定に当たり、婚姻の効力の問題であるから第25条によるべきであるとか、夫婦財産関係の問題であるから第26条によるべきであると述べるのみの不十分な理由付けが目立った。また、第26条説を探りながらも、同条第3項を全く適用していない答案や、同項に定める善意の意味を理解できていない答案が散見された。

設問2(1)は、全体的に良くできており、比較的多くの答案において、子の財産に対する父母の財産管理権に関する問題として、親子間の法律関係の準拠法に関する第32条によることを導くことができていた。

設問2(2)においても、問題文中に挙げられた第32条説と第35条説のいずれを探ったとしても、見解の違いによって評価に差は設けていない。教科書では触れられていない論点ではあるが、法律関係の性質決定を具体的にどのように行うべきかを理解できているかで、得点に差が生じたように思われる。抵触規定の趣旨・目的や、親権の準拠法と後見の準拠法との適用関係などを考慮して、自説を説得的に展開できていた答案もあった。なお、第35条説を探った答案の中で、同条の理解が不十分なものがかなりあった（第35条第2項の見落とし、同項により日本法が準拠法となることの意味、成年後見と未成年後見の違いに対する理解の不十分さ等）。

設問1及び設問2とともに、日本法と準拠外国法の異質性から安易に公序を用いて準拠外国法の適用を排斥する答案が一定数あった。やむを得ない場合にしか発動され得ない国際私法上の公序の意義をしっかりと理解することが求められる。

(2) 第2問について

設問1において、わが国民事訴訟法の適用根拠として「手続は法廷地法による」旨の法源に言及した答案は少数にとどまる。Y1及びY2に対する訴えについての国際裁判管轄権を基礎付ける管轄原因はいずれか一つあれば足りようが、普通裁判籍と特別裁判籍との双方への言及があるものは多面的な見方ができると示す答案と考えられる。民事訴訟法第3条の2第3項の基本的な理解が不十分なものが目立った。また、同法第3条の6の適用に当たり、4つの要件全てを充足している点に触れた答案も多くはない。

設問2では、通則法上、当該論点それ自体を直接に定めた明文規定がないところから、るべき抵触規定いかんがまず明らかにされなければならない。単位法律関係概念の解釈に際して「国際私法独自説による」ことに触れた答案も少ない。通則法上、明文規定がないと考える場合に代用法規を見出す根拠が条理に求められることを示した答案もさほど多くはない。契約当事者の法人格が否認されるか否かという論点と親会社が当該債務の履行責任を負うか否かという論点との関係をいかに理解するか（同一論点の言い換えと見るか、先決問題に対する本問題として理解するか）に応じて、法律構成は異なり得る。るべき抵触規定の探求に当たり、法人従属法説、個別原因関係準拠法説等、複数の法律構成が示されていた。無論、法律構成のいかんにより評価を変えることはしていない。かなりの答案は、自説の他、他の選択肢を示しつつ、自説を優先する理由を挙げていたが、自説の説明のみに終始した答案も少なくなかった。

設問3の場合、多くの答案では、るべき抵触規定として、債権準拠法説と履行地法説が採用されていた。このほか、公法説等に触れた答案もあった。ここでも、設問2で触れたように、見解の違いによって評価に差を設けることはしていないが、自説と他説との間で優劣の判断根拠を説明していた答案に高い評価が与えられた。

第2問の解答に当たっては、総じて、設問1に注力し、設問2及び設問3の解答が手薄になった答案が目立った。それぞれの根拠を示しつつ、段階を追って準拠法決定の過程を正確に説明することが求められている。解答に際しては、条文の正確な理解とともに、バランスの取れた時間配分が望まれる。

3 今後の出題について

狭義の国際私法、国際民事訴訟法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題が出題されることになると考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

抵触法の解釈に関する記述が求められている箇所で、実質法に関する記述の量が目立つ答案が相当数あった（日常家事債務の連帯責任、法人格否認の法理）。抵触法と実質法の区別を明確に理解し、抵触法における法性決定の考え方について適切に論述できる力を付けさせることが望まれる。

明文の規定の適用が問われているときには、正答率は比較的高かった。その一方で、明文により表現されていない法規範の適用を問う問題については、正答率は低くなっている。換言すれば、各抵触規定を言わばマニュアルのように考え、その忠実な当てはめだけに専念する答案が多くなっている。法規範の趣旨の理解を深め、その上で解釈論を展開できる力を付けさせることが望まれる。

本年の試験でも、答案の最終部分において（注を付して）前問に対する答えの一部を補充する答案がなお散見された。そのことをもって減点することはしなかったが、答案構成力の弱さを示すものである。バランスの取れた書き方のできる力を付けさせることが望まれる。