

## 第2回(2011)事例演習問題コンテスト講評

### I 民法部門

- 1 今回は、民法で2点の応募があった。1点は、フランチャイズ契約、債権者代位権、虚偽表示に絡む問題(以下「債権関係問題」という)であった(応募作品:民法部門2)。もう1点は、取得時効、背信的悪意者等が論点となる問題(以下「時効関係問題」という)である(応募作品:民法部門1)。
- 2 債権関係問題では、出題意図が、「一方当事者の側から、有利な法律構成を検討し判例を有利に援用するという実務的発想ができるかを見るため、依頼に沿った法的構成をさせること」にあるということであり、このような発想は評価できる。しかし、問題文では、解答を作成するための情報が少なすぎるという難点がある。例えば、問1フランチャイズ契約の預託金の返還請求に関しては、契約どおりのノウハウ等を与えていたか否かが問題となるが、その点について問題文からは不明である。また、出題者が参考として引用する判決が下級審判決1件だけであり、それを自己に有利に援用する実務的発想と結びつけるのは困難である。問2についても、「私の支払った商品代金を返してくれません。何とかありませんか。」という質問から債権者代位権だけを論点として期待することは困難である。このような質問について「実務的発想」からは、債権差押え(あるいはその前提としての債権仮差押え)が出てくる。したがってこのような質問では、債権差押え(仮差押え)、債権者による破産申立、債権者代位権という方法が指摘され、それぞれの方法について利点、欠点を論ずることとなり、民法の論点のみを引き出す問としては漠然としている。
- 3 時効関係問題は、問題文からどのような論点を引き出させるか、その論点が、法律論を展開するのに適切な論点かという観点から見ると良くできた問題である。ただ、事案は起こりえそうもない事案である。

所有権に基づく明渡し請求に対し売買契約が公序良俗に違反し無効であると主張し所有権取得を争いうるか、所有権の取得時効を主張し、Xが背信的悪意者に当たるのでYは登記無くして所有権をXに主張しうるか否か、通行地役権の取得時効を主張し、通行地役権の取得時効は完成したが通行地役権の登記をしていない間に所有権を取得者に対し通行地役権の存在を主張する方法にどのような構成が考えられるか(この点も出題趣旨からは必ずしも明確でない)、圍繞地通行権を主張し争いうるか(なお出題者には圍繞地通行権と通行地役権の言葉の使い分けに混乱が見られる)、所有権に基づく明渡し請求権が権利濫用になると主張しうるか(この論点は出題の趣旨では落ちているが、当然論点となる)が、論点となり得る。これら想定しうる論点について出題者が気がついていないと思われる点があること、それぞれの論点についてどの要素をポイントとして考えるかについて十分指摘されていないという問題点がある。
- 4 以上のような点から両方とも入賞には至らなかった。

以上

## II 刑法部門

### 1 評価の項目・基準

評価に際して、次のような項目に着目した。

①出題の趣旨の明確性，②論点の適格性，③論点の難易度，④論点のバランス，⑤事例における情報の正確性と充分性，⑥事例内容と出題趣旨との整合性。各項目の評点については，さしあたり，①，②，⑤，⑥に各20点，その他に各10点を配分した。入賞基準は，評点の合計に応じて，おおむね，80点以上を1等，70点以上を2等，60点以上を3等に該当するものとした。

### 2 評価

#### (1) 刑法部門1 (55点)

- ① 出題の趣旨は，若干曖昧である。すなわち，各論点の関連性が明確ではなく，また，無理に論点を追加したかのような印象を受ける (12点)。
- ② 総論の論点として，「共犯からの離脱」，「因果関係」が，各論の論点として，「(保護責任者)遺棄罪」が選択されており，各論の論点に曖昧さと物足りなさが残るものの概ね適格である (13点)。
- ③ 論点の難易度も概ね妥当である (7点)。
- ④ 論点のバランスという観点からすると，総論と各論の両分野から出題されているのは適切であるものの，総論の分野に偏っている感がある (7点)。
- ⑤ 事例における情報の正確性に難がある。たとえば，「共犯からの離脱」という論点を考察させるためには，離脱の前提となる「共犯」の種類，対象となる犯罪の種類等を判断するための情報が与えられていなければならないが，(保護責任者)遺棄罪について共犯が成立しうるか否かを判断するための情報が提示されていない。出題の趣旨からすると，事前ないし現場での「共謀」内容に(保護責任者)遺棄罪の共同実行が含まれていなければならないにもかかわらず，そうした情報が欠けていることから論点自体が成立していない形になっている。  
また，出題趣旨からすると，単純遺棄罪または保護責任者遺棄罪（さらには不作為による殺人罪？）の成否を検討させることを予定しながら，作為義務ないし保護責任の発生根拠の有無を検討すべき情報が正確に与えられていない。  
さらに，場面ごとの登場人物の言動にも正確な情報が欠けている。たとえば，甲が強姦行為を実行中及び離脱意思を表明した際の乙の言動ないし主観内容についての情報が欠けている。特に，甲が離脱意思を表明した後の乙の主観内容は，「共犯からの離脱」という論点を考察する上で不可欠な情報であるにもかかわらず，こうした情報が全く欠けており，故意の認定に必要な情報も欠けている (8点)。
- ⑥ 上記⑤で述べたように，出題趣旨で説明されている論点を検討すべき情報が不正確かつ不十分であることから，事例の内容と出題趣旨との整合性が欠けている (8点)。

#### (2) 刑事法部門2 (40点)

- ① 出題の趣旨が不明である。少なくとも，参考判例の論点（「1項犯罪と2項犯罪との関係」）

を軽視しているか、論点の重要性を理解していないように思われる（2点）。

- ② 論点としては、総論から「共同正犯の成否」、各論からは「1項犯罪と2項犯罪との関係」、「犯人蔵匿等罪の成否」という各論のテーマが選択されている。論点としては適格であるものの、量的には若干物足りない（13点）。
- ③ 論点の難易度は適切である（8点）。
- ④ 各論の論点に偏っており、バランスに難がある（5点）。
- ⑤ 参考判例の事実関係をほぼそのままなぞっているためか、事例に不自然な点は少なく、上記各論の論点を検討するのに必要な情報は概ね正確かつ十分に与えられているものの、上記総論の論点を検討するのに必要な情報が正確かつ十分に与えられていないため、容易に結論が導き出しやすい構造になっている（10点）。
- ⑥ 出題趣旨が不明であることから、事例との整合性の有無も判断できない。もっとも、参考判例の論点が「1項犯罪と2項犯罪との関係」であるにもかかわらず、この問題に関する言及がほとんどなされていないことには大きな問題がある（2点）。