

## 第6回（2015年度）事例問題コンテスト講評

### ◇ 評価基準

- 出題趣旨の明確性 : 20点
- 論点の的確性 : 20点
- 論点の難易度 : 10点
- 論点のバランス : 10点
- 事例における情報の正確性と十分性 : 20点
- 事例内容と出題趣旨との整合性 : 20点
- 合計 : 100点

(入賞者についてのみ点数を公表する)

### ◇ 憲法部門講評

#### 【作品1】

##### I. 総評

本応募作品は、昨年秋に新聞等で報道された、幸福の科学大学の不認可事例を素材とした、「私立大学の設置と信教の自由ないし宗教教育の自由保障（の限界）」を問う問題である（ただ、作題に当たっては論点設定の都合上か、実際には三学部設置申請だったものが一学部一学科の単科大学の事例にされているなど、若干の変更が行われている）。このような日々生起する話題の中から、憲法問題を摘出するという試みは、日頃からのLS院生の学習態度として大変好ましいものである。

公立の初等・中等学校における宗教教育については、基本書などには、教育基本法の規定にも触れながら、言及するものもあるが、本作品で応募者が取り上げた、私立大学の宗教教育の自由と限界については殆ど言及されていないと思われるので、憲法的に検討してみることは意義があると思われる。

ただ、今回の応募作品では、事例における情報提示が極めて不十分なため、事例演習問題としては未完成の段階に留まっているように思われるのが、残念である（以下での【事例における情報の正確性と十分性】参照）。この点を改善する上でも、作題者には、実際に自分で解いてみることを勧めたい。その作業は、改善点を自覚し、しっかりと修正して行くことに繋がるであろう。

今回の応募作品では、「設問1」「設問2」の問いかけ方式が、2014年までの司法試験・憲法編のものが踏襲されている。周知のように、2015年の司法試験では、この問いかけ方式に変更が加えられたので、留意されたい。その点については、法務省発表の「出題の趣旨」で説明が行われている。ちなみに、この新しい問いかけ方式によっていたしたら、今回の応募作品の問題文での具体的、個別的事実の提示にも変化が生じていたのだろうか？

なお、提出してくれた問題文の第1段落7行目には「学校法人 Y」とあるが、これはもちろん「学校法人 X」の誤りであるので注意して欲しい。

## II. 個々の評価項目について

### (1) 出題趣旨の明確性：

本問題は、宗教団体を母体とする学校法人 X の行った Z 大学設置の認可申請に対し、文部科学大臣 Y がその拒否処分を行ったという事例を通し、本件不認可処分の憲法適合性と原告・被告の行うべき憲法上の主張とあなた自身の憲法上の見解について問うものである。出題者は、作題するに当たって、二つの試みを行って、問題の論点に膨らみを持たせようと工夫している。その工夫の第一は、文科大臣 Y が不認可と判断した理由として二つの理由を用意したこと。その理由の第一は、X が Z 大学で行うとしている必修科目としての宗教教育で使用する教材と教育内容が学校教育法にいう「大学の目的」や大学設置基準にいう「目的達成のための教育課程の編成」と不適合であるという理由。その第二は、「付近住民の平穏な生活が害される恐れ」という理由。出題者は、このような工夫をすることによって、憲法論も取り込んで、文科大臣の認可に関する裁量逸脱の問題を論じさせようとしているようである。出題者が試みた二つ目の工夫としては、X の Z 大学申請と同じ時期になされた、別の宗教団体を母体とする学校法人 S による別の T 大学の設置申請は認可されたということにして、平等原則に絡む問題についても論じさせようとした点である。これらの工夫を試みたことは評価出来るが、総評でも触れたように、そのいずれもが、問題文の中に必要な情報を十分に盛り込めなかったことによって、出題の趣旨の明確化にも影響が出ているように思われる。

### (2) 論点の的確性：

中心論点について、しっかり検討してもらうためには、公教育と大学教育、公教育と（宗教系）私立大学の（宗教）教育の自由、などについて考察を展開してもらえると、いっそう論点のはっきりし、論じやすくなると思われる。

### (3) 論点の難易度：

「総評」でも触れたが、本作品で応募者が取り上げた、私立大学の宗教教育の自由とその限界については教科書類では殆ど言及されていないと思われるので、憲法的に検討してみることは意外と難しいと思われる。それだけに、作題に当たっては、審議会への諮問といった制度の仕組みをできるだけきちんとフォローして欲しい。

### (4) 論点のバランス：

まず、不認可処分にした理由を二つ設定しているが、主たる理由だけに絞って、そのために必要な情報をもっと丁寧に書き込んで、きちんと検討してもらうような作題でも良かったように思われる。二つの理由が挙げられることによって、論点のバランスがここでは崩れる恐れが強い。とくに第二の理由についてはもう少し説明が必要である。

また、今回の作題に当たって、応募者は、2013（平成 25）年の司法試験論文式憲法問

題のように平等原則に関連した論点を取り組むなどして、論ずべき論点に広がりを持たせている。主たる論点とのバランスにとくに問題はないが、二つの大学設置申請への処分が分かれたことを支える情報をきちんと対比させて提示できたかについては問題がある。

#### (5) 事例における情報の正確性と十分性：

今回の応募作品での最大の欠陥は、提示した論点についてきちんと検討してもらうには、あまりにも情報が不十分なことであろう。

たとえば、本問の中心検討論点である「公教育の一環としての私立大学と宗教教育の自由」に関して言えば、当該宗教の教祖の著書「霊言（霊言集）」がどのようなものであり、それを根底に据えた教育とはどのようなものかは、何が必修科目になっているかを含め、全く提示されていないため、学校教育法上の教育目的や大学設置基準上の教育編成方針に関する要件から見て、意図されている当該教育のどこに問題があるのかははっきりしない。そのため、憲法上なぜ宗教教育の自由との関係で問題になるのかわからないであろう。この論点については、やはり、事例の文科省「大学設置・学校法人審議会」の「幸福の科学大学の設置不可答申」や幸福の科学側の「異議申立書」の関連部分をきちんと取り込んで、作題がなされるべきであったと思われる。また、もう一つの「不認可」理由については、この理由自体は出題者の創作・付加したものだが、実際には、文科大臣の不認可処分は、学校教育法 95 条に明記のとおり「審議会等への諮問」が義務づけられているのだから、本作題のように、このような「他事考慮」的な理由付けはそう簡単に表だっては出てこないであろうから、このままではいささか（かなり？）荒唐無稽に近いし、また、問題文中の記述からは、「なぜ住民がおそれているのか」とか「そのおそれの明白さや重大さ」とかをわかり知ることが出来ない。作題として成立させるためには、この点のもっとしっかりとした書込みが必要である。

次に、XとSという二つの学校法人からの二つの大学設置申請について、認可・不認可が分かれたという、平等原則に関わる論点についても、必要な情報不足の点では同様である。問題文では、一方のX法人側のZ単科大学では、教祖の著書である「霊言（霊言集）」を教育の根底に据えた教育を、必修科目として、他方S法人側のT大学では三学部に通用の（当該宗教の歴史や教義に関する）教養科目を選択科目として、という違いが設けられている。だが、肝腎のZ大学の開講予定の当該宗教教育科目について、上述のように問題文には書き落としミスもあって、それがどんな科目名でどのような内容のものがはっきりしない。そのため十分な考察を行える水準には達していない。

#### (6) 事例内容と出題趣旨との整合性：

事例内容と出題趣旨の整合性に関しては、例えば、T大学についての「付近住民の平穏な生活が害される恐れ」という文科大臣の不認可処分の理由についても、大学設置・学校法人審議会の答申後に、具体的にそのような重大な恐れが発生したように設定し、そこで文科大臣がそのような理由を付加したとかというようにすると、出題趣旨との整合性が多少なりとも改善されるのではないだろうか。その他の論点についても、同様のことがいえよう。

## 【作品 2】

## I. 総評

本応募作品は、昨年夏にいろいろ論議を呼んだ末に改正された、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」（以下、単に「法」ないし「児童ポルノ処罰法」と略記。ちなみに、応募作品では、「児童ポルノ法処罰法」という略記を用いるとなっているが、下線の方の「法」は消し忘れか？ もっとも、応募作品の問題文・問題では、結局、略記を使用する機会が無かったのだから、略記云々自体が不要。）を素材にして、表現の自由保障との関係で、同法の規定する「児童ポルノ」の定義の漠然曖昧さに光を当てたものである。とくに、今回の法改正で新たに処罰対象に加わった、児童ポルノの単純保持に関する同法7条1項が、1年の経過期間をへて今年の7月15日から適用されることになっただけに、同法を素材として作題を試みた点は、日々生起する話題の中に、具体の憲法問題を探し、それについて法的な分析・検討を試みるのは、LS学生の日頃の学習方法の一つとして有意味なものである。これからも、「具体的に運用されている法制度に関して、常に、憲法、人権規定との関係で問題が無いのかということ意識して」（応募者の「出題趣旨」から）研鑽に励み、ぜひ志を果たしてくれるよう望みたい。

今回の応募に当たって、応募者は、国会での改正論議で処罰対象になるのかが話題となった、宮沢りえの写真集『Santa Fe』（篠山紀信撮影）ケースにおそらくは着想を得てかと思われるのだが、写真家Xが過去に撮影した「児童ポルノ」の対象になる可能性のある2枚の写真を、自分の写真館で今も公開していることが、法7条6項違反として逮捕・起訴されたという事例を設定した。作題に当たって、いろいろリアリティを持たせるべく工夫したことがわかる問題文になっている。ただ、敢えて言えば、国会論議で上記「写真集」が取り上げられたのは、本来は、「児童ポルノ」の定義の曖昧さに伴う、極端な限界事例 -- こんなものの所持まで処罰されるわけ無い筈の例 -- としてであったから、今回の作題で、しっかり考えてもらうための微妙な限界事例の提示として適切だったのかは、もう1枚のイラク戦争孤児の写真の設例ともども、疑問である。もっとも、この点を応募者も考慮したのか、或いは、適用違憲の設例として検討してもらうための工夫なのか、応募者は、当該設例にリアリティを持たせるべく、写真家Xの放送番組での発言が今次の安保改正法案反対のうねりを作り出すきっかけになったことにし、Xの逮捕・起訴が「狙い撃ち」事例であることを想起させる作題を行っている。

しかし、そうした努力は評価するが、問題文での設問に解答してもらうための情報の提供の取舍選択が適切に行われていない点など、以下の項目で言及するように、本応募作品は問題を抱えている。さらに改善・工夫を行う余地の大きい作品となったのは惜しまれるところである。

なお、本応募作品では、【問題】（司法試験での【設問】に相当）が「Xの弁護人として主張すべき憲法上の主張を、相手方の反論も想定しつつ、論じなさい。」の1問のみとなっている。司法試験論文式試験の憲法編では、いわゆる原告・被告としての主張の他に、「あなた自身の憲法上の見解」も問う形式が踏襲されていることは周知の通りである。私たちのコンテストでも、この三者の立場から、憲法上の主張・見解を展開してみることが望まれる。この方式は、法曹に必要な論証能力を高めるものと言えよう。ちなみに、周知のように、本年度の司法試験では、この「問い」が、これまでとは変わ

って、【設問 2】として「あなた自身の憲法上の見解」が「独り立ち」した。また、配点比重も相対的に高くなったようである。いっそう、「あなた自身の見解」が重視されているわけである。

ところで、応募作品の問題文の最終段落の末尾の箇所に「これまでに Z の写真集、写真 A 及び写真 B が刑法 176 条に反するとして逮捕・起訴された事例は一件も存在しない。」とあるが、少年の写真 A と少女の写真 B とは、通常は全くと言ってよいほど性質の違う評価を受けるもののように思われるので、正しくは、「これまでに Z の写真集、写真 A 又は写真 B が…」と記されるべきであろう。

## II. 個々の評価項目について

### (1) 出題趣旨の明確性：

出題者は、児童ポルノ処罰法 2 条 3 項に定義されている「児童ポルノ」規定からその 3 号「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの」を取り出し、漠然とした、しかも主観的判断に依存する表現をいくつも含むこの規定の合憲性を問うことで、このような規定を国家権力が濫用することによってもたらされる表現の自由への脅威の深刻さに警鐘を發することを意図している。このような論点の提示自体は、わいせつ表現関連の憲法問題としては、常套的なものだとしても、その重要性は少しも減じるものではない。ただ、作題に当たっては、法 1 条に記載の立法目的をもっと意識した上で、わいせつ表現物規制との異同を検討してもらうように作題してみても良かっただろう。そうすれば、個別具体の事例的要素として、安保保障制度反対云々といった「きわめて明白な」事実依存することのない、限定合憲解釈を踏まえた適用違憲事例を用意することも出来たのではないだろうか。

### (2) 論点の的確性：

応募作品で取り上げた、表現者の側の表現の自由・芸術の自由との関連での「違法とされる表現行為の定義の漠然性」という論点は、より適切な事例設定をという注文点を別にすれば、今回の児童ポルノ処罰法との関連でも、もちろん大切な基本的論点だが、今回、折角、児童ポルノ処罰法を素材にして作題に挑んでくれたのであれば、法 7 条 1 項（単純所持処罰）の適用開始の前日に、同条 2 項・3 項との絡みで、出版元やインターネット通販（表現の送り手側）からは、自主規制でこの写真集が「消されてしまった」という看過できない展開があったようなのだから、むしろ、こうした新しい展開に事例を求め、単純所持規制に伴う、所持者（表現の受け手側）の人権保障上の論点とも併せて、作題者の今回問おうとした「出題の趣旨」を問う作題にすることもできたのではないだろうか？ その他にも、この児童ポルノ処罰法に関しては、児童の虐待からの保護や児童の人間（個人）の尊厳や人格権保護と表現の自由との調整という論点も重要であり、このような論点を考えてもらうというのであれば、「AKB 河西智美『写真集』発売中止事件」に範を求めることもできるであろう。

### (3) 論点の難易度：

応募作品の取り上げた論点は、典型論点なので、論点の難易度としては、易しすぎるとも言えよう。

### (4) 論点のバランス：

応募作品では、法令違憲と適用違憲とを検討させるように工夫されてはいるが、基本的には、論点が単一なので、論点のバランスを云々する問題とはなっていない。

### (5) 事例における情報の正確性と十分性：

今回の応募作品の最大の難点は、情報の偏りであろう。設例に用意した2枚の写真を巡っての情報は、多すぎるくらいである。もっと情報を整理して、その分、逮捕・起訴した側の言い分や写真家Xの言い分を問題文の中にもっときちんと書き込んで、しっかりと検討してもらえるようにして欲しかった。

### (6) 事例内容と出題趣旨との整合性：

既に、(1)でも触れたことだが、作題で設定した2枚の写真は、定義規定としてはあまりにも漠然としている当該の法の「児童ポルノ」定義をもってしても、本設定で用意したような国家権力側の過度に露骨な「狙い撃ち（リベンジ）」でも無い限り、「児童ポルノ」には該当しないと見るのが普通であろう。もっと限界事例に近い設例にするとか、児童ポルノ規制に特有の設例にするとかといった作題上の工夫を望みたい。

## ◇ 民法部門講評

### 【作品1】総合得点73点

1 出題趣旨の明確性： 13点／20点

#### (1) 「設問1」について

本問において保証契約に基づいてXがYに対して請求する内容としては（その請求が認められるか否かは別として）以下のものが考えられる。

- ① A死亡後にXが支出した清掃費用相当額
- ② A死亡後にXが支出したリフォーム費用相当額
- ③ 甲においてAが死亡したことに起因して甲の賃料を相場より約1割程度低く設定したことを前提とする賃料減額分
- ④ Aが甲において死亡したことを知ったZからXへの損害賠償請求にXが応じた場合の損害賠償費用相当額

これらのうち、①については、通常の使用後に賃借人が退去した場合でも生じうることから、本問における清掃費用額がA死亡によって通常の場合と比して高額となっているのか否かによって結論が分かれる（この点に関する評価は「5事例における情報の正確性と

十分性」において行う)。

②については、X-A間の賃貸借契約終了後に生じたものと評価でき、かつ、これについて死亡によって既に権利能力を失っているAが負うとは言えないことから当然にYがXに対して負う保証債務の範囲に含まれるとは言い難い。他方で、リフォーム費用が偶々賃借人の死亡によって生じたものであるからといって、これを保証債務の範囲から除くことも賃借人が負う債務を被保証債務とする保証契約が締結される趣旨に反する。したがって、この点を論じさせる本問は、優れたものであるといえる(この部分の評価については、「2論点の的確性」で行う)。

③および④については、認められないのが原則であると思われる。

応募者は本問の出題趣旨の中で、XのYからの請求について「賃貸借契約により生じる原状回復義務の法的性格およびその範囲、損害の範囲、賃貸借契約に関する連帯保証契約の保証範囲について検討することが求められる。その際、賃貸借契約終了後、貸借人と次の賃借人との間で生じた損害についても、保証債務に含まれるのかにつき、保証契約の内容及び主債務である『損害』の範囲について、時間的限界や貸借人の契約方法等を考慮しつつ検討することが求められる」と述べている。

この記述からすると、前記①および②を検討させる趣旨であることは明らかである。しかし前記③および④については、両者を含む趣旨なのか、いずれかのみを検討対象としているのが判然としない。したがって、この部分について減じる評価を行った。

## (2)〔設問2〕について

〔設問2〕については、出題趣旨は明確なものであると評価した。

## (3) 全体的な評価

出題趣旨・問題文の全体を通じて、表現が分かりにくい(「一読しただけで述べたいことが読み手に伝わる」とは言えない文章)が散見された。

この点は、単に国語力の問題とも評しうるが、「出題趣旨の明確性」に直接影響を与える事項と判断した。そこで、この点を考慮して「1 出題趣旨の明確性」において減じる評価を行った。

## 2 論点の的確性: 17/20点

出題者が意図したと思われる論点のうち、本件事例のAが死亡後に遺体が腐敗したことによって賃借目的物に生じた損害が保証債務に含まれるか否かという問題は、従来必ずしも論じられてこなかったものである。

同様の問題は、実際に紛争となって出現しうるものであり、かつ、この問題を論じるにあたっては、「賃借人の保証人の保証債務の性質」について検討した上で、賃借人が死亡したことによって賃借人には帰属し得ない『損害』を保証人に帰属させるための論理構成を検討することが必要となる。

これらの点を解答者に検討させることによって、関連事項に関する基礎的知識の正確さとともに、事案に即した分析能力・基礎知識を問題解決のために応用する能力を涵養することができる問題であると評価できる。

もう1つの主要な論点である「心理的瑕疵の有無の判断と瑕疵を理由とする損害賠償請求の可否」についても、瑕疵担保責任の追及に関する基本的な知識を応用する能力を涵養するものである。

こうした問題を作成する場合には、問題点を導き出させようとするあまり事実設定が不自然になる、あるいは設定した事実からは問題点が十分抽出できないようなものとなるといったことが往々にして起こりうるが、本問題には、これらの傾向は見受けられない。

以上の点から、本問題は論点の的確性を十分に備えたものと判断した。

### 3 論点の難易度： 7／10点

いずれの論点も、法科大学院生が既に学んだ知識を前提に、これを応用して一定の結論を導き出すことができる問題であり、事例問題の難易度として適切なものであると判断した。

### 4 論点のバランス： 6点／10点

保証債務の範囲に関して論ずべき事項として出題者が、どの部分までを想定しているかにもよるが、保証債務の範囲について論ずる部分と他の論点とのバランスに偏りが見られるように思われる。

そこで、本項目については、この点を若干減じて評価した。

### 5 事例における情報の正確性と十分性 :13／20点

概ね情報の正確性と十分性は備えているものと判断できるが、以下の三点の部分について減じる評価を行った。

第一に、清掃費用の位置づけについてである。賃借人退去後の清掃費用は通常使用によっても一定額は生じるものである。本件事例の清掃費用について出題者は必ずしも明確な位置づけをしていないようであるが、本問の清掃費用が通常の賃貸借契約の場合にも生じる範囲内のものであるか、Aの遺体腐敗が原因で、通常の場合よりも高額となっているかによって検討すべき事項が異なってくる。

第二は、ZのXに対する請求に関する部分である。自然死に関する賃貸人の告知義務の有無に関する取引慣行が示されておらず、他方で自然死については賃貸人に告知義務があるか否かということは、XのZに対する告知義務違反の有無を判断するための基準となるものであり、この点に関する情報が問題文としては不十分である。

第三として、設問1では、Yの連帯保証人としての責任が問われているが、事実関係の中でYが本件賃貸借契約について保証人となった経緯などに関する事実関係が「保証契約」を締結したとだけ記載されていて、参照する【資料】では賃貸借契約書に連帯保証人に関する条項と署名欄があることのみが書かれている。保証契約が有効に締結された事実関係をもう少し記述する必要があるように思われる。

以上の点から本項目について若干減じた評価を行った。

### 6 事例内容と出題趣旨との整合性： 17点／20点

本問の事実関係に不自然なところはなく、与えられた事例によって出題者が意図していると思われる論点を抽出することができた。したがって事例内容と出題趣旨との整合性は一定程度あるものと評価した。

(講評者からのコメント)

関連する裁判例を素材に、本問における保証債務の範囲について検討させる問題を作成するに至ったという点は非常に高い評価に値するものと考えます。

問題文のうち、ZからXへの請求について、参考裁判例は、あくまで下級審裁判例ですが、これらが示す傾向からすると特別な事情がない限り自然死については心理的瑕疵に該当しないという判断がなされているようです。下級審裁判例と同様の立場を採る場合にはZからXへの請求が認められないという結論は容易に得られることになり、問題文としては若干難易度が下がります。そこで本問において何らかの特別事情(例; Zが契約締結に際してXに対して「人が死んだ部屋への居住」に関し何らかの嫌悪を示していた等)を付加することによって事実との関係で問題点を判断するという点を更に解答者に課するような問題とするといった工夫があると更に良い問題になったと思います。

## 【作品2】総合得点 63 点

### 7 出題趣旨の明確性: 10 点 / 20 点

出題趣旨の中で、本件建物の瑕疵に関する解説が加えられているが、両者の関係が不明確なものとなっており、出題者が、いずれの瑕疵について「建て替える他はない重大な瑕疵」と想定しているのかが不明確である。この点が本問の重要な論点であり、より明確な判断が可能となる事実が示されるべきである。

また、出題趣旨の中で挙げられている判例・解答するにあたって必要な知識が、本問のどの部分を論ずるにあたり必要なものであるのかが明確ではない。

瑕疵ある建物を引き渡されたことに対する注文者からの慰謝料請求について、判例の動向および下級審裁判例の動向に関する指摘があることは出題趣旨において述べられているが、この部分の記述が本問の出題趣旨としてどのような意味を持っているのかが記述されていない。

また、最終段落の記述は本問を出題する背景事情にはなり得ても出題趣旨とまで言えるものではない。

以上の点から、出題趣旨の明確性に不十分な点が散見されるものと評価した。

### 8 論点の的確性: 15 点 / 20 点

請負契約の目的物の瑕疵が立て替えるほかはない程に重大な場合において建て替え費用相当額の損害賠償請求が認められるか、この場合に注文者から請負人に対する慰謝料請求が認められるか、という点は請負契約に関する主要論点である。

また、この点を問う問題として本件事例には不自然な事実や設定が見受けられるものではない。

そこで本問は論点の的確性を十分に備えた問題であると評価した。

## 9 論点の難易度： 5点／10点

本問は、前述した論点に関するいわば典型事例について論じさせるものであり、出題者が挙げた関連判例に関する知識があれば容易に解答できる問題である。

また、論点自体も請負契約に関する主要論点のうちの一つである。主要論点に関して出題すること自体が評価を低下させるわけではないが、主要論点について典型事例に基づいて解答させるといった問題は、ともすれば「知っているか否か」を確認する問題にしかない。

主要論点について検討させる場合には、典型事例とは若干異なる事実なり要素を加えることで、「主要論点に関して基礎的な知識を有しているか」「当該論点に関して判断した判例について事案自体を確認した上で判旨の述べているところを正確に理解しているか」ということを確認し、さらに事例を分析した上で、これらの知識を活かして事案に即して思考し、望ましい結論を導き出すことができるか、ということを試すような問題を作成することが求められる。

したがって、本問の難易度は、あまり高くないものとして評価した。

## 10 論点のバランス： 5点／10点

典型事例そのままに近い事例であり、また論ずべき点が事例問題としては少ないものとなっている。

そこで、論点のバランスは適切であるとはいえないものとして評価した。

## 11 事例における情報の正確性と十分性 :13点／20点

本事例に不正確な点はない。しかし以下の点から一定程度、十分性に若干欠ける点があると評価した。

第一に、本件瑕疵に関するYからの回答の位置づけが不明確な点である。Yからの回答内容が単なるYの言い分であるのか、一階部分がYの回答どおり補強可能なものであるのかによって本件建物の瑕疵が「建て替えるほかはないほどに重大な瑕疵か否か」が異なってくる。しかし、この部分に関する位置づけが問題文からは判然としない。したがって本問に述べられている事実のみからは解答者が本件瑕疵について判断することが困難となるか、解答にあたって場合分けを要する問題となっている。

第二に、Xが現在、乙とは異なるマンションに居住しているという点についてである。事例全体から善意解釈すれば乙に倒壊の危険性があることを理由にマンションに転居し、乙に瑕疵がないならば生じないマンションの月額賃料相当額の損害が発生していると理解できる。しかし、そうではない理由によって転居をする場合も考えられることからすると、Xがマンションに転居した理由について付言する方が問題文としては望ましい。

第三に、Dの調査結果の位置づけについてである。Dは第三者であり通常は虚偽の調査結果を述べるということは考えられないが、具体的事案においては調査結果が適正さを欠くという場合も少なくない。したがって問題文としては、Dの調査結果およびDが述べた内容は適正なものであるとの前提に立って解答すべき点を明示する必要がある。

以上の点から本件事例問題について情報の十分性を若干欠いたものであると評価した。

## 12 事例内容と出題趣旨との整合性： 15点／20点

論点に関する典型事例を出題しており、出題趣旨において論ずべきであるとされている点と事例内容との間に整合性はある。

ただし、出題者は、「請負契約に基づく請負人の責任と注文者の不利益を、リアルに考えた上で解答してもらいたい」と述べている。ここでいう「リアルに考える」ということが具体的にどのようなことを指すのか判然としないが、仮にこれが具体的な事案において事実を照らして当事者の利益状況を考慮に入れた上で解答せよということであるとすれば、そのような考慮に必要な事実が本問で十分に示されているとは言い難い。

また、「解答する際に、依頼者の正当な利益を最大限に図ることを意識」することを求めているようであるが、単に問題文において「Xの相談を受けた弁護士として」という出題をすることによって、解答者にこの点を意識させることは困難と考える。

したがって、事例内容と出題趣旨との整合性について若干減じて評価した。

(講評者からのコメント)

出題趣旨最終段落で応募者が指摘した「択一对策として判例の結論を覚えてはいるが多くの受験生は事案を確認せず、したがって事案との関係で判例の述べたことを理解している受験生が少ない」という点は、本件事例の関連判例のみならず講評者も常に感じているところです。

このことを問題視することができる応募者の学習に対する姿勢は非常に望ましいものであると感じます。

また、応募者が「実務に役立つ問題意識、思考方法が身につくもの」と考えて本問を作成した背景には、そうした問題意識・思考方法が将来法曹になる者として重要であると応募者が考えているということがあるのだと思います。

こうした応募者の学習に対する姿勢や考え方は今後も大切にしたいと思っていますし、一見遠回りに見えても、このような学習姿勢や考え方が合格への近道となるものと思っています。

本問については、判例で実際に問題となった事例と事実自体は異なるものの非常に類似しており、残念ながら「関連判例を見つけることができれば、そのまま判例を真似して解くことができる問題」となっているというのが全体的な印象です。

例えば参照すべき判例として挙げられている判例の判決文を事実を照らして検討し、判旨の理解を踏まえて解答者に更に検討させるための工夫をすることができれば、本問題はより良い問題になったと思います。

なお、蛇足ながら、現在、国会に提出されている改正民法案では瑕疵担保が削除されています。この問題は、契約の合意内容を評価しての債務不履行の適用になるものと思われます。そうすると、当初の契約の段階で法令に定める耐震基準に沿う建物との確認がなされた事実とその具体的な内容が重要になります。この点についても、改めて考えてみて下さい。

# 刑法部門講評

## 1 出題趣旨の明確性

- (1) Xの罪責について、傷害行為については参考判例（最決平20・5・20）とほぼ同一の事実関係（関係者の年齢が異なる）で構成されており、自招侵害と正当防衛の成否を問うことは明白であるが、裁判例を前提として、具体的に自招侵害の問題の何を問う趣旨なのかが不明である（添付された「出題の趣旨」には、「判例（最決平成20・5・20）は、正当防衛の個別の要件の検討はしていないことに注意が必要である」と記載されているが、この記述が出題意図との関連でいかなる意味を持つかについては、もう少し説明が欲しいように思われた）。

たとえば、自招侵害について、最高裁は、①最初の暴行からの誘発性、②最初の暴行とAの攻撃との均衡を基準としているので、そのいずれかまたは両方の判断を求める趣旨であれば、この要件の判断に影響を及ぼす事実関係（参考判例の事案と若干異なるもの）を与える必要があるだろう。具体的には、上記①につき、XがAに対して最初の暴行を加えた際の状況（Aに対してXが挑発的態度をとったという事実や、それに対するAの反応）を付加して、誘発性の有無を具体的な事実認定の形で検討させるとともに、上記②についても、XとAによる暴行の手段・程度を参考判例の事案のままとするのではなく、たとえばAの攻撃をXによる暴行の程度を大きく超えるものに変更したうえで、その場合に参考判例の理論枠組がいかなる帰結を導くかを考えさせる、といった出題形式などが考えられる。

財物奪取行為についても、参考判例（大阪地判平4・9・22）とほぼ同一の事実関係であるが、評価の部分は取り除かれているので、与えられた事実関係をもとに強盗・恐喝の評価を行わせるという出題趣旨は明確であり、この点は評価できる。

- (2) Yの罪責については、不作為による幫助の成否を問うものである。不作為による幫助について具体的に問題となる点は、主として「作為義務（保護義務ないし犯罪阻止義務）」「不作為による正犯と幫助の区別」「幫助の意思（故意）」「幫助の因果性」などであるが、本問がそのいずれを狙った出題なのかが、事実関係からは明確でない。また、問題文4のセクションには、「まさかXが上記計画を実行するとは考えず」とあることから、一見するとYにはそもそも幫助の故意がなかったかのようにも読める。そのため、解答上は、不作為による幫助が最初から論点とならないと誤解されてしまいかねないので、事実の書き方を工夫すべきであろう。

## 2 論点の的確性

主要論点としては、自招侵害、強盗と恐喝の区別、不作為による幫助であり、これらは刑法上の基本的論点であるから、的確である。ただし、自招侵害については、「自招侵害について論ぜよ」という抽象的な問いを投げかけるような出題になっており、与えられた事実の評価を行うという観点が不足している。また、不作為による幫助についても、焦点が不明確である。強盗と恐喝の区別については、本事例の元となった参考判例が、事案としてはやや特殊なものである（未遂・既遂の問題、あるいは罪数処理の問題に関する判例として紹介されることもある）ため、もう少し典型的な、事実認定力の側面か

ら強盗と恐喝の区別を問う出題にするべきである。

### 3 論点の難易度

論点自体の難易度としては適切であるが、出題の方法が、判例を知っていればそのまま解答 することを可能にしているという意味では適切さに欠ける面がある。

### 4 論点のバランス

刑法の総論・各論にわたって出題されており、その意味でのバランスはとれている。ただし、不作為による幫助に関する事実関係の部分が情報量不足になっている点は、他の論点と比較してバランスを欠くであろう。

### 5 事例における情報の正確性と十分性

自招侵害、強盗と恐喝に関しては、裁判例とほぼ同一の事実関係になっており、それ自体は事例における情報の正確性・十分性が認められるものとなっている。

不作為の幫助についての事実関係では、関係者の地位に不明確な部分がある。上司 B は X を懲戒解雇する権限をもっているようであるが、営業部長 Y との関係が不明確であるため、社内における Y の地位（序列）・権限がつかみにくい。この点は、Y 自身がいかなる根拠で保護義務ないし犯罪阻止義務を負うかという作為義務性の判断に影響するので、明確にしておくことが望ましい。また、Y は人事についても一定の権限をもつことが指摘されているので、Y が X の計画を伝えるべき上司（特定されていない）と B との関係も明確にしておくべきだと思われるが、この点も不明である。

現金奪取行為について、包丁を突き付けた脅迫行為による反抗抑圧状態の継続中に奪った強盗既遂なのか、反抗抑圧状態が解消された後の取得行為（恐喝）なのかを考えさせる（出題の趣旨）ためには、反抗抑圧状態の継続とも評価可能な事実も混在させることが望ましい。事例に指摘された事実は、①B が X に「拾って来い」と命じたこと、②包丁をポケットにしまったこと（「出題の趣旨」では、①の事実だけで判断できると考えているようであるが、②の事実も重要である）しかない。周囲の状況、同乗者の有無なども付け加えることが望ましい（付け加える事実は、どのような結論に誘導するかにかかるといえる）。問題文の事実は参考判例の判決文記載の事実をほぼ忠実に再現したものとなっているが、判決文というものは、審理が終了し当事者が了解済みの事実を前提に書かれるため、事実関係の細部までは詳しく再現されていないのが通例である。したがって、裁判例に登場した事実を元に事例問題を作成する際には、こうした点にも留意して、できるだけ解答が一義的に定まるよう、状況設定を具体的に行うべきであろう（一例を挙げれば、B が X に対し「拾ってこい」と命じた後に、「(X は、B が) 危害を加えられかねないものと畏怖しているのに気付いた」という事実関係は、参考判例の原文でもそのように書かれているが、試験問題としてこの記述だけを読むと、「なぜ X に対して命令口調だった B が、同時に X に対し畏怖しているのか（命令口調で相手に対峙している者が同時に相手に対して畏怖しているということは、通常、想定しにくいのではないか）？」という疑問を感じるはずである。このように、判決文としては（当事者が事実関係を了解しているため）問題がない記述であっても、試験問題としては不十分なことがありう

る。したがって、問題文を作成する際には、判決文に記載された事実をそのまま再現しただけでは不十分なことが多いという点にも注意してほしい。

なお、幫助の故意は、正犯の実行行為を認識するとともに、自己の幫助行為が正犯の実行を容易にするものであることを認識することであり、未必的な故意でもよく、片面的幫助も認められる。しかし、XがYに話した内容が不明であり、「まさかXが上記計画を実行するとは考えず」とするだけでは、幫助の故意について判断することは困難である。Yがなぜ「Xの上記計画に気付いた」のか、あるいは、「Xをよく知るY」とある点につき、XとYの間の人間関係や意思疎通の程度はどうであったか、といった点も、作為義務性や故意の存否の判断に必要な情報となるので、もっと詳しく情報を書き込んで解答を誘導することが望ましい。

## 6 事例内容と出題趣旨との整合性

出題趣旨によれば、各論点について、具体的事実関係の分析及びそれに対する刑法の解釈適用能力、論理的思考力・論述能力を試すこととなっている。自招侵害、強盗・恐喝の事例については、論点に関する判断をするにあたって鍵となる事実関係がモデルとした裁判例と重要な事実関係が同一であるため、新たに具体的事実関係の分析をすることができず、記憶による記述が可能となり、論理的思考力を試すことができない。その意味で、出題の方法が出題趣旨に記述された、事案分析能力・論理的能力を見るためには、適切さを欠く。刑法の論文試験の素材として最近の重要判例が重視されることは事実だとしても、判例の事案がそのまま出題されることはなく、何らかの形で「ひねり」や「修正」が施されているのが通例である。その意味では、事実関係の一部が変更された事案に判例理論を適用した場合に、いかなる帰結が導かれるかを解答させるほうが、出題形式としては妥当であろう。その場合、近時の司法試験における刑法の出題傾向が、問題文中に非常に多くのヒントを書き込むことにより事実認定重視の方向にシフトしている点に鑑みれば、そうした形で論点に結びつく事実関係を具体的に設定することにより、解答を一定の方向に誘導するほうが望ましいと思われる。