

## 新第60期司法修習生考試における不可答案の概要

最高裁判所事務総局

平成20年7月15日

新第60期司法修習生考試における考試問題は、各科目とも、民法、刑法等の基礎的な事項についての論理的、体系的な理解を前提として、法曹三者それぞれの立場から、考試記録の具体的事案に即した事案の分析検討や、証拠に基づく事実認定の基本的かつ汎用的な思考過程等を答えさせるものであった。したがって、法科大学院において修得した学識及び実務の基礎的素養等を前提に、実務修習を中心とする新司法修習の課程をごく普通にこなしていた司法修習生にとっては、容易に合格レベルの答案を作成できるものであった。

しかしながら、不可答案は、いずれの科目についても、民法、刑法等の基本法における基礎的な事項についての論理的・体系的な理解が不足していることから、これらの理解を前提とした事案に即した具体的分析、検討ができていなかったり、事実認定の基本的かつ汎用的な思考が身に付いていないことが明らかかなものであった。具体的には、これら不可答案は、その記述内容の一部に問題があるというだけで不可答案とされたわけではなく、後述のような問題点が一点にとどまらず複数積み重なっているなど、他の記載部分と併せて答案全体をみても、実務法曹として求められる最低限の能力を修得しているとの評価を到底することができなかつたものである（なお、考試問題のレベル、不可答案の判断の方法は、従来と基本的に同様である。）。

## 第1 民事系科目

## 1 事案の概要等

## ・ 民事裁判

（主張整理用記録に基づくもの）

原告が、貸金債権を被保全債権として、債務者Aに代位して、被告に対し、Aが被告の飼い猫を預かり保管したことによる寄託報酬金の支払を求め、被告が種々の主張をするなどした事案について、訴訟物の説明、主張整理、整理した各主張について実体法上の効果及び攻撃防御方法と

しての機能の説明，特定の主張について要件事実に関する説明などを記載させた。

(事実認定用記録に基づくもの)

保証債務履行請求事件において，原告，被告間で保証の合意をした事実が認められるかという実務的に極めて頻繁に現れる基本的な問題について，結論の記載，具体的証拠関係に即した判断枠組みの説明，認定できる間接事実とその認定根拠及びその事実の具体的な意味づけの記載，これらを踏まえて結論に至った判断過程の説明を記載させた。

#### 民事弁護

原告（重機輸出等を業とする株式会社）が，被告（重機を販売する個人業者）から，中古ショベルカー1台をA国での転売目的で買い受けたが，同国の輸入規制上これを輸出できなくなったばかりか，この所有権を放棄せざるを得なくなったとして，売買契約の債務不履行又は瑕疵担保責任に基づき，支払済代金，得べかりし転売利益，転売先に支払うべき違約金及び遅延損害金の支払を求めた事案において，原告訴訟代理人として最終準備書面を起案させた。

このほか，民事保全及び訴訟当事者の証拠収集活動に関する小問を出題した。

## 2 不可答案に現れた問題点

- ・ 民法等の基本法における基礎的な事項についての論理的，体系的な理解不足に起因するとみられる例
  - 「代位」という民法の基本概念及びこれに基づく債権者代位訴訟の構造（被保全債権である貸金債権が譲渡されると原告適格に影響を及ぼすこと）を理解していないもの
  - 民法の基本概念である「相殺」について，債務消滅原因として主張されている相殺（民法第505条）の効果を全く理解しないまま，相殺の抗弁により反対債権と引換給付の効果が生じるにとどまる旨説明したもの
  - 売買契約に際し，解約手付として手付金を支払ったことが記録上明

らかであるところ、「解約手付」とは手付金の支払によって手付解除を可能にするものであり、契約法の基本概念として修習中にも十分な指導をしているにもかかわらず、その手付金の支払自体が「履行(の)着手」(民法第557条第1項)に該当するから手付解除ができなくなる旨説明したもの

- 被告の反論に応じて、主張立証責任を負うべき原告の立場から事実に基づき法律構成を示した再反論が求められているのに、民法上の典型論点である債務不履行責任と瑕疵担保責任の区別ができていないなどのため、単に被告の主張に対する事実の反論を羅列するにとどまり、法律構成に結び付けることができていなかったもの
- ・ 事実認定等の基本的な考え方が身に付いていないことが明らかである例
  - 事案において最も重要な書証である借入誓約書に全く触れなかったり、同借入誓約書の真正な成立は認められないと判断しながら、他方でその内容は信用できるとして、この書証を認定の根拠としたもの
  - 重要な間接事実をほとんど挙げるができなかったもの
  - 客観的証拠に着目せず、供述の信用性を吟味しないまま、安易に一方の供述のみに依拠して事実を認定したもの
  - 最終準備書面の起案を求められているのに、これまで自ら全く主張していなかった事実を証拠に基づかず記載したもの
- ・ 一般社会通念や社会常識に対する理解ができていない例
  - 2年間有償で飼い猫を預かる契約の内容には「猫を生存させたまま返還するまでの債務は含まれない。」との独自の考えに基づき、「猫を死亡させても返還債務の履行不能にはならない。」と論じたもの
  - 「実兄が弟に対して保証することはあまりない。」などと、独断的な経験則を平然と記載したもの

## 第2 刑事系科目

### 1 事案の概要等

- ・ 刑事裁判

被告人が、保険金取得目的で自己所有の農業用倉庫内に放火し、倉庫及びその中にある農機の一部を焼損させるなどしたとされる非現住建造物等放火、詐欺未遂の事案において、主たる争点は放火犯人と被告人との同一性であるところ、これを直接証明すべき証拠はないため、被告人が放火犯人であると推認できるかどうかを検討させた。

このほか、刑事訴訟手続で日常的に生起する事柄に関する小問を出題した。

#### ・ 検察

被疑者が被害者方に侵入した上、被害者方の押入れ付近にライターで点火して柱等を焼損したとの被疑事実で検察官が送致を受けた住居侵入、現住建造物等放火の事案において、逮捕当初に被疑者は自白していたが、その後にアリバイ等を主張して、自分が放火犯人ではない旨弁解しているところ、終局処分たる起訴状又は不起訴裁定書の起案及び終局処分の決定に至る思考過程のうち被疑者が犯人であるか否かに係る部分（犯人性）の論述を求めた。

このほか、「建造物の焼損」の意義、考試記録上の認定の可否、接見禁止の一部解除請求に関する小問を出題した。

#### ・ 刑事弁護

被告人が、①原動機付自転車を運転して通行中の女性に接近し、ハンドバックを強取しようとしたが、抵抗されたことなどからその目的を遂げず、②別の機会に酒気を帯びて原動機付自転車を運転したとされる強盗未遂、道路交通法違反の事案において、①の強盗未遂罪については被告人は逮捕以来一貫して犯行を否認しており、犯行時には別の場所で新聞集金業務を行っていたと主張しているところ、弁論要旨を起案させた。

## 2 不可答案に現れた問題点

・ 刑法等の基本法における基礎的な事項についての論理的、体系的な理解不足に起因するとみられる例

○ 刑法の重要概念である「建造物」や「焼損」の理解が足りずに、放火の媒介物である布（カーテン）に点火してこれを燃焼させた事実を

認定したのみで、現住建造物等放火罪の客体である「建造物」が焼損したかどうかを全く検討しないで「建造物の焼損」の事実を認定したもの

- 判決宣告期日における弁護人の出頭の要否、立証趣旨の明示、目撃者が犯行状況を写真に撮影した場合及び警察官が被害者の被害再現状況を写真に撮影した場合のそれぞれにおける「写真」の証拠能力といった日常的に生起する刑事訴訟の基本的事柄に関する理解が明らかに不足しているもの

・ 事実認定等の基本的な考え方が身に付いていないことが明らかである例

- 放火犯人が被告人であるかが争点の事案で、「被告人は犯行を行うことが可能であった」といった程度の評価しかしていないのに、他の証拠を検討することなく、短絡的に被告人が放火犯人であると結論付けるなど、「疑わしきは被告人の利益に」の基本原則が理解できていないと言わざるを得ないもの
- 事実認定の重要な手法である間接事実から要証事実を推認することができるかどうかの判断過程が身に付いておらず、記録上当然検討しなければならない重要な間接事実に触れなかったり、自己の採る結論に沿わない間接事実について全く論及しなかったり、一応の論及はあるがその検討が極めて不十分であったもの
- 刑事弁護人の立場を踏まえた柔軟な思考ができずに、被告人が一貫して犯行を否認し、詳しいアリバイを主張しているのに、被告人の主張を無視してアリバイに関する主張を全くしないもの（更には被告人のアリバイ供述は信用できないとして、依頼者である被告人の利益に反する弁論をしたもの）、証拠関係の評価をほとんどしていなかったり、証拠に基づいた主張をしていないもの