

3. 法的三段論法

(1) 明示的法的三段論法

① 規範の示し方

<ケース1：別件逮捕勾留>

別件を被疑事実とする逮捕・勾留が、違法となるか否かについては、主として本件の捜査のために利用されており、裁判所の令状審査を経た身柄拘束としての実体を喪失したか否かにより判断すべきであり、①別件捜査の完了時期、②別件・本件の取調状況（取調べ時間の比率）、③取調べの内容を考慮して判断すべきである。

下線部を読んでも「実体を喪失した場合」に違法となるのか「実体を喪失していない場合」に違法となるのかがはっきりしない。規範とは「その全てを満たす場合に自動的に結論が導かれるべきもの」であるためあてはめの結果を読み手に考えさせてはならないし、また、要素を過不足なく列挙すべきである。

【修正1】別件を被疑事実とする逮捕・勾留は、主として本件の捜査のために利用されており、裁判所の令状審査を経た身柄拘束としての実体を喪失した**場合には違法となると解する。かかる場合に当たるか否かについては**①別件捜査の完了時期、②別件・本件の取調状況（取調べ時間の比率）、③取調べの内容を考慮して判断すべきである

「～（規範）の場合には違法となる」とすることにより「～（規範）」を満たした場合に自動的に「違法」という結論が導かれることが読み手にとって明快である。さらに、考慮要素について、「かかる『場合』に当たるか否かについては」としており、前文の「～実体を喪失した『場合』には」を受けているから、こういった判断についての考慮要素なのかも明確である。

規範の立て方には以下のような方法もある。

【修正2】別件を被疑事実とする逮捕・勾留が違法となるためには、主として本件の捜査のために利用されており、裁判所の令状審査を経た身柄拘束としての実体を喪失したと認められることを要する。実体を喪失したか否かについては①別件捜査の完了時期、②別件・本件の取調状況（取調べ時間の比率）、③取調べの内容を考慮して判断すべきである

「違法となるためには～（規範）を要する」とすることでやはり「～（規範）」を満たした場合に自動的に「違法」という結論が導かれることが読み手にとって明快である。【修正1】のように書くか【修正2】のように書くかは論点次第である。

補足

規範と考慮要素の違いを意識する必要がある。厳密に説明されることは少ないが受験生としては以下のように理解しておけばよい。

- ・ 規範：ある結論を導くための要素を過不足なく示したもの
- ・ 考慮要素：ある結論を導くために通常考慮すべきとされる事項を示したもの

「Aにあたるためには①②③が必要である」と規範定立した場合、①②③の全てを満たさなければAにはあたらず、また、①②③以外の要素を考慮してAにあたるか否かを判断することは原則として許されない（他の要素を考慮するのであれば規範を修正するか結論を修正することになる）。一方、「Aにあたるか否かは①②③等を考慮して決する」と考慮要素を示した場合は①②③のうち一部を考慮してAにあたることを肯定しても構わないし①②③以外の要素を考慮してAにあたるか否かを判断してもよい。考慮要素は規範に比べてあてはめの方向性を拘束する力が弱いと考えられるがそれゆえに考慮要素を答案上に明示する必要性は必ずしも高くない。

補足

示した要件が十分条件・必要条件・必要十分条件のいずれにあたるかは常に意識しなければならない。

【十分条件】 「～」にあたるためには・・・であればよい。

【必要条件】 「～」にあたるためには・・・でなければならない。

【必要十分条件】 「～」にあたる場合とは・・・をいう。

【必要条件】として要件を示す場合は前後で他の要件の追加が可能であるから何らかの要件について特別に検討する際に便利な方法である。

<ケース2：行政指導の不協力を理由とする処分留保の違法性>

行政指導に協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明した場合には、特段の事情がない限り、行政指導が行われているとの理由で建築確認申請に対する処分を留保することは「違法」（国賠法1条1項）にあたる。

「特段の事情がない限り」という留保の内実が明確ではない。現場思考論点で規範定立をする際に（漠然とした不安から）「特段の事情がない限り」という留保を付す答案がある。「特段の事情がない限り」という留保については以下のように考えておくとよい。

1). 受験生の多くが「特段の事情がない限り」という留保を付す場合

（あるいは）

「特段の事情」についてのあてはめが想定されている場合

⇒「～のような特段の事情」として「特段の事情」の内容を明らかにすべきである

2). 受験生の多くが「特段の事情がない限り」という留保を付さない場合

（かつ）

「特段の事情」についてのあてはめが想定されていない場合

⇒「特段の事情がない限り」という留保が余事記載になるため不要である

※規範を自作する際に無意味に「特段の事情がない限り」という留保を付すことは避ける。

【修正】行政指導に協力できない旨の意思を真摯かつ明確に表明した場合には、**行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するといえるような**特段の事情がない限り、行政指導が行われているとの理由で建築確認申請に対する処分を留保することは「違法」（国賠法1条1項）にあたる。

「特段の事情」へのあてはめを想定した上で（上記2. の場合）その内容を明らかにした。このように規範定立するのであれば①～表明した場合、②～特段の事情の2点についてきちんとあてはめを行うことが望ましい。

補足

自分が定立した規範の意味を理解していない答案が散見される。

Ex. 「①裁量基準に従わない処分は、②裁量基準を形式的に適合することでかえって不合理な結論となる例外的な場合を除いて、原則として裁量の逸脱・濫用にあたる。」

この規範は①と②の部分に分けることができるため①②両方のあてはめが必要である。

Ex. 「任意捜査として適法となるためには、必要性・緊急性を考慮して具体的状況のもとと相当と認められることを要する。」

必要性・緊急性はあくまでも考慮要素にすぎず、下線部が規範である。

②規範とあてはめの対応関係

実行の着手の有無は、行為者の計画等も考慮して判断すべきところ、①第1行為が第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったこと、③第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性等がある場合には、第1行為の時点で「実行に着手」（刑法43条本文）したと認められる。

甲はVをトランク内に押し込めているから第1行為には成功している（②）。第1行為の後第2行為は30分後に予定されており、この時間は短いから、第1行為と第2行為とを一体として評価すべき（③）である。

よって、第1行為の時点で「実行に着手」したと認められる。

法的三段論法を構成するためには「規範とあてはめの日本語とを日本語レベルで一致させること」である。上記論述例では、まず、規範①に対応したあてはめが存在しない。また、規範②に対応したあてはめが②だと思われるが規範②のうち「特段の事情」についてのあてはめがない。さらに、規範③に対応したあてはめだと思われる③については「場所」への言及がない上に、「時間は短い」とあてはめの結論のようなものを示した後に「第1行為と第2行為とを一体として評価すべき」という評価を加えている。

法的三段論法が崩れる原因として以下の3つが挙げられる。

- 1). あてはめに適した規範でない
- 2). 自分が定立した規範を忘れている
- 3). あてはめた後で（不安になって）評価を加えてしまう

刑事訴訟法220条1項2号が令状主義（憲法35条、刑事訴訟法218条1項）の例外とされた趣旨は「逮捕の現場」においては証拠存在の蓋然性が高いことにあるから「逮捕の現場」とは、逮捕した場所と同一管理権の及ぶ範囲をいうと解するべきである。

Pが甲を逮捕した場所は甲が管理するA社であるから逮捕する場所の管理権は甲に帰属する。一方、搜索の対象は、A社内の乙のロッカーであるが、ロッカーは施錠されておらず、管理者である甲がいつでもドアを開閉できるようになっていたから、ロッカーの管理権も甲に帰属する。

よって、甲のロッカーは①逮捕した場所と同一管理権の及ぶ範囲にあたり、②証拠存在の蓋然性が高いから、「逮捕の現場」にあたる。

3). の例である。①が規範に対応するあてはめの結論であるが、その後②で不必要な評価を加えているため法的三段論法が崩れている。自分が定立した規範を信じて、後に不必要な評価を加えないよう注意が必要である。

【修正】実行の着手の有無は、行為者の計画等も考慮して判断すべきところ、①第1行為が第2行為を確実に実行するために必要不可欠なものであったこと、②第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかったこと、③第1行為と第2行為との間の時間的場所的の近接性等がある場合には、第1行為の時点で「実行に着手」（刑法43条本文）したと認められる。

Vを車ごと焼き殺す予定である山奥までVの抵抗を抑制しかつ周囲に気づかれずにVを運ぶためにはVを車のトランクに押し込める必要があったから、第1行為が第2行為を確実に実行するために必要不可欠であった(①)。

Vは自力でトランクから脱出することができず、また、さるぐつわをされており声を出すこともできないから、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存在しなかった(②)。

第2行為は第1行為を行った場所から車で20km程度の地点であり移動時間もわずか30分であるから第1行為と第2行為との間の時間的場所的が認められる(③)。

よって、第1行為の時点で「実行に着手」したと認められる。

(2) 簡易的法的三段論法

甲は、「住居」たるA銀行B支店に①ATMから現金を窃取する意図で立ち入っており、これはA銀行B支店の②管理権者の意に反する立ち入りであるから③「侵入」にあたる。故意に欠けるところもない。
よって、本行為につき、住居侵入罪（刑法130条前段）が成立する。

①Aは役員であると同時に株主でもあるから、Aに対する退職金の支給にかかる議案について、Aは②問題となる議案の成立により他の株主と共通しない特殊な利益を獲得するといえ、③「株主総会等の決議について特別の利害関係を有する者」（会社法831条1項3号）にあたる。

法的三段論法は通常【規範】⇒【あてはめ】⇒【結論】という流れになるが【あてはめ】⇒【規範】⇒【結論】という流れで簡易に法的三段論法を構成することも可能である。上記の例ではいずれも①【あてはめ】⇒②【規範】⇒③【結論】という流れになっている。

<簡易的法的三段論法のメリット>

- ①答案が短くなる
- ②三段論法が崩れにくい

<簡易的法的三段論法のデメリット>

- ①1文が長くなりがちになる
- ②評価が欠落しやすい
- ③論点について詳細な検討が加えられない

簡易的三段論法は答案が短くなるというメリットもあるが、デメリットもあるため、メイン論点では明示的法的三段論法を用いるべき場合が多い。あまり争いにならない要件の検討や途中答案対策に限定して用いるべきである。