

## ここで差がつく！司法試験（公法系）

### 憲法

弁護士 伊藤 たける

#### 総論 採点の基本方針等

“本年の問題においても、①事案を正確に読んでいるか、②憲法上の問題を的確に発見しているか、その上で、③関係する条文、判例、憲法上の基本的な理論を正確に理解しているか、さらに、④実務家として必要とされる法的思考及び⑤法的論述ができていくかということに重点を置いて採点した。”—平成26年採点実感（①～⑤は筆者による。）

#### 1 問題文の読み方

##### (1) 問題文にはヒントがある

“まず何よりも、答案作成は、問題文をよく読むことから始まる。問題文を素直に読まない答案、問題文にあるヒントに気付かない答案、問題と関係のないことを長々と論じる答案が多い。”—平成23年採点実感

##### (2) 問題文のヒントから「想像」する

“「人の顔や表札など特定個人を識別することのできる情報」についてはマスクングする一方、「家の中の様子など生活ぶりがうかがえるような画像」については、法で具体的に明記されていないとして修正しなかったという問題文中の記述から、後者の画像に焦点を当てて、個人権利利益侵害情報としてこれが保護の対象に含まれるかどうかの検討を求めていることは理解できよう。その際、法律上の規定の文言のみならず、当該画像が公道で撮影されたもので、カメラの高さ制限は守られていることなどに留意しつつ、生活ぶりがうかがえる画像としてどのようなものが映し出されるのかを具体的に想定した上で、特定個人の識別はされないとしても少なくともどの家に居住している人の情報であるかが明らかな状況下で、この画像が公になることにより、具体的にどのような権利利益に影響が及び、どのような被害が生じる危険性があるのかなどを、インターネットの特性をも踏まえながら丁寧に論じることが求められる。—平成23年採点実感

##### (3) 問題文を曲解しない

“問題文や資料をきちんと読んで事実関係を把握することは、適切な論述をするための前提であるが、問題文の誤解、曲解などが目に付いた。例えば、①Y県立大学を国立大学と取り違えたり、県立大学の公権力性に気付かずY県立大学を私人ととらえ、私人間効力の問題を論じているもの、②本研究中止の処分を遺伝子情報保護規則に違反し情報開示した点にあるととらえて論じたもの、③Cが死亡した、Cの家族が遺伝子の開示を承諾したなどの事実を前提に論じたもの、④「定められた手続に従って・・・審査した」とあるのに、憲法第31条違反を中心的に問題として指摘するもの、⑤遺伝子情報保護規則においては、疾病原因となる遺伝子情報のみが本人に開示されることとされているという点を正しくとらえていないものなどが少なからずあった。—平成21年採点実感

##### (4) 問題文の指示に従う

“問題文をきちんと読めていない答案が、散見された。例えば、設問自体に「条文の漠然性及び過



度の広汎性の問題は論じなくてよい。」と記載されているにもかかわらず、「平穏な生活環境を害する行為、商業活動に支障を来す行為という規定は、抽象的で広すぎるから違憲である」などと述べる答案、あるいは、拡声器の不使用・ビラの不配布・ゴミの不投棄というA側の自主規律を、B県公安委員会の付した条件と誤読した答案などが見られた。問題文の内容を正確に読み取ることは、まずもって、解答者にとって必須の能力というべきであろう。”—平成 25 年採点実感

## 2 憲法上の問題点の発見

### (1) 法令違憲と適用(処分)違憲

“被告(当事者)としては法令違憲の主張をまず行い、それが認められない場合でも本事件に関して適用違憲(処分違憲)が成り立つことを主張する方法が、まず検討されるべきである。”—平成 20 年採点実感

“当該問題において、必ず法令違憲と適用(処分)違憲の問題が両方存在するとは限らない。”—平成 22 年採点実感

### (2) 憲法の「条文」解釈をする

“本問の事案においては、地方自治体による助成が題材となっていることから、政教分離原則に関する条文のうち、まず憲法第 8 9 条前段が問題となる。その上で憲法第 20 条第 1 項後段と第 20 条第 3 項との関連をも考慮して本問を検討することになる。しかしながら、この点、憲法第 20 条第 1 項・第 3 項、第 8 9 条を単に羅列している答案など、憲法の各条文の意義がきちんと理解されておらず、それゆえに事案に即した条文解釈ができていない答案が目立った。(中略)本問では、A 寺が憲法第 8 9 条前段の「宗教上の組織若しくは団体」に該当するか否かから論ずるべきであるが、この点に言及している答案が非常に少なかった。”—平成 24 年採点実感

## 3 判断枠組みの定立

### (1) 極端な主張やパターン化した答案構成は避ける

“審査基準の定立に終始する答案も多く、その中でも、Xの主張では厳しい(場合によっては極端に厳しい)審査基準を立て、想定されるYの反論では緩やかな審査基準を立て、あなたの見解では中間的基準を立てるというように、問題の内容を検討することなく、パターン化した答案構成をするものが目立った。”—平成 22 年採点実感

### (2) 基本的な理論は正確に

“論述が説得性を持つためには、理論(例えば、審査基準論の内容など)を正確に理解していることが必要不可欠である。基本的な理論に関する不正確な理解に基づいて作成された答案は、厳しい評価となった。”—平成 26 年採点実感

### (3) 問題となっている憲法上の権利の「意義」を丁寧に論じる

“デモ行進の現代的意義について丁寧に論じる答案が多く見られたのは好印象であったが、他方で、表現の自由の性質の論述では、「自己統治、自己実現を支えるから重要な人権である」という紋切り型のものが多かったことは、学習内容の問題性を示してもいる。”—平成 25 年採点実感



(4) 判断枠組み、特に、厳格審査基準と中間審査基準の区別の「理由」を記載する

“判断枠組みの定立に当たっては、内実を伴った理由を示す必要がある。「重要な人権だから、厳格な基準を採用すべきである」との理由から、直ちに「厳格審査の基準」あるいは「中間審査の基準」のいずれかを書いている答案も少なくなかった。しかしながら、通常の審査よりも「厳格な審査」を行うとしても、その基準は、「厳格審査の基準」も「中間審査の基準」もあり得るのであり、どちらの基準で判断するのかについて理由を付して説明する必要がある。” —平成 26 年採点実感

\* 厳格審査基準は、違憲の疑いが極めて強い場合に適用されるものである。例えば、①表現の自由に対する内容着目規制、②選挙権の行使そのものの規制、③孤立した少数者の権利などの場合である。厳格審査基準の適用を求めるためには、違憲の疑いが極めて強いことを説得的に論じる必要がある。

(5) 原則論に必ず触れる

“本問は、表現の自由の制約に関する一般的な審査基準を修正する必要があるのかどうかを問うものである。一般的審査基準を明らかにすることなくアプリアリに修正が必要であるとしていきなり修正基準を記述したり、修正の必要性に触れずに一般的審査基準を既に修正基準の内容で記述しているものが相当数見られた。しかし、本件の事案分析を踏まえてもなお、厳格審査の基準であるのか、それとも審査基準が緩和されるのか等について、論ずる必要がある。” —平成 20 年採点実感

## 4 あてはめ（個別的・具体的検討）

(1) あてはめで検討すべきこと

“審査基準が定められたとしても、それで答えが決まるわけではない。必要不可欠の（重要な、あるいは正当な）目的といえるのか、厳密に定められた手段といえるか、目的と手段の実質的（あるいは合理的）関連性の有無、規制手段の相当性、規制手段の実効性等はどうなのかについて、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが必要である。” —平成 20 年採点実感

\* 違憲審査基準の厳格度に応じて、①目的審査、②手段適合性審査（関連性の有無）、③手段必要性審査（より制限的でない手段の有無）、手段相当性審査をすることになる。

(2) 問題点ごとに丁寧に分析する

“条例第 4 条については、①第 1 号ないし第 3 号とその枝一つごとに、②その規制目的を確定した上、③その目的と規制手段との関連性につき、（一刀両断に「ない」などと書くのでなく）具体的にどこまであるか（どこまでしかないか）を論じて結論としての関連性の有無を述べる必要があるが、①②③の各レベルで、論述の雑な答案が多かった。” —平成 26 年採点実感

(3) 立法目的の読解をする

“条例第 1 条の規定する立法目的は、本来、読解が必要とされるが、その読解作業を行う答案は非常に少なかった。条例第 1 条を無視あるいは軽視して、条例の目的は「輸送の安全」のみにあるとか、「既存業者の保護」にあるなどと単純に決め付ける答案が多かった。” —平成 26 年採点実感

\* 原告側は、自らの設定した判断枠組みに従い、立法目的の一部を違憲とするか、少なくとも、限定的に解釈する。他方、被告側は、適用される判断枠組みを前提に、立法目的を最大限拡張して解釈する。

#### (4) ある手段の立法目的は1つではない

“複合的な目的の条例であるから、規制（手段）について、具体的にどの目的との関係で採られたものなのかという目的との関係を意識しながら、手段の相当性を論ずべきであったと思われるが、その意識を全く欠く答案があった。他方、一つの目的のみにとらわれすぎて、別の目的による規制であることに気付いていないと思われる答案もあった（例えば、輸送の安全ばかりに気を取られ、自然保護の観点がおろそかになったものなど）。—平成26年採点実感

#### (5) 不利な事実を目をつぶらない

“問題に記載されている事実関係は、原告・被告の立場あるいは答案作成者としての受験者の立場を問わず、当然に前提とされるべき事実である。それにもかかわらず、（意図的であるか否かを問わず）自己に有利な事実のみを取り上げ、自己に不利な事実には目をつぶって主張・見解を展開するような答案は、法曹を目指す者の解答としては厳しい評価とならざるを得なかった。答案の作成に際しては、自己に不利な事実であっても事実として受け止めた上で、それぞれの立場から当該事実の意味付け・評価等をして、主張を組み立てていくことが求められる。” —平成26年採点実感

\* あてはめについては、拙稿「当てはめは判例に学べ!」（受験新報2014年12月号）参照。

## 5 反論・あなた自身の見解

### (1) かみ合った反論をする

“原告側の主張、被告側の反論、あなた自身の見解がかみ合っていない答案、現実離れした答案が多いと感じた。問題点を的確に把握し、それを主張・反論、検討という訴訟的な形式で整理する実力が求められるので簡単ではないが、議論がかみ合っているかどうか、例えば、主張に対して反論が有効か、自身の見解がその対立点を押さえた論述になっているかなどは、答案構成の時点できちんと意識的に検討してほしいと感じた。” —平成23年採点実感

### (2) 被告の反論はポイントのみ適量を指摘する

“設問2について、「被告側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で」とあるからか、被告の反論については全体で一点だけ簡単に示して、後は全て受験者自身の見解だけを書くというスタイルも見られたが、出題者の趣旨は、設問1で論述した原告側主張と対立する被告側主張を意識した上で、自身の見解を説得的に論証してもらいたいというものであるので、少なくとも両者の対立軸を示すに足りる程度の記載は必要である。” —平成26年採点実感

### (3) 原則例外パターンを活用する

“事案がある規範に合わないような場合に、それでもその規範を形式的に当てはめていいのかどうか、修正がきくか、修正をすることでどういう修正が妥当かを考えなくてはならないはずである。今年の出題でいえば、「残虐性」という要素がある点で普通の言論とは異なるのではないかと、子供などをどう守るかなどという要素を盛り込んで、表現の自由を制約する場合の原則的な規範について、修正がきくかというのを問うているのに、自分の覚えている規範と合っていないときに、事実の方を切り捨てたり、無視してしまっている。これでは、事案に対応する能力という面では難があると言わざるを得ない。” —平成20年ヒアリング

\* 違憲審査基準論については、拙稿「今さら聞けない違憲審査基準論」（2014年10月号）、答案例の作成方法は、拙稿「新たなる答案例」（受験新報2015年3月号）参照。





## 6 加点事由を狙うには

### (1) 判例を踏み台にする

“内容的には、判例の言及、引用がなされない（少なくともそれを想起したり、念頭に置いたりしていない）答案が多いことに驚かされる。答案構成の段階では、重要ないし基本判例を想起しても、それを上手に持ち込み、論述ないし主張することができないとしたら、判例を学んでいる意味・意義が失われてしまう。” —平成 23 年採点実感

“司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。” —平成 26 年採点実感

“本年の問題で制約されるものは、職業選択の自由であるのか、それとも営業の自由であるのかについて、判例等を基礎に置いて検討している答案は、高く評価された。他方で、安易にそのいずれかに決め付けて論じている答案は、厳しい評価となった。” —平成 26 年採点実感

\* 判例を「踏み台」にする方法については、拙稿「判例を『踏み台』にする」（受験新報 2015 年 1 月号）、同「判例の射程を叩け！」（受験新報 2015 年 2 月号）参照。

### (2) 問題点については小論文のように書く

“今年の問題は、日頃から日常生活を取り巻く法的問題に関心を持って自分でいろいろと考えをめぐらせていれば、特に難しい問題ではなかったはずだが、答案を見ていると、受験者は紙の上の勉強に偏しているのではないかという印象を持つ。” —平成 23 年採点実感

### (3) 対比的な構造を意識する

“インターネットによる地図検索システムの提供という権利について、表現の対象が個人情報も多く含まれる地図に関する情報・事実であること、伝達手段がインターネットであることなど、その権利の性質を、典型的な表現の自由と対比させつつ、いかに具体的に論理的な考察や検討を展開するかによって、答案の迫りに明らかな差が出てきていた。報道の自由と比較しつつ、情報・事実の伝達という点で共通する一方、それぞれの目的や自己統治の価値との関連性の程度等に差異があることに触れているものや、インターネットにおいては送り手と受け手の立場に互換性があること、インターネット特有の利便性があること、それゆえに容易に二次的利用等による弊害が拡大するおそれがあること等を丁寧に論じているものは、平素から正しい方向性をもって学習が進められ、出題の意図を正確に理解しているものと感じられた。” —平成 23 年採点実感

\* 旧司法試験を使った道具の「使い方」は、BEXA.jp「憲法論文特訓ゼミ（オンラインクラス）」、連載「憲法 論文の流儀」（受験新報 2015 年 11 月号～連載予定）参照。

\* 上記の方法を検討した講義として、ロースクール・ポラリス (<http://www.wisdombank.co.jp/>)「憲法の流儀（基礎編）」、これを前提として平成 18 年～平成 26 年の司法試験を解説している「憲法の流儀（実践編）」で、憲法判例の知識をマスターしましょう！

## 行政法

### 総論 採点の基本方針等

“採点に当たり重視していることは、①問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか、②基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、③事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。”—平成 26 年採点実感（①～③は筆者による。他の年度にも同様の記載あり。）

### 1 処分性

#### (1) 法的効果を具体的に分析する

“処分性の定式を記載するにとどまり、法令の規定に関する分析が不足している答案が見られた。処分性の判断に当たっては、関係法令に照らして、本件認可の法的効果を具体的に分析することが必要である。”—平成 25 年採点実感

#### (2) 関係規定を丁寧に参照し、権利保護の実効性の観点を記載する

“都市計画決定と収用手続との関係と、都市計画事業認可と収用手続との関係を、関係規定を丁寧に参照しつつ正確に比較して都市計画決定の処分性について論じているか、又は、都市計画決定及び都市計画事業認可の取消訴訟以外に想定される訴訟を具体的に挙げつつ、権利保護の実効性の観点から都市計画決定に処分性を認めることが適切か否かを説得的に論じていれば、優秀な答案と判定した。”—平成 25 年採点実感

\* これらの注意点を踏まえた処分性の検討については、拙稿「処分性突破作戦（前編）」（受験新報 2015 年 8 月号）、同「処分性突破作戦（後編）」（受験新報 2015 年 9 月号）、同「処分性 追撃!」（受験新報 2015 年 10 月号）参照。

### 2 原告適格

#### (1) 原告適格は処分の根拠法規の趣旨・目的の解釈である

“原告適格について、一般論はそれなりに記載できているものの、一般論を本事案に適用するに当たり、関係法令の条文を羅列しているだけの答案や、逆に採石法第 1 条の目的規定にしか言及しない答案、同法第 3 3 条の 4 の認可の基準を見落としている答案が多かった。”—平成 26 年採点実感

“原告適格に関する一般的な判断の枠組みは、言葉として暗記して答案に再現してはいるものの、内容を理解せずに適用されている例、事案に即した具体的な当てはめが弱い例が、かなり多く見られる。ここには、丸暗記に頼った従来型学習の弊害がなお払拭されていない状況がうかがわれる。多くの受験者は、建築確認の根拠条文を丁寧に検討することなく、建築基準法第 1 条の目的規定と B 県中高層建築物の建築に係る紛争の予防と調整に関する条例の「近隣関係住民」の規定を挙げるにとどめている。建築確認の要件が全く検討されていない答案や建築紛争条例が関連法令に該当するののかといった議論を省いた答案が、相当数見られた。つまり、何が個別的に法令で保護されてい



ると解釈できるのかについて、法令を注意深く、丁寧に分析した答案は極めて少ない。”—平成 21 年採点実感

## (2) 根拠法令の確認→趣旨・目的の検討→関連法令の趣旨・目的の参酌→利益の内容及び性質

“検討に当たっては、まず、「処分の根拠となる法令の規定」として、モーターボート競争法第 5 条及びその委任を受けた同法施行規則第 12 条、第 11 条の規定を確認し、次に、「当該法令の趣旨及び目的」として同法第 1 条等からうかがわれる同法の趣旨・目的を検討し、さらに、「同法と目的を共通にする関連法令が存在するならば、その趣旨・目的を参酌」することが不可欠である。”—平成 23 年採点実感

“利益の内容及び性質に関して原告適格を論じた答案は少なく、火災からの安全と児童室利用の際の交通安全を区別していない答案も多く見られた。同法第 9 条第 2 項の列举する要素を羅列するだけの答案や、小田急訴訟大法廷判決についての知識はあっても、その理解が表面的であり、原告適格判断の基礎が身に付いていない答案が多く見られた。つまり、原告適格の有無が具体的にどのように検討されるべきなのかという基本問題について、理解がなお十分ではない。”—平成 22 年採点実感

## (3) 原告の保護の対象となり得る利益を正確に書く

“多くの答案が一定のレベルまでは論じられるような問題で高得点を得るためには、更に深い理解が必要となる。例えば、X1 と X2 について、それぞれの保護の対象となり得る利益について正確に書けている答案は思いの外少なく、特に、X1 については、学生の学習する権利のみを論じているものなども見られた。”—平成 23 年採点実感

\* これらの注意点を踏まえた原告適格については、拙稿「**訴訟要件を突破せよ!**」(受験新報 2015 年 6 月号)、同「**死闘!原告適格**」(受験新報 2015 年 7 月号) 参照。

## 3 本案上の主張

### (1) 関係する条文→その趣旨に関する理解→規範定立→あてはめ→結論(法的三段論法)を守る

“関係法令の趣旨を記述したものが余り多くなかった。また、記述されている場合でも、記述量が乏しく、さらに、趣旨の記述を条文解釈に関連付けた答案はごく少数であった。問題文で示されている諸事実が、条文解釈を通じた主張として用いられていない答案も目立った。”—平成 22 年採点実感

“会議録からの引き写しと、一般的・概括的な判断枠組みとの組合せから直ちに結論を導くような、検討の実質が伴わない答案が多く見られた。関係する条文と、その趣旨に関する理解をも組み合わせた上で、丁寧に論じることが求められる。”—平成 25 年採点実感

“結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が多数見られた。論理の展開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。”—平成 26 年採点実感

“関係法令の規定のみから一定の根拠や結論を導き出している答案や、行政事件訴訟法の要件を掲げただけで抽象的に結論を記載している答案が見られた。法律実務家として、抽象的な法規範の解



積を前提として、具体的な問題状況を踏まえつつ、多面的に配慮した上で結論を導き出すことが求められる。” —平成 26 年採点実感

## (2) 処分要件を確定し、根拠法規を解釈する

“まず採石認可の処分要件は何かを検討されるべきであるのに、その点の検討が全くされていない答案が多数存在した。” —平成 26 年採点実感

“各設問における具体的な論述内容を見ると、問題文から離れた一般論・抽象論の展開に終始している答案や、会議録から抜き書きした事実関係と一般論とを単純に組み合わせただけで直ちに結論を導くような、条文解釈の姿勢に欠ける、問題意識の乏しい答案が、相変わらず数多く見られた。”  
—平成 25 年採点実感

“本件認可の根拠規定に触れることもなく、いきなり裁量論を展開する答案や、関係法令の規定を挙げることなく、本件組合の施行する土地区画整理事業の破綻の有無や賦課金の算定方法の平等原則違反の有無のみを論じているなど、条文解釈の姿勢が乏しい答案が散見された。” —平成 25 年採点実感

## (3) 行政裁量は処分根拠法規の解釈から導かれる

“許可不許可の裁量を認める根拠がどこにあるのか、その限界についてどう考えるのかといった点について、「丁寧」に論述することが求められているのに、裁量の有無などにも触れないで答えを導こうとする答案もあった。” —平成 23 年採点実感

“全体として気になったのは、行政裁量の扱いである。設問 2 で、「適正な対価」の判断について、政策を実現する目的を考慮して廉価と認定する行政裁量を容易に認める答案が目立ち、また、法令の個々の規定から離れて随意契約を締結する行政裁量を認めるかのような答案も散見された。まずは法令を綿密に解釈し、それを前提及び基礎にして、行政機関に求められる判断のうち裁量が認められる部分を特定する必要がある。” —平成 22 年採点実感

## (4) 事実は必ず「評価」する

“事実関係に対して法的評価を加える際に、問題文に示された事実関係の一部をそのまま抜き書きした上で、直ちに適法又は違法との結論を導く答案が少なくなかった。それらの事実がなぜ適法又は違法と評価されるのかについて、一步踏み込んで自分の言葉で説明することが必要である。” —平成 25 年採点実感

## (5) 不利な事情から目を背けない

“各種の考慮要素について、適法又は違法とする立場のいずれか一方についての論拠と割り振ってしまい、その結果、各要素の持つ両面性について積極的に分析・検討していない答案が多く見られた。例えば、地元事業者の要望といった要素は適法性を基礎付ける事項として利用可能であるが、他方で、特別な優遇は存在しなかったのかといった形で違法性を基礎付ける事項ともなり得るものである。総じて、自説に不利な事情への検討がおろそかになっている答案が多いという印象を受けた。” —平成 24 年採点実感

\* これらの注意点を踏まえた処分の適法性の検討については、拙稿「行政裁量の脅威」(受験新報 2015 年 4 月号)、同「行政法攻略戦」(受験新報 2015 年 5 月号) 参照。



## 司法試験に向けての勉強法

- 1 法的三段論法を意識して答案を作成する
  - (1) 他人に添削してもらおうと見えない自分が見えてくる
  - (2) 必ず添削をしてもらう
  - (3) できればゼミを組もう！
  
- 2 大前提となる判例・学説の知識を“正確に”理解する
  - (1) 基本書を読むだけでは合格できない  
判例の射程や学説の適用可能範囲を意識する
  - (2) 学説や個別意見による判例の批判は、具体的に何に対する批判で、どのような事案で結論が変わるのかを理解する  
どのような対立軸があるのか
  - (3) これらを意識して事例問題をひたすら解く  
事例研究憲法  
事例研究行政法
  
- 3 判例のあてはめや上位答案から、小前提における事実の拾い方や評価の方法を学ぶ
  - (1) 上位答案はヒントの宝庫！ 下位答案と何が違うのかを意識して読み比べる
  - (2) 最高裁判例のあてはめをコンパクト化すると模範答案になる！
  - (3) 時間内に書ききる訓練をする