

【はじめに(必読)】

1 総論

(1) 法律科目試験の実態

予備試験、司法試験いずれも短期合格者がいるということは、これらの**合格に必要な知識はそう多くないという**ことである。そもそも知識で決着がつく試験なら知ってる論点が出た者勝ちということになるが、そんな浅い試験を司法試験委員が作るはずがない。法科大学院ではソクラテスメソッドによる議論形式の講義が主流であること、予備試験において口述試験が存在することからして、**司法試験委員が本当に知りたいのは、「受験生に法的なコミュニケーション能力があるかどうか」である**。すなわち、「同業者(法曹)として、やり取りをするに値する人物かどうか」である。実務家登用試験であるのだから、当然であろう。短答式試験で最低限の要求知識レベルをクリアしたのなら、論文式試験においては上記「法的なコミュニケーション能力」をアピールすることに徹することが得策である。勉強方法としても、その方が短時間で済む。

(2) 法的コミュニケーション能力

コミュニケーション能力があるということは、基本的な価値観が特定の集団において一致していることを意味する。法曹集団においては、

①条文を必ず中心に置いて思考すること

②要件効果に即して思考すること

③法的三段論法の貫徹

これらがその基本的な価値観にあたるのではないだろうか。

ア ①について

日本は制定法主義を採用し、**あくまで法源は立法された法律(条文)である。法曹の仕事はその条文をどのように用いるかであって、条文を根拠に持たない主張や論証は、ただの個人の意見にすぎず、全くもって説得力がない**。条文を示さない答案は、ただの作文である。

イ ②について

実務の起案を一度見てほしい。民事実務では、要件事実に従い当事者の攻防がなされ、判決が下される。刑事実務では、構成要件に該当するかどうかがまず争われ、判決が下される。あくまで日本の法源は立法された法律である。**法律とは、一定の要件を満たす場合に、一定の効果が発生(ないし消滅、阻止、障害)することを取り決めたものである**。

要件は全て満たされて初めて効果が生じることを忘れてはいけない。すなわち、要件をすべて検討できていない答案は、明確な誤りである。要件をすべて満たしていないにも拘らず、効果が発生しているという起案をしたことになってしまう。

ウ ③について

これは受験生誰もが口を酸っぱくして言われていることであろうから、その意義についてはここでは割愛する。不合格答案は何故か三段論法が崩壊していることが多い。馬鹿の一つ覚えの如く、とにかく死守すれば点数がついてくるため、勿体なく感じる。**要件を示して、解釈して、あてはめるということは究極には法的三段論法を貫徹することであって、②は③の一内容にすぎない**。②が出来ていないということは、③もできていないということになる。

エ 私見

司法試験や予備試験不合格者の答案を読んだ際に感じることは、一目見てすぐに上記観点のうちいずれかが欠落しているということである。法的思考としての共通ルールを無視して書かれた答案は、たとえ内容が素晴らしいとしても、読み取るのに時間がかかるし、作成者としても毎回決まった書き方をしていないため、答案構成において形式面で相当時間を奪われることだろう。

(3) 司法試験合格への道のり

まずは予備校や大学などの基礎入門科目を用いて、短答や判例百選レベルの知識を一通り詰め込むことは誰もが避けて通れない道である。問題は論文をどのように攻略するかであるが、基本的な知識が詰め込めたならば、法的な思考能力を答案の形式面という観点から習得し、あとはそのワンパターンの答案の型(フレームワーク)に知識を流し込むだけでよい。それであらゆる法的問題について対処できる。これが最短ルートであろう。

究極には答案は2パターンしか存在しない。

①要件効果型—〇〇という効果を得たいけど、できますか？

②学説型—〇〇について、あなたはどのように考えますか？(判例はどうですか？)

ア 大半は①であろう。

(ア) 憲法(人権分野)

法令ないし処分が違憲無効であるという効果を求める。もっとも、**憲法は抽象的な文言が多用されているため、他の法文のように文言から要件効果を検討することはできない。**

そこで、**判例の射程という概念を用いることになる。**これは、「Aという結論の判例が存在する理由は、究極にはXYZであるなら、別の事件についても、XYZを満たすなら等しくAという結論になる」という考え方である。すなわち、抽象的な憲法の文言の代わりに、具体的な判例を要件効果の根拠として代用する。あくまで判例は憲法の法文の解釈をしたものであるから、これは条文から離れた議論ということにはならない。すなわち、憲法の人権分野においては、上記判例の射程を学習することが高得点の鍵である。

ただし、憲法において留意すべきは、他の分野における要件効果と異なり、結論が「はい」「いいえ」の二択ではないということである。判例の射程が及ぶ＝判例と同じ結論になる、その逆は判例の射程が及ばない＝判例と異なる結論になる、であって、仮に後者であれば、自分で結論(効果)を考えなければならない。この際、判例の射程と異なる事実が、結論をどちらに傾ける要素であるかを吟味し、結論を判例からズラすことになる。

これは根本的に類似判例が存在しない問題でも同様のことであって、これらの場合には、権利の性質や制約の態様などから、自力で結論を出さざるをえない。

以上より、憲法の人権分野は要件が法文に明示されていないこと、効果が要件の検討のみでただちに定まらない場合が多いことが一般的な法原則と異なるところである。仮に憲法に苦手意識を持っている場合、それは判例の射程の理解が不十分故に思考(脳内整理)と答案が要件効果からかけ離れたフワフワしたものになってしまうからであろう。

(イ) 憲法(統治分野)

法令ないし処分、あるいは制度が違憲無効であるという効果を求める。非日常的な国家規模のスケールの大きな概念が飛び交うせいで、人権以上に抽象的な議論になりがちであるが、統治分野についてもあくまで特定の

法令、処分、制度が憲法に反しないか、統治分野の法文と照らし合わせるものに外ならず、要件効果の形で答案を書くべきであることに違いはない。

人権分野と異なる点は、人権分野ほど判例が成熟していないため、判例の射程の議論が使えないということである。ゆえに、抽象的な統治の条文の趣旨を統治の基本原則から導き、その趣旨に法令、処分、制度が適合するという要件を定立し、合憲となることを効果と設定することになる。

(ウ)行政法

行政法において問われるのは**訴訟選択、行政行為の違法性の検討、行政法の一般原則の確認**である。

前二者は、いずれも①の類型である。訴訟選択においては、訴訟要件をすべて満たすことが文字どおり要件であり、訴訟が提起できることが効果である。②については、処分の根拠法規や、行政手続法をはじめとした行政行為の適法性の根拠が要件となり、それを満たして初めて処分が適法という効果が生じる(行政法においては法律留保の原則がここに含まれる)。

(エ)民事系科目

典型的な要件効果の起案が大半を占める。紛争があり、ある効果を当事者が欲し、そのために必要な請求を考えて要件を検討する。要件をすべて満たせば効果が生じ、そうでなければ生じない。効果は二択であり、非常にクリアである。

民訴法は、**上記紛争解決を手続法側から捉えたものにすぎず**、民法と変わることはない。ただ、請求が実体法上の請求ではなく、手続法上の請求に変わっただけである(訴えの提起、弁論の併合、主張の撤回など)。

商法は**もともと民法の特則**であるがゆえに、これまた民法と変わることはない。

(オ)刑事系科目

刑法に至れば**「罪責を検討せよ」としか問われない**のであるから、**①形式以外での出題はあり得ない**。刑訴法も、捜査や処分は刑訴法の要件を満たす場合にのみ適法、つまり**捜査や処分が可能という効果が生じるのであるから、①である。**

イ 例外的に、民事系科目、刑事訴訟法の一部は、②のパターンである。

この場合は、設問が請求ではなく純粹に学説と判例を比較して検討せよという形の場合がある。この場合は、要件効果の関係は気にせず、ただ法的三段論法だけ守れば良いということになる(①より簡単だが、思考より知識が必要となる)。

なお、一部ロー入試や大半の旧司法試験では、全科目について②のパターンが存在する。

ウ 総括

(ア)結局、要件効果を条文から自力で導けるよう訓練して、**最低限論証と短答レベルくらいの知識をおさえ、あとは法的三段論法を守りさえすれば司法試験は合格できる**。最短ルートは、要件効果を教材に一元化してしまい、それを論証集とセットで理解して条文と紐づけ、再現できるようにすることである。答案の書き方の本筋は毎回同じであるはずなので、答案の書き方(特に書き出し)といった形式的な問題で時間をかけずに、答案作成にも時間的なゆとりができるはずである。

まずは、どれだけ時間をかけてもいいし、どれだけテキストを読みながらでもいいから、これらのルールに従った答案を自力で書いてみると、きっと自信がつかはず。もしイメージが湧かないなら、答案例を上記ルールに即してマーカーなどを用いて分解して読み解いてみるといい。

(イ)さて、要件効果が大事なことは伝わったと仮定して、市販の教材にそれを整理したものが果たして存在するだろうか。論証集なら無数にある。しかし、これが全然ないのだ。だからこそ、学生は自力でこれを作るしかない。この教材は、そのまとめと、基本的な答案の型を受験当時まとめたものである。

よって、**このノートの対象者は、完全な法学初学者ではなく、ある程度論証と百選レベルの判例を読み終えた者である**(理想としては予備試験短答合格を目指せるレベル)。表面的な知識をある程度幅広く習得した中級者(論文初学者)を、予備試験ひいては司法試験合格レベルまでサポートすることが本教材の作成趣旨である。当然、これは一介の受験生が作成したノートにすぎず、知識の精度は基本書には劣るし、網羅的なわけでもない。だがしかし、合格者の一例として参考にしたい受験生は一定数存在すると確信している。身近な先輩から市販のテキストよりも近い距離で学ぶことは重要であろう。

また、本教材には、筆者が実際に予備試験の口述式試験の本会場に唯一持って行ったような、究極的な「試験直前の見直し用」のエッセンス教材も収録している。具体的には、民法の要件事実一覧がこれにあたる。本教材の一部については、見直し用としての活用も想定されている。

(ウ)筆者は上位ロー入試、予備試験、司法試験いずれも、ほぼ自作のワープロデータのみで合格してきた。たしかに、作成の過程において基本書は多少読んだが、基本書は論証集+本教材のようないわゆるフレームワーク教材のみで合格には充分であると考えている。**短期合格者は、基本書には手を付けず、答案例から体系を逆算して知識として学習し、その体系に論証や短答知識を流し込むという作業を行っている傾向がある**(これは特に予備試験合格者のインタビューなどでもよく触れられている)。論証や短答知識、判例の表面的な知識は他の教材で賄ってください、その代わり答案から逆算して短期合格者が習得する体系的理解はこちら側で提供しますよ、これが筆者からのメッセージである。

【注意点】要件と考慮要素の違い

長々とすべての要件を検討することの大切さと、要件効果の考え方で大半の答案が作成できることを述べてきたが、注意してほしいのは「**要件と考慮要素は違う**」ということである。

抽象的な要件をそのまま検討することは難しいから(行政法における処分性など)、その場合考慮要素を要件のように並べて逐一検討すれば同じように答案がかけることは確かである。しかし、**考慮要素はあくまで考慮要素であって、要件のように要素すべてが結果を肯定する方向に認定される必要などない**。したがって、考慮要素については、問題となりそうなものだけをピックアップして答案を書くことが望ましい。特に顕著なのが、刑事法における証拠能力認定において、毎回毎回自然的関連性、法的関連性、証拠禁止のことをつらつらと書く人である。これは試験において低く評価される。