

【論文の書き方 ガイダンス】

はじめに

正しい学習法を！

これからみなさんは、司法試験を受験するその日まで、論文試験にむけてインプットを行い、アウトプットを繰り返していくことになると思います。

択一の問題を解き、択一の知識をインプットすることもあるでしょう。

判例を読み解き、そこに現れた条文の趣旨を理解して、制度の本質から解きほぐす、と言われても、いまいちピンとこないのではないのでしょうか。

これらは結局、膨大な量の課題に及ぶものものです。ただし学習法を採用しなければ、とてもではありませんが、追いつきません。

では、正しい学習法とは、どのようなものでしょうか。

これを明示的に教えてくださる方は、おりませんでした。

しかし、正しい学習法を実践しなければ、正しいアウトプットはおろか、ただしインプットにもたどり着けないことは、みなさんであればご存知でしょう。

この講義は、

【総論編】では、

論点抽出の訓練、論点選択の訓練、判例問題の対処方法、などの指針を提供するものではなく、法律答案としての「型」≒点数が入れやすい型の検証を目的としています。

【各論編】では、

各科目の特性に応じて、受験生の多くの方が苦手意識を持ちやすいポイントについて、各科目の特性に応じて、答案の書き方を実践する方法を提示いたします。

【実践編】では、それに応じて、具体的な問題を処理する方法を研究することになります。

とにかく、点数を1点でも多くとる勉強法にフォーカスしていただきたいのです。

それは、本質的な学習を実践することこそが、一番にして唯一の方法であると思うのです。

必要な箇所だけ、拾い読みする方法でもよいと思います。

みなさんの、お役に立てれば幸いです。

本試験では、

基本的なところから自分の頭で考えて、

問いに対して正面から素直に答える

ことが一番です。

そのための方法論は、各科目に応じて、異なるでしょう。

しかし、忘れるべきでないのは、全科目、①基礎的知識・理解を前提として②問題文の事情を分析し、③論理的に問いに答えることが求められていることです。

憲法

【適用違憲と法令違憲の区別】

適用違憲

法令の憲法に適合した解釈・適用によって救済される場合をいう。

I 法令の解釈に余地がない場合(合憲限定解釈できない場合)

→ (狭義の)適用違憲(第1類型)

II 法令の解釈適用に余地がある場合

① 法令の定める要件に解釈の余地がある場合(文面審査→適用違憲第2類型)

→ 合憲限定解釈により, 過剰な侵害を回避

② 法令の定める効果に緩厳の異なる選択肢がある場合

→ より緩やかな規制手段の選択を要請することにより, 過剰な手段を排除(比例原則)

③ 法令自体が適用の条件を定めている場合(②と類似)

→ ex.「他の手段では目的を達成できない場合に限り」強力な手段を用いることができる。

III 法令審査が理論的に意味をなさず, もっぱら解釈・適用の問題として憲法上の主張を行う場合

→ 処分違憲(適用違憲第3類型)

= ある自由に制約を加えることを意図して制定された法令に基づくものではないため, 法令審査が意味をなさない。そこで, 憲法上の権利を援用した違法性阻却を主張するのが通常となる。

※ 審査は, 具体的行為の憲法上の意義に着目して行われる。

※ 構成要件に該当することを前提として違法性阻却を主張するから, 要件の解釈は問題とならない。

ex.立川テント村事件:住居侵入罪の違法性阻却

牧会活動事件:犯人蔵匿罪の違法性阻却(正当業務行為)

法令違憲

① 法令それ自体が検閲禁止に反するとか, 過度に広汎・不明確であるといったような, 立法事実の検証抜きに, 違憲だといえる場合(文面審査)← 法令に十分な解釈の余地があるとしても, Xが法令の禁止する典型的行為を行った場合には, 法令それ自体を違憲として排除しない限り, Xは不利益処分等を免れることができない。

※ 仮に, 合憲限定解釈が行われても, Xの行為は典型的行為として, 規制の対象となる。

そこで, Xは, (i)法令が不明確ないしは過度に広汎であり, かつ, 合憲限定解釈は不可能であると主張するか,

(ii)当該法令は目的または手段において違憲である, と主張せざるをえない。

② 法令がどの事例に適用されても違憲になるという場合(法令の内容に瑕疵がある)

(内容審査)。いわば全部適用違憲。

・ 法律が定める典型的行為を行った場合(薬事法判決)

・ 法律の定めが詳細で, 柔軟な解釈の余地に乏しい場合

【伊藤正巳判事の補足意見】

大分県屋外広告物条例事件判決/伊藤正己補足意見(最大判昭和62年3月3日)

①「(狭義の)法令違憲」の否定

「法令は思想や政治的意見の表示に適用されるときには違憲となるという部分違憲の考え方や, もともとそれはこのような表示を含む広告物には適用されないと解釈した上でそれを合憲と判断する限定解釈の考え方も主張されよう。しかし, 美

すなわち、条文の文言解釈や裁量の広狭を論じるときに制約される人権と制約により守られる利益の利益考量を行い、制限される自由を重視して処分の根拠法規の文言を狭く解釈すれば処分は違憲という結論になりやすくなるし、処分における裁量を狭く解すれば処分は違憲としやすくなります。

違憲とするときには、『条文の要件をみたさないままにした本件処分は〇〇の自由を不当に侵害するものであり違憲である。』『〇市による本件処分は裁量を逸脱濫用したものであって〇〇の自由を不当に侵害するものであり違憲である。』というフレーズになります。

※ 事例を用いて説明してみます。

「公共の安全を害する場合には、集会に中止命令をだすことができる」という条文に基づいてある集会に対して中止命令がされたという事例を考えます。

この場合、まず条文自体の合憲性を法令違憲の主張で問題とでき、それは審査基準を用いて判断できます。

次に、中止命令という処分の違憲性を主張したいときには・・・

まず、手順として上記メモの第1第2までは同じで、法令違憲における審査基準のところから異なります。

処分の根拠法規の文言を解釈する場合

(規範) そもそも・・・集会の自由の重要性

とすれば、「公共の安全を害する場合」とは、公共の危険が生じる現実的危険性が明らかに認められる場合をいうと解される。

←泉佐野市事件のような限定解釈 『～の場合をいう』は現場で

(あてはめ) そこで本件についてみると・・・

「公共の安全を害する場合」にあたらぬ。

(結論) よって、条文の要件をみたさないままにした本件処分は〇〇の自由を不当に侵害するものであり違憲である

裁量の広狭を論じる場合

(規範) そもそも・・・集会の自由の重要性

とすれば、〇〇市の裁量はこれを広く認めることは妥当でない。

(あてはめ) そこで本件についてみると・・・

・・・といった事情から見て、本件処分は〇〇市の裁量を逸脱したものである。

(結論) よって、〇〇市による本件処分は裁量を逸脱したものであって△△の自由を不当に侵害するものであり違憲である

ここで、法令違憲の場合の審査基準は厳格性によって概ね3つありますが、適用違憲の場合は厳しい順に・・・

処分の根拠法規の文言を解釈する場合

限定解釈

等価値的比較考量をして文言にあたるか解釈

言葉通りの意味で解釈

裁量の場合

判断代置審査(裁判所が行政庁の立場に立って実体的に判断)

判断過程審査

裁量権逸脱・濫用審査

以上が大まかな目安になります。

【攻撃対象論】

法令に対する憲法判断を先行させるアプローチ

① 法令審査(文面審査)

漠然性ゆえ無効, 検閲禁止 ⇒ 法令違憲(文面上違憲)

法令審査(目的手段審査(構造審査)) ⇒ LRA・立法事実 = 法令違憲

↓

② 法令審査(合憲限定解釈) ⇒ 処分違法で救済

↓

③ 処分審査(処分に固有の憲法問題) ⇒ 処分違憲(適用行為違憲) ≠ 適用違憲

司法事実に対する憲法判断を先行させるアプローチ

司法事実に見れた当該具体的行為は憲法上保護されているか?

保護されると考えられるなら, 違憲の疑いがあることになる。

↓

違憲の帰責性はどこに求められるのか?

法令なのか処分なのか?

↓

処分なら(1)③に。法令なら(1)①に。

…法令審査を経て

(a)合憲限定解釈が無理

(b)法令違憲を回避したい場合(法令を温存させたい場合)は、「適用違憲」にする。

(1) 違憲性の源泉はどこかを考える。

ア 未知の具体的事例に関する憲法訴訟を考える場合, 答案構成に先立って, **まずは, 事実をよく見て, 適用審査から考える。**そして, **違憲の主張を基礎づける理由(違憲性の源泉)**が, **目の前の事実関係に限られるのか, それともその法令が適用される事実関係一般に共通したものであるのか**を考えてから, **適用違憲の主張を優先的に書くのか, それとも具体的事実を契機とした法令違憲の主張を中心に構成するのか。**

イ 具体例 薬事法判決

最高裁のロジックは, 国民の生命・健康に対する危険の防止という目的にとって, 開設距離制限という手段が合理性, 必要性を欠く。この理由は現実に訴訟で争われた事実関係のみならず, 規定が適用されるすべての事実関係に当てはまる。したがって, これを主張する場合には, 法令違憲の手法が適切。

一方, 事実関係が, 人口過密であるため薬局の過当競争が起きない地域内で既存の薬局付近で開設許可を申請したという事案では, 非人口過密地域であれば生じうる過当競争が, この具体的事実関係では生じないのだから, 適用違憲の手法が適切である。

民法

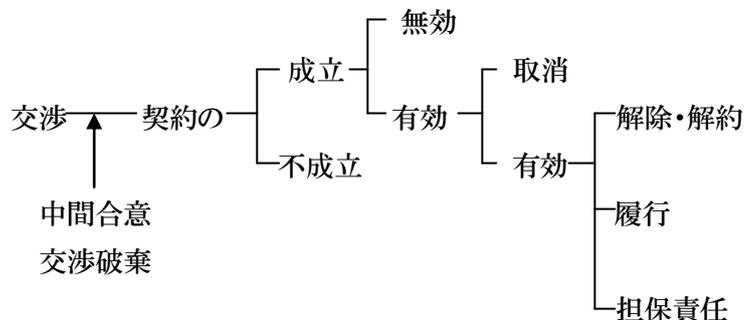
【民法の3大原則】

民法の3大原則とは ① 所有権絶対の原則 ② 私的自治の原則 ③ 過失責任の原則

【民法の体系】

民法	財産法	物権法	本権	所有権	制限物権	用益物権		
						担保物権		
		占有権						
		債権法	契約					
			事務管理					
	不当利得							
	不法行為							
	家族法	親族法						
		相続法						

契約のレベル



※ 契約は、法律行為の一種。法律行為とは、意思表示を主要な要素とする法律要件と定義される。

※ 契約は、申し込みと、承諾の合致で成立する。

契約関係のない場合

⇒ 意思表示のない法律関係

① 物権関係 ∵ 物権とは、特定の物を直接支配して、利益を享受する排他的権利

① 占有訴権(197条)

② 物権的請求権(202条以下参照)

③ 法定担保物権(留置権295条以下・先取特権303条以下)

④ 附合・混和・加工(添付242条以下)

⑤ 時効(144条以下)

⑥ 相続(882条以下)

② 法定債権関係 ∵ 意思表示がなくても発生する債権・債務関係

① 事務管理(697条以下)

- ② 不当利得(703条以下)
- ③ 不法行為(709条以下)
- ④ 債権者代位, 債権者取消権(423条・424条)
- ⑤ その他
- ・復代理人の権利・義務(107条2項)
- ・再寄託の場合の権利・義務(658条2項)
- ・転借人の義務(613条1項)

契約の効力発生過程

契約の成立要件 申込みと承諾＝意思表示の客観・主観的合致が要件 ※ 合致は, 内心か外形のいずれかで合致すればよい ⇒ 一致がない場合は 契約不成立

↓ 契約が成立 ↓

契約の有効要件	
<p>①当事者に関わる一般的有効要件</p> <p><u>i 権利能力・意思能力</u> : 契約は無効</p> <p><u>ii 行為能力(未成年者・成年被後見人など)</u> : 取消しうる</p> <p><u>iii 意思表示の瑕疵・不存在</u> : 瑕疵(詐欺・強迫)については, 取消しうる : 不存在(心裡留保・虚偽表示・錯誤)については, 無効</p>	<p>②契約内容についての一般的有効要件</p> <p><u>i 確定性</u></p> <p><u>ii 実現可能性</u></p> <p><u>iii 適法性</u></p> <p><u>iv 社会的妥当性</u></p>

↓ 契約が有効 ↓

契約の効果帰属要件 代理・法人の代表権 ※ 本人に 効果不帰属(浮動的無効)
--

↓ 本人に効果帰属 ↓

契約の効力発生要件 条件・期限

↓ 効力発生 ↓

契約の効力発生 債権に関する権利・義務ないし物権に関する権利・義務の発生
↓
このうち, 物権行為・準物権行為等の絶対・排他性のある権利(所有権・抵当権・債権譲渡・賃借権)の発生・変更・消滅について, 意思主義を採用するため外部からは認知できないことから, 第三者への主張するためには対抗要件が必要となる

刑法

【答案構成の仕方】

① 行為を拾う

② 結果を拾う

↓

客観～主観の流れを絶対に維持すること

☆ 要素 → あてはめ = あてはめをイメージしたうえで、要素の抽出

1 誰の、どの行為について、何罪が成立するか？

① 結果がある場合

それに対応する実行行為の認定。

結果と実行行為の因果関係の認定。

次に、構成要件の故意があるか？

i) ない場合

過失犯を検討する

ii) 生じた客観的結果とは異なる場合

錯誤論

② 結果がない場合

⇒ 実行行為・因果関係・結果を認定する。

⇒ 構成要件の故意(忘れない!)の検討

(未遂・結果加重のチェック!)して、構成要件該当性が満たさせるか否かをチェックする。

⇒ 構成要件の故意の認定で、事実の錯誤が問題となりうる。

2 違法性阻却事由の検討

⇒ 正当防衛・緊急避難・正当行為などもチェックする!

3 責任阻却の検討

⇒ 誤想防衛・誤想避難の場合は責任故意をチェックする。

★ 誰の何につき何罪が成立するか？

= 構成の段階で、何罪かを決定。

★ 一般的抽象的な論証は不要。要件の羅列も不要。

個別具体的な事案で、

① 論ずべき論点の発見

② 自説

③ 妥当な結論 を要領よく指摘する。

行為の特定方法

コツ 結果から捉える(結果無価値の発想をとり入れる)

- ・ 結果から遡及させて、どの行為に帰責させるのがもつとも法益保護に資するか?を考えてみる

→ ×行為から考えるとその行為がどの結果に結びつくかが明らかではない

Ex 母親が、食事をし、排泄をし、睡眠をとっていた。赤ちゃんが亡くなった

※直感的に不作為にするのはわかる。理論的に考えると2つのアプローチがある

- ① 食事する作為、排泄をする作為、睡眠をとっていた作為→赤ちゃんの死亡

※行為ベースの捉え方 当然時系列に従うもの

- ② 死亡結果をみる→行為は三つ→どれも死亡には結びつきにくい!

⇒行為の目的は?=(作為の裏返しとしての)不作為?

※①行為の目的と、②結果を基準とする指摘もありますが、②から考えて、①をも検討する形にするとわかりやすく感じています。

Ex クロロフォルム

死亡結果→直近行為ではすでに死亡している→どう考えるべきか、行為の目的を考えてみようという思考過程

財産犯の分類

(1) 財産犯の客体

財物又は財産上の利益

(2) 財産犯の分類

① 財物罪と利得罪

財物罪とは、財物を客体とするものをいい、利得罪とは、財産上の利益を客体とするものをいう。

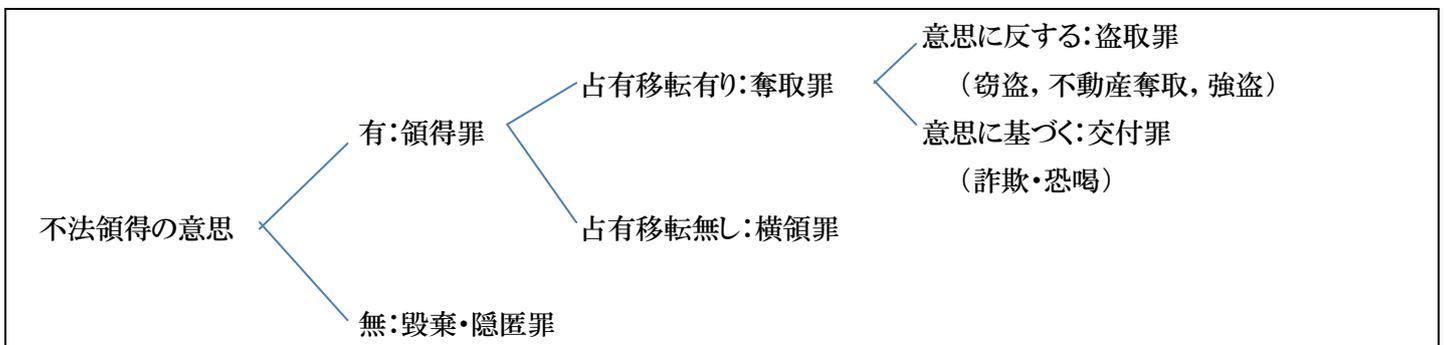
財物罪:窃盗・横領罪等

財物罪かつ利得罪:強盗罪・詐欺罪・恐喝罪

利得罪:背任罪

② 領得罪と毀棄・隠匿罪

不法領得の意思により、これを要する領得罪とこれを要しない毀棄・隠匿罪に分けられる。領得罪は更に、占有移転を伴う奪取罪と、伴わない横領罪に分けられる。奪取罪は更に、相手の意思に反する盗取罪と意思に基づく交付罪に分類される。



① 全体財産に対する罪と個別財産に対する罪

犯罪の成立に全体財産の減少を必要とするか否かにより、これを要する全体財産に対する罪と、これを要しない個別財産に対する罪とに分類される。背任罪だけが全体財産に対する罪であり、それ以外の財産犯はすべて個別財産に対する罪である。

【財産犯の分類】

財物罪	領得罪	直接領得	奪取罪 →他人が占有する他人(自己)の物	盗取罪(意思に反する) →処分行為なし	窃盗 (暴行なし)
			横領 →自己の占有が他人の物	交付罪(瑕疵ある意思による) →処分行為なし	強盗 (暴行あり)
					詐欺 (暴行なし)
			間接領得	盗品関与罪	委託物横領罪 →委託信頼関係
	非委託物横領罪 →非委託信頼関係	単純横領罪			
毀棄罪					業務上横領罪
利得罪	2項強盗				
	2項詐欺, 2項恐喝				
	電子計算機使用詐欺罪				
背任罪					