

KULS ニュースレター No. 17

INDEX

- 憲法訴訟に関わってみよう！
- 平成22年度新司法試験論文式試験(刑事系科目)刑法分野の解説
- チューター指導で学んだこと — 法的文章の書き方 —
- 平成22年度新司法試験論文式試験(公法系科目)行政法分野の解説

● 憲法訴訟に関わってみよう！ ●

憲法担当教員として、よく耳にするのは、「憲法の勉強の仕方が分からない」という学生の悩みである。確かに憲法は他の法律に比べ抽象的な条文が多く、分かりにくい面が多いかもしれない。教科書や判例を読んでも抽象的な議論が展開されており、何のためにそうした抽象的な議論を展開するのか理解に苦しむということもあるだろう。ではどのようにして憲法を勉強すればいいのだろうか？

私が提案したいのは、実際に憲法訴訟に関わってみる、ということである。学生からすれば、「ただでさえ忙しいのに、そんな暇はない！」と怒られそうである。しかし、実際の憲法訴訟に関わることで、憲法の勉強になることはないかと私は考えている。実際の訴訟では、訴状作成に始まり、相手方の答弁書を踏まえて準備書面のやり取りがなされ、そのなかで法的な論点についてのやり取りが交わされ、主張の内容が深められていく。そのため、抽象的な議論にと

どまらず、具体的な事件においてその抽象的な議論がなぜ必要か、いかにその抽象的な議論を具体的な事件に適用するのかといった点が問われることとなる。そしてこの過程を実際に体験することは、憲法に限らず、法的な主張をいかに説得的に構成するかについてのこの上ない勉強方法であるはずだ。私自身、大学院生時代に「君が代」訴訟や戦後補償裁判における弁護団会議に参加することを通じて、自身の憲法的なセンスを磨いたつもりである。

加えて、こうした訴訟に関わることで、モチベーションや意識が高まるということも指摘できるだろう。学生の答案を見ていると、依頼人(ないし国)を本気で勝たせようと思ってその答案を書いているとは思えないものが少なくない。だが、実際の訴訟では、依頼人を勝訴させるために全力を尽くさねばならない。そうした「想い」を答案に反映させるには、実際の訴訟に関わって、当事者の想いに触れることが一つのきっかけになるのではないだろうか(余談であるが、難民弁護団の事務局を務めていた私の知人は、仕事をする中で、事務的な作業だけでは飽き足らず、実際に自らこうした訴訟を手掛けたいとロースクールに入学し、一昨年より弁護士として難民訴訟などを手掛けるまでになっている)。

ということで、学生には、実際の憲法訴訟に関わることを勧めたいと思う。

大野 友也(法文学部・憲法)

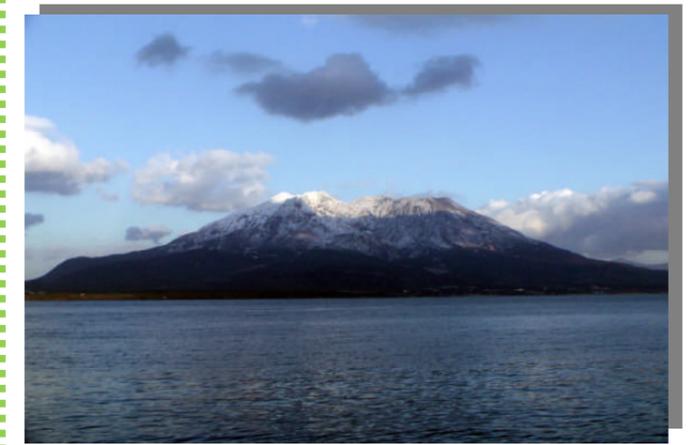
● 平成22年度新司法試験論文式試験(刑事系科目)刑法分野の解説 ●

今年度の試験においては、主として、不作為犯論、未必の故意論、因果関係(条件関係、

法的〔相当〕因果関係)、過失犯論が問題となっており、総論に関する主要論点から出題されたのが特徴的である。以下において、私の視点から若干のコメントをしてみたい。

本問題を解くにあたって重要なのは、学修の基本を大事にするという点にあるように思われる。乙、丙の過失の有無という点を除けば、特別複雑な論点は含まれていないように感じる(易しい問題という意味ではない)。本問で問われた論点は、いずれも重要な論点であり、法科大学院の授業において、複数回は目にし、考えたはずの問題である。では、どこで差がつくのだろうか。私は、基礎的知識を前提として、法的議論の意味を理解し、重要な判例の事案および趣旨を十分に把握するという、基本を大事にして学修しているか否かだと考えている。また、それが出題者の意図でもあるように感じる。ここでいう基本とは、法的知識を暗記し、判例の結論を覚えておくという趣旨ではない。例えば、本問における作為義務について、様々な保証人的地位(作為義務)の発生根拠が学説上展開されているが、法務省が公開している出題の趣旨を読めば分かるように、形式的三分説を掲げ、民法上の扶助義務から直ちに作為義務を導くのでは物足りない。シャクティ事件(最決H17.7.4刑59.6.403)最高裁決定が示すように、より実質的に作為義務を考えるのが学説、そして判例の傾向であり、シャクティ事件において、どのような事案に対し、どのような法律論を展開して作為義務を肯定したのかを理解しておくことが重要である。単に犯罪成立要件を暗記し、それを紋切り型にあてはめるのではなく、基本的論点、判例を考え抜くことが大事なのである(それこそが理解するということである)。

また、Vの死の結果を帰責するには、条件関係が必要であるが、それが肯定されるには100%の結果回避可能性は必要ないものの、極めて高い確率で救命され得たことが必要であるとされており、甲に殺人罪の成立を認めるならば、蓋然性をもって救命され得た時間と甲の殺人の故意が認められる時点とが重なる時間を探し出さなければならない。その時点以降に



年越しの大雪で冠雪した桜島(平成23年元旦)

殺人罪が成立することになる(それがなければせいぜい殺人未遂)。時間を意識してのこのような作業は、保護責任者遺棄致死罪の成否が問われた最決H1.12.15刑43.13.879(百選I参照)を十分に理解しておけば、自然と身につくものと思われる(本決定の1審判決から読んでおくが良い)。

過失犯の成否については、2時間という限られた時間内で判断するには困難な面もあるだろうが、過失犯論に関する基本的知識を有していることを前提に、判例を読み込んでおけば対応可能であると思われる。注意義務違反の有無は、事案に即した判断であることから、法的知識のみで問題に対応するには特に困難な分野である。それ故、普段からどのような事案に対し、どのような注意義務違反を肯定(否定)したのかを意識しながら、判例を読み進めておくことが重要であろう。また、本問において、信頼の原則や過失の共同正犯の点を論じることは可能であるが、前者については乙、丙の役割分担等を問題文の中から把握し、結論を導く必要があり、安易に過失を否定する結論が導かれたならば結論の妥当性にかかわることになるが、信頼の原則という概念を十分に理解していたならば、それは防ぐことができよう。後者については、出題の趣旨にも指摘されているように、それぞれ単独で注意義務違反を肯定できる事案に対し、敢えて共同正犯を肯定しなければならない理由が求められる。このようなところでも、論点主義に墮していないかが問われている

のである。そして、過失犯は、結果犯であるから、V死亡との間に因果関係（ここでは法的因果関係）が肯定されなければならないが、甲の故意行為が介在することの理由のみをもって因果関係を否定したならば、非常に心許ない展開である。大阪南港事件（最決 H2.11.20 刑 44.8.837）を考えれば自明であるが、故意行為の介在が直ちに因果関係を否定することはない。もっとも、本問では、殺人既遂行為（あるいは保護責任者遺棄致死行為）が介在しており、また、それが不作為であったという点もあって、難しい法的判断が求められるであろうが、法的因果関係についての自説を展開し、以上の点を踏まえて丁寧にあてはめがなされなければならない。その際には、やはり、基本が重要であり、過失犯に関する因果関係が問題となった判例の読み込みが有用になるものと思われる。

南 由介（刑法）

●平成 22 年度新司法試験論文式試験 （公法系科目）行政法分野の解説●

設問の論述の視点

本事案は、A村の公有財産である本件土地の売買を巡る村民である原告B、C、Dからの住民訴訟の訴提起の適否について論じもので、〔設問1〕については、原告B、C、D別にそれぞれ住民訴訟を提起できるか否かを論じればよい。

〔設問2〕は、住民訴訟の本件事項である村長Eの行った本件土地の売買契約の締結の適法性である。参考となる資料2の地方自治法施行令所定の指名競争入札・随意契約等の条文と資料1の検討会議の会議録を参考にすれば、本件土地の売買契約の適法性についての解答が導き出せると思う。しかし、本設問は設問1よりはやや難易性があるので、慎重に論述してほしい。因みに、本設問の参考事実として、本件土地の売買契約の締結について、前年の契約は締結が成立しなかつたことを考慮して、二度目の売買契約をしたという経緯と、A村が過疎化による財政がきわめて厳しい状況の中で、この状況を解決するため、村長が本件土地の売買契約

を締結したという点も考慮したほうが良いかもしれない。

〔設問3〕については、Bらの請求を認容する一審判決が下された場合、A村議会が請求権を放棄する議決することを想定した2つの小問を尋ねている。

小問（1）は、資料3で引用されている請求権放棄の適法性についての2つの判決（東京高裁判決と大阪高裁判決）の考えが異なった点を説明するものである。東京高裁判決は請求権の放棄を認めたが、大阪高裁判決は請求権の放棄を否定している。この差異を理解したのち、両判決の考え方の理由づけを注目してほしい。東京高裁判決は、放棄の適法・違法の判断基準として、議会の民主制を認めて一概に放棄を否定しないという立場に立ち、放棄の違法性を否定した（請求否定）が、放棄に濫用があればその放棄は違法となる旨の行政裁量を認める考えを示している。これに対して、大阪高裁判決は、本件議決は合理的理由はないから、住民訴訟の趣旨に反するとして、放棄は議決権の濫用に当たるとして、放棄の効力を否定している。本判決も東京判決同様、行政裁量論の中で判断したといえる。

小問（2）は、前掲の小問を前提にして、本件事例の村議会の請求権放棄の議決の適法性について、裁判でどのように判断されるかを自分の考えで論述してくれという設問である。この論述に際しては、東京判決と大阪判決の放棄に関する考えが認容と否認の分かれたが、議会の議決に関する判断基準は両判決において異なるのか、同じなのかに留意する必要がある。これについてコメントしたのち、両判決は事案が異なるから、判決結果が違ったにすぎないとするのか、否かであり、両判決の判断基準に差異はないとすれば、これらの判決の考えが本事件にどのように当てはまるのかを述べればよい。反対に、両判決の判断基準が異なると考えれば、本事例には当てはまらないという論述になるのか否かである。

本事例の設問へのアプローチ

従来の行政法の論述試験が行政救済法の行政事件訴訟法上の処分性・原告適格が中心で、都市計画法・建築基準法等からの出題が多かったが、今回は、行政法の中でも、地方自治法からの出題であった。この点、受験生の中には予

●チューター指導で学んだこと —法的文章の書き方—●

チューター指導を通し、私が学んだことについて紹介させていただきたいと思います。テーマにあるように、法的文章の書き方について書かせていただくので、もしかしたら何を今更と感じる方もいれば、それは間違っていると感じる方もいると思います。そのため、あくまで私が学んだこととして理解していただければ幸いです。

法的文章につき、いわゆる法的三段論法というフォーマットが、新司法試験でも当然の前提とされていることは、周知のことだと思います。この法的三段論法は、大前提という一般原則に小前提という事実を当てはめて、結論を導く方法がいい、通常、①問題提起、②規範定立、③あてはめ、④結論という流れをたどります。

まず、「②規範の定立」という部分について、法律学では、当然に解釈に争いがあり、普遍的な結論は皆無であることを踏まえれば、少なくとも、法規範から導かれる要件・効果について、論理の飛躍のない説得的な論証（解釈論の展開）を行うことが求められます。その際、特に、規範定立の理由づけの部分について意を払う必要があると思います。理由づけとしては、条文や制度の趣旨あるいは他説への批判等を書くこととなりますが、その理由で条文の文言と解釈が飛躍なくつながるか、という点が重要だと思います。

想がはずれたかもしれない。しかし、本件事例は、地方自治法の住民訴訟、公有財産の処分に際しての指名競争入札か随意契約等で処理するのか（資料2の自治法施行令より）、そして、議会による請求権の放棄（自治法96条1項＝議決事件中、10号）であり、六法及び資料3の二つの判決を参照するもので、設問1以外の設問に関しては受験生によっては少し躊躇するかもしれないが、そんなに難問ともいえない。

さて、今回の設問を論述していく際の留意点がある。それは、事例に参考となる資料の活用である。設問1は資料に依拠しなくても論述できるものである。しかし、やや難問である設問

次に、「③あてはめ」の部分についても、事実評価という理由づけが必要になります。もっとも、定立した要件について、それに対応する主要事実がある場合は、理由づけは基本的には不要だと思います。しかし、要件が規範的要件等である場合や、事実が間接事実の場合は、具体的事実(a,b)が即Bであるとはいえないはずで、つまり「a,bといった事実が認められるので、Bといえる」と書くと、これは論理の飛躍であり、ヒアリングにおいて事実の羅列と評価されている書き方だと思います。したがって、なぜa,bという事実からBを導き出せるのか(理由づけ)を書かなければなりません。さらに、事実は一つとは限らないので、単純にa,bの両事実が並列して結果的にBを推認させるのか(a+b=B)、あるいはa,bの事実を組み合わせた結果Bが推認されるのか(a×b=B)ということまで書く必要があります。これらの過程を踏まえて初めて論理の飛躍のない文章になり、この過程が、設問やヒアリングで事実の推認過程とされている部分だと思います。

以上、長々と書き方について書かせてもらいましたが、単に理由があれば良いというものではなく、論理の飛躍を埋めるために理由を書くことが重要であるということが、私がチューター指導を通じて学んだことです。

山元 平介（法科大学院院生 2年）

2.3についての解答は何かのヒントがほしいものである。その道しるべがある。それは資料1.2.3であり、資料1の会議録の内容をよく読むことにより、設問全体の趣旨が理解できるシステムになっており、これを拠り所として論述していけるはずで、このスタイルは新試験の過去問と同じである。

以上のことから、新司法試験の対応は、設問の出題趣旨を理解することであり、提供された資料の中にそのヒントがあるということである。論述時間は限られているので、省エネの努力に心がけることである。

土居 正典（行政法）