

KULS ニュースレター No. 19

INDEX

- 新司法試験受験者の家族法の理解度は低い！(上)
- 平成22年度新司法試験(刑事系)採点者実感を読んで
- “連載” 白鳥努教授が語る！学修上のワンポイント・アドバイス ー第1回ー

- 新司法試験受験者の家族法の理解度は低い！(上) ●

「平成22年度新司法試験の採点実感等に関する意見」によれば、「届出がないにもかかわらず、認知の効力が生ずると解答する答案が多くあり、また、認知の効力は生じないとしつつも、遺言の内容の法的性質が包括遺贈であることを明らかにせずに、単に遺言によりEが債務を承継すると解答する答案や、包括遺贈の場合に受贈者が権利のみを承継し債務を承継しないと解答する答案が少なくなかった。家族法、取り分け、親族法についての理解が、受験者全体において、相当程度低いことがうかがわれた。」とのことでした。

みなさん、鹿児島大学法科大学院の修了生には、届出がなくとも認知の効力が発生するなどと解答した人はいなかったと信じたい。しかし何故、素人でも言わないようなことを、新司法試験の受験生が解答として書くのでしょうか。しかも上記引用部分から、合格者の中にもこのような解答があったと推察できます。試験問題自体の解説は「第12号」で書いたのですがここでは省き、すでにメールで送信した「家族法の付け焼き刃問題①・②」を素材にして、なぜ、受験者全体に家族法の理解度に低い傾向がみられるのか、その原因を探ってみましょう。テーマ1は、上記のような幼稚な誤解を生まないように、テーマ2は、新司法試験に出題される傾向のある「最高裁判例が存在しないか、あってもその射程距離を測る」問題にどう対応するかを考察するものです。

「報道された記事」の中に法律問題を探す

【報道された記事】「体外受精で妊娠し、今年の1月に男児Aを出産したNさんが、[事実婚]の関係にあった男性Bとの婚姻届を提出したことを自身のブログで明らかにした。

Nさんは23日発売された自身の不妊治療や妊娠、出産についてつづった手記(××出版)で婚姻届を提出したことを公表。自身のブログでも[夫が私の意思を尊重してくれて、ムスコの出生届の直前に婚姻届を提出し、(私は)N・S子であり続けることになった]として男児の出生届と婚姻届の提出を明らかにした。事務所によると、婚姻届は1月18日付で、男性が[(男児の)戸籍上の父になりたい]と希望し[N]姓に改姓したという。

Nさんは昨年5月に米国で卵子提供を受け、[事実婚]だった男性Bの精子との受精卵を(自分の)子宮に移植し、妊娠。今年1月、都内の病院で男児を出産した。」

*上記記事の中から、次のように多くの法律問題を発見することができます。問いの形式にしてみました。①～③は、NとBがまだ婚姻届を出していないことを前提とします。

問① Nさんは、米国で他人の卵子の提供を受けて出産した男児の生物学上の母ではないのに、なぜ法律上の母になることができたのか。一言で解答せよ。

【解答】判例・通説が、母子関係の発生に関し、分娩主義を採用しているから。

【解説】一言で解答せよということですから、解答は上記のようになります。「生んだから」という、よくある解答は解答になっていません。「生んだ」というのは単なる事実を述べているにすぎず、単なる事実から直ちに法律効果は発生しません。

ところで、分娩主義とは何でしょうか。母子関係発生要件を「分娩」という事実を求める立場を指します。したがって、「分娩主義」と書かなければ、この場合の解答にならないということです。父子関係は事実婚の妻が子を生んだだけでは発生せず、平成22年度出題の論点であった「認知」が要件とされている(779条)ことを想起すれば、母子関係と父子関係の発生要件の違いが容易に理解できるでしょう。

容易に理解できるはずだと述べましたが、実はそれほど簡単な問題ではないのです。民法779条は、「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」と規定していますね。これはフランス民法を母法とする規定です。フランス民法では、非嫡出母子関係についても「認知」を発生要件としていて、日本民法はこれを採用したのです。判例は、条文に忠実に、認知を要件とする立場を長らくとってきました。学説は古くからこれを批判し、母子関係は明瞭であること等を理由として分娩主義を主張し、戦後に入って「母の認知不要判決」(最判昭和37・4・27)が出されたことにより、分娩主義が判例法理として確立しました。

しかし、考えてみてください。条文が「認知」を規定しているにもかかわらず、それを不要とするという

連載

白鳥努教授が語る！ 学修上のワンポイント・アドバイス ー第1回ー

本学の実務家教員 白鳥努教授が、講義の聞き方・基本書の読み方から、受験勉強の方法まで、学修上のワンポイント・アドバイスを語ってくださいました。連載形式で掲載していきます。

第1回は、講義の聞き方と復習の仕方です。

■ 講義の聞き方と復習の仕方

(1) 講義は、絶えず復習を意識しながら、聞くこと。

① 講義は、復習すべき事をメモに記録しながら、聞くこと。その際、覚えなければならないことは「覚」、重要で良く理解しなければならないところは「理」、整理するところは「整」、調べることは「調」、等と自分なりに記号化しながら聞くと良い。

② 良く分からなかったところは「？」として、必ず後で質問し、疑問を後に残さないこと。疑問を積み残したままにしないこと。

③ 授業中に可能な限り重要部分は消化・吸収する事。復習は大事であるが、全てを復習に委ねてしまつては、授業を受けた意味がない(それこそ時間の浪費にすぎない)。僅か3年間という限られた時間の中での勝負なのだから、貴重な授業の時間をどれだけ効率的に利用したか、授業でどれだけ多くのことを吸収したかが、合否の分かれ目となる。

(2) 諦めないで授業の最後までついていく事(法の円環構造)

民訴の三ヵ月章先生が、「法の円環構造」ということを言われた事がある。それは、ある法分野の授業の初めに習っている事項の意味が分かるようになるのは、当該授

業の全体が終了し、当該法分野の全体構造が把握できてからであり、その意味で、法は円環構造をなしている、ということである(独断で言えば、一つの科目の理解が深まると、他の科目の理解もそれに関連して深まっていく、という関係もあるように思われる。)。授業では、次から次に新しい概念、難しい議論等が出てきて、ややもすると、その質と量とに潰されそうになるが、それは、先輩の誰もが経験している事であり、心配する必要はない。一度に理解できなくても、絶えず、様々な講義を熱心に聴き、常に、いろいろな法律の、様々な問題を考え続けていれば、徐々に、「法の考え方」といったものが身についてくるものである(それを信じて、勉強を続ける事が大事であり、諦めたら、一瞬で全てが終わってしまう。))。

(3) 復習の仕方

① 第一に、欲張らないこと！重要部分から復習していく事。完璧な復習をやろうとすると、直ぐに消化不良を起こし、失敗する。

② 最低限やるべき事は何かという復習の優先順位を考えること！

(i) 基本書を読み返す等して、講義の重要部分を理解すること(理解が第一)。

(ii) 定義、趣旨、基本的重要論点等のノート・カード作り。定義・趣旨・条文といった当たり前のことが当たり前に言えるようになることが最も重要であるから、最低限、ここまではなんとしてもやる(→ビジュアル化されたドゥで消化度をチェック)。まずは、広く、浅く、基本的事項の理解に努め、難しいことにはあまり拘らないことがポイント。後は、時間を作って、積極的に覚える努力をする。

(iii) 理解度を試すために、択一、論文の過去問を解くこと。ただし、学習程度に合わせた問題選びをし、無理はしないこと。最初のうちは、択一の過去問を、講義の進行に合わせて、体系順に潰していくのが良いであろう。

(次号へつづく)

解釈はいかなる解釈論でしょうか。家族法学の領域では、とくに通説と呼ばれた学説に多く見うけられた特徴ですが、条文を軽視して自由に自己の学説を展開して憚(はばか)らない傾向がありました。判例がそのような学説に追随した場合、結果的に当該条文が改廃されたと同じこととなりますね。ここではこれ以上解釈論の問題に立ち入らないことにしましょう。ともかく、わが国においては法改正や立法をしなくとも、判例によって、条文が改廃されたと同じような結果を生じることがあることを確認して次に進みましょう。

認知不要判決から50年、この判例法理は確立したと思われますし、分娩主義は、本件のような人工生殖のような現代的事案においても有効性をもっています。分娩主義により、生物学上は母ではないNさんを法律上の母とし、卵子提供者は母としないことが可能となります。このような「分娩主義」は、今日の国民感情からも支持されるものと思われます。逆のケース

を考えてみましょう。Xの卵子を摘出してYの子宮に移植して生んでもらった場合に(この事案も現実にあった事案ですね)、生物学上の母Xを法律上の母とするためには、分娩主義を変更する必要が生じます。これについては相当の議論が必要でしょう。

問② Nさんが男児Aを出産した正にその時点で、AとBとの法的関係は。

【解答】胎児認知をしていなければ、法的関係はない。
【解説】これは①の解説から明らかですね。これを避ける手段が「胎児認知」(783条1項、遡及効について784条参照)だということになります(母の承諾が要件)。

問③ Aの出生後、BがAを認知することができるか。認知した場合のBA間の法律上の親子関係は何

か。この場合、Aが氏と戸籍を同一にするのは、NさんかBさんか。

【解答】BはAの生物学上の父であるから、①で検討したように、BがAを認知することができる。認知すれば非嫡出父子関係が発生する。非嫡出子は母の氏を称し、氏を同じくする母の戸籍に入籍される(790条2項、戸籍法6条、18条2項)。

【解説】認知をすれば、嫡出子になるなどと絶対に書かないように！ AとBはまだ婚姻届を出していませんから、準正の効果は生じない。その後、婚姻届を出したので、その受理によって準正の効果が生じることになります(789条1・2項)。認知により嫡出子となるなどという解答は、今回の新司法試験における「認知の届出が無くとも認知の効力が発生するという珍解答と同レベルの珍解答ですよ。

しかし、今年の期末試験の解答の中にこの珍解答を多数発見したときの驚き、心臓が止まりそうになりました。授業中、条文を示しながら、「認知したら嫡出子になるなどという愚かな答案を書くんじゃないよ」と、くり返したにも関わらず、耳に入っていない。

これは一体どうしてでしょうね。司法試験受験者や法科大学院生の不勉強も原因の一つかもしれませんが、これをちょっと脇に置くと、二つ理由があると思います。一つは、相続法は別として、家族法領域で問題となるのは、婚姻、夫婦、親子といった、誰でも経験する(あるいは目にする)事柄なので、人それぞれ人生経験の中で無意識に受け入れてきた、あやふやな(しばしば誤った)婚姻、夫婦、親子の法知識や体系があり、それらを意識的に検証し否定しなければ家族法の正しい法知識・体系に到達しないという問題があります(他分野の法学者の中に財産法は難しいからしっかり勉強する必要があるが、家族法は常識ですからとのたまう人が時にいますが、このような人は上記の「あやふや世界」にどっぷりと浸かっておられるものと思われます。)。第二に、先に述べたように、家族法の学説や判例自身が、つい最近まで条文軽視の解釈論を展開して平然としていたという事実があります(テーマ2で扱う「相続させる」旨の遺言判例に見るように、今でも完全に改められたとはいえない。)。そのような通説を浅く記述した教科書を読んで、厳密な解釈論を学びなさいといっても、学生に無理を強いる結果になるのかもしれませんが。「条文と異なる<母の認知不要判決>の法理が許されるのなら、届出なくとも認知の効力を発生させてどこが悪いのか・・・ブツブツ・・・」という受験生の不満が聞こえてきそうです。

(次号へつづく)

緒方 直人(民法)

● 平成 22 年度新司法試験 (刑事系)採点者実感を読んで ●

■ はじめに

前号では、平成 22 年度新司法試験論文試験のうち、刑事系第 2 問(刑事訴訟法分野)の内容を検討した。本号ではこれに続いて、法務省が公表している「出題趣旨」および「採点実感等に関する意見」も踏まえつつ、法科大学院における学修との関連について、授業

担当者の立場からコメントを試みる。

■ 何が問われているのか

法務省が公開した出題趣旨によれば、刑事系第 2 問は「捜査・公判に関する具体的事例を示し、そこに生起する①刑事手続上の問題点の解決に必要な法解釈、②法適用にとって重要な具体的事実の分析・評価及び③具体的帰結に至る過程を論述させることによって、刑事訴訟法等の解釈に関する学識、適用能力及び論理的思考力を試すもの」である。司法試験全体がそのような能力を試すものであるのは自明であり、この趣旨説明そのものは具体的な意味を持たない。ただ、実務家に求められる能力が、①法解釈、②事実の分析・評価、③具体的結論への展開という 3 つの要素で成り立っていることは、この出題趣旨を通じ、あらためて確認しておく必要があるだろう。

そして、これを念頭に「採点者実感」を見ると、まず①法解釈については、条文の文言に言及しない答案が特に厳しく批判されている。学生も、また(一部の)研究者もそうであるが、学修が進んでいくにつれて、我々は、実務や学界で争いのある「論点」を中心に学修の密度を高めていく。たとえば、肯定説と否定説それぞれの論拠、法的安定性の比較、具体的妥当性の比較、判例の立場はどちらか…といった議論をフォローするのが学修の中身となろう。しかし、そうして知識の森に深く入り込むうちに、いつのまにか、講学上の概念を交えた議論だけが一人歩きしてしまい、そもそもそれが刑事訴訟法の条文に書かれた「文言の解釈」をめぐる見解の対立であることが忘れられがちになる。平成 22 年度の出題でいうと、平成 21 年最高裁決定は何を判示したかと聞かれたら「集積所に置かれたごみを領置することの適法性」と答える学生が多いだろうし、多くの判例評釈にもそのような見出しが付いている。しかし、そこで問題となっているのは、「刑訴法 211 条にいうところの遺留物の範囲」なのであって、集積所のごみが同条にいうところの「遺留物」に該当するかどうかなのである。「採点者実感」におけるこのことの指摘は、他の科目にも共通する警鐘であろう。

また、法解釈においては、制度趣旨の理解が重要である。平成 22 年度の出題趣旨に含まれていた捜索・押収における「必要な処分」(110 条)は、過去にも出題された頻出論点である。そもそも捜査機関としては必要だからそのようなことを行うわけであり、出題される事案は一見するとどれも「必要な処分」に該当しそうだ。しかし、同条が「必要な処分」を許容した制度趣旨を理解するならば、そして、条文の文言に挙がっている具体的な例示との類似性を考えるならば(そのための「例示」である)、そこで行われた捜索・押収の目的や内容との関係において、どこまでを不可欠なものとして許容するかが見えてくるだろう。

さて、このように新司法試験の法解釈において必要とされるのが「条文」そして「制度趣旨」への理解だとすれば、それはまさに法律学の「基本中の基本」である。学習量がどれほど膨大でも、法律論の基本的な作法を常に守れていなければ何の意味がない。このことは、学生はもちろん、私たち教員も心して授業内容を構成すべきである。

次に、②事実の分析・評価においては、二つのこと

を指摘しておきたい。まずひとつは、判例の射程との関係である。平成 22 年度の出題について、領置、おとり捜査、秘密録音…と論点を並べてみれば、まるで判例百選の目次のようですらあり、いずれもリーディングケースとなる判例が存在する。また、おとり捜査や秘密録音は、それを直接に規定する条文がないため、実務においては判例が示した規範が「さしあたっての実定法」とでもいうべき機能を担っている。普通に勉強している学生であれば、問題文を読みながら同時に、それらの判例を思い浮かべつつ「よし、あの判例だ!」と答案構成に取りかかるかもしれない。

しかし、判決や決定は、あくまでも具体的事案に対する判断であって、それが先例であるかどうかは、後に問題となった事案を、先の事案と「同じもの」とみるかどうか依存する。問題文を読みながら、判例が頭に浮かんだのであれば、次に行うべき作業は、「この事案にとって、百選や教科書に載っているあの判決や決定は、先例にあたるか否か」の検討である。平成 22 年度の設定問 1 が領置について複数のごみ集積所を問題文に盛り込んでいること、設定問 2 が複数の場面における秘密録音を問題としているのは、このことを試すためである(そして、領置については、判例と同様に公道上の集積所の場合と、判例とは異なり敷地内の倉庫内の集積所の場合とで結論を分けるのが、おそらくは「正解」である)。

私たち教員が予習の指示をする際に「判旨だけでなく事実も読むように!」とうるさく言うのは、まさにこのためである。法科大学院における演習科目を履修する際には、判例の射程を見極める訓練を繰り返し行う必要がある(そのような訓練ができる授業をしない教員は失格である)。

事実の分析についてもうひとつ。設定問 2 の伝聞についての検討は、一筋縄ではいかない。そもそもこの「捜査報告書」なる書面が、伝聞例外の各号が類型化するどの書面にあたるものなのか、問題文を一読しただけで判断できる者は稀だろう。問題文を目で追っていくと、乙の説明部分があること、立証趣旨に「会話の存在」とも書かれていること、レコーダーに録音された会話・説明であることなど、気になる事実があちこちに散りばめられており、パニックになりそうだ。「採点者実感」は、たとえば「司法警察員により作成された捜査報告書の証拠能力を問うているにもかかわらず、これを無視し、録音テープであるから当然に非伝聞証拠であるなどと断じた答案」を、「能力の欠如を露呈するもの」と罵っている。落ち着いた検討すれば、そのような構成になろうはずがないのは、普通の学生であれば当然にわかる。しかし、受験生は、限られた試験時間の中で、極度の緊張状態にあるのだ。採点者の要求は過酷に過ぎるようにも思える。それでも、これが法曹に求められる水準なのである。緊張状態の中にあってもなお、限られた時間内に、膨大な事実を読みこなしつつ「結局のところ、この書面は、どういうものとして位置づけるべきなのか」を正確に見抜能力は、一朝一夕に鍛えられるものではないだろう。演習科目および自主ゼミなどでの訓練をひたすら重ねるほかない。ここでは、それに加えて実務系科目および実務家教員の有効活用を強く推奨しておきたい。

最後に、②事実の分析・評価と③具体的結論に向けた過程の両方に跨がる問題として、「採点者実感」に



満開となった甲突川沿いの桜

おける次の指摘に注目しておきたい。「学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれるところである」。新司法試験では、あてはめが大事!とよく言われる。そこで、膨大な問題文の中からどの事実に着目するかが問われることになる。しかし、規範を提示したあと、事実を並べて示すだけでは、法的三段論法は成立してしない。その事実が、規範として示した「要件」を充足させるものであるとの「評価」をきちんと示すことによって、ようやく全体の論理がつながり、具体的な結論へのプロセスが完結するのである。演習科目等での双方向でのやりとりでは、結論を導くプロセスにおいて、問題文のうち「どの事実が重要か?」を議論することが多い。そのとき、「この事実がある、この事実もある、だから適法とみてよいのでは?」などと言いかうだけでは本来は足りない。端的に事実を挙げるだけでなく、その事実をどのように評価することで要件が充足されるのかを、(起案では当たり前だが)授業中の口頭でのやりとりにおいても、常に厳密に問いかけていく必要があるだろう。口頭でのやりとりは、しばしば曖昧な言い回しを許容してしまうが、常に「書く」ことを意識して議論すべきである。授業中のやりとりはもちろん、みなさんが友人と日々している議論のときも、この点は意識したほうがよい。

■ 雑感

教員の立場から平成 22 年度の新司法試験問題に対する評価をアンケート等で問われる機会があった。刑訴法の基本的かつ重要な問題について、知識と応用力を問うものとして、優れた出題である。本学における教育内容との関係においても、違和感を覚えるものではない。ただ、これほどの奥行きをもち、また、これほどの分量がある問題について説得力のある論述を競うのであれば、試験時間は短すぎるのではないか。他大学の刑訴法担当の先生方も多くの方が同様の感想を漏らしている。改善されることを強く望むが、さしあたり私たちとしては、出題者が要求する高いレベルに一步でも近づけるように、力を尽くしていくほかない。頑張りましょう。

中島宏(刑事訴訟)