

実務家になる為に 本当に必要な勉強とは何か。

辰巳専任講師・弁護士 荒木 雅晃 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

— Contents —

◆ 講師より	1
◆ 参考資料	
● 司法試験ガイダンスレジюме.....	3
● 旧司2009年本試験民法第1問.....	6
● 旧司2009年本試験刑法第1問.....	8
◆ 合格体験記	
● 合格体験記①	10
● 合格体験記②	12
● 合格体験記③	14
● 合格体験記④	16
● 合格体験記⑤	18

実務家としての基礎能力を問う予備試験
—実務家になる為に本当に必要な勉強とは何か—

弁護士 荒木雅晃

1 実務家とは何か

世の中で、無数に発生する紛争。

紛争を放置すれば、国内秩序は乱れ、経済活動は沈滞し、最悪の事態となれば内乱、戦争へとつながっていく。

このことは、けっして絵空事ではない。中近東情勢や、アフリカ情勢、さらには、EUのギリシャ、イタリアの混乱。

日本が「安心」という事態はないのである。

そこで、日本の法曹は、市民社会における紛争を解決し、国際情勢の下での多様な経済紛争、文化・政治紛争を解決し、人々の権利を守り、切実な要望を「現場」で実現していく役割を負っているのである。

その意味で、法曹実務家は、国家1種を通り、一線で働く行政実務家と表裏一体の関係にあるのである。

このことをしっかりと認識し、ひとつひとつの紛争を自分の「頭」で解決していく能力を修得することが求められている。

その基礎が、事案を分析し、該当条文をすぐに導き出すこと。そしてその条文の文言から規範（要件、効果、適用範囲）を定立し、その根拠との関係で、事実評価基準を示し、事実を評価し、あてはめ、処理することである。

紛争で生じる事実全てを、順々に処理していくこと、即ち、争いのない条文については、直ちに前提的法律関係として確定し、争いのある条文については、原告と被告の主張を自分の頭で正確に示せるようにし、それぞれの主張について、プラス事情とマイナス事情をきちんと評価し、結論を導いていくことが求められているのである。

2 実務家になるための基礎学習

① 「基本書」を読むことの意味

自分の見解を作っていくことが「読む」ことの意味である。

基礎的用語概念について、理解し覚えることは学習の出発点として当然である。

例えば、「意思表示」、「法律行為」とは、「行為規範説」、「裁判規範説」とは、「二重の基準」、「規制目的二分論」とは。

但し、これらについても、正確に理解するためには、条文構造から自分なりの民法論、刑法論、憲法論を作っていくことが不可欠である。

「基本書」とは、その基本思考の参考が示されている「参考文献」なのである。

以上を前提に、各条文についての解釈論が示されているのが基本書であり、各条文について、解釈し、事案にあてはめ、処理できるようにしていくことが求められている。

② 条文の解釈・適用の仕方

たとえば、「判例六法」をみると、判旨の載っている条文と載っていない条文がある。

載っていない条文については、「基本書」で要件効果を確認し、「基本書」に示されている事実適用し、前提的法律効果を確認する。

載っている条文については、判例集の事案などを素材に、原告と被告の主張を検討しながら、規範定立部分、事実評価あてはめ部分についての見解の対立を押さえていくのである。

このことが、実務家に求められる基礎能力であり、実務家になるための不可欠な学習なのである。

③ 判例集・問題集の使い方

判例集は、事案の検討→前提的法律関係の確定・争いのある部分についての原被告の主張・結論（私見・判）を導くための「問題集」である。

また問題集は、①の基本書を読んで、自説を検討する際の参考資料として有意義である。

3 おわりに

自分の頭で紛争を解決する人が、混迷する現代社会において強く求められている。

皆さんが、明日からの日本の運命を決定していくのである。

※ 参考資料として司法試験ガイダンスの資料を添付します。参考にして頑張ってください。

◆ 参考資料 ◆

1 司法試験の本質…実務家採用試験であることの再確認…

試験は実務家採用のために存在しています



合格したら直ぐに司法修習生。修習生は判決起案、起訴状・不起訴裁定書、訴状・答弁書等を起案する実務家です。だからこそ給料だけで、これまで2000人に60億円の国家予算が使われたのです。



皆さんが解答する問題は、判決集で言えば「事案」すなわち「事件」なのです。その「事件」を処理することが試験では求められているのです。



そこで求められているのは「処理」であって、「論点」「論証」の羅列ではありません。



事件を「処理」するためには、事実（争われている事実）を整理し、それに該当する条文を押さえ、その条文文言から規範（要件・効果・適用範囲）を定立し、事実を評価してあてはめ、処理していかなければなりません。



そのためには、何の「論点」を書くかという発想で、構成しては絶対にいけないのです。そう思った瞬間に、事実から離れ、逆に「論点」落としをしてしまうのです。



常に、事実→規範定立→あてはめ→処理をやるということだけを意識して、書面構成することが、結果として論争点——「論点」——を落とさない唯一の方法なのです。

採点が「論点」毎になされていることは事実だが、それだからこそ、事案処理だけを心掛けて書面構成することが不可欠なのです。

2 具体的習得課題

- ① 主張の双方性を各条文の解釈において、必ず検討すること。
- ② 解釈の理論性を①のために習得することが不可欠であり、これは知識の記憶を前提とし、その上で、思考力を育成することを意味する。したがって、法学者の各条文についての争点について、言及してある本（これがいわゆる基本書）を参考に、記憶ではなく「何のために、条文文言をどう解釈することが必要か、その根拠は、定立する規範は、あてはめる際の事実の評価の仕方は」といった思考をきちんと形成していくことが求められる。
- ③ ①、②の法論理・主張の検討は、事実処理のためである。きちんと事実を検討・整理していくことが思考の出発点である。処理すべき対象事実を的確に検討・整理するために、判例集の事案を問題文とみて書面構成していく習慣を身につけること。
- ④ 処理の道具は条文だけ。条文の文言をきちんと把握することを、日常的に心掛けること。

3 おわりに

受験生1人1人の目標はトップ合格でなければいけません。なぜなら、小職には「論証」を覚え引掛ければよいといった合格水準を科学的に示すことは出来ませんが、実務家に求められる能力は示せるからです。

↓

その学習はまた、苦しいものではありませんが、実務家の能力が身に付いてきたと実感できる楽しい学習でもあるのです。

↓

自分になりたいと思う実務家の具体的なイメージをしっかり持てれば、その仕事をする上で必要な能力は何かを理解できるはずです。

↓

それでも試験に受かるためには「論証」をと固執する方は、最初に示した司法試験が実務家採用試験であることを理解していないことを意味します。

↓

真っ直ぐな希望を胸に、実務家になることを目指す貴方を全力で応援します。

<講座内容>

1 基礎能力修得 — 実務家としての

基本書⇔六法⇔事案
の読み方、考え方 = 事案を処理するための基礎能力の確認

ex. ①民法 99 = 解釈の仕方と解釈することの意味 (参) 22年新司

. ②民法 400・401 = 特定物・不特定物の区別 (参) 19年新司

2 基本能力修得 — 実務家として事案処理するための第一歩

ex. 甲（買主）、乙（売主）から、外国でXが作っている美術品を購入。運搬途中で（運搬者の過失かどうかは主張が分かれる）事故による傷がついた。そこで、第三者に転売出来なくなった。

甲・乙双方の主張を示せ。 (参) 19年新司

事案の分析・把握と処理の仕方

【MEMO】

参考資料【2009年 旧司 民法第1問】

18歳のAは、唯一の親権者で画家である父Bに対し、真実はバイクを買うためのお金が欲しかったのに、知人からの借金を返済するためにお金が必要であるとうそをついて、金策の相談をした。この事案について、以下の問いに答えよ。なお、各問いは、独立した問いである。

1 Bは、Aに対し、Aの借金を返済する金銭を得るために、Bが描いた甲絵画を、これまで何度か絵画を買ってもらったことのある旧知の画商Cに売却することを認め、売却についての委任状を作成し、Aに交付した。しかし、その翌日、Bは、気が変わり、Aに対して、「甲絵画を売るのはやめた。委任状は破棄しておくように。」と言った。ところが、その後、Aは、Bに無断で、委任状を提示して、甲絵画をCに50万円で売却した。この場合、Bは、Cから、甲絵画を取り戻すことができるか。

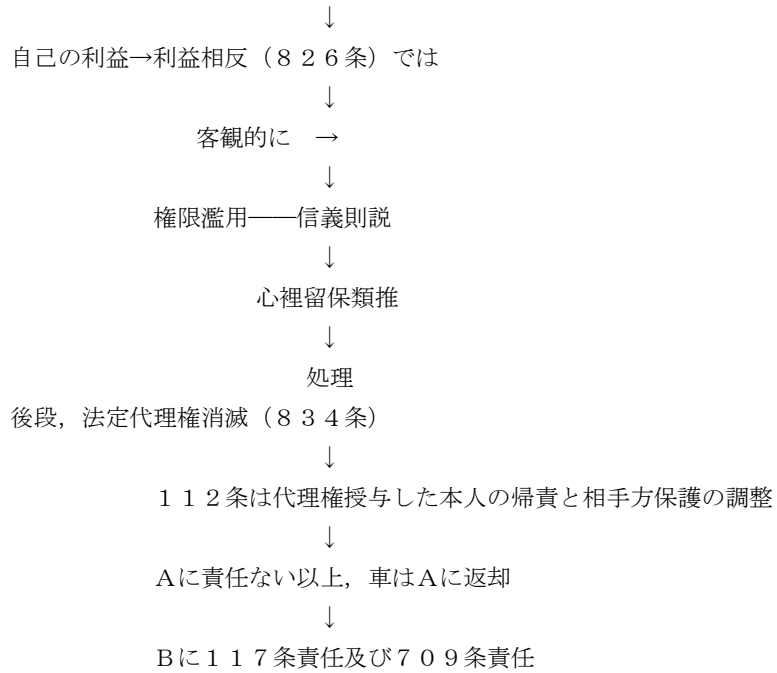
2 Bは、かねてからAがその所有する乙自動車売却したいと言っていたのを幸いとして、その売却代金を自己の株式購入の資金とするため、Aの代理人として、Dに対し、乙自動車を60万円で売却した。この場合、Aは、Dから乙自動車を取り戻すことができるか。

また、Bが、以前A名義の不動産を勝手に売却したことがあったことなどから、Aの伯母の申立てにより、家庭裁判所において、乙自動車の売却の1か月前に、親権の喪失の宣告がされ、確定していたのに上記のような売却をしたときはどうか。

事実整理の仕方

- 1 B——借金返済→甲絵画を旧知の画商Cに売却認め
売却委任状作成、Aに交付—A18→102条
↓
翌日「やめた。～破棄」
↓
A無断で委任状呈示・Cに50万円で売却
B, Cから取り戻せるか
委任解除（651条1項, 111条2項）
↑
↓
代理権授与取消（96条）
解除の場合—解除時からの将来効（652, 620条参）
↓
112条の要件検討
取消の場合—遡及効（96条1項, 121条）
↓
96条3項の第3者, 取消の時に存在している第3者
↓
原則, C保護されない
↓
112, 96③, 94②等の類推検討

2 B, Aの親権者(818条1項)



【2009年 旧司 刑法第1問】

甲及び乙は、路上を歩いていた際、日ごろから仲の悪いAと出会い、口論となったところ、立腹したAは甲及び乙に対し殴りかかった。甲は、この機会を利用してAに怪我を負わせてやろうと考えたが、その旨を秘し、乙に対し、「一緒に反撃しよう。」と言ったところ、乙は甲の真意を知らずに甲と共に反撃することを了承した。そして、甲は、Aの頭部を右拳で殴り付け、乙は、そばに落ちていた木の棒を拾い上げ、Aの頭部を殴り付けた結果、Aは路上に倒れ込んだ。この時、現場をたまたま通りかかった丙は、既にAが路上に倒れていることを認識しながら、仲間の乙に加勢するため、自ら別の木の棒を拾い上げ、乙と共にAの頭部を多数回殴打したところ、Aは脳損傷により死亡した。なお、Aの死亡の結果がだれの行為によって生じたかは、明らかではない。

甲、乙及び丙の罪責を論ぜよ（ただし、特別法違反の点は除く。）。

事実整理の仕方

1 甲乙の罪責

甲はAの頭部を、怪我を負わせてやろうと右拳で殴り、甲の「一緒に反撃しよう」との提案を了承した乙は、木の棒を拾い上げ、Aの頭部を殴り付けた。

↓

この段階で傷害の結果発生したかどうか不明であるが

204条もしくは208条の共同正犯（60条）の構成要件に該当

- (1) しかし、Aの暴行が先であり、反撃の意思のみで攻撃した乙について正当防衛（36条）が成立しないか。

↓

「急迫不正の侵害」はある

↓

「防衛するため」→いずれの説でも認められる

↓

「やむを得ずにした行為」 ex 相当性

↓

倒れ込むほど・・・判断微妙

その後、丙と多数回殴打→脳損傷→死亡

↓

丙との共同正犯

全体の行為について責任を負うから傷害致死（205条）

客観的に過剰な結果を発生させており、相当性欠き過剰防衛（36条2項）・・・

刑の減免

- (2) 甲は当初より、Aの行為を利用し、怪我させる認識

↓

客観的に防衛行為といえず，相当性認められない



当初より，傷害罪の故意で，実行行為



丙と乙の共同意思・実行に直接かかわってないことから，丙の行為に責任を負わないのではないか



甲乙共同正犯・・・他者の行為も自分の行為として評価され全部責任→結果発生のための乙丙の共謀も，順次共謀として甲の共謀とも評価



甲乙丙の共同意思に基づく共同実行と評価され全部責任



どこで結果が発生したとしても，傷害致死罪

2 丙の罪責

現場の状況を認識しながら，暴行を開始した丙の罪責



先行行為全体について，一つの実行行為に関与したものとして全部責任を負わせる考え



しかし，関与前の実行行為には何らの補充をしていないのであって（説によっては，心理的物理的影響を及ぼしていない），全部責任を負わせることは出来ない



結局，傷害罪の共同正犯



なお同時傷害（207条）を拡張解釈して傷害致死とする考えがあるが，謙抑解釈の要請から採用しえない

以上

以下、省略