



予備試験論文合格開眼塾ガイダンス【答案実戦編】

**柏谷メソッド・
実践的な合格答案の書き方**

【ガイダンスレジュメ】

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

【MEMO】

講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士
柏谷 周希 講師

第1 本ガイダンスの目的

⇒予備試験で求められる実践的な答案の書き方を学ぶ

第2 予備試験で求められている能力とは？

1 予備試験とは法曹実務家登用試験

(1) 予備試験とは、司法試験の受験資格を得るための試験

(2) 司法試験とは、司法研修所の入所試験

(3) 司法研修所とは、1年間で法曹実務家としての基礎力を養成する機関

2 法曹実務家の職務は事件処理

⇒事件処理とは、未知の問題について、具体的事実を証拠により認定し、法を解釈・適用することで、解決することであり、①基本的知識、②法的思考能力、③起案力で構成される

3 したがって、予備試験・司法試験では、修習に耐えられるだけの事件処理能力が求められている

第3 予備試験論文式試験の特徴と対策

1 予備試験論文式では、事件の処理が求められている

2 そのため、予備試験では未知の問題が出題される

3 したがって、受験生は、未知の問題を、①基本的知識、②法的思考能力、③起案力、の3つの能力を活用して解決する力を身につける必要がある

(1) 基本的知識

ア 法解釈能力と事実認定能力（実務基礎）

* TL編

イ 過去問（予備試験、司法試験）

(2) 法的思考能力

⇒基本的知識を法的に思考する応用力

(3) 起案力

ア 形式的起案力

⇒大きな字ではっきりと読みやすい答案を書く能力

イ 実質的起案力

⇒出題趣旨に沿った答案を書く能力

* 法的思考能力と表裏の関係

第4 具体的検討

* H27 予備憲法

1 [予備試験平成27年憲法]

2
3 違憲審査権の憲法上の根拠や限界について、後記の〔設問〕にそれぞれ答えなさい。

4
5 [設問1]

6 違憲審査権に関し、次のような見解がある。

7 「憲法第81条は、最高裁判所に、いわゆる違憲審査権を認めている。ただし、この条文
8 がなくても、一層根本的な考え方からすれば、憲法の最高法規性を規定する憲法第98条、
9 裁判官は憲法に拘束されると規定する憲法第76条第3項、そして裁判官の憲法尊重擁護義
10 務を規定する憲法第99条から、違憲審査権は十分に抽出され得る。」

11 上記見解に列挙されている各条文に即して検討しつつ、違憲審査権をめぐる上記見解の妥
12 当性について、あなた自身の見解を述べなさい。(配点：20点)

13
14 [設問2]

15 内閣は、日本経済のグローバル化を推進するために農産物の市場開放を推し進め、何より
16 もX国との間での貿易摩擦を解消することを目的として、X国との間で農産物の貿易自由化
17 に関する条約(以下「本条約」という。)を締結した。国会では、本条約の承認をめぐる
18 議論が紛糾したために、事前の承認は得られなかった。国会は、これを事後に承認した。

19 内閣が本条約上の義務を履行する措置を講じた結果、X国からの農産物輸入量が飛躍的に
20 増加し、日本の食料自給率は20パーセントを下回るまでになることが予想される状況とな
21 った。ちなみに、X国の食料自給率は100パーセントを超えており、世界的に見ても60
22 から70パーセントが平均的な数字で、先進国で20パーセントを切る国はない。

23 農業を営むAは、X国から輸入が増大したものと同じ種類の農産物を生産していたが、X
24 国と日本とでは農地の規模が異なるため大量生産ができず、価格競争力において劣るため、
25 農業を継続することが困難な状況にある。Aは、本条約は、農業を営む者の生存権や職業選
26 択の自由を侵害するのみならず、国民生活の安定にとって不可欠な食料自給体制を崩壊させ
27 る違憲な条約であるとして訴訟を提起した。これに対して、被告となった国から本条約は違
28 憲審査の対象とならない旨の主張がなされ、この点が争点となった。

29 本条約が違憲審査の対象となるか否か、及び本条約について憲法判断を行うべきか否かに
30 関して、Aの主張及び想定される国の主張を簡潔に指摘し、その上でこれらの点に関するあ
31 なた自身の見解を述べなさい。(配点：30点)

1 【予備試験平成27年憲法】出題趣旨

2 本年は、憲法上の基本的論点である、裁判所の違憲審査権の憲法上の根拠及び限界に関する
3 問題である。

4 設問1は、裁判所の違憲審査権の憲法上の根拠に関する問題である。日本国憲法は、アメ
5 リカ合衆国憲法とは異なり、裁判所の違憲審査権に関する明文の規定として第81条を置い
6 ている。もっとも、昭和23年最高裁判決（最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801
7 頁）は、アメリカのマーベリー対マディソン判決（1803年）を引きつつ、第81条の規
8 定がなくとも、日本国憲法の他の規定から裁判所の違憲審査権が導かれると判示した。設問
9 1は、この判示を題材として、憲法の条文解釈として、裁判所の違憲審査権の根拠に関する
10 論述を求めるものである。条文解釈は、法曹が有すべき基礎的能力として当然に求められる
11 ものである。設問1では、その問題文にも明記されているとおり、条文から離れた観念的・
12 抽象的な議論ではなく、具体的な条文の文言及びその解釈を踏まえた論述が求められる。

13 次に、判例は、司法権に関する第76条があって、その上での第81条であると位置付け
14 ていることからすると、司法権の限界が違憲審査権の限界でもあることになる。設問2は、
15 憲法と条約の関係という基本的問題を題材として、その限界を問う事例問題である。設問2
16 では、その問題文にも明記されているとおり、本条約がそもそも違憲審査の対象となるか否
17 か、対象となるとして本条約について憲法判断を行うべきか否かに関して、判例及び学説に
18 関する基本的な知識を踏まえて検討することが求められる。すなわち、判例及び多数の学説
19 が肯定するいわゆる統治行為論を含め、憲法と条約の関係や本条約に対する違憲審査の可否
20 等につき、一般的理論の論拠及びその射程範囲、その上での事案の内容に応じた具体的検討
21 についての論述が求められる。

22

平成27年論文式試験・憲法 合格者再現答案①

憲法・評価A (1位~300位/受験者2199人)

Memo

P.1 設問1

- 2 1 憲法98条は憲法の最高法規性を定めている。ここから、違
 3 憲の法律、命令、詔勅などが無効であることは導かれ、違憲審
 4 査権の存在は否定されないが、違憲審査権の帰属主体につい
 5 ては沈黙している。そのため、ここから直ちに裁判所の違憲審
 6 査権を導き出すのは不相当である。
- 7 2 憲法76条3項は裁判官が憲法および法律にのみ拘束される
 8 旨を定めているが、この規定の趣旨はむしろ消極的に、裁判官
 9 が行政府の指示に縛られないことを定めている点にあると考
 10 えるべきである。裁判所の違憲審査は、立法府の決断を司法府
 11 が覆すものといえ、このような立法府と司法府の関係は、行政
 12 府と司法府の関係を定める点に意義がある同項から導かれる
 13 ものではない。
- 14 3 憲法99条は憲法尊重擁護義務を定めているが、その名宛人
 15 は裁判官のみならず、国会議員やその他の公務員を広く含む。
 16 そのため、同条から直ちに裁判所の違憲審査権を導けるとすれ
 17 ば、その他の公務員にも等しく違憲審査権が与えられることと
 18 なる。そうすると例えば、ある法律の執行に際して、公務員が
 19 違憲だと考えれば、その執行を拒むことができることになって
 20 しまう。これは法律による行政の原理に反する結果となる。よ
 21 って同条から裁判官の違憲審査権を導くことはできない。
- 22 4 以上見てきたように、違憲審査権は立法権に対する大きな制
 P.2 約であり、そのような、三権分立のあり方を大きく左右する権
 2 能を明文の定めなく安易に認めるべきではない。したがって掲
 3 げられた見解は妥当ではない。

4 設問2

- 5 1 Aの主張
- 6 (1) Aの主張として考えられるものの第一は、設問1のように
 7 憲法81条以外から違憲審査権を導けるとしたうえで、その
 8 違憲審査権の対象に条約は含まれる、というものである。
- 9 (2) Aの主張として考えられるものの第二は、違憲審査権を定
 10 める憲法81条は条約をその対象として挙げていないが、同
 11 条の列挙は列挙事項に限定する意図ではなく、あくまで例示
 12 にすぎない。条約も違憲審査権の対象である、というもので
 13 ある。
- 14 2 国の主張
- 15 (1) 国の主張として考えられるものの第一は、憲法81条があ
 16 る以上、違憲審査権の根拠となるのは同条のみであり、明文
 17 の規定なしに違憲審査権を導くべきではない、というもので
 18 ある。
- 19 (2) 国の主張として考えられるものの第二は、憲法81条に定
 20 める違憲審査権の対象に条約は含まれない、というものであ
 21 る。条文上、条約が慎重に排除されていることに加え、憲法
 22 98条においても条約は1項の対象とはされず、2項で別に
 P.3 規律されていることが、この見解を支える。

2 3 私の見解

- 3 (1) 国の見解のように、憲法81条以外から違憲審査権を基礎
 4 付けるべきでないことは、設問1で述べた通りである。さら
 5 にまた、憲法81条で条文上、条約がその対象外とされてい
 6 ることから、条約はおよそ違憲審査権の対象とならないよう
 7 にも思える。
- 8 (2) しかしながら、条約といってもその性質は様々である。租
 9 税条約のように、国内法と同じように裁判規範となって、日
 10 本のビジネスプランニングを規律するものもある。一方で、
 11 日米安全保障条約のように、国内的な適用場面が容易に想定
 12 し難く、また高度な政治性を持つものもある。
- 13 したがって、ある条約が違憲審査権の対象となるか否かは、
 14 条約の性質、目的、締結の背景などを総合的に考慮して決す
 15 るより他ないと考えるべきである。
- 16 (3) 本条約は、X国との間での貿易摩擦を解消することを目的
 17 として締結されたものであり、その目的は高度の政治性を帯
 18 びる。また、本条約は貿易に関するものであり、経済的自由
 19 との関係が問題となるものであるが、経済的自由については
 20 立法府の専門的判断に馴染み、その判断を尊重すべきと言え
 21 る。さらに、本条約の承認をめぐっては、国会の議論が紛糾
 22 して、なんとか事後的な承認を取り付けたという。このよう
 P.4 な事情のもとでは、裁判所が違憲審査をなすとなれば、内閣、
 2 国会、世論を巻き込む形となり、司法の独立性が脅かされる
 3 危険がある。
- 4 (4) 以上を踏まえれば、本条約は違憲審査の対象とはならない。
 5 また、それゆえ、本条約について憲法判断を行うべきでもな
 6 い。
- 7 以 上

平成27年論文式試験・憲法 合格者再現答案②（抜粋）

憲法・評価A（1位～300位／受験者2199人）

Memo

P.1 第1 設問1

2 1 第98条

3 たしかに、98条1項は憲法の最高法規性について規定して
4 いるので、同条により違憲審査権の存在を予想することはでき
5 る。

6 しかし、違憲審査権を規定した条文であるならば、それを行使
7 する機関について定めてあるはずである。定めていなければ、
8 どの機関が行使するか不明となり、違憲審査権が画餅に失する
9 からである。

10 よって、同条を根拠に違憲審査権を抽出することはできない。

11 2 76条3項

12 たしかに、「憲法」「に」「拘束」という文言から、裁判官に憲
13 法に反する法律等についての違憲審査権を与えたとも解すること
14 は不可能ではない。

15 しかし、同条は第6章「司法」の章にある。ここに司法とは
16 具体的な事件に法を解釈・適用することで事件を終局的に解決
17 する作用である。そして、具体的な事件とは民事、刑事、行政
18 の各事件を意味する。すなわち、これらの事件の解決において、
19 憲法の価値に反する判断をしてはならないということを規定し
20 ているにすぎない。

21 よって、同条を根拠に違憲審査権を抽出することはできない。

22 3 99条

P.2 たしかに、「憲法を尊重し擁護する義務」があることから、違
2 憲審査権の存在を予定していると解することは不可能ではない。

3 しかし、仮に同条を根拠に違憲審査権を認めると、「天皇」に
4 も同権限が認められることとなり、「天皇は」「国事に関する行
5 為のみを行い、国政に関する権能を有しない」（4条1項）とい
6 う規定と矛盾する。

7 また、「国務大臣」「国会議員」「裁判官」（99条）に同権限
8 を認めると、憲法が三権分立を認めた建前と反することとなっ
9 てしまう。

10 よって、同条を根拠に違憲審査権を抽出することはできない。

11 （以下略）

12 以上