

論文試験前の覚書

評価される答案

評価される答案とは、①法律を用いて、②妥当な結論を、③反対利益に配慮しつつ、④筋道を通して導いている答案である。まず、必ず条文を中心において思考する必要がある(①)。妥当な結論には、一定の妥当な結論が決まっている場合と、③・④ができていれば妥当な結論が複数ありうる場合がある。結論が複数ありうるとしても、硬直的に①のみで解決する答案は、②を満たすとは言えない。もっとも、この場合は、非常識でなければそこまで重視はされない。③が学説を学ぶ意義であり、問題提起・要件の解釈で現れる。④が、法的三段論法を用いた答案である。

法的三段論法

法的三段論法は、「大前提」(適用されるべき法規範)に「小前提」(具体的事実)をあてはめて「結論」を出す論法である。そうすると、三段論法の出発点は、法規範ということになる。もっとも、三段論法を用いて問題を解決するためには、その問題の所在(なぜ法規範を持ち出そうとしているのか)を明らかにする必要があるから、いわゆる「問題提起」をすることになる。民法の答案を例にすると、以下のような流れになる。

- A) 問題提起1
Xは、～を望んでいる。そうすると、訴訟物は...である。
- B) 大大前提
...の請求が認められるための要件は、①、②、③である。(法律要件)
- C) 大大前提の小前提
 - (1) 大前提1
①とは、〇〇を意味する。
 - (2) 小前提
Xは、□□しているから、〇〇が認められる。
 - (3) 結論
したがって、①を満たす。
 - (4) 大前提2
②とは...
- D) 大大前提の結論
Xは、①～③を満たす。よって、Xの請求は基礎づけられる(効果発生)。
- E) 問題提起2
Yはこれに対し△△と反論することが考えられる...

以上のように、問題提起→大前提→小前提(大前提→小前提→結論)→結論を繰り返すことによって、最終的な結論を導くのが法的三段論法に基づいた答案である。

三段論法の区別

三段論法で思考する場合、広義の三段論法と、狭義の三段論法(法的三段論法)を区別して考えるとよい。広義の三段論法とは、大前提→小前提→結論の順に論じる方法をいう。一方、狭義の三段論法とは、法規範(大前提)→具体的事実(小前提)→効果発生(結論)の思考に基づき論じる方法をいう。

要件と効果を分ける1

法律要件と、それを満たした場合に発生する効果は分けて考える必要がある。上三法は大抵の場合、効果が単純なのでそれほど要件・効果を意識せずとも問題は生じにくい(ただし、抗弁・再抗弁を論じる際は、効果を意識する必要がある)、下四法は、要件が問題となっているかと効果が問題となっているかを分けて考えないと、問題の所在が不明確になりがちになる。

例えば、警職法2条1項は、職務質問の要件として、①「警察官」であること、②職務質問を行おうとする者に「異常な挙動...から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し...していると疑うに足る相当な理由がある」ことを定めている。これらの要件を満たすと、警察官に「停止させて質問することができる」という権限(効果)が発生する。要件を充足し、その効果発生が認められて初めて、問題となる行為が「停止させて」という権限(効果)の範囲内であったかの検討ができることになる。逆に、上記①・②を満たさない場合は、警察官は職務質問自体ができないので、「停止させて」の範囲にあたるかどうか、ということとはそもそも問題にならない。にもかかわらず、「停止させて」にあたるかどうかを検討すると、法の立て付けを理解できていないという評価が下されることになる。

刑訴法の出題趣旨で、問題となる行為の性質を明らかにするように求められることがある。これは、そもそも問題となっている行為が効果発生要件を満たしているかどうかを論じないと、その発生した効果の範囲内の行為であるかを論じることができない、という要件効果の構造を受験生が理解していないことを指摘するものであると思われる。

要件と効果を分ける2

司法試験の問題を解く場合、要件を問う問題か、要件充足を確認した上で発生した効果を問う問題かの2つに大きく分けて考えるとよい。

要件を問う問題とは、効果発生の可否を問う問題である。具体的には、「Xの請求は認められるか」「甲には窃盗罪が成立するか」「原告は訴訟提起できるか」などがある。このタイプの問題の解法としては、適用すべき法規範を取り上げたうえで、その要件・解釈を提示し、具体的事実にあてはめることで処理できる。要件を問う問題の変形として、適用すべき法規範を取り上げる際に、その法規範が適用されることにより発生する効果を指摘して、なぜその法規範を取り上げるべきなのかを論じる必要がある問題がある。民事訴訟法に多いパターンである。この場合は、適用すべき法規範を提示する際に、その効果についてひとこと触れればよい。

効果を問う問題とは、要件充足を確認した上で、(a)発生する効果を指摘し、その効

果に基づいた行為が行われているか、もしくは、(b)発生する効果によれば、当事者はどのような行為をすべきかを問うものである。「警察官の行為は適法か」「裁判所はどのような措置を採るべきか」「裁判所はどのように判断すべきか」などがある。

司法試験は以下の段階のいずれかを問うものである。これを大きく区分すると、要件を問う問題と効果を問う問題に分類される、というだけのことである。答案構成にあたっては、どの段階は問題文で明確にされており、どの段階は不明であり、どの段階は論じる必要がないのか(問題文で「論じなくてよい」とされている箇所)、ということを意識して答案構成すればよい。

1. 紛争対象の選択
2. 適用すべき法規範の選択
3. 法規範の要件解釈
4. 具体的事実へのあてはめ
5. 発生する効果(権限)解釈の提示・要件を問う問題の結論
6. 発生する効果(権限)の具体的事実へのあてはめ
7. 最終結論

これらのそれぞれの中でも①～⑦の観点からの検討が必要である(入れ子になる)ことは注意すべきである。また、答案構成で検討もれをしないための大枠組みと考えるべきで、答案でこれを表現することが求められているわけではない。

事実の法的評価の問題と事実の存否の問題を分ける

事実の法的評価(法解釈、大前提部分)と事実の存否(あてはめ、小前提部分)の区別は重要である。三段論法を用いていれば、通常は自然と区別した記載になるはずである。ただし、民事訴訟法では、法的評価のレベルと事実のレベルで適用される規範が異なることから、答案構成・問題提起の部分から法的評価の問題か、事実レベルの問題かを切り分ける必要がある。

答案構成の概論

民事系は請求から、公法系・刑事系は評価の対象となる行為から答案構成を始める。民事系は、まず当事者が何を求めているのか(土地の返還なのか、金銭の支払なのか、他人の行為の取消しなのか)→その請求を認めるためには何が必要となるのか(要件)→それは認められるのかの順に考えることになる。他方、公法系・刑事系は、何らかの当事者の行為の適否を問うものがほとんどであり、通常原告が主張する内容について悩む必要はない。公法系は、問題となる行為の特定(問題文で特定がなされていれば不要、憲法の制約論証)→原告の請求の法的根拠(憲法の保障範囲論証)→要件定立(憲法の審査基準の定立)→あてはめ・結論の順に検討していくことになる。

答案構成の詳細については、各論参照のこと。以下では、それぞれの教科で①～⑦の観点から検討する筋道のみを示す。

答案構成のポイント(憲法)

憲法は、紛争対象の選択・法規範の選択を答案で重点的に論じる点に特徴がある。また、通常、憲法のみでは法規範を導くことができないため、要件解釈についても詳細に論じることになる。	
紛争対象の選択	制限確認論証がこれにあたる。もしくは、制約論証を先出しする場合は、制約論証がこれにあたる。
適用すべき法規範の選択	保護範囲論証がこれにあたる。
法規範の要件解釈	違憲(合憲)という効果発生のための要件を論じる。形式的審査、実質的審査と順に論じる場合は、法規範の要件解釈～効果の提示を順に繰り返す。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	自由権の場合、ここで違憲・合憲の結論を出す。請求権の場合、ここで発生する義務について論じることがありうる。
具体的事実へのあてはめ	
最終結論	請求権の場合、ここまで論じることになる。

答案構成のポイント(行政法)

紛争対象の選択は、答案には書かないことが多い。法規範の選択も特に誘導がなければ、答案で詳細に論ずる必要はない。	
紛争対象の選択	通常、問題文で生の主張までは提示・誘導されている。紛争対象の選択を行うことは少ない。
適用すべき法規範の選択	訴訟選択がこれに当たる。原告はどのような訴訟を提起すべきか、その理由も合わせて答えよ、と言った問題文の場合は、多少答案でも論じる必要がある。
法規範の要件解釈	訴訟要件や本案勝訴要件とその解釈を論じる。訴訟要件の場合は、通常は淡々と処理すればよく、論証を張り付けるのみで足りる。一方、本案勝訴要件では、取消訴訟であればここから違法と評価される場合(違法事

答案構成のポイント(会社)

手続を問われている場合は、発生する効果について論じる必要がある。一方、決議取消や損害賠償請求の場合は、論じる必要は特にない。	
紛争対象の選択	通常問題となることはあまりない。 取消訴訟や任務懈怠を論じる場合は、取消事由や任務懈怠を論じる中で紛争対象の選択から論じることがある(入れ子)。
適用すべき法規範の選択	取締役会設置会社や公開会社で適用される法規範が異なる場合は、ここで論じる(356条、365条など)。法規範の要件解釈でまとめて論じて減点はされないと考えるが、論理的にはここで論じるべき。
法規範の要件解釈	適用すべき法規範の選択をきちんと論じていれば、要件提示は条文を書き写す程度のシンプルなものとなる。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	手続を論じる場合は、その効果を条文に則して説明する。
具体的事実へのあてはめ	
最終結論	手続違反が問題になる場合は、ここまで論じることがありうる。もっとも、効果の提示部分とひとまとめにしてもよい。

答案構成のポイント(民事訴訟法)

問題文がある効果発生の有無を直接問題としている場合は、紛争対象の選択は必要がない。一方、適用すべき法規範の選択の理由を論じる必要がある。その場合は、発生する効果と問題文で問われている結論との関連を論じることになる。	
紛争対象の選択	問題文で直接法規範の適用の可否を問われていない場合は、検討が必要となる。
適用すべき法規範の選択	手続の流れのどの部分に当たるか、請求・要件・事実・証拠のどのレベルに関する問題かを明示した上で、適用すべき法規範を選択する。

	由)についての解釈がなされることになるため、事案により多少長くなる。
具体的事実へのあてはめ	行政法の答案では、この部分の分量が最も多くなる。
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	適法・違法を論じる。原告は何を主張すべきか、という設問の場合はここが違法であることが明らかなので、答案で記載がなくとも足りる。
具体的事実へのあてはめ	効果へのあてはめが問題となることはあまりない。
最終結論	

答案構成のポイント(民法)

民法では、①～⑦段階の一部のみ取り出して論じることを求められることが多い。①～⑦のどの部分を論じなくてよいのかを切り分けることが重要である。	
紛争対象の選択	生の主張から論じさせる場合はこの部分の論証が必要になる。
適用すべき法規範の選択	訴訟物が明示されていない場合は、これを論じる。また、選択した理由を問われている場合もある。
法規範の要件解釈	請求原因・抗弁・再抗弁...の形で記載する場合は、要件解釈～効果提示を順に繰り返すことになる。また、主張立証責任についてもここで論じる。 法規範の要件解釈の中で、更に狭義の三段論法が入れ子になることがある(三段論法の箇所参照)。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	請求が基礎づけられる、請求が認められる、認められないことを論じる。
具体的事実へのあてはめ	
最終結論	請求が認められる、認められないは論理的にはここに当たるが、具体的事実へのあてはめがないため、あまり意識する必要はない。

最終結論	
------	--

答案構成のポイント(刑事訴訟法)

刑訴法は、特に分類を意識して構成すべきである。そうすれば、搜索・差押え、職務質問・任意捜査を混ぜて考えることはなくなる。刑訴法では、①～⑦まですべての点が問われうるので、メリハリをつけることが重要である。	
紛争対象の選択	適否を論じるべき行為の指示がない場合は、紛争対象の選択を考える必要がある。また、証拠法で立証趣旨を論じる場合も、何を立証しようとしているのか、という観点から紛争対象の選択が必要となる。
適用すべき法規範の選択	任意捜査・職務質問、任意捜査・強制処分、自然的関連性・法律的関連性・証拠禁止といった観点から検討する。
法規範の要件解釈	自説から淡々と論じる。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	逮捕の適否、証拠法など、法規範の要件を満たせば効果が明らか(できる／できない)な場合は、効果の明示は特に不要である。一方、職務質問などは、「(～の範囲で)できる」という効果が発生するだけなので、以下で、発生した権限内の行為であるかを検討する必要がある。 例えば、令状なき搜索差押えの場合、「逮捕の現場で」「搜索...できる」(220条1項2号)という権限が発生する。ここから更に「逮捕の現場で」の解釈を論じる。
具体的事実へのあてはめ	実際に行った行為が権限内であるかどうかを論じればよい。
最終結論	違法・適法の結論を明示する。

法律関係を論じる問題

「法律関係を論じなさい」と言ったタイプの問題は、「問題文中に存在する権利と義務の関係を論じなさい」という問題と同義である。そうすると、当事者の関係を明らかにした

法規範の要件解釈	条文がある場合は条文から、原理原則から論じる場合は、定義から論じる。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	条文で規定されているものを除けば、発生する効果を明示すべきである。また発生する効果に従って当事者・裁判所が行うべき行為を論じる。
具体的事実へのあてはめ	
最終結論	

答案構成のポイント(刑法)

通常、発生する効果について意識する必要はない。構成要件・違法性阻却事由・責任阻却事由を順次論じれば、その効果は明らかだからである。	
紛争対象の選択	答案構成では検討するが、答案で記載することはないと思われる。
適用すべき法規範の選択	横領・背任の選択や、正犯・共同正犯・狭義の共犯などがこれに当たる。ただし、横領・背任以外は、単に重い罪から論じればよいので、理由を答案で記載することはあまりない。大抵の場合は、「...の行為に、～罪が成立しないか。」程度の記載となる。
法規範の要件解釈	自説を淡々と論じればよい。
具体的事実へのあてはめ	
発生する効果(権利・義務・権限)の提示	厳密には、構成要件に該当した効果は、違法性・責任が推定され、阻却事由に該当した効果は、それらを阻却する効果があるが、答案では「～犯が成立する」「しない」を述べるのみであり、特に意識する必要はない。
具体的事実へのあてはめ	

が、講学上の法規命令にあたるか、それとも行政規則にあたるか、その区別基準が問題となる。

ここまでくれば、設問Aと同じことが問われていることが明らかになるから、続けて法規範の要件解釈、あてはめ、結論と進んでいけばよいことになる。

論点の意味と探し方

法律は、完全ではなくどこかに不備がある。問題文の事件の解決に向けて、法律が役に立たない場合に、現状ある法律を使って事件解決をするために持ち出されるのが法解釈であり、この問題点を論点という。論点は、以下の4つのパターンに大別される。法解釈(大前提)を持ち出す前の問題提起部分では、以下のどのパターンに当たるのかを意識して記載するようにするとよい。

A) 文言不明確

条文の文言が不明確・抽象的な場合がこれに当たる。この場合は、文言の意味を明らかにする法解釈が必要になる。法解釈のパターンとしては、拡大・縮小解釈、文言解釈、条文の趣旨・効果、比較考量、他の法文からの流用などが考えられる。

B) 結論不当

法を素直に適応すると、妥当な結論が導けない場合がこれに当たる。この場合は、妥当な結論のために、法の適用を排除することになる。元々ある要件を解釈して、その事案への適用を排除するパターンと、法にない要件を追加してしまうパターンが考えられる。

C) 複数の定めの適用関係

複数の法が適用可能な場合に、どの定めを適用すべきかを論じる場合がこれに当たる。通常は、どの定めを適用しても構わないことも多い。問題となるのは、法を適用した結果(効果)に矛盾関係がある場合や優劣関係がある場合である。

D) 明文の定めがない

事案の解決に適した法の定めがない場合は、類似の定めから類推適用ができないか、一般条項からの解決ができないか、といった観点から検討することになる。

自説の理由づけの方法

自説の理由づけをする場合、次のような2つの観点を意識して理由づけをすると、説得力が増す答案になる。

A) 形式的理由づけと実質的理由づけ

法文・理論に基づく理由と、現実の要求・利益衡量に基づく理由を指摘する。

B) 必要性和許容性

自説を採用した場合の利益を指摘し、また採用した場合の弊害が少ないことを指摘する。

上で、請求から論じていけば良いことになる。

問題提起の要否

問題提起(単に「～が問題となる」と記載するものだけでなく、問題の所在を指し示すための論証部分を指す。)は、以下の2つに分類できる。

1. 問題文で問われている内容が抽象的・論述対象が意味不明確であるため、問題文の意義を説明しなおすタイプ(冒頭問題提起型)
2. 問題の所在を示したうえで、規範定立前にまとめとして論点となる部分を指摘するタイプ(文中問題提起型)

②は、次に続く論証の意義を示すものであるから、問題とされることはあまりない。一方、①は、問題提起は問題文をそのまま書き写すことではない、という評価がなされることがある。また、問題文に書かれていることに答えればよいのであるから、問題提起は不要である、と言われることもある。他方で、いきなり論点から書き出すのではなく、問題の所在を明らかにしてから論ずるように求められる場合もある。ここから、答案の冒頭で問題提起が必要な場合と、冒頭で問題提起が不要な場合があるということが分かる。

では、問題提起の要否については、どのように考えるべきか。一般論としては、問題文で問われている内容が抽象的・論述対象が意味不明確である場合は、冒頭で問題提起をすべきであると言える。多くの場合、上記分類の①・②が問われている場合は、問題提起が必要となるであろう。以下、具体例をもとに考える。

【設問A】 本件指針は講学上の法規命令か、それとも行政規則か。理由とともに答えなさい。

まず問題文から、紛争対象は、本件指針であり(①)、適用すべき法規規範は、法規命令と行政規則の区別するための規範であることが読み取れる(②)。また、問題文が問うているのは、法規規範の要件解釈(③)と具体的事実へのあてはめ(④)、結論(⑤)であることが明らかである。この問題では、問題所在が具体的に明らかにされているといえるから、答案では、法規規範の要件解釈から始めればよいことになる。

【設問B】 Xは、本件処分取消訴訟における本案上の主張として、「本件処分が本件指針に違反して違法である」旨の主張(本件主張)をしようとしている。このような主張は適切か。

まず問題文から、紛争対象が、Xの訴訟上の本件主張の適否であることは分かる(①)。しかし、適用すべき法規規範(②)は明示されておらず、単に主張の適切性を問うているだけである。そうすると、答案では、適切か否かを判断するための基準(適用すべき法規規範)を明らかにする作業が求められることになる。したがって、以下のような問題提起が必要になるだろう。

本問では、本件指針に基づいて違法性の主張をすることが適切かどうか、が問われており、本件指針の意義が問題となっている。つまり、本件指針が法規命令にあたる(裁判規範となり得る)のであれば、Xの主張は適切であるが、行政規則(裁判規範となり得ない)のであれば、これに基づく主張は適切でないことになる。そこで、本件指針

C) 自説の理由づけと反対説の批判

上記理由が書けない場合に、反対説の問題点を指摘するものである。積極的理由づけと共に他説の問題点を指摘する。

あてはめとその中身

いわゆるあてはめは、事実の抜き出しとその評価に分けることができる。注意すべきなのは、抜き出してきた事実ひとつひとつに評価をする必要はないということである。複数の事実をまとめた結果、ひとつの評価につながることもある。

接続詞を用いる際の注意点

試験本番はともかくゼミなどで答案を書く場合は、以下の点に注意して答案作成をすべきである。

A) 指示代名詞は置き換える

できる限り指示している名詞を短く言い換える。

B) 「こと」、「もの」は具体的な語句を特定する

「公共の場所での喫煙を規制することは合理的である」といった文章の場合、「公共の場所での喫煙を規制する条例の施行は合理的である」とするなど、具体的な語句に置き換える。

C) 「の」を特定する

「片桐先生の本」は、「片桐先生が書いた本」なのか、「片桐先生が所有している本」なのか、そのほかの意味での「の」なのか明らかにすべきである。

D) 「を」「に」「は」と「について」を区別する

「を」「に」「は」は、対象そのものを問題にするのに対し、「について」は対象に対する感想・評価・解釈を問題にする語句である。

E) 「ところ」を使う場合は、文を分ける

「～ところ…」という用法は、大抵の場合、「ところ」を「。」に置き換えても意味は変わらない。置き換え可能であるならば、「。」を置いて文を分けるべきである。

接続詞とその例

付加	論理が同じ方向に進むときに用いる
その例	そして、また、さらに、しかも、むしろ
理由	理由を示すときに用いる
その例	なぜなら、というのは
例示	例を挙げるときに用いる

その例	例えば、例を挙げると
転換	論理が逆の方向に進むときに用いる
その例	しかし、だが、けれども
解説	言い換えるときに用いる(イコールの関係)
その例	すなわち、つまり、というのは
帰結	まとめ、結論を述べるときに用いる
その例	要するに、したがって、だから
補足	付け足すときに用いる
その例	なお、ただし

※これ以外の分類もあるが、ひとまずこのレベルで使い分けができる必要がある。