

論文問題についてのヒント (1)

(1) 書き方

① 頭の整理

司法試験受験で要求されていることを考えてみる。

それは、まずは、ごちゃごちゃした事案を整理して、法的要件を立てて、事実をあてはめて、合理的な結論を導くこと。

即ち、まず、判断基準 = 自説(規範提立) を、厚くも薄くもきちんと自分の言葉で書ける(自由に操れる)ことである。そして、次に、適切な事実認定を行うことである。前者がきちんと出来るなら、事実認定も自ずと出来るようになる。そして、これは全科目共通の必要条件である。

だから、まずは、「裁判規範としての法」を意識すべき。即ち、条文の摘示と解釈・要件定立、あてはめというパターンを崩さない。

なおここで、道徳を語るのは法曹としての適格性を疑われるので論外(するな!!!)だが、法解釈の延長線で社会規範性を述べるのも、必要最低限とする方が怪我が少ない。

② 答案構成について

<3要素>

- ・ 論点選択 = 何を
- ・ 論点構成 = どのぐらい
- ・ 論点記述 = どう書くか

③ 3要素のとらえ方 = 答案の分量を意識すること

経験則で、解答は一問6枚程度 = 138行(23行×6枚)しか書けない。

経験則で、論点は6個程度。

であれば、1論点は、20行で書かなければならない。

1論点を20行で書くのは、自分流の書き方 = スタイル を持っておくこと。

標準形は、問題提起3行→規範10行→あてはめ10行→結論2行。論点によって、規範とあてはめのバランスを変える。

④ 標準的な事例問題の記述

- ・ 請求・保護利益から、根拠条文を発見して、
- ・ 要件定立 → 事実認定 の形式を使って、
- ・ 妥当な結論を
- ・ 反対利益に配慮しつつ、
- ・ 論理破綻せずに書く。

(2) 事例問題の論点とは

- ① まず、要件定立・事実認定が問題になる。結論を出すのに必要なことだけ書くこと
- ② 論点の作られ方

<法的論点>

パターン	対応	注意事項
条文の文言が不明確	条文解釈して、内容を明確にする	<ul style="list-style-type: none">・ 文言に出来るだけ素直に・ 他の条文との比較から推測する・ 条文の目的から推測する・ 妥当な結論が導かれるように逆算する
条文をそのまま適用すると結論が妥当でなくなる	その条文の適用を回避する理屈を考える	<ul style="list-style-type: none">・ 妥当な結論が導かれるように、要件を足す(限定解釈)
適用できる条文が複数ある	いずれの条文が適用するか確定する	<ul style="list-style-type: none">・ どちらも適用できるとする(権利者の保護・便宜、要件効果が異なる別の制度)・ 条文の目的から、優先適用されないか推測する・ 妥当な結論が導かれるような
条文が無い	類推適用できる条文を検討する。 要件を自分で考える	<ul style="list-style-type: none">・ 類推適用・ 一般条項の活用

<事実認定>

パターン	対応	注意事項
事実がたくさんある	プラス・マイナス両方の事実を摘示	<ul style="list-style-type: none">・ 妥当な結論を導くように、事実認定した方が楽ではある。
必要な事実が書いていない	書いていないことは、事実認定できない	<ul style="list-style-type: none">・ 場合によっては、場合分けしてもよい

(3) 論点の拾い方

- ① 憲法 = 深く熱く語れ

憲法は、「主張の整理型」の解答形式であるように見える。

しかし、憲法理念の理解を示すことが重要。論点を広く浅く拾っても配点がされていないようなので、試験官が問いたい人権にしばって論点を拾い、大胆に自説展開すべき。

熱意を伝えるように書く。

- ② 民法、行政法 = 冷静にXとYの主張整理をして、結論を張り付ける

民法、行政法は、まずはきちんと主張の整理ができていることが必要。

それが、解答の形式・バランスに直接反映すると思う。

- ③ 会社法、刑法、刑事訴訟法 = 順番通りにチェックする

会社法、刑法、刑事訴訟法は、基本に忠実に、行為を一つずつ、要件とチェックすべき。条文上の要件のチェックは落とさない。

④ 選択科目

選択科目は、多分、基礎的なはず。そうすると、基本論点を拾って、きちんと要件あてはめが出来ていれば合格点はつく。それに、原理的な考え、行為規範性を踏まえて、要件解釈すれば、かなり点が伸びると思う。

⑤ 注意事項

論文は、加点方式と言われる。しかし、本当にそうか？

論点抽出や法的構成を外すと減点。大枠が決まっているから、むしろ減点方式というべき。これに対して、事実の拾い出しは、とにかく加点方式。もっとも、事実の評価は、非常識＝法曹失格のことを書くと大幅減点。

であれば、8割の時間は、大きな論点をきちんと拾い出し、法的構成は論証パターンでそつなく書いて、あとは事実をたくさん書く。事実評価ではあまり冒険をしない。残った2割の時間で、マイナーな論点にも触れるという方針が良いだろう。

(4) 反対説の書き方

ここで賛否両論あると思うのが、反対説をどれほど書かなくてはいけないかである。

まず、「どのような対応(犯罪)ができるか(成立するか)?」式の問いの科目である、行政法の手続き、刑法、会社法の手続きにおいては、反対説はたたいて自説を補強するためのものでしかない。だから、ほとんど書く必要がない。

これに対して、憲法、民訴、刑訴では、各立場での主張の整理が求められる。よって、根本的な対立する思想・価値観の理解を示すために反対説を理解して十分書くことが必要である。

この点、民法では、要件事実的理解や原告被告の対立構造を理解し主張整理ができることの片鱗を示す必要性から、反対説の理解とある程度の記載が必要である。

行政法、刑法、会社法では、下手に反対説を書くとバランスを崩して印象が悪くなるから、反対説は勉強すらしめないほうが良い(と思う)。そして、その時間を自説の充実なり、必要な科目において反対説の理解などに振り向けるべきである。

(5) 勉強方法

① 何ができないかを考えて

基本パターンを考えて、自分の足りない部分＝訓練すべきところを重点的にやること。

私の場合は、法的構成が弱かったので、ひたすら要件提立をやった。

	試験で書く内容		不足しているスキル		
	分量	配点	目標	既得	訓練
文書構成	-	20	20	10	10%
問題解析	5行	10	20	0	20%
法的構成	5行	30	40	0	40%
事実評価	10行	40	40	10	30%

合計	20行	100	120	20	100%
----	-----	-----	-----	----	------

時間割について、私は、基礎知識がないので、1教科に半日かけてとことんやって、次にすすむというふうにした。

② 大切な事前練習 — 今からでも遅くない。

基本的な解答は、パターン化できる。事前準備を必ずすること。パターン化すれば、論点落としも無くなる。

この点、各自が論証を作成していると思うが、下記に注意。

- ・ 複数の参考書等からの切り貼り → 論理がばらばらになる × したがって、自分の文体に統一して修正すること=重要!!!
- ・ 自分で、ワープロで論証作成したかったが、挫折。必須7科目は、論文基本問題 120 選、スタンダード100の解答を加工した。その方法は、問題を読む → 解答を読む → ラインマーカーで色分け(IRAC)、論証部分を四角で囲む。

なお、論文問題集については、実際に回答を作成したことはほとんどなかった。

色分けは、I=問題提起=緑、R=規範=オレンジ、A=あてはめ=黄、C=結論とした。なお、接続詞は、構造を把握するのに重要。接続詞は、ピンクでマーカーした。

Xは、〇〇した。そうすると、〇〇が成立しそうである。しかし、…。そこで、〇〇は、…だ
るか。〇〇の意義が問題となる。

この点、……。しかし、……

思うに、……。よって、……

本問では、……。したがって、……

- ・ 選択科目は、問題集もないので自分で作出すべき。とりあえず、判例百選と基本書から拾った。

(6) 時間配分

- ・ 問題文を読む = 15分 ~ 20分
- ・ 答案構成 = 10分 ~ 15分 … 気がせくので、全く答案構成しないでしたことも
- ・ 書く = 90分 … 1枚 = 15分 → 6ページ書く(これ以上は書かない、書けない)
- ・ 書くのが遅い人は、論点ブロックを記憶する+手短かに書く+必要最低限の記述(自説)とする

(7) 科目別の特徴

① 論文の形式は、事例問題か、説明問題だが、かなり偏りある。

憲法	事例問題に見えるが、人権についての説明問題？
行政法	事例問題＋手続きについて説明問題
民法	事例問題
民訴	弁論主義の説明問題
商法	事例問題＋手続きについて説明問題
刑法	事例問題
刑訴	事例問題に見えるが、真実発見と人権保護の説明問題
租税法	事例問題

② 基本書と力配分

	基本書	評価	定義	論点	書く
憲法	芦へ	△	10	70	20
民法	詳説民法 井上英治(辰巳)	○	10	40	50
刑法	なし(今なら) 刑法総論の思考方法(大塚裕史)		30	20	50
商法・会社法	図解雑学会社法		30	50	20
民訴	論点別ステップアップシリーズ(伊藤塾)	◎	50	30	20
刑訴	田宮	○	20	50	30
行政	芝池	◎	50	20	30

③ 論文の読み手のイメージ化

	特徴	フォーマット	読み手	法律論	条文操作	事実
憲法	将来、憲法論争を裁判で展開する可能性は少ない → 裁判上のフォーマットより、憲法の基本理念を理解しているかが問われる。したがって、論点を網羅するより、人権を中心に、憲法上の基本コンセプトの理解と対立利益への配慮を深く展開すべき。 フォーマットによる整理は、書き易いとしても、点数が伸びない。	XY型	議論好きの理想主義的学者	60 より深い解釈論	0	40
行政	内容は、結局は、権限逸脱・濫用の有無。したがって、根拠条文の	XY型	実務家・裁判官	20 定義	30	50

	解釈から、権限範囲を明確化し、事実を踏まえて、判断する。 手続き論が重要。条文解釈(要件効果)を適切に説明すること。			が言えればOK		
民法	まず、主張の整理を心がける。 要件事実的にXYの主張を整理。特に、法律上の主張と、事実上の主張を明確に分けて考える。 それが出来て初めて、論点を論じることが出来る。	XY型	実務家・ 裁判官	40 対立 利益 への 配慮	0	60
刑法	要件解釈 → 事実のあてはめ。 とにかく、その行為が、罪となるか言い切ること。罪数処理ももれなくすること。 条文から要件を拾って、解釈が必要であれば論点として展開。 事実の評価が問題となれば、プラスマイナスの事実を両方拾って、評価する。	IRAC 型	実務家・ 検察官 (論点から入ると×)	30	0	70
商 法 ・ 社 法	責任追及・権利保全のための条文発見 → 具体的対策の説明。 条文数も多いし、受験生のレベルが低いから、羅列的にならべるだけでもよい。	IRAC 型	実務家・ 弁護士	20	40	40
民訴	事例問題の形をとった一行問題。 原理原則をずっと聞いている。 弁論主義の理解がすべて。	IRAC 型	理論を比較したい 学者	70 弁論 主義 の趣 旨	10	20
刑訴	捜査・証拠・(公判)の小問 行為の違法性 → 裁判上の効果を具体的に説明できること。	IRAC 型	実務家・ 裁判官	10 人権 保護と 真実 発見	20	70