

3. 答案全体の形

(1) メインの要素とサブの要素を明確にする

<ケース1>

〔設問1〕

B市長が本件申請に対して本件許可処分を行い、D及びEが本件許可処分の取消しを求めて取消訴訟を提起した場合について、以下の点を検討しなさい。

(1) D及びEは、上記取消訴訟の原告適格があるとして、それぞれどのような主張を行うと考えられるか。また、これらの主張は認められるか。B市が行う反論を踏まえて、検討しなさい。

・・・

弁護士F：D及びEに取消訴訟を提起する原告適格が認められるかどうか争点となります。取消訴訟の他の訴訟要件については特に欠けるところはないと思います。D及びEは、本件許可処分が行われた場合、それぞれどのような不利益を受けると考えて取消訴訟を提起しようとしているのでしょうか。

・・・

総務部長：D及びEに原告適格が認められるかどうかについては、いろいろな考え方があると思います。本市としては、D及びEが、原告適格が認められるべきであるとしてどのような主張を行うことが考えられるのか、そして、それに対して裁判所がどのような判断をすると考えられるのかを検討する必要があると思います。これらの点について、F先生

に検討をお願いします。【2018年司法試験公法系第2問より抜粋】

現行司法試験では問題において具体的な指示がなされることが多くこの指示に従って答案を書く必要がある。問題文の指示を①メインの要素と②サブの要素に分けた上で①メインの要素で答案全体の流れを作りその中に②サブの要素を盛り込むことが重要である。例に挙げた設問であれば①メインの要素が「D及びEの原告適格があるとの主張」「D及びEの主張が認められるか」であり②サブの要素が「B市の反論」であるから①メインの要素に従って大きな構成を意識しその構成を崩さないように②サブの要素を盛り込むべきである。

D 及び E は本件許可処分「取り消しの訴え」(行訴法 3 条 2 項)において「法律上の利益を有する者」(行訴法 9 条 1 項)にあたり原告適格が認められるか。

1. D 及び E の原告適格があるとの主張
・・・
2. D 及び E の主張が認められるか
・・・(論述の中で B 市の反論に触れる)
3. したがって、D 及び E の主張は認められる。

大きいナンバリングである 1⇒2⇒3 でちゃんと①メインの要素を意識していることを示し各項目の中で②サブの要素に言及する形をとっている。

補足

行政法の問題は①問題文(事案)、②設問、③誘導文(職員らの会話等)、④個別法から成るため、問題文の内容を一読してつかみにくい。私は受験生時代、②⇔③⇒①⇒④の順で問題文を読んでいた(②と③は時に入れ替わる)。行政法は論点主義的な科目であるため最初から事案を読んで網羅的に論点を拾う必要性に乏しい。むしろ出題者がリクエストする内容について漏らさずに回答することが求められているといえる。個別法についても原則的には必要な箇所だけ読めば足りる。このような観点から、まず、出題者のリクエストを最優先に見抜くべく、②・③を優先させて読むと効果的である。他に論点主義的な科目として、民事訴訟法が挙げられる。事案に注意を払いつつ、出題者のリクエストに従い、答案におけるメインの要素、サブの要素をきちんと拾い上げて答案に示したい。

<ケース2>

〔設問2〕 【事例2】における甲の罪責について、以下の（1）及び（2）に言及しつつ、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

（1） 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

（2） 保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む。）にとどまるとの立場からは、不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場に対し、どのような反論が考えられるか。

【2018年司法試験刑事系第1問より抜粋】

設問を読む限り①メインの要素は「【事例2】における甲の罪責について、以下の（1）及び（2）に言及しつつ論じなさい」という部分で、②サブの要素は「（1）不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか」「（2）保護責任者遺棄等罪（同致傷罪を含む。）にとどまるとの立場からは、不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場に対し、どのような反論が考えられるか」となる。

第2. 設問2

甲が～した行為につき殺人罪（刑法199条）が成立するか。

1. 不作為の殺人罪の成否

・・・（論述の中で保護責任者遺棄等罪（同致死傷罪）にとどまるとの立場からの反論を適宜盛り込む）

2. 不作為の殺人罪が成立するとの結論

あくまでも「甲についていかなる罪責が成立するか」が問われているわけだからこの点を意識して構成を組み立てる必要がある。（1）と（2）の理論構成を列挙して「いかなる罪責が成立するか」について結論を示していない答案は問いに答えていないことになる。この点は以下の通り採点実感でも指摘されている。

設問2では、事例2における甲の罪責が問われていることから、問題文の(1)及び(2)の問い掛け、すなわち、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを的確に論じる必要があった。したがって、上記(1)及び(2)を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に論じただけにとどまり、自説としての結論の論述を欠く答案については、出題の趣旨に沿うものではないこととなる。

【2018年司法試験刑事系第1問採点実感より抜粋】