平成5年度司法試験合格者の合格体験記

目次

使用法	この合格体験記の使用方法	1頁
前書き	なぜ、高橋は、この合格体験記を作成し発表しようと思ったのか。	1頁
第1部	論文式試験の合格答案というものについて	3頁
一	合格答案のイメージを持つ必要性	3頁
1	司法試験受験生、法科大学院生の勉強の目的	3頁
2	司法試験法第3条	4頁
3	論文式試験の問題文	4頁
4	論文式試験で問われている能力	5頁
(1)	専門的な学識について	6頁
(2)	法的な分析の能力について	6頁
(3)	構成の能力について	6頁
(4)	論述の能力について	6頁
二	合格答案とは	7頁
1	合格答案とはどのような答案か	7頁
2	形式的に問題文に答えている、の意味	8頁
3	実質的に問題文に答えている、の意味	8頁
4	まとめ(合格答案とは)	9頁
三	合格答案の条件	9頁
1	合格答案の条件とは	9頁
2	個別の条件の考察	10頁
(1)	条件(1)について(問いと答えが対応している)	10頁
(2)	条件(2)について(必要な条文が指摘(摘示)されている)	10頁
(3)	条件(3)について(条文の解釈論が論理的に展開されている)	11頁
(4)	条件(4)について(条文の解釈の結論から「答え」が導き出されている)	11頁
四	論文式試験の答案とは	11頁
1	論文式試験の答案	11頁
2	合格答案の記載内容	12頁
五	答案に書く内容と書く順序(答案の「型」)について	12頁
1	回答(答え)を書く位置は最初か最後か	12頁
2	問いと条文とを結びつける記述—問題提起	13頁
3	条文の解釈を展開する記述—解釈論(一般論、自説の展開)	15頁

4 条文解釈の結論から回答「答え」を導き出す記述—当てはめ	18頁
六 法的三段論法について	20頁
1 三段論法とは	20頁
2 法的三段論法とは	21頁
3 論文式試験の答案の型（スタイル）のまとめ	22頁
七 答案の記載内容のバランスについて	22頁
1 全て（A）一番短いものを組み合わせた答案	23頁
2 全て（C）一番長いものを組み合わせた答案	23頁
3 どこから削除（省略）を検討していくべきか	24頁
八 答案全体の構成について	25頁
第2部 勉強方法について	28頁
一 第2部の内容について	28頁
二 勉強方法—合格答案を作成できるようになるため、という視点から考える（洗い直す）	28頁
1 知識を取得する	28頁
（1）読む	29頁
（a）入門書（概説書）を読む	29頁
（b）基本書（体系書）を読む	29頁
（c）注釈書（コンメンタール）を読む	30頁
（2）聞く	31頁
（a）講義（授業）を聴く	32頁
（b）教員や友人に質問を訊く	33頁
（3）伝える	34頁
（a）書く	34頁
（b）議論する、説明する	35頁
（4）解く	35頁
2 分析力（事例と条文を結びつける力）を取得する	37頁
（1）読む	38頁
（a）判例集を読む	38頁
（b）問題文（過去問、問題集、演習本）を読む	38頁
（2）書く（答案構成を作成する）	39頁
（3）作る	40頁
3 答案を作成する（書く）力を取得する	41頁
（1）読む	42頁
（a）自分以外の人間が作成した答案を読む	42頁
（イ）再現答案（合格答案）や参考答案を読む	42頁
（ロ）友人の答案を読む。答案ゼミを实践する	42頁

(b) 自分が作成した答案を読む	43頁
(2) 書く	43頁
(a) 自分以外の人間が作成した答案（できれば再現答案、参考答案）を丸写ししてみる	43頁
(b) 時間と調査に制限を設けず、自分が合格答案だとイメージしているものを作成してみる	44頁
(c) 時間制限を設け、条文のみを傍らに置いて、要するに司法試験論文式試験と同じ環境の下で答案を作成してみる	44頁
(3) 当てはめ「だけ」を試してみる	44頁
第3部 付録	45頁
一 各法律（科目）の特色について	45頁
1 憲法とは	45頁
2 行政法とは（高橋は選択経験なし）	45頁
3 民法とは	45頁
4 会社法とは	46頁
5 民事訴訟法とは	46頁
6 刑法とは	46頁
7 刑事訴訟法とは（高橋は選択経験なし）	46頁
8 法律選択科目	46頁
二 別紙	
1 論証作成例	48頁
2 答案チェックシート	49頁
3 反面教師答案例	50頁
4 参考文献	51頁
5 答案例（平成27年度民事系 問題1 第1問 設問1）	52頁

使用法 この合格体験記の使用方法（必ず読んで下さい）

※ 最初に目次を読んで、どこに何が書いてあるのかを把握して下さい。

※ 最初の前書きには、この合格体験記を作成した理由を記載しました。
興味のある人は読んでみて下さい。

※ 第1部は、是非通読してみてください。

なお、第1部では、「答案の型」を説明するために平成27年度の司法試験の過去問を題材にしていますが、その論述は、説明の便宜上詳細なものになっています。

実際の司法試験では制限時間がある上、他の問題の解答も作成しなければなりませんので、もっと簡略な記載内容になると思います。この点については、別紙5の答案例を参照して下さい。

※ 第2部も通読してもらいたいのですが、個別に興味や関心のある項目を拾い読みするだけでも構いません。

前書き なぜ、高橋は、この合格体験記を作成し発表しようと思ったのか。

明治大学や明治大学法科大学院で、あるいは卒業後、司法試験合格に向けて勉強されている学生、そして受験生の皆さん、初めまして（この文章を読んで下さっている方の中には、「初めまして」ではない方もいらっしゃるかもしれませんが）。

私は、平成元年に明治大学法学部法律学科を卒業し、平成5年に司法試験に合格した（いわゆる「卒5」というやつです）、高橋敬一郎という者です。

私のような、もう二十年以上も前の司法試験に合格した人間（ロートルだ、ロートル）が、結構長文の合格体験記を作成して皆さんにお伝えすることにした理由は、本文でも書いているところですが、できるだけ多くの皆さんにできる限り早く、司法試験の論文式試験に合格してもらいたいからです。

私の受験生時代は、短答式（択一式）の問題が「国語問題」と言われていて、それほど法律（解釈）の知識が必要ではありませんでした。そのため、幸いにして、現役学生（四年生）で短答式（択一式）試験に合格して、論文式試験を受験することができました。

それから、論文式試験に合格するまでに6年間弱かかりました。その間の論文式試験の総合成績は、F → C → D → A → A → 合格、というものでした。

最初の「F」は、まあ仕様がありません（いや他大学出身の受験生の中には現役合格者がいる（いた）ことを考えると、仕様がなくはないのですが）。現役学生のとときに短答式試験に合格したことで私は舞い上がっていましたし、三法（憲法、民法、刑法）以外の科目は碌々勉強もしてませんでしたから。

ただ、現役で短答式（択一式）試験に合格したツキを活かすべく、その年から論文式試験に向けた勉強を必死にやり始めました。

その甲斐あってか、翌年（卒1）の論文式試験の成績は「C」。このまま順当に勉強していけば、次は「合格」か少なくとも良い成績を収めることができるだろうと思って勉強しました。

ところが、翌年（卒2）の論文式試験の成績は「D」でした。

信じてもらえないかもしれませんが、勉強量は落ちていませんでした。それどころか、自分の合格は近いと考えていたので、その気になった私の勉強量は増えていたと思います。にもかかわらず、総合成績は「C」から「D」に下がりました。

ここで初めて私は、それまではひたすらに基本書を読んで理解に努めるという自分の勉強方法を振り返ってみたのです。そうして「法律（解釈）の知識を詰め込むだけでは合格しないのではないか」ということに、やっと気づきました。それからは勉強の際の意識を変え、勉強方法を変えてみました（変更後の具体的な内容を記述したのが、本合格体験記の第1部と第2部です）。

勉強意識と勉強方法を変更してからは、A（商法で大ポカ（G）したために不合格）、A（民事訴訟法で大ポカ（F）したために不合格）、合格、とそれでも少し遠回りをしましたが、なんとか合格までたどり着くことができました。

したがって、お世辞にも優秀とはいえませんでした。司法試験受験生の中でも「論文式試験に合格するために必要なものは何か」「どのような勉強をしたら論文式試験に合格することができるのか」については、かなり考え抜いた方だという自負があります。

その時、考えに考え抜いて出した結論を皆さんにお伝えすることによって、私がやってしまった「遠回り」を避けて、できるだけ沢山の人のできるだけ早く合格してもらいたい、というのがこの合格体験記（勉強方法）についての執筆理由です。

第1部 論文式試験の合格答案というものについて

一 合格答案のイメージを持つ必要性

1 司法試験受験生、法科大学院生の勉強の目的

この合格体験記を読まれている皆さんは、学部生でありながら司法試験受験を意識されて準備や勉強をしている方か、法科大学院の学生、卒業生として司法試験の合格を目指している方、すなわち、広い意味での司法試験受験生だと思います。司法試験受験生の目的は、何よりも司法試験に合格することにあることは異論のないところでしょう。

司法試験には短答式試験と論文式試験とがありますが、この合格体験記では論文式試験に絞って話をしていきます。

論文式試験に合格するために、まず皆さんがすべきことは、合格答案のイメージを持つことです。「このような答案を書けば論文式試験に合格する」「論文式試験に合格する答案とは、このような条件を満たしている答案だ」という具体的なイメージを持つことです。

なぜ、合格答案のイメージを持つ必要があるのでしょうか。それは何よりも効率的に勉強をすることができるようにするため、無駄な勉強に時間を割かなくて済むようにするため、すなわち、合格するまでの時間を短縮することができるようにするためです。

これはあらゆる分野で同じことが言えると思います。「みんなが美味しいと言ってくれるケーキを作れるようになって、〇〇洋菓子コンクールで優勝したい」、「みんなが感動する絵画が描けるようになって、〇〇展の最優秀作品賞を取りたい」と漠然と思いながら練習（学習）している人と、「果物をふんだんに盛りつけたタルトを作れるようになって、〇〇洋菓子コンクールで優勝したい」、「ゴッホのような力強い色彩の静物画を描けるようになって、〇〇展の最優秀作品賞を取りたい」と具体的な目標を設定し、そのための試行錯誤を繰り返しながら練習（学習）している人と、どちらが目標に近いと思いますか？

加えて司法試験は資格試験であり、特殊な能力（美的感覚やセンス）が問われている試験ではありません。一定の技術を身につけることによって、誰でも合格答案を作成することができるようになれると私は考えています。

2 司法試験法第3条

合格答案のイメージを持つためには、司法試験の論文式試験が受験者に求めている能力とは何なのかを把握する必要があります。

実はその答えは、司法試験法に定められています。早速「条文（を見つける力）」と「条文を解釈する力」が試されていますね。

司法試験法第3条2項と同条4項とは、以下のように定めています（抜粋）。

第3条2項 論文式による筆記試験は、裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な専門的な学識並びに法的な分析、構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的とし、次に掲げる科目について行う（以下略）。

第3条4項 司法試験においては、その受験者が裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を備えているかどうかを適確に評価するため、知識を有するかどうかの判定に偏することなく、法律に関する理論的かつ実践的な理解力、思考力、判断力等の判定に意を用いなければならない。

2項と4項、どちらにも共通していることは、「司法試験（の論文式試験）は、知識の有無だけを問うている試験ではないですよ」ということです。

この第3条2項にいう「必要な専門的な学識並びに法的な分析、構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的とし」で毎年作成されているのが、司法試験の論文式試験の問題なのです。

3 論文式試験の問題文

それでは、ここで3つの問題文を比較してみましょう。

- (1) 動産の即時取得と、動産の付合に伴う償金請求について論ぜよ。
- (2) 甲は乙に対し、自己の所有するA土地から切り出した20本の丸太を、売買代金200万円で売却した。この売買契約には、代金支払い時に所有権が乙に移転する旨の特約が付いていた。

乙は丸太の引渡しを受けたことを奇貨として全て製材し、甲に対して代金未払いのまま、丙に金250万円で売却し、引き渡した。丙は、乙と親しく、甲乙間で締結される丸太の売買ではいつも所有権留保特約が盛り込まれていることを知っていたが、乙に代金支払の有無を確認しなかった。

丙は、内10本を自分の倉庫に保管し、残り10本を丁の自宅のリフォーム工事に使用し、同工事を完成して丁に引き渡した。

甲、乙、丙、丁の法律関係について論ぜよ。

- (3) 平成27年度司法試験 論文式試験 民事系科目 第1問 設問1 (問題文が長文なので、引用は省略します。各自法務省のHPなどで問題文を確認して下さい)

いずれの問題文でも、知識については、同じ知識の有無が問われています。けれども、作成する答案の形式はかなり異なってくるのが分かるでしょうか? 特に(1)の問題に対する答案と、(2)の問題と(3)の問題に対する答案とが異なってくることは明らかではないでしょうか?

※ できれば3つの問題に対する答案を書き分けてみて下さい(具体的にイメージしてみてください)。

4 論文式試験で問われている能力

それでは、なぜ、司法試験法第3条2項は「専門的な学識」だけでなく、「法的な分析の能力」と「(法的な)構成の能力」と「(法的な)論述の能力」を有するかどうかを判定することを目的とする旨定めているのでしょうか?

それは、司法試験は、法律実務家(裁判官、検察官、弁護士)としての能力があるかどうかを判定するための試験だからです(上記条文にも「裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な」と定められていますね)。

敢えて言うならば、最先端の議論をすることができる法学者(法律学者)や、法律に関するクイズ王などになれる能力があるかどうかを判定するための試験ではありません。ここ、大切です。

では、法律実務家になるための能力とは何でしょうか? 私(高橋)は、「世の中で生起する様々な紛争について、法律の条文を解釈して適用し、解決することのできる能力(解決まではいかなくとも一定の結論を出すことができる能力)」だと思います。

裁判官、検察官、弁護士がする仕事を考えてもらえば、上記能力について頷けるのではないでしょうか。

この能力は、裁判官にも検察官にも弁護士にも、いずれの法律実務家にも最低限備わっていなければならない能力のはずです。

そうすると、司法試験法第3条2項が定めるそれぞれの「能力」がどのようなものかが見えてきます。

以下は、私(高橋)のオリジナルな「解釈」ですが、そんなに外れたもので

はないと思います。

(1) 専門的な学識について

まず「専門的な学識」とは、条文、条文の解釈、裁判例（裁判所による条文の解釈）についての知識を有することを指していると考えます。

ここで注意して欲しいことは、司法試験法は「知識など無くても良い」などとはさらさら言っていないということです。知識を取得した上で、さらに以下に挙げる応用能力を身につけていなければならないことを要求しているのです。

司法試験受験界では、「知識の有無を問われているのではない」ということがよく言われています。この助言は「知識はなくて良い」ということではなく、「知識の量が多いか少ないかが問われているのではなく、一定の知識を取得した上で、その知識を使いこなすことができるかどうか問われている」と正確に理解するべきです。

(2) 法的な分析の能力について

次に「法的な分析の能力」とは、具体的な問題（事案）について、どの法律のどの条文が適用されるか（その問題は、どの条文を解釈しなければならない問題なのか）を見抜くことができる能力であると考えます。

(3) 構成の能力について

3つ目の「(法的な)構成の能力」とは、論ずる順序を間違えずにきちんと整理して組み立てることができる能力、すなわち、「複数の条文が問題になるときは、どの条文から論じていかなければならないのか」を、「一つの条文の中の複数の要件(文言)の解釈が必要なときは、どの要件(文言)から解釈していかなければならないのか」を組み立てることができる能力であると考えます。

もちろん、「どの条文から論じても構わない」、「どの要件(文言)から解釈しても構わない」場合もあるでしょう。

(4) 論述の能力について

最後に「(法的な)論述の能力」とは、これまで挙げた条文の解釈を論理的に記述(説明)し、一定の結論(結果)を示すことができる能力であると考えます。

法律実務家には何よりも相手を説得することが求められています。

裁判官には、訴訟の当事者とその代理人を説得することが求められていま

す。場合によっては、国民を説得することが求められる場合もあるでしょう。検察官には、裁判官と被告人（弁護士）を説得することが求められています。弁護士には、依頼者や相談者と、裁判官と、刑事事件の場合には検察官を、民事事件の場合には相手方とその代理人を説得することが求められています。

いずれの場合も、自分の考えを論理的に展開できなければ、相手方を説得することはできないでしょう。

二 合格答案とは

1 合格答案とはどのような答案か

世の中には、司法試験だけではなく、様々な分野について、実に色々な試験があり、それらの試験ごとに問題が出題されています。どの試験でも合格する答案（合格答案）に共通することは、まず何よりも、出題された問題の問題文にきちんと答えているものです。

皆さんが、友人に対して、「UFOは実在すると思う（考える）か。根拠を挙げて自説を述べよ」と（会話であれば「UFOって、本当に存在していると思う？」、「そう思う理由は？」などもっと砕けた表現になるでしょう）と問いかけた場合、相手にどのような回答を求めますか（どのような答案が合格答案だと思えますか）？

どのような試験でも、合格答案とは、出題者（司法試験の場合は、司法試験委員会）が出題した問題文に対して「形式的にも実質的にもきちんと答えている答案」だと私（高橋）は思います。

2 形式的に問題文に答えている、の意味

それでは、ここにいう「形式的に問題文に答えている」とは、どのような答案のことをいうのでしょうか？

それは、問題文の「問い」に対応した「答え（回答）」がきちんと記述されている答案のことをいうのだと考えます。

平成27年度司法試験 論文式試験 民事系科目 第1問 設問1の(1)と(2)の問題文を以下に引用するので、検討してみてください（設問の事案がなくとも問題文だけで検討はできるはずです）。

- (1) Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができるか。Aの主張の根拠を説明し、そのAの主張が認められるかどうかを検討した上で、これに対して考えられるCの反論を挙げ、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

- (2) Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を請求することができるか。Aの請求の根拠及び内容を説明し、それに関するAの主張が認められるかどうかを検討した上で、これに対して考えられるDの反論を挙げ、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。

まず、(1)の場合、「形式的に問題文に答えている答案」とは、「AはCに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができる」、あるいは「AはCに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができない」ときちんと結論を示している答案です。

さらに、その結論を示す過程で、「Aの主張の根拠を説明し」て、「そのAの主張が認められるかどうかを検討し」、さらに「これ(Aの主張)に対して考えられるCの反論を挙げ」た上で、「その反論が認められるかどうかを検討し」ている答案が、「形式的に問題文にきちんと答えている答案」だと思います。

- ※ 上記(1)と同じように、設問1の(2)の問題文について検討してみてください。さらには、平成27年度司法試験論文式試験の全科目(自分の法律選択科目を含む)の問題の問題文を検討してみてください。

当たり前と言えば当たり前のことですが、意外に、この当たり前のことが疎かにされていたりするのです。特に問題文を読んだときに「この問題について、とにかく自分の知っている知識を答案に書かない」と思っている人ほど疎かにしがちです。「答え(回答)」がきちんと示されていない答案の作成者は、「問いに対する答えがきちんとできない人」と評価されることになります。

- ※ UFOの例で言えば、「UFOは実在すると思う」、あるいは「UFOは実在しないと思う」という結論が根拠とともに示されている返事が良い返事(答案)、ということになります。

結論がきちんと示されていたとしても、UFOの場合、その根拠にはかなり幅がありそうですが。

3 実質的に問題文に答えている、の意味

では、「実質的に問題文に答えている」とは、どういうことでしょうか。

上記2で「…請求することができる」あるいは「…請求することができない」という結論が示されていなければならない、と申し上げましたが、その結論だ

けしか記載されていない答案が合格答案にならないことは明らかですよね。

試験問題には、必ずその問題を出題した人の「出題意図」が（隠されているかどうかは別にして）存在します。

私（高橋）は、「実質的に問題文に答えている答案」とは、「その問題を作成した者（出題者）の問題を作成した意図（出題意図）が何であるかを見抜いて、その出題意図にきちんと答えている答案」を指すと考えます。

上記一の4で述べたとおり、司法試験は法律実務家になる能力があるかどうかを判定するための試験です。

司法試験論文式試験の「出題意図」とは、「答案作成者が法律実務家になる能力があるかどうか」を判定することにあります。したがって、司法試験論文式試験の場合、出題意図にきちんと答えている答案とは、「問題文の『問い』に答える過程で、どの法律のどの条文（のどの文言）の解釈が必要とされるのかを的確に指摘（摘示）し、その条文（文言）の解釈（論）を論理的に展開し、展開された解釈（論）によって導かれる『答え（回答）』をきちんと示すことができる答案」だと思います。

なぜなら、上記一の4でも申し上げたとおり、法律実務家に求められる能力とは、「具体的な紛争（問題）に、条文を解釈適用し、一定の結果を出す（解決する）ことができる能力」なのですから。

4 まとめ（合格答案とは）

上記二の1から3で論じたことをまとめると、「合格答案」とは、「問題文の問いかけに対する回答（結論）がきちんと示されていて、その解答（結論）を示す過程で、出題者が意図している（検討して欲しい、検討する必要があると考えている）条文の解釈を展開できている答案」ということになります。

※ 前述したUFOの場合、「出題意図（問いかけた意図）」は、「昨日のテレビのUFO特番見た？」「どう思った？」かもしれませんね。

三 合格答案の条件

1 合格答案の条件とは

それでは、どのような条件を満たしていれば、「問題文の問いに対する形式面でも実質面でも答え（解答）がきちんと示されていて、その答え（解答）を示す、過程で出題者が意図している条文の解釈が展開できている答案」となるのでしょうか？

司法試験論文式試験の場合、実はこの合格答案の定義の中に答え（合格答案

の条件)の大半が表れています。すなわち、

- (1) 問題文の「問い」に対する「答え」がきちんと示されている答案。
- (2) 問いに対する「答え」を示す上で、解釈を必要とする条文がきちんと示されている答案。
- (3) 解釈が必要であると指摘(摘示)した条文の解釈を、論理的に展開することができている答案。
- (4) 自分が展開した条文解釈の結論によって「答え」がどうなるのかをきちんと導き出している答案。

が、合格答案の条件であると私は考えます。

2 個別の条件の考察

それでは、上記(1)から(4)までの条件について、もう少し掘り下げてみましょう。

(1) 条件(1)について(問いと答えが対応している)

この条件については、上記二の2で考察したので、ここでは繰り返しません。問題文に記載された「問い」に対応した「答え(解答)」が記載されていないということなのです。

(2) 条件(2)について(必要な条文が指摘(摘示)されている)

条件(2)とは、要するに条文の指摘(摘示)が的確にできているかどうかということなのです。

司法試験論文式試験では、この条件(2)だけでなく、次の(3)も大切な条件なのですが、司法試験に合格して法律実務家になった後は、この条件(2)をクリアできるかどうかが一番大きく問われることになると思います(高橋)。

なぜなら、解釈論や裁判例は、時間のあるときに幾らでも調査することができるからです。

しかし、依頼者から具体的な事実について相談を受けたとき、それが何という法律の何条の問題なのかが分からなければ、調査をすることすらできません。

※ もっとも、依頼者から相談された事案が「即時取得(民法第192条)」の問題であることをすぐに見抜けるかどうかの問題と、「幾らでも調査できる」からといって、即時取得のような基本的な制度について、何も調べなくとも一とおりのことを依頼者(相談者)に説明できるかどうかの問題とは別の問題で

すし、法律実務家としては後者もとても大切だと私（高橋）は思います。

（３）条件（３）について（条文の解釈論が論理的に展開されている）

司法試験受験生の皆さんが、現在、一番力を入れて勉強しているのが、この条件で問われている能力（実力）なのではないかと思います。

様々な法律の様々な条文の様々な解釈（判例（裁判所の条文解釈）、学説（法学者、法律実務家の条文解釈））についての知識を備えているかどうか。それが法学（法律学、法解釈学）の中心に位置していることに間違いはありません。

ただし、司法試験では、解釈についての知識が備わっているかどうかだけではなく、その先まで、すなわち、その知識をきちんと理解して応用することができているかまでが問われているのです。

（４）条件（４）について（条文の解釈から「答え」が導き出されている）

この条件を満たしているかどうかによって、いわゆる「法的三段論法」ができているかどうかを判明することになります。

法的三段論法については、下記六で詳しく述べますが、条文の指摘（摘示）が「具体→抽象」とする作業ならば、この条件（４）を満たしているということは、「抽象→具体」とする作業ができているということです。

法律実務家は、条文の指摘（摘示）だけでなく、この作業ができなければなりません。

以上ここまで「司法試験（論文式試験）で問われているものは何か」「どのような答案が合格答案になるのか」「合格答案が備えていなければならない条件とは何なのか」について検討してきました。

ここからは、やはり「平成２７年度司法試験 論文式試験民事系科目 第１問 設問１」（長いので次回からは「平成２７年度論文民事系１－１」と略します）を引き続き題材にして、合格答案の具体的な記載内容について検討していきます。

四 論文式試験の答案とは

１ 論文式試験の答案

ここまで検討してきたことから、合格答案の条件とは、「問題文の問いに対応した答えが明示されていて、その答えを出すために解釈の必要な条文が指摘されていて、その条文の解釈が論理的に展開されていて、その展開された条文解釈の結論から答えが導き出されている」ことであることは理解してもらえたかと思います。

論文式試験で作成する答案は「論文」です。皆さんが答案用紙に記述した文章の内容（論文の内容）だけで合格か不合格かが判定されることになります。

2 合格答案の記載内容

そうだとすると、論文式試験の合格答案は、上記の合格答案の条件が全て、文章として記述されている答案、ということになります。

問いに対する回答（答え）が、記載（文章できちんと記述）されている。

解釈する必要がある条文が、記載（文章できちんと記述）されている。

当該条文の論理的な解釈が、記載（文章できちんと記述）されている。

条文解釈の結論から「回答」が導き出される過程が、記載（文章できちんと記述）されている。

同義反復になるかもしれませんが、私（高橋）は、これらの記載内容（文章で記述された内容）を兼ね備えている答案が、合格答案になると思います。

五 答案に書く内容と書く順序（答案の「型」）について

1 回答（答え）を書く位置は最初か最後か

上記二の2で示した答案の記述内容の内、「問いに対する回答（答え）」を冒頭（最初）に書くというのは一つの方法（考え方）です。「平成27年度論文民事系1-1」の（1）の場合だと、答案の冒頭で「Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができる」あるいは、「（ここまで同文）できない」と記述することになります。

結論が最初に記述されていると、出題者（あるいは採点者、教員の先生方、学生仲間。以下「答案の読み手」といいます）は、「この答案作成者は、少なくとも問いに対する回答（答え）を示すことができる力（ちから）はある」と好印象を与えることができるかもしれません。

しかし、他方、その回答（答え）が間違っていた場合、「答えが間違っている以上、これから先を読む必要なし」という悪印象を与える可能性も否定できません。

もちろん、「法解釈には色々な立場があり、正解というものはない」という立場（建前）からすれば、「回答（答え）が間違っている」というようなことはないのかもしれませんが。

法律の解釈には正解というものは存在しない、という建前はそのとおりであるとしても、法律の解釈には通説・判例あるいは多数説というものが存在しています。これらは、多くの法律実務家（裁判官、検察官、弁護士）や法学者が、「この条文のこの文言の解釈はこれが適切なのではないか」、「多くの場合はこの解釈によって妥当な結論を導き出せるのではないか」と考えているもので

す。

通説・判例、あるいは多数説では導き出されない結論が冒頭に記述されている答案の場合、答案の読み手はどのような印象を抱くでしょうか。「なるほど、通説・判例の立場とは逆の（異なった）結論のようですね。であるならば通説・判例を覆すだけの説得力をもった答案になっているのかな」と考えるのではないのでしょうか。いずれにしても答案の読み手を説得するハードルはかなり高くなると思います。

以上申し上げた理由から、私（高橋）は、受験生時代、戦略として問題文の「問い」に対する「回答（答え）」は、最後に持ってくる方が良いのではないかと考えていました。結論が間違っている（あるいは少数の見解による結論であったとしても）、そこに至る過程で、法的分析力、論述力などについて先入観を持たずに（ハードルを高くすることなく）答案の読み手に読んでもらえる可能性があるからです。

2 問いと条文とを結びつける記述－問題提起

答案の冒頭に「答え」を記述するべきではないという考え方に立ったとして（念のため付け加えておきますが、私は「答え」を冒頭に記述する答案を否定している訳ではありませんよ。そこは間違えないで下さい）、では、冒頭に記述すべき内容は何になるのでしょうか。

それは「問題文で与えられた「問い」に対して回答する（答える）ためには、この法律のこの条文のこの文言を解釈する必要がある」ことを示すことだと思います。なぜ、「答え」を出すためにこの条文の解釈をする必要があるのか、必然性を記述することによって「法的分析力」があることを、答案の読み手に示すことができるのです。

以下に具体例（具体的な文章）を3つ挙げてみます。題材は「平成27年度論文民事系1-1」の（1）です。

- (A) 本問では、まず、民法第176条の解釈が問題となる。
- (B) 本問では、まず、Aは、材木①の所有権はまだBに移転していないことを主張することが考えられる。このAの主張は認められるか。物権（所有権）の移転について定めた民法第176条の解釈が問題となる。
- (C) 本問では、Aが材木①の所有権が自らに帰属するとしてCに返還を求めるためには、Bに材木①の所有権が移転していないと主張する必要がある。この点、AB間の売買契約においては、材木①の所有権は代金が支払われるま

で移転しない旨の特約が定められていた。Bは未だ材木の代金を支払っていない。Aは、この特約を根拠として、材木①の所有権がBに対して移転していなかったことを主張することができるか。民法第176条の「物権の（中略）移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生じる」の解釈が問題となる。

この3つの具体例は、いずれも民法第176条の解釈が必要であることを指摘している点では異なりません。

まず、(A)の例は、ただ単に民法第176条という条文を指摘しているだけの文章です。

次に、(B)の例は、民法第176条を解釈しなければならない理由を説明しようとしています。

最後に、(C)の例は、民法第176条を解釈しなければならない理由を問題文と結びつけて具体的に説明しようとしています。すなわち、問題文に記載されている「問い」から出発し、その「問い」とに答えるためには、この条文を解釈しなければならない必然性を示すことを意識しています。

どれも私（高橋）が考えた文章ですから上手い文章とはお世辞にも言えませんが、その点をご容赦下さい。文章の稚拙さはさておき、私がここで皆さんに考えて欲しいことは、条文を指摘する理由を丁寧に書く方が、法的分析力があることを読み手（出題者、答案採点者）に伝えることができると思いませんか、ということです。

この作業を「問題提起」と呼びます。

現行の司法試験論文式試験の問題文はかなりの長文です。その長文の問題文を読み込み、構成をおこない、答案を書かなければならないとなると、時間は幾らあっても足りません。答案を作成しているときの状況如何では、(A)のような最小限度の問題提起になってもやむを得ない場合があると、私（高橋）も思います。

ただ、日頃の勉強（答案作成の練習）で(B)あるいは(C)のような問題提起を書くように訓練（意識）していれば、多少なりとも時間的余裕があるときには、問題文の「問い」、あるいは問題文で挙げられている具体的事実と条文を結びつけることができるはずで

す。条文解釈の必要性が文章で示されていればいるほど、答案の読み手に「この答案を作成した受験生には法的分析力がある（具体的な事実が与えられれば、検討しなければならない条文を見つけ出す能力がある）」という印象を与えることができると思いませんか？

この問題提起の果たす役割は、答案の読み手を、具体的事実（具体的な問題）から必要な法的解釈（抽象的な解釈論）へ導くことです（具体→抽象）。

3 条文の解釈を展開する記述—解釈論（一般論、自説の展開）

答案の冒頭部分で、論文式試験の問題文で問われている「問い」に回答する（答える）ためには特定の条文を解釈する必要があることを示しました。その次に記述（記載）しなければならないことは、もちろん、当該条文の解釈論を展開することです。

司法試験受験生の皆さんが、普段の授業で教員の先生方から教わり、また、自宅や図書館や自習室で勉強している時間の大半は、この解釈論の習得に当てられていると思います。ですから、ここができていなければお話にならない部分でもあります。

司法試験法の条文とそこから導き出した合格答案の条件を思い出して下さい。この解釈論の箇所では求められている力（能力）は、「論理的に展開する」ことができているかどうかでした。

では、「文章が論理的に展開されている」とはどういうことでしょうか？この「『論理』とは何か」という問題については、哲学の1つの専門分野として「論理学」という学問がある位です。この問題について解説することは、そもそも私（高橋）の能力を超えていますし、論理学の本を紐解いている余裕もありません（比較的分かり易い入門書としては、野矢茂樹先生の「入門！ 論理学」（中公新書）が挙げられるとは思いますが）。

あからさまに言えば、司法試験論文式試験で求められている「論理性」とは、「この答案（文章）の作成者に法律実務家の資格を与えても大丈夫だろう（実務家としてやっていけるだろう）」と答案の読み手に思ってもらえる程度のもので足りるということです。

この点、私（高橋）は、司法試験論文式試験で求められている「論理性」とは、「答案に記載された文章を、一文、一文順を追って読んでいっても違和感を感じることがない（論理の飛躍や論理の矛盾などが見当たらない）文章を書く（記述する）ことができること」だと考えていました（います）。

前項（問題提起）と同様、ここでも3つの文例を挙げてみます。私（高橋）が書いた論証なので、出来が悪い点をご容赦下さい。

(A) この点、私は、本条にいう物権変動の意思表示は債権的意思表示に包摂される、あるいは債権的意思表示と併存すると解する。

もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。

(B) この点、本条にいう物権変動の意思表示は、物権変動のみを目的としたものに限る趣旨ではなく、債権的意思表示に包摂される、あるいは債権的意思表示と併存するものと解するべきである。

なぜなら、同条の文言は、物権の変動は「当事者の意思表示による」旨を定めているのみで、債権的意思表示とは別に物権変動を目的とした意思表示をしなければならないとまでは定めていない。また、現行の実務慣行は債権的意思表示に物権の意思表示が包摂されていることを前提としてなされており、物権変動の意思表示が債権的意思表示と独立して必要になると要らぬ混乱を招いてしまうからである。

もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。

(C) この点、わが民法が物権行為の独自性を肯定するドイツ法に由来すること、また、本条が物権法の総則規定として定められていることなどを強調し、同条は、債権的意思表示とは別個独立して、物権行為を目的とした意思表示が必要である旨を定めたものと解するべきとする見解がある。

しかし、同条の文言は、物権の変動は「当事者の意思表示による」旨を定めているのみで、債権的意思表示とは別に物権変動を目的とした意思表示をしなければならないとまでは定めていない。また、現行の実務慣行は債権的意思表示に物権の意思表示が包摂されていることを前提としてなされており、物権変動の意思表示が債権的意思表示と独立して必要になると要らぬ混乱を招いてしまう可能性がある。

したがって、私は、本条にいう物権変動の意思表示は、債権的意思表示に包摂される、あるいは債権的意思表示と併存するものと解する。

もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。

3つの例とも、書く文章の量（文章の長さ）はもう少し短くしたかったのですが、なかなか刈り込むことができませんでした。

それはともかく、(A)と(B)と(C)のそれぞれに私がつけようとした違いが分かるでしょうか？

まず、(A)の例は、ただ単に解釈論の結論を示しただけのものです。

次に、(B)の例は、自分の示した結論と、その結論に至った理由を述べているものです。

最後に、(C)の例は、自分の解釈論(自説の理由付けと結論)を展開する上で、反対の説(立場)に言及しているものです。

条文の解釈について論理的に展開できる能力があることを示すには、結論に対する理由付けが丁寧であればあるほど良いということについては、誰も異論がないと思います。

また、自説を述べる際、自説とは異なる見解を採用することができない理由を付加すれば、より説得力をもたせることができることも明らかでしょう。

ただし、ここで注意しておきたいことは、「自説の論述は丁寧であればあるほど良い」ということと、「自説の論述は長ければ長いほど良い」ということは別だということです。自説の論証が幾ら長くても、内容が矛盾していたり飛躍しているような場合、むしろ「(この答案の作成者は)論理的に展開できる能力に欠ける」という印象を、答案の読み手に与えることになりかねません。

解釈論(自説の展開)において、「論理が飛躍している」こと、「論理が矛盾している」ことがどういうことなのか、「飛躍」や「矛盾」のない論述ができるようになるためにはどうしたら良いか、については、勉強方法に関する第2部で詳しく述べたいと思います。

ここでは1点だけ確認しておきます。問題提起をしておきながら、結論しか示していない場合、それは「論理の飛躍」の典型的な例の1つであるということとは分かってもらえるのではないのでしょうか。

理由付けなく結論のみ示しているとは、答案の読み手に「えっ、どうしてその結論になったの? 結論に至る理由(思考過程)が示されてないよ」と思わせてしまうことになります。

他方、問題提起の項でも述べたことですが、司法試験論文式試験の問題文は長文なので、制限時間の中で一通りの答案を作成するためには、答案の論述をどこか削る必要があります。

とはいっても、できることならば論理が飛躍してしまうことは避けたい。となると、論理性は維持しつつ理由付けをできるだけ削るしかありません。

理由付けだけ書いて結論が示されていないと、条文の解釈ができたと評価することができず、本末転倒ですから。

そこで、理由付けを最小限にした、

(B~) この点、物権変動の意思表示の独自性を認めていない現在の実務慣行に混乱を招かぬよう、同条の文言は、物権変動の意思表示が債権的意思表示に包摂されている、ないしは併存することを否定するものではないと解する。

もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。

という解釈論（論証）を考えてみました。皆さんの評価はいかがでしょうか？

この解釈論の果たす役割は、問題提起で摘示した条文について自分の解釈（結論）を明確に示すことです（抽象→抽象）。

4 条文解釈の結論から「答え」を導き出す記述－当てはめ

答案の冒頭部分で、論文式試験の問題文で問われている「問い」に回答するために解釈が必要な条文を指摘し（問題提起）、その条文の解釈について自説の理由付けと結論を述べてきました（解釈論）。

最後にしなければならない作業は、解釈論で述べた（自分の）結論から、問題文の「問い」に対する「答え」を導き出す過程を答案の読み手に示すことです。

この過程を「当てはめ」といいます。ここでも3つの例を挙げてみましょう。

(A) 本設問の場合、材木①の所有権はBに移転しておらず、未だAに帰属している。

Aは、Cに対し、材木①の返還を求めることができるようにも思われる。

(B) 本設問の場合、A B間の売買契約には代金の支払いが済むまで材木の所有権は移転しない旨の特約が付されていた。BはAに対して未だ材木の代金を支払っておらず、特約を満たしていない。

したがって、材木①の所有権はBに移転しておらず、無権利者であるBからCは材木の所有権を取得することはできない。

AはCに対し、材木①の返還を求めることができるようにも思われる。

(C) 本設問の場合、A B間の売買契約には代金の支払いが済むまで材木の所有権は移転しない旨の特約が付されていた。

前段で述べたとおり、物権の移転について特約が付されている場合、物権の移転時期はその特約によるべきである。したがって、材木の所有権がAからBに移転したかどうかは、上記売買契約の特約によって規律されることになる。

Cへの売却時、Bは材木を占有してはいたものの、Aに対して材木の代金を未だ支払っていなかった。材木の所有権はBに移転しておらず、Cは無権利者から材木①を買い受けただけであり、材木①の所有権をBから承継できていない。

AはCに対し、所有権に基づき、材木①の返還を求めることができるようにも思われる。

上記例文の文尾がいずれも「思われる」となっているのは、本小問（設問1の(1)）では、もう1つの論点「即時取得の成否」について論じなければならないからです。

3つの違いは、(A)は結論を示しているだけのもの、(B)は問題文の事実を用いて必要最小限の「当てはめ」をしているもの、(C)は問題文の事実を用いて、さらに自分が展開した解釈論の結論とを結びつけて「当てはめ」をしようと試みているものです。

では、司法試験論文式試験において合格答案を作成するためには、上記(A)(B)(C)の当てはめの内、どれを目指すべきでしょうか。

私は、「問題提起」と「解釈論」では、司法試験論文式試験の問題文の長さ、時間配分などの状況によっては、最小限の記述に絞ってもやむを得ない、というニュアンスの説明をしてきたかと思うのですが（もし、そのようなニュアンスは感じなかった、という人がいたらごめんなさい）、「当てはめ」については、可能な限り(C)のような記述を目指すべきだと私（高橋）は思います。

その理由は、司法試験論文式試験の問題文にあります。

上記一の3で3つの問題文を比較してみましたが、そして、ここでも繰り返しておきますが、司法試験法3条2項は、「論文式による筆記試験は、裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な専門的な学識並びに法的な分析、構成及び論述の能力を有するかどうかを判定することを目的とし」なければならない旨定めていて、その目的のために出題されている問題文が、論文式試験の問題文なのです。

問題提起の力だけが問いたいのであれば「本設問では民法の何条と何条を検討しなければならないか。その理由も述べよ。ただし、解釈論と結論については記述する必要はない」という（かなり特殊な）問題文になるでしょうし、主として解釈論が展開できるかどうかの力を問いたいのであれば、「動産の売買契約当事者間における当該動産の所有権の移転時期について。特約がある場合にも触れつ

つ述べよ」という問題文になるでしょう。

この合格体験記で取り上げている「平成27年度論文民事系1-1」の(1)が、なぜあの問題文になっているのか？

それは、問題文で述べられている数多ある事実の中から必要な事実を取捨選択し、条文解釈の結論によってどのような結果「答え」が導き出されるのか、それが問われているからです（と少なくとも私（高橋）は考えています）。

この当てはめの果たす役割は、解釈論で示した、条文についての自分の解釈によって具体的な問題（事案）ではどのような結論が導かれるのかを示すことです（抽象→具体）。

六 法的三段論法について

さてここで、巷間（司法試験受験界の巷で）取り上げられている「法的三段論法」について検討してみましょう。ここまで読んできた皆さんからは、少し話題がそれている印象を受けるかもしれませんが、そんなことはありません。

この項で、まず注意してもらいたいことは、「法的三段論法」とは、ここまで述べてきた「問題提起」「解釈論」「当てはめ」の三つの組み合わせ、すなわち、答案の「型」を指すものではないということです。

私（高橋）は、旧司法試験の受験生時代、この点を勘違いしていたときがありました。

1 三段論法とは

法的三段論法について説明する前に、「三段論法」について説明しようと考え、ウィキペディア（Wikipedia）で「三段論法」を検索してみました。ところが、その記事は私（高橋）にはあまりにも難しい内容でした。興味がある人は、検索してみてください。

ここでは、「三段論法」とは、論理学における論理型推論の一種であるということと、大前提と小前提から結論を導き出す手法だということを押さえて下されば十分です。

抽象的な説明を長々で行うより、以下のような具体例を挙げた方が手っ取り早く分かってもらえると思います。

(1) 大前提（法則、規則、原理原則、規範）

人間は誰でもいつかは死ぬ。

男性は全員女好きである。

(2) 小前提（具体的事実）

アリストテレスは人間である。

本合格体験記を担当している高橋は男性である。

(3) 結論(推論)

アリストテレスはいつか死ぬ。

この合格体験記を執筆している高橋は女好きである。

上記の例でいえば、「人間は誰でもいつかは死ぬ」という大前提があつて、「アリストテレスは人間である」という小前提を大前提に当てはめてみると「アリストテレスはいつか死ぬ」という結論(推論)を導き出せるということです。

ただし、これらの三段論法が成立する(導き出した結論(推論した結果)が正しいと評価できる)ためには、前提となるそれぞれの各命題が正しくなければなりません。

各命題が正しいかどうか(間違っていないかどうか)、すなわち、「人間は誰でもいつかは死ぬ」のかどうか、「男性は全員女好きである」のかどうか、「アリストテレスは人間である」のかどうか、「この合格体験記を執筆している高橋は男性である」のかどうか、などについては皆さんで検討してみてください。ちなみに私は男性です。

もし間違っているとしたら、法解釈の世界でいうならば、法律そのものが間違っているのか(立法論)、法の解釈が間違っているのか(解釈論)、具体的な事実の認定が間違っているのか(事実認定)、のどれに該当するのかを検討してみるのも面白いと思います。

2 法的三段論法とは

法的三段論法とは、この「三段論法」という推論方法(特定の結論を導き出す方法)を、法解釈(条文解釈)の世界に応用したものです。

以下に具体的な例を挙げてみます。

(1) 大前提(規範)

故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う(民法709条)。

(2) 小前提(具体的事実)

乙は、自動車を運転中に脇見をしてしまい、ハンドル操作を誤って歩行中の甲をひっかけてしまった。この事故が原因で甲は軽い怪我をしたので、病院に通院し、治療費を支払った。

(3) 結 論 (法的効果)

乙は甲に対し、甲が病院に支払った治療費を（場合によってはその他の甲が被った損失も含めて）賠償しなければならない。

この法的三段論法においては、(1)の大前提である「規範」について解釈論を展開し（民法第709条の適用範囲（射程範囲）を示し）、(2)の小前提である具体的事実が当てはまるかどうかを検討する、という作業が必要になります。「解釈論」と「当てはめ」ですね。

3 論文式試験の答案の型（スタイル）のまとめ

繰り返しになりますが、前回まで解説してきた「問題提起」「解釈論」「当てはめ」という答案の型（スタイル）は、答案の作成者が、この「法的三段論法」することができることを示す型だと私（高橋）は考えています。

(1) 問題提起

小前提（具体的事実）を大前提（規範）に結びつける力があることを示す。具体的な問題が、どの大前提（条文、規範）の解釈問題であるのか、法的分析力を示す。

(2) 解釈論（規範定立）

大前提（規範）を理解していることを示す。小前提（具体的事実）に適用される大前提（規範）を解釈し、その適用範囲（射程範囲）を明らかにする。

(3) 当てはめ

解釈によって示した大前提（規範）の結論が、小前提（具体的事実）に適用されるか否か、適用されるのであればどのような法的効果が生ずるのかを明らかにする。

七 答案の記載内容のバランスについて

ここまでで、司法試験（論文式試験）の目的、論文式試験で求められている能力、合格答案の条件、合格答案の記載内容、について検討してきました。

合格答案の記載内容の箇所では、「問題提起」「解釈論」「当てはめ」について文例（良い例であるかどうかはともかく）を示してきました。

どの例でも、一番短い文例（A）と一番長い文例（C）とを挙げてきました。一番短い文例の理由、一番長い文例の理由は、各項目ごとに異なるので、ここで繰り返すことはしません。

では、その一番短いもの同士と、一番長いもの同士を組み合わせてみましょう。

1 全て（A）一番短いものを組み合わせた答案

- (1) 本問では、まず、民法第176条の解釈が問題となる。
- (2) この点、私は、本条にいう物権変動の意思表示は債権的意思表示に包摂される、あるいは債権的意思表示と併存すると解する。
もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。
- (3) 本設問の場合、材木①の所有権はBに移転しておらず、未だAに帰属している。
Aは、Cに対し、材木①の返還を求めることができるようにも思われる。

2 全て(C)一番長いものを組み合わせた答案

- (1) 本問では、Aが材木①の所有権が自らに帰属するとしてCに返還を求めるためには、Bに材木①の所有権が移転していないと主張する必要がある。この点、AB間の売買契約においては、材木①の所有権は代金が支払われるまで移転しない旨の特約が定められていた。Bは未だ材木の代金を支払っていない。Aは、この特約を根拠として、材木①の所有権がBに対して移転していなかったことを主張することができるか。民法第176条の「物権の(中略)移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生じる」の解釈が問題となる。
- (2) この点、わが民法が物権行為の独自性を肯定するドイツ法に由来すること、また、本条が物権法の総則規定として定められていることなどを強調し、同条は、債権的意思表示とは別個独立して、物権行為を目的とした意思表示が必要である旨を定めたものと解するべきとする見解がある。
しかし、同条の文言は、物権の変動は「当事者の意思表示による」旨を定めているのみで、債権的意思表示とは別に物権変動を目的とした意思表示をしなければならないとまでは定めていない。また、現行の実務慣行は債権的意思表示に物権の意思表示が包摂されていることを前提としてなされており、物権変動の意思表示が債権的意思表示と独立して必要になると要らぬ混乱を招いてしまう可能性がある。
したがって、私は、本条にいう物権変動の意思表示は、債権的意思表示に包摂される、あるいは債権的意思表示と併存するものと解する。
もっとも、物権の変動について当事者間に特約がある場合には、その特約によるべきである。
- (3) 本設問の場合、AB間の売買契約には代金の支払いが済むまで材木の所有権は移転しない旨の特約が付されていた。
前段で述べたとおり、物権の移転について特約が付されている場合、物権の移転時期はその特約によるべきである。したがって、材木の所有権がAか

らBに移転したかどうかは、上記売買契約の特約によって規律されることになる。

Cへの売却時、Bは材木を占有してはいたものの、Aに対して材木の代金を未だ支払っていなかった。材木の所有権はBに移転しておらず、Cは無権利者から材木①を買い受けただけであり、材木①の所有権をBから承継できていない。

AはCに対し、所有権に基づき、材木①の返還を求めることができるようにも思われる。

さて、あなたならどちらの答案に合格点をつけるでしょうか。

今まで検討してきた「合格答案の条件」と「合格答案が記載すべき内容」とを備えているのは、2の「全て（C）を用いた答案」であることに異論はないのではないのでしょうか？

答案の記述（記載）内容の幅は、（記載内容が正しいか誤っているかの問題は別として）（A）だけを組み合わせた答案から、（C）だけを組み合わせた答案までのどこかに収まるのではないかと思います（もちろん、具体的な記述（記載）内容は、その人がとる学説や普段の勉強で取得した論証によって異なってくるでしょう）。

3 どこから削除（省略）を検討していくべきか

これも今まで繰り返してきたことですが、司法試験の論文式試験の問題文は、いずれも長文です。私が受験を重ねてきた旧司法試験の論文式試験の問題文と比較するとその違いに驚く人も多いのではないかと思います。

このような長文の問題文を読み、構成し、論述する（答案を作成する）作業をするには、時間がいくらあっても足りません。

そこで必要となってくるのが、答案の記載内容を削るとしたら、どこから削っていくか、という点の検討（試行錯誤）です。

念のために付け加えておくと、普段は、（C）パターンの答案を書くことができるよう目指して勉強しておかなければなりません。試験会場で（C）パターンで書ける答案を（A）パターンの答案に要約したり削除したりすることはできても、（A）パターンしか書けない実力で（C）パターンの答案を作成することは（通常の間人には）不可能なことです。

この問題について以下に述べることは、あくまでも私（高橋）の私見（個人

的な考え)です。私(高橋)は、削っていくとしたら「問題提起」「解釈論(の理由付け)」「当てはめ」の順序で検討していくべきだと思います。

そう考える理由は以下のとおりです。

まず、「問題提起」は、問題文の引用などがなくとも、解釈を検討すべき条文が正確に指摘されていれば、「少なくとも、この問題については検討すべき条文が分かっている(法的分析ができています)」という印象を答案の読み手に与えることができるのではないかと考えます。

次に、「解釈論(の理由付け)」については、必要最小限の理由付けを示すことによって、ギリギリ「論理的に論述する」力があることを、答案の読み手に示すことができるのではないかと考えるからです。もちろん、理由付けが無し(ゼロ)では、論理的に論述する力もへったくれもなくなるのですが。

これらに対し、「当てはめ」を省略する(短く済ませる)ことはできるだけすべきではないと思います。その理由については、前回でも述べました。司法試験論文式試験の問題文が具体的な事実をあれだけ列挙しているということは、「数多ある具体的な事実の中から必要なものを取捨選択する」ことができるかどうか、「自らが論述した解釈論の結論に、取捨選択した具体的事実を当てはめる」ことができるかどうか、によって法律実務家になる能力の有無を図ることができる、と司法試験委員会(出題者)は考えているのではないのでしょうか。

旧司法試験論文式試験の問題文と司法試験論文式試験の問題文とを比較してみてください(本当は、この合格体験記で私(高橋)に指摘されるまでもなく、そんな分析はとうの昔にやっているよ、と反論して欲しい位なのですが)。あまりの違いに驚く人が多いのではないのでしょうか。

旧司法試験論文式試験では、「当てはめ」についても必要最小限の事実が挙げられており、受験生は、どの事実を「当てはめ」に使うか、という取捨選択の点で悩む必要はありませんでした。当時は、論文式試験の問題文に無駄な事実は一切書かれていない、とされていました。

これに対し、司法試験論文式試験の問題文では、「当てはめ」について必要な事実を取捨選択することができる力(ちから)まで求められていることは、両者を比較すれば明らかだと思います。

八 答案全体の構成について

さて、以上のとおり、合格答案のイメージ、条件、記載内容について縷々申し上げてきました。

ただし、ここまでは、あくまでも一つの条文(論点、解釈論)を取り上げてき

ただけです。実際の司法試験論文式試験では「一つの条文（論点、解釈論）だけを論ずれば良い」という問題はまず出題されません。

ではどのような答案を作成するかというと、基本的には同じ事を各条文で繰り返すことになると思います。

具体的には、以下のようなパターンが考えられます。

例その1)	一 設問1について	あるいは	一 設問1について
	1 問題提起		1 問題提起
	2 解釈論		2 解釈論
	3 当てはめ		3 当てはめ
	二 設問2について		4 結論
	1 問題提起		二 設問2について
	2 解釈論		1 問題提起
	3 当てはめ		2 解釈論
			3 当てはめ
			4 結論

というパターンと、

例その2)	一 設問1について	あるいは	一 設問1について
	1 論点1について		1 論点1について
	(一) 問題提起		(一) 問題提起
	(二) 解釈論		(二) 解釈論
	(三) 当てはめ		(三) 当てはめ
	2 論点2について		(四) 結論
	(一) 問題提起		2 論点2について
	(二) 解釈論		(一) 問題提起
	(三) 当てはめ		(二) 解釈論
			(三) 当てはめ
			(四) 結論

というパターンです。もちろん、論ずる条文の相互関係、順序について注意しなければなりません。また、「ある条文（論点、解釈論）については結論のみ示す」というような場合もあるでしょう。

しかし、大きな答案の枠組みについてはイメージを持ってもらえたのではないかと思います。

この合格体験記が、皆さんの普段の勉強と1日でも早い合格の一助になれば幸いです。

第2部 勉強方法について

一 第2部の内容について

この合格体験記の執筆理由の目的は2つあります。一つは、合格答案のイメージをもってもらうこと、もう一つは、自分がイメージした合格答案を試験会場で作成できるようになるためには、どのような勉強をしたら良いのかを考えてもらうことです。

ただ、20年以上も前の司法試験受験生には、各科目の基本書は何が良いのか、どんな問題集が良いのかなどについて申し上げることはできません。

必然的に勉強方法の記述についてもある程度抽象的なものにならざるを得ませんでした。それでも皆さんにできるだけ具体的なイメージをもってもらえるような記述を心がけたつもりです。

二 勉強方法—合格答案を作成できるようになるため、という視点から考える（洗い直す）

1 知識を取得する

上記第1部で、「司法試験では、専門的な知識を取得しているかどうかには留まらず、その応用能力があるかどうかまで問われている」ということを申し上げました。応用能力まで身につける、ということは、どうしても基礎、すなわち知識を取得する作業が先行します。

この点で、暗記が得意な人と不得意な人との間に有利不利が発生するのは否めません。私（高橋）も決して暗記が得意な方ではありませんでした（いや率直に「不得手」でした）。暗記が不得意な人は、この最初の基本的な知識を詰め込む段階で、人一倍努力する必要があります。

(1) 読 む

法学部の学生も法科大学院の学生も、勉強の基本は授業を受けることなので、各科目の授業を「聴く（聴講する）」ことを最初にもってくることも考えました。しかし、やはり本（文献）を読むということを「知識を取得する」の項目の最初に取り上げることとしました。

どのような法律（科目）であっても、詳細にその全内容を授業だけでカバーすることは、どんなに有能な教員にとっても大変難しいことですし、予習・復習の基本になるのは、やはり基本書（場合によっては、先生から指定された教科書）を読むことだと思います。

皆さんに押さえておいて欲しいことは、法律（科目）の勉強においては、それぞれの本（文献）に役割があって、役割に応じた使い方をする必要があ

るということです。

(a) 入門書（概説書）を読む

これから勉強しようとする（あるいは、現在勉強している）法律科目が何のために定められているのか、その目的、概要（大きな枠組み）と特色を理解しておくために読みます。また、入門書（概説書）を読むことによって、その法律科目を勉強する際に注意しておかなければならないことを知ることができる可能性が大きくなります（基本書を読んでいても気づく可能性はありますが）。

入門書（概説書）を読むことは、一定の国や地域を探検・調査する準備のために、予め地図を見ておくのと同じ作業だと思います。

伊能忠敬は、正確無比な日本地図を作成しましたが、四千万歩歩かなければなりません（井上ひさしの著作「四千万歩の男」の題名より）。年数制限、回数制限が設けられている司法試験受験生には、最初から一歩ずつなどと時間をかけている余裕はありません。

各法律（科目）毎に、概説書、入門書（地図）が既に存在しているので、それを活用してその法律科目の全体図を頭に入れてから、細部の勉強の方が効率が良い（理解が早く進む）と私は思います。

(b) 基本書（体系書）を読む

司法試験受験生、特に各法律（科目）の勉強をし始めた学生の皆さんが一番時間をとられるのが基本書の読解（読んで書かれている内容を理解すること）だと思います。

最初に、何よりも自分に合った体系書を探すことが大切です。各科目を担当されている教員の先生方には怒られてしまうかもしれませんが、指定された教科書に拘泥する必要もありません。やはり自分が読んで分かり易い本を基本書とするのが一番です。

とはいうものの、比較して読んでみてもどれが良いのか分からないし、そもそも比較している時間がないということもあるでしょう。その場合には、学生の間、あるいは司法試験受験界（ネット？）で評判の良い標準的な体系書を基本書として用いるのが次善の選択肢になります。基本書を読んでいて疑問をもったり、記述内容が分からないとき、質問できる相手を容易に見つけることができるからです。

次に注意してもらいたいことは、基本書が採用している学説に拘泥しな

いということです。当然のことながら、基本書が採用している学説が、必ずしも通説・判例と同じ説、または多数説であるとは限りません。私は、個別の論点（解釈論）においても、論文式試験の答案を作成することを踏まえて説を採用することを否定しませんし、むしろ、司法試験合格に向けた戦略において考えておかなければならない大切なことだと思います。

基本書の読み込みにこだわるあまり、他の本（文献）を活用しないのも得策ではありません。執筆者によって、また、同じ執筆者であっても執筆箇所によって、分かり易い表現、分かり難い表現があるのはやむを得ないことです。その場合には、とっとと同じ条文解釈（論点）を分かり易い表現で書いてある他の本（文献）を見つけて、その記述（記載）内容を活用してしまいましょう。

私は、受験生時代、大塚仁先生や大谷實先生の刑法の本を基本書としていましたが、副読本として、斉藤誠二先生の「特別講義 刑法」（法学書院）をととても良く利用していました。そのとき「『難しいことを理解することができる頭の良い人』は沢山いるかもしれないが、『本当に頭の良い人』とは、難しいことを分かり易く伝えることができる人なのだ」ということを痛感しました（だから、私は小林秀雄という評論家を「本当に頭の良い人」だとは思っていません（私怨））。

当時は、難しいことを難しく表現する体系書などがまだ幅をきかせていました（学生が増える一方であった時代、学生が減る心配がない時代はそれでも良かったのでしょうか）。現在出版されている法学書、体系書は、学生たちに理解してもらうために工夫がこらされた良書が出版されているという印象を私は受けています。

複数の本を使って理解を進めることだと申しましたが、あれもこれもと体系書、参考書を渡り歩いて、知識をとっ散らかしてしまい、勉強の速度、効率を悪くしてしまうことは本末転倒です（このさじ加減がなかなか難しいのですが）。

（c）注釈書（コンメンタール）を読む

言わずと知れた、条文の注釈書（コンメンタール）。その本が取り上げている法律（科目）の条文を逐条で（条文の順番に沿って一つ一つ）解説してくれている、法律実務家にとっては誠にありがたい書物です（最近の裁判例の傾向はともかく、一つ一つの条文について、解釈上の問題点が一通り書かれています）。

もちろん、参考書として利用するべきもの（もっと言えば辞書代わりに

用いるもの)であって、基本書(何度も繰り返し読むことができる分量であることも、基本書の大切な要件だと思います)として利用すべきものではありません。私(高橋)の受験生時代には、「俺の基本書は『注釈民法』じゃい」と豪語する磊落な先輩がいましたが…(懐かしむ遠い目)。

そもそも、個別の条文について、制度趣旨(場合によっては個別の条文が設けられるに至った歴史的経緯)や解釈論について網羅的に記述されていますから、読まなければならない量が半端ないですし(全何巻と単行本1冊で済まないことも多いでしょう。1冊で済ませている場合は広辞苑並みの厚さだったりします)、条文相互(制度間相互)の関係について気づきにくいということも挙げられます。

以上が「読む」に絞った勉強方法の話です。繰り返し強調しておきたいことは、出力(アウトプット)、すなわち、答案として作成できるかどうかを意識しながら「読む」ことが一番大切なことです。本を漫然と読んでいるだけでは、何千回読もうとも合格答案が作成できるようにはなりません。

もちろん、大半の受験生は、最初は知識を詰め込むためにひたすら(繰り返し)同じ基本書を読むことになるでしょうが、その作業ですら、最終的には答案を作成できるようにするためであることを忘れないで下さい。

(2) 聞 く

さて、「読む」の次は「聞く」勉強方法です。実は、この「聞く」という行為、なかなかバカにできません。「読む」と「聞く」を比較した場合、「読む」方が効率的であるような印象を受けます。基本書を読む時間と、基本書を教科書にした授業を受ける時間を比較してみても(そんなに単純に比較できるものではありませんが)、少なくとも「聞く」方が時間を要するという印象を誰もが受けているのでないでしょうか。

けれども、基本書を何回読んでも分からなかった箇所が、同じ箇所について触れた講義を聴講したら1回で理解できた、という経験はありませんか。これはおそらく、情報の送り手の「書く」作業と「話す」作業に起因すると思います。

自分以外の人間に一定の情報を伝えるために「書く」方法を選択すると、どうしても抽象的になりがちです。また、「読む」人間に咀嚼してくれることを期待します。これに対し、「話す」方法を選択すると、こちらは具体的になりがちですし、また、「聴く」人間が理解できるように伝える努力をするのが一般的だと思います。

さらに付け加えるならば、「書く」場合には、電子書籍などを除いて紙数

などの物理的限界も考慮しておかなければならず、必然的に密度の濃い文章になる、ということも指摘できると思います。

教科書や文献を読むだけの講義（授業）がどうしても眠くなってしまうのは、「書く」作業と「読む」作業に近くなるからなのではないかと、個人的には密かに分析しています。

※ お気づきの方も多いと思いますが、この合格体験記を「書き言葉」ではなく「話し言葉」で作成しているのも、読み手の皆さんがより理解し易くなるのではないかということ在意図しました。

もちろん、自分の文章力は柵の上にあげています。

ただ、自分で作成してみて、「書き言葉」で著すより分量はやはりかなり多くなっているのではないか、というのが実感です。

（a）講義（授業）を聴く

上記「聞く」の総論（第2部の一の1の（2））でも申し上げたとおり、講義（授業）を受講することは、その法律（科目）の理解を一気に進めることができる機会ですし、また自らも理解を進めるために積極的に活用すべきです。

この「聴く」ことによって理解を進める、深めることができるようにするために必要なことが、ベッタベタな結論ではありますが、やはり予習と復習です。なぜなら、予習して、自分が分かったことと分からない箇所を自ら認識して講義（授業）を聴くことは、注意して授業を聴くことにつながります。また、講義（授業）を聴いていて理解できない箇所を復習して理解した場合、講義（授業）を聴いて理解できず、復習して理解できず、先生に質問して理解した場合、要するに苦労して理解した箇所は容易に忘れることはありません。

講義（授業）を録音しておいて後でもう一度聴く方法は、あまりお勧めできません。1回の講義（授業）を緊張感をもって聴くからこそ理解が進むと私（高橋）は思っています。また、何度でも聴くことができるという油断は集中力を削ぎ、却って勉強を非効率にするというのが持論です。

私（高橋）は、録音しっ放しで結局聞き直さない、ということが良くありました（いや、正確にはほとんどでした）。

講義（授業）の一番良いところは、受講する皆さんの姿勢にもよりますが、一方でその法律（科目）の概要を押さえながら、他方で法解釈についての詳細な知識を取得する、ということが併行してできる機会だということ

とです。上記「読む」の箇所でお伝えした上記（1）の（a）と（b）の作業を同時に行うことができるはずですが。

※ 本資料でえらそうなことを書いていますが、ご多分に漏れず、私（高橋）自身は、決して良い法学部の学生ではありませんでした。授業を熱心に聴講することはなく、さりとて、基本書を熟読するなど司法試験の勉強に集中する訳でもなく、本当に中途半端な現役学生時代を過ごしていました。

明治大学（法学部法律学科）を平成元年に卒業してから司法試験に合格するまで5年もかかったのは当然と言えば当然です。

ただ、司法試験見据えて実施されている法科大学院の授業と私の学生当時の（法）学部の授業とは、内容や質が異なっていた可能性は大きいとはいえ、あの勝手に退屈と決めつけていた授業でも「司法試験に合格するための知識を取得するのだ」という意識をもって（戦略的に）受講していたならば、もっと早く（少なくとも1年か2年は）試験に合格することができたのではないかと後悔しています。

（b）教員や友人に質問を訊く

同じ「聞く」作業でも、講義（授業）を「聴く」ことと、相手に自分の質問をぶつけて「訊く」こととはかなり異なります。

講義（授業）を「聴く」場合、教員の先生方は、複数（数名のゼミから数十名の学生が大きい教室で受講する講義まで）の相手に伝えるための準備を行います。これに対して、質問を訊かれた場合、質問者に対してその個人的な要求に応えようとするのが普通です。したがって、「聞き」とらなければならない内容や問題点はかなり異なってくるでしょう。

真剣に「聞か」なければならないことは、当然、どちらも同じです。

教員の先生方であれ、友人であれ、相手に質問を「訊く」場合、自分が何を理解していて何を理解していないのかをきちんと押さえた上で質問しなければなりません。

極端な例ですが、「憲法の基本的人権について教えて下さい」、「民法の物権について教えて下さい」のような質問をされたらどう思いますか？ 大多数の人の答えは、「本を読んでから、あるいは、講義（授業）を聴いてから出直してきなさい」となるでしょう（言い回しはともかくとして、少なくとも私（高橋）はそう答えます）。

要するに「自分が分からないことを質問する」ということは、もちろん、勉強をされていて壁にぶつかったということの意味ではいるのですが、逆

にいうと、その壁の手前までは理解できている、ということも意味し、理解の尺度にもなっていることなのです。

質問しているときに、相手から「何を言っているのか分からない」「何が訊きたいのか分からない」と返されるようでは駄目だ、ということもいえるでしょう。

(3) 伝える

本項は「知識を取得する」ことについて説明しています。ただし、何度も繰り返しているように、「知識を取得」するのは、司法試験論文式試験会場で合格答案を作成することができるようにするためです。

したがって、当然のことながら、取得した知識は、出力（アウトプット）できる知識でなければなりません。自分が取得した知識を、自分以外の第三者に「伝える」ことができないのであれば、少なくとも、論文式試験合格という目的に沿った「知識の取得」になっていないということです。

(a) 書 く

やはり、一番最初に検討しなければならないことは「書く」ということでしょう。勉強で取得した「知識」を「書く」ことができなければ、答案を作成することなどできるはずはありません。

もっとも、本項の「書く」という作業は、本合格体験記前半でお伝えした「答案」を作成することでありませぬ（もちろん、答案を作成することも勉強方法の一つとして大変重要ですし、後述します）。

ここで「書く」ことができる、ということは、「自分が勉強した条文解釈（解釈論）を自分の文章として記述することができる」ということを意味します。

この書くことができるようになるための勉強方法については、私の受験生時代のときから、人によって様々な方法がありました。

解釈論の自分なりの表現を基本書の余白部分に書き込む人、1つ1つ個別の争点と解釈論を書き込んだカードを作成する人（私（高橋）はこのタイプ）、大学ノートに自分の論証をまとめる人。大きく分けるとこの3タイプでしたでしょうか。

しかも、私が受験生だった30年近く前（遠い目）と比べると、現在はIT技術が大変発達しています。勉強方法にこのIT技術が影響していないはずはなく、そういった意味で、勉強の「環境」や「技術」は激変しているのではないかと思います（勉強方法について私（高橋）の個人的な具体的方法について触れない理由は先に申し上げましたが、このIT技術の

進歩によって、私（高橋）の勉強方法がかなり古いタイプのものになっているであろうことももちろん大きな理由の一つです）。

また、自分の論証（論述）について、「論理矛盾」や「論理の飛躍」を無くしていく訓練をするのも、この「書く」作業をするときが一番の機会だと思います。

私が受験生時代にやっていたことは、自分の論証として採用する文章を一文、一文に分解して（できるだけ短い文章に分解して）いって、主語と述語との対応を明確にする、文と文の間の接続詞（論理関係）を明確にする、ということ意識して再構成してみる、ということでした。

（b）議論する、説明する

入力（インプット）の作業に「読む」と「聞く」とがあったように、出力（アウトプット）の作業にも「書く」と「話す」とがあります。

勉強（知識の取得）の効率、という点から考えるならば、「話す」方法に重きをおくことはできないのですが（友人との議論が白熱すると、つつい時を忘れる、ということまで含みます）、「読んで書く」作業だけで勉強を進めていると、自分以外の人間による検証を受けないので、「理解していないにもかかわらず、理解した」という勘違いや独善に陥っている可能性があります。

ぜひ、教員の先生方や友人と議論をすることによって、自分の知識の取得を検証して下さい（後述する答案を読んでもらう、添削してもらう、というのも大切な検証法ですが）。

司法試験の論文式試験合格するという目的に向けての「議論」ですから、大学や法科大学院の教員の先生方や学生の友人を相手にするもので十分でしょう。

でも本当に実践してもらいたいことは、家族や司法試験受験生以外の友人、すなわち、法律（科目）を勉強していない人に説明することなのです。なぜなら、司法試験に合格して実務家になってからは、法律（科目）の勉強などしたことがない依頼者や相談者、相手方に対して説明することになるのですから。

（4）解 く

4番目に「解く」という項目を挙げたのは、法律（科目）に関する知識を正確に取得したかどうかを調べる最善の方法の一つが、短答式試験の問題

(過去問)を解いてみて、採点し、合格点を取れるかどうかを確認することだと考えているからです。

司法試験における短答式試験は、論文式試験の足切りとして用いられているようです。すなわち、短答式試験で合格点をとらないと、一生懸命試験会場で作成した答案を、そもそも採点してもらえない、というかなり悲しくて屈辱的な結果となります。

ということは、司法試験委員会は「短答式試験に合格できないような知識の量や正確さでは、その知識の応用問題である論文式試験の答案を採点するまでもない」と考えているのではないのでしょうか。

本合格体験記の第1部で、司法試験論文式試験では、知識があるかどうかだけでなく、その知識を使いこなす応用能力があるかどうか問われていると申し上げました。

もちろん、短答式試験も法律の知識だけでなく、一定の応用能力を問うています。司法試験法の条文を確認しておきましょう。

司法試験法第3条1項は、以下のように定めています(抜粋)。

第3条1項 短答式による筆記試験は、裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な専門的な法律知識及び法的な推論の能力を有するかどうかを判定することを目的とし、次に掲げる科目について行う(以下略)。

1項が「専門的な法律知識」という文言を用いていて、2項が「専門的な学識」という文言を用いている理由については、この条文の立案者、あるいは司法試験委員会に聞いてみたいところです(もしかしたら、法務省のHPのどこかに記載されているかもしれません。知っている人がいたら、教えてください)。

それはともかく、短答式試験の問題(過去問)を解いてみると、どの科目においても、判例と通説の知識を正確に有しているかどうか問われていることがよく分かります。もちろん、上記条文(司法試験法第3条1項)にもあるように、試験会場では、その知識を用いて正解にたどり着ける論理的思考力も問われるのですが、正解と、正解に至るためにたどらなければならない思考(論理)過程とが、問題文の中に(解答の一つとして)記載されている点が、論文式試験と大きく異なります。

試験制度の運用上、論文式試験の答案を採点してもらうため(自分の論文答案を採点させるため)に短答式試験を合格しなければならないのですが、司法試験受験生としては、「論文式試験の試験会場で合格答案を書くために

は、法律（科目）についての知識を取得する必要がある。自分が知識を取得したかどうかを確認するために短答式試験（の問題）を利用する」位の意識で利用すれば良いのです。

2 分析力（事例と条文を結びつける力）を取得する

私は法哲学や法制史の専門家ではありません。以下に述べることはものすごく乱暴なまとめであることを予め申し上げておきます。

大きく法制度の成立・発展というものを考えた場合、法体系があつて、法体系の下で条文が定められて、その条文を用いて揉め事（問題）が解決されている、という順番では決してないはずですが、何よりもまず揉め事（問題）があつて、その紛争（問題）を解決する一つの方法として条文（法律）というものが定められ、その条文を整理している内に法体系というものが編み出されてきた、はずなのです（公法はまたちょっと違うと思うのですが）。

歴史的には上記の順番ですが、現在、法律（科目）の勉強をする場合、体系書というものが先にあって、それを紐解くことから、あるいは体系書を基にした講義を聴講することから始まります。当然です。その方が効率が良いですし、個々の条文を整理しながら（バラバラではなく、有機的に結びつけながら）知識を取得することができますから。

皆さんが基本書として用いている本のほとんど大部分のものは、体系書のはずです。

ですから体系書に基づく知識の取得を先行させて勉強を始めると、ついつい疎かにしてしまいがちなのですが、あくまでも、法律（科目）の知識は、揉め事（問題）を解決するためのものであることを忘れてはなりません。

本来の法律（科目）の役割から考えれば、「知識の取得」と「法的分析力の取得」は一体としてなされるべき、同時併行でなされるべきということができるでしょう。

しかしながら、現在の法律（科目）の勉強の大部分は、体系書を読むこと（あるいは体系書に沿った講義を聴講すること）から始めるので、特に勉強を始めたばかりのころは、「知識の取得」を先行させることとなります（それは決して誤りではありません）。

この「法的分析力の取得」の項で触れる勉強方法は、前項の「知識の取得」が揉め事（問題）の解決のためであることを思い出す作業ということが出来るかもしれません。

(1) 読 む

前項「知識の取得」と本項「法的分析力の取得」が本来は一体のもの、同時併行で進められるべきもの、ということからするならば、やはり入力（インプット）作業から始められるべきものであり、やはり「読む」ことによる取得が基本となります。

(a) 判例集を読む

判例集（裁判例集）を読む目的は2つあると思います。1つは「ある法律（科目）の条文の解釈について、裁判所が立っている解釈（見解）を知る」こと、もう1つは「裁判所が、その条文解釈をする必要があると判断した具体的な事実（揉め事（事例））を知る」ことです。

有斐閣の「判例百選シリーズ」に、＜事案の概要＞、＜判 旨＞、＜解説＞の三つの項目が設けられているのは（いや実はもう1つ、ちっちゃい＜参考文献＞という4つ目の項目も設けられたりしているのですが）、その具体的な事実を読んで、同じような事例に直面したときに、その法律解釈を用いることができるようにするためなのです。

司法試験の受験勉強では、いわゆる判例雑誌（「判例時報」とか「判例タイムス」などですね）を読むことまでは求められていませんが、これらの雑誌に掲載されている判例を読んでみると、紛争の原因となった生々しい事実関係が分かります。

基本書（体系書）を読んでから、基本書（体系書）の該当箇所が引用している判例を読む。判例集を読んでから、個々の判例が示した解釈論について記述されている基本書を読む。

法的分析力を取得するには、この地道な作業を繰り返すことが、結局は一番の早道だと思います。

記憶力と同じく、先天的に分析力に富んでいて、通常受験生であれば、反復継続することで徐々に取得していく作業を重ねることなく取得できる人も（希に）いますが、勉強を始めた段階では、自分はそのタイプではないと考えて地道に勉強していくべきです。

(b) 問題文（過去問、問題集、演習本）を読む

とはいうものの、判例はあくまでも現実に発生した揉め事（事例）について裁判所が一定の結論を下したものですし、当然のことながら、揉め事（紛争）というものは、後で体系書の教材になることを考えて発生するものではありません（先に申し上げた、揉め事、条文、体系化の順番と共通

するものがありますね)。

そこで、条文(論点、解釈論)が適用された個々の具体的事件に共通する要素を抽象化した(整理した)「事例」が、勉強(研究)する際には必要となってきます。

いわゆる演習書、あるいは(事例)問題集と呼ばれている本はこの目的のために執筆・編集されているものです。演習書、問題集を読むことによって、どのような事例でどのような条文(論点、解釈論)が問題になるのか把握(入力(インプット))することができますし、演習書、問題集という性質上、次項で述べる「解く(出力(アウトプット))」作業を必然的に伴います。

(2) 書 く(答案構成を作成する)

本項でこれからお伝えする内容を、どこで書くべきか悩みました。本合格体験記は、司法試験論文式試験で合格する答案を作成することを目的としたものです。

ですから、出力(アウトプット)のメインは答案を作成することにあります。普段の勉強で答案をどのように作成していくべきなのか、についてはこの後の3「答案を作成する(書く)力を取得する」の項目で述べる予定です。

そこでも同じことを繰り返すことになるとと思いますが、司法試験の受験生が、個々の法律(科目)で出題が予想される条文解釈(論点)について一通り答案を作成する、ということは大変です。

司法試験の過去問だけに絞ったとしても、現行の司法試験が平成18年から実施されて既に10年が経過していますから、やはりなかなか難しくなっていると思います。

本項で提案したいことは、「出題が予想される全ての条文(論点、解釈)について答案を作成してみることは不可能かもしれないが、問題集などを有効に活用すれば、答案構成を試みることは可能なのではないか」ということです。

答案構成については、厳密な定義をすることはできません。それこそ、人によって記述する内容が異なるでしょうし、時間の有無によっても変わってくるでしょう。そもそも司法試験の論文式試験において、答案を作成する前に答案構成をしなければならない義務はありません。

しかし、ほとんどの受験生は、何をどのような順番で書くかを整理してからでなければ、答案を作成することが不可能なのではないでしょうか。

もちろん、問題文を読んで、答案構成をすることなく直ちに答案の作成

(記述)にとりかかることができる希有な人もいるかもしれませんが、少なくとも今まで私は会ったことがありません。

答案構成について、その大多数が当てはまりそうな定義を試みても、「問題文を読んで、司法試験論文式試験の答案を作成する前に、答案に記述しなければならない項目を記載したもの」ということになるでしょうか。

私(高橋)は、答案を構成する(実際に答案構成として記載するかどうかは別として)上で押さえておかなければならないポイントは以下のとおりだと考えます。

- (a) 論じなければならない条文(論点、解釈論)を抽出する。
- (b) 抽出した条文(論点、解釈論)を論ずる順番(順序)で並べる。
条文(論点、解釈論)相互の関係を整理する。
- (c) どれがメインとなる条文(論点、解釈論)かを決定する。
- (d) 当てはめに用いる(問題文の)事実を挙げる。

上記ポイントが、この合格体験記の前半で皆さんにお伝えした内容と重複するのは当然です。この合格体験記は合格答案を作成するための合格体験記ですし、答案構成は合格答案を作成するためのメモ(設計図)なのですから。

問題を解く数はこなしたい。でも、全部が全部答案を書いている暇はない。という方には、実際の論文式試験と同じ環境下(時間制限(もちろん構成だけにかかる時間)がある。手元には試験用六法しかない)で、この答案構成をしてみることをお勧めします。

当たり前のことですが、答案構成をするだけという勉強方法は、答案作成をせずに楽をして良い、ということではありません。解釈論や当てはめについては文章として記述することができていることが大前提です。そうでなければ、構成はできても答案を作成することはできませんから。

答案を作成する力を身につけるためには、演習書の課題や問題集(もちろん司法試験の過去問を含みます)の問題文を読んで答案を作成していただくのが一番良いのです。ただ、その時間も余裕もない方に、「問題に対する答案を作成する(書く)時間がないのであれば、構成だけでもしてみたら」と提案しているのが本項です。

それゆえ、後述する「答案を作成する(書く)」という勉強方法とどちらを先にお伝えするか迷ったのです。

(3) 作る

本項の「作る」という表現については戸惑う方が多いと思います。本項でいう「作る」とは、「司法試験論文式試験の問題文を自分で作成してみる」ことを指しています。

繰り返しになりますが、合格答案を作成するためには、問題文の実質的な問い（出題意図）を見抜き、それに答えていなければなりません。出題者の出題意図を見抜くことができるようになるためには、出題者と同じ立場に立ってみることが一番です。

司法試験の論文式試験の問題文を初めて試験会場で読んだときに、「ああ、なるほど。この条文（論点、解釈論）とこの条文（論点、解釈論）を検討させるために、今年はこのような問題文を作ったのね。さすが司法試験委員会、上手いこと作るなあ」と（上から目線で）思えたら、問題文を冷静に分析できているということですから、合格にかなり近い精神状態であるということができるでしょう（もともと、前提となる条文（論点）を勘違いしていたときには、目も当てられないことになります）。

この「作る」という作業、具体的には、判例（判例集）に記載されている具体的な事実を、司法試験論文式試験の問題文のように整理してみる、刈り込んでみるのが一番典型的な方法でしょう。

実際の司法試験の問題は、1人で作成されるものではなく、一流の法律学者と法律実務家とが何人かで、ああでもないこうでもないと検証しながら作成されているはずで、1人で作成しているとどうしても独りよがりになりがちです。受験生の実力を公平にはかるための問題文が、複数の出題者から「受験者にこの出題意図を考えさせるためには、本当にこの問題文で良いのか」検証されるべきことは、むしろ当然だと私（高橋）は思います。

ただ、この勉強方法は、余力（余裕）がある受験生向けのものです。というより、「一通りの知識は取得して、答案の書き方も自分なりにつかめてきている。でも、合格答案を作成する（書く）ことができない」と、悩んでいる受験生向けのものです。

本来ならば、このような段階に至る前、無我夢中で知識を詰め込み、答案を作成して（書いて）いる作業を進めている段階で合格してしまうことが理想なのです。

3 答案を作成する（書く）力を取得する

ようやくここまで来ました、というのが実感です。でも「答案を作成する（書く）力を取得する」というのがこの合格体験記の眼目です。

そのために第1部で、皆さんに、司法試験論文式試験に合格する答案のイメージをできるだけ具体的にもってもらえるよう、「合格答案の条件」や「合格答案の記載内容」などについてお伝えしました。

第2部は、第1部で皆さんにイメージしてもらった合格答案なるものを作成する（書く）力を身につけるためには、普段の勉強でどのようなことをすれば良いのか（抽象的ではありますが）色々な角度から検討している場です。

最後は、やはり「答案を作成する（書く）」でしょう。普段の勉強における答案の作成ですから、「答案を作成してみる（書いてみる）」という表現の方が正確かもしれませんが。

(1) 読 む

答案を作成する（書く）という作業は、当然ながら出力（アウトプット）の最たるものです。

しかし、自分で作成してみる（書いてみる）前に、特に初学者の方は、人の答案を読んでみることによって得られるものが少なくないと思います。問題提起の仕方（どのように条文を指摘しているのか等々）、解釈論（論証）の書き方（どのように理由づけと自説の結論を示しているのか等々）、当てはめの仕方（問題文の中のどの事実を拾って、どのように使用しているのか等々）、まず人の答案の良いところを盗むことです。

(a) 自分以外の人間が作成した答案を読む

(イ) 再現答案（合格答案）や参考答案を読む

合格者が論文式試験の本番で作成した（書いた）答案や、法学者や実務家の先生方が、皆さんの参考になるように作成した（書いた）答案は、一定の水準（司法試験に合格する水準）に到達していると考えられます（おそらく大部分の答案が合格水準に達しています。けれども「全て必ず達している」と言い切れないのも事実ですし、また、参考答案については「時間の制約がある論文式試験の本番で、このような答案は書くことできない」というものも多いでしょう）。

(ロ) 友人の答案を読む。答案ゼミを实践する

再現答案や参考答案と異なり、一定の水準に達しているかどうか分からない答案を読むことも勉強の1つです。その1番の目的は「批判的に読む」「合格水準に達しているかどうかどう自分で読んで確認する」読み方ができるようになることです。

合格答案を作成（書く）ことができるようになるためには、自分が抱

いている合格答案のイメージ（条件）に沿った答案なのかどうかチェックできるということが必要不可欠です。

下記（b）で触れるように、司法試験論文式試験のための勉強を続けていれば、いずれは（というよりすぐに）自分が作成した（書いた）答案を自分でチェックしなければならない段階がきます。自分が書いた答案というのは（作成時に感情移入している（思い込んでいる）せい）なかなか客観的にチェックすることができません。逆に、自分以外の人の答案は、どちらかというと粗が良く目につきます。

人の答案をチェックすることによって、自分の答案をチェックする能力を高めることができますし、自分の答案と比較することによって、より良い答案が作成できる（書ける）ようにもっていくことができます。

決して友人やゼミ仲間と喧嘩するための作業ではありません。

（b）自分が作成した答案を読む

これは、下記（2）で述べる「答案を書く」ことをしてから作業となりますが（まだ作成して（書いて）いない答案を読むことはできません）皆さんにやってもらいたいことは、上記（ロ）で述べました。

受験生時代、私（高橋）が個人的にやっていたのは、朱筆（赤ペン）をもって自分で自分の答案を添削してみる、という作業です。私（高橋）の場合、こうすることによって漫然と読むよりもより客観的に自分の答案をチェックできていたような気がしています。

（2）書 く

実は、この「3 答案を作成する（書く）力を取得する」の項目ではあまり皆さんにお伝えできることがありません。第1部で、合格答案のイメージや条件や記載内容について皆さんにお伝えしましたから、ここでお伝えしたいことは「後は実践あるのみです。限られた時間の中で工夫してできるだけ多くの答案を作成して（書いて）みて下さい」ということにつけるからです。

とは言っても、自分で答案を作成する（書く）方法についても、幾つかパターンが考えられます。

（a）自分以外の人間が作成した答案（できれば再現答案、参考答案）を丸写ししてみる

これは厳密には、自分の答案を作成する（書く）ということからは外れています。どちらかという、上記「（1）読む」作業をより丹念にする作業ということができるとでしょう。

そんなに何回もやる作業ではないと個人的には考えています。もっとも、自分が理想としている答案があるのでしたら、折に触れて反省の意味も込めて丸写ししてみる、ということはあるかもしれません。

(b) 時間と調査に制限を設けず、自分が合格答案だとイメージしているものを作成してみる

答案を作成する（書く）勉強を始めるころにやる作業だと思います。やはり、徹底的に自分の合格答案のイメージを追求するためのものですから、回数を重ねることにあまり意味はないと私（高橋）は考えていました。

1回か2回、多くても各法律（科目）毎に1回か2回すれば十分なのではないでしょうか。

(c) 時間制限を設け、条文のみを傍らに置いて、要するに司法試験論文式試験と同じ環境の下で答案を作成してみる

できるだけ回数を重ねるべきはこの方法による答案作成でしょう（できれば、週に1回とか、月に2回とか、定期的に行うのが好ましいと思います）。

要するに論文式試験本番にできるだけ近い条件で、自分はどこまでの答案を作成する（書く）ことができるのかを知ることが大切です。

条文がなかなか拾えない、必要な知識を覚えていない（身につけていない）、解釈論（自説）を上手に展開することができない、当てはめの必要な事実が引用できない、等々の欠点が見つかると思います。

その欠点を克服するために普段の勉強に新たな工夫を加えてみる。すなわち、練習と実践です。スポーツと一緒にですね。練習だけでなく練習試合をするのは、問題点を克服しておいて、本番の試合で勝てるようにするためです。逆に練習しないで試合（練習試合）ばかり重ねても勝てるようにはなりません。

(3) 当てはめ「だけ」を試してみる

これは、「分析力」のところで「時間がないときは構成する」方法を提案してみたのと同じで、「時間がないときは当てはめだけでも試してみる」方法です。

構成だけを試してみる方法と異なるのは、「当てはめ」については、「解釈論の結論だけは示して、問題文から必要な事実を拾って文章に試してみることまでしないとあまり意味はない」ということです。

第3部 付 録

一 各法律（科目）の特色について

司法試験合格に向けた勉強している過程で、自分が現在勉強している法律（科目）は、何のための（何の目的のために設けられている）法律なのか、その法律（科目）の特色はどこにあるのか、を自分の言葉で表現できることはとても大切です。

勉強していて自分が何をしているのか迷ったときには、その（自分なりに捉えた）法律（科目）の特色が、道しるべ（灯台）になるはずです。

以下は、あくまでも私（高橋）の個人的なものです（間違っているかもしれませんが、ちゃんと検証して下さい）が、皆さんの参考までに記しておきます。

1 憲法とは

名宛人は国家権力である。国家権力に向けて、国民（個人）の人権を保障しなければならないことを定めている法律である。また、国家権力は国民を統治しなければならないが、国民が幸せになれる（不幸せにならない）ような統治のための制度（統治機構）を工夫しており、その解釈も統治機構の工夫を損なわないようにする必要がある。

2 行政法とは（高橋は選択経験なし）

国家権力の特に行政機関に向けられた法律である。日本は法治国家なので、行政の遂行には法律の裏付けが必要である。行政府は国会が定めた法律に基づいて作用する。その際、国民（個人）の権利・義務を必要以上に侵害（制限）しないようにしなければならない。

行政法という体系法が存在する訳ではない。

国家権力（行政機関）を抑制するという意味で、憲法の視点と共通するものがある。

行政訴訟法は、行政作用に問題があった場合に国民（個人）の権利・義務を救済するための手続。他方で、行政作用が必要以上に滞ることも避けなければならない。

3 民法とは

私人間の法律関係（権利・義務関係）が適切なものになるように規律している（決まりを定めている）法律である。

民法総則は、物権・債権を問わずに適用される原則的に適用される規定、物権総論は個別の物権を問わずに原則的に適用される規定、債権総論は個別の債

権関係を問わずに原則的に適用される規定、契約総論は契約の種類を問わずに原則的に適用される規定。

4 会社法とは

なぜ権利・義務の主体として個人の外に会社（法人）というものが必要とされているのか。どのような仕組み・手続を定めておけば適切に会社（法人）としての活動ができるのかを定めた法律である。

また、会社の内部の法律関係、会社と第三者との法律関係が適切なものになるように規律している。

5 民事訴訟法とは

私人間の紛争（民事上の法律関係（権利義務関係））を適切に解決するために考えられた手続を定めた法律である。

なぜこのような手続・制度を設ける必要があったのかを考えて勉強する。

6 刑法とは

人々が安心して暮らすことができるよう、個人（法人に刑罰が科せられるのは例外）の特定の行為について刑罰を科することを定めた法律である。

刑法総論は、個別の刑罰規定（罪責）を問わずに一般的に当てはまる原則。例えば、不作為犯、因果関係などの議論（論点）は、個別の刑罰規定の構成要件を解釈する際に共通して問題となり得る。

7 刑事訴訟法とは（高橋は選択経験なし）

特定の個人に対して刑罰を与えて良いかどうかを適切に判断することができるように考えられた手続を定めた法律

民事訴訟法と同様に、なぜこのような手続・制度を設ける必要があったのかを考えて勉強する。

被疑者および被告人の人権保障の視点から、より厳格な手続が定められている。

8 法律選択科目

自分の選択した法律（科目）の特色を、自分なりに表現できるようにしておいて下さい。

私（高橋）が選択していた「国際私法」について言えば、「世界各国の民法の規定内容は異なっている。そのため、民事上の法律関係（権利義務関係）に渉外的な（外国の）要素が加わった場合、その法律関係を規律する法律はどこ

の国の法律が相応しいのか探すための法律である」と理解していました。

また、国際私法には「各国の（民事）実体法の中から適切なものを選択するという神（鳥）の視点の法律」という表現もあって、個人的に好んで用いていました。

別紙1 論証作成例

(原文) 原田尚彦著「プレップ行政法」(絶版) 142頁

筆者自身は、わが国においても、給付行政上の国民の権利を貫徹したり、あるいは行政監督権の発動を求めたりするために、ある限られた範囲で義務づけ訴訟をいわゆる無名抗告訴訟の一種として承認し、国民の法益を擁護していく必要があるし、また現行の行政事件訴訟法の解釈を通じて、こうした義務づけ訴訟を承認することは、理論上は不可能ではないと考えているが、現実の裁判に当たる裁判官のなかには、取消訴訟を中心とした現行法の下で、裁判所が、判例法によって義務づけ訴訟を承認していくことには、慎重な態度をとる者が多い。

↓ ① 文章を分解する(できれば一文一義(の原則))。

筆者自身は、

わが国においても、給付行政上の国民の権利を貫徹したり、あるいは行政監督権の発動を求めたりするために、ある限られた範囲で義務づけ訴訟をいわゆる無名抗告訴訟の一種として承認し、国民の法益を擁護していく必要がある、

また、現行の行政事件訴訟法の解釈を通じてこうした義務づけ訴訟を承認することは理論上は不可能ではない、
と考えている、

(が)、

現実の裁判に当たる裁判官のなかには、取消訴訟を中心とした現行法の下で、裁判所が、判例法によって義務づけ訴訟を承認していくことには、慎重な態度をとる者が多い。

↓ ② 主語と述語をきちんと対応させる。接続詞を使い分ける。

筆者自身は、わが国においても、給付行政上の国民の権利を貫徹したり、あるいは行政監督権の発動を求めたりするために、ある限られた範囲で、いわゆる無名抗告訴訟の一種として義務づけ訴訟を承認し、国民の法益を保護していく必要があると考えている。

また、現行の行政事件訴訟法の解釈を通じてこうした義務づけ訴訟を承認することは理論上は不可能でないとも考えている。

しかし、現実の裁判に当たる裁判官のなかには、取消訴訟を中心とした現行法の下で、裁判所が判例法によって義務づけ訴訟を承認していくことには慎重な態度をとる者が多い。

別紙2 答案チェックシート

一 問いに対して答えているか。

- 問題文に対する解答（結論）が示されているか。
- 出題者の出題意図（原則論、論点、争点）に答えているか。

二 構成はできているか。

- 論ずる順番に誤りはないか。
- 論ずる分量に問題はないか（バランスを失っていないか）。

三 法的三段論法を示すスタイル（型）はできているか。

1 問題提起ができているか。

- どの条文の問題なのか、引用できているか。
- どの論点（争点）の問題なのかを示しているか。

2 解釈論（論証）ができているか。

- 結論と理由が示されているか。
- 論理に飛躍はないか。
- 論理矛盾を起こしていないか。
- 接続詞は正しく利用しているか。「…が、」を多用していないか。

3 当てはめができているか。

- 問題文にある（重要な、ポイントとなる）事実を拾うことができているか。
- 自分の立てた規範（解釈論の結論）に沿って事実を用いることができているか。

四 その他（加点事由、減点事由）

- 反対説の理由づけ、反対利益に配慮しているか。
- 結論の妥当性に配慮しているか。
- 余事記載はないか。

別紙3 反面教師答案例

1 問い（問題文）に対して答えていない

・・・以上述べてきた理由により、Cには即時取得が成立する。

（「したがって、Cは即時取得によって材木①の所有権を取得する。AはCに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することはできない」とここまで書かないと問いに対して答えていない）。

2 当てはめができていない

・・・ここに「法律上の原因なく」とは、公平性の理念から・・・場合を指すと解する。

本問事案において、Dの取得には法律上の原因が認められない。したがって、AのDに対する請求は不当利得の要件を満たすことになるので、償還請求は肯定される（具体的事実が何も拾えていない）。

3 論理矛盾がある

・・・付合制度が設けられた趣旨は、2個以上の物が結合して1個の物ができた場合に、社会的経済的見地より1個の物として取り扱うことにある。

よって、「毀損しなくても分離すること」ができ、且つ、「分離するための費用も過分にはならない」場合にも付合を認めるべきである（論理的に導けない）。

4 論理が飛躍している

・・・民法242条は不動産の付合について、同248条は付合が成立した場合の償金請求について定めている。

したがって、同条にいう「法律上の原因なく」とは、公平性の理念から見て当事者間の財産的移転が不当かどうかによって判断するべきである（論理が積み重ねられていない）。

5 論理が破綻している（論理矛盾と区別するのは難しい）

即時取得は取引の安全を守るための制度なのであるから、取引によって動産を取得する必要があるかどうか従前は議論があった。

この点、現在の即時取得の条文は取引による取得であることを明文化している。

しかし、だからといって「取引」による取得にこだわる必要はないのではないか。動産を占有している者が権利者として推定されているのだから、その占有者から動産を取得する者は全員保護されるべきである（条文（ルール）を無視）。

別紙4 参考（にして欲しい）文献

- 1 弥永 真生著「法律学習マニュアル（第3版）」有斐閣
特に、同著の234頁以下「法律学の答案を書く」の箇所
- 2 大塚 裕史・外3名著「基本刑法I総論（第2版）」日本評論社
特に、同著458頁以下「補論」の箇所
- 3 杉山 博亮著「論文答案作成教室－法律的文章を書くコツ（第4版）」
法学書院
- 4 柴田 孝之著「試験勉強の技術」ダイヤモンド社
- 5 木山 泰嗣著「最強の法律学習ノート術」弘文堂
- 6 鈴木美佐子著「論理的思考の技法I・II」法学書院

別紙5 答案例（平成27年度民事系問題1第1問設問1）

一 設問1(1)について

- 1（契約当事者が特約によって所有権の移転時期を定めている場合は、その特約によるべきと解するべきであるし、このように解することが民法176条の趣旨にも合致する。）

本問事案において、A B間の売買契約では、所有権の移転は代金が支払われた時と定められている。支払期日（平成23年8月1日）は経過したものの、BはAに代金を支払っておらず、材木①の所有権はBに移転していない、というAの主張に理由あるようにも思われる。

- 2 このAの主張に対し、Cの反論としては、即時取得（192条）によって、Cは動産である材木①の所有権を取得したというものが考えられる。

即時取得が成立するためには、「善意・無過失」、すなわち、取引によって動産の占有を開始した者が、取引の相手方が無権利者でないと誤信し、且つ、信じたことに過失が認められなかったことが要件とされている。

無過失かどうかは、動産取引の安全を保護するという同条の趣旨に鑑み、一般的な取引の実情ないし慣行、商慣習、当事者間の従来諸関係等々、総合的に考慮されて判断するべきである。

本問事案において、Cは、経験上Aが丸太を売却するときは所有権移転を代金支払い時にすること、最近もA B間でトラブルがあったことを知っていた。Cは、Bが材木①の所有権を取得しているか否かをAおよびBに対して問い合わせることができたし、問い合わせるべきだったといえることができる。

Bが材木①について無権利者であったことについて、Cには過失が認められ、即時取得によって材木①の所有権を取得したとのCの反論は認められない。

- 3 したがって、Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張して、その引渡しを請求することができる。

二 設問1(2)について

- 1 本問事案において、材木②は、Dの有する乙建物のリフォーム工事に使用され、同建物の柱の取り替えなどに用いられている。材木②は、乙建物を毀損しなければ分離できない状態となっており、不動産に「付合」している（民法242条）。

（民法242条は、動産が不動産に付合した場合、その動産の所有権は不動産の所有者に帰属する旨定めている。）

同条の趣旨は、一体となったものの分離を強いることは社会的経済的見地から好ましくないことにある。従って、ここにいう「付合」とは、「分離に過大

な費用がかかる」場合と「毀損しなければ両者を分離することができない」場合を指すと解する。)

民法248条は、動産が不動産に付合した場合、不当利得（民法703条、704条）の要件を満たしているならば、その付合によって損失を被った者は、利得した者に対して償金を請求することができる旨定めている。

材木②の所有権を失ったAとしては、本条を根拠として、付合によって材木②の所有権を取得したDに対して償金請求を主張することが考えられる。

2 このAの主張に対して、Dとしては、自分は「法律上の原因」に基づいて材木②を取得したのであり、不当利得（民法703条、704条）の要件を満たさないと反論することが考えられる。

不当利得が定める「法律上の原因なく」とは、財産的価値の移転をその当事者間において公平妥当なものではない場合を指すと解する。不当利得制度の制度趣旨は、公平の理念から見て、実質的には不当な財産的価値の移転を是正することにあるからである。

本設問では、Dは材木②をCとの間のリフォーム工事（請負契約）に基づくCの施工によって取得している。Cに対して材木②の対価も含めた請負報酬額600万円も支払済みである。また、Dには、Cが材木②の権利者であると信じたことについて過失が認められない。実質的にみて、Dが材木②の所有権を取得することは不当な財産的価値の移転ということとはできない。

よって、Aは民法242条（703条、704条）の定める不当利得の要件を満たさない、とのDの反論が認められる。

3 本問事案において、Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を請求することはできない。