

答案の書き方について：谷 雅文

1 答案の書き方を決めてかかると痛い目に合います。

答案の書き方については種々言われているようですが、受験生の間でよく知られているものに「請求権パターン」とか「主張反論型」なるものがあります。しかし、それらを第2講 TEXT の基礎体力診断テストの問題や、第2講、第3講（平成23年予備試験民法）に当てはめてどうなるかと言うと、これは最早明らかでしょう。**簡単なことをややこしくした上に、多くの無駄が出るだけ**です。

問いに答えるのが答案ですから、問いが何を求めているのかが分からないといけません。**書き方が先にあるのではなく、問いが先にある**のです。答案の書き方は問いの意味内容（何がどのように問われているのか）によって大きな影響を受けざるを得ないものです。ですから、**書き方を決めてかかるのは間違い**です。そういった教条的とも言える態度は下記のような問題を引き起こす要因になりますから、注意が必要です。

- ①問題を曲解ないし誤解する。はなはだしいのはねつ造しているケースさえある。
- ②簡単なことを難しくしてしまう。
- ③聞かれていないことを記載するという無駄を生じる。

2 民法の問題は多様であるが、弁論のことを聞いているものは実は少ない。

多くの受験生が要件事実ないし要件事実論に振り回されていて一種のパニック状態にあるように見受けられます。何のために要件事実ないし要件事実論を学ぶのかと言えば、それは弁論を理解できるようになるためです。しかし、**新司法試験や予備試験の民法の問題が、およそ要件事実であるとか弁論のことを聞いていると言うことはありませんし、「主張反論形式」での解答を指定しているとか、求めていると言うこともありません**。受験生の間でとんでもない誤解が蔓延しているようなので、注意して欲しいと思います。実際、このことは、新司法試験平成30年民法採点実感にも指摘されています。

民法の問題は弁論のことを問うものもありますが、そうでないものもあります。新司法試験の問題では実績レベルで言うと弁論を聞いているのは全体の2割を切ったと思われませんが、今後の動向は不明です。予備試験の問題では弁論のことを聞いているものは一つもありません。聞いたらいけない（＝不適切）とまでは思わないのですが、こちらは実務系があるので、そちらで聞くということでしょう。

3 何が重要なことなのか

真に重要なのは、**事案分析をしている際の思考過程**です。それは、もちろん法的な思考である必要がありますが、第2講や第3講で示している解答例はいずれも、この思考過程をほとんどそのまま記載したものです。

すなわち、これらの問題において聞かれていることからすると、特段の工夫を加える必要がないので、そのまま書いているのです。それで答案になりますし、これこそが基本型です（私はこれを原初型と言ってます）。ちなみに、このような構成はドイツでは「時間的経過に従った答案構成」と言われているようです（メディクス・ドイツ民法上※1）。基礎体力テストについても基本的法律関係の説明を少し肉付けすれば答案にできるので、考えて見ると良いです。

4 答案の書き方は一つしかない訳ではない

ここから先は何がどのように問われているのかをよく考える必要があります。民法の

問いは多様であり、さらに種々の注文が付されるときがありますから、**問いに対応して種々のアレンジを加える事ができなくてはなりません**。答案の書き方は判断事項です。

ただ、アレンジを加えると言っても、実はそんなに大変なことではありません。この点について不安に思うのだとしたら、それは、そもそも**事案分析力自体が不足していることに起因する**ものです。事案分析力が向上するにつれて、起案力も向上して行きますから、そうした不安は払拭されて行くのです。判断力は経験を積むことで向上します。そのためにも、まずは基本型がしっかりしていることが大切です。

5 ドイツの指導方法を参考に

私自身は学生の頃から変わっていないのですが、ドイツの指導方法とほぼ同じことをしていました。知らないで同じになっていたと言うところが意味があると思います。すなわち、合理性があると言うことです。

ドイツでは「請求権に基づく答案構成」と言う指導が行われているということなのですが（法政ローの遠山教授がこれを提唱されています※2）、それはどういう場合なのか？抽象的に言えば上記「時間的経過に従った答案構成」が妥当しない場合なのですが、これは例えば代理の問題などを想定すると分かりやすいでしょう。

予備試験の問題だと令和2年の問題がこれにあたります。この場合でもやはり時系列に沿って思考を進めるべきであることは変わりないのですが（権利関係不変の公理は全件＝全問題に妥当します）、問題文を解析しつつ読み進めていくと、代理人BがAを代理してCとの間で金銭消費貸借契約を締結していると言う事実が出てきます。

そこで、これが権限がある行為なのかどうか？と言う問題関心がここで生じるはずで、この契約の効果が本人Aに帰属するのかが問題で、この点を考えていく訳です。思考の流れとしては、まずトップダウン型から入ってボトムアップ型へ展開します。これをC側から見ると、CのAに対する貸金返還請求権が立つか？と言うことですね。そして、原則規範から例外の方へ思考が進んでいくという展開です。この問題の場合、後日BがAの後見人に就任するのですが、追認の拒絶ができるのか？と言う点が問題になり、最終的には信義則によることになるので、丁寧に事情を拾いながら説明していく必要があります（この場合、後見人が本人の利益を保護する義務を負っている以上は、単にBの禁反言と言う見地からだけではなく、本人Aの利益保護と言う観点をに入れて考える必要がある・法学教室 No.356・156頁演習参照）。

このような思考展開は、まさに民法規範の構造に沿っている。そして、このような思考過程が答案の構成に反映してくるのです（メディクス先生が言うように、実体法の構造に由来する構成になる）。**学修が進んでいけば、自ずとそういう形が見えてくる**はずで、

問題文を読み、そこに示された事実を睨みながら、その法的解析を試みるならば、その過程で自分の思考が「トップダウンとボトムアップを行き来しながら進行している」ことが実感できるはずですが、いかがでしょうか。答案に示すべきなのは、その思考過程なのです（この見地からも、「生の主張を考える」と言うようなレベルのことは早急に卒業していくべきものですし、実はそう言ったことは特に意識していない人が多いのではないのでしょうかー後からこじつけることはできますが・・・）。

ちなみに、令和2年の問題の設問1は「Cは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、

貸金の返還を請求することができるか。」というもので、設問2のは「Dは、本件不動産について強制執行をするための前提として、Eに対し、本件登記の抹消登記手続を請求することを考えている。考えられる複数の法律構成を示した上で、Dの請求が認められるかどうかを検討しなさい。」というものです。設問1の方は本テスト3の問いと同等ですし、設問2の方は、問いの中心部分はDは本登記の抹消請求をすることができるかというものですから、これは基礎体力診断テストと第3講の中間くらいでしょうか（請求の内容は示されているが、請求の根拠までは示されていない・基礎体力診断テストのCに対する問いを「BはCに800万円の支払いを請求できるか」とすれば同等の問いになる）。ただ、こちらは複数の構成を示すという注文が付されているので、その要求を満たす必要があります。いずれの場合も、CA間訴訟やDE間訴訟の弁論の説明が必要な訳でもなければ要件事実論の展開が必要な訳でもありませんし、主張反論形式の解答が必要な訳でもありません。もちろん、実務法曹を目指す以上は、このこととは別に、設問1、同2のそれぞれについて、弁論構造の説明ができるのではなくはなりません、この問題ではそれは聞かれていないのです。これは問題文の形式から明らかなことで、第3講の問題と同じです。これが分からないと言うのは、やはりそれ自体が問題だとやわねばなりません。

6 問題文の注文について考えましょう。

(1) 問題文中に「～の反論に留意しつつ」という趣旨の注文が付されている場合があります。予備試験の問題だと平成26年の問題や（7に記したAの請求について、予想されるCからの反論を踏まえつつ検討しなさい。）、令和3年の問題設問1がこれにあたります（～Bからの反論にも言及しつつ、Aの主張が認められるかどうかを検討しなさい。）。これは、解答の書き方として主張反論形式を求めているということではなく、素直に文字通りに考えれば良いのです。平成26年の問題では請負契約に基づく修補請求が問題になっており（やはり時系列に沿って考えて行くことになりますが、思考の流れとしては、トップダウン型から入ってボトムアップ型へ展開して行きます・令和2年の問題と同じ）、これとの関連で瑕疵があるのか？が問題ですね。C側としては機能的には問題がないのだから瑕疵はないとか、仮にこれが瑕疵だとしても軽微であるから、過大な費用をかけてまで修補するのは行き過ぎで、社会通念上の履行不能（民法412条の2第1項）だとか反論すると考えられると言う点を指摘すれば良いのです。

すなわち、問題提起の方法として当事者（C）がこの点を問題にして～と反論（主張）するだろうと示せば良いだけです。こういう注文がなければ、「瑕疵と言えるか問題になる。」とか「履行不能であれば修補請求はできないので、そう言えるか。」等で足りるところですね。つまり、注文があろうがなかろうが検討を要するポイントなのです。問題点なので検討して欲しいというのが出題者の意図ですが、予備試験ならではの注文と言えます。もちろん、こうした問題点に気づくこと、その指摘をすること自体は民法の関連規定がどのようになっているのかに関する知見を必要とする訳ですが（その知見がなければ、何が問題で、どういうことを検討するべきなのかが分からない・改正前と改正後では使用される条文やその内容に違いがある・旧民法634条1項但書を参照下さい―出題当時はこの規程で考えることになる）、これは学修によって身につけていく他はありません。

令和3年の問題はどうか。こちらはAの解除が認められるかが問われているのですが、この問いの中心部分がこの点にあることを忘れてはいけません。本件の事実関係の下では、目的物とされているワインそのものが滅失した訳ではないのですが、飲用に適する状態ではなくなったと言う点が問題です、果たして「履行が不能になった」と言えるのか？この点について、問題文では、BはAに引き渡しをしようとしたと言うのですから、なお履行可能だという主張をするものと解されますし、他方A側で考えると、飲用に適しないと言うのでは契約をした目的が達成できないのであるから、これは社会通念上は履行が不能になったと言うべきだと立論することになるでしょう（その前提としてAB間の債務の内容＝合意内容の確認が必要です←要するに、時系列に沿って考えると言うことに帰着する）。要するに、民法542条1項1号（→同412条の2第1項）に定める解除の要件充足について丁寧な認定をすることが求められていることが分かります。反論に言及せよとされているので、反論を明示して書くことになるのですが、この点は、問題文にこのような注文が付いていなくても当然に丁寧な認定が必要なところだということが分からないといけません。ここが丁寧な解答は評価されるでしょうし、そうでないものは点が入らないと言うところですね。

この他には、履行不能であっても、Bに帰責性がない言う点については（Aにもない）、このような場合に、売買契約についてAの解除が認められるか否かについては、改正前後で扱いが異なり、重要な変更があったところですから、これをBの反論とするとか（これは改正法分かっていますよというアピールになるので、簡単に触れておくと良いでしょう）、これに加えて、改正民法543条をBの反論として指摘するのも良い（これは抗弁事由の不存在を確認する意味がある）と思いますが（問題文上、Bの反論は一つである必要はありません）、この2つは前者に比べると重要性は低いと思います。大切なことは、主張反論の形式に汲々とするのではなく、要件充足について丁寧に考えること、その思考過程を示すと言うことです。

次に、賃貸借契約については履行期日前に復旧しているので履行自体は可能ですから、履行が可能である以上、Aは解除できないというのが原則論であり、これがBの主張＝反論になると考えられます。しかし、それで良いのかと言うと、この点はさらに売買契約との主従関係（一体性とも言える）を考える必要があるのです（民法判例百選⑩第8版 No.44）。つまり、ここに検討を要する問題があるので、Bの反論に言及せよとの注文が付けられていることが分かります。これは平成26年の問題と同趣旨です。

答案の構成としては、物権変動ものではないので、ドイツ流に言えば「請求権に基づく構成」になると言うところですね。問題文上ではAの解除が認められるかと言う点が聞かれているのですが、これをB側から見るとBの代金請求や賃料請求の可否と言うことになるので、これは自明のことと言えます。もっとも、そう言った分類よりも、ここでも権利関係不変の公理が妥当するのですから、やはり、時系列に沿って当事者間の権利義務の「発生と変動」に着眼して行くことが大切です。そして、それができるのであれば、自ずと解除の可否の点にたどり着くはずですよ。

以上要するに、何故そのような注文が付されているのかを理解できるのであれば（その力量が必要です）これに対処することは容易なことです。

(2) 次に、問題文中で当事者がある一定の主張をしていると言うことが示される場合が

あります。予備試験の問題だと令和元年（～Cは、Dの抵当権が設定される前に、Aから本件土地を贈与されたのであるから、自分こそが本件土地の所有者である、仮に、Dが本件土地の所有者であるとしても、自分には本件建物を存続させるための法律上の占有権原が認められるはずであると主張した。）、令和3年の設問2がこれです（(1) Cは、本件譲渡担保契約の有効性について、第三者に対して主張することができるか、【事実】9の①の主張と②の主張に留意しつつ論じなさい。(2) Dは、Cに対して、本件ウイスキーの所有権を主張することができるか、【事実】9の③の主張に留意しつつ論じなさい。）。

これは誘導です。こういう主張が出ているという設定ですから、この点について検討することは避けられません。実は、これらの点はこういう設定がなくても検討を要するところなのですが、特に令和元年の問題の後者の方はこのような設定にしないと受験生が一般条項の方へ行ってしまふことを危惧したものと思われまふ。これも予備試験ならではの誘導とも言えますね。解答としては、基礎体力診断テストの基本的法律関係の説明の要領で、時系列に沿って考えて行くことさえできれば、自ずとCの主張として示されている部分に目が行くはずで（そこで、「Cの主張」が誘導だと分かる）、それが認められるか否かは容易に判断できる（第1ラウンドではDが勝つが、第2ラウンドではCが勝つ）。そして、その検討結果を示せば十分に合格レベルに達するはずで、すなわち、この問題に対する解答は、「時間的経過に従った答案構成」によるべきです。

素直に考えれば良いのであって「誘導の乗り方」等余計なことに腐心する必要は全くありません（時間と労力の無駄）。

また、問題文に示された2つのCの主張にコミットすれば足り、それを超えてDC訴訟の弁論構造の説明が求められている訳ではありませんし、要件事実論の展開が必要な訳でもありません。さらに言うと、要件事実ないし要件事実論によれば、この問題にうまく対処できるというものでもありません。むしろ、要件事実や要件事実論に対する十分な理解があれば、そういうことは関係ないと言うことが判断できるのですが（つまり、要件事実ないし要件事実論の学修を全くしていない者でもこの問題には解答できる・問いの中心部分は「この場合において、DのCに対する請求は認められるか」と言うものですから、求められていることは、問題文に示された事実関係のもとで、どうなるかのかを考えること）、それができないのは生兵法だと言う他ありません。それでは混乱する虞が高いです。実際、この問題については、主張反論に拘泥して大混乱に陥った人が多かったようです。いわゆる解答速報にもひどいものがありましたから、合格者でも当てにならないですね。こういったことが引き起こされる原因は、そもそもの**基本方針が誤っている**点にあると言うべきでしょう（※3）。

令和3年の設問2の方は、設問1とは異なり物権変動もので、この点では令和元年と同じですから、やはり時系列に沿って考えることが大切です。それができれば、自ずと問題文が留意するように求めている問題点にたどり着くはずで、すなわち、問題文が留意するように求めている3点は、元来、このような問題文の指示がなくても考えることができなければならない点なのです（当然のことながら、指示がなければ書き方は変わって来ます）。そういう意味で、これもまた実に予備試験らしい誘導と言えます。これに対する解答は「時間的経過に従った答案構成」によるべきなのですが、この問題は

検討すべきことの重点が法律論にありますね。理論的な思考(組み立てとも言えます)ができるか否かが鍵になります。(1)の問いに対しては、留意点②(有効性)の方が先になるように思われますが、いかがでしょうか(有効性については、民法判例百選①第8版No.99解説参照)。同じような出題形式は平成25年の問題にも見られます。

そして、この問題は譲渡担保契約の有効性を前提とした上で、所有権留保特約との優劣を論ずることになります。所有権留保特約の効力を文字通りに所有権が移転しないと解するならば(ここにも問題があるのですが、こう考えるのが判例です・私法判例リマックスNo.58のNo.5解説参照)、Aは代金を支払っていない以上、本件ウイスキーについては無権利者に過ぎない訳ですから、これを譲渡担保に供することはできないはずです。従って、Cの譲渡担保権の効力は及ばない。これは原則論とも言えますが、本件では、AD間の売買契約上、Aが当該ウイスキーを第三者に売却できる旨が特約されています。これは処分授權と解することができます(処分授權については、民法判例百選①第8版No.37解説参照・この特約は不合理なものではありません)。

こう解するならば、結論としては、Cの譲渡担保権の効力が及ぶと考えられます。

もっとも、この契約の解釈として、譲渡担保は転売に含まれないと言う立論は可能でしょう。そう解するならば、結論は逆になりますね。

これは筋を通して考えることができるかと言うことが試されているのです。そういう意味でも平成25年の問題と通底するものがあります(こういった問いは新司法試験でも見られますから、受験生としては注意が必要です・平成21年民法設問3)。

最終的な解答ですが、問いは「DはCに対して本件ウイスキーの所有権を主張することができるか。」と言うものなので、「Cの譲渡担保権の負担付で、その所有権を主張することができる」でしょうか。あるいは、「Cの譲渡担保権の負担のない所有権の主張はできない」でも良いでしょう。この点は譲渡担保権を担保権(所有権に対する制限物権)と言う前提でそうなると言うことですが、意味は伝わるでしょうから、これで良いと思います。

7 試験問題は自分の都合に合わせてくれない

さて、ここまで見てきたことから明らかなように、民法の問題中に、反論を示せとか反論に留意せよとの注文が付されたものがあつたり、当事者の主張が提示されているものがあるからと言って、およそ民法の問題が弁論のことを聞いているとか、主張反論形式の解答を求めていると言うことにはなりません。要件事実や要件事実論を学んだからと言って、問題自体の意味内容が変化すると言うものでもありません。

自分の都合に合わせてはくれないのが試験なのです。この厳然たる事実を受け入れなくてはなりません。

従って、**何がどのように聞かれているのかを正確に把握することこそが重要**で、その力を涵養することが必要ですが、問われている当事者間の法律関係の把握さえできれば、種々の注文が何故付されているのかも理解できるようになりますし(=題意の把握)、その注文に応えるには、**基本型にほんの少しのアレンジを加えるだけで足りる**ということが分かるはずです。

ちなみに、第3講(平成23年予備試験の問題)については、平成26年や令和元年、同3年の問題と異なり、想定されるCの反論に言及もしくは留意せよとか、CがBとの

間の土地賃貸借契約をAないしDに対抗できるはずだと主張しているとかの問題文になっていない訳ですが、ここまでの説明でそれが何故なのか分かるのではないのでしょうか。これは、BC間の契約はいわゆる他人物の賃貸借契約であり、当事者間では拘束力がありますが、土地所有者Aには対抗できない＝合意は当事者だけを拘束する、という大原則（条文にない民法の原則のうちの一つ・法学教室No.152・11頁）に関わる部分ですから、これについて特に掘り下げた検討をするべきものでもありませんし（原則の確認で足りる・根拠条文を指摘するのと同じです）、この原則を確認させるためにわざわざ誘導を設けるまでもないからです。そこまでやったら、それは果たして試験問題なのか？最早単なる教材と言った方が良くと思います。そうであるにも係わらず、「Cの反論」を示した上で、これを叩いて見せると言った書き方をするのは、それ自体は間違ったことが記載されている訳ではないのですが、この問題に対する解答としては全く無駄以外の何物でもないのです。

8 最後に、**弁論のことが問われている場合**もあります。

新司法試験になって新たに試験範囲になったものです（※4）。これは問題を見れば分かるはずですが、端的に要件事実を問うものであったり（新司法試験平成27年民法設問2の(1)－これは基礎体力診断テストの問題の応用です。）、下線部の法的意義を問うものであったりします（新司法試験平成21年民法設問2の(1)－これは要証事実の理解が問われたもの・同問(2)は、これも要証事実の理解を踏まえた上で、下線部の事実の評価が問われている）。

この種の問題は問われ方が様々なので一概に答案構成はこうだ書き方はこうだとか言いにくいところがありますね（主張反論形式で書くと言うものではないです）。書き方云々よりも、問われていることがどういう事なのかを理解することが重要で、それができれば、書けるはずなのですが、そもそも問題の理解自体があやしい人が多かったようです。結局、理解不十分と言うことなのでしょう。

9 まとめて見ると

民法の問題は多様なのですが、それでも大きくまとめて見ることができます。

第1の分岐点は、それが弁論のことを聞いているのか否か。つまり、弁論問題ですね。

第2は弁論問題ではない従来型のものですが、これが2つに分かれます。

2①が、物権変動問題です。

2②が、その他になります。

以上の3類型ですね。弁論問題は確かにやっかいです、出題範囲が広がった以上仕方のないことです。

こうした問題に対応するためにも日頃から変化を取り入れた学修が求められると言えるでしょう。書き方が先にある訳ではないのです。「考えたこと」を書きましょう。その「考えたこと」の質が問われるのです。だからこそ、自分の思考過程に目を向ける必要があります。**思考過程をプロ化**することを考えましょう。不安に思うのは分かりますが、その不安を払拭するには学修を地道に積み上げる他はないのです。言葉のようなものなので、やればできるようになります。**できないのはやらない(使わない)から**です。

※1 メディクス教授は、請求権に基づく答案構成の提唱者なのですが、その根拠は、実

体法の構造に由来するものであること、そして、この構成には限界があること、すなわちこれが妥当するのは、事例問題で問われていることが請求権によって答えられる場合だけであること、事例問題が何か別のことを問うている場合は、請求権に基づく答案構成は不適切であることを指摘しています。

そのような場合として、物権的法状態が問われている場合（誰が所有者か？等）をあげ、そのような場合には、請求権規範は問題ないならない、その代わりに、検討の対象になる権利を問題で問われている方向に変動させるような法律効果を持つ規程が問題になるとされます。そして、このような構成を「時間的経過に従った答案構成」と言い、これは請求権に基づく答案構成の際に、物権的法状態が先決問題である場合にも適しているとされます。

ディーターメディクス・ドイツ民法上（信山社）1頁、14～15頁

※2 請求権から考える民法2（信山社）1頁注1

遠山先生は、メディクス教授の方法論に賛同されるので、時間的経過に従った答案構成を否定することはないと思われま

※3 同じく民法177条の問題であった平成27年予備試験民法の場合は、令和元年の問題のような問題文上の当事者の主張は一切示されていませんし、BやFの主張ないし反論を示すように指示されている訳でもなく、反論等に留意せよともされていないですから、こちらについては、当事者（BF）の主張ないし反論を示すようにして説明する必要はありません。それを書いたらいけない（減点）と言うものでもありませんが、平成23年や令和2年の問題同様、そうした記載は無益記載です。また、この問題も弁論のことが聞かれている訳ではありませんから、BF間訴訟の弁論構造や、これに沿った説明をする必要もありません。

また、この問題は典型的な物権変動ものなので、やはり「時間的経過に従った答案構成」によるのが適切です（甲建物を巡るBFの法律関係が先決問題になっていることが分かると思います・これも基礎体力診断テストと同じ）。

※4 要件事実ないし要件事実論の理解が求められるところですが、このことによって従来からあったタイプの問題の意味内容が変化するということはありません。

民法の場合、旧司法試験と新司法試験は、後者において出題範囲が広がったとは言えます。すなわち、弁論のことが聞かれるようになり、これに伴い、新たなタイプの問いが現れたのです。問いのバリエーションが増えたのですが、それだけのことであって、全部がニュータイプになった訳ではないのです。どうも、このことが分からない人が結構いるようですから、注意して下さい。何でも要件事実は間違いです。私が受験生だった頃に「主張反論型」の答案などありませんね。見たことないです。そんなの書いたら間違いなくダメ出しされたでしょう。もちろん、当時の司法試験が実務家登用の試験でなかったということはありませんから、念のため。