

すべての道は書き方に通ず？

——学生の中に蔓延する奇妙なカルチャー：
法文書作成の現場から——

谷 雅 文*

I

長らく法文書作成を担当してきたが、その中で学生の中に飛び交う奇妙な言動があることに気づかされた。このような言動が生まれてくる背景にも気になるものがあるので、少しまとめて考えてみた。授業実践報告なので、あまり学問的なものではないが、ご容赦願いたい。

その1 「法的三段論法で書く」

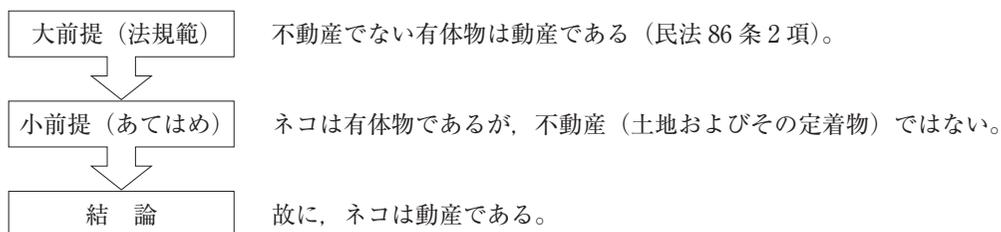
いつから法的三段論法が答案の書き方になったのか？非常に驚いたものである。実際に法的三段論法とは、問題提起→規範定立→あてはめ→結論という順番で書く答案の書き方のことだと思っていたという学生に会ったこ

ともある（当時法学部2年生）。この変種と思われるが、問題提起は法的三段論法に含まれるか？という質問というか疑問もあるようである。これでは先が思いやられるので、「ネコは動産である。」という具体例を示して説明することになっている（下記のとおり）。通常、ネコが動産であるということを法的三段論法を用いて論証する（つまり答案に書く）必要はないが、このことはしっかりと理解されていないとはならないはずである。

その2 「法的三段論法を守る」

これは「法的三段論法で書く」の変種と思われる。「ネコは動産である。」の例に見るとおり、法的三段論法は至る所に存在しているので、その全てについてフルコースの論証を展開したらとんでもない事になる。重要な所

〈法的三段論法〉



* 中央大学法科大学院客員教授，弁護士

でフルコースの形を示すということなのであるから（当該答案の説得力の問題とも言える）、守るとか守らないとかではなく、ウエイトの判断が必要なのである。判断事項であることが、書き方の問題にすり替えられているところに大きな問題がある。

その3 ある Q & A

「Q 民法の答案は要件事実を引き付けて書いたほうがいいのでしょうか？ あくまでも民法の答案なので要件事実こだわるといわけではないです。書きやすさ等の観点からアドバイスをいただけたらと思います。

A 確かにその方がいいです。

検討事項を整理して検討するのでミスが減る、党派的主張が展開しやすい（両当事者の立場に立って考えることになる）ため説得的な起案ができる、実務に活けるといいことばかりです。要件事実そのものの説明は基本的には不要で、サラッと要件事実にして起案して問題ないです。あくまで司法試験は実務家登用試験ですので、実務と同じ要件事実にして起案の方が高く評価されるのではないかと考えていますし、○大ロー生が民法が強いと言われる理由も○大ロー生は要件事実にして起案を叩き込まれるからだと考えています。」

これにも驚かされた。まるで具体性がないので、何も分からないのである。「要件事実を引き付けて書く」とか「サラッと要件事実にして起案」するってどういうことなのか？これが当事者間で会話として成立していると

すると、この当事者間で共有されている一つのカルチャーがあると思えない。そして、この会話が理解できる者はそのカルチャーを共有しているのだろう。しかし、少なくとも私はそうではないのである。

この種の質問に対しては、質問者が相当に危ういので、まずもって「どういう問題ですか？」と状況を特定することから始めないといけない。安易な回答などできようはずもないのである。

また、「○大ロー生は要件事実にして起案を叩き込まれる」というのも相当に疑問である。それは民裁の主張整理の起案の事ではないだろうか。それはどこでもやっている事だと思われる。

その4 「主張型答案」

問題文上で紙上討論会が要求されているなら、討論すれば良いのである。そのような問題はそれにふさわしい内容になっているはずである。そうでないなら、三重苦だけで（読みにくい&書きにくい&コスパが悪い）、どうかすると、混乱の元でしかない。不要なことはしないというのが合理的と言うものである。主張反論の形で書くのが民法の答案であると思込んでいる者が非常に多いのには毎度驚かされるが、とうとう試験委員が言い出した（平成30年の民法採点実感参照）。そもそも、答案の書き方は判断事項なのであって、何がどのように問われているのかを捉えて、どのように書くのかを判断しなくてはならない。民法は型がないから書きにくいと言う人

がいるようだが、民法の答案に型がないというよりも、民法の問いに型がない（相対的なものであるが、刑法と比べるとそのフレキシビリティは高いだろう）。色々な角度から問いが出されて来るので、それに対応することを考えなくてはならない。テストであるから、これは仕方がないのである。「書き方」が先にあるわけではなく、「書き方」を知っていれば良い答案が書けるというものでもない。

その5 「問題提起をする・しない・書き方」

その4に通じるものがあるのだが、その問題中で重要な論点なら問題提起したら良いのではないだろうか（解答者の問題意識が伝わるように）。それを躊躇う理由はどこにもないはずある。しかしながら、重要でないところでこれをやったらピンぼけである。要するに、これは題意を把握する力量の有無に帰着することなのである。すなわち、問題提起それ自体は評価の対象になるというものではないだろうが（某大手予備校が主催する答練では、問題提起それ自体に配点しているらしい）、事案に則した適切な問題提起ができているものは、考えるべきことが分かっているのだから、その後の内容も適切で、流れも良く充実したものになって行く。古くから問題提起が重要だと言われてきたのは、このような文脈においてのことで、これには十分な理由があると思う（「問題提起を見れば実力が分かる」とも言われてきた）。他方で、問題提起は適切なものでなくては意味がないのであって、「～が問題となる」とか、これに類

することが書いてあればそれで良いというものではない。適切な問題提起ができていないものは、そもそも問題点が把握できていないのであるから、当然、中身がオソマツだということになる。したがって、問題提起をするとかしないとかそういった形式的なことを気にするのではなく、その事案の中で、何が何故問題になるのか（これが中身）を的確に見抜く力の涵養こそが重要である。

その6 「論証の射程（or 使い方）を考える」

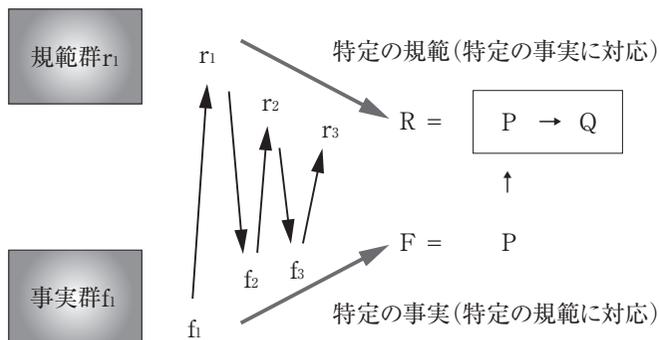
これは「論証」先にありきの物言いである点で倒錯していると思うのだが、ところ構わず「吐く」お行儀の悪すぎる人がいるので、こういうことが言われるようになったものと考えられる。もっとも、そう言った現象自体は「論証パターン」なるものが登場する以前から存在していた。「論点」に飛びつくピンぼけ答案である。これは要するに、どういう問題なのか、何を議論しているのかをしっかりと理解していないとダメだということに帰着する。議論はするものであって、覚えるものではないのであるから、そういう意味ではアタリマエのことだとも言えるのだが、そもそも、「論証」を解釈適用するのではないのであるから、「論証の射程（使い方）」と言うより、「問題の所在」と言うべきものである。そしてまた、問題の所在をしっかりと把握できるのであれば、最早、「論証」を無理に覚え込む必要もなくなり、自ずからお行儀の方も良くなっていくのである。

「論証パターン」については、研究者教員

の中では概ね否定されるものだろうが、実務家の中では意見が分かれているようである。意見が分かれる原因は、これを使って合格したという実感を有する者とそうではない者がいるということにあるのだろう。私が受験生であった頃は（昭和60～62年）予備校の勃興期であり、ちらほらとこうしたものが出始めたところであったが、私は使ったことがないから（私の周辺にもいなかったが、これは当人の所在する環境によるものと思われる）、司法試験に論証パターンは必要か？と問われれば、必要ないと答えるし、私自身が生き証人であるとも言える。また、有益か有害か？と問われれば、有害と言った方が良くも考えている。それは、これが有害に作用した実例が多数存在することもあるが（そうした実例も授業中に示すようにしている）、そもそも私が事案分析をする際の思考過程にそのようなものは存在しないし（したがって、それは私にとって異質なものである）、そのようなものが頭の中にあつたら、事案分析の妨げ

になると感じられるからである（具体的には私の実践問題解析にて示したつもりである）。何よりも、論証パターンには事実関係が示されていない。これが問題であると思う。私は法律上の議論（論点）は結論に至る過程の一部であると実感しているが、これでは一体何を議論しているのか分からない。すなわち、（悪い意味での）論点主義、論バ吹き出しは、法の解釈が実はそれが適用される事実に対する判断との間で、行ったり来たりしながら進行していく（あてはめの判断と同時進行である・解釈論だけが先行し、その後あてはめの判断に移るということではない・図1）、という核心部分の実践を伴っていない。それは、法的思考の真髄を欠いたもので、抜け殻である。法の解釈は事実の判断と密接不可分で、その訓練は適用の判断を伴って行われる必要がある。それが無いのでは訓練にならず、これを別々にすることはできないと思う。だから、論証パターンそれ自体を何度なぞってもそれは法的思考の実践にはならない。これは

図1 法的三段論法の完成のための模索過程



(出所) 大村・基本民法1第3版・366頁から

民法に限ったことではないはずである。論点学修は必要であるが、それは事案分析の中で具体的に行われるべきものであって、大切なことは、繰り返し事案分析に挑むことであり、その中で法律上の議論を考え直し続けることであると思う。その過程で長期記憶化が果たされるのではないだろうか。これが私の経験に基づく実感であるが、論証パターンを使って有用だったと実感している人は、その言うところの「使う」ということをもう少し具体的に説明して欲しいものである。なぜなら、具体的説明のないそれは暗黙知に止まってしまう、後進の学生をいたずらに混乱させるだけだからである。

その7 「生の主張を考える」

こういうことを言う学生は非常に多い。全員とは言えないかも知れないが、かなり多くの人がそのように教えられて来ているのである。これにも驚いたので、少し調べてみたところ、どこの予備校も同じようなことを言っていて、その結果、そういうことを言う人が多いのだということが判明した。また、その起源は、私が受験生であった頃に既に存在していたようである（貞友義典著『貞友民法LIVE 過去問解説講義』辰巳法律研究所、2002年）。生の主張を考えるとはどういうことか、判然としないところがあるが、要は、当事者の気持ちになって、何を言いたくなるかを考えようということのようである。代表的なものに菅野邑斗著『読み解く合格思考民法』（辰巳法律研究所、2015年）がある。そ

こで、これを信奉する学生は、事案分析の際に、まず当事者の「生の主張」を考えようとするのであるが、私からすると、これは非常におかしいのである。これは具体的な説明が必要だろう。私は次の事例を用いて説明している。

「Aは父親から相続した山林（以下、本件山林という）を所有していたが、自己の営むレストランの経営が思わしくなかったことから、本件山林をBに売却することとし、Bとの間で、代金を1000万円とする売買契約を締結した。本件山林には、伐採に適する檜（ひのき）や杉が50本生育しており、この売買代金は立木分が800万円、土地部分が200万円と算定されていた。そして、BはAに対して1000万円の代金を支払ったが、AB間ではお互いに当面の課税を避けるため、所有権移転登記は1年後以降にBの都合の良いときにその請求を受けて行うこととされた。

CはAの知人であり、材木商を営む者であるが、かねてより本件山林の檜や杉を購入したいとの希望を持っていたところ、Aのレストランの経営状態が思わしくないようなので、好機到来と考え、Aに対して本件山林上の立木の購入を持ちかけたところ、Aから本件山林は既にBに売却済みであるとの説明を受けた。そこで、CはBのもとを訪れ、本件山林上の立木の購入を申し入れたが、代金について折り合いが着かず、契約締結には到らなかった。

その半年後、Aが交通事故で死亡したが、Aの相続人はその妻DとAの母Eの2人で

あった（AD間には子はいないものとする）。Cは本件山林の所有権登記が未だA名義のままになっていることを知り、DEらに対して、所有権移転登記が未了である以上、本件山林の所有権はBには移転しておらず、Aの相続人であるDEらこそが本件山林の所有者であって本件山林やその上の立木を処分することができる、また、Bとの間で何か問題があるようなら自分が全面的に解決するので、DEらは心配する必要はないと言って繰り返し働きかけ、本件山林上の立木の買い受けを申し入れた。他方、DEらは、AB間の売買を知ってはいたが、Cの言うとおりで本件山林の登記簿上の所有名義がAのままになっていたこと、およびAの死亡により各自生命保険金1000万円の支払いを受けたものの、収入源であったレストランの廃業を余儀なくされ、将来の生活不安もあったことから、Cの申し出に応じて、本件山林上の立木全てを代金400万円で売却することとし、Cとの間でその旨の売買契約を締結した。

そしてその翌日、CはDEらに対して売買代金の全額を支払うと共に、本件山林上の立木中価値のある檜や杉50本の全てを伐採し（以下、本件伐木という）本件山林から搬出した上で、本件伐木の全てをFに代金800万円で売却し、代金全額を受領と引き替えに引き渡した。現在本件伐木はFがその所有する倉庫に保管している。

以上の事実関係の下で、BはCFに対して如何なる請求をなしうるかを検討せよ。なお、場合を分ける必要があるときは適切な場合分

けをした上で説明すること。また、解答にあたっては、民法の適用を考えれば足り、その他の法令は考慮しないで良い。」

問いは「BはCFに対して如何なる請求をなしうるかを検討せよ」であるから、この質問自体からは訴訟物は特定されない。そこで、問題文の解析にとりかかることになるが、ここは普通にまず第1文から入ることになる。「Aは父親から相続した山林（以下、本件山林という）を所有していたが」とあるところ、本件山林は不動産である（民法86条1項）。この不動産の所有権（民法206条）がA（自然人であり、権利能力の主体）に帰属しているという状態（法律状態である）がスタート地点になる。第1文を読んだところで、このような認識を持ってないのではかなり問題である（そのような人がいるのだろうか?）。次いで、AB間に本件山林の売買契約が成立し、これによって、本件山林の所有権がB（ここで当事者の一方が登場・こちらも自然人であり、権利能力の主体）に移転すると考える（民法555条・176条）。但し、これは不動産の物権変動になるから、Bがこの権利変動（所有権の取得）を第三者に対抗するには登記が必要である（民法177条）。つまり、この時点で本件事案に民法177条を適用し、その規範内容に沿って思考を展開しているのである。さて登記は…と見ると未登記状態である。そうすると、第三者（登記の欠缺を主張する正当な利益を有する者・判例）が登場してくるとやっかいなことになるな、どうだろうか…と考えつつ先へ読み進める…問題文を読みつつ

このような認識が持てる人は分かるはずであるが、この問題の法的解析にあたって「生の主張」を考えるとというわけでもないし、「請求から考えて」いるわけでもない。むしろ、そのような事はできないと感じられるのである¹⁾。

もちろん、上記のように問題文を解析しつつ読むことができないと言う人もいるのかも知れない。本当にそうであるならば、確かにこの問題文に示された事態はその人にとって「生」=カオスなのだろう。そういう人にとってそれ自体はやむを得ないことなので、その状態からとにかく考え始める他はないのであるが（生の主張を考える）、それには確かに意味があると思う。とにかく自分なりに考えてみるということには学修上大きな意義があり、それは如何なる段階にある者にとっても妥当することである。しかし、それが事案分析のセオリーだとか公式だということではないはずである。それは、単にピンチなだけで、実務法曹を目指す以上は、そのような状態は放置してはいけなないのである。ところが、多くの学生はこのことを理解していない。生の主張を考えるということを事案分析の公式のように考えているのである（これはそのように教えられて来ているということでもあり、これに答案の書き方がリンクしていて、後述のその8に繋がる）。これではせっかく学修したことを使わず、いちいち頭の中を初期化しているに等しい。法律の問題文を読んでいるにもかかわらず、「生」ということがあるのか？自分の頭の中をよく考えてみ

る必要があるので、学生にはメタ認知が重要だという話をすることになる。

その8 「請求から考える」

これもその7と同様の状況である。こういうことを信奉する学生は、事案分析にあたり、まずもって訴訟物を特定し、その請求原因事実が認められるか、認められるのであれば、抗弁事実はあるかというように検討していくのだと言う。そして、これと答案の書き方が密接にリンクしている点に特徴がある（～は～と主張する。これに対して、～は～と反論する。という形をとる）。答案構成という見地から見た場合、民裁の主張整理から判決に至るプロセスのようなので、私はこれを民裁・判決起案モデル（これが強固に教条化しているものを米倉先生の二重譲渡帝国主義にあやかって、民裁帝国主義・その4）と呼んでいる。しかし、これも私からすると、非常におかしいのである。上記その7でも示したとおり、事案分析にあたって、まずもって訴訟物が特定されるということはないはずである。それは問題文自体が検討すべき請求権を特定して示している場合についてだけ言えることに過ぎない。実にアタリマエのことなので、そのように説明したところ、非常に大きな反発があり、大変に驚いたものである。まるで新興宗教団体との戦いの様相を呈していたのであるが²⁾、最近では、状況に変化が見られるので、これはおかしいという事が理解されてきているのかも知れない。そもそも、「請求から考える」ということは、仮説を立てて

図2 トップダウン型

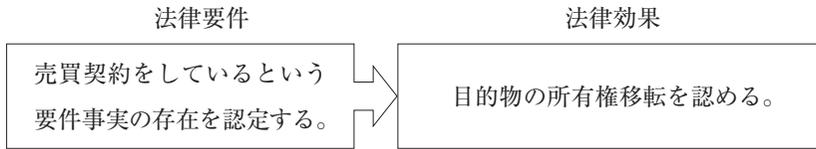
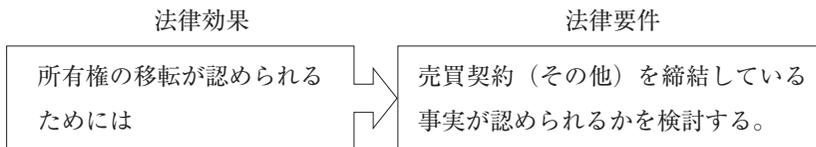


図3 ボトムアップ型



考えて行こうということ、それは法律効果面からその要件充足の有無を検討するというボトムアップ型の思考モードを意味するものと考えられる（適用規範探査モードとも言える）。それは民裁のことではないし、答案の書き方とも関係がない。このような思考モードは実務上も非常に重要なものなので、学生にもその旨は説明している。しかし、事案分析の法的思考はそれに尽きるものではないから、学生には正確な説明が必要である。すなわち、法的思考にはトップダウン型（図2）とボトムアップ型（図3）の2種類があるということであり、実務法曹はこの2つの思考モードを駆使して事案分析にあたっているのである。そして、事案分析にあたり初めに立ち上がるのはトップダウン型の方であって、ボトムアップ型ではない。どちらかと言うとボトムアップ型は補助的な思考モードである。もちろん、法科大学院にやってくる学生は当初はアマチュアであり、法的な基礎体力とも

言うべき知識や経験に乏しいから、いきなり実務家と同じような思考はできないだろう。したがって、その思考過程には、生の主張であるとか、ボトムアップ型にたよる部分が多く出てくるものと考えられるが、それでも、実務家教員は学生との思考過程の違いを示すべきものとする。なぜなら、それが実務法曹を目指す学生にとっての目標になるからである。

II

以上の次第であるが、ここから透けて見えてくるのは、法科大学院に入学してくる前の学修内容にかなり問題があり、事実上マイナスからのスタートになっていることではないだろうか。これは非常に残念なことだと言わなくてはならない。私は、自習用にと配布している実践問題解析の中で平成23年度や同27年度の予備試験民法の解説をした際のあ

る学生の困ったような怒ったような表情を忘れることができない。何故、初めからそのように教えてくれなかったのか、教え方に一貫性がないではないか？と問い詰められているように感じられたのである。これは学生の学修態度の問題に全てを帰責することはできないように思われる。法科大学院と法学部の連携が検討されている今日であるから、このことは重要なことではなからうか。法科大学院側から法学部へ一言物申すということがあってしかるべきだと思うのである。とりあえず、法職課程（これはプレ法科大学院とも言うべき存在）へ一言どうだろうか³⁾。

注

1) 私は、実務法曹は一種のバイリンガルだと思っていて、学生にもそういう説明をするのだが、概ね理解して貰えている。すなわち、バイリンガルの人がネイティブと話をする際には当該外国語で思考して会話するのであって（日本語で思考していない）、これと同様に、プロの法律家は、法律問題に接すると初めから法律的な構成をしながら事案分析を行っていくということ

である。また、法律の学修過程は言語の学修過程と共通する面が多々認められるとも考えている。この見地から見ると、事案分析にあたり、まず当事者の生の主張を考え、次いで、それを法律構成するというのは、まず、日本語で考えて、次いで、それを英語に翻訳しようとするスタイルに対応する。これはアマチュアの思考と言う他はないと思う。アマチュアのままで構わない法学部の一般学生なら、それでも良いのだろうが、法律のプロを目指している法科大学院の学生の場合は、そうではないと考える。

- 2) これは、前掲「読み解く合格思考 民法（菅野邑斗著）」が出た平成27年から顕著になったと思う。同氏は、予備試験からのいわゆる一発合格者で、受験生の中ではスーパースターとも言える存在である。つまり、学生はこのようなスターの言うことを鵜呑みにする傾向が顕著に認められる。
- 3) 中央大学法学部では法職講座を設けているところ、その講座の一つに旧司法試験の問題を使って答案練習をしているものがあって、そのレジュメを見せてもらったことがあるのだが、それが間違っていたので驚いたことがある。そのようなことで良いとはとても思えない。また、問題の選択自体にも疑問がある。さらに、法職で「生の主張」を考えろと指導していると、そこにも問題があると思う。