

## 第1部 書き方・考え方のコツ

### 第1章 請求権の選択

A (総)

#### 1. 訴訟物から考える

「XはYに対し、…という請求をすることができるか。」という問題では、まず初めに、訴訟物を明らかにすべきである。訴訟物が何であるかによって、請求が認められるための要件が変わってくるからである。

そして、訴訟物を選択する際には、債権的請求権と物権的請求権を区別する必要がある。契約当事者間における請求が問題となっている場合には、契約に基づく債権的請求権を選択するのが通常である。債権的請求権の請求原因が物権的請求権の請求原因に包含されているのが通常だからである(ex.売買契約に基づく目的物引渡請求権と所有権に基づく返還請求権)。

#### 2. 契約当事者間における債権的請求

債権の発生原因には、契約、事務管理(697条)、不当利得(703条)、不法行為(709条以下)がある。これらのうち、事務管理・不当利得・不法行為に基づいて発生する債権を法定債権という。

契約当事者間における請求が問題になっている場合には、まずは、契約に基づく債権的請求権から考えることになる。

#### 3. 請求の根拠・内容・当否

平成28年司法試験では、「請求の根拠を説明し、その請求の当否を論じなさい。」「請求の根拠及び内容を説明し、その請求の当否を論じなさい。」という2種類の設問がある。

出題の趣旨・採点実感を読む限り、設問によって“根拠”と“内容”が意味していることに若干のずれがある。

そのため、答案を書く際に、根拠・内容・当否を厳密に区別する必要はない。出題者側が根拠・内容・当否に該当するものとして想定している記述が答案のどこかに出てくれば良い。

したがって、①誰が、②誰に対して、③いかなる法律構成(権利、条文など)に基づいて、④どのような請求(目的物、金額など)をするのかということをも明らかにした上で、⑤請求の要件を検討し、⑥⑤の検討過程で論点に言及する、ということができれば十分であり、①～⑥を根拠・内容・当否のどこで論じたのかは重要ではない。

## 第2章 請求の当否

A (総)

### 1. 三者間形式

例えば、「Aは、Bに対して、～という請求をしようと考えている。この請求の当否について、Bからの予想される反論も踏まえて検討しなさい。」という設問では、まずはAにおいて実体法上の要件（少なくとも、請求原因）について一通りの主張をさせる。その上で、争点になる要件についてのみ、Bからの反論及びその当否を書くことになる。

### 2. 原告による先回り主張

主張反論型の問題では、原告に、請求原因事実のみならず、争いがない抗弁以降の要件事実等についてまで先回り主張をさせることがある。

### 3. 問題なく認められる要件の一括認定

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導くためには、実体法上の要件を網羅的に認定する必要がある。その一方で、事案における重要度に応じて、メリハリのある要件認定をする必要がある。

メリハリのある要件認定の方法の一つとして、問題なく認められる要件を冒頭で一括認定するというテクニックもある。

### 4. 要件の頭出し

原則として要件の頭出しは不要であるが、例外的に、以下の場合には要件の頭出しをする必要がある。

#### (1) 設問で指示がある場合

“Cは、Bが甲1部分を所有することを認めた上でBの請求の棄却を求める場合、どのような反論をすることが考えられるか、その根拠及びその反論が認められるために必要な要件を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。…”（平成29年司法試験設問1）

#### (2) 条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならない場合

共同不法行為者の責任（719条1項）のように、請求要件の整理について争いがあるなどの理由から、条文の文言だけでは要件が一義的に明らかにならないものについては、要件の頭出しをすることが望ましい。

### 5. 全ての要件を検討することの要否

ある請求や抗弁（再抗弁以下を含む）が認められるという結論を導く場合、その請求や抗弁に対応する要件を全て認定する必要がある。

これに対し、ある請求や抗弁が認められないという結論を導く場合、充足しない要件のところまで検討すればよく、それ以降の要件についてまで検討する必要はない。もっとも、この場合であっても、例えば不当利得返還請求では「利得・損失⇒因果関係⇒法律上の原因の不存在」という流れで検討するというように、要件検討の論理的順序を守る必要がある。

平成27年司法試験・出題趣旨

### 第3章 要件事実

A (総)

平成24年司法試験・出題趣旨

#### 1. 「法律上の意義」として問われていること

ある事実の「法律上の意義」としては、究極的には要件事実が問われているのが通常である。<sup>1)</sup>

このような要件事実問では、究極的には「訴訟上の意義」(＝要件事実)が問われているが、その検討過程において、①当該事実が実体法上問題となる事実であるのか、②実体法上問題となる事実であるとして、それが訴訟上はどういった意義の事実であるのか、ということに言及する必要がある。

②訴訟上の意義としては、以下の⑦～⑨に分解できる。

⑦自己が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑧相手方が主張立証責任を負う主要事実に関するもの(主要事実そのものと、それを推認する積極的間接事実の双方を含む)

⑨自己又は相手方が主張立証責任を負う主要事実に対する積極否認の理由となる消極的間接事実

#### 2. 請求・主張の当否まで問われている場合

ある事実の「法律上の意義」として要件事実を問う要件事実問には、①ある事実の「法律上の意義」だけが問われている問題と、②請求・主張の当否という大きな問いがあり、この問いに答える過程である事実の「法律上の意義」についても言及するという問題の2種類がある。

①の問題では、ある事実との関係で「法律上の意義」が問題となり得る要件についてのみに検討すれば足りる。

②の問題では、ある事実の「法律上の意義」のみならず、他の要件についても検討した上で、請求・主張の当否に関する結論を出す必要がある。

#### 3. 請求原因事実の摘示

平成25年司法試験設問1のように、「Aが、Cに対し、～の請求をするには、どのような主張をする必要があるか。」という設問では、請求原因事実を摘示することが求められている。

ここでは、抽象的に要件事実を摘示するだけでは足りない。要件事実該当する当該事案における具体的事実を摘示する必要がある。

要件事実とは「法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件」であり、主要事実とは「要件事実該当する具体的事実」(当該事案における生の事実)である。

<sup>1)</sup> もっとも、例外的に、要件事実が問われていない場合もある。例えば、平成26年司法試験設問1では、下線部分の事実の「法律上の意義」として、賃料不払いを理由とする賃貸借契約の債務不履行解除を否定するための法律構成を説明することが求められている。また、平成29年司法試験設問2では、事実①・②の「法律上の意義」として、借地上建物の賃貸は建物敷地の無断転貸に当たらないとした判例の射程が問われている。

## 第4章 主張・反論の分析

A (総)

### 1. 請求の当否が問われている場合

(1) 例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起したところ、Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた。これに対し、Aは、AC間における甲土地の売買契約は詐欺を理由に取り消したと反論した。」という事例において、「Aの甲土地の明け渡請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているとする。

この問題では、AのBに対する甲土地の明け渡請求が認められるのかについて、Bの反論とこれに対するAの再反論を踏まえて検討することが求められている。

論点主義的に考えるのではなく、まず初めに、請求と各主張を、①「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した」、②「Bが、Aは甲土地をCに売却したのだから請求には応じないと述べた」、③「Aは、AC間における甲土地の売買契約はCによる詐欺を理由に取り消したと反論した」という形に整理する。

(2) その上で、①～③を要件事実的に把握する。特に、被告の反論については、請求原因事実に対する否認なのか、それとも、請求原因事実を前提とした抗弁なのかという分析をする必要がある。原告の再反論についても、被告の反論が抗弁である場合には、抗弁事実に対する否認なのか、それとも、抗弁事実を前提とした再抗弁なのかということ进行分析する必要がある。

①は、土地所有権に基づく返還請求権としての土地明け渡請求権を訴訟物とする訴えであり、その請求原因は、Aの甲土地所有及びBの甲土地占有である。

②は、過去の一定時点におけるAの甲土地所有を認めた上で（権利自白）、AC間売買を理由とする所有権喪失の抗弁を主張するものである。

③は、AC間の売買契約の締結を前提として、詐欺取消しの再抗弁（96条1項）を主張するものである。

(3) 以上の整理をした上で、①⇒②⇒③という順序で、要件事実の充足性を検討する。その検討過程で、条文の形式的適用により（解釈をしないで）該当性を判断することができない文言（あるいは、本事例で論点が顕在化する文言）が出てきたら、その文言との関係で論点を展開する。

事案によっては、条文に書かれていない要件や法律効果に属する論点を論じることもある。

### 2. 反論の当否が問われている場合

例えば、「Aは、Bに対し、甲土地所有権に基づき、甲土地を明け渡すことを求める訴えを提起した。」という事例において、「Bは、Aの請求に対してどのような反論をすることが考えられるか。その根拠を説明した上で、その反論が認められるかどうかを検討しなさい。」と問われているとする。

論点主義的に考えないで、法律要件から（さらには、要件事実に従って）考える。

被告側の反論の当否が問われている問題では、まずは、その反論が「請求原因事実に対する否認」なのか「抗弁」なのかということから考える。

次に、仮に反論が「抗弁」である場合には、抗弁事実が満たされているのかを考える。

そして、抗弁事実が満たされる場合に初めて、再抗弁を検討することになる。

{注}ここで、いきなり再抗弁・再々

抗弁に属する論点に飛びつかない。

## 第5章 判例の使い方

A (総)

### 1. 判例のルールを、判例と同じ事案類型にそのまま適用する

判例のルールとそれを支える根拠を示してから、当てはめに入る。

### 2. 判例のルールを、判例と異なる事案類型に適用できるかを検討する（射程）

- ・ ①判例のルールとそれを支えている根拠（論証であれば、理由付けに対応するもの）を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の事案類型を比較することで、判例のルールを支えている根拠が事案類型の違いを跨いで本件の事案類型にも妥当するのかを検討する。
- ・ 判例のルールの射程を全面的に否定する場合には、判例のルールに代わって当該事案類型に適用されるルールまで示す。
  - ➡判例のルールの射程を部分的に否定する場合には、判例のルールがどのように変容して当該事案類型に適用されることになるのかまで示す。

同じ事案類型の内部で、判例のルールの射程が問題となることもある。

### 3. 判例のルールの内容を明らかにする

前記2は、(1)形式的に見れば判例のルールが適用されそうな事案について、判例のルールの適用が否定されるのではないかが問題となっている場面と、(2)形式的に見れば判例のルールが適用されなさそうな事案について、判例のルールを適用することの可否が問題となっている場面である。

これに対し、3では、判例のルールそのものの内容を明らかにすることで、判例のルールが適用される事案を明らかにするにすぎない。そのため、判例の射程を区切る・拡張することが問われている前記2とは、若干異なる。

ここでは、判例のルールを支えている根拠に遡った上で、判例のルールの具体的内容を明らかにすることになる。

### 4. 判例のルールを異なる論点に転用（応用）できるかを検討する

- ・ ①判例のルールとそれを支えている根拠を示した上で、②判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例と本件の論点を比較することで、判例のルールを支えている根拠が本件の論点にも妥当するかを検討する。
- ・ 妥当する場合には、判例のルールが論点の違いを跨いでどのように変容して本件の論点にも適用されることになるのかまで示す。
  - ➡妥当しない場合には、判例のルールに代わって本件の論点に適用されるルールまで示す。

### 5. 判例理論自体の当否

判例のルール自体やそれを支える根拠の妥当性を検討し、妥当でないとして判例のルール自体を否定する場合には、判例のルールに代わって当該論点に適用されるルールまで示す。

## 第6章 現場思考問題の対処法

A (総)

民法では、毎年のように、現場思考問題が出題される。現場思考問題のパターンにはいくつかあるが、ここでは、問題文で当てはめと結論の方向性が誘導されている場合における対処法について取り上げる。

上記の現場思考問題では、①条文（又は判例）の形式的適用により原則的な結論を示した上で、②問題文のヒントから出題者が求めている当てはめと結論の方向性（①とは逆の結論とそれを導くための当てはめ）を前提として、③②の当てはめと結論を導くことができる抽象論（理由＋規範）をその場でイメージして文章表現し、④③に従って②の当てはめをするとともに結論を導く、という過程を辿ることになる。

### [過去問1]

平成28年司法試験設問2(3)改題

(事案)

X、Y及びZは、(1) XがYに対して返済期日を令和3年3月1日として500万円を貸し付け、(2) Zが(1)の債務を連帯保証する旨の合意をし、(1)及び(2)について契約書を作成した。なお、Zが(2)の連帯保証をしたのは、Yからそのように頼まれたからである。

Xは、Yに対して500万円を交付していない。にもかかわらず、Xは、令和3年3月1日、金銭消費貸借契約書があることを奇貨として、Zに対して連帯保証債務の履行を請求した。

Zが直ちにYに照会したところ、Yは、間違えて、「Xに対する債務は1円も支払っていない。」と説明した。Zは、Yに対し、「仕方がないので連帯保証債務を履行する。」と述べた。

令和3年3月1日、Zは、Xに対して、連帯保証債務の履行として、500万円を支払った。

Zは、Yに対して、500万円の支払いを請求することができるか。

(答案)

1. Zは、受託保証人の求償権(459条1項)を行使することが考えられる。

保証人の求償権の成立には主「債務」の存在が必要であるところ、XがYに500万円を交付していないため、要物契約としての金銭消費貸借契約(587条)は成立していない。XY間の金銭消費貸借契約は「書面とする消費貸借」であるから、諾成契約としての金銭消費貸借契約(587条の2第1項)が成立しているが、合意に基づく500万円の引渡しがない以上、XのYに対する貸金返債務は成立していない。したがって、ZのYに対する事後求償権は、主「債務」の存在という要件を欠くとして認められないのが原則である。

2. しかし、Zが主債務の存在を前提としてXに500万円を支払ったのは、YがZから事前の通知を受けた際に主債務の不存在について説明しなかったからである。にもかかわらず、ZがYに対して求償権を行使することができず、Xに対する不当利得返還請求においてX無資力の危険を負担するのでは、ZY間における公平を欠く(結論の妥当性を欠く)。そこで、ZのYに対する求償

権行使を認めるための法律構成が問題となる。

3. …略… (法律構成としては、463条1項・443条1項の類推適用、478条の援用、信義則などが挙げられる。)

[過去問2]

令和2年司法試験設問3改題

(事案)

X(60歳)は、兄(70歳)であるYが長期入院加療中であったため、Yの妹であり日頃からYの世話をしているZ(58歳)に相談して、事実上、Yの財産の管理を行っていた。

Xは、WからYが所有する甲不動産を売ってほしいと頼まれたため、そのことをZに相談したところ、Zから了承を得ることができたため、Wに甲不動産を売却することにした。

Xは、Yから代理権を与えられていないにもかかわらず、Yの代理人として、Wとの間で甲不動産を代金2000万円でWに売却する旨の契約を締結した。なお、契約締結の場には、Xの求めに応じてZも同席した。

その後、Yが死亡し、Yには配偶者も子もおらず、直系尊属も既に死亡していたため、XとZがYを共同相続した。Xは、相続を放棄した。

Wは、Yから後のことはZとの間で進めてほしいと説明を受けたため、Zに対し、代金2000万円を支払った上で、上記売買契約に基づき甲不動産の所有権移転登記手続を求めたところ、Zはこれを拒絶した。

(答案)

1. Xは、Yから甲不動産の売買に関する代理権(99条1項)を与えられていなかったのだから、XがYの代理人として締結した甲不動産の売買契約は、無権代理行為(113条1項)である。Yがこれを追認(113条1項)した事情もないから、本件売買契約の効果はYに帰属しないのが原則である。したがって、原則として、Zが相続(896条本文、889条1項2号)により本件売買契約に基づく所有権移転登記手続義務を承継したともいえない。

2. Xが相続放棄(938条)をしたことにより、ZがYを単族相続(938条)している。Zは、原則として、Yから相続した追認拒絶権(116条参照)を行使できる。もっとも、例外的にこれが否定されないか。

(1) 本人を単独相続した無権代理人が追認拒絶権を行使することは、矛盾挙動であり信義則に反するから、無権代理行為は相続とともに当然有効となると解される。そこで、無権代理された本人を単独相続した者について無権代理人に準ずる事情がある場合には、無権代理人による単独相続と同様に考え、追認拒絶権の行使が否定され、その結果、無権代理行為が有効になると解すべきである。

(2) 本件売買契約についてZがXから相談を受けて了承していること、Zが同契約を締結する場に同席していたことから、Zには無権代理人Xに準ずる事情がある。したがって、Zは追認拒絶権を行使できず、その結果、本件売買契約の効果がZに帰属する。よって、Wの請求は認められる。

基礎応用 69 頁 [論点 1] 最判

S37.4.20・百135