

第1部 民事実務基礎科目

第1章 出題の概要

1. 要件事実論

要件事実論は、毎年必ず出題されており、出題の中心を占めるものである。

(1) 出題において重視されていること

要件事実論の問題では、丸暗記した要件事実をただ羅列するのではなく、実体法の要件や効果に遡って要件事実を説明することが重視されている。

以下は、サンプル問題のヒアリングの抜粋である。

- ・小問3及び4は、実体法の要件や効果についての理解をいかして、具体的な事例を攻撃防御の観点からの的確に分析し、かつ、その理由を実体法の理解を踏まえて説明することができる能力が備わっているかを試すことを目的とするものである。
- ・小問3と小問4で、実体法の要件と効果をきちんと理解できているかどうか、そして、攻撃防御の観点から具体的な事例を的確に分析できるかどうか、かつ、それを説明することができるかどうかということを見ようとしている。・司法研修所が編集して市販されている「問題研究要件事実」という書籍が法科大学院の教科書として最も良く利用されていると思うが、基本的には、そこに出てくる知識を十分理解していれば書ける程度の問題としている。ただ、単に要件事実を挙げさせるのではなく、なぜこれらが請求原因事実として必要なのかについて説明させるという点と、なぜ抗弁になるのかについて効果を踏まえた機能を説明させるという点は、基本的な実体法の理解があれば解答できるが、単に要件事実を書かせることに比べると、難易度が上がっているかもしれないと思う。

(2) 出題範囲

サンプル問題のヒアリングでは「司法研修所が編集して市販されている「問題研究要件事実」という書籍が法科大学院の教科書として最も良く利用されていると思うが、基本的には、そこに出てくる知識を十分理解していれば書ける程度の問題としている。」とある。

もともと、民法94条2項類推適用（令和2年）、動産物権変動における対抗問題（平成29年）、債権譲渡（平成23年、令和1年、令和3年）、代物弁済（令和1年、令和3年）、金銭債務の履行遅滞に基づく損害賠償請求権（平成30年、令和1年、令和2年、令和4年）、転借権に基づく占有権原の抗弁（平成25年）、請負契約に基づく報酬支払請求権（令和4年）、期限の利益喪失事由（令和5年）、法定追認（令和5年）など、「新問題研究 要件事実」（司法研修所編 - 法曹會）には掲載されていない要件事実論も幅広く出題されている。したがって、「紛争類型別の要件事実」に掲載されている要件事実論については、少なくとも分野単位では網羅しておくのが望ましい。

(3) 出題の類型

要件事実論の出題は、次の4つに大別される。

ア. 訴訟物から請求原因まで一通り書かせる問題

設問1において、①訴訟物、②請求の趣旨、③請求原因事実の摘示（穴埋め問題の場合もある）の3点を書かせる問題が多い。

上記3点に加えて、④請求原因事実の整理の理由（実体法の要件や効果に遡って説明する）まで問われることもある。

（具体例）令和4年予備試験設問1（改題）

1. 小問（1）

請負契約に基づく報酬支払請求権。

2. 小問（2）

被告は、原告に対し、1000万円を支払え。

3. 小問（3）

① Xは、Yとの間で、令和4年2月8日、本件工事を報酬1000万円で請け負った。

② Xは、令和4年5月28日、本件工事を完成させた。

4. 小問（4）

まず、請求原因において、請負契約（民法632条）の成立要件として請負契約の締結を主張する必要があり、請負契約の締結が認められるためには、合意において完成すべき仕事の内容と代金額（又はその決定方法）が確定していることが必要である。これが①である。

次に、請負契約に基づく報酬債権は請負契約の成立と同時に発生すると解するのが判例であるが、請負契約に基づく報酬は、仕事の完成後でなければ請求することができないのが原則である（民法633条・624条1項参照）。したがって、報酬前払の特約がない場合には、請求原因として、仕事の完成を主張する必要がある。これが②である。

他方で、①の主張により請負契約が仕事の目的物の引渡しを要するものであることが現れることにより、請負報酬の支払と仕事の目的物の引渡しが同時履行の関係に立つこと（民法633条本文）が明らかとなるが、仕事の目的物の引渡しは、同時履行の抗弁に対する再抗弁に位置付けられるから、請求原因事実とならない。

イ. 請求原因をはじめとする攻撃防御方法の要件事実を実体法の要件や効果に遡って説明させる問題

例えば、売買契約に基づく代金支払請求の請求原因事実が「Xは、Yに対し、令和4年2月8日、甲土地を代金2000万円で売った。」とされる理由や、弁済の抗弁の抗弁事実が「Yは、Xに対し、令和4年4月1日、請求原因記載の売買契約に基づく代金支払債務の履行として、2000万円を支払った。」とされる理由など、請求原因をはじめとする攻撃防御方法の要件事実を実体法の要件や効果に遡って説明させる問題が出題される。

ウ. 抗弁として扱うべきかを問う問題

「裁判所は、上記事実の主張をもって、本件訴訟における抗弁として扱

うべきか否かについて、結論と理由を述べなさい。」といった形で、被告側の主張が抗弁として機能するかを論じさせる問題も出題される。

被告側の主張が抗弁として機能するかは、①被告側の主張が抗弁の定義に当たるか（「抗弁とは、主張事実が請求原因事実と両立し、かつ、請求原因事実から生じる法律効果を覆滅（障害・消滅・阻止）する機能を有するものである」との定義に当たるか）や、②被告側が主張する事実が抗弁事実を全て満たすかという観点から論じることになる。

エ. 実体法上の知識メインの問題

要件事実論の問題の形式を採って、実体法上の条文や論点が出題されることもある（以下の条文・論点は出題実績のあるものである。）。

- ・背信的悪意者排除の法理
- ・占有改定による即時取得（民法 192 条）の可否
- ・時効により消滅した債権を自働債権とする相殺（民法 508 条）
- ・消滅時効完成後の弁済の効果（時効の利益の放棄又は時効援用権の喪失）
- ・物上保証人が債務者の承認により被担保債権について生じた消滅時効の更新の効力を否定することの可否
- ・解除の意思表示後になされた相殺の意思表示の効力
- ・無断転貸における信頼関係破壊の法理

【出題実績】

サンプル	<ul style="list-style-type: none"> ・所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権 ・対抗要件具備による所有権喪失の抗弁 ・履行遅滞に基づく催告解除
平成 23 年	<ul style="list-style-type: none"> ・譲受債権請求訴訟 ・金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 ・消滅時効完成前の「催告」 ・消滅時効完成後の「権利の承認」 ・時効援用の意思表示の要否（学説対立として）
平成 24 年	<ul style="list-style-type: none"> ・賃貸借契約に基づく目的物返還請求権 ・相殺の抗弁
平成 25 年	<ul style="list-style-type: none"> ・転借権に基づく占有権原の抗弁 ・無断転貸における信頼関係破壊の法理（非背信性の評価根拠事実と評価障害事実）
平成 26 年	<ul style="list-style-type: none"> ・贈与契約に基づく所有権移転登記請求権 ・所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権 ・短期取得時効
平成 27 年	<ul style="list-style-type: none"> ・売買契約に基づく所有権移転登記請求権 ・売買契約に基づく土地引渡請求権 ・有権代理

	<ul style="list-style-type: none"> ・履行遅滞に基づく催告解除
平成28年	<ul style="list-style-type: none"> ・所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権移転登記請求権（真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続請求） ・所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権 ・対抗要件具備による所有権喪失の抗弁 ・背信的悪意者排除の法理
平成29年	<ul style="list-style-type: none"> ・所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求権 ・即時取得 ・動産物権変動における対抗要件具備による所有権喪失の抗弁、先立つ対抗要件具備の再抗弁
平成30年	<ul style="list-style-type: none"> ・金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 ・履行遅滞に基づく損害賠償請求権（貸金返還債務の履行遅滞） ・弁済の抗弁 ・相殺の抗弁
令和1年	<ul style="list-style-type: none"> ・保証契約に基づく保証債務履行請求権 ・金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 ・履行遅滞に基づく損害賠償請求権（貸金返還債務の履行遅滞） ・譲渡制限特約に基づく履行拒絶の抗弁 ・代物弁済の抗弁（債務消滅原因として）
令和2年	<ul style="list-style-type: none"> ・所有権に基づく妨害排除請求権としての抵当権設定登記抹消登記請求権 ・登記保持権原の抗弁 ・民法94条2項類推適用（抵当権の取得原因として） ・消滅時効完成前の「権利の承認」による時効の更新 ・消滅時効完成後の「権利の承認」による時効の利益の放棄（民法146条参照）又は時効援用権の喪失（信義則）
令和3年	<ul style="list-style-type: none"> ・賃貸借契約に基づく賃料支払請求権 ・一部請求における弁済の抗弁（外側説） ・代物弁済による債権譲渡を理由とする債権喪失の抗弁
令和4年	<ul style="list-style-type: none"> ・請負契約に基づく報酬支払請求権 ・履行遅滞に基づく損害賠償請求権（報酬支払債務の履行遅滞） ・一部請求における債務消滅事由（外側説 - 最判 H6.11.22・百113）
令和5年	<ul style="list-style-type: none"> ・保証契約に基づく保証債務履行請求権（連帯保証） ・売買契約に基づく代金支払請求権につき分割払いの合意がある場合における期限の利益喪失事由 ・主たる債務者の錯誤に基づく取消権を理由とする保証

	人の履行拒絶の抗弁（民法 457 条 3 項） ・ 法定追認の再抗弁（民法 125 条 1 号）
--	---

2. 民法の知識メインの問題

要件事実論の問題の形式を採って、民法の条文や論点を正面から訊いてくる問題もある。

【出題実績】

平成 23 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 消滅時効完成前の「催告」 ・ 消滅時効完成後の「権利の承認」（最大判 S41.4.20・百 I 39）
平成 24 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 解除の意思表示の後になされた相殺の意思表示の効力（最判 S32.3.8）
平成 25 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 「債権及び債務が同一人に帰属した」場合における混同（民法 520 条） ・ 無断転貸における信頼関係破壊の法理（最判 S28.9.25）
平成 28 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 背信的悪意者排除の法理（最判 S43.8.2）
平成 29 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 占有改定による即時取得の可否（最判 S35.2.11・百 I 64）
平成 30 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 時効により消滅した債権を自働債権とする相殺（民法 508 条）
令和 1 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 債権譲渡における保証人に固有の対抗要件の抗弁の可否
令和 2 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 物上保証人が債務者による消滅時効完成前の承認により被担保債権について生じた消滅時効の更新の効力を否定することの可否（最判 H7.3.10） ・ 物上保証人が債務者が消滅時効完成後の承認により時効の利益を放棄し又は信義則上時効援用権を喪失した後に消滅時効を援用することの可否
令和 3 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 賃貸借契約の終了前における敷金返還請求権（民法 622 条の 2）を自働債権とする相殺の可否
令和 4 年	<ul style="list-style-type: none"> ・ 請負契約の注文者による仕事の目的物の契約不適合を理由とする損害賠償請求権を自働債権とする報酬支払請求権との相殺の可否（最判 S51.3.4）

3. 民事訴訟法の知識メインの問題

要件事実論と関連させ、又は要件事実論から独立させる形で、民事訴訟法の条文や論点を正面から訊いてくる問題もある。

【出題実績】

サンプル	・裁判所の釈明権（民事訴訟法 149 条）
平成 25 年	・争点たる事実の存否を争うための立証手段を複数挙げさせる問題
平成 27 年	・文書の成立の真正についての自白
令和 3 年	・一部請求における弁済の抗弁（外側説 - 最判 H6.11.22・百 113）
令和 4 年	・一部請求における債務消滅事由（外側説 - 最判 H6.11.22・百 113） ・反訴請求債権を本訴において相殺の抗弁に供することの可否（H18.4.14・百A11） ・請求異議の訴えにおいて異議事由として前訴の事実審口頭弁論終結前から相殺適状にあった相殺権を主張することの可否（最判S40.4.2）

4. 文書の成立の真正

文書の成立の真正（民事訴訟法 228 条 1 項、同条 4 項）は、様々は角度から出題されており、「5. 準備書面問題」として出題されることもある。

- ①本人名義の印影が本人の印章により顕出された事実について自白が成立した場合における当事者双方の立証活動の在り方
- ②二段の推定に対する反証において主張立証すべき事実
- ③二段の推定の成否（反証の成否を論じる）
- ④本人の意思に基づく署名について自白が成立した場合における当事者双方の立証活動の在り方
- ⑤本人の意思に基づく署名を前提事実とする文書の成立の真正の成否（反証の成否を論じる）
- ⑥文書の成立の真正についての自白の成否
- ⑦本人名義の記名や三文判による本人名義の印影があるにとどまる場合における民事訴訟法 228 条 4 項に基づく推定の成否

5. 準備書面問題

準備書面問題は、証拠（当事者尋問における供述、提出された書証など）に基づいて、争点たる事実の存否について、原告又は被告の立場から準備書面を起案する問題である。

例えば、原告側の代理人弁護士として、準備書面において、原告・被告間の売買契約の締結の事実が認められることを記載する場合などである。

準備書面問題では、証拠構造（直接証拠型か間接証拠型か、重要な証拠ないし事実は何れか）を正確に把握した上で、自分に有利な事実又は証拠について

論じるとともに、自分に不利な事実又は証拠に対する反論も論じることになる。

なお、裁判官目線ではなく、当事者の代理人弁護士として党派的な主張をする必要がある。

【出題実績】

平成26年	間接証拠型
平成27年	間接証拠型
平成28年	間接証拠型
平成29年	間接証拠型
平成30年	間接証拠型
令和1年	直接証拠型（処分証書）&間接証拠型
令和2年	間接証拠型
令和3年	直接証拠型（処分証書）&間接証拠型
令和4年	直接証拠型（原告の供述）
令和5年	直接証拠型（処分証書）

6. 民事執行法・民事保全法

平成28年以降、毎年、民事執行法・民事保全法から出題されている。

①選択すべき法的手段を正しく指摘するとともに、②当該法的手段を採るべき理由について、当該法的手段を採らなかった場合に生じ得る不都合と当該法的手段を採った場合の法的効果を比較しながら論じることが求められる傾向にある。

細かい知識は問われないから、法的手段の種類、類型ごとの効果、基本的な手続について勉強しておけば足りる。

【出題実績】

平成28年	・不動産登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分 ・不動産明渡請求権を保全するための占有移転禁止の仮処分
平成29年	・動産引渡請求権を保全するための占有移転禁止の仮処分
平成30年	・金銭債権の支払を保全するための仮差押え（債権の仮差押え）
令和1年	・確定判決を債務名義とする不動産執行の申立てをするための手続（執行文の付与の手続）
令和2年	・不動産登記の抹消登記手続を求める訴えにおいて仮執行宣言が認められない理由
令和3年	・金銭債権を回収する手段としての仮差押えと債権者代位

	権の行使の比較検討
令和4年	・請求異議の訴えにおいて異議事由として前訴の事実審口頭弁論終結前から相殺適状にあった相殺権を主張することの可否（最判S40.4.2）
令和5年	・仮差押命令の申立てに当たり疎明すべき保全の必要性

7. 弁護士倫理

サンプル問題から平成27年までは、毎年、弁護士倫理の問題として、弁護士職務基本規程に関する条文知識が出題されていたが、平成28年以降は一度も出題されていない。

もともと、平成28年以降の「司法試験予備試験の実施方針について」との資料では、法律実務基礎科目の出題範囲として「弁護士倫理」が挙げられているから、最低限、弁護士倫理の対策もしておく必要がある。

条文解釈レベルのことは出題されない傾向にあるから、条文ごとの概要（条文の内容、条文同士の関係、条文の趣旨など）をざっと確認しておけば足りる。

【出題実績】

サンプル	<ul style="list-style-type: none"> ・非弁護士との提携の禁止（弁護士職務基本規程11条） ・依頼者紹介の対価の支払の禁止（同13条1項）
平成23年	<ul style="list-style-type: none"> ・相手方本人との直接交渉の禁止（同52条）
平成24年	<ul style="list-style-type: none"> ・秘密保持義務（同23条） ・共同事務所における秘密保持義務（同56条）
平成25年	<ul style="list-style-type: none"> ・受任の際の説明義務（同29条） ・不利益事項の説明義務（同32条）
平成26年	<ul style="list-style-type: none"> ・依頼者の意思の尊重（同22条） ・預かり金等の返還（同45条）
平成27年	<ul style="list-style-type: none"> ・事件処理の報告及び協議（同36条） ・相手方本人との直接交渉の禁止（同52条） ・信義誠実（同5条）、名誉と信用（同6条）