

予備試験法律実務基礎科目（民事）

補充レジュメ 1（全般）

ガイダンスで1～2頁，導入で2～8頁まで触れる。その後は，過去問の説明の際に適宜参照する形で使用する。

自己紹介

昭和50年中央大学入学，昭和59年試験合格（39期）

前半は家内製手工業（基本書＋判例物，演習物＋講義＋答練→自分でサブノートを作成）の時代，後半は予備校を利用（フローチャートの時代）

効率の必要性（量の膨大さ）と危うさ（実務，膨大な資料を読みこなし，筋の通った簡潔な文章を作成する力が必要。その力を養う機会がない）

実務 昭和62年から弁護士

平成16年～18年 中央大学法科大学院客員講師

平成19年～28年 中央大学法科大学院特任教授

民事訴訟実務の基礎，総合事案研究等，要件事実系の科目を主に担当

講義の内容及び目標

- 1 予備試験の出題内容のアウトラインをみる（補充レジュメ1，導入）。
- 2 予備試験の実務基礎科目（民事）の過去問の全て（サンプル問題を含む）を潰す中で，1の具体的なイメージを描いて頂く。各年のレジュメ（解答すべき部分は下線を引き，もう少し広く問題を捉えて作成している），解答例とともに，補充レジュメ2ないし4の該当部分を使いながら説明する。解答例の斜体で示した部分は，現場（時間制限の中）では省略可能という意味。
- 3 予備試験の実務基礎科目（民事）を現場で解くためには，2だけでは不足するので，要件事実（補充レジュメ2），事実認定（補充レジュメ3），保全，執行（補充レジュメ4）の中で，2で説明しなかった部分を説明する。
- 4 短時間に予備試験の合格水準に達することを目標とするが，要件事実については，新司法試験を解くのに必要なレベルの内容も提供したい。
- 5 補充レジュメ2の中で，予備試験，新司法試験のレベル（A+，A，A-）を超えているものは，その趣旨を話す（B）。司法修習開始前に再度見直すことでも構わない。法科大学院で要件事実をしっかりとやるところは，期末試験対策としても役立つ部分である。A-は，問題作成側に立ったときに，ネタとして考えるが（Bも将来的には考えうる），予備試験のレベルとしては，やや難しいので，A+，Aを優先するだろうと思われる。但し，A-，Bでも，ヒントを出し，書くことを限定すれば，出題しうる（少なくとも出題されても驚かない程度にはしておいた方がよい）。

聴く順番 導入→サンプル問題→23～28年→補充レジュメ2, 4 (執行)
本講義の対象者

予備試験論文試験受験を間近に控えている方

新司法試験対策として必要なことを押さえたい方

要件事実をがっちりやる法科大学院の期末試験対策をしたい方

特に、新問題研究に取り組んでいるが、理解した感じになれず、記憶に定着せず、問題とのギャップが大きく、対処方法が分からない方。原因は、テキストの書き方(説明が少ない)、ギャップを埋める教材が少ないことにあり、本講義とレジュメは、その原因を多少でも取り除くことに重点をおく。

司法修習開始前に要件事実、事実認定の基礎を確認しておきたい方(但し、事例は、予備試験の過去問だけを素材としていることが限界。予備試験、新司法試験には対応できるが、その後は、言い分形式の事例、記録教材が必要)

参考書との関係(要件事実の関係)

司法研修所が出しているテキストの中で、新問題研究は、最初に読むべき本であり、分かりやすい記述であるが、説明が不十分な部分があり(伊藤滋夫教授は痛烈に批判している)、取り上げている項目が限られているので、これだけでは、予備試験には対応できない。10訂民事判決起案の手引(以下「手引」)は、現在までの予備試験の要件事実の出題の範囲を画しており、手引の事実摘示記載例集は、新司法試験の民法の答案に使えるので、使い慣れることを勧める。注には重要な記載が沢山あるが、説明が不足している。紛争類型別の要件事実(法曹会)(以下「類型別」)は、説明が分かりにくい部分(舌足らずな部分)が相当にあり、独習は困難である。要件事実の考え方と実務(加藤新太郎他1名、民事法務研究会)は、新問題研究、手引、類型別の3冊を1冊に纏めたようなもので、使い勝手はよいが、説明が不足している部分が相当にある。要件事実論30講(第3版)、完全講義民事裁判実務の基礎(大島)は、説明は丁寧になされているが、分量が多く、限られた時間の中では読みきれない(大島先生の方が読みやすい)。つまり、新問題研究と予備試験、新司法試験、司法修習の間のギャップを埋めるのに適切なテキストが少ないことが、要件事実の独学を困難にさせている理由である。法科大学院の要件事実の講義でも、各教員が、ギャップを埋める工夫をしている。最近の本が分量を減らしているのも、この点を意識したものと思われる(岡口基一要件事実入門が典型であるが、司法研修所のテキストと異なる説明方法がある点で、使いにくい面がある)。

この講義とレジュメには、新問題研究と手引の内容の相当部分を、予備試験、新司法試験、司法修習(導入部分)に繋げるために、要件事実論30講第3版(レジュメの基本的な立場)、手引(特に記載例の注)、類型別の内容を組み入

れている。教科書的な整然とした説明ではなく、法科大学院の講義の経験を踏まえて、このように捉えれば理解しやすいという観点から、全体のメリハリをつけている。余力があるならばともかくとして、他に優先してなすべきことがあるならば、分厚い本は、中途半端になりかねず、手を出さない方がよい。限られた時間の中での予備試験、新司法試験対策としては、手引と、本レジュメ、講義を軸とした勉強を勧める。

新問題研究、手引を持っている方、法科大学院の書店で容易に購入できる方は、手元におきながら参照することを勧める。テキストがなくとも、レジュメだけでも対応できるような内容を盛り込む。

事実認定の参考書

事例で考える民事事実認定（法曹会）

ステップアップ民事事実認定（有斐閣）

が代表的なものであるが、予備試験、新司法試験レベルでは必須ではない。

新司法試験終了後に読むべき本

過去問検討の目標

敵を知り、己を知る。試験で何が求められているかを知り、自分との距離を測り、どうすれば受かるのかという対策を立てることが必須。

全く同じ問題は出ないが、本問から何を学び、何を将来に活かすかが大切（過去問の使い方）。

予備試験の民事実務基礎の出題内容（メインは要件事実と事実認定）

- 1 要件事実 補充レジュメ 2
- 2 事実認定 補充レジュメ 3
- 3 弁護士倫理（23年～27年は出題されているが、28年の出題はない）
過去問を解き、弁護士職務基本規定の条文を一読すること（現場で何とか条文に辿り着くこと）。法科大学院で法曹倫理を履修した方は、その復習。
- 4 保全（28年）、執行（出題可能性あり）
ごく基本しか出せない。補充レジュメ 4。余力があれば、条文の目次だけでもみておくとよい。
- 5 その他（実体法の理解を問う問題）

要件事実

司法研修所の伝統的な出題方式（4つ）

要件事実用の記録教材をもとに、下記をフルスケールで回答させる。

- ① 請求の趣旨
- ② 訴訟物、個数、複数の場合の併合形態
- ③ 主張の整理（請求原因、抗弁以下）
- ④ ③につき整理した理由

（法科大学院期末試験では、言い分形式の事例で上記を回答させていた）
予備試験（法律実務基礎科目）の出題方式

- ① 相談内容（記載内容から、請求原因、抗弁等の内容が明確で、基本的なものに限られており、複雑な組み合わせは出ていない）を基礎として、上記の4点のいずれかを、部分的に問うている。
- ② 試験の時間（司法研修所の2回試験は7時間）とレベルの違いを踏まえたもの

何故、上記4つが問われるのか。

請求の趣旨 訴状、判決主文

訴訟物、要件事実（加藤新太郎「要件事実の考え方と実務」、新問題研究5頁）

第1に、民事訴訟は、原告が訴訟物（例えば、売買契約に基づく代金請求権）として主張する権利・法律関係の存否を裁判所が判断するものである。

第2に、しかし、権利法律関係は観念的な存在である。このことは、原則として直接認識する手立てはないことを意味する。したがって、その権利の存否の判断は、権利の発生・障害・消滅の法律効果の組み合わせによって導くほかはない。

第3に、権利の発生・障害・消滅の法律効果が認められるかどうかは、この要件に該当する具体的事実が認められるかどうかにかかっている。

このように権利の発生・障害・消滅の法律効果を導くために必要な構成要件として実体法に認められるものが、「要件事実」である。

理由を問う趣旨

実体法上の効果、実体法の定める要件や当該要件についての主張・立証責任の所在に留意しつつ、何故、抗弁等になるのかを説明させる。

理論と実務の架橋（要件事実は、実務家の共通言語といわれる）

民法の学習 要件→効果

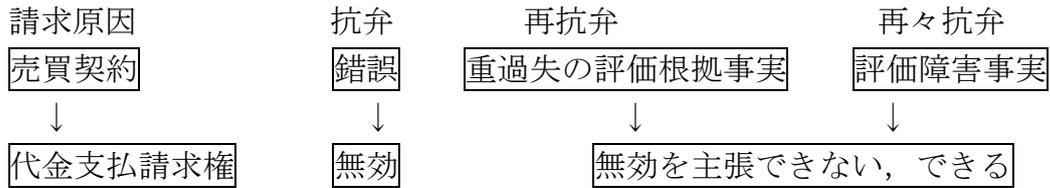
民事訴訟の攻撃防御という形で捉え直す→民法の理解を立体化する。

請求原因（原告）、抗弁（被告）等に振り分ける（要件事実）

論理的にはいずれも成り立ちうることが多い。何故、そのように振

り分けるかの何故の部分の回答を求めている←実体法の理解（理由）。
 弁論主義第1テーゼ（主張責任）裁判所は、当事者の主張しない事実を裁判の資料として採用してはならない。
 主張→認否→争いがある部分の立証
 立証責任を尽くしたかの判断（事実認定）→結論

(イメージ図)

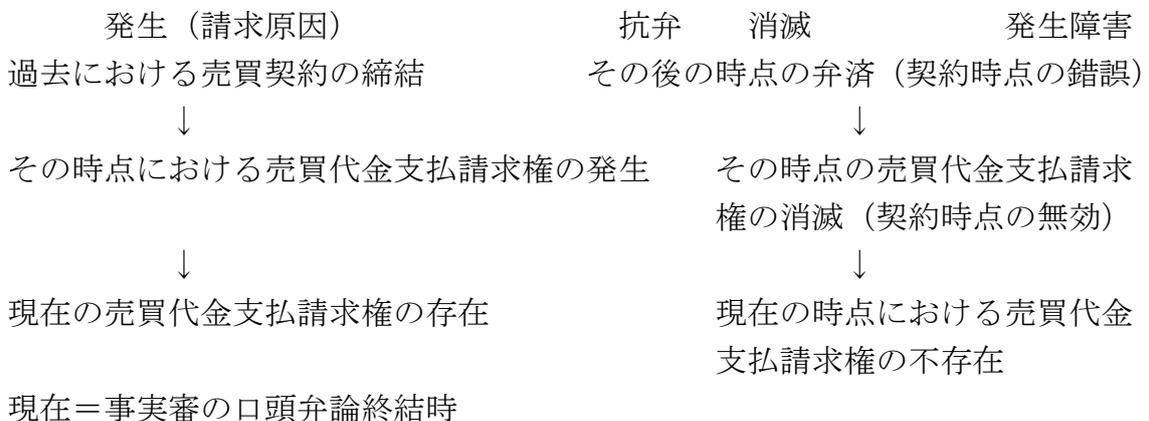


訴訟物レベル	訴訟物		処分権主義	訴えの提起
主張レベル	要件事実A	要件事実B	弁論主義 自白	争点整理
立証レベル	直接証拠 補助事実	間接事実 間接証拠 補助事実	自由心証主義	証拠調べ

争点整理（一審手続解説37頁） 新司法試験民事訴訟法では、素材と切り口を替えて繰り返し問われている。実務で重要な部分。

- (1) 要件事実とその存否に影響する重要な間接事実の確定
- (2) 争いのない事実と争いのある事実の確定
- (3) 争いのある事実を立証するための証拠の整理

下記を直接に書く問題は出ていないが、基本的な考え方として正確に理解すること（イメージ）



(文章による説明)

権利の発生（売買契約の成立など）の点は、これを主張しようとする者に立証責任があり、権利発生障害（契約の錯誤・虚偽表示による無効など）、消滅（弁済・解除など）又は阻止（同時履行の抗弁権など）の点については、権利の存在を否定し又はその行使を阻止しようとする者に立証責任があるとするものである。そして、ある権利の発生原因事実が立証されたときは、消滅等の点について立証がない限り、その権利は存続しているものと扱われることになる。

予備試験過去問の検討方針

問いに回答するだけでなく、問題の事例を使って、下記4点を押さえる。

範囲が限られており、類似問題が出ている。同じ分野で以前に問われていない部分が、問われる形も既に出ている。

請求の趣旨、訴訟物は、範囲限定 それを押さえることが対策。

主張の整理 新問題研究＋手引記載例で十分

典型的な型と組み合わせ、代理、相続を絡めることでしかバリエーションが作れない。出題範囲は限られている。

整理した理由 纏めるコツを伝える。

要件事実系の問題の採点方法

論点的な採点（司法研修所） 触れるべきことを決め、点数をふる。書いてあれば点数をつけ、書いてなければ点数をつけない。

規定演技といってよい。

司法研修所の記録教材 訴訟物で間違えると即死。大ブロック（例。相殺の抗弁）の組み合わせをまず把握する。ここも間違えては駄目。小ブロック（例。自働債権の発生原因事実、相殺の意思表示等）のミスは許される。

予備試験の問題—限定

訴訟物は、問題文に明示されている。大ブロックは、問題文から普通に読み取ることができる。小ブロックの穴埋め、理由の説明が求められている。

新司法試験との関連

手引事実摘示記載例集（以下「手引記載例」）、要件事実を全部組み込んだ主張を、文章の形にしたもの

手引記載例の形で答案が作ることができる問題（19年、25年、27年、2

8年)は、下記のメリットが大きいので、手引の記載例による答案作成がお勧めの方法である。

文章を考えなくともよい。

必要な要素は全部入っている。

短く書くことができる。

問いに対して回答している形を取ることができる。

手引の記載例をみると沢山あって、覚えるとなると大変だと思うかもしれないが、本レジュメと講義では、後で触れる第3(主張の整理)で述べるように、売買、消費貸借、貸借、代理の顕名、先立つ代理権の5つを覚えて、記載方法に慣れ、その後、広げていく方法を勧めている(この方法だと無理がない)。

19年

「あくまで確認された事実を照らして、お互いにどういう主張をすることになるかを中心に簡潔に纏めてほしい」(問題文5頁)。何をどのように書くかが明示されている。

互いにどういう主張をすることになるか

→訴訟物、請求原因事実を考える(発想1)。

問題文の情報をみる→必要最小限にこだわらない方が書きやすい(発想2)

→訴状、答弁書というイメージで答案を作成する。

25年

保証債務の履行を請求するために必要な主張が問い端的に主張を示すのが、問いに対する回答である。

27年の問題は、請求につき、主張の根拠、相手方の反論、反論が認められるかという問いの立て方で一貫している。分析方法として、下記の方針を決め、手引記載例の文章を適宜使えばよい。28年は、請求の当否が問いであるが、回答は同じ発想でよい。

請求(訴訟物)→主張の根拠(請求原因)→反論

反論が認められる。請求は不当である(否認あり、抗弁あり、再抗弁なし)

反論が認められない。請求は妥当である(否認なし、抗弁なし、再抗弁あり)

司法試験の答案では、問題提起→規範定立(趣旨からの理由付け)→あてはめという三段論法を書けと言われるが、実務的な文書(訴状、準備書面など)では、そのような書き方をすることは殆どない(判決を読むと分かる)。事実摘示記載例のように淡々と事実を記載する。新司法試験の答案は、実務家が作成

する文書とは異なるが、答案としても、事実摘示のような記載の方が、問いに回答したことになることがあることに注意。三段論法の形にこだわると、却って書きにくい問題がある。

学習の注意点

司法修習生の多くは、要件事実論に従って整理された主張証明責任の分配を記憶しようとする。主張責任の分配は、民事訴訟における原告・被告の攻撃防御の構造そのものであるから、定型的なものについて、理解し記憶しておくことは、専門家として迅速なリスポンスのために必要なことであるは間違いない。

しかし、より大切なのは、要件事実の考え方を理解し、マスターし、自分で条文を読み、制度趣旨・目的、その他の文言や定め方（本文、但書）などを考えて、攻撃防御の構造の組み立てができるようになることである。なぜなら、実践的な要件事実論は、「民事訴訟のプロセスにおける主張・反論という攻撃防御の構造について、実体法の解釈を踏まえて理論構造に従ってそれを的確にとらえていくという手法」であるからである（加藤「要件事実の考え方と実務」より）。

第1 請求の趣旨

（過去問に出たもの）

被告は原告に対し、甲土地について、真正な登記名義の回復を原因（平成26年9月1日売買を原因とする）とする所有権移転登記手続をせよ。

注意点。登記原因の記載。「手続をせよ」を忘れないこと

被告は原告に対し、甲土地を明渡せ（注。引き渡せが適切）。

被告は原告から120万円の支払を受けるのと引き換えに、原告に対して、甲建物を明け渡せ。原告のその余の請求は棄却する（引換え給付判決、24年）。

（今後出題されうるもの）

被告は原告に対し、乙建物を収去して甲土地を明渡せ。

被告は甲建物について別紙登記目録記載の所有権移転登記の抹消登記手続をせよ。

抹消登記の場合、「原告に対して」は記載しない（移転登記とは異なる）。登記原因も記載しない（新問題研究87頁では、実務の通例と紹介）

（請求の趣旨に関する応用問題）

（誤）

- 1 被告は、原告に対し、甲土地につき、所有権移転登記をせよ。

2 訴訟費用は被告の負担とする。
との判決並びに仮執行宣言を求める。

(正)

1 被告は、原告に対し、甲土地につき、平成13年6月1日時効取得を原因とする所有権移転登記手続をせよ。
2 訴訟費用は被告の負担とする。
との判決を求める。

ア 登記をするのは登記官であって、被告に対して、登記申請をするという意思表示をすることを命じるものであるから、「所有権移転登記をせよ」ではなく、「所有権移転登記手続をせよ」と記載すべきである。

イ アのように、判決は、意思表示を命じるものであるから、民事執行法174条1項により、判決の確定を要するとされ、仮執行宣言を付けることはできない(七訂「民事弁護の手引」81～82頁)。

ウ 不動産の権利に関する登記をするには登記原因を記録することが要求されるので(不動産登記法59条3号)、登記訴訟の判決主文では、登記原因を記載する必要がある(新問題研究87頁)。そして、時効の効果は、その起算日に遡るので(民法144条)、登記原因の日付は、占有開始時になる(手引15頁)。

登記訴訟の主文(請求の趣旨)で、仮執行宣言をつけることができないことは、常識として押さえること

注。基本的な用語を押さえること

仮執行宣言(民訴259条)

一審判決に対する控訴があり、判決が確定しなくとも執行ができる。

仮執行宣言と訴訟費用の負担は、付随的申立といわれる(一審解説5頁)。

附帯請求 主たる請求を発生原因として生じた果実、損害賠償、違約金、費用「〇円及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払い済みまで、年5分の割合による金員を支払え」

第2 訴訟物 旧訴訟物理論が当然の前提

訴訟物の回答を求めたのは、サンプル問題だけであるが、出題可能性はある(範囲限定)。

個数、複数の場合の併合態様(単純併合、選択的併合、予備的併合)の回答を求めたことはないが、下記のことは知っておくこと

債権 契約の個数（問題研究 5 頁）

物権（所有権に基づく物権的請求権） 侵害されている所有権の個数と所有権侵害の個数

民事訴訟法との関係

訴えの変更（143条），請求の併合（136条），重複起訴の禁止（142条），既判力の客観的範囲（114条1項）等の判断に当たって基準となる。

訴訟物の特定（問題研究 4 頁）

物権 主体，内容

債権 主体，内容，発生原因

手引記載例が参考になるが，次のように押さえると，頭に入りやすい。

二段 売買契約に基づく代金支払請求権

消費貸借契約に基づく貸金返還請求権

三段 所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権

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

3 当事者間の場合に注意

債権譲渡 A 被告間の消費貸借契約に基づく貸金返還請求権（23）

債権者代位

A の被告に対する所有権に基づく妨害排除請求権としての所有権

移転登記抹消登記請求権

債務不存在確認 消費貸借契約に基づく貸金返還請求権

第3 主張整理

過去問に出た類型を押さえる。レジュメ，解答例，補充レジュメ 2

穴埋め問題の穴だけを押さえるのではなく，全体を押さえる。

過去に出ていない部分で，出題可能性のある部分を押さえる。

補充レジュメ 2 参照

勉強のコツ。条文を普通に読んで，自分で考えてみる。

テキストと比較して，違う部分を把握して，その理由を考える。

定型的な部分は，型がすぐに出た方が対応が早くなることは確かであり，記憶という要素はある。予備試験では，部分的な主張整理なので，覚え込まなくとも何とかなるが，手引記載例が新司法試験の論文試験で使えることを考えれば，ある程度は覚えた方がよい。手引でも相当数のものがあり，覚え

のは大変だと思ってしまうが、最初は、下記の3つ（最も多く使われる、売買、消費貸借、賃貸借）と代理の頭名、先立つ代理権授与の合計5つからスタートして段々と増やすという方法でよい。一字一句違わずに書くことは求めない。要素が入っているかをみるが、同じ文章であると安心して読める。これを覚えれば、無償の場合（贈与、使用貸借）は、無償の点だけを気をつけて表現すればよいことが分かる。例えば、請負契約について、条文をみながら、表現を作ってみる機会があってもよい。実務について、法律家的な文章を書く訓練にもなる。

消費貸借

原告は被告に対し、平成22年8月8日、弁済期を平成22年12月1日として2000万円を貸し付けた。

原告は被告に対し、平成22年8月8日、2000万円を、次の約定で貸し付けた。

弁済期 平成22年12月1日

利息 月1分

損害金 年1割5分

売買

原告は被告に対し、平成22年6月24日、甲土地を代金8000万円で売った。

贈与の場合 原告は被告に対し、平成22年6月24日、甲土地を贈与した。

賃貸借

原告は被告との間で、平成27年4月1日、別紙物件目録建物（以下「本件建物」という）を、賃貸借期間同日から平成30年3月31日まで、賃料1カ月20万円の約定で賃貸するとの合意をした（以下「本件賃貸借契約」という）。

使用貸借の場合（他主占有権原）

被告は原告に対し、平成27年4月1日、甲土地を、期間の定めなく、無償で貸し渡した。

新問題研究の冒頭規定説によると、「期間の定めなく」は不要。

（代理の型）27年予備試験

1 Aは、平成26年9月1日、Xに対し、本件土地を代金250万円で売った

(以下「本件売買契約」という。)

- 2 Aは、本件売買契約の際、Yのためにすることを示した。
- 3 Yは、本件売買契約に先立って、Aに対し、本件売買契約締結に係る代理権を授与した。

時的因子 要件事実特定のための日時

時的要素 一定の時間の要素ないし時間の先後関係が法律要件とされる場合
(30講21頁)

現在の占有, 先立つ代理権の授与

釈明問題 (サンプル問題だけであるが, 出題可能性はある)

要件事実を押さえて, 不足している部分, 曖昧な部分を押さえる

主張自体失当 (30講66頁)

a, b, c, dの4つが必要, a b cしか主張せず (主張自体失当)

要件事実を十分に主張しない場合には, その攻撃防御方法は立証を待つまでもなく排斥される (一審手続解説9頁)。当事者の主張に不備や欠落がある場合には, 適切に釈明権を行使する必要性が生じる。そのためには, 当事者の主張の趣旨を的確に把握し, その主張の意味を合理的に解釈したうえ, 民法から吟味した要件事実に照らして, これを整理し, 必要な主張の有無を正しく理解することが必要である。

消極的釈明 当事者の申立, 主張に不明瞭, 矛盾, 欠缺, 不用意がある場合の補充的釈明

積極的釈明 当事者が適当な申立, 主張等をしない場合に, 裁判所が積極的に示唆, 指摘してさせる是正的釈明

弁論主義の形式的適用によって生じる欠陥を克服し, 弁論主義を手続き目的からみて妥当なものにするために裁判官に付与されたもの

釈明義務を肯定するための考慮要素 (実体的正義と手続き的正義との間のバランス)。問題が作れる分野。

- 1 判決における勝敗転換の蓋然性
- 2 当事者の申し立て, 主張における法的構成の当否
- 3 期待可能性
- 4 当事者の公平
- 5 その他 (抜本的紛争解決を一回で図る, 訴訟の完結を著しく遅滞させる)

第4 理由

書き方が分かっていない答案が大多数である。文献の記載方法にも問題がある（説明が細かいか、殆どない。例えば、類型別では、～を請求するためには、①②③④が必要であるという書き方がよくみられる。これを覚えて、だから、主張としてアイウエが必要であるという答案が出てくる）→答案（主張ごとに簡潔に理由を書く）のギャップが大きい。自分で作成しなければならないが、その時間がなく、訓練が積まれていない（勉強の難しさ）。

予備試験の問いのパターンは、下記1と2（問いがパターンになっていなくとも、書くことは同じ） 実際の答案は解答例参照（コツを掴む）

- 1 その事実から生じる実体法上の効果を踏まえて、それが抗弁となる理由を説明しなさい（サンプル問題）。

事実（例、錯誤）→実体法上の効果（無効）→請求原因から生じる法律効果を妨げ（障害）、被告に立証責任があり、請求原因と両立するから抗弁である（抗弁の定義を押さえる）。

- 2 抗弁事実としてそれらの事実を主張する必要がある、かつ、これで足りると考えられる理由を、実体法の定める要件や当該要件についての主張・立証責任の所在に留意しつつ説明しなさい（24年）（請求原因につき26年）。

1との違い。実体法の定める要件（24年は相殺、26年は取得時効）を指摘したうえで、主張立証責任の所在に留意すると、実体法とは異なる内容になり、それを明確にさせたい場合の問い。未出題分野—192条（補充レジュメ2）

- 3 判例学説に争いがある問題につき、取るべき立場と理由を書かせる。
準消費貸借の原告説、被告説、代物弁済の諾成契約説、要物契約説

いずれのパターンにせよ、下記の定義を押さえて、理由として使う。

請求原因

改定問題研究8，14頁のパターン

本質的要素がキーワード

訴訟物である権利又は法律関係を発生させるために必要最小限の事実であり（改定問題研究11頁）、実体法の趣旨や解釈により、何が本質的要素であるかを、その要件の原則性、例外性、事實的態様と立証の難易等を考慮して決める。

新問題研究9頁のパターン

冒頭規定説がキーワード

典型契約の冒頭にある規定は、いずれも各典型契約の成立要件を規定するものであり、これに該当する要件事実が、当該典型契約に基づく請求権を発生させるものであるという見解である。

消費貸借契約に基づく貸金返還請求権の請求原因につき、改定問題研究（平成18年9月）と新問題研究（平成23年9月）で異なる説明があり、混乱させているが、説明の仕方の違いのみである。採点者の立場からは、いずれを採用しても点差はつけない。ここを真向から問う問題は出しにくい。

弁済期の定め（消費貸借）、期間の定め（貸貸借）が契約成立のために必要か必要ではないかの違い。

改定問題研究（予備試験の主張整理。30講。起案の手引、類型別）

消費貸借契約の本質的要素は、587条の規定から、金銭の返還約束の合意と金銭の交付であり、さらに、貸借型の契約は、一定の価値をある期間借主に利用させることに特徴があるから、弁済期の合意は、その契約に不可欠な本質的要素であると解する。

新問題研究

消費貸借契約の冒頭にある587条は、成立要件を規定するものであり、これに該当する金銭の返還約束の合意と金銭の交付が要件事実であるから、事実①は必要である。

弁済期の定めと到来は、消費貸借契約を終了させ、貸金返還請求権を発生させると事実である位置づける。

抗弁 請求原因から生じる法律効果を妨げること（障害、消滅、阻止）、被告に立証責任があること、請求原因と両立すること（改定問題研究16頁、新問題研究14頁）

再抗弁 抗弁と両立し、その効果を覆滅するとともに、請求原因から生ずる法律効果を復活させる機能を有するもの（30講123頁）

再々抗弁 再抗弁と両立し、その効果を覆滅するとともに、抗弁から生ずる法律効果を復活させる機能を有するもの（30講123頁）

事実認定

事実認定の対象＝争点一争いのある要件事実

研修所で争点を指摘させる問題。要件事実と認否を問うているということ

争点整理（第一審手続解説37頁）

- 1 主張立証責任—請求原因, 抗弁, 再抗弁等に適切に分類整理
要件事実の確定
- 2 1に対する認否
- 3 争いのある事実を立証するための証拠の整理
(実務では, 重要な間接事実についてもなされる)

直接証拠—証明→要件事実

間接証拠—証明→間接事実—推認→要件事実

どの間接事実が, どのような意味で要件事実の推認に繋がるかを意識する。

書証(固定的, 断片) + 人証(流動的, 全体像) + その他の証拠

予備試験の出題パターン 3つ

1 書証

二段の推定(サンプル問題, 委任状), 23年(領収証)→準備可能

24年(領収証の真正の判断を行う前提として確認すべき事項)

2 規範的要件の判断

25年 規範的要件(背信行為と認めるに足りない特段の事情)

裁判所の判断(結論と理由)

3 準備書面の作成

26年 贈与契約の成立

27年 250万円で売却することの承諾

28年 背信性の評価根拠事実

予備試験の場合 立証命題。立場が明記されている。

問われていることに回答するように, 文章にする。

準備書面のイメージが描けない点で難しい→解答例を参照して欲しい。

過去問で訓練する。

2と3の採点基準

積極方向の事実と消極方向の事実を問題文から拾いきる(事実に点数がつく一記録とは異なり, 問題の量が少ないから, その気になれば可能)。

評価を加えて結論を出す。評価の仕方に点数がつく。

2のポイント 背信行為を何処で判断するかという観点から評価を加える。

3のポイント 自由心証(247条)。論理則, 経験則に適うもの。

動かしがたい事実(確実な書証, 争いのない事実)と整合するか。

経験則に照らして, 合理的か。

矛盾を含むか。

(契約の成否)

契約が成立していれば、どのような効果があるか。それがあるか。

追補

要件事実と新司法試験

法律上の意義を有するかという問い方に対する対処(22年, 24年, 26年)。要件事実の分析が必要であるが、何を何処まで書けばよいか悩ましいが(無用に答えにくい問題にしている印象がある)、過去問の出題趣旨(下記のもの)を徹底的に検討していれば、下記①ないし③を求めていることが分かるが、26年の出題趣旨、採点実感をみると、出題者は、①の要件事実だけしか考えていなかった。出題者が変わると、書くべきことも変わるとするのは困ったものであるが、出題者が変わることによるリスクを減らすことも考えなければならない。

- ① 要件事実としての分析
- ② 立証責任の位置づけ、認否の議論
- ③ 間接事実としての分析