

2018 予備試験 スタートアップセミナー  
**これで短答合格！短答突破の必勝法**

---

**【講師作成 レジューメ】**

辰巳専任講師・弁護士

松永 健一 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA



## ＜これで短答合格！短答突破の必勝法 講師作成レジュメ＞ 松永 健一 先生ご作成レジュメ

### ＜短答勉強法—総論＞

#### 1 過去問を徹底的にやり込む。

- ・短答を勉強しつつ、論文の勉強も併せて行うべき

短答に合格しても、論文に合格しなければ意味がない。最難関である論文式試験に合格するための勉強を意識すべきである。

→短答⇔論文で、短答の力も身に着き、論文の力も身に着く。

→そのためにどうすればよいか？

→「短答過去問パーフェクト」(辰巳法律研究所)がお勧め  
(理由)

①分野別に分かれている。

→その日の勉強内容を決めやすい。例えば、今日は民法の相殺部分を短答・論文を含めて勉強しようとする。その際、まずは相殺部分の短答を解く。そのうえで、相殺部分の論証も確認する。私の場合、自分で論証をまとめ、論文式試験に使いやすい形式にしていた。

②解説が充実している。

→解説部分に載っているフレーズを、自作の論証パターンに落とし込む。

- ・過去問は2～3周回す。

→単に、正解の肢を覚えるだけでなく、理由付けまで含めて覚える。

#### 2 答練で練習する。

- ・過去問演習だけだと解答を覚えてしまい、実際の問題に対応できなくなる。

→過去問は覚えこむほど行うべき。しかし、その場合、初見の問題に対応できなくなるといふ弊害も生じる。

- ・時間配分にも気を使うべきである。

→択一は時間との勝負の面もある。特に、刑事系は時間が足らなくなる危険が高い。

→時間配分の練習を答練で行うべきである。

- ・答練で出た問題が、本試験で出る可能性がある。

- ・解説が充実している。

## <短答勉強法—各論>

### 1 憲法

条文と判例が他科目に比べてもかなり重要になる。

→著名な判例は、判旨の中で何と言っていたかまで覚えておく必要がある。

そこまで意識した勉強をするべきである。

※法科大学院生は、授業で判例を読み込んでいる。法科大学院生以外の受験生は、最低百選でよいのでしっかりと読み込むべき（ここでの読み込みが論文にも活きる。）

→条文は、最低100回はまわすつもりで！！

電車などで何回も読む。特に統治の部分

### 2 行政法

憲法と同じく判例が重要となる。

→著名な判例は、判旨の中で何と言っていたかまで求められる。

その他、訴訟の種類・訴訟要件は暗記すべき（論文試験でも活きる。）

### 3 民法

満点を狙うべき科目である。

→条文をひたすら読み込むべき。過去問もやり込むべき。

知識が論文試験にも大きく影響する。

### 4 商法

扱いが難しい科目である。

→過去問を中心に勉強し、そこ以外はやらないという勉強法でも良いかもしれない。

→手形・商行為も過去問・答練で出たものだけでも完璧にする。

### 5 民事訴訟法

同じく扱いが難しい。

→条文そのままというより、考えさせる問題が多い。

判例の理解をしっかりと、過去問・答練で思考訓練を行う。

### 6 刑法

論文とリンクしやすい。→結論のみならず、思考過程をしっかりとおさえる。

## 7 刑事訴訟法

条文・判例が重要

→条文は読み込みたい。特に捜査の部分。判例は判旨だけで十分なことが多い。

## 8 一般教養

受験生のバックグラウンド次第

→私の場合：英語，理科（化学など），論理問題

何か一つでよいので，得意科目を作るとよいかもしれない。

## 相殺に関する論点

＜相殺の要件事実＞（類型別 p 3 2）

（抗弁として提出）

①自働債権の発生原因事実

②受働債権につき、被告が原告に対し、一定額について相殺の意思表示をしたこと

※相殺の抗弁は受働債権の元本に対する抗弁となるのみならず、相殺適状を生じた時以後の利息及び遅延損害金に対する抗弁ともなる。

（∵相殺は遡及効を有し、相殺適状を生じた以後は受働債権についての利息及び遅延損害金は発生しなかったことになる。）

（※自働債権に同時履行の抗弁権が付着している場合、抗弁権の存在効果として相殺が許されないことになるから、①の自働債権の発生原因事実の主張自体からその債権に抗弁権が付着していることが明らかとなる場合は、抗弁権の発生原因事実又は消滅原因事実となる事実をも併せて主張しなければ、相殺の抗弁が主張自体失当となる。）

＜相殺適状（505条1項）＞

①「2人が互いに」

② 対立する債権が有効に存在すること

③「双方の債務が弁済期にある」

④「債務の性質」が相殺を許すものであること（505条1項但書）

**P: 両債権がともに不法行為により生じた場合**

・509条は不法行為による損害賠償請求権を受働債権とする相殺を禁止している。

→両債権がともに不法行為により生じた場合にも相殺ができないとも思える。

（※判例は相殺ができないという説）

→しかし、509条の趣旨は、報復的不法行為を防止する点及び、被害者救済のため現実の弁済により損害を填補すべきであるという点にある。

→そして、両債権が一事件から生じた双方的不法行為の場合には、相殺を認めても不法行為を誘発しない。また、両者とも被害者であると同時に加害者であるので、現実の弁済により損害を填補すべきという要請は少ない。

→よって、両債権が一事件から生じた双方的不法行為の場合には、509条が適用されず、相殺が認められると解する。

**P：預金担保貸付における相殺**

**(事例)**

Aは、C銀行に定期預金債権を有していたが、事情により、預金の名義はBとしていた。C銀行は、Bに対して金銭を貸し付けるにあたって、右定期預金がBのものであると思い、右定期預金に質権を設定し、満期において貸付債権と相殺する旨の相殺の予約をした。その後、貸付金の満期が到来したため、C銀行は貸付債権と定期預金債権を相殺した。

この場合、C銀行はAに対して右相殺をもって対抗できるか？

**P：この場合における定期預金の預金者は誰か？**

- ・契約当事者認定の一般法理に従うという説
- ・預金債権は、預金契約を発生原因とし、預金契約の当事者に帰属する。  
→預金債権の帰属は**預金契約の当事者は誰か**を認定することで決せられる。  
→その際の考慮要素
- ①預金契約という法律行為を行ったもの
- ②相手方の認識
- ③口座の管理者（契約締結後の問題ではあるが、契約当事者を推認させる間接事実となる）
- ④原資である金銭の所有者（契約当事者を推認させる間接事実となる）

※客観説（かつての判例）

客観的にみて金銭の真の出捐者を預金者と見るべきである。

（∵大量かつ定型的取引である定期預金契約をする段階では、銀行は誰が預金者であるかということにつき特に利害関係を有しているわけではないので、出捐者を保護するのが妥当である。）

（∵出捐者以外のものを預金者と信じて行為をした銀行の保護は民法478条類推適用などにより別途図ることができる。）

**P：預金者がAとなった場合、預金担保貸付にも478条の適用があるか？**

→「**弁済**」といえるか？？

- ・相殺は弁済ではなく、478条を直接適用することはできない。
- もともと、定期預金への担保権設定・貸付・相殺予約・相殺という一連の行為は、**経済的機能の点で、定期預金債権の期限前払戻と同視できる。**
- 期限到来後の払戻が弁済である一方、定期預金の期限前の払戻は解約及び弁済という性質を有するので、単純な弁済ではない。
- しかし、銀行は解約に応じるのが原則であることから、期限前の払戻であっても、期限到来後の払戻と実質的に異なる点はない以上、「**弁済**」と同視できるものと解する。
- よって、一連の行為も「**弁済**」と同視できる。（478条の類推適用となる。）

**P:** では、本件で善意無過失の判断時期はいつか？（478条类推適用）

- ・相殺は預金担保契約の実行であり、実質的にみれば、担保設定時において既に自己の債権を処分したのと同視しうる。そして、貸付時において金融機関の判断は終了しており、後の相殺は形式上の事務手続にすぎない。

→よって、善意無過失の判断は貸付時を基準に判断すべきものと解する。

※銀行は担保設定を強制されておらず、自ら貸付を行っているので、銀行の払うべき注意義務の程度は通常よりも重いと解する。

---

#### 478条に関する論点

**P:** 債権者の代理人であると詐称した者は「債権の準占有者」といえるか？

- ・478条の趣旨は、弁済の場面において、債務者は弁済の義務を負っているのであるから、弁済受領権限について十分な調査を要求するのは酷といえるため、取引通念上、債権者らしい外観を呈するものに弁済した場合に当該債務者を保護する点にある。

→弁済の義務を負う点では、相手方が債務者と称したか代理人と称したかで変わりはない。

→よって、代理人と称した者も「債権の準占有者」といえるものと解する。









## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335