



【短答発表後】予備試験論文合格開眼塾ガイダンス

脱論点主義者の私が伝える 論点学修の勧め

【ガイダンスレジュメ】

辰巳専任講師・弁護士

柏谷 周希 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

【短答発表後】予備試験論文合格開眼塾ガイダンス
脱論点主義者の私が伝える論点学修の勧め

講師作成レジュメ

辰巳専任講師・弁護士
柏谷 周希 講師

第1 予備試験で求められる能力とは？

- 1 予備試験は法曹実務家登用試験
- 2 法曹の職務は、①未知の具体的紛争を、②基本的知識（既知）をベースに、③法的に思考することによって、④法を解釈、適用することで解決すること（事件処理）
- 3 したがって、予備試験では、事件処理能力が求められている

第2 事件処理能力の具体的内容は？

- 1 基本的知識（既知）
 - (1) 法解釈の基本的知識
 - (2) 事実認定の基本的知識
 - (3) 過去問の知識（予備，新旧司法）
- 2 法的思考能力
 - (1) 未知の法について解釈する思考力
 - (2) 未知の事実（問題文）を分析する思考力
- 3 起案力
 - (1) 形式的起案力
例) 文字の大きさ，ナンバリング
 - (2) 実質的起案力
⇒紛争の争点（出題趣旨＝配点の高い部分）を中心にメリハリのある論述をする力
＊法的思考能力と表裏の関係

第3 論点学修の問題点

1 論点学修とは？

⇒ 典型論点についての論証パターンの暗記学修

2 典型論点とは？

⇒ 判例と学説が対立している法解釈上の論点

3 論点学修の問題点

(1) 暗記量が膨大

(2) 典型論点をフルスケールで論述する場面はない

⇒ 論述のバランスは問題ごとに異なる

第4 あるべき論点学修

1 問題に応じて柔軟に論点について論証できる力（実質的起案力、法的思考能力）を身につける学修

2 法解釈のみならず事実の分析力も併せて身につける学修

第5 あるべき論点学修の方法

1 TL編

⇒ 基本的知識（法解釈、事実認定）を答案の書き方と共に網羅的にインプットできる講座

2 予備開眼塾

⇒ 論文問題150問の問題分析、論述例を使った答案の書き方講義

(1) 普遍テーマ編

⇒ 新司、旧司の過去問（51問）

* 予備試験で問われたテーマについて、新司、旧司の問題を通じて学ぶ

(2) 答案実戦編

⇒ 予備の過去問（54問）

(3) 出題予想編

⇒ 予備スタ論（45問）

第6 予備と新司の共通するテーマ

- 例1) H26予備憲法で出題された「職業選択の自由」は、H26司法試験憲法でも出題された
- 例2) H26予備行政法で出題された「授益処分の撤回の制限」は、H26司法試験行政法でも出題された
- 例3) H25予備民法で出題された「将来債権譲渡担保」は、H18司法試験民法でも出題された
- 例4) H25予備試験民訴で出題された「債権者代位訴訟に債権者が参加する方法」は、H23司法試験民訴でも出題されている（後述）
- 例5) H23予備試験商法で出題された「譲渡制限株式のみなし承認」は、H25司法試験商法でも出題されている
- 例6) H24予備試験刑法で出題された「共犯関係からの離脱」は、H19司法試験刑法でも出題されている
- 例7) H26予備刑訴で出題された「自白の任意性」は、H27司法試験刑訴でも出題されている
- 例8) H23予備民事実務で出題された「二段の推定」は、H24司法試験民訴でも出題されている
- 例9) H23予備刑事実務で出題された「置き引きにおける占有の有無」は、H27司法試験刑法でも出題されている

第7 普遍テーマの具体例

- ⇒債権者代位訴訟に他の債権者が参加する方法（独立当事者参加か共同訴訟参加か）
- *新司H23設問2
- *予備H25設問2

【(新) 司法試験平成23年民事系第3問(抜粋)】

1 【第3問】(配点：100 [[設問1] から [設問3] までの配点の割合は、3：4：3])

2 次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。

3
4 【事例1】

5 Aは、医師であり、個人医院を開設しているが、将来の値上りを期待して、近隣の土
6 地を購入してきた。しかし、同じ市内に開設された総合病院に対抗するために、平成19
7 年5月に借入れをして高価な医療機器を購入したにもかかわらず、Aの医院の患者数は伸
8 び悩み、Aは、平成21年夏頃から資金繰りに窮している。

9 Bは、Aの友人であり、Aが土地を購入するに際して、購入資金を貸与するなどの付き
10 合いがある。Bは、かねてAから、甲土地は実はAの所有地である、と聞かされてきた。

11 Cは、Aの弟D(故人)の子であり、Dの唯一の相続人である。

12 甲土地の所有権登記名義は、平成14年3月26日に売買を原因としてEからDに移転
13 している。

14 Bは、弁護士Pに依頼し、Dの単独相続人であるCを被告として、Aの甲土地の所有権
15 に基づき、甲土地についてDからAへの所有権移転登記手続を請求して、平成22年12
16 月8日に訴えを提起した(以下、この訴訟を「訴訟1」という)。

17
18 平成23年1月25日に開かれた第1回口頭弁論期日において、Pは、次のような主張
19 をした。

20 ① Bは、平成17年6月12日に、Aに対して、平成22年6月12日に元本12
21 00万円に利息200万円を付して返済を受ける約束で、1200万円を貸し渡し
22 した。

23 ② 平成22年6月12日は経過した。

24 ③ Aは、甲土地を現に所有している。

25 ④ 甲土地の所有権登記名義はDにある。

26 ⑤ Aは、無資力である。

27 ⑥ CはDの子であるところ、Dは、平成18年5月28日に死亡した。

28 これに対して、Cは、同期日において、「②③④⑥は認めるが、①⑤は知らない。」旨の
29 陳述をした。

30 裁判官が、Pに対して、①の消費貸借契約について契約書があるかどうか質問したとこ
31 ろ、Pは、「作成されていない。」と返答した。裁判官は、Pに対して、次回の口頭弁論期
32 日に①と⑤の事実を立証するよう促した。

33
34 第1回口頭弁論期日が終了した後、Cは、弁護士Qに訴訟1について相談し、Qを訴訟
35 代理人に選任した。

36
37 平成23年3月8日に開かれた第2回口頭弁論期日において、Qは、次のような陳述を
38 した。

39 ⑦ 甲土地は、Eがもと所有していた。

1 ⑧ 平成14年2月26日、Aは、Eとの間で、甲土地を2200万円で購入する旨
2 の契約を締結した。

3 ⑨ Aは、⑧の契約を締結するに際して、Dのためにすることを示した。

4 ⑩ 同年2月18日、Dは、Aに対して、甲土地の購入について代理権を授与した。
5 裁判官がQに対して、新たな陳述をした理由をただしたところ、Qは、次のように述べ
6 た。

7 Dが死亡した後、Cは、事あるごとに、Aから、「甲土地は、Dのものではなく、
8 Aのものだ。」と聞かされてきたので、それを鵜呑みにしてきました。しかし、私が
9 改めてEから事情を聴取したところ、新たな事実が判明したので、甲土地の所有権が
10 EからDへ、DからCへと移転したと主張する次第です。

11 Pは、①と⑤の事実を証明するための文書を提出したが、⑦⑧⑨⑩に対する認否は、次
12 回の口頭弁論期日まで留保した。

13
14 (中略)

15
16 【事例1 (続き)】

17 F銀行は、Aの言わばメインバンクであり、Aに対して医療機器の購入資金や医院の運
18 転資金などを貸し付けてきた。現在、Fは、Aに対して2500万円の貸付金残高を有し
19 ている。訴訟1が第一審に係属していることを知ったFがその進行状況を調査したところ、
20 BがB A間の消費貸借契約締結の事実(①の事実)やAの無資力の事実(⑤の事実)の立
21 証に難渋している、との情報が得られた。そこで、Fは、Aに甲土地の所有権登記名義を
22 得させるために、自らも訴訟1に関与することはできないかと、弁護士Sに相談した。S
23 は、Bの原告適格が否定される可能性があることを考慮すると、補助参加ではなく当事者
24 として参加することを検討しなければならないと考えたが、どのような参加の方法が適当
25 であるかについては、結論に至らなかった。

26
27 【設問2】 Fが訴訟1に参加する方法として、独立当事者参加と共同訴訟参加のそれぞれ
28 について、認められるかどうかを検討しなさい。ただし、民事訴訟法第47条第1項前段
29 の詐害防止参加を検討する必要はない。

30
31 (以下略)

【平成25年予備試験民事訴訟法】

1 【民事訴訟法】〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、7：3)

2
3 次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

4
5 【事例】

6 Aは、平成23年11月10日、Bに対し、弁済期を平成24年11月10日として、1
7 000万円を貸し付けた(以下、この貸付に基づく貸金債権を「甲債権」という。)。しか
8 し、Bは、弁済期にこれを返済しなかった。

9 そこで、AがBの現在の財産状況を調査したところ、Bの営む店舗の経営状態が悪化し、
10 甲債権のほかにも、多額の借入金や取引先に対する買掛金の合計1億円余りが弁済期を過ぎ
11 ても未払となっていること、Bの所有する不動産にはその評価額以上に抵当権が設定されて
12 おり、平成25年1月31日を弁済期とする500万円の売掛金債権(以下「乙債権」とい
13 う。)をCに対して有するほか、Bには見るべき資産がないことが判明した。

14 そこで、平成25年2月25日、Aは、Bに代位して、乙債権の支払を求める訴えをCに
15 対して提起した(以下、この訴えに係る訴訟を「訴訟1」という。)

16
17 【設問1】(1)と(2)は、独立した問題である。

18 (1) Bは、平成25年3月14日、訴訟1に係る訴状の送達を受けたCから問い合わせを受
19 けて、訴訟1が第一審に係属中であることを知った。Bは、甲債権については、平成24
20 年12月10日にAから免除を受けたとしてその存在を争うとともに、乙債権については、
21 自己に支払うようCに求めたいと考えている。

22 ア この場合、Bは、訴訟1において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができ
23 るか、理由を付して述べなさい。

24 イ 裁判所は、審理の結果、甲債権は存在せず、乙債権は存在すると判断した場合、どの
25 ような判決をすべきか、Aが提起した訴訟1に係る訴え及びアでBが採った手段のそれ
26 ぞれについて説明しなさい。

27 (2) Bが訴訟1の係属の事実を知らないうちに、訴訟1について、甲債権は存在すると認め
28 られるが、乙債権が存在するとは認められないとして、請求棄却判決がされ、この第一審
29 判決が確定した。その後、Bが、Cに対し、乙債権の支払を求めて訴えを提起した(以下、
30 この訴えに係る訴訟を「訴訟2」という。)ところ、訴訟2の過程において、訴訟1につ
31 いての上記確定判決の存在が明らかになった。この場合において、訴訟2の受訴裁判所は
32 どのような判決をすべきか、当該受訴裁判所が、審理の結果、訴訟1の口頭弁論終結時
33 において甲債権が存在していたと判断したときと、これが存在していなかったと判断したと
34 きとに分けて説明しなさい。

35
36 【事例(続き)】〔設問1〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。

37 Dは、Bに対して、平成25年2月10日を弁済期とする1500万円の売掛金債権を有
38 しているが、同年4月半ば、Dの取引先でCとも取引関係があるEから、AのCに対する訴
39 訟1が第一審に係属中であると知らされた。

1 そこで、Dは、顧問弁護士と相談した結果、Aが甲債権を有することを争う必要はないが、
2 このままではAが乙債権の弁済による利益を独占し、自らが弁済を受ける機会を失ってしま
3 うこととなるので、それを避けたいと考えるに至った。

4

5 〔設問2〕

6 この場合、Dは、訴訟1において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができる
7 か、理由を付して述べなさい。