



第 1 部

序 說



第 1 部

序 說

第1章 司法書士試験の全体像

1. 試験の分類

(1) 筆記試験と口述試験

司法書士試験は、筆記及び口述の方法によって行われる。なお口述試験は、筆記試験に合格した者について行われるが(書士§6-II参照)、口述試験を受験した者が、不合格となることはほとんどないので、事実上筆記試験のみで合否が確定しているといつてよい。

(2) 午前の部の試験と午後の部の試験

司法書士試験は、毎年1回以上、法務大臣が行うものと定められているが(書士§6-I)、筆記試験は、現在のところ毎年1回、おおむね7月上旬の日曜日に実施されている。そして、司法書士試験には、筆記試験の試験当日の午前に行われる試験(現在のところ試験時間は2時間)と午後に行われる試験(現在のところ試験時間は3時間)があり、前者を「**午前の部の試験**」、後者を「**午後の部の試験**」とよぶ。

(3) 択一式試験と記述式試験

司法書士試験は、択一式試験と記述式試験とに分けられる。択一式試験は、多肢択一式であり、原則として5つの選択肢の中から正解をマークする方式で行われる。午前の部の試験は、択一式試験のみの全35問で構成され、午後の部の試験は、択一式試験全35問と記述式試験2問で構成される。記述式試験は、司法書士が登記に関する業務を行うのに必要な知識と能力を問うものである。具体的な事例が示され、その事例に基づく登記の申請書の一部の記載を求めるとともに、その事例に基づく事件を処理する上で考察すべき点などの記載を求めるものである。不動産登記法と商業登記法から各1問ずつ出題される。

2. 合否の判定など

(1) 配点

午前の部の試験及び午後の部の択一式試験は、それぞれ各35問ずつ出題

されるが、その配点は、現在のところ1問3点とされており、午前の部の試験及び午後の部の択一式試験で、それぞれ105点満点である。そして、午後の部の記述式試験は、2問で70点満点とされるので、全ての試験の合計点は、280点満点となる。

(2) 合格基準点

司法書士試験の受験案内書には、午前の部の試験、午後の部の択一式試験及び午後の部の記述式試験の各成績のいずれかがそれぞれ一定の基準点に達しない場合には、それだけで不合格とする旨の記述がある。すなわち、①午前の部の試験、②午後の部の択一式試験、③午後の部の記述式試験の3つの試験のそれぞれについて、「**合格基準点**」が設定され、受験者の得点のいずれか1つでも、その合格基準点に達しない場合は、他の試験の成績にかかわらず、不合格となる。なお、合格基準点は、試験が実施された年の問題の難易度によって毎年変わるが、おおむね午前の部の試験にあつては、78点から90点(35問中26問から30問)、午後の部の択一式試験にあつては、72点から84点(35問中24問から28問)、午後の部の記述式試験にあつては、36点から40点くらい(70点満点で採点するので、6割弱)が目安である。

(3) 最終の合否の判定方法

午前の部の試験及び午後の部の択一式試験の得点がともに、(2)で示した合格基準点を超えた者についてだけ記述式試験の答案が採点され、その記述式試験の得点も(2)で示した合格基準点を超えた者が、筆記試験の合格の可能性はある。しかし、(2)で示した3つの合格基準点をすべてクリアしても、合格できるとは限らない。筆記試験は、(1)で示したとおり280点満点であるが、筆記試験全体の合格基準点があり、それを越えなければ最終の筆記試験の合格者とはならない。筆記試験全体の合格基準点も、年によって変動があるが、おおむね205点から225点くらいとなる。なお、各年度の合格基準点は、法務省のホームページで公表されている。

3. 受験科目

(1) 午前の部の試験の受験科目

午前の部の試験の受験科目は、憲法(出題数は3問)、民法(出題数は20問)、刑法(出題数は3問)、商法(出題数は9問)の4科目であり、いずれも「**実体法**」と呼ばれる法律科目で構成されている。

(2) 午後の部の試験の受験科目

午後の部の試験の受験科目は、民事訴訟法(出題数は5問)、民事保全法(出題数は1問)、民事執行法(出題数は1問)、司法書士法(出題数は1問)、供託法(出題数は3問)、不動産登記法(出題数は択一式で16問、記述式で1問)、商業登記法(出題数は択一式で8問、記述式で1問)の7科目であり、いずれも「**手続法**」と呼ばれる法律科目である。

(3) 実体法と手続法の違い

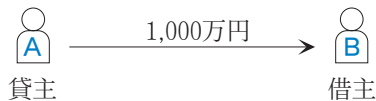
実体法とは、事柄の実体を規定した法あるいは法律関係の内容を定める法のことである。この実体法によって形成されたものを実現する手段を規定しているのが手続法である。例えば、「お金を借りた者はこれを返す義務がある」というのは、実体法の規定であり、これを返してもらえない場合に返してもらえぬ権利を強制的に実現する手続を定めたのが手続法である。

4. 実体法と手続法の関係

(1) 民法と民事訴訟法等

例題 1-1

AはBに弁済期は1年後と定めて金1,000万円を貸し付けた。Bはお金を借りてから1年経過しても、その金銭を返してくれない。Aはどうすれば貸金の回収ができるだろうか。



① AがBに対してもつ権利

例題1-1のように返還の約束をして金銭の授受がされると、貸主Aは、借主Bに対して弁済期に貸金の返還を請求することができる。つまり、AはBに対して貸したお金の返還を請求する権利(このような権利のことを「**債権**」という)をもつことになる。このことは、Bからみれば、Aに対して借りたお金を返すべき義務(このような義務のことを「**債務**」という)を負うことでもある。

② 法律要件と法律効果

例題1-1の事例は、「返還の約束のある金銭の授受」という事実に

基づいて、金銭を交付した者(貸主)が、金銭の交付を受けた者(借主)に対して権利を取得するという事例であるが、このように一定の法律的に意味のある事実に基づいて、法律的な効果が生ずる。権利や義務は、様々な原因で発生し、消滅し、または変更したりするが(このような権利または義務の発生、消滅、変更のことを、「**権利変動**」という)、そのような権利変動をもたらす原因となる事実の総体のことを、「**法律要件**」といい、法律要件を備えることによって生ずる権利変動のことを、「**法律効果**」という。例題1-1の事例は、「返還約束のある金銭の授受」という法律要件から、AがBに対して貸金返還請求権を取得するという法律効果が生じた事例である。

③ 実体法が規定しているもの

実体法は、事柄の実体を規定した法である。実体法の代表的なものが民法であり、例題1-1においてAがBに対して貸金返還請求権を取得すると規定しているのは民法である。このように実体法である民法は、どのような法律要件があれば、どのような法律効果が生ずるのかという事柄の実体関係そのものを規定している法律である。このように実体法の代表である民法は、権利変動のシステムそのものを規定していると考えればよい。

④ 実体法に規定された権利の実現手段

例題1-1では、AはBに対して貸金返還請求権をもっているが、Bは、弁済期が到来しても、任意に弁済をしてくれない。このように、実体法に規定された権利(このような権利のことを、「**実体法上の権利**」または単に「**実体上の権利**」ということがある)は、常に義務者によって任意に履行されるとは限らない。実体法は権利が任意に実現されない場合の手続については規定しておらず、その手続は、手続法に規定されている。例題1-1では、AはBを相手にして貸金の返還を求める訴えを提起して、貸金の回収をはかることができる。この場合の裁判のやり方などを定めているのが**民事訴訟法**である。さらに、Aが裁判に勝ったとしても、Bが現実にお金を返してくれないとは限らない。その場合には、AはBの財産を差し押さえて、競売をして、その売却代金から満足を得る方法がある。このような手続のことを、「**強制執行**」といい、強制執行等の手続を規定しているのが**民事執行法**である。また、Aが、訴えを提起する前、または裁判で争っている間にBが財産を隠すなどして、将

来の強制執行を困難にさせるようなことがないようにするために、Bの財産に仮差押え等をする時の手続を定めているのが**民事保全法**である。

⑤ **まとめ**

以上のことから、民法は実体法であり、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法は手続法であることが理解できるだろう。民法は午前の部の受験科目であり、民事訴訟法等は午後の部の受験科目である。

(2) **民法と不動産登記法**

例題 1-2

AはBに対して、Bの所有する甲土地を金3,000万円で売ってくれないかとの申込みをし、Bはその値段で甲土地を売ることを承諾した。この場合、AはBに対して、また、BはAに対して、どのような権利を取得するか。さらに、Aは買った甲土地の所有権を誰に対しても主張するためにはどうすればよいか。

① **実体法からみた法律関係**

例題1-2の事例では、Aが売買の申込みをし、Bがその申込みに対して承諾をしているので、売買契約が有効に成立している(民§555)。売買契約が有効に成立すれば、当事者(ある法律関係に参与した人のことを「**当事者**」という)間には、様々な権利または義務が生ずるが、その代表的なものは、買主であるAがBに対して不動産の引渡しを請求する権利を取得することであり、売主であるBがAに対して売買代金の支払を請求する権利を取得することである。このほか、売主が引き渡した目的物が契約の内容に適合しない場合や、売主が移転した権利が契約の内容に適合しない場合には、当事者にどのような権利や義務が生ずるかについても民法には詳細な規定がある(民§562~570)。これらは、一定の法律要件に基づいて一定の法律効果が生ずることを規定する、実体法である民法が規定するところである。

② **不動産の所有権を主張する方法**

例題1-2における買主であるAは、原則として売買契約が成立した時に甲土地の所有権を取得するが(民§176参照)、所有権は物に対する直接的な支配権なので、自分が所有者だということを誰に対しても主張することができるものでなければならない。民法177条は、例題1-2のような不動産の売買などを代表とする物権の変動(この意義について

(は後述する)については、不動産登記法その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができないと規定している。「**第三者に対抗する**」とは、大雑把に言えば、当事者以外のすべての者に対して権利を主張するということである。つまり、甲土地の所有権を取得したAとしては、「自分が甲土地の所有者になった」ということを、誰に対しても主張できなければ困るが、そのことを主張したければ、登記をしておく必要があると民法は規定しているのである。その場合の登記の手続については、実体法である民法は規定しておらず、手続法である不動産登記法その他の法令が規定している。

③ まとめ

不動産登記法では、実体法である民法その他の法律に規定された数種の権利について、民法その他の実体法の規定によって形成された様々な権利変動を、どのようにして登記に反映させるかを学ぶ。不動産登記法は手続法であり、午後の部の受験科目の中心をなすものである。

(3) 商法及び商業登記法

① 司法書士試験における商法

司法書士試験における商法は、その出題の対象のほとんどは、会社に関する事項である。会社に関する法律関係については、「**会社法**」という法典があるので、司法書士試験における商法は、そのほとんどが会社法から出題されるといってもよい。

② 権利または義務の主体となりうるもの

権利や義務の主体となることができるのは人である。人には、自然人(生身の人間のこと。法人に対してこのような語を用いる)と法人がある。法人とは、一定の目的をもって結合した人の集まり(これを「**社団**」という)または一定の目的にささげられた財産(これを「**財団**」という)であって、権利または義務の主体となることを法律によって認められたもののことである。

③ 会社法が規定している事項

会社は、法人の代表的なもので(会社§3)、人の集まりであって、その構成員とは別的人格を与えられ、権利または義務の主体となることが認められるものである。自然人は、生まれれば当然に権利または義務の主体となることができるが(民§3-I)、会社は会社法に定められた一定の手続を経て権利または義務の主体となる地位を認められる。会社法

には、どのような手続をとれば、会社の成立が認められるかという事項をはじめとして、会社内部の構成員相互の関係、会社の意思決定や対外的な関係、会社の規模を大きくしたり小さくしたりするときの方法、会社が消滅するときの決まりなど、会社の成立から消滅に至るまでの様々な法律関係について規定されている。なお、会社法は民法に対する**特別法**という側面をもっており、民法の理解が会社法の理解には欠かせない部分がある。

④ 商法(会社法)と商業登記法との関係等

会社は、会社法に定められた規定に従って所定の手続を履践し、登記をすることによって成立する(会社 § 49, 579)。そして、会社はその成立後においても、その登記事項に変更が生じた場合は、逐一変更の登記をしていかなければならない。それらの設立の登記や変更の登記に関する手続を定めているのが**商業登記法**である。すなわち、会社に関する実体的な面を規定しているのが会社法であり、その手続的な面を規定しているのが商業登記法である。以上のことから、実体法である商法(会社法)は午前部の受験科目であり、手続法である商業登記法は午後部の受験科目である。なお、商業登記法は、会社に関する登記以外の事項についても規定している。

● 補充解説

一般法と特別法について

適用範囲の限定された法を特別法といい、限定されない法を一般法といいます。つまり、特別法は、一般法よりも狭い範囲の人・場所または事柄に適用される法です。例えば、民法は国民全部に適用されるのに対して、商法は主に商人に適用されます。この場合、民法が一般法であり、商法が特別法となります。

例えば、民法は、1000条を超える法典ですので、その中に会社に関する事項や民事訴訟の手続、不動産登記の手続に関する規定を置くと膨大になりすぎて不便でわかりにくくなります。そこで、基本的なことを民法に規定しておいて、特別なことや手続的なことは別の法律に規定しています。

特別法は、一般法に優先して適用され、特別法の規定がない場合には、一般法が適用されます。

5. 主要4科目・マイナー科目の意義等及び学習の順番

(1) 主要4科目の意義等

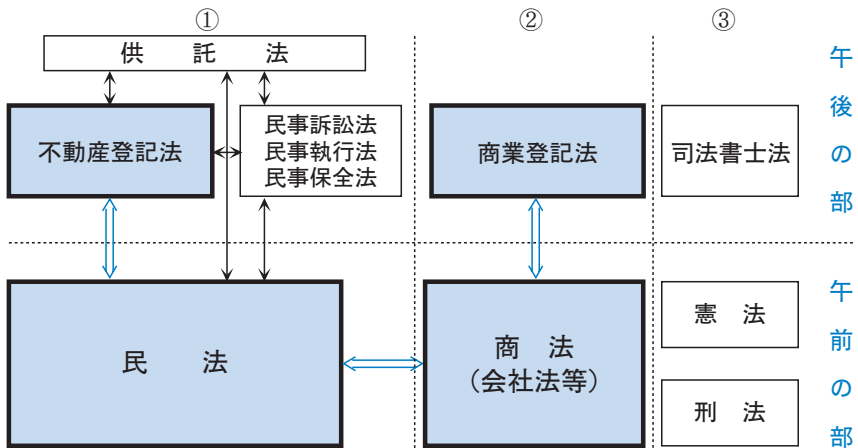
司法書士試験においては、民法、不動産登記法、商法、商業登記法の4科目を、「主要4科目」とよぶことがある。主要4科目からの出題は、記述式試験も含めると、全体の約8割を占める。また、出題数が多いだけでなく、その他の科目を理解する上での基礎となる科目であり、司法書士試験に合格するには、主要4科目の正確な理解が不可欠である。

(2) 主要4科目以外の受験科目

主要4科目以外の受験科目には、4.の(1)で紹介した民事訴訟法、民事執行法、民事保全法のほか、憲法、刑法、供託法、司法書士法がある。これらの科目のことを主要4科目に対して、「マイナー科目」とよぶことがある。

(3) 受験科目の構成

司法書士試験の受験科目は、全部で11科目あるが、相互に関連する部分が多く、これを図式化すると、次のようになる。図にある横の点線の下側に掲げたのが、実体法である民法、商法、憲法、刑法であり、点線の上側に掲げたのが、手続法である不動産登記法、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、供託法、商業登記法、司法書士法である。また、太い枠で示した4科目が主要4科目と呼ばれているものである。



① 民法を基盤とした科目群

図に縦の点線を2本引き、受験科目を3つのグループに区切った。左側に民法を基盤として、不動産登記法、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、供託法と、それぞれ関連性の深い科目が積み重なる。まず、この科目群の民法と不動産登記法を攻略することが、受験の第1の関門である。民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、供託法は、民法と不動産登記法がしっかり理解されていれば、それほど時間を要する科目ではない。

② 商法(会社法等)を基盤とした科目群

図では、民法を基盤とした科目群の右に商法(会社法等)と商業登記法を配置した。この2科目を攻略することが、受験の第2の関門である。民法で実体法の学習方法を、不動産登記法で手続法の学習方法を習得して、第2の関門へ進んでほしい。

③ その他の科目

上記2つの科目群のほか、司法書士試験の受験科目には、憲法、刑法及び司法書士法がある。憲法と刑法は、**公法(私法)**に対して用いられる概念)と呼ばれる法律で、これまで説明してきた科目との関連性はあまりない。また、司法書士法は、司法書士の業務等についての規律を定めたものである。

④ 学習する順番について

ア) 民法・不動産登記法

学習する順番は、まず、民法から始め、不動産登記法へと移行していくのが好ましい。その中で、民法の物権編は、不動産登記法と関連する部分が多いので、民法と不動産登記法とを合体して学習すべきである。『新版デュープロセス 民法・不動産登記法Ⅰ』(本書)において、民法の総則編及び債権編を説明し、『新版デュープロセス 民法・不動産登記法Ⅱ』において、民法の親族編及び相続編を説明した後、民法の物権編から不動産登記法の手続総論及び所有権に関する登記手続を説明し、さらに『新版デュープロセス 民法・不動産登記法Ⅲ』において、民法の物権編のうち、制限物権とその登記手続及び特殊な不動産登記の手続などに関する事項を説明するという構成をとっている。この「新版デュープロセス民法・不動産登記法」の説明の順番に従って学習を進めるとよい。

● 補充解説

民法典の構成等について

民法は、5つの編によって構成されています。具体的には、第1編が総則編、第2編が物権編、第3編が債権編、第4編が親族編、第5編が相続編です。このうち原則として、物権編に収められた権利だけが不動産登記の対象となります(例外として、債権編に収められた権利である賃借権も登記をすることができます)。したがって、物権編と不動産登記法との関係は特に密接だといえます。物権編を理解するには、総則編と債権編の知識が不可欠となります。また、不動産の権利変動のうち、相続等の人の死亡を原因とする権利変動は非常に重要で、不動産登記法を理解するうえでは不可欠の知識になりますし、相続編の知識の前提として親族編の知識が必要となる場合もあります。このようなことを考慮すると、司法書士試験における民法・不動産登記法の学習は、既に説明したように、総則編及び債権編→親族編及び相続編→物権編及び不動産登記法という順番が合理的だといえます。『新版デュエプロセス民法・不動産登記法』の3冊は、このような考慮から構成されています。

(イ) 商法・商業登記法

民法・不動産登記法の学習がひととおり終わったら、商法及び商業登記法の学習へと進む。この2つの科目は、ほぼ1つの科目と考えて学習すべきである。『新版デュエプロセス会社法・商法・商業登記法』の2分冊は、商法(会社法)と商業登記法とを合体させて解説をしている。

(ウ) マイナー科目

主要4科目の学習が済んだら、マイナー科目の学習に進む。まず、民法・不動産登記法と関連の深い民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、供託法へ進むのがよいだろう。憲法、刑法、司法書士法は、他の科目の学習が済んだ後にやるのが一般的だが、憲法と刑法に関しては、他の科目と並行して適宜の時期に学習しておくことも考えられる。

第2章 出題傾向及び学習の対象

1. 午前の部の試験の受験科目について

(1) 出題の対象となる事項

午前の部の試験の受験科目は、実体法である憲法、民法、刑法、商法(出題の中心は会社法)の4科目である。このうち、民法と会社法に関しては、各法典の条文(法律において、条項を箇条書きにし

<出題の対象となる事項>

憲法	判例中心。一部条文あり
民法	条文及び判例
刑法	ほぼ判例
商法	条文(会社法)。一部判例あり

た形式の文のこと)の意味内容に関して問う出題が多い。民法及び会社法は、いずれも膨大な条文が収められた法典であり、地道に条文を検討していく作業が必要とされる。さらに、民法においては、法の解釈をめぐって多くの判例があるが、それらの判例を出題のベースとするものが多くある。これに対して、憲法及び刑法は、その出題のほとんどが判例をベースとしたものである。ただし、憲法にあっては、一部条文からの出題もある。次に、法の解釈及び判例の意義等について説明する。

(2) 法の解釈について

① 不法行為の例

例えば、医師Aが、接種を受けることが適当でない人を識別するための適切な問診を尽くさないでインフルエンザの予防接種をしたことによって、その接種を受けたBが他の病気を発症した場合、BはAに対して、不法行為による損害賠償請求をすることができるだろうか。民法709条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定している。「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する」行為のことを、「不法行為」というが、先に掲げた事例が民法709条の規定する不法行為に該当するかどうかを検討し、これに該当するとすれば、Bは、Aに対して損害賠償請求をすることができるこ

とになる。このような検討をする場合、Aが適切な問診を尽くさなかったことが、民法709条にいう「過失」に該当するのか、そもそも「過失」とはどのような意味なのか、また、「他人の権利又は法律上保護される利益」とは何かなどを明らかにしていく必要がある。

② 法の解釈の意義

我々は、国家や私人間との関係で日常的に生活しているものであり、そのような生活関係の中では、何らかの紛争が生ずることは避けられない。①で掲げた事例も紛争の一例である。このような紛争が生じた場合の、当該紛争の解決の基準となるのが法の条文である。しかし、世の中で起こる紛争は様々であり、全く同一の事例が発生することはほとんどあり得ない。不法行為に該当しうる事例だけをとりまいても多種多様であり、それら1つ1つの場合を想定して条文を作ることは不可能である。そこで、法の条文は、多くの具体的な事例に適用することができるように、一般的・抽象的に規定する形式をとっている。そこで、①で示した事例において、民法709条を適用してよいかどうかを判断するにあたっては、一般的・抽象的な法の条文を、個別的・具体的な現実の事例に当てはめるための作業が必要となるが、そのような作業のことを「法の解釈」という。すなわち、我々の社会生活の中で生ずる様々な個別的・具体的な事象に、一般的・抽象的な法の条文を当てはめるにあたって、その一般的・抽象的な法の条文の表現をより噛み砕いた表現に置き換え、その意図するところを明らかにする作業が法の解釈である。法の解釈は、各条文の意味内容だけでなく、その目的や社会的機能をも考慮してする必要があるのである。そのような法の解釈を通じて、①で示した事例にあっては、「過失」や「他人の権利又は法律上保護される利益」などの条文上の用語の意義が明らかにされる。

(3) 判例について

① 判例の意義

判例とは、裁判所が示した判決等の裁判の事例のことである。裁判は、法を適用して行われるが、法は抽象的・一般的な規定方法をとっており、紛争解決の基準を示してはいるが、実際に起こる様々な法律問題についての具体的な解決は、(2)の②で示したように、その法の解釈による。裁判所は、具体的な事件に関して法を解釈し、適用して紛争を解決する。このようなことから、判例は、裁判官が具体的な事件に関して、特定の条

文を解釈したうえで当てはめて、当該事件を解決した事例なので、適用された条文の解釈の基準となるものといえる。

② 判例の拘束力

裁判は、個々の事件について提起された訴えについて、裁判所が法の条文等を当てはめて行われるので、個々の判決は、本来その提起された訴えに係る事件の解決方法としての意味しか持たないはずである。しかし、判決は先例に従って次第に統一される傾向を持つものである。つまり、同じ種類の事件が後に裁判所に出てきたときは、裁判所は、前の判決における同様の判断をする可能性が強い。それは、判例が統一性を保ち、みだりに変更されないことが法的安定性から要請されるためでもある。また、最高裁判所が自己の判例を変更するには、15人の裁判官全員で構成する「大法廷」で裁判をしなければならない(裁判所法 § 10③)。したがって、下級裁判所はもとより、最高裁判所自体も、たやすく従来判例を破ることはできない。このような意味で最高裁判所の判例は、事実上法律の条文と同じような拘束力を持つことになる。

(4) 学習の対象

① 条文

午前の部の試験においては、その出題の中心をなす民法及び会社法において、条文中心の出題がされることから、この両科目においては、条文をしっかりと読み込み、その意味内容を明らかにしていくことが重要である。すなわち、民法及び会社法にあっては、最大の学習の対象は条文である。その条文の意味内容を明らかにするために基本書等が存在する。様々な法律の条文を収録しているのが六法であるが、民法及び会社法については、六法は常に手許において学習を進めていかなければならない。

② 判例

これまで説明したとおり、憲法・民法・刑法においては、判例をベースにした出題が多く見られる。したがって、これらの科目については、主要な判例も重要な学習の対象となる。ただし、判例は膨大な数になるので、基本書に収録されている判例や過去の本試験で問われた判例を学習していけばよい。また、六法には、条文の後に、その条文に関連する判例を収録したものがあり、六法に収録された判例からの出題も少なくない。したがって、判例付きの六法を使用することを強くお勧めする。

2. 午後の部の試験の受験科目について

(1) 出題の対象となる事項

午後の部の試験の受験科目は、手続法である民事訴訟法、民事執行法、民事保全法、司法書士法、供託法、不動産登記法、商業登記法の7科目である。このうち、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法については、おおむね条文を中心とした出題がされる。ただし、民事訴訟法においては、条文には規定されていない民事

<出題の対象となる事項>

民事訴訟法 民事執行法 民事保全法	おおむね条文中心
司法書士法	条文中心
供託法	条文及び先例
不動産登記法	条文及び先例
商業登記法	条文及び先例

訴訟法の大原則に関連する事項が問われることがある。司法書士法は、ほぼ条文どおりの出題がされる。供託法では、条文(供託規則)及び先例から、不動産登記法では、条文(不動産登記法、不動産登記令、不動産登記規則)及び先例から、商業登記法では、条文(商業登記法、商業登記規則)及び先例から、それぞれ出題される。また、司法書士試験では、司法書士の業務を行うのに必要な知識及び能力についても問われるので(書士§6-II③)、供託法及び登記法においては、実際の供託手続及び登記手続がどのように行われているのかも問われる。このような事項は、司法書士の実務に直結する事項であり、供託手続及び登記手続の運用を知る上では、「先例」が重要な役割を果たす。そこで、次に先例の意義等について説明する。

(2) 先例の意義等

① 供託及び登記の事務について

供託及び登記の事務は、法務局等(実際の事務をおこなうのは、「供託所」「登記所」)が担当する行政事務である(供託§1、不登§6-I、商登§1の3参照)。供託または登記(以下「登記等」という)の申請をするには、当事者が法令に定められた情報を、法令に定められた方法によって、供託所または登記所(以下「登記所等」という)に提供することによってする。しかし、場合によっては、法が予定していない登記等の申請がされることがあり、そのような申請については、それを受理すべきか否かの判断が困難な場合がある。

② 行政事務を統一的行う要請

受理すべきか否かの判断の困難な登記等の申請がされた場合、登記所

等としては、独自の見解でそれを受理するか否かを定めるわけにはいかない。そのようにすると、同じ登記等の申請をしたにもかかわらず、ある登記所等ではその登記等の申請が受理され、他の登記所等ではその登記等の申請が却下されるという事態が起きかねないからである。そこで、それらの判断基準として、「回答」、「通達」等の「先例」と呼ばれるものがある。

③ 回答の意義

「回答」とは、個々の具体的な事務処理や法令の解釈運用について、法務局長等から照会があった場合に、民事局長等が回答したものである。具体的には、下記のような受理すべきか否かを決めかねる登記等の申請がされた場合に、当該登記等の事務にたずさわる法務局長等から法務省の民事局長等に「照会」がされ、それに対して、民事局長等が「その申請は受理すべきである」とか「その申請は特定の補正をしない限り却下すべきである」などと回答したものである。

[平成14年12月18日民商3044号民事局商事課長回答の例]

(照会)

登記の申請書に電話会議の方法による別紙の取締役会議事録を添付した申請があった場合には、同議事録は、出席取締役が一堂に会するのと同等の相互に十分な議論を行うことができる会議の議事録として、適式な取締役会議事録と認められるので、本件登記の申請については、これを認めて差し支えないものと考えますが、いささか疑義がありますので、照会します。

別紙（省略）

(回答)

本月10日付け日記第643号をもって照会のありました標記の件については、貴見のとおりと考えます。

④ 通達の意義

「通達」とは、登記等の事務が全国的に統一的に運用されるよう、これらの行政に関する上級官庁である法務省民事局長等が、登記等に関する法令の解釈や運用についての統一的基準を示すためのものである。例えば、法律が改正された場合には、それに伴って登記等の手続も変更になることがあり、そのような場合に各登記所等に事務処理の基準となる

べきものが示される。

⑤ 先例の役割

先例は、法令ではないが、事実上、登記・供託事務は、膨大な先例によって運用されているともいわれている。つまり、登記法や供託法を学ぶ上では、それぞれの法典そのものも重要ではあるが、むしろ、先例の方がより重要であるともいえる。手続法科目においては、実務の運用自体を知ることが重要である点は指摘したが、先例は実務の運用の指針を示すものであるので、試験においても、非常に重要である。

(3) 学習の対象

① 条文

午後の部の試験においては、民事訴訟法、民事執行法、民事保全法及び司法書士法にあっては、条文中心の出題がされることから、出題される可能性のある条文を丁寧に読んでいくことが要求される。ただし、民事訴訟法においては、民事訴訟制度の本質にかかわる大原則(処分権主義、弁論主義など)が問われることがあるので、基本書等でしっかり確認しておく必要がある。これに対して、供託法及び登記法にあっては、いくつかの主要な条文は理解しておく必要はあるが、他の科目に比べると、条文はそれほど重要ではない。ただし、商業登記法にあっては、会社法の条文の知識が必要とされる問題が多い点に注意しなければならない。

② 先例

供託法及び不動産登記法にあっては、先例が非常に重要である。商業登記法でも先例がベースとなる出題はあるが、それよりも重要なのは、会社法の知識である。供託及び登記の先例は非常に膨大で、その全てを覚えることは不可能である。試験で必要とされる先例を厳選して正確に覚えていく必要がある。受験生としては、特に先例集などを読む必要はないので、本書に収録されている先例及び過去の本試験で問われた先例を正確に覚えていくことを心がけるべきである。

第3章 民法の全体像

1. 民法の意義及び民法典の構成

(1) はじめに

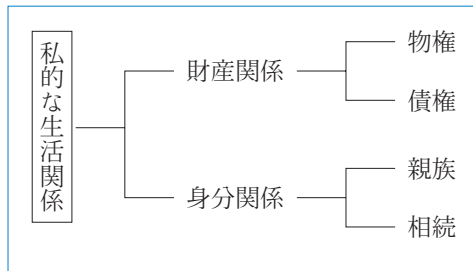
司法書士試験においては、全ての受験科目の基礎となるのが民法である。これから具体的に民法の学習を始めることになるが、民法は膨大な法典なので、まず、その全体像を概観しておくことにする。六法を開いて、民法の目次を参照しながら、以下の説明を読んでほしい。

(2) 民法の意義

民法は、「**私法の一般法**」であるとされる。**私法**とは、公法に対して用いられる概念である。**公法**とは、公権力のありかた(構造)とその行使方法を規定した法であると解する立場が有力である。憲法、公職選挙法、刑法等がこれに属するとされ、国家と一般私人とが関わる中で生ずる問題について規定している法であるということができる。これに対して、私法とは、公権力とは関わりなく展開されていく私人間の様々な生活関係を規律するルールを定めた法であるということができる。民法は、私的な生活関係のすべての面について一般的に適用される法規範であることから、私法の一般法と呼ばれる。

(3) 私的な生活関係の分類と民法典の構成

我々の私的な生活関係は、大きく**財産関係**と**身分関係**に分けることができる。民法が「総則編」、「物権編」、「債権編」、「親族編」、「相続編」の5つの編によって構成されていることは、11ページの補充



解説で示したとおりであるが、このうち、物権編と債権編は、財産関係について、親族編と相続編は身分関係について規定している。そして、第1編の総則編は、第2編から第5編までの冒頭に位置し、全体に通ずる通則

を定めたものと一応考えてよい。ただし、物権編及び債権編、すなわち、財産関係に関する通則としての意義が強く、親族編及び相続編、すなわち、身分関係にそのまま適用すると、不当な結果を生ずる場合が少なくない。

2. 民法の各編が規定している事項及び出題状況

(1) 総則編

① 総則編が主に規定している事項

第1章の4.の実体法と手続法の関係の(1)の③の部分で、「民法は、権利変動のシステムそのものを規定していると考えればよい」と説明したが、権利の主体となるのは、「人」である。民法の第1編である総則は、その第2章で、権利の主体となる「人」について規定し、第5章で権利変動の原因のうち、最も重要な「法律行為」について規定する。なお、法律行為は、人の意思表示に基づいて生ずる権利変動であるが、意思表示によらないで権利変動が生ずる場合があり、その代表的な場合が「時効」である。時効は、時の経過によって、人が権利を取得し、または権利を失う仕組みを定めたもので、総則編は、その第7章で時効について規定する。

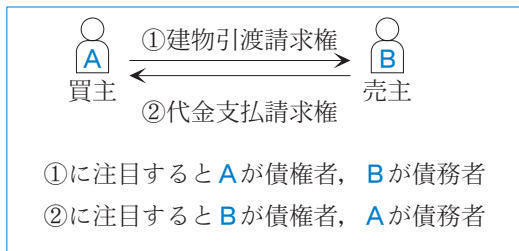
② 出題状況

民法からの出題数は20問であるが、そのうち総則編からの出題は3問が目安である。総則編は、7つの章で構成されており、①で説明した第2章の「人」、第5章の「法律行為」、第7章の「時効」以外に4つの章があるが、これらの章からの出題はほとんどなく、人、法律行為、時効から3問が出題されると考えてよい。出題内容は、条文の知識のみを問うものもあるが、判例を根拠とするものも多い。

(2) 債権編

① 債権の意義、債権者及び債務者の意義

債権とは、特定人が特定人に対して、一定の給付を請求できる権利のことである。相手方に対して、一定の給付をするよう請求することができる側の者の



ことを「債権者」、債権者に対して、一定の給付をすべき側の者のことを「債務者」という。例えば、BがAに建物を売ったとすると、売主であるBは、買主であるAに対して代金を支払うよう請求することができる。別の言い方をすると、BはAに対して、「代金支払請求権」という債権を持つ。この場合、Bが債権者、Aが債務者である。一方、買主Aは売主Bに対して、建物を引き渡すよう請求することができる。別の言い方をすると、AはBに対して、「建物引渡請求権」という債権を持つ。この場合、Aが債権者、Bが債務者である。このように、債権者と債務者の関係は、どの債権を基準とするかによって、異なることに注意しなければならない。

② 債権の発生原因－債権各論

債権は、「特定人の特定人に対する請求権」であるが、そのような請求権は、「契約」によって発生することが最も多く、かつ重要である。①で示した例では、売買契約によって代金支払請求権と建物引渡請求権という2つの債権が発生する例を示した。民法第3編の債権編は、その第2章で「契約」について規定する。債権の発生原因としては、契約のほか、12ページの法の解釈の説明の際に例として示した不法行為が重要である。債権編は、その第5章で「不法行為」について規定する。契約及び不法行為以外にも、「事務管理」、「不当利得」という債権の発生原因があり、債権編の第3章及び第4章でそれぞれ規定されている。

③ 債権総論

債権編は、5つの章で構成されている。第1章は「総則」とされており、これを講学上「債権総論」とよび、②で示した4つの債権の発生原因について規定した第2章から第5章までを、講学上「債権各論」とよぶ。債権総論は、債権がどのような原因で発生したかを問わず、債権全般に通ずる通則を定めたものである。

④ 出題状況

債権編は、399条から724条の2までと多数の条文が収められており、本来、学習すべき事項は多岐にわたる。しかし、司法書士試験においては、その出題数は4問が目安である。試験で問われる知識をできる限りコンパクトに習得していく必要がある。出題内容は、条文の知識のみを問うものもあるが、判例を根拠とするものも多い。

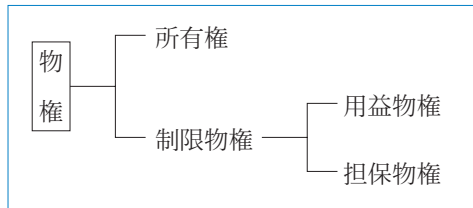
(3) 物権編

① 物権の意義

物権とは、物に対する直接・排他的な支配権である。物権の最も代表的なものが「所有権」である。(2)の①で示したAとBとの建物の売買の例では、Aは原則として、売買契約が成立した時に、建物の所有者となる(民§176参照)。Aは、この「建物所有権」を、当事者であるBに対して主張することができるだけでなく、B以外のすべての者に対して主張することができる。AがBに対して持つ「建物引渡請求権」という債権は、AがBに対してだけ主張ことができ、売買契約の当事者以外の者に対しては主張することはできない。すなわち、物権は、物を支配する権利であり、その権利を実現するために他人の行為を必要とせず、その権利を誰に対しても主張することができる点で、他人の行為がないと権利が実現せず、当該特定の他人(債務者)に対してだけその権利を主張することができる債権と異なる。

② 所有権以外の物権

所有権は、物に対する完全な支配権であるが、所有権の持つ完全な支配権の一部だけを持つ物権もある。例えば、他人の土地を借りて、その使用・収益権だけ



を支配する権利があり、これを「**用益物権**」という。また、物を使用・収益するのではなく、物の価値を把握する権利があり、これを「**担保物権**」という。用益物権と担保物権は、所有権の有する完全な権能の一部が制限された物権であること、また、所有権を制限する物権であるという意味から、「**制限物権**」と呼ばれる。制限物権の最も代表的なものが抵当権であり、司法書士試験における出題の中心となるものである。

③ 物権法定主義と契約自由の原則

物権には、直接排他的な支配権という性質があることから、物権は、民法その他の法律で定められたものに限られ、当事者が任意に創設することはできない(民§175)。このような原則のことを、「**物権法定主義**」という。これに対して債権は、「**契約自由の原則**」という民法の基本原則があり、その内容の決定は自由である(民§521参照)。なお、契約自

由の原則とは、個人の契約関係は、契約当事者の自由な意思によって決定されるのであり、国家であっても、不当に干渉してはならないという原則である。

④ 物権編の構成

民法が定めた物権は全部で9種類ある。物権編は、10個の章で構成されているが、第2章から第10章までは、「占有権」「所有権」「地上権」「永小作権」「地役権」「留置権」「先取特権」「質権」「抵当権」と9つの各物権について、その意義・効力等について規定している。そして、第1章の総則において、物権法定主義のほか、物権変動の通則的な事項について規定している。

⑤ 公示の必要性－不動産登記法との関係

物権は絶対権であり、誰に対しても主張できるものなので、物権者は、自分が物権を持っているということを「公示」しておく必要がある。これに対して、債権には原則として公示の必要性はない。なお、**公示**とは、物権の内容を他人が容易にわかるようにすることであり、例えば、ある土地の所有者は誰であるとか、その土地に抵当権などの権利が付いているかどうかなどを、他人が容易にわかるような措置をとることである。そして、民法は、不動産に関する所有権や抵当権のような物権についての公示手段を「**登記**」と定めた(民§177)。不動産登記は、不動産に関する物権の変動の過程を登記簿という公の帳簿に公示する手段であり、その手続について規定しているのが不動産登記法その他の関連法令であり、また、その運用は膨大な先例によって行われている。

⑥ 出題状況

物権編は、175条から398条の22までと多数の条文が収められているが、債権編に比べると条文の数はかなり少ない。しかし、司法書士試験においては、その出題数は債権編からの出題の2倍を超える9問が目安である。司法書士の実務の中心である不動産登記と最も関連が深い分野であることが考慮されているものと考えられる。出題内容は、条文の知識のみを問うものもあるが、判例を根拠とするものも多い。また、登記と関連するものも見られるので、できる限り不動産登記法と併せて学習することが好ましい。

(4) 親族編

① 親族編が規定しているもの

親族編は、7つの章で構成されている。第1章の「総則」は、親族の範囲や親等の数え方について規定し、第2章の「婚姻」は、婚姻の要件、婚姻の効力、夫婦の財産関係や離婚の要件などについて規定する。第3章の「親子」は、親子関係について血のつながった実子と養子とに分けて規定し、第4章の「親権」は、未成年者に対する親の親権に関して規定する。その他、判断能力の劣る者を保護する制度として、後見、保佐及び補助に関する規定(第5章及び第6章)のほか、扶養に関する規定(第7章)がある。

② 出題状況

親族編からの出題は、2問が目安である。婚姻関係から1問、親権を含めた親子関係から1問出題されることが多いが、親子関係から2問出題されることもある。婚姻関係及び親子関係以外の分野からの出題は少ないが、全くないわけではない。出題内容は、条文の知識を中心としたものである。

(5) 相続編

① 相続編が主に規定しているもの

相続編は、8つの章で構成されている。相続は、人の死亡を権利変動の原因とするものであり、ある人が死亡した場合に、誰が相続人となるのかを、第2章の「相続人」が規定し、相続の効力について、第3章の「相続の効力」が規定する。また、相続が開始しても、相続人はそれを受け入れるか放棄するかを選択することができるが、その場合の規律を、第4章の「相続の承認及び放棄」が規定する。さらに、第7章の「遺言」は、人が自分の死後法律的な効力を発生させる目的で、あらかじめ書き残しておく意思表示である遺言について、第8章の「遺留分」は、被相続人が一定の範囲の相続人に対して必ず残しておくべき遺産について規定する。これらのほか、第1章「総則」、第5章「財産分離」、第6章「相続人の不存在」が相続編には収められている。

② 出題状況

相続編からの出題は、2問が目安である。第1章「総則」、第5章「財産分離」及び第6章「相続人の不存在」からの出題はほとんどないが、その他の分野からほぼ万遍なく出題されている。出題内容は、条文の知識を中心としたものであるが、判例をベースとした出題もある。また、相続に関連する権利変動は、不動産に関する権利変動の原因として

非常に重要なものなので、相続の知識は、不動産登記法を理解するうえでも重要であることを確認しておくこと。