

## 1, 出題範囲

法律実務基礎科目（民事）は、予備試験の論文式と口述で出題される。この講座では、論文式を主軸としつつ、口述でも戦えるような内容になっている。多くの受験生にとって論文式が山場であることに争いはないと思うので、この講座では論文式の対策を主軸に解説を進めていく。

法律実務基礎科目（民事）の論文式では、大きく分けて要件事実、執行保全、準備書面の3分野が出題される。具体的な出題のされ方は、以下で令和3年の過去問を見ていく。

### 〔設問1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

#### 【Xの相談内容】

「私（X）は、娘の夫であるYから、会社員を辞めて骨董品店を開業したいので甲建物を賃してほしいと頼まれ、Yの意志が固かったことから、これに応ずることにしました。私は、Yとの間で、令和2年6月15日、私が所有する甲建物について、賃貸期間を同年7月1日から3年間、賃料を月額10万円として毎月末日限り当月分を支払う、敷金30万円との約定で賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結し、Yから敷金30万円の交付を受け、同年7月1日、Yに甲建物を引き渡しました。私は、契約締結の当日、市販の賃貸借契約書の用紙に、賃貸期間、賃料額、賃料の支払日及び敷金額を記入し、賃貸人欄に私の氏名を、賃借人欄にYの氏名をそれぞれ記入して、Yの自宅を訪れ、私とYのそれぞれが自分の氏名の横に押印をし、賃貸借契約書（以下「本件契約書」という。）を完成させました。

Yは、間もなく、甲建物で骨董品店を開業しましたが、その経営はなかなか軌道に乗らず、令和2年7月30日に同月分の賃料の一部として5万円を支払ったものの、それ以降は、賃料が支払われることは全くありませんでした。

そこで、私は、Yに対し、令和2年7月分から同年12月分までの賃料合計60万円から弁済済みの5万円を控除した残額である55万円の支払を請求したいと思います。私は、支払が遅れたことについての損害金の支払までは求めませんし、私自身が甲建物を利用する予定はありませんので、甲建物の明渡しも求めません。

なお、Yは、現在、友人であるAに対して、令和2年12月2日に壺を売った50万円の売掛債権を有しているものの、それ以外には、めぼしい財産を有していないようです。Yは、これまでのところ、この売掛債権の回収に着手しておらず、督促をするつもりもないようですが、Aがこの代金を支払ってしまうと、私の未払賃料債権を回収する手段がなくなってしまうので心配しています。」

弁護士Pは、令和3年1月12日、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、Xの希望する金員の支払を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起する

ことにした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。
- (3) 弁護士Pが、本件訴状において記載すべき請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）を記載しなさい。
- (4) 弁護士Pは、本件訴状において、「Yは、Xに対し、令和2年7月30日、本件賃貸借契約に基づく同月分の賃料債務につき、5万円を弁済した。」との事実を主張した。
  - (i) 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。
  - (ii) (i)のほかに、上記主張は本件訴訟においてどのような意味を有するか。簡潔に説明しなさい。

設問1は、原告の立場から訴訟物・請求の趣旨・請求原因を書かせる問題が毎年出題されている。本問だと、(1)が**訴訟物**、(2)が**請求の趣旨**、(3)が**請求原因**を聞いている。この3つは毎年出題されており、対策がしやすい部分になるので完答したい。

(4)は、本問の応用問題に位置づけられ、正直、解答出来なくても問題ない。民実では、**民法・民事訴訟法の理解を前提にした応用問題**が出題される傾向にあり、多くの受験生が現場で考えることになる問題である。ここが出来なくてもAはとれる。事前準備としてこのレベルの問題まで解答できることを目標にすると効率が悪いので、余裕のある人だけ、民法・民事訴訟法の理解を深めて現場で対応できるようにするといいい。

## 〔設問2〕

弁護士Pは、Yから未払賃料を確実に回収するために、Aに対する売掛債権を仮に差し押さえた上で本件訴訟を提起する方法と、Yに代位してAに対して50万円の売買代金の支払を求める訴えを提起する方法とを検討したが、【Xの相談内容】の下線部の事情を踏まえ、後者の方法ではなく、前者の方法を採用こととした。その理由について説明しなさい。

民実では、民事執行法か民事保全法のいずれか1問が出題される傾向にある。**執行保全**は、「ほんの少しでも対策していれば」**解答できる問題が出題される傾向にある**ので、1問のみの出題にはとどまるが、無対策でいくのは控えるのが望ましい。

〔設問3〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

「(a) 私(Y)は、Xの娘の夫に当たります。私は、令和2年7月1日から甲建物で骨董品店を営業していますが、Xから甲建物を賃借したのではなく、無償で甲建物を使用させてもらっています。したがって、私が甲建物の賃料を支払っていないのは当然のことです。私は、本件契約書の賃借人欄に氏名を書いていませんし、誰かに指示して書かせたこともありません。私の氏名の横の印影は、私の印鑑によるものですが、私が押したり、また、誰かに指示して押させたりしたこともありません。

(b) ところで、令和3年1月8日、Xの知人を名乗るBが私を訪れました。話を聞くと、令和2年8月1日、Xに、弁済期を同年10月15日として、50万円を貸したが、一向に返してもらえないので、督促を続けていたところ、令和3年1月5日、Xから、その50万円の返還債務の支払に代えて、私(Y)に対する令和2年7月分から同年12月分までの合計60万円の賃料債権を譲り受けたので、賃料を支払ってほしいとのことでした。もちろん、私は、Xから甲建物を賃借したことなどありませんので、Bの求めには応じませんでした。もっとも、Bの話が真実であれば、仮にXの言い分のとおり本件賃貸借契約締結の事実が認められたとしても、私が賃料を支払うべき相手はBであってXではないので、Xからの請求は拒むことができるのではないのでしょうか。ただし、私はXからこの債権譲渡の通知を受けておらず、私がこの債権譲渡を承諾したこともありません。この場合でも、私はXからの請求を拒めるのか教えてください。

(c) また、Xの言い分が認められるのであれば、私はXに対して敷金30万円を差し入れていることになるはずです。したがって、Xの言い分が認められる場合には、上記敷金返還請求権をもって相殺したいと考えています。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、本件訴訟の答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)を踏まえて、本件答弁書において、抗弁を主張した。
  - (i) 弁護士Qが、本件答弁書において、【Yの相談内容】(b)に関する抗弁を主張するために主張すべき要件事実（主要事実）を全て記載しなさい。
  - (ii) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(b)の下線部の質問に対して、「Xからの請求を拒むことができる」と回答した。その理由を簡潔に説明しなさい。

- (2) 弁護士Qは、【Yの相談内容】(c)を踏まえて、本件答弁書において抗弁を主張できないか検討したが、その主張は主張自体失当であると考えて断念した。弁護士Qが主張自体失当と考えた理由を簡潔に説明しなさい。

設問2ないし設問3では、被告の立場から主張すべき抗弁・抗弁事実が問われる傾向にある（原告の立場からの再抗弁もあり得る）。

対策としては、①なぜそれが抗弁（再抗弁）として機能するのか、②実体法の要件から要件事実を導出する過程はどのようなものか、③具体的な抗弁事実（再抗弁事実）として指摘すべき要素は何か、を意識すればいい。

あわせて、当事者の生の主張が抗弁を構成するか、も問われることがある。

この手の問題は、民法の理解で容易に解答できる問題も多いので、民法も疎かにしないようにする。民実で問われる民法の知識は、応用問題を除いて、民法で出題されれば難しくもない問題も多いので、過度に恐れる必要はない。本問だと(2)の問題が、民法の理解で容易に解答できる問題の典型だろう。

#### 〔設問4〕

第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述された。同期日において、弁護士Pは、本件契約書を書証として提出し、それが取り調べられ、弁護士Qは、本件契約書のY作成部分につき、成立の真正を否認し、「Y名下の印影がYの印章によることは認めるが、Xが盗用した。」と主張した。

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、本件賃貸借契約の締結につき、Xは、次の【Xの供述内容】のとおり、Yは、次の【Yの供述内容】のとおり、それぞれ供述した（なお、それ以外の者の尋問は実施されていない）。

#### 【Xの供述内容】

「Yは、私の娘の夫です。私は、令和2年6月頃、Yから、『この度、会社員を辞めて、小さい頃からの夢であった骨董品店を経営しようと思います。ついては、空き家になっている甲建物を賃貸していただけないでしょうか。』との依頼を受けました。Yの言うとおりに、甲建物は長年空き家になっており、時々様子を見に行くのも面倒でしたので、ちょうどよいと思い、Yに賃貸することにしました。その後、私とYは賃料額の交渉を行い、私は近隣の相場を参考にして、月額15万円を提案したのですが、Yからは、採算がとれるか不安なので月額10万円にしてくださいと懇願されたため、これに応ずることにしました。

私は、令和2年6月15日、Yとの間で、私の所有する甲建物について、賃貸期間を同年7月1日から3年間、賃料を月額10万円として毎月末日限り当月分を支払う、敷金30万円との約定で賃貸借契約（本件賃貸借契約）を締結しました。私は、契約締結の当日、市販

の賃貸借契約書の用紙に、賃貸期間、賃料額、賃料の支払日及び敷金額を記入し、賃貸人欄に私の氏名を、賃借人欄にYの氏名をそれぞれ記入して準備をして、Yの自宅を訪れ、私とYのそれぞれが自分の氏名の横に押印をして、本件契約書を完成させました。また、私は、その際、Yから現金で敷金30万円の交付を受けています。本来であれば、Yの方が私の自宅に来るべき筋合いでしたが、私は孫への会いたさから、週に2日はYの自宅を訪れていましたので、そのついでに契約書を作成することにしたのです。ちなみに、Yは、この時、いわゆる三文判で押印しておりましたが、契約書を作成するのに礼儀知らずだと思った記憶があります。

私は、令和2年7月1日、Yに対し、甲建物を引き渡し、Yは甲建物で骨董品店を開業しました。ところが、Yの骨董品店の経営はなかなか軌道に乗らず、同月30日には、同月分の賃料の一部として5万円の支払を受けましたが、それ以降は、賃料が支払われることは全くありませんでした。もっとも、Yは私の娘の夫ですし、開業当初は何かと大変だろうと考え、その年の年末までは賃料の請求をするのを差し控えてきましたが、一言の謝罪すらないまま令和3年になりましたので、本件訴訟を提起することにしました。

なお、最近、私の妻が体調を崩したため、娘はしばしば私の家に泊まって看病をするようになりましたが、Yと私の娘が別居したという事実はありません。」

#### 【Yの供述内容】

「私は、令和2年6月15日、妻の父であるXから甲建物を借り、同年7月1日から骨董品店の店舗として使用しています。しかし、甲建物は、Xから無償で借りたものであって、賃借しているものではありません。賃貸借契約を締結したのであれば、契約書を作成し、敷金を差し入れるのが通常ですが、私とXの間では甲建物の使用についての契約書は作成されていませんし、私が敷金を差し入れたこともありません。Xが書証として提出した本件契約書の賃借人欄の氏名は、明らかにXの筆跡です。私の氏名の横の印影は、確かに私の印鑑によるものですが、これはいわゆる三文判で、Xが勝手に押したものだと思います。

令和2年12月中旬だったと思いますが、私と妻が買物に行っている間、Xに私の自宅で子どもの面倒を見てもらっていたことがあります。恐らく、Xは、その際に、あらかじめ準備しておいた賃貸借契約書の賃借人欄に私の印鑑を勝手に押したのだと思います。この印鑑は、居間の引き出しの中に保管していたのですが、Xは週に2日は孫に会いに私の自宅に来ていましたので、その在りかを知っていたはずで

確かに、私は、令和2年7月30日、Xに対し、5万円を支払っていますが、これは、甲建物の賃料として支払ったものではありません。その年の6月頃にXと私の家族で買物をした際、私が財布を忘れたため、急ぎよXから5万円を借りたことがあったのですが、その5万円を返済したのです。

私が骨董品店を開業してからも、令和2年の年末までは、Xから甲建物の賃料の支払を求められたことはありませんでした。ところが令和3年に入り、私と妻が不仲となり別居したのと時期を同じくして、突然Xが賃料を支払うよう求めてきて困惑しています。私の骨董品

店も、次第に馴染みの客が増えており、経営が苦しいなどということはありません。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Qは、本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Qは、前記の提出された書証並びに前記【Xの供述内容】及び【Yの供述内容】と同内容のX及びYの本人尋問における供述に基づいて、XとYが本件賃貸借契約を締結した事実が認められないことにつき、主張を展開したいと考えている。弁護士Qにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を、提出された書証や両者の供述から認定することができる事実を踏まえて、答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。なお、記載に際しては、本件契約書のY作成部分の成立の真正に関する争いについても言及すること。

設問4では、原告・被告のいずれかの立場から準備書面を書かせる問題が出題される。Aを狙うなら、丁寧に解答することが必須になる。

**解答用紙1頁程度**で解答することが求められている点に特徴があり、**問題文の読み方のポイント**と、**書き方のポイント**を掴めば安定して得点できる部分である。

対策にあたっては、**答案例を読むこと**、**実際に答案を書くこと**が得点源にする一番の近道なので、多少時間がなくても実際に答案を書くことをおすすめする。

## 2, 要件事実の対策

以上の出題傾向からすれば、要件事実の対策にあたっては、①実体法の要件から要件事実を導出する過程を理解し、②事実記載例を正確に記憶することが必要になる。

講義では、この2点を意識しており、以下のような構成になっている。

2つの□囲みのうち、上の□囲みが、実体法の要件から要件事実を導出する過程を示し、下の□囲みが、導出された要件事実と事実記載例を示している。

また、白丸(①②③…)の部分が実体法の要件、黒丸(①②③…)の部分が要件事実を示しており、視覚的に何が要件事実になるのかを分かりやすくまとめた。

### 例：即時取得による所有権喪失の抗弁

#### (1) 実体法の要件

即時取得(192条)の効果は、原始取得であり、原告が所有している動産の所有権を他の者が即時取得により取得すると、その効果として従来の所有者である原告の所有権は消滅するから、ここでの即時取得の主張は抗弁にあたる。

① 前主との取引行為 (①)

② ①に基づく引渡し(占有取得) (②)

→現実の引渡し、簡易の引渡し、指図による占有移転はOK。占有改定は×。なぜなら、占有改定は、譲渡人が占有したままの状態を外観上の変化がなく、占有の外観への信頼保護を目的とする192条の趣旨が妥当しないから。

③ 「平穩」かつ「公然」と

→186条1項で、占有者の「平穩」「公然」が推定され、反対事実の主張・立証がない限り、「平穩」「公然」の要件は充足扱いとなるから不要。再抗弁にまわる。

④ 取得者が「善意」であること

→再抗弁にまわる。「平穩」「公然」と同じく、186条1項で推定されるため。

⑤ 取得者が「無過失」であること

→188条によって、占有者からの譲受人である占有取得者には、前主に所有権があると信じることについての過失がないものと推定されるため、不要。

#### (2) 要件事実

① 前主との取引行為

「Aは、Yに対し、令和5年9月20日、本件機械を代金350万円で売った。」

② ①に基づく引渡し(占有取得)

「Aは、Yに対し、同日、①の売買契約に基づき、本件機械を引渡した。」

参考：要件事実一覧表（一部を抜粋）

請求原因 (訴訟物記載)	抗弁	再抗弁	再々抗弁
売買契約に基づく代金 支払請求権	弁済		
	免除		
	代物弁済		
	期限の合意	期限の到来	
	停止条件の合意	停止条件の成就	
	解除条件の合意・成就		
所有権に基づく返還請 求権としての土地明渡 請求権	占有権原 (留置・賃貸借等)		
	売買契約による所有権 喪失	所有権留保特約	代金完済（条件成就）
		通謀虚偽表示	
		債務不履行解除	解除前の「第三者」
	94Ⅱの「第三者」 (予備的抗弁)		
	解除後の「第三者」 (予備的抗弁)	背信的悪意者	
	代物弁済による所有権 喪失		
	対抗要件	背信的悪意者	
	対抗要件具備による所 有権喪失		
所有権に基づく返還請 求権としての動産引渡 請求権	対抗要件		
	対抗要件具備による所 有権喪失	先立つ対抗要件具備	
	即時取得による所有権 喪失	悪意・過失	

- ・ 実際の一覧表では、記載の順番が本講義の教材と基本的には対応している。
- ・ **太字**がまずは押さえておきたい要件事実になるので、太字部分を中心に理解・記憶していくといい。太字の選定は、要件事実の学習の上での重要性、過去問の出題頻度、出来が合否に影響する程度などから判断している。

### 3, 過去問の重要性

実務基礎の論文過去問は、平成 23 年から令和 4 年までの 12 年分もの蓄積があり、似た問題が出題されることも増えてきたので、過去問を検討することは有用である。

過去問を検討する目的は、①出題のされ方を知ること、②再度の出題に備えて過去問既出の内容を知っておくこと、③現場での時間感覚を掴んでおくことが挙げられるが、このうち①については、先ほど見た通りである。

②については、本講義の教材でも論文・口述で出題された分野を明示しているので確認できるし、実際に過去問を通覧するのが手っ取り早い部分でもある。

③については、自分で答案を書くしかない。これだけは避けがたいので**最低でも直近 5 年のうち 3 年分は答案を書く**ことをオススメする。講座作成者は、直近 5 年分をフルで起案して本番に臨んだ（模試 1 回分を含めると計 6 回フルで答案を書いた）。できれば、民事と刑事をあわせた 180 分で練習することをオススメする。

また、論文過去問で出題されたものが口述で出題されることや、口述過去問で出題されたものが論文で出題されることはよくあるので、双方の過去問をチェックすることをオススメする。本講義の教材でも、論文・口述の過去問で出題された分野を記載しているので参考にしてほしい。