

# 法律実務基礎 民事 解説レジュメ

## 第1 総論

民事実務では、要件事実や民事訴訟手続等について幅広く聞かれています。今まで正面から聞かれていないテーマと、よく聞かれている二段の推定の理解を確認する問題を出題してみました。また、27年まで出題されていた弁護士倫理について出題しました。

## 第2 設問1について

### 小問(1) 訴訟物

契約に基づく請求権は契約ごとに発生

- ➡訴訟物の個数は、契約の個数によって定まる
- ➡保証契約の個数は1個なので、訴訟物の個数も1個

### 小問(2) 請求の原因

#### I 本人との契約締結

- ア Xは、Aに対し、平成29年12月5日、別紙商品目録（省略）記載の草刈機を代金100万円で売り、引き渡した。
- イ Yは、Xとの間で、同日、前項の売買代金債務を保証するとの合意をした。
- ウ Yの前項の意思表示は、保証契約書による。【書面要件】
- エ Aは、アのとおり、不動産管理業者であった

#### II 代理人との契約締結

- ア Iアのとおり。
- イ (ア) Bは、Xとの間で、同日、前項の売買代金を保証するとの合意をした。
- (イ) Bの前項の意思表示は、保証契約書による。
- (ウ) Bは、(ア) のとき、Yのためにすることを示した。【顕名】※
- (エ) Yは、Bに対し、(ア) に先立ち、その代理権を授与した。【代理権授与】
- ウ Iエのとおり。

※Bは、保証契約書にYの署名を代筆し、押印も代行したとみられる。このような、いわゆる署名代理の場合でも、顕名の要件は充たす。本件では「顕名」の有無が争われているわけではないので、顕名の摘示としては上記のように摘示すればOK

### 小問(3) 不動産仲介業者であることを適示する意味

◇本問の保証は、主債務が商行為によって生じたもの

∵主債務者Aは不動産仲介業者＝商人

- ➡連帯保証（商511条2項前段）。

請求の趣旨に注目すると…

- ➡附帯請求である遅延損害金の起算点が「訴状送達の日翌日から」となっている。
- ➡訴状の送達は、主債務者Aではなく保証人Yにされている。
- ➡主債務者Aに対して催告したというためには、当該保証人が単なる保証人ではなく連帯保

証人であることを主張する必要あり

∴連帯保証人に対する催告は主債務者に対しても効力が及ぶ（民458条，434条）

Yが連帯保証人であることの主張としては，主債務が主債務者Aの商行為によって生じたものであることを主張すればOK（商511条2項前段）

- ➡そのためには，売買契約を締結したときにAが不動産仲介業者（＝商人）であったことを主張すればよい（商4条1項，503条）。Aは，自己の名をもって不動産仲介業をしているので，商行為（商502条5号）をすることを業としている商人（商4条1項）
- ➡本問の売買契約は商人による行為として商行為となる（商503条）
- ➡主債務である売買代金債務が主債務者であるAにとって商行為である売買契約によって生じたものなので，その保証人Yは連帯保証人となる（商511条2項前後）

### 第3 設問2について

#### 小問(1) いわゆる二段の推定の理解について

本問では，保証契約書のYの名下の印影がYの実印の印章によることが認定されている

- ➡この押印はY本人の意思に基づいてされた事実上推定される（一段目の推定）
  - ➡その結果，成立の真正も推定（民訴228条4項）される（二段目の推定）。
- ◇Yの「海外旅行に行っていた」という主張が法律上何を意味するか。
- ➡本問の保証契約書の作成者は，XとY（Xの主張によれば）
  - ➡Yは自身の作成を否認。反対当事者が提出した書証について成立を否認するときは理由を明らかにする必要あり（民訴規145）。
  - ➡Yは一段目の推定を覆すため，実印を自己の親族であるBが勝手に使用したこと（Y本人の意思に基づかずにされた押印であること）を主張している。
  - ➡保証契約書に押印がされた12月3日又は4日には，自身が海外旅行に行っているということは，押印をすることが物理的に不可能だったという主張であり，一段目の推定を覆すことが目的である（もっとも，本訴訟の証拠関係では，BがYの代わりに押印したであろうことが認定できてしまうので，この点は大きな争点にはならない）。

#### 小問(2) 求釈明

Yの言い分だと，仮にBがYの代理人として保証契約を締結したとしても，Bには動機の錯誤によって保証契約を締結したという錯誤無効の主張をしたいようにも思える。

しかし，Yは詐欺取消の主張はしているが，錯誤無効の主張はしていない。この2つの主張は要件効果が異なるため，二者択一の関係にはない。しかも，錯誤無効を主張するのであれば動機の錯誤であろうから，意思表示の重要な部分について錯誤があり，しかもそれが表示されて契約の内容になっていた，という主張をPがする必要がある，それらの点も争点になる。

そこで，裁判所としては，早い段階で，Y（代理人P）に対して，錯誤無効の抗弁を主張するか釈明を求める必要がある。

## 第4 設問3について

### 民法110条の表見代理

#### ◇基本代理権

- ・ Yが不動産管理会社の仕事を全部Bに任せきりにしている事実
  - ➡ Bへの基本代理権の授与と評価していいか？
- ・ Y Bは夫婦であり、互いに日常家事の代理権あり（民761条）
  - ➡ 日常家事代理権を基本代理権としていいか？  
最判昭和 44. 12. 18 民集 23-2476 は、相手方が日常家事に属すると信じた場合に民法110条が「類推適用」されるとしている。

#### ◇「正当な理由」

正当な理由は規範的要件であるから、その評価根拠事実が主要事実となり、評価障害事実が抗弁になるというのが司法研修所の見解

- ・ 代理人Bが本人の実印を使用している [評価根拠事実]  
but 代理人Bが本人Yの妻である [評価障害事実]  
＝実印を使用しているだけでは決め手にならない！
- ・ 本人に対する調査確認義務を果たしているかどうか？
  - ➡ XはYに直接確認をしていない [評価障害事実]
  - ➡ BがXに言った言葉  
『Aは土地や建物を担保に入れてお金や物を集めて、たくさん儲けることで一気に返すというやり方なのよね。ちょっと危なっかしいけど、私たちにとっては頼れる婿さんなので、これからもごひいきに。』  
↑ Xの調査確認義務を免除させるだけの意味があるか [評価根拠事実といえるか]

## 第5 設問4について

弁護士職務基本規程28条の何号に該当するかを選択と、その趣旨を踏まえた回答をしてほしいところです。

着目してほしいところは、最終的に依頼者の利益を害することにならないか、はた目から見て弁護士の職務の公正に疑念を生じさせないか、という点です。

## 第6 本試験（予備試験）の傾向（参考：法務省のHP）

予備試験が始まってから現在までの素材や出題趣旨は下表のとおりです。

法律要件とそれに該当する具体的事実（主要事実）を答えさせる問題と、証拠評価を検討して事実認定をさせる問題が主です。

また、平成23年から27年までの5年間は弁護士倫理の問題として弁護士職務基本規程に照らして考えさせる問題が出題されていましたが、28、29年には出題されず、民事保全手続が出題されています。その事情は分かりませんが、弁護士倫理については今後も出題される可能性はありますので、今回は弁護士倫理を出題してみました。

年度	出題趣旨（法務省のHPからそのまま転載）
平成23年	<p>設問1は、貸金債権を譲り受けて請求する場合の請求を理由付ける事実の説明を求めるものである。訴訟物である権利の発生、取得及び行使を基礎付ける事実について、条文を基礎とする実体法上の要件の観点から説明することが求められる。</p> <p>設問2は、時効の援用に関する考え方の相違が消滅時効の抗弁事実にあらず影響を問うものであり、実体法上の効果発生のための要件という観点から検討することが求められる。</p> <p>設問3は、要件事実が民事訴訟の動態において果たす機能の理解を問うものである。時効完成前の催告（小問1）と時効完成後の債務承認（小問2）について、実体法上の効果、攻撃防御方法としての意味、相手方の認否といった観点から検討することが求められる。</p> <p>設問4は、私文書の成立の真正に関するいわゆる二段の推定の理解を問うものである。</p> <p>設問5は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程第52条に留意して検討することが求められる。</p>
平成24年	<p>設問1は、Yの相談内容に基づき、相殺の抗弁と留置権の抗弁の検討を求めるものである。相殺の抗弁については、法律効果の発生を基礎付けるための抗弁事実について、条文を基礎とする実体法上の要件と主張立証責任の所在に留意しつつ説明することが求められる。</p> <p>設問2は、作成者名義の署名がある私文書の成立の真正に関して、民事訴訟法第228条第4項の理解を問うものである。設問3は、要件事実の整理と事実認定の結果を踏まえて、請求原因・抗弁・再抗弁がそれぞれどのように判断され、どのような主文が導かれるかの検討を求めるものである。その際には、各認定事実が設問1の各抗弁とどのように関係するのかを簡潔に説明することが求められる。</p> <p>設問4は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程第56条と弁護士法第23条に留意して検討することが求められる。</p>
平成25年	<p>設問1は、転貸借に基づく占有権原の抗弁の抗弁事実について説明・検討を求めるものであり、実体法上の要件に留意して説明・検討することが求められる。</p> <p>設問2は、転貸承諾の事実を争うための立証手段を問うものであり、書証と人証の双方を検討することが求められる。</p> <p>設問3は、訴訟中に事実関係が変動した場合の影響を問うものであり、従前の抗弁を維持できるか否か、維持できない場合にはどのような抗弁とすべきかを検討した上で、その抗弁に対する再抗弁を検討することが求められる。</p> <p>設問4は、解除の有効性に関する判断を問うものである。主に、転貸借が背信行為と認めるに足りない特段の事情という規範的要件について、当事者が主張し、裁判所が認定した事実の中から、どの事実がいかなる理由から評価を根拠付け又は障害する上で重要であるかに留意して、検討することが求められる。</p> <p>設問5は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程第29条に留意して、将来生じ得る状況を想定した上で、依頼者に対していかなる説明をすべきかを検討することが求められる。</p>
平成26年	<p>設問1は、贈与契約に基づく所有権移転登記請求権を訴訟物とする訴訟において、原告代理人が作成すべき訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり、債権的登記請求権の特殊性に留意して説明することが求められる。</p> <p>設問2は、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の請求原因事実についての理解を問うものであり、短期取得時効（民法第162条第2項）の法律要件を同法第186条の規定に留意して説明することが求められる。</p>

	<p>設問3は、使用貸借の主張が、いずれの請求原因に対し、いかなる抗弁となり得るかについて問うものである。</p> <p>設問4は、贈与契約の成否という争点に関し、被告代理人が作成すべき準備書面において、当事者尋問の結果を踏まえ各供述をどのように取り上げるべきかについての概要の説明を求めるものであり、主要事実との関係で各供述の位置付けを分析し、重要な事実を拾って、検討・説明することが求められる。</p> <p>設問5は、弁護士倫理の問題であり、弁護士職務基本規程の依頼者との関係における規律に留意しつつ、被告代理人の各行為の問題点を検討することが求められる。</p>
平成27年	<p>設問1は、売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び土地引渡請求権を訴訟物とする訴訟において、原告代理人が作成すべき訴状における請求の趣旨及び請求を理由づける事実について説明を求めるものであり、債権的請求権及び代理の特殊性に留意して説明することが求められる。</p> <p>設問2は、被告本人の相談内容に基づく被告代理人の各主張に関し、裁判所が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その理由を問うものであり、無権代理の主張の位置づけや解除の主張と同時履行の抗弁権の関係に留意して説明することが求められる。</p> <p>設問3は、当事者本人尋問の結果を踏まえ、代理人が署名代理の方法により文書を作成した場合における文書の成立の真正や代理権の授与に関して準備書面に記載すべき事項について問うものである。</p> <p>設問4は、弁護士倫理の問題であり、原告代理人が依頼者に相談することなく、相手方本人の就業先に不適切な内容の文書を送付した行為の問題点について、弁護士職務基本規程の規律に留意しつつ検討することが求められる。</p>
平成28年	<p>設問1は、不動産に係る登記請求及び引渡請求が問題となる訴訟において、原告代理人があらかじめ講ずべき法的手段とともに、訴状における請求の趣旨及び請求を理由付ける事実について説明を求めるものであり、民事保全の基本的理解に加えて所有権に基づく物権的請求権の法律要件に留意して説明することが求められる。</p> <p>設問2は、不動産の二重譲渡事案における実体法上の権利関係に留意しつつ、被告本人の主張を適切に法律構成した上で、抗弁となる理由を説明することが求められる。</p> <p>設問3は、再抗弁の事実について問うものである。判例で示された当該再抗弁に係る要件事実即して、原告の主張内容から必要な事実を選択し、他の主張事実との関係にも留意することが求められる。</p> <p>設問4は、上記の再抗弁の主張について、書証と人証の双方を検討し、必要な事実を抽出した上で、どの事実がいかなる理由から再抗弁に係る評価を根拠付ける際に重要であるかに留意して、準備書面に記載すべき事項を問うものである。</p>
平成29年	<p>設問1は、動産の引渡請求が問題となる訴訟において、原告代理人があらかじめ講ずべき法的手段とともに、引渡請求の訴訟物や当該請求を理由付ける事実について説明を求めるものである。民事保全の基本的理解に加えて、所有権に基づく物権的請求権の法律要件について、民事実体法及び判例で示された規律や動産取引の特殊性に留意して検討することが求められる。</p> <p>設問2は、動産の二重譲渡事案における実体法上の権利関係及びそれに係る要件事実の理解を前提に、原告の所有権喪失原因について幅広く検討した上、本件の時系列の下で予想される再抗弁の内容を念頭に、適切な抗弁を選択し、その理由を説明することが求められる。</p>

設問3は、二段の推定についての基本的理解と当てはめを問うとともに、原告代理人の立場から、準備書面に記載すべき事項を問うものである。争点に関する書証及び当事者尋問の結果を検討し、証拠により認定することができる事実を摘示した上で、原告の主張を根拠付けるために、各認定事実に基づき、いかなる推論・評価が可能か、その過程を検討・説明することが求められる。

以上