

令和6年予備試験 法律実務基礎科目（民事）

問題文

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。ただし、XのYに対する金銭債権に係る請求については検討する必要がない。

以下の設問中に「別紙」において定義した略語を用いることがある。

〔設問1〕

別紙1【Xの相談内容】は、弁護士PがXから受けた相談内容を記載したものである。弁護士Pは、令和6年7月5日、別紙1【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することとし、本件訴訟における訴状（以下「本件訴状」という。）を作成し、裁判所に提出した。

これに対し、弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたY（代表取締役A）から別紙1【Y（代表取締役A）の相談内容】のとおり相談を受け、Yの訴訟代理人として本件訴訟を追行することにした。

以上を前提に、以下の各問い合わせに答えなさい。

- (1) 弁護士Pが、本件訴訟において、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、本件訴状において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第134条第2項第2号）を記載しなさい。なお、付隨的申立てについては、考慮する必要がない。
- (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。以下同じ。）を記載しなさい。解答に当たっては、本件訴訟において、Yが、別紙1【Y（代表取締役A）の相談内容】に沿って認否することを前提とすること。なお、いわゆるよって書き（請求原因の最後のまとめとして、訴訟物を明示するとともに、請求の趣旨と請求原因の記載との結びつきを明らかにするもの）は記載しないこと。
- (4) 弁護士Qは、別紙1【Y（代表取締役A）の相談内容】(a)を前提に、本件訴訟の答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。弁護士Qが本件答弁書において抗弁として記載すべき具体的事実を記載しなさい。

〔設問2〕

第1回口頭弁論期日において、本件訴状及び本件答弁書が陳述され、弁護士P及び弁護士Qは、それぞれ、次回期日である第1回弁論準備手続期日までに準備書面を作成することとなった。

- (1) 弁護士Pは、別紙1【Xの相談内容】の下線部の(i)及び(ii)の各言い分について、再抗弁として主張すべきか否かを検討している。弁護士Pが、上記(i)及び(ii)の各言い分について、それぞれ、①再抗弁として主張すべきか否かの結論を記載するとともに、②(a)再抗弁として主張すべき場合には、再

抗弁を構成する具体的事實を記載し、(b) 再抗弁として主張しない場合には、その理由を説明しなさい。

- (2) 弁護士Qは、弁護士Pから再抗弁を記載した準備書面（以下「原告準備書面」という。）が提出されたことを受けて、別紙1【Y（代表取締役A）の相談内容】(b)を前提に、以下のような再々抗弁を記載した準備書面（以下「被告準備書面」という。）を作成した。
- (ア) Aは、Xに対し、令和4年11月9日、アンティーク腕時計（本件商品）を代金200万円で売った。
- (イ) []
- (ウ) Aは、Xに対し、令和6年3月20日、(ア)の代金債権をもって、本件延滞賃料と対当額で相殺する旨の意思表示をした。
- ①上記〔 〕に入る具体的事實を記載するとともに、②その事實を主張した理由を簡潔に説明しなさい。

〔設問3〕

第1回弁論準備手続期日において、原告準備書面及び被告準備書面が陳述され、弁護士Pは、次回期日である第2回弁論準備手続期日までに準備書面を作成することとなった。

その後、弁護士Pは、Xから更に別紙1【Xからの聴取内容】のとおりの事情を聴取した。

これを前提に、以下の各問い合わせに答えなさい。

- (1) 弁護士Pは、別紙1【Xからの聴取内容】を前提に、被告準備書面の再々抗弁に対し、再々々抗弁として、以下の各事實を主張することにした。
- (ア) Xが、Aに対し、令和5年3月23日、代金200万円とした本件商品の代金額につき、50万円とするよう申し入れ、XとAとの間で上記代金額につき争いがあった。
- (イ) XとAは、上記(ア)につき互いに譲歩し、令和5年4月10日、本件商品の売買代金債権総額を100万円に減額する旨の和解をした。
- (ウ) []
- ①上記〔 〕に入る具体的事實を記載するとともに、②上記(ア)及び(イ)の事實に加えて、上記(ウ)の事實を主張すべきと考えた理由につき、和解契約の法律効果について触れた上で、簡潔に説明しなさい。
- (2) 第2回弁論準備手続期日において、弁護士Pは、上記(1)のとおり再々々抗弁を記載した準備書面を陳述し、弁護士Qは、再々々抗弁事實のうち上記(1)(イ)の事實（以下「本件事実」という。）につき「否認する。X主張の和解合意をした事實はない。」と述べた。
- 同期日において、弁護士Pは、本件事実を立証するため、別紙2の和解合意書（以下「本件合意書」という。）を提出し、書証として取り調べられた。これに対し、弁護士Qは、本件合意書のうちA作成部分の成立の真正について「否認する」との陳述をした。

- (i) 裁判所は、本件合意書のA作成部分の成立の真正について判断するに当たり、弁護士Qにどのような事項を確認すべきか。①結論を答えた上で、②その理由を簡潔に説明しなさい。
- (ii) 弁護士Pは、本件事実を立証するに当たり、今後どのような訴訟活動をすることが考えられるか。証拠構造や本証・反証の別を意識し、上記(i)で裁判所が確認した事項に対する弁護士Qの回答により場合分けした上で簡潔に説明しなさい。

〔設問4〕

仮に、本件訴訟の口頭弁論が令和6年11月5日に終結し、同年12月3日、Xの請求を全部認容する判決が言い渡され、その後、同判決が確定したとする（以下、この確定した判決を「本件確定判決」という。）。しかし、Yが本件建物の収去及び本件土地の明渡しをしないため、Xが、本件確定判決に基づき、強制執行の申立てをしようとしたところ、本件建物の所有権が同年10月14日にYからZに移転していたことが判明したとする。

この場合、①Xが強制執行を申し立てるに当たって、どのような不都合が生じるか、②その不都合を防ぐために、Xがあらかじめ採るべきであった法的手段は何か、それぞれ簡潔に説明しなさい。

（別紙1）

【Xの相談内容】

「私は、令和2年7月1日、Aに対し、店舗用建物を所有する目的で、私所有の土地（以下「本件土地」という。）を、賃料月額10万円、毎月末日に翌月分払い、期間30年間の約束で賃貸しました（以下「本件賃貸借契約」という。）。

Aは、令和2年8月中には、本件土地上に店舗用建物（以下「本件建物」という。）を建てて、本件建物で高級腕時計の販売を始めました。Aは、令和5年3月17日、本件建物の所有権を現物出資し、時計等の販売を目的とする株式会社Yを設立して自ら代表取締役に就任し、同日、Yに対し、本件建物の所有権移転登記をしました。そして、Aは、私が承諾していないにもかかわらず、同日、Yに対し、本件土地を賃貸しました（以下「本件転貸借契約」という。）。以後、Yが本件建物を店舗として利用しています。私は、Aに対し、本件転貸借契約について抗議するつもりでしたが、同年5月10日、Aは脳梗塞で倒れて入院してしまい、それ以後、賃料が支払われなくなりました。

私は、Aの体調が回復したことから、Aに対し、令和6年3月7日、令和5年6月分から令和6年3月分までの10か月分の延滞賃料100万円（以下「本件延滞賃料」という。）の支払を2週間以内にするように求めましたが、Aは支払おうとしません。

私は、本件延滞賃料に関するAとの話合いは諦め、Aに対し、令和6年3月31日到達の内容証明郵便をもって、（i）賃料不払を理由として本件賃貸借契約を解除するとともに、（ii）本件土地の無断転貸を理由として本件賃貸借契約を解除しました。Yは、何ら正当な権原がなく本件建物を所有して本件土地を占有していますので、Yに対し、本件建物の収去及び本件土地の明渡しを求めたいと思います。」

【Y（代表取締役A）の相談内容】

「（a）Xは、令和2年7月1日、私（A）に対し、店舗用建物を所有する目的で、本件土地を賃料月額10万円、毎月末日に翌月分払い、期間30年間の約束で賃貸して（本件賃貸借契約）、これに基づいて本件土地を引き渡しました。その後、私（A）は、令和2年8月に本件土地上に本件建物を建て、同所で腕時計販売店を経営していましたが、令和5年3月17日、本件建物の所有権を現物出資して、時計等の販売を目的とする当社（Y）を設立するとともに、同日、当社（Y）に対し、賃貸期間の定めなく、賃料月額10万円で本件土地を賃貸し（本件転貸借契約）、これに基づいて本件土地を引き渡しました。しかし、Xは、令和6年3月31日到達の内容証明郵便で本件賃貸借契約を解除すると伝えてきました。Xは、本件賃貸借契約の解除の理由として、私（A）から当社（Y）への本件土地の無断転貸を挙げていますが、個人で腕時計販売店をしていた私（A）が、全額を出資し、腕時計販売を目的とする当社（Y）を設立して、自ら代表取締役に就任したものであり、当社（Y）には他の役員や従業員はおらず、本件建物は引き続き腕時計販売店として使用し、私（A）一人で営業に当たっていたのですから、Xには何も迷惑をかけていません。Xが本件土地を所有していることや、当社（Y）が本件建

物を所有していることは事実ですが、上記の解除の主張は不当であり、当社（Y）はXに本件土地を明け渡す義務はないと思います。

（b）また、私（A）は、Xに対し、令和4年11月9日、アンティーク腕時計（以下「本件商品」という。）を代金200万円とし、うち100万円を契約日に支払い、残りの100万円は令和5年5月9日限り私（A）の口座に振り込んで支払う約束で売り、契約日に本件商品を引き渡しました。しかし、Xは契約日に100万円を支払ったものの、残りの代金100万円の支払がなかったため、私（A）は、Xに対し、令和6年3月20日、この未払代金100万円と本件延滞賃料とを対当額で相殺する旨を電話で伝えました。」

【Xからの聴取内容】

「Yが主張するとおり、私は、Aから、令和4年11月9日、本件商品を代金200万円で購入し、代金のうち100万円をその日に支払いました。しかし、私は、本件商品を製造から50年以上が経過したアンティーク商品だと思って200万円で購入したのですが、令和5年3月20日頃、製造年代がAの説明とは異なっており、実際には50万円程度の価値しかないことを知ったのです。そのため、私は、Aにだまされたと思い、同月23日、Aに本件商品の代金額を50万円にするよう申し入れました。これに対し、Aは当初、本件商品の代金額は200万円が相当だと言っていましたが、その後、話し合った結果、同年4月10日、Aとの間で、「本件商品の売買代金債権総額を100万円に減額する」との内容で和解しています（以下「本件和解」という。）。その後、Aは、令和6年3月20日になって、本件商品の未払代金が残っていることを前提に本件延滞賃料と相殺する旨を伝えてきたのですが、上記のとおり既に本件和解が成立している以上、相殺には理由がありません。」

なお、本件和解については、私がAとの間で和解が成立した令和5年4月10日の当日に作成した和解合意書（本件合意書）が存在します。」

(別紙2)

(注) 斜体部分は手書きである。

和解合意書

- 1 甲（A）が、令和4年11月9日、乙（X）に対して、200万円で売却したアンティーク腕時計について、その売買代金額に争いが生じたが、甲と乙は、互いに譲歩した結果、本日、上記腕時計の売買代金債権総額を100万円とするこ^トで合意した。
- 2 なお、乙は、甲に対し、令和4年11月9日、上記腕時計の代金として、100万円を支払済みである。

(以下略)

令和5年4月10日

甲（売主）	<i>A</i>
乙（買主）	<i>X</i>
	□印

解説

第1 設問1について

1 小問(1)・訴訟物の選択

本件では、Xが所有する本件土地を、Yが本件建物を所有するという態様で占有している状況にある。そして、XとYの間には契約関係が存在しない。これらを踏まえれば、本件建物の取去及び本件土地の明渡しを求める訴訟（本件訴訟）を提起する際に選択し得る訴訟物は、「所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権」であると考えられる。

なお、所有権に基づく建物取去・土地明渡請求訴訟の訴訟物の捉え方には複数の見解が存在するが、いわゆる旧1個説（原告が存在を主張する実体法上の権利は土地返還請求権のみであり、建物取去は、被告が建物取去に応じない場合に代替執行〔民執 171 I ①〕を申し立てられるようにするため、作為の内容を明示する趣旨で主張するものに過ぎないとの見解）が通説・実務である。

2 小問(2)・請求の趣旨

結論として、請求の趣旨は次のとおり記載すべきことになる。

被告は、原告に対し、本件建物を取去して本件土地を明け渡せ。

上記1のとおり、本件の訴訟物は「所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権」である。しかし、「土地を明け渡せ」との主文の勝訴判決を得ても、強制執行が奏功しない可能性が生じる。すなわち、民事執行法上、土地明渡しの強制執行において、当該土地上の動産を取り除くことは可能とされているが（民執 168 V）、当該土地上の建物を取り除くことを可能とする規定は存在しない。したがって、被告が建物取去に応じない限り、原告は目的を達成できることになる。

そこで、請求の趣旨には、「建物を取去して」と記載することが不可欠となる。かかる記載により、建物を取去することが被告の為すべき債務の内容となり、被告が任意に履行しない場合には、原告において代替執行（民執 171 I ①）を申し立てることが可能となる。

3 小問(3)・請求原因事実

所有権に基づく返還請求の要件事実は、①原告の現所有と②被告の現占有である。①につき、原告の現所有に争いがある場合は所有権の来歴経過も主張する必要があるが、本件ではXの本件土地所有に争いがない。②につき、本件ではYによる本件土地の占有態様について争いがないため、その点を主張する必要はないようにも思えるが、「建物取去」の判決主文を求める事案では、被告が土地上に建物を所有して土地を占有しているとの事実を摘示する必要がある。

(1) 原告は、本件土地を所有している。

(2) 被告は、本件土地上に本件建物を所有して、本件土地を占有している。

4 小問(4)・抗弁事実

Yは、本件土地の占有権原として転借権を主張しているため、転借権の発生原因事実として①A Y間の転貸借契約締結を主張・立証することになるが、転貸借契約

は賃貸借契約を基礎とするため、②X A間の賃貸借契約締結も主張・立証しなければならない。

次に、Yの占有が転貸借契約に基づく適法なものであることを基礎づける事実として、③転貸借契約に基づく引渡しを主張・立証する必要があるが、前主たる転貸人Aの占有が適法であることも不可欠となるため、④賃貸借契約に基づく引渡し（AがXから賃貸借契約に基づいて本件土地の引渡しを受けたこと）を主張・立証しなければならない。

さらに、賃貸人に転貸借を対抗するには賃貸人の承諾が必要であるところ（民612I）、本件では賃貸人たるXが承諾した事実はないため、これを主張する余地はない。ただし、無断転貸につき「賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情」がある場合には、賃貸人は解除をなし得ず、その結果、転借人は転貸借を賃貸人に対抗し得るものと解されている（最判昭36.4.28参照）。これを踏まえて本件では、承諾の事実に代えて、⑤無断転貸の非背信性の評価根拠事実を主張・立証することになる。

- (1) 原告は、Aに対し、令和2年7月1日、本件土地を賃料月額10万円で賃貸した（本件賃貸借契約）。
- (2) 原告は、Aに対し、同日、本件賃貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。
- (3) Aは、被告に対し、令和5年3月17日、本件土地を賃料月額10万円で賃貸した（本件転貸借契約）。
- (4) Aは、被告に対し、同日、本件転貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。
- (5) 無断転貸の非背信性の評価根拠事実
 - ア 被告は、個人で腕時計販売店をしていたAが全額出資して設立した、腕時計販売を目的とする株式会社であり、代表取締役のA以外には役員や従業員が存在しない。
 - イ 被告は、本件建物を腕時計販売店として使用しており、営業はAのみで行っている。

第2 設問2について

1 小問(1)・再抗弁の検討

- (1) 本件では、転借権を占有権原とする抗弁に対し、(i) 賃料不払を理由とする賃貸借契約解除及び(ii) 無断転貸を理由とする賃貸借契約解除を再抗弁として主張することの当否が問われている。

前者は、A Y間の転貸借契約が適法と評価されること（非背信性が肯定されること）を前提としつつ、転貸借の基礎となる賃貸借が終了したことを主張して、Yの転借権の消滅を導こうとするものである。かかる主張を再抗弁として主張することには特に問題がない。

他方で、後者は、A Y間の転貸借契約が違法であること（背信的な無断転貸であること）を根拠とする主張である。しかし、抗弁事実として「無断転貸の非背信性の評価根拠事実」が現われている以上、A Y間の転貸借契約が違法であるこ

とを基礎づけるためには、「無断転貸の非背信性の評価障害事実」を主張することが不可欠となる。そして、「無断転貸の非背信性の評価障害事実」の存在を前提とする場合、Yは単なる不法占有者（Xに対抗できない転借権に基づく占有者）となるため、Xは、XA間の賃貸借契約を解除することなく、Yに対して本件土地の明渡しを請求し得る（最判昭 26.4.27 参照）。したがって、賃貸借契約解除の主張は必然的に過剰なものとなるため、上記（ii）は再抗弁として主張すべきでないと判断される。

(2) 賃料不払を理由とする賃貸借契約解除の要件事実は、①賃貸借契約の締結、②に基づく引渡し、③賃料支払債務を発生させる一定期間の経過、④支払時期の到来、⑤履行期の経過、⑥履行の催告、⑦催告後相当期間の経過、⑧相当期間経過後の解除の意思表示であり、弁護士Pはこれらを主張・立証すべきことになる。ただし、①・②は抗弁事実に現われているため主張を要せず、④も⑤に吸収されるため主張を要しない。

- (1) 原告とAは、本件賃貸借契約の際、賃料は毎月末日に翌月分を支払う旨合意した。
- (2) 令和5年5月から令和6年2月までの各月末日は経過した。
- (3) 原告は、Aに対し、令和6年3月7日、令和5年6月分から令和6年3月分までの賃料合計100万円を支払うように催告した。
- (4) 令和6年3月21日は経過した。
- (5) 原告は、Aに対し、令和6年3月31日、本件賃貸借契約を解除するとの意思表示をした。

2 小問(2)・再々抗弁の検討

Yは、Aが腕時計の代金債権を自働債権、Xの賃料債権を受働債権として、対当額で相殺した旨を主張している。

相殺の要件事実は、①自働債権の発生原因事実及び②相殺の意思表示である。ただし、自働債権の発生原因事実から抗弁権の付着が明らかとなる場合は、その存在効果によって相殺が許されないことになるため、③抗弁権の障害事由・消滅事由を併せて主張する必要がある。

本件では、①代金債権の発生原因たる売買契約締結の事実から、同時履行の抗弁権（民533本文）の付着が明らかとなる。したがって、Yは、③同時履行の抗弁権の消滅事由として、「Aは、原告に対し、令和4年11月9日、（ア）の売買契約に基づき、本件商品を引き渡した」との事実を主張することになる。

第3 設問3について

1 小問(1)・再々抗弁の検討

Xは、Yが主張する相殺に関し、Aの自働債権（腕時計の代金債権）の消滅を主張している。具体的には、当初合意した代金額は200万円であったが、①契約当日に100万円を支払ったこと、②その後、和解契約によって代金額が100万円に減額されたことを主張している。

ここで、和解契約には、争いの目的である権利を契約内容に従って移転・消滅させる効果しか存在しない（民696）。このことを踏まえれば、本件においてAの自

効債権の消滅を基礎づけるためには、②に加えて①も主張しなければならないことが明らかである。

以上より、設問文中の（う）には、「原告は、Aに対し、令和4年11月9日、本件商品の代金債務の履行として、100万円を支払った」との事実が入る。

2 小問(2)・和解合意の有無に関する立証活動

(1) 問い（i）について

文書の成立の真正とは、当該文書が作成者本人の意思に基づいて作成されたことを意味する。挙証者は、相手方が成立の真正を否認する場合にはこれを証明しなければならないが（民訴228Ⅰ）、私文書については、作成者の署名又は押印があれば文書の成立が推定される（同Ⅳ）。なお、ここにいう「作成者の署名又は押印」とは、作成者の意思に基づく署名又は押印を意味する。

本件では、弁護士Pが提出した本件合意書につき、弁護士QがA作成部分の成立の真正を否認しているが、その理由は明らかにされていない。ただし、同書面にはA名下の署名が存在することを踏まえると、想定される否認の理由は、⑦同署名がAの意思に基づくものでないこと、又は、⑧同署名はAの意思に基づくものであるが、成立の真正の推定を覆す事情が存在することのいずれかである。したがって、裁判所としては、どちらの理由により否認するものかを確認しなければならない。

(2) 問い（ii）について

弁護士Pが本件事実（和解契約締結の事実）を立証するに当たっては、本件合意書につき、A作成部分の成立の真正を証明することが最も重要となる。なぜなら、同書面は直接証拠たる類型的信用文書（あるいは処分証書の外観を呈する文書）であり、その成立の真正が証明された場合には、特段の事情がない限り、本件事実の存在が認定されることになるからである。

そして、A作成部分の成立の真正を証明するために行うべき訴訟活動は、Qが上記⑦及び⑧のうち、どちらの理由を述べるかによって左右される。

まず、Qが⑦の理由を述べた場合、Pは、A名下の署名がAの意思に基づくものであることを立証すべきことになる。そして、作成者の意思に基づく署名の存在は、挙証者が証明責任を負う事項であるため、Pには本証が要求される。

次に、Qが⑧の理由を述べた場合、本件合意書上にAの意思に基づく署名が存在することには争いがなく、民訴法228条4項により成立の真正が推定されることになる。ただし、同項による推定は事実上の推定であり、証明責任を転換させるものではないため、成立の真正について証明責任を負うのは依然として挙証者たるPである。そのため、相手方たるQとしては、成立の真正について真偽不明に持ち込む程度の証明（反証）を行えば足りる。対して、Pは真偽不明に陥ることを阻止するだけの立証活動を行るべきことになる。

第4 設問4について

1 問い①（強制執行の申立てに際して生じる不都合）について

本件では、口頭弁論の終結「前」に本件建物の所有権が被告Yから第三者Zに移転しているところ、確定判決を債務名義とする強制執行は、口頭弁論終結前の承継人に対してすることができない（民執23Ⅰ③参照）。したがって、Xが本件確定判

決に基づき、Zを債務者とする承継執行文（民執27Ⅱ）の付与を申し立てたとしても、却下されることになる。

2 問い②（不都合を防ぐために採るべきであった法的手段）について

Xとしては、上記のような不都合を防ぐため、建物収去を求めるべき相手方をYに固定しておく必要があったといえる。そして、これを実現する法的手段としては、建物収去土地明渡請求権を保全するための建物の処分禁止の仮処分命令（民保55Ⅰ）の申立てが考えられる。その申立てが認められ、本件建物につき処分禁止の仮登記を備えておけば、Zが口頭弁論終結前に本件建物を譲り受けても、その時点が仮登記より後であれば、Xは本件確定判決に基づき、Zに対しても強制執行をすることができたのである（民保64）。

〔出題趣旨〕

設問1は、契約関係にない第三者に対する建物収去土地明渡請求が問題となる訴訟において、原告の希望に応じた訴訟物、請求の趣旨、請求を理由づける事実及び抗弁事実の内容を問うものである。前記訴訟物（物権的請求権）や、請求原因及び抗弁（転貸借契約に基づく占有権原）の要件事実につき、正確な理解が求められる。

設問2は、原告の二つの主張（賃料不払及び無断転貸を理由とする解除）に関し、再抗弁該当性及び再抗弁となる場合の再抗弁事実の内容を問うとともに、前記再抗弁に対し、相殺の再々抗弁として機能するために必要な要件事実及びその事実が必要となる理由を問うものである。特に、無断転貸における賃貸人の承諾の意思表示に代わる「背信行為と認めるに足りない特段の事情」につき、その主張の位置付けについて事案に即した正確な分析が求められる。

設問3（1）は、前記再々抗弁に対し、再々々抗弁として機能するために必要な要件事実及びその事実が必要となる理由の説明を問うものであり、和解契約の法律効果（債権の一部消滅）に触れつつ、合わせて弁済の主張が必要となる理由を説得的に論述することが求められる。

設問3（2）は、作成者名義の署名がある私文書の成立の真正が否認された場合について、民事訴訟法第228条第4項についての理解を問うとともに、要証事実を立証するための当事者の訴訟活動について問うものである。

設問4は、前記訴訟において、口頭弁論終結前に建物の所有権が第三者に移転していた場合について、強制執行の申立てに当たって生じる不都合を問うとともに、これを防ぐために事前に採るべきであった法的手段（民事保全手続）を問うものである。

模範答案

1 第1 設問1について

1 小問(1)

所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権

2 小問(2)

被告は、原告に対し、本件建物を取去して本件土地を明け渡せ。

3 小問(3)

(1) 原告は、本件土地を所有している。

(2) 被告は、本件土地上に本件建物を所有して本件土地を占有している。

4 小問(4)

(1) 原告は、Aに対し、令和2年7月1日、本件土地を賃料月額10万円で賃貸した（本件賃貸借契約）。

(2) 原告は、Aに対し、同日、本件賃貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。

(3) Aは、被告に対し、令和5年3月17日、本件土地を賃料月額10万円で賃貸した（本件転貸借契約）。

(4) Aは、被告に対し、同日、本件転貸借契約に基づき、本件土地を引き渡した。

(5) 無断転貸の非背信性の評価根拠事実

ア 被告は、個人で腕時計販売店をしていたAが全額出資して設立した、腕時計販売を目的とする株式会社であり、代表取締役のA以外には役員や従業員が存在しない。

イ 被告は、本件建物を腕時計販売店として使用しており、営業はAの

2 みで行っている。

第2 設問2について

1 小問(1)

(1) (i) の言い分は、再抗弁として主張すべきである。その再抗弁を構成する具体的事実は次のとおりである。

ア 原告とAは、本件賃貸借契約の際、賃料は毎月末日に翌月分を支払う旨合意した。

イ 令和5年5月から令和6年2月までの各月末日は経過した。

ウ 原告は、Aに対し、令和6年3月7日、令和5年6月分から令和6年3月分までの賃料合計100万円を支払うように催告した。

エ 令和6年3月21日は経過した。

オ 原告は、Aに対し、令和6年3月31日、本件賃貸借契約を解除するとの意思表示をした。

(2) (ii) の言い分は、再抗弁として主張すべきでない。同言い分は、本件転貸借契約が違法であることを根拠とするが、前記第1の4(5)のとおり、抗弁事実として「無断転貸の非背信性の評価根拠事実」が現われている以上、本件転貸借契約の違法性を基礎づけるためには、「無断転貸の非背信性の評価障害事実」を主張することが不可欠となる。そして、それが認められる場合、Yは単なる不法占有者となり、Xは本件賃貸借契約を解除しなくてもYに対して本件土地の明渡しを請求し得る。すなわち、賃貸借契約解除の主張は必然的に過剰なものとなる。

2 小問(2)

3 空欄には、「Aは、原告に対し、令和4年1月9日、(ア)の売買契約に基づき、本件商品を引き渡した」との事実が入る。相殺を主張する者は、自働債権の発生原因事実から抗弁権の付着が明らかとなる場合、その存在効果を打ち消す事実を併せて主張しなければならない。本件では、AX間の売買契約締結の事実により同時履行の抗弁権（民法533条本文）の付着が明らかとなるため、Qは、Aの目的物引渡債務が履行済みであることを示すものとして上記事実を主張したと考えられる。

第3 設問3について

1 小問(1)

空欄には、「原告は、Aに対し、令和4年1月9日、本件商品の代金債務の履行として、100万円を支払った」との事実が入る。和解契約には、争いの目的である権利を契約内容に従って移転・消滅させる効果しか存在しないため（民法696条）、本件において相殺の自働債権たるAの代金債務の消滅を基礎づけるためには、和解契約後に残存する債務を弁済した事実として、上記事実を主張することが必要になる。

2 小問(2)の問い合わせ(i)

裁判所は、Qに対し、A作成部分の成立の真正を否認する理由として、⑦本件合意書上のA名下の署名がAの意思に基づくものでないことを主張するのか、⑧その点は争わず、成立の真正の推定を覆す事情が存在することを主張するのかを確認すべきである。本件合意書は私文書であるところ、私文書は作成者本人の意思に基づく署名があれば成立の真正が推定されることになるからである（民訴法228条4項）。

4 3 小問(2)の問い合わせ(ii)

本件事実との関係で、本件合意書は直接証拠たる類型的信用文書に位置づけられるため、その成立の真正が証明されれば、特段の事情がない限り、本件事実の存在が認定されることになる。

そこで、Pとしては、Qが上記⑦の理由を述べた場合には、A名下の署名がAの意思に基づくものであることを立証すべきである。なお、作成者の意思に基づく署名の存在は挙証者が証明責任を負う事項であるため、Pには本証が要求される。

他方で、Qが上記⑧の理由を述べた場合、民訴法228条4項により成立の真正が推定されることになるが、Qが成立の真正について真偽不明に持ち込む程度の反証に成功すれば、成立の真正は認定されない。そのため、Pとしては、真偽不明に陥ることを阻止するだけの立証活動をすべきことになる。

第4 設問4について

Zは口頭弁論終結前の承継人であるため、本件確定判決を債務名義とする強制執行の名宛人とならず（民事執行法23条1項3号参照）、XがZを債務者とする承継執行文（同法27条2項）の付与を申し立てたとしても却下されることになる。かかる不都合を回避するためには、Xは、Yを債務者とし、建物取去土地明渡請求権を保全するための建物の処分禁止の仮処分命令（民事保全法55条1項）を申し立て、本件建物につき処分禁止の仮登記を備えておくべきであった。

以上