

予備試験法律実務基礎科目（民事）（平成27年）

Y（本件土地所有者）

↓

A（Y代理人）—（26年9月1日売買250万）→X

訴訟物 売買契約に基づく所有権移転登記請求権及び引渡請求権

請求の趣旨（設問1（1））

1. YはXに対して、本件土地について、平成26年9月1日売買を原因とする所有権移転登記手続きをせよ
2. YはXに対して本件土地を引き渡せ

注。引渡とは、目的不動産に対する債務者の占有を排除し、債権者に直接支配を移転することをいい、明渡しとは、引渡のうち、目的物に債務者らが居住し、または物品を置いて占有している場合に、中の物品を取り除き、居住者を立ち退かせて、債権者に完全な直接的支配を移すことをいう（30講303頁）。

請求原因（問題文記載）

- ① Aは、平成26年9月1日、Xに対し、本件土地を代金250万円で売った（以下「本件売買契約」という。）。
- ② Aは、本件売買契約の際、Yのためにすることを示した。
- ③ Yは、本件売買契約に先立って、Aに対し、本件売買契約締結に係る代理権を授与した。
- ④ よって、Xは、Yに対し、本件売買契約に基づき、（以下記載省略）を求める。

理由

設問1（2）の解答例

本件の場合、売買契約を締結したのは、Aであり（①）、契約の効果は、契約を締結した者に帰属するのが原則である。しかし、代理構成により、契約の効果はYに帰属するとの主張をするために、①の他に、②及び③の主張をしているのが、本問の理由である。即ち、AがYのためにすることを示し（顕名）（②）、売買契約に先立ち、YがAに対して代理権を授与すれば（③）、99条により、売買契約は、Yに対して直接に効力を生じ、XのYに対する売買契

約に基づく請求権を基礎付けることができる。そこで、本件訴状の請求を理由づける事実として、①ないし③のように記載した（30講245頁）。代理行為に先立つということは（先立つことがなければ、追認である）、時的要素である（類型別42頁）。

設問2

(1) 弁護士Qが前記Iの事実（無権代理）を主張した場合、裁判所は、その事実のみをもって、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。解答例

Iの事実は、無権代理を主張するものであり、請求原因の先立つ代理権授与の否認であり、請求原因（先立つ代理権授与）と両立しないから、抗弁として扱うべきではない。抗弁として扱おうと、代理権の授与につき真偽不明の場合に、裁判所は判断することができなくなり、立証責任の機能を果たすことができない。

注。無権代理は、先立つ代理権授与の否認であるが、司法修習生でも、1クラス5名程度は、無権代理の抗弁であると整理しており、教官の間では、否認と抗弁の区別がついていない例として、幻の抗弁と言われている。

(2) 弁護士QがIIの事実を主張した場合、裁判所は、その事実のみをもって、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。解答例

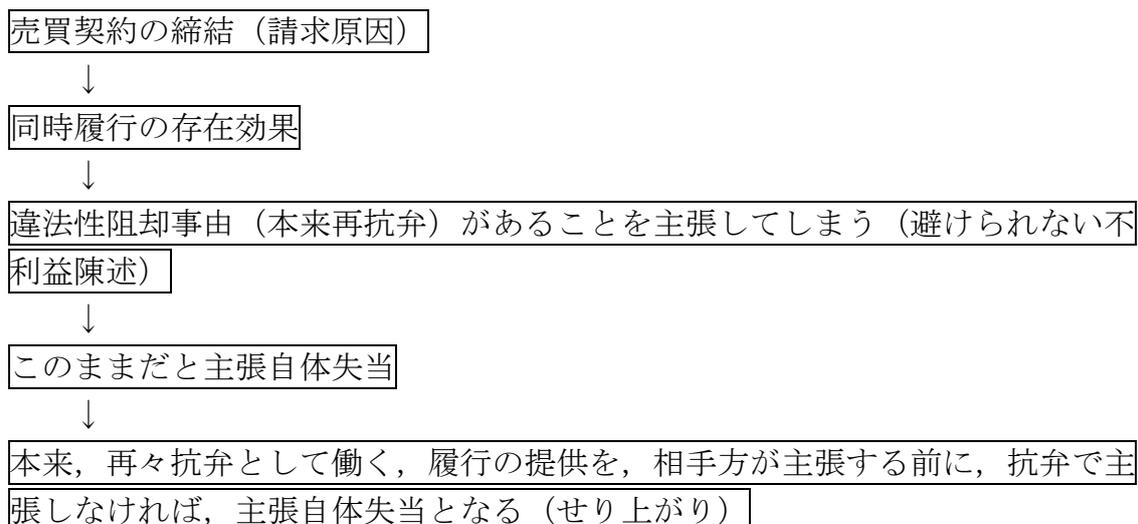
II 「Xは、平成26年10月10日に本件売買契約に基づいて、代金250万円を支払ったので、所有権移転登記を行うように求めてきました。しかし、私は、Xから本件土地の売買代金の支払を受けていません。そこで、私は、念のため、Xに対し、同年11月1日到着の書面で、1週間以内にXの主張する本件売買契約の代金全額を支払うように催促した上で、同月15日到着の書面で、本件売買契約を解除すると通知しました。ですから、私が本件売買契約に基づく責任を負うことはないと思います。」

IIの事実のみをもって、解除の抗弁として扱うべきではない。履行遅滞解除の前提となる請求原因、すなわち、売買契約自体から、代金支払債務に同時履行の抗弁権(民法533条)が付着していることが基礎付けられ(存在効果説)、違法性阻却事由があることが現れるため、同時履行の抗弁権の存在効果を消滅

させる必要がある。よって、本件売買契約の解除を主張する被告は、同時履行の抗弁権（の存在効果）の消滅事由として、被告の財産権移転義務（所有権移転登記と引渡）の履行の提供を主張立証する必要があるが、本件では、その主張がない。

説明図解

抗弁 履行遅滞に基づく解除（30講108～109頁）



存在効果説（30講167頁，研修所の見解）

債務者の権利主張を待つまでもなく，同時履行の抗弁権が存在することのみで，一定の効果（違法性阻却や相殺禁止の効果）が発生すると考える説

行使効果説（30講167頁）

同時履行の抗弁権の行使は，債務者の意思によって決定すべきものであるから，債務者が行使しない以上，これを考慮する必要はない。

設問3（1）について

裁判所が，本件売買契約書をAが作成したと認めることができるか否かについて，結論と理由を記載しなさい。解答例参照

本件売買契約書はXとAが作成した文書として提出され，Qは，本件売買契約書の成立を認める旨の陳述をしている。補助事実である文書の成立の真正につき自白が成立するかが問題となるが，否定すべきである。補助事実は証拠と同様の機能を営むので，自白の成立を認めると裁判所の自由な心証形成（247

条)を害するからである。裁判所の自由心証の問題であるから、成立を認めている場合には、Xは、本件売買契約書の成立につき立証する必要がないのが通常であるが、審理の過程で、成立につき裁判所に疑念を抱かせた場合は、積極的に、疑念を解くべき立証をする必要がある。本件では、XA間に売買契約が成立していることは争いがなく、YがAに対して、売買契約に先立つ代理権を授与したか否かが争点なので、成立につき裁判所に疑念を抱かせる事情もない。よって、本件売買契約書をAが作成したと認めることができる。

本件売買契約書は、Aが直接本人であるYの氏名を記載し、Yの印鑑を押捺した署名代理の場合である。この場合の作成者につき、本人説(Y)、代理人説(A)がある(ステップアップ民事事実認定67～68頁)が、問題文の中で、Aが作成した文書として提出され(代理人説が前提)、Qは、本件売買契約書の成立を認める旨の陳述をしている(新司法試験平成24年民事訴訟法でも、代理人作成説を前提として回答させている)。

作成者A→成立に争いがなく→Y→A代理権授与が争点

作成者Y→Yの印鑑を認めている→二段の推定→二段の推定を覆す事実として、代理権授与が争点

いずれの立場によっても、代理権授与が争点であり(説明の仕方が違うだけ)、AがYの実印を所持している→代理権授与の間接事実→推定を覆す事実の立証がポイント→設問3(2)で問われている。設問3(1)では、Aが作成したと認めることができるか否かについてだけ問われている。

→問題文では、本人説を採用していないのだから、設問3(1)で、二段の推定を覆す事情を書くわけにいかない(本人説を書くとしたら、下記のような)。解答例は、平成19年民事訴訟法を参照しているが、現場では、何を書くべきかにつき困惑したのではないかと思われる(代理人説によるならば、混乱を招かないために、設問3(2)だけに問題文を絞るべきであったと思う)。

(下記の内容は、売買契約書の作成者がXYであることが前提。この前提がない本問の場合には、下記のように書くことはできない。しかし、「実印は、鍵つき金庫に保管されており、Aが持ち出すのは不可能である」という問題文の事情からすれば、二段の推定を覆す事情を書かせたがっていたようにもみえる。出題者が誤解していた可能性がある)。

本人Yの印章を他人が勝手に使用することは通常ないので、売買契約書の印影はYの意思に基づいて顕出されたという事実が事実上推定される(一段目の推定)。

それに対して、Yは、一段目の推定を覆す事実として、Yは、本件売買契約

交渉中である8月に、別の取引のために、実印をAに預け、その実印が勝手に使われたと主張する。

しかし、交渉が纏まって契約を締結する段階で実印を預けるのが通常であるところ、交渉が纏まらない段階で、何故実印を預けたのか、仮に預けたとして、取引の交渉は決裂したというのだから、何故預けた実印をすぐに取り戻さなかったのかについて合理的な説明がない。現在、Yが実印を保管しているということであれば、実印は、鍵つき金庫に保管されており、Aが持ち出すのは不可能であるというのだから、どのように戻したのかも不明である。Yが取り戻す前に勝手に使用されたということであれば、別の取引の経緯も合わせて説明しなければならないところ、そのような主張はない。Aが行方不明だということだから、Aの証言で明らかにすることもできない。また、交渉が決裂したから契約書が提出できないとしても、交渉の具体的な内容を主張することができるはずであるにもかかわらず、そのような主張すらしようとしない。

設問3（2）について

弁護士Pは、次の【事実】が認められると主張したいと考えている。弁護士Pが、上記準備書面に記載すべき内容を答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい

【事実】

「Yが、Aに対し、平成26年9月1日までに、本件土地を250万円で売却することを承諾した事実」

解答例は、現場で書ける分量にしているが、以下は、実務家の感覚を示したものである。現場の答案として、ここまでは求められていないが、実務家のメリハリの付け方を参考にして欲しい。

本件では、XA間に売買契約が成立していることは争いがなく、YがAに対して、売買契約に先立つ代理権を授与したか否かが争点である。本件売買契約書には、代理権を授与した旨の記載はないし、委任状も存在しないが、本件売買契約書の金額につき、Aが空欄に250万円と記入したことは争いが無い。Yが捺印した契約書をAに渡したことは、金額はAが記載できることを意味するのだから、売買契約の代金の決定につき権限を与えたという強い推認が働く。その推認を覆す事実として、Yは、本件売買契約交渉中である8月に、別の取引のために、実印をAに預けたと主張する。

注。解答例では、1頁程度の分量という指定に合わせて、「交渉中に預けた理由が曖昧であるし、詳細を知るAが行方不明であるから、証言を期待すること

もできない。」とだけ書いたが、掘り下げれば、以下の斜体部分のようになる。

しかし、交渉が纏まって契約を締結する段階で実印を預けるのが通常であるところ、交渉が纏まらない段階で、何故実印を預けたのか、仮に預けたとして、取引の交渉は決裂したというのだから、何故預けた実印をすぐに取り戻さなかったのかについて合理的な説明がない。現在、Yが実印を保管しているということであれば、実印は、鍵つき金庫に保管されており、Aが持ち出すのは不可能であるというのだから、どのように戻したのかも不明である。Yが取り戻す前に勝手に使用されたということであれば、別の取引の経緯も合わせて説明しなければならないところ、そのような主張はない。Aが行方不明だということだから、Aの証言で明らかにすることもできない。また、交渉が決裂したから契約書が提出できないとしても、交渉の具体的な内容を主張することができるはずであるにもかかわらず、そのような主張すらしようとしない。

また、本件土地の売買代金額につき、当初の希望額はX 200万円とY 350万円の食い違いがあったところ、Yは300万円に値下げをし、Xは250万円という数字を出し、Yは280万円以上であれば売却してよいと依頼したというが、250万円の売買は認めないという趣旨ではないとみるべきである。Xが250万円という数字を資金繰りの関係で出したのであるから、それ以上の金額が出ることは期待できないことが想定され、かかる状況下では、Yとしては、250万円を呑むか、他にもっと高い買い手を探すかの選択肢しかないところ、他の買い手を探す方向では動かず、Aに引続き交渉させたのである。このように双方の希望価格の隔たりが150万円あったところが、交渉により30万円と狭まってきている状態で、Yは記名捺印した本件売買契約書（金額欄が空欄）をAに渡したのである。このような事実は、280万円を主張してほしいが、Xが呑まなければ、最終は250万円で売却してもよいと承諾したとみることができる。前記推認をより強固なものにする。

設問4

通知書の内容を分析的に検討していることに着目して欲しい（名誉毀損の成否を判断する際の裁判所の判断の仕方を参照している）。

（出題趣旨）

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。

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關係に留意して説明することが求められる。

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。

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。