

第2節. 売買契約

第555条（売買）

売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し、相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

想定事例

Xは、Yとの間で、令和4年5月1日、Xが所有する動産甲を代金100万円でYに売却する旨の契約を締結した。

1. 代金支払請求訴訟

(1) 訴訟物

売買契約に基づく代金支払請求訴訟の訴訟物は、売買契約に基づく代金支払請求権である。

(2) 請求の趣旨

被告は、原告に対し、100万円を支払え。

(3) 要件事実

ア. 請求原因

売買契約に基づく代金支払請求権は、売買契約（555条）の成立により直ちに発生するのが原則である。

したがって、原告は、売買契約に基づく代金支払請求の請求原因において、売買契約の成立要件として、売買契約の締結を主張すれば足りる。

売買契約は目的物と代金の有償交換を目的とする契約であるから、売買契約の締結が認められるためには、合意において、目的物と代金額（又はその決定方法）が確定していることが必要である。

なお、他人物売買も債権的には有効である（561条）から、売主が売買契約締結時に目的物を所有していたことは不要である。

（事実記載例）

Xは、Yに対し、令和4年5月1日、動産甲を代金100万円で売った。

イ. 抗弁

(ア) 代金支払時期の合意

売買契約において、履行期限は契約の本質的要素ではないから、履行期限の合意がある場合であっても、履行期限の合意とその期限の到来を請求原因として主張する必要はない。

代金支払債務の履行期限の合意があることが抗弁、その期限が到来したことが再抗弁となる。

(イ) 同時履行の抗弁権

a. 抗弁事実

同時履行の抗弁権（533条）の実体法上の要件は、①双務契約から生じた相対立する債務が存在すること、②相手方の債務が履行期にあ

類型別2頁、4項

類型別3頁

ること、③相手方が自己の債務の履行又はその提供をしないで履行請求をしたことである。

もともと、抗弁事実としては、①ないし③を主張する必要はなく、④（訴訟上で）原告が債務を履行するまでは自己の債務の履行を拒絶するとの権利主張をすることで足りる（権利抗弁）。

b. 再抗弁事実

(a) 先履行の合意の再抗弁

➡ 再々抗弁として、㉞履行をしたことと、㉟不安の抗弁がある。

(b) 反対給付の履行の再抗弁

➡ 相手方の同時履行の抗弁権を失わせるためには弁済の提供だけでは足りず、それを継続する必要があると解する。なぜならば、一方当事者が弁済の提供をしてもその債務を免れるわけではないため、対価的關係にある双務契約上の債務間の履行上の牽連性という制度趣旨からすれば、なお債務間の履行上の牽連性を存続させるべきだからである。なお、訴え提起後に履行の提供がされた場合については、これが再抗弁になるとする見解とこれを否定する見解とがある。

最判 S34.5.14

(ウ) 手付契約に基づく解除

a. 抗弁

買主は、売買契約に付随して売主に手付を交付していた場合には、手付返還請求権を放棄することにより、売買契約を解除することができる（557条1項）。抗弁事実は、次の通りである。

①売買契約に付随して手付交付の合意をしたこと

理由：手付契約は売買契約に付随して締結されるものである

②①の合意に基づく手付の交付

理由：要物契約

③手付返還請求権の放棄の意思表示

理由：手付返還請求権の放棄の意思表示を不要と解すると、解除の意思表示に解除事由の明示が不要とされることから、手付に言及することなく解除の意思表示をした場合であっても、手付返還請求権放棄の効果が生じることとなり得、妥当でない。

④契約解除の意思表示

理由：手付解除にも540条が適用される。

b. 再抗弁

・解約権留保排除合意

理由：手付は解約手付であると推定される（557条1項）から、解約手付であることが抗弁となるのではなく、解約権留保排除合意の存在が手付解除権の発生障害要件として再抗弁になる。

・売主が「契約の履行に着手した」こと

(エ) その他の抗弁

弁済の抗弁（473条）、代物弁済（482条）、消滅時効の抗弁（166条以下）、契約の解除（541条以下）、債権譲渡による債権喪失（466条1項）などがあるが、これらは別の項目で取り上げる。

2. 目的物引渡請求訴訟

(1) 訴訟物

売買契約に基づく目的物引渡請求訴訟の訴訟物は、売買契約に基づく目的物引渡請求権である。

なお、目的物が土地・建物である場合、所有権に基づく返還請求権、賃貸借契約の終了に基づく目的物返還請求権では、土地明渡請求権・建物明渡請求権となるが、売買契約に基づく目的物返還請求権では、土地引渡請求権・建物引渡請求権となる。

(2) 請求の趣旨

被告は、原告に対し、動産甲を引き渡せ。

(3) 要件事実

ア. 請求原因

売買契約（民法 555 条）における売主は、売買契約に基づく財産権移転債務の一内容として、目的物引渡義務を負う。この意味において、売買契約が成立すると、買主の売主に対する目的物引渡請求権が発生する。したがって、原告は、売買契約に基づく目的物引渡請求の請求原因において、売買契約の成立要件として、売買契約の締結を主張すれば足りる。

イ. 抗弁

抗弁は、基本的に、代金支払請求に対するものと同様である。

完全講義「基礎編」208頁、類型別
72頁

第3節. 贈与契約

第549条 (贈与)

贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。

第550条 (書面によらない贈与の解除)

書面によらない贈与は、各当事者が解除をすることができる。ただし、履行の終わった部分については、この限りでない。

想定事例

Xは、Yとの間で、令和4年5月1日、Xが所有する動産甲を代金100万円でYに贈与する旨の契約を締結した。

1. 訴訟物

贈与契約に基づく目的物引渡請求訴訟の訴訟物は、贈与契約に基づく目的物引渡請求権である。

2. 請求の趣旨

被告は、原告に対し、動産甲を引き渡せ。

3. 要件事実

(1) 請求原因

不動産の贈与契約(549条)における贈与者は、贈与契約に基づく財産権移転債務の一内容として、目的物引渡義務を負う。この意味において、贈与契約が成立すると、受贈者の贈与者に対する目的物引渡義務が発生する。

したがって、原告は、贈与契約に基づく目的物引渡請求の請求原因において、贈与契約の成立要件として、贈与契約の締結を主張すれば足りる。

(事実記載例)

Xは、Yに対し、令和4年5月1日、動産甲を贈与した。

(2) 抗弁

抗弁は、履行期限の合意、書面によらない贈与の解除(550条本文)などがある。

完全講義「基礎編」208頁、民法講義IV343頁、類型別72頁

第4節 請負契約

第632条（請負）

請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。

第633条（報酬の支払時期）

報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。ただし、物の引渡しを要しないときは、第624条第1項の規定を準用する。

想定事例

Xは、Yとの間で、令和4年5月1日、Yが所有する甲土地の上に建物を建築する工事（以下「本件工事」という。）を報酬1000万円で請け負う旨の契約を締結した。

1. 訴訟物

請負契約に基づく報酬請求訴訟の訴訟物は、請負契約に基づく報酬支払請求権である。¹⁾

2. 請求の趣旨

被告は、原告に対し、1000万円を支払え。

3. 要件事実

（1）請求原因

ア. 請負契約の締結

①請負契約（民法632条）の成立要件として、請負契約の締結を主張する必要がある。

そして、請負契約は、「当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」（民法632条）ものであるから、請負契約の締結が認められるためには、合意において、完成すべき仕事の内容と代金額（又はその決定方法）が確定していることが必要である。

イ. 仕事の完成

請負契約に基づく報酬債権は請負契約の成立と同時に発生するものである（判例・通説）が、請負契約に基づく報酬は、仕事の完成後でなければ請求することができないのが原則である（民法633条・624条1項参

類型別 196 頁

類型別 196～197 頁

大判 S5.10.28

¹⁾ 訴訟物の表現について、「請負契約に基づく報酬請求権」として「支払」を不要とする立場もあるが（類型別 195 頁、完全講義「民事」206 頁など）、令和4年予備試験の出題趣旨では「請負契約に基づく報酬支払請求権」とされている。

照)。これを、「報酬後払の原則」という。そうすると、当事者が報酬の支払時期について報酬前払の特約をしていない場合には、報酬後払の原則を定める上記の任意規定が適用されるから、請負報酬の支払を請求するためには、②仕事の完成も主張する必要がある。

ここでいう「仕事の完成」とは、予定された最後の工程まで仕事が終了したことを意味する（予定工程終了説）。

ウ. 目的物の引渡し

仕事の目的物の引渡しを要する場合には、報酬支払いと目的物の引渡しとは同時履行の関係にある（633条本文）。したがって、請負報酬の支払を請求するには、実体法上は、仕事の完成に加えて、目的物の引渡しまで必要である。

もともと、訴訟上は、目的物の引渡しは、請求原因ではなく、同時履行の抗弁に対する再抗弁に位置付けられる。

したがって、少なくとも、請負契約に基づく報酬支払請求の請求原因としては、③目的物の引渡しを主張する必要はない。²⁾

（事実記載例）

- ① Xは、Yとの間で、令和4年5月1日、本件工事を報酬1000万円で請け負った。
- ② Xは、令和〇年〇月〇日、本件工事を完成させた。

（2）抗弁

抗弁としては、売買契約における抗弁（履行期限の合意、引渡しとの同時履行、弁済、代物弁済、消滅時効、契約の解除、債権譲渡による債権喪失など）のほかに、㉞危険負担（536条1項）、㉟契約不適合を理由とする修補（559条、562条1項本文）との同時履行（533条本文）、㊱契約不適合を理由とする債務不履行に基づく損害賠償（559条、562条、564条、415条1項）との同時履行（533条本文）、㊲契約不適合を理由とする債務不履行に基づく損害賠償請求権による相殺（505条1項本文）、㊳契約不適合を理由とする代金減額請求（559条、563条1項、562条1項本文）なども挙げられる。

類型別 199～207 頁

²⁾ もともと、附帯請求として遅延損害金も請求する場合（訴訟物は、履行遅滞に基づく損害賠償請求権〔415条1項本文〕）は、③まで必要である。請求原因において、請負契約の締結を主張した際に、請負契約が仕事の目的物の引渡しを要するものであることが現れた場合には、請負報酬の支払と仕事の目的物の引渡しとが同時履行の関係に立つこと（民法 633 条本文）が明らかとなるから、同時履行の抗弁権の存在効果を消滅させて履行遅滞を違法ならしめるために、請求原因として、③原告が請負契約に基づき完成した仕事の目的物の引渡しの提供をしたことを主張する必要があるのである（類型別 198～199 頁）。

第9節. 所有権に基づく不動産明渡請求訴訟

1. 土地明渡請求訴訟

想定事例 1

Xは、令和4年5月1日、当時Aが所有していた甲土地を、代金1000万円でAから買い受けたが、その引渡しを受けないままだった。

Xは、甲土地を占有しているYに対して、甲土地の明渡しを求めようと考えている。

(1) 訴訟物

土地所有権に基づく土地明渡請求訴訟の訴訟物は、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。

(2) 請求の趣旨

被告は、原告に対し、甲土地を明け渡せ。

(3) 請求原因

ア. 要件の整理

所有権の内容を完全に実現することが相手方によって妨げられている場合には、所有者は、占有者に対し、所有権の内容の完全な実現を可能にするために、所有権に基づいてその物の返還を請求することができ、ただし、相手方が正当な占有権原を有する場合にはその請求ができないと解する立場からは、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の実体法上の要件は、①現在、請求者が当該土地の所有権（206条）を有すること、②現在、相手方が当該土地を占有（180条参照）していることの2点であり、③相手方が当該土地に対する正当な占有権原を有していることは、返還請求権の発生障害要件に位置付けられる。

新問研 57～58 頁

そして、所有権に基づく返還請求権には 188 条は適用されないと解されているため、原告は、被告の占有権原の不存在を主張する責任を負わない。

新問研 58 頁

したがって、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の請求原因は、①と②だけである。

イ. ①原告の所有

所有権の所在については、権利自白が認められると解されているため、現在若しくは過去の一定時点における原告の所有又は過去の一定時点における原告の前主による所有について権利自白が成立する場合には、原告は、自白が成立している上記時点における原告又はその前主の所有が認められることを前提として、①に関する主張をすれば足りる。

新問研 60 頁

例えば、(ア) Y が令和4年6月1日に X から甲土地を買い受けたとして所有権喪失の抗弁を主張する場合には、令和4年6月1日における

Xの甲土地の所有について権利自白が成立するから、①については、「Xは、令和4年6月1日、甲土地を所有していた。」と主張すれば足り、Aからの所有権取得（Aもと所有、XA間売買）を主張する必要はない。

また、(イ) Yが令和4年6月1日にAから甲土地を買い受けたとして所有権喪失の抗弁や対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を主張する場合には、令和4年5月1日におけるAの甲土地の所有について権利自白が成立するから、①については、㉞「Aは、令和4年5月1日、甲土地を所有していた。」、㉟「Aは、Xに対し、令和4年5月1日、甲土地を代金1000万円で売った。」と主張すれば足りる。¹⁾

ウ. ②被告の占有

物権的請求権は物権に対する妨害又はその危険が存する限りその物権から不断に発生するものであるから、所有権に対する妨害又はその具体的危険は現在存在する必要がある。したがって、原告は、所有権に基づく返還請求権としての土地明渡請求権の請求原因において、被告の占有として、現在（口頭弁論終結時）、被告が当該土地を占有している事実を主張する責任を負う。

新問研 63～64 頁

エ. 占有権原の存否

前記アの通り、被告において、自己の占有権原の存在について主張責任を負うから、原告は、請求原因として、被告の占有権原の不存在について主張する必要はない。

(事実記載例1) (ア) のケース

- ① Xは、令和4年6月1日当時、甲土地を所有していた。
- ② Yは、現在、甲土地を占有している。

(事実記載例2) (イ) のケース

- ① Aは、令和4年5月1日当時、甲土地を所有していた。
- ② Aは、Xに対し、令和4年5月1日、甲土地を代金1000万円で売った。
- ③ Yは、現在、甲土地を占有している。

(4) 抗弁

ア. 所有権喪失の抗弁

被告は、過去の一定時点における原告の所有を認めた上で、原告以外の者（被告又は第三者）の所有権取得原因を主張することができる。

類型別 55～56 頁

(事実記載例)

Xは、Yに対し、令和4年6月1日、甲土地を代金1000万円で売った。

¹⁾ 権利自白の成立時点については、XのAからの所有権取得原因事実の発生当時（令和4年5月1日）とYのAからの所有権取得原因事実の発生当時（令和4年6月1日）のうちいずれか早い時点におけるAの所有について権利自白が成立すると解されているから、上記の場合には、XのAからの所有権取得原因事実の発生時点である令和4年5月1日におけるAによる甲土地の所有について権利自白が成立する（新問研 61 頁）。

イ. 対抗要件の抗弁

類型別 56 頁

(ア) 抗弁

被告は、原告が前主から所有権を承継取得したと主張した場合に、前主のもと所有を認めた上で、被告が前主から所有権を承継取得したとして、対抗要件の抗弁（177 条）を主張することができる。

抗弁事実は、①被告の「第三者」該当性を基礎づける事実（被告の前主からの所有権の承継取得の原因事実）と、②権利主張（原告が対抗要件を具備するまでは原告の所有権取得を認めない旨の主張）である。

事実摘示記載例集 30～31 頁

(事実記載例)

請求原因 ①Aは、令和4年5月1日当時、甲土地を所有していた。
②Aは、Xに対し、同日、甲土地を代金1000万円で売った。
③Yは、現在、甲土地を占有している。
抗 弁 ①Aは、Yに対し、令和4年6月1日、甲土地を代金1000万円で売った。
②原告が対抗要件を具備するまで、原告の所有権取得を認めない。

(イ) 再抗弁

a. 対抗要件具備の再抗弁

原告は、再抗弁として、前主から原告への所有権移転について対抗要件を具備したと主張することができる。

(事実記載例)

Aは、Xに対し、令和4年5月1日、請求原因②の売買契約に基づき、甲土地の所有権移転登記をした。

b. 背信的悪意者の再抗弁

判例によれば、背信的悪意者は、「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであつて、民法 177 条にいう第三者に当たらない」と解されており、これを背信的悪意者排除の法理という。

最判 S43.8.2

したがって、原告は、背信的悪意者の再抗弁として、①被告が原告・前主間の物権変動があった事実を知っていることと、②被告が原告・前主間の物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められること（背信性の評価根拠事実）を主張することができる。

(事実記載例)

① Yは、抗弁①の売買の際、請求原因②の売買を知っていた。
② 背信性の評価根拠事実

事実摘示記載例集 36 頁

ウ. 対抗要件具備による所有権喪失の抗弁

(ア) 抗弁

不動産の二重譲渡がなされた場合において、「第三者」に当たる一方の譲受人が対抗要件である所有権移転登記（177 条）を具備することにより所有権を確定的に取得する一方で、他方の譲受人が所有者でなかつ

新問研 80～81 頁、類型別 56 頁

たことが確定する。

したがって、被告は、過去の一定時点における原告又はその前主の所有権を認めた上で、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁として、①原告以外の者（被告、第三者）による所有権取得原因事実と、②その者による対抗要件具備を主張することができる。²⁾

(事実記載例)

請求原因 ①Aは、令和4年5月1日当時、甲土地を所有していた。
②Aは、Xに対し、同日、甲土地を代金1000万円で売った。
③Yは、現在、甲土地を占有している。
抗弁 ①Aは、Yに対し、令和4年6月1日、甲土地を代金1000万円で売った。
②Aは、Yに対し、同日、①の売買契約に基づき、甲土地の所有権移転登記を行った。

事実摘示記載例集 31 頁

(イ) 背信的悪意者の再抗弁

判例によれば、背信的悪意者は、「登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであつて、民法 177 条にいう第三者に当らない」と解されており、これを背信的悪意者排除の法理という。

最判 S43.8.2

そうすると、被告が背信的悪意者に当たるならば、被告が対抗要件を具備しても「第三者」として確定的に所有権を取得することはできないから、原告の所有権取得は否定されない。

したがって、原告は、背信的悪意者の再抗弁として、①被告が原告・前主間の物権変動があった事実を知っていることと、②被告が原告・前主間の物権変動についての登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められること（背信性の評価根拠事実）を主張することができる。

(事実記載例)

① Yは、抗弁①の売買の際、請求原因②の売買を知っていた。
② 背信性の評価根拠事実

事実摘示記載例集 36 頁

エ. 占有権原の抗弁

(ア) 賃借権

所有権に基づく返還請求権が行使された場合には 188 条は適用されないから、被告の正当な占有権原の存在が権利障害事実として抗弁になる。

占有権原の抗弁の抗弁事実とは、①占有権原の発生原因事実と、②被告の占有が①の占有権原に基づくことである。

賃借権に基づく占有権原を主張する場合、抗弁事実とは、①原告被告間

²⁾ 被告が対抗要件の抗弁を主張する場合、被告自身が「第三者」に当たる必要があるから、抗弁事実として主張する前主からの承継取得の相手方は被告でなければならない。これに対し、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁は、原告と対抗関係にある「第三者」が対抗要件を具備したことにより「第三者」が所有権を確定的に取得する一方で原告の所有権取得が否定されるという効果を主張するものであるから、「第三者」は被告以外の第三者であっても構わない（平成 27 年司法試験民事系第 1 問設問 2 (1)）。

における賃貸借契約の締結と、②原告が被告に対し①の賃貸借契約に基づいて土地を引き渡したことである。

民法 601 条は、「賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約することによって、その効力を生ずる。」と定めているから、①賃貸借契約が成立するためには、少なくとも、合意において、㉞目的物と㉟賃料額が確定していることが必要である。また、目的物を一定期間賃借人に使用収益させる賃貸借契約においては、返還時期（賃貸期間）の合意は契約の本質的要素として契約の成立要件となるから、㊱返還の時期が確定していることも必要である（貸借型理論）。³⁾

類型別 101～102 頁

（事実記載例）

- ① Xは、Yに対し、令和4年6月1日、甲土地を、賃料1か月10万円、賃貸期間同日から30年間の約定で賃貸した。
- ② Xは、Yに対し、同日、①の賃貸借契約に基づき、甲土地を引き渡した。

事実摘示記載例集 29～30 頁

（イ）転借権

30 講 347 頁

YがXから甲土地を賃借し、Yが甲土地をZに転賃借したところ、XがZに対して甲土地の明渡しを求めたという事案では、Zは、転借権に基づく占有権原の抗弁を主張することができる。

転借権に基づく占有権原の抗弁の抗弁事実は、①賃貸借契約の締結（601条）、②①に基づく引渡し、③転賃借契約の締結、④③に基づく引渡し及び⑤賃貸人の賃借人又は転借人に対する承諾の意思表示である。

①・②が必要とされるのは、転借権を賃貸人に対抗するためには、転借権が賃借権に基づくことを要するからである。

⑤も必要とされるのは、転賃禁止が原則だからである（612条）。すなわち、個人的信頼関係を基礎とする賃貸借契約においては、使用収益の主体が誰であるのかは賃貸人にとって最も重大な関心事であるということにあるから、転賃禁止が原則であり、賃貸人の承諾は例外的に転賃が許容されるための要件として位置づけられるのである。また、承諾の不存在という消極的事実の立証は困難であるため、そのような立証責

³⁾ 貸借型理論は、㊱返還時期の合意を賃貸借契約の成立要件に位置付けるため、賃貸借契約の期間満了による終了を理由として賃借物の返還を請求する場合のみならず、賃借権に基づく占有権原の抗弁を主張する場合や賃貸借契約に基づく賃料支払請求をする場合などにも、賃貸借契約の成立要件という意味で、㊱返還時期の合意が要件事実として必要となる。

これに対し、貸借型理論を否定する見解では、㊱返還時期の合意は賃貸借契約の成立要件ではないから、賃借権に基づく占有権原の抗弁を主張する場合や賃貸借契約に基づく賃料支払請求をする場合などには、㊱返還時期の合意は要件事実として不要である。賃貸借契約の期間満了による終了を理由として賃借物の返還を請求する場合には、㊱返還時期の合意が必要となるが、それは、賃貸借契約の成立要件として要件事実となっているのではなく、契約関係が終了してはじめて賃借物の返還を請求できると考えられている（民法 601 条参照）ことから㊱返還時期の到来が要件事実となることとの関係上、㊱返還時期の到来の前提として要件事実となっているのである（以上につき、類型別 102 頁、完全講義「基礎編」246 頁）。

任を原告に負わせるべきではないとの考えも、理由の一つである。⁴⁾

(事実記載例)

- ① Xは、Yに対し、令和4年6月1日、甲土地を、賃料1か月10万円、賃貸期間同日から30年間の約定で賃貸した。
- ② Xは、Yに対し、同日、①の賃貸借契約に基づき、甲土地を引き渡した。
- ③ Yは、Zに対し、令和4年7月1日、甲土地を、賃料1か月10万円、賃貸期間同日から30年間の約定で賃貸した。
- ④ Yは、Zに対し、同日、③の賃貸借契約に基づき、甲土地を引き渡した。
- ⑤ Xは、Zに対し、同日、③の賃貸借契約を承諾する旨の意思表示をした。

平成 25 年予備試験設問 1 の問題

文

2. 建物明渡請求訴訟

想定事例 2

Xは、令和4年5月1日、当時Aが所有していた甲建物を、代金1000万円でAから買い受けたが、その引渡しを受けないままだった。

Xは、甲建物を占有しているYに対して、甲建物の明渡しを求めようと考えている。

(1) 訴訟物

建物所有権に基づく建物明渡請求訴訟の訴訟物は、所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権である。

(2) 請求の趣旨

被告は、原告に対し、甲建物を明け渡せ。

(3) 要件事実

請求原因、抗弁（再抗弁以降を含む）は、前記1と同様である。

⁴⁾ 転借人が賃貸人に対して転借権を対抗できるかどうかは、612条1項によって規律されている問題であって、612条2項により原賃貸借契約が解除されているかどうかとは別次元の問題である。賃借人の承諾に基づかない転借権は、原則として賃貸人に対抗することができないから、賃貸人・転借人間の原賃貸借契約が解除されているかを問わず、転借人は転借権を賃貸人に対抗することができないのが原則である。

もともと、「無断転貸が賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情」がある場合には、賃貸人が無断転貸を理由として原賃貸借契約を解除することができなくなる結果として、転借人は転借権を賃貸人に対抗することができるようになる（最判 S36.4.28）。

そうすると、転借人は、賃貸人からの所有権に基づく返還請求に対する転借権に基づく占有正権原の抗弁の要件事実について、上記①～⑤のうち⑤に代えて、⑤' 無断転貸が賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情の評価根拠事実を主張することができる、ということになる（要マII 307～309頁）。