

平成25年度予備試験 論文式試験 分析レポート

監修：中村 充 講師

憲法	1
行政法	4
刑法	6
刑事訴訟法	9
法律実務基礎科目（民事）	11
法律実務基礎科目（刑事）	14
民法	18
商法	21
民事訴訟法	24

分析レポート読後は、9/30 から配信される「中村先生の4 A 予備試験論文式試験分析セミナー」GO！4 段階アルゴリズムによる平成 25 年本試験問題徹底攻略無料講義を実施します！

※注意※

本レポート自体は、4 Aに基づいて作成しているものではありません。

TAC W セミナー 司法試験講座

< T A C > 無断複製・無断転載等を禁じます。

憲 法

総 論

- 1 昨年度と異なり、ほぼ人権分野からの出題でした。
- 2 問題文への対処
 - (1) 形式面

“Dの立場からの憲法上の主張”と“これに対して想定される反論”を詳細に書きながら、両者の“対立点を明確に”することも考えられますが、“しつつ”という表現からしても、これらはあくまで付随的な問いにすぎず、“あなた自身の見解を述べなさい”がメインとみるべきでしょう。このことは、平成 23・24 年度の問題文では、一方当事者の立場からの主張に 1 つの設問が割かれていたのに対し、今年度はそうではないことから推察できます。

とすると、“対立点を明確に”しさえすれば、必ずしも主張・反論という形で書く必要すらないとも考えられますが、“赤信号、皆で渡れば怖くない”（受験生の多数派に乗るべき）という観点から、後記各論では、簡易な主張・反論形式で分析していきます。

- (2) 内容面

本問は、問題文の事情の量が比較的少なく、類似した甲案・乙案が並べられていることから、問題文の事情を使うことが求められる事例問題というよりも、甲案・乙案の比較問題という性格の方が強いと思われます（cf. 旧司法試験平成 15 年度第 1 問）。

また、甲案より乙案の方が悩みどころが少なかったと思われるので、乙案から先に書くのも一手だったでしょう。

- 3 本問の一貫したテーマは、“距離”だと考えられます。つまり、乙案が立候補の自由を直接的に制約しているのに対し、甲案は、立候補の自由を直接的には制約しておらず（自由と制約との間の“距離”）、直接的に制約している政党をD（の長男）の立場と同視できない（主体間の“距離”）があるという構造です。

各 論

まず、本問では、法律案の段階であり具体的な処分（適用）がないため、処分（適用）違憲は問題とならず、法令違憲の検討だけで足りるでしょう。

第 1 Dの立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点

- 1 甲案について

- (1) 立候補の自由について

長男を、自身の所属する政党Cの公認候補として出馬させようとしているDの立場からは、憲法 15 条 1 項で保障される立候補の自由を侵害し違憲である旨の主張が考えられます。

ア これに対しては、まず、①明文ない立候補の自由は憲法上の人権として保障されない

旨の反論の余地も全くないとまではいえません。あるいは、②一般に憲法 15 条 1 項より重要度が低い職業選択の自由（憲法 § 22－I）として保障されるにとどまる旨の反論も考えられなくはありません。

他方、D の立場から、反論①を見越して、③仮に立候補の自由が憲法上保障されないとしても、平等原則（憲法 § 14－I，44 条但書）には反するといった主張をしておくことも、全く考えられないわけではありません。

しかし、立候補の自由が憲法 15 条 1 項で保障されることは確立された判例（三井美唄炭鉱労組事件：最大判昭 43. 12. 4）といえますから、ここで対立点を組む実益はあまりないと考えて、時間を節約すべきでしょう。

イ とすると、甲案は、当該政党の公認候補とすることができないとするだけであり、立候補の自由を（間接的付随的にしか）制約していないから合憲である、といった制約についての反論に絞るのが適切だと考えられます。

(2) 政党の候補公認の自由について

さらに、上記(1)イの反論を見越して、D の立場から、甲案により（直接的に）制約されている政党の候補公認の自由（憲法 21 条 1 項の結社ないし表現の自由として保障されると考えられます）を侵害し違憲である旨の主張も立てておくことも考えられます。

これに対しては、D が政党の権利を主張することはできないといった反論が考えられます。確かに、本問はまだ法律案の段階なので、第三者の権利の主張適格までは問われていないと考えることもできますが、法律案も将来生じうる紛争を視野に入れて審議されますから、第三者の権利の主張適格までは問われていないと断定するのは拙速ではないでしょうか。少なくとも、この点に気づき、時間に余裕があるならば、第三者の権利の主張適格を書くことは間違いであるとも断定できない以上、とりあえずコンパクトに触れておくのが実戦的な判断といえるでしょう。

(3) なお、第三者の権利の主張適格という観点からは、前記(1)についても、D が長男の立候補の自由を主張することはできないとの反論も考えられますが、訴訟となれば、長男が原告となるでしょうから、この点は問題としなくてもよいと考えられます。

2 乙案について

- (1) D の立場からは、甲案と同様、憲法 15 条 1 項で保障される立候補の自由を侵害し違憲である旨の主張が考えられます。
- (2) これに対し、乙案は、甲案と異なり、立候補の自由を直接的に制約するので、甲案における反論（前記 1 (1)イ）を流用することはできません。そこで、「公共の福祉」に基づく最小限の制約（憲法 § 13 後段）にとどまっている旨（より具体的に書くならば、乙案の目的・手段の必要性・合理性など）の反論を立てるほかないでしょう。

第 2 あなた自身の見解

1 甲案について

(1) 立候補の自由について

ア まず、立候補の自由が憲法上保障されるかについて対立点を組んだならば、憲法上保障されるとした上で（憲法上保障されないとする、その後の展開が困難）、どの憲法上の条文に位置づけるかについて論じる必要があります。

イ 次に、立候補の自由に対する制約の有無・程度等について対立点を組んだならば、落としどころとして、制約はあるが間接的付随的なものにとどまるとするのが楽です。

これに、立候補の自由の性質等も合わせて審査基準を立て、問題文の事情をできる限りあてはめましょう。

(2) 政党の候補公認の自由について

ア 第三者の権利の主張適格について対立点を組んだならば、第三者所有物没収事件（最大判昭 37. 11. 28）等を参考に、D が政党の人権を主張することができるか検討することになります。

そこでは、問題となる人権の性質や第三者との関係等が問題になりますが、D の C 党における立場（幹部、代表等）は問題文に事情がありませんし、政党の候補公認の自由が党員の立候補の自由に影響を与えろとはいえ、D は立候補の自由の侵害を主張することができるため政党の公認の自由を D に主張させる実益がどの程度あるのかという点を踏まえると、D の主張適格は否定する方向となるでしょう。

イ 仮に主張適格を認めた場合には、候補公認の自由の性質等から審査基準を立て、問題文の事情をできる限りあてはめる必要があります。

2 乙案について

立候補の自由の性質等から審査基準を立て、問題文の事情をできる限りあてはめましょう。

以 上

行政法

総論

採る必要がある法的手段（設問 1）と訴訟要件（設問 2）を検討させるという点では，平成 23 年度と似た形式の出題でした。

ただ，設問 2 では，問題となる“論点”のうち訴訟要件の“論点”に絞って検討するよう指示された点は，やや特徴的といえます。

なお，“C から…相談を受けた D の立場に立って…解答しなさい”と指定されていますが，この段階における弁護士（D）は，依頼者の望みの実現可能性を探っていくといったスタンスなので，通常の問い（裁判所・裁判官の視点から書くという暗黙の前提）に対する解答の書き方で問題ありませんでした。

各論

第 1 設問 1

1 法的手段

C の目的は本件計画に適合するように本件マンションの設計を変更させることにあり，そのためには景観法 17 条 1 項の命令を発動させる必要があります。

この場合，行政事件訴訟法上採り得る法的手段は義務付けの訴えしかありません。

具体的には，非申請型義務付けの訴え（行政事件訴訟法 § 3－VI①）と仮の義務付け（同法 § 37 の 5）になるでしょう。

2 当該法的手段を採ることが必要な理由

(1) 非申請型義務付けの訴えについて

ア まず，上記 1 で述べたような，義務付けの訴えが必要な理由を書くことは必須です。

イ また，同訴えのうち非申請型を採ることが必要な理由として，問題文の事情を同法 3 条 6 項 1 号の文言にあてはめるのは，設問 2 で問われている“訴訟要件の論点”とは異なる等とみて設問 1 で書くのが自然だと思われそうですが，設問 2 でそのような内容を書いても，直ちに不利益な評価に直結することはないとも思われます。

ここでは，同法 3 条 6 項 1 号には，「(次号に掲げる場合を除く。)」とあるので，同条項 2 号の文言にあてはまらないこと（特に，景観法 16 条 1 項による届出が「法令に基づく申請…がされた場合」にあてはまらないこと）も示したいところです。

具体的には，景観法 17 条に申請に関する文言がないことや，同法 16 条の届出と 17 条の命令が申請とその応答という関係に立つかどうか等に配点がありそうです。

(2) 仮の義務付けについて

こちらは，行政事件訴訟法 37 条の 5 の要件を検討すれば足りるでしょう。D が相談を受けた時点と景観法 17 条 2 項が定めた期間制限がポイントです。

第 2 設問 2

1 問題文への対処

訴訟要件の“論点に絞って”という問題文からすると、出題者は、義務付けの訴えの訴訟要件のうちのどれかに絞って論じることを求めていると思われます。

しかし、相当数の再現答案が、（非申請型）義務付けの訴えの訴訟要件を網羅的に検討していました。これは、得点効率が低下する選択であることは否めないと思われますが、異常な心理状態にある本試験現場では論ずべきことを適切に絞る能力を過信してはならないことや、問題文の“論点”という文言の不明確さからして、現実的な合格可能性を高める選択だったとはいえるでしょう。

2 訴訟要件の論点

(1) 訴訟要件の論点の絞り込み

原告適格（行政事件訴訟法 § 37 の 2 - III・IV, 9 - II）の判断に使える問題文の事情が最も多いことから、これに絞って論じることが理想的だったでしょう。同法 37 条の 2 固有の訴訟要件（「重大な損害を生ずるおそれ」、「他に適当な方法がない」）については、使える問題文の事情が少ないため、書くとしても短くまとめたところです。

なお、義務付けを求める変更命令（景観法 17 条 1 項）は、「前項の処分」（同条 2 項）とされている以上、処分性（行政事件訴訟法 § 3 - II）は当然に認められますが、やや気づきにくかったかもしれません。

(2) 原告適格について

ア 「法律上の利益を有する者」（行政事件訴訟法 37 の 2 - III）を解釈して規範（最判平成 2. 17 等）を定立した上で、行政事件訴訟法 9 条 2 項に沿って検討する（同法 § 37 の 2 - IV）のがよいでしょう。

イ 本問で問題となる「利益」とは、C が破壊されると考えている「良好な景観」だと考えられます。

景観法の文言・趣旨・目的や考慮されるべき利益の内容・性質に関わる情報としては、① 1・2 条の文言、② 6 条の住民の責務の意味、③ 8・17 条について住民の個別具体的な利益保護の見地から施策が採られるものなのか等があります。

ここで、「良好な景観」という「利益」の性質については、景観自体の特性の他、景観と住民の関係を考慮することができます。つまり、そもそも景観は広域的な見栄えの問題ですので、例えば、遠くから見て外壁による圧迫感があることが一個人の私的領域にいかなる影響を与えるのか、また本件マンションの隣に居住している C との関係では、居住地が本件マンションに近いほど、上記圧迫感による弊害があるのか等を考慮することができるとでしょう。

ウ なお、景観上の利益について、国立マンション事件判決（最判平 18. 3. 30）は、法律上保護される利益に当たるとしています。しかし、これは不法行為に関する事案であって、行政事件訴訟上の原告適格を認めたものではないとの評価があります（なお、この点を明示するものとして東京地判平 24. 2. 17：判例タイムズ No. 1387 P 126～）。

以 上

刑 法

総 論

- 1 本年度は、問題文の事情の量や事例 1 の形式からして、昨年度と同様、共謀の射程をメインとする出題だったといえます。
- 2 本問では、まず、問題文冒頭の指定を素直に読んで、「V に現金 50 万円を振り込ませた行為」と「D 銀行 E 支店 ATM コーナーにおいて、現金自動預払機から現金 50 万円を引き出そうとした行為」に分けて検討すべきでしょう。確かに、両行為を一連の行為とみる余地もないわけではありませんが、少なくとも、かなりの少数派だと思います。
 - (1) V に現金 50 万円を振り込ませた行為については、より直接的な行為者が甲、犯行の前提となる共謀を行ったのが乙、同行為の時点で登場していないのが丙ですから、甲→乙→丙の順が書きやすいでしょう。
 - (2) D 銀行 E 支店 ATM コーナーにおいて、現金自動預払機から現金 50 万円を引き出そうとした行為については、より直接的な行為者が丙、共謀に加わったのが甲、そして乙は甲丙の共謀に直接的には加わっていないことから、丙→甲→乙の順が書きやすいでしょう。

各 論

第 1 V に現金 50 万円を振り込ませた行為について

1 甲の罪責

甲が V に対し嘘を言って第 1 行為をしたことから、詐欺罪（刑法 § 246）の構成要件を検討すべきことは明らかです。

ただ、他人 A 名義の口座に振り込まれた時点で、1・2 項詐欺罪のいずれが成立するのか、が問題となります。この点、他人 A 名義の口座に振り込まれた時点で取得したのは金銭ではなく金銭債権だとすれば、2 項詐欺既遂罪が成立します。これに対し、他人 A 名義の口座に振り込まれた時点で甲は自由に金銭を引き出して処分することができるとすれば、1 項詐欺既遂罪が成立します。

なお、同じ 1 項詐欺罪でも、現に預金を引き出さない限り財物を取得したことにならないとして、他人 A 名義の口座に振り込まれた時点では 1 項詐欺未遂罪が成立するにすぎないとする考え方もあります。

2 乙の罪責

第 1 行為で甲は乙が事前に準備したものを使っていること等から、甲の詐欺罪について、乙にまずは共同正犯（刑法 § 60）が成立しないかを検討すべきです。

(1) 共同正犯が成立しないとの処理

この点、甲が乙に無断で V に対する詐欺行為をしていることを重視すれば、甲乙間の共謀の射程は V には及ばず、乙に詐欺罪の共同正犯は成立しないことになるでしょう。

この場合、乙が甲を「教唆」した（刑法 § 61）といえる事情もありませんから、幫助犯（刑法 § 62）の成立にとどまるでしょう。

(2) 共同正犯が成立するとの処理

他方、甲のVに対する詐欺行為に際して乙の準備した部屋で乙が準備した携帯電話を用いるのは甲乙間の共謀③に基づくことから、共謀の射程が及んでいると考えることもできるでしょう。確かに乙は、Vの存在を認識していませんが、共謀③は、詐欺行為の相手方が誰かにつき特に問題とせず包括的な内容ともいえます。

また、そこまでの構成は無理だとしても、共謀に基づく行為が認識していない客体に及んだ共犯の錯誤（方法の錯誤）の問題として、Vに対する共同正犯の成立を認める余地もあると考えられます。

3 丙の罪責

丙は、第1行為終了後に登場しているため、犯行の途中から関与した場合の承継的共犯という構成すら困難です。ただし、前記1で紹介した、他人A名義の口座に振り込まれた時点では甲に1項詐欺未遂罪が成立するにすぎないとする考え方を採ると、犯行の途中から関与した承継的共犯と構成することが可能となります。

第2 D銀行E支店ATMコーナーにおいて、現金自動預払機から現金50万円を引き出そうとした行為について

1 丙の罪責

丙は、正当な払戻権限がないにもかかわらず、現金50万円を引き出そうとしていますが、機械であるATMは錯誤に陥りませんから、1項詐欺未遂罪は成立しません。

そうすると、窃盗未遂罪（刑法§235, 243）の構成要件を検討すべきでしょう。

その中で、①「他人の」占有する「財物」の検討において、現金50万円の占有が誰に帰属しているのか、②既に取り停止措置がとられていたことから、第2行為が「窃取」という実行行為に当たらないのではないか（不能犯か）が問題となります。

(1) ①現金50万円の占有が誰に帰属しているのか

Vに50万円を振り込ませた行為について1項詐欺既遂罪が成立とした場合、50万円という「財物を交付させた」以上、その占有は甲に帰属しておりD銀行に対する窃盗罪を認める余地はないとも思われます。

しかし、甲V間では甲に占有があるとしても、丙D間で預金の占有がどちらにあるのかは別論として、50万円の占有をD銀行に認めることはできます。

(2) ②不能犯か

丙は、A名義の預金口座の取引停止措置が採られてから10分後（事例4・5）に50万円を引き出そうとしていますが、その時点ではもはや50万円を引き出すことはできません。

そこで、第2行為が実行行為といえるのか（不能犯と未遂犯の区別）が問題となります。振込みの3時間後に上記措置が講じられたことを判断資料に含めれば、実行行為性を否定する方向になりやすいですが、上記措置が採られてから10分後に第2行為がなされた点を強調すれば、実行行為性を肯定することもできるでしょう。

なお、問題文では取引停止措置に関する約款の存在を甲らが知っていたとありますが、取引停止措置が講じられた現金自動預払機から金を引き出すことは不可能であることから、この事情も危険性の判断資料として使うことができます。甲らが約款の存在を知っていたことから、振込みの3時間後に取引停止措置が講じられることを認識し得たとは

いえるからです。

2 甲の罪責

丙に窃盗未遂罪が成立するとした場合には、甲に同罪の（共謀）共同正犯が成立することはほぼ明らかでしょう。

丙に窃盗未遂罪が成立しないとした場合には、甲にも第 2 行為について犯罪が成立しないことになるでしょう。

3 乙の罪責

第 1 と同様に、共謀の射程が及んでいるかが問題となります。

この点、甲乙の共謀④によれば引出役は乙が用意することになっていますが、本問では甲が用意しています。そうすると、第 1 行為と異なり、共謀に基づく行為がない以上、ここでは甲乙の共謀の射程が及んでいないことになります。

他方、甲乙間の共謀は、引出役を用意して金を引き出させることに意味があり、乙が引出役を用意したかどうかは問題にならないとすれば、本問でも共謀に基づく行為があり共謀の射程が及んでいることになります。

以 上

刑事訴訟法

総論

前年度までは捜査分野からの出題でしたが、本年度は公訴・公判分野からの出題となりました。本問は、基本的には判例（最決平 13.4.11）をベースとしているとはいえませんが、異なる部分もあるので、必ずしも同判例どおりに処理する必要もないでしょう。

各論

第 1 設問 1

1 問題点

ここでは、実行行為者の特定について裁判所が検察官に対して求釈明（刑事訴訟規則 § 208－I）しなければならないかにつき、実行行為者の特定が訴因の特定に必要なかが問題になります。

2 最決平 13.4.11（平成 13 年判例）

平成 13 年判例は、釈明ではなく訴因変更が問題となる事案においてではありますが、「殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない」と述べています。これは、共謀共同正犯を認める現状の下では、実行行為者がだれであっても、共謀をした共犯者の範囲に変わりがなければ罪を問うことが可能であることによります。

他方で、平成 13 年判例は、「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましい」ともしています。これは、実行行為者の明示について、被告人の防御の観点から一定の配慮をしたものです。

以上から、平成 13 年判例は、訴因の 2 つの意義・機能（審判対象画定、防御対象明示）から検討していることが分かります。

3 本問の場合の処理

平成 13 年判例の「実行行為者の特定は、訴因の特定には不要だが、重要な争点になる」という考え方を本問でも使うと、求釈明は義務ではないが、した方がよいということになるでしょう。

しかし、訴因変更が問題となった平成 13 年判例が、釈明を問題としている本問にそのまま妥当するとは限りません。結局、上記 2 で述べた訴因の 2 つの意義・機能から、できる限り具体的に検討できていれば足りると思われます。

もちろん、平成 13 年判例を使いこなせれば加点が期待できますし、同判例と本問との事案の違いを踏まえた論述ができればさらに加点とはなるでしょう。

第 2 設問 2

1 問題点

「甲又は乙あるいはその両名」という判決について、①判決の内容上問題となるのは、このような択一的認定の可否であり、また②判決に至る手続上問題となるのは、訴因変更（刑事訴訟法 § 312-I）の要否です。

2 択一的認定について

これは、刑事訴訟法 333 条 1 項の「犯罪の証明があった」といえるか、ないし同法 335 条 1 項の「罪となるべき事実」の特定として足りるかという問題です。ここでは同規定の趣旨を利益原則等から説明しつつ、平成 13 年判例の「実行行為者の特定は訴因の特定に必要不可欠ではない」という内容を踏まえて論じたいところです。

3 訴因変更の要否について

ここがまさに平成 13 年判例で問題となった場面ですが、同判例の知識が求められているわけではありません。

というのも、平成 13 年判例は「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。」としていますが、本問では、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をしていない以上、同判例の考え方が妥当しないともみられるからです。

そこで、①釈明により実行行為者を特定した場合も訴因において実行行為者の明示をしたのと同視する、②訴因変更の問題から一段下げて求釈明による争点顕在化措置の問題とする等が考えられます。

しかし、そもそも、本試験現場で平成 13 年判例と本問のずれを見出せた受験生はかなり少ないと思われるので、結局、前記した訴因の 2 つの意義・機能からできる限り具体的に論じられていれば足りると思われます。

もちろん、平成 13 年判例が使いこなせれば加点が期待できますし、同判例と本問との違いを踏まえた論述ができればさらに加点となるでしょう。

以 上

法律実務基礎科目（民事）

総論

基本的な傾向は昨年までと同様で、要件事実論や訴訟活動、法曹倫理等が出題されています。いずれも、事前に準備した知識では完全には対応できない問題でした。

また、本問では設問が5つもあること（さらに小問で分けると、答えるべき問題は7つもあります）から、時間管理も重要でした。

各論

第1 設問1

1 小問(1)について

まず、賃貸借契約“に基づく引渡し”が必要になる理由を説明することは必須でしょう。

また、“転借人”Yの占有権原を示すのに、“賃借人”Bが原賃貸借契約に基づき目的物の引渡しを受けたことが必要になる理由も、転貸借契約の構造を踏まえて説明したいところです。

さらに、「相手方に対抗し得る権原の主張でなければ十分ではない」（要件事実マニュアル2（第3版）P302～303）と考えると、賃貸借契約に基づく引渡しは、建物賃借権（借家権）の対抗要件（借地借家法§31-I）としても必要になります。

2 小問(2)について

Yの相談内容と比較対照すると、転貸に関するAの承諾が挙がっていないことが分かります。そこで、この承諾が占有権原の抗弁事実として必要かどうかが問題となります。民法612条の趣旨・構造を意識した論述が必要になるでしょう。

第2 設問2

1 問題文への対処

まず、Xの言い分によれば、Aが自ら同書に署名押印したことを認めているため、いわゆる二段の推定（cf. 民事訴訟法228条4項）に言及すれば加点されるともみられます。しかし、そのAの話は裁判外のものにすぎず、第1回口頭弁論期日の時点では、弁護士Pが同書の成立の真正を単に否認している（特に条件が付されていない以上、署名押印の点も含め全て否認していることになるでしょう。）ため、あえて同条項に言及する必要はないとみることもできます。

いずれにせよ、本設問の配点割合は5／50しかありませんから、大差はないでしょう。

2 本件契約書の成立の真正を否定する証拠

Xの言い分によれば、Aが自ら同書に署名押印したことを認めているため、本件契約書の成立の真正を否定するには、同書の内容が後から改ざんされたことを示す必要があります。

そして、同書において後から改ざんされた可能性があるのは、手書きされている斜体部分

ですから、ここが争いの中心になります。

具体的には、①同書自体に“AB 各 1 通を保有する”とあることから、A が保有する同内容の契約書には斜体部分の記載がないことを示して、斜体部分が契約後に記載されたものであることを示す方法や、②斜体部分を A が記載していないことを示すべく、署名の部分との筆跡対照（民事訴訟法 § 229-I）や、Y が記載したかについては筆記命令（同一Ⅲ。違反の効果については同一Ⅳ）等が考えられます。

第 3 設問 3

1 小問(1)

B の死亡により、Y は、A からの賃借人としての地位と、Y への転貸人としての地位を包括承継します（民法 § 896 本文）。しかし、後者については、Y がその転借人ですから、その転貸借契約上の債権債務は混同により消滅します（民法 § 520）。そうすると、Y は B の賃借人的地位を主張することしかできないため、占有権原の抗弁は転借権ではなく賃借権を根拠とすることになります。

なお、小問(2)にある再“抗弁の内容を端的に記載しなさい”と比べて、“占有権原の抗弁の内容はどのようなものになるか説明しなさい”という問題文となっている以上、単に占有権原の抗弁の内容を端的に記載するにとどまらず、上記のような説明がある程度できれば、加点の余地があるとみられます。

2 小問(2)

上記 1 で占有権原の抗弁の根拠とした賃借権の発生原因たる本件賃貸借契約の解除が、再抗弁の内容となるでしょう。

この解除は、無断転貸借を理由とするものですが、上記 1 のように転貸借契約上の債権債務が混同消滅しているため、一見すると上記のような解除はできないようにも思われます。そこで、上記解除の再抗弁が成り立つ理由として、混同消滅の効果が遡及しないことを指摘した方がよいかもしれません。

第 4 設問 4

1 前提

ここでは、「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が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おいては、同条の解除権は発生しない」とする最判昭 28. 9. 25 等を前提に、背信性の有無を検討することが求められています。

その際、「背信的行為と認めるに足らない特段の事情」が主要事実なのか、そうでなければ何を主張しなければならないのかを指摘すると、加点が期待できます。

2 理由として挙げられる事情

(1) 背信性を肯定する方向

ア Y には 150 万円の借金がある→賃料支払への不安 cf. 下記(2)イ

イ B は乙市内の別のマンションに移り住んでいる

→① A が B に賃貸した理由は転居先が決まっていなかった

② B と Y は別居していることになる→実質的にも転貸 cf. 下記(2)ア

ウ 賃料は、友人としての計らいで、相場より安い月 5 万円である

→友人以外の者にその賃料で貸す意図なし

エ 動機はYが少しでも借金を返済しやすくするため

→賃貸借が第三者の利益を図るためのものになっている cf. 下記(2)イ

(2) 背信性を否定する方向

ア YはBの長男である→全くの第三者ではなく、実質転貸とはいえない

イ 賃料はBがAに支払っている→賃貸借契約に支障なし cf. ただしBはその後死亡

ウ 転貸の動機はYが少しでも借金を返済しやすくするため→特にAに対する害意はない

エ 転賃賃料は、賃料と同じ月 5 万円→営利目的はない

3 注意点～解除後の事情

注意しなければならないのは、【事実】に解除後の事情（Bが本件契約書に本件特約を書き加えた）も挙がっていることです。賃貸借契約における背信性はあくまで契約継続中の事情で判断すべきとすれば、解除後の事情を問題としてはならないことになります。

そこで、この事実を拾うにせよ拾わないにせよ、なぜこの事実が背信性の判断に必要又は不要なのかにつき、その理由を一言書いた方がよいと思われます。

第5 設問5

弁護士職務基本規程において、受任に際して説明義務を課したものとして、29条1項、32条、33条があります。

このうち、法律扶助に関する33条は、問題文で採り上げられていないので不要です。

他方、32条は必須でしょう。すなわち、Pは、Xの弁護のみならず、Aの相談にもものっていることから、AX間で利害が対立し得る理由を示して、32条に基づく説明が必要であることを書くことになります。

問題は29条1項ですが、これは受任の際に一般に必要とされていること、及び本設問でわざわざ「弁護士報酬及び費用を除く」とあるので、同条項における弁護士報酬及び費用以外の事項は書いた方がよいと思います。

以 上

法律実務基礎科目（刑事）

総 論

犯人性が問われた点は、平成23・24年度と同じでした。

ただし、判決ではなく勾留の場面という設定が異なりますが、要するに、問題文の事情をできる限り使ってほしいがための設定だったと思われます（後記各論第2の1）。

各 論

第1 勾留の要件

「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」（刑事訴訟法 § 60－I 柱書）、住居不定、罪証隠滅のおそれ、又は逃亡のおそれ（同－I 各号）の他、勾留の必要性（同法 § 87－I 参照）が要件とされています。

第2 「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」

1 証拠構造等

まず、【事例】7(2)における甲の弁解内容からして、甲の犯人性が争点となることが分かります。そして、甲の犯人性に関する直接証拠はないので、甲の犯人性を間接事実から推認できるかを検討することになります。

やや悩ましいのは、勾留という場面設定です。すなわち、裁判の段階であれば犯人性は“合理的疑いを容れない程度”まで証明される必要がありますが、一般に「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」については相当な嫌疑があればよいと解されています。

そのため、推認力がかなり弱い間接事実を挙げることも求められていると考えられます。

2 間接事実

(1) 近接所持

ア メモリーカード

(ア) まず、甲使用の自動車から発見されたメモリーカードが、V所有の「X」に入っていたものであることは、被害者Vの供述及びその裏付け（記録されている写真画像データの撮影時期がVが「X」を購入した日から犯行日までであること、同データの撮影機種が「X」であること、同データのうち3枚がVによってネット上で公開された画像と同一であること）から認められます。

そして、そのメモリーカードが甲使用の自動車から発見された点について、同車は甲が犯行日以前から専属的に使用している（【事例】8のZ社代表者の供述。Xの弁解との食い違いがないので、その信用性を論述するとしても軽くで足ります。）ため、第三者が、しかもちり紙にくるまれたメモリーカードを、同車に持ち込んだ可能性はほぼないといえます。

こうして、甲が、平成25年3月5日午前8時頃、V所有の「X」に入っていたメ

メモリーカードを所持していたことが認められます。

(イ) この事実、甲が、犯行日時（【被疑事実】平成25年2月26日午後11時55分）から約6日後（ギリギリ“近接”といえるでしょうか）に、被害品たる「X」の一部を所持していたことを示すものです。

また、甲は、そのメモリーカードについて“知らない”とするのみで、入手経路等について合理的な弁解ができていません（【事例】9(3)）し、甲がV所有の「X」の一部たるメモリーカードだけを入手することは通常考えにくいので、甲の犯人性が相当程度推認できると考えられます。

イ 「X」

さらに、甲がV所有の「X」を、リサイクルショップRに持ち込んだ平成25年2月27日午前10時頃に所持していた事実まで認定できれば、甲の犯人性を強く推認できますが、同事実まで認定できるかどうかは、見方が分かれそうです。

(ア) まず、VがXの製造番号を知らなかったこと、リサイクルショップRに持ち込まれた「X」に付着した甲の指紋がいつ付着したものか分からないことから、Rに持ち込まれた「X」がV所有の「X」と同一かどうかは明らかではありません。

(イ) ただ、甲が上記日時にメモリーカードが入っていない「X」をRに持ち込んだことは、Rの店員Wの信用できる供述から認められるでしょう。

① そうすると、甲が、上記日時にメモリーカードが入っていないV所有とは別の「X」を所持し、かつ同年3月5日午前8時頃にV所有の「X」に入っていたメモリーカードを所持していた（上記ア(ア)）可能性はほぼないといった理由で、甲がRに持ち込んだ「X」が、V所有の「X」と同一であるとも考えることもできます。

② これに対し、「X」はヒット商品で飛ぶように売っていたこと（【事例】1）や、日時の開き等から、甲が、同年2月27日午前10時頃にメモリーカードが入っていないV所有とは別の「X」を所持し、かつ同年3月5日午前8時頃にV所有の「X」に入っていたメモリーカードを所持していた（上記ア(ア)）可能性も無視できないとも考えることもできるでしょう。

(2) 犯行機会

ア 犯人をAか甲に絞ることができるなら、後にV方を出た方のみに犯行の機会があったこととなります（cf. 【被疑事実】、【事例】2）。

ここで、Aの供述ではAは“Vの部屋の前で甲と別れて一人で帰った”とされています（【事例】5(2)）が、甲の供述では“Aと一緒に帰った”とされており（【事例】7(2)）、食い違いがあります。

しかし、Qマンション唯一の出入口に設置された防犯カメラに、Aが一人でマンションを出て行ってから約5分遅れて甲が一人でマンションから出て行く様子が撮影されている（【事例】3）ため、客観的証拠により裏付けられていること等から、Aの供述は信用でき、甲の供述は信用できないといえます。

よって、Aと甲のうち、後にV宅から出たのは甲と認められます。

イ もっとも、V方はマンションであり、V方のドアが施錠されていなかったこと（【事例】2）から、Aと甲以外の者にも犯行の機会があったこととなります。

ただ、4 階にある V 方の唯一の窓にこじ開けられたような形跡がないことや、マンションの出入りには防犯カメラが設置されているエントランスを通らなければならないのに、同カメラに甲が出て行ってから等 V が目覚める頃までマンションに人が出入りする状況が撮影されていなかったこと（【事例】3）等から、当時 Q マンション内にいた者と A と甲以外の者には犯行の機会がなかったことまでは認められるでしょう。

ウ 以上から、甲、A 及び当時 Q マンションにいた者に犯行の機会があった、との間接事実を認定できるととどまり、その推認力は弱いでしょう。

(3) 動機

甲の生活が苦しいことを示す事実（【事例】7 (1)）や、X という商品の魅力を示す事実（【事例】1：売れば高値、入手困難）等を、甲の犯行動機として挙げることができますが、そのような動機を持っている人は多数いますから、推認力はあったとしても弱いでしょう。

(4) 総合評価

犯行機会のあった甲、A、当時 Q マンションにいた者（推認力は弱い）のうち、動機のある甲（推認力はあったとしても弱い）が、被害物件の一部を犯行と近接した時点（約 10 時間後ないし約 6 日後）で所持していたこと（推認力は相当程度～強い）からすると、甲が【被疑事実】の「罪を犯したことを疑うに足る相当な理由」まではあったといえるのではないのでしょうか。

第 3 刑事訴訟法 60 条 1 項各号の該当性

1 住居不定（1 号）

住居は定まっているので、該当しません。

2 罪証隠滅のおそれ（2 号）

罪証隠滅のおそれは、客観的にそれが実行可能であり、かつ被告人（被疑者）にその意図が認められる（主観的可能）という具体的可能性があることが必要とされます。

本問で証拠となり得るのは、証人となり得る A や、製造番号が記載された保証書ですが、いずれの場合も、取調べに協力的でない甲はこれらの証拠を隠滅させるおそれがあります。よって、この要件充足を認めてよいでしょう。

3 逃亡のおそれ（3 号）

逃亡の動機として、本問では甲は執行猶予中であることが挙げられます。なぜなら、甲には同種前科があり、かつその前科に関する執行猶予中に犯罪を犯した場合は実刑判決を免れなくなるからです。

次に逃亡可能性として、本問では甲が一人暮らしであることが挙げられます。なぜなら、甲に同居の家族がいれば、家族に対する責任感等から逃亡に躊躇するのが普通ですが、1 人暮らしならそのようなしがらみがなく、逃亡に躊躇しなくなるからです。

よって、この要件充足も認めてよいでしょう。

第 4 勾留の必要性

勾留の必要性は、被告人（被疑者）を勾留することで得られる利益（捜査側の事情）と、これにより被る被告人（被疑者）の不利益とを比較考量して、勾留することが相当かで判断されます。

捜査機関側の事情として、被害額30万円という重大な事件であること、前科があることから身柄を自由にするのは危険であることが挙げられます。

他方、被疑者側の事情としてまだ26歳と若いこと、1人暮らしの母の存在も介護の必要性に乏しいことから、特に身柄拘束を否定する必要性はありません。

以 上

民法

総論

まず、本問の軸となっている将来債権譲渡担保は、必ずしも“基礎”的な知識とはいえず、明文もないので、難しかったといえます。

また、本問は、設問 1 (1) 後段を基点とした論理的整合性まで問われていますが、本試験現場で、制限時間内に、この点に明示的に答えることはさらに難しかったでしょう。

とすると、採点基準の変更等がない限り、民法ではあまり点差がつかない可能性が大きいと思われます。

各論

第 1 設問 1 (1)

1 前段

本問の債権譲渡担保の有効性について、問題となるのは、次のとおりです。

(1) このような担保形態を認める明文の規定がない（現在、将来債権に共通する問題）

譲渡担保一般と同様の解釈を展開すれば足りるでしょう。また、内容次第では公序良俗違反（民法 § 90）になり得ることの言及もできるところです。

(2) 「債権」とは、“特定の人”に一定の行為を求める権利をいうが、ここでは債務者が“特定”されていない（現在、将来債権に共通する問題）

担保の対象となる債権の範囲の特定がなぜ必要なのかを踏まえつつ、本問でそのような特定がされているのかを検討するとよいでしょう。

(3) 債権が実際に発生していない（将来債権のみについての問題）

将来債権が最終的に発生しなかったことによる譲渡担保権者のリスクという観点から検討できるとよいでしょう。

(4) なお、集合動産譲渡担保のように、複数の債権を 1 個の譲渡担保権の対象とすることができるという点の言及は不要だと考えられます。集合動産の場合はそれを 1 個の公示にすることが一物一権主義に抵触しないかが問題となりますが、集合債権の場合は、各債権について個別的に対抗要件としての通知が可能である（問題文 6 参照。債務者が異なる以上、包括的な通知は難しいと思われます）以上、あえて言及する必要性に乏しいからです。

2 後段

判例（最判平 19. 2. 15）は、「将来発生すべき債権を目的とする譲渡担保契約が締結された場合には、債権譲渡の効果の発生を留保する特段の付款のない限り、譲渡担保の目的とされた債権は譲渡担保契約によって譲渡担保設定者から譲渡担保権者に確定的に譲渡されているのであり…この場合において、譲渡担保の目的とされた債権が将来発生したときには、譲渡担保権者は、譲渡担保設定者の特段の行為を要することなく当然に、当該債権を担保の目的で取得することができるものである」としています。

これについては、譲渡担保契約締結時に移転するとしたと評価するもの（私法判例リマックス 2008 上 P20～）、そもそも債権の取得時期について本判旨は言及していない（＝将来債権であっても譲渡・取得が可能であることを言っているに過ぎない）と評価するものがあり（判例タイムズ No.1237 P141～）、判然としません。

考え方としては、

- ①譲渡という形式を重視し、**債権譲渡担保契約時に取得したとする考え方**
 - ②担保という実質を重視し、**債務者が債権取立権限を失った時に取得したとする考え方**
 - ③基本的には①の考え方ですが、将来債権の場合はそれが顕在化しない限り取得はあり得ないとして、**債権発生時に取得したとする考え方**
- の 3 つがあり得ます（以上、判例タイムズ No.1237 P141～参照）。

いずれの考え方に立っても構いませんが、他の問題にも波及するので、できる限り明確に示しておくべきでしょう。なお、多くの受験生は、この解釈問題についての知識が少なくとも充分にはないでしょうから、相対的には、理由を示すことまでは必要ないと思われます。

第 2 設問 1(2)

1 支払いを拒絶する論拠 1～甲債権は既に B が取得したので、F はこれを取得していない

- (1) これを“C の立場”に立った論拠として示すことはできる以上、これを示すべきです
- (2) しかし、結論的には、この論拠は認められないでしょう。

ア まず、B の甲債権取得時期（前記第 1 の 2）について、①債権譲渡担保契約時（1 月 11 日）②A の取立権限喪失時（4 月末日）③甲債権発生時（3 月 1 日）といういずれの考え方でも、F が請求している時点（5 月 14 日）で B は甲債権を取得してはいません。

イ そうすると、甲債権を取得した B と甲債権を差し押さえた F との対抗問題になりますが、F の得た差押命令が C に送達された（5 月 2 日）後に、A の B への確定日付ある証書による甲債権譲渡の通知（民法 467 条 2 項、民法施行法 5 条 6 号）が D に到達しています（5 月 7 日）。

この A から B への債権譲渡通知は、「債務者」に対してしなければなりません（民法 467 条 1・2 項）が、免責的に甲債権の「債務者」が D になったとしても（cf. 後記 2）、B は F に甲債権の譲受けを対抗することができず、F が B に優先することになります。

2 支払いを拒絶する論拠 2～甲債務は、D に免責的に引き受けられた

- (1) これも、“C の立場”に立った論拠として示すことはできる以上、これを示すべきです
- (2) そして、結論的にも、この論拠は認めることができます。

ア まず、B の甲債権取得時期を A の取立権限喪失時（4 月末日）と考える（前記第 1 の 2 ②）と、AD 間で免責的債務引受の合意がなされた 3 月 25 日の時点で甲債権の債権者は A だったので、同合意は債権者・引受人間の契約となります。

これは、第三者弁済（民法 474 条）と同視でき、D に上記債務引受についての法律上の「利害関係」（同条 2 項）があるか不明ですが、甲債権の「債務者」C の意思に反した弁済ではないでしょうから、D に甲債務が引き受けられたことになると考えられます。

そうすると、F の得た C を第三債務者とする甲債権差押命令は“空振り”となります。

イ これに対し、B の甲債権取得時期を債権譲渡担保契約時（1 月 11 日：前記第 1 の 2 ①）や債権発生時（3 月 1 日：同 ③）と考えると、AD 間で免責的債務引受の合意がなされ

た 3 月 25 日の時点で、既に B が甲債権を取得してはいます。

しかし、同時点では、まだ甲債権譲渡の通知（民法 467 条 1 項）が D に到達（5 月 7 日）しておらず、B が C に甲債権を譲り受けたことを対抗できない以上、C は F に対し、A D 間で免責的債務引受の合意がなされた 3 月 25 日の時点で債権者は A だったと主張することができると考えられます。

あるいは、同時点では A に残っている甲債権の取立権限に、上記合意をする権限も含まれていると考えることもできるでしょう。

このように考えると、上記 A と同様の処理をすることができます。

第 3 設問 2

1 問題点

民法 466 条 2 項但書は、譲渡禁止特約をした（3 月 5 日）後に当該債権を譲り受けた「第三者」を保護するための規定です。

そこで、同規定の適用についても、設問 1 (1) 後段で検討した債権の取得時期（前記第 1 の 2）が影響します。

2 B E 間の法律関係

(1) まず、② B の乙債権取得時期を A の取立権限喪失時（4 月末日）と考えると、B は譲渡禁止特約後の「第三者」です。

しかし、B が乙債権を取得した時点で既に A が B に譲渡禁止特約の通知をすませています（3 月 5 日）から、E は、譲渡禁止特約をもって、「善意」ではない第三者 B に対抗することができます。

(2) また、③ B の乙債権取得時期を乙債権発生時（3 月 5 日）と考えると、E は乙債権発生に際して譲渡禁止特約をしていることから、B はやはり譲渡禁止特約付き債権を譲り受けたことになるでしょう。

あとは、上記 (1) と同様の処理になると考えられます。

(3) これに対し、① B の乙債権取得時期を譲渡担保設定契約時（1 月 11 日）とすると、B は乙債権を譲渡禁止特約前に譲り受けたことになるため、民法 466 条 2 項但書の適用はないことになります。

そこで、譲渡禁止特約をした E とそのような債権を譲り受けた B のいずれを保護するのが問題となります。まず、E の要保護性については、問題文に“譲渡禁止特約の意義を踏まえ”という誘導があるため、これを書けば充分でしょう。これに対し、B の要保護性としては取引の安全等を挙げることが考えられますが、本問の場合、将来債権はもともと発生しない可能性があり、そのリスクを B が負っていた等と考えれば B の要保護性は小さくなるでしょう。

なお、将来債権の譲渡後に譲渡禁止特約がなされたという事案について、裁判例では上記特約をした債務者が債権譲受人に優先するとするものがあります（東京地判平 24. 10. 4）。そこでは、譲渡禁止特約前の譲受人に民法 466 条 2 項但書の「善意」は観念できないとして、譲渡禁止特約の効力は債権譲受人にも及ぶとしています。

以 上

商 法

総 論

昨年度は商法総則・商行為法、手形法を含む出題でしたが、今年度は会社法のみ出題でした。

会計帳簿閲覧請求権（会社法 § 433）といったマイナーな条文が問題になったり、特定の目的を達するのに必要な手段を複数挙げさせる等、旧司法試験末期の商法と似た傾向の出題となっています。

各 論

第 1 設問 1

1 本件総会決議の取消事由について

本問で考えられる取消事由は、①Aの質問に対してBが拒んだことから、説明義務（会社法 § 314）という決議方法の法令違反（会社法 § 831-I ①）、②取締役解任決議の対象となるAが「特別の利害関係を有する者」として、その議決権を行使したことによって著しく不当な決議がなされた（会社法 § 831-I ③）というものでしょう。

このうち②については、認められないでしょう。なぜなら、本問のような株主について、判例（最判昭 42.3.14）は、特別利害関係人に当たらないとしていますし、解任に反対するAが議決権を行使したとはいえ、結果として解任が可決されているため、「著しく不当な決議がされた」とはいえないからです。

そこで、①を軸として検討していくことになります。

2 説明義務違反について

(1) 代表取締役Bは「必要な説明」をしたか

Aが取締役解任理由を質問したのに対し、Bの「それはあなたもわかっているはずであり、答える必要はない」という回答が「必要な説明」かどうかを、会社法 314 条の趣旨から検討したいところです。

その際、Y社の株主には、Bの立場を支持するXグループの者と、A、及びAの立場を支持するZ社しかいないことを指摘・評価できていれば、加点が期待されます。

(2) 「正当な理由」があるか

Aの質問内容である取締役解任理由は、本件解任決議に関する判断資料となるものから「株主総会の目的である事項に関しないもの」（会社法 § 314 但書）ではないことは明らかです。

そこで、「株主の共同の利益を著しく害する場合」その他「正当な理由」（cf. 会社法施行規則 71 条）があるかどうかを検討することになります。

3 最後に、決議方法の法令違反があるとなると、裁量棄却（会社法 § 831-II）も検討することができます。決議の効力を「争うことができるか」という問題文からすると、ここまでの検討が求められているかどうか不明ですが、軽く触れておくのが無難でしょう。

また、問題文には“Aは…決議の効力を争うことができるか”とあるので、原告適格にも触れておくといいかもかもしれません。つまり、Aは、本件総会決議により解任された取締役なので「当該決議の取消しにより取締役…となる者」（会社法 § 831-I 柱書）であり、かつ「株主」（同条項）に当たるため、条文上は原告適格が認められます。もっとも、後者については、本件総会決議の内容がAの取締役解任であるため、会社法 831 条 1 項 3 号の趣旨との関係で原告適格を認めてよいかは問題となり得ますが、判例（前掲最判昭 42.3.14）は、このような株主の「特別利害関係」を否定する以上、原告適格を認めてよいと考えられます。

第 2 設問 2

1 総論

会計帳簿閲覧請求権の条文（会社法 § 433）を発見できれば、あとはその文言に、問題文の事情をできる限りあてはめていくだけです。条文の文言にそのままあてはまるか微妙ならば、趣旨から解釈した上で検討できると加点が期待できます。

2 各論

(1) Aの請求要件（会社法 § 433-I）

ア 「発行済株式総数の 100 分の 3 以上の株式を有する」

→ Aは、Y社株式の 15%を保有しています。

イ 「請求の理由を明らかにして」

→ “交換比率の妥当性を検討するためであることを明らかにして” います。

(2) 拒否事由

ア 「株主…の権利の確保又は行使に関する調査以外の目的」（会社法 § 433-II①）

交換比率の妥当性を検討することが株主の権利に関するかが問題になりますが、株式交換について株主総会決議を経る必要がある（会社法 § 783）以上、肯定されるでしょう。

イ 「会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的」（会社法 § 433-II②）

妥当な交換比率を示して当該株式交換契約に反対する目的があつたとしても、反対するだけで会社の業務の遂行を妨げることにはなりませんし、むしろ妥当な交換比率は株主の共同の利益に合致するので、上記目的はないことになります。

ウ 「請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき」（会社法 § 433-II③）

関東地方を中心に住宅用の中古不動産の販売等を行う Z 社の 67%の株式を保有する A は上記の者に該当するかが問題となります。

競争関係の存否については、請求者の主観的意図は不要であるとした最決平 21.1.25 が参考にはなりますが、その知識がなくても、問題文の事情をできる限り使って検討できていれば充分です。

また、Z 社が Y 社と実質的に競争関係にあると考えた場合でも、本問では A は Y 社の取締役でもあるという事情があります。本号の趣旨が「実質的競争関係にある者に閲覧させることで会社の秘密を知られるのを防ぐ」ことにあるとすれば、Y 社の業務に関わりすでに会社の秘密を知っている A に閲覧を許すことで上記弊害が生じるのかという問題は残るでしょう。この点を指摘すれば加点を期待できます。

(5) 「請求者が会計帳簿又はこれに関する資料の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益

を得て第三者に通報するため請求したとき」(会社法 § 433-Ⅱ④)

「請求者が、過去二年以内において、会計帳簿又はこれに関する資料の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益を得て第三者に通報したことがあるものであるとき」(会社法 § 433-Ⅱ⑤)

通報に関する事情が問題文にないので該当しません。

第 3 設問 3

1 株式交換の効力発生前に採り得る手段について

考えられるのは、株主総会決議取消しの訴え(会社法 § 831-Ⅰ)及び反対株主の株式買取請求権(会社法 § 785)です。

前者については、交換比率が不当というだけでは取消事由になりませんが、株式交換の当事者である X が決議に参加して不当な交換比率を定めたことから、会社法 831 条 1 項 3 号の取消事由に当たるかが問題になります。そこで、X が「特別の利害関係を有する者」に当たるかを検討することになります。

後者については、A が「当該株主総会に先立って」本件株式交換契約に反対する旨を Y 社に対し「通知」(会社法 § 785-Ⅱ①イ)していれば、「反対株主」として請求できます。

このほかに、差止請求も問題になり得ますが、募集株式に関する会社法 210 条のような規定は株式交換にはありませんし、会社法 360 条も、交換比率が不当であることが法令違反というわけではなく、またこれを許すと会社に著しい損害が生ずるわけでもないので、認められないと考えるべきでしょう。

2 ②株式交換の効力発生後に採り得る手段について

考えられるのは、株式交換無効の訴え(会社法 § 828-Ⅰ⑩)です。ここでは、交換比率の不当性が無効事由になるかが問題となります。

これについては、合併における同種の議論が参考になると思われますが、そこでは反対株主の株式買取請求権等で不利益を回避できるとして無効事由に当たらないとされています(東京地判平19. 11. 12参照)。

もっとも、「特別の利害関係を有する」株主 X が「議決権を行使したことによって」交換比率が不当な決議がされたという同決議取消事由をもって、無効事由と考えることもできるでしょう。その場合は、株主総会決議取消の訴えの提起期間が同決議の日から 3 か月以内であること(会社法 § 831-Ⅰ)との均衡上、株式交換無効の訴えも、効力発生日から 6 か月以内ではなく、株主総会決議の日から 3 か月以内になるとするのが多数説です。

以 上

民 事 訴 訟 法

総 論

本問は、新旧司法試験でくり返し出題されてきた債権者代位訴訟をメインとするものですが、その中心は、管理処分権を中心とした当事者の問題と、債権者代位訴訟における被保全債権（甲債権）の意味の問題の 2 点に集約されるといえます。

各 論

第 1 設問 1

1 (1)アについて

議論の出発点となるのは、債権者代位権の行使により、債務者の当事者適格が失われるということです。これは、一般に、債務者の管理処分権が代位債権者に移転することによるものと説明されています。

そうすると、債務者が自己の権利を行使するには、その権利の存否だけではなく、当事者適格の存否を争う必要があります。

そこで、そのために採り得る訴訟参加として、独立当事者参加（そのうちの権利主張参加：民事訴訟法 § 47）が挙げられます。あとはその要件を検討することになりますが、その際、重複訴訟の禁止（民事訴訟法 § 142）や、独立当事者参加自体の当事者適格等、周辺の問題にも簡単に言及できると加点可能性があります。

2 (1)イについて

(1) A が提起した訴訟 1 に係る訴えについて

訴訟 1 はいわゆる債権者代位訴訟であり、訴訟物は乙債権の存否です。そこで、本問の場合にいかなる判決をすべきかにつき、訴訟物ではない甲債権の存否がいかなる意味を有するかを示す必要があります。

この点、一般に甲債権は、代位債権者 A の原告適格を基礎づける訴訟要件と解されています。このことから、甲債権の不存在は訴訟要件を欠くことを意味し、訴訟判決（訴え却下判決）をするのが通常です。

(2) アで B が採った手段について

B は、独立当事者参加をしていることから、A に対する甲債権の不存在確認の訴えと C に対する乙債権の給付の訴えがどうなるかが問題となります。

ア A に対する甲債権の不存在確認の訴えについて

A が提起した訴訟 1 と異なり、ここでは甲債権の存否は訴訟物の内容となっています。そこで、甲債権が不存在であれば、裁判所は本案判決（請求認容判決）をすることになります。

イ C に対する乙債権の給付の訴えについて

甲債権の不存在により、A の原告適格が否定された場合は、反射的に B の原告適格が

認められることになり、さらに乙債権の存在が認められるのであれば、裁判所は本案判決（請求認容判決）をしてよいと思われます。

3 (2)について

(1) 総論

訴訟 1 の既判力（客観的範囲・主観的範囲）が問題になります。

(2) 訴訟 2 の受訴裁判所が、訴訟 1 の口頭弁論終結時において甲債権が存在していたと判断したとき

ア まず、客観的範囲については、民事訴訟法 114 条 1 項により、訴訟物たる乙債権の不存在となります。訴訟要件である甲債権の存在について既判力は生じません。

イ 次に、主観的範囲については、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号により、訴訟 1 に参加していない B にも既判力が及びます。

なお、訴訟 1 の判決は B にとって不利なものであることから、その場合にまで既判力が B に及ぶか問題となりますが、相手方当事者の利益保護等の観点から及ぶとするのが通説です。

ウ そこで、乙債権不存在につき B に既判力が及ぶため、口頭弁論終結後に新事情が認められない限り、既判力の積極的作用により、裁判所は、同じ判断をしなければならず、請求棄却判決をすることになります。

(3) 訴訟 2 の受訴裁判所が、訴訟 1 の口頭弁論終結時において甲債権が存在していなかったと判断したとき

ア まず、客観的範囲については、上記(2)と同じです。

イ 次に、主観的範囲については民事訴訟法 115 条 1 項 2 号の適否が問題になりますが、受訴裁判所が甲債権の存在を否定しているのであれば、A の原告適格が否定されるため、同規定が適用される前提を欠くことになります。

ウ とすると、乙債権不存在につき B に既判力が及ばないため、訴訟 2 の受訴裁判所は乙債権の存否につき再度審理することになります。なお、このことに関連して、再度争う羽目になった C の不利益をどのように考えるのかを検討することもできます。

第 2 設問 2

本問では、他の代位債権者による訴訟 1 への参加手段が問われています。これは設問 1 (1) アと類似しているため、債権者代位訴訟における債務者の地位との比較を意識した論述が望ましいでしょう。

1 債務者と代位債権者との違いー管理処分権

債務者が独立当事者参加によらざるを得なかったのは、債務者に管理処分権が認められなかったことによります。それでは、債権者代位訴訟の提起に参加しなかった代位債権者（本問 D）に管理処分権は認められるのでしょうか。

これは、債権者代位権の趣旨である責任財産保全の確保は債権者のうち 1 人が行えばよいかどうかにかかわってきます。

そして、D に管理処分権が認められるかどうかにより、D が採ることができる手段が変わってきます（cf. 司法試験平成 23 年度第 3 問設問 2）。

2 D が採ることができる手段

(1) 共同訴訟参加（民事訴訟法 § 52－I）＝D の管理処分権を認める場合

D は、C に対して乙債権の給付を求めれば足り、A との間で管理処分権について争う必要がないとすれば、この方法で参加することになります。

その際、主に問題となるのは「訴訟の目的が…合一にのみ確定すべき」かどうかです。これについては、別訴提起すると判決矛盾のおそれがあることから、類似必要的共同訴訟的關係に立つとして肯定することになるでしょう。

(2) 独立当事者参加（民事訴訟法 § 47－I）＝D の管理処分権を認めない場合

D は、C に対して乙債権の給付を求めるとともに、A との關係で管理処分権についても争う必要があるので、この方法で参加することになります。

基本的な書き方は、設問 1 (1) アと同様になるでしょう。

以 上