

予備試験論文式試験

H 2 5 年

過去問レジュメ

TACw セミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点	1
憲法	2
出題の趣旨・ポイント	4
講師作成答案例	6
行政法	8
出題の趣旨・ポイント	10
講師作成答案例	12
民法	14
出題の趣旨・ポイント	16
講師作成答案例	18
商法	20
出題の趣旨・ポイント	22
講師作成答案例	24
民事訴訟法	26
出題の趣旨・ポイント	28
講師作成答案例	30
刑法	32
出題の趣旨・ポイント	34
講師作成答案例	36
刑事訴訟法	38
出題の趣旨・ポイント	40
講師作成答案例	42
法律実務基礎科目（民事）	44
出題の趣旨・ポイント	48
講師作成答案例	52
法律実務基礎科目（刑事）	54
出題の趣旨・ポイント	58
講師作成答案例	62

《受講に関するお願い・注意点》

- 1 受講に際しては、事前に問題文を読んだ上で、簡単な答案構成メモ等を作成することをおすすめします。
- 2 平成 25 年の予備試験の問題については、平成 25 年 7 月を解答の基準時にして下さい。もっとも、解答の際に適用する法令は、現在において施行されているものとします。そのため、例えば、平成 25 年当時に締結された売買契約に関して買主に錯誤がある事案では、本来であれば、民法旧 95 条の錯誤無効を検討するのですが、そうではなくて、改正後の民法 95 条の錯誤取消しを検討することになります。
- 3 近年の法改正により、条文や法概念が消滅したために、現行法との関係で維持することが困難な表現や内容が問題文に含まれている場合があります。そのような問題については、該当箇所付近に「※」を付した上、問題文余白において、変更点等に関する注釈を掲載していますから、それにしたがって解答してください。

[憲 法]

2020年時点では、衆議院小選挙区選出議員における、いわゆる「世襲」議員の数が増加する傾向にある。「世襲」議員とは、例えば、国会議員が引退する際に、その子が親と同一の選挙区から立候補して当選した場合の当選議員をいう。「世襲」議員には、立候補時において、一般の新人候補者に比べて、後援会組織、選挙資金、知名度等のメリットがあると言われている。このような「世襲」議員については賛否両論があるが、政党A及び政党Bでは、世論の動向も踏まえて何らかの対応策を採ることとし、立候補が制限される世襲の範囲や対象となる選挙区の範囲等について検討が行われた。その結果、政党Aから甲案が、政党Bから乙案が、それぞれ法律案として国会に提出された。

甲乙各法律案の内容は、以下のとおりである。

（甲案）政党は、その政党に所属する衆議院議員の配偶者及び三親等内の親族が、次の衆議院議員選挙において、当該議員が選出されている小選挙区及びその小選挙区を含む都道府県内の他の小選挙区から立候補する場合は、その者を当該政党の公認候補とすることができない。

（乙案）衆議院議員の配偶者及び三親等内の親族は、次の衆議院議員選挙において、当該議員が選出されている小選挙区及びその小選挙区を含む都道府県内の他の小選挙区から立候補することができない。

政党Cに所属する衆議院議員Dは、次の衆議院議員選挙では自らは引退した上で、長男を政党Cの公認候補として出馬させようとして、その準備を着々と進めている。Dは、甲案及び乙案のいずれにも反対である。Dは、甲案にも乙案にも憲法上の問題があると考えている。

〔設 問〕

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を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

出題の趣旨

本問は、いわゆる世襲議員に関する立候補の自由の制限をめぐる問題である。甲案は一定の要件の下で政党の公認候補とすることを禁止し、乙案は一定の要件の下で立候補自体を禁止している。

まず、甲案と乙案によって、どのような権利・自由が制約されるのかを明らかにする必要がある。そこでは、甲案と乙案とで、共通する問題と、それぞれに特有の問題とがある。その上で、被選挙権及び立候補の自由の憲法上の位置付けに関する判例及び主要な学説を前提として、世襲を理由とした別異の取扱いの合憲性が問題となる。そこでは、選挙権・被選挙権及び立候補の自由、そして平等に関する基礎理論の正確な理解に基づいて、D側及び法案提出側からの各主張の対立点を明確にすることが求められている。さらに、いわゆる世襲議員の功罪に関する一般的な指摘、立候補の制限と選挙に求められる公平さとの関係、立候補の制限と選挙民による選択との関係等に関する対立点を明確にする。また、甲案に関しては、とりわけ政党がその公認候補を自由に選定・決定するという政党の自律権に関し、検討することが求められよう。

そして、それぞれの対立点に関して、一定の説得力のある理由を付して自己の結論を導き出すことが求められている。

基本ポイント

本問では、甲案及び乙案自体の違憲性の検討をすることになる（適用違憲の検討は不要である。）。そして、問題文に「立候補が制限される」とあることから、Dの主張の大枠は、①憲法上、立候補の自由が保障される、②その自由が甲案及び乙案により制限（制約）されている、③その制限は正当化されない、というものになる。

まず、①については、憲法が立候補の自由を直接に規定していないが、判例（最大判昭43.12.4）が「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である。このような見地からいえば、憲法15条1項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである。」と判示していることを踏まえて、簡潔に論述すべきである。次に、②については、一見似ているものが複数挙げられている場合、比較することが求められていると考えて、相違点を探すという発想の下、甲案と乙案を比較検討することが大切である。そうすると、甲案では政党に公認されて立候補することができないが、乙案では立候補すること自体ができない（対象者、対象となる選挙、選挙区は同じ）ということに気付くことができるはずである。そこで、この相違点を意識して、制約の有無を認定することになる。さらに、③については、Dの立場からは、選挙権の制約に関して厳格な審査基準を採用した以下の判例を踏まえて、両

案が違憲であることを主張することになる。なお、同判例は、選挙権の制約に関するものであるが、立候補の自由が選挙権と表裏の関係にあることを根拠として、援用され得る。

判例（最大判平 17.9.14）

「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するといわざるを得ない。」

D の立場からは、以上の大枠の中で、甲案と乙案の差異を踏まえて、それぞれの違憲性を主張することが求められている。

他方、これに対して想定される反論として、甲案及び乙案については議員の資格に関する事項を定めることに関して広範な立法裁量（憲法 44 条本文）があること及び甲案については立候補の自由自体を制約していないこと（又は間接的な制約にすぎないこと）が挙げられる。

そこで、これらの反論を踏まえて、私見を述べることになる。

応用ポイント

1	平等権（憲法 14 条 1 項、44 条但書）侵害に関する検討 →甲案及び乙案の違憲性に関し、「衆議院議員の配偶者及び三親等内の親族」である候補者とそれ以外の候補者との間の区別が「門地」を理由とするものであることを考慮する。例えば、広範な立法裁量があることに対する反論として位置付けることができる。
2	政党の自律権に関する検討 →甲案の文構造は「政党は…できない」であるが、乙案の文構造は「衆議院議員の配偶者及び三親等内の親族は…できない」である。この文構造からも分かる通り、甲案は、政党がその公認候補を自由に選定・決定するという政党の自律権を侵害する。

1 第1 Dの主張

2 1 甲案・乙案は、憲法（以下略）15条1項に反し、違憲である。

3 2(1) 立候補の自由は、選挙権（15条1項）の自由な行使と表裏の関係に
4 あり、自由で公正な選挙を維持する上で、極めて重要である。したが
5 って、立候補の自由は、15条1項により保障される。

6 (2) 甲案は、一定範囲の世襲候補者につき特定の選挙区で政党に公認さ
7 れて立候補することを禁止し、また、乙案は、一定範囲の世襲候補者
8 につき特定の選挙区で立候補すること自体を禁止するものであるから、
9 各々、立候補の自由を制約する。

10 (3)ア そして、前述の通り、立候補の自由は、自由で公正な選挙を維持
11 する上で、極めて重要であるところ、両案は、これを禁止するから、
12 直接的に制約するものである。また、立候補の自由を含む被選挙権
13 については平等が要請される（14条1項、44条但書）ところ、両案
14 は、世襲という「門地」を理由とした別異取扱いの性質も有する。
15 したがって、目的が選挙の公正の確保にあり、その手段以外の方法
16 では目的を達成することが事実上不可能又は著しく困難である場合
17 でない限り、両案は、15条1項に反し、違憲になると解する。

18 イ 両案の目的は、世襲候補者が持つ後援会組織、選挙資金、知名度
19 等のメリットを低減して、世襲候補者を一般の新人候補者と同等の
20 条件に置こうとする点にある。しかし、世襲候補者は、一般の新人
21 候補者に比べて、幼少期からの環境により政治的素養を備えている
22 者もいる。また、選挙では、本来、世襲候補者に投票するか否かも
23 含めて選挙人の意思に基づく選択に委ねられているというべきであ
24 る。そうすると、選挙の公正を確保するためには、必ずしも、世襲
25 候補者と一般の新人候補者との間の公平を図る必要はない。したが
26 って、両案の目的は、選挙の公正の確保にあるとは認められない。

27 ウ 仮に、両案の目的が選挙の公正を確保する点にあるとしても、そ
28 の手段として甲案は、当該議員が選出されている小選挙区だけでな
29 く、その小選挙区を含む都道府県内の他の小選挙区からも、政党に
30 公認されて立候補することを禁止する。しかし、世襲候補者の有す
31 る上記メリットは、通常、当該議員が選出されている小選挙区の範
32 囲内にとどまるといえるから過剰である。また、政党の公認候補を
33 自由に選定・決定するという自律権（21条1項）を侵害する点でも
34 過剰である。したがって、甲案以外の方法では制約目的を達成する
35 ことが事実上不可能又は著しく困難である場合とはいえない。また、
36 乙案は、特定の選挙区からの立候補を禁止するものであるが、例え
37 ば、一般の新人候補と異なり、世襲候補者には衆議院小選挙区選挙
38 と比例代表選挙との重複立候補を認めない等のより制限的でない手
39 段が存在する。したがって、両案は、15条1項に反し、違憲である。

40 第2 想定される反論と私見

41 1 甲案

42 (1) 政党Aからの反論

43 政党の公認を受けることは、立候補の自由に含まれないから、甲案
44 は、立候補の自由を制約しておらず、仮に、制約があるとしても、間

接的なものにすぎない。また、議員の資格に関する事項は法律で定められる（44 条本文）から、立法府に広範な裁量が認められる。したがって、立法目的が正当であり、手段が著しく不合理でない限り、合憲であると解すべきであり、甲案は合憲である。

(2) 私見

ア 政党は、議会制民主主義を支える不可欠の要素であり、また、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、選挙制度を政党本位・政策本位のものとするのが許されている。そうすると、議員の活動は、政党とは切り離すことができないものといえるから、政党に公認されて立候補する自由は 15 条 1 項により保障される。

イ もっとも、甲案は、立候補自体を禁止しないから、立候補の自由に対する間接的な制約にとどまる。ただし、議員の資格に関する事項が法律事項であるとしても、世襲という「門地」（44 条但書）による別異取扱いは、原則として許されず、広範な立法裁量を認めるべきではない。そこで、目的が選挙の公正の確保にあり、手段が必要・合理性を有する場合に限り、15 条 1 項に反しないと解する。

ウ 確かに、選挙は、選挙人の意思に基づく選択に委ねられているといえるが、その選択は、候補者の選挙運動の巧拙による影響を受ける。そして、世襲候補者には上記のメリットがあることから、一般の新人候補者と比べて、効果的な選挙運動を実施できる。したがって、甲案の目的は、選挙の公正を確保する点にあるといえる。

そして、定められた選挙区以外の選挙区からの立候補は、政党の公認を受けてすることができるから、目的との関係で必要性・合理性を有するといえる。また、政党は、私的結社であるが、選挙過程に参加する場合は、公的制度の性格を併有するから、選挙の公正を確保するために自律権を制約しても不合理ではない。したがって、甲案は、15 条 1 項に反せず、合憲である。

2 乙案

(1) 政党Bからの反論

議員の資格に関する事項については広範な立法裁量が認められるところ、乙案は、世襲候補者の立候補が禁止される選挙区及び選挙を限定しているため、選挙の公正の確保という目的との関係で必要性・合理性を有するから、合憲である。

(2) 私見

ア 乙案は、甲案と異なり、立候補の自由自体を直接的に制約するものであるところ、立候補の自由は、選挙権と表裏の関係にあり、公正な選挙及び国民主権の実現にとって不可欠である。そこで、Dが主張する厳格な基準で審査すべきであると解する。

イ 乙案の目的は、甲案と同様、選挙の公正の確保という点にある。しかし、乙案は、世襲候補者につき、当該議員が選出されている小選挙区だけでなく、その小選挙区を含む都道府県内の他の小選挙区からの立候補も禁止するため、過剰であり、Dが主張するような、より制限的でない手段が存在し得る。したがって、乙案は、15 条 1 項に反し、違憲である。

以上

[行政法]

A市は、景観法（以下「法」という。）に基づく事務を処理する地方公共団体（景観行政団体）であり、市の全域について景観計画（以下「本件計画」という。）を定めている。本件計画には、A市の臨海部の建築物に係る形態意匠の制限として、「水域に面した外壁の幅は、原則として50メートル以内とし、外壁による圧迫感の軽減を図る。」と定められている。事業者Bは、A市の臨海部に、水域に面した外壁の幅が70メートルのマンション（以下「本件マンション」という。）を建築する計画を立て、2013年7月10日に、A市長に対し法第16条第1項による届出を行った。本件マンションの建築は、法第17条第1項にいう特定届出対象行為にも該当する。しかし、本件マンションの建築予定地の隣に建っているマンションに居住するCは、本件マンションの建築は本件計画に違反し良好な景観を破壊するものと考えた。Cは、本件マンションの建築を本件計画に適合させるためには、水域に面した外壁の幅が50メートル以内になるように本件マンションの設計を変更させることが不可欠であると考え、法及び行政事件訴訟法による法的手段を採ることができないか、弁護士Dに相談した。Cから同月14日の時点で相談を受けたDの立場に立って、以下の設問に解答しなさい。

なお、法の抜粋を資料として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

Cが、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という目的を実現するには、法及び行政事件訴訟法によりどのような法的手段を採ることが必要か。法的手段を具体的に示すとともに、当該法的手段を採ることが必要な理由を、これらの法律の定めを踏まえて説明しなさい。

[設問2]

〔設問1〕の法的手段について、法及び行政事件訴訟法を適用する上で問題となる論点のうち、訴訟要件の論点に絞って検討しなさい。

【資料】景観法（平成16年法律第110号）（抜粋）

（目的）

第1条 この法律は、我が国の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与することを目的とする。

（基本理念）

第2条 良好な景観は、美しく風格のある国土の形成と潤いのある豊かな生活環境の創造に不可欠なものであることにかんがみ、国民共通の資産として、現在及び将来の国民がその恵沢を享受できるよう、その整備及び保全が図られなければならない。

2～5 （略）

（住民の責務）

第6条 住民は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成に関する理解を深め、良好な景観の形成に積極的な役割を果たすよう努めるとともに、国又は地方公共団体が実施する良好な景観の形成に関する施策に協力しなければならない。

（景観計画）

第8条 景観行政団体は、都市、農山漁村その他市街地又は集落を形成している地域及びこれと一体となって景観を形成している地域における次の各号のいずれかに該当する土地（中略）の区域について、良好な景観の形成に関する計画（以下「景観計画」という。）を定めることができる。

一～五 （略）

2～11 （略）

（届出及び勧告等）

第16条 景観計画区域内において、次に掲げる行為をしようとする者は、あらかじめ、（中略）行為の種類、場所、設計又は施行方法、着手予定日その他国土交通省令で定める事項を景観行政団体の長に届け出なければならない。

一 建築物の新築（以下略）

二～四 （略）

2～7 （略）

（変更命令等）

第17条 景観行政団体の長は、良好な景観の形成のために必要があると認めるときは、特定届出対象行為（前条第1項第1号又は第2号の届出を要する行為のうち、当該景観行政団体の条例で定めるものをいう。（中略））について、景観計画に定められた建築物又は工作物の形態意匠の制限に適合しないものをしようとする者又はした者に対し、当該制限に適合させるため必要な限度において、当該行為に関し設計の変更その他の必要な措置をとることを命ずることができる。（以下略）

2 前項の処分は、前条第1項又は第2項の届出をした者に対しては、当該届出があった日から30日以内に限り、することができる。

3～9 （略）

出題の趣旨

本問は、事案に即して、また関係行政法規を踏まえて、行政訴訟についての基本的な知識及び理解を運用する基本的な能力を試す趣旨の問題である。具体的には、マンションの建設計画に対し近隣住民が景観計画の遵守を求めるための行政事件訴訟法上の手段について問うものである。景観法による変更命令の期間制限に照らして、實際上仮の義務付けの申立てが必要なこと、及び、当該申立てを行うには非申請型（直接型）義務付け訴訟の提起が必要なことを説き、申立て及び請求の趣旨を具体的に示した上で、原告適格を中心とする訴訟要件の論点について、景観法の趣旨及び景観という利益の性質に即して論じることが求められる。

基本ポイント

設問1では、「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」というCのニーズに対応した「法的手段」を「具体的に」示さなければならない。この点について、A市を被告（行訴法38条1項・11条1項1号）とする非申請型義務付け訴訟（同法3条6項1号、37条の2）を指摘することは必須である。その上で、同訴訟が、「景観行政団体の長」であるA市市長に対し、法17条1項が規定する設計の変更命令をBに下すことの義務付けを求めるものであることを説明することになる。そして、Cの請求が認容された場合、A市市長がBに対して設計の変更命令を下すことになり、この命令が下されることにより、Bは設計の変更義務を負うことになる。すなわち、問題文の時点では、Bは設計の変更義務を負っていない。そのため、Cは、同訴訟を提起することが必要となる。

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」することが求められている。検討の対象となる要件は、「一定の処分」、原告適格、「重大な損害」及び補充性である。なお、設計の変更命令が処分性を有することは明らかであるから、特に検討する必要はない。そして、検討のメインは、原告適格となるところ、まず、以下の判例を踏まえた判断枠組みを示す必要がある。

判例（最大判平17.12.7）

「行政事件訴訟法9条は、取消訴訟の原告適格について規定するが、同条1項にいう当該処分の取消しを求めるにつき『法律上の利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され、又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、このような利益もここにいう法律上保護された利益に当たり、当該処分によりこれを侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者は、当該処分の取消訴訟における原告適格を有するものというべきである。

そして、処分の相手方以外の者について上記の法律上保護された利益の有無を判断するに当たっては、当該処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案すべきものである（同条2項参照）。」

この判例は、処分の相手方以外の者の処分取消訴訟における原告適格に関するものであるが、非申請型義務付け訴訟の原告適格の判断に関しても参考になる（行訴法37条の2第4項・9条2項）。その上で、下記の認定手順をベースにして、原告適格の有無を判断することになる。

①保護範囲要件の認定

→原告の利益が当該処分に関する個別行政法令により保護される利益に含まれるか（⑦処分の根拠規定を確認し、①処分の根拠法令の趣旨・目的を（目的を共通にする関係法令の趣旨・目的も参酌して）考慮する）

②個別保護要件の認定

→①で保護されると認定した利益が一般的公益にとどまらず個々人の個別的利益としても保護されているか（一般的公益の中に吸収解消されない個別的利益を切り出すために、被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

③保護範囲の画定

→原告適格が認められる者とそうでない者との間の線をどこに引くか（被侵害利益の内容・性質を（侵害の態様・程度も勘案して）考慮する）

（中原茂樹『基本行政法』（第3版）P327以下を参考にした。）

応用ポイント

1	（設問1）「法的手段」（訴訟に限定されない）として、仮の義務付け（行訴法37条の5第1項）も指摘していること →Bの届出日が2013年7月10日であり、相談時点が同年7月14日であるため、A市市長が変更命令をすることができる期間が1か月もないことから、仮の義務付けの必要性を検討している。
2	（設問2）「一定の処分」、「重大な損害」及び補充性について簡潔に検討していること
3	（設問2）原告適格について事案に即して具体的に検討していること →Cの原告適格を安易に認めることはできない。

1 第1 設問1

2 1 Cは、A市を被告とする非申請型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)
3 を提起するとともに、仮の義務付け(同法37条の5第1項)の申立てを
4 する必要がある。

5 2(1) Bの建築計画は、A市の臨海部に、水域に面した外壁の幅が70メー
6 トルのマンション(以下「本件マンション」)を建築するというもので
7 あるが、「水域に面した外壁の幅は、原則として50メートル以内」と
8 いう本件計画(法8条1項柱書)に適合していない。しかし、法は、
9 本件計画に適合しない建築計画についても、それだけで直ちに變更義
10 務が生じるとは規定していないから、Bは、現状、本件マンションの
11 設計を變更する法的義務を負っていない。そこで、Cが本件計画に適
12 合するように本件マンションの設計を變更させるという目的を実現す
13 るためには、Bに變更義務を負わせる必要がある。

14 (2) 景観行政団体の長は、良好な景観の形成のために必要があると認め
15 るときは、特定届出対象行為について、景観計画に定められた建築物
16 の形態意匠に適合しないものをしようとする者に対し、變更等を命ず
17 ることができる(法17条1項、以下「變更命令」)。そして、A市は「景
18 観行政団体」であり、また、本件マンションの建築は「特定届出対象
19 行為」に該当するから、A市市長は、Bに対し、本件マンションの建
20 築に関して變更命令を発することが可能であり、これにより、Bは、
21 變更義務を負うことになる。なお、Bに變更義務を負わせるのに際し、
22 Cの申請等は前提とされていない。したがって、Cは、A市市長がB
23 に対して本件マンションの設計の變更を命ずることを求めて、非申請
24 型義務付け訴訟を提起すべきである。

25 3 もっとも、變更命令は、届出(法16条1項)があった日から30日以
26 内に限りすることができるものである(法17条2項)ところ、Bの届出
27 日が2013年7月10日であり、相談時点が同年7月14日であるから、変
28 更命令をすることができる期間は1か月もない。そうすると、A市市長
29 が自ら速やかにBに対して變更命令をしない場合、この短期間に、上記
30 訴訟によりA市市長に變更命令を義務付けた上で變更命令をさせること
31 が必要となるが、その実現可能性は低い。そのため、Cは、變更命令の
32 仮の義務付けをも求める必要がある(行訴法37条の5第1項)。したが
33 って、Cは、上記訴訟を提起するとともに、仮に變更命令をすべき旨を
34 命ずることを求めて仮の義務付けの申立てをする必要がある。

35 第2 設問2

36 1 Cの提起する非申請型義務付け訴訟において問題となる訴訟要件は、
37 「一定の処分」、原告適格、「重大な損害」及び補充性である。

38 2 一定の処分(行訴法3条6項1号、37条の2第1項)

39 (1) 「一定の処分」に当たるためには、行政庁がすべき処分が裁判所に
40 にとって判断可能な程度に特定されていることが必要である。

41 (2) Cが提起する非申請型義務付け訴訟の対象は、法17条1項に基づい
42 て、本件計画に適合するように本件マンションの設計の變更を命じる
43 旨の變更命令であり、処分は特定されているといえるから、「一定の処
44 分」に当たる。

3 原告適格（行訴法 37 条の 2 第 3 項）

(1) 非申請型義務付け訴訟の原告適格が認められる「法律上の利益を有する者」とは、当該処分がされないことにより自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうと解する。そして、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合、この利益は法律上保護された利益に当たると解する。なお、法律上の利益の有無を判断するに当たっては、同法 9 条 2 項所定の事項を考慮する（同法 37 条の 2 第 4 項）。

(2) 本件で、C の主張する利益は、良好な景観を享受する利益である。一方、変更命令の根拠規定である法 17 条 1 項は、「良好な景観の形成のために必要がある」ことを要件としている。そして、法は、目的規定（1 条）を始め、各規定（2 条 1 項、6 条）において「良好な景観」の形成に着目した定めを置き、「良好な景観」の形成に関する計画を定めることができるとしている（8 条 1 項）。そうすると、法の目的規定及びその他の各規定からも、法 17 条 1 項は、良好な景観を保護する趣旨を含むと解される。

しかし、法に良好な景観の帰属主体を定める規定はない。また、法 6 条は、住民に、良好な景観の形成に関する理解を深め、その形成に関する施策に協力しなければならない等として、住民全体の理解・協力を要求しているため、良好な景観は住民全体で形成していくのが法の趣旨と解される。他方、景観は、景観を構成する空間を現に利用している者全員が遵守して初めてその維持が可能であるという性質を有し、維持された景観はその全員で享受されるものといえる。そうすると、法 17 条 1 項は、良好な景観を享受する利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含んでいるとは解されないから、良好な景観を享受する利益は、法律上保護された利益に当たらない。

よって、C には、法律上の利益が認められないから、原告適格がない。

4 「重大な損害」（行訴法 37 条の 2 第 1 項、2 項）

(1) 重大な損害を生ずるか否かの判断では、損害の回復の困難性を考慮し、損害の性質・程度及び処分の内容・性質も勘案する（同条 2 項）。

(2) 本件では、景観利益は法律上の利益ではないため、変更命令がされなくとも、重大な損害は生じない。

5 補充性（行政法 37 条の 2 第 1 項）

(1) 非申請型義務付け訴訟以外に「損害を避けるため他に適当な方法がない」ことが要件となる。

(2) 本件では、C は、人格権侵害を理由として、B を被告とする民事差止訴訟を提起し得るが、行政訴訟と民事訴訟とは争点も異なるし、法律はいずれがより適切な方法かについて指定しているわけでもない。また、個別法において権利救済手段が特別に定められてもいない。したがって、補充性の要件を満たす。

6 以上より、C の提起する非申請型義務付け訴訟は、訴訟要件のうち、原告適格及び「重大な損害」を欠くため、不適法である。 以上

[民法]

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

【事実】

1. Aは、太陽光発電パネル（以下「パネル」という。）の部品を製造し販売することを事業とする株式会社である。工場設備の刷新のための資金を必要としていたAは、平成25年1月11日、Bから、利息年5%、毎月末日に元金100万円及び利息を支払うとの条件で、1200万円の融資を受けると共に、その担保として、パネルの部品の製造及び販売に係る代金債権であって、現在有しているもの及び今後1年の間に有することとなるもの一切を、Bに譲渡した。A及びBは、融資金の返済が滞るまでは上記代金債権をAのみが取り立てることができることのほか、Aが融資金の返済を一度でも怠れば、BがAに対して通知をすることによりAの上記代金債権に係る取立権限を喪失させることができることも、併せて合意した。
2. Aは、平成25年3月1日、Cとの間で、パネルの部品を100万円で製造して納品する旨の契約を締結した。代金は同年5月14日払いとした。Aは、上記部品を製造し、同年3月12日、Cに納品した（以下、この契約に基づくAのCに対する代金債権を「甲債権」という。）。Aは、同月25日、Dとの間で、甲債権に係る債務をDが引き受け、これによりCを当該債務から免責させる旨の合意をした。[※]
3. Aは、平成25年3月5日、Eとの間で、パネルの部品を150万円で製造して納品する旨の契約を締結した。代金は同年5月14日払いとした。Aは、上記部品を製造し、同年3月26日、Eに納品した（以下、この契約に基づくAのEに対する代金債権を「乙債権」という。）。乙債権については、Eからの要請を受けて、上記契約を締結した同月5日、AE間で譲渡禁止の特約がされた。Aは、Bに対してこの旨を同月5日到達の内容証明郵便で通知した。
4. その直後、Aは、大口取引先の倒産のあおりを受けて資金繰りに窮するようになり、平成25年4月末日に予定されていたBへの返済が滞った。
5. Aの債権者であるFは、平成25年5月1日、Aを債務者、Cを第三債務者として甲債権の差押命令を申し立て、同日、差押命令を得た。そして、その差押命令は同月2日にCに送達された。
6. Bは、平成25年5月7日、Aに対し、同年1月11日の合意に基づき取立権限を喪失させる旨を同年5月7日到達の内容証明郵便で通知した。Aは、同年5月7日、D及びEに対し、甲債権及び乙債権をBに譲渡したので、これらの債権についてはBに対して弁済されたい旨を、同月7日到達の内容証明郵便で通知した。

〔設問 1〕

- (1) 【事実】 1 の下線を付した契約は有効であるか否か、有効であるとしたならば、Bは甲債権をいつの時点で取得するかを検討しなさい。
- (2) Cは、平成25年5月14日、Fから甲債権の支払を求められた。この場合において、Cの立場に立ち、その支払を拒絶する論拠を示しなさい。

〔設問 2〕

Eは、平成25年5月14日、Bから乙債権の支払を求められた。この請求に対し、Eは、【事実】 3 の譲渡禁止特約をもって対抗することができるか。譲渡禁止特約の意義を踏まえ、かつ、Bが乙債権を取得した時期に留意しつつ、理由を付して論じなさい。

※ なお、同日、AがCに対し、AD間で当該合意がされた旨を通知したものとする。

出題の趣旨

設問1のうち、小問1は、将来債権譲渡が原則として有効であることを踏まえ、担保目的でされた将来債権の譲渡契約の結果、債権譲受人が将来債権をいつの時点で取得したのかについて、動産譲渡担保・不動産譲渡担保と異なる債権譲渡担保の特性を意識しながら理論的に説明をすることができる能力を試すものである。小問2は、担保目的での将来債権譲渡がされた後に債権者・引受人間でされた免責的債務引受の効力及び対抗力に留意しつつ、譲渡債権について差押債権者が有する地位を、事実上即して論じさせるものである。また、設問2は、将来債権譲渡を目的とする契約が締結された後に譲渡債権に付された譲渡禁止特約をもって債権譲受人に対抗することができるか否かを、譲渡禁止特約に関する民法第466条第2項の理解を踏まえ、債権譲受人の地位及び債務者の地位に結び付けられた利益を考慮に入れつつ理論的に説明することができる能力を試すものである。

基本ポイント

本問の事実関係を時系列にまとめた上で、民法の基本条文を付すと以下の通りになる。

1. 11	A B間：将来債権譲渡担保契約締結（466条の6第1項） A B間：Aに取立権限を留保する合意締結	
3. 1	A C間：制作物供給契約締結（甲債権）	—
3. 5	—	A E間：制作物供給契約締結（乙債権） A E間：譲渡禁止特約締結（466条2項） A→B：譲渡禁止特約につき通知
3. 12	A→C：納品	—
3. 25	A D間：Cを免責させる旨の免責的債務引受（472条1項，2項前段） A→C：免責的債務引受につき通知（472条2項後段）	—
3. 26	—	A→E：納品
4. 30	A→B：債務不履行	
5. 1	F→裁：差押命令申立て・取得	—
5. 2	裁→C：差押命令送達	—
5. 7	B→A：取立権限喪失通知	
5. 7	A→D：債権譲渡につき通知（467条）	A→E：債権譲渡につき通知（467条）
5. 14	F→C：支払請求	B→E：支払請求

設問 1 小問(1)では、民法 466 条の 6 第 1 項を挙げた上で、将来債権譲渡担保契約が有効であることを説明する必要がある。その上で、甲債権が A C 間で制作物供給契約が締結された平成 25 年 3 月 1 日に発生することを踏まえて、B が甲債権を取得する時点を解答することになる（なお、甲債権の発生日は、納品日（3 月 12 日）や代金支払期日（5 月 14 日）ではない。）。

設問 1 小問(2)では、民法 472 条 1 項及び 2 項を摘示して、C が支払を拒絶する論拠として A D 間でなされた免責的債務引受を挙げることが必須となる。そして、免責的債務引受が有効であるという前提に立つ場合、これが F による差押えに優先することを指摘することになる。

設問 2 では、民法 466 条の 6 第 3 項及び 466 条 3 項を正しく適用して、譲渡禁止特約につき悪意とみなされる B からの請求に対し、E が譲渡禁止特約をもって対抗することができると説明する必要がある。なお、本問の問題文では、「譲渡禁止特約」という言葉が用いられているが、平成 29 年民法改正後は、改正前の譲渡禁止特約と区別するため、譲渡制限特約と呼ばれている（内田貴『民法Ⅲ』（第 4 版）P246 等参照）。

応用ポイント

1	（設問 1 小問(1)）将来債権の譲渡が例外的に無効となる場合について検討していること →将来債権の譲渡契約が債務者の営業活動を不当に制限し、また、他の債権者に不当な不利益を与える等特段の事由のある場合には、例外的に、公序良俗違反（民法 90 条）を理由に無効になる（最判平 11. 1. 29 参照）。
2	（設問 1 小問(1)）将来債権の譲渡が有効であることを前提に、将来債権の譲渡の効力が生じる時点と発生した具体的な債権を譲受人が取得する時点との関係について整合的な説明を試みていること →例えば、甲債権は A のもとで発生した上で当然に（特段の行為を必要とせずに）B に移転すると考えるか、または、将来債権譲渡の効力として、契約時に目的債権の帰属の変更が確定的に生じているため、B が自己のもとで発生した甲債権を当然に取得すると考えるか等、様々な説明があり得る。
3	（設問 1 小問(2)）将来債権の譲渡が有効であることを前提とすると、A は、取立権限を有するが、「債権者」（民法 472 条 2 項）に当たらないと考えられる点を踏まえた検討をしていること
4	（設問 1 小問(2)）民事執行法の関連条文を摘示しつつ検討していること
5	（設問 2）民法 466 条 2 項の文言に照らしつつ、譲渡禁止特約に反する債権譲渡も有効であることに言及していること

1 第1 設問1小問(1)

2 1(1) 下線を付したAB間の契約(以下「本件契約」)は、Aの債務の担保
3 として、Aが今後有することとなる債権を含む一切の債権をBに譲渡
4 する契約である。そこで、将来債権を包括的に譲渡する契約の有効性
5 が問題となる。

6 (2) 将来債権を包括的に譲渡する契約は、目的債権が特定されている限
7 り、原則として有効である(民法(以下「法」)466条の6第1項)。そ
8 して、目的債権の特定は、債権の発生原因、発生期間等により他の債
9 権から識別可能であるかどうかにより判断すべきであると解する。

10 もっとも、当該譲渡契約が債務者の営業活動を不当に制限し、また、
11 他の債権者に不当な不利益を与える場合には、例外的に、公序良俗違
12 反(法90条)を理由に無効になると解する。

13 (3) 本件契約の目的債権は、その債務者が未確定であるが、発生原因が
14 Aによる「パネルの部品の製造及び販売」と確定されており、また、
15 発生期間も平成25年(以下略)1月11日を始期とする「今後1年の
16 間」と限定されているから、他の債権から識別可能であるといえる。
17 したがって、目的債権は特定されている。

18 また、本件契約は、Aに目的債権の取立権限を付与するものである
19 からAの営業活動等を不当に制限するものではなく、また、他の債権
20 者に不当な不利益を与える事情もないから、公序良俗違反を理由に無
21 効となることもない。

22 したがって、本件契約は、有効である。

23 2(1) そうすると、本件契約の効果として、本件契約の目的債権の帰属は、
24 具体的な債権が現に発生していない段階においても、確定的にAから
25 Bに変更しているから、Bは、目的債権が具体的な債権として発生し
26 たときに、その債権を当然に取得できるという法的地位にある。その
27 ため、Bは、今後1年間、Aにおいてパネルの部品の製造及び販売を
28 原因とする代金債権が発生した時点で、当然に代金債権を取得する。

29 なお、本件契約は、債権譲渡担保契約であり、その締結に際し、融
30 資金の返済が滞るまでは当該代金債権の取立権限をAに留保する旨の
31 合意がされているが、取立権限留保の合意は、債権の帰属自体に影響
32 を及ぼすものではない。

33 (2) 甲債権は、AC間の契約締結時である3月1日に発生する。したが
34 って、Bは、3月1日に甲債権を取得する。

35 第2 設問1小問(2)

36 1 Cは、3月25日にAD間でされた甲債権に係る免責的債務引受(法
37 472条1項、2項前段)の合意(以下「本件引受」)を論拠として、Fに
38 対する支払を拒絶することが考えられる。

39 2(1)ア まず、Bが3月1日に甲債権を取得しているため、AD間で本件
40 引受を有効に行うことができるかが問題となる。

41 この点について、引受人は、原債務者に準じる立場にあるといえ
42 るから、債権譲渡についての債務者対抗要件(法467条1項)が具
43 備されるまでは、原債権者との間で有効に免責的債務引受を行うこ
44 とができると解する。

本件では、いまだAからCに対する通知等がされておらず、債務者対抗要件が具備されていないから、AD間で本件引受を有効に行うことができる。なお、本件契約はAの事業の継続を前提とするから、取立権限を有するAには、目的債権の回収と回収金の自己使用が認められると解されるため、本件引受は、その権限内の行為であることから有効に行うことができるというべきである。

イ そして、3月25日、AがCに対し、本件引受がされた旨を通知しているため、本件引受は効力を生じている（法472条2項後段）。

(2) 他方、Fは甲債権につき差押命令を得ており、この差押命令が第三債務者に送達された時、Aに対する処分禁止の効力が生じる（民訴法145条1項、3項、4項）。しかし、この差押命令が「第三債務者」Cに送達されたのは5月2日であるから、3月25日に効力を生じた本件引受はFに対抗することができる。そうすると、Cの債務はDに移転しており、AのCに対する甲債権は存在しないことになる。

3 したがって、Cは、本件引受を論拠として支払を拒絶することができる。

第3 設問2

1 乙債権は、AE間の契約締結時である3月5日に発生するから、Bは、3月5日に乙債権を取得する。そこで、Eは、乙債権の支払を求めるBに対し、AE間の譲渡禁止特約（法466条2項）をもって対抗することができるか。

2(1) まず、譲渡禁止特約に反する債権譲渡も有効である（法466条2項）。

(2) もっとも、Bが譲渡禁止特約につき悪意・重過失である場合、Eは、Bに対する債務の履行を拒むことができる（法466条3項）。そこで、Bに悪意・重過失が認められるかが問題となる。

譲渡禁止特約の趣旨は、弁済の相手方の固定という債務者の利益を保護する点にある。しかし、将来債権の譲渡の場合、譲渡時には譲渡禁止特約を付すべき債権が存在しないことから、譲受人が常に善意となり得るところ、債務者は、譲受人に対し、当該特約を対抗することができないことになる。そこで、譲渡禁止特約が債務者対抗要件具備時までになされた場合、譲受人を悪意とみなすこととした（法466条の6第3項・466条3項）。

(3) 本件では、3月5日に譲渡禁止特約が締結されているのに対し、5月7日に債務者対抗要件が具備されているから、Bは悪意とみなされる。したがって、Eは、Bに対し、譲渡禁止特約をもって対抗することができる。

以上

[商 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕から〔設問 3〕までに答えなさい。

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、日本国内において不動産の開発及び販売等を行う監査役会設置会社であり、金融商品取引所にその発行する株式を上場している。
2. Y株式会社（以下「Y社」という。）は、日本国内において新築マンションの企画及び販売等を行う取締役会設置会社であり、監査役を置いている。Y社が発行する株式は普通株式のみであり、その譲渡による取得にはY社の承認を要するものとされている。

Y社の発行済株式のうち、75%はX社及びその子会社（以下、X社を含め「Xグループ」という。）が、15%はY社の取締役であるAが、10%は関東地方を中心に住居用の中古不動産の販売等を行うZ株式会社（以下「Z社」という。）がそれぞれ保有している。なお、Z社の発行済株式の67%はAが保有し、同社の取締役はA及びAの親族のみである。

3. X社は、平成23年9月、Y社の行う事業をXグループ内の他社に統合する方向で検討を始め、その後、Aに対し、A及びZ社が保有するY社株式をX社に売却するよう求めた。しかし、Aは、Y社との資本関係が失われることによって生じ得るZ社の事業展開への不安を訴えて回答を留保し、その後のX社による説得にも応じなかった。
4. X社は、平成24年6月1日、取締役会を開催し、同年9月1日をもってY社をX社の完全子会社とする旨の株式交換契約（以下「本件株式交換契約」という。）を締結することを適法に決定した。また、Y社でも、同年6月1日、取締役会を開催し、本件株式交換契約を締結することを適法に決定した。

これらの決定を受けて、X社とY社との間で本件株式交換契約が正式に締結された。本件株式交換契約においては、Y社株主に対しY社株式10株につきX社株式1株を交付する、すなわち、X社とY社との間の株式交換比率（以下「本件交換比率」という。）を1対0.1とする旨が定められた。

5. X社では、同月29日、定時株主総会が開催され、本件株式交換契約の承認に関する議案が適法に可決された。
6. Y社でも、同日、定時株主総会（以下「本件総会」という。）が適法な招集手続に基づき開催された。本件総会には、本件株式交換契約の承認に関する議案及びAの取締役からの解任に関する議案が提出された。

Aは、本件総会の議場において、株主としての地位に基づき、議長である代表取締役Bに対し、自らが取締役から解任される理由について質問をした。これに対してBは、「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。」と回答し、質疑を打ち切った。A及びZ社は、本件総会に提出された上記各議案に反対したが、いずれもXグループ各社の賛成により可決された。

7. Aは、同年7月、本件交換比率の妥当性について独自に検討し、算定を行うこととした。その結果、同年8月、Aとしては、Y社株主に対しY社株式10株につきX社株式3株を交付するのが妥当であるとの結論に至った。

〔設問 1〕

Aは、Aを取締役から解任する旨の本件総会の決議の効力を争うことができるか。

〔設問 2〕

Aは、Y社に対し、本件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、本件交換比率をY社が算定するために使用したY社の一切の会計帳簿及びこれに関する資料の閲覧を請求した。Y社は、この請求を拒むことができるか。なお、Y社の会計帳簿及びこれに関する資料は書面をもって作成されているものとする。

〔設問 3〕

本件交換比率を不当と考えるAが、

- ① 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生前に会社法上採ることができる手段
- ② 本件株式交換契約に基づく株式交換の効力発生後に会社法上採ることができる手段

として、それぞれどのようなものが考えられるか。

出題の趣旨

本問は、親子会社間で行われる株式交換について、子会社の株主であり取締役でもある者が反対している場合において、①株主の質問を打ち切ってされた当該取締役を解任する株主総会決議の効力、②株式交換比率の妥当性を検討するためにされる会計帳簿閲覧請求の可否、③株式交換比率の不当を主張する株主が救済を受ける方法を問うものである。

解答に際しては、①会社法第314条に基づく説明義務の違反の有無及び株主総会決議の効力を争うことの可否、②同法第433条第1項に基づき会計帳簿閲覧請求をする場合における会計帳簿の特定性及び同条第2項第3号に定める拒絶事由（競争者による請求）の有無、③株式交換比率の不当を理由として株式交換を事前に差し止めることの可否及び株式交換契約を承認する株主総会決議の効力を争うことの可否、同法第785条に基づく株式買取請求の可否、同法第828条第1項第11号に定める株式交換無効の訴えの無効事由の有無並びに同法第423条第1項又は第429条第1項に基づく取締役の責任追及の可否について、正しく論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 本問の事案及び設問の概要は、以下の通りである。

Y社（非公開・取締役会設置会社）

※日本国内で新築マンションの企画・販売

75%

15% 10%

X社

A ÷ **Z社**

（公開・監査役会設置会社）

（Aが67%株式保有・Aの同族会社）

※日本国内で不動産の開発・販売

※関東地方で住居用中古不動産販売

（設問1）取締役Aを解任する旨のY社の株主総会決議の効力

（設問2）AのY社に対する会計帳簿閲覧請求

（設問3）X社（親）とY社（子）との間の株式交換契約に反対であるAの手段

- 2 設問1の問いは、「本件総会の決議の効力を争うことができるか。」というものであるから、その効力を否定するための主張だけでなく、その手段についても検討する必要がある。手段については、株主総会決議取消しの訴えを挙げた上で、原告適格及び提訴期間についても言及することになる。また、主張すべき決議取消事由については、取締役

の説明義務（会社法 314 条）違反が決議方法の法令違反（同法 831 条 1 項 1 号）に当た
ることを説明することになる。

- 3 設問 2 では、本問の会計帳簿閲覧請求の根拠条文である会社法 433 条 1 項 1 号を摘示
することが必須となる。その上で、同条項が規定する要件の充足性について、事案に即
して検討することになる。
- 4 設問 3 では、①において、株式交換の差止請求及び株主総会決議取消しの訴え、②に
おいて、株式交換無効の訴えを根拠条文とともに挙げた上で、各々、要件充足性を検討
する必要がある。なお、株式交換無効の訴えにおける無効事由の検討は必須である。

応用ポイント

1	（設問 1）原告適格の検討において A が株主及び取締役の地位を有していることを踏まえていること →原告適格は、本件株式交換契約の効力発生日である 9 月 1 日（会社法 768 条 1 項 6 号）より前であれば、A は Y 社の株主として認められる（同法 831 条 1 項柱書前段）が、同日以降であれば、A は、Y 社の株主でないため、本件決議の取消しにより取締役となる者（同条項柱書後段）として認められる。
2	（設問 2）Y 社からの想定される反論を挙げて検討していること →Y 社は、請求者 A が Y 社の「業務と実質的に競争関係にある事業を営」むものであること（会社法 433 条 2 項 3 号）を理由に、A の請求を拒絶することが考えられる。A と Z 社との関係を踏まえて、A と Y 社が競争関係にあるかどうかを実質的に検討する。
3	（設問 3）株式交換の差止請求等の検討の際に仮の地位を定める仮処分（民保法 23 条 2 項）に言及していること
4	（設問 3）反対株主の株式買取請求及び取締役の責任の追及についても検討していること

1 第1 設問1

2 1 Aは、株主総会決議取消しの訴え（会社法（以下略）831条1項）を提
3 起して、Y社におけるAを取締役から解任する旨の本件総会決議（以下
4 「本件決議」）の効力を争うことが考えられる。

5 2(1) 株主Aは、本件総会の議場で、代表取締役Bに対し、Aの取締役解
6 任議案に関して質問したが、Bにより質疑が打ち切られている。そこ
7 で、「必要な説明」（314条本文）がされていないとして、決議取消事由
8 （831条1項1号・決議方法の法令違反）に当たるかが問題となる。

9 (2) 314条の趣旨は、株主が合理的な判断に基づき議決権を行使できる
10 ようにする点にあるから、「必要な説明」とは、平均的株主が合理的に
11 判断するのに客観的に必要な範囲・程度の説明をいうと解する。

12 (3) Bの「それはあなたもわかっているはず」との回答は、少なくとも
13 A以外の株主には知り得ない事情を前提とし、平均的株主にとって客
14 観的に必要な範囲・程度の説明とはいえないから、「必要な説明」に当
15 たらぬ。したがって、314条違反となり、決議取消事由に当たる。

16 3 そして、提訴期間は、本件決議がされた平成24年6月29日から3か
17 月以内となる(831条1項柱書前段)。また、原告適格は、本件株式交換
18 契約（以下「本件契約」）の効力発生日である同年9月1日（768条1項
19 6号）より前であれば、AはY社の株主として認められる(831条1項柱
20 書前段)が、同日以降であれば、Aは、Y社の株主でないため、本件決議
21 の取消しにより取締役となる者（同条項柱書後段）として認められる。

22 4 よって、Aは、本件決議の効力を争うことができる。

23 第2 設問2

24 1 Aは、Y社に対し、433条1項1号に基づいて会計帳簿等（書面）の
25 閲覧請求をしている。Aは、Y社株式を15%保有しているから発行済株
26 式の100分の3以上の株式を有する株主であり、「本件交換比率の妥当
27 性を検討するため」として請求の理由を具体的に明らかにしている。ま
28 た、Aは、「本件交換比率をY社が算定するために使用した」というY社
29 において識別可能な限定を付して対象文書の特定している。

30 2(1) これに対し、Y社は、請求者AがY社の「業務と実質的に競争関係
31 にある事業を営」むものであること（同条2項3号）を理由に、Aの
32 上記請求を拒絶することが考えられる。

33 (2) 同条2項3号の趣旨は、会計帳簿等の閲覧には営業秘密の漏洩等の
34 危険があるから、閲覧等により会社の利益が害されることを防止する
35 点にある。したがって、「実質的に競争関係にある」か否かは、経済的・
36 実質的に判断すべきであると解する。なお、同号の文言から、請求者
37 が閲覧等により知り得た情報を競争関係に利用する具体的意図を有し
38 ていることは不要であると解する。

39 (3) Aは、Z社の株式を67%保有しており、また、同社の取締役は、A
40 及びその親族であるから、経済的には、AとZ社は同視できる。そし
41 て、Z社が関東地方を中心に住居用の中古不動産の販売等を行うのに
42 対し、Y社は、国内で新築マンションの企画・販売等を行うところ、
43 両社は、特に資本関係が失われた後は、関東地方における住居用不動
44 産の販売市場で競合する関係になるといえる。そうすると、Aは、Y

社の「業務と実質的に競争関係にある事業を営」むものに当たる。したがって、Y社は、Aの上記請求を拒絶することができる。

第3 設問3①

1 株式交換の差止請求 (784 条の 2)

まず、法令違反 (同条 1 号) については、X社はY社の特別支配会社でないから、Y社において本件契約の承認決議が必要となる (783 条 1 項) が、本件承認決議には取消事由 (831 条 1 項 3 号) が認められる。すなわち、X社は、本件契約の内容が自己に有利になれば、他の株主とは共通しない利益を得るから、「特別の利害関係を有する者」に当たる。また、妥当な株式交換比率が 1 : 0.3 であるとする、本件交換比率 1 : 0.1 は、不公正な比率といえ、「著しく不当な決議」に当たる。そして、Y社株式を 75%保有するX社グループが賛成の「議決権を行使したことによって」本件承認決議がなされた。次に、本件契約により、株主Aが経済的な「不利益を受けるおそれ」(784 条の 2 柱書) がある。したがって、Aは、差止請求ができる。なお、Aは、差止請求の訴えを本案訴訟とする仮処分 (民保法 23 条 2 項) の申立てをすることができる。

2 株主総会決議取消しの訴え

Aは、上記の本件承認決議の取消事由を主張して株主総会決議取消しの訴えを提起し、また、これを本案訴訟とする仮処分 (民保法 23 条 2 項) の申立てをすることができる。

3 反対株主の株式買取請求 (785 条)

Aは、本件総会で反対しているが、それ以前は回答を留保し、本件総会に先立ってY社に反対する旨の通知をしていないから、「反対株主」(785 条 2 項 1 号イ) に当たらない。したがって、買取請求はできない。

第4 設問3②

1 株式交換無効の訴え (828 条 1 項 11 号)

Aは、本件契約が効力を生じる平成 24 年 9 月 1 日にY社の株主であった場合、原告適格を有する (同条 2 項 11 号) から、同日から 6 か月以内に提訴できる。そして、無効事由については、明文はないが、法的安定性を重視すべきであるから、重大な手続違反に限定されると解する。

Aは、本件承認決議に取消事由があることを無効事由として主張できる。もっとも、この主張は、法律関係の早期確定という決議取消訴訟の提訴期間の趣旨から、本件承認決議から 3 か月以内に行う必要がある。

なお、交換比率の不公正については、公正な比率は一義的に定まるものではなく、また、これにより生じる不利益に対しては株式買取請求等の手段を採り得るから、無効事由に当たらないと解する。

2 取締役の責任の追及

(1) 本件交換比率が不公正でも、Y社に損害が生ぜず、Y社取締役は損害賠償責任 (423 条 1 項) を負わない。したがって、Aは、責任追及等の訴えの提起等 (847 条の 2 第 1 項 1 号、2 項、6 項) はできない。

(2) しかし、本件契約の効力発生時、Y社の株主Aは、本件交換比率の不公正により、本来取得できた分のX社株式を取得できず、直接的に「損害」(429 条 1 項) を被っているから、Y社取締役にY社に対する悪意・重過失による任務懈怠があれば、損害賠償請求できる。 以上

〔民事訴訟法〕〔設問１〕と〔設問２〕の配点の割合は、７：３）

次の文章を読んで、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

【事例】

Aは、平成２３年１１月１０日、Bに対し、弁済期を平成２４年１１月１０日として、１０００万円を貸し付けた（以下、この貸付けに基づく貸金債権を「甲債権」という。）。しかし、Bは、弁済期にこれを返済しなかった。

そこで、AがBの現在の財産状況を調査したところ、Bの営む店舗の経営状態が悪化し、甲債権のほかにも、多額の借入金や取引先に対する買掛金の合計１億円余りが弁済期を過ぎても未払となっていること、Bの所有する不動産にはその評価額以上に抵当権が設定されており、平成２５年１月３１日を弁済期とする５００万円の売掛金債権（以下「乙債権」という。）をCに対して有するほか、Bには見るべき資産がないことが判明した。

そこで、平成２５年２月２５日、Aは、Bに代位して、乙債権の支払を求める訴えをCに対して提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「訴訟１」という。）。

〔設問１〕（(1)と(2)は、独立した問題である。）

- (1) Bは、平成２５年３月１４日、訴訟１に係る訴状の送達を受けたCから問い合わせを受けて、訴訟１が第一審に係属中であることを知った。^{※1}Bは、甲債権については、平成２４年１２月１０日にAから免除を受けたとしてその存在を争うとともに、乙債権については、自己に支払うようCに求めたいと考えている。

ア この場合、Bは、訴訟１において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

イ 裁判所は、審理の結果、甲債権は存在せず、乙債権は存在すると判断した場合、どのような判決をすべきか、Aが提起した訴訟１に係る訴え及びアでBが採った手段のそれぞれについて説明しなさい。

- (2) Bが訴訟１の係属の事実を知らないうちに、^{※2}訴訟１について、甲債権は存在すると認められるが、乙債権が存在するとは認められないとして、請求棄却判決がされ、この第一審判決が確定した。その後、Bが、Cに対し、乙債権の支払を求めて訴えを提起した（以下、この訴えに係る訴訟を「訴訟２」という。）ところ、訴訟２の過程において、訴訟１についての上記確定判決の存在が明らかになった。この場合において、訴訟２の受訴裁判所はどのような判決をすべきか、当該受訴裁判所が、審理の結果、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と、これが存在していなかったと判断したときとに分けて説明しなさい。^{※3}

【事例（続き）】〔設問１〕の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

Dは、Bに対して、平成２５年２月１０日を弁済期とする１５００万円の売掛金債権を有しているが、同年４月半ば、Dの取引先でCとも取引関係があるEから、AのCに対する訴訟１が第一審に係属中であると知らされた。

そこで、Dは、顧問弁護士と相談した結果、Aが甲債権を有することを争う必要はないが、このままではAが乙債権の弁済による利益を独占し、自らが弁済を受ける機会を失ってしまうこととなるので、それを避けたいと考えるに至った。

〔設問２〕

この場合、Dは、訴訟１において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか、理由を付して述べなさい。

MEMO

- ※1 「訴訟1に係る訴状の送達を受けたCから問い合わせを受けて、訴訟1が第一審に係属中であることを知った。」とあるのは、「Aから、訴訟1についての訴訟告知を受けた。」とする。
- ※2 「Bが訴訟1の係属の事実を知らないうちに、」とあるのは、「Bが、訴訟1において、民事訴訟法上、どのような手段も採らないうちに、」とする。
- ※3 なお、訴訟2の提起がCとの関係で信義則に反するかどうかについては、検討を要しないものとする。

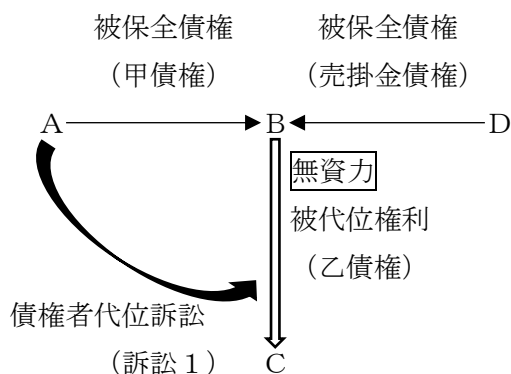
出題の趣旨

本問は、債権者代位訴訟の基本的理解及びそれを踏まえた訴訟参加の基本的理解を問うものである。

設問 1 (1)アは、債権者 A が債権者代位訴訟を提起した場合の債務者 B の当事者適格の有無等の検討を前提に、B がする訴訟参加の形態を問うものである。設問 1 (1)イでは、債権者代位訴訟において債権者 A に当事者適格が認められるためには甲債権が存在すると認められることが必要であること、設問 1 (2)では、これに加えて、債権者代位訴訟の既判力が債務者 B に及ぶかどうかの検討を踏まえて、それぞれの事例について、裁判所がすべき判決内容を論じることが求められる。また、設問 2 は、債権者 A が提起した債権者代位訴訟に係る判決の効力が、債務者 B の他の債権者である D に及ぶかどうかの検討を前提に、D がする訴訟参加の形態を問うものである。

基本ポイント

- 1 本問では、訴訟 1 において、債務者 B が参加するための手段（設問 1）及び代位債権者以外の債権者 D が参加するための手段（設問 2）についての検討を求められているが、解答の前提として、債権者代位訴訟に関する以下の基本的知識が必要である。



<請求の趣旨>

「C は、A に対し、500 万円を支払え。」
(民法 423 条の 3 前段参照)

<訴訟物>

B C 間の売買契約に基づく代金支払請求権
(乙債権)

- (1) 債権者 A が債権者代位訴訟（民法 423 条 1 項）である訴訟 1 を提起する場合、被保全債権である甲債権が A の当事者適格を基礎付ける。したがって、甲債権が存在しないとき、訴訟 1 は訴訟要件を欠くため、裁判所は訴え却下判決をする。
- (2) A が訴訟 1 において、被代位権利である乙債権を行使する場合でも、債務者 B は、乙債権について、実体法上、管理処分権を失わない（同法 423 条の 5 前段）から、訴訟法上、当事者適格を有する。
- (3) B は、訴訟 1 において、「当事者として」参加することができる。また、D は、被保全債権を有する場合、訴訟 1 において、「当事者として」参加することができる。
- (4) 当事者参加には、独立当事者参加（民訴法 47 条）及び共同訴訟参加（同法 52 条）がある。

2 設問 1 (1)アでは、少なくとも、共同訴訟参加と独立当事者参加（権利主張参加）のうちのいずれか一方を挙げた上で、その要件充足性を検討すべきである。そして、共同訴訟参加については、「合一にのみ確定すべき場合」の要件を満たすかどうか、権利主張参加については、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」という要件を満たすかどうかを検討することになる。

また、Bが別訴を提起する場合でないことを踏まえつつ、重複起訴禁止の原則（民訴法 142 条）との関係についても言及する必要がある。

なお、本問の問いは、「Bは、訴訟 1 において、民事訴訟法上、どのような手段を採ることができるか」というものであるから、Bが訴訟 1 以外に別訴を提起した上で、弁論の併合を促すという手段については、検討する必要があると思われる。

3 設問 1 (1)イでは、上記の基本的知識を前提に、訴訟 1 に係る訴えについては訴え却下判決がされるべきであり、また、Bが採った手段については請求認容判決がされるべきであることを簡潔に述べる必要がある。

4 設問 1 (2)では、訴訟 1 の確定判決に生じた既判力が「その他人」であるBに拡張される（民訴法 115 条 1 項 2 号）ところ、それが正当化されるのは、当事者適格を有する者の訴訟追行により、「他人」の手續保障が代替的に確保されたからであることを踏まえて、解答する必要がある。そして、甲債権が存在していた場合には、請求棄却判決がされるべきであり、他方、甲債権が存在していなかった場合には、乙債権の存否についての審理がなされた上で、請求認容又は請求棄却判決がされるべきであることを正しく指摘しなければならない。

なお、平成 29 年民法改正により、代位債権者は債務者に対して訴訟告知をする義務を負うこととなった（民法 423 条の 6）。

5 設問 2 では、債務者Bではなく、代位債権者以外の債権者Dの訴訟 1 における参加の手段を検討することが求められている。そして、Dは、「Aが甲債権を有することを争う必要はない」と考えていることから、共同訴訟参加の可否をメインに論じることになる。

応用ポイント

1	（設問 1 (1)ア）Bのニーズに応えるための手段として、権利主張参加の可否を検討していること →「Bは、甲債権については、平成 24 年 12 月 10 日にAから免除を受けたとしてその存在を争うとともに、乙債権については、自己に支払うようCに求めたいと考えている。」ところ、要件充足性の認められる共同訴訟参加では、甲債権の存在を争うことが困難であることを踏まえ、権利主張参加の可否を検討する。
2	（設問 1 (1)ア）権利主張参加の可否に関してAの請求とBの請求が法律上非両立の関係にあることを事案に即して説明していること

1 第1 設問1(1)ア

2 1 Aが債権者代位訴訟（民法423条1項）である訴訟1を提起して、被
3 代位権利である乙債権を行使しているが、Bは、乙債権について、実体
4 法上、管理処分権を失わない（同法423条の5前段）から、訴訟法上、
5 当事者適格を有する。そのため、Bは、訴訟1に共同訴訟参加（民訴法
6 （以下「法」）52条1項）することが考えられる。そして、後述の通り、
7 訴訟1の確定判決の既判力は、Bに拡張される（法115条1項2号）か
8 ら、「合一にのみ確定すべき場合」に当たるため、Bは、共同訴訟参加す
9 ることができる。

10 2(1)ア もっとも、Bは、甲債権の存在についても争いたいと考えている。

11 そのため、Bは、Aに対して甲債権の不存在確認請求を、Cに対し
12 て乙債権の支払請求をして、訴訟1に権利主張参加（法47条1項後
13 段）することが考えられる。そこで、参加人BがCに対して乙債権
14 の支払請求をすることが、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の
15 権利であることを主張する」という要件を満たすかが問題となる。

16 イ 権利主張参加の趣旨は、訴訟の目的である権利に関する三者間の
17 法律関係を矛盾なく解決する点にある。そこで、この要件は、原告
18 の請求と参加人の請求が法律上非両立の関係にあることを意味する
19 と解する。そして、非両立関係の有無の判断は、訴訟物ではなく、
20 請求の趣旨において判断する。

21 ウ 確かに、訴訟物は、訴訟1の請求も、BのCに対する請求も、共
22 にBC間の売買契約に基づく代金支払請求権（乙債権）であるから、
23 非両立の関係にない。しかし、訴訟1の請求の趣旨は、「Cは、Aに
24 対し、500万円を支払え。」であり（民法423条の3前段）、Bの請
25 求の趣旨は、「Cは、Bに対し、500万円を支払え。」であるところ、
26 Aの当事者適格を基礎付ける甲債権（民法423条1項本文・被保全
27 債権）が存在しない場合、Bの請求が認容されても、訴訟1の請求
28 が認容されることはない。したがって、両請求は非両立の関係にあ
29 るから、上記権利主張参加の要件は満たす。

30 (2)ア しかし、訴訟1の請求とBの請求の訴訟物は、共に乙債権であり、
31 同一である。そこで、重複起訴禁止原則（法142条）に反しないか
32 が問題となる。

33 イ 重複起訴禁止の趣旨は、相手方の応訴の煩、訴訟不経済及び判決
34 の矛盾のおそれという弊害を回避する点にあるところ、権利主張参
35 加がなされた請求は、係属する訴訟の請求と併合審理を強制されて
36 合一確定がされる（法47条4項・40条）から、上記の弊害はなく、
37 重複起訴禁止原則に反しない。

38 ウ したがって、Bの権利主張参加は、重複起訴禁止原則に反しない。

39 (3) よって、Bは、権利主張参加することができる。

40 第2 設問1(1)イ

41 1 訴訟1に係る訴え

42 前述の通り、債権者代位訴訟である訴訟1において、被保全債権であ
43 る甲債権は、Aの当事者適格を基礎付けるものである。したがって、甲
44 債権が存在しないと判断される場合、Aには当事者適格が認められない

ことになる。よって、裁判所は、訴え却下判決をすべきである。

2 Bが採った手段

(1) 共同訴訟参加の場合、裁判所は、BのCに対する乙債権の支払請求について、請求認容判決をすべきである。

(2) 権利主張参加の場合、裁判所は、BのAに対する甲債権の不存在確認請求について、請求認容判決をすべきであり、また、BのCに対する乙債権の支払請求についても、請求認容判決をすべきである。

第3 設問1(2)

1 甲債権が存在していた場合

訴訟1は債権者代位訴訟であるところ、訴訟担当者Aは、「他人」B「のために原告」となっているから、訴訟1の確定判決に生じた既判力は、「その他人」であるBに拡張される（法115条1項2号）。したがって、訴訟2の受訴裁判所は、訴訟1の確定判決の内容と矛盾する判断をすることができないから、請求棄却判決をすべきである。

2 甲債権が存在していなかった場合

この場合、Aには、訴訟1の当事者適格が認められない。そして、既判力の正当化根拠は当事者に手続保障が付与された点にあるところ、既判力の拡張（法115条1項2号）が正当化されるのは、当事者適格を有する者の訴訟追行により、「他人」の手続保障が代替的に確保されたからである。そうすると、当事者適格のないAの訴訟追行によっては、Bの手続保障は代替的に確保されていないから、訴訟1の確定判決に生じた既判力はBに拡張されない。したがって、訴訟2の受訴裁判所は、乙債権の存否につき審理し、請求認容又は請求棄却判決をすべきである。

第4 設問2

1(1) Dは、Bに対する売掛金債権を被保全債権とする債権者代位権の行使として、Cに対して乙債権の支払請求をし、訴訟1に権利主張参加することが考えられる。そこで、「訴訟の目的の全部若しくは一部が自己の権利であることを主張する」という要件を満たすかを検討する。

(2) 被保全債権であるDのBに対する売掛金債権とAのBに対する甲債権が共に存在する場合、D及びAは、各自独立の当事者適格を有するから、DのCに対する請求とAのCに対する請求は非両立の関係にならないため、上記要件を満たさない。よって、Dは、権利主張参加することができない。

2(1) 当事者適格を有するDは、訴訟1に共同訴訟参加（法52条1項）することが考えられる。そこで、「訴訟の目的」である乙債権が「合一にのみ確定すべき場合」に当たるかが問題となる。

(2) この点については、「合一にのみ確定すべき場合」とは、判決内容が共同訴訟人の全員について同一であることをいうと解する。なぜなら、共同訴訟参加により類似必要的共同訴訟（法40条1項）が成立するからである。

(3) 訴訟1の確定判決の既判力は、Bに拡張され（法115条1項2号）、そのBを通じて反射的にDに及ぶから、乙債権についての判決内容は、AとDとで同一となる。したがって、「合一にのみ確定すべき場合」に当たる。よって、Dは、共同訴訟参加することができる。 以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、Vに現金50万円を振り込ませた行為及び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、甲、乙及び丙の罪責を論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、友人である乙に誘われ、以下のような犯行を繰り返していた。

①乙は、犯行を行うための部屋、携帯電話並びに他人名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を準備する。②乙は、犯行当日、甲に、その日の犯行に用いる他人名義の預金口座の口座番号や名義人名を連絡し、乙が雇った預金引出し役に、同口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教える。③甲は、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて電話会社発行の電話帳から抽出した相手に電話をかけ、その息子を装い、交通事故を起こして示談金を要求されているなどと嘘を言い、これを信じた相手に、その日乙が指定した預金口座に現金を振り込ませた後、振り込ませた金額を乙に連絡する。④乙は、振り込ませた金額を預金引出し役に連絡し、預金引出し役は、上記キャッシュカードを使って上記預金口座に振り込まれた現金を引き出し、これを乙に手渡す。⑤引き出した現金の7割を乙が、3割を甲がそれぞれ取得し、預金引出し役は、1万円の日当を乙から受け取る。

- 2 甲は、分け前が少ないことに不満を抱き、乙に無断で、自分で準備した他人名義の預金口座に上記同様の手段で現金を振り込ませて、その全額を自分のものにしようと計画した。そこで、甲は、インターネットを通じて、他人であるAが既に開設していたA名義の預金口座の預金通帳、キャッシュカード及びその暗証番号情報を購入した。

- 3 某日、甲は、上記1の犯行を繰り返す合間に、上記2の計画に基づき、乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて、上記電話帳から新たに抽出したV方に電話をかけ、Vに対し、その息子を装い、「母さん。俺だよ。どうしよう。俺、お酒を飲んで車を運転して、交通事故を起こしちゃった。相手のAが、『示談金50万円をすぐに払わなければ事故のことを警察に言う。』って言うんだよ。警察に言われたら逮捕されてしまう。示談金を払えば逮捕されずに済む。母さん、頼む、助けてほしい。」などと嘘を言った。Vは、電話の相手が息子であり、50万円をAに払わなければ、息子が逮捕されてしまうと信じ、50万円をすぐに準備する旨答えた。甲は、Vに対し、上記A名義の預金口座の口座番号を教え、50万円をすぐに振り込んで上記携帯電話に連絡するように言った。Vは、自宅近くのB銀行C支店において、自己の所有する現金50万円を上記A名義の預金口座に振り込み、上記携帯電話に電話をかけ、甲に振込みを済ませた旨連絡した。

- 4 上記振込みの1時間後、たまたまVに息子から電話があり、Vは、甲の言ったことが嘘であると気づき、警察に被害を申告した。警察の依頼により、上記振込みの3時間後、上記A名義の預金口座の取引の停止措置が講じられた。その時点で、Vが振り込んだ50万円は、同口座から引き出されていなかった。

- 5 甲は、上記振込みの2時間後、友人である丙に、上記2及び3の事情を明かした上、上記A名義の預金口座から現金50万円を引き出してくれれば報酬として5万円を払う旨持ちかけ、丙は、金欲しさからこれを引き受けた。甲は、丙に、上記A名義の預金口座のキャッシュカードを交付して暗証番号を教え、丙は、上記振込みの3時間10分後、現金50万円を引き出すため、D銀行E支店（支店長F）のATMコーナーにおいて、現金自動預払機に上記キャッシュカードを挿入して暗証番号を入力したが、既に同口座の取引の停止措置が講じられていたため、現金を引き出すことができなかった。なお、金融機関は、いずれも、預金取引に関する約款等において、預金口座の譲渡を禁止し、これを預金口座の取引停止事由としており、譲渡された預金口座を利用した取引に応じることはなく、甲、乙及び丙も、これを知っていた。

MEMO

出題の趣旨

本問は、乙と共に振り込め詐欺を繰り返していた甲が、利益を独占するため、乙に無断で、それまでと同様の方法で別の被害者をだまし、現金50万円を甲が予めキャッシュカード等を入手していた他人名義の預金口座に振り込ませることに成功し、甲からの依頼を受けた丙が、同口座から現金を引き出そうとしたが、直前に同口座が凍結されたため引出しが失敗に終わったという事案を素材として、事案を的確に分析する能力を問うとともに、詐欺罪の客体、実行行為及びその既遂時期、共謀共同正犯の成立要件、窃盗未遂罪の成否等に関する基本的理解とその事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われているかを問うものである。

基本ポイント

- 1 本問では、Vに現金50万円を振り込ませた行為（以下「行為1」という。）及び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（以下「行為2」という。）について、甲、乙及び丙の罪責を検討することが求められている（なお、行為2に関し、建造物侵入についての検討は求められていないと思われる。）。そして、行為1については、その実行行為者が甲であり、乙に共犯が成立し得ること、また、行為2については、その実行行為者が丙であり、甲に共犯が成立し得ることを確認した上で、各々の罪責を論じることになる。
- 2 行為1については、まず、甲の詐欺罪の成否が問題となる。この検討においては、各構成要件要素を端的に挙げつつ、事案に即して当てはめることになる。
そして、甲に詐欺既遂罪又は詐欺未遂罪が成立することを前提に、次に、乙の共犯の成否が問題となる。この点について、行為1は、甲が乙に無断で行ったものであり、乙が認識していないものであるから、直観的に、乙には共犯が成立しないという判断に傾くと思えるが、共犯が成立しないと考えた場合、その理由として、共犯の成立要件のうちどの要件を満たさないのかということを説明する必要がある。
- 3 行為2については、まず、丙の窃盗未遂罪の成否が問題となる。ここでは、「窃取」の意義を踏まえた上で、窃盗罪の実行の着手が認められるかどうかを論じることになるところ、既にA名義の預金口座には取引停止措置がされており、預金の引出しが不可能な状態であったことから、不能犯に当たるため、実行の着手が認められないのではないかという観点からの検討をする必要がある。その解答の際には、不能犯と未遂犯の区別基準を示した上で、当てはめを行うことになる。
そして、丙に窃盗未遂罪が成立すると考えた場合、次に、甲の共犯の成否が問題となる。この点については、共謀共同正犯の成否を検討することになるところ、その成立要件を挙げた上で、事案に即して当てはめることになる。なお、共同正犯には、実行共同

正犯と共謀共同正犯があるが、その違いは、共謀に基づく実行行為を共謀者全員が行ったか、共謀者のうちの一部の者だけが行ったかという点にあるにとどまるから、その成立要件については、共通して、①共謀（意思連絡と正犯意思）及び②共謀に基づく共謀参加者による実行行為であると理解すると良い。

応用ポイント

1	（甲及び乙の罪責）振り込め詐欺の処理に関して1項詐欺罪と構成する見解と2項詐欺罪と構成する見解があることを踏まえ、自己の立場を明らかにした上で、その立場から、詐欺罪の成否につき論理的に処理していること →自己の立場から、詐欺罪の既遂時期に言及する。そして、Vが50万円をA名義の預金口座に振込んだ時点で既遂になるとする場合、50万円を引き出す行為は、詐欺罪の実行行為の一部とはならないから、これを前提に窃盗罪の成否を検討する。
2	（丙の罪責）丙が暗証番号を入力した時点で窃盗罪の実行の着手が認められるかどうかを検討していること
3	（乙の罪責）共同正犯及び狭義の共犯に分けて検討していること

1 第1 甲の罪責

2 1(1) 甲は、Vに対し、その息子を装って交通事故の示談金が至急必要で
3 ある旨の嘘を言い、自己の管理するA名義の預金口座（以下「本件口
4 座」）に50万円を振り込ませている（以下「行為1」）。そこで、行為
5 1に詐欺罪（刑法（以下略）246条1項）が成立するか。

6 (2)ア 前提として、振り込め詐欺の処理に関しては、犯人が取得したも
7 のは預金債権という財産上の利益（246条2項）であるとし、2項
8 詐欺罪として構成する見解もある。しかし、振り込め詐欺の犯人は、
9 自己の管理する口座に金銭を振り込ませれば、その金額の預金を自
10 由に払い戻すことができるから、犯人と被害者との間では、現実の
11 現金の授受があったものと同視できる。したがって、1項詐欺罪と
12 して構成すべきであると解する。

13 イ まず、欺く行為とは、財物の交付に向けて人を錯誤に陥れること
14 であり、その内容は、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽るこ
15 とをいうと解する。Vは、甲を息子と誤認しなければ、50万円を振
16 り込まなかったはずであるから、甲の嘘は、50万円の交付に向けて
17 Vを錯誤に陥れるものであり、Vの交付の判断の基礎となる重要な
18 事項を偽るものであるため、欺く行為に当たる。

19 また、甲の欺く行為により、Vは錯誤に陥り、50万円を振り込ん
20 でいるから交付行為も認められる。

21 ウ そして、甲は、預金を自由に払い戻すことができる状態になれば
22 占有を取得したといえるから、Vが本件口座に50万円を振り込ん
23 だ時点で既遂となる。なお、本件口座の取引停止措置が講じられた
24 のは、Vの振込みの3時間後であるから、結論に影響しない。

25 (3) したがって、甲には、1項詐欺罪が成立する（罪①）。

26 2(1) 後述の通り、丙が本件口座から50万円を引き出そうとした行為（以
27 下「行為2」）について、窃盗未遂罪（243条・235条）が成立すると
28 ころ、行為2は、甲の依頼に基づくものである。そこで、甲に、同罪
29 の共同正犯（60条）が成立するか。共謀共同正犯の成否が問題となる。

30 (2) 共同正犯の処罰根拠は、関与者間の共同関係の下、自己の行為が結
31 果に対して重大な因果性を与えた点にある。そこで、共謀（意思連絡
32 と正犯意思）及び共謀に基づく共謀参加者による実行行為が認められ
33 る場合、共謀共同正犯が成立すると解する。

34 (3) 甲と丙は、本件口座にVから50万円が振り込まれるまでの事情及
35 び丙がその50万円を引き出すことを相互に認識しているから、意思
36 連絡がある。また、甲は丙の引出行為により自己が詐取した金銭を現
37 実に手にする立場にあるから、正犯意思もある。したがって、共謀が
38 認められる。そして、丙の行為2は、共謀に基づく実行行為といえる。
39 よって、甲には、窃盗未遂罪の共同正犯が成立する（罪②）。

40 3 以上より、甲には、罪①及び②が成立し、併合罪（45条前段）となる。

41 第2 丙の罪責

42 1 丙は、ATMから本件口座の50万円を引き出そうとしたが、引き出す
43 ことができなかった。そこで、行為2に窃盗未遂罪が成立するか。

44 2(1) 「窃取」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に反して、自

己又は第三者の占有に移転させることをいうと解する。

本件口座の 50 万円はATMを管理するD銀行E支店支店長Fが占有する現金である。そして、金融機関は、預金取引に関する約款等により、譲渡された預金口座を利用した取引に応じないから、本件口座から現金を引き出した場合、その行為は、占有者Fの意思に反する占有移転となる。したがって、ATMでの引出行為は「窃取」に当たる。

(2) そして、ATMにキャッシュカードを挿入して暗証番号を入力する行為は、本件口座の 50 万円を引き出す行為と密接な行為であり、「窃取」の実現に至る客観的危険性を有するといえる。そうすると、暗証番号を入力した時点で、窃盗罪の実行の着手（43 条本文）が認められるとも思える。

(3) もっとも、丙が 50 万円を引き出そうとした時点で、本件口座には既に取引停止措置が講じられていたため、丙は、本件口座から 50 万円を引き出すことは不可能であった。そこで、不能犯と未遂犯との区別が問題となる。

未遂犯の処罰根拠は、当該行為に構成要件的結果発生の客観的危険性が認められる点にある。そこで、行為時に一般人が認識し得た事実及び行為者が特に認識していた事実を基礎に、一般人の立場から危険性の有無を判断して区別すべきであると解する。

丙は、ATMにキャッシュカードを挿入して本件口座の正しい暗証番号を入力しているところ、この事実を基礎とすると、一般人は 50 万円が引き出される危険性を感じるといえる。したがって、不能犯とはならず、窃盗罪の実行の着手が認められる。

3 以上より、丙には、窃盗未遂罪が成立し、甲と共同正犯となる。

第3 乙の罪責

1 乙は、甲と共謀して、①から⑤の段取りで振り込め詐欺を繰り返していた。しかし、行為1は、甲が自ら購入した本件口座を利用している点及び預金の引出し役が甲の友人丙である点で①ないし③と異なり、甲が自己の利益のために乙に無断で計画したものであるから、甲乙間の従前からの共謀に基づくものではない。そして、甲は行為1を乙に無断で行っているから、甲乙間には意思連絡がなく、乙に正犯意思もないといえるため、新たな共謀も認められない。したがって、乙には、1項詐欺罪の共同正犯は成立しない。

2 しかし、甲は、行為1を乙の準備した部屋から、乙の準備した携帯電話を用いて行っている。そこで、乙には、1項詐欺罪の幫助犯（62 条1項）が成立するか。

「幫助」とは、実行行為以外の方法で正犯の実行行為を容易にすることをいうと解する。

乙は、部屋と携帯電話を準備したことにより、甲の行為1を物理的に容易にしているため、客観的に幫助に当たる。しかし、乙は、乙が準備した部屋と携帯電話を用いて、甲が行為1を行うことを認識・認容していなかったといえるから、幫助の故意が認められない。したがって、乙には、1項詐欺罪の幫助犯も成立しない。

3 以上より、乙には犯罪が成立しない。 以上

[刑事訴訟法]

次の記述を読んで、後記〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

甲は、傷害罪の共同正犯として、「被告人は、乙と共謀の上、平成 25 年 3 月 14 日午前 1 時頃、L 市 M 町 1 丁目 2 番 3 号先路上において、V に対し、頭部を拳で殴打して転倒させた上、コンクリート製縁石にその頭部を多数回打ち付ける暴行を加え、よって、同人に加療期間不明の頭部打撲及び脳挫傷の傷害を負わせたものである。」との公訴事実が記載された起訴状により、公訴を提起された。

〔設問 1〕

冒頭手続において、甲の弁護人から裁判長に対し、実行行為者が誰であることを釈明するよう検察官に命じられたい旨の申出があった場合、裁判長はどうすべきか、論じなさい。

〔設問 2〕

冒頭手続において、検察官が、「実行行為者は乙のみである。」と釈明した場合、裁判所が、実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪の判決をすることは許されるか。判決の内容及びそれに至る手続について、問題となり得る点を挙げて論じなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、共同正犯者2名による傷害被告事件について、冒頭手続において、弁護人から裁判長に対し、検察官に実行行為者を特定するよう求釈明されたい旨の申出があった場合の裁判長のとるべき措置、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をする場合の判決の内容、及び手続上の問題点を検討させることにより、起訴状における訴因の明示、これと論理的に関連する訴因についての義務的求釈明の要否、これと論理的に関連する釈明内容と異なる事実を認定する場合の手続上の措置、および択一的認定の可否について、基本的な学識の有無及び具体的事案に対する応用力を試すものである。

基本ポイント

- 1 本問の解答においては、以下の判例に関する知識・理解を有していることが前提とされている。なお、この判例は、短答式試験でも判旨そのものが掲載されて出題されている（司法H21-32、予備H28-21）。

判例（最決平13.4.11）

「そもそも、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考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、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。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」

この判例は、殺人罪の共同正犯の事案に関するものであるが、本問の解答の指針となる。

- 2 設問1では、甲の弁護人からの求釈明の申出・求め（刑訴規則208条3項）に応じて、裁判長が求釈明（同条1項）をする義務を負うかが問われている。そして、公訴

事実の記載において、訴因を明示するには、「罪となるべき事実」の特定が要求される（刑法（以下「法」という。）256条3項）ことから、「罪となるべき事実」の特定を欠き、訴因の特定が認められない場合、裁判長は、検察官に対し、求釈明をする義務を負う（義務的求釈明）。なお、この求釈明に対して検察官が応じないとき、裁判長は、公訴棄却判決（法338条4号）をすることになる。

そこで、設問1の検討においては、上記判例を踏まえて、「罪となるべき事実」の特定（＝「訴因」の特定）が認められるかどうかを判断する。そして、解答に際しては、訴因の機能から論述することになる。

- 3 設問2では、①判決の内容及び②それに至る手続について検討することが求められているため、両者を区別して論述することを心掛ける必要がある。そして、①に関しては、択一的認定の可否（法333条1項又は335条1項の解釈）が問題となり、また、②に関しては、訴因変更手続ないし争点顕在化措置が採られるべきであったかどうかの問題となる。これらの問題点についての検討においても上記判例を踏まえることになる。

応用ポイント

1	（設問1）「罪となるべき事実」の特定性が肯定されるための要件を挙げて検討していること
2	（設問2）訴因変更の要否に関する結論を前提に論理的に一貫した論述をしていること →訴因変更が必要であると考えた場合、訴因変更をすることなく行われた裁判所の認定は、訴因逸脱認定となり、不告不理原則（法378条3号後段）違反及び訴訟手続の法令違反（法379条）となる。他方、訴因変更は不要であると考えた場合においても、争点顕在化措置が採られるべきであったにもかかわらず、これが採られなかったときには、裁判所の認定は、争点逸脱認定となり、訴訟手続の法令違反となる。
3	本問全体を通じて論理的に一貫した論述をしていること →共同正犯の訴因において、実行行為者の記載は、訴因の特定のために不要であると考えた場合、裁判長は、求釈明義務を負わないことになり、また、訴因変更手続を採ることも不要となり、さらに、裁判所は、実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪の判決をすることができる。

1 第1 設問1

2 1 本件公訴事実からは、傷害罪の実行行為者が甲又は乙のいずれである
3 かが明らかでない。しかし、公訴事実の記載において、訴因を明示する
4 には、「罪となるべき事実」の特定が要求される（刑訴法（以下「法」）
5 256 条3項）。したがって、「罪となるべき事実」の特定を欠き、訴因の
6 特定が認められない場合、裁判長は、検察官に対し、求釈明（刑訴規則
7 208 条）をする義務を負う（義務的求釈明）。他方、訴因の特定が認めら
8 れる場合でも、裁判長は、検察官に対し、求釈明をすることができるが、
9 その義務は負わない（裁量的求釈明）。

10 そこで、本件公訴事実が訴因の特定の要求を満たすかが問題となる。

11 2 当事者主義的訴訟構造（法 256 条6項、312 条1項等）の下、裁判所
12 の審判対象は、一方当事者たる検察官の主張する具体的事実である訴因
13 である。そうすると、訴因の機能は、裁判所に対して審判対象を限定す
14 ること（審判対象画定機能）と被告人に対して防御の範囲を示すこと（防
15 御権告知機能）となる。そして、両機能は表裏の関係にあると解される
16 から、審判対象が画定されている場合、防御の範囲も明示されていると
17 いえる。そこで、審判対象画定機能の観点から、訴因の特定が認められ
18 るためには、「罪となるべき事実」として、他の犯罪事実と識別可能な程
19 度の記載がされ、かつ、被告人の行為が特定の構成要件に該当するかど
20 うかを判定できる程度の記載がされていることが必要であると解する。

21 3 本件公訴事実、甲を乙との傷害罪の共同正犯とするものであるところ、
22 共謀に基づき共謀関与者の全部又は一部が実行行為を行えば、実行
23 行為の担当の有無を問わず、共謀関与者は、共同正犯となる（刑法 60 条）。
24 そうすると、共同正犯においては、実行行為者が誰であるかが不明であ
25 っても、被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するか否かを判定す
26 ることができ、また、他の犯罪事実との識別もできる。したがって、傷
27 害罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者が誰であるかが明示さ
28 れていなくとも、「罪となるべき事実」の特定に欠けるものとはいえない
29 から、訴因の特定は認められる。

30 よって、裁判長は、求釈明をする義務を負わない。

31 なお、共同正犯の訴因において、実行行為者が誰であるかは、一般的
32 に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、求釈明をするのが望
33 ましい。

34 第2 設問2

35 1 判決の内容

36 (1) 裁判所は、傷害罪の共同正犯における実行行為者について、「甲又は
37 乙あるいはその両名」と認定して有罪判決をすることが許されるか。
38 このような択一的認定は、「被告事件について犯罪の証明があった」（法
39 333 条1項）とはいえず、同条項に反しないかが問題となる。

40 (2) 同条項の「被告事件」とは訴因を意味し、また「犯罪の証明」とは
41 合理的疑いを超える証明を意味する。他方、訴因の「罪となるべき事
42 実」のうち、その特定にとって不可欠でない事実については、本来、
43 裁判所は、認定しなくとも、判決の「罪となるべき事実」（法 335 条1
44 項）を特定でき、有罪判決ができる。したがって、訴因の「罪となる

べき事実」の特定にとって不可欠でない事実については、合理的疑いを超える証明は不要であると解する。

- (3) 共同正犯における実行行為者が誰であるかということは、訴因の「罪となるべき事実」の特定にとって不可欠な事実ではない。したがって、裁判所は、傷害罪の共同正犯における実行行為者について、「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪判決をすることが許される。

2 判決に至る手続

- (1) 検察官が「実行行為者は乙のみである。」と釈明した場合において、裁判所が実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪判決をするとき、裁判所は、訴因変更（法312条1項）等の手続を採らなければ、不告不理原則（法378条3号後段）違反又は訴訟手続の法令違反（法379条）となるかが問題となる。

- (2) 前述の通り、裁判所の審判対象は、一方当事者たる検察官の主張する具体的事実である訴因である。そうすると、検察官の主張する具体的事実に変更が生じた場合、訴因変更手続が必要となるのが原則である。もっとも、わずかな事実の食い違いが生じた場合にも、常に訴因変更手続を必要とすると訴訟経済に反する。そこで、まず、審判対象画定のために不可欠な事項が変動した場合、訴因変更手続が必要であると解する。しかし、それ以外でも、一般的に被告人の防御にとって重要な事項につき、争点明確化のため、検察官が訴因において明示したときは、裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続が必要であると解する。もっとも、審理経過等から、被告人にとって不意打ちとならず、かつ、不利益とならない場合には、例外的に、訴因変更手続は不要であると解する。

- (3)ア 検察官は、「実行行為者は乙のみである。」と釈明しているが、共同正犯における実行行為者が誰であるかという事実は、訴因の「罪となるべき事実」の特定にとって不可欠な事実ではない。そうすると、この事実は、審判対象画定のために不可欠な事項ではなく、また、検察官の釈明によって訴因の内容となるわけではない。したがって、この釈明内容と異なる事実を認定する場合でも、訴因変更手続は不要である。よって、不告不理原則には違反しない。

イ もっとも、本件では、冒頭手続において、甲の弁護人から裁判長に対し、実行行為者が誰であることを釈明するよう検察官に命じられた旨の申出があり、これに対し、検察官が「実行行為者は乙のみである。」と釈明していることから、当初、実行行為者が甲であるかどうかは争点でなかったといえる。そうすると、裁判所は、実行行為者を乙以外の人物であると認定する場合、その前提として、釈明権（刑訴規則208条1項）を行使し、本件で実行行為者が争点となることを顕在化する措置を採ることにより、被告人である甲への不意打ちを防止する必要があった。したがって、具体的審理経過におけるその他の事情によっては、裁判所が、上記の争点顕在化措置を採ることなく、実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定することは、被告人甲に対して不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するから、訴訟手続の法令違反となる。 以上

【民 事】〔設問 1〕から〔設問 5〕までの配点の割合は、12 : 5 : 8 : 17 : 8)

司法試験予備試験用法文及び本問末尾添付の資料を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問 1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私は、平成17年12月1日から「マンション甲」の301号室（以下「本件建物」といいます。）を所有していたAから、平成24年9月3日、本件建物を代金500万円で買い受け（以下「本件売買契約」といいます。）、同日、Aに代金500万円を支払い、本件建物の所有権移転登記を具備しました。

本件建物には現在Yが居住していますが、Aの話によれば、Yが本件建物に居住するようになった経緯は次のとおりです。

Aは、平成23年4月1日、Bに対し、本件建物を、賃貸期間を定めずに賃料1か月5万円とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」といいます。）を締結し、これに基づき、本件建物を引き渡しました。ところが、Bは、平成24年4月2日、Bの息子であるYに対し、Aの承諾を得ずに、本件建物を、賃貸期間を定めずに賃料1か月5万円とする賃貸借契約（以下「本件転貸借契約」といいます。）を締結し、これに基づき、本件建物を引き渡しました。こうして、Yが本件建物に居住するようになりました。

そこで、Aは、同年7月16日、Bに対し、Aに無断で本件転貸借契約を締結したことを理由に、本件賃貸借契約を解除するとの意思表示をし、数日後、Yに対し、本件建物の明渡しを求めました。しかし、Yは、本件建物の明渡しを拒否し、本件建物に居住し続けています。

このような次第ですので、私は、Yに対し、本件建物の明渡しを求めます。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、所有権に基づく返還請求権としての建物明渡し請求権を訴訟物として、本件建物の明渡しを求める訴えを提起した。そして、弁護士Pは、その訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として、次の各事実を主張した（なお、以下では、これらの事実が請求を理由づける事実となることを前提に考えてよい。）。

① Aは、平成23年4月1日当時、本件建物を所有していたところ、Xに対し、平成24年9月3日、本件建物を代金500万円で売ったとの事実

② Yは、本件建物を占有しているとの事実

上記各事実が記載された訴状の副本を受け取ったYは、弁護士Qに相談をした。Yの相談内容は次のとおりである。

【Yの相談内容】

「Aが平成23年4月1日当時本件建物を所有していたこと、AがXに対して平成24年9月3日に本件建物を代金500万円で売ったことは、Xの主張するとおりです。

しかし、Aは、私の父であるBとの間で、平成23年4月1日、本件建物を、賃貸期間を定めずに賃料1か月5万円で賃貸し（本件賃貸借契約）、同日、Bに対し、本件賃貸借契約に基づき、本件建物を引き渡しました。そして、本件賃貸借契約を締結する際、Aは、Bに対し、本件建物を転貸することを承諾すると約したところ（以下、この約定を「本件特約」といいます。）、Bは、本件特約に基づき、私との間で、平成24年4月2日、本件建物を、賃貸期間を定めずに賃料1

か月5万円で賃貸し（本件転貸借契約）、同日、私に対し、本件転貸借契約に基づき、本件建物を引き渡しました。その後、私は、本件建物に居住しています。

このような次第ですので、私にはXに本件建物を明け渡す義務はないと思います。」

そこで、弁護士Qは、答弁書において、Xの主張する請求を理由づける事実を認めた上で、占有権原の抗弁の抗弁事実として次の各事実を主張した。

③ Aは、Bに対し、平成23年4月1日、本件建物を、期間の定めなく、賃料1か月5万円で賃貸したとの事実。

④ Aは、Bに対し、同日、③の賃貸借契約に基づき、本件建物を引き渡したとの事実。

⑤ Bは、Yに対し、平成24年4月2日、本件建物を、期間の定めなく、賃料1か月5万円で賃貸したとの事実。

⑥ Bは、Yに対し、同日、⑤の賃貸借契約に基づき、本件建物を引き渡したとの事実。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。

- (1) 本件において上記④の事実が占有権原の抗弁の抗弁事実として必要になる理由を説明しなさい。
- (2) 弁護士Qが主張する必要がある占有権原の抗弁の抗弁事実は、上記③から⑥までの各事実だけで足りるか。結論とその理由を説明しなさい。ただし、本設問においては、本件転貸借契約締結の背信性の有無に関する事実を検討する必要はない。

〔設問2〕

平成24年11月1日の本件の第1回口頭弁論期日において、弁護士Qは、本件特約があった事実を立証するための証拠として、次のような賃貸借契約書（斜体部分は全て手書きである。以下「本件契約書」という。）を提出した。

賃貸借契約書

- 1 AはBに対し、本日から、Aが所有する「マンション甲」301号室を賃貸し、Bはこれを賃借する。
- 2 賃料は1か月金5万円とし、Bは、毎月末日限り翌月分をAに支払うものとする。
- 3 本契約書に定めがない事項は、誠意をもって協議し、解決するものとする。
- 4 Aは、Bが上記建物を転貸することを承諾する。**

以上のとおり、契約が成立したので、本書を2通作成し、AB各1通を保有する。

平成23年4月1日

賃貸人 **A** A印

賃借人 **B** B印

本件契約書について、弁護士PがXに第1回口頭弁論期日の前に確認したところ、Xの言い分は次のとおりであった。

【Xの言い分】

「Aに本件契約書を見せたところ、Aは次のとおり述べていました。

『本件契約書末尾の私の署名押印は、私がしたものです。しかし、本件契約書に記載されている本件特約は、私が記載したものではありません。本件特約は、B又はYが、後で書き加えたものだと思います。』

そこで、弁護士Pは、第1回口頭弁論期日において、本件契約書の成立の真正を否認したが、それに加え、本件特約がなかった事実を立証するための証拠の申出をすることを考えている。次回期日までに、弁護士Pが申出を検討すべき証拠には、どのようなものが考えられるか。その内容を簡潔に説明しなさい。なお、本設問に解答するに当たっては、次の〔設問3〕の⑦の事実を前提にすること。

〔設問3〕

本件の第1回口頭弁論期日の1週間後、弁護士Qは、Yから次の事実を聞かされた。

⑦ 本件の第1回口頭弁論期日の翌日にBが死亡し、Yの母も半年前に死亡しており、Bの相続人は息子のYだけであるとの事実

これを前提に、次の各問いに答えなさい。

- (1) 上記⑦の事実を踏まえると、弁護士Qが主張すべき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。なお、当該抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。
- (2) 弁護士Pは、(1)の占有権原の抗弁に対して、どのような再抗弁を主張することになるか。その再抗弁の内容を端的に記載しなさい。なお、当該再抗弁を構成する具体的事実を記載する必要はない。

〔設問4〕

本件においては、〔設問3〕の(1)の占有権原の抗弁及び(2)の再抗弁がいずれも適切に主張されるとともに、〔設問1〕の①から⑥までの各事実及び〔設問3〕の⑦の事実は、全て当事者間に争いがなかった。そして、証拠調べの結果、裁判所は、次の事実があったとの心証を形成した。

【事実】

本件建物は、乙市内に存在するマンションの一室で、間取りは1DKである。Aは、平成17年12月1日、本件建物を当時の所有者から賃貸目的で代金600万円で買い受け、その後、第三者に賃料1か月8万円で賃貸していたが、平成22年4月1日から本件建物は空き家になっていた。

平成23年3月、Aは、長年の友人であるBから、転勤で乙市に単身赴任することになったとの連絡を受けた。AがBに転居先を確認したところ、まだ決まっていないとのことであったため、Aは、Bに本件建物を紹介し、本件賃貸借契約が締結された。なお、賃料は、友人としてのAの計らいで、相場より安い1か月5万円とされた。

平成24年3月、Bの長男であるY（当時25歳）が乙市内の丙会社に就職し、乙市内に居住することになった。Yは、22歳で大学を卒業後、就職もせずに遊んでおり、平成24年3月当時、貸金業者から約150万円の借金をしていた。そこで、Bは、Yが借金を少しでも返済しやすくするため、Aから安い賃料で借りていた本件建物をYに転貸し、自分は乙市内の別のマンションを借りて引っ越すことにした。こうして、本件転貸借契約が締結された。

本件転貸借契約後も、BはAに対し、約定どおり毎月の賃料を支払ってきたが、同年7月5日、本件転貸借契約の締結を知ったAは、同月16日、Bに対し、本件転貸借契約を締結したことについて異議を述べた。これに対し、Bは、転貸借契約を締結するのに賃貸人の承諾が必要である

ことは知らなかった，しかし，賃料は自分がAにきちんと支払っており，Aに迷惑はかけていないのだから，いいではないかと述べた。Aは，Bの開き直った態度に腹を立て，貸金業者から借金をしているYは信用できない，Yに本件建物を無断で転貸したことを理由に本件賃貸借契約を解除すると述べた。しかし，Bは，解除は納得できない，せっかくYが就職して真面目に生活するようになったのに，解除は不当であると述べた。

その後，Bは，無断転貸ではなかったことにするため，本件契約書に本件特約を書き加えた。そして，Bは，Yに対し，本件転貸借契約の締結についてはAの承諾を得ていると嘘をつき，Yは，これを信じて本件建物に居住し続けた。

この場合，裁判所は，平成24年7月16日にAがした本件賃貸借契約の解除の効力について，どのような判断をすることになると考えられるか。結論とその理由を説明しなさい。なお，上記事実は全て当事者が口頭弁論期日において主張しているものとする。

〔設問5〕

弁護士Pは，平成15年頃から継続的にAの法律相談を受けてきた経緯があり，本件についても，Aが本件転貸借契約の締結を知った翌日の平成24年7月6日，Aから相談を受けていた。その際，弁護士Pは，Aに対し，本件建物を売却するのであれば，無断転貸を理由に本件賃貸借契約を解除してYから本件建物の明渡しを受けた後の方が本件建物を売却しやすいとアドバイスした。

その後，Aは，無断転貸を理由に本件賃貸借契約を解除したが，Yから本件建物の明渡しを受ける前に本件建物をXに売却した。その際，Aは，Xから，本件建物の明渡しをYに求めようと思うので弁護士を紹介してほしいと頼まれ，本件の経緯を知っている弁護士PをXに紹介した。

弁護士Pは，Aとの関係から，Xの依頼を受けざるを得ない立場にあるが，受任するとした場合，受任するに当たってXに何を説明すべきか（弁護士報酬及び費用は除く。）について述べなさい。

出題の趣旨

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。

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。

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。

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。

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。

基本ポイント

- 1 設問 1 及び設問 3 では、要件事実及び主張整理に関する理解が問われている（なお、設問 3 は、それ自体が応用的な問題であるが、解答のための基本ラインを提示する便宜上、基本ポイントの中で取り扱うこととする。）。また、設問 4 では、その理解を前提に、裁判所の立場から、A による解除の効力に関し、賃借人 B に背信行為と認めるに足りない特段の事情があるかどうかについての事実認定を行うことが求められている。X 及び Y の相談内容から両者の攻撃防御の枠組みを A の死亡の前後に分けてまとめると以下の通りになる。

請求の趣旨：被告は、原告に対し、本件建物を明け渡せ

訴訟物：所有権に基づく返還請求権としての建物明渡請求権 1 個

A の死亡前（設問 1）

請求原因	抗弁	再抗弁
建物明渡し（所有権） ① A 所有・A X 間売買 ② Y 占有	占有権原—転貸借（承諾） ③ A B 間賃貸借 ④ ③に基づく引渡し ⑤ B Y 間賃貸借 ⑥ ⑤に基づく引渡し ⑦ 転貸についての A の承諾	—

	占有権原－転貸借（非背信性の評価根拠事実） ⑧③から⑥までと同じ ⑨非背信性の評価根拠事実 ⑦親子 ④賃料同額	非背信性の評価障害事実 ⑦家計別 ⑤賃料安い		
Aの死亡後（設問3）※Yの転借権は混同により消滅するため賃借権の相続を検討する。				
請求原因	抗弁	再抗弁	再々抗弁	再々々抗弁
建物明渡し（所有権） ①A所有・AX 間売買 ②Y占有	占有権原－賃貸借 ③AB間賃貸借 ④③に基づく引渡し ⑤B死亡 ⑥YはBの子	無断転貸解除 ⑦BY間賃貸借 ⑧⑦に基づく引渡し（・使用収益） ⑨AのBに対する解除の意思表示	⑩転貸についての承諾 ⑪非背信性の評価根拠事実 ⑦親子 ④賃料同額	⑫非背信性の評価障害事実 ⑦家計別 ⑤賃料安い

合格するためには、設問1小問(1)で、④の事実が占有の適法性を基礎付ける事実であることを説明すること、設問1小問(2)で、Aによる承諾の事実も抗弁事実であることを正しく指摘すること、設問3小問(2)で、再抗弁の内容として、無断転貸解除を挙げることが必要となる。また、設問4では、裁判所が心証を形成した事実の中から、非背信性の評価根拠事実及び評価障害事実を複数摘示し、結論を示すことが大切である。

- 設問2では、Pが申出を検討すべき証拠を最低1つは挙げる必要がある。なお、検討の際は、人証（証人、鑑定人、当事者）・物証（文書、検証物）という観点から行うと良い。
- 設問5では、基本規程29条1項を摘示することが必須となる。その上で、XとAの利益が衝突するおそれがあることを踏まえて、基本規程27条1号（「相手方の協議を受けて賛助し…た事件」）ないし28条2号（「継続的な法律事務の提供を約している者」）に言及することが必要である。

応用ポイント

1	（設問1小問(1)）対抗要件具備の事実としての法律上の意義についての言及 →賃貸借に基づく占有権原を主張する者が対抗要件具備まで積極的に（抗弁として）主張する必要があるかどうかについては争いがある。この点について、必要説は、債権である賃借権は、対抗要件を具備することで初めて、新たな物権取得者に主張できる占有権原となるから、対抗要件具備についても併せて主張する必要がある
---	--

	とする。他方、不要説は、賃借人は、登記欠缺を主張する正当な利益を有する第三者（民法 177 条）であり、物権相互間の対抗関係と同様の関係に立つから、新所有者から対抗要件を具備するまで賃借人の権利を認めないとの権利主張（再抗弁）があった場合に、対抗要件具備を主張すること（再々抗弁）で足りるとする。
2	（設問 2）A の所持する賃貸借契約書の指摘 →本件契約書中の「本書を 2 通作成し，A B 各 1 通を保有する」を手掛かりに，A 保有の賃貸借契約書に本件特約の記載がなければ，本件契約書に記載された本件特約は B 又は Y が事後に書き加えたものであることが推認されることを説明する。
3	（設問 3 小問(1)）Y の占有権原の抗弁の内容が転貸借から賃貸借に変更することの指摘 →B の死亡により，Y の転借権は混同により消滅する反面，Y は B の賃借権を相続することになる。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 小問(1)

- 3 (1) Qの主張する占有権原の抗弁は、転貸借に基づくものであるから、
4 その前提として、賃貸借に基づく占有権原が認められる必要がある。
5 (2) まず、賃貸借契約の成立要件は、「当事者の一方がある物の使用及び
6 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
7 支払うこと及び引渡しを受けた物を…返還することを約すること」で
8 ある(民法601条)から、目的物の引渡し自体は、成立要件ではない。
9 そのため、目的物の占有が適法であることを基礎付ける必要があると
10 ころ、目的物の占有と賃貸借契約との間に関連性があれば、占有の適
11 法性を基礎付けることができる。そこで、目的物の占有と賃貸借契約
12 との間に関連性があることを示す事実として、④が必要となる。
13 (3) また、建物の賃貸借は、建物の引渡しがあったときは、その後その
14 建物について物権を取得した者に対抗できる(借地借家法31条)。そ
15 して、債権である賃借権は、対抗要件を具備することで初めて、新た
16 な物権取得者に主張できるものとなるから、対抗要件具備の事実につ
17 いても併せて主張する必要があると解する。そのため、Bが本件建物
18 の引渡しを受けた後に、XがAから本件建物を取得したことを示す事
19 実としても、④が必要となる。

20 2 小問(2)

- 21 (1) ③から⑥までの事実だけでは足りない。
22 (2) 賃貸借契約は、契約当事者間の信頼関係を基礎とするものであるか
23 ら、賃貸目的物の転貸は、原則として認められず、賃貸人の承諾があ
24 った場合に、例外的に認められると解する。したがって、「賃貸人の承
25 諾」(民法612条1項)の要件に関しては、転貸を主張する側が転貸の
26 事実と併せて、これに該当する具体的事実を主張する必要がある。本
27 件では、③から⑥までの事実に加えて、Aが、B又はYに対し、Bに
28 対する解除の意思表示より前に、⑤の賃貸借契約を承諾する旨の意思
29 表示をしたとの事実も必要となる。

30 第2 設問2

31 書証では、Aの保有する賃貸借契約書が考えられる。なぜなら、本件
32 契約書によれば、「本書を2通作成し、AB各1通を保有する」ところ、
33 A保有の賃貸借契約書に本件特約の記載がなければ、本件契約書に記載
34 された本件特約はB又はYが事後に書き加えたものであることが推認さ
35 れるからである。また、人証では、証人Aが考えられる。本件賃貸借契
36 約の当事者はA及びBであるが、Bは死亡しているから、Aのみとなる。

37 第3 設問3

38 1 小問(1)

- 39 (1) Yは、Bの死亡により、本件転貸借契約におけるBの転貸人の地位
40 を相続(民法896条本文)するため、転借人の地位と転貸人の地位を
41 有することになる。そうすると、Yの転借権は、混同(同法520条本
42 文)により消滅することになるから、Qは、転貸借に基づく占有権原
43 の抗弁を維持することはできない。
44 (2) もっとも、Yは、本件賃貸借契約におけるBの賃借人の地位を相続

45 するため、賃借人の地位を有することになる。したがって、Qが主張
46 すべき占有権原の抗弁は、賃貸借に基づくものになる。

47 2 小問(2)

48 Pは、Qの主張する賃貸借に基づく占有権原の抗弁に対して、BのY
49 に対する無断転貸を理由とした賃貸借の解除の再抗弁を主張する。

50 第4 設問4

51 1 Aがした本件賃貸借契約の解除は有効である。

52 2(1) 賃貸借契約は、契約当事者間の信頼関係を基礎とする継続的なもの
53 であるから、賃借人に背信行為と認めるに足りない特段の事情がある
54 場合、賃貸人は、無断転貸を理由とする解除（民法612条2項）をす
55 ることができないと解する。

56 (2)ア 確かに、本件転貸借契約の転借人は、Bの息子Yであり、BY間
57 の人的関係から、実質的には転貸でないといえる。また、本件賃貸
58 借契約と本件転貸借契約の賃料は共に5万円と同額であるから、B
59 の転貸に営利性はない。さらに、Bの転貸の目的も、息子Yが借金を
60 を返済するための援助という親として自然なものであり、社会的に
61 相当である。加えて、Yは、丙会社に就職しており、真面目な生活
62 を送っているといえ、他方、Bは、本件転貸借契約後も、約定通り
63 Aに賃料を支払っている。なお、Bは本件契約書に本件特約を書き
64 加えているが、この行為は、Aが解除の意思表示をした平成24年7
65 月16日より後のものであるから、考慮されるべきではない。そうす
66 ると、上記特段の事情があるとも思える。

67 イ しかし、本件賃貸借契約の賃料は相場より安く設定されていると
68 ころ、これは、AがBと長年の友人であったことが理由である。そ
69 うすると、Aは、当該賃料で本件建物をB以外の者に使用させるこ
70 とを想定していなかったといえる。そして、Bは本件建物とは別の
71 マンションで暮らしており、社会人であるYの家計はBとは独立し
72 ており経済的一体性がなく、実質的にも転貸である。また、借金を
73 有するYからのBへの賃料支払が滞ることになれば、Bは、自己の
74 マンションの賃料支払をしているため、Aへの賃料支払を滞らせる
75 おそれがある。そうすると、Bの転貸の目的が社会的に相当である
76 こと等を考慮しても、上記特段の事情があるとはいえない。

77 第5 設問5

78 1 Pは、Xに、事件の見通し及び処理の方法を説明すべきである（基本
79 規程29条1項）。具体的な説明内容は、以下の通りである。

80 2 受任後、Pは、Xの代理人として、Yに対し、本件建物の明渡請求を
81 することになる。しかし、仮に訴訟において、Aによる本件賃貸借契約
82 の解除が無効であるとされた場合、本件賃貸借契約は存続し、物権取得
83 者Xに対抗できる（借地借家法31条）。その場合、Xは、Aに対し、売
84 主の担保責任（民法565）を追及することになる。しかし、Pは、平成
85 15年頃から継続してAの法律相談を受けてきたから、Aは「継続的な法
86 律事務の提供を約している者」（基本規程28条2号）に当たり得る。そ
87 うすると、Pは、Aを相手方とする上記責任追及事件については、X及
88 びAの同意がない限り、Xの代理人となることができない。 以上

[刑 事]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事 例】

1 V（男性，27歳）は，平成25年2月12日，カメラ量販店で，大手メーカーであるC社製のデジタルカメラ（商品名「X」）を30万円で購入した。同デジタルカメラは，ヒット商品で飛ぶように売れていたため，販売店では在庫が不足気味であり，なかなか手に入りにくいものであった。

2 Vは，同月26日午後10時頃から，S県T市内のQマンション405号室のV方居室で，テーブルを囲んで友人のA（男性，25歳）とその友人の甲（男性，26歳）と共に酒を飲んだが，その際，上記「X」を同人らに見せた。Vは，その後同デジタルカメラを箱に戻して同室の机の引き出しにしまい，引き続きAや甲と酒を飲んだが，Vは途中で眠ってしまい，翌27日午前7時頃，Vが同所で目を覚ますと，既に甲もAも帰っていた。Vは，その後外出することなく同室内でテレビを見るなどしていたが，同日午後1時頃，机の引き出しにしまっていた同デジタルカメラを取り出そうとしたところ，これが収納していた箱ごと無くなっていることに気付いた。Vは，前夜V方で一緒に飲んだAや甲が何か知っているかもしれないと考え，Aに電話をして同デジタルカメラのことを聞いたが，Aは，「知らない。」と答えた。また，Vは，Aの友人である甲については連絡先を知らなかったため，Aに聞いたところ，Aは，「自分の方から甲に聞いておく。」と答えた。

VがV方の窓や玄関ドアを確認したところ，窓は施錠されていたが，玄関ドアは閉まっていたものの施錠はされていなかった。Vは，同デジタルカメラは何者かに盗まれたと判断し，同日午後3時頃，警察に盗難被害に遭った旨届け出た。

3 同日午後3時40分頃，通報を受けたL警察署の司法警察員Kら司法警察職員3名がV方に臨場し，Vは上記2の被害状況を司法警察員Kらに説明した。なお，司法警察員KがVに被害に遭ったデジタルカメラの製造番号を確認したところ，Vは，「製造番号は保証書に書いてあったが，それを入れた箱ごと被害に遭ったため分からない。」と答えた。

司法警察員Kらは，引き続き同室の実況見分を行った。V方居室はQマンションの4階にあり，間取りは広さ約6畳のワンルームであり，テーブル，机及びベッドは全て一室に置かれていた。同室の窓はベランダに面した掃き出し窓一つのみであり，同窓にはこじ開けられたような形跡はなく，Vに確認したところ，Vは，「窓はふだんから施錠しており，昨日の夜も施錠していた。」と申し立てた。また，鑑識活動の結果，盗難に遭ったデジタルカメラをしまっていた机やその近くのテーブルから対照可能な指紋3個を採取した。

さらに，司法警察員KらがVと共にQマンションに設置されている防犯ビデオの画像を確認したところ，同月26日午後9時55分にV，甲及びAの3人が連れ立って同マンション内に入ってきた様子，同日午後11時50分にAが一人で同マンションから出て行く様子，その後約5分遅れて甲が一人で同マンションから出て行く様子がそれぞれ撮影されていた。Aや甲が同マンションから出て行った際の所持品の有無については，画像が不鮮明なため判然としなかった。なお，甲が一人で同マンションを出て行って以降，同月27日午前7時20分まで，同マンションに人が出入りする状況は撮影されていなかった。また，同マンションの出入口は防犯ビデオが設置されているエントランス1か所のみであり，それ以外の場所からは出入りできない構造になっていた。

司法警察員Kは，同日，盗難に遭ったデジタルカメラの商品名を基に，L警察署管内の質屋やリサイクルショップ等に取扱いの有無を照会した。また，司法警察員Kは，A及び甲の前歴

を確認したところ、Aには前歴はなかったが、甲には窃盗の前科前歴があることが判明した。

- 4 同年3月1日、L警察署に対し、T市内のリサイクルショップRから、「甲という男からC社の『X』1台の買取りを行った。」旨の回答があった。そこで、司法警察員KがリサイクルショップRに赴き、同店店員Wから事情を聴取したところ、店員Wは、「一昨日の2月27日午前10時頃、甲が来店したので対応に当たった。甲の身元は自動車運転免許証で確認した。甲から『X』1台を箱付きで27万円で買い取った。甲には現金27万円と買取票の写しを渡した。」旨供述した。そのときの買取票を店員Wが呈示したため、司法警察員Kがこれを確認したところ、2月27日の日付、甲の氏名、製造番号SV10008643番の「X」1台を買い取った旨の記載があった。司法警察員Kは甲の写真を含む男性20名の写真を貼付した写真台帳を店員Wに示したところ、店員Wは甲の写真を選んで「その『X』を持ち込んできたのはこの男に間違いない。」と申し立てた。

司法警察員Kは、同店店長から、甲から買い取った「X」1台の任意提出を受け、L警察署に持ち帰って調べたところ、内蔵時計は正確な時刻を示していたが、撮影した画像のデータを保存するためのメモリーカードが同デジタルカメラには入っておらず、抜かれたままになっていた。司法警察員Kは、同デジタルカメラを鑑識係員に渡して、指紋の採取を依頼し、同デジタルカメラの裏面から指紋1個を採取した。この指紋及び同年2月27日にV方から採取した指紋をV及び甲の指紋と照合したところ、同デジタルカメラから採取された指紋及びV方のテーブルから採取された指紋1個が甲の指紋と合致し、V方の机から採取された指紋1個がVの指紋と合致し、それ以外の指紋は甲、Vいずれの指紋とも合致しなかった。

- 5 司法警察員Kは、甲を尾行するなどしてその行動を確認したところ、甲が消費者金融会社Oに出入りしている様子を目撃したことから、甲の借金の有無をO社に照会したところ、限度額一杯の30万円を借り、その返済が滞っていたこと、同月27日に27万円が返済されていることが判明した。

さらに、司法警察員Kは、同年3月4日、AをL警察署に呼び出して事情を聞いたところ、Aは以下のとおり供述した。

- (1) Vは前にアルバイト先で知り合った友人で、月に1、2回は一緒に飲んだり遊んだりしている。甲は高校時代の同級生であり、2か月くらい前に偶然再会し、それ以降、毎週のように一緒に遊んでいる。甲とVは直接の面識はなかったが、先月の初め頃、自分が紹介して3人で一緒に飲んだことがあった。
- (2) 今年の2月26日は、Vに誘われて甲と共にV方に行って3人で酒を飲んだ。その際、Vからデジタルカメラを見せられた記憶がある。しかし、Vが先に眠ってしまい、自分も終電があるので甲を誘って午後11時50分頃V方を出て帰った。その後、Vから「カメラがなくなった。」と聞かされたが、自分は知らない。甲にも聞いてみたが、甲も知らないと言っていた。ただ、思い出してみると、あの日帰るとき、甲が「たばこを一本吸ってから帰る。」と言うので、Vの部屋の前で甲と別れて一人で帰った。その後甲がいつ帰ったかは知らない。
- 6 司法警察員Kは、裁判官から甲を被疑者とする後記【被疑事実】での逮捕状の発付を得て、同年3月5日午前8時頃、甲方に赴いた。すると、甲が自宅前で普通乗用自動車（白色ワゴン車、登録番号「T550よ6789」）に乗り込み発進しようとするところであったことから、司法警察員Kは甲を呼び止めて降車を促し、その場で甲を通常逮捕するとともに同車内の捜索を行った。その際、司法警察員Kは同車内のダッシュボードからちり紙にくるまれたメモリーカード1枚を発見したので、これを押収した。なお、同車は甲が勤務するZ社所有の物であった。
- 7 その後、同日午前9時からL警察署内で行われた弁解録取手続及びその後の取調べにおいて、甲は以下のとおり供述した。
- (1) 結婚歴はなく、T市内のアパートに一人で住んでいる。兄弟はおらず、隣のU市に今年65

歳になる母が一人で住んでいる。高校卒業後、しばらくアルバイトで生活していたが、平成23年8月からZ社で正社員として働くようになり、今に至っている。仕事の内容は営業回りである。収入は手取りで月17万円くらいだが、借金が120万円ほどあり、月々3万円を返済に回しているので生活は苦しい。警察に捕まったことがこれまで2回あり、最初は平成19年5月、友人方で友人の財布を盗み、そのことがばれて捕まったが、弁償し謝罪して被害届を取り下げてもらったので、処分は受けなかった。2回目は、平成22年10月に換金目的でゲーム機やDVDを万引き窃取して捕まり、同事件で同年12月に懲役1年、3年間執行猶予の有罪判決を受け、今も執行猶予期間中である。

(2) 今年の2月26日夜、AとV方に行った時にVからカメラを見せられた。そのカメラを盗んだと疑われているらしいが、私はそんなことはしていない。私はその日はAと一緒に帰ったから、Aに聞いてもらえれば自分が盗みをしていないことが分かるはずだ。

8 司法警察員Kは、甲が乗っていた自動車内から押収したメモリーカードを精査したところ、同カードはデジタルカメラで広く使われている規格のもので「X」にも適合するものであった。そこで、その内容を解析したところ、写真画像6枚のデータが記録されており、撮影時期はいずれも同年2月12日から同月25日の間、撮影したデジタルカメラの機種はいずれも「X」であることが明らかとなった。司法警察員Kは、同年3月5日午後6時頃、VをL警察署に呼んで上記データの画像をVに示したところ、Vは、「写っている写真は全て自分が新しく買った『X』で撮影したものに間違いないので、そのメモリーカードは『X』と一緒に盗まれたものに間違いはない。」旨供述した。さらに、Vがその写真の一部は自分がインターネット上で公開していると申し立てたので、司法警察員Kがインターネットで調べたところ、メモリーカード内の画像のうち3枚が、実際にVによって公開された画像と同一であることが判明した。

また、司法警察員Kは、同月6日午前9時頃、甲の勤務するZ社に電話をして、代表者から同社が所有する車両の管理状況について聴取したところ、同人は、「会社所有の車は4台あり、うち1台は私が常時使っている。残りの3台は3人の営業員に使わせているが、誰がどの車両を使っているかは車の鍵の管理簿を付けているのでそれを見れば分かる。登録番号『T550よ6789』のワゴン車については、今年の2月24日から甲が使っている。」旨供述した。

9 司法警察員Kは、同年3月6日午前9時30分頃から再度甲の取調べを行ったところ、甲は以下のとおり供述した。

- (1) Vのデジタルカメラは盗んでいない。
- (2) 自分が今年の2月27日にリサイクルショップにデジタルカメラを持ち込んだことはあるが、それは名前を言えない知り合いからもらった物だ。
- (3) 車の中にあったメモリーカードのことは知らない。
- (4) 自分が疑われて不愉快だからこれ以上話したくない。

10 司法警察員Kは、同年3月6日午前11時頃、後記【被疑事実】で甲をS地方検察庁検察官に送致した。甲は、同日午後1時頃、検察官Pによる弁解録取手続において、「事件のことにについては何も話すつもりはない。」と供述した。

11 検察官Pは、同日午後2時30分頃、S地方裁判所裁判官に対して、甲につき後記【被疑事実】で勾留請求した。S地方裁判所裁判官Jは、同日午後4時頃、甲に対する勾留質問を行ったところ、甲は被疑事実について「検察官に対して話したとおり、事件のことにについては話すつもりはない。」と供述した。

【被疑事実】

被疑者は、平成25年2月26日午後11時55分頃、S県T市内所在のQマンション405号室V方において、同人が所有するデジタルカメラ1台（時価30万円相当）を窃取したものである。

〔設 問〕

上記【事例】の事実を前提として、本件勾留請求を受けた裁判官 J は、甲を勾留すべきか。関連条文を挙げながら、上記事例に即して具体的に論じなさい。ただし、勾留請求に係る時間的制限、逮捕前置の遵守及び先行する逮捕の適法性については論じる必要はない。

なお、甲が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由について論じるに当たっては、具体的な事実を摘示するのみならず、上記理由の有無の判断に際してそれらの事実がどのような意味を持つかについても説明しなさい。

出題の趣旨

本問は、被疑者勾留の各要件についての正確な理解を前提に、具体的な事実関係を踏まえてその要件を充足するか否かについて妥当な結論を導くことができるか、という基本的な実務能力を問うものである。すなわち、勾留要件のうち罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由の有無については、【事例】に現れた事実関係のうち甲の犯人性に関する具体的事実を摘示し、さらに、上記理由の判断に際してそれらの事実がどのような意味を持つかなどを、また、その他の勾留要件（刑事訴訟法第60条第1項各号及び勾留の必要性）については、【事例】に現れた事実関係を踏まえつつ各要件を充足するか否かを、それぞれ具体的に検討し、妥当な結論を導くことができるかを問うものである。

基本ポイント

- 1 本問では、被疑者勾留の実体的要件である①被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があること（刑訴法 207 条 1 項本文・60 条 1 項柱書）、②同法 60 条 1 項各号の事由のいずれかがあること（①と②を併せて「勾留の理由」といわれる。）及び③勾留の必要性があること（同法 87 条 1 項参照）の検討が求められている（なお、本問では、勾留請求に係る時間的制限、逮捕前置の遵守及び逮捕の適法性という手続的要件の検討は求められていない。）。そして、同法 60 条 1 項柱書は、「裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる。」と規定しており、①「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」が認められない場合、②各号該当性を検討する必要が生じない条文構造になっている。そのため、各要件の検討は、①、②の順で行わなければならない。
- 2 ①「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無の検討においては、甲の犯人性が認められるかどうかの問題となる。なお、判決言渡し段階における犯罪事実認定のためには、合理的疑いを超える証明（「犯罪の証明」・刑訴法 333 条 1 項）・高度の嫌疑が必要であるが、被疑者勾留の段階においては、その後に捜査が予定されていることから、これと同程度の嫌疑までは必要とされていない。

そして、甲の犯人性の認定においては、①以下の着眼点を参考にして、甲の犯人性を推認させる間接事実を認定し、②当該事実がなぜ甲の犯人性を推認させるのか（推認過程）について、経験則等を用いて説明することになる。認定できる間接事実が複数ある場合、答案上は、推認力が強いと考えられる順に論述するのが良い。

	着眼点	本問で認定できる間接事実の具体例
1	事件現場等における遺留物・遺留痕跡（指掌紋、足跡、血痕、体液等）とAとの結び付きを示	—

	す事実		
2	事件に係る物品等（犯行供用物件、被害金品等）とAとの結び付きを示す事実		甲が、3月5日午前8時頃、甲使用の自動車内で本件Xに入っていたV所有のメモリーカードを所持していたこと（間接事実②） ※デジタルカメラの同一性は認められないことに注意する。
3	犯人の特徴（容姿、体格、年齢、服装、所持品その他の特徴）が犯行当日のAの特徴に合致ないし酷似する事実		—
4	Aに事件を実現する機会があった事実（Aが犯行時に犯行現場にいた事実、犯行前後に犯行現場又はその付近にいた事実）		犯人は、2月26日午後10時頃から翌27日午前7時頃までの間にV方玄関ドアから出入りしているところ、甲は、同月26日午後10時頃から11時55分頃までV方にいたこと（間接事実①）
5	Aが事件を実現することが可能であった事実（犯行遂行能力、技能、土地鑑、金品の管理等の立場、VとAとの関係等）		甲は、本件XがV方居室の机の引き出しの中にあることを知っていたこと
6	犯行前後におけるAの事件に関する言動	犯行前（犯行準備、犯行計画、罪証隠滅のための布石、逃亡準備、犯行の事前打ち明け等）	—
		犯行後（犯行による利益の享受、罪証隠滅、アリバイ工作、逃亡等、犯行の打ち明け等）	甲は、2月27日午前10時頃、Rでカードが抜かれたままの「X」を27万円で売却し、同日、Oに27万円を返済していること
7	Aに事件の動機・目的となり得る事情があった事実		事件発生当時、甲には約120万円の借金があったこと

（着眼点につき「検察 終局処分起案の考え方（平成28年版）」P10を参考にした。なお、便宜上、被疑者及び被告人をA、被害者をVと表記した。）

- 2 ②各号該当性の検討においては、住居不定（1号）を簡潔に否定した上で、罪証隠滅のおそれ（2号）及び逃亡のおそれ（3号）の有無を論じることになる。そして、罪証隠滅のおそれの有無の判断においては、以下の着眼点を参考にして検討することになる。なお、この着眼点は、権利保釈に関する刑訴法89条4号が規定する罪証隠滅のおそれの

検討においても有用である。

	着眼点	検討事項
1	罪証隠滅の対象	どのような事実が対象とされるか
2	罪証隠滅の態様	どのような証拠に対してどのような方法で働き掛けがされるか
3	罪証隠滅の客観的可能性及び実効性（罪証隠滅の余地）	罪証隠滅が客観的に実行可能であるか，効果があるか
4	罪証隠滅の主観的可能性	被疑者・被告人が，主観的に，具体的な罪証隠滅行為をする可能性があるか

（司法研修所刑事裁判教官室『プロシーディングス刑事裁判』P99を参考にした。）

- 3 ③勾留の必要性の検討においては，身柄拘束の積極的な必要性和身柄拘束により生じる不利益等を考慮して総合的に判断することになる。

応用ポイント

1	事実認定の前提として証拠構造を意識していること →証拠構造が直接証拠型であるか間接事実型であるかを検討している。
2	反対仮説の成り立つ現実的可能性や消極方向に働く事実の検討

MEMO

1 第1 結論

2 Jは、甲を勾留すべきである（刑訴法207条1項本文・60条1項）。

3 第2 罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由（刑訴法60条1項柱書）

4 1 被疑事実は、V所有のデジタルカメラ1台（以下「本件X」）を被害品
5 とする窃盗罪（刑法235条）に係るものであるところ、窃盗事件の存在
6 はVの盗難届等から認められる。そこで、この窃盗罪との関係で、甲の
7 犯人性が認められるかが問題となる。そして、本件では、甲の犯人性に
8 ついて、直接証拠がないため、間接事実から認定できないかを検討する。

9 2(1)ア 犯人は、平成25年2月26日午後10時頃から翌27日午前7時頃
10 までの間にV方玄関ドアから出入りしているところ、甲は、同月26
11 日午後10時頃から11時55分頃までV方にいたこと（間接事実①）

12 イ Vは、2月26日午後10時頃からの甲・Aとの飲み会途中で眠っ
13 てしまい、翌27日午前7時頃に目を覚ましている。そして、V方の
14 窓は、こじ開けられた形跡もなく施錠されたままであった。したが
15 って、犯人は、少なくともこの時間帯にV方玄関ドアから出入りし
16 た者である。他方、Qの防犯カメラ画像によれば、甲は、2月26日
17 午後9時55分にQに入り、午後11時55分頃にQから一人出て
18 おり、その間、V方にいたことが認められる。なお、甲は、Aと一
19 緒に帰ったと弁解するが、上記画像の内容と矛盾するから、一人で
20 帰った旨のAの供述が信用できる。よって、①が認定できる。

21 ウ 窃盗犯であれば、犯行時間帯に犯行現場にいたはずであるから、
22 ①は、甲の犯人性を推認させる。もっとも、V方玄関ドアはVが目
23 を覚ました27日午前7時頃までの間も無施錠であったから、甲以
24 外の者の犯行の可能性はある。しかし、上記画像によれば、26日午
25 後11時55分頃に甲がQから出て以降、Vが目覚ました27日午
26 前7時頃までの間に人の出入りはないから、Qの住人又はAによる
27 犯行の可能性のみが残る。そして、Qの住民は、甲と異なり、Vが
28 本件Xを所有していたことを知らないはずであるから、犯行の現実
29 的可能性は高くない。また、Aは、甲より5分早くQから出ており、
30 甲と異なり単独で行動できる時間がないから、甲と比べて犯行の現
31 実的可能性は低い。したがって、①の推認力は相当程度ある。

32 (2)ア 甲が、3月5日午前8時頃、甲使用の自動車内で本件Xに入っ
33 ていたV所有のメモリーカードを所持していたこと（間接事実②）

34 イ 自動車内にあったメモリーカードは、そこに記録されている写真
35 画像データの撮影時期が本件XをVが購入した2月12日から同月
36 25日までの間であること、同データの撮影機種が「X」であること、
37 同データのうち3枚がVにネット上で公開された画像と同一である
38 ことから、V所有のカードであることが認められる。そうすると、
39 このカードは、本件Xに入っていたものであることも認められる。
40 また、甲の勤務するZ社代表者によれば、本件カードが発見された
41 自動車は、甲が2月24日から逮捕時の3月5日午前8時頃まで専
42 属使用していたことが認められる。したがって、②が認定できる。

43 ウ 本件カードは、元々、本件Xに内蔵されていたものであり、本件
44 カードを所持していた者であれば、本件Xも所持していたと考える

45 のが自然であるから、②は、甲の犯人性を推認させる。もともと、
46 犯行日時から逮捕時までは10日程あり、その間に、第三者が、甲に
47 本件カードのみを譲渡し、また、甲の関知しないうちに本件カード
48 を自動車内に放置した可能性もある。しかし、本件カードは適合す
49 るカメラが存在することで初めて機能するものであるから、本件カ
50 ードのみを譲渡する現実的可能性は低い。また、自動車は甲が専属
51 使用していたものであるから、通常、運転者が使用するダッシュボ
52 ード内に第三者が甲の関知しないうちに本件カードを放置する現実
53 的可能性も低い。さらに、甲は本件カードの入手経路について合理
54 的な弁解もしていない。したがって、②の推認力は相当程度ある。

55 (3) そうすると、相当程度の推認力を有する①及び②が偶然重なること
56 は通常ないから、甲の犯人性が認められる。なお、甲がRに売却した
57 「X」からはVの指紋が検出されず、その製造番号と本件Xの製造番
58 号との一致も確認できていないから、その同一性は認められない。し
59 かし、事件発生当時、甲には約120万円の借金があったところ、甲は、
60 2月27日午前10時頃、Rでカードが抜かれたままの「X」を27万円
61 で売却し、同日、Oに27万円を返済していることが認められる。そし
62 て、この事実は、経済的に困窮していた窃盗犯がその取得物を犯行直
63 後に換金したことを示すといえるから、甲が犯人であることと整合す
64 る。そのため、甲が売却した「X」と本件Xの同一性が認められない
65 ことは上記結論を覆さない。したがって、被疑者甲が罪を犯したこと
66 を疑うに足る相当な理由が認められる。

67 第3 刑訴法60条1項各号該当性

68 1 甲は、T市内のアパートに住んでおり、住居不定（1号）ではない。
69 2 甲には、罪証隠滅のおそれ（2号）がある。すなわち、甲は犯人性を
70 否認しており、今後、この点が争点となる可能性がある。そうすると、
71 甲の犯人性に関する事実を対象とした罪証隠滅のおそれがある。そして、
72 甲は、Aに対して自己に有利な供述をするよう働き掛けることが予想さ
73 れる。また、甲は、Aの高校時代の同級生であるから、このような働き
74 掛けは客観的に実行可能であり、この働き掛けが奏功すると甲の犯人性
75 の認定が消極に傾く可能性もあるから、実効性もある。そうすると、甲
76 がこのような働き掛けを行う動機もある。

77 3 甲には、逃亡のおそれ（3号）がある。すなわち、甲は、正社員であ
78 るが、結婚歴がなくT市内のアパートに一人で住んでおり、身軽といえ
79 るから、逃亡の障害はない。他方、甲は、平成22年12月、万引きで懲
80 役1年、執行猶予3年の有罪判決を受けているところ、本件犯行により
81 執行猶予が取消しとなり、また、本件犯行につき実刑判決を受ける可能
82 性が高い（刑法25条2項参照）から、逃亡をする積極的理由がある。

83 第4 勾留の必要性（刑訴法87条1項参照）

84 甲は、「Aに聞いてもらえば自分が盗みをしていないことが分かる」と
85 弁解しているため、上記働き掛けを行う可能性が高く、身柄拘束の積極
86 的な必要性がある。他方、甲は26歳と若く、また、一人暮らしの母（65
87 歳）も介護の必要があるわけではないため、身柄拘束により甲らが受け
88 る不利益の程度は高くない。したがって、勾留の必要性がある。 以上

MEMO

MEMO

MEMO