

刑法 解答のポイント

本問においては、まず甲が本件ダンボールを持ち去った行為に窃盗罪（235条）が成立するかどうか問題となる。本件ダンボールは、甲がYに預けた甲の所有物であることをふまえ、これが窃盗罪という「他人の財物」であるか否か検討する必要がある。また、当然のことながら「窃取」や、故意（38条1項）、不法領得の意思を検討することが求められる。

次に、甲が本件帳簿に火をつけ、それをドラム缶に投げ入れ、漁網を燃やし、釣り人5名がそれにより生じた煙で包まれ、原動機付自転車への延焼の危険を生じさせた行為に自己所有の建造物等以外放火罪（110条2項）が成立するかどうか問題となる。検討に当たっては、本罪の客体が本件帳簿であることを指摘しつつ、これが110条2項の客体に当たること、「放火」、「焼損」の要件を満たすこと、「公共の危険」が生じたことを認定する必要がある。そして、「公共の危険」については、建造物が延焼する危険に限定されるのか、それとも不特定又は多数の生命、身体、財産への危険と広く解釈するのか、自己の立場を示すことが求められる。また、甲は「公共の危険」にあたる事実を認識していないことから、故意が認められるのか、すなわちこれにあたる事実が故意の認識対象なのか否かを論じる必要がある。

次に甲が乙の行為を制止しないで立ち去った行為について嘱託殺人罪の幫助犯が成立するか検討することが求められる。まず片面的幫助が成立することを指摘した上で甲の行為が不作为であることから不作为による幫助が認められるかを考慮する必要がある。この際に不真正不作为犯に関する判例（最判平17.7.4等）を踏まえた上で、各自が定立した規範に基づき問題文に記載されている事情から幫助の実行行為性を認定する必要がある。

さらに甲の幫助行為と正犯である乙の殺人罪の実行行為との間の因果関係を認定する必要がある。

最後に、客観的には殺人罪の幫助行為に該当するものの甲の主観としては嘱託殺人罪の故意しかないことから主観的構成要件と客観的構成要件の不一致について説得的な結論を導き出すことが求められる。

乙の罪責については殺人罪が成立することを簡単に認定する必要がある。

刑法 解答例

第1 甲の罪責

1 甲が本件帳簿をY宅から持ち出した行為につき、窃盗罪（235条）が成立しないか。

(1) まず、甲所有の本件ダンボールが、甲との関係で「他人の財物」にあたるか。この点、権利関係が複雑化した現代において、窃盗罪の保護法益は、占有それ自体であると解されるから、「他人の財物」とは他人が占有する財物であり、242条はこのことを注意的に規定したに過ぎないものと解する。

本問で、Yは本件ダンボールをY宅で保管しているため、本件ダンボールは甲との関係で「他人の財物」にあたる。

(2) 次に、甲の上記行為は「窃取」にあたるか。この点、本罪の前述の保護法益に鑑みれば、「窃取」とは占有者の意思に反して他人の財物の占有を移転させることをいうと解する。

本問で、甲は、本件ダンボールの占有者Yの意思に反し、本件帳簿を持ち出すことでその移転を占有させているので、「窃取」したといえる。以上より、本罪の客観的構成要件を満たす。そして、上記各事実の認識・認容につき、欠けるところがないので、故意（38条1項）が認められる。

(3) そして、窃盗罪については不法領得の意思が要求される場所、甲は本件ダンボールに入っている本件帳簿を自己の占有下に移す意思を有しているから権利者排除意思があり、甲は得意先との取引に本件帳簿を用いようとしているので利用処分意思も認められる。

(4) 以上より、窃盗罪が成立する。

2 甲が本件帳簿に火をつけドラム缶の中に投入し、燃え上がらせた行為につき、自己所有の建造物等以外放火罪（110条2項）が成立しないか。

(1) まず、本件帳簿は、建造物（108条、109条）以外の物で甲の所有に属するから「前項の物が自己の所有に係るとき」にあたる。

(2) 次に、甲が本件帳簿に火をつけ、ドラム缶に投げ入れた行為は、「放火」して、本件帳簿を「焼損」させたといえる。

(3) では、甲の上記行為は「公共の危険」を生じさせたといえるか。

この点、本罪の保護法益は広く人の生命、身体、財産を保護する点に求められるので、「公共の危険」とは、不特定又は多数の生命、身体、財産に対する危険をいうと解する。

本問で、甲の放火行為は漁網を燃え上がらせ、これにより生じた煙で釣り人5名を包み、また原動機付自転車を延焼させる危険を生じさせているので、「公共の危険」を生じさせたといえるので、110条2項の放火罪の客観的構成要件を満たす。

(4) もっとも、甲は上記事実のうち、「公共の危険」にあたる事実を認識・認容していないが故意が認められるか。

この点、「よって」の文言を踏まえれば本罪は器物損壊罪（261条）の結果的加重犯であるから、「公共の危険」にあたる事実故意の対象とはならず、110条2項の放火罪が成立する。

(5) ここで、漁網が燃え上がっており、延焼罪（111条2項）の成

立が問題となりうるが、当該漁網は無主物で、無主物は、「自己の所有に」準ずるものと解すべきであるから、延焼罪は成立しない。

3(1) 後述の通り乙に殺人罪が成立するところ、甲が、Xの首を絞めていた乙を制止せずにその場から立ち去った行為について、殺人罪の幫助犯（62条1項、199条）が成立しないか。

(2) 「幫助」とは正犯を容易にするあらゆる行為をいうところ、片面的な幫助行為によっても幫助犯は成立する。そして不作為による幫助であっても、作為と不作為との間に同価値性が認められれば不作為による幫助行為が肯定される。同価値性は①法的作為義務を負う者が②作為の容易性可能性が認められるにもかかわらず不作為であったときに肯定されると考える。そして法的作為義務を負うかは危険の作出や引受、排他的支配性、法的義務の存否などを総合的に考慮して決する。

Xは甲の実父であり扶養義務が生じているところ、Xの死の危険が生じている場合にはこれを除去し救済措置を取るべき法的義務を負っているといえ、また、甲は寝たきりで入院していたXを退院させて、介護を行っていたところ、Xの生命の危険を引き受けていたといえる。さらに甲の自宅には甲、乙、Xしかおらず甲以外に乙の行為を止めて救命治療を要請できるものがおらず排他的支配性も認められる。以上より甲は法的作為義務を負っている（①充足）。

そして、甲が乙に声をかけ、乙の両手をXの首から引き離すなど、甲にとって容易な手段を採れば、乙の犯行を直ちに止めることがで

きたから作為の容易性可能性は認められる（②充足）。よって、甲が立ち去った行為は「幫助」にあたる。

(3) そして、幫助行為と実行行為との間には因果関係が必要なところ、従犯という性質上正犯を容易にしたといえるに足りる程度の関係があればよいと考える。甲の幫助行為によって乙の犯行が容易になっていることから甲の幫助行為と乙の行為との間に因果関係が認められる。

(4) 甲は、乙がXの頼みに応じて首を絞めていると考えて幫助行為に及んでいることから囑託殺人罪（202条後段）の幫助の故意しか認められない（38条2項）。

(5) 殺人罪と囑託殺人は人の生命という保護法益や人の死の結果を発生させるおそれのあるという実行行為等が共通しており囑託殺人罪の限度で構成要件的重なり合いがある。そして犯罪は主観的構成要件及び客観的構成要件の一致する限度で成立するところ、本間でも甲の行為は客観的構成要件及び主観的構成要件が囑託殺人罪の限度で一致しているから甲には囑託殺人罪の幫助犯が成立する

4 甲には窃盗罪、自己所有の建造物等以外放火罪、囑託殺人の幫助が成立し別個の犯罪として併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

1 乙は、殺意を持って、Xの首を絞め、これによりXを窒息死させているので、殺人罪が成立する。

以上

刑事訴訟法 解答のポイント

本年度は設問1で準現行犯逮捕の適法性、設問2で接見指定の適法性が問われており、メジャーな論点が問われている。どちらも多くの受験生が対策を行っている分野なので、書き負けないことが重要である。

設問1は、212条2項の要件及び逮捕の必要性の充足性を丁寧に検討することが求められる。要件をどのように設定するのかについてはいくつかの説があるが、どの説に立ったとしてもその要件に沿って、事情を拾いながら検討する必要があるだろう。

参考答案では時間的接着性及びその明白性を否定して違法としているが、犯罪犯人の明白性を否定する答案や、最終的に適法とする答案もあり得る。どの要件を厚く論じるか、最終的にどのような結論にするかというよりも、Pらが被害者からの証言だけでなく防犯カメラ映像から犯人及び被害品の特徴を認識していること、犯罪から2時間後、5キロメートル離れた場所でPらが甲らに遭遇していること等の問題文中の事実をどれだけ丁寧に拾い、評価し自身の規範に当てはめながら要件検討に組み込むかが勝負どころとなる。

設問2も、事実を丁寧に拾いながら接見指定が適法なのか違法なのかを説得的に論じる必要がある。

具体的には、最大判平11.3.24判例の言い回し等を踏まえながら規範を立てた上で事実を拾いながらあてはめを行うことになる。弁護士から接見の申出があった時点で実況見分を実施する手配が整っていたこと、弁護士の申出通りの接見を終えた後に実況見分を実施していたのでは辺りが暗くなってしまいナイフを見つけることが難しいこと、甲はまだ弁護士及び弁護人となろうとする者のいずれとも接見をしておらず、この接見が権利保護のために重要な最初の接見となることなどの事実を拾い適切に評価して、結論に繋がらなければ合格答案だろう。参考答案では共犯者が未だ逃走中であり、早くナイフを回収しなければ逃走中の共犯者がナイフを捨てた場所から回収して証拠隠滅を図る恐れがあるため今日中に実況見分を実施する必要性が高いことにも触れているが、試験中には気付けない受験生も多いと考えられるので、事実を拾いきれなかったとしても合否に影響はないと思われる。

刑事訴訟法 解答例

第1 設問1

1 刑事訴訟法（以下法名略）212条2項の準現行犯逮捕が認められるには、①同項各号に該当すること（犯罪及び犯人の明白性）、②「罪を行い終わってから間がない」こと（時間的接着性）、③時間的接着性が「明らかに認められること」（時間的接着性の明白性）、④各号該当性の存在を逮捕者が認識していること、⑤逮捕の必要性が必要になる。

2 犯罪及び犯人の明白性とは、逮捕者が犯罪を明白に認識しており、かつ被逮捕者がその犯罪の犯人であることが明白であることを指す。

本件では、逮捕者であるPらは強盗傷人事件の被害者であるVからの通報を受けて現場にいき、そこでVから犯人の特徴と奪われたバッグの特徴を聞いた上、被害現場のマンションの防犯カメラ画像で犯人の特徴と被害品のバッグの特徴を客観的な証拠から把握している。よってPらは本件強盗傷人事件について明白に認識しているといえる。その上で、Pらは犯人の特徴と一致する甲ら二人組を発見し、甲はこのとき被害品の特徴と一致するバッグを所持していた。これは本件強盗傷人事件の被害品であるから、「贓物」を所持しているときにあたり、212条2項2号に該当する。また、Pが甲らに声をかけるとき、甲らはいきなり逃げ出しているから、同項4号に該当する。本件強盗傷人事件の犯人の特徴と一致する者が被害品の特徴と一致するかばんを持っていて、声をかけられて逃走しているのであるから、犯人の明白性が肯定される。以上より、甲の逮捕は212条2項2号及び4号を満たし犯罪及び犯人の明白性は確保されており、①と④が満たされる。

3 また、甲はPらに声をかけられて逃走している上、Pらは犯人の特徴を知っているだけであり、甲の名前や住所といった個人を特定する情報を一切知らず、犯罪は強盗傷人であり重罪である。よってここで甲を逮捕しなければ甲が逃走し所在が分からなくなって、その後犯人を特定することができなくなるかもしれない上、被害品を処分する等の証拠の隠滅がなされる可能性もある。したがって、甲には逃亡及び罪障隠滅の恐れが認められ、⑤逮捕の必要性が認められる。

4 一方で、逮捕は午後4時ごろであり、犯人らが被害現場のマンションから逃走した2時1分から2時間経っている。このとき、時間的接着性が認められるかが問題となる。

準現行犯逮捕が認められるのは、準現行犯逮捕の要件を満たす状況では被逮捕者がある犯罪を犯したことが明確であり、誤認逮捕の恐れが小さいからである。法が準現行犯逮捕に時間的接着性とその明白性を求めているのは、犯罪と逮捕が時間的に接着していれば、犯人を間違えることは少なく、誤認逮捕のおそれが小さいからである。そこで、時間的接着性が認められるかどうかは、犯人性を担保する程度に時間的に接着しているかを基準として判断すべきである。

本件においては、犯罪終了後2時間と比較的時間が経った後の逮捕となっている。逮捕現場も事件現場から5キロと遠い。様々な移動手段のある現在では2時間あればかなりの距離を移動できることを鑑みると、何らの追跡が無い状態では犯人が2時間後どこにいるかは全く予想がつかないことになる。したがって、2時間後というのは犯人性

のなんらの担保とはならず、時間的接着性は認められない。

5 よって、本件逮捕は212条2項の要件を満たさないため違法である。

第2 設問2

1 Rは弁護士Sの接見(39条1項)の申出に対し、翌日に接見指定(39条)している。そこで、Rの接見指定が適法かが問題となる。

2(1) 39条1項で弁護士に被疑者との接見交通権を保障した趣旨は、被疑者は身体拘束を受け、社会と断絶した環境におかれ心理的に不安定であり、また被疑者は公判において当事者としての地位を有することとなるが、捜査官は刑事事件の専門家であり刑事法に精通しているのに比して、被疑者は通常刑事手続に疎く、両者の地位には圧倒的な差が生じているため、両者の実質的対等を図る必要性が認められるためである。したがって、39条1項の接見交通権は憲法34条の弁護人依頼権に由来する重要な権利であると考ええる。

(2) もっとも、捜査機関は捜査のために必要がある場合には39条1項の接見指定をすることができる。その趣旨は、被疑者が弁護人の庇護を受ける権利と、捜査の必要性の調和を図ることにある。ただ、前述の通り接見交通権は憲法に由来する重要な権利であることから、「捜査のために必要があるとき」とは、現に被疑者を取調べ中である場合や、直後に実況見分が予定されている場合等、捜査に支障を来すことが顕著である場合に限られるものと考ええる。

(3) 本問では、確かにSが申し出た午後5時30分から30分間の接見は、直後に甲の供述に基づいて実況見分が予定されており、この実

況見分は、共犯者である男が犯行に用いたナイフという重要な証拠を捜索するために行われるものである。加えて、共犯者が未だ逃亡中であるため証拠隠滅のおそれがあり緊急性が認められる一方で、直ちに実況見分を行わないと日没により凶器の発見が不可能になってしまうおそれがある。

したがって、接見を認めることは、捜査に顕著な支障を来すと認められる。しかし、この場合であっても、接見交通権が保障された趣旨から被疑者の防御権を不当に害することは許されない(39条3項)。

本問では、確かにSの接見を認めることは捜査に顕著な支障を来たすが、Sとの接見は甲にとって逮捕後初めての接見であり、初回の接見は以後の接見とは異なり、弁護人からの保護を受ける最初の重要な機会であって、特に保障すべき必要性がある。

したがって、捜査に顕著な支障を来す場合であっても、短時間での接見でも良いか等を弁護人に尋ね、できる限り接見交通権を保障するように働きかける必要がある、これをせずにした接見指定は39条3項但書に反し違法であると考ええる。

本問では、Sが何とか本日中の接見を求めているのにもかかわらず、一方的に捜査の必要性から翌日へと接見指定をしている。Rとしては、午後8時以降の接見が無理であるとしても、初回の接見であることを重視し、短時間の接見を認める必要があった。

したがって、②の措置は違法である。 以上

一般教養 解答のポイント

設問1について

本文に表れている筆者の主張を要約する問題である。

主張については、2つの前提が誤っていることを挙げ、それらについて項目を立てつつ検討がなされているので、項目ごとに要約すればよいであろう。

1つめの着眼点としては、「文学とは誰もが読むべきものである」という前提に対する考察である。従前は「教養」であり、支配階級の特権であった文学が、いわゆる「ふつうの人間」でも読めるようになり、教養や人格形成といった効果が謳われ、誰もが読むべきという存在となったという経緯、及び、現在において明らかとなったこととして、文学は、読むべき存在ではなく、面白いから読むというものであるということを端的にまとめるだけでよいであろう。

2つめの着眼点は、要約がやや困難と思われる。筆者としては、文学は面白いから読むというものである理解をしているが、他方で、面白く感じなくとも読むという存在を挙げ、これについての考察を「幸福」を例に行っている。

すなわち、真に幸福が何かを知る者は、自らの価値に従ってそれを手に入ればよいのであるが、幸福を知らない者は、いわば“それがあれば幸福であろう”というものにしがみつくとほかない。それが、権力や名誉、金力である。これと同様に、文学を面白く感じる者はそれを読み進めることでよいのであるが、他方で面白く感じないという者は、その文学の外観を語るほかない。

その意味で、真に幸福を知る者と文学を知る者は、「少数の幸福な精神」といえるのである。

筆者の検討がやや抽象的なことから、正確な表記は難しいと思われるが、解答に当たっては、ようやく問題の基本である、“問題文の文言をできる限り用い、回答者の評価を示す文言は書かない”ということを意識して欲しい。あくまでも「要約」が問われている以上、私見については記載できない。

設問2について

上記の筆者の主張に対する賛否について、具体的な事象を挙げつつ論じることが要求されている問題である。

具体的な事象として挙げるものは、音楽や芸術など、文学に類似したいわば抽象的な評価の余地が残るものが書きやすいであろう。また、筆者の主張に賛成・反対の立場はいずれでもよいが、筆者の主張自体が非常に具体的な考察となっているため、反対の立場で私見を書くのは困難であろう。いわゆる受験戦略としては、賛成の立場で書くべき問題といえる。そのため、参考答案でも、賛成の立場で音楽を具体例として挙げている。

なお、反対の考え方を取る場合は、筆者の主張が2つの考察から導かれていることから、どの部分を否定するのかを明らかにする必要がある。例えば、文学は誰にでも読めるものではなく、面白く読める者だけが読める、という見解について、いわゆる文学の価値の相対性などを挙げるのが考えられる。これは幸福の例でも同様で、例えば、ある者が「権力」を至高の幸福とするならば、それも幸福である、という指摘である。

一般教養 解答例

設問1

著者は、①文学とは誰もが読むべきもの、②誰にでも読めるものだという前提を、2つとも間違っているとして、次のように述べる。

まず、①文学とは、「読むべき」というものと本来無縁のものであり、単にそれが面白いから読むものである。これは、「遊ぶべき」だといって「遊び」を強いることができないことと同様である。

また、②文学は誰にでも読めるものではない。文学を読めるとは、面白く読めることである。他方で、面白くなくとも、文学を熱心に読む者もいる。これは、幸福を知らない者が、その外観である権力、名誉、金力にしがみつくと同様、文学の外観である難解、軽薄、退屈などに着目しているものである。

こうした者がいるからこそ、文学は単なる遊びではなく、面白く読める者のためにだけ存在する、少数の幸福な精神との結びつきにほかならないことが明確となる。

設問2

著者の見解に賛成である。

著者は、文学について、過去においては文学は読むべき教養であったものの、現在では面白いから読むという「遊び」ともいえるものであり、かつ文学の外観にとらわれている者がいるからこそ、面白く読めるという者のことを「少数の幸福な人」と評価で

きるとしている。要は、外観にとらわれず真に対象を理解できる者を「幸福な人」として、その対象が幸福な人のために存在するとしているのである。

これと同様の事象として音楽が挙げられる。

音楽は、過去においてはいわゆる支配階級の特権、教養の一種であったが、現在では誰でもが触れることができるもので「遊び」といえる。他方で、音楽に業として携わる者の中にも、これを面白いと感じられない者がおり、その者たちは音楽の外観である、難解さや名誉、金力等を見ているにすぎない。

しかしながら、そのような者たちが存在するからこそ、音楽というものは、それを真に面白く感じられる者、いわゆる価値が分かる少数の者が純粋に楽しめるものとして存在しているといえる。

以上

法律実務基礎科目（民事） 解答のポイント

設問1では賃貸借契約が成立し6ヶ月分の賃料の60万円のうち55万円の支払いを求めたいという原告の訴訟代理人の立場から事案を検討することが求められている。

(1)においては賃料請求権の根拠として賃貸借契約に基づく賃料支払請求権が訴訟物であることを簡潔に示すことが求められる。

(2)においては請求の趣旨として誰が誰に対していくら支払うことを求めているかを簡潔に示す必要がある。

(3)においては賃料支払請求権の請求原因事実として、賃貸借契約（民法601条）及び支払期日の到来（民法614条）を基礎付ける具体的事実を過不足なく指摘することとなる。

(4)(i)では抗弁の意義を示した上Pが本件訴状において主張している事実が抗弁に当たるかを請求原因事実との両立性や法的効果性の両観点から検討することが求められている。具体的には原告の代理人であるPが主張していることも考慮し抗弁の先行自白であるかを検討していくことが求められる。

(4)(ii)ではPの上記の主張が抗弁以外に賃料債権60万のうち55万円の明示の一部請求をすることについて事情を説明する意味があることを簡潔に指摘する必要がある。

設問2では仮差押えによって処分禁止効（民事保全法50条1項）が生じること及び債権者代位権を行使した場合、債務者であるYも自己の権利行使が認められていること（民法423条の5）を考慮して問題文の前者の方法を採用する利点を検討する必要がある。

設問3では本件訴訟の被告代理人であるQの立場から事案を検討することが求められる。

(1)(i)においては債権譲渡の請求原因事実として債権譲渡の合意（民法466条）及び譲渡の手段として代物弁済（民法482条）がされていることを基礎付ける具体的事実を主張する必要がある。

(1)(ii)においては債権譲渡が有効である以上Yに対して通知がなくてもXの管理処分権を失っていることを簡潔に示す必要がある。

(2)においては敷金返還請求権が具体的に発生していないこと（民法622条の2）を簡潔に指摘する必要がある。

設問4においては、被告の代理人Qの立場から賃貸借契約が認められないことについて主張を展開することが求められる。二段の推定が問題になることを前提に一段目の推定を覆す事情があることを指摘する必要がある。その際には提出された書証が本件賃貸借契約書以外に存在しないことや印鑑の盗用の現実的な可能性があることを指摘する。また、書証の真正な成立の他、Yの主張内容から、賃貸借契約が締結されたのではなく、使用貸借であったとの理由付否認としての主張を明らかにし、Yの妻との別居を契機にXY間の関係が悪化していることを考慮して賃貸借契約の合意がなかったことを説得的に論ずる必要がある。

法律実務基礎科目（民事） 解答例

第1 〔設問1〕について

1 小問(1)について

賃貸借契約に基づく賃料支払請求権1個

2 小問(2)について

被告は、原告に対し、金55万円を支払え。

3 小問(3)について

(1) 令和2年6月15日、Xは、Yとの間で甲建物を賃料月額10万円との約定で賃貸した。

(2) 同年7月1日、Xは、Yに対し、(1)の賃貸借契約に基づき、甲建物を引き渡した。

(3) 令和2年7月から同年12月までの各末日は到来した。

4 小問(4)について

(1)(i)について

抗弁とは、請求原因と両立し、請求原因から発生する法律効果を障害、消滅、阻止する事実の主張である。他方、本問で問題となる事実は、Yが、X主張の賃貸借契約における7月分の賃料の一部として5万円を支払ったことを内容とするものであるため、請求原因事実と両立するものの、XがYに対して支払いを求める賃料は55万円である。このため、請求原因から発生する法律効果を障害、消滅又は阻止するものではない。

よって、抗弁として扱うべきでない。

(2)(ii)について

本問では、Xが賃料債権の全額が60万円であるところ、その一部である5万円の弁済が既になされていることを主張している。このため、明示的一部請求をするのがXの合理的意識解釈に適うところ、明示的一部請求であることは、主要事実からは明らかでないが、これを明らかにする必要がある。

よって、明示的一部請求として請求することを表示する意味を有する。

第2 〔設問2〕について

1 まず、債権者代位訴訟を提起した場合、債務者は被代位債権の処分権の行使を妨げられない（民法423条の5）。このため、債権者代位訴訟をXが提起しても、AがYに50万円を支払ってしまえば、Xが当該債権者代位訴訟を提起した意味が失われる。

2 次に、XがYのAに対する50万円の売掛債権を仮差押えすることで、Yの当該金銭債権についての処分権の行使は禁じられ（民事保全法50条1項）、XはAから50万円を取り立てることが可能となる。

3 以上より、Xは売掛債権を仮差押えた上で本件訴訟を提起することとした。

第3 〔設問3〕について

1 小問(1)(i)について

令和2年8月1日、BはXに、弁済期を同年10月15日として、50万円を貸し付けた。

令和3年1月5日、Xは、Bとの間で、XがBに対して負う50万円の貸金債務の弁済に代えて、XがYに対して有する賃料債権60万円を譲渡することを合意した。

2 小問(1)(ii)について

Yによる承諾やYへの通知は、XB間の賃料債権の移転行為の効力を左右しないから、かかる承諾や通知がなされていなくとも、Xは賃料債権を失うことには変わりがないから。

3 小問(2)について

Yは、Xが主張するところの、Yが差し入れた30万円の敷金返還請求権を自働債権として、Xが支払いを請求する賃料債権と相殺しようとしている。しかし、敷金返還請求権は、賃貸借契約が終了し、目的物を賃貸人に明け渡した場合（民法622条の2第1項1号）や、賃借人が賃借権を適法に譲渡した場合（同項2号）に発生するのであり、本件ではいずれの場合にも当たらないため、自働債権たる敷金返還請求権が発生しない。

このため、Yの主張は失当である。

第4 〔設問4〕について

1 本件では、YがXから毎月月末の甲建物の賃料の支払を、令和2年末まで一度も求められたことがない。また、XがYから

支払われたという5万円の弁済は、令和2年6月にXがYの家族と共に買い物をした際に急遽Xから借りた5万円を翌月末に返済したからであり、賃料の一部として支払ったものではない。このように、XY間で賃貸借契約が締結されたことはなく、使用賃貸借契約が締結されたにすぎない。

2 次に、本件契約書には、Xの印鑑による押印がなされているが、Y自身による押印はしていないし、XはY宅を週に2度訪問しており、Xの印鑑の在りかを知っていたのであるから、Xが勝手に押印したと考えられ、文書の真正な成立に関する二段の推定のうち、一段目の推定による、Yによる押印について事実上の推定は覆されている。このため、本件契約書におけるY作成部分の成立の真正は否定される。

3 また、本件賃貸借契約成立の傍証として、敷金交付もなされたとXが主張しているが、Xの銀行口座への入金を証明する書面や領収書のカーボン紙の控え等の他の書証がない点からも本件賃貸借契約の成立は疑わしい。さらに、仮に賃貸借契約が成立していたとしても、Yの骨董品店の経営は順調であり、賃料支払を怠る理由がない。加えて、Yは、Xの娘である妻と不仲となって別居していることから、その意趣返しとしてXがYの賃料不払いを言い立てたと考えられる。

4 以上から、本件賃貸借契約の締結は、Xの虚偽の主張であるといえる。

以上

法律実務基礎科目（刑事） 解答のポイント

本問は、設問1で被疑者勾留に対する準抗告、設問2で供述の信用性、設問3で遮へい措置等の要件、設問4で尋問における書面提示の趣旨等が問われている。いずれの設問も、いわゆる有名論点といえることから、わずかな過誤で評価が大きく下がる危険がある。

設問1では、勾留のいかなる要件を、いかなる資料を以って否定するかという点について、具体的に解答することが要求される。

まず、小問1について、「具体的事実を指摘しつつ」解答することを要求しているため、それぞれの疎明資料がどの要件充足性を減殺できるか、詳細に峻別して主張しなければならない。また、小問2について、裁判所としては、弁護人の主張に対する判断を下すことは最低限必要であることから、まずは反論を必要とする。その上で、本件の他の事情（重大事案であること、婚姻していないこと等）を記載するとよいであろう。

設問2では、証人の目撃供述の信用性が問われている。供述の信用性は、目撃時の客観的状況、他の証拠との整合性、供述の具体性及び供述の変遷等の要素によって検討されることから、これらの検討要素を明らかにした上で、該当する事実を列挙する必要がある。

どれだけ多くの具体的な事実を列挙できるかが評価に直結することから、取りこぼしのないようにしなければならない。

設問3では、遮へい措置等の要件が問われている。157条の5第1項等の明文の規定があることから、当該条文に本件事実を適切に当てはめることで足りる。設問では、ビデオリンク方式かつ遮へい措置を求める理由として「人前で話すのも余り得意ではない」との供述が存することから、これが上記要件に該当しないことを示すことを要する。

設問4では、規則199条の12の趣旨を記載した上で、提示した書面に書き込み等があった場合、証人に対する不当な影響が生じることを明記すればよい。

法律実務基礎科目（刑事） 解答例

第1 設問1

1 下線部アについて

準抗告においては、裁判官が認めた勾留の要件（刑事訴訟法（以下、法令名を略す。）60条1項2号3号）に対して、本件が該当しないことを示す必要がある。

そのため、弁護人は、疎明資料aをして、両親が「事件関係者と一切接触させない」よう監督することで、罪証隠滅のおそれがないこと（2号不該当）、及び毎日常に同居する他人らが被疑者と同居し監督することで、逃亡のおそれがないこと（3号不該当）を疎明する。

また、疎明資料bをして、被疑者が、今後も従前の職場において就業を継続することから、逃亡のおそれがないこと（3号不該当）、及び被疑者不在の状態、勤務先の業務の遂行に支障を来していることから、勾留の必要性を欠くことを疎明する。

2 下線部イについて

裁判所としては、次のように判断したと考えられる。

(1) 両親は高齢であり、子とはいえ35歳の者を監督する能力に欠け、また、事件関係者との接触をさせないとするが、両親は事件関係者が誰か知らず、また面識もないことから、客観的に実効性を欠く。

また、被疑者は社歴が浅いことから、代替性は高く、必要性がないとはいえない。

(2) 加えて、本件被害者は、被疑者の元勤務先の代表者で面識があり、かつ重要な証人であるWも間近で見ていることから、両者を待ち伏

せるなどして面会を強要し証言の撤回を迫る等、罪証隠滅の客観的可能性が存在する。また、被疑者には貯金がほとんどないほか、これまでに婚姻歴もなく本件身柄拘束の前までは1人暮らしをしていたことから、逃亡により失うものは少ない。

さらに、被疑者は社歴が浅く、法定刑が懲役1年以上10年以下（刑法110条1項）という重大事案では、主観的要素に鑑み逃亡するおそれが高いといえる。また、被疑者は本件被疑事実を否認していることから、罪証隠滅及び逃亡を行う主観的な動機も認められる。

したがって、弁護人の意見には理由がなく、準抗告は棄却されるべきである。

第2 設問2

1 目撃者の供述の信用性は、目撃時の客観的状況、他の証拠との整合性、供述の具体性及び供述の変遷の有無から判断する。

2 証拠④から、Wの犯行を目撃時、犯人がいた地点までの距離が6.8メートルと近く、遮へい物がなかった上、駐車場出入り口近くに街灯が1本、駐車場敷地内には照明が4本あり十分明るかったこと、またWの供述した犯人の身長と同程度の身長である警察官を同地点に立たせたとき目撃地点からその顔を識別可能であったことが分かる。また、証拠⑤より当時の天気は晴れであり、視界を遮る雨等は降っていなかったこと、証拠⑥よりWの裸眼で1.2、色覚異常も無しであり、視力が十分であることも証明される。以上より、Wの反抗目撃時、犯行や犯人の顔を正確に見ることができる客観的状況にあったと言える。

- 3 Wの、3台のバイクのうち真ん中のバイクが放火されたとの証言は証拠④の記載と一致し、犯人が液体をバイクの座席にかけていたという証言も証拠⑥のバイクの座席からガソリン成分が検出されたという事実と整合性が取れる。また、Wは犯人が南に逃走したと証言しているが、駐車場の南に設置されていた防犯カメラ映像に、Wが述べた「胸元に白色で……履いていた。」との犯人の背格好と一致する人物が走ってきて車に乗り込んでいる様子が映っていることが証拠⑦によって証明される。その車の持ち主の写真はWの述べた「眉毛が太く垂れ目だった」との犯人の顔の特徴に一致しており（証拠⑧）、以上の通りWの供述の全体が他の証拠から導かれる事実と整合性がとれている。
- 4 Wは犯人が具体的にどの位置に立ちどのような手順で放火を行ったのか、その後どのように動いてどの方向へ逃げて行ったのか、犯人の服装や顔の特徴などを全て詳細に述べており、具体性があるといえる。
- 5 以上より、Wの犯行目撃状況は客観的にみて十分犯行及び犯人の顔を認識可能な状況であり、Wの供述は他の証拠と整合性がとれている。また、供述は具体的でかつ変遷も見られない。したがって、検察官は信用性が認められると考えた。

設問3

- 1 証人と被告人との間に遮へい措置を採るには、157条の5第1項の要件をみたす必要がある。
- 本問でAは27歳という、会社勤めをしている成人女性であり、社会人としての分別が認められる者であるといえる。しかし、被疑事件は

Wが通勤に利用している駐車場のバイクに放火するという重大犯罪である。本問では犯行現場でAとWは目を合わせており、また犯行を直接した目撃者がWしかないという状態であることから、WはAからの復讐を恐れて記憶に反する供述をするおそれがある。

したがって、被告人の面前で供述をするときは圧迫を受け、精神の平穏を著しく害されるおそれがあると認められる。

以上より、遮へい措置を採るのが相当であるとしたものとする。

- 2 なお、Wが要求したWと傍聴人との間の遮へい措置を採るには157条の5第2項の要件を、ビデオリンク方式を採用するためには157条の6第1項の要件を充たす必要がある。

しかし、前者、は裁判の公開原則（憲法82条）を一定限度假束する措置であることから証言者に強度の保護が要求されることが必要であり、後者は157条の6第1項1号2号に匹敵する程の名誉・プライバシーを保護する必要性が認められる場合に限り認められることから、Wの、人前で話すことが余り得意ではないという事情だけでは、相当と認めることはできないと考えたものと思われる。

設問4

- 1 規則199条の12の趣旨は、証人の供述に不当な影響を及ぼす一切の状況を排除する必要があることにある。
- 2 本問では、見取り図に被害者であるVの供述が記されており、Wがこれに影響されて自らの記憶に反する証言をするおそれがある。
- したがって、裁判長は釈明を求めたものである。 以上

民法 解答のポイント

本問は、設問1でいわゆる複数契約の解除について、設問2で集合譲渡担保の有効性、及び所有権留保特約との優劣関係が問われている。いずれも判例を基準に論述することが期待されているものである。

設問1では、本件ワイン契約と本件賃貸借契約のそれぞれについて、解除が可能な否かを検討しなければならない。まず、本件ワイン契約については、目的物が「飲用に適さない程度に劣化」してしまったことから、履行不能にあたり無催告解除できるということに間違いはないであろう。念のため、反論としては、543条により、倉庫甲に本件ワインを留めおいたのはAが倉庫を賃借等できなかつたからであり、債権者Aに帰責性が認められる、というものが考えられはする。しかし、引渡日より前に合意で保存場所を変更している以上、帰責性があるとはいえないであろう。

論点となる箇所は、本件賃貸借契約である。履行期日前に機能は復旧していることから、本件賃貸借契約それ自体にはなんらの瑕疵もない。しかし、Aは本件ワインを保管するために本件賃貸借契約を締結したことから、本件ワインの売買契約が解除された以上、本件賃貸借契約を維持することに何らの意味もない。そこで、平成8年11月12日判決を引用し、本件2つの契約が、相互に密接に関連していることを理由として、解除を主張することとなる。

設問2では、集合譲渡担保の有効性がまず論じられなければならない。集合譲渡担保は、①種類、②所在場所、③量的範囲を指定するなど、何らかの方法で目的物の範囲が特定されている限り、集合物という1つの物を目的とする譲渡担保として有効である（昭和62年11月10日）。また、本問では、既に占有改定による対抗要件も具備されていることから、Cの①の主張に問題はなく、他方でDの②の主張には理由がない。

そうすると、有効に成立した集合動産譲渡担保と、所有権留保特約のいずれが優先するかが問題となるが、平成30年12月7日判決は、本件と同種の事案において、所有権留保特約が優先することを認めている。

したがって、Dの③の主張を前提とした場合、DはCに対してウイスキーの所有権を主張することができることとなる。

設問1及び2のいずれも、上記判例の規範を正確に理解し、本件事案を正しく当てはめることが必要であったといえる。

民法 解答例

第1 設問1

1 本件ワイン売買契約について

Aは、本件ワインが飲用に適さない程度に劣化してしまったことから、「債務の全部の履行が不能である」（民法542条1項1号）と主張し、無催告解除を行うと考えられる。

これに対してBは、本来Aが購入又は賃借する倉庫に本件ワインを搬入する予定であったところ、Aがこれを手配できなかったために倉庫甲に置かざるを得なかった点にAの帰責性があるとして、解除権を行使し得ない（543条）と反論する。

しかしながら、Aは、本件ワインの本来の引渡日に先立ってBと交渉し、その了承を得て保管場所を変更しているのであるから、これを帰責事由と解することはできない。

したがって、Aは、本件ワイン売買契約を解除しうる。

2 本件賃貸借契約について

Aは、本件ワイン売買契約と本件賃貸借契約が一体のものであるとして、本件ワイン売買契約が解除された以上、本件賃貸借契約を締結しても無意味であることを理由として、契約の解除を主張すると考えられる（542条1項1号）。

これに対して、Bは、本件ワイン売買契約と本件賃貸借契約はそれぞれ別個独立の契約であり、かつ冷蔵庫甲は修理によって使用に何らの支障もなくなっていることから、本件賃貸借契約それ自体は履行不能ではなく、解除は認められない旨反論する。

そこで、両契約の関係を検討すると、同一当事者間の債権債務関係が、形式上は2個の契約から成っている場合でも、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられている場合には、一方の契約の債務不履行を理由に、他方の契約も解除することができるかと解するのが相当である。

本件においては、本件賃貸借契約は、Aが本件ワインを保管するために締結されたものである。たしかに、「将来的には取り扱う高級ワインの種類や数量も増やしていく予定」であったことから、倉庫甲は本件ワインのためだけに賃借されたとは解しにくい事情も存する。しかしながら、当該予定は、あくまでも「将来的には」というものであり、かつ倉庫甲の賃貸借契約は「当面の保管場所」として1年間の約定でなされたにすぎない。

したがって、本件賃貸借契約は、あくまでも本件ワインを保管するためだけになされたものであって、本件ワイン売買契約と相互に密接に関連付けられているといえる。

よって、Aは、本件賃貸借契約を解除しうる。

第2 設問2

1 小問(1)

(1) Cは本件譲渡担保契約を第三者に対して主張できるためには譲渡担保権設定契約が有効であり、当該契約を第三者に対抗出来る必要があるところ、問題文中の主張を踏まえつつCの主張が認められるか検討する。

(2) 譲渡担保権は慣習上認められている担保物権であるところ、①被担保債権の存在②譲渡担保権設定契約③設定契約時に設定者が目的物の所有権を有していたことが認められると譲渡担保権は有効となる。そして目的物が動産である場合において譲渡担保権を対抗するためには④対抗要件として(178条)引渡しを受ける必要があるところ担保権としての性質上、占有改定(183条)も含まれると考える。

(3) CはAに対して本件消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を有していることから被保全債権の存在が認められる(①充足)。

譲渡担保権設定契約について、集合動産を目的物とする場合であっても、その種類、所在場所及び量的範囲を指定する方法により目的物の範囲が特定されている場合には1個の集合物として譲渡担保の目的となり得る。本件譲渡担保契約の目的物の明確性は問題となるものの(②の主張)本件譲渡担保契約は倉庫内の全ての酒類が対象とされており目的物の範囲が特定されていることから有効な譲渡担保権設定契約であるといえる(②充足)。

また、両倉庫内の酒類はAの所有に属する酒類であり(③充足)、Cは本件譲渡担保契約に基づき倉庫内の酒類につき占有改定の方法によって引渡しを受けている(④充足)。

(4) 以上よりCは第三者に対して本件譲渡担保契約の有効性を主張することができる(①の主張)。

2 小問②

(1) Cは、Aが本件ウイスキーを事由に転売できることを理由に本件ウイスキーの所有権はAにあり、本件譲渡担保契約の効力が及ぶと主張し、Dは、これに対して所有権留保特約により所有権は自己にありAの所有に属さないことから、譲渡担保契約の効力は及ばないと反論することが考えられる(③の主張)。そこで本件ウイスキー売買契約の所有権留保の特約の有効性を検討する。

(2) 所有権留保権者が、搬入先における転売等を包括的に承諾している場合には、実質的に売主に所有権が帰属しており担保的効力を有するに過ぎないとも思える。しかし、特約の趣旨が転売等によって自らに支払われる売買代金を確保させるためであると考えられるときには、転売等が可能であったことを以って、留保所有者から売主に所有権が移転したとすることはできないといえる。

(3) 本件では、DはAに対し、本件ウイスキーの転売を包括的に認めているものの、同時に、代金の完済まではDに所有権が留保されることを約していることから、転売を認めた趣旨は、自らに対する売買代金を確保させるためであると解される。よって、転売を認めていることをもって実質的にAに本件ウイスキーの所有権が移っているとはいえない。

(4) また、本件ウイスキーは他のウイスキーと区別できる以上混和(245条、243条)によってAのウイスキーとなる余地もない。

(5) 以上のことから、Dは、Cに対して、所有権留保特約に基づき、本件ウイスキーの所有権を主張することができる。 以上

商法 解答のポイント

本問は、設問1で表見代表取締役及び不実の登記の効力、設問2で退職慰労金の有効性について問われた。メジャーな論点のようにも思えるが、設問1では実際に表見代表取締役の名称を付し、不実の登記をした者が会社ではなく株主であり、設問2では会社ではなく株主が指示をして退職慰労金を支払ったというイレギュラーな状況であるため、一般的に議論される状況とは前提が異なっており、難しい問題であった。

設問1では、代表権を持たないCが無断で代表取締役副社長を名乗り始め、大株主であるAの了承を取った上で不実の登記を作成した上で乙社と契約を締結したという事案において、この契約の効果を甲社に帰属させられるかが問題となった。一見会社法354条または908条2項を適用して乙社を保護すれば良いと思われるが、行動主体が甲社でないため、直接適用できないことに気付くだろう。一方で、事案をかながみれば明らかに甲社の株主であるA及び取締役であるCに過失があり、善意無過失である乙社を保護することが妥当な結論であるとも思える。よって、このような状況下でいかにして乙社を保護する理論構成をするかが腕の見せ所だろう。

参考答案では一応株式総会で代表取締役を選任する定款の適法性に触れた後、Cが代表取締役に選任されていないことを特定し、その後354条及び908条2項の類推適用の可否を検討している。これ以外の理論構成ももちろん考えられると思われる。

設問2では、株主総会の決議なく支払われた本件慰労金の有効性が問われており、甲社の請求の根拠、その後にBがこれを拒むための主張、その当否を述べる必要がある。

解答にあたっては、361条1項で株主総会の決議が要求された趣旨や、本件慰労金の支払が合意された際、Aが甲社の代表取締役であり、また甲社の全株を保有している事実を指摘し、結論を導く必要があると思われる。

商法 解答例

第1 設問1

- 1 甲社の定款では、「代表取締役は……定めることができる」とあり、取締役会または株主総会決議によって代表取締役が選任されることになっている。取締役会設置会社においては会社法362条2項3号、3項（以下法令名を略す。）により原則として代表取締役は取締役会で選定されるものであるが、株主総会でも選定することができるという定款の規定は株主の利益を害するものでなく、また取締役会における代表取締役の選定を禁ずるものでもないため、上記定款は有効である。しかしながら、本件においてCを代表取締役に選定する取締役会決議や株主総会決議は存在しないため、Cは代表権を持たない取締役にすぎない。なお、合計で甲社の株式の1000株中900株を所有するAとCが結託して臨時株主総会議事録を作成し不実の登記をしているとはいえ、株主総会が開かれていない以上は、株主総会決議が存在したとは言えず、Cが代表取締役に選出されたとは言えない。
- 2 Cは代表権を持たないが、代表取締役副社長と名乗って乙社と契約を締結している。しかしながら、この名称はCが他の取締役の承諾を得ることなく勝手に名乗りだしたものであり、「株式会社は、……名称を付した場合」に当たらない。よって354条を直接適用することはできない。また、Cが代表取締役に追加される旨の不実の登記が存在するが、これも甲社が行ったも

のでないため、908条2項によって乙社が甲社に本件代金を請求することはできない。よって、原則として本件契約は甲社に帰属せず、乙社は本件代金を甲社に請求できない。

- 3 354条は代表権を有しないものが代表権を有するものと認められる名称を使用していたときに、その概観を信頼して取引を行った善意無重過失の者を保護すると言うものである。その趣旨は、代表権を有しない者に代表権を有すると誤認させるような名称を付してその者に代表権があるかのような概観を作出した過失のある株式会社の犠牲のもとに、善意無重過失の第三者を保護すると言うものである。よって、株式会社に同程度の過失がある場合、354条の類推の基礎があると考えられる。
- 4 本件においては、Cが自ら無断で代表取締役副社長の名称を名乗っており、Aの了承を得た上で臨時株主総会決議があったものとして株主総会議事録を作成して不実の登記を行っている。よって甲社の株主であるAとCは、Cが上記名称を名乗ることを容認した上、Cに代表権があるかのような概観を作出したと言える。また、Bは代表取締役であり他の取締役を監督する義務を負う（362条2項2号）にもかかわらずCが上記名称を名乗って取引をしていたことにも不実の議事録を作成し不実の登記を行ったことにも気付かず放置している。よってBにも過失が認められる。以上より甲社の株主であるA、B、C全てに過失が認められ、株式会社の保護規定は株主の利益の保

護のためにあるところ、全ての株主に虚偽の概観の作出に関与した過失があるため、これは甲社が虚偽の概観の作出について過失があるといえる。また、この過失は甲社自らがCに代表権があると誤認されるような名称を付した場合と同視できるほど重い。

- 5 したがって、本件においては354条の類推の基礎があり、乙社はCが代表権を有すると善意無重過失で信じて取引を行っているため、354条の類推適用によって本件契約は甲社に帰属し、乙社は本件代金を甲社に請求することができる。
- 6 また、908条2項も354条と同様に、不実の登記をしたという過失のあるものの犠牲の元に善意の第三者を保護する趣旨であり、上記のように甲社には不実の登記をしてそれを放置したという過失があるため、908条2項の類推の基礎もあり、乙社は善意の第三者であるため、908条2項によって乙社は甲社に本件代金を請求することができる。

設問2

1 甲社のBに対する請求の根拠及び内容

甲社としては、報酬等（361条1項）は定款の定めが無い場合には株主総会決議により定める必要があるが、本件慰労金は定款の定めが無いにもかかわらず、Aの指示によって支払われている。そこで、甲社としては、本件慰労金を不当利得（民法703条）として、返還請求することが考えられる。

2 Bの主張及びその当否

これに対して、Bとしては、本件慰労金は適法に支払われたものであり、法律上の原因が認められるとして、支払請求を拒むことが考えられる。では、このBの主張は認められるか。

確かに、本件慰労金は支出に際して甲社の株主総会決議を経ていない。

しかし、本件慰労金はBを引き抜いた際に、本件慰労金が内規に従って支給されることを合意しており、AとBの契約内容となっている。

また、361条1項で報酬等に株主総会の決議が要求された趣旨は、お手盛りを防止する趣旨であり、当該内規はAが甲社の全株を保有し、代表取締役であった時に設けられたものであり、株式会社の決議がなくてもお手盛り防止の趣旨はあたらない。さらに、内規は勤続年数に応じて一定の算定方法によって定められており、A自身もこの内規に従って慰労金を支払われていることから、内規は客観的に合理的な内容であると認められる。

したがって、株主総会の決議を実質的に経たものと認められることから、本件慰労金の支払は361条1項に反しない。

以上より、Bの主張は妥当である。

以上

民事訴訟法 解答のポイント

〔設問1〕(1)では、Yが本件訴訟に共同訴訟参加（52条1項）することの可否を検討することが求められている。共同訴訟参加は、「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」であることが必要であり、第三者は当該訴訟の目的について当事者適格を有していなければならない。本問との関係では、YがZに対し登記名義をYに移転してほしいと考えていることから、Xに共同訴訟人として参加するものであり、Yの原告適格の有無が問題となる。その際、Xが本件訴訟を提起していたとしても、YはZに対する移転登記請求権の管理処分権を喪失しない（民法423条の5前段）ことから、Yの原告適格を論じることが必要となる。

次に、〔設問1〕(2)では、Yが独立当事者参加（47条1項）することの可否を検討することが求められている。独立当事者参加は、「訴訟の結果によって権利が害されることを主張する第三者」であるか、又は、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する第三者」のいずれかであることが必要となる。本問との関係では、Yは、Zに対する登記名義の移転を求めるつもりがないと考えていることから、本件不動産はYZの共有に属することの確認を請求として定立して、本件訴訟に参加することになる。そこで、「訴訟の目的の全部又は一部が自己の権利であることを主張する」場合に当たるかを検討することが求められる。その際、権利主張参加の場合には、原告の請求と参加人の請求が両立しないことが必要とされることから、移転登記手続請求権と共有関係の確認が実体法上両立不可能であることを論じる必要がある。

次に、権利主張参加の要件を充たすとしても、本件不動産について持分権の移転登記手続を求める訴えが提起されている以上、同一の本件不動産がYZ間の共有に属することの確認を求める請求を定立することが、二重訴訟の禁止（142条）に抵触しないか検討することが必要となる。そこでは、判決効の矛盾抵触などの観点から、二重起訴の禁止に抵触するかを論じることになる。

〔設問2〕では、まず既判力の主体的範囲が問題となっていることから、Yが115条1項2号に該当するか否か検討することになる。そのうえで、本件訴訟の判決の効力がAに及ぶかについては、47条4項が準用する40条1項の効果について、本件訴訟が債権者代位訴訟であって、訴訟共同の必要のない類似必要的共同訴訟であることを考慮しつつ検討することが求められる。

民事訴訟法 解答例

第1 〔設問1〕(1)について

- 1 共同訴訟参加(52条1項)が認められるには、①当該訴訟について当事者適格を有し、②判決の効力を受ける場合である。
- 2(1) まず、①について、当事者適格とは、当事者能力を有する者が、特定の訴訟物との関係から個別具体的に、原告あるいは被告として訴訟を進行し、判決の名宛人となるのに適した者であることをいう。
- (2) 本問では、Yが本件不動産について兄Zと共に母を相続して共有しているから、2分の1の持分を所有している。また、民法423条の5前段により、Xが債権者代位訴訟として本件訴訟を提起しても、Yは被代位債権について処分権を失わない。
- (3) よって、Yは本件訴訟において当事者適格を有している。
- 3(1) 次に、②について、判決の効力とは、既判力(114条1項)をいうところ、既判力は判決主文における訴訟物についての判断に生じる。
- (2) 本問では、訴訟物は、YがZに対して有する、遺産分割を原因とする本件不動産のZの持分2分の1についての所有権移転登記請求権である。そして、かかる既判力は、法定訴訟担当による訴訟進行の場合における被担当者に及ぶ(115条1項2号)ところ、Yは、Xによる債権者代位訴訟において、債務者であるから、被担当者であるといえる。
- (3) よって、Yは判決の効力を受ける者である。
- 4 以上より、Yは本件訴訟に共同当事者参加することができる。

第2 〔設問1〕(2)について

- 1(1) 本問では、XがYに対して有すると主張する本件貸付債権は弁済により消滅しているとYは考えている。このため、Xの当事者適格を争うために、Yは本件訴訟に独立当事者参加をすることが考えられる。その際、Yとしては、本件不動産について遺産分割がなされていないため、移転登記請求権が存在せず、本件不動産全体がYZの共有に属することの権利主張の確認の請求を定立することが考えられるが、これは権利主張参加として認められるか。
- (2) ここで、権利主張参加は、本訴請求と参加人の請求が実体法上論理的に両立しない関係にあることが要件となる。
- (3) 本件では、遺産分割協議に基づく持分の移転登記請求権のXが行使することで本件不動産の単独所有関係となることと、本件不動産の遺産分割がなされずYZ間の共有関係にあることとは、実体法上論理的に両立しない関係にある。
- よって、権利主張参加の要件を満たす。
- 2(1) 次に、XがYに代位して、YがZに対して有する、遺産分割を原因とする本件不動産のZの持分2分の1についての所有権移転登記請求権を訴訟物として行使する本件訴訟が提起されながら、Yがこのような独立当事者参加することは、二重起訴の禁止(142条)に反するのではないか。
- (2) ここで、二重起訴に当たるか否かは、判決の矛盾、訴訟不経済、当事者の応訴の煩が生じるか否かの観点から決すべきである。

(3) 本問では、独立当事者参加では、合一確定の要請から矛盾のない判決がなされる(40条1項)ので、判決の矛盾は生じない。また、同一の手続で審理されることから、訴訟不経済も当事者の応訴の煩も生じない。

よって、二重起訴の禁止に反しない。

3 以上から、Yは本件訴訟に独立当事者参加をすることができる。

第3 [設問2]

1(1) まず、本件判決の既判力がYに及ぶか。

(2)ア 既判力の客観的範囲は、判決主文における訴訟物についての判断に生じる。

イ 本件判決の訴訟物は、YがZに対して有する、遺産分割を原因とする本件不動産のZの持分2分の1についての所有権移転登記請求権である。よって、Xの請求が棄却されていることから、当該移転登記請求権の不存在について既判力が生じる。

(3)ア 次に、既判力の及ぶ主観的範囲を115条1項各号で定めるところ、同項2号は、当事者が訴訟担当者となった際の被担当者を挙げる。

イ 本件訴訟では、Xが債権者代位訴訟における債権者即ち法定訴訟担当であり、被担当者はYである。よって、Yに本件判決の既判力が及ぶ。

2(1) 次に、本件判決の効力がAに及ぶか。本件訴訟は、XがYの訴訟担当として訴訟追行しているが、47条4項により準用される40

条1項による規律がどのように及ぶか。

(2) この点、類似必要的共同訴訟では、全員が共同訴訟人として訴えて遺棄することが不可欠ではなく、一部の者のみで訴えて遺棄することも可能であるが、各共同訴訟人と相手方当事者間に訴訟が係属した以上は個別訴訟が許されず、必要的共同訴訟の審判の原則が適用される。

(3) 本件訴訟は、XがYに代位して提起する債権者代位訴訟であるから、Xと債務者Yと第三債務者Zの間で合一確定の要請が働くものの、法定訴訟担当に他の債権者も共同訴訟人として訴訟提起する義務を負わせることは迅速な被代位債権行使の妨げになることから、Xのみで提起できると解すべきであり、類似必要的共同訴訟である。

そして、類似必要的共同訴訟では、共同訴訟人を含む当事者の間においてのみ合一確定の要請から矛盾なき判決がなされ、既判力が及ぶ。このため、確定判決のある類似必要的共同訴訟の当事者となっていない、被代位者の他の債権者には当該確定判決の既判力が及ばない。

よって、Aには既判力が及ばないのであり、本件判決の効力はAに及ばない。

以上