

〔出題意図〕

本問は、いわゆる「大阪南港事件」の事案（最決平成 2 年 11 月 20 日刑集 44 卷 8 号 837 頁）を前提として、そこから派生的に生じうる事実について問うものである。具体的には、X と Y との間の共犯関係の成否を前提として、想定される (1) (2) (3) のそれぞれの事案との関係で、X および Y の行為と甲の死亡結果との間の因果関係が問題になる。なお、甲に対する X の殺害の故意と Y の暴行の故意は問うていないし、責任能力や X の中止犯の可能性も特に問題にしていない。

〔解説〕

I 前提として、甲に暴行を加えた後に現場から立ち去ろうとした X に、Y が「お前がそのまま帰るなら、後のことは俺に任せておけ」と申し向け、X が立ち去った後に Y が甲に暴行を加え続けた事実について、X と Y の間の共同正犯関係が問題になる。共同正犯の前提となる共謀については、現場における黙示的共謀でもよいとされる場合もあるが（最決平成 15 年 5 月 1 日刑集 57 卷 5 号 507 頁 [スワット事件] 参照）、何らの意思連絡も認められない本問においては、（承継的）共同正犯は成立しないし、片面的共同正犯は学説ではもちろん実務においても否定されている。したがって、本問の X と Y の関係は、X の暴行で甲が傷害され、X が立ち去った後に甲の生存中に Y が暴行を加えたというもので、完全な同時犯ではないものの、同時犯類似の態様のものである。

II X と Y の間に共同正犯が成立を前提に (1) (2) (3) を検討すればよい。

(1) は、因果関係が明白な場合である。甲の死が Y の暴行から生じたことが明白なことから、Y には暴行にもとづく傷害致死罪が成立する（205 条）。他方、X の暴行は甲の死をもたらす程度のものでなかったことから、X には殺人未遂罪（203 条）が成立する。

(2) は、大阪南港事件における因果関係の判示内容から考えればよい。X の行為が致命的なものである以上、X の暴行は甲の死の危険を現実化したものであり、X には殺人罪（199 条）が成立する。また、Y については、甲の死を 30 分程度早めたにすぎなくても、死期を早めることは死を惹起したものと評価すべきであるから、暴行にもとづく傷害致死罪が成立する。Y については、死に瀕した者の死期を若干早める場合（いわゆる安楽死事案が典型）に死亡結果について帰責されることから明らかである。

(3) が、共同正犯を否定することとの関係で、困難が生じる。本問は、同時犯そのものではないため、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から、X に殺人未遂罪と Y に傷害罪を認めるのが、理論的に一貫している。しかし、同時犯類似の事案であることと傷害致死罪にも同時傷害の特則（207 条）の適用を認める判例（最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 卷 10 号 1937 頁参照）からすれば、X の殺人行為と Y の傷害致死行為の間に 207 条を準用する考え方もありえよう。ただ、その場合には、207 条の準用について丁寧に検討する必要がある。

[出題趣旨]

設問は、民法 750 条の規定する夫婦同氏制の合憲性について検討することを求めている。

民法 750 条の合憲性を検討しようとするとき、具体的にどのような憲法上の論点があるかを指摘する必要がある。たとえば、憲法上の権利との関係では、「氏の変更を強制されない自由」の侵害、婚姻の自由の侵害あるいは女性差別の問題などが論点として挙げられよう。

「氏の変更を強制されない自由」は憲法 13 条によって保障されるか、それが民法 750 条によって侵害されたと言えるか、その侵害は正当化されるか、同じように、婚姻の自由は憲法 24 条によって保障されるか、それが民法 750 条によって制約されたと言えるのか、その制約は正当化されるか、また、民法 750 条自体は直接的に女性差別を規定しているわけではないが、実際には、婚姻にあたってほとんどの女性が改姓（氏）していることから女性差別であり憲法 14 条 1 項に違反すると言えるのかなどを検討することになる。

2021 年度 南山大学大学院 法務研究科 法務専攻（専門職学位課程）入学試験

《A 日程》法律科目試験（商法）出題趣旨

X は株式会社であり、洋菓子の製造販売業を中部地方で営んでいる。X の取締役である Y は、個人としても中部地方で洋菓子の製造販売を営んでいる。この場合の XY 間の法律問題について論じなさい。

競業取引に関連する会社法の規定について理解を問うものである。

まず、Y の行為が会社法 356 条 1 項 1 号に規定されている競業取引に該当することを指摘するとともに、規制の趣旨を説明することが必要となる。

次に、会社法では競業取引を全面的に禁止するのではなく、事前に会社内部の承認手続きを経ることを要請していることを説明することが必要となる。

これらの説明の後に、Y の責任についての説明が必要となる。説明に際しては、法定の承認決議を受けることなく競業取引を行なった場合には、Y の任務懈怠(423 条 1 項)が認められ、Y が得た利益の額が会社の損害額と推定される(同条 2 項)ことに留意しなければならない。

I.

(1)では、Aが(甲建物および)乙土地の所有権に基づいてDに登記の回復を請求するために、AB間の売買契約(以下、「本件売買契約」という)の効力を否定する必要がある。問題文では「2つの根拠法条を提示」することが求められており、具体的には、詐欺取消し(96条)と錯誤取消し(95条)の可否を検討することが期待されている。

論じる順序は問わないが、詐欺から始めた方がスムーズであろう。本問では、詐欺取消しの対象となる本件売買契約の相手方(B)自身が瑕疵ある意思表示をした表意者(A)を欺罔したわけではなく、第三者(C)の言葉によって、表意者Aが錯誤に陥った事案である。したがって、96条1項ではなく、96条2項に基づいて、Aが当該売買契約を取り消すことができるかどうかを論じるべきである。根拠法条を明らかにした後は、要件を列挙し、問題文から適宜事実を抽出、評価した上で当てはめ、結論へと進めば良い。なお、問題文には、「Bは、……Cと結託して……やすく譲り受ける計画を立てた」とあるので、Bの悪意を認定することも難しくないであろう。したがって、Aは、本件売買契約を取り消すことができると思われる。

問題の焦点は、取り消したことをDに主張しうるか否かにある。96条3項には、「善意かつ無過失」の第三者には、96条2項の取消しも対抗できないことが明記されている。つまり、AがDに本件売買契約の遡及的無効(すなわち、Bは遡及的には無権利者であり、DもそのBから所有権を取得し得ないはずであるということ)主張し、Dに登記の回復を求めることができるのは、Dが悪意または有過失の場合に限られる。ただ、問題文からは、Dの主観的態様は明らかではない。したがって、場合分けをし、Dが善意かつ無過失の場合はAの請求は認められず、Dが悪意「または」有過失の場合であればAは登記を回復できるというように、結論を書き分ける必要がある。

錯誤を論じる際にも、根拠条文を明記し(本問は95条1項2号の「基礎事情の錯誤」)、要件の列挙(95条1項および2項参照)、当てはめ、結論の三段論法を基本とした論述が求められることは同じであり、意思表示の相手方Bとの関係では錯誤取消しが認められるものと思われる。そして、取消しを第三者Dに対抗できるかが焦点であることも同じである(95条4項参照)。

以上、本問は、同じような論理展開で答案を書くことのために、単調な記述になりがちであった。それぞれの要件がどのように異なるかを意識し、その要件が充足されているか否かを検討する際には問題文からの確に事実を拾い上げ、評価することができる、より高得点につながったのではないかと思われる。

(2)では、Dが悪意または有過失であったことを前提に、AがDに対して、登記の回復を請求した後、すなわち、Aが取消権を行使した後に現れたEとの法律関係が問題とされている。

判例では、Aが取消権を行使することにより、DからAへの「復帰的物権変動」が起こると捉え、その後に現れた第三者Eとの関係は、二重譲渡類似の対抗関係になるとされる。したがって、177条の登記の先後によって決着する。(ここでは、Eが善意であるか悪意であるかは問われない。)

他方、このような場合は、94条2項の類推適用によって解決すべきであるとする学説も有力である。AB間に通謀はないが、Aが登記の回復を怠ったことにより、Bに登記が残り、あたかもBが本件不動産の所有権者であるかのような外観が作られており、これを信頼したEは保護されるべきであると考えられるからである。この場合は、Eが善意であることこそが重要で、Eが登記を経ることは保護要件とはならない。

後者に力点を置いた答案が多かったが、出題者としては、二つの考え方を併記して欲しかった。

## II.

この問題は、最高裁平成3年4月2日判決民集45巻4号349頁をもとにした問題で、事案としては該当判例とほとんど一緒となっている。ここでは、建物と敷地の利用権(賃借権)との売買においてその敷地に物理的な欠陥があった場合に、買主はこれを売買の目的物に瑕疵があるとして、売主の担保責任(契約不適合責任)を追求できるかが問題となっている。

(1)ではこのような事案でどのような請求が可能か問うている。これは、買主の請求が民法何条に基づいてどのように法律構成できるかを尋ねているわけである。残念ながら、この点につききちんと答えている答案が少数であった。

この問いに答えるためには、まず、このような売買の時に、そもそも売買の目的物が敷地そのものなのか、あるいは敷地の利用権(賃借権)なのかを問題とする必要がある。ちなみに、前述の最高裁判決においては、この問題を敷地そのものの売買ではなく、敷地賃借権の売買と理解している。この点のちがいについてきちんと問題にしている答案が見られなかったのは残念である。

そのうえで敷地の物理的欠陥が契約のうえではどのように扱われるかが問題となる。この点に関しては、前述の最高裁判決においては、目的物に瑕疵があるというわけではないとする。その理由として、賃借権の買主が賃貸人に対してその修繕を請求すべきものであり、敷地の欠陥を持って賃貸人に対する債権としての賃借権の欠陥と言うことができず、買主が賃借人として、賃貸人に対して修繕義務の履行を請求し、あるいは賃貸借の目的物に隠れた瑕疵があるとして瑕疵担保責任(改正前の民法570条)を請求することは格別、売買の目的物に瑕疵があると言うことはできないからであるとする。このような最高裁判所の判示にしたがえば、XはAに対して、敷地の欠陥を修繕するように請求する権利を持つことになる。上記最高裁判決に賛成する必要はないが、上記点についてきちんと意識したうえで論じる答案が見受けられなかったのは残念である。

さらに現行民法では、民法562条1項において、契約不適合の場面の追完請求権を規定している。判例に従うとすれば、法律構成としては、Xはこの請求権をAに対して行使することになる。もちろん判例に反対してYに対して請求権を行使するという構成も可能である。その場合は、敷地利用権の瑕疵が売買契約の契約不適合責任を導くことができることを論証する必要がある。いずれにしろ、この点もきちんと書く答案が少なかったのは残念である。

(2)は、(1)で示した請求権が認められるべきかを問う問題である。この点では、請求権の構成はともかく、XのYに対する何らかの請求が認められるとする答案が多かった。そのときにははっきりとした理由付けがあることが望まれるが、その点をちゃんと説明する答案が少なかったのが残念である。