

＜出題の意図＞

【I】は、最判平成18年2月23日民集60巻2号546頁をベースとするものである。AのCに対する請求は認められるかという〔設問〕において、予想されるCからの反論をふまえた論述を求めることにより、法的思考力および記述力を問うものである。

＜解答例・評価のポイント＞

本問において、Aは、Cに対して、甲の所有権に基づく抹消登記手続を請求している。これに対して、Cは、登記等から、甲の所有者はBであると過失なく信じており、甲の所有権はAではなく、自己に帰属すると主張をすることが考えられる。

そのCの主張の論拠となりうるのが、前掲平成18年判決である。平成18年判決は、本問のような事情のもとでBが登記手続をすることができたのは、「Aの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのAの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視しうるほど重いものというべきである」として、CはBが所有者であるとの外観を過失なく信じたときは、民法94条2項、110条の類推適用によって、Aは、Bが甲の所有権を取得していないことをCに対して主張することができないとする。

判例により認められてきた94条2項類推適用型（最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁など）や94条2項と110条の法意型（最判昭和43年10月17日民集22巻10号2188頁など）との関係で平成18年判決をどのように理解するかについては、様々な考え方がありうる。どのような考え方に基づくにしても、本問においては、それらの場面と平成18年判決の場面との違いを意識しつつ記述をすることが求められる。加えて、平成18年判決の判断内容をもとに本問の事実を検討するにあたっては、Aの帰責性、Cの過失の有無を慎重に検討する必要がある。

答案では、94条2項類推適用型や94条2項と110条の法意型と平成18年判決の場面の違いについて意識的に記述して結論を導いているものは少なかった。また、Aの帰責性、Cの過失の有無についても、検討すべきポイントであることを指摘しながらも、それぞれ慎重に検討することなく認定してしまっているものが多くみられた。

＜出題の意図＞

II

設問（1）は、不貞行為の相手方に対する、配偶者および子どもからの慰謝料請求に関する問題であり、民法第709条、第710条に基づく不法行為請求の基本的な理解を問う問題である。設問（2）は、不倫な関係にある女性に対する包括遺贈について、当該遺贈の公序良俗違反性についての理解を問う問題である。

＜解答例・評価のポイント＞

設問（1）：Yが反論するにあたり、X1、X2（以下、「Xら」とする。）の慰謝料請求について整理しておく必要がある。Xらの請求は、民法第709条、第710条による不法行為に基づく損害賠償請求である。そして、不法行為に基づく損害賠償請求においては、以下の4つの要件が満たされる必要がある。①「故意または過失があること」、②「権利または利益の侵害があること」、③「損害が発生していること」、④「侵害行為と損害の間に因果関係があること」である。これらを前提として、Xらに対する反論を検討する。まずX1に対する反論としては、要件②が検討事項となる。すなわち、第三者が夫婦の一方と肉体関係を持った当時、夫婦の婚姻共同生活が既に崩壊していたときには、特段の事情のない限り、不法行為責任を負わないと解される（最三小判平成8年3月26日民集50巻4号993頁）。本設問においてもAとX1は、2013年に別居を開始し、別居期間中は互いに一切連絡をとっていなかった。従って、YとAが肉体関係を持った2019年には、既にA・X1の婚姻関係が破綻していた旨の反論が考えられる。続いてX2に対する反論としては、要件④が検討事項となる。すなわち、「父親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲するかどうかにかかわらず、父親自らの意思によつて行うことができるのであるから、他の女性との同棲の結果、未成年の子が事実上父親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被つたとしても、そのことと右女性の行為との間には相当因果関係がない・・・」（最二小判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁）との反論が考えられる。ただし、同最高裁の反対意見では、「・・・ある女性が未成年の子を家に残して来た男性と同棲することによつて、右子が父親からの愛情、監護、教育を享受し得なくなるような結果が生じた場合には、右女性は、故意又は過失がある限り、未成年の子に対し、不法行為責任を負うものといわざるを得ない」とあり、反対意見の枠組みに沿った解答も評価をする。

設問（2）：まずはAとX1との婚姻関係が完全に破綻していたか否かが問題となる。婚姻関係が完全に破綻していた場合には、本件遺贈の公序良俗性は問われないものと考えられる。本設問では、別居後もAとX1は必要に応じて最低限の連絡を取り合っており、年に1度程度食事を共にする関係であったことから、婚姻関係が完全に破綻したと判断することは難しいと考えられる。そして、婚姻関係が完全に破綻していない場合において、本件遺贈が公序良俗違反か否かが問題となる。そして、公序良俗性の判断においては、以下の2つの要件を検討しなければならない。①遺贈の目的が不倫な関係の維持継続か相手方の生活保全か、②遺贈が相続人の生活基盤を脅かさないか（最一判昭和61年11月20日民集40巻7号1167頁）である。本設問において、①については、Yは生活費の負担を専らAに頼っており、遺言の内容からもYの生活保全が目的であったと判断できる。②については、相続人であるX1とX2の生活状況に応じて判断は分かれ得る。そして、②の要件を満たさない場合には、公序良俗違反により遺贈の無効または一部無効となり、X1およびX2の主張は認められ得る。仮に本件遺贈が有効と判断された場合、X2は遺留分侵害額請求が可能となる。

＜出題の意図＞

立候補の自由と労働組合の統制権との関係についての理解を問うており、判例や基本的学説を基に論述することが求められる。

＜解答例・評価のポイント＞**＜解答例・評価のポイント＞**

本問は三井美唄炭鉱事件（最大判1968（昭和43）年12月4日）をモデルとしており、同判決をふまえて、Yらの主張を想定した上で、Xの代理人の立場から憲法上の論点について論じることが求められる。

Yらは、以下の点などを主張することが想定される。すなわち、組合員に対する統制権は憲法28条が保障する団結権から導出される。本問にてらすと、「現実の政治・経済・社会機構のもと」で「労働者がその経済的地位の向上を図る」ためには「政治活動や社会活動を行なうこと」が不可欠であり、「組合員の居住地域の生活環境の改善その他生活向上を図る」ために「選挙運動を推進」し、Xに対して「立候補を思いとどまるよう勧告または説得することも……妥当な範囲の統制権の行使」に含まれる（同判決）。加えて、前回の選挙でB労組の支援を受けて当選したXが独自に立候補することは信義にもとる、Xの立候補によって票が分散して多数の統一候補が落選したため市議会内のB労組の影響力が低下した、Xに対する処分は1年間の権利停止にとどまり比較的穏便である点などの主張も想定される。

それに対してXは、以下の点などを主張することが想定される。すなわち、憲法15条1項が保障する「選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり」、「重要な基本的人権の一つ」である立候補の自由に対する制約は、「選挙人の自由な意思の表明を阻害」し、「自由かつ公正な選挙の本旨に反する」（同判決）。従って、立候補の自由に対する制約は「特に慎重でなければなら」ず、いかにB労組が組合員に対する統制権を有しているとしても、「勧告または説得の域を超え」て「立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由」としてXを処分することは、「統制権の限界を超える」（同判決）。本件では、6名という大人数で4回にわたって立候補の取りやめを要求することは明らかに「勧告または説得の域を超え」ており（同判決）、かつ立候補を理由として処分するなどの不利益を科したことは組合員に対する統制権の限界を超え、憲法15条1項に違反する等である。

本問は事例問題であるため、問題文中の事実関係を正確に読み込み、答案に反映させることが求められる。単に紋切り型の違憲審査基準を定立し杓子定規に当てはめるのではなく、B労組の組合員に対する統制権とXの憲法上の権利とを本問の事案にてらして比較検討することができている答案は、高く評価している。

＜出題の意図＞

2023年に、東京証券取引所が、プライム市場およびスタンダード市場の全上場会社を対象として、「資本コストや株価を意識した経営の実現に向けた対応」の要請を行ったことから、近時、自己株式取得を行い、ROE（自己資本利益率）、PBR（株価純資産倍率）向上を目的として、自己株式取得が盛んにおこなわれている。

そこで、今回は、会社法における自己株式取得に関する理解を問う問題を出題した。

各設問における出題の意図は、次のとおりである。

〔設問1〕 会社法が、自己株式取得を規制する趣旨を理解しているかを問う問題である。

〔設問2〕 発行会社が、市場取引等によって自己株式を取得する手続を理解しているかを問う問題である。

〔設問3〕 会社法の定める手続を得ずに自己株式取得を行った場合の効果および責任を問う問題である

＜解答例・評価のポイント＞

〔設問1〕 自己株式取得は、以下のような弊害がある。しかし、いずれも弊害も、手続面・財源面の規制により対処可能である。そこで、会社法は、自己株式取得を規制する定めを設けている。

自己株式取得の弊害

- ① 株主に支払う対価が、剰余金分配可能額を超える場合、会社債権者に利益が害されること
- ② 剰余金分配可能額を財源とする取得であっても、一部の株主から取得すると、株主相互間の投下資本回収の機会の不平等を生じさせ、また取得価額いかんによっても残存株主との間の不公平を生じさせること
- ③ 反対派株主から株式を取得することにより取締役が自己の会社支配を維持する等、経営を歪める手段に利用されること
- ④ 不公正な株取引の禁止（相場操縦、インサイダー取引等、不公正な株取引に利用されるおそれがあること

※④については、会社法の規制範囲ではなく、市場規制の問題である。

〔設問2〕 本設問の事案（本事案）のように、発行会社が取引所市場から自己株式を取得する場合、だれでも公正な価格で株式を換価（投下資本を回収）できることから、通常株主の利益侵害は問題とならない（上記②の弊害はない）。

このように会社と株主との合意（取引市場を通じた合意）により自己株式を取得することは、株主に対する財産（剰余金）分配の一形態であることから、会社法は、会社と株主との合意（公開買付けを含めた市場取引を含む）により自己株式を取得する場合、株主総会で一定の事項（取得株式数、取得対価の内容と総額、取得期間（最長1年））を定め、取締役会にその執行を授権する（会156I）。なお、定款により剰余金分配を取締役会の権限とした会社は、株主総会ではなく、取締役会決議でこれらの事項を決定する旨を定款で定めることができる（会459I①）。

また、会社法は、市場取引等により自己株式を取得する場合については、定款で、取締役会の決議によって自己株式の取得をする旨を定めること認めている（会165II）。このような定めがあれば、取締役会決議によって、会156I各号の事項を定め、自己株式を取得できる（会165I・III）。

〔設問3〕自己株式取得規制の違反については、手続違反の場合と財源規制違反の場合の2つに分けて考えられる。以下は、手続違反にかかる私法上の効果である。

自己株式取得規制（手続）に違反した取得の効果について、会社法は何らの定めも置いていない。通説では、違法な剰余金配当と同じく「無効」とし、その主張は「会社側」だけができる。その根拠として、株主平等原則（会109I）をあげる学説がある。ただし、この無効は、善意の譲渡人には対抗できない。したがって、市場取引の場合、会社は、無効を主張できない。

取締役は、法令違反として、任務懈怠責任（会423I）を負う。損害額は、取得価格と取得時の時価との差額であるという判例がある。

以上

＜出題の意図＞

この問題は、Xについて業務上横領罪の成否を検討させるとともに、Xの業務上横領罪へのYの関与について、共犯と身分の解釈論が正確に展開できているかを問うものである。

＜解答例・評価のポイント＞

Xについては、業務上横領罪の成立要件を正確に理解し、事実にあてはめて解釈が展開できているか、Yについては、業務上横領罪は身分犯であるため、非身分者であるYが業務上占有者のXの横領行為に関与することについて、共犯と身分に関する判例及び学説の解釈論を正確に理解し、論証を的確に展開できているか、が評価において重要である。

Xの罪責

Xは、甲社の専務取締役であり、A名義の当座預金資金を自由に処分する権限を有しており、処分に必要な預金通帳、会社名義の印鑑、ネット取引用ID・パスワードを管理している。さらに、資金の移動については、事後的にVに報告する運用がなされていた、ということから、甲社の預金資金を自由に処分する権限を有している。横領罪における占有は濫用の恐れのある支配力であり、その占有は法律的な支配も含むところ、預金を自由に処分できる立場にある者は金融機関が事実的に支配する不特定物である金銭について預金の限度で法律上の支配を有すると解することができる。本件では、Xは、会社のためではない、自己の損失補填という個人目的で5000万円の自己名義の銀行口座に入金してオンラインカジノ業者に振込入金しているが、この行為が業務上横領に該当するかが問題となる。まず、Xについては、A社当座預金の資金については委託信任関係に基づき、Xが業務上占有している。その資金を自己のギャンブルの損失補填のために使用したことから、委託の主旨に反して所有者でなければできない処分をしており不法領得の意思が認められる。

本件では、後日補填するつもりで会社の資金を領得しているが、たとえ、後日補填する意思があっても、横領罪の成否に影響を及ぼすことはない。したがって、Xが自己名義の預金口座に入金した時点で、業務上横領罪が成立する。

なお、本件では背任罪の成否も問題とはなりうるが、横領罪と背任罪とは法条競合の関係にあるので、横領罪が成立した場合には、背任罪は成立しない。背任罪の成否を検討する場合には、業務上横領罪の成立を否定したうえで論じる必要があるが、本件では業務上横領罪が成立するので、背任罪の成否の検討は不要である。

Yの罪責

Xに会社の資金を流用することをYが唆した行為について、業務上横領罪の教唆犯あるいは共謀共同正犯に該当するかが問題となる。本件の事案においては、Yが本件横領行為によって何らかの利益を得るという状況にはなく主体的に行動しているわけではないので、自己の犯罪として実現する意思すなわち正犯意思を認めることは難しいと思われる。したがって共同正犯は成立せず、教唆犯の成否を検討することが適切である。

Yは非身分者であるので、共犯と身分の処理が問題となる。業務上横領罪は、単純横領罪との関係では、「業務上の占有者」という身分があることによって刑が加重される不真正身分（加重身分）であるが、非占有者との関係では「占有者」という身分があることによって犯罪が成立する真正身分犯でもあるという二重の身分犯である。横領罪に関する判例（最判昭和32・11・19刑集11・12・3073、最判令和4・6・9刑集76・5・613）の立場に従えば、非占有者が業務上占有者の横領行為に加功した場合には、65条1項を適用して業務上横領罪の共犯を認めた上で、業務者という身分を有しない者については65条2項を適用して単純横領罪の共犯の

刑を科すことになる。本件では、Yが教唆犯となるとした場合には、65条1項を適用して業務上横領罪の教唆犯となるが、非身分者には65条2項を適用して、単純横領罪の教唆犯の範囲で科刑される。学説では、罪名と科刑の分離を批判して、非身分者のYには65条2項が適用されて、単純横領罪の教唆犯が成立するという見解が有力である。あるいは、占有者という身分は違法身分であり、業務者という身分は責任身分であるとする見解では、非身分者Yに65条1項を適用して単純横領罪の教唆犯を認め、業務者Xに65条2項を適用して業務上横領罪の成立を認めている。しかし、65条2項の「身分のない者には通常の刑を科す」との文言とは矛盾するとの批判を加えることができる。いずれの見解に従っても解釈としては可能であるが、判例の見解に従うのであれば、65条1項を適用して業務上横領罪を成立させて、非身分者には65条2項で単純横領罪の教唆犯の範囲で科刑の調整をする見解が妥当であろう。