

**2020 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
《C 日程》 法律科目試験（刑法） 出題趣旨**

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 の関与について分析を求めるものである。

X の罪責

X は、甲社の専務取締役であり、A 名義の小切手を自由に振り出す権限を有しており、振出に必要な銀行届出印、会社ゴム印、小切手帳等を管理している。さらに、小切手振出状況については、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、甲社の小切手を自由に振り出す権限を有している。本件では、X は、会社のためではない、個人目的で 5000 万円の小切手を振り出しているが、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 の立場から、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 Y のために振り出したことから、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。したがって、X が Y に小切手を渡した時点で、業務上横領罪が成立する。なお、X は正当な権限をもって小切手を振り出したのであって、権限の逸脱はない。したがって、有価証券偽造罪は成立しない。

Y の罪責

X に会社の資金から融資をしてほしいということを依頼したことが、業務上横領罪の教唆あるいは共謀共同正犯に該当するか。

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。判例の立場に従えば、Y が教唆犯となつた場合には、65 条 1 項を適用して業務上横領罪の教唆犯となり、さらに 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。（65 条の処理については自説にしたがって処理されていけばよい。）

また、Y が X から借用した 1 億円を返却せずに、自己名義の口座に入金したことが、横領罪に該当するか。本件 1 億円は借金であり金銭消費貸借であるため、民法上、本件 1 億円の所有権・占有権は Y に移転していることになる。したがって、本件 1 億円は自己の占有する自己物ということになるので、自己の占有する他人 X の物ではない。したがって、Y が自己名義の口座に入金する行為は横領罪には該当しない。

**2020 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
《C 日程》法律科目試験（憲法）出題趣旨**

謝罪広告の強制をめぐる憲法論上の論点を問うものである。

謝罪広告事件に関する最大判 1956(昭 31)年 7 月 4 日民集 10 卷 7 号 785 頁は、謝罪広告を「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」であるとして、これを命じることで「倫理的な意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられない」などとした。

謝罪広告の強制をめぐる憲法論上の論点としては、「謝罪」の強制が憲法 19 条に違反するかという点があり、これについて、一般に、「思想及び良心」の自由の保障がどこまで及ぶのかが問題とされる(たとえば、いわゆる「内心説」と「信条説」の対立)。

この他に論点はないだろうか。たとえば、「思想及び良心」に反する「謝罪」の強制について、憲法 21 条 1 項で保障される表現の自由(この場合、「表現しない自由」)の侵害、あるいは沈黙の自由の侵害になるだろうか、また、「謝罪」の意思がない場合に「謝罪」を強制されることから、個人の内面における「思想及び良心」に反するような行為の強制は許されるのかという問題としてとらえた場合、どのように考えられるだろうか、などの検討がありえよう。また、C 社については、「団体・法人」の人権の問題があろう。

2020 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
《C 日程》法律科目試験（商法）出題趣旨

本問は、取締役会設置会社でありかつ監査役設置会社という会社法の下で設置できる機関設計のうち、もっともオーソドックスな機関形態における権限分配の在り方についての理解を問う問題である。すなわち、【設問1】～【設問4】においては、それぞれ社内における決定権限・契約権限・当該契約の実行に係る具体的行為の実行権限・社内決定に瑕疵がある場合に相手方にどのような主張ができるかについて問うている。これらの場面に具体的にあてはめることができるかにより、会社法の基礎的な理解を問うている。

**2020 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
《C 日程》法律科目試験（民法）出題趣旨**

I.

設問(1)においては、登記申請行為の代行権限を基本代理権として 110 条の表見代理が成立するかが問題となっている。この基本代理権について、判例は、無権代理人が何らかの法律行為をする代理権を有することが必要であるとしている（基本代理権説）。そのうえで、判例の基本代理権説によると、私法上の法律行為ではない公法上の行為を委ねた場合には、110 条は適用されな
いはずである。しかし、公法上の行為である登記申請行為が委託された場合に、その行為が私法上の取引行為の一環としてなされるときには、これを基本代理権として 110 条の適用が認められている。

この判例の考え方によると、C から購入した甲の登記申請行為は、私法上の取引行為の一環として行われたものであり、その委託は基本代理権にあたる。Y が善意・無過失であるため、X は甲の登記を戻すようを求めることはできない。

設問(2)においては、110 条の第三者に転得者も含まれるのかが問題となっている。これについて、判例では、第三者とは無権代理行為の直接の相手方を指すものと解されている。表見代理は、代理権があるかのような外観を信頼した者を保護する制度であり、このような外観に直面しているのは直接の相手方だからである。これに対し、この相手方からの転得者は第三者には含まれないが、目的物が不動産であれば、別途、94 条 2 項の類推適用により保護される。

これによれば、設問(2)において、無権代理行為の相手方 Y は悪意であるため、その転得者である Z は当然には所有権を取得しない。そして、X には帰責性がないため、94 条 2 項は類推適用されず、X は Z に対して甲の返還を求めることができる。

II.

この問題は最高裁判所平成 27 年 4 月 9 日判決民集 69 卷 3 号 455 頁を参考としたものである。ここでは当然、X が誰に対して不法行為責任を追及できるのかがまず問題になろう。実際にフリーキックを行っていた A に対して責任追及をするのかあるいは A に親権者である Y に対して責任追及をするのかが問題となるところではあるが、ここでは設問上 A の Y に対する責任追及だけを問題としている。そうだとすれば、Y に責任追及をする場合の法的構成をどうするのが問題になる、まず頭に浮かべるべきはそれが民法 714 条による監督義務者の責任となるのか、ただ単に民法 709 条の不法行為責任となるのかの可能性であろう。それぞれの要件を吟味した答案が期待されるところであるが、残念ながらその点をすべて満たすような答案は見受けられなかった。

多くの答案は、Yの監督義務を問題としていたが、出題者が期待していたのは、①Aの行動をどのように評価するのか、すなわち、Aの行動が不法行為を形成すると考えるべきか、そして②Aの親権者Yに監督義務が存在するのか、さらには③その監督義務の違反があると考えられるべきかという点をすべて吟味してもらいたいという点であった。しかし、多くの答案は上記①～③のすべてを吟味するものとはなっていなかったのは残念である。ちなみに上記最高裁判所判決においては、Aの行為は危険性のある行為ではあるとしてはいるものの、同時にAの行為は「本件校庭の日常的な使用方法として通常の行為である」と評価し、さらに、校庭におけるネットの存在および側溝の存在から、「本件ゴールに向けてボールを蹴ったとしても、ボールが本件道路上に出ることが常態であったものとはみられない」点や「Aが、殊更に本件道路に向けてボールを蹴ったなどの事情もうかがわれない」点を考慮して、結論的にはAの行為の危険性を否定したうえで、「責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう日頃から指導監督する義務がある（略）が、本件ゴールに向けたフリーキックの練習は、（略）通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない。また、親権者の直接的な監視下でない子の行動についての日頃の指導監督は、ある程度一般的なものとならざるを得ないから、通常は人身に危険が及ぶものとはみられない行為によってたまたま人身に損害を生じさせた場合は、当該行為について具体的に予見可能であるなど特別の事情が認められない限り、子に対する監督義務を尽くしていなかったとすべきではない」として、Yの監督義務者としての責任を否定した。答案においてもこの判決と同様に監督義務者の責任を否定することが考えられるが、結論としては同じだったものの、この判決の知識を明確に示唆するような答案が少なかったのは残念である。