

2027 年度 立命館大学法科大学院 入学試験（前期日程） 講評

憲法	1 ページ
民法	4 ページ
商法	9 ページ
刑法	11 ページ

憲法

問題 I の出題の文章に、国家公務員法（昭和 22 年法律第 120 号）の第 38 条第 4 号と第 102 条第 3 項の規定を対照することにより前者の規定を文理解釈している部分があるのは、前者の規定について合憲限定解釈の必要性和可能性を検討してもらうためである。出題の文章に 2 つ限りの段落の 2 つ目は、次に再掲しておくとおりが、およそ「適用される場合の憲法適合性」を考えるのには、いかに解釈されて「適用される場合の憲法適合性」なのかを考えるとよい。

国家公務員 X は、国家公務員になる以前から世界史の研究会に「役員、政治的顧問、その他これらと同様な役割をもつ構成員」以外の「構成員」として所属しており、研究会の主宰者 A がフランス革命やロシア革命にあこがれるあまり研究会を代表して公然と「政府を暴力で破壊することを主張する」ようになって以降も脱退していないという事実が判明したことにより「当然失職」したとする。国家公務員法第 38 条第 4 号の規定が、このような X に適用される場合の憲法適合性について論じなさい。

杓子定規に文理解釈されて「適用される場合」には、憲法第 21 条第 1 項の規定に基づいて保障される「結社」の「自由」の制約が過度に広汎にならないか。広きに失するのであれば、憲法の規定に基づく「自由」の保障に適合するように限定解釈される必要があるのではないか。必要な合憲限定解釈が可能であるとすれば、本問の X に対する適用は、限定される範囲の外側に適用していることにならないか。逆に合憲限定解釈が必要でも可能ではないのなら、それゆえにも精神の「自由」の行使に対して強く萎縮効果を放つような意味を含む法律の規定は、その文面の完成度を咎められるべきではないか。これらが本問の主要な論点であり、わざわざ目くじらを立てられて「適用される場合」に選ばれなくてもよさげに見えそうな事例問題に仕立ててあるのは、素朴に想定あるいは共有してもらえそうな違和感を憲法問題の見立てに変換してもらおうとしている。

合憲限定解釈の必要性は、広義の「表現の自由」に含まれる「結社」の「自由」が、自己実現ばかりでなく自己統治の価値や機能にも富んでおり、その過剰な制約を戒めるのには、思想の自由市場や社会の安全弁という概念が駆使されることもあるなどと指摘して、この種の「自由」が司法審査において優越的地位にあるということを根拠づけることにより説明することができよう。合憲限定解釈の可能性については、解釈と称して書き換えるようなことにまではならずとも、通常の判断能力を有する一般人の理解が及ぶと想定することに無理があるような限定では、萎縮効果の発生を放任することになると論じて、そのような無理がないのかを考えるとよい。

国家公務員法第 38 条第 4 号の立法目的が必須の国益の保守にあるとしても、本問の X に対する適用まで必須だといえようか。なお、メンバーシップを危険視して国家行政組織から締め出す種類のスパイ防止法としても機能しそうな欠格条項だが、いまから 101 年前に制定されて 81 年前に廃止された治安維持法（大正 14 年法律第 46 号）の第 1 条第 1 項に「國體ヲ變革シ又ハ私有財産制度ヲ否認スルコトヲ目的トシテ結社ヲ組織シ又ハ情ヲ知リテ之ニ加入シタル者ハ十年以下

ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス」と定められていたのも「國體」を護持するために「結社」を禁圧していた。ただ単に「情ヲ知りテ……加入シタル者」でも該当してしまいそうな法律要件の部分が国家公務員法第 38 条第 4 号と似ているが、この欠格条項については、第 102 条第 1 項の「政治的行為をしてはならない」という規定に違反した者を第 110 条第 1 項第 18 号の規定に基づいて「三年以下の拘禁刑又は百万円以下の罰金に処する」という仕組みとは別に設けられている点も要注意である。

問題 I の出題の文章に、第 102 条第 3 項の規定を引用してあるのは、試験場において配付される六法により同条第 1 項の規定を参照してもらおうともしているが、問題 I を選択していた 251 通の答案のなかには、第 38 条第 4 号の立法目的を第 102 条第 1 項の保護法益と混同して、後者の適用例として著名な猿払事件の最大判 1974（昭和 49）年 11 月 6 日（刑集 28 卷 9 号 393 頁）や堀越事件の最二小判 2012（平成 24）年 12 月 7 日（刑集 66 卷 12 号 1337 頁）などの要旨に準拠するばかりの解答も多く含まれていた。憲法第 15 条第 2 項に「全体の奉仕者」と定められている国家公務員の職務遂行の政治的中立性が保持され、行政の中立的運営の確保に対する国民の信頼が維持されることを排他的な立法目的とする規定が同じ法律のなかに 2 種類あるいは 2 系統あるかのような把握の仕方である。

合憲限定解釈の要否と可否を焦点にしている出題趣旨に正面から対応していた優秀な答案にも恵まれたが、まことに残念ながら、そもそも「結社」の「自由」の制約を論じていない答案が多数あった。憲法第 21 条第 1 項の規定を挙げていても、むしろ狭義の「表現の自由」として政治活動の自由を説明している答案が少なくなく、同条の「集会」の「自由」や第 23 条の「学問の自由」が制約されていると捉えている答案も少なくなかった。より多くの答案は、第 19 条の「思想及び良心の自由」や第 22 条第 1 項の「職業選択の自由」が制約されている種類の人権問題として解答していた。第 22 条第 1 項のほかに第 15 条第 1 項を保障の根拠として公務就任権を説明していた答案もあり、出題の文章に引用してある国家公務員法第 76 条の「当然失職」という法律効果に誤導されたのではなかろうかとも見受けられたが、そのような捉え方をすると、たとえば第 110 条第 1 項第 18 号の規定に基づいて罰金刑が科される場合を憲法第 29 条第 2 項に適合する「財産権」の規制なのかと考えるのにも似てしまいかねない。

合憲限定解釈の要否と可否を論じてから適用違憲の有無の検証へと論じ進めるのではなく、もっぱら法令違憲ではないと論じて終わっていた数多くの答案も、たとえば厳格な合理性の基準による手段審査において重要な規制目的との実質的関連性を損なう過度の広汎性を指摘していた点などが評価された。立法事実の想定や分析により説明される実質的関連性の欠如は、制約の範囲が狭い、あるいは、その程度が弱いという意味において人権行使に優しい規制手段が別にあるという指摘により説明されることもあるが、とりわけ「職業選択の自由」や公務就任権の制約を問題にしていた答案のなかには、国家公務員法第 76 条の規定に基づく「当然失職」よりも第 38 条第 4 号の規定に該当する団体からの脱退を勧奨する方が穏当ではないかという趣旨の指摘も散見された。なお、規制の範囲が過度に広汎であるのかと漠然としていて曖昧であるのが無分別の解答も多く、そもそも規制の範囲と強度が混同されていた答案も少なくなかった。

出題の文章の誤読例としては、国家公務員 X と世界史の研究会の主宰者 A を同一人物であるかのように論じていた答案が複数あった。このような思い違いをしてしまわないためにも、出題の

文章は、やはり精読してもらいたい。なお、国家公務員法第 76 条の規定に基づく「当然失職」を第 78 条の「免職」などと混同したのか、あたかも行政事件訴訟法第 3 条第 2 項の「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するかのように論じていた答案も少なくなかったが、このような誤解の解消については、別途の行政法の学びに期待しておきたい。

問題Ⅱの設問（１）では、内閣総理大臣の職務権限が問われている。憲法 72 条の「内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び開講関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する」という規定のうち、「内閣を代表して」は「行政各部を指揮監督する」にもかかると理解されている。そこで、内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づかねば他の大臣を指揮監督することができないのかが問題となる。

この点については、内閣総理大臣が行政各部に指揮監督権を行使するには、閣議で個別・具体的な決定がなされてなければならないわけではなく、一般的、基本的な大枠による方針決定がなされていればよいと理解されている（内閣法 6 条参照）。しかし、本問では、A 国に対する本件措置について閣議での審議・決定は一切行われていないため、内閣総理大臣は本件指示を指揮監督権として行使することはできない。

そこで、内閣総理大臣は、行政各部指揮監督権を行使できない場合であっても、他の大臣に指示を与えることができるのかが問題となる。この点、最高裁は、内閣総理大臣は、少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務において一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限（行政各部指示権）を有すると判示している（ロッキード事件判決・最大判 1994（平成 7）年 2 月 22 日）。本問では、経済安全保障に関する輸出管理は、かねてより内閣において議論されていたところ、輸出規制の基本方針については、閣議決定を踏まえ、関係省庁を通じて示されていたという事情がある。そのため、本件指示は、内閣の明示の意思に反するものといえず、憲法上許されると結論付けることになるであろう。

多くの答案が、最高裁判決の判示について指摘できていたが、本問へのあてはめが不十分な答案が散見された。また、憲法 72 条の条文解釈を前提に、論述を展開出来ていた答案はほとんどなかった。一部には、論点をまったく把握できていない答案もあった。

設問（２）は、7 条解散説の適否である。7 条解散説には、①天皇の解散は本来形式的・儀礼的なものであるから、実質的決定権は内閣にあるとするものがある。また、②7 条 3 号の解散は元来政治的なものであるが、専ら内閣の「助言と承認」に基づかせることによって憲法は天皇の「国事行為」としたとするものもある。

①に対する批判としては、天皇の国事行為はすべて本来的に形式的・儀礼的行為にすぎないのに、それについて「助言と承認」をする内閣に実質的解散権があるとするのは無理があるというものがある。②に対する批判としては、天皇は伝統的な立憲君主とは異なる。伝統的な立憲君主であれば、本来的に政治的権能を有しつつ、大臣助言制の徹底によってその権能が名目化したということはできるが、天皇ははじめから名目的な権能しか有しないという前提にそぐわない、というものがある。

多くの答案が 7 条解散説について、一定の説明を行っていた。しかし、上記の 7 条解散説について明晰に書き分け、それぞれに対する批判を十分に論じたものは少なかった。以上

民法

I

(1) 代理権授与表示

本人が他人に代理権を与えていないのに与えた旨を第三者に表示することである。例えば、いわゆる白紙委任状の濫用のケースにおいて、このような表示が認められる。答案では、白紙委任状を引き合いに説明するものが多く見られた。他方で、顕名（99 条 1 項）が混同していると思われる答案も散見された。また、代理権授与行為の説明をする答案もあった。代理権授与行為と代理権授与表示との違いについて確認して欲しい。

(2) 将来債権譲渡担保

被担保債権を担保するため、将来発生する債権を担保として譲渡（466 条の 6）することである。加えて、有効なためには譲渡債権の特定性、債権者に実行時まで取立権の留保がなければ公序良俗に反し無効となる、債権の発生可能性は問題にならないなど、説明があれば加点要素とした。

後半の加点部分の説明がむしろ中心になっている答案が多かった。また、被保全債権を譲渡することによって担保するという基本的な法律関係が理解できていないと思われる答案や、単に将来債権譲渡の説明をした答案も少なくなかった。

II

〔1〕

錯誤取消し、表見代理、民法 94 条 2 項類推適用がそれぞれ問題となる事例を検討させることで、意思表示に関する規定の基礎知識を問うものである。

（問 1）①

A の請求の法的根拠は、錯誤（95 条）に基づき本件売買契約を取り消し、そのことによって生じる原状回復義務（120 条 2 項・121 条・121 条の 2 第 1 項）の履行である。

B は A の代理人であり（事実 1）、意思表示の瑕疵は B について決定される（101 条 1 項）。AC 間の乙土地売買契約締結にあたり、B は A が乙土地の売却を希望していると認識していたが、実際のところ A は甲土地の売却を望んでいたのであるから、B は基礎事情の錯誤（95 条 1 項 2 号）に陥っていた。これにより意思表示を取り消すためには、①基礎事情が相手方に表示されていたこと（95 条 2 項）、②基礎事情の錯誤が法律行為の目的及び取引上の社会通念に照らして重要なものであること（95 条 1 項柱書）、③相手方が表意者の錯誤につき悪意若しくは重過失である場合（95 条 3 項 1 号）若しくは表意者と相手方の共通錯誤である（同条項 2 号）場合を除いて表意者に錯誤が陥ったことについて重過失がないこと（同条項柱書）である。要件①について、判例は、基礎事情の明示又は黙示の表示に加え、基礎事情が法律行為の内容になったこととする。

本問事案において、B は A から交付された白紙委任状に「乙土地売却に関する一切の事情」と記入した上で契約締結に際して C に提示しているのであるから、A が乙土地の売却を希望してい

るという基礎事情はCに表示され、また、CもBが売却をする土地について聞き間違えたことを知らず、提示された委任状を確認して本件売買契約を締結しているのであるから、Bが基礎とした「Aが乙土地の売却を希望している」という事情は法律行為の内容になったといえる（要件①充足）。また、BはAが乙土地の売却を希望していると聞き間違えなければ本件売買契約を締結しなかっただろうから法律行為の目的に照らして重要な錯誤であるといえ、一般人を基準としても同様にいえるから取引上の社会通念に照らして重要な錯誤であるともいえる（要件②充足）。

しかし、売却目的物である土地を聞き間違えるということは、秘書という立場であるからということはもちろん一般人を基準としても著しく注意を欠いていたといえ重過失が認められる。そこで、95条3項1号又は2号に該当するか否かが問題となる。

この点、Cは売却対象である土地についてCが聞き間違えたことを知らないのであるからBの錯誤について悪意とはいえず、乙土地の時価が5000万円であることを知っていたのであれば、本件売買契約の代金が時価以下であることに疑念を抱くべきであったとして過失を認定する余地はあろうが、重過失があったとまではいえないから同条項1号には該当しない。また、CはBと同様の錯誤に陥っておらず同条項2号の共通錯誤にも該当しない。

したがって、95条3項柱書に該当し、Aの請求は認められない。

答案では、基礎事情の錯誤ではなく表示の錯誤（95条1項1号）と認定するものが多数あった。おそらく、本人であるAは甲土地を売却するつもりであったのに、乙土地を売却する本件契約が締結されているため、意思と表示が一致せず表示の錯誤であると考えたのであろうが、上述の通り代理行為において錯誤は本人ではなく代理人を基準とするので、Bの意思と表示を基準とすべきである。95条の要件充足に関する論述が不十分な答案も多かった。また、Cを「第三者」とであると認定しつつ95条4項の適否を論じる答案も散見されたが、Cは代理人Bとの間で本件売買契約を締結しているのであるから、AとCとは当事者であり、誤りである。

（問1）②

Aの請求の法的根拠は、Bに対して乙土地の売却に関する代理権を授与していないのであるから、代理の有効要件（99条1項）を充足しない。したがって、本件売買契約は無権代理であり、その効果はAに帰属せず（113条1項）、乙土地の所有権は依然としてAに帰属する（206条）ということである。

Aの反論に対し、Cの側から、表見代理が成立するとの反論が考えられる。本問事案において、BはAから交付された白紙委任状に「乙土地売却に関する一切の事項」と記入した上でCに提示したことをもって代理権授与表示があったといえるから、109条1項の適否が問題となる。

109条1項の要件は、①代理権授与表示の存在、②代理権授与表示の範囲内で法律行為がなされたこと（以上①、②は109条1項本文）、③「第三者」が「その他人」と法律行為をした時点において「その他人」が当該法律行為の代理権を有していなかったことについて善意無過失であること（109条1項但書）である。

以上をあてはめると、上述の通り要件①は充足し、本件売買契約は補充された委任状に記載された「乙土地売却に関する一切の事項」の範囲内の行為であるから要件②も充足する。

要件③について、C は契約締結時において、B が売却をする土地について聞き間違えたことを知らなかったのであるから、乙土地売却の代理権が不存在であることについて善意であったと評価できる。しかし、このとき乙土地の時価が 5000 万円であることを事前に知っていたのであるから、時価よりも低廉な 3500 万円が代金額として設定されていることについて疑念を抱くべき状況があったといえ、したがって、本人 A に対して、B に乙土地の売却権限があるかどうか確認をすべきであったのに怠った過失が認定でき、要件③は充足しない。以上のことから、109 条 1 項は適用されず、A の請求が認められる。

なお、本件売買契約は、A が B に与えた権限外の行為であるから、110 条の適否を論じてもよい。

答案では、109 条 1 項又は 110 条の表見代理が成立するか否かについて、概ねよく論じられていた。他方、無権代理であり本件売買契約の効果が A に帰属しないことのみを認定するものもあった。また、本人が代理人に授与した代理権と代理行為が一致しないことから 109 条 2 項の適否が問題となる旨論じる答案が散見されたが、誤りである。「代理権授与（又は代理権授与行為）」と「代理権授与表示」の違いについてきちんと理解してほしい。

（問 2）

A の請求の法的根拠は、B に対して乙土地の売却について代理権を授与していないのであるから、B C 間の本件契約は無権代理であり、その効果は A に帰属せず（113 条 1 項）、その結果、C は乙土地について無権利者であるから、その譲受人である D もまた無権利者であり、乙土地の所有権は依然として A に帰属する（206 条）というものである。

A の請求に対して、D は 事実 1 の事情を知らず、乙土地の登記名義が C であることを確認して購入したのであるから保護されると主張するであろう。すなわち、AB 間では通謀もこれに基づく虚偽の意思表示もないから 94 条は直接適用できないが、民法 94 条 2 項の類推適用により、自身は第三者として保護されると反論することが考えられる。

なお、D は B に代理権がある（B が代理人である）と信じて取引関係に入ったわけではないから表見代理の成否を論じるのは妥当ではない。

民法 94 条 2 項の趣旨は、虚偽の外観を作出した権利者に帰責性が認められる場合に、その外形を信頼して取引関係に入った第三者を保護することで取引の安全を図ることにある。このように考えれば、たとえ当事者間において通謀による虚偽の意思表示がなくとも、①虚偽の権利の外観が存在しており、②虚偽の外観作出につき真正権利者の帰責性が認められ、③第三者の信頼が存在すれば当該第三者は保護される。

②について、判例は、自ら虚偽の外観の作出を行っていなかったとしても、当該外形の存在を明示又は黙示に承認し存続させる態度を示したと評価できる場合には、自ら虚偽の外観の作出を行っている場合と同様の帰責性があるというべきであり、また外観を承認し存続させる態度を示した時点は、外観作出前であっても外観作出後であっても良いとする。

そうすると、③について、信頼した権利の外観が虚偽であることについて善意であることのみで足りると解する。なぜなら、自ら虚偽の外観を承認し存続させた真正権利者の帰責性の大きさに鑑みると、善意の第三者を保護する要請のほうが高いからである。

以上をあてはめると、乙土地について C 名義の所有権移転登記がされており、これが D の信頼の基礎となっている（要件①充足）。要件②については、A が C 名義の所有権移転登記の存在に気付きながらも放置していたことに帰責性が認定できるか否かで結論が異なるが、どちらの認定でも論拠が示されていれば良い。要件②の帰責性が認められる場合、C 名義の所有権移転登記を信頼して取引関係に入った第三者 C が、その時点で虚偽の外観であることを知らなければ要件③を充足し、94 条 2 項の類推適用により A の請求は認められない。

答案では、事実 2 の事情を知り B を呼びつけて「本件売買契約を解消して乙土地の所有権移転登記を A 名義に戻すよう命じ」ていることを A の取消しと解して、D を本件売買契約後の取消後の第三者と認定し、A と D との法律関係を B を起点とする二重譲渡類似の関係であると捉え、177 条の対抗問題・背信的悪意者論により立論するものが多かった。しかし、本問においては、C が本件売買契約を取り消しているのであり、これは 115 条に基づくもので、無権代理行為の追認を封じる効果を生じるに過ぎない。94 条 2 項の類推適用が認められるか否かについて論じている答案は、要件定立も含めて概ねよく論じられていたが、帰責性を認定するための判断枠組が論じられていないものが散見された。

〔2〕

(問 1)

乙建物の建築請負契約では、完成建物の引渡しと引き換えに 1000 万円を支払うことが約定されている。しかし、乙建物に本件問題部分があり、債務の本旨に従った履行の提供とは言えない(493 条本文)。B は品質、性能は劣らないと主張しているが、A の注文と異なっている以上、本旨に従った履行とは認められない。B は現状で引渡しをしても債務の履行の提供をしたとは言えないから、A は 1000 万円の支払を拒むことができる(533 条本文)。遅延損害金の支払いはもちろん不要である。

意外にもできている答案は多くなかった。533 条に思い至らない、したがって 533 条の要件の検討で当然問題になる 493 条を導き出せていない答案が多かった。これに対し、本件問題部分があるまま引き渡したのでは仕事を完成したとは言えないので、残代金支払いを拒めるという考え方はありうるので、相応に評価した。

(問 2)

(1)

A の本件問題部分のやり直し請求は、562 条 1 項の追完請求を 559 条により請負契約に準用するものである。本件問題部分により、引き渡された乙建物の品質に契約不適合が認められる。修補請求として本件問題部分のやり直しを求めることができる。1 項ただし書や 2 項に該当する事実はない。引渡しを受けた 2026 年 4 月末日から 1 年を経過せずに、やり直しを求めているのだから、566 条の期間制限にかかることもない。

追完請求として当然できるという結論は書けているが、その根拠として 559 条による 562 条 1 項の準用を書けていない答案も多かった。その場合、請負人の責任制限に関する 636 条、請負人の責任期間の制限に関する 637 条を引用しているものが多かったが、これらは注文者から請負人

に対する追完請求の根拠条文ではない。

(2)

考え方としては大きく二つある。一つは、C に支払った工事費用 300 万円やウィークマンションの費用を B の債務不履行による損害(積極的財産損害)にとらえ(415 条 1 項)、これらの損害は通常損害として賠償請求できるから(416 条 1 項)、この損害賠償請求権を自働債権、B の残代金 1000 万円の請求を受働債権とする相殺(505 条 1 項)をするという考え方である。

もう一つは、相当期間において追完請求したにもかかわらず追完されなかったので、代金減額請求できるというものである(563 条 1 項)。ただし、この構成の場合、代金減額請求の内容が問題になる。原則的には、代金減額は、契約不適合がない場合の乙建物の交換価値と契約不適合がある場合の乙建物の交換価値の差額となろう。しかし、本件問題部分の流し台の仕様はともかく、壁の色違いは必ずしも価格を下げるということにはならないかもしれない。今後の解釈運用の蓄積が待たれる部分であるが、追完請求に B が応じればその費用は B が負担するのだから、A が C に支払った工事費用を代金減額請求できるという考えかたもあり得よう。それでも、代金減額にウィークリーマンションの利用料までは困難であり、代金減額請求構成をとった場合でも、利用料は損害賠償として請求し、残代金請求と相殺するということになるだろう。

答案では損害賠償請求、相殺構成をとったものがほとんどであった。代金減額請求をとった場合の上記の問題を考えると妥当な選択といえるかもしれない。稀ではあるが両方の考え方を示しているものもあった。相殺の要件について丁寧に論述できている答案もあった半面、相殺を指摘することなく、残代金請求から差し引きできるなど、その法的根拠を示せていない答案も見られた。

以上

商 法

I 瑕疵ある取締役会決議の効力、取締役会の承認を欠く利益相反取引の効力についての理解を問うものである。

本件保証契約は、甲社と丙銀行との取引であり、甲社と取締役 C との取引ではない。しかし、C は乙社の代表取締役であるから、甲社の利益を犠牲して乙社の利益をはかる恐れが典型的に高いといえ、また、C が乙社の全株式を保有する点からみても、本件保証契約は間接取引（会社法 356 条 1 項 3 号）に該当する。

したがって、C は、本件保証について取締役会の承認を得なければならないが、重要事実を開示したうえ、特別利害関係人（369 条 2 項）として議決にも加わっていないから、この点について本件決議に違法はない。しかし、本件決議には、B への招集通知洩れという瑕疵が認められる。招集通知洩れの瑕疵について、判例は、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、当該瑕疵により決議は無効としないとする（最判昭和 44・12・2 民集 23 卷 12 号 2396 頁【百選 62】）。本件では、A と B が対立することがあり、D と E が中立派であったのだから、仮に B が出席していれば B の発言により決議の結果が変わった可能性は否定できないため、本件決議は無効と解される。

取締役会決議を欠く間接取引の効力については、判例は、取引安全保護のため、会社が第三者の悪意を主張・立証して初めて当該取引は無効とする相対的無効説の立場を取っており（最判昭 43.12.25【百選 58】）、取締役会決議が無効である場合にも同様に解される。本件では、丙銀行が議事録の写しを確認しても、B への招集通知洩れという本件決議の瑕疵を知ることはできないので、本件決議が無効であることについて丙銀行は善意であり、重過失といえる事情もない。したがって、甲社は本件保証契約の無効を主張できない。

II 違法配当に関する取締役・監査役の責任についての理解を問うものである。

剰余金の配当は、分配可能額の範囲内で行わなければならない（461 条 1 項 8 号）、これに反して剰余金が配当された場合には、剰余金の配当を受けた株主と業務執行者は連帯して、会社に対し、金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う（462 条 1 項）。ただし、業務執行者は、その職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明したときは、同項の義務を負わない（462 条 2 項）。

本件では、P と Q が相談して本件粉飾が行われ、本来は分配可能額が 1 億円しかないにもかかわらず、2 億円が剰余金の配当として株主に交付されているから、上記の分配可能額の規制に違反している。そして P は、剰余金の配当による金銭等の交付に関する職務を行った取締役（会社計算規則 159 条 8 号イ）にあたるから、P は、丙社に対して 2 億円の支払義務を負う。本件粉飾を行った P は故意であり、無過失の立証はできない（462 条 2 項）。

監査役である Q は、会社法 462 条の責任を負うことはないが、会社法 423 条 1 項の責任の成否が問題となる。423 条に基づく責任の要件は、①監査役が任務を怠ったこと（任務懈怠）、②会社に

損害が発生したこと、③任務懈怠と損害との間に相当因果関係があること、④帰責事由（故意または過失）があること、である。

本件において、Q は、監査役としての職務（381 条 1 項等）に反して本件粉飾に加担したのであるから、任務懈怠があり、故意もある。Q が監査役としての職務を遂行していれば、2 億円の剰余金の配当は行われなかったといえるから、因果関係も認められる。もっとも、実際には 1 億円の分配可能額があった以上、粉飾がなくても 1 億円の剰余金配当は行われていたと考えられる。したがって、Q は、423 条に基づき、1 億円の損害賠償責任を丙社に負うと考えられる。

以上

刑 法

2027 年度前期入試の刑法の問題について、問題Ⅰ・Ⅱの順で解説と講評をします。

〔問題Ⅰ〕

1 出題の趣旨

本問は、最決平成元年 12 月 15 日刑集 43 卷 13 号 879 頁の事案を基に、不作為犯について、検討を加えてもらうというものです。俗に、十中八、九事件とよばれる判例であり、主たる論点としては、不作為犯の因果関係です。もっとも、本問では、真正不作為犯である保護責任者不保護（致死）罪（刑法 218 条、219 条。以下、単に不保護罪と呼びます。）を検討する関係から、その他の要件についても検討が必要です。

この点で、最判平成 30 年 3 月 19 日刑集 72 卷 1 号 1 頁は、不保護罪における作為義務の特定及び故意について重要な判示をしました。また、不作為犯の因果関係について検討を加えた、札幌地判平成 15 年 11 月 27 日判タ 1159 号 292 頁という裁判例があります。

本問はこれらの判例の理解を前提として、不作為犯の成立要件について検討を加えてもらおうとしたものです。

2 問題の解説

（１）設問 1

設問 1 は、甲が不保護罪における保護責任者に当たるかどうかを検討してもらいました。この点、V が「病者」に当たることを前提として、甲の保護責任者の該当性を論じることが必要です。保護責任者は一般に法令、契約、事務管理といった形式的要件から認められますが、甲は V の保護者ではないですし契約関係にもありません。しかし、保護責任者が当該客体の救助を法的に期待される者という意味なのであれば、先行行為や、事実上の引き受け、排他的支配の設定などの実質的な観点から考慮しながら、当該客体を救助すべき地位を認めることができるでしょう。

本問では、V の急性覚せい剤中毒の症状は、甲による 2 度の覚せい剤注射が原因となっていますから客体に対して危険を生じさせる先行行為を認めることができ、V の様子に異変が生じた後、V の背中をさすり、目を閉じるよう教え、濡らしたタオルを同女の日から額にかけて当てて冷やしてやるなどの手当てをしていることから、事実上の引き受けも認められます。また、甲は V との性交を目的としたものとはいえ、宿泊客以外の客が立ち入ることができないホテルの一室に V とともに入室したことから、排他的支配を設定したといえます。このような観点から、甲に保護責任者の地位を認めることができるでしょう。

（２）設問 2

設問 2 については、午前 0 時半ころの甲の不作為について、218 条の成立を否定する見解に触れつつ、罪責を論じることが求められていました。ここで問題となるのは、どのような観点から 218 条の成立を否定する見解を主張できるかです。

この点については、前述の最判平成 30 年は「刑法 218 条の不保護による保護責任者遺棄罪の実行行為は、同条の文言及び趣旨からすると、『老年者、幼年者、身体障害者又は病者』につきその生存のために特定の保護行為を必要とする状況（要保護状況）が存在することを前提として、その者の『生存に必要な保護』行為として行うことが刑法上期待される特定の行為をしなかったことを意味すると解すべきであり、同条が広く保護行為一般（例えば幼年者の親ならば当然に行っているような監護、育児、介護行為等全般）を行うことを刑法上の義務として求めているものでないことは明らかである。」として、被害者が衰弱状態に陥った時点以降、そのような状態に陥った被害者に適切な医療措置を受けさせることが要求されていたという客観的な作為義務を認定した上で、被告人においては「ミオパチーにり患している等の被害者の特性に関する前提知識がある者が被害者を見た場合にどのように認識され得るのかという観点からみると」被害者が、保護が必要な状態であるとの認識がなかったとの被告人の弁解を排斥できないとして、被告人の故意を認めず無罪としたものです。

この判例に従えば、本問を検討するにあたって、V が当該不作為の時点（小問 2 でいえば午前 0 時半ころ）でいかなる要保護状況にあり、行為者にどのような特定の行為をすることが期待されていたかを具体的に摘示することが必要であり、不保護罪の故意を認めるに当たっては、単に自己が保護責任者であるとの認識だけでは足りず、不保護を基礎づける要保護状況とそれに対応する特定の保護行為、その認識の上でそのような措置を行わないことを認識しておく必要があります。

これを本問についてみると、V は午前 0 時半ころにおいては、緊急に適切な医療の措置を施すことが必要な状態にあったにもかかわらず、甲はそのような措置を取らなかったのですから、生存に必要な保護をしなかったと客観的にはいえます。もっとも、甲は午前 0 時 5 分ころ以降「V の覚せい剤による錯乱状態は一過性のものであると考えており、自分の経験上、錯乱状態は 30 分か長くても 1 時間以内に治まるものであるから、V の場合も静かに休ませておけばすぐ治まると思」っていた、というのですから、覚せい剤の経験者として V の状態がすぐさま医療措置をとるべき要保護状況にあるとの認識を欠いていたとして、故意がなく不保護罪は成立しないとの見解が考えられます。

これに対しては、午前 0 時 5 分ころと午前 0 時 30 分ころでは V の状態は大きく変化しており、午前 0 時半ころの甲には V が要保護状態にあるとの認識とそれに対する保護措置をとるべきことの認識をあるとして、不保護罪ひいては不保護致死罪が認められると反論することも可能でしょう。

いずれの結論をとるとしても、単に自己が当該の者を救助すべき地位にあることのみで不保護を認定できるわけではない、という視点を持つことはとても重要であるように思います。

（４）設問 3

設問 3 は、甲の午前 1 時 40 分以降の不作為及び V の死亡結果について刑法 219 条が成立するとの立場を説明させる問題でした。

午前 1 時 40 分ころに不保護致死罪を成立させる場合に問題となるのが因果関係です。不作為の因果関係（正確には条件関係ですが）は、当該措置をとっていれば、当該結果が回避できることが、合理的疑いを超える程度に確実であるといえる場合に認められます。本問では、V が体を動

かさなくなった午前 1 時半以降においては救命の可能性は高かったとする鑑定結果がでているのですから、救命が合理的疑いを超える程度に確実であったとまではいえず、因果関係を否定するという結論になりそうです。

しかし、本問においては、当時の医療状況によれば 20 分あれば救急医療機関に搬送され、救命措置が開始されたと確実にいえるのですから、死亡推定時刻とされる 2 時 15 分ころから 4 時 10 分ころの V の死は合理的疑いを超える程度に確実に回避しえた、として、条件関係を肯定できると説明することが考えられます（条件関係だけでは因果関係は肯定されませんから、別途当該不作为と結果発生との間の相当性や、危険の実現を肯定する必要があります。）。

3 答案の講評

（1）答案全体について

上述のように、本問は不保護（致死）罪が検討の対象となります。殺人罪を検討する答案が散見されましたが、少なくとも午前 0 時半ころの甲を肯定することはできないと思われますし、立ち去り時点の午前 2 時 15 分ころですら結果の認容があったと評価することは難しいように思います（仮に認められたとしても、今度は因果関係が問題となります。）。

不保護罪は真正不作为犯であるにもかかわらず、不真正不作为犯の論証パターンを書く答案が多数見られました。作為同価値性や、自由主義の観点からの制限という課題は、条文が作為形式で定められているにもかかわらず、それを不作为で実現することは可能かという罪刑法定主義の問題をクリアするための論証であるという点を看過すべきではないでしょう。

（2）設問 1

設問 1 においては、甲と V の間には、親族関係や契約関係がないことを前提としたうえで、実質的な観点から保護責任者としての地位を認めるとする答案が多数であり、十分な理解が示されていたといえます。

（3）設問 2

設問 2 においては、甲の認識を前提として、故意を否定するという見解が考えられるという点を指摘している答案が多くみられました。しかし、V は午前 0 時半ころにおいては客観的には救護措置をとるべき義務が認められるにもかかわらず、なぜ故意を否定できるのかという点にまで言及している答案はほとんどありませんでした。他方で、午前 0 時ころの状態と 0 時半ころの V の状態の変化に触れたうえで故意を認めるという答案もありました。

なお、設問 2 において、甲の罪責を論じよとした関係で不同意性交等罪を検討した答案が複数見られました。これについては適用条文は 177 条 1 項ではなく、177 条 3 項であるという点のほか、本問では実際には性交に至っていませんから未遂罪となると思われますが、実行の着手が認められるのか疑問の余地もあります。

（4）設問 3

設問 3 については、V に対する不保護致死罪の条件関係の判断において検討の対象とされるのは、V の救命なのかが問題となっていました。この点を十分に検討した答案は少数にとどまりました。また、設問 3 が次のページにあった関係から、設問の存在を見落としたのではないかとと思われる答案もありました。また、219 条が成立することを説明せよ、という問題であるにもか

かわらず、殺人罪を検討したり、因果関係を否定する結論をとる答案も見られました。近時の司法試験では、問題文の中に特定の立場を説明させる問題がよく出題されます。単に罪責を検討するだけではないことから、問題文を十分読み込むことが必要とされます。

4 最後に

本問は、近時においてもさらに議論を深めるような判例が出される不作為犯の分野からの出題でした。判例や学説において発展してきた議論も、新しい判例の積み重ねによって常に変化が求められます。法曹実務家登用試験である司法試験を目指す皆さんには、近時出された重要な判例にも目配りしつつ、さらに勉強を重ねることが求められています。

〔問題Ⅱ〕

1 出題の趣旨

本問は、平成 30 年司法試験予備試験論文式試験「刑法」の問題を参考に作成した事例と設問を通じて、財産犯罪に関する基本的な理解を確認するものです。設問 1 と設問 2 では、検討を求める罪名が明示されていますし、設問 3 でも、甲の罪責として、強盗利得罪（刑法 236 条の 2）の成否が問われていることは問題文から読み取りやすいと思いますので、基本的には設問で問われていることに沿って解答していけば、高い評価が見込めます。

2 問題の解説

（1）設問 1

甲の横領罪の成立を論じる上で前提となる事実、V から前渡金として預かった 500 万円（以下、金銭の同一性に拘ることなく金額に着目して、「本件 500 万円」と呼びます。）を、C 消費者金融会社からの私的な借入れの返済に流用したことです。本問は、この行為が刑法 252 条 1 項の横領罪の要件に当てはまることについて説明を求めています。

まず、本件 500 万円は、前渡金として V が甲に預けただけですので、V の所有するもので、甲にとって「他人の物」といえます。ここで、金銭の所有と占有の一致をいう民法の学説が想起されますが、これは金銭が価値として流通に置かれている場合を念頭に置いたもので、委託に基づいて保管された場合は別とされます（佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣、2001 年）4 頁以下参照）。

次に、本件 500 万円の甲の占有ですが、本問では、甲は本件 500 万円を銀行の定期預金として保管していることから、預金に対する占有が認められるかが問題となります。というのも、銀行預金は、その契約の性質上、消費寄託であって、これにより預金者である甲は本件 500 万円の払戻請求権（債権）を取得するにすぎず、これをもって、銀行にある 500 万円の現金を占有しているわけではないからです。これに対し、委託されて金銭を保管する場合に、現金のまま持っているお金を流用すれば横領になるのに対し、預金の形態で保管する場合、特に、振込送金などの形で処分すれば背任にしかならないのは不合理であるとの批判がありえます。この点を考慮し、（業務上横領も含め）委託物の横領については預金による金銭の占有を肯定する見解が主張され

ているところです（西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第8版〕』（弘文堂、2025年）276頁以下参照）。もっとも、甲は、本件500万円を定期預金解約後にVに無断で流用しており、この時点では現金の形で占有しているのですから、上記の問題に立ち入ることなく、本件500万円に対する占有を肯定できます。

この問題でいずれの立場をとるかは、どの行為に横領が認めるかに関わってきます。預金に対する占有を肯定する立場からは、流用目的で定期預金を解約した時点で委託の趣旨に反する処分が行われていることから、解約・払戻を受ける行為に横領を肯定できるのに対し、物の現実の占有を必要とする立場からは、払戻を受けた後、本件500万円をC社に交付する行為に横領を認めることができるでしょう。

甲には上記の事実について認識がありますので、横領の故意が肯定されます。なお、横領を領得行為とする立場からは、横領の故意は、不法領得の意思と同一となります（松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂、2024年）301頁以下参照）。

（2）設問2

甲が本件500万円の払戻を受ける行為につき、財物詐欺罪（刑法246条1項）が成立しないことを説明する問題です。解答にあたり、同項の「人を欺いて」の意義に着目することを求めていますので、甲につき欺罔行為を否定するという説明が考えられます。欺罔行為は、判例では、被欺罔者においてその交付の判断の基礎となる重要な事項について偽ることとされています（最決平成22・7・29刑集64巻5号829頁など）。そこで、Vから預かった本件500万円を借入金の返済に流用するという目的を告げず、また、定期預金証書を紛失したと嘘を述べて払戻を申し出ることが、上記の定義に照らして、銀行の窓口係員Dを欺罔したといえるかを検討することになります。ここでは、定期預金証書の再発行および解約の手続自体は規定に沿って行われ、また、払戻金の使用目的は基本的に銀行の関知しない事項であることなどを挙げ、甲の上記行為が欺罔行為に該当しないことを論証すれば解答となります。また、上記の事実から、銀行側は定期預金払戻の判断の基礎となる重要事項について錯誤に陥っていないとの説明もありえます。

（3）設問3

1で触れたように、本問では強盗利得罪の成否が問題となります。まず、脅迫の程度の点で、恐喝利得罪（刑法249条2項）との区別を論じます。甲は、殺傷能力のあるサバイバルナイフを目の前に示してVを脅迫していることや、他に助けを呼ぶことが難しい屋内で脅迫が行われていることなどの事実を踏まえ、甲の脅迫が人の反抗を抑圧するものといえるかを検討します。その際、Vが、このまま甲の要求に応じなければ本当に刺殺されてしまうのではないかと恐怖を感じた点は、甲の脅迫が人の反抗を抑圧するものであることの傍証とはなりますが、本問で検討が求められるのは脅迫の一般的性質ですので、個別の被害者の心情だけを理由とするのは適切といえません。なお、犯罪の成否の検討は、重い罪から行うのが通例ですので、本問では、強盗利得罪から検討します。

次に、Vに対し、投資話を反故にした違約金として500万円を支払い、甲が流用した500万円をそれと相殺させることを迫り、Vは甲の要求に応じ「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書を作成させたことが、「財産上不法の利益を得た」に該当するかを検討します。そもそも違約金に関する取り決めがあったことは問題文からはうかがえず、Vは勝手に

流用された本件 500 万円の返金を求めているだけですから、その返金を免れる内容の念書を取ることで、甲は財産上の不法な利益を得たものといえるでしょう。もっとも、そのような念書を書かせるだけでは、甲が V に対し負っている債務を免れたことにならないと評価するならば、これを否定する結論もあり得ます。

3 答案の講評

本問は、財産犯罪の基本的事項に関するもので、各設問には、罪責判断の対象となる行為や成否を検討すべき罪名などが明示されていたこともあって、全体によく出来ていました。もっとも、以下の点には留意してもらいたいと思います。

設問 1 について、どの行為が横領に該当するのかを特定していないものが多く見受けられました。本問は、後の設問と異なり、罪責の対象とすべき行為を問題文では提示していませんので、説明の対象とする行為を的確に示す必要があります。設問 2 については、欺罔行為の定義が不正確なものや、欺罔行為を定義せずに解答しているものが見受けられました。当てはめの前提となる規範を正確に理解し、実践で運用できるようにしておくことは、本問に限らず、法律問題一般において肝要です。設問 3 については、2（3）でも触れましたが、強盗利得罪の成否から検討を始めるべきところ、いきなり恐喝利得罪の成否を論じ、強盗には触れないものが散見されました。また、強要罪の成否だけを論じていたものもありました。成立が考えられる犯罪に複数の候補がある場合、重い罪から順番に検討していくことは鉄則といえます。なお、強要罪は、補充的性格の犯罪ですので、暴行や脅迫を用いて人に要求を行う犯罪がほかに考えられない場合に、はじめてその成否を論じることになります。

4 最後に

ここまで述べてきたように、本問は財産犯罪の基礎を問うもので、設問の誘導等もあることから、内容的には平易な部類に属すると思われます。なお、少数ながら、設問の条件を踏まえない答案が見受けられました。問題 I の 3（4）でも述べられているように、近時の司法試験では、設問の条件に沿って解答を求める問題がよく出題されます。罪責について自説を述べるタイプの出題になじんだ受験生には、こうした設問は対応が難しいのかもしれませんが、今後の学習を通じて慣れていってください。

以上