

2026 年度 立命館大学法科大学院
入学試験（後期日程） 講評

憲法	1 ページ
民法	4 ページ
商法	8 ページ
刑法	11 ページ

憲法

問題 I の末尾の段落に、「生まれも育ちも日本国内の外国人 X が、もっぱら日本国籍を有しないことのみにより、まったく政治献金をすることができないのは、日本国憲法第 21 条第 1 項違反の人権侵害であると主張しているとする。参考とすべき判例に言及しながら、この主張の当否について論じなさい」と記してある。この出題は、「生まれも育ちも日本国内の外国人」による「政治献金」が「表現の自由」の行使として保障されるのか、という種類の憲法問題としての人権問題について「参考とすべき判例」を活用しながら、直前の段落に並べてある 3 種の見解を手がかりにして論じることを求めている。

3 種のうち、「外国人にも保障されてよい種類の政治活動の自由を間接的に制約しており、これ自体として過剰な制約であるという趣旨の見解」は、そもそも「制約」の対象となる人権が保障されていないからという趣旨の要請説の採用を前提にしている。ほかの 2 種は、それぞれ禁止説と許容説である。本問の焦点は、「制約」の可否ではなく、その対象の認否にある。

このような出題に「参考とすべき判例に言及しながら」という指示があるのは、もちろん判決などの年月日や最高裁判所民事判例集（民集）などの巻号頁の数字が正確に暗記されていることに期待しているわけではなく、事件名を挙げるなどして特定することを「言及」と表記している。本問の場合は、マクリーン事件判決などと通称されてきた最大判 1978（昭和 53）年 10 月 4 日（民集 32 巻 7 号 1223 頁）と定住外国人地方参政権訴訟判決などと呼称されてきた最 3 小判 1995（平成 7）年 2 月 28 日（民集 49 巻 2 号 639 頁）のほか、八幡製鉄政治献金事件判決などと呼ばれることが多い最大判 1970（昭和 45）年 6 月 24 日（民集 24 巻 6 号 625 頁）の要所に「言及」することも期待されている。

八幡製鉄政治献金事件判決の活用法を挙げておくと、「のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない」という 2 文が本問の解答に応用可能である（630 頁）。第 2 文の「政治資金の寄附」が第 1 文の「憲法第三章に定める国民の権利」に基づいて保障される「政治的行為をなす自由」の行使として説明されているのは、政治献金を第 21 条第 1 項の規定に基づいて保障される「表現の自由」の行使だと構成するのに役立てることができよう。このような文脈においては「自然人たる国民」に「生まれも育ちも日本国内の外国人」も含まれなければいけないのか、含まれてはいけないのか、含まれてもよいということにとどまるのか、というのが本問の本題である。

マクリーン事件判決には、「思うに、憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解

されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である」という 1 文がある (1233 頁)。要するに「権利の性質」しだいという享有の可否について、とりわけ「除き」という言葉が享有不可の例外の方を示していることを本問の解答にあたり「参考とすべき」である。

定住外国人地方参政権訴訟判決には、マクリーン事件判決などを引用しながら要請説を退けている狭義の判決理由ばかりでなく、次に引用する 1 文により書き出されている傍論の部分もある。「このように、憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」(641～642 頁)。憲法第 92 条の「地方自治の本旨」に主成分として含まれている住民自治の理念を掲げて、「永住者等」の「地方」の「選挙権」に限定して、禁止説も不採用と付言されている。

政治献金による「表現の自由」の行使について、せめて限定的な許容説が採用可能ではないかと応用してみることもできようが、さらに進んで、限定的な要請説も採用可能ではないかと検討してみることもできよう。限定的な要請説の採用は、現行法の規定による無限定の一律全面禁止を違憲だと説明することになる。なお、政治献金については、「表現の自由」ではなく憲法第 13 条後段の規定に基づいて補充的に保障される権利の行使であると解説している学説もあるが、このように捉え直して、本問の X が「第 21 条第 1 項違反の人権侵害であると主張している」のを失当と結論している答案は皆無であった。

ほとんどの答案が政治献金を「表現の自由」の行使として説明していたが、まったく説明できていない答案も少なくなかった。多数の答案が「表現の自由」には自己実現ばかりでなく自己統治の価値や機能も備わるという理由づけにより着実に優越的地位を説明していたが、マクリーン事件判決にも採用されている権利性質説を活用するにあたり、この判決を「参考とすべき判例」にして検討するには「表現の自由」ではなく「政治活動の自由」について外国人の享有主体性を論じるべきなのに、この点を混同して日本国籍を有しなくても前国家的な性質の権利である「表現の自由」の享有主体性は否定されないと論じている答案も少なくなかった。

また、そもそも「参考とすべき判例に言及しながら」の論じ方をしていない答案や「生まれも育ちも日本国内」という事情を看過しているようにしか見受けられない答案も散見された。なお、「生まれも育ちも日本国内」ならば帰化も容易だろうから、「もっぱら日本国籍を有しないことのみにより、まったく政治献金をすることができない」という状態から脱却困難ではなかろう、という趣旨の指摘も散見された。このような論じ方をしてしまうと、論じなければならない問題を解いていることにはならず、論じなくてよい問題にしてしまうことになる。

八幡製鉄政治献金事件判決や定住外国人地方参政権訴訟判決などの判旨も的確に活用している鋭敏な答案のほか、享有主体性を手際よく肯定してから公共の福祉に基づく制約の正当化につい

でも手堅く丁寧に検討している答案などは、総じて高く評価された。なお、政治献金の規制の合憲性判定基準を選ぶのに、これを政治に関係するからこそ対象とされている表現内容規制だと捉えている答案も少なくなかったが、もっぱら献金という方法のみが対象とされている表現内容中立規制だと捉えている答案の方が多く見られた。

問題Ⅱを選択して解答するには、内閣の事務として「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」が挙げられている憲法第 73 条第 6 号本文の規定を解釈して、とりわけ「法律の規定」をバイパスして「この憲法……の規定を実施するために、政令を制定すること」が許されるのかを考えるとよい。憲法第 41 条後段の「国の唯一の立法機関」という規定を解釈して、国会中心立法の原則に対する例外として許されるのかも考えるとよい問題である。もっとも、この問題を選択していた非常に少数の答案は、総じて主要な論点を適切に把握していなかった。

民法

[I]

(1) 胎児の権利能力

解答例は、「出生前の子である胎児には権利能力はないのが原則である（3条1項）。しかし、損害賠償請求権（721条）、相続（886条）、遺贈（965条）には出生を条件として権利能力が認められる」である。原則をしっかり示したうえで、例外を3つ示すか、例外は1つでも、一部露出説など「出生」判定における刑法との違い（民法は全部露出説が通説とされている）であるとか、停止条件説と解除条件説による違いなどを示せばよいものとした。全体に良い出来であった。ただ、「胎児の認知」（783条）は、父が胎児を認知できることを示すのみで、胎児のうちに権利能力が認められるという意味ではないだろう。

(2) 物権の絶対性と債権の相対性

物権の絶対性とは、物を直接支配できる権利は誰に対しても主張できることをいい、債権の相対性とは、債権者が原則として債務者に対してのみ権利を主張できることをいう。この趣旨をきちんと書いている答案は少なくなかった。他方で、物権の絶対性について、一物一権主義について説明をしている答案が散見されたが、これは物権に排他性があることの説明であり、絶対性の説明としては誤りである。また、債権の相対性についても、同一の人に対する同一の内容の債権が複数成立することであると説明をする答案があったが、これは債権に排他性がないことの説明であり、相対性の説明としては誤りである。

[II]

(1)

無権代理・表見代理の基本知識を問うものである。

(問1)

【無権代理】 まず無権代理であることを明示してほしい。Aは、買主候補者を探して欲しいと依頼し、後の移転登記に必要な書類や印鑑を予めBに預けているが、売買契約を結ぶかどうかの最終判断は自身に留保しており、AがすでにCに売る意思を固めたというBの判断は、思い込みでしかない。そのため、AはBに、Cとの売買契約の締結について代理権を授与しておらず、Bは無権代理人である（113条1項）。無権代理であることをしっかり述べられた答案が多くて良かった。

【追認拒絶】 次に、Aは、Cの請求を拒もうとしており、Bの無権代理行為の追認の拒絶をCに対して行っている（113条2項）。これで無権代理であることが確定する。追認がないことも重要である。問2と関連するが、本人が追認すれば有権代理としてCはAに履行の請求ができるので、これを否定するには追認拒絶が必要になる。

【表見代理の成否】 そのうえで、Cは、Aの代理人と称するBと売買契約を結んだのは、AがBに代理権を示す移転登記に必要な書類や印鑑を預けていたことから、代理権授与表示があっ

たからである（109 条 1 項本文）と主張するか、または、B が A から将来の移転登記申請の代理権を授与されていたところ、B は代理権のない売買契約の締結まで行ったものであり、C は B に売買契約締結の代理権があると信じ、そう信じたことには過失がない（110 条）と主張する。善意・悪意や過失の有無の主張立証責任は異なるが、いずれにしても、C は善意ではあろうから、そう信じたことに過失がないと評価されれば表見代理が成立し、過失があると評価されれば無権代理のままである。109 条と 110 条はどちらも構成可能であるが、C としては有利な 109 条を主張することになろう。110 条による答案も、基本代理権をしっかり摘示できていれば同等として評価した。問題文ではあえて書いていないが、ちゃんとした委任状があるのかなのかは、過失の認定に影響を及ぼすだろう。

結論としては、C に過失がなければ A は履行を拒めず、C に過失があれば A は履行を拒める、ことになる。過失の有無が判断の分かれ目になることをしっかり書いて欲しい。この点もできている答案が多くて良かった。

代理人の錯誤取消しを論じる者もあったが、代理人 B が A との委任契約を取り消しても、もともと無権代理だったことに影響はないので誤りである。また、94 条 2 項の類推適用を 110 条と重ねて論じる者もあったが、それは第三者保護のための論理であり、無権代理の効果不帰属を救うものではないので、やはり誤りである。

(問 2)

[両方の契約が有効で所有権取得の優劣は 177 条による] A が B の代理した C との契約を追認すれば、その売買契約は最初に遡って有権代理であったのと同じ扱いになるが、追認によって第三者の権利を害することはできない（116 条）。これは追認によって A が無権利者となり D が権利を取得できなくなるのではないことを示している。その結果、A C と A D の競合する二重売買契約が双方とも有効に成立し、契約の点では優劣はない。このような場合、所有権を A から承継取得する C と D は、いずれが先に移転登記を備えるかで優劣が決まる（177 条）。

116 条ただし書の意味について、C が無権利者 D に優先するとする者が少なからずあった。また、C が登記に必要な書類等を有していることを理由に C が優先するとするものもあった。177 条はあくまで登記具備の先後によることをしっかり理解して欲しい。

(問 3)

[B には 117 条の責任を追及できる] A が追認を拒絶すれば、無権代理人 B は、相手方 C に対して、履行または損害賠償の（無過失）責任を負うのが原則である（117 条 1 項）。これに対して、B が同条 2 項の 3 つのいずれかを主張・立証できれば、責任を免れる。相手方が悪意であった場合の 1 号および代理人が制限行為能力者であった場合の 3 号は、本問では適用の余地がない。そこで、B に代理権がないことを C が過失によって知らなかったとして 2 号本文の免責を主張することになる。これに対して、C は、過失の有無を争うと共に、仮に過失があるとされとしても無権代理人 B が悪意であったことを主張立証すれば責任追及が可能になる。本問では、B 自身が代理権の存在を誤信していたので、ただし書は適用されず、C の過失の有無によって、責任追及の可否が決まる。

117 条 1 項の適用により B が無権代理人としての責任を負うという原則は多くの者が書けていたので、良かった。これに対して、同条 2 項による免責について、2 項 2 号を摘示し、本問に当てはめて判断するところは、あまりできていなかった。解答時間が足りなかったのも一因かもしれないので、時間配分には気を付けて答案を書くべきである。

[2]

(問 1)

D が請求したのは 27 日であり、乙の履行期 24 日は徒過している。D は、A から乙を譲り受け、B への通知によって対抗要件を備えている(467 条)。C は、乙の連帯保証人である。保証債務の随伴性により、また連帯保証であるから B と同様に、D に対して支払義務を負う。

解答では連帯債務であることの説明、すなわち催告の抗弁や検索の抗弁が認められず(454 条)、B と同様に支払い義務を負うことは多く言及されていた反面、被保証債権が譲渡されたときに、保証債権も移転するという保証債権の随伴性に触れている答案は多くなかった。被保証債権について対抗要件が備わると、保証債権についても対抗要件を備えたことになる。

(問 2)

(問 1)で述べたように、乙は D に譲渡され、対抗要件も備えている(467 条)。支払期日も到来しているから、D は B に 300 万円の支払を請求できる。しかし、乙は AB 間の売買で生じた代金債権である。A は B に甲を引き渡しているが、甲には約定通りの性能がないから、A は債務の本旨に従った履行の提供ができておらず(493 条本文)、A が代金支払を求めたときには、B は代金支払を拒める(533 条)。代金債権は A から D に譲渡されているが、上記の抗弁は、債権譲渡の対抗要件具備の日以前に生じた事由であり、乙の譲受人 D に対しても対抗できる(468 条 1 項)。

問題文からは以上の解答となろう。答案では、B が契約解除(541 条)することにより支払いを拒むことができる、代金減額請求(563 条)の要件を満たすときや、債務不履行を理由として損害賠償請求できるから(415 条 1 項)、それと代金請求と相殺することにより(505 条)、300 万円全額を支払う必要はないというもの等も見られた。これらにも内容に応じて得点を与えた。債権譲渡されているにもかかわらず、468 条 1 項を引用せずに譲受人 D に支払を拒めるとする答案もあったが、これは間違いになるので注意してほしい。

(問 3)

乙が A により、D のほか E にも譲渡され、かつ双方が第三者対抗要件を備え、同時到達している(467 条 2 項)。この場合、債務者 B は D、E いずれから請求を受けても支払う義務を負うと考えられる(いずれかに弁済すれば免責され、二重の弁済は強いられない)。このときに、B が供託しようとしても、供託実務では債権者不確知を理由としては受理されない。もっとも、債務者が債権譲渡通知の先後不明を理由にすれば、供託できる。供託された場合は、債権は弁済されたものとして消滅するが(494 条 1 項)、供託所(法務局)に債権者は還付請求することができる

(498条)。そして、債権譲渡の第三者対抗要件を具備した者が複数あり、それらの債権額の合計が供託金額を超える時は、各債権者は各自の債権額に応じて按分された額の還付請求権を分割取得する(最判平成5・3・30民集47巻4号3334頁。民法判例百選Ⅱ[第9版]50頁)。したがって、Dは、300万円全額の支払を受けることはできない(按分してD、Eそれぞれ150万円になる)。

供託されたという点を見逃して、Eが支払を受けていなければ、DはBに全額請求できるという答案も見られた。供託が絡む点で特殊であるが、判例百選にも掲載の判例があるので、覚えておくべきだろう。

商 法

I

(1) A は、すでに甲社の取締役および代表取締役を退任していたにもかかわらず、「甲社社長 A」として本件売買契約に署名した。乙社としては、A のこのような行動を理由として、本件売買契約につき A が表見代表取締役（会社法 354 条）にあたるとして、甲社が A の行為について責任を負う旨を主張することが考えられる。

会社法 354 条に基づく責任が認められるためには、①会社が「取締役」に対して代表権を有するものと認められる名称を付すこと、②代表権がないことにつき相手方が善意であること、の 2 つの要件を満たす必要がある。①については、A が、本件売買契約の当時、代表取締役でないのみならず取締役でもない点が問題となる。この点に関して、乙社の立場としては、外観信頼保護規定という会社法 354 条の趣旨に鑑み、A が、代表取締役 B を含む取締役らの承認のもと、「甲社社長 A」という代表権を有するものと認められる名称を、平素から対外的取引にも使用していたことを理由として、会社法 354 条の類推適用を主張すると考えられる。②については、A が甲社の代表取締役の地位を退いていたという事実について、乙社が善意でありかつ重過失がなかった（条文上は「善意の第三者」だが、判例は善意無重過失を要求する。最判昭和 52 年 10 月 14 日民集 31 卷 6 号 825 頁、参照）と主張すると考えられる。

乙社の主張が認められるかにつき、①に関しては、使用人が常務取締役の名称を常用していたことを代表取締役が承認していた場合に、表見代表取締役に関する規定の類推適用を認めた最高裁判例（最判昭和 35 年 10 月 14 日民集 14 卷 12 号 2499 号）に照らし、会社法 354 条の類推適用が認められるという見解と、A が使用人ですらないことを理由としてこれを認めないとする見解があり得る（なお、浦和地判平成 11 年 8 月 6 日判時 1696 号 155 頁は、その場合、会社は名板貸人としての責任（会社法 9 条）を負うとする）。②については、乙社が 3 年前に取引した際の甲社の代表取締役は A であったこと、A が自ら「甲社社長 A」と署名したこと、という事実の評価により、乙社に重過失がなかったため、その請求が認められるとする見解と、本件売買契約前に A の立場を確認しなかった点につき、重過失があったため、請求は認められないとする見解とに別れうる。

後述の通り、登記がある場合については（2）で問うているため、（1）で問う意図はなかったが、その点が必ずしも明確とはいえないとの見解も想定されうる。ゆえに（1）で登記がある場合について関する解答を述べた者に対しても相応の加点をしている（（1）（2）全体として問いに答えている限り不利益には扱っていない）。また、A が事実上の主催者にあたるという解答も積極評価の対象となる。

(2) A が本件売買契約に署名した段階で、甲社の登記簿上の代表取締役が A であったという事実が存在した場合、乙社は、会社法 908 条 1 項を根拠として、甲社が A の行為について責任を負う旨を主張することが考えられる。

甲社が乙社に対して会社法 908 条 1 項に基づく責任を負うためには、①甲社（代表取締役であ

る B) が、会社法に基づいて登記すべき事項を登記していないこと、②乙社が、A が取締役の地位にないことについて善意であること、の 2 つの要件を満たす必要がある。①については、問題文より、本来登記すべき事項 (B が代表取締役であること) を登記していないことが明らかである。また、②については、乙社が取引に先立って登記簿を確認した上で、A が代表取締役であると信じたという事情が問題文から分かるため、この点について善意であるといえる。以上より、A が代表取締役であると信じた乙社の信頼は保護されると考えられる。

会社法 908 条 2 項の問題であるとする解答、無権代表の主張なども可能な問題であるため、そのような解答についても完成度に応じて相応に加点している。

II

(1) X 社と Z 社の提携を阻止する手段として本件新株発行の差止めを主張するため、Y 社は、本件新株発行に差止め事由があることを主張しなければならない。会社法 210 条は、募集株式の発行差止めを請求するためには、請求者が、①当該募集株式の発行によって株主が不利益を被るおそれがあること (会社法 210 条柱書き) に加えて、②当該募集株式の発行手続きに法令・定款違反 (同条 1 号) があること、および (または) ③著しく不公正な募集株式の発行であること (同条 2 号) のいずれかを主張する必要があることを定める。②は、募集株式の発行がいわゆる有利発行に当たる場合に、本来なら必要とされる株主総会の特別決議を欠くこと (201 条 1 項・199 条 3 項) を理由として、発行手続きに法令違反があるとして主張されることが多い。③は、会社経営支配権に争いがある場合に、募集株式の発行が経営陣の支配権の維持・強化を主たる目的となされたときに主張される。

具体的には、Y 社は、①本件新株発行によって株主たる Y 社が不利益を受けるおそれがあること (210 条柱書)、②本件新株発行が有利発行に当たるにもかかわらず、株主総会の特別決議を経ない点について、法令違反の瑕疵があること (210 条 1 号)、③本件新株発行は、Y 社の株式取得に対抗して、X 社の経営陣が自らの支配権を維持することを主たる目的となされたとして、いわゆる不公正発行にあたること (同条 2 号) を主張すると考えられる。各主張の当否について、詳しくは、(2) において検討するが、後述するように、本件新株発行はそもそも有利発行に当たらない可能性が高いため、Y 社は、①および③のみを主張することで必要かつ十分といえる (②を併せて主張するという解答でも減点はないが、実務的には、②を主張することで裁判所の心証を害する可能性もある)。①と②のみ、あるいは②のみを主張すべきとする答案も見受けられたが、これでは不十分である。なお、③を主張すべきとするものの、①について言及しない答案も多かった。忘れられがちではあるが、①も 210 条に基づく差止めの要件であるため、併せて主張する必要がある。

(2) Y 社の請求は認容されるか。以下、順に検討する。

①について、Y 社は X 社の買収を目的として株式を買い進めてきた X 社株主であるところ、Z 社に対して本件新株発行が行われることにより、持株比率の下落という不利益を被るおそれがある。また、株式の希釈化により、保有する X 社株式の価格が下落する点でも、Y 社には不利益が生じるおそれがある。

②については、本件新株発行による株式の発行価額が、X 社の株価の直近 6 ヶ月平均の 95%・

直近株価の 90% に設定されていることが問題となる。募集株式の発行価額が有利発行に当たるかどうかについては、いわゆる日証協ルールが、「当該増資にかかる取締役会決議の直前日の価格（直前日に売買がない場合は、当該直前日からさかのぼった直近日）に 0.9 を乗じた額以上の価格であること。ただし、直近日または直前日までの価格または売買の状況などを勘案し、当該決議の日から発行価格を決定するまでに適当な期間（最長 6 ヶ月）をさかのぼった日から当該決議の日までの間の平均の価格に 0.9 を乗じた額以上の価格とする事ができる」と定めている。本件新株発行は、この数値を満たしており、一般に、有利発行には当たらないものと解される。

他方、③について、Y 社は、本件新株発行が、X 社経営陣が自己の支配権を維持・確保することを目的になされたとして、「著しく不公正」な発行にあると主張することが考えられる。この「不公正発行」について、裁判所は、いわゆる主要目的ルール（東京地決平成 16 年 7 月 30 日判時 1874 号 143 頁〔ベルシステム 24 事件〕、新株予約権について、東京高決平成 17 年 3 月 23 日判時 1899 号 56 頁〔ニッポン放送事件〕、参照）に基づいて、会社支配権について争いがある場合に、従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合に、その新株発行が、特定の株主の持株比率を低下させ、現経営陣の支配権を維持することを主要な目的となされたときは、不当な目的を達成する手段として新株発行が利用される場合にあたるといふべきであるとの判断を示している。

本件では、問題文より、X 社は、Z 社との提携強化を目的として本件新株発行を行ったとされる一方、Y 社による敵対的買収を警戒していたこともうかがえる。

① Y 社の請求が認められる、という解答の前提として、Y 社は、本件新株発行が、Y 社の敵対的買収を防衛し、X 社経営陣の支配権を維持・確保する目的で行われたことを主張・疎明する必要がある。また、仮に、本件新株発行に Z 社との提携強化の意図があったとしても、X 社経営陣の支配権維持・確保が、その目的に優先することを疎明し、裁判所の心証を得ることができれば、本件新株発行の差止めは認められる。② 他方、Y 社の請求が認められないと結論づけるためには、X 社が、本件新株発行について、X 社と Z 社との提携強化の目的が、X 社経営陣の支配権維持・確保に優先するとの疎明をなし、Y 社の主張を超えて裁判所の心証を得ることが必要になる。本問からは、X 社と Z 社の提携の詳細は判然としないが、Z 社との提携計画の詳細、本件新株発行で得られる資金の用途、提携による増益見通しに関するアナリスト等第三者の証明などの客観的事実を根拠として、X 社から具体的な反証がなされたならば、本件新株発行が「著しく」不公正とは判断されず、Y 社の請求が退けられる可能性もある（東京地決平成 16 年 7 月 30 日判時 1874 号 143 頁〔ベルシステム 24 事件〕、参照）。

刑 法

2026 年度後期入試の刑法は、以下のような問題でした。以下、問題 I・II の順で解説と講評をします。

I 次の【事例】を読み、設問に答えなさい（特別法違反を除く）。

【事例】

(1) 甲は乙といとこ関係にあったが、乙が不倫関係にあった A の夫 B を毒殺する計画を立て、甲に青酸ソーダの入手を依頼してきた。甲はそれを承諾し、C から青酸ソーダを譲受け、乙宅で乙にそれを渡した。しかし乙はそれを B に対して使う機会を見つけることができず、青酸ソーダでの B の殺害を諦めた。

(2) しかし 1 月後、乙はやはり B を殺害することを決意し、B を果物ナイフで刺殺することとした。乙は B 宅を訪れ B の頸部に殺意をもって果物ナイフを突き刺したが、B が大量の血を口から吐き出し、呼吸するたびに血が流れ出るのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思った。乙は B の頸部にタオルをあてて血が出ないようにして、消防署に傷害事件を起こした旨伝えて救急車の派遣と警察署への通報を依頼し、B を励ましながらか救急車の到着を待った。救急車が到着したところ、乙は B を救急車に運び込むのを手伝ったが、そこに警察官が現れたので警察署員に自分が刺したことを告げ現行犯逮捕された。

B は病院へ運ばれ、緊急手術が行われ、全治 8 週間の頸部刺傷を負ったが、一命はとりとめた。

設問 1 (1) の事実について、乙に殺人予備罪が成立するとした場合、甲に共犯が成立するか論じなさい。

設問 2 (2) の事実について、乙の罪責を論じなさい。

1 論 点

本問は、最判昭和 37 年 11 月 8 日刑集 16 卷 11 号 1522 頁（百選 I 80 番）及び、福岡高判昭和 61 年 3 月 6 日高刑集 39 卷 1 号 1 頁（百選 I 69 番）の事案を基に、予備罪の共犯及び中止未遂の成否について論じてもらおうとしたものです。

予備罪の共犯においては、共犯について定めた刑法 60 条、61 条がともに「犯罪を実行」と定めており、ここでいう犯罪とは構成要件に該当する違法な行為に着手していることが求められるとされていることとの関係上、予備罪が犯罪の実行といえるかが問題となります。

また、刑法 43 条但書は、43 条本文が任意減軽にとどまるのに対し、刑を必要的に減免するというものであり、その刑を減免するための、要件の内実が問題となります。

2 問題の解説

(1) 設問1

予備罪の共犯は本犯の実行の着手前の予備の段階における共犯のことをいい、正犯が犯罪の実行に着手した場合には「犯罪を実行した」といえるから、あとは共犯者の関与形態を評価して、共同正犯、教唆犯、幫助犯を検討すれば足りる。

したがって、正犯者が「犯罪の実行に着手」する以前の予備行為に加担する行為が、「共同した犯罪を実行した」、「犯罪を実行させた」、「正犯を幫助した」といえるかが問題となる。もっとも、予備罪も刑法典に定められた犯罪の一種であるから、その実行行為自体は観念することができ、これを共同して行えば共同正犯となるほか、教唆・幫助が成立すると考えることも可能である。

また、殺人予備罪は「第199条の罪を犯す目的で、その予備をした者は」と規定するから、いわゆる自己予備を処罰するものであって、他人（本犯者）のために予備行為に加担するものにはこの自己予備目的が認められないことから、共同正犯の成立を認めることができるか問題となる。

この点が問題となったが、本件事案と同様の事実関係で殺人予備の共犯が問題とされた上記最判昭和37年判決である。第1審は、「予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充足を目的とする意思が必要であって、これを殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもって、その準備行為をすることが必要と考えられる。」としたうえで、本問のように他人のために予備行為を行ったものは、本犯者の予備行為を容易ならしめたものであるから、殺人予備の幫助に該当する、として、殺人予備罪の幫助犯の成立を認めた。

これに対して、第2審は、「ある犯罪の予備罪が独立に処罰される場合には、その予備罪を構成する行為も当然に考えられるわけで、それは、その予備行為が発展した場合のいわゆる犯罪の実行行為を基本として、その内容を限定されるものではあるが、予備罪そのものについていえば、その予備罪というある犯罪の基本的構成要件を修正する構成要件を充足する行為がそこに予定されていることは当然である。いま構成要件を充足する行為を実行行為というのであれば、予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為も又実行行為とよぶことが許されるのである。」としながらも、「予備罪の従犯（正犯が予備罪に終わった場合の従犯）をも処罰するものとすれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著しく拡張される危険のあることは極めて明らかである。かの助言従犯の場合の如きを考えれば、言論活動の多くの場合までが、直ちに予備罪の従犯として処罰される危険性が、高度である。従って、予備罪の従犯を処罰するかどうかについては、特に厳正な解釈態度が要求されるのである。（中略）わが刑法は、予備罪の従犯を処罰するのは、特に明文の規定がある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法六二条の規定は、予備罪が独立に処罰される場合においても、当然にその適用があるものではない、ということになるわけである。してみれば、殺人罪の予備罪の幫助行為について、特にこれを処罰する法律の規定はないのであるから、被告人の原判示所為を殺人予備罪の幫助（予備幫助罪）として処罰した原判決は、既にこの点において法律の解釈を誤った違法があるものというべきである。」とし、結論的には殺人予備罪の共同正犯の成立を

認めた。

これに対して最高裁は、弁護人の「上告趣意第一点は違憲をいうが、その実質は事実誤認、単なる法令違反の主張に帰し刑訴四〇五条の上告理由に当たらない（被告人の判示所為を殺人予備罪の共同正犯に問擬した原判決の判断は正当と認める）。」として、予備罪の共同正犯を認めた原審の判断を是認した。

このように、判例は予備罪の共犯を認めているが、その範囲が共同正犯にとどまるのか、幫助を含むものなのかについてはなお判然としないところが残っている。

学説においては、予備罪の共犯を認めない否定説、通貨偽造準備罪のような独立罪としての予備罪の場合に限って予備罪の共犯を認める中間説、予備罪の共犯を認める肯定説が対立しているとされる。もっとも、肯定説の中にも上記第 2 審と同様、共同正犯を認めることはできるが、処罰範囲の無制限な拡張を認めてしまう恐れから、刑法 79 条のような場合を除いて幫助犯は処罰されないとする見解や、第 1 審のように他人予備の場合は幫助しか成立しないとする見解、他人予備であっても共犯は成立し、役割の重要性によって共同正犯と幫助犯を区別することは可能であるとする説などが主張されている。

このように、予備罪の共犯をめぐるのは、60 条以下の条文中に規定される犯罪の中に予備罪が含まれるのか、他人予備において共同正犯は成立しうるのか、処罰範囲が無限定になるおそれのある幫助については処罰しない趣旨と解すべきか、幫助犯も処罰できるとして、定型的な実行行為が観念できない予備罪において、共同正犯行為と幫助行為を区別することが可能であるか、といった諸点が複合的に争われている。

したがって、この問題を論じるにあたっては、それぞれの問題の所在を明らかとしたうえで、説の対立について適切に論じることが必要となる。

（2）設問 2

設問 2 では、刑法 43 条但書の要件である「自己の意思により（いわゆる任意性）」の内実をどのようなものと考えかが問われている。

まず前提として、いわゆる中止犯は、未遂罪の成立を前提とするものである。未遂罪が成立した際の効果は、刑の任意的減軽であるのに対し 43 条但書が適用されれば、刑が必要的に減免される。いわゆる中止犯の問題は、犯罪の成立が確認された後の刑の問題として論じることが必要となる。すなわち、本問では乙の B に対する殺人未遂罪（殺人の実行に着手すること、結果を遂げなかったこと、故意）が成立することを簡潔に論じたうえで、43 条の適用にあたって、43 条但書が適用されて、刑が必要的に減免されないか、と問題提起することが必要である。

中止犯における任意性においては、「たとえできたとしても、成し遂げることを欲しない」場合には任意性が肯定されるとする主観説、行為者の広義の後悔に基づいて中止した場合には任意性が肯定されるとする限定主観説、中止の原因となった動機の内容が、一般の経験上、通常は障害と考えられるものである場合には任意性を否定する客観説が主張されている。

判例においては、任意性を否定する場合には客観説的な見解を用いるのに対して、これを肯定する場合には限定主観説的な見解を用いていると評されている。すなわち、本件事案の基となった上記福岡高判においても、43 条但書の適用を認めなかった原判決に対して「中止未遂における中止行為は『自己ノ意思ニ因リ』（刑法四三条但書）なされることを要するが、右の『自己ノ意思

ニ因リ』とは、外部的障碍によってではなく、犯人の任意の意思によってなされることをいうと解すべきところ、本件において、被告人が中止行為に出た契機が、被害者の口から多量の血が吐き出されるのを目のあたりにして驚愕したことにあることは前記認定のとおりであるが、中止行為が流血等の外部的事実の表象を契機とする場合のすべてについて、いわゆる外部的障碍によるものとして中止未遂の成立を否定するのは相当ではなく、外部的事実の表象が中止行為の契機となっている場合であっても、犯人がその表象によって必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に取って中止行為に出たときには、任意の意思によるものとみるべきである。」としたうえで、「被告人は、被害者の流血を目のあたりにして、驚愕すると同時に、『大変なことをした。』との思いから、同女の死の結果を回避すべく中止行為に出たものであるが、本件犯行直後から逮捕されるまでにおける被告人の真摯な行動やキミ子に対する言葉などに照らして考察すると、『大変なことをした。』との思いには、本件犯行に対する反省、悔悟の情が込められていると考えられ、以上によると、本件の中止行為は、流血という外部的事実の表象を契機としつつも、犯行に対する反省、悔悟の情などから、任意の意思に基づいてなされたと認めるのが相当である。」として、任意性を認めている。

この点を論じるためには、上記学説の対立及び判例の動向を踏まえて、いかなる見解を取るべきかを説得的に論じることが求められる。

3 答案の講評

今期の受験生のほとんどは大問1を選択していましたが、設問1について十分な論述を展開できたものはほとんどいませんでした。予備罪の共犯というマイナーな論点であったことに起因すると思われませんが、共犯関係の前提となる「犯罪」とはいかなるもののかという問題意識をもって、論述を進めていく答案も少数ながら存在しました。理論的側面の強い共犯論であっても、刑法60条以下の条文を離れて解釈できるものではありませんから、そこで問題となる「犯罪」というものの意味について改めて考えていただきたいと思います。

他方、設問2については上記判例に基づいて、論じられていました。もっとも、任意性、中止行為の解釈にあたっては、なぜそのような見解を取る必要があるのか、刑の任意的減軽が必要的減免へと変わる理由について触れておくことが必要であったようにも思います。それぞれの見解の根拠にさかのぼって学習することが求められていたといえます。

今後の学習に期待します。

II 次の【事例】を読み、〔設問1〕および〔設問2〕に解答しなさい（特別法違反の点は除く）。

【事例】

甲（男性、当時20歳）は、私立A大学（以下「A大」という。）への入学を志望していたが、その入学試験（以下「入試」という。）直前の模擬試験では、A大への合格可能性は著しく低い旨判定された。甲は、いわゆる替え玉受験をしてでもA大に合格したいと考え、別の難関大学に進学していた友人乙（男性、当時20歳）の顔立ちが甲と似ていたため、令和3年2月1日、乙に対し、「後でアルバイト代として50万円を払うから、俺の替え玉でA大の入試を受けてくれ。」と言い、

報酬として50万円を提示した上で甲に成り済ましてA大の入試を受けてほしい旨依頼し、乙の了承を得た。

A大の入試では、受験番号が氏名に代わる受験生識別の手段として用いられており、入試の解答用紙に氏名の記載欄はなかった。乙は、同月20日、A大の入試会場において、甲に成り済まして小論文試験の解答用紙（以下「本件用紙」という。）に甲の受験番号である「A123」を記載した上で解答を記入し（以下「本件作成行為」という。）、本件用紙をA大に提出した。本件用紙の採点結果に基づき、甲について合格の判定がなされてA大への入学が許可され、甲は、同年4月10日、A大に入学した。

〔設問1〕 上記【事例】について、乙に有印私文書偽造・同行使罪は成立しないとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるか。特に本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人および作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、株式会社Xの取締役Yがその秘書Zに命じて取締役Y名義の文書を作成させた場合と比較しつつ論じなさい。なお、本問の解答用紙は刑法159条にいう「権利、義務若しくは事実証明に関する文書」に当たるものとします。

〔設問2〕 上記【事例】について、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの立場から、その結論を導くために、どのような説明が考えられるか。特に本件作成行為が「偽造」に当たるかについて、文書の名義人および作成者の意義をそれぞれ明らかにした上で、視覚障害者の大学入試において障害者の解答を補助者が答案に代筆する場合との相違を明らかにしつつ論じなさい。なお、本問の解答用紙は刑法159条にいう「権利、義務若しくは事実証明に関する文書」に当たるものとします。

1 出題の趣旨

本問は、2025（令和7）年度の司法試験論文式刑事系第1問にある「替え玉受験」の事例を素材として、「名義人の名義使用の同意がある場合の偽造の成否」を問うものです。

「替え玉受験」については、最決平成6・11・29刑集48巻7号453頁が、名義人の名義使用同意については特に触れずに、入試答案が「社会生活に交渉を有する事項」を証明する文書として「事実証明に関する文書」に当たるとしています。しかし、この入試答案は、受験生の名義使用同意のもとにその名義で書かれているものですから、それがなぜ「偽造」に当たるのかを、改めて説明できるかが問われます。

そこで、本問では、受験番号のみが記載される入試答案について、その「名義」はどこに見出されるのかを検討した上で、その「名義人」と「作成者」につき、その「人格の同一性を偽った」かどうかを判断していただくこととなります。

2 問題の解説

（1）〔設問1〕について

ここでは、「偽造」の定義を示した上で、乙に有印私文書偽造・同行使罪は成立しないとの立

場からの説明を考えていただきます。その際、「偽造」の定義とともに、本当案の受験番号は、受験生である甲を指し示す「名義」であることを先に説明しておいてください。

もっとも、この点につき、受験番号は本名（戸籍名など）ではないので、本答案は「名義」のない「怪文書」だから、文書偽造罪という「文書」ではないとして「偽造罪」を否定する方法も考えられないではありません。しかし、これは、「名義」というものが書面に表示された意思や観念の主体を指し示す符号であるために、「偽名」でも構わないということを理解していない考え方です。

そこで、この受験番号は甲を指し示す「名義」であることを前提とすると、本答案は「名義人」を甲とする文書であることとなります。その上で、甲による名義使用の承諾があることから、乙の記した解答は「甲の意思に基づくもの」であって、それゆえ「作成者」に関する「観念説」ではその「作成者」も甲であるという説明が考えられます。乙に有印私文書偽造・同行使罪は成立しないという結論を説明するには、この説明が最適かと思われます。

（２）〔設問２〕について

ここでは、乙に有印私文書偽造・同行使罪が成立するとの立場から、〔設問１〕の考え方を批判して、その成立を説明することが求められています。

その最適な方法は、本答案に示された解答は乙が正解と考えたものですから、そこに表示されているのは乙の観念なので、「観念説」を正しく理解すれば、その「作成者」は乙になるとし、他方、その「名義人」は甲に割り当てられた受験番号で指し示される甲ですから、ここに、「名義人」と「作成者」の人格の同一性の偽りが認められるので、「偽造」が成立すると説明することです。そして、この答案は、採点のためにA大に提出する目的で作成されており、実際にその採点に供しているのですから、「行使の目的」も「行使」もあるので有印私文書偽造・同行使罪が成立する、とするものです。

これと異なり、「入試答案」という本件「文書の性質」から、受験生が自ら作成したことを要し、よって、そうでない本入試答案は「偽造」に当たるとする説明も考えられます。ただ、この場合は、「偽造」の定義との関係がどうなるのかが問われます。すなわち、この説明は、①甲による名義使用の承諾があることから、乙の記した解答は「甲の意思に基づくもの」であって、それゆえその「作成者」も甲であり、よって「偽造」は否定されるが、「入試答案」という本件「文書の性質」上、「偽造」でなくても「偽造」とみなすということなのか、②「入試答案」という本件「文書の性質」上、受験した人物しか「作成者」となれない文書だから、「名義人」と「作成者」の人格の同一性が否定されるので、「偽造」に当たるとするのかが、はっきりしないのです。そこで、「文書の性質」に依拠する場合には、そのどちらの考え方なのかを示す必要があります。

ここでは、入試答案に表示されるのは現実の受験者が「正解」と考えたものだから、そこに表示されているのは現実の受験者のものなので、本問では、いくら甲が乙に自己の名義での答案作成を依頼したとしても、その「作成者」は乙だという説明をして、「偽造」を認めることとなります。これは、結局、「文書の性質」というより、「観念説」を正しく理解して「偽造」の定義に当てはめればよいということですね。

3 答案の講評

(1) まず、「偽造」の定義が書けていない答案がありました。これは、本問の大前提になりますので、しっかり書いてください。

(2) その上で、「作成者」と「作成」がズレている答案も散見されました。「作成者」とは「作成した人」ですから、「設問1」で本答案を「作成」したのは乙だけれども「作成者」は甲であるとか、反対に、「設問2」で甲の意思に基づいているから「作成者」は甲だけれども「偽造」が成立するという論証は矛盾ですから、そのような矛盾を犯さない答案が期待されます。

(3) もちろん、「観念説」をしっかり理解した上できちんとした論旨を展開できている答案もありました。そのような答案には高い評価を与えています。

4 最後に

本問を契機にして、引き続き、文書偽造の罪について学習を深められることを期待します。

以上