

2027 年度 立命館大学法科大学院
入学試験（中期日程） 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 は、X 県議会棟内における報道機関の取材活動について、①前日までに当該議員の承認を原則必要とする点（以下「規制①」という。）、及び②X 県議会棟内における撮影・録音は、その目的を明らかにした上で、X 県議会事務局長の承認を受けなければならないとする点（以下「規制②」という。）、そしてこれらに違反した場合は、庁内管理者等が、庁内への入場拒否、行為禁止、退去命令その他必要な措置をとることができるという点（議会棟取材規程 16 条）についての合憲性を問うている。規制①と規制②は内容が異なるため分けて論じることが求められるが、両者を自覚的に分けて論じた答案は多くはなかった。

まず、取材の自由の憲法上の保障については、博多駅事件（最大決 1969（昭和 44）年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁）に言及した上で論じなければならない。その上で、本問では、とくに規制①については、取材の自由に対する「制約」をどのように認定するかが重要な論点となる。一般的に、県議員には取材に応じる憲法上の義務が存在するとまでは言えないため、県議会棟内での議員への取材について当該議員の承認を必要としたとしても、それ自体が取材の自由に対する制約とは言えないからである。この点については、県議会棟の性格を踏まえつつ、議員の承認を欠いた取材を行ったことを理由に、県議会棟への立ち入りが全面的に禁止されるおそれがあるという点を捉えて、取材活動に対する「制約」があるといった説明が可能であろう。しかし、この点について正面から論じていた答案はほとんどなかった。

規制①及び規制②の合憲性審査の判断枠組みとしては、取材活動の自由が民主主義の過程の維持保全に不可欠な権利であるという点、そして、いずれも取材活動について事前の承認を要するとしながら客観的な基準が存在しないため、恣意的な運用がされるおそれがあるという点を指摘して、何らかの厳格度の高められた基準を設定することが考えられる。博多駅事件で用いられた比較衡量論を設定する答案も散見されたが、その場合には、取材の自由の重要性を踏まえた具体的検討をすることが必要となる。

答案では、合憲性審査の厳格度を緩和するものが多数あった。その理由として、本問の規制が「議員の承認をとれば取材は可能となるのだから間接的・付随的制約にとどまる」と指摘するもの、あるいは「X 県議会の事務局長に X 県議会棟取材規程の制定についての広い裁量が認められる」と指摘するものが多かった。しかし、事前承認が必要であるという仕組みそれ自体が直接的な制約であり、「間接的・付随的制約」という評価は誤っている。また、X 県議会棟取材規程の制定は、X 県庁内管理規則によって付与された裁量にすぎず、立法裁量論として論じられるような裁量とはまったく性格が異なるものである。

厳格度の高められた基準を用いて合憲性を審査する場合は、規制①及び規制②の導入の根拠として問題文に挙げられている事柄が、いずれも十分な根拠をもったものといえるのか、そして規制手段が規制目的と十分に関連しているのか（より制限的でない他の選ぶうる手段はないのか）について立ち入って検討しなければならない。しかし、多くの答案が、例えば、規制目的と規制手段との間に実質的な関連性が必要といいながら、問題文に列挙された事実を指摘するだけで、

簡単に合憲という結論を導いていた。とくに、取材活動をするためには事前承認が必要という規制の深刻さを十分把握できていない答案が多かった。他方、結論を違憲に導く場合でも、ただ「手段が必要以上に厳しい」と抽象的に指摘するだけでは足りず、なぜ「必要以上に厳しい」のかについて、より緩やかな代替手段を提示するなどして規制目的と規制手段との関連性について論じなければ、説得力のある答案とはいえない。答案においては、合憲性審査の判断枠組みを提示するだけではなく、その判断枠組みに照らした検討を十分に論じることが重要である。

なお、答案の中には、規制①及び規制②の合憲性について、本問に挙げられている具体的な取材行為に対して適用することが許されるかという形で、適用違憲（処分違憲）のように論じるものが散見された。しかし、本問は、あくまで「法令違憲」として、規制①及び規制②それ自体の合憲性を一般的・客観的に検討しなければならない。

問題Ⅱの第2段落に「必要に応じて日本国憲法の規定の解釈に言及しながら」と明記してあるのは、もちろん「必要」があるということを示唆している。それゆえ「原子力規制委員会の委員長や委員の職権行使は、法律上、何のために、何から「独立して」いるのかを論じなさい」という問いに答えるのに、第1段落に引用してある原子力規制委員会設置法（平成24年法律第47号）第1条の「政策に係る縦割り行政の弊害を除去し、並びに一の行政組織が原子力利用の推進及び規制の両方の機能を担うことにより生ずる問題を解消するため」という文言を書き写すのみでは足りるはずもないが、同条の「委員長及び委員が専門的知見に基づき中立公正な立場で独立して職権を行使する原子力規制委員会」という文言から「専門的知見」や「中立公正な立場」という語句を抜き出して、これらを確保するために、などと論じるのに終始するのでも足りない。

独立行政委員会の「委員長及び委員が専門的知見に基づき中立公正な立場で独立して職権を行使する」という「法律上」の仕組みが合憲性の確保を度外視しているはずはなく、憲法第65条に「内閣に属する」と定めてある「行政権」の行使が「内閣」から「独立して」という設計は、憲法上の必要性と可能性を前提にしよう。入学試験要項に「試験で使用する六法は配布します」という記載があるが、この「試験で使用する六法」には、内閣法（昭和22年法律第5号）も掲載されている。第1条第2項に、「内閣は、行政権の行使について、全国民を代表する議員からなる国会に対し連帯して責任を負う」と定めてあるのには、複数の憲法規定の文言が組み合わせられている。独立行政委員会は、もとより憲法第66条第3項に定められている「内閣」の政治的な「責任」の放棄を許容するために設置されているのではなかろう。同項の「行政権の行使」には、議院内閣制の政党政治の仕組みによるのが適切でない類型もあり、そのこと自体は、憲法制定の頃から認識されていたので、たとえば憲法第90条第2項の規定に基づいて定められている会計検査院法（昭和22年法律第73号）第1条に、「会計検査院は、内閣に対し独立の地位を有する」と定められている。この「内閣に対し独立の地位」も憲法の条項には明記されていないが、その解釈により説明されてきた。

なお、「試験で使用する六法」には、国家行政組織法（昭和23年法律第120号）も掲載されており、別表第1（第3条関係）に「環境省」の「外局」として「原子力規制委員会」が設置されていることも明記されている。同法第1条、第2条第1項、同条第2項、第3条第2項には「内閣の統括の下に」という共通の文言があり、同じく掲載されている国家公務員法（昭和22年法律第

120 号) 第 3 条第 1 項前段の「内閣の所轄の下に人事院を置く」という規定と対照してみるとできよう。そして、この「人事院」について、福井地判 1952 (昭和 27) 年 9 月 6 日 (行集 3 巻 9 号 1823 頁) が合憲性の形式的な理由と実質的な理由とを説明しているのも参考になろう。

この問題 II を選択していた答案は、まことに少数であり、独立行政委員会の合憲性について形式的な理由と実質的な理由とを手堅く説明していた答案は、なおのこと少数であった。なかには独立行政委員会の憲法上の必要性と可能性を論述していた少数精鋭の答案もあったが、憲法第 65 条の「内閣に属する」という文言の解釈には論及せず、同条の「行政権」の実質的意味を伝統的な国家作用内控除説により説明するのに終始していた答案も散見された。

以上

民法

I

(1) 特別失踪(危難失踪)

戦地に臨んだり、沈没船中にいるなど死亡の原因となる危難に遭遇した者の生死が、危難の去った後 1 年間不明の場合に、家庭裁判所が行う失踪宣告のこと(30 条 2 項)。条文が存在するので、それを探し当てられれば何か書けるはずであり、総じて良く説明できていた。もちろん、条文通りではなく、戦地、沈没船などの例示の代わりに、普通失踪と異なる点の説明などでもよい。該当条文がある場合にはやはりその指摘は欲しい所である。

(2) 隣地(囲繞地)通行権

特定の土地が周囲の土地に囲まれているために公道に直接接続できない場合や、崖があって土地と道路に著しい高低差があるときに、周囲の土地を通行できる権利をいう。答案では、211 条、212 条、213 条に規定されている内容を加えながら説明するものが多く見られた。他方で、原則的規定である 210 条 1 項の内容が踏まえていないため定義が明瞭に書けていないものがあつた。その他、周囲の土地に囲まれている特定の土地を「囲繞地」とであると誤解している答案も散見された。

また、通行地役権(280 条)について説明する答案もあつた。隣地地役権は 210 条以下の規定により認められる法定の権利であるのに対し、通行地役権は、当事者間の合意(地役権設定契約)によって設定される権利である。

II

〔1〕

動産売買の解除と第三者(545 条 1 項但書)、動産物権変動の対抗要件(178 条)、動産の即時取得(192 条)が交錯する事案において、基礎知識をふまえて各制度の体系的理解を測る問題である。

(問 1)

まず、A は 2026 年 7 月 26 日に B に対して本件契約をなかったことにすると伝えており、解除権の行使(541 条・540 条 1 項)が有効か問題となる。同年 7 月 1 日に、AB 間で甲の売買契約が締結され、B は合意②より、同月 7 日までに 50 万円を A 指定の銀行口座に振り込む代金支払義務を負っていたが、履行期までに支払われなかったため「当事者の一方がその債務を履行しない場合」に該当する。A は同月 13 日に B に対して、同月 24 日までに代金を振り込むよう伝えたことは、「相当の期間を定めてその履行の催告をし」といえる。しかしながら、同月 24 日までに B からの代金振込が確認できなかったため、「その期間内に履行がないとき」に該当する。また、B が甲の代金 50 万円全額を履行期後、相当の期間を経過しても支

払っていないという債務不履行は、「その契約および取引上の社会通念に照らして軽微である」とはいえない。A の催告解除は有効である。

そこで、A は D に対して、解除により本件契約が遡及的に消滅する結果、甲の所有権は A に帰属し、B は無権利者であるから、その譲受人である C、D もまた甲の所有権を取得し得ない。したがって、A は D に対して甲の所有権が自己に帰属することの確認を請求することが考えられる。

これに対して、D の側から、545 条 1 項但書の「第三者」として保護される旨の反論が考えられる。解除の法的性質について、同条項は解除の遡及的無効から第三者を保護する趣旨であるから、「第三者」とは解除前に法律上の利害関係を有するに至った者を意味する（判例）。また、解除された契約が成立した時点において瑕疵が生じていたわけではないため、第三者の主観的態様は問われず、悪意であっても保護される。しかし、解除権者本人は、契約解除原因である債務不履行に陥っていない。このように帰責性がない解除権者を犠牲にしてまで第三者を保護するには、第三者が優越する利益状況に立つことが必要であることから、利益衡量上、第三者には保護要件として対抗要件を具備していることが要求される（判例）。なお、動産物権変動の対抗要件は引渡し（178 条）であるところ、現実の引渡し及び簡易の引渡し（182 条 1 項・2 項）はもちろんのこと、占有改定（183 条）や指図による占有移転（184 条）も該当する。

本件事案において、C は、2026 年 7 月 15 日に B から甲を買い受け、B が甲を C のために自分の元で保管しておくことを了承したことによって、占有改定による引渡しを受けている。D も、同年 7 月 22 日に C から甲を買い受け、C が B に対して同日以降 D のために甲を引き続き保管するよう伝え、そのことを D が承諾したことにより、指図による占有移転を受けている。したがって、C、D とともに A による本件契約解除前に法律上の利害関係に入った「第三者」であり、甲の所有権を取得して対抗要件を具備しているのであるから、545 条 1 項但書の適用により保護される。

以上のことから、A の D に対する請求は認められない。

答案では、A の催告解除の有効性、545 条 1 項但書の「第三者」の意義については全体として良く書けていた。他方で、「第三者」の善意・悪意が不問であること、保護要件として対抗要件を具備している必要があることについて言及されていない答案が散見された。また、（C および）D が 545 条 1 項但書の「第三者」に該当することを指摘しているにもかかわらず、同条項但書について一切言及せず、D の即時取得（192 条）の可否を論じるものが多数あったが、解除権の行使が有効であると認定した場合、反論としては 545 条 1 項但書の「第三者」に該当するという主張が自然であろう。もっとも、第三者の側からは、解除の有無にかかわらず、即時取得（192 条）が成立することを主張しうるので、相応に加点した。「占有を始めた」といえるためには、一般外観上従来の占有状態に変更を生ずることが必要であるところ、占有改定は外部からその認識が困難であるから「占有を始めた」とはいえない（判例）。他方、指図による占有改定も、従来の占有状態の変更が客観的に認識可能であり、指図による占有移転が譲渡に直接利害関係のない第三者の関与によりされている等の事情がない限り「占有を始めた」とはいえない。D は占有改定により甲の引渡しを受けているが、甲は B が現実占有したまま

の状態に留まっているから、一般外形上従来の占有状態に変更を生じたとはいえず、D について即時取得は成立しない。

（問 2）

（問 1）と同様に、2026 年 7 月 26 日の A の B に対する催告解除（541 条・540 条 1 項）は有効であるから、A としては、解除により契約が消滅する結果、甲の所有権は A に帰属し、B は無権利者であるから、その譲受人である C、D もまた甲の所有権を取得し得ないことを理由として、C に対して甲の所有権が自己に帰属することの確認請求を、D に対して所有権に基づく甲の返還請求をそれぞれすることが考えられる。

C、D としては、自身が 545 条 1 項但書により保護されると主張したいところである。しかしながら、先に述べた通り、同条項但書の「第三者」は解除前に法律上の利害関係に入った者をいうため、C は 7 月 30 日に B との間で、D は 8 月 1 日に C との間それぞれ甲の売買契約を締結しており、いずれも解除後に法律上の利害関係に入っているから、C と D は「第三者」であるとはいえない。しかし、解除後の第三者と解除権者は二重譲渡類似の関係にあるから、その優劣は対抗要件具備の先後で決される（判例）。そこで、C、D としては、甲について A に先んじて対抗要件を具備していることから（178 条）、自身の権利取得が認められると反論することが考えられる。

本問事案においては、上記の通り、C は 7 月 30 日に B が甲を C のために自分の元で保管しておくことを了承したことによって、占有改定による引渡しを受け、また、D も、8 月 5 日に C の指示により B から甲の現実の引渡しを受けている。したがって、C、D どちらも A に先んじて対抗要件を具備しており、C、D の反論が認められる。以上のことから、A の C、D に対する請求はいずれも認められない。

他方、C、D とともに甲の即時取得（192 条）が成立するか問題となりうる。C、D はともに「動産」である甲を、「無権利者」である前主から売買契約という「取引行為」に基づいて取得しており、平穩・公然、善意（168 条）、無過失（188 条）の推定を覆す事情もない。では、C、D は甲の「占有を始めた」といえるか。

この点、先に述べた通り占有改定は「占有を始めた」とはいえず、C について即時取得は成立しない。したがって、A の C に対する請求は認められる。

他方、D は 2026 年 8 月 5 日に B から甲の引渡しを受けており、「占有を始めた」といえ、D について即時取得が成立する。したがって、A の D に対する請求は認められない。

答案では、多くの答案が、C、D が解除後の第三者であることから 545 条 1 項が適用できないことを指摘できていた。また、CD 間の法律関係について他人物売買であることの指摘も多数あった。

全体としては、（問 2）の答案の字数が（問 1）と比べて少ないものが多かった。（問 1）、（問 2）ともに配点が同じ（50 点）であることから、（問 2）で字数が少ないと内容的にも不十分な答案となる可能性が高く加点が限られてしまう。試験時間内に、すべての問について必要かつ十分な分量の答案が書けるように、日ごろから起案の練習を重ねていただきたい。

〔2〕

（問 1）

契約上の地位の移転は 539 条の 2 が原則であるが、不動産賃貸借には例外が設けられている。すなわち、605 条の 2 第 2 項により、借家人の意向にかかわらず建物譲渡人に賃貸人たる地位を留保することが可能である。したがって、A の提案は D が承諾すれば実現可能である。

605 条の 2 第 1 項により、借家人 B らが借地借家法 10 条の対抗要件を具備しているので、甲建物の譲渡共に賃貸人の地位は A から D に移転することから論述できていればなおよい。605 条の 3 を根拠条文にする答案が見られたが、本条は、不動産譲渡人間で賃貸人の地位を不動産譲受人に移転する合意がある場合の規定である。なお、賃貸人たる地位は A から D に移転するが、賃料債権を A に譲渡する事案と捉えた答案があったが、（問 1）の中で「A が賃貸人として支払いを受けることを提案」、「B らは賃貸人が建物所有者でないのは不安」とされており、賃貸人たる地位（賃料債権を含む賃貸人としての一切の権利、義務）が A に留保されるものとするのが妥当である。

（問 2）

A が甲を D に売却すれば、借地権も併せて譲渡されるか、87 条 2 項の類推適用により、借地権は甲建物所有権の従たる権利として D に移転すると考えられるから、C の承諾を得ていない場合、借地権の無断譲渡を理由として解除することが考えられる（612 条 2 項）。しかし、612 条 2 項は無断譲渡が行われ、譲受人が使用収益を始めたことを解除が認められる要件としている。本問では C に無断で D と売買の交渉をしている段階であるから、この時点では 612 条 2 項の要件を満たさず、C は A との借地契約を解除できないと考えられる。

無断譲渡解除の問題であることは了解されていたものの、612 条 2 項の要件には触れず、解除が認められる、あるいは、解除は認められるが信頼関係を破壊しない特段の事情が認められる場合は解除が認められない、といった論旨の答案も散見された。612 条 1 項が無承諾の譲渡や転貸を禁じている一方、2 項の解除は使用、収益させたことまでを要件としていることに注意すべきである。

C が任意に承諾しない場合、A は承諾に代わる裁判所の許可を得て乙建物と借地権を D に譲渡することは考えられる（借地借家法 19 条）。付加的に論じられている場合には、加要素とした。

（問 3）

A は C に対して、借地契約の目的を順守して乙土地を使用し、善良なる管理者の注意を以って管理する義務を負っている（616 条、594 条 1 項、400 条）。借地上の A 所有の甲建物に B ら借家人を置くことは、A は C の承諾を得ることなくできる（判例）。しかし、この場合でも、B らは借地の利用について A の履行（利用）補助者的立場にあるから、B らの行為に対して、A は C に対して自己の行為と同様に責任を負うと考えられる。したがって、C は、A に対して、CA

間の借地契約に基づき、乙土地を債務の本旨に従って適切に使用するよう(Bらを乙土地賃借人として管理するよう)請求することができる。

また、Aがこれを履行せず、それがCとの信頼関係を破壊すると認められる場合には、Cは借地契約の解除も可能である(541条、542条)。

Cの乙土地をAが借り、その上にAが甲建物を所有し、甲建物をAがBら10人に貸しているという法律関係、Bらの建物や敷地の利用態様が、Cとの関係ではAの借地契約上の契約義務違反となり得ることを正確に押さえる必要がある。したがって、Cは借地契約に基づいてAには本旨に従った履行の請求ができるのである。その違反の際には契約の解除が可能であるが、借地契約の債務不履行解除であるから、信頼関係破壊の要件を指摘することは必須である。

「CはAにどのような請求が可能か」という設問であったため、Aの損害賠償義務に触れる答案も若干あった。この場合にも、Bらの行為がCとの関係でAの債務不履行(415条1項)となり、Aの免責理由(同項ただし書)には当たらないことを押さえておく必要がある。

以上

商 法

I 本件新株発行は、令和 8 年 7 月 10 日の時点においてはすでに効力を生じているので（209 条 1 号）、もはや新株発行の差止請求（210 条）はできず、新株発行の無効の訴え（828 条 1 項 2 号）によって、本件新株発行の効力を否定することになる。

B は甲社の株主として原告適格を有し、令和 8 年 7 月 10 日の時点で提訴すれば、新株発行の日から 6 ヶ月以内という提訴期間を満たす（828 条 1 項 2 項 2 号）。被告は甲社である（834 条 2 号）。

会社法は、新株発行の無効事由を定めていないため解釈に委ねられるが、重大な手続違反に限られると解されている。もっとも公開会社にあつては、取引安全保護の観点から、法定の手続を欠く有利発行や不公正発行であるというだけでは無効事由とはならず（最判昭 46.7.16【百選 22】、最判平 6.7.14【百選 100】）、差止事由があつたにも関わらず差止めの機会が保障されなかった場合（または差止めの仮処分が無視された場合）に限って無効事由になると考えられている（最判平 9.1.28【百選 24】、最判平 5.12.16【百選 99】）。

本件新株発行においては、甲社株式 1 株あたりの公正な価額が 2000 円であるところ、その半額に過ぎない 1000 円で発行されているため、払込金額が「特に有利な金額」にあたることは疑いない。それにも関わらず、本件新株発行は株主総会特別決議を経ていないので、手続の法令（199 条 2 項 3 項）違反が認められる。もっとも、このことが差止事由（210 条 1 号）に該当するとしても、本件新株発行の募集事項は官報公告により公示されており、差止めの機会がなかったという事情はない。したがって、本件新株発行には無効事由がないため、B の請求は認められない。

II 株主 S は、株主代表訴訟（847 条）を提起して、X と Z の P 社に対する任務懈怠責任（423 条）を追及することができる。なお、設問上、株主代表訴訟は適法に提起されているため、その適法性（原告適格等）について論じる必要はない。

423 条に基づく責任の要件は、①取締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取締役に帰責事由（故意または過失）があること、である。

取締役の任務懈怠とは、取締役がその職務を遂行するにあたり、善管注意義務（330 条、民 644 条）を尽くさなかったことをいい、取締役の任務には、法令を遵守してその職務を行う義務が含まれる（355 条）。取締役が遵守すべき法令には、会社・株主の利益保護を目的とする具体的規定だけでなく、公益の保護を目的とする規定（刑法、独占禁止法など）を含むすべての法令が該当する（最判平成 12.7.7【百選 47】）。

本件において、X は、P 社をして独占禁止法に違反する行為を行わせている。したがって、X には法令違反があり、任務懈怠が認められる。また、X は、本件合意を黙認しており、独占禁止法の規定に違反することを認識していたのであるから、故意もある。

損害額については、会社が支払った課徴金相当額を会社の損害とみることができるかについて議論はあるが、取締役に責任追及ができないとすると違法行為が助長されてしまい、独占禁止法

の趣旨が妨げられることからすると、課徴金相当額を損害と解するのが妥当であろう。X が、本件合意を黙認せず取締役等に報告していれば、本件違法行為は阻止できたのであるから、任務懈怠と課徴金相当額との損害との間に因果関係は認められる。したがって、X は、P 社に対し、2000 万円の損害を賠償する責任を負う。

また、Z は、善管注意義務の一内容として、他の取締役を監視する義務を負うところ、本件合意の存在を知ったのに、取締役会に報告するなどの措置をとっていないことから、監視義務違反が認められ、過失もある。Z が適切に取締役等に報告していれば本件違法行為を阻止でき、P 社は課徴金を支払うことはなかったといえるから、Z は、P 社に対し、2000 万円の損害を賠償する責任を負う。

X と Z の責任は連帯する（430 条）。

以上

刑 法

〔問題Ⅰ〕

1 論 点

本問は、最決平成 29 年 12 月 11 日（刑集 71 卷 10 号 535 頁）をベースとして、だまされたふり作戦が開始された後に、受領行為のみに関与した関与者の罪責を論じさせるものです。平成 29 年決定は表題の問題に対して、「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかににかかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である」として、詐欺未遂罪の共同正犯を認めましたが、その論理が問題となります。

詐欺罪において、事前の共謀なく共犯者の「人を欺く行為」開始後に、途中から関わった行為者に関与以前の行為を含めた詐欺罪の共犯を問うことができるかというのが、1 つ目の問題です。これは、いわゆる承継的共（同正）犯の問題です。承継的共同正犯については、後述のように複数の学説が主張されているところです。

仮に承継的共同正犯が成立し、詐欺罪の途中から参加した関与者に関与以前の行為を含めて詐欺罪の成立を肯定できたとしても、本問ではさらに問題があります。それは、甲が関与した時点で既に V の錯誤は解消されており、それ以降詐欺罪における財物交付が行われる可能性はなかった、つまり X の欺罔により犯行全体の実行の着手はある（従って X に詐欺未遂罪の成立は否定できない）ものの、甲の関与時点では既に既遂に至る危険性はなく、したがって甲の行為は詐欺罪の実現（の可能性）への寄与がなかったため、詐欺罪の実行を「承継」できなかったのではないかという点が問題となります。

以下、順に解説します。

2 承継的共同正犯について

本問では、甲は X が実行に着手した詐欺罪の途中から事前共謀なく関与していることから、承継的共同正犯の成否が問題となります。

承継的共同正犯には複数の学説が主張されているところですが、判例で問題となったものとして、大阪高判昭和 62 年 7 月 10 日（高刑集 40 卷 3 号 720 頁）が挙げられます。大阪高裁は承継的共同正犯について、全面肯定説、全面否定説を批判した後「いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」とする主張を展開します。またその規範を使って、「被告人は、その後 A から、同月 28 日に予定された

B との会見を知らされるに及び、自らも喝取金の分配に与りたいという気持ちになり、同人からの

金員の受領役を買って出、同人が、A らの脅迫により畏怖していることを知りながら、これを積極的に利用して、自らも金員喝取の犯行に共謀加担したものと認められるから、前記説示の当裁判所の見解によっても、被告人につき恐喝の共同正犯（いわゆる承継的共同正犯）が成立する」として恐喝罪につき承継的共同正犯を肯定しました。

いずれの学説を取ることも可能ですが、それぞれの学説のメリットとデメリットを踏まえて学説を選択し、正確な規範を覚えたいうえで、具体的事実をそれぞれの要素にあてはめていくことが必要です。

なお、平成 29 年決定は「本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与している」ことを理由として詐欺未遂罪共同正犯の成立を認めています。これだけでは被告人が関与以前の行為を含めた全体について罪責を問われる理由が詳らかとされているとはいえないでしょう。未遂の場合でも「犯罪の結果について因果関係を持ち」得る可能性が必要ではないかが問われるからです。そこから次の不能犯の問題が浮上します。

3 不能犯について

上述のように本問には不能犯に類似する問題があります。不能犯についても、さまざまな説が主張されているところであり、解答者のよって立つ説に応じて、甲の関与行為の危険性について検討することが求められます。

上述の平成 29 年決定の原審（福岡高判平成 29 年 5 月 31 日刑集 71 卷 10 号 562 頁）は「未遂犯として処罰すべき法益侵害の危険性があつたか否かが問題とされるところ、その判断に際しては、当該行為時点でその場に置かれた一般人が認識し得た事情と、行為者が特に認識していた事情とを基礎とすべきである。この点における危険性の判定は規範的観点から行われるものであるから、一般人が、その認識し得た事情に基づけば結果発生 of 不安感を抱くであろう場合には、法益侵害の危険性があるとして未遂犯の当罰性を肯定して」よい、とします。いわゆる具体的危険説に近い見解です。

このように規範を示したうえで、「本件で『騙されたふり作戦』が行われていることは一般人において認識し得ず、被告人ないし本件共犯者も認識していなかったから、これを法益侵害の危険性の判断に際しての基礎とすることは許されない。被告人が本件荷物を受領した行為を外形的に観察すれば、詐欺の既遂に至る現実的危険性があつたといえることができる。」として、危険性を肯定します。

なお、表題の平成 29 年決定は、この点については明示的な結論を示しておらず、ただ、「だまされたふり作戦の開始いかんにかかわらず」詐欺未遂罪が成立すると判示するのみです。この点については、下級審においてはいわゆる具体的危険説を用いて判断する見解が多くあるものの、最高裁が不能犯においてどのような解釈で事案を解決するかについて定まっておらずその点を明示することを避けたとの評価もあります。しかし、被告人に罪責を負わせるのですから、いかなる根拠に基づいて危険性を肯定したのかについて明示する必要があるようにも思われます。

もちろん答案上は、そのような問題意識を踏まえたうえで、その問題を解決するための具体的な規範を示して解決することが必要です。

4 答案の講評

本問では、平成 29 年決定の理解を前提に、2 つの大きな論点を適切に処理することが求められます。検討に際しては、まず、甲の関与が X の犯行途中からの参加であることを指摘した上で、承継的共同正犯の成立要件を論じます。そして、途中から参加した共犯者が何を「承継」するのかという点を考えたうえで、だまされたふり作戦が開始されていることの刑法上の評価を加えることが自然でしょう。

かつて同じ問題を出題したこともあるからか、以上の問題意識を適切に答案に示している答案が多くみられました。平成 29 年判例は、承継的共同正犯に関する判例であり、法科大学院の授業ではもちろんのこと、学部の刑法総論の時間でも触れないことはないほどの重要なものです。このように誰もが知っている著名な判例については、事案の概要と結論だけではなく、いかなる事実がどのような意味で論点を形成し、それについてどのような規範を示しても問題が計決されたのか、といった視点を持ちながら判例を学習することが必要です。

〔問題Ⅱ〕

1 出題の趣旨

本問は、最判昭和 51・5・6 刑集 30 巻 4 号 591 頁（『刑法判例百選Ⅱ（各論）〔第 8 版〕』91 番判例。以下では、「参考判例」または「本判決」と呼びます。）を現代風に若干アレンジした事例（それゆえ、実際の印鑑証明書発行手続とは異なります。）を素材に、有印公文書偽造罪（刑法 155 条 1 項 1 号。以下では、単に「公文書偽造罪」と呼びます。）の成立要件のうち、とりわけ「偽造」の概念に関する理解を問うものです。

2 問題の解説

（1）問題の所在

本問は【事例 1】と【事例 2】から構成されていますが、両者の違いは、下線を付した部分のみで、その他については、関係者等の名称を除いてすべて同じです。そして、問題文の下線部は、印鑑証明書のフォーマットの印影欄に表示させた印影が、登録印鑑であったのか、無登録の印鑑であったのかという点で異なります。すなわち、【事例 1】では、必要事項が正確に入力された書面をプリントアウトし、町長の公印を押して作成した印鑑証明書は、それ自身「本物」であるのに対し、【事例 2】の書面は、印影という印鑑証明書の最も重要な部分の一つが一名宛人の居住自治体に登録されていない認印のものである点で—「偽物」であることに相違があります。

本問では、公文書偽造罪の成否の判断において、上記の違いがどのような意味を持つのかを、A 町および D 町における印鑑証明書作成発行の手続と関係付けながら検討することが、求められています。

（2）公文書偽造罪の成立要件と当てはめ

公文書偽造罪は、行使の目的で、公務所もしくは公務員の印章もしくは署名を使用して公務所

または公務員の作成すべき文書（公文書）…を偽造し、または偽造した公務所または公務員の印章もしくは署名を使用して公務所または公務員の作成すべき文書（公文書）…偽造したことが構成要件となります。以下、各要件に当てはめていきます（（１）で述べたように、【事例 1】と【事例 2】は下線部を除いて名称等以外に違いはありませんので、以下の（i）～（iv）では、下線部の点以外は、【事例 1】についてのみ、解説を行います）。

（i）行使の目的

行使の目的については、本件印鑑証明書が甲と B 銀行の間でローン契約を締結するにあたり必要な書類であったことを踏まえると、甲は同証明書を B 銀行に提出する目的で作成したと考えられるので、この要件を充足します。

（ii）印章・署名の使用

甲は、プリントアウトした印鑑証明書の書面に A 町の町長公印を押捺していますので、公務員の印章を使用したものとして、この要件を充足します。なお、答案の中には、甲の登録印鑑の印影を「公務員の印章」と勘違いしたものが、少数ながらありました。

（iii）公務所または公務員の作成すべき文書（公文書性）

印鑑証明書（印鑑登録証明書）は、市区町村が作成発行する文書で、個人の場合、そこに表示された印影が、当該自治体の住民が登録した印鑑のもの（いわゆる実印）であることを証明するものです。本問では、印鑑証明書が町長名義で作成発行されていることも踏まえると、公文書といえます。

なお、2025 年の刑法改正で、「電磁的記録文書等」の偽造、変造が文書偽造罪の処罰対象に加われました（公文書偽造罪については、155 条 1 項 2 号）。本問でも、甲は、印鑑証明書のフォーマットを町役場のコンピュータの画面上に表示させたうえで、必要事項を入力し印影を表示させていますので、出来上がった画面上の書面は、これに該当するようにも見えます。しかし、この画面には、肝心の公印が使用されておらず、また、印鑑証明書のデータまたはそれが表示された画面そのものを行使する目的はないので、これはいわば中間生成物とみるべきでしょう。

（iv）偽造

公文書の偽造について、参考判例は、「公文書の作成名義人以外の者が、権限なしに、その名義を用いて公文書を作成すること」と定義しています。これは、作成権限のない者が他人の名義を冒用して文書を作成するという、以前は広く用いられていた定義に対応するもので、文書の作成権限の所在に着目したものです（ここでは、「定義①」と呼びます）。これに対し、近年は、「文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ること」とする定義がよく使われます（ここでは、「定義②」と呼びます）。定義②は、通称名義で取得した外国人登録証明書の偽造の有無が問題となった最判昭和 59・2・17 刑集 38 卷 3 号 336 頁において、先駆的に用いられました（本判決は定義①を示した上で、その本質は定義②にあると述べています）。

本問における印鑑証明書の作成名義は、A 町長ですから、定義①では、同証明書の作成権限が

甲にあるのか、定義②では、同証明書の作成者は甲と町長のいずれといえるのかが問題となります。

（３）補助公務員の作成権限

（い）判例の考え方

上記の問題は、参考判例を契機に「補助公務員の作成権限」というテーマで、公文書偽造罪における基本的な論点として議論されてきました。本判決は、印鑑登録申請の決済手続に関し本問と類似した事例について、以下のように述べています。

「本庁における印鑑証明書の作成は、市民課長の専決事項とされていたのであるから、同人が、作成名義人である A 市長の代決者として、印鑑証明書を作成する一般的な権限を有していたことはいうまでもないが、そのほか被告人を含む市民課員も、市民課長の補助者の立場で、一定の条件のもとにおいて、これを作成する権限を有していたことは、これに対する市民課長の決裁が印鑑証明書の交付された翌日に行われる事後決裁であつたことから、明らかにこれを認めることができる。」（太字強調は引用者）

ここでは、市民課職員の印鑑証明書の作成権限につき、それは市民課長の補助者の立場で、「一定の条件のもとにおいて」有するとされていることが重要です。換言すると、市民課の職員は、印鑑証明書申請の決裁について独自の裁量を有するわけではなく、市民課長のいわば手足として、申請を機械的に処理する権限しか有していないということです。そこにいう「一定の条件」に関連して、本判決は以下のように述べています。

「問題となる五通の印鑑証明は、いずれも内容が正確であつて、通常の申請手続を経由すれば、当然に交付されるものであつたのであるから、被告人がこれを作成したことをもつて、補助者としての作成権限を超えた行為であるということとはできない。確かに、被告人が、申請書を提出せず、手数料の納付もせずに、これを作成取得した点に、手続の違反があるが、申請書の提出は、主として印鑑証明書の内容の正確性を担保するために要求されているものと解されるので、その正確性に問題のない本件においてこれを重視するのは相当でなく、また、手数料の納付も、市の収入を確保するためのものであつて、被告人の作成権限を制約する基本的な条件とみるのは妥当でない。してみれば、被告人は、作成権限に基づいて、本件の五通の印鑑証明書を作成したものであるべきであるから、正規の手続によらないで作成した点において権限の濫用があるとしても、そのことを理由に内部規律違反の責任を問われることはかくべつ、公文書偽造罪をもつて問擬されるべきではないと解するのが相当である。」（下線は引用者）

印鑑証明の発行は、本来、印鑑登録をしている住民が、市役所や町役場などの所定の窓口で、申請書を提出して証明書の発行を求め、手数料を納付して交付を受けるのが正規の手続ですが（現在では、コンビニエンスストアなどでも取得できますが、ここでは度外視します）、本判決は、本件のように証明書の内容の正確性に問題のないケースでは、申請書の提出や手数料の納付は、

印鑑証明書の発行事務に補助者として携わる被告人の作成権限を制約するような基本条件ではないとします。むしろ、ここでは、証明書の内容が正確であることが、条件とされているのです。これによると、被告人には本件印鑑証明書の作成発行の権限が認められるので、正規の手続を経していない点にその濫用があるとしても、自己の権限を逸脱したものではなく、それゆえ、被告人につき公文書偽造罪の成立は認められないとしました。この判示を前提とすると、本問でも、甲に公文書偽造罪の成立は認められないことになるでしょう。

（ii）判例の考え方に対する批判

本判決の考え方に対しては、証明書の内容の正確性を作成権限の条件とするのは、有形偽造と無形偽造を区別し、前者のみを「偽造」と規定する日本刑法の形式主義の建前に反するとの批判があります。内容の正確性は、作成名義人による文書（真正文書）の虚偽作成（内容の真実性の有無）に関わるもので、これを作成権限の有無（不真正文書か否か）の条件とすることは、理論的に誤りであるというのです。この見解に立つ場合、後に（iv）で別解として説明するように、本問では、甲ないしは乙の虚偽作成を検討することになるでしょう。

もっとも、上で述べたように、甲および乙は補助公務員にすぎず、証明書の内容面に関して特段の権限を有しているといえませんが、本問では、印鑑証明書は、町長の名義で、市民課長がこれを代理して作成発行されていますので、これを甲ないしは乙名義の文書の虚偽作成と見るのは、無理があるように思われます。

（iii）定義②による解決

このような批判が出てくるのは、有形偽造の意義につき定義①を前提にして、作成権限の有無を問題にするからです。そこで、内容の正確性が証明書の作成権限の条件となるという、参考判例の判示の意味を、定義②に即して考えてみましょう。

まず、【事例 1】について、証明書の名義人は A 町長（名義は省略されていますが、正確には、市民課長による代理文書）です。作成者は、通説である観念説によると、文書上に意思ないしは観念を表示させた者です（この点、事実説だと、甲が作成者となるので、証明書は偽造文書となります）。印鑑証明書は、書面に表示された印影が当該自治体で登録している名宛人の印鑑のものである（要するに、印影が本物である）ことを表示内容としますので、観念説によると、それは A 町長のものであり、これを市民課長が代理して表示していると考えられます。このことは、印影が本物である限り、文書の内容と直接関わらない手続違反には左右されないでしょう。このようにみると、本判決が内容の正確性を作成権限の条件としたことは、「名義人の観念が文書上に表示されているか」という意味で、偽造の有無と関係するのです。

これに対し、【事例 2】では、乙は、登録印鑑でない認印の印影を証明書上に表示させています。これは、証明書上の印影は本物であるという名義人の観念ではなく、まさに乙自身の観念が文書上に表示されているといえますので、作成者は乙になります。それゆえ、名義人である D 町長との間で人格の同一性が偽られていることから、乙は公文書偽造罪の罪責を負うことになります。

(iv) 虚偽公文書作成罪の成否を論じる別解

(ii) で触れたように、甲ないしは乙に印鑑証明書の作成権限が認められるとするならば、虚偽公文書作成罪（刑法 156 条）の成否を論じることとも考えられます。この場合、【事例 1】の甲については、表示された印影が登録印鑑のものであるという点で、内容が真実である文書を作成していることから、本罪に該当しないことになります。他方、【事例 2】の乙は、印影の点で内容虚偽の文書を作成しており、本罪の罪責を負うといえるでしょう。

この論証をする場合、甲ないしは乙に印鑑証明書の作成権限が認められるかを説得的に論じなければなりません。これについては、甲ないしは乙は申請を機械的に事務処理するだけの補助公務員で、参考判例が述べるように、その権限には、内容が正確である限りで、という条件が付いているわけですから、名義人である A 町長や D 町長に代わって本証明書を作成発行する権限が独自に与えられているとまでは、いえないように思われます。

3 答案の講評

ここまで述べたとおり、本問は参考判例の理解を前提としています。しかし、残念なことに、参考判例に言及したうえで、上述の出題の趣旨に沿った論述ができていた答案はみられませんでした。本問を選択した方は多くありませんでしたが、全体に、観念説に触れないか、その意味を正確に理解しないで、定義②に形式的に当てはめて、【事例 1】で甲に公文書偽造罪の成立を否定し、事例の違いを認識しないまま、【事例 2】でも乙の公文書偽造罪の成立を否定する答案が目につきました。参考判例は『判例百選』にも載っている基本判例ですので、学習しておいてもらいたいところです。

また、慣行上も、甲ないしは乙を含む市民課の職員全員が印鑑証明書の作成発行の権限を有しているという問題文の記述から、両者に作成権限を認め、虚偽公文書作成の成否を論じる答案も散見されました。上記 2 (3) (iv) で述べたように、この論証では、甲ないしは乙に印鑑証明書の作成権限があることを説得的に論じる必要があるところ、そこまでできていた答案は、あまりみられませんでした。

なお、細かな点では、印章を「印象」とする誤記が目につきました。また、解答内容に関係するものとして、2 (2) (ii) で触れましたが、印鑑証明書の印影を公務員の「印章」だと誤解した答案がありました。

4 最後に

本問では、補助公務員の作成権限という公文書偽造罪の論点について出題しました。偽造の罪は、放火の罪と並んで、社会法益に対する罪の中でもよく出題される分野です。苦手にしておられる方が多いように見受けられますので、早いうちから学習しておくことをお勧めします。

以上