

夏の短答対策セミナー④

合格する勉強のやり方を身につけよう

---

## 基礎知識の主観と客観のズレを矯正する

---

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

# 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 目次

■ 講師からのメッセージ	1
■ 講師からのアドバイス	2
【憲法】	
■ 短答合格 F I L E 【憲法】（一部抜粋）	3
■ 平成27年短答式試験憲法第1問の問題・解説	12
■ 短答合格 F I L E 【憲法】（一部抜粋）	14
■ 平成27年短答式試験憲法第17問の問題・解説	20
【民法】	
■ 短答合格 F I L E 【民法】（一部抜粋）	22
■ 平成27年短答式試験民法第7問の問題・解説	30
■ 短答合格 F I L E 【民法】（一部抜粋）	33
■ 平成27年短答式試験民法第24問の問題・解説	37
【刑法】	
■ 短答合格 F I L E 【刑法】（一部抜粋）	39
■ 平成27年短答式試験刑法第7問の問題・解説	46
■ 短答合格 F I L E 【刑法】（一部抜粋）	49
■ 平成27年短答式試験刑法第8問の問題・解説	55

---

■ 講師からのメッセージ

---

このたびは、当セミナーを受講いただき、ありがとうございます。

- ・複数回受験をしてみたけれど、短答式試験が合格できない方
  - ・本試験過去問は一通りつぶした。過去問の答えはすらすら出てくる。  
でも、本試験会場では合格点に届かない方
- ⇒どうやって、勉強したらいいのかわからなくてお困りではありませんか？

今日、このセミナーを聴いていただくことで、

- ・短答に合格するためには何が必要なのか
- ・不合格の原因を発見する
- ・その原因は、どのように勉強したら解決するのか

道筋が見えてくることと思います。

## ■ 講師からのアドバイス

---

### 1 現状認識の必要性

- (1) 三科目化による影響を直視せよ！
- (2) 秋までのプランニングは明確か？
- (3) 択一不合格者にみられる通有性

### 2 目標は？

- (1) 最終目標
- (2) 短期目標

### 3 択一完璧学習法とは

- (1) 視点の確立→迷いなき方法論の確立
- (2) 短期集中の徹底したインプット（網羅性とメリハリ）
- (3) アウトプットとは車の両輪（「出され方」に注目しているか？）

### 4 待ったなしの戦いに向けて～目的意識なき勉強は排除せよ！

## ■ 短答合格 F I L E 【憲法】（一部抜粋）

### 公務員の人権

#### 1 ☆ （論点）公務員の人権の制約根拠

A説 特別権力関係論

B説 職務の性質説（専らその担当する職務の性質によって決まる）

C説 全体の奉仕者説（初期の最高裁判例・最大判昭33.3.12）

〔批判〕 制約根拠として抽象的であり、不十分である。

D説 芦部説

憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性とを憲法秩序の構成要素として認めていることに求める。

#### 2 政治活動の制限

##### (1) 制約の合憲性

公務員の政治活動の自由は、国家公務員法102条・人事院規則14-7、地方公務員法36条によって広範かつ一律に厳しく制限されているが、かような制限が許されるであろうか。政治活動の自由は、精神的自由権の1つたる政治的表現の自由として重要な権利であるから、その制限も必要最小限度のものでなければならない。そこで、制約の合憲性をいかなる審査基準で判断すべきかが問題となる。

A説 LRA説（より制限的でない他の選び得る手段の基準を用いる）→現行規定は違憲

B説 合理的関連性の基準説（最大判昭49.11.6、百選I13事件）

①禁止の目的、②目的と禁止される政治的行為との関連性、③禁止によって得られる利益と失われる利益との均衡の3点から検討する。→現行規定は合憲

##### (2) 猿払事件上告審判決（最大判昭49.11.6、百選I13事件）の要点

国家公務員（郵政事務官）が総選挙において社会党の選挙ポスターを掲示・配布したことが、国家公務員法102条1項、人事院規則14-7に違反するとして起訴された事件。

最高裁は、①行政の中立性が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならず、したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまる限り、本条に反しない（制限の根拠として「行政の中立的運営」と「これに対する国民の信頼」）。②国家公務員法102条1項及び人事院規則14-7による公務員の政治的行為の禁止については、その禁止の目的は正当であり、禁止の目的と禁止される行為との間には合理的な関連性があり、かつ、禁止により得られる利益と失われる利益との均衡の点では、禁止により得られる国民全体の共同利益の重要性に比べ、失われる利益は、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎず、両者は均衡を失するものではないので、それは本条に反しない（判定基準として「合理的関連性の基準」）。

#### ◎ ブラカード事件（最判昭55.12.23、百選I A 2事件）

##### 〔事案〕

1966年5月1日のメーデー集会とデモ行進に参加した配達を職務とする現業の国家公務員Xは、「アメリカのベトナム侵略に加担する佐藤内閣打破」と記載された横断幕を掲げて行進した。この行為が国家公務員法102条1項に違反するとして、戒告の懲戒処分をされた。Xは、これを不服として処分の取消しを求めて提訴した。

**【判旨】**

「法102条1項、規則5項4号、6項13号の規定の違背を理由として法82条の規定により懲戒処分を行うことが憲法21条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和…49年11月6日大法廷判決…）の趣旨に徴して明らかであるから、原判決は憲法21条の解釈適用を誤つたものというべきである。そして、右違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、論旨は理由があり、原判決は、その余の点につき判断するまでもなく、破棄を免れない。」

◎ 寺西判事補戒告事件（最大決平10.12.1、百選Ⅱ183事件）

**【事案】**

仙台地裁・家裁判事補だったXは、1998年4月に組織的犯罪対策法の制定に反対する団体から、集会にパネリストとして出席することを要請され、承諾した。これを知った仙台地裁所長は、Xに対して、集会に参加することは「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法52条1号にあたり懲戒処分もあり得ると警告した。そのため、Xはパネリストとして発言することを辞退したが、集会自体には出席し、身分を明かしたうえで、「当初、パネリストとして出席予定だったが、所長から警告を受けた。自分としては仮に法案に反対の立場で発言しても、裁判所法に定める積極的な政治運動にあたるとは考えないが、パネリストとしての発言は辞退する」とする趣旨の発言をした。この発言が問題となり、仙台高等裁判所にXの分限裁判が申し立てられ戒告処分がなされた。これを不服としてXが上告した。

**【決定要旨】**

「裁判所法52条1号が裁判官に対し『積極的に政治運動をすること』を禁止しているのは、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにその目的があるものと解される。

なお、国家公務員法102条及びこれを受けた人事院規則14-7は、行政府に属する一般職の国家公務員の政治的行為を一定の範囲で禁止している。これは、行政分野における公務が、憲法の定める統治組織の構造に照らし、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行を期し、専ら国民全体に対する奉仕を旨とし、政治的偏向を排して運営されなければならない、そのためには、個々の公務員が政治的に、一党一派に偏することなく、厳に中立の立場を堅持して、その職務の遂行に当たることが必要となることを考慮したことによるものと解される…。これに対し、裁判所法52条1号が裁判官の積極的な政治運動を禁止しているのは、右に述べたとおり、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにその目的があると解されるのであり、右目的の重要性及び裁判官は単独で又は合議体の一員として司法権を行使する主体であることにかんがみれば、裁判官に対する政治運動禁止の要請は、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強いものというべきである。」

「これらのことを考えると、裁判所法52条1号の『積極的に政治運動をすること』の意味は、国家公務員法の『政治的行為』の意味に近いと解されるが、これと必ずしも同一ではないというのが相当である。

以上のような見地に立って考えると、『積極的に政治運動をすること』とは、組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるものが、これに該当すると解され、具体的行為の該当性を判断するに当たっては、その行為の内容、その行為の行われるに至った経緯、行われた場所等の客観的な事情のほか、その行為をした裁判官の意図等の主観的な事情をも総合的に考慮して決するのが相当である。」

「憲法21条1項の表現の自由は基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、その保障は裁判官にも及び、裁判官も一般市民として右自由を有することは当然である。しかし、右自由も、もとより絶対的なものではなく、憲法上の他の要請により制約を受けることがあるのであって、…憲法上の特別な地位である裁判官の職にある言動については、おのずから一定の制約を免れないというべきである。」

「裁判官に対し『積極的に政治運動をすること』を禁止することは、必然的に裁判官の表現の自由を一定範囲で制約することにはなるが、右制約が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない、右の禁止の目的が正当であって、その目的と禁止との間に合理的関連性があり、禁止により得られる利益と失われる利益

との均衡を失するものでないなら、憲法21条1項に違反しないというべきである。そして、右の禁止の目的は、前記のとおり、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにあり、この立法目的は、もとより正当である。

また、裁判官が積極的に政治運動をすることは前記のように裁判官の独立及び中立・公正を害し、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれが大きいから、積極的に政治運動をすることを禁止することと右の禁止目的との間に合理的な関連性があることは明らかである。さらに、裁判官が積極的に政治運動をすることを、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎず、かつ、積極的に政治運動をすること以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではない。他面、禁止により得られる利益は、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するなどというものであるから、得られる利益は失われる利益に比して更に重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。そして、『積極的に政治運動をすること』という文言が文面上不明確であるともいえないことは、…明らかである。したがって、裁判官が『積極的政治運動をすること』を禁止することは、もとより憲法21条1項に違反するものではない。』

#### ◎ 最判平24.12.7（堀越事件、百選I14事件）

「本法〔注：国家公務員法〕102条1項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当であり、このような「本法の委任の趣旨及び本規則〔注：人事院規則14-7（政治的行為）〕の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則6項7号、13号（5項3号）については、それぞれが定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを当該各号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。」

「そして…公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。」

「本件罰則規定が憲法21条1項、31条に違反するか…の点については、本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである…そこで、まず、本件罰則規定の目的は…公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することにあるところ、これは、議会制民主主義に基づく統治機構の仕組みを定める憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益というべきであり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為を禁止することは、国民全体の上記利益の保護のためであって、その規制の目的は合理的であり正当なものといえる。他方、本件罰則規定により禁止されるのは、民主主義社会において重要な意義を有する表現の自由としての政治活動の自由ではあるものの…禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。そして、上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。なお、このような禁止行為に対しては、服務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科すことをも制度として予定されているが、これは、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容、態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合も想定されるためであり、あり得べき対応というべきであって、刑罰を含む規制であることをもって直ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものではない。以上の諸点に鑑みれば、本件罰則規定は憲法21条1項、31条に違反するものではない。」

「本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである。」

◎ 最判平24.12.7（宇治橋事件）

「本件配布行為が本件罰則規定の構成要件に該当するかを検討するに…被告人は、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐であり、庶務係、企画指導係及び技術開発係担当として部下である各係職員を直接指揮するとともに、同課に存する8名の課長補佐の筆頭課長補佐（総括課長補佐）として他の課長補佐等からの業務の相談に対応するなど課内の総合調整等を行う立場にあり、国家公務員法108条の2第3項ただし書所定の管理職員等に当たり、一般の職員と同一の職員団体の構成員となることのない職員であったものであって、指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるものといえることができる。

そうすると、本件配布行為が、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、それ自体は公務員としての地位を利用することなく行われたものであること、公務員により組織される団体の活動としての性格を有しないこと、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様ではなかったことなどの事情を考慮しても、本件配布行為には、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当するというべきである。」

### 3 労働基本権の制限

- (1) 公務員も本条（28条）にいう「勤労者」にあたる（和歌山市教組事件，最大判昭40.7.14）。
- (2) 現行法上の労働基本権の内容

（図表）現行法上の労働基本権の保障の有無

	警察・消防職員・自衛隊員・ 刑事施設に勤務する職員	非現業公務員	現業公務員
団 結 権	×	○	○
団体交渉権	×	△ 制限	○
団体行動権	×	×	×

- (3) 合憲性判定基準

労働基本権の行使は、社会的な影響が大きいため、それだけ制限に服する可能性も強い。しかし、労働基本権が労働者の生存に関わる権利として保障されていることから、ある程度厳格な審査を要する。よって、学説上は精神的自由権に準じて、緩和されたLRRAの基準が適用されるのが妥当と解されている。

(図表) 公務員の労働基本権に関する判例の流れ

判例	結論
政令201号事件 (最大判昭28.4.8)	公務員の労働基本権の一律禁止を合憲にした。
全通東京中郵事件判決 (最大判昭41.10.26)	公務員の労働基本権の制約について、それが合憲とされるために考慮しなければならない4条件を挙げ、公労法17条1項を合憲にした。
都教組事件判決 (最大判昭44.4.2) 全司法仙台事件判決 (最大判昭44.4.2)	地方公務員における争議行為等の禁止規定について、合憲とするには合憲限定解釈の手法によることが必要として、処罰の対象となる行為は争議行為、あおり行為とも違法性の強いものに限られるといういわゆる「二重のしぼり」の限定を加えて被告人を無罪にした。
全農林警職法事件判決 (最大判昭48.4.25)	合憲限定解釈をやめて、労働基本権の一律禁止を合憲にした。
岩手教組学テ判決 (最大判昭51.5.21)	地公法における都教組事件判決を覆し、合憲限定解釈を否定し、労働基本権の一律禁止を合憲にした。
全通名古屋中郵判決 (最大判昭52.5.4)	公労法17条における全通東京中郵事件判決を覆し、労働基本権の一律禁止を合憲にした。

◎ 全通東京中郵事件 (最大判昭41.10.26、百選Ⅱ144事件)

【事案】

全通信労組の役員であった被告人は、春闘の一環として、1958年3月、東京中央郵便局の従業員を勤務時間中に数時間にわたって組合の大会に参加させた。被告人は郵便物不取扱罪(郵便法79条1項)で起訴された。

【判旨】

「労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業体の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法28条にいう勤労者にほかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきものと解される。『公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない』とする憲法15条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない。ただ、公務員またはこれに準ずる者については、その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまると解すべきである。」

「勤労者の団結権・団体交渉権・争議権等の労働基本権は、すべての勤労者に通じ、その生存権保障の理念に基づいて憲法28条の保障するところであるが、これらの権利であつて、もとより、何らの制約も許されない絶対的なものではないのであつて、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない。しかし、具体的にどのような制約が合憲とされるかについては、諸般の条件、ことに左の諸点を考慮に入れ、慎重に決定する必要がある。(1)労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して…決定すべきであるが、労働基本権が勤労者の生存権に直結し、それを保障するための重要な手段である点を考慮すれば、その制限は、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない。(2)労働基本権の制限は、勤労者の提供する職務または業務の性質が公共性の強いものであり、したがつてその職務または業務の停廃が国民生活全体の利益を害し、国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるものについて、これを避けるために必要やむを得ない場合について考慮されるべきである。(3)労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。…(4)職務または業務の性質上からして、労働基本権を制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置が講ぜられなければならない。」

◎ 東京都教組事件（最大判昭44. 4. 2, 百選Ⅱ145・199事件）

【事案】

東京都教組の役員であった被告人は1958年3月、教員に対する勤務評定導入に反対するため、組合員に一斉に有給休暇の請求をさせて組合の集会に参加させた。被告人らは、地方公務員法で禁止される同盟罷業をあおったとして地方公務員法61条4号に違反するとして起訴された。なお、本判決は、全通東京中郵事件判決による保障を地方公務員にまで広げ、全司法仙台事件判決で非現業公務員にまで拡大された。

【判旨】

① 公務員に対する労働基本権制限の合憲性

「公務員の職務の性質・内容は、きわめて多種多様であり、公務員の職務に固有の、公共性のきわめて強いものから、私企業のそれとほとんど変わるところがない、公共性の比較的弱いものに至るまで、きわめて多岐にわたっている」ことから、その「公共性を理由として、これを一律に規制しようとする態度には、問題がないわけではない。」ただ、公務員の労働基本権も、その職務の公共性による内在的制約には服する。そして、公務員の労働基本権に対して具体的にどのような制約が許されるかについては、全通中郵事件判決において説示した要素を考慮して慎重に決すべきである。

地公法37条および61条4号の合憲性については、全通中郵事件判決「の基準に照らし、ことに、労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように十分な配慮がなされなければならない、とくに、勤労者の争議行為に対して刑事制裁を科することは、必要やむをえない場合に限られるべきである。」「法律の規定は、可能なかぎり、憲法にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであつて、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができない。…一見、一切の争議行為を禁止し、一切のあおり行為等を処罰の対象としているように見える地公法の前示各規定も、右〔注：労働基本権を保障している憲法の趣旨に調和する〕ような合理的な解釈によつて、規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみをみて、直ちにこれを違憲無効の規定であるとする」ことはできない。

「つぎに、…地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによつて保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによつて実現しようとする法益との比較衡量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である。そして、その結果は、地方公務員の行為が地公法37条1項に禁止する争議行為に該当し、しかも、その違法性の強い場合も勿論あるであろうが、争議行為の態様からいつて、違法性の比較的弱い場合もあり、また、実質的には、右条項にいう争議行為に該当しないと判断すべき場合もあるであろう。また、地方公務員の行為が地公法37条1項の禁止する争議行為に該当する違法な行為と解される場合であつても、それが直ちに刑事罰をもつてのぞむ違法性につながるものでないことは、同法61条4号が地方公務員の争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、もつばら争議行為のあおり行為等、特定の行為のみを処罰の対象としていることからいつて、きわめて明瞭である。…したがつて、地方公務員のする争議行為について…争議行為をしたことそのことを理由として刑事制裁を科することは、同法の認めないところといわなければならない。」

② 二重のしぼり

「争議行為そのものに種々の態様があり、その違法性が認められる場合にも、その強弱に程度の差があるように、あおり行為等にもさまざまな態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまのものがあろう。それにもかかわらず、これらのニュアンスを一切否定して一律にあおり行為等を刑事罰をもつてのぞむ違法性があるものと断定することは許されないというべきである。ことに、争議行為そのものを処罰の対象とすることなく、あおり行為等にかぎつて処罰すべきものとしている地公法61条4号の趣旨からいつても、争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない。それは、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるといふことができるとしても、争議行為の一環としての行為にほかならず、これらのあおり行為等をすべて安易に処罰すべきものとするれば、争議行為者不処罰の建前をとる前示地公法の原則に矛盾することにならざるをえないからである。したがつて、職員団体の構成員たる職員をした行為が、たとえ、あおり行為的な要素をあわせもつとしても、それは、原則として、刑事罰をもつてのぞむ違法性を有するものとはいへな

いというべきである。」

◎ 全農林警職法事件（最大判昭48. 4. 25, 百選Ⅱ146事件）《新司19－11》

【事案】

全農林労組の幹部だった被告人らは1958年10月から11月にかけて、11月5日の午前中に開催予定の警察官職務執行法の改正に反対するための職場集会に参加させようと、組合員に対して、同日は正午に出勤するよう働きかけた。被告人らの行為は違法な争議のあおり行為にあたるとして、（改正前）国公法98条5項に反するとして起訴された。

【判旨】

「28条の労働基本権の保障は公務員に対しても及ぶ…。ただ、この労働基本権は、右のように、勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであつて、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れない。「公務員は、私企業の労働者と異なり、国民の信託に基づいて国政を担当する政府により任命されるものであるが、憲法15条の示すとおり、実質的には、その使用者は国民全体であり、公務員の労務提供義務は国民全体に対して負うものである。…公務員の地位の特殊性と職務の公共性にかんがみるときは、これを根拠として公務員の労働基本権に対し必要やむをえない限度の制限を加えることは、十分合理的な理由があるというべきである。けだし、公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運営のためには、…必要不可欠であつて、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職務の公共性と相容れないばかりでなく、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、その停廃は勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがあるからである。」

「次に公務員の勤務条件の決定については…公務員の場合…原則として、国民の代表者により構成される国会の制定した法律、予算によって定められることとなつていのである。その場合、使用者としての政府にいかなる範囲の決定権を委任するかは、まさに国会みずから立法をもつて定めるべき労働政策の問題である。したがつて、これら公務員の勤務条件の決定に関し、政府が国会から適法な委任を受けていない事項について、公務員が政府に対し争議行為を行なうことは、的はずれであつて正常なものとはいいがたく、もしこのような制度上の制約にもかかわらず公務員による争議行為が行なわれるならば、使用者としての政府によつては解決できない立法問題に逢着せざるをえないこととなり、ひいては民主的に行なわれるべき公務員の勤務条件決定の手續過程を歪曲することとなつて、憲法の基本原則である議会制民主主義（憲法41条、83条等参照）に背馳し、国会の議決権を侵す虞れすらなしとしないのである。

さらに、…一般の私企業においては、その提供する製品または役務に対する需給につき、市場からの圧力を受けざるをえない関係上、争議行為に対しても、いわゆる市場の抑制力が働くことを必然とするのに反し、公務員の場合には、そのような市場の機能が作用する余地がない。

人事院制度等「のように、公務員は、労働基本権に対する制限の代償として、制度上整備された生存権擁護のための関連措置による保障を受けていのである。」

「以上に説明したとおり、…国公法98条5項がかかると公務員の争議行為およびそのあおり行為等を禁止するのは、勤労者をも含めた国民全体の共同利益の見地からするやむをえない制約というべきであつて、憲法28条に違反するものではないといわなければならない。」

「不明確な限定解釈は、かえつて犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存するものといわなければならない。」

→全農林判決は全司法仙台事件判決（最大判昭44. 4. 2）を変更する旨述べ、この全農林判決の規範は、岩手教組事件（最大判昭51. 5. 21, 百選Ⅱ148事件）で地方公務員に対して、また、全通名古屋中郵事件（最大判昭52. 5. 4, 百選Ⅱ147事件）で国営企業職員にまで拡大され現在まで維持されている。

《過去問チェック》

- 国家公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、強い政治性を有する意見表明そのものを制約する規制であるが、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼の確保という国民全体の共同利益のためであれば、特定の内容の表現を禁止することも許される。(新司20-2)
  - ☞誤り。最大判昭49.11.6。判例は、「意見表明そのものの制約をねらいとしたものではなく、行動のもたらす弊害の防止をねらいとしたものであ」としている。
- 国家公務員法第102条第1項は国家公務員に禁止される政治的行為の具体的定めを広く人事院規則に委任しているが、一般に公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁じることは許されるのであり、同条同項はそのような行動類型の定めを委任するものであって、委任の限界を超えることにはならない。(新司20-2)
  - ☞正しい。最大判昭49.11.6。
- 国家公務員の具体的な政治的行為を処罰することの合憲性判断に当たっては、当該公務員の職務内容や問題となる行為の内容などを総合的に考慮すべきである。例えば機械的労務の提供を職務とする者の政治的行為により公務員の政治的中立性が害されるおそれは小さいが、他方、行われた行為が選挙に際しての特定政党への支援活動という政治的偏向の強いものであれば、結局処罰は合憲と判断される。(新司20-2)
  - ☞誤り。最大判昭49.11.6。判例は、「当該公務員の管理職・非管理職の別、現業・非現業の別、裁量権の範囲の広狭などは、公務員の政治的中立性を維持することにより行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保しようとする法の目的を阻害する点に、差異をもたらすものではない。」としている。
- 一切の公務員の団体交渉権及び争議権を否認する昭和23年政令第201号の合憲性が争われた弘前機関区事件判決（最高裁判所昭和28年4月8日大法廷判決）において、最高裁判所は、憲法第13条の「公共の福祉」論と憲法第15条第2項の「全体の奉仕者」論を根拠にして、公務員の労働基本権の一律禁止を合憲とした。(新司19-11)
  - ☞正しい。最大判昭28.4.8。
- 公共企業体等労働関係法における争議権規制の合憲性が争われた全通東京中郵事件判決（最高裁判所昭和41年10月26日大法廷判決）において、最高裁判所は、公務員の労働基本権を原則として保障し、比較衡量論に基づき、その制限が著しく合理性を欠き、立法府の裁量を明らかに逸脱しているか否かにより合憲性を判断するアプローチを採用した。(新司19-11)
  - ☞誤り。最大判昭41.10.26。公務員の労働基本権の制限について本判例は、その制限は、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して」「合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければなら」ないとしている。
- 地方公務員法の規制をめぐる東京都教組事件判決（最高裁判所昭和44年4月2日大法廷判決）と国家公務員法の規制をめぐる全司法仙台事件判決（最高裁判所昭和44年4月2日大法廷判決）において、最高裁判所は、全通東京中郵事件判決を継承しつつ、さらに、争議行為をあおる等の行為に対する刑事罰について、合憲限定解釈を行った。(新司19-11)
  - ☞正しい。最大判昭44.4.2。
- 最高裁判所の判例の趣旨によれば、公務員の労働基本権の制限については、制度上整備された代償措置が講じられていることがその合憲性の根拠とされているから、人事院勧告実施の凍結に抗議して行われた争議行為は適法である。(新司23-10)
  - ☞誤り。最判平12.3.17。判例は、本件「事実関係の下においては、本件ストライキの当時、国家公務員の労働基本権の制約に対する代償措置がその本来の機能を果たしていなかったということができない」としている。この判例に対しては、本件で問題となった昭和57年度の人事院勧告の凍結は、財政非常事態に伴う異例の措置としてなされたものであるところ、本判決は、少なくとも、そのような状況下における人事院勧告の単年度の凍結をもっては、直ちに、代償措置がその本来の機能を果たしていないとはいえないことを明らかにしたものであるという評価がされている。
- 国家公務員は、憲法において「全体の奉仕者」とされていることや、実質的にはその使用者が国民全体であることなどから、その人権についても、一定の制約に服することがあると解されている。(予備25-1)
  - ☞正しい。最大判昭28.4.8、最大判昭48.4.25。
- 国家公務員の労働関係は、国民の代表者により構成される国会の制定した法律、予算によって定められることなどから、争議行為を企てる行為や、これをおおる行為に対して刑罰を科すことは違憲ではないと解されている。(予備25-1)

- ☑正しい。最大判昭48.4.25。
- 国家公務員と異なり、地方公務員は、憲法の明文で「全体の奉仕者」とされていないことや、人事院制度に対応する代償措置も置かれていないことから、争議行為を企てる行為や、これをあおる行為に対して刑罰を科することは許されないと解されている。(予備25-1)
- ☑誤り。最大判昭51.5.21。判例は、「地公法61条4号の罰則の合憲性についてみるのに、ここでも、国公法110条1項17号の罰則の合憲性について前記大法廷判決〔注：昭和48年4月25日大法廷判決〕が述べているところが、そのまま妥当する」としている。
- 公務員の争議権に関する次のアからウまでの各記述について、いわゆる全農林警職法事件判決(最高裁判所昭和48年4月25日大法廷判決、刑集27巻4号547頁)以降の最高裁判所の判例の趣旨に照らして、それぞれ正しい場合には1を、誤っている場合には2を選びなさい。
- ア. 国家公務員は、その地位の特殊性や職務の公共性に加え、勤労条件が法律・予算により定められており、人事院をはじめとする代償措置が講じられていることなどからすれば、その争議行為を全面的に禁止することは、やむを得ない制約である。
- イ. 人事院勧告の実施が凍結され、労働基本権の制約の代償措置がその本来の機能を果たさず実際上画餅に等しいとみられる事態が生じた場合には、国家公務員がその正常な運用を要求して相当な手段態様で争議行為を行うことは、憲法上保障される。
- ウ. 非権力的な労務に従事する現業の国家公務員は憲法第28条の勤労者にほかならず、労働基本権の保障を受けるから、全体の奉仕者であることを理由として、非現業の国家公務員と同様に争議行為を全面的に禁止することは、合理的な理由を欠く。(予備26-7)
- ☑ア正しい。最大判昭48.4.25。
- イ誤り。最大判昭48.4.25、最判平12.3.17。判例は、代償措置がその本来の機能を果たさなかった場合の効果については判示していない。なお、本文のように述べているのは全農林警職法事件判決における岸・天野追加補足意見である。
- ウ誤り。最大判昭52.5.4。判例は、非現業公務員に対する刑罰による争議行為の一律禁止を合憲と判断した最大判昭48.4.25の趣旨に従って、国営企業職員の争議行為の全面禁止を合憲としている。
- 国家公務員法第102条第1項にいう「政治的行為」の意義について判断した最高裁判所の二つの判決(最高裁判所平成24年12月7日第二小法廷判決、刑集66巻12号1337頁及び同1722頁)に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。
- ア. 「政治的行為」とは、公務員の政治的な行為一般ではなく、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指す。
- イ. 管理職的地位にある公務員が政党機関紙の配布といった殊更に一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出た場合には、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねず、「政治的行為」に該当する。
- ウ. 公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが認められるか否かは、諸般の事情を総合して判断する必要があるが、公務員の政治的な行為が勤務外で行われた場合には、そのおそれは存在しないと考えられる。(新司27-1、予備27-1)
- ☑ア正しい。最判平24.12.7、堀越事件判決、百選I14事件、宇治橋事件判決、重判平25憲法8事件共通)。
- イ正しい。最判平24.12.7(宇治橋事件判決)。
- ウ誤り。最判平24.12.7(宇治橋事件判決)。判例は、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」としている。更に、判例は、上記判断の際の具体的考慮要素の1つとして、「当該行為につき、勤務時間の内外」を挙げた上で、休日に職場外でされた公務員による政党機関紙の配布行為につき、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるとしている。

---

■ 平成27年短答式試験【憲法】の問題・解説

---

憲法〔平成27年第1問〕（配点：2）

国家公務員法第102条第1項にいう「政治的行為」の意義について判断した最高裁判所の二つの判決（最高裁判所平成24年12月7日第二小法廷判決，刑集66巻12号1337頁及び同1722頁）に関する次のアからウまでの各記述について，正しいものには○，誤っているものには×を付した場合の組合せを，後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は，【No.1】）

ア．「政治的行為」とは，公務員の政治的な行為一般ではなく，公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが，観念的なものにとどまらず，現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指す。

イ．管理職的地位にある公務員が政党機関紙の配布といった殊更に一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出た場合には，その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねず，「政治的行為」に該当する。

ウ．公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが認められるか否かは，諸般の事情を総合して判断する必要があるが，公務員の政治的な行為が勤務外で行われた場合には，そのおそれは存在しないと考えられる。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |

憲法 第1問	公務員の政治的行為	H27司法試験
--------	-----------	---------

正解 2

ア正しい。最判平24. 12. 7（堀越事件判決，百選I14事件，宇治橋事件判決，重判平25憲法8事件）。判例は，国家公務員法102条1「項にいう『政治的行為』とは，公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが，観念的なものにとどまらず，現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指す」としている。

その理由として，判例は，「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し，これに対する国民の信頼を維持すること」という国家公務員法「102条1項の文言，趣旨，目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え，同項の規定が刑法法規の構成要件となる」ということを挙げている。

したがって，本記述は正しい。

イ正しい。最判平24. 12. 7（宇治橋事件判決，重判平25憲法8事件）。判例は，「国家公務員法108条の2第3項ただし書所定の管理職員等に当たる公務員が，「政党機関紙の配布という」「殊更に…一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出」た場合は，「その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかね」ず，「これらによって，当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずる」とした上で，「本件配布行為には，公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ，本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当する」としている。すなわち，判例は，本記述のような行動が，「政治的行為」に該当するとしている。

したがって，本記述は正しい。

ウ誤り。最判平24. 12. 7（宇治橋事件判決，重判平25憲法8事件）。判例は，「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは，当該公務員の地位，その職務の内容や権限等，当該公務員がした行為の性質，態様，目的，内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」としている。

よって，本記述の前段は正しい。

更に，判例は，上記判断の際の具体的考慮要素の1つとして，配布「行為につき，勤務時間の内外」を挙げた上で，「勤務時間外である休日」に職場外でされた公務員による政党機関紙の配布行為につき，「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められ」としている。

よって，本記述の後段は誤っている。

したがって，本記述は誤っている。

以上により，正しい組合せは「ア○ イ○ ウ×」であり，したがって，正解は肢2となる。

以上全体につき，芦部（憲法）P.283，有斐閣憲法I P.237～242。

## ■ 短答合格FILE【憲法】（一部抜粋）

### 第5章 内閣

#### 第65条〔行政権〕

行政権は、内閣に属する。

#### 【明治憲法】

- 一 行政権の主体は天皇であり、「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」（55条1項）るものとされ、内閣は、憲法上はもとより、法律上の機関でもなかった。ただ実際には、国務大臣は、その全体で内閣という合議体を組織し、この合議体としての内閣が、天皇の行政権を輔弼した。
- 二 これに対して、日本国憲法は、第5章「内閣」において、①内閣に行政権の主体としての地位を認め、②内閣総理大臣に首長としての地位と権能を与え（明治憲法では「同輩中の首席」たる地位を有するにすぎなかった）、③国会と政府との関係について議院内閣制を定めている。

#### 【意義・趣旨】

- 一 この規定は、実質的意味の行政権は内閣に属するとの趣旨を明らかにするとともに、41条及び76条1項とあいまって、日本国憲法が権力分立主義を原則とする旨を示すものである。
- 二 国家作用のうちで、最も大きな組織・人員を要して国民生活に密着した多様な活動を行うのは、行政作用である。特に現代の社会国家ないし福祉国家においては、国民生活の全般について積極的に配慮する行政活動が要請されている。その行政活動全体を統括する地位にあるのが、内閣である。

#### 【行政権の概念】

- 一 形式的意味の行政権＝形式的に行政部に属せしめられている作用をいう。  
※ 65条を、権力分立にかかわる権限分配規定と解する限り、ここでの行政権は実質的意味に解さなければならない。

#### 二 ☆（論点）実質的意味の行政権

##### A説 控除説（通説）

行政とは、国家作用のうち立法と司法を除いたものを指す。

〔理由〕① もともと統一的な作用として君主に専属していた国家作用から、立法と司法とが分離されていく歴史的経過に合致している。

② 本来複雑多岐な行政作用をすべてカバーし、国家作用を残すことなく捉えることができる。

〔批判〕① 行政作用の本質的な性格や内容が明らかにされない。

② 行政権の拡大を抑制することが要請されるにもかかわらず、結局残った作用をすべて行政権に属するものとするにより、行政権の拡大につながる。

##### B説 積極説

行政とは、法の下に法の規制を受けながら、現実に国家目的の積極的実現をめざして行われる、全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動を指す。

〔理由〕① 行政作用を積極的に定義することによって、行政権の拡大を限界づけることができる。

② 国権の最高機関について国会への権限推定作用を承認する立場に合致する。

〔批判〕① 行政に一種の独特な性格規定を与え、これによって法律による行政の原則をあいまいにする。

② 行政の特徴はとらえ得ても、行政作用を過不足なく包括することができない。

【「属する」の意味】

実質的意味の行政権が本来的に内閣の権能であることを示しているが、すべての行政権を内閣が独占することを意味するものではない。憲法上も会計検査院が内閣とは独立して決算を検査し（90条）、国会が内閣総理大臣を指名し（6条1項、67条）、最高裁判所が下級裁判所の裁判官の名簿を作成する（80条1項）ことなどは、内閣以外の機関が実質的意味の行政を行うことの例である。また、憲法の認める例外以外の行政権も内閣のみが行使するわけではない。行政事務の多くは、主任の大臣が分担管理し、権限を与えられた各省庁がそれぞれの所掌事務を実施する（内閣法3条1項、国家行政組織法5条）。以上から、「属する」とは、内閣が、行政各部を指揮監督し（72条）、全体を統括するという意味である。

【独立行政委員会】

一 ☆ （論点）合憲性＝65条に反しないか

（図表）独立行政委員会の合憲性＝65条に反しないか

学説	合憲説		違憲説
	内閣のコントロールが必要であると説	内閣のコントロールは必ずしも必要ないとする説	
理由	①内閣は委員任命権と予算権を有している ②中立公正な行政の確保が必要である	①憲法65条は「すべて」としていない。 ②中立公正な行政の確保が必要である	①我が国の社会経済の実際が必ずしも独立行政委員会を要求しているわけではない ②責任の明確化を欠き、能率的な事務処理の目的を達し難い
批判	任命権と予算権により内閣のコントロール下にあるとするならば、裁判所も内閣のコントロール下にあることになってしまう	事務についての責任が不明確になるおそれがある	中立公正な行政の確保が必要である

二 独立行政委員会の準立法的機能と立法権（委任立法）

→41条の解説参照

三 行政委員会の準司法的機能と司法権（実質的証拠法則）

→76条2項の解説参照

《過去問チェック》

内閣が独立行政委員会の委員の任命権を持ち、その任期が内閣による統制、責任を可能とする合理的な期間に限られている、ということは、独立行政委員会の存在を合憲とする論拠となる。（新司プレー14）

☞正しい。

独立行政委員会に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

- ア。独立行政委員会が規則制定という準立法的作用を行うことは、国会を唯一の立法機関と定める憲法第41条に反するものではない。
- イ。行政権は内閣に属すると定める憲法第65条により、独立行政委員会の職務全般に対しては、内閣の直接的な指揮監督権が及ぶ。
- ウ。独立行政委員会が裁決や審決という準司法的作用を行うことは、たとえ前審であっても、全て司法権は裁判所に属する旨を定める憲法第76条第1項に反し、許されない。(新司26-15)
- ☞ア正しい。独立行政委員会には、通常、規則を制定する権限が法律により授権されていることから、独立行政委員会が規則の制定を行ったとしても、憲法41条に違反するものではない。
- イ誤り。内閣の直接的な指揮監督権が及ぶとすると、独立行政委員会の趣旨を害してしまう。よって、内閣の直接的な指揮監督権限は及ばない。
- ウ誤り。憲法76条2項後段の規定からすると、終審としてではなく前審としてならば行政機関による裁判も認められることになる。
- 憲法第65条第1項は、「行政権は、内閣に属する」と規定している。行政権とは全ての国家作用のうちから立法作用と司法作用を除いた残りの作用であるとする、立法作用と司法作用以外の全ての国家作用について内閣が自ら行うことが必要となる。
- ☞誤り。控除説によれば「行政権」とされる作用について、内閣以外の機関の権限とされているものも存在する。例えば、決算検査は、立法作用でも司法作用でもないことが明らかであり、控除説を前提とすると行政権の一作用ということになる。しかし、憲法90条1項は、決算検査の権限を会計検査院という内閣以外の機関に付与している。このほかにも、天皇の内閣総理大臣任命(憲法6条、7条)。国会による内閣総理大臣の指名(憲法6条1項、67条)なども例外として挙げられる。(新司27-17, 予備27-9)

### 第66条〔内閣の組織、国会に対する連帯責任〕

- I 内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する。
- II 内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない。
- III 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。

### 【明治憲法】

- 一 憲法上、内閣の規定なし。
- 二 天皇が国務大臣の輔弼(助言)に基づいて国務上の行為を行うが、各国務大臣は天皇に対して責任を負う(55条)。
- 三 内閣総理大臣は憲法上の機関ではなく、同輩中の首席にすぎない。

### 【趣旨】

- 一 1項で内閣総理大臣の首長としての地位を認めた。
- 二 2項は、9条との整合性が問題となる。自衛隊を合憲とすれば、2項の文民とは現役自衛官以外のものと解することが可能であり、本条はシビリアン・コントロール(文民統制の原則)を要求しているものといえる。
- 三 3項は、議院内閣制のあらわれである。

### 【内閣の組織(1項)】

内閣は合議体の行政機関である。「法律」とは内閣法であり、内閣総理大臣以外に国務大臣の数を原則として14人以内と定めている(内閣法2条2項本文)。

【文民（2項）】

☆ （論点）「文民」の意味

A説 現在軍人でない者を意味するとする見解

〔理由〕 言葉の本来の意味（英語の civilian に相当）である。

〔批判〕 憲法典に規定された以上、何らかの適切な意味を付与すべきである。

B説 職業軍人の経歴を有しない者とする見解

〔理由〕 A説のようにとらえると9条の下、軍人が存在しない以上本規定が無意味になる。

〔批判〕 終戦間際に若くして職業軍人となった者は、それだけの理由で大臣になる資格を奪われてしまうことになり、不当である。

C説 職業軍人の経歴を有し、かつ軍国主義的思想に深く染まった者でない者とする見解

〔理由〕 ① B説の理由と同じく本規定を無意味にしない必要がある。

② しかし、職業選択の自由の重大な例外であるから限定的にとらえるべき。強い軍国主義的思想の持ち主を排除すれば本条の趣旨は果たせる。

〔批判〕 思想を理由に資格を奪うのは、思想の自由の侵害、信条に基づく差別である。

※ 以上は自衛隊の存在を脇に置いた議論であり、自衛隊の存在を考慮すると見解はさらに分かれる。もっとも、シビリアン・コントロールの見地から、どの論者も現役自衛官は「文民」ではないとしているようである。

なお、文民条項（66条2項）は、平和主義に基づくものであり、内閣の一体性とは関係がない。

【内閣の責任（3項）】

一 「行政権の行使について」

内閣はすべての行政権の行使について国会に対して責任を負う。即ち、行政組織上内閣の権限とされる行政作用についてのみ内閣が責任を負うというのではなく、内閣の下にある行政機関の行動についても内閣は責任を負うことを意味する。ちなみに、本条の責任は、法的責任ではなく政治責任である。

二 「国会に対し」

「国会」とは両議院を意味する。

三 「連帯して」

- 1 内閣の一体性をあらわす。行政権の主体は個々の国務大臣ではなく、内閣という合議体であるから、内閣が全体として責任を負うとしたものである。連帯責任の典型例は、総辞職である。
- 2 しかし、各大臣が個別に責任を負うことを否定する趣旨ではない。先例でも、昭和27年に、池田通産大臣に対して衆議院が不信任決議を可決し、それによって同大臣だけが辞職したことがある。

☆ （論点）議院内閣制の本質

A説 責任本質説

議院内閣制の本質を、内閣の存立が議会の信任に依存している点に求め、議会の不信任決議に対抗する解散権がなくとも、議院内閣制であり得る。

B説 均衡本質説

議会と内閣の対等性を重視し、議会の不信任権に対し内閣の解散権が対抗することにより、両者が均衡するところに議院内閣制の本質がある。

- 3 閣議とは、一般には、内閣構成員が会合し、議論を経て議決することを意味する。慣例によれば、閣議決定は全員一致で行われる。

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

※ なお、全員の一致がないときは、内閣総理大臣が国務大臣を罷免するなどして打開を図ることもできるので、一部の大臣が閣議決定に参加せず、又は反対であったとしても、常に内閣が総辞職しなければならないわけではない。

(図表) 議院内閣制と大統領制の比較

	議院内閣制	大統領制
首長の選出方法	議会（特にその下院）による選出	民選
権力分立との関係	内閣が国民との関係で間接選挙的な地位しか有しないことから、議会に対抗し得る民主的正統性をもたない。また、議会と政府相互の協力関係を重視する。 →緩やかな分離にとどまる	国民により直接選挙されたという点で、議会と同等の資格を有する。また、議会と政府相互の抑制・均衡を重視する。 →厳格な分離を行う
議会との関係	i) 首相と内閣は議会の信任に依拠し、議会に対し連帯責任を負う ii) 解散制度がある（均衡本質説によれば、議院内閣制の本質とされる） iii) 大臣は、いつでも議会に出席し発言する権利と義務を有する iv) 大臣は、通常、議員の中から選ばれる	i) 任期途中に大統領が議会に不信任されて辞職することはない ii) 解散制度はない iii) 大統領と大臣（長官）は、院に出席し発言する権利も義務もない iv) 大統領と大臣（長官）は議員との兼職を禁止される

### 《過去問チェック》

- 憲法は、内閣は国会に対して連帯して責任を負うと定めるが、個々の国務大臣が、個人的な理由から、あるいは、その所管事項に関し、単独責任を負うことも否定されているわけではなく、衆議院は、個々の国務大臣に対しても不信任決議を行うことができる。もっとも、そうした不信任決議は、当該国務大臣の辞職を強制する法的効力を持つわけではない。(旧司16-18)
- 内閣は行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負うが、憲法上、内閣不信任決議権が衆議院のみに与えられていること、国政調査権は両議院に与えられていることなどからすると、この「国会」は両議院を意味すると解されるので、各議院は個別的に内閣の責任を追究することができる。(旧司19-18)
- 閣議決定は全員一致によるが、多数決による意思決定が憲法上認められないわけではない。(旧司17-10)
- 内閣は国会に対して連帯して責任を負うとともに、衆議院が内閣不信任案を提出することで内閣の政治責任を追究することになっているのであるから、国会の両院が内閣を構成する大臣の政治責任を不信任決議などによって追究することはできない。(新司プレ-8)
  - ☞誤り。特定の国務大臣が、個人的理由に基づき、又はその所管事項に関して、単独の責任（個別責任）を負うことは、憲法上否定されているわけではない。
- 憲法には閣議の議事の方法に関する規定はないが、閣議は全員一致で議事が決定されるという慣行が成立している。一般に、これは、内閣の国会に対する連帯責任を維持するためであると解されている。(新司プレ-8)
  - ☞正しい。
- 閣議の決定は、慣例上全員一致でなければならないとされているから、一部の大臣が閣議の決定に参加せず、あくまでもその決定に反対であった場合には、内閣は総辞職しなければならない。(新司18-12)
  - ☞誤り。閣議決定において、全員の一致がないときは、内閣総理大臣が国務大臣を罷免するなどして打開を図ることもできるので、一部の大臣が閣議決定に参加せず、あくまでもその決定に反対であったからといって常に内閣が総辞職しなければならないわけではない。

- 議院内閣制の本質については、議会と内閣の均衡を重視する均衡本質説と、内閣が議会に対して政治的責任を負うことを重視する責任本質説とがあるが、日本国憲法は、内閣の行政権の行使についての国会に対する連帯責任と、衆議院での内閣不信任決議の可決に際しての衆議院の解散といったどちらの説の要素をも規定していることから、日本国憲法上の制度の内容が議院内閣制の本質から規定されているわけではない。(旧司20-4)
- 議院内閣制の歴史的展開に即して考えれば、民主主義の進展とともに議会優位の構造が徐々に確立され、次第に議会が民主的基盤に基づいて統治の正当性を独占するようになると、議会優位の議院内閣制となり、議会が内閣に対して責任追及し得ることが本質とされた。それに対応して内閣の議会解散権が制限され、あるいは廃止されるようになってきたが、解散権の否定された議院内閣制よりも、内閣の議会解散権を認めるものの方が民主的なものといえることができる。(旧司20-4)
- 議院内閣制は、議会と政府の間の厳格な権力分立を象徴とする大統領制や、議会に権力を集中することによって政府の独立性を弱めてしまう議会統治制とは区別され、議会と内閣との柔軟な権力分立を特徴とする。また、議院内閣制は、内閣と主権者国民との間に議会を位置付けることで、民主制原理を内閣にまで及ぼす一つの形態となっている。(旧司20-4)
- 日本国憲法が採用する議院内閣制の下では、内閣の存立の基盤を専ら国会、特に衆議院に置いているが、憲法が定める内閣総理大臣の指名手続を、被指名者の決定とそれについての議決という2段階の手続を予定していると解すれば、決定前に国民投票を行い、その結果に基づいて国会が内閣総理大臣を決定するという仕組みが可能となることから、内閣の首長である内閣総理大臣を実質的に国民が選ぶことになる制度も考えられることになる。(旧司20-4)
- 議院内閣制に関する責任本質説は、内閣の国会に対する連帯責任、衆議院の内閣不信任決議権、内閣の衆議院解散権を、議院内閣制の必須の要素としている。(新司20-16)
  - ☞ 誤り。責任本質説は議会の政府に対する民主的コントロールを重視するものであり、政府が議会の信任に依拠することをその本質とする以上、内閣の衆議院解散権は議院内閣制の必須の要素とはならない。
- 日本国憲法は、国会による内閣総理大臣の指名、内閣の国会に対する連帯責任のほか、衆議院の内閣不信任決議権や衆議院の解散などを定めていることから、議院内閣制を採用していると解される。(新司25-17)
  - ☞ 正しい。日本国憲法では、行政権を担当する内閣の存立を議会(国会)に依存させている。
- 内閣は、行政権の行使につき、国会に対し連帯して責任を負う。これは、特定の国務大臣がその所管事項に関して単独の責任を負うことを否定するものではなく、個別の国務大臣に対する衆議院及び参議院の間責決議も認められるが、それらには法的効力はない。(新司27-17, 予備27-9)
  - ☞ 正しい。憲法66条3項。
- 内閣総理大臣は、内閣という合議体において、単なる同輩中の首席ではなく、首長の立場にあり、その他の国務大臣の任免権を専権として有する。したがって、文民統制の観点から内閣総理大臣は文民でなければならないとしても、その他の国務大臣が文民である必要はない。(新司27-17, 予備27-9)
  - ☞ 誤り。憲法66条, 68条1項本文。本記述前段は正しい。内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない(憲法66条2項)。本記述後段は、その他の国務大臣が文民である必要はないとしている点で、誤っている。

---

■ 平成27年司法試験短答式試験【憲法】の問題・解説

---

憲法〔平成27年第17問〕（配点：2）

内閣及び内閣総理大臣に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.35]）

ア．憲法第65条第1項は、「行政権は、内閣に属する」と規定している。行政権とは全ての国家作用のうちから立法作用と司法作用を除いた残りの作用であるとする、立法作用と司法作用以外の全ての国家作用について内閣が自ら行うことが必要となる。

イ．内閣は、行政権の行使につき、国会に対し連帯して責任を負う。これは、特定の国務大臣がその所管事項に関して単独の責任を負うことを否定するものではなく、個別の国務大臣に対する衆議院及び参議院の問責決議も認められるが、それらには法的効力はない。

ウ．内閣総理大臣は、内閣という合議体において、単なる同輩中の首席ではなく、首長の立場にあり、その他の国務大臣の任免権を専権として有する。したがって、文民統制の観点から内閣総理大臣は文民でなければならないとしても、その他の国務大臣が文民である必要はない。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |

憲法 第17問	内閣及び内閣総理大臣	H27 司法試験
---------	------------	----------

正解 [No.35] 6

**ア誤り。**行政権とは全ての国家作用のうちから立法作用と司法作用を除いた残りの作用であるとする見解（控除説）を前提とすると、全ての国家作用のうちから立法作用と司法作用を除いた残りの作用、すなわち立法作用と司法作用以外の全ての国家作用が行政権であるということになり、これが、憲法65条により、「内閣に属する」ことになり得る。

しかし、憲法上明文で、立法作用とも司法作用ともされていない作用、すなわち、**控除説によれば「行政権」とされる作用について、内閣以外の機関の権限とされているものも存在する。**

例えば、決算検査は、立法作用でも司法作用でもないことが明らかであり、控除説を前提とすると行政権の一作用ということになる。しかし、憲法90条1項は、決算検査の権限を会計検査院という内閣以外の機関に付与している。このほかにも、天皇による内閣総理大臣の任命（憲法6条1項）、国会による内閣総理大臣の指名（憲法67条）なども例外として挙げられる。

よって、控除説を前提にしたとしても、立法作用と司法作用以外の全ての国家作用について、内閣が自ら行うことが必要となるわけではない。

したがって、本記述は誤っている。

**イ正しい。**憲法66条3項。内閣は、行政権の行使について、国会に対して連帯して責任を負う。ここにいう責任は、「連帯」責任ではあるが、各大臣の単独責任を排除するものではなく、**特定の国務大臣に対して、個人的理由やその所管事項に関する単独の責任を問うことが憲法上否定されているわけではない。**

よって、個別の国務大臣に対する衆議院及び参議院の問責決議も認められるが、**問責決議には法的効力はないとされている。**

したがって、本記述は正しい。

**ウ誤り。**憲法66条、68条1項本文。内閣総理大臣は、内閣という合議体の首長としての地位が認められている（憲法66条1項）。これは、明治憲法下において、内閣総理大臣は、同輩中の首席にすぎず、他の国務大臣と対等の地位にあるとされ、閣内意見不一致の際には、衆議院の解散、内閣総辞職のいずれかの手段しか採りえなかったことへの反省に基づくものである。また、内閣総理大臣は、国務大臣を任命し（憲法68条1項本文）、任意に罷免する（憲法68条2項）権限を有する。そして、国務大臣任免権は、内閣総理大臣の専権に属し、閣議にかける必要はないとされる。これにより、内閣総理大臣の「首長」性が実質化され、内閣の統一性確保が可能となる。

よって、本記述前段は正しい。

**内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない（憲法66条2項）。**

この文民条項の本来の趣旨は、軍隊を文民統制の下に置くことにある。

よって、本記述後段は、その他の国務大臣が文民である必要はないとしている点で、誤っている。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、正しい組合せは「ア× イ○ ウ×」であり、したがって、正解は肢6となる。

以上全体につき、芦部（憲法）P.322～9、有斐閣憲法ⅡP.167～170、196～223。

## ■ 短答合格FILE【民法】（一部抜粋）

### 第96条（詐欺又は強迫）《新司23-1》

- 1 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。
- 2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。
- 3 前2項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

### 【趣旨】

詐欺・強迫による意思表示は他人の違法行為によって動機づけられた瑕疵ある意思表示であるので、本条は表意者に取消権を与えてその保護を図っている。そして強迫による表意者は、詐欺の場合より意思形成過程における自由の抑圧が大であるとして、詐欺による表意者よりも保護を厚くしている。

### 【ポイント】

#### 一 詐欺

##### 1 効果

詐欺による意思表示は取り消すことができる（1項）。ただし、以下の2つの制限がある。

- (1) 第三者の詐欺の場合は、相手方が詐欺の事実を知っていたときにだけ取り消すことができる（2項）。
- (2) 詐欺取消しは善意の第三者に対抗できない（3項）。

##### 2 「第三者」（3項）の意義

96条3項の趣旨は、被詐欺者の意思表示を信頼した善意の第三者を保護しようとするものである。したがって、「第三者」とは取消しの遡及効によって影響を受けるべき第三者、すなわち取消し前に利害関係を有するに至った第三者をいう（大判昭17.9.30、百選I 53事件）。

### 《過去問チェック》

- Aが未成年者Bに代理権を与えたとともに、委任状を交付し、BがこれをCに提示して代理行為を行い、そのため、CがAに履行を求めている場合、Bが成年であると偽ってAから代理権を授与され、そのため、AがBに対してした代理権を授与する意思表示を、詐欺を理由に取り消すことができるときでも、Cが善意であるなら、Aはその取消しをCに対抗できず、Bの代理行為の効果が帰属することを拒めない。（旧司20-30）
- Aは、Bに対し、自己所有の甲土地を売ったが、この売買はBの詐欺によるものであった。この事例に関する次のアからエまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。
  - ア. AはAB間の売買を取り消すとの意思表示をしたが、その前に、BがCに対し、この土地を売った。Cは、Bから所有権移転登記を受けていなくても、BC間の売買契約当時、AB間の売買がBの詐欺によるものであることを知らなかったときは、Aに対し、甲土地の所有権取得を主張できる。
  - イ. アの場合において、詐欺のためAに動機の錯誤があり、それが契約時に表示されていた場合は、Cは、例えばBC間の売買契約当時、錯誤の事実を知らなかったとしても、Aからの甲土地の返還請求を拒むことはできない。
  - ウ. AはAB間の売買を取り消すとの意思表示をしたが、その後、BがCに対し、この土地を売った。所有権移転登記がB名義のままである場合、Cは、Bから所有権移転登記を受けていなくても、Aからの甲土地の返還請求を拒むことができる。

エ. Aは、詐欺であることに気付いた後にBに対し所有権移転登記をしたが、その後にAB間の売買を取り消すとの意思表示をした。取消し前に詐欺の事実を知ってこの土地を買い受けたCは、Aからの甲土地の返還請求を拒むことはできない。

1. ア      2. イ      3. ウ      4. エ      5. 誤っているものはない      (新司プレー26)

☞正解 4

ア正しい。最判昭49.9.26(百選I23事件)。

イ正しい。大判大5.7.5。

ウ正しい。大判昭17.9.30。(百選I53事件)

エ誤り。土地売買契約において、登記の移転は、「全部又は一部の履行」(125条1号)に当たる。

□ 民法上の詐欺に該当しない場合であっても、事業者が不動産の売買契約の締結について勧誘をするに際し、重要事項について事実と異なることを告げたことにより、消費者がその内容が事実であるとの誤認をして契約の申込みをしたときは、消費者は、その申込みを取り消すことができる。(新司22-3)

☞正しい。消費者契約法4条1項1号。

□ 表意者が相手方による虚偽の説明を信じて意思表示をした場合において、相手方に詐欺の故意がないときは、表意者は、民事上の救済を受けることはない。(新司23-1)

☞誤り。96条1項、消費者契約法4条1項1号。消費者契約法4条1項1号は、事業者に詐欺の意思がなくとも、消費者は、これを取り消すことができると規定している。

□ 連帯債務者の一人であるAが代物弁済をした後、その代物弁済を詐欺を理由として取り消した場合、他の連帯債務者は、Aの代物弁済が詐欺によるものであることを知らなかったときであっても、債権者に対し、代物弁済による債務の消滅を主張することはできない。(新司26-2、予備26-1)

☞正しい。96条3項。大判昭7.8.9。

### 3 ☆ (論点) 被詐欺者・被強迫者と取消し後の第三者との関係

A説 177条説(大判昭17.9.30, 百選I53事件, 通説)

取消しの効果としての所有権の復帰を復歸的物権変動と捉え、二重譲渡の原則に基づいて先に対抗要件を備えた者が勝つと考える。

[理由] 取消し後においては、登記できるのにこれを放置していたという点で、二重譲渡の場合の登記放置に類似する。

[批判] ① 取消しの遡及効(121条)を徹底していない。

② 取消し後の第三者は悪意でも保護されることになる。

B説 94条2項類推説(有力説)

権利外觀理論の一種である94条2項の類推適用により第三者を保護する。

[批判] 善意や過失の判定は微妙なものである。

#### ◎ 大判昭17.9.30(百選I53事件)《新司22-3》

土地の売買契約が取り消された場合には、土地所有権は売主に復帰し、初めから買主に移転しなかったことになる。この場合、売主がその所有権を取消した後に利害関係を有するに至った者に対抗するためには、登記を具備することを要する。

#### 《過去問チェック》

□ Aの代理人であるBは、Cとの間で、C所有の甲土地を買い受ける旨の売買契約を締結し、Cから同土地の引渡しを受けるとともに、同土地についてA名義の所有権移転登記がされた。Bが契約締結に際しAのためにすることを示した場合、Cの意思表示がEの強迫によるものであるときは、Bが強迫の事実を知らなくとも、Cはその意思表示を取り消すことができる。しかし、CがAC間の売買契約を強迫を理由に取り消した後にAから甲土地を譲り受けたDは、所有権移転登記を経由していれば、Cに対し甲土地の所有権を主張することができる。(旧司14-21)

(図表) 詐欺・強迫と第三者の保護

	取消し前の第三者	取消し後の第三者
詐欺	96条3項	判例177条, 有力説94条2項類推
強迫	保護されない	判例177条, 有力説94条2項類推

4 ☆ (論点)「第三者」の無過失の要否

A説 必要説

[理由] ① 本条は表見法理の現れであり, 取引通念上保護に値すべき信頼を要求すべきである。

② 表意者の帰責性の小さい詐欺においては虚偽表示よりも強い理由で無過失を要求すべきである。

B説 不要説

[理由] ① 条文上要求されていない。

② 被詐欺者よりも過失のある第三者を保護すべきである。

5 ☆ (論点)「第三者」の登記の要否

A説 必要説

[理由] ① 第三者は, その取得した権利を誰に対しても主張することができるようにしておくべきである。

② 第三者への不動産の譲渡時期が被詐欺者による取消しの先後いずれかであるかを問わず同様の扱いをすべきである。

B説 不要説

[理由] ① 被詐欺者と第三者は前主後主の関係に立つ。

② 第三者は物権の取得者に限定されない。

◎ 最判昭49.9.26 (百選 I 23事件)

所有者を欺罔してその農地を買い受け, 農地法5条の許可を条件とする所有権移転仮登記を得た者から売渡担保としてその権利を譲り受けて仮登記移転の付記登記を経由した者は, 「第三者」に当たる。

《過去問チェック》

- AがBにだまされてA所有の土地をBに売却し, Bへの所有権移転登記をした後に, 詐欺を理由にBに対する意思表示を取り消した。その後, Bが, そのような事情を知らないCに当該土地を譲渡した場合, Aは, 所有権移転登記の抹消登記をしなければ, Cに対し当該土地の所有権を主張することができない。(旧司21-39)

**第177条（不動産に関する物権の変動の対抗要件）**

不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成16年法律第123号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

**【趣旨】**

本条は登記を不動産物権変動の公示方法とし、対抗要件主義について定めた規定である。

**【ポイント】**

一 「対抗することができない」の意義

登記がなければ物権変動の効果を第三者に主張することができない。ただし、第三者の側から物権変動の効果を承認することは認められる。

二 ☆（論点）二重譲渡の法的構成

A説 不完全物権変動説

意思表示だけで第三者に対しても物権変動の効力は生じるが、登記を備えない限り完全に排他性のある効力は生じず、譲渡人も完全な無権利者となるわけではないから、第三者に二重譲渡することも可能である。

B説 第三者主張説

未登記の第一譲渡も完全な所有権移転の効力を生じることを前提としつつ、第二譲受人から一定の主張がなされると、瞬間に未登記第一譲渡は効力を失い、第二譲受人に所有権が移転する。

C説 法定証拠説

登記は物権変動の先後を決定する法定証拠である。

D説 法定制度説

端的に二重譲渡の場合には、登記を先に備えたものが優先的に物権を取得するものとみなすという法定の制度である。

E説 公信力説

第一譲渡によって譲渡人は無権利者となっており、第二譲受人が所有権を取得し得るのは実体に合致しない譲渡人名義の登記を真実のものと誤信して取引関係に入ったことが、法律により保護されるからにほかならない。

《過去問チェック》

- Aは、その所有する甲不動産をBに売却したが、その登記が未了の間に、AB間の売買契約の存在について善意であるCに甲不動産を二重に売却し、所有権移転登記を行った。さらにCがDに甲不動産を売却したが、その登記は行われていないときでも、Dは、甲不動産の所有権の取得をBに対抗することができる。（旧司18-33）

三 登記を要する権利

1 登記を対抗要件とする物権

登記を対抗要件とする不動産物権は、所有権・地上権・永小作権・地役権・先取特権・質権・抵当権である（不動産登記法3条参照）。ただし、一般の先取特権は、不動産につき登記がなくても特別担保を有しない債権者に対抗できる（336条）。

2 登記以外を対抗要件とする不動産上の物権

建物所有目的の賃借権や地上権には、借地借家法が適用され、土地の上の建物の登記を借地権の対抗要件とし（借地借家法10条）、また建物の引渡しをもって建物の賃借権の対抗要件とす

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

る（借地借家法31条）ことができる（605条参照）。

### 《過去問チェック》

- A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。ただし、Bからの乙土地の譲受人Dは通行地役権が設定されていることを知らず、かつ、乙土地が甲土地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが物理的状況からは認識不可能であったものとする、地役権の設定登記がされていない場合、Aは、その後にBから乙土地を譲り受けたDに対して、Dが乙土地の所有権移転登記を経由していなくても、地役権を主張することができない。（旧司14-24）
  - A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。地役権の設定登記がされている場合、Aは、その後にBから乙土地を譲り受けたDに対して、Dが乙土地の所有権移転登記を経由したとしても、地役権を主張することができる。（旧司14-24）
  - A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。ただし、Bからの乙土地の譲受人Dは通行地役権が設定されていることを知らず、かつ、乙土地が甲土地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが物理的状況からは認識不可能であったものとする、地役権の設定登記がされていない場合、その後にAから甲土地を譲り受けたCは、同様にBから乙土地を譲り受けたDに対して、甲土地についての所有権移転登記を乙土地についての所有権移転登記よりも先に經由していても、地役権を主張することができない。（旧司14-24）
  - 登記請求権に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。
    - ア. 未登記建物の買主であっても、売主に対して移転登記の請求ができる。
    - イ. 通行地役権の承役地を譲り受けた者は、未登記の通行地役権者に対して背信的悪意者に当たらない場合でも、通行地役権の存在を否定できない場合があり、この場合には、通行地役権者は、地役権設定当事者ではないこの所有権者に対しても、地役権設定登記を求めることができる。
    - ウ. 売買契約に基づき土地の所有権の移転登記を受けた買主は、この売買契約を解除した場合、売主に移転登記の抹消登記を請求することができる。
    - エ. 不動産を買い受けた者は、第三者の名義を勝手に使って、売主からその第三者への移転登記を行った場合、その後、この登記名義人に対して、真正な名義の回復を理由とする移転登記を請求することができない。
    - オ. A→B→Cと不動産が順次譲渡され、三者間でBへの登記を省略してAからCに直接の移転登記手続を行うとの合意が存在すれば、Bの債権者がBを代位して行ったAからBへの移転登記は無効である。
1. ア、イ      2. ア、エ      3. イ、ウ      4. ウ、オ      5. エ、オ      （新司プレー29）
- ☞正解 5
- ア正しい。最判昭31.6.5。  
イ正しい。最判平10.2.13（百選I 60事件）、最判平10.12.18。  
ウ正しい。真実の権利関係に合致しない登記があるときは、その登記の当事者の一方は他の当事者に対し、いずれも登記をして真実に合致せしめることを内容とする登記請求権を有するとともに、他の当事者はその登記請求に応じて登記を真実に合致せしめることに協力する義務を負う（最判昭36.11.24）からである。  
エ誤り。不動産の登記簿上の所有名義人と、真正の所有者が一致しない場合、不動産の登記簿上の所有名義人は真正の所有者に対しその所有権の公示に協力すべき義務を有し、真正の所有者は所有権に基づき所有名義人に対して所有権移転登記の請求を為し得る（最判昭30.7.5）からである。  
オ誤り。たとえ三者間に、いわゆる中間省略登記の合意があったとしても、BのAに対する所有権移転登記請求権が当然に失われるものでない以上、Bの債権者による代位登記も有効である（最判昭46.11.30）からである。
- Aは、Bから袋地（他人の土地に囲まれて公道に通じない土地）を購入したが、当該袋地についての所有権移転登記を経ないうちは、囲繞地（袋地を囲んでいる土地）を所有しているCに対し、公道に至るため、その囲繞地の通行権を主張することができない。（新司23-7）
  - ☞誤り。最判昭47.4.14。袋地の所有権を取得した者は、対抗要件を具備することなく、囲繞地所有者らに対し囲繞地通行権を主張しうる。

#### 四 登記を要する物権変動

##### 1 詐欺・強迫取消し後の第三者と登記

→ 96条の解説参照

##### 2 ☆ (論点) 取得時効と登記

時効による所有権の取得を第三者に主張するためには、対抗要件を必要とするか。

###### A説 時効完成時基準説 (判例)

時効完成前の第三者に対しては登記不要であるが、時効完成後の第三者に対しては、登記必要である。

〔理由〕 時効完成前の第三者は、時効完成当時の当事者であるから「第三者」にあたらない(最判昭41.11.22)が、時効完成後の第三者と時効取得者は対抗関係にある(大連判大14.7.8)。

〔批判〕 長期間占有している者の方が保護されなくなり、時効制度の趣旨に反するし、善意占有者は時効の完成を知らないのが通常であるから、登記を要求するのは酷である。

###### B説 登記尊重説

###### B<sub>1</sub>説 登記時効中断説

時効完成前の第三者か否かに関わりなく、時効取得を主張するためには登記が必要である。ただし、登記を時効の中断事由と考え、時効完成の前に第三者が登記を備えた場合には、その登記後更に時効取得に必要な占有を継続しなければ時効取得の効力は生じない。

〔理由〕 ① 登記を備えた者が保護されないのは妥当でない。

② 時効完成の前後で第三者の扱いが異なるのは妥当でない。

〔批判〕 民法は第三者の登記を時効の中断事由とはしていない(147条参照)。

###### B<sub>2</sub>説 遡及効重視説

時効完成前の第三者か否かに関わりなく、時効取得を主張するためには登記が必要である。

〔理由〕 時効の遡及効(144条)により、当事者は時効取得者と、時効取得者の占有開始時の所有者であり、その後の取得者は常に「第三者」である。

###### C説 登記不要説 (占有尊重説)

時効取得が争われている時からさかのぼって時効期間が過ぎているか否かを問題にする。ただし、時効取得者勝訴の判決確定後は、第三者に対抗するためには登記が必要である。

〔理由〕 わが民法は、占有の継続のみを取得時効制度の基礎としている。

#### 《過去問チェック》

- AがB所有の土地を占有し、取得時効が完成した後に、CがBから当該土地の譲渡を受けた。この場合、Aは、当該土地の所有権取得について登記をしなければ、Cに対し当該土地の所有権を主張することができない。(旧司21-39)
- Aが平穏かつ公然と所有の意思をもってB所有の不動産の占有を開始してから5年が経過した時点で、Bがその不動産をCに譲渡してその旨の所有権移転登記がされた場合、Aは、その後もその不動産について占有を続けて当初の占有の開始時から22年が経過したときでも、所有権移転登記を有しているCに対して、当該不動産について時効取得をしたことを主張することができない。(新司23-7)
  - ☞ 誤り。最判昭41.11.22。判例は、「第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくても時効取得をもってこれに対抗することができる」としている。
- Aが所有する不動産についてBが占有を継続したことにより取得時効が完成しても、Bは、その登記をしなければ、その後にAからその不動産を取得したCに対しては、時効による権利の取得を対抗することがで

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

きない。(新司26-5, 予備26-3)

☑正しい。大連判大14.7.8。

### 3 ☆ (論点) 解除と登記

#### (1) 解除前の第三者と登記

解除の効果は遡及効であるから、解除前の第三者と解除権者は対抗関係には立たない。しかし、解除前の「第三者」が545条1項ただし書によって保護されるためには対抗要件を備えることが必要である(最判昭33.6.14)。

#### 《過去問チェック》

- AがA所有の土地をBに売却し、さらにBがCに当該土地を転売した後に、Bが売買代金を支払わないので、AがBとの売買契約を解除した。この場合、Cは、所有権移転登記をしなければ、Aに対し当該土地の所有権を主張することができない。(旧司21-39)

#### (2) 解除後の第三者と登記

解除権者が解除後、登記を備えないうちに第三者が出現したときは、解除による所有権の復帰と、第三者への所有権の移転は二重譲渡と類似の関係にあり、先に登記を備えた者が優先する(大判昭14.7.7)。

#### 《過去問チェック》

- AがBから売買によってB所有の甲土地を取得し、BからAへの所有権移転登記がされた後に、AB間の売買契約が解除され、その後、AからCへ甲土地が譲渡され、AからCへの所有権移転登記がされた場合、Bは、Cに対し、AからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することができる。(新司26-9)
- ☑誤り。最判昭35.11.29(百選I54事件)。判例は、「売主は、その所有権取得の登記を了しなければ、右契約解除後において買主から不動産を取得した第三者に対し、所有権の復帰を以て対抗し得ない」としている。

### 4 ☆ (論点) 相続と登記

#### (1) 共同相続と登記

共同相続人の1人が不動産を単独相続した旨の虚偽の登記を備え、これに基づいて第三者へ譲渡した場合、他の共同相続人は登記なくして自己の相続分を主張できるか。

単独登記は名義人の相続分を超える部分に関しては無権利者の登記であり、登記に公信力がない以上、第三者は権利を取得できないから、他の共同相続人は登記なくして自己の相続分を主張できる(最判昭38.2.22, 百選I56事件)。

#### (2) 遺産分割後の第三者と登記

遺産分割によって自己の相続分と異なる権利を取得した者は、登記なくして、分割後に相続財産を取得した第三者に権利を主張できるか。

遺産分割後の第三者との関係では、分割によって二重譲渡と同様の関係が生じ、登記がなければ自己の権利を主張できない(最判昭46.1.26, 百選III71事件)。

#### (3) 相続放棄後の第三者と登記

共同相続人のうちの1人が相続放棄をし、それによって他の共同相続人が法定相続分を超える相続財産を取得したことを、登記なくして第三者に主張し得るか。

この点について、相続放棄した相続人の債権者が相続財産である未登記の不動産について、放棄した相続人も共同相続したものとして代位による所有権保存登記をした上で、持分に対

する仮差押登記をしても、これらは無効とした判例がある（最判昭42.1.20，百選Ⅲ72事件）。判例は，相続放棄の効力は絶対的であり，何人に対しても，登記等なくしてその効力を生ずるということを理由としている。

（図表）登記を要する物権変動に関する種々の対抗問題

	〇〇前の第三者	〇〇後の第三者
詐欺取消し	96条3項	判例：177条，有力説：94条2項類推
強迫取消し	保護されない	判例：177条，有力説：94条2項類推
時効完成	保護されない	判例：177条，有力説：登記不要
解除	545条1項ただし書	177条
遺産分割	909条ただし書	判例：177条（反対説94条2項類推）
相続放棄	問題にならない（915条参照）	判例：対抗問題ではない（反対説177条）

---

■ 平成27年短答式試験【民法】の問題・解説

---

民法〔平成27年第7問〕（配点：2）

不動産登記に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、[No.7]）

ア．AがA所有の甲土地をBに売却し、その旨の所有権移転登記がされた後、Bは、甲土地をCに売却し、その旨の所有権移転登記がされた。その後、AがBの強迫を理由としてBに対する売買の意思表示を取り消した場合、Aは、Cに対し、甲土地の所有権がAからBに移転していないことを主張することができる。

イ．AがA所有の甲土地をBに売却し、その旨の所有権移転登記がされた後、Aは、Bの詐欺を理由としてBに対する売買の意思表示を取り消した。その後、BがCに甲土地を売却し、Cへの所有権移転登記をした場合、Aは、Cに対し、甲土地の所有権がBからAに復帰したことを主張することができない。

ウ．Aは亡Bから亡Bの所有していた乙土地の遺贈を受けたが、その旨の所有権移転登記をしていなかった。その後、亡Bの共同相続人の一人であるCの債権者Dが乙土地についてCの相続分に相当する持分を差し押さえ、その旨の登記がされた。この場合、Aは、Dに対し、乙土地の所有権を亡Bから取得したことを主張することができる。

エ．AがB所有の乙土地を占有し、取得時効が完成した場合において、その取得時効が完成する前に、Cが乙土地をBから譲り受けると同時に乙土地の所有権移転登記をしたときは、Aは、Cに対し、乙土地の所有権を時効取得したことを主張することができる。

オ．AがB所有の乙土地を占有し、取得時効が完成した場合において、その取得時効が完成する前に、Cが乙土地をBから譲り受け、その取得時効の完成後にCが乙土地の所有権移転登記をしたときは、Aは、Cに対し、乙土地の所有権を時効取得したことを主張することができない。

1. ア イ      2. ア ウ      3. イ エ      4. ウ オ      5. エ オ

民法 第7問	不動産登記の対抗要件	H27司法試験
--------	------------	---------

## 正解 4

ア正しい。強迫による意思表示は取り消すことができる（民法96条1項）。そして、強迫による取消しは、取消前に現れた（善意の）第三者にも対抗できるかについて、対抗できると解されている。

強迫を受けた表意者の帰責性は、詐欺にあった表意者の帰責性よりも弱く、より厚く保護されるべきであるということ及び「詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない」と規定する民法96条3項の反対解釈による。

よって、AはCに対し、甲土地の所有権がAからBに移転していないことを主張することができる。

したがって、本記述は正しい。

イ正しい。大判昭17. 9. 30（百選I53事件）。まず、民法96条3項の「第三者」について、判例は、第三者とは、取消前より既にその行為の効力につき利害関係を有する第三者に限定して解すべきとしている。

その理由として、判例は、民法96条3項は、取消しの遡及効を制限する趣旨であるということを挙げている。

その上で、取消後の第三者に対する対抗要件について、判例は、民法177条により登記をしなければ第三者に対抗することができないのが本則であるとしている。

判例に賛成する学説は、その理由として、取消し後の第三者に対して、取消権者が常に所有権の遡及的復帰を主張できるとすると登記に公信力のないので取引の安全を害するということや、取消しに遡及効があるのは、法的な擬制であり、取り消されるまでは取り消し得る行為も有効であるから、取消しの時点であたかも所有権の復帰があったように扱うことができるので、二重譲渡があったのと同じであるから、対抗問題となるということを挙げている。

よって、AはCに対し、甲土地の所有権がBからAに復帰したことを主張することができない。

したがって、本記述は正しい。

ウ誤り。最判昭39. 3. 6（百選III73事件）。判例は、本問と同様の事案において、「本件不動産につき遺贈による移転登記のなされない間に、亡Bと法律上同一の地位にあるC〔注：亡Bの相続人の1人〕に対する強制執行として、Cの前記持分〔注：相続による持分（4分の1）〕に対する強制競売申立が登記簿に記入された前記認定の事実関係のもとにおいては、競売中立をした被上告人は、前記Cの本件不動産持分に対する差押債権者として民法177条にいう第三者に該当し、受遺者は登記がなければ自己の所有権取得をもって被上告人に対抗できないものと解すべきであり、原判決認定のように競売申立記入登記後に遺言執行者が選任せられても、それは被上告人の前記第三者たる地位に影響を及ぼすものでないとするのが相当である。」としている。

その理由として、判例は、「不動産の所有者が右不動産を他人に贈与しても、その旨の登記手続をしない間は完全に排他性ある権利変動を生ぜず、所有者は全くの無権利者とはならないと解すべきところ…、遺贈は遺言によつて受遺者に財産権を与える遺言者の意思表示にはかならず、遺言者の死亡を不確定期限とするものではあるが、意思表示によつて物権変動の効果を生ずる点においては贈与と異なるところはないのであ

るから、遺贈が効力を生じた場合においても、遺贈を原因とする所有権移転登記のなされない間は、完全に排他的な権利変動を生じないものと解すべきである。そして、民法177条が広く物権の得喪変更について登記をもつて対抗要件としているところから見れば、遺贈をもつてその例外とする理由はないから、遺贈の場合においても不動産の二重譲渡等における場合と同様、登記をもつて物権変動の対抗要件とするものと解すべきである。」ということも挙げている。

したがって、本記述は、AはDに対し、乙土地の所有権を亡Bが取得したことを主張することはできるとしている点で、誤っている。

**エ正しい。**最判昭41.11.22。判例は、本問と同様の事案において「時効による不動産所有権取得の有無を考察するにあたっては、単に当事者間のみならず第三者に対する関係も同時に考慮しなければならないのであって、この関係においては、結局当該不動産についていかなる時期に何人によつて登記がなされたかが問題となるのである。そして、時効が完成しても、その登記がなければ、その後登記を経由した第三者に対しては時効による権利の取得を対抗することができないのに反し、第三者のなした登記後に時効が完成した場合においては、その第三者に対しては、登記を経由しなくても時効取得をもつてこれに対抗することができるものと解すべきことは、当裁判所の判例とするところであつて…、これを変更すべき必要を認めない。」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、当事者であつて第三者ではないということも挙げている。

よつて、AはCに対し、乙土地の所有権を取得したことを主張することができる。

したがって、本記述は正しい。

**オ誤り。**最判昭42.7.21。判例は、本問と同様の事案において、「被上告人〔注：時効取得者〕はその時効取得を登記なくして上告人〔注：不動産の取得時効完成前に原所有者から所有者を取得し、時効完成後に移転登記を経由した者〕に対抗できる筋合であり、このことは上告人がその後所有権取得登記を経由することによつて消長を来さないものというべきである。」としている。

その理由として、判例は、「上告人は本件土地所有権の得喪のいわば当事者の立場に立つ」ということを挙げている。

したがって、本記述は、Aは、Cに対し、乙土地の所有者を時効取得したことを主張することができるはずべきところ、できないとしている点で、誤っている。

以上により、誤っている記述はウとオであり、したがって、正解は肢4となる。

以上全体につき、内田I.P.77~90。川井(1)P.193~5、(2)P.45~53。

## ■ 短答合格 F I L E 【民法】（一部抜粋）

### 第594条（借主による使用及び収益）

- 1 借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、その物の使用及び収益をしなければならない。
- 2 借主は、貸主の承諾を得なければ、第三者に借用物の使用又は収益をさせることができない。
- 3 借主が前2項の規定に違反して使用又は収益をしたときは、貸主は、契約の解除をすることができる。

#### 【趣旨】

本条は、借主の使用収益権の範囲と用法違反の効果につき規定する。

#### 【ポイント】

##### 一 使用収益権の範囲

- 1 契約又は目的物の性質によって定まった用法に従うこと（1項）。
  - 例えば、住居用建物の使用貸借においては、特約ないかぎり工場・店舗として使用することはできない。
- 2 貸主の承諾なく第三者に使用収益させてはならないこと（無断譲渡転貸の禁止、2項）。
  - 違反すれば、貸主は直ちに契約を解除できる（3項）。使用貸借はその無償性からして特殊な人的関係に基礎を置いたため、賃貸借のように信頼関係の破壊があるかによって更に絞りをかける必要はない。

##### 二 用法違反の効果

- 1 借主が本条1項ないし2項に反する用法をなした場合、貸主は契約の解除をなしうる（3項）。
  - 本条は使用貸借当事者間の人的関係に着目したものであり541条の特別規定であるから、貸主は催告せずただちに解除できる。
  - 使用貸借は継続的法律関係であるから、解除は遡及効をもたないと解される。
- 2 貸主は、損害賠償の請求もできるが、貸主が返還を受けた時から1年以内に行使しなければならない（600条）。

### 第595条（借用物の費用の負担）《新司23-27、予備23-11》

- 1 借主は、借用物の通常必要費を負担する。
- 2 第583条第2項の規定は、前項の通常必要費以外の費用について準用する。

#### 【趣旨】

本条は、目的物の費用負担について「通常必要費」を借主負担とした。借主は無償で使用収益していることに鑑み、「通常必要費」を借主負担とすることが公平だからである（ただし、強行規定ではなく反対の合意は可能）。

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

### 【ポイント】

- 一 「通常の必要費」とは、例えば、目的物についての公租公課、現状に必要な補修・修繕費などである。
- 二 特別の必要費（例えば、風水害による破損修繕費）及び有益費については貸主に費用の償還を請求できる（595条2項、583条2項、196条）。
- 三 本条の費用償還請求権についても、1年の除斥期間が定められている（600条）。

### 《過去問チェック》

- 使用貸借の借主は、目的物について特別の必要費を支出した場合、貸主に対してその償還を請求することができる。ただし、通常の必要費については、その償還を請求することはできない。（旧司22-27）

### 第596条（貸主の担保責任）

第551条の規定は、使用貸借について準用する。

### 【趣旨】

使用貸借は無償契約であるから、貸主の担保責任を軽減するのが妥当である。そこで、同じ無償契約である贈与の担保責任の規定を準用した。すなわち、貸主は、目的物の瑕疵又は欠缺につき担保責任を負わないのを原則とし、ただ、知って告げなかった場合に損害賠償の責任を負うにとどまる（551条1項準用）。また、使用貸借が負担付の場合には、その負担の限度内において売主と同一の担保責任を負う（551条2項準用）。

### 《過去問チェック》

- 貸主は、使用貸借の目的物に瑕疵があることを知っていた場合、その存在を借主に告げていれば、瑕疵担保責任を負わない。（新司26-24）  
☑正しい。596条。

### 第597条（借用物の返還の時期）《新司23-27、予備23-11》

- 1 借主は、契約に定めた時期に、借用物の返還をしなければならない。
- 2 当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主は、契約に定めた目的に従い使用及び収益を終わった時に、返還をしなければならない。  
ただし、その使用及び収益を終わる前であっても、使用及び収益をするのに足りる期間を経過したときは、貸主は、直ちに返還を請求することができる。
- 3 当事者が返還の時期並びに使用及び収益の目的を定めなかったときは、貸主は、いつでも返還を請求することができる。

### 【趣旨】

本条は、借主の目的物返還時期について定める。594条3項、599条とともに、使用貸借の終了原因を規定したものである。

【ポイント】

(図表) 使用貸借の返還時期

存続期間の定めがあるとき	期間満了時（1項）
存続期間を定めず、使用目的だけを定めたとき	①契約に定めた目的に従った使用収益が終わった時（2項本文） ②ただし、目的達成に必要な期間が経過した時は解約申入れにより終了（2項ただし書）
存続期間も、使用目的も定めがないとき	貸主はいつでも解約申入れをして終了させられる（3項）。

◎ 最判昭59.11.22

使用目的を借主の長期間の居住とする返還時期の定めなき建物の使用貸借において、占有開始後32年経過後に、貸主から契約を解除する旨の意思表示がなされた事案につき、判例は、「他に特段の事情のない限り、右使用貸借の目的に従い使用収益をなすに足るべき期間は既に経過したものと見えるから、右解約の意思表示により使用貸借は終了する。」とした。

《過去問チェック》

- Bが帰省に使用する目的でAから自動車は無償で借り、それに使用するガソリンも借りて同種同量のものを返還する旨を約した場合、返還の時期の定めがなければ、AはBに対し、帰省という目的に従った使用が終わったとき、若しくは帰省という目的に使用するのに足りる期間が経過したときに、自動車の返還を求めることができ、また、相当の期間を定めてガソリンの返還の催告をすることができる。(旧司21-31)
- 当事者が返還時期及び使用収益の目的を定めなかった場合、貸主は、相当の期間を定めて返還の催告をしなければ、使用貸借の目的物の返還を求めることはできない。(新司26-24)  
☞誤り。597条3項。

第598条（借主による収去）

借主は、借用物を原状に復して、これに附属させた物を収去することができる。

【趣旨】

本条は、使用貸借終了の際の借主の原状回復義務・収去権について規定したものである。即ち、使用貸借が終了した際、借主は目的物を原状に戻して貸主に返還しなければならないが、この際、借主は附属させた物を収去する権利を有する。

【ポイント】

一 原状回復義務を負う場合

借主は、通常必要費を負担し目的物の損傷を防止する義務を有するから、目的物が自然損傷をこえる故障を生じたときは、借主は、通常性能を回復する程度に修理して返還すべき義務を負う（仙台高判昭34.6.17）。

二 収去権について

- 1 付属させた物が独立性をもつ場合、借主は返還にあたり収去権をもつと同時に収去義務を負う。
- 2 付属物が附加して一体となり、分離することができない場合は、収去権はなく、改良・有益費（595条2項、583条2項、196条）及び不当利得（703条、248条）の規定に従う。

**第599条（借主の死亡による使用貸借の終了）**《新司23-27, 24-28, 予備23-11》  
使用貸借は、借主の死亡によって、その効力を失う。

**【趣旨】**

本条は、借主の死亡を使用貸借の終了原因とした。使用借権は、貸主の好意に基づく一身専属的性質の権利であり、相続人への承継を認めるべきでないと考えられたことによる（反対の特約は可能）。他方、貸主の死亡の場合、本条の反対解釈として、使用貸借は終了しない。

※ 賃貸借であれば、借主の死亡は終了原因ではない。

**《過去問チェック》**

- 借主が死亡した場合、その相続人は、使用貸借の目的物を借主として使用収益する地位を承継する。（新司26-24）  
☞ 誤り。599条。使用貸借は、借主の死亡によって、その効力を失う。

**第600条（損害賠償及び費用の償還の請求権についての期間の制限）**

契約の本旨に反する使用又は収益によって生じた損害の賠償及び借主が支出した費用の償還は、貸主が返還を受けた時から1年以内に請求しなければならない。

**【趣旨】**

本条は、契約の本旨に反する使用又は収益により生じた損害賠償請求権及び借主が支出した費用償還請求権の行使期間を、法律関係の早期安定を図るために制限したものである。

**【ポイント】**

- 一 本条の期間の性質は除斥期間とされる。
- 二 除斥期間内の権利行使として認められるためには、裁判上の請求であることが必要であるかの問題がある。判例は、裁判外の請求で足りるとする（大判昭8.2.8）。これに対しては、法律関係の早期安定の趣旨から反対する学説も有力である（我妻）。

---

■ 平成27年短答式試験【民法】の問題・解説

---

民法〔平成27年第24問〕（配点：2）

賃貸借及び使用貸借に関する次の1から4までの各記述のうち、使用貸借にのみ当てはまるものはどれか。なお、本問において、賃貸借の賃貸人及び使用貸借の貸主は、いずれも「貸主」といい、賃貸借の賃借人及び使用貸借の借主は、いずれも「借主」という。（解答欄は、[No.24]）

1. 借主は、目的物の通常必要費を負担する。
2. 借主は、契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い、目的物の使用及び収益をしなければならない。
3. 貸主が死亡した場合、契約は当然に終了する。
4. 借主は、契約が終了した場合、目的物を原状に復さなければならないが、借主が目的物に附属させた物を取去するには、貸主の同意を得る必要がある。

民法 第24問	賃貸借と使用貸借	H 2 7 司法試験
---------	----------	------------

正解 [No.24] 1

**1 使用貸借にのみ当てはまる。**

民法595条1項, 608条1項。使用貸借において, 借主は, 借用物の通常必要費を負担する。その趣旨は, 借主は無償で目的物の使用・収益をすることができるので, その反面で通常必要費を負担することにより公平を図ることにある。

これに対し, 賃借人は, 賃借物について貸貸人の負担に属する必要費を支出したときは, 賃借人に対し, 直ちにその償還を請求することができる。本来, 賃借人は, 賃料を取得して賃借人に賃借物の使用収益を認めるものであるから, 使用及び収益を妨げるような状態にあるときは, その障害を除去しなければならないが, 多くは必要な修繕する義務が生ずる(民法606条1項)。このような場合に, 賃借人が代わって修繕などをしたときは, 賃借人はこれを必要費として賃借人に償還請求できるものとした。

よって, 使用貸借のように, 賃借人は通常必要費を負担しない。

したがって, 本記述は使用貸借にのみ当てはまる。

**2 賃貸借にも使用貸借にも当てはまる。**

民法594条1項, 616条。借主は, 契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従い, その物の使用及び収益をしなければならない。また, 民法594条1項の規定は, 賃貸借について準用されている。

したがって, 本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまる。

**3 賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。**

民法599条。使用貸借は, 借主の死亡によって, その効力を失う。その趣旨は, 使用貸借は無償であり, 貸主借主の個人的な対人関係に基づく場合が一般であることから, 借主の死亡によって消滅するものとし, 相続人への権利承継を認めないことにある。また, 貸主の死亡によって使用貸借はその効力を失わないとされる。これは, 貸主が死亡した場合には, 借主のもとに目的物の占有があり, その時点で借主は使用収益出来る状態になっていることから, 当初の契約のもとで予測されたリスクにはそれほど大きな変更がないためである。

また, 賃貸借契約の目的物の相続承継に伴ってその貸主の地位も相続人に承継される。よって, 賃貸借においても貸主が死亡した場合, 契約は当然に終了しない。

したがって, 本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。

**4 賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。**

民法598条, 616条。借主は, 借用物を原状に復して, これに附属させた物を取去ることができる。借主による附属物の取去が可能の場合には, 賃借人は, 賃借人から取去請求を受けないときには, 附属物を取去することができ, この場合, 賃借人は, これを受忍しなければならない。

よって, 借主が目的物に附属させた物を取去するには, 貸主の同意を得る必要はない。また, 民法598条の規定は, 賃貸借について準用されている。

したがって, 本記述は賃貸借にも使用貸借にも当てはまらない。

以上全体につき, 内田ⅡP. 171~216。川井(4)P. 204~277。

## ■ 短答合格 F I L E 【刑法】（一部抜粋）

### 【正当防衛】

#### 第36条（正当防衛）

- I 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。
- II 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

### 一 ☆ （論点）正当防衛の正当化根拠（法的性質論）～違法本質論との関係

#### A説 人間の自己保存本能に基づくとする立場

〔批判〕 正当防衛は他人の権利を防衛するためにも認められており、この場合、自己保存の本能では説明できない。

#### B説 結果無価値論からのアプローチ

〔理由〕 実質的違法性阻却の一般的原理に関する法益衡量説（優越的利益説）。

〔批判〕 正当防衛は急迫性を要件として成立するのであるから、単に不正な侵害であるというだけで保護法益が失われ、あるいはその利益が防衛行為者の利益よりも常に劣ると解するのは妥当でない。

B<sub>1</sub>説 不正な侵害者には法益が欠如するので、防衛行為が正当化されるとする立場（平野）。

B<sub>2</sub>説 不正な侵害者の利益は保護に値しないとして、防衛者に優越的利益を認める立場（曾根・前田）。

#### C説 行為無価値論からのアプローチ

「法は不法に屈する必要はない」として、法の自己保全ないし法確証の原理を強調する立場（団藤・大塚・大谷）

〔理由〕 ① 実質的違法性阻却の一般的原理に関する社会的相当性説

② 法秩序は元来国家機関による法定の手続によって維持されるべきであるが、それが不可能な緊急事態のもとでは、その侵害に対する反撃を認めて、法秩序の侵害の予防又は回復という観点から、法の自己保全を図り、法秩序の存在を確証するのでなければ社会秩序は維持できない。この意味において正当防衛は社会的相当性を有することになると解すべきである。

〔批判〕 ① 全体主義的色彩が強く、「正しい法秩序の維持」それ自体を重視するものであり、個人主義に立脚し、法益保護を目的とする刑法の解釈として妥当でない。

② 違法性の本質を社会倫理規範違反に求める点で妥当でなく、直観的に正当防衛の成否が判断されてしまうおそれがある。

### 二 急迫性

#### 1 意義

- (1) 「急迫」とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることを意味する（最判昭46. 11. 16）。
- (2) 急迫性の要件の機能は、過去及び将来の侵害を正当防衛から除外する点にある。
- (3) 防衛のための設備（ex. 忍び返し、自発銃、高压電線）をあらかじめ設置することも、それが侵害排除のための相当な方法といえれば、防衛の効果が急迫時に発生するものであるから急迫性の要件を満たし、正当防衛に当たる。

2 ☆ (論点) 侵害の予見と急迫性

(1) 侵害行為があらかじめ予期されていても、急迫性が認められるか。

A説 旧判例 (最判昭30. 10. 25)

単なる予期にとどまらず、侵害に対する十分な準備の存する場合には急迫性が欠ける。

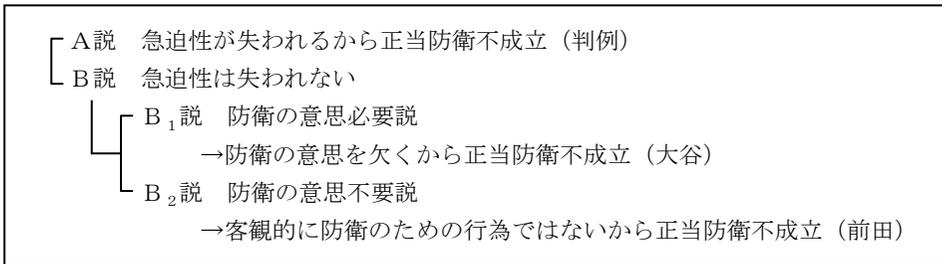
B説 現判例 (最決昭52. 7. 21, 百選 I 23事件, 通説)

その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことから直ちに急迫性を失うものではない。

[理由] 36条1項が、急迫性を要件とするのは、予期された侵害を避けるべき義務を課す趣旨ではない。

(2) 積極的加害意思と急迫性

☆ (論点) 予期された侵害の機会を利用し、積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときには、急迫性が失われるか



A説 急迫性が失われるとする立場 (最決昭52. 7. 21, 百選 I 23事件)

「36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない。

しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手方に加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや急迫性の要件を充たさない。」

B<sub>1</sub>説 急迫性が失われないとする説 (大谷)

「急迫」とは、客観的事態として危険が差し迫っていることを意味するから、加害の意思の有無によってその存否を判断すべきではなく、積極的な加害意思で侵害に臨んだときでも、そのことから直ちに急迫性が失われると解すべきではなく、むしろ、防衛意思が欠如しているものとして正当防衛の成立が否定されるべきである。

B<sub>2</sub>説 急迫性が失われないとする説 (前田)

急迫性は、36条1項の要件の中で最も客観的・形式的で明確な絞りであって、過去・将来の侵害を正当防衛の領域から排除する機能を有する。したがって、いかなる意思であろうと、客観的に侵害が差し迫っていれば、急迫と解すべきである。そうだとすれば、防衛者が確実に侵害を予期しても急迫だが、積極的加害意思で侵害に臨んだときは急迫ではないとするのは無理があるといわざるを得ない。

ただ、あらかじめ十二分の予見をもち、反撃の準備を行っていた場合には、正当防衛とはいえない場合がある。それは、急迫性が欠けるのではなく、「防衛行為」が相手の攻撃以前に開始されたと評価され、客観的に「防衛のための行為」ではないとみられるからである。

◎ 最判平9.6.16

【事案の概要】

被告人は、文化住宅A荘2階の一室に居住していたものであり、同荘2階の別室に居住するV（当時56歳）と日ごろから折り合いが悪かったところ、同荘2階の北側奥にある共同便所で小用を足していた際、突然背後からVに長さ約81cm、重さ約2kgの鉄パイプで頭部を1回殴打された。続けて鉄パイプを振りかぶったVに対し、被告人はそれを取り上げようとしてつかみ掛かり、同人ともみ合いになったまま同荘2階の通路に移動し、その間2回にわたり大声で助けを求めたが誰も現れなかった。その直後に被告人はVから鉄パイプを取り上げたが、同人が両手を前に出して向かってきたため、その頭部を鉄パイプで1回殴打した。そして、再度もみ合いになって、Vが被告人から鉄パイプを取り戻し、それを振り上げて被告人を殴打しようとしたため、被告人は同通路の南側にある1階に通じる階段の方へ向かって逃げ出した。被告人は階段上の踊り場まで至った際、背後で風を切る気配がしたので振り返ったところ、Vは通路南端に設置されていた転落防止用の手すりの外側に勢い余って上半身を前のめりに乗り出した姿勢になっていた。しかし、Vがなおも鉄パイプを手握っているのを見て、被告人は同人に近づいてその左足を持ち上げ、同人を手すりの外側に追い落とし、その結果、同人は、一階のひさしに当たった後、手すり上端から約4m下のコンクリート道路上に転落した。Vは、被告人の右一連の暴行により、入院加療約3ヶ月間を要する前頭、頭頂部打撲挫創、第2及び第4腰椎圧迫骨折等の傷害を負った。

【判旨】

① 侵害の継続性について

「Vは、被告人に対し執ような攻撃に及び、その挙げ句に勢い余って手すりの外側に上半身を乗り出してしまったものであり、しかも、その姿勢でなおも鉄パイプを握り続けていたことに照らすと、同人の被告人に対する加害の意欲は、おう盛かつ強固であり、被告人がその片足を持ち上げて同人を地上に転落させる行為に及んだ当時も存続していたと認めるのが相当である。また、Vは、右の姿勢のため、直ちに手すりの内側に上半身を戻すことは困難であったものの、被告人の右行為がなければ、間もなく態勢を立て直した上、被告人に追い付き、再度の攻撃に及ぶことが可能であったものと認められる。そうすると、Vの被告人に対する急迫不正の侵害は、被告人が右行為に及んだ当時もなお継続していたといわなければならない。」

② 防衛行為の相当性について

「しかしながら、Vの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約4m下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。

そうすると、被告人の暴行は、Vによる急迫不正の侵害に対し自己の生命、身体を防衛するためその防衛の程度を超えてされた過剰防衛に当たるといふべきである」

(3) けんか抗争等に備える目的での刃物の携帯と正当防衛

◎ 最決平17.11.8（重判平17刑法5事件）

【事案の概要】

被告人は、激しく対立していた男とのけんかに備える目的で、自己が使用する自動車のダッシュボード内にはさみの片刃を加工した本件刃物を入れていたところ、その車を運転中に出会った上記男を挑発したことから同人の運転する四輪駆動車に意図的に追突され、車は転覆した。身の危険を感じた被告人は、ダッシュボードから本件刃物を取り出し、ズボンのポケットに入れて車外にはい出し、一方、相手の男も車を降り、ゴルフクラブを手にして近付き、2人は路上で怒鳴り合う状態となった。たまたま事故を現認した私服の警察官らが間に入って2人

合格する勉強のやり方を身につけよう

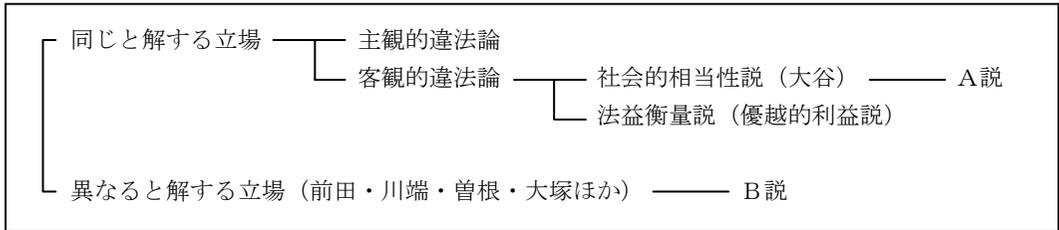
を押しとどめていたところ、近くにいた通行人が被告人のポケットからハンカチに包まれた本件刃物を取り出して警察官に渡し、本件刃物の不法携帯の事実が発覚した。本件は、この発覚時点での刃物の不法携帯を訴因として起訴されたものである。

**【決定要旨】**  
 「被告人が自動車のダッシュボード内に本件刃物を入れておいたことは不法な刃物の携帯というべきであり、その後本件刃物を護身用にポケットに移し替えて携帯したとしても、それは不法な刃物の携帯の一部と評価するのが相当であるから、本件訴因記載時点における被告人の携帯行為について、違法性が阻却される余地はないと解すべきである」

**【最判平元. 11. 13(百選 I 25事件)との違い】**  
 平成元年判例の事案は、①先行する車内での携帯行為の適法性が強くうかがわれること（果物の皮むき用として菜切り包丁を車内に置いていたことが指摘されている）、②急迫不正の侵害に直面して護身目的でこれを車外に持ち出した以降の携帯行為が訴因とされており、かつ、その訴因は正当防衛が成立する示凶器脅迫行為の訴因と時期的に全く重なっていることなどの点で、先行する車内での携帯が明らかに不法であった本件とは事案を異にする。

三 不正の侵害

1 ☆ (論点)「不正」は刑法上の違法性と同じ意味か



A説 大谷説

法の自己保全という見地からは、違法行為が存在しない以上、法の確証は必要ない。したがって、「不正」とは、違法行為をいうと解すべきである。

B説

刑法上の違法性は刑罰効果を認めるか否かの要件であるのに対し、「不正」は正当防衛を認めるか否かの要件であるので、両者が異なるのはむしろ当然である。

「不正」は、①目的の正当性、②手段の相当性、③法益の衡量、④(相対的)軽微性、⑤必要性・緊急性という実質的違法性阻却事由の一般基準を基本に、正当防衛に適するか否かという実質的視点から決定されねばならない(前田)。

2 ☆ (論点)責任無能力者の攻撃に対する正当防衛の可否

A説 「不正」は刑法上の違法と同じと解する立場

- { 主観的違法論→否定説
- { 客観的違法論→肯定説

B説 「不正」は刑法上の違法と異なる立場→肯定説

◎ 大判昭8. 9. 27《新司20-3》  
 「不正」とは、違法であることを意味する。

### 3 対物防衛～動物の侵害

- (1) 所有者の故意・過失に基づく場合には、人の行為によるものとして正当防衛が認められる(通説)。
- (2) ☆ (論点) 所有者の故意・過失に基づかずに、急に襲いかかってきた他人の飼犬に対して、正当防衛をすることができるか～不正の侵害は人間の行為に限られるか

#### A説 肯定説

「不正」を刑法上違法であることを要しないと解し、人の行為によらない侵害、動物による侵害に対しても正当防衛を肯定する。

侵害が、人によるものか、物によるものかにより、防衛行為としてなし得る行為が異なると解することは妥当でないということを根拠とする。

#### B説 否定説

「不正」とは、法秩序に反すること、すなわち違法と同義であると解し、動物の行動に対し違法という評価を下すことはできないから、正当防衛は成立し得ず、緊急避難の成否が問題となるとする。

もともと、この見解によっても、無主物である保護動物による侵害というごく限られた場合にのみ、正当防衛が成立しないと解するにすぎない(飼主に故意・過失があれば、飼主に対する正当防衛の成否が問題となるし、そもそも動物が、無主物であれば構成要件該当性が認められない)。

## 四 防衛の意思

### 1 ☆ (論点) 正当防衛が認められるためには防衛の意思を必要とするか

#### A説 防衛の意思不要説(結果無価値論と親和的)

〔理由〕① 違法か適法かは客観的に決めるべきで、違法性判断の対象に行為者の主観的事情を入れるべきではない。

② 防衛行為は、反射的に行われる場合が多く、防衛の意思を必要とすると、正当防衛の成立範囲を著しく狭めることになってしまう。

#### B説 防衛の意思必要説(最判昭46.11.16)(行為無価値論と親和的)

〔理由〕① 刑法における行為は、主観的要素と客観的要素から成立するものであり、そのことは防衛行為においても同様であることから、犯罪成立要件として主観的違法要素を認めることに対応し、主観的正当化要素も認めるべきである(大谷)。

② 防衛の意思を不要とすると、法確証によって社会秩序の維持を図るという正当防衛の趣旨に反する結果となる場合がある(大谷)。

※ 結果無価値論・行為無価値論のいずれを採るかで結論が一義的に導き出されるわけではないことに注意。

### 2 ☆ (論点) 防衛の意思の内容

#### X説 目的説

防衛の意思とは、行為の動機・目的・意図が専ら防衛のためであったことをいう。

#### Y説 認識説(曾根・大谷・大塚・川端)

防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識しつつ、これを避けようとする単純な心理状態であれば足りる。

〔理由〕 防衛意思の元来の意味は、積極的に不正な侵害から自己又は他人の権利を守るという意思のことであるが、本能的な自衛行為であっても、自らを防衛する意思に基づくものであることは否定できず、また、本能的な反撃行為も考慮に入れて正当防衛が規定されていることは疑いない。

※ なお、香城・安廣判事は、①防衛の認識と②防衛の意図の中間に、③攻撃に「対応する意思」という意思的要素を設定することは可能であり、それは積極的加害意思があれば否定されるとして、判例の整合性を説いている。

### 3 判例の変遷（防衛の意思・急迫性との関係）

（図表）防衛の意思・急迫性に関する判例の変遷

	防衛の意思	急迫性
〔Ⅰ〕 最判昭46. 11. 16	憤激・逆上して反撃した場合 →○ 攻撃に乗り積極的な加害行為に出た場合 →×	侵害をあらかじめ予期していた場合 →○
〔Ⅱ〕 最判昭50. 11. 28 (百選Ⅰ24事件)	防衛意思と攻撃意思が併存する場合 →○ 防衛に名を借りた積極的な攻撃がなされた場合 →×	
〔Ⅲ〕 最決昭52. 7. 21 (百選Ⅰ23事件)		侵害が当然・確実に予期された場合 →○ 侵害の機会を利用して積極的に加害行為をする意思で反撃行為をした場合 →×
〔Ⅳ〕 最判昭60. 9. 12	専ら攻撃の意思で反撃行為をした場合 →×	

判例〔Ⅰ〕〔Ⅱ〕〔Ⅳ〕は、専ら攻撃の意思で反撃行為を行った場合には、防衛の意思が欠けるとして、急迫性の要件ではなく防衛の意思の要件の問題としているのに対し、判例〔Ⅲ〕は、侵害が予期できる場合にその機会を利用して積極的に加害する意思で反撃行為をした場合には、急迫性の要件の問題としている。

防衛の意思の要件の存否は、不正の侵害に対し現に反撃行為に及ぶ時点において問題となるのに対し、急迫性の要件は、防衛行為を正当ならしめる状況上の前提要件であるから、現に反撃行為に及ぶ以前の段階において問題となるのであって、検討すべき時点を異にしていることから、上記判例は、矛盾するものではない。

すなわち、判例は、攻撃の意思につき、まず、急迫性の要件において検討し、反撃行為に及ぶ以前の段階で攻撃の意思が欠けるとして急迫性の要件を充足する場合には、次に、防衛の意思の要件において、防衛行為の段階で積極的な攻撃の意思があったか否かを考慮すべきと解しているとされている。

#### 〔Ⅰ〕最判昭46. 11. 16

本判決は、被告人が、言い争いをしたAと仲直りをするために謝りに行ったところ、Aが殴りかかってきたので、被告人が逆上しとっさにくり小刀でAの胸を刺し死亡させたという事案において、「36条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に押

し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」とし、「相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではなく、「攻撃に乘じ積極的な加害行為に出たなどの特別な事情が認められないかぎり」防衛の意思は失われないと判示した。

〔Ⅱ〕 最判昭50.11.28 (百選 I 24事件)

本判決は、Aから殴る蹴るの暴行を加えられているBを救うために散弾銃を持ち出してきた被告人を、Aが「このやろう。殺してやる」などと言って追いかけてきたので、被告人は逃げたがAに迫いつかれそうに感じ、Aが死亡するかもしれないことを認識しながら、振り向きざまにAに向けて発砲し、傷害を負わせたという事案において、「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではない」と判示した。

〔Ⅲ〕 最決昭52.7.21 (百選 I 23事件)

政治集団B派の被告人らは、A派の来襲を受けこれを撃退した後、再度の襲撃を予期して鉄パイプ類を準備し、現実起こった第二次の襲撃の際、A派数名に共同暴行を加えたという事案において、「36条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではない」としつつ、「同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない」と判示した。

〔Ⅳ〕 最判昭60.9.12

本判決は、Aから二度にわたる相当激しい暴行を受けた被告人が、憤激し、憎悪のあまり調理場にあった文化包丁を持ち出し、「表に出てこい」などと言いながら出入口に向かったところ、Aに「逃げる気か」といって背後から肩をつかまれるなどしたため、更に仕打ちを受けるかも知れないと思い、振り向きざま包丁でAの胸を刺し死亡させたという事案において、憎悪の念や怒りあるいは攻撃意思が併存していても防衛意思は否定されないが、反撃行為が「専ら攻撃の意思」で行われた場合には、防衛意思が否定されることもあり得るとした。

## ■ 平成27年短答式試験【刑法】の問題・解説

### 刑法〔平成27年第7問〕（配点：2）

学生Aと学生Bは、次の【事例】における甲の罪責について後記【会話】のとおり検討している。【会話】中の①から⑧までの（ ）内から適切な語句を選んだ場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は、[No.13]）

#### 【事例】

甲は、乙に対し、殺意をもって、拳銃の引き金を引いて銃弾1発を発射し、乙の胸部に命中させて乙を殺害した。甲が拳銃で乙に狙いを付ける直前、乙は、甲に対し、殺意をもって、拳銃で狙いを付けて引き金を引こうとしていたものの、甲が発射した銃弾によって死亡したことから、引き金を引くには至らなかった。なお、甲は、乙が拳銃で自己に狙いを付けていることを知らなかった。

#### 【会話】

学生A. 甲の行為は、殺人罪の構成要件に該当する。そして、正当防衛の成立要件として、防衛の意思が必要であると考え、甲には①（a. 殺人既遂罪が成立し・b. 正当防衛が認められ）、防衛の意思は不要であると考え、甲には②（c. 殺人既遂罪が成立する・d. 正当防衛が認められる）ことになる。

学生B. 最近では、防衛の意思必要説、不要説のいずれから、甲には殺人未遂罪が成立し得るという見解が有力に主張されている。防衛の意思必要説からの殺人未遂罪説は、違法性は行為無価値と結果無価値の総合から構成されるという違法二元論を根拠とし、③（e. 行為無価値の存在と結果無価値の欠如・f. 行為無価値の欠如と結果無価値の存在）を理由に、一方、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説は、④（g. 適法・h. 違法）な結果が発生する具体的危険があることを理由に、それぞれ殺人未遂罪が成立し得ると説明している。

学生A. しかし、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説に対しては、⑤（i. 「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」・j. 「侵害を試みることはよいが侵害は許されない」）ことになるとの批判がある。

学生B. もともと、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説が問題にしている危険は、⑥（k. 別のあり得た違法結果・l. 当該結果）が発生させる危険ではなく、⑦（m. 別のあり得た違法結果・n. 当該結果）が発生させる危険と言われている。だから、その批判は当たらない。

学生A. いずれにせよ、殺人未遂罪説は、実際に乙が死亡しているのだから、罪刑法定主義上、問題があると思う。

学生B. 刑法第43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」と規定しており、これを、⑧（o. 構成要件的结果・p. 構成要件に該当する違法な結果）が発生しなかったという意味に理解すれば、文言解釈としての問題はないと思う。

1. ①a ②d ③e ④h ⑤i ⑥k ⑦n ⑧o
2. ①b ②c ③e ④g ⑤j ⑥k ⑦n ⑧p
3. ①b ②c ③f ④g ⑤j ⑥k ⑦n ⑧o
4. ①a ②d ③e ④h ⑤i ⑥l ⑦m ⑧p
5. ①a ②d ③f ④h ⑤j ⑥l ⑦m ⑧p

刑法 第7問	防衛の意思	H27司法試験
--------	-------	---------

正解 [No.13] 5

【完成文】

学生A. 甲の行為は、殺人罪の構成要件に該当する。そして、正当防衛の成立要件として、防衛の意思が必要であると考え、甲には①（a. 殺人既遂罪が成立し）、防衛の意思は不要であると考え、甲には②（d. 正当防衛が認められる）ことになる。

学生B. 最近では、防衛の意思必要説、不要説のいずれからも、甲には殺人未遂罪が成立し得るという見解が有力に主張されている。防衛の意思必要説からの殺人未遂罪説は、違法性は行為無価値と結果無価値の総合から構成されるという違法二元論を根拠とし、③（e. 行為無価値の存在と結果無価値の欠如）を理由に、一方、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説は、④（h. 違法）な結果が発生する具体的危険があることを理由に、それぞれ殺人未遂罪が成立し得ると説明している。

学生A. しかし、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説に対しては、⑤（i. 「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」）ことになるとの批判がある。

学生B. もともと、防衛の意思不要説からの殺人未遂罪説が問題にしている危険は、⑥（l. 当該結果）を発生させる危険ではなく、⑦（m. 別のあり得た違法結果）を発生させる危険と言われている。だから、その批判は当たらない。

学生A. いずれにせよ、殺人未遂罪説は、実際に乙が死亡しているのだから、罪刑法定主義上、問題があると思う。

学生B. 刑法第43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」と規定しており、これを、⑧（p. 構成要件に該当する違法な結果）が発生しなかったという意味に理解すれば、文言解釈としての問題はないと思う。

（ ）には順に、「①a ②d ③e ④h ⑤i ⑥l ⑦m ⑧p」と入り、したがって、正解は肢4となる。

①について。

Aの第一発言から、甲の行為が殺人罪の構成要件に該当することは確定している。しかし、事案から明らかなように、甲の行為は偶然にも防衛の効果が生じている。そこで、甲に正当防衛が成立するかが問題となる。正当防衛の成立要件として防衛の意思を必要と考えれば、防衛の意思がない甲には正当防衛は成立せず、殺人既遂罪が成立することになる。

したがって、①には「a. 殺人既遂罪が成立し」が入る。

②について。

正当防衛の成立要件として、防衛の意思を不要であると考えれば、甲の行為は、偶然とはいえ客観的な防衛の効果が生じているため、正当防衛が成立することになる。

したがって、②には「d. 正当防衛が認められる」が入る。

③について。

Bの第一発言からは、甲に殺人未遂罪が成立し得るという有力説を検討することが求められている。防衛の意思必要説を前提に、違法性は行為無価値と結果無価値の総合から構成されるという違法二元論を根拠とすれば、事案の甲には、行為自体の違法性はあり、結果も発生しているものの、結果の違法性が欠けるため、殺人未遂罪が成立すると考えることができる。この考

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

え方は、行為無価値の残存と結果無価値の欠如を理由とするものである。

したがって、③には「e. 行為無価値の存在と結果無価値の欠如」が入る。

### ④について。

防衛の意思不要説からの未遂説は、違法な結果が生じた可能性があったことを理由とする。

したがって、④には「h. 違法」が入る。

### ⑤について。

Aの第二発言では、防衛の意思不要説からの未遂説に対する批判を検討することが求められている。この見解に対しては、結果無価値を徹底すると結果だけでなく行為も正当化されるはずであるとの批判が向けられている。

したがって、⑤には、結果は正当化されるが行為は正当化されない意味の文章が入ることになり、「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」が入る。

### ⑥⑦について。

Bの第二発言では、Aの第二発言での批判を受けて、防衛の意思不要説からの未遂説の立場で再反論をすることが求められている。この立場が、問題にしている危険は、当該結果（正当化されている）を発生させる危険（これも正当化されている）ではなく、別のあり得た違法結果を発生させる危険であり、「侵害はよいが侵害を試みることは許されない」という場合の、前の「侵害」と後の「侵害」は別の侵害なのであるから、おかしな点はないと主張する。

したがって、⑥には「l. 当該結果」が、⑦には「m. 別のあり得た違法結果」が入る。

### ⑧について。

Bの第三発言では、直前のAの第三発言を受けて、未遂説でも罪刑法定主義上問題はないとする立場を検討することが求められている。現行法の未遂規定が構成要件的结果が不発生の場合だけを予定しているのだとすれば、未遂犯の成立を認めることは、罪刑法定主義上、問題がある。

しかし、刑法43条は、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」とだけ規定しているため、これを、構成要件に該当する違法な結果を実現させなかった者を意味すると解することは、文言解釈として十分可能であると主張できる。

したがって、⑧には「p. 構成要件に該当する違法な結果」が入る。

以上全体につき、山口P.69～70。前田（総）P.265～272。

## ■ 短答合格 F I L E 【刑法】（一部抜粋）

### 第177条（強姦）

暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、3年以上の有期懲役に処する。13歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。

#### 一 意義

- 1 女性の性的自由が保護法益である。
- 2 被害者の自由な意思決定に基づく真意の承諾がある場合、構成要件該当性を欠き、本罪は成立しない。

#### 二 主体

主体は通常は男性である。もっとも、女性も、間接正犯・共同正犯として正犯となり得る（最判昭40.3.30）（真正身分犯であるが、自手犯ではない）。

#### 三 客体

「女子」に限られている。法律上の妻・内縁の妻も含まれ得る（広島高松江支判昭62.6.18）。

#### 四 行為

- 1 客体が13歳以上の女子である場合…「暴行又は脅迫」を用いて「姦淫」することである。
  - (1) 「暴行又は脅迫」は、被害者の反抗を著しく困難にする程度が必要である（最判昭24.5.10）。
  - (2) 暴行・脅迫により女子の心神を喪失若しくは抗拒不能の状態にして姦淫した場合は、準強姦罪（178条）ではなく、本条の強姦罪となる（最判昭24.7.9）。
  - (3) 「姦淫」とは、男性生殖器の少なくとも一部を女性生殖器に挿入することをいう（大判大2.11.19）。
- 2 客体が13歳未満の女子の場合…単に「姦淫」することである。

### 第178条（準強制わいせつ及び準強姦）

- I 人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為をした者は、第176条の例による。
- II 女子の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、姦淫した者は、前条の例による。

#### 一 意義

本条は、人の心神喪失・抗拒不能の状態を利用して、わいせつな行為をなし、あるいは姦淫する場合を強制わいせつ罪（176条）・強姦罪（177条）と同様に処罰するものである。

#### 二 客体

- 1 「わいせつ」な行為をする場合は男女である。
- 2 「姦淫」する場合は女子である。

#### 三 行為

①「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ…わいせつな行為」をすること、②「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ…姦淫」をすること、③「人の…心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、わいせつな行為」をすること、④「人の…心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

姦淫」することである。

- 1 「心神喪失」とは、精神の障害により正常な判断能力を失っていることをいう（ex. 泥酔状態、重度の精神障害の状態）。
- 2 「抗拒不能」とは、心神喪失以外の事由で心理的・物理的に抵抗が不可能ないし著しく困難な状態をいう（ex. 熟睡している場合、催眠術や薬品を用いた場合、雇用関係・身分関係に基づく従属的地位にあるため抗拒不能とみられる場合）。
- 3 「乗じ」とは、心神喪失・抗拒不能の状態を利用することをいう。

### 四 故意

被害者が、心神喪失・抗拒不能の状態にあることを認識していることが必要である。

### 五 「前条の例による」

- 1 わいせつ行為の場合、「6年以上10年以下の懲役に処する」（176条）ということである。
- 2 姦淫の場合、「強姦の罪とし、3年以上の有期懲役に処する」（177条）ということである。

### 第178条の2（集団強姦等）

二人以上の者が現場において共同して第177条又は前条第2項の罪を犯したときは、4年以上の有期懲役に処する。

#### 一 新設の趣旨

本条は、平成16年に新設された犯罪類型である。2人以上の者が現場において共同して強姦罪又は準強姦罪を犯す事態が典型的に存在し、法益侵害性が高くかつ国民の処罰感情が強いことを考慮して、単独の強姦罪・準強姦罪より重く処罰する規定である。必要的共犯である。従来から、集団的形態の強姦については親告罪の例外とされており、一般の強姦より悪辣性が高いという評価は、法的にも存在した。減輕事由のない限り、執行猶予を付し得ず、当然、親告罪でもない（180条2項）。致死傷罪は6年以上の懲役となる（181条3項）。

#### 二 共同して犯した

「2人以上の者が現場において共同して犯した」とは、2人以上の者が現場において、共同実行の意思をもって、共同して犯すことをいう。「共同して犯す」という表現からは、直接姦淫行為を共同して実行することを予定しているようにも見えるが、加功行為が実行共同正犯と認められる実質を有している限り、見張り行為であっても共同して犯す行為に当たるとされる。複数の者が1人の被害者をその場で順次強姦した場合についても、「現場において共同して犯す」に当たる。ただ、共同して犯したというためには、たまたま現場に居合わせたというだけでは足りず、共同実行の意思が必要である。

実行正犯が1人で、他は共謀共同正犯で現場にはいなかったという場合には本条に当たらないが、2人以上の者が同時に現場にいた以上は本条の適用があり、その場合に現場にいなかった共謀参加者も、集団強姦に当たり得る。

### 第179条（未遂罪）

第176条から前条までの罪の未遂は、罰する。

#### 一 意義

本条により、強制わいせつ罪、強姦罪、準強制わいせつ罪・準強姦罪・集団強姦等罪の未遂が処罰される。これらの罪については予備行為を処罰する規定がないので、個別具体的な事情のも

とにおいて、いつの時点で実行に着手したといえるかが問題となる。

## 二 実行の着手時期

### 1 強制わいせつ罪

- (1) 客体が13歳以上の場合…手段となる暴行・脅迫を開始した時である。
- (2) 客体が13歳未満の場合…わいせつな行為を開始した時である。

### 2 強姦罪

- (1) 客体が13歳以上の場合…手段となる暴行・脅迫を開始した時である。
- (2) 客体が13歳未満の場合…姦淫行為を開始した時である。

### 3 準強制わいせつ罪・準強姦罪

- (1) 人の心神喪失・抗拒不能に乗じての場合  
わいせつな行為・姦淫行為を開始した時である。
- (2) 人の心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせる場合  
わいせつな行為又は姦淫行為を行う目的をもって、手段となる人の心神を喪失させ、抗拒不能にさせる行為を開始した時である。

#### ※ 強制わいせつ未遂罪と強姦未遂罪との区別

両罪は行為態様が極めて類似する。そこで、両罪の区別は行為者の故意で区別せざるを得ないことになる（大判大3.7.21）。

### 4 具体例

暴行・脅迫が直接に姦淫行為と結び付いていないとき、例えば自動車内で強姦するつもりで車内に無理矢理引きずり込む行為は強姦罪にいう暴行といえるか。

→暴行は姦淫行為と不可分のものを含むから、単に姦淫の準備のためにする暴行は含まない。

ただし、当該暴行が強制わいせつ・強姦行為に至る切迫した客観的危険性を有するときは実行の着手ありといえる（最決昭45.7.28、百選I 63事件）。

## 第180条（親告罪）

- I 第176条から第178条までの罪及びこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。
- II 前項の規定は、二人以上の者が現場において共同して犯した第176条若しくは第178条第1項の罪又はこれらの罪の未遂罪については、適用しない。

## 一 意義

- 1 本条は、強制わいせつ罪、強姦罪、準強制わいせつ罪・準強姦罪及びこれらの未遂罪を親告罪とするものである。
- 2 親告罪としたのは、犯罪の性質上、訴追することによって、名誉その他の点で被害者の不利益を増大させる結果となるおそれがあるからである。
- 3 2項が非親告罪とされたのは、行為態様の悪質さなどを考慮し、処罰の必要性を優先させたためである。

**第181条（強制わいせつ等致死傷）**

- I 第176条若しくは第178条第1項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって人を死傷させた者は、無期又は3年以上の懲役に処する。
- II 第177条若しくは第178条第2項の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、無期又は5年以上の懲役に処する。
- III 第178条の2の罪又はその未遂罪を犯し、よって女子を死傷させた者は、無期又は6年以上の懲役に処する。

一 意義

本条は、強制わいせつ・強姦・準強制わいせつ・準強姦・集団強姦等及びこれらの未遂罪を犯し、その結果、人を死亡させ、又は負傷させた者を重く処罰するものである（結果的加重犯）。

二 行為・結果

- 1 わいせつ・姦淫行為の機会に行われた暴行・脅迫によって死傷の結果を生じた場合に限るかについて、密接に関連する行為も含むとするのが判例（最決昭43.9.17）である。なお、240条と異なり、「よって」という文言により、条文上、結果的加重犯であることが明示されているため、240条の場合における機会説（判例）はここでは妥当しない。181条においては、加重結果を生ぜしめる基本行為にどこまで含まれるかが問題となる。この点につき判例は、強制わいせつ行為に「随伴する」ものまで含めている（最決平20.1.22、百選II15事件）。

◎ 最決平20.1.22（百選II15事件）

判例は、「わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、被害者に対して暴行を加えたものであるが、被告人のこのような暴行は…準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」としている。

- 2 わいせつ・姦淫行為又はその手段となる暴行・脅迫行為と死傷の結果との間には因果関係が必要である。

三 故意

☆（論点）強姦の際、死傷の結果に故意のある場合を含むか

A説 含む（181条2項一罪で処理する）。

〔理由〕 強盗致死傷罪（240条）の場合と同様に、181条2項の場合も重い結果について故意ある場合を含むと解すべきである。

〔批判〕 ① 殺意のある場合の方が単なる殺人罪（5年～死刑）よりも刑が軽くなるのは不合理である。

② 強姦の場合に殺意ある場合は例外であり、立法者がその場合を含めて181条を規定したとは考えられない。

B説 含む（A説を基本としつつ、殺意がある場合には199条との観念的競合となる）（団藤）。

〔理由〕 ① 刑事学的な犯罪類型として、重い結果について故意のある場合とない場合とで区別して考えるべきではない。

② 傷害の故意ある場合を含むと解さなければ、刑の均衡が害される（強姦罪と傷害罪の観念的競合とすると、刑は強姦罪のそれにとどまるから強姦致傷罪よりも著しく軽くなる）。

- 〔批判〕 ① 傷害の故意ある場合と殺意ある場合とで扱いが異なるのは妥当でない。
- ② 意図的な殺害を二重に評価するのは問題である。強姦の場合に殺意ある場合は例外であり、立法者がその場合を含めて181条2項を規定したとは考えられない。
- C説 含まない（傷害の故意ある場合は181条2項と204条，殺意のある場合は181条2項と199条の観念的競合ないしは併合罪となる）（最判昭31.10.25）。
- 〔理由〕 結果的加重犯には重い結果について故意ある場合を含めるべきではない。
- 〔批判〕 ① 強姦致死傷罪には死傷の結果について故意ある場合を含まないとしながら，重い結果について故意ある場合に，181条2項を適用することができるのか疑問である。
- ② 被害者を一つの行為で故意的に，かつ故意的でなく殺害することを認めるのは論理矛盾である。
- D説 含まない（強姦罪（177条）と204条・199条の観念的競合となる）（大塚）。
- 〔理由〕 ① 結果的加重犯には重い結果について故意ある場合を含めるべきではない。
- ② 傷害の故意ある場合，強姦罪の法定刑の範囲内（3年～20年）で処断されることはやむを得ないところであって，実質的にも，それで不都合は生じない。なぜなら，強姦致死傷罪の法定刑の上限に近いところは，「致死」の場合を予想していると考えられるからである。
- 〔批判〕 傷害の故意ある場合の方が，故意のない場合（5年～無期）よりも軽くなるのは不合理である。
- E説 傷害の故意ある場合は含む（181条2項一罪…A説）が，殺人の故意ある場合は含まれない（強姦罪（177条）と199条の観念的競合となる…D説）（前田）。
- 〔理由〕 ① 181条2項の犯罪類型を刑事学的に考察すると，殺意のある場合は考えられないが，傷害の故意は，未必の故意を含めればむしろ一般的に伴うものとさえいえる。そうだとすると，傷害の故意ある場合はA説，殺意のある場合はD説が最も合理的である。
- ② 現行法上，「致死」の結果につき特に重い刑罰が科されている場合は，重い結果につき故意のある場合を含むものとして説明するのが最も妥当である。しかし，181条2項は死刑がない点で殺人罪より軽く，殺意ある場合を含むものと解することはできない。

【各説の帰結】

（図表）強姦の際，死傷の結果に故意のある場合の各説からの帰結

	通常の強姦致死傷	傷害の故意ある場合	殺意ある場合	通常の殺人
A説	5年～無期	5年～無期	5年～無期	5年～死刑
B説		5年～無期	5年～死刑	
C説		5年～無期	5年～死刑	
D説		3年～20年 *	5年～死刑	
E説		5年～無期	5年～死刑	

## 合格する勉強のやり方を身につけよう

A説 181条3項

C説 181条3項+199条, 204条

D説 178条の2+199条, 204条

	集団強姦致死傷	傷害の故意ある場合	殺意ある場合	通常の殺人
A説	6年～無期	6年～無期	6年～無期	5年～死刑
C説	6年～無期	6年～無期	6年～死刑	5年～死刑
D説	6年～無期	4年～20年 *	5年～死刑	5年～死刑

\* 刑法12条1項

### 四 結果

死傷の結果が生じれば、姦淫行為が未遂でも致死傷罪は成立する。強姦未遂罪を犯しよって死傷の結果を生ぜしめれば足りる。181条に未遂はない。

### 五 罪数

- 1 強姦終了後、被害者に内密にすることを迫り暴行を加えて負傷させた場合、強姦罪と傷害罪の併合罪となる（大判大15.5.14）。
- 2 発覚を恐れて強姦終了後被害者を殺害した場合、強姦罪と殺人罪の併合罪となる（大判昭7.2.22）。
- 3 強姦により被害者を負傷させ、更に死に至らしめた場合、傷害の事実は致死の結果に吸収され、強姦致死罪一罪が成立する（最判昭23.11.16）。

### 《過去問チェック》

- 甲は、V女を強姦した後、同女から金品を奪う意思を生じ、同女に更なる暴行・脅迫を加え、その反抗を抑圧して同女の財布を奪った。甲には強盗強姦既遂罪は成立しない。（予備24-11）  
☞正しい。最判昭24.12.24。
- 甲は、V女に暴行を加えてその反抗を著しく困難にさせた上で姦淫しようと思い、同女の顔面を1回殴ったところ、同女に逃げられ、姦淫することはできなかったが、前記殴打行為により同女に全治約1か月間を要する鼻骨骨折の傷害を負わせた。甲には強姦未遂罪と傷害罪が成立し、両罪は観念的競合となる。（予備24-11）  
☞誤り。最判昭23.11.16、最決昭43.9.17。本記述では、強姦致傷既遂罪の一罪が成立する。
- 甲は、強姦するために反抗を著しく困難にする程度の暴行をV女に加えたところ、その暴行により同女が脳震とうを起こして失神した。甲は失神した同女を姦淫した。甲には準強姦既遂罪が成立する。（予備24-11）  
☞誤り。最判昭24.7.9。
- 甲は、13歳のV女を12歳であると誤信したまま、暴行・脅迫を加えることなく同女を姦淫した。甲には強姦既遂罪は成立しない。（予備24-11）  
☞正しい。本記述では、暴行・脅迫を用いていないので、177条前段の客観的構成要件を充足していない。また、V女は13歳であるから、甲がV女を12歳と誤信したとしても177条後段の客観的構成要件を充足しない。
- 甲は、強姦するため、殺意をもってV女に強度の暴行を加え、同女の反抗を抑圧した上で同女を姦淫し、同暴行により、同女を死亡させた。甲には強姦致死罪のみが成立する。（予備24-11）  
☞誤り。大判大4.12.11。判例は、強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とする。

---

■ 平成27年司法試験短答式試験【刑法】の問題・解説

---

刑法〔平成27年第8問〕（配点：2）

次のアからオまでの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。（解答欄は，【No.14】）

ア．準強制わいせつ罪（刑法第178条第1項）の「心神喪失」とは，責任能力における心神喪失と同義である。

イ．第三者の暴行・脅迫によって女子が「抗拒不能」の状態に陥っているのを利用して，同人を姦淫した場合，準強姦罪（刑法第178条第2項）が成立する。

ウ．2名以上の者が，女子を強姦する目的でそれぞれ暴行を加えて同人の反抗を著しく困難な状態にした上，犯行現場にいる者のうち1名が姦淫行為に及んだ場合，集団強姦罪（刑法第178条の2）が成立する。

エ．女子を強姦する目的で暴行を加えたところ，その暴行によって同人が死亡したため，姦淫するに至らなかった場合，強姦致死罪（刑法第181条第2項）が成立する。

オ．女子に対して準強制わいせつ罪に当たる行為をし，同人に騒がれて捕まりそうになり，わいせつな行為を行う意思を喪失してその場から逃走するため同人に暴行を加えて傷害を負わせた場合，強制わいせつ致傷罪（刑法第181条第1項）は成立せず，準強制わいせつ罪と傷害罪が成立する。

1. ア ウ      2. ア オ      3. イ ウ      4. イ エ      5. エ オ

刑 法 第 8 問	わいせつの罪	H 2 7 司法試験
-----------	--------	------------

正解 [No.14] 2

**ア誤り。**準強制わいせつ罪（刑法178条1項）の「心神喪失」とは、失神、睡眠、泥酔、高度の精神障害等の理由により、自己の性的自由が侵害されていることについての認識を欠く場合をいう。

これに対して、責任能力（刑法39条1項）における心神喪失とは、精神の障害により事物の是非善悪を弁識する能力（是非弁識能力）がない場合、又は、是非の弁識に従って自己の行為を制御する能力（行動制御能力）がない場合をいう（大判昭6. 12. 3）。

よって、準強制わいせつ罪の「心神喪失」は、責任能力における心神喪失とは同義ではない。

したがって、本記述は誤っている。

**イ正しい。**刑法178条2項前段の準強姦罪は、女子の心神喪失又は拒抗不能に乗じて姦淫行為を行った場合に成立する。

本罪は、姦淫の目的で行為者自ら抵抗困難な状態を作出する場合のみならず、第三者によって失神させられた被害者を姦淫する場合のように、**第三者によって作出された状態を利用する場合を含む**とされている。

よって、準強姦罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

**ウ正しい。**集団強姦罪（刑法178条の2）の成立には、「2人以上の者が現場において共同して」いることが必要である。もっとも、本罪は、集団による強姦等の行為のもつ手段としての危険性及び結果発生危険性の高さに着目して設けられたものであるから本罪の成立には、**必ずしも複数の者が姦淫行為に及ぶことを必要としない**。

本記述では、2名以上の者が、女子を強姦する目的でそれぞれ暴行を加えて同人の犯行を著しく困難な状態にした上、犯行現場にいる者のうち1名が姦淫行為に及んでいるため、「2人以上の者が現場において共同して第177条…の罪を犯した」といえる。よって、集団強姦罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

**エ正しい。**強姦致死傷罪（刑法181条2項）は、強姦罪（刑法177条）又は強姦未遂罪（刑法179条、177条）等を犯し、**よって女子を死傷させた場合に成立する**。そして、強姦罪の着手時期は、姦淫の手段となる暴行又は脅迫を開始した時点である。

本記述では、女子を強姦する目的で暴行を加えた時点で、強姦罪の着手が認められ、強姦未遂罪が成立する。そして、その暴行によって同人が死亡しているので、姦淫の有無にかかわらず、強姦致死罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

**オ誤り。**最決平20. 1. 22（百選II15事件）。判例は、本記述と同様の事案において、「被告人のこのような暴行は、上記準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」としている。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、刑法181条1項の文理上、死傷の原因行為をわいせつ行為自体及びその手段としての暴行・脅迫に限定して解釈する必

要がないこと、また、わいせつ行為が終わった後に、さらに暴行・脅迫が加えられることもしばしばあるという犯罪の実態面を考えてみても立法者の意図として、わいせつ行為終了後の暴行に基づく死傷について、全て強制わいせつ致傷罪の成立を否定する趣旨とは解されないということを挙げている。

本記述では、女子に対して準強制わいせつ罪（刑法178条）に当たる行為をし、同人に騒がれて捕まりそうになり、その場から逃走するため同人に暴行を加えて傷害を負わせている。この暴行は準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する。

したがって、本記述は誤っている。

以上により、誤っている記述はアとオであり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、山口P.246～250、前田（各）P.146～168。

## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）  
京都本校：〒604-8152 京都市中京区烏丸通錦小路上ル手洗水町670京都フクトクビル6F  
TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神1-10-17 西日本ビル8F TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335