

短答なんか嫌いだ！短答で7割とれない！

そんな人のために今からやるべき勉強法

【短答完璧講座 2018 ガイダンス】

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

短答完璧講座 2018・6月ガイダンス

短答なんか嫌いだ！短答で7割とれない！
そんな人のために今からやるべき勉強法

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

目 次

1. 金沢幸彦先生からのアドバイス	2
2. 平成29年司法試験・予備試験短答共通問題から	
憲法〔No.1〕憲法22条1項	3
〔No.2〕憲法改正	15
民法〔No.1〕売買契約の解除	21
〔No.2〕共同不法行為と使用者責任	29
刑法〔No.1〕略取、誘拐及び人身売買	43
〔No.2〕犯罪の成立時期	57

1. 金沢幸彦先生からのアドバイス

1 現状認識の必要性

- (1) プランニングは明確か？
- (2) 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！

2. 平成29年司法試験・予備試験 短答共通問題から

憲 法 No.1	憲法22条1項	H29共通問題
----------	---------	---------

憲法〔平成29年 司法試験第8問・予備試験第4問〕（配点：2）

憲法第22条第1項の解釈に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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までのの中から選びなさい。

ア．農業災害補償法が一定の稲作農業者を農業共済組合に当然に加入させる仕組みを採用したことの合憲性は、当該仕組みが国民の主食である米の生産の確保と稲作を行う自作農の経営の保護を目的とすることから、必要最小限度の規制であるか否かによって判断される。

イ．憲法第22条第1項は職業選択の自由を保障しているが、いわゆる営業の自由は、財産権の行使という側面を併せ有することから、同項及び第29条第1項の規定によって根拠付けられる。

ウ．職業の許可制は、狭義の職業の選択の自由そのものに制約を課す強力な制限であるため、社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置であっても、より緩やかな規制によってはその目的を十分に達することができない場合でなければ、合憲性を肯定し得ない。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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 No.1	憲法22条1項	H29共通問題
----------	---------	---------

正解 8

【司法試験】

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	2	2	3	12	4	14	18	44

【予備試験】

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	2	6	5	13	6	17	15	36

ア誤 り。本記述は、必要最小限度の規制であるか否かによって判断されるとしている点で、誤っている。

最判平17. 4. 26。

判例は、Xが農業災害補償法の農作物共済への当然加入制は職業の自由等を侵害するとして、滞納処分取消訴訟等を提起した事案において、農業災害補償法が、「水稻等の耕作の業務を営む者でその耕作面積が一定の規模以上のものは農業共済組合の組合員となり当該組合との間で農作物共済の共済関係が当然に成立するという仕組み（…以下「当然加入制」という。）を採用した趣旨は、国民の主食である米の生産を確保するとともに、水稻等の耕作をする自作農の経営を保護することを目的」とするとした上で、「当然加入制の採用は、公共の福祉に合致する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置ということができ、立法府の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので著しく不合理であることが明白であるとは認め難い。したがって、上記の当然加入制を定める法の規定は、職業の自由を侵害するものとして憲法22条1項に違反するということとはできない」としている。

イ誤 り。本記述は、営業の自由は、財産権の行使という側面を併せ有することから、憲法22条1項及び29条1項の規定によって根拠付けられるとしている点で、誤っている。

最大判昭47. 11. 22（百選I96事件、社会経済政策としてなされる営業規制—小売市場事件）。

判例は、小売商業調整特別措置法3条1項が小売市場の開設を許可する条件として適正配置の規制を課していることの合憲性が争われた事案において、「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる」としており、憲法29条1項に言及していない。

判例の結論に賛成する学説は、その理由として、憲法22条1項の「職業選択の

自由」には、自ら選択した職業を遂行する自由が含まれるところ、職業を遂行する自由の中に営業の自由も含まれるということを挙げている。

ウ誤　リ。本記述は、社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置であっても、より緩やかな規制によってはその目的を十分に達することができない場合でなければ、合憲性を肯定し得ないとしている点で、誤っている。

最大判昭50. 4. 30（百選I 97事件，薬局開設の距離制限）。

判例は、薬局の開設に適正配置を要求する旧薬事法6条2項及び広島県条例の規制の合憲性が争われた事案において、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」としている。

つまり、判例は、社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置として職業の許可制を導入する場合に、その合憲性を肯定する要件として、より緩やかな規制によってはその目的を十分に達することができないと認められることを挙げている。

以上により、正しい組合せは「ア× イ× ウ×」であり、正解は肢8となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第22条〔居住・移転・職業選択の自由、外国移住・国籍離脱の自由〕

- I 何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。
- II 何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。

【明治憲法】

「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス」（22条）として、居住移転の自由のみが保障されていた。ただし、法律の留保があった。

【趣旨】

本条は、1項で居住・移転及び職業選択の自由を定め、2項で外国移住、国籍離脱の自由を定める。職業選択の自由は、財産権とともに経済的自由と称され、経済的自由は、封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために認められたものである。

【職業選択の自由（1項）】

一 職業選択の自由

1 意義

職業選択の自由は、狭義では、自己の従事すべき職業を選択・決定する自由を意味する。さらに、自己の選択した職業を遂行する自由（営業の自由）も含まれると一般的に解されている。

2 ☆（論点）営業の自由の根拠（独占禁止法との関係）

A説 22条説（判例・通説）

〔理由〕 自ら選択した職業を遂行できなければ、職業選択の自由を認めた意味がない。

B説 22条、29条説

職業選択の自由に含まれるのは、「開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由」を内容とする狭義の営業することの自由。営業活動の自由は29条で保障される。

〔理由〕 個人の営業活動が自己の能力を発揮する場の自由な選択を意味するばかりでなく、財産権行使の側面を併せ持つ。

C説 公序説

営業の自由は、歴史的には国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも営業の「独占」と「制限」からの自由であり、人権としてではなく公序として追求されたものである。

※ 独占禁止法は、A・B説からは、公共の福祉による営業の自由に対する積極的規制とされるのに対し、C説からは、営業の自由を具体化するものとなる。

◎ 小売市場事件（最大判昭47.11.22、百選I96事件）《予備24-3》

3 ☆（論点）職業選択の自由は自己の雇われる職業を選択する自由も含むか

この点、自己の雇われる職業を選択する自由は憲法27条の勤労の権利によって保障されるとしてこれを否定する見解もある。しかし、職業選択の自由は、自ら事業を営む場合のみならず、国家や私人に雇用されて行う各種の仕事を含むとして、27条のほか22条によっても、保障されるという見解が有力である。

二 職業選択の自由の限界

1 職業選択の自由の性格

職業選択の自由の性格については、一般的に経済的自由権の1つとして分類されている。よって、人権の中で優越的地位を占める精神的自由権とは異なり、合理的範囲の中での制約が可能となり、制約立法は合憲性の推定を受ける。ただ、狭義の職業選択の自由については、個人の尊厳や人格権にも直接結びつく面をもっており、より厳しい違憲審査基準が必要とされる。

2 「公共の福祉」の意味 → 13条の解説参照。

人権の制約については、①現実の社会生活における公共の安全・秩序維持の見地からする消極的な内在的制約と、②福祉国家的理念の実現という憲法の目標からする積極的な政策的制約がある。職業選択の自由はこの①②の制約に服する。22条1項が「公共の福祉に反しない限り」としているのはこのことを示すものである。

- (1) 消極目的規制（警察目的規制・内在的制約）①他人の生命・健康への配慮，②他人の人間としての尊厳への配慮，③人権相互の調整という観点から導かれる人権の限界である。

ア 犯罪の被害者の保護を図り，犯罪の予防ないし検挙が容易となるという目的のための古物営業の許可制

イ 主として不良医薬品の供給を防ぐという目的のために，薬局開設の距離制限を定めること（最大判昭50. 4. 30，薬事法距離制限違憲判決，百選 I 97事件）

- (2) 積極目的規制（政策的制約）いわゆる社会国家的見地から，経済の円満な発展を図り，社会公共の便宜を促進する等のために，経済的自由に対して加えられる制限である。

ア 経営基盤の弱い一般の小売商が，過度の競争によって経営が危ぶまれる状態に陥る場合に限り，小売市場の開設を許可制とすること（最大判昭47. 11. 22，小売市場事件，百選 I 96事件）

イ 道路運送事業の適正な運営と公正な競争を確保するとともに，旅客自動車運送の秩序を維持するための一般旅客自動車事業の免許制

3 規制の合憲性判定基準（経済的自由の規制）

経済的自由の規制立法に対する合憲性判定基準は，精神的自由に対する規制立法に妥当する厳格な基準は適用されず，緩やかな審査基準（合理性の基準＝立法目的及び目的達成手段の双方について一般人を基準に合理性が認められるかを審査する）が妥当する（二重の基準）。なぜなら，精神的自由は自己実現・自己統治の価値を有し優越的地位を有していることから内在的制約のみ許され，厳格な審査基準に服することになるのに対し，経済的自由の制限については，国の社会福祉政策に関わる問題が多いため裁判所の審査能力に限界があり，国の立法裁量を尊重すべく緩やかな審査基準が妥当するからである。これは立法者が合理的判断を下すことを前提にした基準であり，よって合憲性推定が原則となる。

さらに，経済的自由の制約立法の中でも，その制約の目的により，二段階に分かれる（規制目的二分論）。消極目的規制の場合には，厳格な合理性の基準が妥当するのに対して，積極目的規制の場合には明白性の原則が妥当する（(1)(2)参照）。

※ なお，小売市場事件（最大判昭47. 11. 22，百選 I 96事件）と薬事法距離制限違憲判決（最大判昭50. 4. 30，百選 I 97事件）とを合わせて読むと，最高裁判所が職業選択の自由の制限に関して消極目的規制，積極目的規制二分論に立っているとされている。

(1) 消極目的規制

厳格な合理性の基準（立法目的が必要かつ合理的であり，規制手段が立法目的との関連でより制限的でないかどうかを立法事実に基づいて審査する）

〔理由〕 裁判所による判断が比較的容易であり，また，公共の安全と公の秩序維持を目的とする規制措置は常にその最小限度にとどめなければならない（警察比例の原則）から。

(2) 積極目的規制

明白性の原則（その程度・手段に関して，立法府が裁量権を逸脱し，当該規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って違憲となる）

〔理由〕 社会経済政策に関する立法の合理性については，その性質上政治部門の政策的・専門技術的

判断に委ねられるところが大きく、立法府の判断を最大限尊重すべきだから。

(3) 規制目的二分論の問題点

積極目的・消極目的の区別は相対的であり、各種公害規制や建築規制のように従来消極目的の規制とされてきたものにも積極目的の要素を含んだ規制が増加しつつある現状から、規制目的のみから判断することなく、規制の態様も併せて考えるべきとされる。例えば、同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限（職業の選択の自由そのものの制限）については、営業行為（選択した職業の遂行の自由）に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべきであり、また参入制限の場合であっても本人の力ではいかんともなし得ない制限である場合には厳格にその合理性を審査する必要があるとされている（芦部）。

4 職業選択の自由に関する判例

◎ 最大判昭35. 1. 27

医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それゆえ、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのにも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならぬのであって、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるからあん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法12条、14条は憲法22条に反するものではない。

◎ 白タク営業事件（最大判昭38. 12. 4、百選 I 95事件）

道路運送法は道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もって公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして、道路運送法が自動車運送事業の経営を各人の自由になし得るところとしないうで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することになっているのは、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、道路運送法の目的とするところに副うものと認められる。そして、自家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性が多く、これを放任すると無免許営業に対する取締りの実効を期すことが難しくなり、免許制度が崩れ去るおそれがある。それゆえに、自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのも公共の福祉の確保のために必要な制限であり、そのような制限を定めた道路運送法の条項は憲法22条1項に違反しない。

◎ 小売市場事件（最大判昭47. 11. 22、百選 I 96事件）《予備24-3》

【事案】

小売商業調整特別措置法は、3条1項所定の小売市場の許可規制が都道府県知事によってなされることとしているが、被告人X1（法人）、X2（X1の代表取締役）は、大阪府知事の許可を受けずに同法所定の区域内において建物を建築し、小売市場とするために小売商人47名に店舗を貸しつけたため、同法違反で起訴された。一審有罪、二審も控訴棄却。そこで、被告人らは小売市場の許可規制が憲法22条1項に違反するとして上告した。

【判旨】

① 営業の自由と22条1項

「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきである」。

② 積極目的規制についての合憲性判定基準（二重の基準と目的二分論）「個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。」

このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかはない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあつては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるといふべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である。」

③ 小売市場の許可規制の合憲性

「これを本件についてみると、本法は、立法当時における中小企業保護政策の一環として成立したものであり、本法所定の小売市場を許可規制の対象としているのは、小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み、本法1条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によつて招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでないことが明らかである。…これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的發展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置といふことができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。そうすると、本法3条1項、同法施行令1条、2条所定の小売市場の許可規制が憲法22条1項に違反するものとすることができない」。

◎ 薬事法距離制限違憲判決（最大判昭50. 4. 30. 百選 I 97事件）

【事案】

薬事法6条は、配置の適正を欠くと認める場合には薬局開設の許可を与えないことができるとし、その配置基準を都道府県条例に委ねており、これに基づいて広島県条例3条は距離制限規定を設けた。原告Xは薬局開設の許可申請をおこなったが、広島県知事により、薬事法と広島県条例の定めた配置基準に適合しないとして不許可処分を下された。そこで、薬事法および県条例の定める距離制限は憲法22条1項に違反するとして出訴した。

【判旨】

① 職業活動の自由と22条1項

「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。…そして、…選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定〔注：憲法22条1項〕は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

② 消極目的規制についての合憲性判定基準（二重の基準と目的二分論）「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法22条1項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、…それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

「職業の許可制は、…職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。…一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらず弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であっても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

③ 薬局等の適正配置規制の立法目的および理由

「薬事法6条2項、4項の適正配置規制に関する規定…の改正法律案の提案者は、その提案の理由として、一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することの2

点を挙げ、これらを通じて医薬品の供給（調剤を含む。以下同じ。）の適正をはかることがその趣旨であると説明しており、薬事法の性格及びその規定全体との関係からみても、この2点が右の適正配置規制の目的であるとともに、その中でも前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまると考えられる。

これによると、右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。」

④ 適正配置規制の合憲性

「薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的…は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益といえることができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の1つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法22条1項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性和合理性の存在を認めることができるかどうか、である。」

「医薬品の供給上の著しい弊害が、薬局の開設等の許可につき地域的規制を施すことによつて防止しなければならない必要性和合理性を肯定させるほどに、生じているものと合理的に認められるかどうかについては、更に検討を必要とする。」

「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、…特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。」

「…薬局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在―競争激化―一部薬局等の経営の不安定―不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性和合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。」

「…本件適正配置規制は、右の目的と前記…で論じた国民の保健上の危険防止の目的との、2つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。」

◎ 西陣ネクタイ事件（最判平2.2.6、百選198事件）

積極的な社会経済政策の実施の一手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができる。そして、当分の間生糸の一元輸入措置の実施及び所定の輸入生糸を売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定している繭糸価格安定法（昭和47年1月改正法）は、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、国家賠償法1条1項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではない。

◎ 最判平4.12.15（百選199事件）

【事案】

Xが酒類販売業の免許を申請したところ、所轄税務署長は酒税法10条10号に該当するとして、拒否処分をした。そこで、Xが処分の取消しを求めて提訴した。

【判旨】

「憲法22条1項は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきであるが、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が強く、憲法の右規定も、特に公共の福祉に反しない限り、という留保を付している。しかし、職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとるため、その憲法22条1項適合性を一律に論ずることはできず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考

量した上で慎重に決定されなければならない。そして、その合憲性の司法審査に当たっては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきであるが、右合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る。ところで、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するものというべきである。」

「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない…。」

「以上のことからすると、租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法22条1項の規定に違反するものということはできない。」

「酒税法は、酒類には酒税を課するものとし（1条）、酒類製造者を納税義務者と規定し（6条1項）、酒類等の製造及び酒類の販売業について免許制を採用している（7条ないし10条）。…酒税法は、酒税の確実な徴収とその税負担の消費者への円滑な転嫁を確保する必要から、このような制度を採用したものと解される。

酒税が、沿革的に見て、国税全体に占める割合が高く、これを確実に徴収する必要性が高い税目であるとともに、酒類の販売代金に占める割合も高率であったことにかんがみると、酒税法が昭和13年法律第48号による改正により、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のために、このような制度を採用したことは、当初は、その必要性和合理性があったというべきであり、酒税の納税義務者とされた酒類製造者のため、酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する目的で、これを阻害するおそれのある酒類販売業者を免許制によって酒類の流通過程から排除することとしたのも、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという重要な公共の利益のために採られた合理的な措置であったということができる。その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を存置しておくことの必要性及び合理性については、議論の余地があることは否定できないとしても、前記のような酒税の賦課徴収に関する仕組みがまだ合理性を失うに至っているとはいえないと考えられることに加えて、酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるとまでは断定し難い。」

「もともと、右のような職業選択の自由に対する規制措置については、当該免許制度の下における具体的な免許基準との関係においても、その必要性和合理性が認められるものでなければならないことはいうまでもないところである。

そこで、本件処分の理由とされた酒税法10条10号の免許基準について検討するのになら、同号は、免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合に、酒類販売業の免許を与えないことができる旨を定めるものであって、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる最も典型的な場合を規定したものということができ、右基準は、酒類の販売免許制度を採用した前記のような立法目的からして合理的なものということができる。また、同号の規定が不明確で行政庁のし意的判断を許すようなものであるとも認め難い。そうすると、酒税法9条、10条10号の規定が、立法府の裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるということとはできず、右規定が憲法22条1項に違反するものということとはできない。」

◎ 最判平12.2.8（百選I100事件）

「司法書士法の右各規定は、登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書

士協会以外の者が、他人の囑託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであって、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法22条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例…の趣旨に徴し明らかである。」

◎ 最判平27. 12. 7

【事案】

無登録で旅行業等営む観光会社の代表取締役（被告人）が同社の業務に関し、リゾートホテルとの契約に基づき宿泊の媒介を行うことにより同ホテルから受領した金員が旅行業法2条1項の「報酬」に当たるとして無登録旅行業営業罪の成立が認められた。これに対して、旅行業法の登録制度が営業の自由を保障した憲法22条1項に反するとして争った。

【判旨】

旅行業法の各規定は、「旅行業務に関する取引の公正の維持，旅行の安全の確保及び旅行者の利便の増進を図ることを目的として，旅行業を営む者について登録制度を採用し，無登録の者が旅行業を営むことを禁止し，これに違反した者を処罰することとしたものである。」として，憲法22条1項に違反するものでないとした。

◎ 公衆浴場の距離制限

初期の判例は国民保健及び環境衛生という消極目的規制ととらえた上で合憲とした（最大判昭30. 1. 26，百選Ⅰ94事件）。しかし，消極目的規制ととらえておきながら合憲とするには理由が乏しかったことから学説の批判を浴び，近時，もともと積極的・社会経済政策的な目的の立法ととらえて，明白の原則を採用する判例（最判平元. 1. 20）が下され，さらに，①国民保健及び環境衛生の確保という消極的・警察的目的と，②既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより，自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体の確保という積極的・政策的目的が併存するとして，合理性の基準（目的達成のため必要かつ合理的な範囲内）により合憲とする判例が下されている（最判平元. 3. 7）。

《過去問チェック》

- 酒類販売の免許制が憲法第22条第1項に適合するか否かについて判示した最高裁判所の判決（最高裁判所平成4年12月15日第三小法廷判決，民集46巻9号2829頁）に関する次のアからウまでの各記述について，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. この判決は，許可制の場合には重要な公共の利益のために必要かつ合理的措置であることを要とする一方で，租税法の制定に当たっては立法府の政策的・技術的な裁量の判断が尊重されるべきであるとして，許可制の必要性和合理性についての立法府の判断が政策的・技術的裁量の範囲を逸脱した著しく不合理なものでない限り，合憲であるとした。
- イ. この判決は，酒類販売の免許制は，酒類が致酔性を有する嗜好品であることから，酒類の無秩序な販売による国民の健康安全に対する弊害を防止するために必要な規制であるとしつつ，消費者への酒税の円滑な転嫁のため，これを阻害するおそれのある酒類販売業者を酒類の流通過程から排除するための規制でもあるとして，規制の目的を複合的なものと判断した。
- ウ. この判決は，酒類販売の免許制は，経済的弱者保護という意味での積極目的による規制とは異なるとした上で，免許の許否が実際に既存の酒類販売業者の権益を擁護するような運用になっているか否かに着目すべきであるが，そのような運用がなされていない限り酒税法の立法目的を明らかに逸脱するものであるとはいえず，合憲であるとした。（新司21－9）
- ⇒ア正しい。最判平4. 12. 15。
- イ誤り。最判平4. 12. 15。「酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的」とした。したがって，本記述は，規制の目的を複合的なものと判断したとしている点で，誤っている。
- ウ誤り。最判平4. 12. 15。判例は，立法目的が積極目的か否か，及び免許制の運用について論じていない。
- 職業の自由を規制する目的に関する次のアからウまでの各記述について，それぞれ「あなたのため」というパターンリズムに基づく規制である場合には1を，それ以外の理由に基づく規制である場合には2を選びなさい。
- ア. 公衆浴場を自由に開設できるようにすると，公衆浴場が濫立し，浴場経営に無用の競争を生じさせ，ひいては浴

場の衛生設備が低下することなどが考えられる。それゆえ、公衆浴場の濫立を防止するため、公衆浴場の適正配置を開設の許可要件とする。

イ、過度の飲酒は、自らの健康を害し、生命を失うこともあり得るが、飲酒量を自己でコントロールすることは難しい。それゆえ、飲酒者の過度の飲酒を防止するため、酒類を提供する飲食店における客一人当たりの酒類販売量を制限する。

ウ、喫煙は、喫煙者に肺がん等の疾患をもたらし、社会医療費上昇の一因となっている。それゆえ、医療保険制度を通じた国庫補助金の支払等社会医療費の増加抑制のため、テレビにおけるたばこの広告を全面的に禁止する。(新司22-7)

☞ア パターナリズムに基づく規制といえない。公衆浴場の衛生設備の低下により国民の身体・健康に影響を及ぼすことを防止するという内在的制約に当たる。

イ パターナリズムに基づく規制といえる。飲酒者の「飲酒をする」という自己決定に対し、飲酒者の保護を目的として国家が介入するものであるから、パターナリズムに基づく規制といえる。

ウ パターナリズムに基づく規制といえない。喫煙者の健康保護を本来的な目的とするものではなく、社会医療費の増加を抑制する目的であり、国家財政の健全化という政策的制約に当たる。

□ 憲法第22条第1項が「公共の福祉に反しない限り」という留保を伴っているのは、職業活動は社会的相互関連性が大きく、精神的自由と比較して公権力による規制の要請が強いことを強調するためである。(新司24-5、予備24-3)

☞正しい。最大判昭50.4.30。

□ 職業の許可制は自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する。ただし、この要請は、個々の許可条件の合憲性判断においてまで求められるものではない。(新司24-5、予備24-3)

☞誤り。最大判昭50.4.30。判例は「この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」としている。

□ 営業の自由に関する次のアからウまでの各記述について、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、営業の自由を市場における私的な独占からの自由と捉える見解によれば、事業者に対し一定の取引分野での競争を不当に制限する行為を禁止する立法は、自由を促進する立法と位置付けられる。

イ、営業の自由が歴史的には公序として形成されてきたものであるとしても、憲法は「国家からの自由」を中心に人権を保障することを第一義とするものであるから、営業の自由を憲法第22条第1項で保障される人権と解することは可能である。

ウ、営業の自由の内容を開業・廃業と営業活動に分け、前者は憲法第22条第1項、後者は憲法第29条により保障されるとする見解は、営業の自由の保障根拠を憲法第22条第1項のみに求める見解と比べて、営業の自由を広く保障する。(新司27-6)

☞ア正しい。経済的自由の本質を「国家による規制からの自由」と捉える立場に立つと、事業者に対し一定の取引分野での競争を不当に制限する行為を禁止する立法は、事業者の事業活動を制約する立法と位置づけられることになる。

イ正しい。営業の自由の人権としての性質を否定する見解は、営業の自由が、(ア)歴史的に人権としてではなく、公序として追求されてきたものであること、(イ)「国家からの自由」を本質とする人権とは異なり、社会的な独占からの自由を確保するための規制原理であること、(ウ)これを人権とみること、独占資本の自由を容認することになり、「独占からの自由」という本来の意味が否認されてしまうこと等を理由に、これを職業選択の自由と区別し、その憲法上の人権としての性質を否定する。もっとも、営業の自由を人権として根拠づけることは憲法解釈の問題である。よって、営業の自由を歴史的には公序として形成されてきたものであるとしても、解釈論的には「営業」も「職業」の一つとして、「営業の自由」を国家との関係における自由権として観念することは可能である。

ウ誤り。営業の自由の憲法上の根拠に関して学説は憲法22条説(問題文後段の見解)、憲法22条・29条説(問題文前段の見解)に分かれる。憲法22条・29条説は、狭義の営業の自由が個人の人格的価値と密接にかかわるものとして、その制限に対しては慎重な配慮を要するのに比して、資本財の自由な行使を意味する広義の営業活動に対しては高度の規制を加えることが可能であるとする。

憲 法 No.2	憲法改正	H 2 9 共通問題
----------	------	------------

憲法〔平成29年 司法試験第20問・予備試験第12問〕（配点：2）

憲法改正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．憲法改正には，国民投票において「その過半数の賛成」を必要とするとされているが，日本国憲法の改正手続に関する法律によって，「その過半数」とは，有権者総数の過半数を意味するとされている。

イ．憲法第96条第2項は，国民の承認を経た憲法改正について，「直ちにこれを公布する」と定めているが，ここで「直ちに」とされているのは，公布を恣意的に遅らせてはならないことを定めたものである。

ウ．憲法を始源的に創設する「憲法制定権力」と憲法によって与えられた「憲法改正権」とは同質であるとの見解は，憲法改正の限界について理論上限界はないとする立場の根拠となり得る。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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 No.2	憲法改正	H 2 9 共通問題
----------	------	------------

正解 5

【司法試験】

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	11	5	3	0	57	17	5	1

【予備試験】

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	15	6	3	1	57	14	4	0

ア誤 り。本記述は、有効投票総数の過半数を意味するとすべきところ、有権者総数の過半数を意味するとしている点で誤っている。

日本国憲法の改正手続に関する法律（以下「法」という。）126条1項、98条2項かつこ書。

憲法改正を行うには国民投票において、「その過半数」の賛成を必要とする（憲法96条1項）ところ、「その過半数」とは、「憲法改正案に対する賛成の投票の数及び反対の投票の数を合計した数」（法98条2項かつこ書）の2分の1を超えた場合とされている（法126条1項）。

このように、憲法改正につき国民の承認があるとは、有効投票総数の過半数の賛成があることを意味する。

イ正しい。憲法改正の公布が「直ちに」とされているのは、公布を恣意的に遅らせてはならないことを定めたものであるから、本記述は正しい。

憲法改正につき、国民の承認が得られた場合、天皇は直ちにこれを公布するとされている（憲法96条2項）。

このように「直ちに」公布するとされている趣旨は、公布を恣意的に遅らせてはならないという点にある。

ウ正しい。憲法を始源的に創設する「憲法制定権力」と憲法によって与えられた「憲法改正権」とは同質であるとの見解は、憲法改正に関する無限界説と結びつくから、本記述は正しい。

憲法改正には理論上限界がないとする無限界説の中には、憲法改正権は、憲法制定権力と同質であることを根拠とし、憲法改正手続を経さえすれば、いかなる内容の改正も法的に許されるという考えがある。

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5となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第9章 改正

第96条〔改正の手続、その公布〕

- I この憲法の改正は、
各議院の総議員の3分の2以上の賛成で、国会が、これを発議し、
国民に提案してその承認を経なければならない。
この承認には、
特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、
その過半数の賛成を必要とする。
- II 憲法改正について前項の承認を経たときは、
天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、
直ちにこれを公布する。

【明治憲法】

「① 将来此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝国議會ノ議ニ付スヘシ② 此ノ場合ニ於テ兩議院ハ各々其ノ総員3分ノ2以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員3分ノ2以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ為スコトヲ得ス」(73条)

【趣旨】

改正につき国民投票を要求し、憲法改正が、その制定権と同じく（前文第1項）、国民にあることを明確にし、国民主権の原理を徹底させたものである。

【改正の手続】

一 国会による発議

本条の「発議」とは、国民投票に付すべき憲法改正案を決定することをいい、発案・審議・議決という過程を経る。原案を提出することを意味する通常の議案についての発議とは意味が異なる。

なお、本条は、発議と提案を書き分けているが、発議の成立を、同時に国民への提案と解して不都合はないとするのが多数説である。

1 発案

改正の発議に当たっては、まず改正案が提示される。発案権は各議員に属する。通常の議案の場合は、国会法56条1項により、衆議院では20人以上、参議院では10人以上の賛成を要するが、憲法改正案については特に要件を加重することも考えられるとされている（国会法68条の2によれば、衆議院においては100人以上、参議院においては50人以上の賛成を要するとされている）。なお、内閣にも発案権があるかについては、41条（国会単独立法の原則）の解説参照。

2 審議

- ① この点につき、憲法自身は特に定めていないから、法律案の審議に準ずると考えてよいであろう（特別に重要な議案であるから、予算の場合にならって、衆議院の先議権が認められるべきとする見解もある）。
- ② また、国会は発議権を有するから、改正案に対して無制限の修正をなし得るものと解される（なお、修正の動議の要件につき、国会法68条の4参照）。

3 議決

改正案の議決には、「各議院の総議員の3分の2以上の賛成」が必要である。この「総議員」の意味として、法定議員数と解する説と、現職議員総数と解する説とがある。前者の見解に対しては、欠員数

が常に反対票と考えられることになるとの批判がなされている。

また、議決に当たっての定足数は、論理的に3分の2以上でなければならないが、それ以前の単なる審議の場合については、同じく3分の2以上が必要か、それとも一般の議事の場合（3分の1以上）と同様でよいかの点でも学説は分かれている。

憲法改正という重大な議事で慎重さが求められるから、どちらについても厳格に解する立場が正当であろう。

二 国民による承認

- 1 国民の承認は「特別の国民投票」又は「国会の定める選挙の際」に行われる。後者の場合は、国民投票を同時に行うべき選挙であるから、全国的規模で行われる選挙（衆議院議員総選挙又は参議院議員通常選挙）でなければならない。
- 2 憲法改正が成立するためには、国民の「過半数の賛成」を必要とするが、「過半数」の意味については見解が分かれている。有権者の過半数とする見解、投票総数の過半数とする見解、無効票を反対票に数えるのは不合理であるとして有効投票の過半数とする見解があり、そのうち有効投票の過半数とする見解が多数説である。
- 3 日本国憲法の改正手続に関する法律（国民投票法）は以下のように定めている。

第126条 国民投票において、憲法改正案に対する賛成の投票の数が第98条第2項に規定する投票総数の2分の1を超えた場合は、当該憲法改正について日本国憲法第96条第1項の国民の承認があったものとする。

- 2 内閣総理大臣は、第98条第2項の規定により、憲法改正案に対する賛成の投票の数が同項に規定する投票総数の2分の1を超える旨の通知を受けたときは、直ちに当該憲法改正の公布のための手続を執らなければならない。

第98条第2項 中央選挙管理会は、前項又は第135条第6項後段の報告を受けたときは、直ちに憲法改正案に対する賛成の投票の数及び反対の投票の数、投票総数（憲法改正案に対する賛成の投票の数及び反対の投票の数を合計した数をいう。）並びに憲法改正案に対する賛成の投票の数が当該投票総数の2分の1を超える旨又は超えない旨を官報で告示するとともに、総務大臣を通じ内閣総理大臣に通知しなければならない。

4 国民投票法

日本国憲法の改正手続（憲法96条）に関連して、日本国憲法の改正手続に関する法律（国民投票法）が平成19年5月11日に成立し、同月18日に公布された（施行は平成22年5月18日）。本法は国民投票の実施手続のみならず国会における発議手続を含めた「日本国憲法の改正手続」全体を整備する法律である。本法の特徴としては、①18歳以上の者に投票権を認め（国民投票法3条）、多くの国民が国民投票に参加できること、②文書図画、演説会、戸別訪問などの規制を設けず、国民投票運動について、公務員及び教育者の地位を利用した賛否の勧誘を禁止し（国民投票法103条）、投票14日前からテレビ・ラジオによる広告も禁止される（国民投票法104条、105条）こと、③国民に対して丁寧かつ平易な周知広報を行うとともに、個別投票原則の明記など、民意を丁寧に問うシステムを構築しようとしたことなどが挙げられる。

三 天皇の公布

公布の時期は明定されていない。しかし、法律について奏上の日から30日以内とされている（国会法66条）こととの対比で、それより短い期間内が適切とされよう。

なお、公布とは別に、施行の期日が定められなければならない。

《過去問チェック》

- 国会が発議した憲法改正案は国民の承認を得なければならないが、憲法上は、必ず特別の国民投票が実施されなければならないわけではなく、例えば、参議院議員通常選挙の際に国民の投票を求めることも認められている。（新司

18-14)

☞正しい。

- 国民主権原理を宣明する憲法では、国民の代表者を選定する選挙制度は民主主義の根幹を成すものである。憲法改正における国民投票は国民主権の具体化といえるものであるから、その投票権者の要件を公職選挙法が定める選挙権者の要件と異なって定める法律は、違憲である。(新司23-14)

☞誤り。本記述1文は正しい。選挙権者を年齢満20年以上の者とする公職選挙法9条1項と異なり、日本国憲法の改正手続に関する法律3条は、国民投票の投票権者を年齢満18年以上の者としている。これは、国民投票については、年齢満20以上の者に投票権者を限定する必要はなく、年齢満18年以上への引き下げは、国民主権原理の正当性の契機を担う全国民に、権力的契機を具現化する投票者団を接近させる意義をもつものとして、憲法に反しないものとされている。よって、本記述2文は誤っている。

- 憲法改正国民投票制は、国民の憲法制定権力の思想を端的に具体化したものであるとの見解によれば、これを廃止することは、改正権の自己否定であり、国民主権の原理を揺るがす意味を持つので、憲法改正によっても国民投票制を廃止することは許されないこととなる。(予備23-12)

☞正しい。

- 憲法では、憲法改正には国民投票の「過半数の賛成」が必要であると規定されている。過半数の意味については、見解が分かれていたが、平成22年5月に施行された「日本国憲法の改正手続に関する法律」では、投票総数(賛成票と反対票の合計)の過半数とされている。(予備23-12)

☞正しい。

- 憲法第96条第1項の規定する憲法改正手続における国民投票は、国民主権の権力的な契機の表れといえる。(新司25-13)

☞正しい。憲法96条1項は、憲法改正の是非を最終的に決定するのは国民であることを定めるものであるから、国民主権の権力的な契機の表れであるといえる。

【憲法改正の限界】

一 ☆ (論点) 憲法改正には何らかの限界があるか否か

A説 無限界説

a1説 法実証主義的無限界説

憲法制定権力は、制定以前の実力にすぎない。制憲権は限界を画することはできないし、憲法規範に価値序列はない以上憲法規定はすべて改正の対象となる。

〔批判〕 憲法が価値の体系であるということを見無視している。

a2説 主権全能論的無限界説

全能の憲法制定権力を前提に、憲法制定権力と憲法改正権を同視して、憲法制定権力の主体である国民は憲法改正権を無限定に行使できるとする。

〔批判〕 改正は現在の憲法を前提に行われるのであるから、それによる拘束を受けるはずである。

B説 限界説 (通説)

b1説 法論理的限界説

憲法を始源的に創設する憲法制定権力と、憲法によって与えられた憲法改正権とを区別し、憲法制定権力の主体やその定めた基本原理は、その下にある憲法改正権の限界を画する。

b2説 自然法論的限界説

実定憲法に上位する自然法の原理を認め、全実定法の効力の有無は自然法への適合・不適合によって決せられるとし、それゆえに改正規定による憲法改正の授權も、自然法上の制約があるということになり、その改正の限界は自然法である。

※ 両説の帰結

無限界説によれば、憲法所定の改正手続に基づくものである限り、もとの憲法の基本原理を変更することも法的に認められる。これに対して限界説によれば、それは法的には許されず、憲法の廃止と新憲法の制定という、法を超えた政治的事件ということになる。

二 限界説に立った場合、日本国憲法の改正の限界は具体的には何かが問題となる。まず内容的には、①憲

法制定権力の所在を示す国民主権、及びそれと密接にかかわる②人権尊重主義、並びに③平和主義の諸原理の規定が挙げられる。

更にこれらの諸原理に加えて、④憲法改正規定が挙げられる。それは憲法制定権力が、自ら創設した憲法典を持続させるために設けた規定であり、憲法改正権を拘束すると考えられ、少なくともその実質を変更することは、改正の限界であり許されないと解されるからである（清宮・伊藤）。

《過去問チェック》

- 憲法改正について理論上一定の限界があるか否かについて限界説と無限界説とが対立しているが、次のアからウまでの各記述のうち、限界説の立場に立つ記述には1を、無限界説の立場に立つ記述には2を選びなさい。（予備28-12）
 - ア．憲法規範に価値序列や段階性は認められず、「不変」「不可侵」「永久」等の語を用いて定めた改正禁止規定は、たやすく改正すべきではないとの考えを明らかにしたものである。
 - ☞無限界説の立場に立つ。
 - イ．法は、元来、人間の社会生活に奉仕する手段であり、かつ社会は絶えず変化するものであるから、現在の規範・価値によって将来の世代を拘束するのは不当である。（予備28-12）
 - ☞無限界説の立場に立つ。
 - ウ．憲法規範には実定化された自然法規範が含まれており、それは実定化されたとしても自然法規範としての性質を失うものではない。（予備28-12）
 - ☞限界説の立場に立つ。
- 憲法改正について、その限界を理論的に想定する見解（限界説）と限界は理論的には存在しないとする見解（無限界説）とが対立しているが、次の各記述について、限界説の立場に立つ記述を全て挙げたものを、後記1から7までのの中から選びなさい。（予備24-12）
 - ア．憲法改正権は、憲法制定権力発動の所産である憲法に根拠を有する以上、憲法の同質性を失わせるような改正をする法的能力を持ち得ない。
 - イ．ある憲法の基本原理が所定の憲法改正手続に従って改正されたとすれば、それは憲法の廃止と新憲法の制定という、法を超えた政治的事件ということになる。
 - ウ．日本国憲法は、大日本帝国憲法に定められた憲法改正手続を遵守して制定されており、その全面改正として法的には有効に成立した。
 - ☞ア限界説の立場に立つ。
 - イ限界説の立場に立つ。
 - ウ無限界説の立場に立つ。
- 憲法改正権が制度化された制憲権であるという理解からすれば、制憲権が万能である以上、憲法改正には限界はなく、いかなる内容の改正もなし得るということになる。（新司18-14）
 - ☞誤り。改正権の生みの親は制憲権であるから、改正権が自己の存立の基盤ともいべき制憲権の所在である国民主権という原則を変更することは、いわば自殺行為であって理論的には許されないことになる。この「国民主権」の意義については様々な統治体系と結び付き得るものであり、例えば独裁制も「国民」によるものである限り許されるとする説もあるが、いずれにせよ君主主権への移行はできないものとされており、その意味では何らかの限界があることになる。
- ポツダム宣言の受諾によって主権の所在が天皇から国民に移ったという、いわゆる八月革命説は、憲法改正には限界があるという立場を採りつつ日本国憲法の制定を正当化しようとするものである。（新司18-14）
 - ☞正しい。
- 憲法制定時の規範・価値によって将来の世代を拘束するのは不当であるということになる。（新司20-20）
 - ☞無限界説からの記述である。
- 憲法規範には実定化された自然法規範が含まれており、それは実定化されても自然法規範としての性質を失わないということを前提としている。（新司20-20）
 - ☞限界説からの記述である。

民 法 No. 1	売買契約の解除	H 2 9 共通問題
-----------	---------	------------

民法〔平成29年 司法試験第24問・予備試験第10問〕（配点：2）

売買契約の解除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正しい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. 債務不履行を理由に売買契約が解除された場合において、その債務不履行の時から10年を経過したときは、解除による原状回復請求権の消滅時効が完成する。
- イ. 売主が目的物を引き渡し、買主が代金の一部を支払った場合において、債務不履行を理由に売買契約が解除されたときは、売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権とは、同時履行の関係にない。
- ウ. 売主が目的物を引き渡したが、買主が代金を履行期の経過後も支払わない場合において、売主が買主に対して相当の期間を定めて債務の履行の催告をしたとしても、売主がその催告に際して履行がなければ解除する旨の通知をしていないときは、売主は、相当期間の経過後も当該売買契約を解除することができない。
- エ. 売主が目的物を引き渡したが、買主が代金を履行期の経過後も支払わない場合において、売主が買主に対して相当の期間を定めて代金の支払を催告したにもかかわらず、買主が代金の支払を拒絶する意思を明確に表示したときは、売主は、相当の期間が経過する前であっても、当該売買契約を解除することができる。
- オ. 買主の債務不履行を理由に売主が解除権を取得したとしても、その解除権の行使前に買主がその債務を履行したときは、売主は、その解除権を行使することができない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

民法 No.1	売買契約の解除	H29 共通問題
---------	---------	----------

正解 5

【司法試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	2	27	2	5	62

【予備試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	4	20	1	5	68

ア誤り。本記述は、債務不履行の時から10年を経過したときは、解除による原状回復請求権の消滅時効が完成するとしている点で、誤っている。

大判大7. 4. 13。判例は、契約の解除による原状回復請求権の時効の起算点が争点となった事案において、**契約の解除の時より進行すべきもの**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、契約の解除による原状回復の請求権は契約の解除により新たに発生するものということを挙げている。(潮見IP.46。条文・判例スタンダードP.486)

イ誤り。本記述は、売主の目的物返還請求権と買主の代金返還請求権とは同時履行の関係にないとしている点で、誤っている。

民法546条。同時履行の抗弁の規定は、解除に基づく原状回復の場合に準用される。

その趣旨は、本来の債務と原状回復義務との間に強い牽連性があり、また原状回復義務は一個の契約の解消によって両当事者が互いに契約のなかった状態を回復するものであるとして、同時履行の関係を認め、もって当事者の公平を図る点にある。(潮見IP.27。条文・判例スタンダードP.485)

ウ誤り。本記述は、売主がその催告に際して履行がなければ解除する旨の通知をしていないときは、売主は、相当期間の経過後も当該売買契約を解除することができないとしている点で、誤っている。

民法541条。当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

そして、催告の際には、債務の履行を促すことを内容とすれば足り、期間内に履行しなければ解除する、ということを明示する必要はない。(潮見IP.41～3。条文・判例スタンダードP.476～8)

エ正しい。大判昭7. 7. 7により、本記述は正しい。

判例は、催告期間内に相手方が履行拒絶の意思表示をしたときは、催告期間経過を待たずに解除できるとしている。

なお、この場合にも債務者の不履行に過失があることを必要とするが、その時期については争いがある。(中田P.316)

オ正しい。大判大6. 7. 10により、本記述は正しい。

判例は、債務者が解除される前に遅延賠償とともに債務の本旨に従った履行または履行の提供をしたときは、解除権は消滅するとしている。

その理由として、判例は、解除権の行使がない間は、契約は依然として存続するということを挙げている。

したがって、売主が債務不履行を理由として解除する場合、買主は売主による解除権の行使前に債務を履行することで、売主は解除権を行使することができなくなる。

(潮見 IP. 42)

以上より、正しい記述はエとオであり、したがって、正解は肢5となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第3款 契約の解除

【総説】

一 意義

契約の解除とは、契約が成立した後に、その一方の当事者の意思表示によって契約関係を解消し、契約から生じた本来の債務を消滅させ、既に履行されているものがあれば、その返還によって原状回復を行わせることを目的とした法律行為である（単独行為）。

解除権には、法律の規定から生じる法定解除権（その目的は、相手方の債務不履行から他方当事者を救済することにある）と、契約により生じる約定解除権（解約手附、買戻特約など）がある。

二 解除と類似する制度

契約の解除は、契約関係を解消する諸方法の1つであるが、解除と類似する民法上の制度としては、次のようなものがある。

（図表）解除と類似する制度

	意義	解除との比較
告知 （解約告知）	契約によって生じている継続的な法律関係を当事者の一方的意思表示によって終了させること	将来に向かつてのみ効力を生じ、解約告知前の契約関係がそのまま効力を維持する点で異なる。 620条、630条、652条、684条に規定がある。
解除条件	条件とされた事実が実現することによって当然に法律行為の効力を消滅させる法律行為の付款	解除が解除権を有する当事者の意思表示によってなされる法律行為であるのに対して、解除条件はその条件とされた事実が実現することによって当然に法律行為の効力を消滅させる。
合意解除 （解除契約）	契約当事者が今までの契約を解消して契約がなかったのと同じ状態を作ることの内容としてなす新たな合意	法定解除は一方的な意思表示であるのに対し、合意解除は契約であって相互の合意に基づく。
取消	取消権者の一方的意思表示によって法律行為の効力を遡及的に消滅させるもの	取消権は法律の規定に基づいてのみ発生すること、不当利得返還請求権が生ずるだけである点で異なる。
撤回	終局的な法律効果の生じていない法律行為・意思表示の効力をそのまま阻止すること	解除は、すでに効力を生じている契約を解消するものである点で異なる。

第540条（解除権の行使）

- 1 契約又は法律の規定により当事者の一方が解除権を有するときは、その解除は、相手方に対する意思表示によってする。
- 2 前項の意思表示は、撤回することができない。

【趣旨】

本条は、解除権の行使方法が相手方に対する意思表示によること（1項）、及び相手方の利益を保護するためにその撤回の禁止を規定した（2項）。

【ポイント】

一 解除権の行使（1項）

- 1 契約の解除は、相手方に対する意思表示によって行われる。意思表示の方法に制限はなく、裁判外でもできるし、黙示でもよい。しかし、原則として条件をつけることは許されない。
- 2 解除権は契約当事者の地位と不可分であるから、債権譲渡の場合でも、契約当事者の地位の譲渡を伴わない限り、譲渡人が解除権を有する。

二 撤回の禁止（2項）

- 1 解除の意思表示は相手方への到達によって効力を生じ（97条1項）、その後は撤回することができない。解除されたと思っていた相手方の利益を不当に侵害するからである。
- 2 撤回の禁止は相手方の利益を保護するためのものであるから、相手方との合意によって撤回することは許されるが、解除の撤回の合意を第三者に対抗することはできないと解されている。

第541条（履行遅滞等による解除権）

当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

【趣旨】

履行遅滞による解除権の発生要件を定める。

【ポイント】

一 要件

- ①債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞があること
- ②相当の期間を定めて催告すること
- ③催告期間内に履行されなかったこと、である。

1 債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞があること（要件①）

履行遅滞を生ずる要件として、a 履行が可能なこと、b 履行期を徒過したこと、c 債務者の帰責事由があること、d 履行しないことが違法であること、が必要である。→ 412条解説参照

(1) 履行期に履行が可能なこと

履行が不能であれば543条の問題となる。

(2) 履行期を徒過したこと

期限の定めのない債務については、412条3項より債権者が催告して初めて遅滞となる。この催告と要件②の催告との関係については、債権者は2度の催告を要せず、相当期間を定めて一度催告して相手方が期間内に履行しなければ解除できるとされる（大判大6. 6. 27）。

また、確定期限の定めのある双務契約上の債務について、両当事者がともに期限を徒過した場合も、期限の定めのない債務となり、債権者は、自己の債務を提供して同時履行の抗弁権を消滅させたうえで相当期間を定めた催告をすればよく、2度の催告は不要とされる（大判大13. 5. 27）。

(3) 債務者の帰責事由があること

規定上は明らかでないが、543条と同様これを要件とするのが通説・判例である。

(4) 履行しないことが違法であること

相手方が同時履行の抗弁権（533条）を有している場合、債権者が解除するためには、自らの履行の提供をして相手方の同時履行の抗弁権を失わせる必要がある。もっとも、1度自己の債務を提供して同時履行の抗弁権を失わせていれば、提供を継続する必要はない（大判昭3. 10. 30）。履行を求める場合との違い → 533条の解説参照

2 相当の期間を定めて催告すること（要件②）

(1) 催告

- ① 催告とは、債務者に対して債務の履行を請求する意思の通知である。
- ② 催告は、履行を求める債務の同一性を判断することができる程度に明確になされることを必要とするが、過大・過小であっても、債務の同一性が認められる限りで有効である。

(2) 相当の期間

相当の期間というのは、債務者が履行期までに履行の準備をしていることを前提に、その後の履行を完了するのに必要な猶予期間である。期間が不相当に短く又は期間の指定がない場合でも、催告は無効でなく、催告の後相当期間が経過すれば解除権が発生する（最判昭44.4.15）。

(3) 催告の必要性

- ① 債務者に履行の意思がないことが明らかである場合にもなお催告は必要とされる（大判大11.11.25）。催告によってその意思を翻し、履行する場合も考えられるからである。
- ② 賃貸借のように、当事者の信頼関係が基礎となる継続的契約においては、当事者の一方が信頼関係を裏切り、契約関係の維持を困難にしたという特別な事情がある場合には、催告なしに将来に向けて契約を解除できる（最判昭27.4.25）。

(4) 催告を不要とする特約も原則として有効である。

3 催告期間内に履行されなかったこと（要件③）

履行せずに期間が満了した時、又は期間内に履行拒絶の意思表示によって履行しないことが明確となった時に、解除権が発生する。

二 付随的債務の不履行

債務不履行による契約解除を認めた趣旨は、契約の要素である債務の履行がないために当該契約をなした目的を達することができない場合を救済する点にあることから、契約の主たる目的を達するのに必須でない付随的義務の不履行にとどまる場合には、原則として解除することはできない（最判昭36.11.21、百選Ⅱ46事件）。

また、同一当事者間の債権債務関係が形式的に2つ以上の契約から成る場合であっても、それらの契約の目的が相互に密接に関連するものであって、社会通念上、一方の契約の債務が履行されるだけでは契約を締結した目的が全体として達成されない場合には、1つの契約上の債務の不履行を理由として、他方の契約をも解除することができると解される（最判平8.11.12、百選Ⅱ47事件）。

《過去問チェック》

- 売買契約における双方の債務の履行期が同じである場合において、その履行期が経過したときであっても、一方の当事者は、自己の債務について弁済又はその提供をしなければ、債務不履行に基づく契約の解除をすることができない。（新司27-21）
 - ⇒正しい。最判昭29.7.27。
- 解除の意思表示に条件又は期限を付すことはできないから、債権者が相当な期間を定めて催告をし、当該期間内に履行がないことを停止条件として解除の意思表示をしたとしても、解除の効力は生じない。（新司25-20）
 - ⇒誤り。大判明43.12.9。判例は、催告をなすに当たり定めたる期間内に履行せざることを条件として、催告と共にしたる解除の意思表示もまた有効としている。
- 解除の要件としての催告は、相手方が履行遅滞に陥った後にしなければならないから、期限の定めのない債務の履行遅滞を理由に契約を解除するには、あらかじめ履行の請求をすることによって当該債務を履行遅滞に陥れた後、改めてその履行の催告をする必要がある。（新司25-20）
 - ⇒誤り。大判大6.6.27。判例は、債務者を遅滞に付するの催告と、解除権発生の前提要件たる催告とを区別し、二重に催告をなす必要なく、その催告は一面において債務者を遅滞に付する効力を有すると同時に契約解除の要件を具備するものとしている。
- 債務者が履行遅滞に陥った後に債権者が不相当な期間を定めて催告をした場合であっても、債務者が履行の催告に

応じず、相当な期間が経過した後了解除の意思表示がされたときは、解除の効力が生ずる。(新司25-20)

☞正しい。最判昭44. 4. 15。

- 契約の一方当事者に債務不履行があった場合において、催告期間内に履行しなければ契約を解除する旨の意思表示を他方当事者がしたときは、その催告期間内に履行がなければ、改めて解除の意思表示をしなくても、解除の効果は発生する。(新司24-6, 予備24-2)

☞正しい。大判明45. 5. 4。判例は、期間を定めて契約履行の催告をすると同時に、その期間内に履行されないときは契約を解除する旨の意思表示をなした場合には、その期間の経過により契約の解除権が発生すると同時に、契約は解除されたものとしている。

- 相当の期間を定めて催告をするのと同時に、その期間内に履行されないことを停止条件として解除の意思表示をし、その解除は無効である。(新司22-5)

☞誤り。条件付解除の意思表示は原則として認められない。もっとも、判例は、一定の期間内に履行されないことを条件として催告とともになした解除の意思表示を有効としている(大判明43. 12. 9)。

- 履行遅滞による契約解除のための催告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正しい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。(新司19-23)

ア. 金銭債務の履行の催告においては、必ずしも金額を明示する必要はない。

イ. 催告に当たっては、債務者に対して、債務の履行を促し、履行がなければ解除する旨を通知することを要する。

ウ. 催告に当たり債権者が指定した履行の場所が不明確であったときは、この催告の効力が認められることはない。

エ. 賃貸人が、賃貸借契約の終了を原因とする賃貸借目的物の返還を請求しつつ、仮に賃貸借契約が存続しているとすれば一定額の賃料を支払うべき旨を催告しても、この催告は無効である。

オ. 履行すべき相当の期間を定めない催告も有効であり、催告の後、客観的に見て相当な期間を経過すれば解除権が発生する。

☞ア正しい。最判昭35. 10. 14。

イ誤り。本記述は、履行がなければ解除する旨を通知することを要するとしている点で、誤っている。

ウ誤り。大判大14. 12. 3。本記述は、履行場所が不明確であれば催告の効力は認められないとしている点で、誤っている。

エ誤り。最判昭40. 3. 9。本記述は、催告が無効であるとしている点で、誤っている。

オ正しい。最判昭44. 4. 15。

- AとBは、Aの所有する動産につき売買契約を締結し、目的物の引渡しと引換えに代金を支払うべき旨を約した。A及びBが共にその債務の履行期限を徒過した場合において、Bが契約の解除をするためには、自己の債務につき弁済の提供をし、相当の期間を定めてAの債務の履行を請求すれば足り、その後に改めて催告をする必要はない。(旧司15-27)

第548条（解除権者の行為等による解除権の消滅）

- 1 解除権を有する者が自己の行為若しくは過失によって契約の目的物を著しく損傷し、若しくは返還することができなくなったとき、又は加工若しくは改造によってこれを他の種類の物に変えたときは、解除権は、消滅する。
- 2 契約の目的物が解除権を有する者の行為又は過失によらないで滅失し、又は損傷したときは、解除権は、消滅しない。

【趣旨】

本条は、原物が返還不能な場合でも価格による返還は可能であるが、解除権を有する者が自らの故意・過失により原物を返還不能にしておきながら、解除権を行使することは信義則に反するため解除権が消滅するとしたものである。

【ポイント】

一 目的物

目的物が代替物であるときは、給付された物と同種・同等・同量の物を返還すればよいから、解除権は消滅しない（大判明37. 2. 17）。

二 「解除権を有する者」

「解除権を有する者」とは、解除権をすでに有する者だけではなく、解除権発生前の者も含まれる。その場合には解除権が発生しないことになる。

三 「行為若しくは過失」

「行為若しくは過失」とは、目的物の損傷、返還不能などが解除権者の故意又は過失によって生じたことを意味する。返還不能のなかには、第三者への譲渡も含まれる。

四 原物が滅失・損傷した場合の解除の効果 → 545条の解説参照

※ 547条、548条以外の解除権の消滅事由

- 1 解除権の行使前に債務の本旨に従った履行又は提供を遅延賠償と共にした場合
- 2 解除権者が解除権を放棄した場合
- 3 権利失効の原則による解除権の失効（最判昭30. 11. 22）

相手方がもはや解除権を行使しないだろうと信じるほど長期間解除しない場合に、信義則上解除権を消滅させることをいう。

4 消滅時効

時効期間は、原則として債権に準じて10年（大判大7. 4. 13）であり、起算点は解除によって原状回復義務の履行を請求し得る時（最判昭35. 11. 1）である。

民 法 No.2	共同不法行為と使用者責任	H 2 9 共通問題
----------	--------------	------------

民法〔平成29年 司法試験第30問・予備試験第12問〕（配点：2）

Aが運転するタクシーとBが運転するタクシーが衝突する交通事故（以下「本件事故」という。）が発生し、Aが運転するタクシーの乗客Cが負傷し、Cに300万円の損害が生じた。本件事故についての過失割合は、Aが4割で、Bが6割であり、Cに過失はなかった。この事例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正しい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. CがAに対して本件事故後3年以内に損害賠償を請求する訴訟を提起すれば、CのBに対する損害賠償請求権の消滅時効も中断する。
- イ. BがCに対して損害賠償債務の弁済として100万円の支払をした場合には、Bは、Aに対し、40万円を求償することができる。
- ウ. Bが、Cとの間で、BがCに対して200万円を支払うとともに、CがAの損害賠償債務及びBのその余の損害賠償債務を免除する旨の和解契約を締結した場合であっても、Cは、Aに対し、100万円の支払を求めることができる。
- エ. Aに使用者Dがあり、Dが本件事故について使用者責任を負う場合において、DがCに対して損害賠償債務の弁済として300万円を支払ったときは、Dは、Aに対し、信義則上相当と認められる限度において求償することができる。
- オ. Bに使用者Eがあり、Eが本件事故について使用者責任を負う場合において、AがCに対して損害賠償債務の弁済として300万円を支払ったときは、Aは、Eに対し、180万円を求償することができる。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

民法 No.2	共同不法行為と使用者責任	H29 共通問題
---------	--------------	----------

正解 5

【司法試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	3	6	5	22	62

【予備試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	4	9	5	21	61

ア誤り。本記述は、CのBに対する損害賠償請求権の消滅時効も中断するとしている点で、誤っている。

最判昭57. 3. 4。Cの負傷はAとBの衝突事故によりもたらされているため、AB各自の行為には客観的共同がある。また、AとBに過失もあるため、AとBには共同不法行為が成立する（民法719条1項前段）。

判例は、共同不法行為者の1人に対する損害賠償請求訴訟の提起により、他の共同不法行為者に対する損害賠償請求権の消滅時効の中断が生じるかが争点となった事案において、「民法719条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であつて連帯債務ではないから、右損害賠償債務については連帯債務に関する同法434条の規定は適用されないものと解する」としている。

したがって、本記述では、CのAに対する損害賠償請求訴訟の提起によっては、CのBに対する損害賠償請求権の消滅時効は中断しない。（潮見II P. 187。条文・判例スタンダードP. 647）

イ誤り。本記述は、Bは、Aに対し、40万円の求償をすることができるとしている点で、誤っている。

最判昭41. 11. 18。判例は、共同不法行為者間の求償関係が争点となった事案において、「共同行為者の内部的負担部分は、各自の過失割合によって決まる」との理解を前提として、この過失割合で確定された自己の内部的負担「額」を超えて被害者に弁済した共同行為者の一人は他の共同行為者に対して求償できるとしている。

本記述では、Bの過失割合は6割であり、Bの負担部分は180万円となる。そして、BがCに対して損害賠償債務の弁済として支払った額は、これを超えない100万円の支払いに過ぎず、自己の負担部分を超えないので、BはAに求償することができない。（潮見II P. 185～6。条文・判例スタンダードP. 647）

ウ誤り。本記述は、Cは、Aに対し、支払を求めることができるとしている点で、誤っている。

最判平10. 9. 10（百選II 23事件）。共同不法行為者間の不真正連帯債務の場合、被害者が共同行為者の一人に対して損害賠償義務を免除したとしても、他

の共同行為者を免除したことにはならない（最判平6．11．24）。

しかし、判例（最判平10．9．10）は、その被害者が共同行為者の一人に対してした免除の意思表示が共同行為者全員の損害賠償義務を免除する意思でされたものであったときは、その限りで他の共同行為者の債務も消滅することを認めている。

本記述では、CB間の和解契約において、Aの損害賠償債務をも免除しているため、CはAに対し、100万円の支払を求めることはできない。（潮見ⅡP.187。条文・判例スタンダードP.647）

エ正しい。最判昭51．7．8（百選Ⅱ91事件）により、本記述は正しい。

使用者が民法715条1項に基づき損害を賠償すれば、使用者は、被用者に対し、同条3項に基づいて求償することができる。

そして、判例は、損害の公平な分担という見地から信義則に照らし、求償権が制限されるものとしている。

本記述では、使用者であるDは300万円を支払っており、民法715条3項に基づいて被用者たるAに対し、信義則上相当と認められる限度で求償することができる。（潮見ⅡP.186。条文・判例スタンダードP.639）

オ正しい。最判昭63．7．1（百選Ⅱ93事件）により、本記述は正しい。

判例は、本記述と類似の事案において、「被用者がその使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合において、右第三者が自己と被用者との過失割合に従って定められるべき自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したときは、右第三者は、被用者の負担部分について使用者に対し求償することができるものと解する」としている。

その理由として、判例は、「利益の存するところに損失をも帰せしめるとの見地から、被用者が使用者の事業活動を行うにつき他人に損害を加えた場合には、使用者も被用者と同じ内容の責任を負うべきものとしたものであつて、このような規定の趣旨に照らせば、被用者が使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合には、使用者と被用者とは一体をなすものとみて、右第三者との関係においても、使用者は被用者と同じ内容の責任を負うべきものと解すべき」ということを挙げている。

本記述において、AはCに300万を支払っており、これはAの負担部分である120万円を超えるので、Bの負担部分である180万円について、その使用者責任を負うEに求償することができる。（潮見ⅡP.186。条文・判例スタンダードP.647）

以上により、正しい組み合わせはエとオであり、したがって、正解は肢5となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

【不真正連帯債務】

一 意義

不真正連帯債務とは、連帯債務と類似の法律関係を有するが、債務者間に主観的な共同関係が存在しない多数当事者間の債務関係の総称である。

二 性質

多数の債務者が同一内容の給付について全部履行義務を負い、そのうちの一部の債務者の履行によって全債務者が債務を免れるという点では連帯債務と同じであるが、債務者間に主観的共同関係がないため、一部の債務者について生じた事由は債権を満足させるものを除いて他の債務者に影響を及ぼさず（相対効）、また、負担部分もなく、それを前提とする求償関係も当然には生じない。

ex. 共同不法行為者の賠償義務（最判昭57.3.4・通説）、法人の賠償義務（改正前44条1項）と理事その他代表機関の賠償義務（709条）、被用者の賠償義務（709条）と使用者又は監督者の賠償義務（715条）、及び使用者の賠償義務と監督者の賠償義務（715条）

※ 争いはあるが、連帯債務は絶対的効力の範囲が広く、債権の担保力が弱いので、同一損害について数人の者がそれぞれの立場でこれを填補すべき義務を有する場合などにおいて担保力を強化する点に、不真正連帯債務を認める実益がある。

《過去問チェック》

□ 被害者が共同不法行為者の一人に対して損害賠償債務の履行を請求しても、他の共同不法行為者の損害賠償債務の消滅時効は中断しない。（新司25-18）

☞正しい。最判昭57.3.4。

三 対外的効力

債権者は、債務者の一人に対して、あるいは同時にしくは順次に総債務者に対して、全部又は一部の履行を請求することができる（連帯債務と同じ、432条）。

不真正連帯債務は、連帯債務と同じく客観的に単一目的を有するものであるから、債務者の一人について生じた事由は、債権を満足させるもの（弁済・代物弁済・相殺など）は、絶対的効力を生ずるが、債権者を満足させる事由以外のものは、すべて相対的効力を有するにとどまる。したがって、連帯債務につき絶対的効力事由を定める規定（434条から439条）は適用されない。

◎ 最判平10.9.10（百選Ⅱ23事件）

共同不法行為者の一方が被害者と和解して残債務の免除を受けた場合、他の共同不法行為者の残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、免除の効力が及ぶ。

《過去問チェック》

□ 共同不法行為者の一人に対してした債務免除の意思表示は、被害者が他の共同不法行為者に対する債務免除の意思を有していなくても、他の共同不法行為者の利益のためにその効力を生ずる。（新司25-18）

☞誤り。最判平10.9.10（百選Ⅱ23事件）。判例は、「〔注：共同不法行為者たる〕甲と乙が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であるから、甲と被害者との間で訴訟上の和解が成立し、請求額の一部につき和解金が支払われるとともに、和解調書中に『被害者はその余の請求を放棄する』旨の条項が設けられ、被害者が甲に対し残債務を免除したと解し得るときでも、連帯債務における免除の絶対的効力を定めた民法437条の規定は適用されず、乙に対して当然に免除の効力が及ぶものではない」との原則論を示しつつも、例外として「被害者が、右訴訟上の和解に際し、乙の残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、乙に対しても残債務の免除の効力が及ぶものというべきである。」としている。

四 求償関係

主観的関連がないため負担部分なるものがなく、当然には求償関係を生じない。

◎ 最判昭63.7.1（百選Ⅱ93事件）《新司24-23》

被用者が使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合、上記第三者が自己と被用者との過失割合に従って定められるべき自己の負担部分を超えて被害者に損害を賠償したときは、右第三者は被用者の負担部分について使用者に対し求償することができる。

《過去問チェック》

- AとBは、C社の従業員であった。AがBの運転するCの業務用自動車に同乗して勤務していたところ、この自動車が、Bのわき見運転が原因で道路わきの電柱に激突し、Aが即死した。Dは、Aを単独で相続した。Aの死亡について、DがBに対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した場合、被用者の不法行為を理由とする使用者の損害賠償責任の性質を代位責任と理解する見解に立っても、これによって、Bの不法行為を理由としてDがCに対して有する損害賠償請求権の消滅時効は中断しない。（旧司19-22）

第715条（使用者等の責任）

- 1 ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。
ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。
- 2 使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う。
- 3 前2項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。

【趣旨】

本条は使用者責任について規定する。その根拠は、使用者が被用者を自己の利益のために使用しているのだから、被用者の活動によって他人に損害を与えたときは、損害賠償の責任を負わせるのが公平であると考えられることにある（報償責任の原理）。

【ポイント】

一 要件

①「ある事業のために他人を使用」していること、②被用者が事業の執行について、③第三者に損害を与えたこと、④被用者の行為が一般不法行為の要件を備えていること、⑤免責事由（1項ただし書）のないこと

1 使用関係（要件①）

- (1) 報償責任の趣旨から、使用関係は、使用者と被用者の間に実質的な指揮監督関係があればよく、雇用・委任当事者でなくてよい。弁護士や医師は指揮監督関係にないから含まれない。

また、請負人は原則として使用関係にないが（716条参照）、下請負人が現実元請負人の指揮監督下にあったとみられる場合には、使用関係にあったとされる（大判昭11.2.12）。

- (2) 「事業」は、営利性・有償性・継続性すべて不要である。

◎ 最判平16.11.12

①甲組は、その威力をその暴力団員に利用させ、又はその威力をその暴力団員が利用することを容認することを実質上の目的とし、下部組織の構成員に対しても、甲組の名称、代紋を使用するなど、その威力を利用して資金獲得活動をするを容認していたこと、②Yは、甲組の1次組織の構成員から、また、甲組の2次組織以下の組長は、それぞれその所属組員から、毎月上納金を受け取り、上記資金獲得活動による収益がYに取り込まれる体制が採られていたこと、③Yは、ピラミッド型の階層的組織を形成する甲組の頂点に立ち、構成員を擬制的血縁関係に基づく服従統制下に置き、Yの意向が末端組織の構成員に至るまで伝達徹底される体制が採られていたことが明らかである。以上の諸点に照らすと、Yは、甲組の下部組織の構成員を、その直接間接の指揮監督の下、甲組の威力を利用しての資金獲得活動に係る事業に従事させていたといえることができるから、Yと甲組の下部組織の構成員との間には、同事業につき、民法715条1項所定の使用者と被用者の関係が成立していたと解するのが相当である。

2 「事業の執行について」(要件②)

- (1) この要件は、報償責任の原理から、責任の範囲を使用者が被用者の活動により利益を得ている範囲に限定するためのものである。その意味は、「事業の執行の為に」よりは広い(自己の利益を図るためでもよい)が、「事業の執行に際して」よりは狭い(配達途中で窃盗を働いた場合は含まない)とされる。具体的には、(ア)その行為が使用者の事業に含まれることと、(イ)その行為が被用者の担当している職務に含まれていることが必要である。

(2) 使用者の事業の範囲

使用者の事業自体だけでなく、事業と密接不可分の関係にある業務・付随的業務も含む。

(3) ☆ (論点) 被用者の職務の範囲

これは、使用者と被用者の内部関係で定まるのが普通だが、それでは不当な行為はほとんど職務の範囲外ということになってしまう。そこで、内部関係にとらわれない基準が必要となる。

A説 外形標準説(最判昭40.11.30, 最判昭42.11.2, 百選Ⅱ90事件)

「事業の執行について」とは、被用者の職務執行行為そのものには属さないが、行為の外形からみてあたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる場合をも含む。

もっとも、相手方が権限外であることについて悪意又は重過失の場合には、被用者のなした取引行為が、その行為の外形からみて、使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても、本条の適用はない。

[理由] ① 使用者責任は、正当な権限の存在に対する信頼を裏切られた相手方の保護という機能を持つところ、上記2つの基準を満たせば、相手方の信頼を生じさせるのが通常である。

② 相手方の信頼を保護する以上、信頼を欠く相手方は保護の必要がない。

B説 取引的不法行為と事実的不法行為で分ける説(支配領域説)

取引的不法行為については、外形標準説によるが、事実的不法行為については、使用者の支配領域内の危険に由来するかどうかで判断する。

[理由] ① 外形標準説が妥当するのは相手方の信頼を問題にできる取引的不法行為の場合であって、事実的不法行為(暴行・交通事故など)の場合、相手方からみれば職務の範囲内かどうかという外形信頼は問題とならない。

② 使用者の免責要件である選任・監督上のコントロールが全く及ばない行為にまで責任を負わせるのは715条の体裁上妥当でない。

3 第三者への加害(要件③)

ここにいう「第三者」とは、加害者と使用者を除くすべての者をいう。同一の使用者に使用されている被用者の一人がその過失により他の被用者を死亡させた場合に、被害者たる被用者が業務執行の共同担当者であり、しかも当人にも事故発生について過失があるという場合でも、使用者は本条による責任

を免れない（最判昭32. 4. 30）。

4 使用者の免責（要件⑤）

- (1) 使用者は選任及び監督に相当の注意を払っていたことを立証すれば免責される（双方の立証が必要）。したがって、中間責任である。もともと、この立証はほとんど認められない。
- (2) 失火責任法との関係

◎ 最判昭42. 6. 30

失火責任法上の重過失は、被用者について考慮され、被用者が重大な過失により失火したときは、使用者は被用者の選任・監督について重過失がなくても、民法715条による賠償責任を負う。

二 効果

1 使用者の損害賠償責任

- (1) 被用者自身の不法行為が成立しているため、被用者自身も709条による損害賠償責任を負う。この両者の関係は、不真正連帯債務となる。絶対効（434条～439条）の広く認められる本来の連帯債務の場合と異なり、不真正連帯債務においては相対効（440条）が貫かれることから、被害者保護に厚くなる。
- (2) 使用者が法人の場合、法人が本条により責任を負うほか、代表者も具体的に被用者の選任・監督を担当していた場合は2項により責任を負う。

2 求償権（3項）

(1) 求償権の趣旨

本来の責任が被用者にあることから（代位責任）、使用者が賠償した場合は、被用者にその額を求償できる。

(2) 求償権の制限

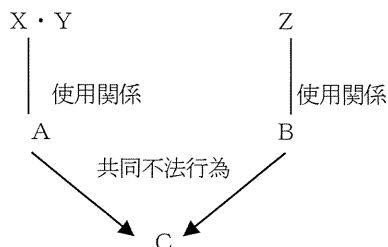
使用者が被用者を使用して多大な利益を上げながら、結局求償により損害をすべて被用者に転嫁するのでは不公平であり、かえって報償責任という本条の趣旨に反する。そこで、求償の範囲は、諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から、信義則上相当な範囲に限定すべきとされる（最判昭51. 7. 8、百選Ⅱ91事件）。

(3) ☆（論点）共同不法行為者と使用者の求償関係

被用者と第三者が共同不法行為をした場合（719条）、使用者は715条により損害賠償の責任を負うが、使用者と被用者は経済的に一体をなすものであるから、第三者との関係においても被用者と同じ内容の責任を負い、被用者と第三者の負担部分に応じて、第三者との間で求償関係に立つ。すなわち、使用者が被用者の負担部分を超えて賠償したときは第三者に求償でき、逆に第三者が自己の負担部分を超えて賠償したときは使用者は、被用者の負担部分について求償の責任を負う（最判昭63. 7. 1、百選Ⅱ93事件）。

(4) ☆ (論点) 複数の使用者間における求償関係 (最判平3. 10. 25)

〈事案〉(上記最判の事例を簡略化)



- ① X・YとZの間では、それぞれ内部的な分担の公平を図るために求償が認められるべきであるが、その割合は、使用者と被用者の一体性にかんがみて、各被用者たるA B間の過失割合に従う。そして、Zがこれによって定まるBの負担部分を超えて支払った場合、Aの負担部分の限度でX・Yに対して求償権を行使できる。
- ② XとYの間でも、内部的な分担の公平を図るため求償が認められるべきである。この場合、各々の負担割合は、Aの加害行為の態様及びこれとX・Yの事業の執行との関連性の程度、Aに対するX・Yの指揮監督の強弱などを考慮して定められるべきである。そして、Xが、右の負担部分を超えて損害を賠償したときは、その超える部分につき、Yに対してその負担部分の限度で求償することができる。

(5) ☆ (論点) 逆求償

被用者が全額の賠償をした場合に、使用者に対して求償することができるか。

この点、使用者責任の根拠を、信義則上被用者と使用者は経済的に同一性があることに求める判例(最判昭63. 7. 1, 百選II 93事件)の立場では、使用者は被用者の立替払いをすることになるから、被用者側からの求償権の行使は妥当でないことになる。これに対し、損害の公平な分担という趣旨からは、使用者が賠償すれば求償権が制限されるのに、被用者が賠償した場合には使用者に求償できず、被用者が全額の責任を負うのでは公平を欠くとして、逆求償を認める立場が有力である。

三 110条との関係

715条と110条は、ともに権限を信じた取引の相手方を保護する機能を営む。両者の適用については、相手方保護の見地から選択的行使を認めるのが判例である。そこで、両者を主張する場合に要件・効果の違いが問題になる。

(図表) 715条と110条との関係

		715条	110条
要件	基本代理権の要否	不要 (使用関係があればよい)	必要 (原則として法律行為の代理権)
	相手方に過失ある場合の成否	成立 (過失相殺 (722条 2 項) の問題)	不成立 (無過失を要求)
効果		損害賠償	有効な取引があったものとされる。

※ 715条と110条が共通の機能を果たし、選択的に行使できる以上、いずれを主張するかで結論が異なることはできるだけ避けるほうがよい。この観点から、学説上、110条の要件を緩和して、715条に接近させる立場がある。即ち、①基本代理権を事実行為についても含め、②取引の相手方に過失ある場合にも成立を認めて、過失相殺的な考え方で公平を図るべき、とするのである。

《過去問チェック》

- 被用者の重大な過失により火災が発生した場合において、使用者にその被用者の選任及び監督について過失がある

ときは、使用者は、その選任及び監督についての過失が重大なものではないことを理由として、その火災により生じた損害を賠償する責任を免れることはできない。(新司28-29)

☞正しい。最判昭42.6.30。判例は、「失火者に重大な過失があり、これを使用する者に選任監督について不注意があれば、使用者は民法715条により賠償責任を負うものと解すべきであつて、所論のように、選任監督について重大な過失ある場合にのみ使用者は責任を負うものと解すべきではない」としている。

- 事業の執行について不法行為を行った被用者が損害を賠償する責任を負うときであっても、その被用者を雇用する法人の代表者は、被用者の選任又は監督を現実担当していなければ、被用者の不法行為について、代理監督者として損害を賠償する責任を負わない。(新司28-29)

☞正しい。最判昭42.5.30。判例は、「使用者が法人である場合において、その代表者が現実被用者の選任、監督を担当しているときは、右代表者は同条項にいう代理監督者に該当し、当該被用者が事業の執行につきなした行為について、代理監督者として責任を負わなければならないが、代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有することから、ただちに、同条項を適用してその個人責任を問うことはできない」としている。

- 被害者が加害者の使用者に対し使用者責任に基づく損害賠償を請求する場合、被害者は、加害者による不法行為があったことに加え、加害者の使用者が加害者である被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしていなかったことを主張・立証しなければならない。(新司27-28)

☞誤り。715条1項。使用者責任の成立には、被用者について、一般不法行為の要件が満たされることを要する。しかし、715条1項ただし書についての立証責任は使用者側にあると解されている(中間責任)。

- ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負うが、この責任は、被用者に賠償の資力があつたとしても免れることができない。(新司27-28)

☞正しい。715条1項参照。

- Aの使用するBがその事業の執行について第三者Cに損害を与えた場合において、その損害を賠償する債務をAがCに対して弁済したときには、AのBに対する求償権は、発生しない。(新司25-30)

☞誤り。715条3項は、「前2項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。」と規定している。

- Aの使用するBが、その外形からみてAの事業の範囲内に属すると認められる行為によって第三者Cに損害を与えた場合であっても、Bの加害行為がBの職務権限内で適法に行われたものでないことをCが知っていたとき、又は知らなかったことについて重大な過失があつたときは、Aは、Cに対し、損害賠償の責任を負わない。(新司25-30)

☞正しい。最判昭42.11.2(百選Ⅱ90事件)。

- 法人Aの使用するBがその事業の執行について第三者Cに損害を与えた場合において、Aの代表者Dが現実Bの選任監督を担当していなかったときは、Dは、Cに対し、Aに代わって事業を監督する者としての責任を負わない。(新司25-30)

☞正しい。最判昭42.5.30。

- Aは自転車運転して歩道上を走行中、前方不注意により、歩行者Bに衝突し、Bが負傷した。この事例に関する次のアからエまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から6までのうちどれか。(新司22-29)

ア. Aが5歳の幼児である場合、AはBに対して損害賠償義務を負うことはなく、Aの親権者であるCが、Aに対する監督義務を怠らなかつたとき及びその義務を怠らなくても損害が生ずべきであつたときを除き、Bに対して損害賠償義務を負う。

イ. 判例によれば、Aが14歳の中学生である場合、AはBに対して損害賠償義務を負い、Aの親権者であるCはBに対して損害賠償義務を負うことはない。

ウ. 判例によれば、AがD社の従業員であり、D社の業務中に自転車を運転していた場合、D社がBに対して損害額全額を賠償したときは、D社はAに対して信義則上相当と認められる限度において求償することができる。

エ. BがAに対し損害賠償請求をする場合、Aの過失を主張立証する必要はないが、Bの損害の発生及びその額を主張立証する必要がある。

☞ア正しい。714条1項。

イ誤り。最判昭49.3.22(百選Ⅱ89事件)。

ウ正しい。最判昭51.7.8(百選Ⅱ91事件)。

エ誤り。大判明38.6.19。

- 不法行為に基づく損害賠償を請求した場合の被告の抗弁に関する次のアからオまでの各記述のうち、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。(新司20-28)

ア. 原告が責任無能力者を監督する法定の義務を負う者を被告として、民法第714条第1項の責任無能力者の監督義

務者の責任に基づいて損害賠償を請求した場合、被告は、監督義務を怠らなかったことを抗弁として主張することができる。

- イ。原告が責任無能力者を監督する法定の義務を負う者を被告として、民法第714条第1項の責任無能力者の監督義務者の責任に基づいて損害賠償を請求した場合、被告は、監督義務者のほかに代理監督者がいることを抗弁として主張することができる。
- ウ。原告がAの不法行為責任の成立を前提とした上でAの使用者を被告として、民法第715条第1項の使用者の責任に基づいて損害賠償を請求した場合、被告は、Aの選任監督上相当と認められる注意義務を尽くしたことを抗弁として主張することができる。
- エ。原告がAの不法行為責任の成立を前提とした上でAの代理監督者を被告として、民法第715条第2項の代理監督者の責任に基づいて損害賠償を請求した場合、被告は、Aの選任監督上相当と認められる注意義務を尽くしたとしてもAの加害行為の発生を避けられなかったことを抗弁として主張することができる。
- オ。原告が土地の所有者を被告として、民法第717条第1項ただし書の土地の工作物等の所有者の責任に基づいて損害賠償を請求した場合、被告は、結果の発生を防止するために必要な注意義務を尽くしたことを抗弁として主張することはできないが、自己の責任無能力を抗弁として主張することはできる。

☞ア正しい。714条1項ただし書。

イ誤り。715条1項。

ウ正しい。715条1項ただし書。

エ正しい。715条2項・1項ただし書後段。

オ誤り。717条1項ただし書。

- 重大な過失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正しい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。(新司20-30)

ア。建物の賃借人が失火によりその建物を焼失させ、その返還義務を履行できなくなった場合、賃借人は、故意がなく、かつ、重大な過失がなければ、賃貸人に対し損害賠償責任を負わない。

イ。心裡留保の場合、相手方が表意者の真意を知らなかったとしても、知らないことについて重大な過失がなければ、その意思表示は有効である。

ウ。被用者のした取引行為が、その行為の外形からみて、使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合であっても、その行為が被用者の職務権限内において適法に行われたものでなく、かつ、その行為の相手方がその事情を知りながら、又は、重大な過失によりそれを知らないで、取引をしたときは、取引の相手方である被害者は、使用者に対し、その損害の賠償を請求することができない。

エ。債権の譲渡禁止特約がある場合、債権の譲受人が、その特約の存在を知らなかったとしても、これについて重大な過失があるときは、その債権を取得することができない。

オ。債権の準占有者に対する弁済がその効力を有するのは、弁済者が善意であり、かつ、重大な過失がなかった場合である。

☞ア誤り。最判昭30.3.25。

イ誤り。93条ただし書。

ウ正しい。最判昭42.11.2(百選Ⅱ90事件)。

エ正しい。最判昭48.7.19。

オ誤り。478条。

- 使用者責任に関する次の1から5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。(新司18-3)

1。被用者の加害行為が使用者の事業の執行についてされたものであることは、被害者が証明する必要があるが、これはその加害行為が外形からしてあたかも被用者の職務の範囲内とみられる場合を含む。

2。使用者は、被用者の選任及び監督について相当の注意をしたことを証明した場合、責任を免れる。

3。使用者は、被用者の加害行為が被用者の職務権限内で適法に行われたものでないこと及び加害行為時に被害者がそのことを知っていたか、知らないことに過失があったことを証明すれば、責任を免れる。

4。被用者の加害行為に先立って使用者から代理監督者に監督権限が授与されたことを被害者が証明した場合であっても、代理監督者は、被用者の選任及び監督について相当の注意をしたことを証明すれば、責任を免れる。

5。責任を負った使用者又は代理監督者は、被用者に対して求償し得るが、被用者がこの求償権を信義則上制限すべきことを基礎付ける事実を証明すれば、この求償権は制限される。

☞1正しい。最判昭40.11.30。

2正しい。715条1項ただし書前段。

3誤り。最判昭42.11.2(百選Ⅱ90事件)。

4 正しい。715条2項・1項ただし書前段。

5 正しい。最判昭51.7.8（百選Ⅱ91事件）。

- A会社の従業員であるBが、外形上A会社の事業の範囲内に属する売買契約をCとの間で締結したところ、BにはA会社の当該売買契約を締結する権限がなかった。Cは、BがA会社の当該売買契約を締結する権限を有しないことを知らず、知らないことについて重大な過失があった。この場合、Cは、Aに対して、Bの不法行為について使用者としての責任を追及することができない。（旧司22-21）

第719条（共同不法行為者の責任）

- 1 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。
- 2 行為者を教唆した者及び^{ほう}幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

【趣旨】

本条は、複数の行為者が関与する共同不法行為について、被害者の責任追及を容易にして被害者救済を厚くするために、各加害者が原則として損害全部について連帯責任を負う旨を規定した。

【ポイント】

一 狭義の共同不法行為の成立要件（1項前段）

共同者のいずれもが損害の発生について共同している場合が狭義の共同不法行為である。

☆（論点）狭義の共同不法行為の成立要件

A説 判例（最判昭43.4.23）

(1) 内容

①各人の行為が独立して不法行為の成立要件を満たすことと、②各人の行為が「共同」していることを要するとする。

〔理由〕① 民法は自己責任を原則とし、分割責任が原則（427条）である。にもかかわらず全額の連帯責任を負わすためには、自己の行為の損害に対する直接・間接の因果関係が必要なはずである。

② 主観的関連共同のない場合でも、被害者保護の趣旨から連帯責任を負わせるのが妥当である。

〔批判〕① 各人の行為が不法行為の要件を満たすことが必要とすると、719条がなくても709条により責任を問えるはずであり、わざわざ719条を設けた意味がない。

② いったん共同不法行為が成立すれば、加害者全員が全額の賠償責任を負うが、損害発生にほとんど寄与しない場合にも一切免責の余地がないとするのは加害者にあまりに酷であり、損害の公平な分担という不法行為制度の趣旨から妥当でない。

(2) 各要件の検討

a 各人の行為が独立して不法行為の要件を満たすこと（要件①）

この要件で問題となるのが因果関係である。各人の行為と結果との関係にそれぞれ因果関係が必要である。もっとも、この立場の中でも、各人の行為と直接の加害行為とに因果関係があり、それに共同性が認められれば、②の「共同」の行為という中間項を通すことで損害との因果関係を認めてよいとするものもある。

b 「共同」（要件②）

「共同」とは、客観的関連共同で足り、主観的関連共同は不要である。すなわち、社会的に1個の行為とみられる関係があればよく、行為者間に意思の連絡などは不要である。

B説 有力説

共同不法行為を、主観的関連共同性がある場合や客観的にみて損害発生の原因行為に強い一一体性

のある場合（強い客観的関連共同性）と、そうでない場合（弱い客観的関連共同性）とに分け、1項前段は前者についての規定であり、後者については1項後段が規定するとする。そして、前者の場合、各人の行為と損害との間の個別的因果関係の立証は不要であり、自己の損害発生についての寄与度を立証して免責・減責を求めることは許されないが、後者の場合は、これが許されるとする。

◎ 四日市ぜんそく事件（津地四日市支判昭47.7.24）

共同不法行為における関連共同性とは、客観的関連共同性で足り、その内容は、結果の発生に対して社会通念上全体として1個の行為と認められる程度の一体性（弱い関連共同性）で足りる。もっとも、この場合、各人の行為はそれだけでは結果を発生させないが、他の行為と相合して初めて結果を発生させた場合、他の原因行為の存在及びこれと合して結果を発生させるであろうことを予見し、又は予見し得たことが必要である。これに対し、各自の行為の間により緊密な一体性（強い関連共同性）がある場合には、各自の行為と結果発生との間に因果関係がない場合であっても、責任を負うことがある。

◎ 最判平13.3.13（百選Ⅱ102事件）《新司24-29》

それぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為において、被害者との関係においては、各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されない。

二 加害者不明の場合の共同不法行為（1項後段）

1 意義

損害発生行為についての関連共同を欠く複数の者の行為により損害が発生したが、そのうちの誰の行為によるかまでは特定できない場合に、被害者保護のため、因果関係の立証を不要とし、これらの者全員に連帯責任を負わせる規定である。例えば、いくつかの薬品メーカーの同種の薬品を投与された結果健康に障害が出てしまったという場合に、それらの薬品のうちのどれかが原因であることまでは特定できるが、どのメーカーのものかまでは特定できないという場合である。

2 要件

(1) 「共同行為者」

共同行為者とは、直接の加害行為を共同しなくても、その前提となる集団行為について客観的関係にある者でよい。

(2) 共同行為者のいずれかによって損害が惹起されたこと

共同行為者の一人が加害者であり、それが誰であるかわからない場合である。

(3) 各共同不法行為者に因果関係以外の一般的不法行為成立の要件を満たしていること

各人に、故意・過失、違法性、行為能力などが必要である。

※ 1項後段の類推適用

共同行為者各人が加害を行ったが、その寄与度が不明な場合、1項後段を類推適用できるか。

この点、被害者からみれば、加害者が特定できない場合も、どの加害者がどの範囲で損害発生に寄与したか不明な場合も、立証の困難に直面することは同じであることから類推適用できるとされる。このとき、行為者は、自己の寄与度を立証して減責されることができる。

◎ 大阪地判平7.7.5（百選Ⅱ92事件）

都市型複合大気汚染のようにいくつかの行為が積み重なって初めて結果を惹起するに過ぎない重合的

競合の場合、結果の全部または主要部分を惹起した者を具体的に特定できないとしても、競合行為者の行為が客観的に共同して被害が発生していることが明らかで、具体的な特定が極めて困難でありこれを要求すると被害者が損害賠償を求めることができないおそれが強く、寄与の程度によって損害を合理的に判定できる場合には、特定された競合者は原則として連帯責任を負うが、その連帯責任の範囲は損害全体のうち特定された競合者の行為が寄与した割合が限度となる。

三 効果

1 責任の連帯性

共同不法行為者は、損害賠償について連帯債務を負う。ここにいう「連帯債務」とは、各行為者の人的・主観的關係を前提とする債務ではないこと、及び被害者保護の見地から絶対効を認めないため、不真正連帯債務と解される（最判昭57.3.4）。

◎ 最判平6.11.24

民法719条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であって連帯債務ではないから、その損害賠償債務については連帯債務に関する同法437条（連帯債務者の一人に対する免除）の規定は適用されないものと解する。

◎ 最判平10.9.10（百選Ⅱ23事件）

甲と乙が共同の不法行為により丙に損害を加えたが、甲と丙との間で成立した和解により、甲が丙の請求額の一部につき和解金を支払うとともに、丙が甲に対して残債務を免除した場合において丙が右の和解に際して乙の残債務をも免除する意思を有していたときは、乙に対しても残債務の免除の効力が及ぶ。

2 共同不法行為者間の求償関係

(1) 共同不法行為の効果の不真正連帯債務と捉えると、負担部分がないことから、相互に求償はできないのではないかが問題となる。

しかし、それでは一人が支払った場合、共同行為者間での公平を欠き、損害の公平な分担の理念に反する。

そこで、この場合も各自の過失割合に応じた負担部分を観念し、それに応じて求償を認めるべきとされる（最判昭41.11.18）。

(2) 求償権を行使する者は、自己の負担部分を超えて支払ったことが必要であり、それ以下の支払いで他の者との割合に応じて求償することはできない（最判昭63.7.1, 百選Ⅱ93事件）。

(3) 被用者の共同不法行為の場合の使用者の求償権について →715条の解説参照

《過去問チェック》

- Aの前方不注意による自動車の運転によってBが重傷を負い、Bを治療したCの過失によってBが死亡した場合において、ACの各行為が共同不法行為となるときのあっても、Bの死亡という結果の発生に対するA及びCの寄与の割合をそれぞれ確定することができるときは、Aは、Bの死亡による損害の全額を賠償する責任を負わない。（新司26-29, 予備26-12）

☞誤り。最判平13.3.13（百選Ⅱ102事件）。判例は、各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されないとしている。

- 複数の加害者であるABの過失と被害者Cの過失が競合する1つの交通事故において、その交通事故の原因となった全ての過失の割合を認定することができ、A、B及びCの過失割合が順次5：3：2である場合には、ABは、Cに対し、連帯して、その損害の8割に相当する額を賠償する責任を負う。（新司26-29, 予備26-12）

☞正しい。最判平15.7.11。

□ Aが所有し運転するタクシーに、Bが所有し運転する自家用車が衝突する交通事故が発生し、A B所有の各車両が損傷するとともに歩行者Cが負傷した。当該交通事故により、Aには50万円の損害が、Bには80万円の損害が、Cには100万円の損害が、それぞれ生じ、当該交通事故及びCの負傷についての過失割合はAが2割で、Bが8割であり、また、Cの負傷にはCの過失がないものとして、次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しい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。(新司21-30)

ア. Cは、その損害額である100万円全額を、Aに対しても、Bに対しても請求することができる。

イ. CがAに対して事故後3年以内に損害賠償を請求する訴訟を提起した場合、同訴訟の提起は、BのCに対する損害賠償債務についても消滅時効を中断する。

ウ. Bは、その損害額である80万円のうち16万円の損害賠償請求権を自働債権として、BのAに対する損害賠償債務と相殺することができる。

エ. CがAに対して損害賠償債務全額を免除したときでも、Cは、Bの債務を免除する意思を有していなければ、Bに対し100万円全額を請求することができる。

オ. AがCに対し50万円を賠償したとき、Aは、Bに対し40万円を求償することができる。

☞ア正しい。最判昭43. 4. 23。

イ誤り。最判昭57. 3. 4。

ウ誤り。最判昭49. 6. 28。

エ正しい。最判平10. 9. 10 (百選Ⅱ23事件)。

オ誤り。最判昭41. 11. 18。

刑 法 No. 1	略取、誘拐及び人身売買	H 2 9 共通問題
-----------	-------------	------------

刑法〔平成29年 司法試験第2問・予備試験第2問〕（配点：2）

略取、誘拐及び人身売買の罪に関する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。

ア．営利の目的で未成年者を買収した場合、未成年者買収罪のみが成立する。

イ．身の代金目的誘拐罪は、近親者その他誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的を主観的要素とする目的犯である。

ウ．身の代金目的で成年者を略取し、公訴が提起される前に同成年者を安全な場所に解放すれば、身の代金目的略取罪の刑が必要的に減輕される。

エ．未成年者誘拐罪は親告罪である。

オ．親権者は、未成年者誘拐罪の主体とはならない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

刑 法 No.1	略取、誘拐及び人身売買	H29 共通問題
----------	-------------	----------

正解 2

【司法試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	3	46	1	1	48

【予備試験】

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	6	43	3	3	44

ア誤り。本記述は、未成年者買受け罪のみが成立するとしている点で、誤っている。

刑法226条の2が定める人身売買罪は、人を買い受けることにより成立し、未成年者を買い受けた者（同条2項）、営利、わいせつ、結婚または生命もしくは身体に対する加害の目的で、人を買い受けた者（同条3項）について、それぞれ法定刑が加重されている。

未成年者を営利目的で買い受けた場合のように、本条の複数の要件（同条2項、3項）を満たす場合には、法条競合となり、最も法定刑の重い営利目的等買い受け罪が成立する（同条3項）。

イ正しい。刑法225条の2第1項により、本記述は正しい。

刑法225条の2第1項が定める身代金目的拐取罪は、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」を主観的要素とする目的犯である。

ウ正しい。刑法228条の2により、本記述は正しい。

刑法228条の2は、身代金目的拐取罪等においては、被拐取者の生命や身体の危険が大ききことから、その安全を図るために、被拐取者を開放した場合には刑の必要的減軽を認める政策的な規定である。

身代金目的で成年者を略取した者が、公訴が提起される前に同成年者を安全な場所に解放すれば、刑法228条の2により、身代金目的略取罪（刑法225条の2）の刑が必要的に減軽される。

エ正しい。刑法229条により、本記述は正しい。

刑法は、被害者の利益の保護の観点から、一定の犯罪を親告罪とすることによって、処罰の利益との調整を図っている。そして、未成年者誘拐罪（刑法224条）は、刑法229条により親告罪とされる罪の範囲に含まれる。

オ誤り。本記述は、親権者は未成年者誘拐罪の主体とはならないとしている点で、誤っている。

判例（最決平17・12・6（百選Ⅱ12事件））は、C（2歳児）の父親であり、共同親権者の1人である被告人が、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穩に生活していたCを、祖母のDに伴われ

て保育園から帰宅する途中に有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたという事案において、「その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される」とした上で、「本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である」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、未成年者略取罪の保護法益は、被拐取者の自由と保護・監護権の両方であるため、親権者であっても同罪の構成要件には該当し、親権者であるという点は違法性のレベルで考慮されるべきであるという点を挙げている。

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2となる。

【短答合格 F I L E から抜粋】

第33章 略取、誘拐及び人身売買の罪

(図表) 各種拐取罪の対比

	未遂 (228条)	予備 (228条の3)	解放減輕 (228条の2)	親告罪 (229条)
未成年者略取・誘拐罪 (224条) 営利目的等略取・誘拐罪 (225条) 被拐取者引渡し等罪 (227条1項) 営利・わいせつ等目的引渡し等罪 (227条3項)	○	×	×	○ (営利・生命身体加害目的は除く)
身の代金目的略取・誘拐罪 (225条の2第1項)	○	○	○	×
身の代金目的被拐取者收受罪 (227条4項前段)	○	×	○	×
略取・誘拐者身の代金要求罪 (225条の2第2項)	×	×	○	×
被拐取者收受者の身の代金要求罪 (227条4項後段)	×	×	○	×
所在国外移送目的略取及び誘拐罪 (226条) 人身売買罪 (226条の2) 被略取者等所在国外移送罪 (226条の3)	○	×	×	×
身の代金目的略取・誘拐幫助目的收受罪 (227条2項)	○	×	○	×

2-33-1

【略取、誘拐及び人身売買の罪総説】

一 意義

略取及び誘拐の罪は、人を従来の生活環境から離脱させ、自己又は第三者の事後的支配下に置く行為を処罰するものである。略取と誘拐を合わせて拐取という。

また、人身売買の罪は、平成12年に採択された人身取引議定書を受けて、平成17年に新設されたものである。

二 保護法益

1 成人に対する拐取罪の保護法益は被拐取者の自由と考えるべきである。

2 ☆ (論点) 未成年者拐取罪の保護法益

A説 被拐取者の自由と解する立場 (前田教授は、人の本来的な生活場所における安全と行動の自由とする)。

〔理由〕 自由の何たるかを理解し得ない者に対する拐取につき、自由の概念を抽象化して「人の本来

的な生活場所における身体の自由」を意味するものとする。

B説 人的保護関係と解する立場。

〔理由〕 被拐取者本人が自由を奪われたことにつき認識していないとき不都合であるから、親権者その他の保護監督者の利益を保護法益とすべきである。

C説 被拐取者の自由、及び被拐取者が要保護状態にある場合は親権者等の保護監督権と解する立場（通説，大判明43.9.30）。

〔理由〕 ① 現行法では、成人に対する無目的な単純拐取が不可罰とされていることから、未成年者については親権者等の保護監督権を保護法益としていると解される。

② 意思能力はあるが、保護者のいない未成年者を拐取した場合も犯罪が成立するから、未成年者自身の自由も保護法益としていると解される。

3 ☆（論点）監護権者が存在しない場合でも本罪は成立するか（監護権者も本罪の主体となるか）

A説 成立（主体となる）。

〔理由〕 保護法益に関するA説。

B説 不成立（主体とならない）。

〔理由〕 保護法益に関するB説。

C説 保護監督者であっても本人の利益を害する限り、成立（主体となり得る）。

〔理由〕 （保護法益に関するC説をとった上で）被拐取者自身の自由も保護法益となる。

4 ☆（論点）被害者の承諾とその効果について（前田教授は構成要件該当性の問題とすることに注意）

(1) 成年者については被拐取者の自由が保護法益とみるべきであるから、違法性が阻却される。

(2) 未成年者について

A説 （保護法益に関するA説をとった上で）保護監督者の承諾は犯罪の成立を妨げないが、同意能力がある未成年者本人の承諾は違法性を阻却する。

B説 （保護法益に関するB説をとった上で）未成年者本人の承諾は犯罪の成立を妨げないが、保護監督者の承諾は違法性を阻却する。

C説 本人の承諾があっても犯罪の成立を妨げない。

〔理由〕 （保護法益に関するC説をとった上で）保護法益には保護監督者の監督権も含まれているのだから、本人の承諾だけではその点を正当化し得ない。

◎ 最決平17.12.6（百選II12事件）

被告人は、共同親権者の1人である妻の実家において妻及びその両親に監護養育されて平穩に生活していた2歳の長男を、祖母に伴われて保育園から帰宅する途中に有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される。

本件において、被告人がそのような行動に出ることにつき、長男の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということとはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、被奪取者が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあつたとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められず、未成年者略取罪が成立する。

5 ☆ (論点) 拐取罪の法的性格

A説 継続犯説 (大判昭4. 12. 24, 通説)

〔理由〕 保護法益に関するA説をとれば、被拐取者の自由の侵害が継続している限り、犯罪も継続することになる。

B説 状態犯説

〔理由〕 保護法益に関するB説をとれば、監護権を侵害された瞬間に犯罪が完成し、その後は違法状態が続くにすぎない。

C説 継続犯・状態犯説

〔理由〕 原則的にA説の立場から継続犯とみるべきだが被拐取者が全く行動の自由を欠く高度の精神病者などであるときは、その限りでB説に立ち状態犯と解することになる。

三 行為

- 1 「拐取」とは、人を従来の生活環境から離脱させて、自己又は第三者の実力的支配下におくことをいう。
- 2 「略取」とは、被拐取者の意思に反して実力的支配下に置くことであり、暴行・脅迫等の強制的手段を用いる場合をいう。
- 3 「誘拐」とは、被拐取者の意思に反しない態様で実力的支配下に置くことであり、欺罔・誘惑を手段とする場合をいう。
- 4 監護権者を欺罔し、承諾を得て未成年者を連れ出すことも誘拐に当たる (大判大13. 6. 19)。
- 5 ☆ (論点) 略取・誘拐は被拐取者を保護された状態から離脱させることを要するか

A説 必要説 (通説)

〔理由〕 ① 本罪は監護権の侵害という側面がある。

② 既に拐取された者を更に拐取することはもとの状態からの引離しと構成すればよい。

B説 不要説 (大谷)

〔理由〕 既に拐取された者を更に拐取することも可能であるとすべきである。

- 6 ☆ (論点) 略取・誘拐は被拐取者を場所的に移転することを要するか

A説 必要説 (大判大12. 12. 3)

〔理由〕 「人勾引」の伝統を承継している我が刑法上の拐取罪については場所的移転をその本質とすべきである。

B説 不要説 (通説)

〔理由〕 保護監督者を欺罔し、あるいはこれに暴行・脅迫を加えて監督者を立ち去らせるといった方法によっても拐取罪は成立し得る。

四 着手・既遂時期

- 1 本章の罪の着手時期は、暴行・脅迫、欺罔・誘惑等の手段を開始した時である。
- 2 本章の罪の既遂時期は、被害者を自己又は第三者の実力的支配下に置いた時である。

第224条 (未成年者略取及び誘拐)

未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3月以上7年以下の懲役に処する。

一 主体

本罪の主体には制限はない。未成年者の監護権者も主体となり得る (判例, 「【略取, 誘拐及び人身売買の罪総説】」参照)。

二 客体

「未成年者」である。

- 1 「未成年者」とは、20歳未満の者をいう (民法4条)。

- 2 意思能力の有無，体力や発育の程度などを問わないから，嬰兒でもよい（監禁罪と異なる）。
- 3 婚姻による成年擬制（民法753条）の適用があるか。

A説 肯定（藤木）

B説 否定（大谷・前田） 既婚の未成年者も本罪の客体となる。

三 故意

- 1 本罪の故意は，客体が未成年であること，自己の行為が拐取に当たることを認識して行為に出る意思である。
- 2 未成年者であれば，拐取の目的を問わない（未成年者を保護する目的でも成立する）。
- 3 営利・わいせつ・結婚・生命若しくは身体に対する加害の目的がある場合は，営利目的等拐取罪が成立し，本罪はそれに吸収される（「五 罪数」参照）。

四 実行の着手・既遂時期

- 1 略取・誘拐の手段たる暴行・脅迫，欺罔・誘惑等をした時に実行の着手がある。
- 2 被拐取者を自己又は第三者の実力的支配内に移転した時に既遂となる。

五 罪数

- 1 営利目的等拐取罪，身の代金目的拐取罪，所在国外移送目的拐取罪が成立するときは，本罪はそれらに吸収される。
- 2 拐取後に監禁した場合，監禁罪とはいかなる関係に立つかにつき，争いがあるが，併合罪とすべきである（最決昭58.9.27，大谷）。略取・誘拐罪は継続犯だから，監禁罪は新たに行なったものと評価できるからである。
- 3 略取の手段としての暴行・脅迫は本罪に吸収され，別罪を構成しないが，逮捕・監禁が行われた場合は逮捕・監禁罪が成立し，観念的競合となる。

第225条（営利目的等略取及び誘拐）《新司22-13》

営利，わいせつ，結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で，人を略取し，又は誘拐した者は，1年以上10年以下の懲役に処する。

一 客体

「人」である。成年者かどうか，男女の別，意思能力の有無は問わない。

二 目的

- 1 いずれの目的についても，人的関係である特殊の地位又は状態を示すものといえるから，目的は一種の身分に当たる（大谷）。
- 2 本罪は目的犯であって，営利・わいせつ・結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で人を拐取することが必要である。
- 3 営利の目的

拐取行為によって自ら財産上の利益を得，又は第三者に得させる目的をいう。必ずしも営利的であることを要しない。

☆（論点）営利目的の限定

A説 被拐取者の直接的利用によって利益を得る目的に限られる。

B説 被拐取者の犠牲において得られる財産上の利益を目的とする場合に限られる。

C説 限定する必要はない（通説）。

〔理由〕 自由等の侵害と財産上の利益の取得とが不可分の関係にあるかどうかが問題とされるべきであるから，限定することは妥当でない。

4 わいせつの目的

姦淫その他の性的行為に利用する目的をいう。（結婚でも内縁でもない）同棲の目的もこれにあたる。

ストリップ劇場でわいせつ行為をさせ利益をあげるのは営利目的である。

5 結婚の目的

行為者又は第三者と結婚させる目的をいう。法律上の結婚のみならず、事実上の結婚（内縁）もこれに当たる（通説）。

6 生命若しくは身体に対する加害の目的

自己又は第三者が、対象者を殺害し、傷害し、又はこれに暴行を加える目的をいう。臓器摘出等の目的も含まれる。

三 既逐時期

被拐取者が行為者又は第三者の実力的支配下に置かれたときに既逐となり、本条所定の目的を遂げたかどうかは関係がない。

四 罪数

- 1 営利等目的で人を拐取し被拐取者を利用して第三者に詐欺をしたときは本罪と詐欺罪の併合罪になる（大判昭17. 1. 30）。
- 2 営利等目的で数人を同時に拐取すれば、自由は一身的法益であるから、観念的競合になる。
- 3 営利等目的で拐取したが、別の目的で他の場所に拐取したときは同一法益を侵害しただけであるから包括一罪である（大決大13. 12. 12）。

《過去問チェック》

- ☐ 未成年者を拐取した場合でも、営利目的等でこれを行ったときは、未成年者拐取罪は、重い営利目的拐取罪に吸収される。（旧司13-53）

2-33-2

第225条の2（身の代金目的略取等）

- I 近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、無期又は3年以上の懲役に処する。
- II 人を略取し又は誘拐した者が近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じて、その財物を交付させ、又はこれを要求する行為をしたときも、前項と同様とする。

一 意義

身の代金目的の拐取の場合、被害の残酷性、模倣性等、営利目的拐取罪とは異質であるので、これとは別に規定を追加し、刑を他の拐取罪と比べて著しく重くしている。

二 身の代金目的拐取罪（1項）

1 目的

- (1) 近親者その他略取された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じて、その財物を交付させる目的が必要である（目的犯）。

(2) ☆（論点）「安否を憂慮する者」の意義

A説 知人その他被拐取者の安否を憂慮する者はすべて含み、必ずしも被拐取者の保護者である必要はない（団藤）。

B説 被拐取者と密接な人的関係があるため、被拐取者の安全について憂慮するのが社会通念上当然と認められる特別な関係にある者をいう（最決昭62. 3. 24、百選Ⅱ14事件、通説）。

※ B説によると、単に同情する第三者は含まれない。

C説 近親者以外は事実上の保護関係にある者に限る（香川）。

※ A説→B説→C説の順に限定的に考えているといえる。

◎ 最決昭62.3.24（百選Ⅱ13事件）《新司22-13》

判例は、相互銀行の社長が誘拐された事案に関し、身の代金を要求された銀行幹部がこれに含まれるとした。

(3) 2項が「要求」を必要としているのに対し、1項は安否を憂慮する者の憂慮・心配を利用してその人の所有・管理している財物を交付させる「目的」をもって拐取すれば成立するので、現に憂慮する者が存在する必要はなく、その者がいて現実には被拐取者の安否について心配している必要もない（目的について錯誤があっても影響しないともいえる）。

(4) 「その財物を交付」

- ① 金銭等の財物についてのみ規定されている。
- ② 財産上の利益を得る目的の場合は含まない。
- ③ 債務の弁済を免除させる目的で略取誘拐した者は本罪ではなく、営利目的拐取罪となる。

2 罪数

営利目的拐取罪と身の代金目的拐取罪を犯した場合、吸収関係に立ち、本罪のみが成立する。わいせつ・結婚目的拐取罪と本罪とを犯した場合、両罪は観念的競合となる。

三 拐取者身の代金要求罪（2項）

1 主体

(1) 人を略取・誘拐した者であり、未成年者拐取罪、営利目的等拐取罪、身の代金目的拐取罪、所在国外移送目的拐取罪の各罪を犯した者をいう（身分犯）。

(2) ☆（論点）拐取の正犯者に限られるか

A説 限られる（大谷、前田）。

〔理由〕 罪刑法定主義

B説 限られない（共犯者も含む）（藤木）。

2 行為

(1) 被拐取者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じて、その財物を交付させ又はこれを要求することである。

(2) 要求行為は意思表示が発信されれば既遂に達し、相手方が了知したことを要しない。

(3) 被拐取者の安否を憂慮する者に対してなされなければならない。誤って他の者に対して要求した場合には本罪は成立しない。

3 罪数

☆（論点）身の代金目的で人を拐取した者が身代金を要求した場合

A説 身の代金目的拐取罪と本罪は牽連犯となる（最決昭58.9.27）。

B説 両罪は連続して行われるものだから、包括して一罪が成立する（大谷）。

《過去問チェック》

□ 身の代金目的は営利目的の一種であるが、身の代金目的で人を拐取したときは、営利目的拐取罪は、その加重類型である身の代金目的拐取罪に吸収される。（旧司13-53）

□ 略取誘拐罪において、略取誘拐の手段としての暴行脅迫や欺罔誘惑は、被拐取者に対してなされる必要がある。（新司22-13）

⇒誤り。大判大13.6.19。略取誘拐の手段としての暴行脅迫、欺罔誘惑は、他人を自己の支配下に置くための手段であるから、必ずしも被拐取者自身に対して用いられる必要はなく、被拐取者の保護者に加えられてもよいとされている。

□ 共同親権者の一人が、他の共同親権者の監護下にある未成年の子を略取する行為については、未成年者略取罪は成立し得ない。（新司22-13）

⇒誤り。最決平17.12.6（百選Ⅱ12事件）。判例は、別居中で離婚係争中の妻が養育している2歳の子を夫が有形力を用いて連れ去った事案において、「有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らか」であり、行

為者が「親権者の一人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情」とどまるとして、結論として未成年者略取罪の成立を認めた原審の判断を是認している。

第226条（所在国外移送目的略取及び誘拐）

所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2年以上の有期懲役に処する。

【所在国外移送目的拐取罪】

一 意義

目的犯である。本罪は平成17年に改正された規定であり、日本国内から日本国外への移送に限らず、人が所在する国からその国外に移送する目的一般が処罰対象となった。

二 本罪の成立

営利や結婚目的が競合しても本罪のみが成立する（大判昭12.9.30）。

三 既遂時期

拐取が国外移送目的でなされれば既遂となり、現実に関外に移送したことは要しない（大判昭12.3.5）。

第226条の2（人身売買）

I 人を買収受けた者は、3月以上5年以下の懲役に処する。

II 未成年者を買収受けた者は、3月以上7年以下の懲役に処する。

III 営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、人を買収受けた者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

IV 人を売渡した者も、前項と同様とする。

V 所在国外に移送する目的で、人を売買した者は、2年以上の有期懲役に処する。

【人身売買罪（226条の2）】

一 意義

人身の売渡行為及び買受行為を犯罪とした上、目的や客體、行為に応じて法定刑を区分するものである。

売渡行為については、その対価を得る以上、営利目的が存することになるので、常に処罰の対象とすべきものと考えられるところ、売渡行為を処罰していくためには、これと必要の共犯の關係に立ち、当罰性が認められる人身買受行為についても、取り締まっていく必要がある。また、買受は、自らの出捐により他人の支配状態を取得する行為であって、買受者において、被害者の自由を拘束する強い動機に基づくものであるから、被害者に対する法益侵害の危険性も高い。そこで、226条の2では売買行為について、その目的を問うことなく処罰の対象とした。

二 行為

「人を買収受けた」とは、対価を支払って現実に人身に対する不法な支配の引渡しを受けたことをいう。

「人を売渡した」とは、対価を得て現実に人身に対する不法な支配を引き渡すことをいう。

三 構成要件

(1) 1項の罪

主観的要件として何らかの目的を有していることを要しない。

(2) 2項の罪

未成年者を成人に比べて厚く保護すべきとの観点から、目的のいかんを問わず買受行為を処罰の対象とすると共に、法定刑を重くした。

(3) 3項の罪

人身取引議定書において搾取の目的で金銭若しくは利益の授受の手段を用いて人を支配下に置く行為及び人を引き渡す行為を処罰することが求められていることに加え、悪質な人身売買行為が行われている実態もうかがわれるので、略取・誘拐と同様の法定刑で処罰している。

(4) 4項の罪

「売り渡し」に内在するものとして、対価を受領する目的がある以上、常に営利目的が認められることから、特段の目的・主観的要件を要求することなく重い法定刑が規定されている。

(5) 5項の罪

従前の226条2項前段の構成要件を「日本国外」から「所在国外」に拡大した。

第226条の3（被略取者等所在国外移送）

略取され、誘拐され、又は売買された者を所在国外に移送した者は、2年以上の有期懲役に処する。

【被略取者等所在国外移送罪（226条の3）】

一 意義

従前の226条2項後段のうち、「日本国外」の構成要件を「所在国外」に拡大した上、別個の条文として規定するものである。

二 既遂時期

略取・誘拐・売買された者を、その所在国外、すなわち当該対象者が現に所在する国の主権の及ぶ領土・領海・領空外へ運び出せば足り、その時をもって本罪は既遂となる。現実には他国に入ることまでは要件としない。

三 罪数

人身売買の犯人が本罪を犯したときは人身売買罪と本罪の牽連犯となる。

第227条（被略取者引渡し等）

I 第224条、第225条又は前3条の罪を犯した者を幫助する目的で、略取され、誘拐され、又は売買された者を引き渡し、收受し、輸送し、蔵匿し、又は隠避させた者は、3年以上5年以下の懲役に処する。

II 第225条の2第1項の罪を犯した者を幫助する目的で、略取され又は誘拐された者を引き渡し、收受し、輸送し、蔵匿し、又は隠避させた者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

III 営利、わいせつ又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、略取され、誘拐され、又は売買された者を引き渡し、收受し、輸送し、又は蔵匿した者は、6年以上7年以下の懲役に処する。

IV 第225条の2第1項の目的で、略取され又は誘拐された者を收受した者は、2年以上の有期懲役に処する。略取され又は誘拐された者を收受した者が近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じて、その財物を交付させ、又はこれを要求する行為をしたときも、同様とする。

【拐取者等事後幫助罪（1項・2項）】

一 意義

本条は拐取罪の事後従犯を処罰するものである。前6条の犯罪完了後に犯人を幫助する目的で行われる（目的犯）。

二 行為

引渡し、收受・輸送・蔵匿・隠避することである。

本条の「收受」は有償・無償を問わないことに注意。

本条の「引き渡し」とは当該対象者の支配を他の者に移転させることを、「輸送し」とは、当該対象者を一の場合から他の場所に移転させることをいう。「蔵匿」とは、被拐取者等の発見を妨げるような場所を与えることをいい、「隠避」とは蔵匿以外の方法で被拐取者等の発見を妨げることをいう。

【営利目的等被拐取者收受罪（3項・4項前段）】

一 目的犯

独立の被拐取者收受罪であり、事後従犯ではない。営利、わいせつ又は生命若しくは身体に対する加害の目的を必要とする目的犯である。

二 営利・わいせつ、生命若しくは身体に対する加害目的

3項は営利・わいせつ、生命若しくは身体に対する加害目的での被拐取者收受罪である。結婚の目的の收受は除外されている。

三 4項前段

4項前段は、身の代金要求目的で被拐取者を収受する場合である。

【被拐取者収受者身の代金要求罪（4項後段）】

被拐取者を収受した者による身の代金要求罪を規定する（身分犯）。

第228条（未遂罪）

第224条、第225条、第225条の2第1項、第226条から第226条の3まで並びに前条第1項から第3項まで及び第4項前段の罪の未遂は、罰する。

一 原則

略取・誘拐の罪は、原則として未遂が処罰される。

二 例外

ただし、身の代金要求罪（225条の2第2項、227条4項後段）は、財物を要求すれば、その時点で既遂に達してしまうから、未遂処罰規定はないことに注意する必要がある。

第228条の2（解放による刑の減輕）《新司22-13》

第225条の2又は第227条第2項若しくは第4項の罪を犯した者が、公訴が提起される前に、略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放したときは、その刑を減輕する。

一 意義

本条の立法趣旨は、身の代金目的の拐取罪、收受罪を犯した者は、被拐取者を殺害するおそれがあるため、後戻りのための道を設けて、被拐取者の生命の安全を図ることにしたものである（刑事政策的配慮）。よって、身の代金目的の犯罪にのみ適用がある。

二 解放の内容

- 1 被拐取者への実力的支配を解き、「安全な場所」（被拐取者が安全に救出されると認められる場所）に解放すること。
- 2 公訴提起前になされなければ、本条の適用はない（量刑の問題にすぎなくなる）。
- 3 公訴の提起前か否かは犯人が複数いる場合は個別に検討される。

三 効果

刑の必要的減輕

◎ 最決昭54.6.26

刑法228条の2「[に]いう『安全ナル場所』というのは、被拐取者が安全に救出されると認められる場所を意味するものであり、解放場所の位置、状況、解放の時刻、方法、被拐取者をその自宅などに復帰させるため犯人の講じた措置の内容、その他被拐取者の年齢、知能程度、健康状態など諸般の要素を考慮して判断しなければならないものである。それとともに、右規定は、身代金目的の誘拐罪がはなはだ危険な犯罪であつて被拐取者の殺害される事例も少なくないことにかんがみ、犯人が自発的、積極的に被拐取者を解

放した場合にはその刑を必要的に減輕することにして、犯人に犯罪からの後退の道を与え被拐取者の一刻も早い解放を促して、右のような不幸な事態の発生をできるだけ防止しようとする趣旨に出たものであることなどを考慮すると、解放の手段、方法などに関して、通常の犯人に期待しがたいような細心の配慮を尽くすことまで要求するものではなく、また、前述の『安全に救出される』という場合の『安全』の意義も余りに狭く解すべきではなく、被拐取者が近親者及び警察当局などによつて救出されるまでの間に、具体的かつ実質的な危険にさらされるおそれのないことを意味し、漠然とした抽象的な危険や単なる不安感ないし危惧感を伴うということだけで、ただちに、安全性に欠けるものがあるとはできない、と解するのが相当である。」

第228条の3（身の代金目的略取等予備）

第225条の2第1項の罪を犯す目的で、その予備をした者は、2年以下の懲役に処する。ただし、実行に着手する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する。

一 意義

本条は、身の代金目的拐取罪（225条の2第1項）の目的での予備行為を処罰するものである（目的犯）。

二 必要的減免

実行着手前の自首による刑の必要的減免が認められている。

第229条（親告罪）

第224条の罪、第225条の罪及びこれらの罪を幫助する目的で犯した第227条第1項の罪並びに同条第3項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、営利又は生命若しくは身体に対する加害の目的による場合を除き、告訴がなければ公訴を提起することができない。ただし、略取され、誘拐され、又は売買された者が犯人と婚姻をしたときは、婚姻の無効又は取消しの裁判が確定した後でなければ、告訴の効力が無い。

一 意義

人身売渡の行為は、常に営利目的を伴うのであって、親告罪としないこととした。そして人身買受けの罪についても、その目的のいかんを問わず、親告罪としないこととした。また、生命・身体加害目的による略取・誘拐罪について親告罪としないこととした。

更に、227条1項の罪に関し、收受・蔵匿、隠避行為と同様、引渡し、輸送行為についても新たに親告罪とし、同条3項の罪に関しては引渡し、輸送、蔵匿の罪について、收受の罪と同様、営利目的及び生命・身体加害目的による場合を非親告罪とする一方、わいせつ目的による場合は従前どおり親告罪とした。

二 本条ただし書の「婚姻」は法律上の婚姻をいう。

※ 225条の「結婚」が事実婚たる内縁も含むのとは異なる。

【MEMO】

刑 法 No.2	犯罪の成立時期	H 2 9 共通問題
----------	---------	------------

刑法〔平成29年 司法試験第17問・予備試験第9問〕（配点：4）

次のアからオまでの各事例における甲の罪責について、判例の立場に従って検討し、（ ）内の犯罪が既遂になる場合には1を、未遂にとどまる場合には2を、既遂にも未遂にもならない場合には3を選びなさい。

ア. 甲は、会社事務所内において現金を窃取して、戸外に出たところを警備員乙に発見されて取り押さえられそうになったため、逮捕を免れようと考え、乙に対し、刃体の長さ20センチメートルの出刃包丁をその腹部に突き付け、「ぶっ殺すぞ。」と怒鳴り付けたが、偶然その場を通り掛かった警察官に取り押さえられ、逮捕を免れることができなかった。（事後強盗罪）

イ. 甲は、行使の目的で、カラープリンターを用いて、複写用紙に真正な千円札の表面及び裏面を複写して千円札を偽造しようとしたが、カラープリンターの操作を誤ったため、完成したものは、一般人がこれを一見した場合に真正な千円札と誤認する程度の外観を備えたものではなかった。（通貨偽造罪）

ウ. 甲は、通行中の乙に因縁を付けて乙から現金を脅し取ろうと考え、乙に対し、「俺をにらんできただろ。金を払えば許してやる。金を出せ。」などと大声で怒鳴り付けて反抗を抑圧するに至らない程度の脅迫を加え、同脅迫により畏怖した乙は、甲に現金を直接手渡さなかったものの、甲が乙のズボンのポケットから乙が所有する現金在中の財布を抜き取って持ち去るのを黙認した。（恐喝罪）

エ. 甲は、知り合いの女性乙を自己が運転する自動車に乗せて同車内において強いて姦淫しようと考え、乙に対し、「自宅まで送ってあげる。」とうそを言ったところ、乙は、これ信じて同車に乗り込んだが、甲の態度を不審に思い即座に同車から降りた。（強姦罪）

オ. 甲は、会社事務所にある現金を窃取する目的で、門扉に囲まれ、警備員が配置されて出入りが制限されている同事務所の敷地内に扉を乗り越えて立ち入ったが、同事務所の建物に立ち入る前に警備員に発見され敷地外に逃走した。（建造物侵入罪）

刑 法 No.2	犯罪の成立時期	H 2 9 共通問題
----------	---------	------------

正解 1, 2, 1, 3, 1

【司法試験】

肢別解答率(%)	ア	イ	ウ	エ	オ
1	92	2	92	2	95
2	6	70	3	44	2
3	0	27	3	52	1

(全体正答率43%)

【予備試験】

肢別解答率(%)	ア	イ	ウ	エ	オ
1	86	5	91	2	91
2	11	62	4	46	6
3	1	32	4	51	2

(全体正答率34%)

ア既遂となる。

最判昭24. 7. 9により、甲は事後強盗罪の既遂となる。

事後強盗罪（刑法238条）の実行の着手は、窃盗犯人が、本条所定の目的で相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫に着手した時点で認められる。事後強盗罪も強盗として論じられる以上、その既遂、未遂の基準も強盗罪と同様に財物奪取の有無、すなわち窃盗の既遂、未遂により決せられ、目的を遂げたか否かは既遂・未遂の判断とは関係がない。

本記述では、甲は既に現金を取得しているため、窃盗行為は既遂に至っているといえる。

したがって、甲は、乙に対する脅迫の結果として逮捕を免れるという目的を達成していなくとも、事後強盗罪の既遂となる。

イ未遂となる。

最決25. 2. 28により、甲は通貨偽造未遂罪にとどまる。

通貨偽造罪（刑法148条以下）における偽造とは、権限のない者が通貨に似た外観のものを作成することをいい、作成された物が一般人をして真貨と誤認させる程度に至っていることが必要である（最決25. 2. 28）。偽造の実行に着手したが、結果として、その程度にまで至らなければ、通貨偽造未遂罪となる。

本記述では、甲が作成したものは、一般人がこれを一見した場合に真正な千円札と誤認する程度の外観を備えたものではなかったのであるから、「偽造」とはいえない。

ウ既遂となる。

最判昭24. 1. 11により、甲は恐喝罪の既遂となる。

恐喝罪（刑法249条1項）の成立には、畏怖により生じた瑕疵ある意思に基づいた交付行為が必要である。また、判例によれば、恐喝罪の本質は、被恐喝者の畏怖による瑕疵ある同

意を利用する財物の領得行為であるから、被害者が畏怖して黙認しているのに乗じて恐喝者が財物を奪取した場合でも恐喝罪が成立するとする。（最判昭24.1.11）。

その理由として、判例は、少なくとも黙示的な交付行為の存在が認められることを挙げている（最決昭43.12.11，百選Ⅱ61事件）。

本記述では、甲の脅迫により畏怖した乙は、甲に対して直接交付行為を行ったわけではないが、甲が乙のポケットから財布を抜き取って持ち去るのを黙認しているため、黙示的な交付行為の存在が認められる。

エ既遂にも未遂にもならない。

本記述は、強姦罪（刑法177条）の既遂にも未遂にもならない。

強姦罪は、暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫した場合に成立し、その実行の着手時期は、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、甲は、乙に対し、強姦目的で「自宅まで送ってあげる。」とのうそを言って自己の運転する車に乗せているが、その際、暴行、脅迫は用いておらず、強姦罪の実行の着手が認められない。

よって、甲の行為は強姦罪の既遂にも未遂にもならない。

オ既遂となる。

最判昭51.3.4により、甲は建造物侵入罪の既遂となる。

判例は、同罪（刑法130条前段）の客体たる「建造物」には、建物自体のみならず、付属する囲繞地も含まれるとしている。そして、囲繞地（土地を囲んでいる他の土地）とは、建物に接してその周囲に存在する付属地であり、管理者が門塙などを設置することにより、建物の付属地として建物利用のために供されるものであることが明示されたものをいう（最判51.3.4）。

本記述では、甲は、会社事務所の建物自体には立ち入っていないものの、門塙に囲まれ、警備員が配置されて出入りが制限された「囲繞地」に当たる同事務所の敷地内に立ち入っているため、建造物侵入罪の既遂となる。

第238条（事後強盗）

窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

一 意義

窃盗犯人が犯行を終了し、あるいは窃盗の意思を放棄して現場を離れる際に、暴行・脅迫を加えることが多いという刑事学上の実態に着目し、人身の安全の保護の観点から、強盗罪に準ずる犯罪としたものである（準強盗罪）。

☆（論点）事後強盗と居直り強盗の区別

事後強盗（238条）と居直り強盗（236条1項）との区別は、窃取行為に着手した後に加えた暴行・脅迫が、更に財物を取得する目的でなされたか（居直り強盗）、それとも、財物の取還を防ぐとか、逮捕を免れるとか罪跡を隠滅するためになされているか（事後強盗）による。両目的があったときは、236条1項の強盗罪である。

二 主体

「窃盗」とは、窃盗犯人であり、未遂犯であると既遂犯であると問わない。

もっとも、財物の取還を防ぐために暴行・脅迫を加える場合には窃盗罪は既遂であることが前提となる。

◎ 大判昭7.12.12《新司23-10, 23-13》

いやしくも窃盗の現場で逮捕を免れもしくは罪跡を隠滅するため、暴行または脅迫をした場合は、窃盗の未遂・既遂を問わず、刑法238条後段の規定により強盗をもって論ずる。

☆（論点）事後強盗罪は身分犯か

A説 非身分犯説 「窃盗」は実行行為の一部を規定するものである。

〔理由〕 事後強盗罪は強盗罪と同様に、財産犯・利欲犯であるから窃盗行為を実行行為から排除することはできない。

B説 身分犯説 「窃盗」は犯罪の主体を規定するものである（上記参照）。

〔理由〕① 身分の定義にあてはまる。

② 条文の文言から「窃盗が」とは、犯罪主体について規定したと解するのがもっとも自然な文理解釈である。

B説に立ったとしても、更に真正身分犯と解するか、不真正身分犯と解するか争いがある。

B₁説 真正身分犯説（大阪高判昭62.7.17, 百選I93事件, 前田）

〔理由〕① 事後強盗罪は財産犯であり、窃盗犯人でなければなし得ない犯罪類型と考えるべきである。

② 不真正身分犯とすると、65条2項の「通常の刑」が暴行・脅迫罪の刑を意味することになるが、これは事後強盗罪が財産犯である点を無視するものである。

B₂説 不真正身分犯説（東京地判昭60.3.19, 多数説）

〔理由〕 窃盗犯人でない者が暴行・脅迫を加えた場合にも、同じく事後強盗罪の成立を認めることはあまりにも重い刑を科するものであり、實際上、傷害罪や傷害致死罪の刑の範囲内の処罰で十分なので不都合はない。

〔批判〕 B₂説のように解すると、事後強盗罪は暴行・脅迫罪の加重類型ということになるが、事後強盗の罪質は、財産犯のほうである。

☆（論点）事後強盗罪と共犯の問題

1 問題点

窃盗犯人でない者が窃盗犯人である者と意思疎通の上、238条所定の目的をもって共同して被害者に暴行を加えた場合に窃盗犯人でない者の罪責はどうなるか。

2 解釈

A説（非身分犯説）→承継的共犯の問題として処理することになる。

〔批判〕 承継的共同正犯の意義については、先行者による実行行為の一部が終了した後、その結果が発生する以前に、後行者が先行者との意思連絡の下に、事後の行為を共同して行う場合をいう。事後強盗罪の実行の着手時期は、暴行・脅迫を開始した時点である。そうだとすれば、窃取行為は実行行為ではなく、暴行の開始時点は両共犯者ともに同時である。したがって、承継的共同正犯の概念には当たらないのではないかと、という疑問が提起される。

B説（身分犯説）→共犯と身分の問題（この場合は、非身分者の身分者への加功の問題）として処理することになる（「【共犯と身分】（65条）」参照）。

三 行為

財物を得てこれを取り返されることを防ぐため、逮捕を免れるため、又は罪跡を隠滅するために、暴行・脅迫をすることである。

- 1 「暴行又は脅迫」とは、相手方に対する有形力の不法な行使、害悪の告知をいい、その程度は相手方の反抗を不能若しくは著しく困難にするものであることを要する。暴行・脅迫の相手方は窃盗の被害者に限らない。
- 2 暴行・脅迫は窃盗の機会に行われることを要する。この判断は、窃盗行為と暴行・脅迫行為との場所的・時間的な近接等を基礎に行う。

◎ 広島高判昭28.5.27

犯行後30分経過し、現場から1km離れた場所で、被害者に財物を取り返されそうになり暴行を加えた場合には、事後強盗罪が成立する。（強盗傷人罪の事案）

◎ 東京高判昭27.6.26

現場から200mしか離れていなくても、窃盗とは無関係に警ら中の巡査から職務質問を受けたときに、逮捕を免れようとして暴行を加えた場合には、事後強盗罪は成立しない。

◎ 最決平14.2.14

被告人は、被害者宅で指輪を窃取後、犯行現場の真上の天井裏に潜んでいたところ、犯行の約1時間後に帰宅した被害者に窃盗被害及び被告人が天井裏に潜んでいることを察知された。犯行後約3時間後、被害者の通報により駆けつけた警察官に対し、逮捕を免れるため暴行を加え、傷害を負わせた。この場合、被告人は、上記窃盗の犯行後も、犯行現場の直近の場所にとどまり、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が継続していたのであるから、上記暴行は、窃盗の機会の継続中に行われたものというべきである。

◎ 最判平16.12.10（百選Ⅱ42事件）

被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ（約1km）、ある程度の時間（約30分）を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。

四 目的

本罪は以下の所定の目的を必要とする目的犯である。

- 1 「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的とは、他人の占有を侵奪して事実上自己の占有下

にある財物を被害者側に取り返されるのを阻止しようとする意図をいう。

- 2 「逮捕を免れ」る目的とは、窃盗未遂又は既遂の行為者が被害者などから取り押さえられて身柄を拘束されるのを阻止しようとする意図をいう。
- 3 「罪跡を隠滅する」目的とは、窃盗犯人が後日窃盗犯人として捜査官に検挙され、処罰されることとなると認められる罪跡を無にしようとする意図をいう。

五 既遂時期

- 1 窃盗行為が既遂か未遂かによって区別する（最判昭24.7.9，通説）。通常の強盗罪は財物の取得を基準に既遂・未遂を判断するところ、これに準ずる事後強盗罪も強盗の場合と同様に考えるべきだからである。
- 2 事後強盗罪が成立すれば、窃盗は本罪に吸収される。

第16章 通貨偽造の罪

2-16-1

第148条（通貨偽造及び行使等）

- I 行使の目的で、通用する貨幣、紙幣又は銀行券を偽造し、又は変造した者は、無期又は3年以上の懲役に処する。
- II 偽造又は変造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使し、又は行使の目的で人に交付し、若しくは輸入した者も、前項と同様とする。

【通貨偽造・変造罪（148条1項）】

一 意義

- 1 通貨偽造罪は、交換媒介としての取引手段である通貨に対する公衆の信用を侵害する犯罪である。
- 2 保護法益については、第一次的には、通貨に対する公衆の信用であり、第二次的には国家の通貨発行権であるとする見解（大塚）もあるが、現在では、転々流通する貨幣の信用を保護し、それを利用する国民の取引の安全を保護するのが通貨偽造罪であると考えられている。そこで、通貨発行権の保護はあくまで通貨に対する公衆の信用を確保する限りで認められるべきであり、通貨発行権の侵害は、通貨偽造の罪以外の罪において考慮されるべきである。したがって、端的に公衆の信用のみを保護法益と解すべきである（前田・大谷・団藤）。

二 客体

本罪の客体は通用の貨幣、紙幣、銀行券である。

- 1 「貨幣」とは、いわゆる硬貨すなわち金属の貨幣をいう。「紙幣」とは、政府の発行する貨幣に代用される証券をいい、現在紙幣は発行されていない。「銀行券」とは、政府の認許によって日本銀行が発行している貨幣に代用される証券をいい、一般に紙幣と称されているものはこの銀行券である。通貨偽造罪にいう通貨とは、貨幣、紙幣、銀行券の総称である。
- 2 「通用する」とは、「流通している」とは異なり、法律によって強制通用力が与えられているという意味である。それゆえ、強制通用力を失っている古銭や、廃貨は通貨ではない。

三 行為

行使の目的をもって偽造し、又は変造することである。

1 偽造

- (1) 「偽造」とは、通貨の製造・発行権限を有しない者が、一般人をして、真貨と誤信させるような外観のものを作り出すことをいう（大判昭2.1.28）。よって、真貨に類似しているが、一般人の注意力をもってすれば真貨と誤認しない場合は偽造ではなく、模造である（大判大15.6.5）。偽造の方法はそのいかんを問わない。
- (2) 偽造変造通貨に相当する真貨の存在が必要かについては、真貨の存在が必要との見解もあるが、外

国通貨の偽造又は将来発行が予想される通貨について、一般人をして誤認させるような場合もあるから、真貨の存在は必要でないと解される（通説）。

2 変造

- (1) 「変造」とは、通貨の製造・発行権限を有しない者が、真貨に加工して真貨に類似する物を作成することをいう。真貨に類似する物を作成するのは、真貨と名価の違った物を作り上げる場合と（東京高判昭30.12.6）、硬貨の周辺を削るなど真貨の名価を変更せずにその量目を有効量目以下に減らす場合とがある。
- (2) 真貨に加工された物が、一般人をして、真正の通貨と誤認させるに足りる程度の物でなければならない。変造の結果、得られた物は必ずしもそれに相当する真貨の存在することは必要でない。
- (3) 真貨に加工して得られた物が以前の真貨と同一性を欠くに至った場合は変造ではなく、偽造になる。

四 目的

- 1 偽造・変造は、行使の目的をもって行われることを要する（目的犯）。
- 2 「行使の目的」とは、偽造変造通貨を、真貨として流通におく目的をいう。それゆえ、学校の教材に使用する目的で通貨を偽造・変造しても本罪を構成しない。
- 3 行使の目的は行為者自ら偽造変造通貨を流通におこうとするものであると、他人を介して流通におこうとするものであるとを問わない（最判昭34.6.30）。
- 4 行使の目的は確定的なものでなくとも、未必的なものでも差し支えない。

五 罪数

同一種類の通貨を、印刷機などを用いて、同時に大量に偽造するときは、包括一罪である。

第249条（恐喝）《新司23-13》

- I 人を恐喝して財物を交付させた者は、10年以下の懲役に処する。
- II 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

【保護法益】

被害者の財産であるとともに、その自由でもある。被恐喝者と財物の交付者とが異なる場合には、保護法益が財産のみならず、その自由も含まれることから、詐欺罪における被害者と異なり、恐喝行為の相手方となる被恐喝者も被害者となる。

【恐喝罪（1項）】

一 客体

他人の占有する他人の財物である。

二 行為

「人を恐喝して財物を交付させ」ることである。

- 1 「恐喝」とは、脅迫又は暴行を手段として、その反抗を抑圧するに足りない程度に相手方を畏怖させ、財物の交付を要求することをいう。
- 2 「脅迫」とは、人を畏怖させるに足る害悪の告知をいう。ただし、強盗罪における「脅迫」と異なり、相手方の反抗を抑圧する程度に達しないものであることを要する。
 - (1) 告知されるべき害悪の種類には制限がなく、この点、脅迫罪とは異なる（大判明44. 2. 28）。
 - (2) 天変地異や吉凶禍福の告知は、脅迫行為とはならないが、自己の力によって吉凶禍福を左右できると信じさせ得る立場にあるときは、恐喝罪となり得る（広島高判昭29. 8. 9）。
 - (3) 害悪の内容は、それ自体として不法なものであることを要しない（最判昭29. 4. 6）。
 - (4) 害悪の告知の手段・方法には制限がない。
 - (5) 害悪の告知に欺く行為が含まれている場合には、詐欺罪と恐喝罪の観念的競合となる（大判昭5. 5. 17）。これに対し、究極において畏怖の結果として財物を交付させた場合には、恐喝罪のみ成立する（最判昭24. 2. 8）。
- 3 「暴行」とは、広義の暴行を意味する。
- 4 「喝取」とは、人を恐喝して財物を交付させ、その財物を取得することをいう。
- 5 「交付させた」とは、恐喝行為の結果、畏怖した相手方の処分行為に基づく交付によって、財物の占有を取得することをいう。
 - (1) 恐喝行為と財物の交付との間には因果関係が必要である。
 - (2) 財物の被害者と被恐喝者は同一人である必要はないが、恐喝の相手方は財物について処分権限を有する者でなければならない。それゆえ、被恐喝者と処分行為者は一致することを要する（通説）。
 - (3) 畏怖して黙認しているのに乗じて財物を奪取した場合は、交付があったものとされる（最判昭24. 1. 11）。

三 実行の着手・既遂

- 1 実行の着手時期は恐喝行為を開始したときである。
- 2 既遂とは被害者の占有を排除し、財物に行為者自身又は第三者の占有を設定したときである。
 - (1) 暴行・脅迫と財物の占有取得との間に因果関係が必要である。したがって、被恐喝者が単に憐憫の情から財物を提供した場合は、未遂である。
 - (2) 行為者が相当な対価を給付して財物の交付を受けても、恐喝されなければ財物を交付しなかったといえる以上、その損害は交付された財物全体である（大判明44. 12. 4）。

四 主観的要件

不法領得の意思・故意（相手方を畏怖させ、それに基づく財産的処分行為によって財物の占有を取得することについての認識）が必要である。

五 罪数・他罪との関連

- 1 一つの恐喝行為で同一の被害者から数回にわたり財物を交付させた場合は、包括一罪となる（大判昭6. 3. 18）。
- 2 一つの恐喝行為で数人を畏怖させ各人から財物を取得した場合は、観念的競合となる（大判明43. 9. 27）。
- 3 恐喝の手段として監禁が行われた場合であっても、両罪は、犯罪の通常形態として手段又は結果の関係にあるものとは認められず、牽連犯の関係にはない（最判平17. 4. 14，百選Ⅰ102事件）。
- 4 恐喝の手段として業務妨害が行われた場合、恐喝罪と業務妨害罪の牽連犯となる（大判大2. 11. 5）。
- 5 公務員が恐喝を手段として職務に関し賄賂を收受した場合は、収賄罪と恐喝罪の観念的競合となる（大判昭10. 12. 21）。

六 ☆ （論点）権利行使と恐喝

A説 犯罪を構成しないとする説

〔理由〕 権利行使であれば被害者の全体財産の減少はなく、財産的損害がない。

B説 脅迫罪を構成するとする説

〔理由〕 手段の違法性自体は存在する。

C説 原則として恐喝罪を構成するとする説（最判昭30. 10. 14，百選Ⅱ60事件，通説）

〔理由〕 恐喝罪は個別財産に対する罪であり、脅迫されなければ物を交付しなかったといえる以上、財産的損害は認められる。（※ ただし、①権利行使がその権利の範囲内であり、②かつその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り違法性が阻却される（前記判例）。）

第177条 (強姦^{かん})

暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫^{うんいん}した者は、強姦の罪とし、3年以上の有期徒刑に処する。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。もともと、女性も、間接正犯・共同正犯として正犯となり得る（最決昭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130条（住居侵入等）《新司プレー15》

正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

【住居侵入罪】

一 客体

「人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船」

1 「人」の住居

自己がその住居において単独で、あるいは、他の者と共同で生活を営んでいるものではない住居（共同生活を営んでいた者でも、それから離脱した場合には、その住居は「人」の住居にあたる）。

◎ 最判昭23. 11. 25《新司24-14》

家出中の子が実父の家に強盗の目的で深夜侵入する行為は、住居侵入罪を構成する。

◎ 最決昭28. 5. 14

「住居侵入罪は故なく人の住居又は人の看守する邸宅、建造物等に侵入し又は要求を受けてその場所より退去しないことによつて成立するのであり、その居住者又は看守者が法律上正当の権限を以て居住し又は看守するか否かは犯罪の成立を左右するものではない。」

2 「住居」

(1) 人の起臥寝食に使用される場所。

◎ 大判大2. 12. 24

判例は、放火罪に関するものであるが、人の住居に使用する建造物とは現に人の起臥寝食の場所として日常使用される建造物をいうとする。

(2) 使用が一時的なものでもかまわない（通説）。

◎ 名古屋高判昭26. 3. 3

裁判例は、旅館やホテルなどの客室に関して、その利用が一時的のものであっても、起臥寝食に使用されるものである限り「住居」に当たることを前提としている。

(3) 建造物であることは必要でなく、船、電車、自動車等であっても、起臥寝食に使用されるものである限り「住居」に当たる。

(4) ある程度の設備・構造は必要である（○テント、×地下道・土管）。

3 建物に付属する囲繞地は住居の一部か

囲繞地とは、垣根、塀、門のような建物の周囲を囲む土地の境界を画する設備が施され、建物の付属地として建物利用に供されることが明示されている土地をいう。判例は、建造物侵入罪の事案において、囲繞地も建造物に含むとしている（最判昭51. 3. 4）。

◎ 最判昭51.3.4

「刑法130条にいう『人の看守する建造物』とは、単に建物を指すばかりでなく、その圍繞地を含むものであつて、その建物の附属地として門塀を設けるなどして外部との交通を制限し、外来者がみだりに出入りすることを禁止している場所に故なく侵入すれば、建造物侵入罪が成立する…。そして、このような圍繞地であるためには、その土地が、建物に接してその周辺に存在し、かつ、管理者が外部との境界に門塀等の圍障を設置することにより、建物の附属地として、建物利用のために供されるものであることが明示されれば足りるのであつて、右圍障が既存の門塀のほか金網柵が新設付加されることによつて完成されたものであつたとしても、右金網柵が通常の門塀に準じ外部との交通を阻止し得る程度の構造を有するものである以上、圍障の設置以前における右土地の管理、利用状況等からして、それが本来建物固有の敷地と認め得るものかどうか、また、圍障設備が仮設的構造をもち、その設置期間も初めから一時的なものとして予定されていたかどうかは問わないものと解するのが相当である。けだし、建物の圍繞地を刑法130条の客体とするゆえんは、まさに右部分への侵入によつて建造物自体への侵入若しくはこれに準ずる程度に建造物利用の平穩が害され又は脅かされることからこれを保護しようとする趣旨にほかならないと解されるからである。」

4 人の看守する邸宅、建造物、艦船

- (1) 「人の看守する」とは、人が事実上管理・支配していることをいう（最判昭59.12.18）。
- (2) 「邸宅」とは、居住用の建物で、住居以外のもの（空き家、閉鎖中の別荘、集合住宅の1階出入口から各居屋までの共用部分など）を指す。
- (3) 「建造物」とは、住居・邸宅以外の建造物（最決平21.7.13）及びこれに付属する圍繞地をいう。
- (4) 「艦船」とは、軍艦その他の船舶をいう。

◎ 最決平21.7.13（重判平21刑法4事件）《新司24-14》

八尾警察署東側コンクリート塀は、本件庁舎建物とその敷地を他から明確に画するとともに、外部からの干渉を排除する作用を果たしており、正に本件庁舎建物の利用のために供されている工作物であつて、刑法130条にいう「建造物」の一部を構成するものとして、建造物侵入罪の客体に当たると解するのが相当であり、外部から見ることでできない敷地に駐車された捜査車両を確認する目的で本件塀の上部へ上がった行為について、建造物侵入罪の成立を認めた原判断は正当である。

二 行為

正当な理由がないのに侵入することである。

1 ☆（論点）「侵入」

A説 意思侵害説（旧住居権説・新住居権説からの帰結）

住居者・看守者の意思に反する立入りをいう。

◎ 最判昭58.4.8（百選Ⅱ16事件）《新司プレー15》

本条にいう「侵入」とは、他人の看取する建造物に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうと解すべきである。

B説 平穩侵害説（平穩説からの帰結）

住居等の事実上の平穩を侵害する態様での立入りをいう。

※ 両説の具体的適用に当たり差異がでるのは、①住居者等の意思には反するが、平穩な態様での立入りの場合、②住居者等の意思には反しないが平穩を害する態様での立入りの場合である。もっとも、②の場合、平穩侵害説に立っても、被害者の明確な同意のある場合には不可罰とし得るので、結論に差異がでるのは①の場合のみといえる。

- 2 「正当な理由がないのに」とは、違法にという意味である（最判昭23.5.20）。これは、住居等へ立ち入る行為は日常頻繁に行われるので、その中で特に違法なものだけが本罪の構成要件に該当することを誤解のないように明らかにしたものである。

3 住居者等の同意

(1) 同意の意義

住居者等の同意がある場合、本罪が成立しないとするのは争いのないところである。

これを構成要件該当性阻却事由とみる見解が大勢を占める（違法性阻却事由とみる見解もある。）。

判例には、構成要件該当性阻却事由とみるもの（最判昭25.11.24）、違法性阻却事由とみるもの（最判昭23.5.20）がある。

意思侵害説によれば、住居者等の同意の有無は侵入の成否、すなわち本罪の成否に直接かわるものといえ、同意があれば構成要件該当性が阻却されることを説明しやすい。

これに対し、平穩侵害説によれば、住居者等の同意の有無は侵入の成否の判断資料にすぎず、理論的には、同意があれば構成要件該当性が阻却されるということを説明しにくいとの解釈もある。しかし、同意により保護法益が保護に値しない程度に減少すると考えれば、侵入の意義をどのように理解しようと構成要件該当性が阻却されることを説明できる（前田）。

(2) 錯誤による同意の効果

◎ 最大判昭24.7.22《新司24-14》

犯人が「こんばんは」と挨拶したのに対し、家人が「おはいり」と答えたのに応じて住居に入った場合であっても、犯人が強盗の意図でその住居に入った以上、本罪が成立する。

◎ 最判昭23.5.20

被害者において顧客を装い来店した犯人の申出を信じ店内に入ることを許容したからといって、強盗殺人の目的をもって店内に入ることを承諾したとはいえないから、当該侵入行為は本罪を構成する。

(3) 包括的同意（デパートの売場・ホテルのロビーへの侵入）

客体の性質に応じて社会通念上一般に許される態様の立入りであれば「侵入」とはならない。

◎ 最判昭58.4.8（百選Ⅱ16事件）

「管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示していない場合であっても、該建物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的などからみて、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは、」建造物侵入罪が成立する。

◎ 最決平19.7.2（百選Ⅱ18事件）

Xらは、現金自動預払機利用客のカードの暗証番号等を盗撮する目的で、現金自動預払機が設置された銀行支店出張所に営業中に立ち入ったものであり、そのような立入りが同所の管理権者である銀行支店長の意思に反するものであることは明らかであるから、その立入りの外観が一般の現金自動預払機利用客のそれと特に異なるものでなくても、建造物侵入罪が成立するものというべきである。

◎ 最判平20. 4. 11（重判平20刑法8事件）

「立川宿舍の各号棟の構造及び出入口の状況，その敷地と周辺土地や道路との囲障等の状況，その管理の状況等によれば，各号棟の1階出入口から各室玄関前までの部分は，居住用の建物である宿舍の各号棟の建物の一部であり，宿舍管理者の管理に係るものであるから，居住用の建物の一部として刑法130条にいう『人の看守する邸宅』に当たるものと解され，また，各号棟の敷地のうち建築物が建築されている部分を除く部分は，各号棟の建物に接してその周辺に存在し，かつ，管理者が外部との境界に門扉等の囲障を設置することにより，これが各号棟の建物の付属地として建物利用のために供されるものであることを明示していると認められるから，上記部分は，『人の看守する邸宅』の囲によ

う地として，邸宅侵入罪の客体になるものというべきである」。

「そして，刑法130条前段にいう『侵入し』とは，他人の看守する邸宅等に管理権者の意思に反して立ち入ることをいうものであるところ…，被告人らの立入りがこれらの管理権者の意思に反するものであったことは，…明らかである。なお，…管理者からその都度被害届が提出されていることなどに照らすと，所論のように法益侵害の程度が極めて軽微なものであったなどということもできない。」

◎ 最判平21. 11. 30（百選Ⅱ17事件）

「本件マンションの構造及び管理状況，玄関ホール内の状況，上記はり紙の記載内容，本件立入りの目的などからみて，本件立入り行為が本件管理組合の意思に反するものであることは明らかであり，被告人もこれを認識していたものと認められる。そして，本件マンションは分譲マンションであり，本件立入り行為の態様は玄関内東側ドアを開けて7階から3階までの本件マンションの廊下等に立ち入ったというものであることなどに照らすと，法益侵害の程度が極めて軽微なものであったということとはできず，他に犯罪の成立を阻却すべき事情は認められないから，本件立入り行為について刑法130条前段の罪が成立する」。「…本件立入り行為をもって刑法130条前段の罪に問うことは，憲法21条1項に違反するものではない。」

(4) 同意権は居住者のすべてが平等に共有する。

複数の居住者が存在する場合に，誰の住居権を保護するのが問題となる。夫の留守に男性を引き入れた妻の行為について，新住居権説の中でも結論は二分されている。

4 継続犯

(1) 本罪が成立すれば，不退去罪は成立しない（最決昭31. 8. 22）。

(2) 「侵入」している限り共犯が成立する。

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：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F 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2-8-49 ヒューリック福岡ビル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