

金沢幸彦先生による
短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【2019 司法試験短答試験分析会】

&

【短答完璧講座・6月ガイダンス】

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

金沢幸彦先生による
2019 司法試験短答式試験分析会
&
短答完璧講座6月ガイダンス
短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

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. 令和元年司法試験 短答式試験【分析】	4
3. 令和元年司法試験短答問題から	
憲法〔第7問〕職業の自由（予備試験第4問）	13
〔第20問〕日本国憲法の改正（予備試験第12問）	27
民法〔第3問〕代理	33
〔第30問〕婚姻	43
刑法〔第5問〕因果関係（予備試験第7問）	51
〔第13問〕窃盗罪の実行の着手時期（予備試験第11問） ..	73

1. 金沢幸彦先生からのアドバイス

1 択一「合格」の持つ意味

(1) 足切りラインという意味

⇒7割がクリアできる試験（平易であるというイメージ：本当にそうか？）

⇒実際には「残酷な二極化」が進んでいる（安定飛行に入るまでには時間労力必要：苦手な人には方法わからず。このあたりをLSは教えてくれるのか？）。

・①足切りラインを一度もクリアしないままキャリアを終えるリスク②勝負の年に偶々不調でギリギリ択一落ちするリスク

⇒考えたことがありますか？

(2) 合格を図る目安としての意味

☆ 前提

●前提その1：択一の得点率と最終合格率は、概ね正比例する（検証：全国模試統計）。

理由は？⇒①両者とも素材が条文判例学説②出題範囲の重要部分が重なる

☆「択一は苦手だけど、論文は得意なんです」との言説：多くは幻想である。

講師目線からみると、ポジティブ思考の「穴だらけな論文受験者」がそこにいるだけ。

●前提その2：合格者数を1500人程度とする

☆ 検討

⇒108点（足切りライン）得点率約62%：これで合格できるのか？（3287位）

⇒1500位程度の択一点数は？・・・130点（1498位）得点率約75%

おおむね、130点前後（得点率75%前後）を取っていれば、最終合格が見えてくる。

2 目標は？

(1) 最終目標

× 択一合格 ◎ 来年度最終合格

(2) 短期目標

短答得点率75%を安定して叩き出せる実力の養成（できれば年内までに）

3 択一完璧学習法とは（本講座の特徴と関連させて）

（1）目的は択一強化のみか？

⇒徹底した条文・判例・学説のインプット・・・論文合格力向上も副次的目的の一つ

☆本講座は、いわば中級者向けの「基礎（入門）講座」的性格を併有する。講義中には、基礎概念の説明のみならず、論文作成のアドバイスにも可能な限り触れる。

（2）何をインプットするのか？

⇒出題範囲の外延は何処か？

（3）どうインプットするのか？

⇒或る知識が、どのような形式・難易度・頻度で出題されるのか？

⇒そこから逆算した合理的インプット法

（4）短期集中の徹底したインプット（網羅性とメリハリ）

⇒約4か月で集中的に・・・（予習不要だが、復習は必須）

（5）アウトプットとは車の両輪（「出され方」を体感する＋客観的弱点の炙り出し）

⇒2回おきに行われる演習＋解説講義

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. 令和元年 司法試験 短答式試験【分析】

令和元年5月19日に司法試験の短答式試験が行われました。

司法試験の短答式試験の概要をまとめましたので、ご参考になさってください。

☆ 試験日程（令和元年短答式試験）

令和元年5月19日(日)	10:00～11:15 (1時間15分)	短答式試験 (民法)
	12:00～12:50 (50分)	短答式試験 (憲法)
	14:15～15:05 (50分)	短答式試験 (刑法)

☆ 問題数の比較〔注：民法が1問増えました。〕

憲法 20問〔昨年：20問〕

民法 37問〔昨年：36問〕

刑法 20問〔昨年：20問〕

合計	77問
----	-----

☆ 配点の比較〔注：昨年と同じです。〕

憲法 50点満点〔昨年：50点満点〕

民法 75点満点〔昨年：75点満点〕

刑法 50点満点〔昨年：50点満点〕

合計	175点満点
----	--------

☆ 解答欄番号の比較〔注：憲法が4つ減り，民法が1つ増えました。〕

憲法 No.40 まで〔昨年：No.44 まで〕

民法 No.37 まで〔昨年：No.36 まで〕

刑法 No.36 まで〔昨年：No.36 まで〕

☆ ページ数の比較〔注：憲法が2ページ増えました。〕

憲法〔1頁目除く〕 11ページ〔昨年：9ページ〕

民法〔1頁目除く〕 17ページ〔昨年：17ページ〕

刑法〔1頁目除く〕 12ページ〔昨年：12ページ〕

☆ 法務省発表による司法試験受験状況

- 1 出願者数 4930人〔昨年：5,811人〕
- 2 受験予定者 4899人〔昨年：5,726人〕
 - (1) 受験資格
 - ア 法科大学院課程修了の資格に基づいて受験する者
4,506人(91.98%)〔昨年：5,284人(92.28%)〕
 - イ 司法試験予備試験合格の資格に基づいて受験する者
393人(8.02%)〔昨年：442人(7.72%)〕
 - (2) 受験回数
 - 1回目 1,805人(36.84%)〔昨年：2,032人(35.49%)〕
 - 2回目 1,077人(21.98%)〔昨年：1,254人(21.90%)〕
 - 3回目 858人(17.52%)〔昨年：1,088人(19.00%)〕
 - 4回目 705人(14.39%)〔昨年：815人(14.23%)〕
 - 5回目 454人(9.27%)〔昨年：537人(9.38%)〕
- 3 受験者 4,466人〔昨年：5,238人〕
- 4 受験率 91.2%〔昨年：91.5%〕
(注) ここでいう受験率とは、受験予定者に占める受験者の割合です。
- 5 短答合格者数 3,287人〔昨年：3,669人〕
- 6 短答合格率 73.6%〔昨年：70.0%〕
- 7 受験者全体平均点 119.3点〔昨年：116.8点〕
科目別平均点
憲法：30.5〔昨年：33.2〕, 民法：57.4〔昨年：47.8〕, 刑法：31.4〔昨年：35.9〕
- 8 短答合格者平均点 129.3〔昨年：128.1〕
- 9 科目別最低ライン(40%)未満
憲法 180人〔昨年：94人〕
民法 82人〔昨年：375人〕
刑法 368人〔昨年：159人〕

☆ 短答合格率等の推移

	受験者数	合格点	短答合格者	合格率(対受験者)
令和元年度	4466人	108点	3287人	73.6%
平成30年度	5238人	108点	3669人	70.0%
平成29年度	5967人	108点	3937人	66.0%
平成28年度	6899人	114点	4621人	67.0%
平成27年度	8016人	114点	5308人	66.2%
平成26年度	8015人	210点	5080人	63.4%
平成25年度	7653人	220点	5259人	68.7%
平成24年度	8387人	215点	5339人	63.7%
平成23年度	8765人	210点	5654人	64.5%
平成22年度	8163人	215点	5773人	70.7%
平成21年度	7392人	215点	5055人	68.4%
平成20年度	6261人	230点	4654人	74.3%
平成19年度	4607人	210点	3479人	75.5%
平成18年度	2091人	210点	1684人	80.5%

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

☆ 令和元年司法試験（短答式試験）の結果（令和元年6月6日法務省発表）

1 受験者数等

(1) 受験者数 4,466人（途中欠席37人）

(2) 採点対象者数 4,429人

2 短答式試験の合格に必要な成績

(1) 成績判定

短答式試験の各科目において、満点の40%点（憲法20点、民法30点、刑法20点）以上の成績を得た者のうち、各科目の合計得点が108点以上の成績を得たものは、短答式試験の合格に必要な成績を得た者とする（令和元年6月5日司法試験委員会決定）。

(2) 合格に必要な成績を得た者

対象者 3,287人

平均点 129.3点

3 短答式試験の得点

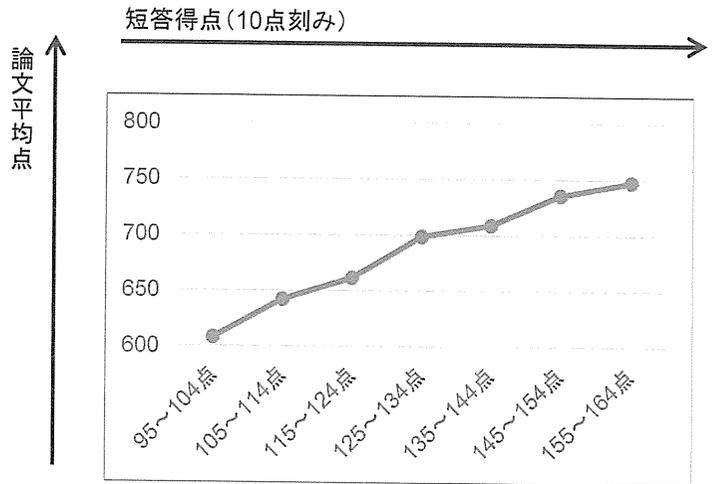
得点		最高点	最低点	平均点	最低ライン (40%)未満
合計得点 (175点満点)		169	37	119.3	
科目別得点	憲法 (50点満点)	48	7	30.5	180人
	民法 (75点満点)	75	12	57.4	82人
	刑法 (50点満点)	50	0	31.4	368人

短答の得点と論文の得点は関係する 短答得点が高い人は論文得点も高い

●2019辰巳全国模試 短答得点別論文平均点

全国模試受験者の成績を短答得点別（10点刻み）のグループに分け、各グループの論文得点の平均点を算出しました。

短答得点平均別	論文平均得点 1400点換算 (×1.75)
95点 以上 104点 以下	608.21点
105点 以上 114点 以下	642.23点
115点 以上 124点 以下	661.61点
125点 以上 134点 以下	698.72点
135点 以上 144点 以下	709.14点
145点 以上 154点 以下	736.03点
155点 以上 164点 以下	747.88点

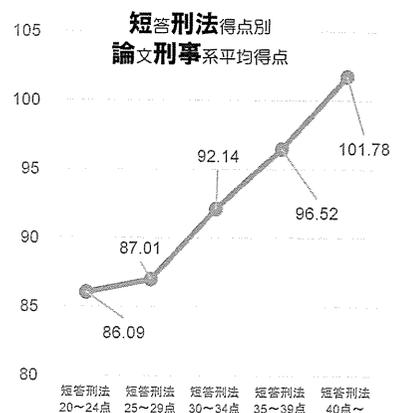
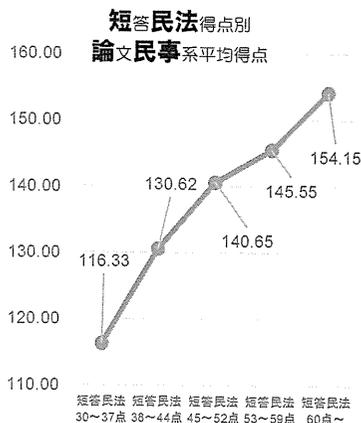
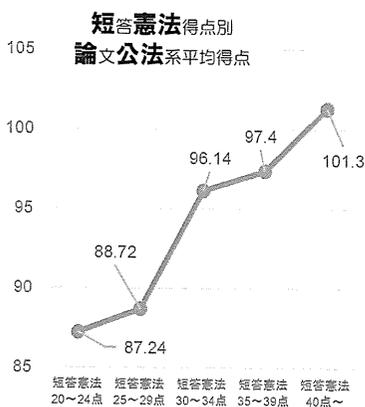


この表を見れば一目瞭然ですが、短答得点が高い方ほど、論文得点も高くなる傾向があります。

短答得点と論文得点が相関する理由については、多くの合格者が語るところによれば、短答対策を通じて条文や判例の知識を正確に押さえることが論文対策としても有用である点が挙げられます。すなわち、短答高得点者は短答対策をしっかりやることで論文対策のベースとなる条文・判例の基礎知識が正確になる、というわけです。

逆に考えると、論文で「基礎知識が不正確」という添削コメントが多い方は、特に憲法、民法、刑法についてはまずは短答対策をしっかり行うとよいでしょう。

商法、民訴、刑訴、行政法については短答がありませんが、条文判例知識を丁寧に確認しましょう。全範囲をやる必要はありませんが、論文頻出分野に限っては予備試験の短答過去問を知識チェックテストとして活用するのもあります。



昨年の本試験結果に見る総合順位の決まり方

短答で何点取れば、論文は何番以内でOK?

短答得点はまずは合格点をクリアして論文の採点を受けるための大前提ですが、最後の総合合格、総合合格順位にも影響します。

ここでは、総合評価（最終合格判定）でギリギリ合格、1000番以内で合格、500番以内で合格の3つの場合を想定し、昨年度本試験結果で公表された得点分布をもとに、総合得点＝短答得点＋（論文得点×1.75）の計算を行いました。下記はその結果です。

なお、短答得点は絶対評価（問題の難易度・受験者平均点等に影響を受けない）ですが、論文得点は採点格差調整が行われる相対評価のため、得点よりも「上位何割ぐらいに入ると評価される答案か」の方がイメージが湧きやすいと思いますので、上位から何パーセントかも併記しました。

短答はギリギリ合格でOK?

総合評価において、短答得点が占める割合は、短答175点満点÷総合1575点満点なので11.1%です。したがって、論文得点こそが総合合格、総合合格順位を圧倒的に左右するのは明らかです。

しかし、だからといって、短答を軽視するのは禁物です。

2018年本試験総合順位1525番以内 総合点805点（合格点）

もしも短答得点が		論文で必要な得点		
		必要得点	論文順位	論文上位
8割得点OVER (受験者の7.66%がクリア)	B短 140点	380点	1,652位	B論 45.43%
短答合格者平均 (論文採点対象者平均)	128点	387点	1,493位	41.43%
短答全体平均	117点	394点	1,349位	37.23%
合格点ギリギリ	A短 108点	399点	1,267位	A論 35.00%

A と B を比べてみよう

Aは短答合格ギリギリ108点、他方でBは短答8割140点です。AとBが総合合格点ギリギリ800点をクリアするのに必要な論文得点はA論-B論で19点(1.75倍前)です。

論文でたった19点の差ですが、論文は相対評価であり他者の答案の出来との比較で得点が決まります。論文順位に着目すると、Aは論文採点対象者の上位35%でようやく合格、対してBは上位45%でも合格なのです。

多数の受験者が困り状態で並びのぎを削る合格ライン近辺で、上位35%と45%の差は決して小さな差ではないはずです。

2018年本試験総合順位1000番以内 総合点859点

もしも短答得点が		論文で必要な得点		
		必要得点	論文順位	論文上位
8割得点OVER (受験者の7.66%がクリア)	D短 140点	411点	1,046位	D論 29.08%
短答合格者平均 (論文採点対象者平均)	128点	418点	946位	25.95%
短答全体平均	117点	424点	845位	23.49%
合格点ギリギリ	C短 108点	430点	765位	C論 21.26%

C と D を比べてみよう

総合1000番以内で合格する場合を考えましょう。Cは短答得点が合格点ギリギリの108点の場合ですが、論文で430点すなわち765位以内・上位21%以内に入る必要があります。

対して、Dは短答で8割取れているので、論文は411点で1046位以内・上位29%以内でクリアできます。論文で1000番ちょっとなら、総合も1000番ちょっとという具合です。

論文で1000番以内に入るには、相当な実力を要します。「755位以内に入る必要があるCの場合」と「1046位でもOKなDの場合」その間には数字上の順位差以上の開きを感じる方は多いでしょう。

2018年本試験総合順位500番以内 総合点925点

もしも短答得点が		論文で必要な得点		
		必要得点	論文順位	論文上位
8割得点OVER (受験者の7.66%がクリア)	F短 140点	449点	515位	F論 14.42%
短答合格者平均 (論文採点対象者平均)	128点	456点	431位	11.91%
短答全体平均	117点	462点	368位	10.25%
合格点ギリギリ	E短 108点	467点	325位	E論 9.08%

E と F を比べてみよう

やはり上位で合格したい！500番以内を目指す！という場合も考えてみましょう。

ここでも分かりやすく両極端を見てみましょう。短答ギリギリ合格のEは論文では467点で325位以内・上位9.08%以内が必要です。

対して、短答が8割のFの場合は、論文で515位以内・上位14.42%以内でクリアです。

論文で上位一桁以内に入るには、やはり他の受験生と差をつけるべく積極的な論述を心がける必要があります。そのチャレンジには答案練習で培った答案バランスや時間管理のスキルが高いレベルで求められます。

☆ 全体の傾向について

全体的な出題傾向は、例年通りといえますが、以下のような変化がありました。

平均点は、昨年度比では3点弱、一昨年より6点弱上がり、一昨年より前の水準（平均点120点）に近くなっております。これは、民法の平均点が昨年より10点弱上がった一方で、憲法の平均点が3点弱、刑法の平均点が4点強下がったことによります。上記難易度の変化を受けて、各科目の最低ライン（40%未満）は、民法が昨年の375人から82人に減少する一方、憲法は昨年の94人から180人に、刑法は昨年の159人から368人に増加しております。

憲法は、人権が10問、憲法総論が3問、統治が7問出題されており、割合としては例年とほぼ同様になっております。目立った特徴としては、bの記述がaの記述の根拠となっているかを問ういわゆるa b問題が復活し、3問も出題されたことが挙げられます（第1問、第6問、第13問）。第6問は重要な最高裁判例を素材とする一方、第1問と第13問は受験生の学習が手薄な分野を素材としており、現場での論理的思考力を試す意図が強く感じられます。また、人権分野を中心に最高裁判例が多く問われる点では従来通りですが、大法廷判決については百選の判旨部分に明示されていない箇所まで問われている（第4問肢ウ、第5問肢ウ、第16問肢イ）ため、基本書や判例集を用いた丁寧な学習が求められているといえます。憲法総論や統治の出題はほぼ従来通りであり、過去問をベースに基本的な条文を丁寧に押さえる学習が有効であると思われます。

民法は、出題数が37問となり、昨年より1問増加しました。出題割合では、物権が9問から11問に増加し、親族分野が2問から4問に増えた点が主な変更です。この2分野は、今年及び来年施行の民法改正に関して、ほぼ改正点がないことが共通しています。全体として例年通り条文知識を中心とする知識を問う問題が出題されていきました。

複雑な計算を要求される出題はなく、事例問題も昨年同様多くありませんでした。昨年は物権分野で非常に細かい条文知識を求められ、正解率がかなり低い問題が多くありましたが、今年は問題数が増加したにもかかわらず、細かい知識を問われた問題は多くありませんでした。もっとも他分野では、第1問、第3問、第30問、第32問、第34問で細かい条文知識を問う問題が出題されており、条文知識が最重要という傾向に変化はありません。

刑法は、従来通り総論分野と各論分野の割合がバランスよく問われており、記述5個の通常形式が11問、特殊形式が9問である点も昨年と同様です。通常形式では、特別公務員暴行陵虐罪（第9問）、公務員職権濫用罪（第10問）、証人等威迫罪及び虚偽告訴罪（第18問）など受験生の学習が手薄な犯罪が出題されており、中には下級審判例の事案をベースとした記述もあるため、一見幅広い学習が求められているともいえますが、それ以上に、限られた時間の中でどの程度の時間と労力を割けば正解し得るかを見極めることが、（普段の学習でも試験の現場でも）重要になってくると思われます。

特殊形式では、最高裁判例とは異なる学説の根拠、批判、あてはめなどを問う問題（第3問、第5問、第6問、第12問、第13問など）が出題されており、現場での論理的思考力、事務処理能力が求められているといえます。また、事例を通じて複数の財産犯の成否を具体的に検討させる問題（第2問、第16問、第20問）も出題されており、犯罪構成要件及び最高裁判例に対する適切な理解が求められているといえます。

令和元年司法試験・辰巳短答解答再現DATA

憲法

問題	タイトル	解答No	正答	正解率	肢1	肢2	肢3	肢4	肢5	肢6	肢7	肢8
第1問	特別権力関係	No.1	1	88	97	3						
		No.2	1		91	8						
		No.3	2		3	96						
第2問	私人間における人権保障	No.4	1	62	96	3						
		No.5	2		4	95						
		No.6	1		66	33						
第3問	新しい人権	No.7	2	52	18	81						
		No.8	2		36	63						
		No.9	1		96	3						
第4問	信教の自由	No.10	5	71	1	1	0	0	71	14	11	1
第5問	表現の自由	No.11	4	30	1	1	61	30	0	0	4	1
第6問	憲法21条	No.12	1	86	94	4						
		No.13	1		94	5						
		No.14	2		6	92						
第7問	職業の自由	No.15	2	53	5	53	4	13	5	15	2	3
第8問	刑事手続上の人権保障	No.16	2	26	11	88						
		No.17	1		84	15						
		No.18	2		65	33						
第9問	婚姻の自由	No.19	5	21	42	5	25	2	21	1	4	0
第10問	国民の義務	No.20	7	77	2	0	11	0	7	1	77	1
第11問	憲法の概念	No.21	6	21	21	35	2	2	17	21	1	1
第12問	天皇	No.22	6	16	7	6	7	2	47	16	14	3
		No.23	2	71	15	84						
		No.24	2		8	91						
		No.25	1		86	12						
第14問	議院の権能	No.26	6	65	1	3	0	2	8	65	5	15
第15問	内閣	No.27	2	79	3	95						
		No.28	2		15	83						
		No.29	1		95	3						
第16問	違憲判断の在り方	No.30	7	18	3	3	1	1	45	21	18	6
第17問	財政	No.31	6	72	0	18	5	2	1	72	0	0
第18問	地方自治	No.32	2	61	12	86						
		No.33	1		90	8						
		No.34	2		25	73						
第19問	憲法と条約の効力関係	No.35	2	88	4	94						
		No.36	1		93	5						
		No.37	1		96	2						
第20問	日本国憲法の改正	No.38	1	52	82	16						
		No.39	1		76	22						
		No.40	2		24	74						

令和元年司法試験・辰巳短答解答再現DATA

民法

問題	タイトル	解答No.	正答	全体正解率	肢1	肢2	肢3	肢4	肢5
第1問	制限行為能力者の取消し	No.1	2	66	17	66	8	2	7
第2問	不在者管理人	No.2	5	87	2	5	3	3	87
第3問	代理	No.3	3	66	29	3	66	2	0
第4問	条件	No.4	3	82	3	10	82	2	3
第5問	取得時効	No.5	4	93	2	1	2	93	2
第6問	不動産物権変動	No.6	4	92	2	1	1	92	4
第7問	即時取得	No.7	1	86	86	3	9	1	1
第8問	所有権	No.8	2	83	11	83	2	1	3
第9問	相隣関係	No.9	1	93	93	2	2	1	2
第10問	共有	No.10	3	88	8	1	88	1	2
第11問	担保物権	No.11	2	86	4	86	3	2	5
第12問	留置権	No.12	1	87	87	7	1	2	3
第13問	質権	No.13	4	69	3	7	9	69	12
第14問	抵当権	No.14	5	89	5	2	3	1	89
第15問	抵当権の効力が及ぶ範囲	No.15	4	72	2	8	7	72	11
第16問	譲渡担保	No.16	3	81	9	7	81	2	1
第17問	保証	No.17	2	77	16	77	2	3	2
第18問	指名債権の譲渡	No.18	1	80	80	5	7	4	4
第19問	金銭債務	No.19	3	90	3	2	90	3	2
第20問	弁済の提供	No.20	2	70	7	70	5	4	14
第21問	更改及び混同	No.21	1	63	63	22	3	6	6
第22問	同時履行	No.22	3	95	2	1	95	1	1
第23問	契約	No.23	5	93	1	3	2	1	93
第24問	売買契約	No.24	5	77	9	5	4	5	77
第25問	賃貸借	No.25	2	76	18	76	3	1	2
第26問	請負人の担保責任	No.26	4	94	2	1	2	94	1
第27問	不法原因給付	No.27	1	88	88	6	3	1	2
第28問	不法行為	No.28	1	81	81	6	9	2	2
第29問	過失相殺及び損益相殺	No.29	4	87	1	5	2	87	5
第30問	婚姻	No.30	5	56	2	1	4	37	56
第31問	夫婦	No.31	4	66	7	8	17	66	2
第32問	離婚	No.32	5	60	17	3	15	5	60
第33問	特別養子縁組	No.33	2	82	4	82	5	2	7
第34問	相続	No.34	2	59	8	59	28	2	3
第35問	遺産分割	No.35	2	77	7	77	2	2	12
第36問	人の死亡	No.36	4	80	6	2	5	80	7
第37問	物の保存又は財産の管理	No.37	3	78	2	3	78	14	3

令和元年司法試験・辰巳短答解答再現DATA

刑法

問題	タイトル	解答 No	正答	正解率	肢 1	肢 2	肢 3	肢 4	肢 5
第1問	不作為犯	No.1	5	88	1	0	8	1	88
第2問	強盗殺人未遂罪	No.2	3	60	4	29	60	6	1
第3問	承継的共犯	No.3	1	39	81	17			
		No.4	2		16	82			
		No.5	1		89	9			
		No.6	1		85	13			
		No.7	1		61	36			
第4問	傷害の罪	No.8	4	84	3	4	2	84	5
第5問	因果関係	No.9	1	32	78	21			
		No.10	2		21	78			
		No.11	2		7	91			
		No.12	1		55	44			
第6問	監禁罪	No.13	4	74	2	10	3	74	9
第7問	罪 数	No.14	1	54	65	9	19	6	0
		No.15	4		1	4	7	80	9
第8問	放火罪	No.16	3	78	12	6	79	2	1
		No.17	5		1	1	7	3	88
第9問	被害者の承諾	No.18	5	52	26	5	8	8	52
第10問	公務員職権濫用罪	No.19	4	37	6	43	6	37	8
第11問	故 意	No.20	2	81	2	85	9	1	1
		No.21	5		1	1	4	1	92
第12問	業務妨害罪	No.22	5	87	1	3	2	6	87
第13問	窃盗罪の実行の着手時期	No.23	4	58	8	7	4	58	21
第14問	財産犯総合	No.24	3	40	20	5	40	29	4
第15問	正当防衛	No.25	1	81	93	2	1	2	0
		No.26	4		1	4	6	83	4
第16問	詐欺罪と他罪の成否	No.27	3	63	3	13	63	4	15
第17問	過失犯	No.28	1	68	75	23			
		No.29	2		4	94			
		No.30	2		3	94			
		No.31	2		1	96			
		No.32	2		6	92			
第18問	司法作用に対する罪	No.33	1	66	66	7	1	7	17
第19問	身分犯の共犯	No.34	3	73	9	11	75	3	1
		No.35	5		0	1	5	2	89
第20問	犯罪の成否	No.36	5	53	5	5	9	26	53

3. 令和元年司法試験短答問題から

憲法 第7問	職業の自由	R1 司法試験
--------	-------	---------

憲法〔令和元年第7問（予備試験第4問）〕（配点：2）

職業の自由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までの中から選びなさい。

ア. 薬局の開設につき、これを許可制とすることの目的が、国民の生命及び健康に対する危険の防止にある場合、当該規制の合憲性を肯定するためには、それが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に加え、より緩やかな規制によってはそ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も要する。

イ. 個人の経済活動の自由に対して、社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るという積極目的の規制を設けることが正当化される根拠として、国民の生存権やその一環としての勤労権が保障されているなど、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を行うことが憲法上の要請とされていることを挙げるができる。

ウ. 酒類販売業について免許制とすることを定めた酒税法の規定は、酒類販売業者には経済的基盤の弱い中小事業者が多いことに照らし、酒類販売業者を相互間の過当競争による共倒れから保護するという積極目的の規制であり、当該規制の目的に合理性が認められ、その手段・態様も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から、違憲ではない。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 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7問	職業の自由	R1司法試験
--------	-------	--------

正解 2

	1	2	3	4	5	6	7	8
肢別解答率(%)	5	53	4	13	5	15	2	3

ア正しい。最大判昭50.4.30（百選I97事件）により、本記述は正しい。

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、「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、消極目的の許可制については、規制の必要性・合理性の審査と、より緩やかな規制手段で同じ目的が達成できるかどうかの検討が必要であるとしている。

イ正しい。最大判昭47.11.22（百選I96事件）により、本記述は正しい。

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項に基づく「個人の経済活動に対する法的規制は、…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ふことができ、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発展を図るために、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」としている。

つまり、判例は、現代社会の要請する福祉国家の理念を実現するためには、経済の調和のとれた発展を確保し、とくに社会的・経済的弱者を保護するために、政

策的な配慮に基づいて積極的な規制を加えることが憲法上の要請であるとしている。

ウ誤 り。本記述は、酒類販売業について免許制とすることを定めた酒税法の規定は、酒類販売業者には経済的基盤の弱い中小事業者が多いことに照らし、酒類販売事業者を相互間の過当競争による共倒れから保護するという積極目的の規制であるとしている点で、誤っている。

最判平4. 12. 15（百選I99事件）判例は、酒類販売業の免許を申請したところ、「経営の基盤が薄弱である」ことを理由に拒否されたため、免許制と免許要件を定める酒税法の規定の合憲性を争った事案において、「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ものというべきである…**租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ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，その必要性と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とはできない**」としている。

つまり，判例は，酒税法の規定は，租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のための規制であるとしている。

また，判例は，酒税法の免許制を存置すべきものとした立法府の判断が裁量の範囲を逸脱し，著しく不合理であるとまでは断定できないとしている。

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。

【短答合格FILE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196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く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I97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I96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I96事件）と薬事法距離制限違憲判決（最大判昭50.4.30, 百選I97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り違憲となる）

〔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I95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I96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發展を企図しており、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**

いるものということができ、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、その必要があつても、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う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り、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うことができ、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なることができない。」

◎ 薬事法距離制限違憲判決（最大判昭50.4.30、百選I97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、したがつて、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と合理性については、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効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I98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I99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ふ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、その必要性と合理性があったといふべきであり、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ふ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ふことができる。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。」

「もっとも、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、その必要性と合理性が認められるものでなければならぬ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も、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であるといふことができ、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であるといふことができる。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ふことはできず、右規定が憲法22条1項に違反するものといふことはできない。」

◎ 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、他人の嘱託を受けて、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I 94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・技術的な裁量的判断が尊重されるべきであるとして、許可制の必要性と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4.12.15。

イ 誤り。最判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、飲酒量を自分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、テレビにおけるタバコの広告を全面的に禁止する。（新司22-7）

☞ア パターン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 パターン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、パターンリズムに基づく規制といえる。

ウ パターン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。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

- 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って、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。」としている。
- 職業の自由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、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。酒類販売の免許制に関する立法事実が変化しているので、当該免許制の合憲性は厳格度を高めた基準で審査されるが、酒税法が定める免許基準は依然として合理性を有する。
- イ。特定産業における経営の安定を目的とする生糸の輸入制限は、零細な他の産業に犠牲を強いることになるので、その合憲性は慎重に審査されるが、著しく不合理とはいえない。
- ウ。登記制度が国民の権利義務等に重大な影響を及ぼすことなどから、原則として司法書士に登記業務の独占を認める職域規制は、公共の福祉に合致した合理的な規制である。(新司26-9)
- ☞ア誤り。最判平4.12.15。酒類販売業の免許制度については、「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」とし、「著しく不合理」であるか否かという緩やかな基準を採用している。
- イ誤り。最判平2.2.6。判例は、特定産業における経営の安定を目的とする生糸の輸入制限の合憲性が争われた事案において、本件規制が積極的な社会経済政策規制であることを理由に、明白性の原則という緩やかな基準を適用している。
- ウ正しい。最大判平12.2.8。
- 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までの中から選びなさい。(新司29-8、予備29-4)
- 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。

☞ア誤り。最判平17.4.26。判例は、「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。最大判昭47.11.22（百選I96事件、小売市場事件）。判例は、「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」としており、憲法29条1項に言及していない。

ウ誤り。最大判昭50.4.30（百選I97事件、薬局開設の距離制限）。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ない。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【MEMO】

憲法 第20問	日本国憲法の改正	R1 司法試験
---------	----------	---------

憲法〔令和元年第20問（予備試験第12問）〕（配点：3）

日本国憲法の改正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. 憲法改正の手續において必要とされる発議とは、通常の議案についていわれる発議が原案を提出することを意味するのとは異なり、国民に提案すべき憲法の改正案を国会が決定することを意味している。
- イ. 国民による承認の要件として必要とされる過半数の賛成の意味については、憲法上複数の解釈があり得たが、それらの中から、法律で、有効投票総数の過半数の賛成をいうものと定められた。
- ウ. 国民投票において過半数の賛成があつたとしても、一定の投票率に達しなかつたときは、その国民投票は成立せず、国民の承認を得られなかつたものとする制度が、法律で設けられている。

憲法 第20問	日本国憲法の改正	R1司法試験
---------	----------	--------

正解 1, 1, 2

肢別解答率(%)	1	2
ア	82	16
イ	76	22
ウ	24	74

(全体正答率52%)

ア正しい。憲法96条1項。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われる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

ここにいう発議とは、憲法改正原案を国会に提出することではなく、国民に提案すべき改正案を国会が決定することをいい、発議の成立がすなわち国民への提案となる。

現行の法律においては、「内容において関連する事項ごとに区分して」発議を行い(国会法68条の3)、改正案ごとに1人1票を投じることとされている(日本国憲法の改正手続に関する法律47条)。

したがって、本記述は正しい。

イ正しい。日本国憲法の改正手続に関する法律98条2項により、本記述は正しい。

憲法改正に必要な国民の承認の要件である「過半数」の賛成(憲法96条1項後段)にいう「過半数」の意味については、従来、①有権者総数を基準とする説、②投票総数を基準とする説、③有効投票数(賛成票と反対票の合計)を基準とする説の3つの説の対立があった。しかし、現在では日本国憲法の改正手続に関する法律98条2項により、国民投票の投票総数は「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」(賛成票と反対票の合計、③説)と規定され、法律で、有効投票総数の過半数の賛成をいうものと定められた。

ウ誤り。日本国憲法の改正手続に関する法律には、国民投票で過半数の賛成があったとしても、一定の投票率に達しなかったときは、その国民投票は成立せず、国民の承認を得られなかったものとする制度は設けられていない。

したがって、本記述は誤っている。

なお、日本国憲法は、国民投票の成立要件として、一定の投票率を求めていることから、国会が法律でそのような要件を定めることができるか問題となるが、憲法改正の成立を国民に委ねるといふ憲法の趣旨からして、違憲とはいいたくないという説が有力である。あまりに低い投票率では、その結果を国民の意思と評価するのは困難だからである。

【短答合格F I L Eから抜粋】

第96条〔改正の手續、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。

【改正の手續】

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。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

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、見解が分かっていたが、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。(新司29-20, 予備29-12)
- ☞誤り。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。
- 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。(新司29-20, 予備29-12)
- ☞正しい。「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。
- 国会法によれば、議員が憲法改正原案を発議するには、衆議院においては議員100人以上、参議院においては議員50人以上の賛成を要するが、その発議に当たっては、内容において関連する事項ごとに区分して行うものとされている。(新司30-20)
- ☞正しい。国会法68条の2, 68条の3。
- 国会が発議した憲法改正に関する国民の承認は、衆議院議員総選挙又は参議院議員通常選挙の際に行われる国民投票によることも可能であるが、これらの選挙の際に行われる場合は日本国憲法の改正手続に関する法律は適用されない。(新司30-20)
- ☞誤り。憲法96条1項の「国会の定める選挙」とは、国会が指定する選挙のことであるが、具体的には、衆議院議員総選挙及び参議院通常選挙に限られる。また、日本国憲法の改正手続に関する法律(以下「国民投票法」という。)は、もっぱら「特別の国民投票」を前提としている。しかし、「日本国民で年齢満18年以上の者は、国民投票の投票権を有する」と規定する同法3条の存在からすると、「国会の定める選挙の際」に行われる場合であっても、同法が適用される。
- 日本国憲法の改正手続に関する法律では、憲法改正案に対する国民投票運動に関し、公職選挙法により規制される選挙運動と比較すると、戸別訪問の禁止がないなど規制が緩和されている。(新司30-20)
- ☞正しい。公職選挙法138条1項は、「何人も、選挙に関し、投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもって戸別訪問をすることができない」と規定しているところ、国民投票法には、戸別訪問の文字はなく、同法によりこれを規制していない。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【MEMO】

民法 第3問	代理	R1 司法試験
--------	----	---------

民法〔令和元年第3問〕（配点：2）

代理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。（解答欄は、【No.3】）

- ア. Aの代理人Bがその代理権の範囲内でAのためにすることを示さずにCと契約を締結した場合、Cにおいて、BがAのために契約を締結することを知っていたのであれば、A C間に契約の効力が生じることはない。
- イ. Aは、B及びCからあらかじめ許諾を得た場合、B及びCの双方を代理してBC間の契約を締結することができる。
- ウ. 委任による代理人が本人の指名に従って復代理人を選任した場合、代理人は、選任時に復代理人が不適任であることを知っていたとしても、本人に対して復代理人の選任についての責任を負うことはない。
- エ. 法定代理人がやむを得ない事由があるために復代理人を選任した場合、代理人は、本人に対して復代理人の選任及び監督についての責任のみを負う。
- オ. 無権代理人は、本人の追認を得られなかったとしても、自己に代理権があると過失なく信じて行為をしたときは、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負わない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ エ 4. ウ エ 5. ウ オ

民法 第3問	代理	R1司法試験
--------	----	--------

正解 3

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	29	3	66	2	0

ア誤り。本記述は、Cにおいて、BがAのために契約を締結したことを知っていたのでなければ、AC間に契約の効力が生じることはないとしている点で、誤っている。
民法100条ただし書・99条1項。民法100条は「**代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす。ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条第1項の規定を準用する。**」と規定し、民法99条1項は、「**代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。**」と規定している。

よって、本記述においては、CにおいてBがAのために契約を締結したことを知っていた場合のみならず、知ることができたときも、AC間に契約の効力が生ずる。

イ正しい。民法108条ただし書により、本記述は正しい。

同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は**当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。**

同条本文の趣旨は、本人の利益保護を図る点にある。

そのため、その保護を考える必要がない行為、すなわち本人があらかじめの許諾した行為については、双方代理も有効となる。

よって、本記述においては、Aは、B及びCからあらかじめ承諾を得た場合、B及びCの双方を代理してBC間の契約を締結することができる。

ウ誤り。本記述は、代理人は、選任時に復代理人が不適任であることを知っていたとしても、本人に対して復代理人の選任についての責任を負うことはないとしている点で、誤っている。

民法105条2項。代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項〔注：民法105条1項（復代理人を選任した代理人の責任）の責任を負わない。ただし、**その代理人が、復代理人が不適切又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。**〕

その趣旨は、復代理人が選任されたとしてもそれによって代理人は代理権を失うものではなく、また、復代理人は代理人に代わって本人の事務を処理するものであることから（民法107条）、代理人が全く責任を負わないとすることは適当ではないとして、代理人に一定の監督義務を負わせる点にある。

エ正しい。民法106条, 105条1項により, 本記述は正しい。

民法106条は、「法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。この場合において、**やむを得ない事由**があるときは、前条1項の責任のみを負う。」と規定し、民法105条1項は、「代理人は…復代理人を選任したときは、**その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。**」と規定している。その趣旨は、法定代理人は、本人の利益を守るため、非常に重い責任が課されているところ、やむを得ない事情から復任した場合には、その責任を軽減させる点にある。

オ誤り。本記述は、無権代理人は、自己に代理権があると過失なく信じて行為したときは、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負わないとしている点で、誤っている。民法117条1項。**他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかつたときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。**

同条の責任は、無権代理人の過失を前提とするものではないから、**無過失責任**であるとされる。

以上により、正しい記述はイとエであり、したがって、正解は肢3となる。

【短答合格F I L Eから抜粋】

2019年の本試験の民法は現行法で出題されておりますので、短答合格F I L Eも現行法のままとさせていただきます。ただ、有益と思われる民法改正情報につきましては、●改正法として掲載しています。

1-5-3

第3節 代理

第99条（代理行為の要件及び効果）《新司24-4、予備24-1》

- 1 代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。
- 2 前項の規定は、第三者が代理人に対してした意思表示について準用する。

【趣旨】

代理行為の要件と効果を定めたものである。

【ポイント】

一 代理の要件

- ①代理人がその権限内において（代理権）
- ②本人のためにすることを示して（顕名）
- ③意思表示をすること又は本人に効果を帰属させる旨の相手方の意思表示を受領すること（代理行為）

1 代理権（要件①）

(1) 法定代理

本人の信任を受けないで代理人となるもの。

→未成年者の親権者（818条）

(2) 任意代理

本人の信任を受けて代理人となるもの。

→任意代理権は本人の行為（代理権授与行為）に基づいて発生する。代理権授与行為の法的性質については学説が分かれている（後述）。

2 顕名（要件②）

顕名とは、代理人がその行為の法律効果を本人に帰属させようとする意思（代理意思）を有していることを相手方に知らせることをいう。「本人のためにすることを示して」とはこのことを意味する。

なお、代理人がいきなり本人の氏名だけを示す場合、顕名の変則的形態と認め得る場合がある。意思能力なき未成年者の名義で行った法律効果は、適法な代理人が行ったものと推定されるという判例（大判大9.6.5）は、これを前提とするものと解されている。代理人が顕名しない場合については、100条参照。

3 代理人による意思表示又はその受領（要件③）

代理人自身が内容を決定してこれを表示し、又は代理人が相手方の意思表示を受領しなければならない。

なお、代理行為の瑕疵については、101条参照。

《過去問チェック》

- Aは、甲不動産を購入するための代理権をBから授与されており、Bの代理人であることを明らかにして、甲不動産の所有者であるCと売買契約の交渉を行い、交渉が妥結するに至ったが、売買契約の締結に際しては、契約書の買主署名欄にBの名前だけを書き、Bの印鑑を押した。このとき、BとCとの間に売買契約が成立する。（旧司18-34）

- Aは、甲不動産を購入するための代理権をBから授与されていたが、Aは、自らがBであると称して、甲不動産についての売買契約をCと締結した。このとき、AがBのために契約を締結する意思を有していれば、BとCとの間に売買契約が成立する。(旧司18-34)
- Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Cとの間で甲土地の売買契約を締結する際に、Bの従業員Dに命じて甲土地の売買契約書に「Aの代理人B」という署名をさせた場合でも、AC間に売買契約の効力が生ずる。(新司27-3、予備27-2)
 - ☞正しい。99条1項。本記述では、代理人Bが、従業員Dに命じて「Aの代理人B」という署名をさせており、Dは代理人Bの本人Aのためにする意思表示を相手方Cに表示することによって意思表示を完成させる表示機関としての役割を担っているといえる。そして、当該署名によれば、代理人Bが本人Aのために示した意思表示があるといえ、Aに売買契約の効果が帰属する。

第100条（本人のためにすることを示さない意思表示）《新司20-6》

代理人が本人のためにすることを示さないでした意思表示は、自己のためにしたものとみなす。
ただし、相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは、前条第1項の規定を準用する。

【趣旨】

代理人が顕名しない場合、相手方保護のため、その代理行為は自己（代理人自身）のためにしたものとみなされる（本文）。ただし、相手方が代理意思を知り得た場合には代理行為として、直接に本人に効果帰属を認める（ただし書）。

【ポイント】

本文の場合、代理人は代理意思があったことを証明して錯誤による無効を主張することは許されない。

《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さなかった場合、たとえBがAのためにする意思を有していたとしても、BC間に売買契約が成立することになり、Bは、契約の効果帰属主体に関する錯誤があるとして契約の無効を主張することはできない。しかし、Cにおいて、BがAのためにすることを知り又は知り得べきであったときは、BC間に売買契約は成立せず、AC間に売買契約が成立し、Cは、Aに対して契約に基づく債務の履行を請求することができる。(旧司14-21)
- Aは、甲不動産を購入するための代理権をBから授与されていたが、Aは、甲不動産を自己のために購入しようとし、Bの代理人であることを示さずに、甲不動産の所有者であるCと売買契約を締結した。このとき、AがBから代理権を授与されていることをCが知っていても、AとCとの間に売買契約が成立する。(旧司18-34)
- Aの代理人として土地を購入する権限を与えられたBが、Aのためにすることを示さずにCとの間で甲土地の売買契約を締結した場合、BがAのために売買契約を締結することをCが知ることができたときは、AC間に売買契約の効力が生ずる。(新司27-3、予備27-2)
 - ☞正しい。100条ただし書、99条1項。

第104条（任意代理人による復代理人の選任）

委任による代理人は、本人の許諾を得たとき、又はやむを得ない事由があるときでなければ、復代理人を選任することができない。

【趣旨】

本条は任意代理人の復任権につき規定し、任意代理人は本人の信任に基づくものである上、いつでも辞任できるから、原則として復任権を有しないものとする（法定代理の場合については、106条参照）。

【ポイント】

一 意義

復代理とは、代理人が自己の権限内の行為を行わせるため、自己の名で更に代理人を選任して本人を代理させることをいう。代理人によって選任された代理人を復代理人という。

二 復任権

復代理人を選任する権限を復任権という。任意代理人は、①本人の許諾を得たとき、又は②やむを得ない事由があるときしか復任権を有しない。

三 復任権なくして選任された復代理人の代理行為は、原則として無権代理となる。

《過去問チェック》

- 委任による代理人は、本人の許諾を得たときのほか、やむを得ない事由があるときにも、復代理人を選任することができる。(新司26-3)
☞正しい。104条。

第105条（復代理人を選任した代理人の責任）《新司24-4》

- 1 代理人は、前条の規定により復代理人を選任したときは、その選任及び監督について、本人に対してその責任を負う。
- 2 代理人は、本人の指名に従って復代理人を選任したときは、前項の責任を負わない。
ただし、その代理人が、復代理人が不適任又は不誠実であることを知りながら、その旨を本人に通知し又は復代理人を解任することを怠ったときは、この限りでない。

●改正法

現行第105条 削除

※ 改正法では、現行105条は削除された。したがって、改正法においては、現行105条に関する規律は、代理権授与契約の債務不履行の問題として、債務不履行責任の一般的規定によって処理されることとなる。

【趣旨】

本条は、任意代理人が復代理人を選任した場合の復代理人の行為に対する責任を規定したものである。任意代理人の復任権が限定されているのに対応して、法定代理人の場合より責任が軽減されている。

【ポイント】

一 原則（1項）

復代理人の選任・監督についてのみ責任を負う。これは、代理人が復代理人の選任・監督について善管注意義務を怠ったことによる責任である。

二 例外（2項）

本人の指名に従って復代理人を選任したときは、不適任・不誠実なことを知ってこれを本人に通知し又は解任することを怠ったのでなければ、責任を負わない。本人の指名に基づき選任された復代理人の行為について前項と同じ責任を負わせるのは酷であるため、責任を軽減するものである。

第106条（法定代理人による復代理人の選任）

法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。
この場合において、やむを得ない事由があるときは、前条第1項の責任のみを負う。

【趣旨】

法定代理人はその辞任が容易でなく、しかも本人の信任に基づいて代理人となったものではないから、常に復任権を有するものとされる。これに対応して、任意代理人の場合より重い責任を負う。

【ポイント】

一 原則（本文）

法定代理人は、自己の選任した復代理人の過失ある行為については常に本人に対して責任を負う。

復代理人の選任・監督について法定代理人に過失がなくても責任を免れることはできない（無過失責任）。

二 例外（ただし書）

やむを得ない事情によって復代理人を選任したときは責任が軽減され、復代理人の選任・監督についてだけ責任を負う。このような場合にまで、原則どおりの責任を負わせるのは酷だからである。

（図表）復代理人を選任した場合の代理人の責任

	復任権	代理人の責任
任意代理人	本人の承諾、又はやむを得ない場合のみ可（104条、制限主義）	原則：選任監督責任（105条1項） 例外：本人の指名によるときは更に軽減（105条2項）
法定代理人	復任自由（106条本文、自由主義）	原則：全責任 例外：復任がやむを得なかったときは選任監督責任に軽減（105条1項）

第108条（自己契約及び双方代理）《新司20-6》

同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。

ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

●改正法（自己契約及び双方代理等）

第108条 同一の法律行為について、相手方の代理人として、又は当事者双方の代理人としてした行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

2 前項本文に規定するもののほか、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし、本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

※ 改正法108条1項本文は、自己契約と双方代理について、無権代理と同様に扱い、原則として本人に効果帰属しないという判例法理を明文化している。また、同条2項では、本人と代理人との利益が相反する行為についての規定を新設した。

【趣旨】

同一の法律関係について、当事者の一方が相手方の代理人となること（自己契約）や同一人が当事者双方の代理人をかねること（双方代理）は、本人や当事者の一方の利益が不当に害されるおそれがあるため、これを禁止した。

【ポイント】

一 例外的に許される場合

本条の趣旨に反しない場合には禁止する必要はない。そこで、①債務の履行②本人があらかじめ許諾した行為のほか、③本人の不利益にならない行為（最判昭43.3.8）については許される。

二 制限違反の効力

無権代理行為となる。ただし、本条は本人の利益保護を目的とする任意規定なので、事後的に追認があれば本人に効果が帰属する。

第117条（無権代理人の責任）《新司24-5》

- 1 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明することができず、かつ、本人の追認を得ることができなかつたときは、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。
- 2 前項の規定は、他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき、若しくは過失によって知らなかつたとき、又は他人の代理人として契約をした者が行為能力を有しなかつたときは、適用しない。

●改正法（無権代理人の責任）

第117条 他人の代理人として契約をした者は、自己の代理権を証明したとき、又は本人の追認を得たときを除き、相手方の選択に従い、相手方に対して履行又は損害賠償の責任を負う。

- 2 前項の規定は、次に掲げる場合には、適用しない。
 - 一 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が知っていたとき。
 - 二 他人の代理人として契約をした者が代理権を有しないことを相手方が過失によって知らなかつたとき。ただし、他人の代理人として契約をした者が自己に代理権がないことを知っていたときは、この限りでない。
 - 三 他人の代理人として契約をした者が行為能力の制限を受けていたとき。

※ 改正法117条2項2号により、相手方に過失があつた場合であっても、無権代理人が自己に代理権がないことを知っていたときには、相手方は無権代理人の責任を追及することができることになった。

【趣旨】

本人の追認が得られず無権代理行為が無効に確定した場合、取引の安全を図り代理制度の信用を維持するため、無権代理人に対し履行責任若しくはそれに代わる損害賠償責任を課したものである。

【ポイント】

一 責任の要件

- 1 代理人が代理権を証明することができないこと。
- 2 本人の追認を得られないこと。
→表見代理が成立する場合でも本条の責任を追及し得るかについては問題がある（後述）。
- 3 相手方が代理人と称する者の代理権がないことを知らず、かつそのことについて過失がないこと（＝善意無過失）。
→ここでいう過失は重過失に限定されない（最判昭62.7.7、百選I34事件）。
- 4 代理人が制限行為能力者でないこと
→本条の責任は、契約が成立した場合の本人の責任に類似した重い責任であるから行為能力者であることを必要としたものである。もっとも、制限行為能力者が、法定代理人又は保佐人の同意を得て無権

代理行為をした場合には責任を負う。

※ 代理人の過失は要件とならない(＝無過失責任)。

二 責任の内容

1 契約の履行責任

2 損害賠償責任

→その内容は、履行利益の賠償である(最判昭32.12.5・通説)。

[理由] この点、無効な契約を有効な契約と信じたことによる損害として、信頼利益の賠償にとどまるとする説もある。しかし、一方で契約の履行責任を認めていることとのバランスから、履行利益の賠償と解する。

三 ☆ (論点) 表見代理と無権代理の適用関係

表見代理が成立する場合にも相手方は本条の責任を追及できるであろうか。この点、かつては、相手方に過分の保護を与える必要はないとして否定するのが通説であった(補充的責任説)。しかし、今日では、表見代理は相手方を保護するための制度であって無権代理人を保護するための制度ではないし、表見代理の証明は必ずしも容易ではないから、相手方の選択行使を認めるべきと解されている(効果選択説、最判昭62.7.7, 百選I34事件)。

四 ☆ (論点) 117条2項の「過失」は重過失に限定されるか

A説 重過失限定説(62年判例の原審)

[理由] 本条の過失を単純過失としたのでは、有過失の相手方は、表見代理の保護を受けられないと同時に無権代理人の責任を追及する道も閉ざされることになり、117条の存在意義が失われる。

B説 重過失非限定説(前掲最判昭62.7.7, 百選I34事件, 通説)

[理由] 法は重過失に限定するときはその旨明記しており(95条, 470条)、実質的にも、本条が無権代理人に無過失責任を課していることとの均衡上、相手方に軽過失でもあれば、無権代理人の免責を認めるのが妥当。

《過去問チェック》

- 無権代理行為の相手方は、代理人が代理権を有しないことを過失によって知らなかったときは、民法上の無権代理人の責任を追及することができない。(新司28-4, 予備28-2)
☞正しい。117条2項。
- 無権代理行為の相手方は、表見代理の主張をしないで、無権代理人に対し履行又は損害賠償の請求をすることができるが、これに対し無権代理人は、表見代理の成立を主張してその責任を免れることができる。(新司23-3, 予備23-2)
☞誤り。最判昭62.7.7。判例は、無権代理人の相手方は、表見代理の主張をしないで、直ちに無権代理人に対し117条の責任を問うことができる(最判昭33.6.17参照)とした判例を引用した上で、無権代理人が表見代理の成立要件を主張立証して自己の責任を免れることはできない、としている。
- 乙が何らの権限がないのに、甲の代理人として丙と売買契約を締結した。乙が未成年者であった場合には、丙がそのことを知らずかつ知らなかったことにつき過失が無かったとしても丙は乙に対し契約の履行を請求することができない。(旧司11-33)
- AがBの無権代理人CからB所有の甲動産を買い受けた後、CがBから甲動産を買い受け、引渡しを受けた。Aは、Cに代理権がないことにつき善意無過失であった。この場合、甲動産につきAの所有権に基づくCに対する引渡請求は認められる。(旧司12-26)
- AがBの無権代理人CからB所有の甲動産を買い受けたところ、Bは、Cの無権代理行為の追認を拒絶したが、その後Bが死亡し、甲動産を占有するCがBを単独相続した。Aは、Cに代理権がないことにつき善意無過失であった。この場合、甲動産につきAの所有権に基づくCに対する引渡請求は認められる。(旧司12-26)
- Aは、父親Bに無断でBの実印及び印鑑証明書を持ち出し、Bの代理人と称して、B所有の土地(以下「本件土地」という。)をCに売却する旨の契約を締結した。その後、Bは、そのことを知らずに、本件土地をDに売却する旨の契約を締結した。Aが代理権が存在しないことを知りつつ無権代理行為をした場合、Cが悪意であれば、Cは、Aに対し、無権代理人の責任を追及することはできない。(旧司14-25)

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

- Aは、父親Bに無断でBの実印及び印鑑証明書を持ち出し、Bの代理人と称して、B所有の土地（以下「本件土地」という）をCに売却する旨の契約を締結した。その後、Bは、そのことを知らずに本件土地をDに売却する旨の契約を締結した。Cが財産的損害を被り、Aに故意又は過失があった場合、たとえCに過失があったとしても、Cに損害賠償請求権が認められるべきであるから、Cは、Aに対し、無権代理人の責任とは別に不法行為に基づく責任を追及することができる。（旧司14-25）

民法 第30問	婚姻	R1 司法試験
---------	----	---------

民法〔令和元年第30問〕（配点：2）

婚姻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.30]）

- ア. 成年被後見人は、成年後見人の同意がなくても婚姻をすることができる。
- イ. 婚姻の届出自体については当事者間に意思の合致があったとしても、それが単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないときは、婚姻はその効力を生じない。
- ウ. 養親は、養子と離縁した場合には、その者と婚姻することができる。
- エ. 女性は、前婚の解消の時に懐胎していなかった場合には、前婚の解消の日から起算して100日以内であっても、再婚をすることができる。
- オ. A男がB女を強迫して婚姻を成立させた後に、強迫を理由として婚姻が取り消された場合には、B女がその婚姻中に懐胎して子が出生したとしても、出生した子は、A男の子とは推定されない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ エ 4. ウ エ 5. ウ オ

民法 第30問	婚姻	R1司法試験
---------	----	--------

正解 5

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	2	1	4	37	56

ア正しい。民法738条により、本記述は正しい。

成年被後見人が婚姻をするには、その成年後見人の同意を要しない。

これは、成年被後見人も婚姻に関しては行為能力まで求められておらず、後見人の同意なく、単独で有効な婚姻をすることができるとしたものである。

なお、行為能力は要しないものの婚姻の性質および効果を理解するに足りる能力は必要である。

イ正しい。最判昭44.10.31(百選Ⅲ1事件)により、本記述は正しい。

判例は、民法742条1号所定の『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがってたとえ**婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり**、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、**婚姻はその効力を生じない**』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、生活事実のないところに法的関係を認めるべきではないということを挙げている。

ウ誤り。本記述は、養親が養子と離縁した場合にその者と婚姻することができるとしている点で、誤っている。

民法736条。養子若しくはその配偶者又は養子の直系卑属若しくはその配偶者と養親又はその直系尊属との間では、民法729条の規定〔注：離縁による親族関係の終了〕により親族関係が終了した後でも、**婚姻をすることができない**。

その趣旨は、社会倫理的観点から親子関係秩序を維持する点にある。

エ正しい。民法733条2項1号により、本記述は正しい。

女が前婚の解消又は取消の時に懐胎していなかった場合に、民法733条1項〔注：再婚禁止期間〕の規定は適用されない。

父性推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争や不正確定の困難を避けるという民法733条1項の趣旨に照らし、前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合には、離婚等の後の懐胎しかないので、再婚禁止期間が必要ないとされている。

オ誤り。本記述は、出生した子がA男の子と推定されないとしている点で、誤っている。

民法748条1項、772条1項。**婚姻の取消しは、将来に向かってのみその効力を生ずる**(民法748条1項)。

その趣旨は、婚姻の取消しによって婚姻が遡って無効とされた場合の当事者・子・第三者に生ずる不都合に鑑み、婚姻取消しの遡及効を否定した点にある。よって、強迫による婚姻の取消し（民法747条）がなされた場合であっても、B女がその婚姻中に懐胎して子が出生したときは、出生した子は、A男の子と推定される（民法772条1項）。

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5となる。

【短答合格F I L Eから抜粋】

第2章 婚姻

4-2-1

第1節 婚姻の成立

【婚姻の成立要件】

一 婚姻が成立するためには、実質的要件としての(1)婚姻意思の合致(742条1号反対解釈)、(2)婚姻障害の不存在(731条以下)のほか、形式的要件として届出(739条)が必要とされる。

二 婚姻の成立要件の一覧

(図表) 婚姻の成立要件及び要件に欠缺がある場合の効果

	婚姻の成立要件	欠缺の効果
実質的要件	(1)婚姻意思の合致(742条1号) (2)婚姻障害の不存在(731条以下) ①婚姻適齢に達していること(731条) ②重婚でないこと(732条) ③待婚期間を経過していること(733条) ④近親婚でないこと(734条~736条) ⑤未成年者は父母の同意の具備(737条)	無効(742条1号) ①~④は取消事由となる(743条~747条)
形式的要件	届出(739条)	不成立無効(742条2号)

三 実質的要件

1 婚姻意思の合致(742条1号)

(1) 婚姻意思とは、婚姻届出をするという形式的意思では足りず、婚姻により夫婦共同生活をしようとする実質的意思をいう。判例は、婚姻について実質的意思説を基本としつつ(最判昭44.10.31, 百選Ⅲ1事件)、相続権付と目的でなされたいいわゆる臨終婚について、婚姻意思の内容を特に問題とせず、有効とした判例もある(最判昭44.4.3)。

(2) 婚姻意思存在時期

婚姻届を婚姻の成立要件と解するため、婚姻意思は届出時にも必要である。そこで、婚姻届作成後、受理までに婚姻意思を翻した場合や、婚姻届受理の際に意思能力を失っている場合には、婚姻は本来無効となる。しかし、時に不当な結果を招くため、制限的に解する必要がある。

(3) 婚姻は当事者の自由意思によるものでなければならない。そこで、代理には親しまず、成年被後見人も意思能力があれば単独で婚姻をなし得る(738条)。

2 婚姻障害の不存在(731条以下)→後述

四 形式的要件

届出(739条)

◎ 最判昭44.10.31(百選Ⅲ1事件)《新司24-31, 予備24-13》

「民法742条1号にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、当事者間に真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思を有しない場合を指すものと解すべきであり、したがってたとえ婚姻の届出自体について当事者間に意思の合致があり、ひいて当事者間に、一応、所論法律上の夫婦という身分関係を設定する意思はあつたと認めうる場合であつても、それが、単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎないものであつて、前述のように真に夫婦関係の設定を欲する効果意思がなかつた場合には、婚姻はその効力を生じないものと解すべきである。

これを本件についてみるに、…本件婚姻の届出に当たり、被上告人と上告人との間には、Aに右兩名間の嫡出子としての地位を得させるための便法として婚姻の届出についての意思の合致はあつたが、被

上告人には、上告人との間に真に前述のような夫婦関係の設定を欲する効果意思はなかつたというのであるから、右婚姻はその効力を生じないとした原審の判断は正当である。」
である。

4-2-1-1

第1款 婚姻の要件

第731条（婚姻適齢）

男は、18歳に、女は、16歳にならなければ、婚姻をすることができない。

第732条（重婚の禁止）

配偶者のある者は、重ねて婚姻をすることができない。

第733条（再婚禁止期間） ※平成28年改正

- 1 女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して100日を経過した後でなければ、再婚をすることができない。
- 2 前項の規定は、次に掲げる場合には、適用しない。
 - 一 女が前婚の解消又は取消しの時に懐胎していなかった場合
 - 二 女が前婚の解消又は取消しの後に出産した場合

第734条（近親者間の婚姻の禁止）《新司22-31、24-31、予備24-13》

- 1 直系血族又は3親等内の傍系血族の間では、婚姻をすることができない。ただし、養子と養方の傍系血族との間では、この限りでない。
- 2 第817条の9の規定により親族関係が終了した後も、前項と同様とする。

第735条（直系姻族間の婚姻の禁止）

直系姻族の間では、婚姻をすることができない。第728条又は第817条の9の規定により姻族関係が終了した後も、同様とする。

第736条（養親子等間の婚姻の禁止）

養子若しくはその配偶者又は養子の直系卑属若しくはその配偶者と養親又はその直系尊属との間では、第729条の規定により親族関係が終了した後も、婚姻をすることができない。

第737条（未成年者の婚姻についての父母の同意）《予備23-1》

- 1 未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。
- 2 父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときも、同様とする。

第738条（成年被後見人の婚姻）《新司24-31、予備23-1、24-13》

成年被後見人が婚姻をするには、その成年被後見人の同意を要しない。

第739条（婚姻の届出）

- 1 婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。
- 2 前項の届出は、当事者双方及び成年の証人2人以上が署名した書面で、又はこれらの者から口頭で、しなければならない。

第740条（婚姻の届出の受理）

婚姻の届出は、その婚姻が第731条から第737条まで及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない。

第741条（外国に在る日本人間の婚姻の方式）

外国に在る日本人間で婚姻をしようとするときは、その国に駐在する日本の大使、公使又は領事にその届出をすることができる。この場合においては、前2条の規定を準用する。

※733条は、女性に係る再婚禁止期間を前婚の解消又は取消しの日から6箇月と定める民法の規定のうち100日を超える部分は憲法違反であるとの最高裁判所判決（最大判平27.12.16、百選Ⅲ5事件）があったことに鑑み、改正された（平成28年6月7日公布）。

4-2-1-2

第2款 婚姻の無効及び取消し

第742条（婚姻の無効）

婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする。

- 一 人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき。
- 二 当事者が婚姻の届出をしないとき。ただし、その届出が第739条第2項に定める方式を欠くだけであるときは、婚姻は、そのためにその効力を妨げられない。

第743条（婚姻の取消し）

婚姻は、次条から第747条までの規定によらなければ、取り消すことができない。

第744条（不適法な婚姻の取消し）《新司23-5》

- 1 第731条から第736条までの規定に違反した婚姻は、各当事者、その親族又は検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができる。ただし、検察官は、当事者の一方が死亡した後は、これを請求することができない。
- 2 第732条又は第733条の規定に違反した婚姻については、当事者の配偶者又は前配偶者も、その取消しを請求することができる。

第745条（不適齢者の婚姻の取消し）

- 1 第731条の規定に違反した婚姻は、不適齢者が適齢に達したときは、その取消しを請求することができない。
- 2 不適齢者は、適齢に達した後、なお3箇月間は、その婚姻の取消しを請求することができる。ただし、適齢に達した後に追認をしたときは、この限りでない。

第746条（再婚禁止期間内にした婚姻の取消し） ※平成28年改正

第733条の規定に違反した婚姻は、前婚の解消若しくは取消しの日から起算して100日を経過し、又は女が再婚後に出産したときは、その取消しを請求することができない。

第747条（詐欺又は強迫による婚姻の取消し）《新司24-33、予備24-14》

- 1 詐欺又は強迫によって婚姻をした者は、その婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができる。
- 2 前項の規定による取消権は、当事者が、詐欺を発見し、若しくは強迫を免れた後3箇月を経過し、又は追認をしたときは、消滅する。

第748条（婚姻の取消しの効力）《新司22-3》

- 1 婚姻の取消しは、将来に向かってのみその効力を生ずる。
- 2 婚姻の時にあってその取消しの原因があることを知らなかった当事者が、婚姻によって財産を得たときは、現に利益を受けている限度において、その返還をしなければならない。
- 3 婚姻の時にあってその取消しの原因があることを知っていた当事者は、婚姻によって得た利益の全部を返還しなければならない。この場合において、相手方が善意であったときは、これに対して損害を賠償する責任を負う。

第749条（離婚の規定の準用）

第728条第1項、第766条から第769条まで、第790条第1項ただし書並びに第819条第2項、第3項、第5項及び第6項の規定は、婚姻の取消しについて準用する。

※746条は、女性に係る再婚禁止期間を前婚の解消又は取消しの日から6箇月と定める民法の規定のうち100日を超える部分は憲法違反であるとの最高裁判所判決（最大判平27.12.16、百選III 5事件）があったことに鑑み、改正された（平成28年6月7日公布）。

一 婚姻の無効（742条）

1 無効原因

①婚姻意思の欠缺の場合（1号）と②婚姻届の欠缺の場合（2号）に限定される。もっとも、婚姻届を婚姻の成立要件と解することからすれば、届出の欠缺は無効を論ずるまでもなくそもそも婚姻不成立であるから、2号の存在意義はただし書にあるにすぎない。

2 性質

当然無効であり、無効を主張する訴訟は確認訴訟にすぎず、利害関係人は誰でも提起できる（最判昭34.7.3）。

3 効果

はじめから婚姻の効力は生ぜず、生まれた子は非嫡出子となる。

◎ 最判昭47.7.25 (百選Ⅲ3事件)

「事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知つてこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡つて有効となると解するのを相当とする。けだし、右追認により婚姻届出の意思の欠缺は補完され、また、追認に右の効力を認めることは当事者の意思にそい、実質的生活関係を重視する身分関係の本質に適合するばかりでなく、第三者は、右生活関係の存在と戸籍の記載に照らし、婚姻の有効を前提として行動するのが通常であるので、追認に右の効力を認めることによつて、その利益を害されるおそれ乏しいからである。」

《過去問チェック》

- 事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成して提出した場合において、当時兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在し、かつ、後に他方が届出の事実を知つてこれを追認したときは、その婚姻は追認時から将来に向かって効力を生ずる。(新司30-5)

☞ 誤り。最判昭47.7.25。判例は、「事実上の夫婦の一方が他方の意思に基づかないで婚姻届を作成提出した場合においても、当時右兩名に夫婦としての実質的生活関係が存在しており、後に右他方の配偶者が右届出の事実を知つてこれを追認したときは、右婚姻は追認によりその届出の当初に遡つて有効となる」としている。

二 婚姻の取消し (743条～749条)

- 1 婚姻意思を欠く場合を除き、婚姻届がある以上その婚姻は有効であり、限られた場合にのみ取消しが認められる (743条)。
- 2 取消原因

(図表) 婚姻の取消原因

取消原因 * 1, * 2	取消権の制限
(1)不適齢婚 (731条)	①適齢到達後は取り消せない (745条1項)。 ②ただし、本人には3か月の熟慮期間 (同条2項)
(2)重婚 (732条)	①前婚が離婚になった場合、重婚を解消するため後婚の取消しはできない。 ②後婚が離婚により解消した場合、重婚を理由とする後婚の取消しはできない (最判昭57.9.28, 百選Ⅲ4事件)。
(3)待婚期間内の婚姻 (733条1項)	①前婚の解消・取消しの日から起算して100日を経過した後は取り消せない (746条)。 ②再婚後に出産しても取り消せない (746条)。
(4)近親婚 (734条～736条)	なし
(5)詐欺・強迫による婚姻 (747条)	①詐欺の発見、又は強迫を免れてから3か月を経過した場合は取り消せない (747条2項)。 ②追認した場合も取り消せない (747条2項)。

* 1 (1)～(4)は公益的取消原因であり、(5)は私益的取消原因である。

* 2 未成年者の父母の同意 (737条1項) なき婚姻は、取消原因に当たらない (744条参照)。

3 取消しの方法

(1) 必ず訴えによる (744条)。

(2) 取消権者

① 公益的取消し (上記(1)～(4)) の場合には、各当事者・親族・検察官。ただし、当事者の一方の死亡後は検察官は取消しを請求できない (744条1項)。

② なお、重婚及び待婚期間内の婚姻については、当事者の配偶者、又は前配偶者もその取消しを請

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

求できる(744条2項)。

- ③ 詐欺・強迫を理由とする取消しは、私益的なものであるため、詐欺・強迫を受けた当事者にのみ取消権が認められる(747条1項)。

4 取消しの効果

- (1) 将来効である(748条1項)。そこで、婚姻が取り消されても婚姻中に生まれた子は嫡出子としての身分を失わない。

- (2) 離婚の規定の準用(749条)。

婚姻取消しの効果が将来効であり、離婚と類似することによる。①子の監護者の決定(766条)、②復氏(767条)、③財産分与(768条)などの規定が準用される。

- (3) 財産関係は原状回復を原則とする(748条2項、3項)。

財産的利益の復元は本条項によって図ることができるため、財産分与の規定の準用は疑問とされている。

《過去問チェック》

- 夫婦であるAとBの間に未成年の子Cがいる場合において、Cが18歳である場合には、Aが死亡し、その後にBの親権が停止されたときでも、Cは、Bの同意を得れば婚姻をすることができる。(新司28-30、予備28-14)
- ☞正しい。未成年の子が婚姻するには、父母の同意を得なければならないが(737条1項)、父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときは、他の一方の同意だけで足りる(737条2項後段)。
- 未成年者が婚姻をする場合に、未成年後見人があるときは、その同意を得なければならない。(新司26-1)
- ☞誤り。民法は、未成年者の婚姻に関し、未成年後見人の同意を必要とする旨の規定を設けていない。
- 婚姻の取消しに関する次のアからエまでの各記述のうち、誤っているものはどれか。(新司21-32改)
- ア. 未成年の子は、父母の同意がなければ婚姻することはできないから、父母は、同意のないことを理由に婚姻の取消しを請求することができる。
- イ. 婚姻適齢に達しない者がした婚姻でも、その者が婚姻適齢に達したときは、当該婚姻の取消しを請求することはできない。
- ウ. 再婚禁止期間内にした婚姻は、女が再婚後に出産したときは、取消しを請求することができない。
- エ. 検察官は、当事者双方が存命中は、婚姻適齢違反の婚姻の取消しを請求することができる。
- ☞ア誤り。父母の同意のない婚姻届が誤って受理された場合、取消事由とはされていない(743条参照)。
- イ正しい。婚姻適齢の規定(731条)に違反した婚姻は、不適齢者が適齢に達したときは、その取消しを請求することができないからである(745条1項)。
- ウ正しい。再婚禁止期間の規定(733条)に違反した婚姻は、女が再婚後に出産したときは、その取消しを請求できないからである(746条)。
- エ正しい。744条1項。
- A男とB女は婚姻届を提出して夫婦として暮らしている。婚姻届を出した時点でA男が満20歳に達しておらず、父母の同意がなかったとしても、A男の父母はこの婚姻の取消しを求めることはできない。(旧司16-27)
- A男とB女は婚姻届を提出して夫婦として暮らしている。婚姻届を出した時点でB女が満16歳に達していなかった場合、B女は、満16歳に達した後、なお3か月間は、この婚姻の取消しを求めることができる。(旧司16-27)
- る。

刑法 第5問	因果関係	R1 司法試験
--------	------	---------

刑法〔令和元年第5問（予備試験第7問）〕（配点：3）

次の各【見解】と後記の各【事例】を前提として、後記アからエまでの各【記述】を検討し、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。

【見解】

- A. 行為当時、客観的に存在した全ての事情及び行為後に生じた事情のうち一般人が予見できた事情を判断の基礎とし、その行為から結果が発生することが相当であると認められる場合に因果関係を肯定する。
- B. 一般人が認識・予見できたであろう事情及び行為者が認識・予見していた事情を判断の基礎とし、その行為から結果が発生することが相当であると認められる場合に因果関係を肯定する。
- C. 行為の危険性が結果へと現実化したといえる場合に因果関係を肯定する。行為の危険性は行為時に存在した全ての事情を基礎として判断する。

【事例】

- I. 甲は、乙の顔面を手拳で1回殴打した。その殴打は、それだけで一般に人を死亡させるほどの強さではなかったが、乙はもともと特殊な病気により脳組織が脆弱となっており、その1回の殴打で脳組織が崩壊し、その結果、乙が死亡した。
- II. 甲は、乙の首をナイフで突き刺し、直ちに治療しなければ数時間のうちに死亡するほどの出血を来す傷害を負わせた。乙は、直ちに病院で適切な医療処置を受け、一旦容体が安定したが、その後、医師の指示に従わず安静に努めなかったため、治療の効果が減殺され、前記傷害に基づき死亡した。
- III. 甲は、路上で乙の頭部を激しく殴打し、直ちに治療しなければ1日後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害を負わせ、倒れたまま動けない乙を残して立ち去った。そこへたまたま通り掛かった無関係の通行人が、乙の腹部を多数回蹴って、内臓を破裂させ、数時間後に乙は内臓破裂により死亡した。

【記述】

甲の行為と乙の死亡との間の因果関係については、

- ア. Iの事例で、行為当時、乙は特殊な病気により脳組織が脆弱となっていることを一般人は認識できず、甲も認識していなかった場合、A及びCの見解からは肯定され、Bの見解からは否定される。
- イ. Iの事例で、行為当時、乙は特殊な病気により脳組織が脆弱となっていることを一般人は認識できず、甲も認識していなかったが、甲はこれを認識できた場合、AからCまでのいずれの見解からも肯定される。
- ウ. IIの事例で、行為当時、乙が治療を受けた後、医師の指示に従わず安静に努めなくなることを一般人は予見できなかったが、甲は予見していた場合、Bの見解からは肯定され、A及びCの見解からは否定される。
- エ. IIIの事例で、行為当時、乙が通行人に蹴られることを一般人は予見できず、甲も予見していなかった場合、AからCまでのいずれの見解からも否定される。

刑法 第5問	因果関係	R1司法試験
--------	------	--------

正解 1, 2, 2, 1

肢別解答率(%)	ア	イ	ウ	エ
1	78	21	7	55
2	21	78	91	44

(全体正答率32%)

ア正しい。見解Aは、相当因果関係説における客観説である。客観説では、行為当時、客観的に存在した全ての事情及び行為後に生じた事情のうち一般人が予見できた事情が判断の基礎となる。乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっていたという事情は、行為当時に存在していた事情だから行為者ないし一般人が認識しえたか否かに関わらず判断の基礎となる。そして、乙の顔面を手拳で1回殴打する行為は、乙の脳組織が脆弱であれば脳組織が破壊されて死亡結果が発生することは異常な出来事ではないので、相当性は認められる。

よって、**見解Aにおいて、Iの事例で肢アの場合、因果関係は肯定される。**

見解Cは、いわゆる危険の現実化説である。危険の現実化説では、行為時に存在した全ての事情を判断の基礎とし、行為の危険が結果に現実化したかによって判断される。乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっているという事情も、行為時に存在した事情であるから、判断の基礎とできる。そして、脳組織が脆弱となっていた乙の顔面への殴打行為は、その危険性が非常に大きいから、これが乙の死亡結果に実現したといえる。

よって、**見解Cにおいても、Iの事例で肢アの場合、因果関係は肯定される。**

見解Bは、相当因果関係説における折衷説である。折衷説では、一般人が認識・予見できたであろう事情及び行為者が認識・予見していた事情を判断の基礎とするところ、行為当時、乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっていることを一般人は認識できず、甲も認識していなかった。そうすると、乙の脳組織が脆弱となっていたという事情は、判断の基礎とすることはできない。

よって、**見解Bにおいて、Iの事例で肢アの場合、因果関係は否定される。**

したがって、本記述は正しい。

イ誤り。本記述は、Bの見解からも因果関係が肯定されるとしている点で、誤っている。

見解Aは、相当因果関係説における客観説である。客観説では、行為当時、客観的に存在した全ての事情及び行為後に生じた事情のうち一般人が予見できた事情が判断の基礎となるから、乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっていたという事情を判断の基礎とできる。

よって、**見解Aにおいて、Iの事例で肢イの場合、因果関係は肯定される。**

見解Bは、相当因果関係説における折衷説である。折衷説では、一般人が認識・予見できたであろう事情及び行為者が認識・予見していた事情を判断の基礎とす

るところ、行為当時、乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっていることを一般人は認識できず、甲も認識していなかった。そうすると、乙の脳組織が脆弱となっていたという事情は、判断の基礎とすることはできない。

よって、**見解B**において、**Iの事例で肢イの場合、因果関係は否定される。**

見解Cは、いわゆる危険の現実化説である。危険の現実化説では、行為時に存在した全ての事情を判断の基礎とし、行為の危険が結果に現実化したかによって判断される。行為当時、乙が特殊な病気により脳組織が脆弱となっているという事情は、行為時に存在した事情であるから、判断の基礎とできる。そして、脳組織が脆弱となっていた乙の顔面への殴打行為は、その危険性が非常に大きいから、これが乙の死亡結果に実現したといえる。

よって、**見解C**において、**Iの事例で肢イの場合、因果関係は肯定される。**

ウ誤り。本記述は、A及びCの見解からは因果関係が否定されるとしている点で、誤っている。

見解Aは、相当因果関係説における客観説である。客観説では、行為当時、客観的に存在した全ての事情及び行為後に生じた事情のうち一般人が予見できた事情が判断の基礎となる。行為当時存在していた全ての事情が判断の基礎となるから、乙の首をナイフで突き刺し、直ちに治療しなければ数時間のうちに死亡するほどの出血を来す傷害を負わせたという事情は、判断の基礎となる。行為後に生じた乙が医師の指示に従わず安静に努めなかった行為は、一般人が予見できた事情ではないから、判断の基礎とならない。そして、乙は上記傷害に基づき死亡している。

よって、**見解A**において、**IIの事例で肢ウの場合、因果関係は肯定される。**

見解Bは、相当因果関係説における折衷説である。折衷説では、一般人が認識・予見できたであろう事情及び行為者が認識・予見していた事情を判断の基礎とする。乙の首をナイフで突き刺し、直ちに治療しなければ数時間のうちに死亡するほどの出血を来す傷害を負わせたという事情は、一般人が認識できたし行為者も認識していた事情だから判断の基礎となる。また、行為後に生じた乙が医師の指示に従わず安静に努めなかった行為は、行為者甲が予見していた以上、判断の基礎となる。もっとも、乙の適切な治療を受けないという不作為があったとしても、上記の重篤な傷害行為により死亡しているから相当因果関係は認められる。

よって、**見解B**において、**IIの事例で肢ウの場合、因果関係は肯定される。**

見解Cは、いわゆる危険の現実化説である。危険の現実化説では、行為時に存在したすべての事情を判断の基礎とし、行為の危険が結果に現実化したかによって判断される。事例IIにおいては、乙が治療を受けた後、医師の指示に従わず安静に努めなかったという介在事情がある。もっとも、介在した被害者の不適切な行為が治療を受けないという不作為であったため、介在事情の結果に対する寄与が否定され、当初の傷害行為に認められる危険が医師の治療により妨げられることなく、死の結果へと現実化したと見ることができる。

よって、**見解C**において、**IIの事例で肢ウの場合、因果関係は肯定される。**

エ正しい。見解Aは、相当因果関係説における客観説である。客観説では、行為当時、客観的に存在した全ての事情及び行為後に生じた事情のうち一般人が予見できた事情

が判断の基礎となる。行為当時、客観的に存在したすべての事情が判断の基礎となるから、甲が乙の頭部を激しく殴打し、直ちに治療しなければ1日後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害を負わせ、倒れたまま動けない乙を残して立ち去ったという事情は、判断の基礎となる。行為後に生じたそこへたまたま通りかかった無関係の通行人が、乙の腹部を多数回蹴って、内臓を破裂させた行為は、一般人が予見できた事情ではないから、判断の基礎とならない。そうすると、甲が乙の頭部を殴打した行為から乙が内臓破裂により死亡したという結果が発生することは社会観念上相当とでは認められない。

よって、**見解A**において、**Ⅲの事例で肢工の場合、因果関係は否定される。**

見解Bは、相当因果関係説における折衷説である。折衷説では、一般人が認識・予見できたであろう事情及び行為者が認識・予見していた事情を判断の基礎とする。甲が乙の頭部を激しく殴打し、直ちに治療しなければ1日後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害を負わせ、倒れたまま動けない乙を残して立ち去ったという事情は、一般人が認識できたし行為者も認識していた事情であるから判断の基礎となる。行為後に生じたそこへたまたま通りかかった無関係の通行人が、乙の腹部を多数回蹴って、内臓を破裂させた行為は、一般人が予見できた事情ではなく、甲も予見していなかったのであるから、判断の基礎とならない。そうすると、甲が乙の頭部を殴打した行為から乙が内臓破裂により死亡したという結果が発生することは社会観念上相当とでは認められない。

よって、**見解B**において、**Ⅲの事例で肢工の場合、因果関係は否定される。**

見解Cは、いわゆる危険の現実化説である。危険の現実化説では、行為時に存在した全ての事情を判断の基礎とし、行為の危険が結果に現実化したかによって判断される。危険の現実化説によれば、行為時の事情が判断の基礎となるから、甲が乙の頭部を激しく殴打し、直ちに治療しなければ1日後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害を負わせ、倒れたまま動けない乙を残して立ち去ったという事情は、判断の基礎となる。また、行為後の事情も判断の基礎となるから、甲の行為後にそこへたまたま通りかかった無関係の通行人が、乙の腹部を多数回蹴って、内臓を破裂させ、数時間後に乙は内臓破裂により死亡したという事情も、判断の基礎となる。

事例Ⅲにおいては、乙の内臓破裂による死亡は、甲が乙暴行を加えそのまま乙を放置した場所にたまたま通りかかった無関係の通行人の行為によって生じているところ、甲の行為の危険は脳出血を伴う傷害にあり、乙の内臓破裂の死因を形成させるものではないから、甲の行為の中に含まれている危険が結果の中に実現したと評価することはできない。

よって、**見解C**において、**Ⅲの事例で肢工の場合、因果関係は否定される。**

したがって、本記述は正しい。

【短答合格FILEから抜粋】

【因果関係】

一 因果関係の意義と機能

- 1 因果関係とは、実行行為と結果との間にある一定の原因と結果との関係をいう。
- 2 実行行為が認められない限り、因果関係は問題にならない。例えば、雷がよく落ちる場所へ人を連れていったところ、たまたま落雷が発生し、その人が感電死したという場合、人を連れていく行為は殺人罪（199条）の実行行為に当たらないので、因果関係は問題にされない。
- 3 結果が発生しなければ、因果関係は問題にならない。それゆえ、結果発生が構成要件とされない挙動犯（ex. 偽証罪（169条））については、実行行為がなされれば構成要件該当性が認められるため因果関係は問題にされず、因果関係は特に結果犯について問題となる（危険犯、未遂犯についても問題になり得る）。
- 4 構成要件によっては、因果関係が、特に一定の経路をたどることを要求されているものもある。例えば、詐欺罪（246条1項）は、①詐欺行為、②錯誤、③処分行為、④財物取得が因果関係によって客観的に結合していることが要求される。
- 5 結果犯において、実行行為と結果との間の因果関係が欠けるときは、犯罪は未遂罪の成否が問題となるのみである。
- 6 刑法上の因果関係は、自然的因果関係とも民法上の因果関係とも異なり、発生した結果を構成要件的结果として実行行為に帰属させるための要件であり、その機能は、社会通念上、偶然に発生したとみられる結果を刑法的評価から除外し、処罰の適正を図る点に求められる。

※ 因果関係不要論

因果関係については、行為と結果との間の事実関係が認められれば、あとは、いかなる範囲の結果について行為者に責任を負わせることができるかという責任の問題として解決すれば足りるから、因果関係論のような独特の理論は不要であるとする見解をいう。

しかし、因果関係は、発生した結果についての違法性・責任の前提であり、社会通念上、当該行為からその結果が発生することが一般的にあり得るかという一般的・類型的な構成要件該当性の問題である。また、結果犯の構成要件は、一定の類型的結果についてのみ実行行為に帰責させることを定めておりと解されるから、結果犯の構成要件該当性を判断するに当たって、因果関係の存否の問題を欠くことは許されない（通説）。なお、このように主観的帰責たる責任と、客観的帰責たる因果関係を区別して扱うことは、必ずしも、後述の客観的帰責論を採用するものではない。

二 因果関係の理論

因果関係をどのように判断するかの問題である。

1 ☆（論点）条件関係のみで、因果関係を判断するべきか

A説 条件説

「あれなければこれなし」という条件関係があれば、刑法上の因果関係を認める。

〔理由〕① 条件関係の判断は客観的・事実的であって、評価が入らないから、その結論は明確であり、かつ、一義的である。

② 無限に広がる条件関係も故意・過失で限定すればよい。

〔批判〕① 条件関係を厳密にたどっていくと、論理的には無限に近く広がっていつてしまう可能性がある。

②（理由の②に対して）故意の内容通りの結果が発生したが、それに至る経過が異常な場合（ex. 殺そうとしてけがをさせ、病院に運ばれたところ、病院が地震により倒壊し、死亡した場合）には、行為者に酷な結果となり得る。

※ 因果関係の中断論

条件説に立つ限り、批判の②に対応できないとして、因果の過程で自然的事象や他人の故意行為が介入した場合、そこで因果関係が中断され、刑法的因果関係がないとする理論をいう。しかし、条件関係が存在するのに刑法上の因果関係がないとするのは条件説の放棄であるとの批判が向けられている。

※ 原因説

条件説に立脚しつつも、因果関係の不当な拡大を防止する必要から、結果に対する諸条件の中から何らかの基準によって原因となるべきものを摘示し、この原因と結果との間にだけ刑法上の因果関係を認めようとする見解である。しかし、犯罪の結果に向けられた多くの条件の中から一つの条件だけを取り出してこれを原因とすることは極めて困難であるとの批判が向けられている。

B説 相当因果関係説

条件関係の存在を前提に、社会生活上の経験に照らしてその行為からその結果の生ずることが一般的であり、相当である場合に刑法上の因果関係を認める。

[理由] 刑法における因果関係は、条件関係だけでは足りず、いかなる結果につき刑法的評価を加えて処罰するのが適切かという見地からこれを限定すべきであり、構成要件は当罰的行為を社会通念に基づいて類型化したものであるから、条件関係が認められる結果のうち、行為者に帰属せしめるのが社会通念上相当と認められる結果だけを選び出し、このような結果についてのみ行為者に帰属せしめるのが妥当である。

C説 危険の現実化(山口)

「行為の危険性が結果へと現実化したか」(危険の現実化)を基準として、因果関係の判断を行うとする。

すなわち、行為者の行為からどのような危険が生じ得るかを考え、その上で、現実生じた事態が、その中に含まれていたといえる場合に、因果関係を肯定する。

[理由] 実行行為に認められる構成要件の結果を惹起する客観的な危険性が、実際に構成要件の結果へと現実化したことが、実行行為による構成要件の結果惹起の過程にはかならない。また、実行行為に構成要件の結果惹起の客観的危険性を要求することにより、実行行為を限定するという理解にも符合する。

※ 客観的帰責論(町野)

条件関係の公式は因果関係の有無を明らかにできず、因果関係の問題と帰責の問題とを区別すべきで、刑法上重要なものは客観的に帰責可能な結果であるとして、行為が法的に許されない危険を生じさせ、その危険が構成要件に該当する結果において実現した場合に客観的帰責が可能であるとする見解をいう。しかし、危険の増加という概念は実行行為に当たる行為をしたかどうかの問題であり、客観的帰責というべき問題とは異なるとの批判が向けられている。

2 ☆ (論点) 相当性判断の基礎事情に何を取り込むか

相当因果関係説(1のB説)に従うとしても、相当性をいかに判断するかによって、更に見解が分かれる。

A説 主観説

行為者が行為時に認識した事情、及び認識し得た事情を基礎とする。

[批判] ① 行為者が認識・予見し得なかった事情については、一般人が認識・予見し得た事情でも判断の基礎とできないので、この場合にも因果関係が否定されることになり、経験則上、偶然的な結果でないものまで判断から除外してしまう点で判断の基礎事情として狭すぎる。

② 因果関係が行為と結果との間の客観的帰責を問題とする以上、行為者の認識していた事情と行為者の認識し得た事情という行為者の主観面を基礎事情とすることは因果関係と責任とを混同するものである。

B説 客観説

行為時に存在した全事情と、一般人にとって行為当時に予見可能な行為後の事情を基礎とする。

[理由] 因果関係は客観的帰責の問題であるから、客観的にとらえられるべきである。

- [批判] ① 行為の際に、一般人も認識し得ず、行為者も知らなかった事情を取り込むと、實際上、条件説と結論に大差なく、因果関係を限定しようとの相当因果関係説の本来の趣旨を逸脱する。
- ② 行為時に存在した事情はすべて基礎事情に含めるのに対し、行為後の事情は一般人にとって予見可能なもののみを組み入れるが、両者を区別する理論的根拠に欠ける。

C説 折衷説

行為時に一般人が知り得た事情及び行為者が特に知っていた事情を基礎とする。

[理由] ① A説（主観説）への [批判] ①。

- ② 因果関係は行為者にとって偶然的なものを帰責の範囲から除外するために必要なものであり、また、構成要件は、責任類型として責任非難の前提ともなるので、行為当時に行為者が認識した特別の事情も基礎とすべきである。

[批判] ① 行為者の認識していた事情を組み入れることは主観説と同様、責任の問題と因果関係の問題とを混同している。

- ② 甲はXが血友病であることを知り、乙はそれを知らなかった場合、甲がXを殺す意思で、乙を教唆してXを傷害させたところ、Xが出血が止まらないで死亡したといった共犯の場合、一般人がXの血友病を知り得なかったとして、甲には因果関係が肯定され、乙には否定されることになるが、人によって因果関係があつたりなかつたりするのは奇妙である。

[反論] 刑法は、社会通念上偶然とはいえない結果について行為者に責任を問い、一般予防及び特別予防の効果を目指すものであるから、一般人にとって偶然であっても、行為者にとって必然であるものについては因果関係を認めるべきであり、人によって因果関係の有無が異なるのは当然である（後述「三2 相当性が認められること」参照）。

(図表) 相当性判断の基礎事情

	判断の基礎事情
A説 主観説	行為の当時の本人の認識及び認識可能性
B説 客観説	行為時の客観的全事情及び一般人が行為当時に認識可能な行為後の事情
C説 折衷説	行為の当時の一般人の認識可能性及び本人の認識

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

(図表) 具体的事例における各説のあてはめ

ex. Xが血友病患者Yに切りつけたところ、Yは切り傷を負うにとどまったが、出血が止まらず、失血死した場合

	基礎事情として取り込む事情			相当因果関係の有無
	客観的事情	行為時にXは、Yが血友病であることを	一般人は、Yが血友病であることを	
A説主観説	Yが、血友病患者であったこと	知っていた		あり
		知らなかった	知り得た	
			知り得なかった	
B説客観説	Yが、血友病患者であったこと			あり
C説折衷説	Yが、血友病患者であったこと	知っていた		あり
		知らなかった	知り得た	
			知り得た ※①	知り得なかった
	知り得なかった			

※① 折衷説は、本人の認識可能性を問題にしないことに注意。

※ 本事例は、後述の広義の相当性の問題である（「三2(3) 広義の相当性」参照）。

3 判例

(1) 判例は基本的に条件説に従っていると、学説上、評価されていた。

◎ 大判昭3.4.6

いやしくも基本たる犯罪行為と重い結果との間に、もし前者なければ後者なしとの関係があるときに、基本たる犯罪行為がその重い結果に対し直接の原因をなすと否とにかかわらず、結果的加重犯が成立することになると解すべきである。

◎ 最判昭46.6.17（百選I 8事件）《新司19-12》

被告人は、強盗の目的で被害者Aの胸倉をつかんでおおむけに倒し、左手で頸部を絞めつけ、右手で口部を押さえ、更にその顔面を夏布団でおおい、鼻口部を圧迫するなどして、Aの反抗を抑圧したうえ、A所有の現金を強取し、その際前記暴行により鼻口部閉塞に基づく窒息により即時死にいたらしめたという事案で、Aの死因は、被告人の暴行によって誘発された急性心臓死であり、致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因又は直接の原因であることを要するものではなく、たまたまAの身体に高度の病変があったため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合でも、右暴行による致死の罪の成立を妨げないと解すべきことは判例の示すところであるから、たとえ、被告人の本件暴行が、Aの重篤な心臓疾患という特殊の事情さえなかったならば致死の結果を生じなかったであろうと認められ、しかも、被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかったものとしても、その暴行がその特殊事情とあいまって致死の結果を生じしめたものと認められる以上、その暴行と致死の結果との間に因果関係を認める余地がある。

(2) しかし、最高裁判例の中にも相当因果関係説を採用していると解される例もある。

◎ 最決昭42.10.24 (百選 I 9 事件) 《新司19-12》

被告人が友人を助手席に同乗させて自動車を運転中、誤って自車を被害者の乗っていた自転車に衝突させ被害者を自車の屋根の上に跳ね上げて失神させたまま、その事実を知らずに運転を続けていたところ、屋根の上の被害者に気づいた同乗者が、その身体を引きずり降ろして道路上に転落させ、被害者が頭部の打撲に基づく脳出血などによって死亡するに至ったという事案において、このように同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者を逆さまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというようなことは、経験上、普通、予想できることではなく、ことに本件においては、被害者の死因となった頭部の傷害が最初の被告人の自動車の衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであって、このような場合に被告人の過失行為から被害者の死の結果が発生することがわれわれの経験則上予想できることは到底いえない。

※ この判例は、後述の狭義の相当性の問題を含んでいる（「三2(4) 狭義の相当性」参照）。

- (3) このようにして、判例は基本的には条件説に従っていると解されていたが、(2)の最高裁判例なども考慮すると、判例の態度は一つの学説で特徴付けることは困難であると解される。

三 因果関係の判断方法

1 条件関係があること

- (1) 刑法において因果関係があるというためには、その実行行為がなければ、その結果は発生しなかったであろうという条件関係、「あれなければ、これなし」の関係が認められなければならない。条件関係の存否の判断は、①結果は常に具体的に考慮し、②行為は結果発生のための一条件であれば足り、③条件関係の確定に当たっては常に現実に作用した事情のみから出発し、単に可能又は蓋然的な事情を付加してはならない。

(2) 択一的競合

択一的競合とは、複数の独立した行為が競合してある結果を発生させた場合において、それらの行為のいずれもが単独で同じ結果を発生させることができた場合をいう。例えば、甲乙二人が、意思の連絡なく、それぞれ丙の食物に致死量の毒を混入し、丙がそれを食べて死亡した場合などである。

- ① この場合に、双方の毒が効果を発揮して丙が死亡した場合、両者の投与した毒が相互に影響しあって単独によるよりも死期を早めたような場合には、具体的な甲の死亡について、甲乙いずれかの行為を除けば、その時点では死の結果は発生しなかったのであるから、条件関係は認められる。
- ② 問題は、単独でも、それぞれ、その結果を生じさせたと考えられるが、いずれの毒が効果を発生させたか不明の場合である。すなわち、甲、乙両名ともに、致死量の毒を盛り、丙が、甲単独の場合あるいは乙単独の場合と同じ時刻に死亡したというケースである。

☆ (論点) 択一的競合において、いずれの毒が効果を発生させたか不明の場合、条件関係は認められるか

A説 否定説

甲の行為がなくても丙は死亡しているし、乙の行為がなくても丙は死亡しており、条件関係は認められない。

[理由] 条件関係の公式には、修正を加えるべきでない。

[批判] 独立して人を殺害することができる行為をしているのに、両者とも殺人未遂とするのは常識に反する。

B説 肯定説

条件関係の公式を修正し、複数の行為を全体として取り除けば結果が発生しなかったという関係が認められるとき、いずれの行為にも条件関係が肯定できる。

[理由] ① 実行行為に予定されている結果が発生しているのに、その点の責任を実行行為者に問えないのは不合理である。

② 重疊的因果関係の場合に比べ、より危険な行為をしていながら、未遂にとどまるの

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

は不均衡である。

※ B説に従って、「条件関係」が肯定できるとしても、相当因果関係説に従うならば、必ずしも、刑法上の「因果関係」が認められるわけではないことに注意。

(3) 重疊的因果関係

重疊的因果関係とは、二つ以上の互いに独立して行われた行為が、単独では結果を惹き起こし得ないが、重複することによって、初めて結果を惹き起こした場合をいう。例えば、甲乙兩名が、意思の連絡なしに、それぞれ殺意をもって致死量に達しない毒薬を丙の食物の中に混入したが、それらが重複することによって、致死量に達し、丙が死亡したような場合である。甲乙の各行為には条件関係は認められるが、偶然に重疊した場合には、通常、相当因果関係が否定される。なお、甲乙に意思の連絡があった場合には、甲乙は殺人罪（199条）の共同正犯（60条）として、条件関係も相当因果関係も肯定される。

(4) 仮定的因果経過

仮定的因果経過とは、現実にある行為から結果が発生しているが、仮にその行為がなかったとしても、別の事情によって同一の結果が発生した場合をいう。例えば、甲が自動車を運転中、泥酔して道路上で寝ていた丙をはねて死亡させたが、もし甲の自動車が丙をはねなければ、丙は対向して走ってきた乙の自動車にひかれて死亡した場合などをいう。

この場合にも、条件関係が肯定できるかについては争いがあるが、現に甲の自動車をはねたことによって丙が死亡したのである以上、現実化していない条件を付け加えるべきではなく、条件関係は認められる（大塚・大谷・前田）（四 不真正不作為犯の因果関係参照）。

(5) 因果関係の断絶

因果関係の断絶とは、同一の結果に向けられた先行条件が効果を発生しないうちに、それと無関係な後の別個の条件によって結果が発生させられたために、前の行為と結果との条件関係が切断される場合（条件関係自体が切れてしまう場合）をいう。例えば、甲が丙を殺そうと毒薬を盛ったところ、毒が効き始める前に甲と無関係の乙が丙をピストルで射殺したような場合である。

「因果関係の断絶」は行為と結果との間に条件関係すら認められない点で、条件説が主張する「因果関係の中断」と異なる。

〔図表〕条件関係の存否が問題となる場合

	具体例	条件関係の存否
択一的競合	甲 → 致死量の毒薬 → 丙 ← 致死量の毒薬 ← 乙	甲乙共に条件関係あり
重疊的因果関係	甲 → 致死量に満たない毒薬 → 丙 ← 致死量に満たない毒薬 ← 乙	甲乙共に条件関係あり (ただし、相当因果関係否定の場合あり)
仮定的因果経過	甲 → 自動車ではねた → 丙 ← 甲の後に通過 ← 乙	甲には条件関係肯定
因果関係の断絶	甲 → 毒薬 → 丙 ← 毒が効く前に射殺 ← 乙	甲には条件関係否定 乙には条件関係肯定

《過去問チェック》

- Aは、BがVに致死量に満たない毒入りのコーヒーを渡したのを知って、Vを殺害しようと考え、Bの知らない間に、Bの入れた毒と併せて致死量となる量の毒をそのコーヒーに入れ、その後、Vがそのコーヒーを飲んで死亡した。この場合、Aには殺人既遂罪の単独正犯が成立する。（新司26-7）

☞正しい。A、Bの各行為は単独では結果を発生し得ないが、2つ以上重疊して結果を発生させているため、各行

為につき条件関係が認められる。よって、Aには殺人既遂罪の単独正犯が成立する。

2 相当性が認められること

- (1) 刑法上の因果関係は、相当因果関係説に従う限り、条件関係の存在を前提に、相当性が認められることが必要となる。その相当性については、前述のように、いかなる事情を基礎に判断するか争いがある（二 因果関係の理論2参照）。

また、相当性の内容についても争いがあるが、経験則上通常であることを意味すると考えられる（大谷・大塚）。（他に、①全く偶然的なものを排除する趣旨と解する見解、②行為の射程外にあるものを排除する趣旨と解する見解などがある。）

- (2) 因果関係の相対性

例えば、Xは甲が血友病であることを知りつつ、そのことを知らないYに甲に対する傷害を教唆し、それに基づきYが甲に切りつけ甲が異常な出血により死亡したような場合、折衷説のように行為者の認識の有無が因果関係の存否に影響を与えるとすると、Yの行為と甲の死の結果との間には因果関係はないが、Xの行為と甲の死の間には因果関係があるという結論は妥当か否かという問題がある。

一般人にとって、甲が血友病であることを知り得なかった（認識可能性がない）場合、前述のように（二 因果関係の理論 2 相当性判断の基礎事情に何を取り込むか（図表）具体的事例における各説のあてはめ参照）、B説（客観説）からは、Yの行為と甲の死の結果との間にも因果関係が認められるが、C説（折衷説）からはYの行為と甲の死の結果との間には因果関係が認められず、一方Xの行為と甲の死の結果との間には因果関係が認められる。

B説 客観説→X Y共に相当因果関係が認められる。

C説 折衷説→Xには相当因果関係が認められるが、Yには認められない。

そこで、B説（客観説）は、C説（折衷説）に対し、人によって因果関係があつたりなかつたりするという結論は奇妙であると批判する。

しかし、折衷説の立場からは、Xは甲が血友病であつたことを知っていたのであるからXにとって甲の死は偶然の事情ではないが、Yは知らなかったのであるから、Yにとって甲の死は偶然の事情であるといえる。そうであるならば、このように両者の取扱いが異なることはむしろ当然であるといえたと説明される。

- (3) 広義の相当性

相当因果関係の相当性の判断は二つある。広義の相当性と後述(4)の狭義の相当性である。

広義の相当性とは、行為時における結果発生の可能性（結果発生蓋然性）がどれほどか判断する問題をいう。そこでは、特に行為時に被害者に特殊事情がある場合（ex. 被害者が脳梅毒である場合など）の処理が問題となっている（二 因果関係の理論 2 相当性判断の基礎事情に何を取り込むか（図表）具体的事例における各説のあてはめ参照）。

- (4) 狭義の相当性

① 狭義の相当性とは、行為後に特殊な事情が介在した場合に、その介在事情がどれだけ突飛か（相当でないか）、すなわち、因果経過の異常性がどれほどか判断する問題をいう。

② 狭義の相当性においては、その判断基準が問題になる。

A説 前田説

ア 行為の有する結果発生の確率の大小（広義の相当性）

イ 介在事情の異常性の程度

ウ 介在事情の結果発生への寄与度

を総合考慮して判断する。

〔批判〕 この三つの判断は実質的な相関関係であつて、類型的・定型的に判断すべき構成要件該当性の問題である因果関係の判断においては妥当でないといわれる。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

B説 相当因果関係説の折衷説からのアプローチ

行為後に生じたところに対しても、行為時において一般人及び行為者の予測し又は予測し得たところを基礎に相当性を判断する。

③ 第三者の行為などの介在

- (a) 第三者の故意・過失行為、自然災害などが介在した場合、それが行為の時点では通常予測できない事情であれば、相当因果関係説からは因果関係が否定される。
- (b) 第三者の過失行為が介在したケースとして次の判例がある。

◎ 最決平18.3.27 (百選 I 11事件) 《新司23-2》

道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁したところ、同車に後方から走行してきた自動車を追突して被害者が死亡した、という事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる。」とした。

- (c) 第三者の故意行為が介在したケースとして次の判例がある。

◎ 最決平2.11.20 (百選 I 10事件)

Xは、被害者Zを多数回殴打するなどの暴行を加えた結果、Zを意識喪失状態に陥らせた後、港の資材置場までZを運搬し、そこに放置して立ち去ったところ、うつぶせの状態であったZはその生存中何者かによって、頭部を殴打され、それによって、死期が早まった。かかる事案につき、判例は、犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができるとして、Xに傷害致死罪の成立を認めた。

④ 被害者の行為が介在した場合

被害者の行為が介在した場合にも、社会生活上の経験則に照らし、その行為からその結果が生ずることはあり得るといえるのであれば、相当性を認めてよい。

※ 一般論として、前田教授は、被害者の行為の介在の場合は第三者の行為の介在の場合に比べ、相当性が認められやすいことを指摘される。

◎ 大判大12.7.14

被告人は全治2週間の傷害を被害者に負わせたが、被害者はある宗教の信者であり、傷口に「神水」を塗布したため、丹毒症を併発し全治4週間の傷害を負わせた場合、因果関係が肯定される。

◎ 最決昭63.5.11

医師資格のない柔道整復師が、風邪気味の被害者に治療を頼まれた際、熱を上げ、汗を流し、水分を控える等の指示を出したところ、被害者がこの指示に忠実に従ったため、病状が悪化の一途をたどり、当初37度前後であった体温が42度にも昇ってけいれんを起こすなどし、その時点で初めて医師の手当てを受けたものの死亡した事案で、「医師の診療行為を受けることなく」被告人たる柔道整復師のみ依存した被害者側にも落ち度があったとしつつも、柔道整復師の指示と被害者の死亡との間には因果関係があるとした。

上記判例は因果関係を肯定する理由として、「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していた」と指摘しており、この指摘につき、永井調査官は最高裁判所判例解説刑事篇昭和63年度P.274で「被告人の行為の危険性がそのまま現実化した場合であることを判示する趣旨であることは、十分うかがいすることができる

のではないかと思われる」としている。

*** 危険の現実化としての因果関係**

現在、学説では、因果関係の判断枠組みについて「行為の危険性が結果へと現実化したか」（いわゆる「危険の現実化」）という判断枠組みを採用する見解が有力である。判例（例えば、最決平22.10.26）においても「危険性が現実化した」という言葉を使用するようになってきている。判例は因果関係の判断において危険の現実化の判断枠組みを用いて判断しているとされている。

このような判断枠組みを用いる際には、まず①実行行為に内在している危険性の内容を明らかにして、②それが現実の因果経過及び結果惹起によって実現されていると評価できるかを検証するプロセスを経ることになる。

まず、①の判断においては、実行行為の危険性を判断するに際して、危険性の判断資料をどのように設定するかという問題（判断基底論）が生ずることになる。よって、例えば、行為の危険性を判断するに際して、危険性の判断資料として折衷説（折衷的相当因果関係説の判断基底と同じもの）を採用することも論理的にはあり得る。「危険の現実化」説の代表的論者である山口教授は、その著書「刑法」第3版（平成27年、有斐閣、p.33）中で、行為の危険性は行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断する、としている。いずれにせよ、①のプロセスを検証するに際しては、どのような事情を基礎に、どのような基準で行為の危険性を判断するかという点を意識する必要がある、この点では、相当因果関係説の判断基底論と同様の問題が生ずる。

次に、②のプロセスをどのように判断するかについては、様々な考え方があり得るところであるが、この点については、直接的な実現類型と間接的な実現類型に類型化して考えるのが理解しやすいと思われる。

すなわち、前者は、実行行為が結果惹起について決定的な影響を及ぼしている場合であり、介入事情の性質を検討するまでもなく、危険の現実化が認められるような場合である。

判例におけるこのような類型の代表例としては、大阪南港事件（最決平2.11.20）や患者不養生事件（最決平16.2.17）があげられる。こうした事案では、介入事情との関連性は特に問題にされていないと思われる。行為者が設定した危険が、結果に直接実現したと評価できるくらいに大きいために介入事情を無視してもよいと考えられるからであろう。

そして、後者は、実行行為の危険性が介入事情を経由して間接的に結果が生じる場合である。判例におけるこのような事案の代表例は、高速道路侵入事件（最決平15.7.16）やトランク監禁事件（最決平18.3.27、百選I11事件）が挙げられる。

このような類型では、実行行為の危険性の内容として、実行行為が介入事情を引き起こす可能性が含まれており、実行行為の危険性が介入事情を介して間接的に結果に実現していると評価できる場合に因果関係を肯定することができる。そして、この場合、介入事情の類型毎に判例を読むことで、その判断構造を理解することができると思われる。

いずれにしても、「危険の現実化」によって因果関係を判断するに際しては、単に「行為の危険性が結果へと現実化した」と抽象的に論ずるのではなく、行為によってどのような危険が設定され、それがどのようなプロセスを経て実現したと評価できるのかを具体的に検討することが肝要である。

◎ 最決平15.7.16（百選I13事件）《新司19-12》

「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執拗な暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認めら

れ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができるから、被告人らの暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定した原判決は、正当として是認することができる。」

◎ 最決平16. 2. 17 (重判平16刑法1事件)《新司19-12, 23-2》

「Xらの行為により被害者の受けた…傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であって、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、…被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらなかったという事情が介在していたとしても、Xらの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係があるというべきであり、本件において傷害致死罪の成立を認めた原判決は、正当である。」

◎ 最決平16. 10. 19 (重判平16刑法2事件)《新司23-2》

「Aに文句を言い謝罪させるため、夜明け前の暗い高速道路の第3通行帯上に自車及びA車を停止させたというXの本件過失行為は、それ自体において後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有していたというべきである。そして、本件事故は、Xの上記過失行為の後、Aが、自らエンジンキーをズボンのポケットに入れたことを失念し周囲を捜すなどして、X車が本件現場を走り去ってから7、8分後まで、危険な本件現場に自車を停止させ続けたことなど、少なからぬ他人の行動等が介在して発生したものであるが、それらはXの上記過失行為及びこれと密接に関連してされた一連の暴行等に誘発されたものであったといえる。そうすると、Xの過失行為と被害者らの死傷との間には因果関係があるというべきである。」

◎ 最決平4. 12. 17 (百選 I 12事件)

「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に適切した措置を講ずることができないおそれがあつた被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び被害者に適切を欠く行為があつたことは否定できないが、それは被告人の右行為から誘発されたものであつて、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである。」

⑤ 行為者の行為が介在した場合

(a) 実行行為と結果との間に行為者の行為が介在した場合、例えば、Xが甲を殺そうとしてひもで首を絞めたところ(第一行為)、甲が動かなくなったので死亡したものと誤信し、犯行の発覚を防止しようと甲を海岸まで運び放置したため(第二行為)、甲が砂を吸い込んで窒息死したような場合である(大判大12. 4. 30, 百選 I 15事件の事案とほぼ同じ、そこでは因果関係を肯定している)。

(b) ウェーバーの概括的故意の問題(遅すぎた構成要件実現)(「【具体的事実の錯誤】二 因果関係の錯誤 3 ウェーバーの概括的故意」参照)

行為者が、第一の行為により既に結果が発生したものと誤信し、続いて第二の行為を行ったところ、第二の行為により結果が発生したような場合のことをいう。例えば、上記の例のような場合である。

処理手順

① 第一行為と第二行為を一個の実行行為と認定できるかを検討する。

ア 一個の実行行為と認定できる場合には、故意が認められれば、その罪の既遂が成立することになる。

イ 一個の実行行為と認定できない場合には、第一行為と、第二行為により生じた結果に因果関係が認められるかを検討することになる。

- ② 第一行為と第二行為を一個の実行行為と認定した場合の処理については、行為者の認識していた因果経過と実際に生じた因果経過に齟齬が生じているので、因果関係の錯誤の問題となる（この場合の処理について諸説存在する）。
- ※ ①イのように、一個の実行行為と認定できなかった場合の処理も（a）第一行為の故意犯の未遂と、第二行為の過失犯の成立を認める立場や、（b）第二行為は一連の犯罪行為の一部に過ぎず、最初に予見した事実を結局は実現したので第一行為の既遂を認める立場等、諸説ある。（c）その他、行為者の行為の介入が問題となった事例として、次の判例がある。

◎ 最決昭53.3.22（百選 I 14事件）

熊を狩猟するためにAとともに山中に入った被告人は、熊と間違えてAに猟銃を発射した（第一行為）。Aを熊と間違えて撃ったことに気付いた被告人は、Aが瀕死の状態であると考え、山中2人のみで目撃者はいないことから、Aを早く楽にさせたいと、その場から逃走しようと決意し、至近距離からAに発砲した（第二行為）。第一行為によってAは10数分以内に死亡する瀕死の重傷を負っており、第二行為がなくても間もなく死亡していたが、第二行為によってAの死期は早められた。

最高裁は、「本件業務上過失傷害罪と殺人罪とは責任条件を異にする関係上併合罪の関係にあるものと解すべきである、とした原審の罪数判断は、その理由に首肯しえないところがあるが、結論においては正当である」と判示した。

四 不真正不作為犯の因果関係

- 1 不真正不作為犯は、作為の形式で規定されている構成要件を不作為によって実現する犯罪類型である。これは、不作為を内容とする結果犯であるので、その因果関係のとらえ方が問題になる。なお、真正不作為犯については、不作為それ自体が処罰対象であるから、単純挙動犯であり、因果関係は問題にならない（「一 因果関係の意義と機能」参照）。
- 2 まず、不作為とは、一定の作為をしないことを意味するので、「無から有は生じない」以上、不作為それ自体には原因力は認められず、したがって、不作為と結果発生との間に因果関係は存在しないのではないかと問題となる。しかし、通説はこれを肯定する（「【不作為犯】二 不真正不作為犯の問題点 3 因果関係」参照）。
- 3 不真正不作為犯の条件関係

次に、不真正不作為犯の場合、条件関係の確定が問題になる。作為犯の場合の条件関係は「その行為がなかったならば、その結果は発生しなかったであろう」という条件関係の公式によって条件関係の存否が確定される。これに対して、不真正不作為犯の場合は、「一定の作為がなされていたならば、その結果は阻止できたであろう」というように、仮定的判断を取り入れ、条件関係の公式に修正を加えて、不真正不作為犯の条件関係を確定することになる。仮定的判断が入り込むこと、「期待された行為」の内容は規範的であって、作為犯の条件関係よりも曖昧な面があることに注意する必要がある。

◎ 最決平元.12.15（百選 I 4事件）《新司19-12》

被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤のため錯乱状態に陥った午前0時半頃の時点において、直ちに救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時13年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、同女の救命は十中八、九可能であり、合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然ホテル客室に放置した行為（不作為）と午前2時15分頃から同4時までの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には因果関係が認められる。

◎ 最決平24.2.8（重判平24刑法1事件）

【事案の概要】

本件は、平成14年に発生した三菱自動車工業株式会社（三菱自工）製トラックの左前輪タイヤが、フロントホイールハブ（大型車両の車軸と前輪のタイヤホイール等を結合するための部品）の破損により脱落し、歩道上にいた母子ら3人に衝突して1名を死亡させるなどした事故（本件事故）に関し、その約2年半前に発生していた類似事故（中国JRバス事故）事案の処理にあたり、三菱自工で品質保証業務を担当していた品質保証部門の部長ないしグループ長であった被告人兩名が、三菱自工製の同種ハブには強度不足のおそれがあり、本件事故のような死傷事故の発生を予見できたにもかかわらず、同種ハブを装備した車両につきリコール等の実施のために必要な社内措置を採らず、本件事故を発生させたとして、業務上過失致死傷罪に問われた事案である。

【決定要旨】

①予見可能性について

ハブが重要保安部品であり、走行中に輪切り破損するという事故が発生すること自体が想定外のことであるにもかかわらず、類似事故事案の処理の時点で7年余りの間に16件という数の輪切り破損事故が発生していたことなどに照らすと、その時点でハブの強度不足のおそれが客観的に認められる状況にあったことは明らかである。品質保証部門の担当グループ長や部長であった被告人らも、そのことは十分認識していたと認められ、ハブの輪切り破損による人身事故の発生につき被告人らの予見可能性を認めることができる。

②結果回避義務について

強度不足のおそれの強さや、予測される事故の重大性、多発性に加え、その当時、三菱自工が、ハブの輪切り破損事故の情報を秘匿情報として取り扱い、事故関係の情報を一手に把握していたことをも踏まえると、三菱自工でリコール等の改善措置に関する業務を担当する者においては、リコール制度に関する道路運送車両法の関係規定に照らし、ハブを装備した車両につきリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採ることが要請されていただけでなく、刑事法上も、そのような措置を採り、強度不足に起因するハブの輪切り破損事故の更なる発生を防止すべき注意義務があったと解される。被告人らにはリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採るべき業務上の注意義務があった。

③結果回避可能性、因果関係について

中国JRバス事故事案の処理の時点において、被告人兩名が上記注意義務を尽くすことによってハブにつきリコールを実施するなどの改善措置が講じられるなどしていれば、本件事故車両につき、ハブの輪切り破損事故それ自体を防ぐことができたか、あるいは、輪切り破損事故が起こったとしても、その時期は本件事故とは異なるものになったといえ、結果回避可能性を肯定し得る。

しかし、被告人兩名に課される注意義務は、あくまで強度不足に起因するハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務である。ハブに強度不足があったとはいえず、本件事故がハブの強度不足に起因するとは認められないというのであれば、本件事故は、被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものとはいえないから、被告人兩名の上記義務違反と本件事故との間の因果関係を認めることはできない。

もっとも、本件証拠上認められるハブの輪切り破損事故の発生状況や、本件事故車両の整備状況等に照らせば、ハブには設計又は製作の過程で強度不足の欠陥があったと認定でき、本件事故も、本件事故車両の使用者側の問題のみによって発生したのではなく、ハブの強度不足に起因して生じたものと認めることができる。そうすると、本件事故は、ハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の間に因果関係を認めることができる。

《過去問チェック》

- 甲が乙に公園で暴行をはたらき、大けがを負わせて逃走したところ、その直後にたまたま通りかかった丙が、乙に対する日頃の恨みを晴らすため、乙を公園の池へ投げ込み溺死させた事案において、行為時に存在したすべての事情及び一般人が予見可能な行為後の事情を基礎として判断する見解によると、甲の行為と乙の死亡との間の因果関係が否定される。（旧司10-45）
- 甲が乙を殺害する目的で、2時間後に効果が現れる毒薬を乙に飲ませたところ、乙は間もなくこれに気づいて病院に向かったが、途中で落雷にあつて死亡した事案において、行為時に行為者が認識し又は認識し得た事情を基礎として判断する見解によると、甲の行為と乙の死亡との間の因果関係が否定される。（旧司10-45）
- 次の【事例】及び【判旨】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものはどれか。（新司26-5、予備26-9）

【事例】

スキューバダイビングの潜水指導者である被告人は、夜間、指導補助者としての経験が極めて浅く夜間潜水の経験も数回の指導補助者と、潜水経験に乏しく技術が未熟で夜間潜水の経験のない受講生を連れて、夜間潜水の講習指導を開始した。被告人は、指導補助者及び受講生と共に潜水を開始し、途中、魚を捕えて受講生に見せた後、再び移動を開始したが、その際、指導補助者と受講生がそのまま自分に付いてくるものと考え、指導補助者に特別の指示を与えることなく、後方を確認しないまま前進した。この間、指導補助者と受講生は、魚の動きに気をとられて被告人の移動に気付かず、海流によって沖に流された。これにより、被告人は指導補助者と受講生を見失い、他方、指導補助者は被告人を探して沖に向かって数十メートル水中移動を行い、受講生もこれに追従した。指導補助者は、受講生の圧縮空気タンク内の空気量が少なくなっていることを確認して一旦海上に浮上したものの、風波のため水面移動が困難であると判断し、受講生に再び水中移動を指示した。これに従った受講生は、自分の空気量を確認しないまま水中移動を続けたため、途中で空気を使い果たしてしまい、パニック状態に陥り、自ら適切な措置を採ることができないまま、でき死するに至った。

【判旨】

被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者からの適切な指示、誘導がなければ事態に適応した措置を講ずることができないおそれがあった受講生をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つものであり、被告人を見失った後の指導補助者及び受講生に適切を欠く行動があったことは否定できないが、それは被告人の上記行為から誘発されたものであって、被告人の行為と受講生の死亡との間の因果関係を肯定するに妨げないというべきである。

【記述】

1. 【判旨】は、行為時に一般人が認識・予見が可能であった事情及び行為者が特に認識・予見していた事情を考慮して因果関係の有無を判断する見解に立つことを示している。
 2. 【判旨】は、被告人の行為と結果発生との間の因果関係の有無を判断するに際し、その間に介在した被害者である受講生の行動と被告人の行為との関係を考慮していない。
 3. 【判旨】は、被告人の行為の危険性が結果へと現実化したか否かによって、被告人の行為と結果発生との間の因果関係の有無を判断したものと理解することができる。
 4. 【判旨】は、被告人の行為と結果発生との間に条件関係が認められれば、因果関係を肯定することを示している。
 5. 【判旨】は、被告人の行為が結果発生危険性を有するものである場合には、第三者である指導補助者の適切を欠くどのような行為が介在したとしても、その行為は被告人の行為により誘発されたことになっている。
- ☞ 1 誤り。本記述における見解は、相当因果関係説の中の折衷説である。しかし、【判旨】は、このような基準に従って因果関係の有無を判断するとは示していない。
- 2 誤り。【判旨】は、被害者たる受講生の適切を欠く行動は、被告人が受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れて同人らを見失うに至った行為から誘発されたものであるとしている。よって、【判旨】は、被告人の行為と結果発生との間の因果関係の有無を判断するに際し、その間に介在した被害者である受講生の行動と被告人の行為との関係を考慮している。
- 3 正しい。【判旨】は、被害者の不適切な行動が被告人の行為から誘発されたものであり因果関係を肯定するに妨げないとしていることから、これは行為者の行為から予測可能な範囲内のことであり、行為者の行為に被害者の不適切な行為を生じさせる危険性を認めることができ、被告人の行為の危険性が結果へと現実化したものと理解することが可能である。
- 4 誤り。【判旨】は、介在した被害者の不適切な行動が被告人の行為に誘発されたものと認定した上で、因果関係の肯定を妨げないとしていることから、条件関係のみで因果関係を肯定することを示したのではない。
- 5 誤り。【判旨】は、本件事情の下において、指導補助者の適切を欠く行為が被告人の行為から誘発されたものと認定しているが、適切を欠くどのような行為が介在したとしてもその行為は被告人の行為により誘発されたことになるとまではしていない。
- 不真正不作為犯の因果関係が認められるためには、期待された作為をしていれば結果が発生しなかったことが、合理的な疑いをを超える程度に確実であったことが必要である。(新司27-1)
- ☞ 正しい。最決平元. 12. 15 (百選 I 4事件)。
- 次のアからオまでの各事例を判例の立場に従って検討し、()内の甲の行為とVの死亡との間に因果関係が認められる場合には1を、認められない場合には2を選びなさい。(新司27-3)
- ア. 甲は、自宅に遊びに来た友人Vの態度に腹を立て、その頭部を平手で1回殴打したところ、Vが家から出て

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

行ったので、謝りながらVを追い掛けた。Vは、甲が謝りながら追い掛けてきたことに気付いたが、甲と話をしたくなかったので、甲に追い付かれないように、あえて遮断機が下りていた踏切に入ったところ、列車にひかれ、内臓破裂により死亡した。(甲がVの頭部を平手で1回殴打した行為)

イ. 甲は、マンション4階の甲方居間で、Vの頭部や腹部を木刀で多数回殴打した。Vは、このままでは殺されると思い、甲の隙を見て逃走することを決意し、窓からすぐ隣のマンションのベランダに飛び移ろうとしたが、これに失敗して転落し、脳挫滅により死亡した。(甲がVの頭部や腹部を木刀で多数回殴打した行為)

ウ. 甲は、Vに致死量の毒薬を飲ませたが、その毒薬が効く前に、Vは、事情を知らない乙に出刃包丁で腹部を刺されて失血死した。(甲がVに致死量の毒薬を飲ませた行為)

エ. 甲は、路上でVの頭部を木刀で多数回殴打し、これにより直ちに治療しなければ数時間後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害をVに負わせ、倒れたまま動けないVを残して立ち去った。そこへ、たまたま通り掛かった事情を知らない乙が、Vの頭部を1回蹴り付け、Vは、当初の脳出血が悪化し、死期が若干早まって死亡した。(甲がVの頭部を木刀で多数回殴打した行為)

オ. 甲は、面識のないVが電車内で酔って絡んできたため、Vの顔を拳で1回殴打したところ、もともとVは特殊な病気により脳の組織が脆弱となっており、その1回の殴打で脳の組織が崩壊し、その結果Vが死亡した。(甲がVの顔を拳で1回殴打した行為)

☞ア認められない。最決平15. 7. 16 (百選 I 13事件)。判例は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができる」としている。この判例の立場に従って検討すると、本記述において、被害者Vが、あえて遮断機が下りていた踏切に入った行為は、それ自体極めて危険な行為である。しかし、甲のVに対する暴行は、頭部を平手で一回殴打したというものにすぎず、その後、甲は謝りながらVを追い掛けていたのであり、甲のVに対する暴行が継続していたわけではない。そうすると、Vは甲から、長時間激しくかつ執ような暴行を受けていたとはいえない。また、Vが踏切に入ったのは、甲と話をしたくなかったという個人的な感情に基づく理由からであり、甲に対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさに選択した行動とはいえない。そうすると、Vの行動は、甲の暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったといえ、Vが遮断機が下りていた踏切に入って死亡したのは、甲のVの頭部を平手で一回殴打した行為に起因するものと評価することはできない。

イ認められる。最決平15. 7. 16 (百選 I 13事件)。判例は、「被害者が逃走しようとして高速道路に進入したことは、それ自体極めて危険な行為であるというほかないが、被害者は、被告人らから長時間激しくかつ執ような暴行を受け、被告人らに対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められ、その行動が、被告人らの暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえない。そうすると、被害者が高速道路に進入して死亡したのは、被告人らの暴行に起因するものと評価することができる」としている。この判例の立場に従って検討すると、本記述において、被害者Vが、窓からすぐ隣のマンションのベランダに飛び移ろうとする行為は、それ自体極めて危険な行為である。もっとも、甲はVの頭部や腹部を木刀で多数回殴打しており、犯行現場がマンション4階の甲方居間という密室であったことも考慮すると、Vは甲から長時間激しくかつ執拗な暴行を受けていた、または受ける可能性が極めて高かったといえる。さらに、Vは、このままでは殺されると思い、甲の隙を見て逃走することを決意して行為に及んだのであるから、甲に対し極度の恐怖感を抱き、必死に逃走を図る過程で、とっさにそのような行動を選択したものと認められる。そうすると、Vの行動は、甲の暴行から逃れる方法として、著しく不自然、不相当であったとはいえず、Vが隣のマンションのベランダに飛び移ろうとして、失敗して死亡したことは、甲のVの頭部や腹部を木刀で多数回殴打した行為に起因するものと評価することができる。

ウ認められない。実行行為と構成要件の結果との間に因果関係が認められるためには、少なくとも、実行行為によって構成要件の結果が惹起されたという条件関係が必要である。そのため、同一の結果に向けられた先行行為がその効果を発揮する以前に、それと無関係な後行行為(条件)によって結果が発生した場合には条件関係が断絶され、因果関係は認められない。本記述では、甲がVに致死量の毒薬を飲ませているが、その毒薬が効く前に、これと無関係な乙がVを出刃包丁で腹部を刺すという行為によって、Vが失血死するという結果が発生しており、条件関係が断絶されている。

エ認められる。最決平2. 11. 20 (百選 I 10事件)。判例は、本記述と同様の事案において、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ」としている。

この判例の立場に従って検討すると、本記述では、甲がVの頭部を木刀で多数回殴打して立ち去った後に、たまたま通り掛かった事情を知らない乙がVの頭部を1回蹴り付け、Vが死亡している。乙の暴行により死期が若干早まっているものの、甲による暴行は、直ちに治療しなければ数時間後には死亡するほどの脳出血を伴う傷害をVに負わせるものであり、かかる脳出血が悪化してVは死亡している。そうすると、甲の暴行により死因となった傷害が形成されているから、乙の暴行によりVの死期が若干早められたとしても、甲のVの頭部を木刀で多数回殴打した行為とV死亡との間に因果関係を肯定することができる。

オ認められる。最判昭25.3.31。判例は、本記述と同様の事案において、「被告人の行為が被害者の脳梅毒による脳の高度の病的変化という特殊の事情さえなかつたらば致死の結果を生じなかつたであろうと認められる場合で被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らずまた予測もできなかつたとしてもその行為がその特殊事情と相まって致死の結果を生ぜしめたときはその行為と結果との間に因果関係を認めることができるのである。」と判示している。この判例の立場に従って検討すると、本記述では、甲がVの顔面を拳で1回殴打したところ、もともとVは特殊な病気により脳の組織が脆弱となっていたために、その1回の殴打で脳の組織が崩壊し、その結果Vは死亡している。通常は顔面を拳で1回殴打したぐらいで死亡することはないと考えられ、特殊な病気により脳の組織が脆弱となっていなければ、Vの死亡結果は生じなかつたと認められる場合である。そうすると、甲の殴打行為とVの特殊事情が相まって死亡結果を生ぜしめたといえ、甲のVの顔面を拳で1回殴打した行為とVの死亡結果との間に因果関係を認めることができる。

□ 因果関係に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。(新司28-5、予備28-7)

1. 甲が、殺害目的でVの首を両手で絞め、失神してぐったりとしたVを死んだものと誤解し、死体を隠すつもりでVを雪山に運んで放置したところ、Vは意識を回復しないまま凍死した。甲がVの首を両手で絞めた行為とVの死亡との間には、因果関係がない。
2. 甲が、心臓発作を起こしやすい持病を持ったVを突き飛ばして尻餅をつくように路上に転倒させたところ、Vはその転倒のショックで心臓発作を起こして死亡した。Vにその持病があることを甲が知り得なかつた場合でも、甲がVを突き飛ばして路上に転倒させた行為とVの死亡の間には、因果関係がある。
3. 甲は、Vの頸部を包丁で刺し、Vは、同刺創に基づく血液循環障害による脳機能障害により死亡した。その死亡するまでの経過は、Vは、受傷後、病院で緊急手術を受けて一命をとりとめ、引き続き安静な状態で治療を継続すれば数週間で退院することが可能であったものの、安静にすることなく病室内を歩き回ったため治療の効果が上がらず、同脳機能障害により死亡したというものであった。この場合でも、甲がVの頸部を包丁で刺した行為とVの死亡の間には、因果関係がある。
4. 甲は、深夜、市街地にある道幅の狭い車道上に無灯火のまま駐車していた普通乗用自動車の後部トランクにVを閉じ込めて監禁したが、数分後、たまたま普通乗用自動車を通り掛かった乙が居眠り運転をして同車を甲の普通乗用自動車の後部トランクに衝突させ、Vは全身打撲の傷害を負い死亡した。甲がVをトランクに監禁した行為とVの死亡の間には、因果関係がない。
5. 甲は、ホテルの一室で未成年者Vに求められてその腕に覚せい剤を注射したところ、その場でVが錯乱状態に陥った。甲は、覚せい剤を注射した事実の発覚を恐れ、そのままVを放置して逃走し、Vは覚せい剤中毒により死亡した。Vが錯乱状態に陥った時点で甲がVに適切な治療を受けさせることによりVを救命できた可能性が僅かでもあれば、甲がVを放置した行為とVの死亡の間には、因果関係がある。

☞ 1 誤り。大判大12.4.30(百選I15事件、因果関係の錯誤)。判例は、行為者が殺害目的で被害者の頸部を締めつけた後、死んだものと誤信し、犯行の発覚を防ぐ目的で海岸砂上に運び、放置したところ、頸部絞扼と砂末吸引により死亡した事案において、行為者の死体遺棄行為は因果関係を遮断するものではないとしている。

2 正しい。最判昭46.6.17(百選I8事件、結果的加重犯と因果関係)。判例は、本記述と類似の事案において、「致死の原因たる暴行は、必ずしもそれが死亡の唯一の原因または直接の原因であることを要するものではなく、たまたま被害者の身体に高度の病変があつたため、これとあいまって死亡の結果を生じた場合であっても、右暴行による致死の罪を妨げない」としている。さらに、このことは、「被告人が行為当時その特殊事情のあることを知らず、また、致死の結果を予見することもできなかつたものとしても」妥当するとしている。

3 正しい。最決平16.2.17。判例は、本記述と同様の事案において、「傷害は、それ自体死亡の結果をもたらし得る身体の損傷であつて、仮に被害者の死亡の結果発生までの間に、…被害者が医師の指示に従わず安静に努めなかつたために治療の効果が上がらなかつたという事情が介在していたとしても、被告人らの暴行による傷害と被害者の死亡との間には因果関係がある」としている。

4 誤り。最決平18.3.27(百選I11事件、第三者の行為の介在と因果関係(3))。判例は、本記述と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」としている。

5 誤り。最決平元. 12. 15 (百選 I 4事件, 不作為の因果関係)。判例は、本記述と同様の事案において、「被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ごろの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、…十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる」として、因果関係を肯定している。このように、結果回避が合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる場合に因果関係を肯定できるのであるから、結果回避可能性が僅かしかない場合には、因果関係を肯定することができない。

- 甲が、Vの胸部、腹部及び腰部を殴打したり足蹴りしたりする暴行を加えたところ、それに耐えかねたVは、その場から逃走した際、逃げることに必死の余り、過って路上に転倒し、縁石に頭部を打ち付けたことによって、くも膜下出血により死亡した。この場合、甲の暴行とVの死亡との間には、因果関係がある。(予備29-1)

☞正しい。最決昭59. 7. 6。判例は、本記述と同様の事案において、「本件被害者の死因となつたくも膜下出血の原因である頭部擦過打撲傷が、たとえ、被告人及び共犯者二名による足蹴りの暴行耐えかねた被害者が逃走しようとして池に落ち込み、露出した岩石に頭部を打ちつけたため生じたものであるとしても、被告人ら三名の右暴行と被害者の右受傷に基づく死亡との間に因果関係を認めるのを相当とした原判決の判断は、正当である」として因果関係を肯定している。

- 甲は、自動車を運転中、過って同車をVに衝突させてVを同車の屋根に跳ね上げ、その意識を喪失させたが、Vに気付かないまま同車の運転を続けるうち、同車の助手席に同乗していた乙がVに気付き、走行中の同車の屋根からVを引きずり降ろして路上に転落させた。Vは、頭部打撲傷に基づくくも膜下出血により死亡したところ、同傷害は、自動車と衝突した際に生じたものか、路上に転落した際に生じたものかは不明であった。この場合、甲の衝突行為とVの死亡との間には、因果関係がある。(予備29-1)

☞誤り。最決昭42. 10. 24 (百選 I 9事件, 米兵ひき逃げ事件—第三者の行為の介在と因果関係)。判例は、本記述と同様の事案において、因果関係を否定している。その理由として、判例は、「同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときことは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、ことに、本件においては、被害者の死因となつた頭部の傷害が最初の被告人の自動車との衝突の際に生じたものか、同乗者が被害者を自動車の屋根から引きずり降ろし路上に転落させた際に生じたものか確定しがたいというのであつて、このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない」ということを挙げている。

- 甲は、狩猟仲間のVを熊と誤認して猟銃弾を1発発射し、Vの大腿部に命中させて大量出血を伴う重傷を負わせた直後、自らの誤射に気付き、苦悶するVを殺害して逃走しようとして決意し、更に至近距離からVを目掛けて猟銃弾を1発発射し、Vの胸部に命中させてVを失血により即死させた。Vの大腿部の銃創は放置すると十数分で死亡する程度のものである一方、胸部の銃創はそれ単独で放置すると半日から1日で死亡する程度のものであった。この場合、甲の2発目の発射行為とVの死亡との間には、因果関係がない。(予備29-1)

☞誤り。最決昭53. 3. 22 (百選 I 14事件, 熊撃ち事件—行為者の行為の介在と因果関係)。判例は、本記述と同様の事案において、「本件業務上過失傷害罪と殺人罪とは責任条件を異にする関係上併合罪の関係にあるものと解すべきである、とした原審の罪数判断は、その理由に首肯しえないところがあるが、結論においては正当である」とし、第1行為(1発目の発射行為)については業務上過失致死罪ではなく業務上過失致死傷害罪の成立を認め、第2行為(2発目の発射行為)については殺人罪の成立を認めている。この判例に対しては、第1行為(1発目の発射行為)については死亡結果との因果関係を肯定し、死の二重結果を避けるため業務上過失傷害罪にとどめたとする理解、又は死亡結果との因果関係を否定して業務上過失傷害罪としたとする理解の双方が成り立ち得る。しかし、第2行為(2発目の発射行為)については殺人罪の成立を肯定しているから、死亡との因果関係を肯定していると解していることが明らかである。

- 次の【見解】に従って後記の【事例】及び各【記述】を検討した場合、【事例】よりも逮捕監禁行為と死亡との間の因果関係を肯定する判断に結び付きやすいものは、後記1から5までの各【記述】のうちどれか。(新司30-19)

【見 解】

因果関係の存否は、行為の危険性が結果に現実化したものと評価できるかどうかで判断すべきであり、その評価に当たっては、介入事情の異常性と結果への寄与度を考慮すべきである。

【事 例】

Aは、普通乗用自動車(以下「A車」という。)後部のトランク内にVを押し込み、トランクカバーを閉めて脱出不能にしA車を発進走行させた後、市街地の路上で停車させた。A車の停車場所は、片側1車線のほぼ直線の道路上であった。A車が停車して数分後、後方からXが運転する普通乗用自動車(以下「X車」という。)が走行し

てきたが、Xは前方不注意（脇見運転）のため、A車の後部に真後ろからX車を追突させた。これによって同トランク内に閉じ込められていたVは傷害を負い、救助が得られないまま同傷害により死亡した。

【記述】

1. 上記【事例】において、仮に、A車の駐車場所が片側3車線道路の道路端に設けられた路上駐車場であった場合
2. 上記【事例】において、仮に、Aが、A車後部のトランク内にVを押し込み、トランクカバーを開める際に同カバーをVに強く打ち付ける暴行を加えてVに重度の傷害を負わせ、その結果、X車の追突時にはVが既に瀕死状態に陥っており、X車の追突により同傷害が悪化してVの死期が幾分早まった場合
3. 上記【事例】において、仮に、Vが、X車の追突直後、通行人の通報により臨場した救急車で病院へ搬送されたが、同病院の医師の重大な医療過誤により死亡した場合
4. 上記【事例】において、仮に、Xが、A車後部のトランク内にVが閉じ込められていることを知っており、Vを殺害する目的で、あえてX車をA車に追突させた場合
5. 上記【事例】において、仮に、駐車中のA車にX車が追突せず、飛行中のヘリコプターが墜落してA車に衝突し、これによってVが傷害を負って死亡した場合

☞ まず、本問の【見解】は、刑法上の因果関係の存否の判断における、いわゆる危険の現実化説である。危険の現実化説は、条件関係の存在を前提に、行為の危険が結果に現実化したときに刑法上の因果関係を認める見解である。

次に、本問の【事例】は、最決平18.3.27（百選I11事件、第三者の行為の介在と因果関係）を題材としたものである。判例は、本記述と同様の事案において、「被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」としている。

- 1 因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。本記述の場合、本問の【事例】と比較して、追突を避けることは可能かつ容易であったといえる。そうだとすれば、X車がA車に追突したという介在事情は、より稀な出来事といえるから、介在事情の異常性はより大きく、逮捕監禁行為と死亡との間に因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。
- 2 因果関係を肯定する判断に結び付きやすい。最決平2.11.20（百選I10事件、第三者の行為の介在と因果関係）。判例は、本記述と同様、第三者により加えられた暴行によって死期が早められた事案において、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる」として、犯人の行為と被害者の死亡結果との間に因果関係を認めている。そうであるとすれば、本記述の場合、本問の【事例】と比較して、X車がA車に追突したという介在事情の結果への寄与度は小さく、逮捕監禁行為と死亡との間に因果関係を肯定する判断に結び付きやすいといえる。
- 3 因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。本記述の場合、本問の【事例】と比較して、介在事情の異常性がより大きいといえる。また、Vは直接には搬送された病院の医師の重大な医療過誤により死亡しており、重大な医療過誤という介在事情の結果への寄与度は大きいといえる。
- 4 因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。本記述の場合、本問の【事例】と比較して、介在事情の異常性がより大きく、逮捕監禁行為と死亡との間に因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。
- 5 因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。本記述の場合、X車がA車に追突した本問の【事例】と比較して、より稀な出来事といえ、介在事情の異常性がより大きいといえる。また、飛行中のヘリコプターが墜落してA車に衝突したことによって、Vは傷害を負って死亡している。そのため、飛行中のヘリコプターが墜落してA車に衝突したという介在事情の結果への寄与度は大きく、逮捕監禁行為と死亡との間に因果関係を肯定する判断に結び付きにくい。

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

【MEMO】

刑法 第13問	窃盗罪の実行の着手時期	R1 司法試験
---------	-------------	---------

刑法〔令和元年第13問（予備試験第11問）〕（配点：2）

学生A、B及びCは、次の【事例】における窃盗罪の実行の着手時期について、後記【会話】のとおり議論している。【会話】中の①から⑥までの（ ）内から適切なものを選んだ場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。

【事例】

甲は、X宅のタンスに宝石が保管されていることを知ったため、その宝石を窃取する目的で、X宅に玄関から侵入し、宝石が保管されているタンスの在りかを探し始めて、それが置かれていた居間に立ち入ろうとしたところ、居間から出てきたXと鉢合わせとなり、取り押さえられた。

【会話】

学生A. 私は、甲がX宅に侵入した時点で窃盗罪の実行の着手を認めてよいと思います。この時点で、①（a. 犯意の飛躍的表動があった・b. 法益侵害の危険が飛躍的に高まった）といえるからです。

学生B. A君は、犯罪を行為者の危険な性格の発現であると考えているのですね。私は、実行の着手の「実行」とは構成要件該当行為のことで、「着手」とはそれを開始することだと解するので、【事例】では、窃盗罪の実行の着手は、②（c. 認められない・d. 居間に立ち入ろうとした時点で認められる）と考えます。

学生A. B君の見解に対しては、実行の着手時期が③（e. 不明確になる・f. 遅くなり過ぎる）との批判がありますね。

学生C. 私は、実行の着手時期とは、未遂犯の成立時期のことであるので、未遂犯の処罰根拠に遡り、実質的に考えることが必要だと思います。そのため、窃盗罪の実行の着手時期は、④（g. 占有侵害の現実的危険性が発生した・h. 窃取行為と密接に関連する行為を開始した）時点だと解するので、【事例】では、窃盗罪の実行の着手は、⑤（i. 認められない・j. X宅内でタンスの在りかを探し始めた時点で認められる）と考えます。この点、B君の見解を修正し、実行の着手時期を⑥（k. 占有侵害の現実的危険性が発生した・l. 窃取行為と密接に関連する行為を開始した）時点とする見解もありますが、この見解に対しては、形式面を重視すると言いながら、結局、実質的な観点を取り入れているとの批判があります。

1. ①a ⑥k 2. ②c ④h 3. ②d ⑤i 4. ③f ⑥l 5. ④g ⑤j

刑法 第13問	窃盗罪の実行の着手時期	R 1 司法試験
---------	-------------	----------

正解 4

	1	2	3	4	5
肢別解答率(%)	8	7	4	58	21

【完成文】

学生A. 私は、甲がX宅に侵入した時点で窃盗罪の実行の着手を認めてよいと思います。この時点で、①（a. 犯意の飛躍的表動があった）といえるからです。

学生B. A君は、犯罪を行為者の危険な性格の発現であると考えているのですね。私は、実行の着手の「実行」とは構成要件該当行為のことで、「着手」とはそれを開始することだと解するので、【事例】では、窃盗罪の実行の着手は、②（c. 認められない）と考えます。

学生A. B君の見解に対しては、実行の着手時期が③（f. 遅くなり過ぎる）との批判がありますね。

学生C. 私は、実行の着手時期とは、未遂犯の成立時期のことであるので、未遂犯の処罰根拠に遡り、実質的に考えることが必要だと思います。そのため、窃盗罪の実行の着手時期は、④（g. 占有侵害の現実的危険性が発生した）時点だと解するので、【事例】では、窃盗罪の実行の着手は、⑤（i. 認められない）と考えます。この点、B君の見解を修正し、実行の着手時期を⑥（l. 窃取行為と密接に関連する行為を開始した）時点とする見解もありますが、この見解に対しては、形式面を重視すると言いながら、結局、実質的な観点を取り入れているとの批判があります。

（ ）には、順に「①a ②c ③f ④g ⑤i ⑥l」が入り、正解は肢4となる。

①について

学生Aは、【事例】の甲が、X宅に侵入した時点で窃盗罪の実行の着手を認めてよいと発言している。宝石は、X宅のタンスの中に保管されているのだから、甲がX宅に侵入しただけでは窃盗罪の法益侵害の危険、すなわち占有移転の危険性は生じていない。

よって、①には、「b. 法益侵害の危険が飛躍的に高まった」は入らない。

また、直後に学生Bは、「A君は、犯罪を行為者の危険な性格の発現であると考えているのですね」と発言している。犯罪を行為者の危険な性格の発現と考えるのは、主観説の立場である。

したがって、①には、「a. 犯意の飛躍的表動があった」が入る。

②について

学生Bは、「私は、実行の着手の『実行』とは構成要件該当行為のことで、『着手』とはそれを開始することだ」と発言している。これは、形式的客観説の立場である。

形式的客観説の立場からすると、窃盗罪の実行行為は、他人の財物を窃取すること、すなわち占有者の意思に反して財物の占有を移転させることをいうのだから、占有移転の開始が窃盗罪の実行の着手ということになる。

【事例】だと、宝石に手を伸ばした行為が、これに当たる。

よって、宝石が保管されているタンスが置かれている居間に立ち入ろうとした時点では、実行の着手は認められない。

したがって、②には、「c. 認められない」が入る。

③について

学生Bの見解、すなわち形式的客観説は、形式的な実行行為の概念に着目して実行の着手を定義する見解である。これによると、形式的な実行行為概念を基軸とすることにより、実行の着手の有無を比較的明確に判断し得るというメリットがある。

よって、実行の着手時期が「e. 不明確になる」との批判は妥当しない。

また、形式的客観説に対しては、実行の着手の有無の判断が硬直的になり、実行の着手時期が遅くなりすぎるとの批判がある。例えば、【事案】においては、上述のように宝石に手を伸ばした行為が実行の着手となるが、それ以前の物色行為が実行の着手でないとすると、家中を物色して歩いても窃盗未遂罪（刑法243条・235条）が成立しないこととなり、窃盗予備は不可罰であることから、このような帰結は妥当でないと批判されているのである。

したがって、③には、「f. 遅くなり過ぎる」が入る。

④について

学生Cは、「実行の着手時期とは、未遂犯の成立時期のことであるので、未遂犯の処罰根拠に遡り、実質的に考えることが必要だ」と発言している。未遂犯の処罰根拠とは、結果発生危険性である。よって、学生Cの立場は、実質的客観説、すなわち、結果発生危険性のある行為を開始することを実行の着手だと考える見解である。

したがって、④には、「g. 占有侵害の現実的危険性が発生した」が入る。

⑤について

⑤は、学生Cの見解すなわち実質的客観説の立場から、【事例】において、窃盗罪の実行の着手、すなわち占有侵害の現実的危険性が認められる時期を問うものである。【事例】では、甲は宝石がタンスの中に保管されていることを知っていたものの、タンスの在りかは知らなかった。そうすると、たとえタンスが居間に置かれていたとしても、居間に立ち入ろうとした時点では、未だ占有侵害の現実的危険性は生じていないといえる。

したがって、⑤には、「i. 認められない」が入る。

⑥について

⑥には、学生Bの見解、すなわち形式的客観説を修正し、かつ、「形式面を重視すると言いながら、結局、実質的な観点を取り入れている」と批判し得る見解からの実行の着手時期に関する語句が入る。

kの窃盗罪の実行の着手時期を「占有侵害の現実的危険性が発生した」時点とする見解は、実質的客観説そのものであり、形式的客観説を修正している見解とはいえない。

他方、lの窃盗罪の実行の着手時期を「窃取行為と密接に関連する行為を開始した」時点とする見解は、「窃取行為」という形式的に構成要件に該当する行為を実行の着手時期とする形式的客観説に対して、密接に関連する行為という実質的な観点を取り入れてこの説を修正している見解といえる。

したがって、⑥には、「l. 窃取行為と密接に関連する行為を開始した」が入る。

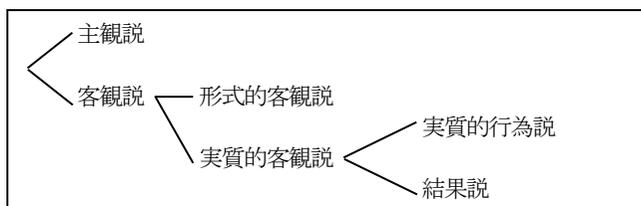
【短答合格FILEから抜粋】

【実行の着手】

一 定義

実行の着手とは、実行行為の一部を開始することをいう。

- 1 未遂罪の成立には「犯罪の実行に着手」することが必要であるが、この実行の着手の有無をどのような基準で判断するか問題となる。実行の着手の有無によって予備と未遂が区別される。



2 ☆ (論点) 学説の分類

A説 主観説

犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められること、あるいは、犯意の飛躍的表動をもって実行の着手と解する見解

〔批判〕 ① 予備と未遂の区別が不明確になる。

② 着手時期が早期に認められ、処罰範囲が不当に拡大する。

B説 形式的客観説

構成要件を基準にして形式的に実行の着手時期を決定する見解であり、構成要件に該当する行為(及びこれと直接密接する行為)を開始したときに実行の着手とする見解

〔批判〕 ① 形式的判断を厳格に貫くと、着手時期が不当に遅くなる。

② 実行の着手が構成要件該当性の問題であるところ、この見解では問いをもって問いに答えることになる。

C説 実質的客観説

法益侵害の現実的危険の発生を基準に実行の着手時期を決定する見解(通説)。

3 「現実的危険性」の判断

☆ (論点) 行為者の意思内容を行為の危険性判断においてどこまで考慮するか

A説 行為者の故意にとどまらず、所為計画をも考慮する見解(野村)

〔理由〕 犯罪の具体的な形態での行為者の所為計画全体を考慮しなければ、行為の危険性の判断をすることはできない。

〔批判〕 故意を超えた主観的計画までも考慮に入れて危険性を判断すると、危険性の判断が主観化し、不明確になる。

B説 行為者の故意・過失のみを考慮する見解(多数説)

〔理由〕 未遂犯では結果が発生しない以上、故意を考慮しなければ行為者が犯罪の実行に着手したかどうかを判断できない。

〔批判〕 現実的結果発生危険性は客観的に決定されるべきところ、行為者の故意の有無で危険性の有無が左右されるのはおかしい。

C説 行為者の意思内容を考慮しない見解

〔理由〕 結果発生危険性は客観的に決定されるべきである。

※ もっとも、この見解は未遂犯の客観的構成要件要素としての危険性の有無では故意を考慮しないものの、故意の犯罪個別化機能から行為者の故意を主観的構成要件要素としては考慮する

のが一般である（前田）。

☆（論点）現実的危険を行為の危険性と考えるか結果の危険性と考えるか

A説 実質的行為説

結果発生の危険性を有する「行為」の開始時点に実行の着手を肯定する見解（行為無価値論と親近性が認められる、「違法性の本質」参照）

B説 結果説（前田）

結果無価値論の見地から（「違法性の本質」参照）、法益侵害の危険性が一定程度に達した時点に実行の着手を肯定する見解

- 4 裁判例は、実行の着手につき「実行の着手があったかどうかは、主観的には犯罪構成要件を実現する意思ないしは認識をもってその行為をしたかどうか、客観的には、一般に犯罪構成要件事実を実現する抽象的危険ある行為がなされたかどうかを探求して個々の場合につき具体的に認定されるべき事実問題である」としている（東京高判昭29.12.27）。判例の具体的結論からは、実質的客観説を採用したとの評価がなされているが、実際の実行の着手時期は各犯罪類型ごとに判断を行っている。

（図表）実行の着手時期・既遂時期

	着手時期	既遂時期
強制性交等罪 (177条)	原則として、手段としての暴行脅迫の開始時期とされるが、判例は、被告人らが、夜間、ダンプカーの運転席に通行中の女性を引きずり込み、ダンプカーを発進させて同所から5キロメートル離れた護岸工事現場で姦淫（性交等）をした事案で、引きずり込もうとした段階で、強姦（強制性交等）に至る客観的な危険性が明らかに認められるとし、実行の着手を肯定（最決昭45.7.28, 百選I 63事件）	性交等が行われたとき、すなわち男性生殖器の少なくとも一部を膣、肛門又は口腔に挿入したとき
窃盗罪 (235条)	他人の財物を領得する意思に出た行為であってもいまだ他人の事実上の支配を侵すのに密接した程度に達しない場合においては着手したとはいえないが（大判大6.10.11）、他人の財物に対する事実上の支配を侵すにつき密接な行為をしたときは着手したといえる（大判大9.10.19）	行為者が財物の占有を取得したとき
強盗罪 (236条1項)	強取の目的で暴行・脅迫を開始した時	暴行・脅迫を加えて、他人の財物について、その占有を排し、自己又は第三者の実力支配下に置いたとき。この点、判例は、事務所に押し入り、居合わせた男女事務員の全員を縛り、洋服類は着込み、その他の物は荷造りして持ち出すばかりにしたところを、警察官に踏み込まれて捕縛された事案において、既遂とした（最判昭24.6.14）
恐喝罪 (249条)	恐喝行為を開始したとき。この点、判例は、恐喝文書の郵送の場合、相手方の認識し得べき状態に置いたときに実行の着手を肯定（大判大5.8.28）	恐喝行為開始後、恐喝の結果、相手方が畏怖し、任意に財物を交付し、財物が犯人に移転したとき

◎ 最決昭40.3.9（百選I 62事件）《新司プレー7》

本決定は、犯人が被害者の店舗内で、所携の懐中電灯で真っ暗な店内を照らしたところ、電気器具類が積んであることが分かったが、なるべく金を取りたいのでたばこ売場の方に行きかけたときは、窃盗

の実行の着手があったとした。

◎ 名古屋高判昭25. 11. 14

「一般に窃盗の目的で、他人の住家に侵入しようとしたときは、窃盗の着手があつたものと認むることはできないけれども、土蔵内の品物を窃取しようと思つて、土蔵に侵入しようとしたときは、窃盗の着手があつたものと解すべきである。『実行の着手』について、…他人の財物の事実上の支配を侵すにつき、密接せる程度に達せる場合には、着手があるものと解するとき、住家の場合は、被告人の主観を除けば、窃盗するのか暴行するのか姦淫（性交等）するのか客観的には判明しないので、窃盗の着手をしたものと認めることはできないが、土蔵の場合には、通常窃取すべき財物のみがあつて人が住んでいないのが通常であるから、これに侵入しようとするれば、右の財物を窃取しようとして企てていることが客観的にも看取することができる。これは、たんすの中の物を取る積りで、抽斗に手を掛けて開きかけた場合や、トランクの中の物を取る積りで、その錠を破壊して開きかけた場合に窃盗の着手があつたものと解するのと全く同様であると解すべきである。従つて本件において被告人等が窃盗の目的で土蔵に侵入しようとして土蔵の壁の一部を破壊したり、又は外扉の錠を破壊してこれを開いたことは、窃盗の着手をしたものと解すべきである」

◎ 最決昭45. 7. 28（百選 I 63事件）《新司プレー7》

本判例は、被告人らが、夜間、ダンプカーの運転席に通行中の女性を引きずり込み、ダンプカーを発進させて同所から5キロメートル離れた護岸工事現場で姦淫（性交等）したときは、女性をダンプカーの運転席に引きずり込もうとした段階において、既に強姦（強制性交等）に至る客観的危険性が明らかに認められるから、強姦（強制性交等）の実行の着手があったとした。

◎ 大阪地判平15. 4. 11

【事案の概要】

共犯者3名と強盗の範囲で共謀の上（被告人のみは強姦（強制性交等）の意図もあつた）、被告人において被害者（23歳の女性）に暴行を振るってかばん等を強取し、その際、被害者に加療約8日間を要する傷害を負わせたが、さらに、被害者を強姦（強制性交等）するために自動車内に連れ込もうとしたが、被害者に抵抗されるなどしたためその目的を遂げなかった。

【判旨】

本判決は、被告人が強姦（強制性交等）の犯意をもって被害者を自動車内に連れ込もうとし、被害者を自動車運転席ドア付近まで引っ張ってきたこと自体は認めつつも、被害者を車内に連れ込んだ上で同女を強姦（強制性交等）するにあたっては自動車内にいた共犯者らの協力が重要であると考えられるところ、共犯者らが強姦（強制性交等）に協力する意図を有していなかったこと、被告人と被害者が自動車運転席ドア付近にいた時間はそれほど長いものではなく、その間自動車のドアが開くことはなかったこと、被告人が被害者を自動車に連れ込もうとして加えた暴行はそれほど強度なものではなかったこと等の客観的事情及び被告人自身の強姦（強制性交等）の犯意がそれほど強固なものであつたとは認められないという主観的事情を併せて考慮し、強姦（強制性交等）に関する実行の着手を否定し、強盗強姦（強盗・強制性交等）未遂罪の成立を否定した。

◎ 最決平16. 3. 22（百選 I 64事件）《新司プレー7》

被告人らの殺害計画は、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上（第1行為）、その失神状態を利用して、Aを港まで運び自動車ごと海中に転落させて（第2行為）で死させるというものであつて、第1行為は第2行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであつたといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかつたと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的接近性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、被告人らが第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があつたものと解する。また、被告人らは、クロロホルムを吸引させてAを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、被告人らの認識と異なり、第2行為の前の時点でAが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることなく、殺人既遂罪が成立する。

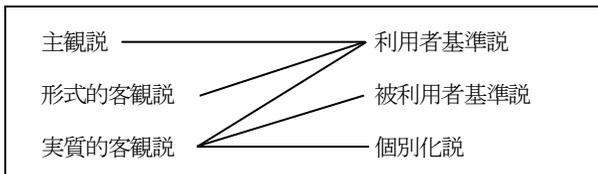
◎ 最判平20.3.4 (重判平20刑法5事件)

被告人らは、北朝鮮において覚せい剤を密輸船に積み込んだ上、本邦近海まで航行させ、同船から海上に投下した覚せい剤を小型船舶で回収して本邦に陸揚げするという方法で覚せい剤を輸入することを企て、覚せい剤を積み込んだ密輸船を北朝鮮から出港させ、一方で日本側の回収担当者において陸揚げを実行するよう準備した。その後、密輸船は島根県沖に到達したが、荒天で風波が激しかったことから、被告人らは回収担当者と密輸船側の関係者との間で連絡を取り1個約30kgの覚せい剤の包み8個を、ロープでつなぎ、目印のブイを付けた上、簡単に流されないよう重しを付けるなどして、密輸船から海上に投下した。回収担当者は、投下地点等の連絡を受けたものの、悪天候のため、いったんは出港したが覚せい剤を発見できないまま、引き返し、結局、同日、再度出港することはできなかった。密輸船から投下された覚せい剤は海岸に漂着し、通行人に発見されて警察に押収された。上記事案につき、本判例は、「以上の事実関係に照らせば、本件においては、回収担当者が覚せい剤をその実力的支配の下に置いていないばかりか、その可能性にも乏しく、覚せい剤が陸揚げされる客観的な危険性が発生したとはいえない」とし、覚せい剤輸入罪の実行の着手を否定した。

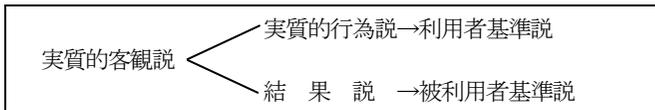
二 実行の着手時期が問題となる場合

1 間接正犯

(1) 学説の分類



※① 前田教授は、間接正犯の実行の着手時期は、従来、主観説と客観説の対立から検討されてきたが、問題はこの検討だけでは解決せず、実質的客観説内においていかなる結論をとるかを決するため、更に実質的行為説と結果説の対立からの検討を必要とされる。



※② しかし、形式的には以上のように分類できるにしても、実質的行為説の行為の危険性の内容をいかにとらえるかによって間接正犯の実行の着手時期が変更され得るので、実質的行為説をとることで実行の着手時期が利用者基準説に確定されるわけではない。

(2) ☆ (論点) 各学説の内容

A説 利用者基準説

間接正犯の実行の着手時期は利用者が被利用者を犯罪に誘致する行為を始めた時点であるとする見解

〔批判〕 実行の着手時期が早すぎるので、結果発生の実質的危険が発生したとはいえないような場合にまで、未遂犯の成立を認めることになる。

B説 被利用者基準説

間接正犯の実行の着手時期は被利用者が犯罪的行為を開始した時点であるとする見解

〔批判〕 実行行為は実行の意思に基づくものでなければならないが、この見解によると、実行の意思と実行行為の行為主体を分属させることになってしまう。

C説 個別化説

間接正犯の実行の着手時期は構成要件の結果発生に至る現実的危険を惹起した時点であるとする見解

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

〔批判〕 実行の着手時期を被利用者の犯罪的行為開始時に認める場合には、被利用者基準説に対する批判と同様の批判があてはまる。

2 離隔犯

- (1) 離隔犯とは、行為者の行為と結果発生との間に、時間的・場所的間隔が存在する犯罪をいう。
- (2) 学説

離隔犯の実行の着手時期の問題は間接正犯と類似の問題として論じられている（「間接正犯の実行の着手時期」参照）。

◎ 大判大7.11.16（百選 I 65事件）《新司20-11, 23-10・20, 予備23-13》

判例は、人を殺害する目的で毒物を郵送した場合について毒物を発送した時点ではなく、被害者宅に到着した時点に実行の着手を認めている。

3 不作為犯（「不作為犯」参照）

- (1) 不作為犯の実行行為は一定の作為義務違反であり、作為義務が構成要件上不作為の形式で定められている真正不作為犯と構成要件上作為の形式で定められている不真正不作為犯がある。実行の着手についても両者を区別して検討する必要がある。
- (2) 真正不作為犯は、義務違反の不作為の開始が実行の着手時期といえる。
- (3) 不真正不作為犯では、作為義務違反の不作為の開始が実行の着手時期であるとする見解と、作為義務違反により具体的危険が生じた時点が実行の着手時期とする見解がある（不真正不作為犯の作為義務につき「不真正不作為犯」参照）。

4 ☆（論点）原因において自由な行為（「原因において自由な行為」参照）

原因において自由な行為の場合に実行の着手をどの時点に認めるかの問題は、当該理論の法的構造をどのように考えるかによって見解が分かれる。

A説 原因行為時に実行の着手を認める見解（間接正犯論準用説）（団藤・大塚）

B説 結果行為時に実行の着手を認める見解（大谷）

《過去問チェック》

- 放火の目的で他人の住居に侵入した場合、その時点で現住建造物等放火罪の実行の着手を認めることができる。（新司プレー7）
 - ☞ 誤り。判例は、作為による場合には、直接、客体に点火することはもちろん、媒介物を利用して目的物に導火させることも放火となるとしている（大判大3.10.2, 大判昭3.2.17）が、放火の目的で他人の住居に侵入しただけでは、それは放火行為とはいえず実行の着手は認められない。
- 仮に拘禁場の損壊を開始したとしても、逃走行為自体を開始するまでは、加重逃走罪の実行の着手を認めることはできない。（新司プレー7）
 - ☞ 誤り。拘禁場若しくは拘束のための器具を損壊する場合の加重逃走罪（98条）について、判例は、逃走の手段としての損壊が開始された時は、逃走行為自体には着手しなくても加重逃走罪の着手があったと認められるとしている（最判昭54.12.25）。
- 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は1を、未遂にとどまる場合は2を、既遂にも未遂にもならない場合は3を選びなさい。（新司20-11）
 - ア. 甲は、所持金を全く有しておらず、タクシー料金を支払うつもりはないのに、乙運転のタクシーに乗車したが、乙は、目的地に向けてしばらく走行するうちに、甲の不審な挙動から無賃乗車ではないかと疑い、甲を降車させたため、甲は目的地に到着できなかった。（詐欺罪）
 - イ. 甲は、所持金を全く有していなかったが、窃取した他人名義のクレジットカードを持っていたので、代金を支払わずに同カードを使用して飲食店で食事をしようと考え、乙の経営する食堂に入り、飲食物を注文しこれを飲食した後、代金を請求した乙に対し、同カードを手渡したが、既に同カードの名義人から紛失届が出ていたため、同カードを使うことができなかった。（詐欺罪）

ウ. 甲は、深夜、コンビニエンスストアでおにぎりを万引きして店外に出たところ、これに気付いた店員乙に呼び止められたので、逮捕を免れるため、路上に落ちていた角材で乙を殴るなど同人の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えたが、たまたま通り掛かった通行人に取り押さえられ、逮捕を免れることができなかった。(事後強盗罪)

エ. 甲は、乙が万引きするのを目撃したことを奇貨として、乙から現金を脅し取ろうと考え、乙にあてて、「万引きをしたのを警察に知られたくなかったら、30万円持ってこい。」などと記載した文書を郵送したところ、乙は同文書を受け取ったが、封を開ける前に誤って捨ててしまったため、甲は現金を手に入れることができなかった。(恐喝罪)

オ. 甲は、乙を自宅に招いて毒入りの菓子を食べさせて毒殺しようと考え、菓子里に致死量の毒薬を混入し、乙に自宅に招待する旨の電話をしたが、乙が多忙を理由にこれを断ったため、乙を殺害することができなかった。(殺人罪)

☞ア既遂になる。詐欺罪(246条)が成立するためには、詐欺行為により相手方に錯誤を生じさせその意思に基づいて財物又は財産上の利益を交付させることが必要であり、相手方が財物又は財産上の利益を交付しそれによって財物の占有又は財産上の利益が行為者の側に移転した時に既遂となる。そして、労務やサービスも財産上の利益に当たり詐欺罪の客体となる。役務の提供があった時点で財産上の利益の移転が認められ、既遂となるので、タクシー料金を支払う意思がないのにタクシーに乗車した場合、タクシーの運行が開始された時点で詐欺罪は既遂となる。

イ既遂になる。支払の意思がないのにその事情を告げずに飲食物を単純に注文する場合、その注文行為自体が欺もう行為となり(大判大9.5.8)、これは、代金支払の意思も能力もないのに不正に入手した他人名義のクレジットカードを使用する場合も同様である。そして、無銭飲食の場合、食事の交付を受けた時点で既遂に達するので、窃取した他人名義のクレジットカードを使用する意図で飲食物を注文した時点で詐欺罪の着手が認められ、飲食物の交付を受けた時点で既遂となる。

ウ既遂になる。事後強盗罪(238条)の既遂・未遂は、「逮捕を免れ、罪跡を隠滅」したかではなく、先行する窃盗罪(235条)の既遂未遂によって決まり(最判昭24.7.9)、窃盗罪の既遂時期は占有取得時(最判昭23.10.23)であり、占有取得の判断は財物の性質・形状・財物に対するそれまでの占有の状況・窃取行為の態様等を考慮して具体的に判断される。そして、おにぎりのように小さく、占有を取得しやすい物は、「遅くとも」万引きし店外に出た時点では窃盗罪の既遂となっていると考えられるので、窃盗犯人たる甲が逮捕を免れるために角材で店員を殴り店員の反抗を抑圧する暴行を加えた時点で事後強盗罪が成立し既遂となる。

エ未遂にとどまる。判例は、「恐喝罪において、脅迫の内容をなす害悪の実現は、必ずしもそれ自体違法であることを要するものではない」とし(最判昭29.4.6)、また、判例は、恐喝の目的で他人を畏怖させるに足りる文書を郵便に付し、受信人に到達させた以上、受信人においてこれを了知することができなかったとしても、恐喝罪の着手があったといえるとしている(大判大5.8.28)ので、本記述でも恐喝罪の実行の着手が認められる。しかし、本記述においては、乙には何ら財産的損害が生じていないので、甲に恐喝既遂罪は成立しない。

オ既遂にも未遂にもならない。未遂犯の成立が認められるためには、犯罪の実行に着手することが必要とされる(43条本文)。この点、実行の着手とは、構成要件的結果の発生に至る現実的危険性を含む行為の開始をいうところ(最決昭45.7.28(百選I63事件)、最決平16.3.22(百選I64事件))、毒入り菓子による殺人を意図した事案において、判例は、相手方宅への到着時に実行の着手を認めている(大判大7.11.16、百選I65事件)。よって、本記述のように毒入りの菓子が被害者の作用領域に入っていない場合は、いまだ実行の着手を認めることはできず、未遂罪も成立しない。

□ 甲は、電話線を盗む目的で、電柱に架設されていた電話会社所有の電話線を切断しているところを警察官に見えられた。甲には窃盗罪の実行の着手が認められる。(新司26-9)

☞正しい。最決昭31.10.2。

□ 甲は、深夜、金品窃取の目的で電器店に侵入し、懐中電灯で真っ暗な店内を照らしたところ、陳列棚に電気器具類があることを認識したが、なるべく現金を盗みたいと思い、歩いてレジの前に至ったところで警備員に見えられた。甲には窃盗罪の実行の着手が認められる。(新司26-9)

☞正しい。最決昭40.3.9(百選I62事件)。

□ 甲は、夜間、一人で歩いていたV女を見付け、約5キロメートル先のひとけのない工事現場にV女を連れ込んで強姦(強制性交等)することを決意し、V女を殴って失神させた上、近くに停めていたダンプカーの助手席にV女を乗せて発進させた。甲には強姦罪(強制性交等罪)の実行の着手が認められる。(新司26-9)

☞正しい。最決昭45.7.28(百選I63事件)。

□ 甲は、Xの住んでいる家を焼損する目的で、これと約50センチメートル隔てて隣接している木造物置小屋の中のわ

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

らや薪に灯油をまいて放火したが、物置小屋の一部を焼損することとまった。甲には現住建造物等放火罪の実行の着手が認められる。(新司26-9)

☑正しい。大判大12. 11. 12。

- 甲は、登校中の子供に毒入りジュースを飲ませてこれを殺害する目的で、前日の夜に、夜間は人通りのない通学路に致死量を超える毒を混入させたペットボトル入りのジュースを置いた。甲には殺人罪の実行の着手が認められる。(新司26-9)

☑誤り。宇都宮地判昭40. 12. 9。裁判例は、「農道に単に食品が配置されたというだけではそれが直ちに他人の食用に供されたといえないことは明らかである」として、殺人罪の実行の着手は認められないとしている。

- 次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものはどれか。(新司27-5、予備27-1)

1. 甲は、Xを眠らせてXが左腕に付けていた高級腕時計を外して持ち去ろうと考え、Xに多量の睡眠薬を飲ませたが、Xが眠らなかつたため、Xの腕時計に触れることすらできなかった。甲には昏酔強盗未遂罪が成立する。
2. 拘留所に勾留中の甲は、逃走しようと考え、収容されていた房の壁を削り取って穴を開けたが、その穴が脱出可能な程度の大きさになる前に発見されたため、逃走行為に及ばなかつた。甲には加重逃走未遂罪が成立する。
3. 甲は、Xから現金を脅し取ろうと考え、「殺されたくなければ100万円をよこせ。」などとXを恐喝する内容の手紙をポストに投かんし、その手紙はX方に配達されたが、手紙を見たXの妻は冗談であると思い、その内容をXに伝えなかつた。甲には恐喝未遂罪が成立する。
4. 甲は、X方の居間に置かれた金庫に多額の現金が入れていることを知り、これを盗む目的で、X方の無施錠のドアから玄関に入ったが、Xにその場で発見されたため、逃走した。甲には窃盗未遂罪が成立する。
5. 甲は、Xに対し、Xの孫を装って電話をかけ、「おじいちゃん。金がなくて困っているので、今から言う俺の口座に100万円を送金して。」と言って現金をだまし取ろうとしたが、その声が孫の声と違うことに気付いたXは、甲から指定された口座に送金しなかつた。甲には詐欺未遂罪が成立する。

☑ 1正しい。昏酔強盗罪の実行の着手は、財物盗取の目的で相手方を昏酔させる行為に着手した時点で認められる。

甲は、Xの高級腕時計を外して持ち去ろうと考え、多量の睡眠薬を飲ませており、甲の行為は財物盗取の目的で相手方を昏酔させる行為といえる。よって、昏酔強盗罪の着手が認められる。そして、甲は高級腕時計の盗取に失敗しているため、昏酔強盗未遂罪が成立する(250条、239条)。

- 2正しい。甲は、拘留所に勾留中であるから裁判の執行により拘禁された未決の者に当たり、加重逃走罪の主体たり得る。拘禁場の損壊を手段とする加重逃走罪の実行の着手は、手段たる拘禁場の損壊を開始した時点で認められる。甲は、収容されていた拘留場の房の壁を削り取って穴を開けているので、逃走の手段たる拘禁場の損壊を開始したといえる。よって、甲には加重逃走罪の着手が認められる。そして、逃走行為には及ばなかつたのであるから、加重逃走未遂罪が成立する(102条、98条)。

- 3正しい。恐喝罪の実行の着手は、財物を交付させる意思で恐喝行為が開始された時点で認められる。人に畏怖の念を生じさせるに足りる恐喝行為が開始された以上、実行の着手であり、実際に相手方を畏怖させたことは必要でない。甲は、Xから現金を脅し取ろうと考え、恐喝する手紙を送り、Xの妻に読ませており、財物を交付させる意思でなされた恐喝行為を開始したといえ、恐喝罪の着手が認められる。そして、現金喝取に失敗しているため、恐喝未遂罪が成立する(250条、249条)。

- 4誤り。窃盗罪の実行の着手は、他人の財物の占有を侵害する具体的危険が発生する行為を行った時点で認められる。具体的事案において実行の着手の有無を判断する際には、対象となる財物の形状、窃取行為の態様、犯行の日時・場所等の諸般の状況が考慮される。判例は、通常の住居等への侵入窃盗の場合、住居等に侵入しただけでは窃盗罪の着手は認められず、遅くとも財物の物色行為のあった時点で着手が認められるとする(最判昭23. 4. 17)。甲は、X方への侵入窃盗の目的でX方の玄関に入ったが、Xに発見されたため、逃走しており、甲には財物の物色行為はなく、窃盗罪の着手は認められない。よって、甲には窃盗未遂罪(250条、235条)は成立しない。

- 5正しい。詐欺罪の実行の着手時期は、行為者が財物を騙し取る意思で欺く行為を開始した時点で認められ、相手方が錯誤に陥ったかどうかは問われない。甲は、Xに対し、現金を騙し取る意思で欺く行為を開始しており、詐欺罪の着手が認められる。なお、Xが甲の犯行意図に気付いており、錯誤に陥っていないが、この事情は詐欺罪の実行の着手の判断に無関係である。そして、甲は現金の騙取に失敗しているため、甲には詐欺未遂罪が成立する(250条、246条)。

- 次のアからオまでの各記述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。(新司28-13)

ア. 甲は、所持金がなかつたことから代金を支払わずに食事をしようと考え、飲食店に行って料理を注文し、これを食べた後、代金を請求した店員に対し、財布を忘れたので自宅に取りに帰ると嘘を言ったが、店員にその嘘を見破

られた。(詐欺罪)

イ. 甲は、Aを殺害しようと考え、Bから致死性の毒薬であると告げられて小瓶入りの液体を購入し、コーヒーに同液体を入れて、これをAに飲ませたものの、同液体は水であったため、Aは死亡しなかった。(殺人罪)

ウ. 甲は、Aと同居している自宅を燃やそうと考え、自宅の和室に新聞紙が入った段ボール箱を置き、同新聞紙にライターで点火したが、その直後に帰宅したAが燃えている同段ボール箱を発見して消火したため、同段ボール箱の直下の畳だけが焼損した。(現住建造物等放火罪)

エ. 甲は、駅のホームのベンチで寝ているAの隣に座ったところ、Aのズボンのポケットに財布が入っていることに気づき、これを盗もうと考え、手を差し伸べて同ポケットの外側に触れたが、駅員が近づいてきたので、財布に触れることはできなかった。(窃盗罪)

オ. 甲は、交通事故を装って保険会社から保険金をだまし取ろうと考え、Aに依頼して、甲運転の自動車にA運転の自動車を衝突させ、警察官に交通事故を申告したが、Aが警察官から追及されて偽装事故であると認めため、保険金を請求しなかった。(詐欺罪)

☞ア(1)既遂になる。最決昭30.7.7(百選II52事件、無銭飲食・宿泊)。本記述において、甲は、代金を支払う意思がないのに飲食店で料理を注文し、これを食べているから、料理を食べた時点で詐欺罪(刑法246条1項)は既遂となる。判例も、所持金がなく、かつ、代金支払の意思がないのにあるかのように装って、飲食、宿泊をなした後、自動車で帰宅する知人を見送ると欺いて被害者方の店先に出でたまま逃走したという事案において、「宿泊、飲食等をしたときに刑法246条の詐欺罪が既遂に達した」としている。

イ(3)既遂にも未遂にもならない。大判大6.9.10。判例は、殺意を持って硫黄粉末を被害者に服用させた事案において、方法が殺害の目的を達するに付き絶対不能として、殺人未遂罪の成立を否定している。このような判例の立場に照らせば、本記述において甲がAに飲ませた液体は水であり、Aの死亡結果を引き起こすことは絶対不能であるといえる。そのため、甲の行為は不能犯とされ、殺人未遂罪は成立しない。

ウ(2)未遂にとどまる。最判昭25.12.14。現住建造物等放火既遂罪(刑法108条)にいう「建造物」とは、家屋その他これに類似する建築物をいい、屋根があり、壁又は柱で支持されて土地に定着し、少なくともその内部に人が出入りすることができるものをいう。そして、判例によれば、毀損せずに取り外すことのできる建具や畳は「建造物」の一部ではない。本記述の甲は、媒介物たる新聞紙に点火をしているから、同罪の実行の着手は認められるが、畳のみを焼損させたのであるから「建造物」を焼損したとはいえず、現住建造物等放火既遂罪は成立しない。

エ(2)未遂にとどまる。最決昭29.5.6。判例は、本記述と類似の事案において、「被害者のズボン右ポケットから現金をすり取ろうとして同ポケットに手を差ししのべその外側に触れた以上窃盗の実行に着手したものと解すべき」であるとして、窃盗罪(刑法235条)の実行の着手を肯定している。

オ(3)既遂にも未遂にもならない。大判昭7.6.15。本記述では、保険金騙取目的で交通事故を装って自動車同士を故意に衝突させた場合において、警察官に交通事故を申告した時点で詐欺罪の実行の着手が認められるかが問題となる。判例は、保険金騙取目的で家屋に放火したが、保険会社に対し保険金の請求をしなかったという事案において、保険会社に支払の請求をしていない以上、詐欺罪の実行の着手は認められないとしている。本記述の甲は、交通事故を偽装して警察官に事故の申告をしたにすぎず、警察官からの追及を受けて保険会社に対する保険金の請求を断念しているため、詐欺罪の実行の着手は認められない。

□ 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。(新司29-7、予備29-9)

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性交しようと考え、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、これを信じて同車に乗り込んだが、甲の態度を不審に

短答で7割取れない人のために今からやる勉強法

思い即座に同車から降りた。(強制性交等罪)

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塀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)

*平成29年刑法改正により、強姦罪は「強制性交等罪」(177条)に改められた。そのため、事例エについては改題をした。

☞ア既遂となる。事後強盗罪(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。そして、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(最判昭24.7.9)。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。

イ未遂となる。通貨偽造罪(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、作成されたもの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(最判昭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、甲の行為は「偽造」には当たらない。

ウ既遂となる。恐喝罪(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とされる。そして、判例は、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している。(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。強制性交等罪(177条)は、暴行又は脅迫を用いて13歳以上の者と性交等をした場合に成立し、その実行の着手時期は、性交等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、性交等の目的で「自宅まで送ってあげる。」と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、強制性交等罪の実行の着手が認められない。

オ既遂となる。判例(最判昭51.3.4)は、建造物侵入罪(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、管理者が門扉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。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、門扉に囲まれ、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。

□ 次の【見解】に関する後記1から5までの各【記述】のうち、誤っているものはどれか。(新司29-1)

【見 解】

間接正犯については、被利用者の行為時に実行の着手を認めるべきである。

【記 述】

1. 【見解】は、実行行為時と実行の着手時期が一致することを要しないとする考え方と矛盾しない。
2. 【見解】に対しては、利用者にとって偶然の事情で実行の着手時期を決することになり不合理であると批判できる。
3. 【見解】は、離隔犯において到達時に実行の着手を認める考え方と矛盾しない。
4. 【見解】に対しては、責任無能力者を利用する場合には、責任無能力者に規範意識の障害がないというだけで、直ちに結果発生の切迫した危険があるとはいえないと批判できる。
5. 【見解】は、自然的に観察して結果発生に向けた直接の原因となる行為を重視する考え方と矛盾しない。
☞【見解】は未遂犯の処罰根拠たる既遂結果発生 of 具体的危険について既遂結果発生 of 具体的危険が客観的に切迫したことを要する立場、あるいはその危険を未遂犯に特有の結果と解する立場(結果犯説)から導かれるものである。
1 正しい。【見解】からは既遂結果に至る具体的危険に着目して実行の着手時期が判断されるため、実行行為の開始時と実行の着手時の一致は要しないことになる。よって、【見解】は、実行行為時と実行の着手時期が一致することを要しないとする考え方と矛盾しない。
2 正しい。【見解】は被利用者の行為時に実行の着手を認める考え方である。この考え方によれば、利用行為

が終了したとしても、その後の経過につき、利用者の計画通りに進むか否かが不確定である。よって、利用者にとって偶然の事情で実行の着手時期を決することになり不合理であると批判できる。

- 3 正しい。行為と結果との間に時間的場所的な間隔が存在する離隔犯において、実行の着手時期をどの時点で認めるかにつき、既遂結果に至る具体的危険が生じた時点とする到達時説という考え方がある。【見解】は、被利用者の行為時に法益侵害の具体的危険が生じたとして、実行の着手を認めるべきであるとする考えであるから、到達時説と親和的である。よって、【見解】は、離隔犯において到達時に実行の着手を認める考え方と矛盾しない。
- 4 誤り。責任無能力者を利用して犯罪結果を生じさせようとする場合、利用者がその者を思うがままに利用したといえるため、間接正犯が成立するとされている。この場合、利用者の行為時に実行の着手を認めるという立場からは、利用後の因果経過につき、規範的障害の介在がないから、利用行為時点で、法益侵害への具体的危険が生じると説明される。かかる見解に対しては、責任無能力者に規範意識の障害がないというだけで、直ちに結果発生の切迫した危険があるとはいえないと批判がなされている。
- 5 正しい。【見解】は、被利用者の行為時に実行の着手を認める考え方である。この考え方は、利用者の行為時に実行の着手を認める場合と比較して、法益侵害の発生に、より近接した時点での実行の着手を認めるものである。よって、【見解】は、自然的に観察して結果発生に向けた直接の原因となる行為を重視する考え方と矛盾しない。