

秋の短答戦略セミナー

150913TOKYO

短答の実力を固め論文で飛躍,  
そして一気に最終合格

辰巳専任講師・弁護士

金沢 幸彦 先生

**辰巳法律研究所**

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

## 目 次

- 平成27年度短答式試験の分析…………… 1
  
- 憲民刑・基本三法を完全攻略する学習法…………… 8
  
- 「全体」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）
  - ・ 憲法第19問「公の支配」…………… 9
  - ・ 民法第22問「危険負担」…………… 16
  - ・ 刑法第9問「抽象的事実の錯誤」…………… 24
  
- 「不合格者」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）
  - ・ 憲法第14問「委任立法」…………… 34
  - ・ 民法第8問「登記請求権」…………… 43
  - ・ 刑法第15問「結果的加重犯の共同正犯」…………… 54

## ■ 平成27年度短答式試験の分析

### ☆ 法務省発表による司法試験受験状況

- 1 出願者数 9,072 人 (前年 9,255 人)
- 2 受験予定者 8,957 人 (前年 9,159 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 8,605 人 (96.57%)
    - イ 司法試験予備試験合格の資格に基づいて受験する者 307 人 (3.43%)
  - (2) 受験回数
    - 1回目 3,137 人 (35.02%)
    - 2回目 2,639 人 (29.46%)
    - 3回目 2,169 人 (24.22%)
    - 4回目 1,012 人 (11.30%)
- 3 欠席者 941 人 (前年 1,144 人)
- 4 受験者 8,016 人 (前年 8,015 人)
 

(うち途中欠席 79 人) (前年, うち途中欠席 45 人)
- 5 受験率 89.5% (前年 87.5%) [注: 昨年よりも増えています]
 

(注) 受験率とは、受験予定者に占める受験者の割合である。
- 6 採点対象者 7,937 人 (前年 7,970 人)

### ☆ 法務省発表による短答式試験の結果

#### 1 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114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（平成27年6月3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 5,308 人 (前年 5,080 人)  
 平均点 133.6 点 (正答率 76.3%) (前年 243.3 点 (正答率 69.5%))

#### 2 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%)未滿
合計得点 (175点満点)		173	45	120.7	
科目別得点	憲法 (50点満点)	50	9	32.8	188人
	民法 (75点満点)	75	11	51.6	336人
	刑法 (50点満点)	50	4	36.3	350人

☆ 短答合格率等の推移

年度	受験者数	合格点	短答合格者	合格率(対受験者)
平成27年度	8,016人	114点	5,308人	66.2%

(参考：平成26年度以前は350点満点)

平成26年度	8,015人	210点	5,080人	63.4%
25年度	7,653人	220点	5,259人	68.7%
24年度	8,387人	215点	5,339人	63.7%
23年度	8,765人	210点	5,654人	64.5%
22年度	8,163人	215点	5,773人	70.7%
21年度	7,392人	215点	5,055人	68.4%
20年度	6,261人	230点	4,654人	74.3%
19年度	4,607人	210点	3,479人	75.5%
18年度	2,091人	210点	1,684人	80.5%

☆ 平成27年度の正答率の分析

科目	問	タイトル	配点	上位20%の受験生の正答率(=A)	全体の正答率(=B)	不合格者の受験生の正答率(=C)	A-B	A-C
憲法	1	公務員の政治的行為	2	90	78	61	12	29
	2	法の下の平等	3	73	63	50	10	23
	3	信教の自由	2	94	85	75	9	19
	4	報道の自由	3	48	35	23	13	25
	5	通信の秘密	2	88	78	68	10	20
	6	営業の自由	3	88	82	73	6	15
	7	憲法25条	3	76	62	46	14	30
	8	憲法26条	2	96	91	81	5	15
	9	財産権の保障	3	39	34	33	5	6
	10	国民の義務	2	73	68	65	5	8
	11	近代立憲主義	3	73	56	45	17	28
	12	二院制	3	65	47	31	18	34
	13	唯一の立法機関	3	74	58	41	16	33
	14	委任立法	2	73	53	33	20	40
	15	国政調査権の行使	2	80	64	48	16	32
	16	選挙	3	65	58	54	7	11
	17	内閣及び内閣総理大臣	2	90	77	59	13	31
	18	合憲限定解釈	2	90	80	66	10	24
	19	公の支配	2	70	43	18	27	52
	20	地方自治	3	71	54	35	17	36

科目	問	タイトル	配点	上位20%の受験生の正答率(=A)	全体の正答率(=B)	不合格者の受験生の正答率(=C)	A-B	A-C
民法	1	法律行為	2	79	62	45	17	34
	2	意思表示	2	98	89	72	9	26
	3	代理	2	97	93	84	4	13
	4	表見法理	2	89	67	45	22	44
	5	条件及び期限	2	96	88	71	8	25
	6	消滅時効の中断	2	52	32	15	20	37
	7	不動産登記	2	98	89	70	9	28
	8	登記請求権	2	87	65	36	22	51
	9	共有	2	97	91	79	6	18
	10	共有物の分割	2	96	91	81	5	15
	11	地役権	2	80	58	36	22	44
	12	先取特権	2	53	34	19	19	34
	13	動産引渡請求の要件事実	2	98	90	74	8	24
	14	譲渡担保	3	94	77	48	17	46
	15	債務不履行による損害賠償	2	59	46	39	13	20
	16	債権者代位権	2	92	81	62	11	30
	17	詐害行為取消権	2	73	63	54	10	19
	18	保証債務	3	78	58	38	20	40
	19	債務の履行と弁済	2	85	66	39	19	46
	20	相殺	2	99	94	78	5	21
	21	同時履行の抗弁権	2	88	72	49	16	39
	22	危険負担	2	87	63	34	24	53
	23	質貸借と消費貸借	3	86	65	46	21	40
	24	質貸借と使用貸借	2	90	70	44	20	46
	25	転貸借	2	98	87	71	11	27
	26	請負契約	2	92	88	73	4	19
	27	請負人の瑕疵担保責任	2	96	89	73	7	23
	28	不法行為	2	99	96	89	3	10
	29	婚姻解消時の法律関係	2	97	91	78	6	19
	30	親子関係	2	85	75	63	10	22
	31	親権と未成年後見	2	84	76	67	8	17
	32	後見	2	90	76	60	14	30
	33	遺贈	2	97	87	68	10	29
	34	遺留分	2	88	73	49	15	39
	35	催告	2	93	81	60	12	33
	36	利息	2	79	61	38	18	41

科目	問	タイトル	配点	上位20%の受験生の正答率(=A)	全体の正答率(=B)	不合格者の受験生の正答率(=C)	A-B	A-C
刑法	1	不真正不作为犯	2	96	89	74	7	22
	2	業務妨害罪	3	97	84	62	13	35
	3	因果関係	4	89	72	48	17	41
	4	偽造公文書の行使	3	90	73	44	17	46
	5	未遂罪の成否	2	88	77	57	11	31
	6	殺人罪の成否	2	98	91	81	7	17
	7	防衛の意思	2	87	71	54	16	33
	8	わいせつの罪	2	86	71	51	15	35
	9	抽象的事実の錯誤	3	74	49	30	25	44
	10	強盗罪等	2	99	99	97	0	2
	11	責任能力	2	94	83	63	11	31
	12	盗品等に関する罪	2	93	77	50	16	43
	13	事後強盗罪の共犯	2	76	56	35	20	41
	14	証拠隠滅等の罪	3	97	89	74	8	23
	15	結果加重犯の共同正犯	3	94	75	47	19	47
	16	事後強盗罪	3	95	79	54	16	41
	17	罪数	2	98	88	66	10	32
	18	国家的法益に対する罪	2	89	79	59	10	30
	19	罪刑法定主義	2	94	87	74	7	20
	20	各種犯罪の成否	4	83	72	53	11	30

この表における「上位20%の受験生の正答率」(=A)は、辰巳の出口調査にご協力いただいた受験生から上位20%の受験生を抽出し、その正答率を調査したものです。司法試験の合格者は短答と論文の総合評価で決定されるので、仮に論文で何らかの失敗をした場合、短答の得点で補う必要があります。そこで、あえて上位20%の受験生の正答率を調査し、「全体正答率」(=B)や「不合格者正答率」(=C)との差を分析したものが、上記の表です。

例えば、**憲法第19問「公の支配」**は、上位の受験生は「70%」の正答率ですが、全体の正答率は「43%」であり、その差は「27ポイント」もあります。同様に、**民法第22問「危険負担」**や**刑法第9問「抽象的事実の錯誤」**がこの類型に属します。

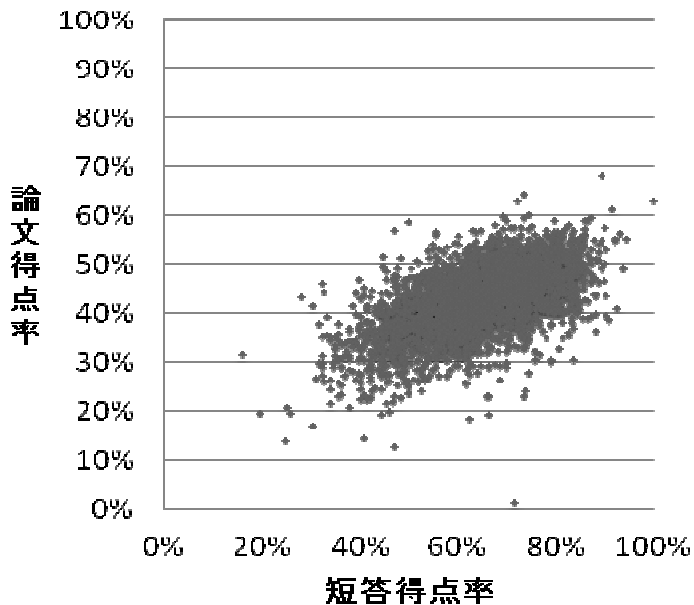
また、上位の合格者(=A)や全体(=B)の正答率は、いずれも高いにもかかわらず、不合格者の受験生(=C)の正答率が低い問題があります。その問題は、不合格者の多くの方が苦手としている問題であり、このような問題を克服できれば、一気に上位合格の可能性が高まります。この類型は、**憲法第14問「委任立法」**、**民法第8問「登記請求権」**、**刑法第15問「結果的加重犯の共同正犯」**が、この類型に属します。

今回のガイダンスでは、以上のような類型の問題を中心に検証していくことにしています。

## ☆ 短答と論文の関係について

下のグラフは、2015 辰巳全国公開模試受験生における短答の得点率と、総合評価の得点率を比較したものです。これを見ると短答と論文の成績には、相当強い相関関係があることが分かります。短答で稼ぐ人は論文でも稼ぐ傾向があるからです。

### 辰巳全国公開模試 総合評価平均点



短答で点が稼げる = 基礎知識が正確

↓

論文でも答案に条文・判例の知識が正確に示せる = 論文でも点が稼げる

という関係があります。



平成 27 年最終合格発表を踏まえて～辰巳法律研究所によるコメント～

総合評価の算式は、従前は以下のようなものでした。

$$\text{算式} = \left( \text{短答式試験の得点} \times \frac{1}{2} \right) + \left( \text{論文式試験の得点} \times \frac{1400}{800} \right)$$

今年度からの総合評価の算式は、

$$\text{算式} = \text{短答式試験の得点} + \left( \text{論文式試験の得点} \times \frac{1400}{800} \right)$$

従前と比較した場合、「短答式試験と論文式試験の比重を 1 : 8」は変わりませんが、

「 $\times \frac{1}{2}$ 」がなくなった分だけ、**1 点の重みが 2 倍になること**になります。

また、従前は350点満点・約155問で順位の差をつけさせていたのが、これからは175点満点・76問で順位の差をつけることになり、その意味でも 1 点・1 問の重みが増し、ケアレスミスによる失点の傷が大きくなります。平成27年最終合格結果を見ると、合格最低点835点に短答 1 問分＝2 点に不足して不合格になった受験生が29人います。これは昨年短答 1 問分＝調整後得点 1 点に不足して不合格になった受験生が11人だったことに比べると、短答 1 問の重みが確認できると思います。

知識のインプットは重要です。ですが、必要以上に短答知識のインプットにこだわっていると、論文対策の時間が削がれます。効率の良いインプットの成果の確認は、アウトプット（＝演習）でしかできません。つまり、バランスの取れたインプット（知識不足を感じる方は「短答完璧講座」等）とアウトプット（演習に心配のある方は「スタンダード短答オープン」等）の2つが車の両輪となって邁進することが、合格に最短距離で到達できる秘訣なのです。

---

## ■ 憲民刑・基本三法を完全攻略する学習法

---

### 1 現状認識の必要性

- (1) 三科目を重視せよ
- (2) プランニングは明確か？
- (3) 択一不合格者にみられる通有性

### 2 目標は？

### 3 完全攻略学習法とは

- (1) 視点の確立→迷いなき方法論の確立
- (2) 徹底したインプット
- (3) アウトプットの重要性
- (4) プランニング

### 4 短期目標の設定

■ 「全体」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年憲法第19問〕（配点：2）

憲法第89条後段の「公の支配」の意義に関し、「国又は地方公共団体が当該事業の予算を定め、その執行を監督し、さらにその人事に関与するなど、その事業の根本的方向に重大な影響を及ぼすことのできる権力を有する」ことを要すると解する見解があるが、次のアからウまでの各記述について、かかる見解と同じ立場からの記述には○を、異なる立場からの記述には×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.37]）

ア．慈善、教育、博愛の事業を行うのは、通常、法律に基づき国の監督を受ける公益法人であり、学校法人も公益法人として法的規制を受けるので、「公の支配」に属する。

イ．現行法の私立学校に対する助成については、監督官庁の権限が報告を徴したり、勧告を行ったりすることに限られているので、違憲の疑いがある。

ウ．憲法第89条後段の立法趣旨は、私的事業の自主性を確保するために公権力による干渉の危険を除こうとすることにある。

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

【肢別解答率】

	肢1	肢2	肢3	肢4	肢5	肢6	肢7	肢8
上位20%	4	4	2	2	<b>70</b>	12	5	1
全体	5	8	6	4	<b>43</b>	17	13	3
不合格者	3	11	13	9	<b>18</b>	17	24	6

憲法 第19問	公の支配	H 2 7 司法試験
---------	------	------------

正解 【No.37】 5

本問の見解は、憲法89条後段の「公の支配」の意義に関し、国又は地方公共団体が当該事業の予算を定め、その執行を監督し、さらにその人事に関与するなど、その事業の根本的方向に重大な影響を及ぼすことのできる権力を有することを要する、とする**厳格説**の立場である。この見解は、本条後段の趣旨を、主として私的な慈善・教育・博愛事業の自主性に対し公権力による干渉の危険を除こうとするところにあるものととらえている。

**ア異なる立場からの記述である。**

本記述は、慈善、教育、博愛の事業を行うのは、通常、法律に基づき国の監督を受ける公益法人であり、学校法人も公益法人として法的規制を受けるので、「公の支配」に属するとするものである。

本記述は、公益法人として何らかの法的規制を受けていれば、「公の支配」に属することを認めるものであるから、必ずしも事業の根本的方向に重大な影響を及ぼすことのできる権力を有することまでを求めるものではない。すなわち、「公の支配」の意義を広く解する非厳格説からのものである。

したがって、本記述は本問の見解と異なる立場からの記述である。

**イ同じ立場からの記述である。**

本記述は、現行法の私立学校に対する助成については、監督官庁の権限が報告を徴したり、勧告を行ったりすることに限られているので、違憲の疑いがあるとするものである。

私立学校に対する助成について規定する私立学校法59条及び私立学校振興助成法12条は、学校法人に対し、所轄庁は、業務・会計状況に関して報告を徴し、また、予算が不適切であると認めるときはその変更を勧告することができ、さらに、その学校法人の役員が所轄庁の処分や寄附行為に違反した場合には当該役員の解職を勧告することができるなどの旨を規定している。

しかし、厳格説からすると、この程度では、所轄庁が通常の規制・監督の程度を超えて事業の根本的方向に重大な影響を及ぼすことのできる権力を有するとはいえず、私立学校は、「公の支配」に属するとはいえない。

よって、現行法の私立学校に対する助成については、監督官庁の権限が報告を徴したり、勧告を行ったりすることに限られているので、本問の見解からは、私学助成は「公の支配」に属さない事業への公金支出にあたるとして、憲法89条後段違反の疑いがあるといえる。

したがって、本記述は本問の見解と同じ立場からの記述である。

**ウ同じ立場からの記述である。**

本記述は、憲法89条後段の立法趣旨は、私的事業の自主性を確保するために公権力による干渉の危険を除こうとすることにあるとするものである。

本問の見解である厳格説は、憲法89条後段の立法趣旨を、主として私的な慈善・教育・博愛事業の自主性に対し公権力による干渉の危険を除こうとするところにあるものととらえている。したがって、本記述は本問の見解と同じ立場からの記述である。

以上により、正しい組合せは「ア× イ○ ウ○」であり、したがって、正解は肢5となる。

以上全体につき、芦部（憲法）P.365～6。有斐閣P.528～9。

## 短答合格 F I L E 抜粋

### 第89条〔公の財産の支出又は利用の制限〕

公金その他の公の財産は、  
宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、  
又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、  
これを支出し、又はその利用に供してはならない。

#### 【明治憲法】

規定なし。

#### 【趣旨】

前段で、宗教上の組織・団体に国が財政的援助をしないことによって政教分離の原則（20条1項後段、3項）を財政面から裏付けるとともに、後段で、「公の支配」に属しない教育や福祉事業に対しても、国の財政的援助を行わないことを定めている（後段の趣旨については後述）。

#### 【前段】

- 一 「宗教上の組織若しくは団体」とは、20条1項後段にいう「宗教団体」に等しく、広く宗教上の傾向を持った組織体を意味する。したがって、教団・宗派のみならず有志グループも含まれる。

### ◎ 箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟（最判平5.2.16、百選I51事件）

#### 【事案】

箕面市は、小学校の校舎の建替え、校庭の拡張等をするため役場敷地内の旧忠魂碑を他に移転する必要があった。市は、旧忠魂碑を移設するための代替敷地を確保し、旧忠魂碑を本件敷地に移設し市遺族会に管理使用させた。住民Xらは、市が土地を無償貸与したことについて、憲法20条、89条違反等を理由として住民訴訟を提起した（忠魂碑訴訟）。

また、市遺族会の下部組織である地区遺族会は、本件忠魂碑前で、慰霊祭を挙行了。来賓として、市教育委員会委員長Yらが参列した。住民Xらは、教育長Yが慰霊祭に参列したこと等に対し、市の被った損害の賠償、慰霊祭参列時間相当分の給与の返還等を求めて住民訴訟を提起した（慰霊祭訴訟）。

#### 【判旨】

「憲法20条1項後段にいう『宗教団体』、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』とは、宗教と何らかのかかわり合いのある行為を行っている組織ないし団体のすべてを意味するものではなく……特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体を指すものと解するのが相当である。」

「財団法人日本遺族会及びその支部である市遺族会、地区遺族会は、いずれも、戦没者遺族の相互扶助・福祉向上と英霊の顕彰を主たる目的として設立され活動している団体であって、その事業の一つである英霊顕彰事業として、……神式又は仏式による慰霊祭の挙行、靖国神社の参拝等の宗教的色彩を帯びた行事をも実施し、……参画しているが、右行事の実施及び右運動への参画は、会の本来の目的として、特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行おうとするものではなく、その会員が戦没者の遺族であることにかんがみ、戦没者の慰霊、追悼、顕彰のための右行事等を行うことが、会員の要望に沿うものであるとして行われていることが明らかである……これらの諸点を考慮すると、財団法人日本遺族会及びその支部である市遺族会、地区遺族会は、いずれも、特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とす

る組織ないし団体には該当しないものというべきであって、憲法20条1項後段にいう『宗教団体』、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』に該当しない

二 本条は、国家と宗教の分離を目的とする規定であるから、単に国が各宗教を差別的に待遇することを禁ずるのみならず、すべての宗教を平等に援助することも禁ずるものである。→ 政教分離原則については20条参照

### 三 ☆ (論点) 宗教法人に対する免税措置の合憲性

A説 合憲説(通説)

他の公益法人に対する免税の特典と同じようなものである。

B説 違憲説

宗教法人については、政教分離の趣旨から特に厳格に特典が排除されるべきである。

#### ◎ 最大判昭33.12.24(百選Ⅱ205事件)

国有地である寺院等の境内地その他の付属地につき、社寺等に無償で貸し付けてある国有財産の処分に関する法律が、当該土地を、無償貸付け中の寺院等に譲与又は時価の半額で売り払うことにしたのは、明治初年に国が寺院等から無償で取り上げた財産をその寺院等に返還するものであって、かかる沿革上の理由に基づく国有財産の整理は本条の趣旨に反しない。

#### ◎ 最判平24.2.16(重判平24憲法8事件)

##### [事案]

北海道砂川市は、長年市の土地を神社施設の敷地として無償で使用させてきたが、これは憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し、同施設の撤去および土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民であるXらが、市Yに対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づいて違法確認訴訟を提起した。本判決は、この違法確認訴訟が最高裁で差し戻された後の、第二次上告審判決である。差し戻し前の下級審判決は、いずれも違法を認めたのに対して、最高裁大法廷判決(最大判平22・1・20)は、本件私有地の利用提供行為は憲法89条等に違反するとしつつも、違憲状態解消の方法としては、神社施設の撤去および本件土地の明渡しをさせるほかにも、本件土地の全部または一部の無償譲渡、有償譲渡、あるいは適正価格での賃貸などの方法によることも可能であることから、これらの方法について審理を尽くすべきであるとして札幌高裁に差し戻した。その間、市長らは、氏子集団と協議の上、祠を集会場から取り出して鳥居付近に設置するとともに、祠・鳥居周辺の土地を氏子集団に適正価格で賃貸する合意(以下「本件手段」という。)をし、一部実行した。差し戻し後の札幌高裁判決は、このような解消手段が相当であるかが争われたものである。

##### [判旨]

「本件手段が実施されると、それまで無償で利用に供されていた本件賃貸予定地につき、適正な賃料が利用の対価として市に支払われることとなり、また、……本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大することの防止も確保される上、……本件賃貸予定地以外の部分からは、本件神社の徴表となる物件や表示は除去されることとなる。」

「各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえることも併せて総合考慮すると、本件手段が実施された場合に、本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきである。」

「他方、本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとするとは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成

員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが明らかである。」

そして、「本件氏子集団は、年額約3万5000円の賃料を負担することによって、本件賃貸予定地において従前と同様の祭事等を行うことが可能とな……（る）のであるから、本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものととどまるということが出来る。」

「そうすると、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である。」

本件手段は、「適正な対価による貸付けであるので、その実施には市議会による議決を要するものではなく」、また、「本件氏子集団の役員会の了解を取り付けた上で策定したものであって、……本件手段は確実に実施が可能なものということができ、その現実性を優に肯定することができる」。

「したがって、本件手段は、……違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり、市が、本件神社物件の撤去及び本件土地……の明渡しの請求の方法を採らずに、本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反するものではない」。

**【後段】**

一 本条後段は、「公の支配」に属しない慈善・教育・博愛事業のための公金の支出、公の財産の利用を禁止する。

二 ☆ （論点）後段の趣旨

（図表）89条後段の趣旨

自主性確保説	国家が経済的に優遇することによって、私的事業の主義・思想をコントロールする危険があり、私人の活動を政治的に利用するおそれもあることから、私的事業に対する不当な公権力の干渉を排除して、その自主性を確保しようとするための規定である
濫費防止説	財政民主主義の観点から、公費の濫用を来たさないように当該事業を監督すべきことを要求するための規定である
中立性確保説	私人がおこなう教育等の事業は特定の宗教的信念に基づくことが多いので、宗教や特定の思想信条が、国の財政的援助によって教育等の事業に浸透するのを防止するための規定である

三 ☆ (論点)「公の支配」の意義と私学助成の合憲性

(図表)「公の支配」の意義と私学助成の合憲性

		「公の支配」の意義	私学助成金の合憲性
A説 厳格説		「支配」とは、「その事業の予算を定め、その執行を監督し、さらに人事に関与するなど、その事業の根本的な方向に重大な影響を及ぼすことのできる権力を有することをいう」として、「公の支配」を厳格に解する(一般に自主性確保説の立場と結びつきやすい)	この説は、私立学校法59条、私立学校振興助成法12条で定められた程度の微温的・名目的な監督(報告を徴し勧告をおこなうこと)では、「公の支配」に属するといえるかどうかは疑問であり、助成は違憲の疑いがあるとする。ただ、助成は憲法26条によって当然に要請されており、憲法89条の範囲外にあると考え合憲となるとする見解も主張されている
B説 緩和説	b 1 説	「公の支配」を「国又は地方公共団体の一定の監督が及んでいることをもって足りる」と緩やかに解する(一般に濫費防止説の立場と結びつきやすい)	この説は、業務や会計の状況につき報告を受けたり、予算につき必要な変更をすべき旨を勧告する程度の監督権限を持っていれば助成は合憲となるとする
	b 2 説	「公の支配」の解釈にあたって、14条、23条、25条、26条など他の条項、特に26条との総合的解釈を行う(一般に中立性確保説の立場と結びつきやすい)	この説からは、私学助成は、「公の支配」の要件を満たし、合憲となる

◎ 幼児教室助成違憲訴訟(東京高判平2.1.29, 百選II 206事件)

[事案]

埼玉県吉川町では、町内の幼児の増加にともなう幼稚園の不足に対応するために、幼稚園と同様の教育事業をおこなっている幼児教室に対して、土地建物の無償貸与、補助金支出等の助成措置を講じてきた。これに対して市民Xらが、町長らを被告として、地方自治法の規定に基づき、この助成措置が違憲であるとして、土地・建物の無償使用の差止めと補助金相当額の損害賠償を求めて提訴した。

[判旨]

「同条後段の教育の事業に対する支出、利用の規制の趣旨は、公の支配に属しない教育事業に公の財産が支出又は利用された場合には、教育の事業はそれを営む者の教育についての信念、主義、思想の実現であるから、教育の名の下に、公教育の趣旨、目的に合致しない教育活動に公の財産が支出されたり、利用されたりする虞れがあり、ひいては公の財産が濫費される可能性があることに基づくものである。このような法の趣旨を考慮すると、教育の事業に対して公の財産を支出し、又は利用させるためには、その教育事業が公の支配に服することを要するが、その程度は、国又は地方公共団体等の公の権力が当該教育事業の運営、存立に影響を及ぼすことにより、右事業が公の利益に沿わない場合にはこれを是正する途が確保され、公の財産が濫費されることを防止しうることをもって足り……必ずしも、当該事業の人事、予算等に公権力が直接的に関与することを要するものではない」



- 四 「慈善」とは、老幼、病弱、貧困などによる身体的・経済的弱者に対して、その社会的困窮を救うために、物質的援助を行なうことをいう。「教育」とは、人の精神的・身体的育成のために継続的に人を教え導くことをいう。「博愛」とは、疾病・天災・戦禍などの災厄から不幸に陥った人を救済することをいう。
- 五 「事業に対し」とは、特にその事業を援助する効果をもつての意味である。そこで、国営企業が私立学校の生徒に学生割引を認めることなどは本条と関係ない。また、「これを支出し、又はその利用に供してはならない」とは、公の財産に基づく利益をそれらの事業に与えてはならないとの意味である。

#### 《過去問チェック》

- 次のアからウは、憲法第89条後段にいう「公の支配」に関する文章である。aはある見解を要約したものであり、bはそれぞれの見解に対する批判である。bがaに対する批判となり得る場合には1を、批判となり得ない場合には2を選びなさい。
- ア. a. 「公の支配」とは、国又は地方公共団体がその事業の根本的な方向に重大な影響を及ぼし得るような権力を有することをいう。  
b. この見解は、私学の自主性確保を重視するものであるが、現行法の私学助成が違憲となり現実的ではない上、「公の支配」に属する教育事業に公金を支出することを禁じていない憲法第89条後段と矛盾する。
- イ. a. 「公の支配」に属する事業とは、国家の支配の下に特に法的その他の規律を受けている事業をいう。  
b. この見解は、私学助成の現実的な必要性から、「公の支配」の要件を緩和するものであり、憲法第89条後段を空文化してしまう。
- ウ. a. 「公の支配」の解釈は、憲法第14条、第23条、第25条、第26条など他の憲法条項との体系的解釈によるべきである。  
b. この見解は、現行法の私学助成を合憲とするものであるが、体系的解釈によっては学校法人への助成を正当化することにはならない。  
(新司21-17)
- ☞ア批判となり得ない。憲法89条後段と矛盾するとしている点で、aに対する批判とはなり得ない。  
イ批判となり得る。法律による通常の規制・監督を受ける事業であれば公の支配に属する事業といえるならば、憲法89条後段の規定が空文化するという批判がなされている。  
ウ批判となり得る。憲法89条がある以上、憲法23条・26条を理由とすれば憲法89条違反とならないといふことはできず、結局私学助成を正当化することはできない。

■ 「全体」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年民法第22問〕（配点：2）

契約締結後に債務の履行に障害が生じた場合に関する次の1から4までの各記述のうち、誤っているものはどれか。（解答欄は，[No.22]）

1. 特定物の売買契約において，売主の責めに帰すべき事由により目的物引渡債務が履行不能になった場合，その売買契約の効力は法律上当然に失われ，買主は，代金を支払う義務を免れる。
2. 建物の賃貸借契約において，賃借人の責めに帰すべき事由により建物が滅失した場合，その賃貸借契約は法律上当然に終了し，賃借人は，それ以降賃料を支払う義務を負わない。
3. 建物の建築を目的とする請負契約において，当事者双方の責めに帰することができない事由により建築途中の建物が滅失した場合であっても，請負人は，新たに建物を建築し，これを完成させなければ，注文者に対し，請負代金全額の支払を請求することはできない。
4. 有償寄託契約において，受寄者の責めに帰することができない事由により寄託物の返還債務が履行不能になった場合，受寄者は，寄託者に対し，約定の存続期間のうち履行不能になった後の期間についての報酬の支払を求めることができない。

【肢別解答率】

	肢1	肢2	肢3	肢4
上位20%	<b>87</b>	5	2	6
全体	<b>63</b>	12	10	15
不合格者	<b>34</b>	25	24	17

民法 第22問	危険負担	H 2 7 司法試験
---------	------	------------

正解 [No.22] 1

1 誤り。債務者の帰責事由により履行不能が生じた場合には、不能となった債務自体は消滅せざるを得ないが、債務者の債務は、依然損害賠償債務となって存続するので、双務契約の債務の一方が不能によって消滅するという事態は起こらない。このため、相手方の債務も消滅せず、危険負担の問題は生じない。

よって、買主は代金を支払う義務を免れない。

したがって、本記述は誤っている。

2 正しい。最判昭4 2. 6. 2 2。判例は、「賃貸借の目的物たる家屋が滅失した場合には、賃貸借の趣旨は達成されなくなるから、これによつて賃貸借契約は当然に終了する」としている。そして、滅失の原因が借借人にある場合でも、借借人が損害賠償義務（民法4 1 5条，7 0 9条）を負うことは格別、滅失以降の賃料を支払う義務を負わない。

よって、借借人は建物が滅失した以降の賃料を支払う義務を負わない。

したがって、本記述は正しい。

3 正しい。請負の仕事の完成が当事者双方の責めに帰すべき事由によらずに不能となった場合危険負担の債務者主義が適用されて（民法5 3 6条1項）、報酬請求権も消滅する。

もっとも、請負契約自体が消滅するわけではないので（民法5 3 6条1項）、請負人が新たに建物を建築し、これを完成させれば、注文者に対し、請負代金全額の支払を請求できる。

よって、建物が滅失したときは、請負人は、新たに建物を建築し、これを完成させない限り、請負代金全額の支払を請求することはできない。

したがって、本記述は正しい。

4 正しい。民法6 6 5条，6 4 8条3項。寄託が受寄者の責めに帰することができない事由によってその履行の途中で終了した場合には、受寄者は、既にした履行の割合に応じて報酬請求権を取得する。これは、割合報酬が継続的寄託事務に対する報酬として適合的であるためである。

よって、履行不能後の期間については報酬請求権を取得していないから、報酬の支払を求めることはできない。

したがって、本記述は正しい。

以上全体につき、内田ⅡP. 60～75。川井(4)P. 37～51。

## 短答合格FILE抜粋

### 【危険負担】

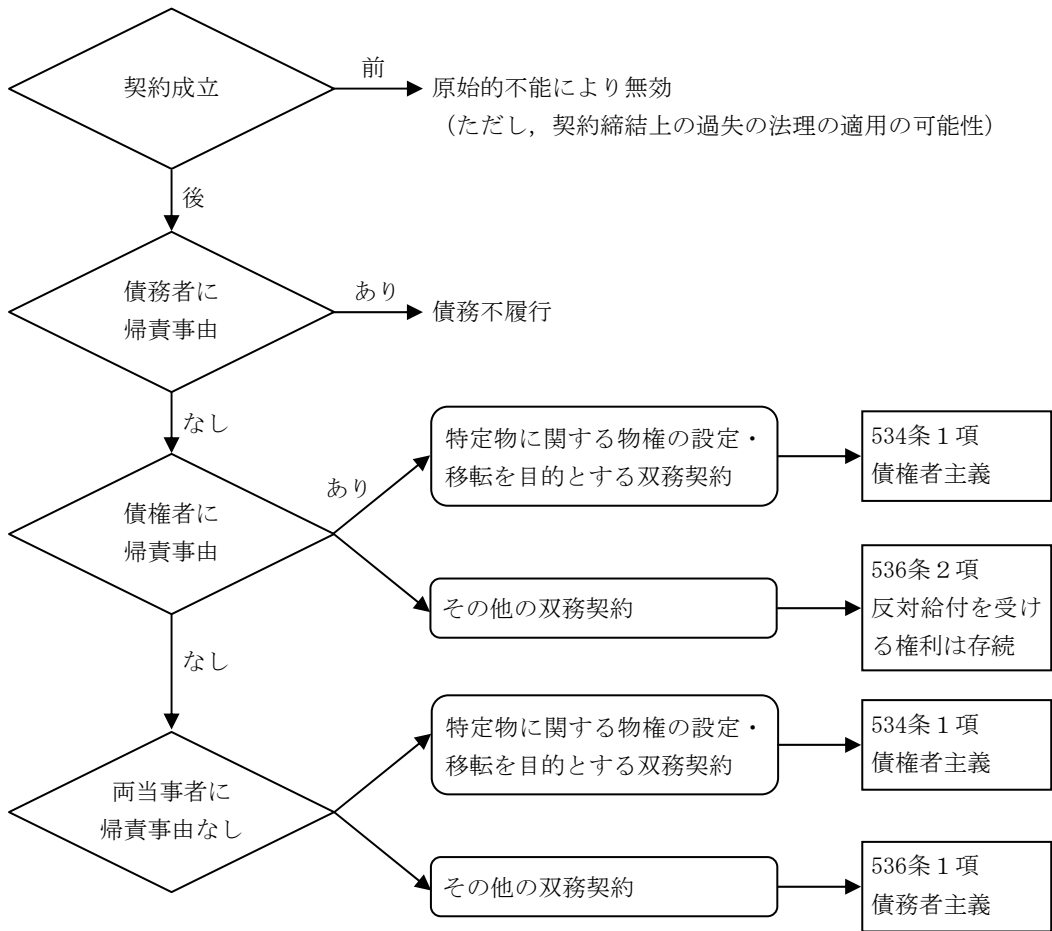
#### 一 意義

- 1 危険負担とは、双務契約成立後、一方の債務が債務者の責めに帰することができない事由によって履行不能となった場合、他方の債務も当然に消滅するか、という問題である（存続上の牽連性）。契約成立前に不能となっていれば、原始的不能の問題であり、危険負担の問題ではない。
- 2 不能となった債務を中心として、相手方の債務（反対債務）が消滅しない場合を債権者主義といい、相手方の債務も消滅する場合を債務者主義という。民法は債務者主義を原則とする（536条1項）。双務契約において両債務は互いに牽連しあっている。そこで、一方債務が履行不能によって消滅すれば他方債務も当然消滅とするのが公平だからである。

#### 二 適用範囲

- 1 債務不履行との関係 → 415条の解説参照
- 2 危険負担に関する規定は任意規定であり、当事者がこれと異なる特約をすることは可能である。

(図表) 危険負担と債務不履行の関係—目的物が滅失した場合



**第534条（債権者の危険負担）**

- 1 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。
- 2 不特定物に関する契約については、第401条第2項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

**【趣旨】**

本条は、536条1項の原則に対し、例外として債権者主義の適用される場合を規定した。買主は、目的物の価額の騰貴などの利益を受け得る地位にあるから、滅失・損傷による損失についても負担するのが公平であることなどがその根拠である。

## 【ポイント】

### 一 適用範囲

1 本条が適用されるのは、特定物に関する物権の設定又は移転を目的とする双務契約である（本条1項）。例えば、建物の売買などである。

#### 2 ☆（論点）適用範囲の限定

本条の債権者主義によると、契約の締結時から債権者が危険を負担することとなりそうである（非限定説）。しかし、買主は目的物の値上がりの利益と共に値下りの不利益も受けるのだから、さらに目的物の滅失・損傷の責任まで負うべきものとする債権者主義は合理性がない。そこで、本条の適用を制限するため、危険の移転時期を遅らせようとする立場が有力である。

##### (1) 限定説

危険移転の時期を契約締結時ではなく、より具体的に目的物の支配ないし利益の移転時（引渡・登記・代金支払など）とし、それまでは原則たる債務者主義（536条1項）によることとする。

〔理由〕 債権者主義の根拠は、売買によって買主が目的物の支配・利益を得ることにあり、通常それは単に契約締結しただけでは足りず、引渡し・登記・代金支払などにより決すべきである。

##### (2) 限定すべき場合の具体例

- A 二重売買 → いずれかの買主に登記移転したとき
- B 他人物売買（560条） → 売主が所有権を取得し買主に登記移転したとき
- C 所有権留保売買 → 引渡し・登記・代金支払のいずれかがされたとき

3 不特定物の売買では、特定を生じた後（401条2項）に履行不能を生じた場合、本条が適用される（本条2項）。

(1) 特定前に履行不能を生じていた場合（市場からその種の物が消滅したとき）は、本条は適用されず536条1項が適用される（大判大12.2.7）。

(2) 制限種類債務の場合も同様である。

(3) 選択債務の場合、履行不能又は選択によって給付が特定したときから本条が適用される。

→ 410条の解説参照

### 二 適用の効果

1 債権者の危険負担

債務者は本来の給付を免れつつ、反対給付を請求できる。

2 利益の償還

例えば、目的物保管費用など債務者が給付を免れたことによって利益を得た場合は、536条2項後段の類推適用により、債権者に償還義務を負う（大判昭2.2.25）。

3 代償請求権 → 422条の解説参照

**第535条（停止条件付双務契約における危険負担）**

- 1 前条の規定は、停止条件付双務契約の目的物が条件の成否が未定である間に滅失した場合には、適用しない。
- 2 停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰することができない事由によって損傷したときは、その損傷は、  
債権者の負担に帰する。
- 3 停止条件付双務契約の目的物が  
債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、  
条件が成就したときは、  
債権者は、その選択に従い、  
契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができる。  
この場合においては、損害賠償の請求を妨げない。

**【趣旨】**

本条は、特定物に関する物権の設定・移転を目的とする双務契約が停止条件付である場合について規定する。

**【ポイント】**

一 ☆（論点）本条の性質

本条の性質については、原始的・後発的不能の区別に関する基準時をどう考えるかと関連して争いがあり、それによって理論的な説明の仕方が異なる。

**（図表）停止条件付双務契約における危険負担の性質に関する学説とその帰結**

	原始的不能説	後発的不能説（多数説）
基準時	債権発生するとき	契約成立するとき
535条1項（目的物の滅失の場合）*1	原始的不能に危険負担の適用がないことを注意的に規定	危険負担の問題だが、条件成否未定の間は債権者保護のため、債務者主義の原則に還ることを規定
535条2項（目的物の損傷の場合）*2	本来物の原始的瑕疵として瑕疵担保（570条）で処理すべき場合だが、便宜的に危険負担の方法による解決に委ねた	目的物の存在する限り、534条を適用する趣旨を規定（ただし、滅失と損傷で区別することは合理性がないとして批判が強い）
535条3項（債務者の責めに帰すべき事由による損傷の場合）	原始的一部不能の場合にも契約は効力を発生するものとし、債権者に契約解除又は履行請求の選択権を与えた特別の規定	債務不履行の場面であり、一般原則に従い履行請求又は解除と、損害賠償請求をし得ることを注意的に規定

\*1 条件成就後の滅失の場合は、いずれにせよ534条の債権者主義による。

\*2 「損傷」とは、物の価値を変更せしめない軽微なものに限ると解されている。

二 解除条件付双務契約の場合

解除条件付の場合、契約は直ちに効力を生じ債権は発生する。したがって、通常は無条件の契約と同様、契約時から534条が適用される。ただ、条件が成就すると契約は遡及的に失効するから、既に履行がされている場合は目的物を不当利得として返還すべきことになる。

**第536条（債務者の危険負担等）《新司24-27》**

- 1 前2条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、  
債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。
- 2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。  
この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

**【趣旨】**

本条は、危険負担の原則としての債務者主義を規定する（1項）。また、債権者の責めに帰すべき事由によって不能が生じた場合にも債務者に危険を負担させるのでは公平に反することから債権者主義をとることを規定し（2項前段）、その場合に債務者に得た利益の償還義務を課した（2項後段）。

**【ポイント】**

**一 債務者主義の適用の効果（1項）**

債務者は反対給付を受ける権利を失う。反対給付を受領していた場合、不当利得として返還義務を負う。

**二 債権者の責めに帰すべき事由による履行不能（2項）**

- 1 「債権者の責めに帰すべき事由」には、受領遅滞後に当事者双方の責めに帰すべからざる事由で履行不能を生じた場合も含む。
- 2 適用の効果
  - (1) 債権者主義（前段）→534条の解説参照
  - (2) 利益の償還（後段）  
なお、代償請求については、422条の解説参照

**《過去問チェック》**

- Aは、Bから「自分の肖像画を描いてほしい。完成した肖像画と引換えに報酬100万円を払う。」と頼まれて請け負い、その後、Bの肖像画を完成させ、A宅に保管していたところ、引渡期日前に、この肖像画は隣人の失火によって焼失した。この場合、Bは、Aに対して、報酬100万円を支払わなければならない。（新司23-24）
  - ☞誤り。肖像画を完成させるという請負契約は特定物に関する物権の設定又は移転を目的とするものではないから、536条1項が適用され、債務者主義となる。よって、BはAに対し、報酬100万円を支払わなくてよい。
- Aは、Bに対して、A所有の中古住宅を代金3000万円で売却し、Bへの所有権移転登記と同時に代金全額を受け取るという約束でBにこの住宅を引き渡したが、Bに引き渡した2日後に、この住宅は隣人の失火によって全焼した。この場合、Bは、Aに対して、代金3000万円を支払わなければならない。（新司23-24）
  - ☞正しい。534条1項。
- Aは、Bとの間で、「Bが大学を卒業した際には、Aは、A所有の特定の自動車を10万円でBに売り渡す。」という契約をしたが、A宅敷地内の車庫に保管されていたこの自動車は、隣人の失火によって焼失し、その後、Bは、大学を卒業した。この場合、Bは、Aに対して、代金10万円を支払わなければならない。（新司23-24）
  - ☞誤り。535条1項、536条1項。



- Aは、Bとの間で、「Bが大学を卒業した際には、Aは、A所有の特定の自動車を10万円でBに売り渡す。」という契約をしたが、Aの失火によってこの自動車は焼失し、その後、Bは、大学を卒業した。この場合、Bは、この売買契約を解除することはできない。(新司23-24)
- ☞誤り。543条。
- 建物を目的物とする売買契約が締結された後、その引渡期日が到来する前に売主の占有下で当該建物の全部が滅失した場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。
- ア. 当該建物の滅失が売主の責めに帰すべき事由による場合、売主は、買主からの建物の引渡請求を拒絶することができる。
- イ. 当該建物の滅失が買主の責めに帰すべき事由による場合、売主は、買主に対して代金の支払を請求することはできない。
- ウ. 当該建物の滅失が売主の責めに帰すべき事由による場合、買主は、既に売主に代金を支払っているときは、契約を解除して、その代金の返還を請求することができる。
- エ. 当該建物の滅失が買主の責めに帰すべき事由による場合、買主は、既に売主に代金を支払っているときでも、その返還を請求することはできない。
- オ. 当該建物の滅失が不可抗力による場合、売買契約は契約時にさかのぼって無効となるため、買主は、既に売主に代金を支払っているときは、その返還を請求することができる。(新司25-17)
- ☞ア正しい。特定物である建物の売買契約をした後、その建物が滅失すると、給付をすることが物理的に不可能なので、売主の責めに帰すべき事由の有無にかかわらず、売主は、引渡義務を免れる。
- イ誤り。534条1項。本記述の売買契約は、建物の個性に着目した、特定物に関する物権の移転を目的とした双務契約であるから、建物が引渡債務を負う売主の責めに帰することができない事由によって滅失したときは、その滅失は、引渡債権者である買主の負担に帰する。
- ウ正しい。543条、545条。
- エ正しい。534条1項。債務者の責めに帰することができない事由とは、全くの不可抗力だけでなく、債権者の責めに帰すべき場合も含む。
- オ誤り。534条1項。当該建物の滅失が不可抗力による場合、534条1項が適用され、売買契約は無効とはならない。

## ■ 「全体」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年刑法第9問〕（配点：3）

次の【事例】に関する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。（解答欄は，[No.15]，[No.16]順不同）

### 【事例】

Aは、外国へ旅行に行った際、旅行先で知り合ったBから、荷物を預けるので手荷物として日本まで運んでほしいと依頼され、これを了承し、その荷物を日本に持ち込んだが、荷物の中身は覚せい剤であった。

なお、覚せい剤をみだりに日本に持ち込んだ場合には覚せい剤取締法の輸入罪が成立し、麻薬をみだりに日本に持ち込んだ場合には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立するものとする。

### 【記述】

1. Aは、Bから預かった荷物の中身は「薬物ではない。」と聞かされていたが、「薬物以外の何か違法なものかもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
2. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と思ったものの、覚せい剤を日本に持ち込むことは法律上禁止されていないと考えてこれを日本に持ち込んだ場合、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
3. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と聞かされたものの、覚せい剤が違法な薬物であることを知らず、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と認識してこれを日本に持ち込んだ場合でも、「覚せい剤」という認識がある以上、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
4. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤かもしれないし、もしかしたら麻薬かもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、Aには客体の認識に錯誤があり、麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑よりも軽いときには、Aには麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立する。
5. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤ではないが、麻薬である。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑と麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が同じときには、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。

上位20%	全体正答率	74%
全体	全体正答率	49%
不合格者	全体正答率	30%

刑 法 第 9 問	抽象的事実の錯誤	H 2 7 司法試験
-----------	----------	------------

正解 [No.15] [No.16] 2, 5 (順不同)

- 1 誤り。最決平2. 2. 9 (百選 I 40 事件)。判例は、本記述の事例と同様の事案において、「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」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、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないという、いわゆる「類」の認識があり、覚せい剤を除外していなければ、その概括的な認識の中に「覚せい剤」の未必的な認識も含まれるということを挙げている。
- 本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身が「薬物以外の何か違法なものかもしれない。」と思っていたにすぎず、Aには、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識がなかったといえる。
- よって、Aには、覚せい剤取締法の輸入罪の故意が認められず、同罪は成立しない。したがって、本記述は誤っている。
- 2 正しい。刑法38条3項。法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。
- これは、法律の錯誤に関する規定であり、法律の知不知が犯罪の成否を左右するものではないことを定め、責任主義は事実の認識面に関するものであることを明らかにしたものである。
- 本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身が「覚せい剤である。」と思ったため、覚せい剤取締法の輸入罪の犯罪事実を認識しているので、同時に覚せい剤を日本に持ち込むことは法律上禁止されていないと考えていたとしても、刑法38条3項本文適用によって故意は否定されない。
- よって、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。したがって、本記述は正しい。
- 3 誤り。本記述では、Aは本来違法な薬物である覚せい剤について、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と認識していたため、このようなAの錯誤が事実の錯誤に当たるか、法律の錯誤（違法性の錯誤）に当たるかが問題となる。
- 事実の錯誤とは、行為者が認識していた犯罪事実と異なる犯罪事実が発生することを用いる。これに対して、法律の錯誤は、行為者が錯誤によって違法性の意識を欠いた場合を用いる。
- 犯罪事実の認識は、それによって行為者に違法性の意識を喚起し、違法行為を思いとどまり適法行為に出るよう動機付けるものであるから、この認識を誤ると違法性の意識が喚起される契機がなくなってしまう。そのため、事実の錯誤の場合には故意が否定される。他方、法律の錯誤は、違法性の意識を喚起し得る事実を認識しながら、何

らかの理由で違法性の意識を喚起しないまま犯罪を実行した場合であるため、原則として故意を阻却しない。そうすると、両者の区別は、違法性の意識を喚起し得る程度 of 事実の認識を有していたか否かによって決するとされている。

本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身が「覚せい剤」という認識はあるものの、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と明確に認識しており、これが違法な薬物であるという認識を欠いていた。つまり、Aは違法性の意識を喚起し得る程度 of 事実の認識を有していなかったといえる。

よって、**Aの錯誤は事実の錯誤に当たるから、覚せい剤取締法の輸入罪の故意が阻却され、同罪は成立しない。**

したがって、本記述は誤っている。

- 4 誤り。**最決平2. 2. 9 (百選I40事件)。判例は、本記述の事例と同様の事案において、「被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪、同所持罪の故意に欠けるところはない」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、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないという、いわゆる「類」の認識があり、覚せい剤を除外していなければ、その概括的な認識の中に「覚せい剤」の未必的な認識も含まれるということを挙げている。

本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤かもしれないし、もしかしたら麻薬かもしれない。」と置いていたため、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったといえる。そのため、**Aには覚せい剤取締法の輸入罪に当たる犯罪事実の認識があったことになるから、客体の認識に錯誤はない。**

よって、**Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。**

したがって、本記述は誤っている。

- 5 正しい。**最決昭54. 3. 27。判例は、主観的には覚せい剤取締法の輸入罪を犯す意思で、客観的には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪に当たる事実を実現した事案において、「両法は、その取締の目的において同一であり、かつ、取締の方式が極めて近似して、輸入、輸出、製造、譲渡、譲受、所持等同じ態様の行為を犯罪としているうえ、それらが取締の対象とする麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によつてこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であつて、外観上も類似したものが多いことなどにかんがみると、麻薬と覚せい剤の間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうような類似性があるというべきである。」とし、「両罪は、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではない」としている。

このように、判例は、認識していた犯罪事実と発生した犯罪事実とが法定刑において同じ重さである場合には、発生した犯罪事実についての故意が認められ、その罪が成

立するとしている。

本記述では、Aは、主観的には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪を犯す意思で、客観的には覚せい剤取締法の輸入罪に当たる事実を実現したものであるが、覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑と麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑は同じであり、客観的に発生した覚せい剤取締法の輸入罪についての故意が認められる。

よって、Aには、覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。

したがって、本記述は正しい。

以上により、正しい記述は2と5であり、したがって、正解は肢2と肢5（順不同）となる。  
以上全体につき、山口P. 52～5, 101～122, 130～133。前田（総）P. 218～286。

## 短答合格 F I L E 抜粋

### 【抽象的事実の錯誤】

#### 一 異なる構成要件間の錯誤の意義

##### 1 抽象的事実の錯誤の2つの類型 (case I・II)

(図表) 抽象的事実の錯誤の2つの類型

case I	主観面は軽い犯罪事実で、客観面は重い犯罪事実の場合 (ex. 器物損壊の故意で、人の死の結果)	甲 $\begin{matrix} \text{-----} \rightarrow & \text{Aの飼犬} \\ & \searrow & \rightarrow & \text{A(人)} \end{matrix}$
case II	主観面は重い犯罪事実で、客観面は軽い犯罪事実の場合 (ex. 殺人の故意で、器物損壊の結果)	甲 $\begin{matrix} \text{-----} \rightarrow & \text{A(人)} \\ & \searrow & \rightarrow & \text{Aの飼犬} \end{matrix}$

##### 2 38条2項と問題の所在

38条2項は「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない」と定めている。したがって、case Iの場合に重い犯罪の刑を適用してはならないことは明らかであるが、①case IIの場合にどのような範囲で故意犯の成立を認めるか、更に②「重い罪によって処断することはできない」とは軽い罪に対応する刑を科さなければならないのか、無罪となるのか解釈に委ねられている。

##### 3 ☆ (論点) 法定的符合説と抽象的符合説

###### A説 抽象的符合説

抽象的符合説とは、一般的には、主観面と客観面が異なる構成要件に当てはまるとしても「およそ犯罪となる事実を認識して行為し、犯罪となる結果を生ぜしめた」以上、38条2項の範囲内で故意既遂犯の成立を認める見解であるといえる。もっとも、抽象的符合説内部においても学説がかなり対立しており、差異があることに注意する必要がある。

〔批判〕① 構成要件の類型的意味を無視するものである。

② 事実上故意犯がその故意の内容とは無関係に生じた結果に対応して認められることになり、責任主義に反する。

A<sub>1</sub>説 case I (軽い罪の故意で重い結果を生じた場合) では軽い罪の既遂罪と重い罪の過失犯が成立し (観念的競合)、case II (重い罪の故意で軽い結果を生じた場合) では重い罪の未遂犯と軽い罪の既遂犯が成立し、合一し重きに従うとする見解

cf. case IIの場合、双方とも故意犯なので、観念的競合とはせず、「合一」という用語を使用する。

A<sub>2</sub>説 ①認識した犯罪の未遂と②生じた結果の過失犯の成立を認め、更に③可罰的意思で可罰の結果を生ぜしめた以上、生じた結果の故意犯の成立も認めるが、①②と③は択一的な関係にあり、38条2項の範囲内で重い方を選択するとする見解

A<sub>3</sub>説 case I では、軽い罪の未遂と重い罪の過失犯が成立し (観念的競合)、ただし、重い罪の過失が存在しない場合には結論の妥当性から未遂処罰規定がなくとも軽い罪の未遂で処罰する。他方、case IIでも、重い罪の未遂と軽い罪の過失が成立するが、ただし、重い罪の未遂処罰規定がない場合には、軽い罪の故意犯の限度で処罰するとする見解

###### B説 法定的符合説

法定的符合説は、構成要件の範囲内で主観と客観が一致することを要求する見解であるから、異なった構成要件間における錯誤の場合には、原則として故意が阻却されることに

なる。したがって、case I では軽い罪の未遂犯と重い罪の過失犯が成立し（観念的競合）、case II でも重い罪の未遂犯と軽い罪の過失犯が成立することになる。

- [批判] ① 飼犬を狙って実際に飼犬を殺した場合には器物損壊罪の既遂（3年以下の懲役）となるが、法定的符合説では、飼犬を狙って人を死なせた場合、器物損壊罪の未遂（不可罰）と過失致死（罰金）となるにすぎないのは、明らかに刑の均衡を失する。
- ② 死体遺棄の故意で遺棄したところ、まだ生きていた場合の処断についても法定的符合説では死体遺棄罪の未遂又は不能犯（不可罰）と、過失による遺棄罪（不可罰）ということになり、この結論は一般の法感情に反する（ただし、この場合構成要件の重なり合いを認める法定的符合説もあることに注意）。

※なお、客体の錯誤事例において、主観的には重い罪の認識で客観的に軽い罪を犯した場合（例えば、被害者を女性だと思って強姦しようとしたが、男性だったため強制わいせつとなった場合）、重い罪（強姦罪）については、別途不能犯の成否が問題となる。

(図表) 抽象的事実の錯誤／case I・IIにおける各説の帰結

	case I (主→軽：客→重)		case II (主→重：客→軽)	
	軽い罪 (器物損壊)	重い罪 (人の死の結果)	重い罪 (殺人)	軽い罪 (器物損壊)
A <sub>1</sub> 説 牧野説	既遂犯 (器物損壊の既遂)	過失犯 (過失致死)	未遂犯 (殺人未遂)	既遂犯 (器物損壊の既遂)
A <sub>2</sub> 説 宮本説	未遂犯 (器物損壊の未遂 =不可罰)	過失犯+既遂犯 (過失致死+殺人 既遂)	未遂犯 (殺人未遂)	過失犯+既遂犯 (過失損壊+器物 損壊の既遂)
A <sub>3</sub> 説 草野説	未遂犯 (器物損壊の未遂 =不可罰)	過失犯 (過失致死)	未遂犯 (殺人未遂)	過失犯 (過失損壊=不可 罰)
B説 法定的符合説	未遂犯 (器物損壊の未遂 =不可罰)	過失犯 (過失致死)	未遂犯 (殺人未遂)	原則として過失犯 ※(過失損壊=不可 罰)

※ 法定的符合説は、図表のように原則として過失犯の成否を問題とするが、例外的に構成要件間に「構成要件的重なり合い」がある場合には軽い罪の限度で故意を認める。（「【抽象的事実の錯誤】一3」参照）

## 二 法定的符合説と構成要件的重なり合い

1 一3で述べたように法定的符合説では抽象的事実の錯誤の場合、原則として故意が阻却されることになる。しかし、一般に法定的符合説もこの点を修正して、両者の構成要件間に「構成要件的重なり合い」が認められる場合には故意は阻却されないとする。

### 2 ☆ (論点)「重なり合い」の判断基準

B<sub>1</sub>説 構成要件の符合説

B<sub>1</sub>-1説 形式説(香川)

構成要件間の重なり合いを厳格にとらえ、錯誤が基本的構成要件と派生的・加重(軽減)的構成要件にまたがる場合には構成要件的重なり合いを肯定するが、それ以外の場合には否定する見解

B<sub>1</sub>-2説 実質説（大塚・団藤・大谷・平野）

構成要件間の重なり合いを実質的にとらえ、基準として罪質の同一性を考慮し、法益及び行為態様において構成要件の重なり合いが認められる場合には故意が認められるとする見解

B<sub>2</sub>説 罪質（法益）符合説

両罪の罪質ないし保護法益が重なり合う限度で故意が認められるとする見解

B<sub>3</sub>説 不法・責任符合説

両罪の構成要件の内容をなす「不法・責任内容」が重なり合う限度で故意の成立を認める見解

※ 「重なり合いの基準」については、各説が多分化し、その分類の仕方も学者によって様々である。なお、B<sub>1</sub>-2実質的な構成要件の符合説、B<sub>2</sub>罪質符合説、B<sub>3</sub>不法・責任符合説は、その結論において、実質的にはほとんど差異はない。

3 具体的検討

（図表）抽象的事実の錯誤／caseⅢ・Ⅳにおける各説の帰結

caseⅢ	占有離脱物横領の故意で、窃盗の結果を発生させた場合
caseⅣ	死体遺棄の故意で、保護責任者遺棄罪の結果を発生させた場合

		caseⅢ	caseⅣ
抽象的符合説	A <sub>1</sub> 説	占有離脱物横領罪	死体遺棄罪
	A <sub>2</sub> 説	窃盗罪 ただし、処断刑は占有離脱物横領罪	保護責任者遺棄罪 ただし、処断刑は死体遺棄罪
	A <sub>3</sub> 説	占有離脱物横領罪の未遂	死体遺棄罪の未遂
法定的符合説	B <sub>1</sub> -1説	犯罪不成立	犯罪不成立
	B <sub>1</sub> -2説	占有離脱物横領罪	犯罪不成立 (又は死体遺棄罪 ※1)
	B <sub>2</sub> 説	占有離脱物横領罪	犯罪不成立
	B <sub>3</sub> 説	占有離脱物横領罪	犯罪不成立

※1 西原教授は、保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪との重なり合いを肯定する。

4 判例の立場

(1) 認識より重い犯罪を犯した場合

◎ 最決昭61.6.9（百選Ⅰ43事件）《新司20-7》

覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸粉末を麻薬であるコカインと誤信して所持した事案において、本決定は、覚せい剤を麻薬であるコカインと誤認して所持し、麻薬所持罪（懲役7年以下）を犯す意思で、覚せい剤所持罪（懲役10年以下）に当たる事実を実現した場合、麻薬と覚せい剤の類似性にかんがみると、この場合両者の構成要件は軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っているものと解するのが相当であるとし、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なる軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するとした。

◎ 最判昭25.10.10《新司プレー2》

正犯が被害者に傷害を加えるに至るかもしれないと認識しながら、短刀を貸与してこれを幫助したところ、正犯が殺人の意思をもってその短刀により右被害者を刺殺した場合に、「刑法第



38条第2項の適用上、軽き犯意についてその既遂を論ずべきであつて、重き事実の既遂を以つて論ずることはできない」ことを理由として、幫助者たる被告人に傷害致死罪の幫助犯の成立を認めている。

◎ 東京高判昭35.7.15《新司プレー2》

他人の所持する物を遺失物と誤信して領得した場合は、刑法38条2項により軽い遺失物横領罪として処断すべきである。

◎ 最決昭54.4.13（百選I90事件）

本決定は、暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が、殺人罪を犯した場合、故意のなかった他の共謀者については、傷害致死罪の共同正犯の成立を認め、傷害致死と殺人の構成要件的重なり合いを肯定した。

◎ 東京高判平25.8.28（重判平26刑法1事件）

【事案の概要】

税関長の許可を受けないでダイヤモンド原石を輸入する意思で禁制品である覚せい剤を輸入しようとした場合の罪責

【判旨】

「貨物を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である貨物を輸入する罪の犯罪構成要件が重なり合っているものと解し、無許可でダイヤモンド原石を輸入する意思で、輸入禁制品である本件覚せい剤を輸入しようとした被告人に、無許可で貨物を輸入する罪の故意及びその限度での氏名不詳者らとの共謀の成立を認めた原判断は、当裁判所もこれを正当として是認することができる。原判決に所論のいう法令適用の誤りはない。」

「関税法は、関税の確定、納付、徴収及び還付と並んで、貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理を図るための法律であり（1条）、税法であると同時に、貨物の輸出入に関する通関法としての性格を有するものであつて、このような通関法としての輸出入の適正な管理を図るため、貨物の輸出入について、一般に通関手続の履行を義務づけている（67条）。そして、同法111条は、貨物の無許可での輸出入を処罰する規定であつて、密輸出入犯に対する原則的規定であり、109条は、弁護人が指摘するとおり、本来、社会公共の秩序、衛生、風俗、信用その他の公益の侵害の防衛を目的とするものではあるが、これが関税法中に規定されたのは、公益の侵害の防衛という目的を達成するためには、公益を侵害する物品の輸入を禁止することが特に重要であり、かつ、その調査処分を、輸出入にかかる貨物について直接にその取締りの任にあたる税関職員に行わせるのが最も適当であると考えられたことによるものである。すなわち、111条と109条は、いずれも関税法の目的の一つである貨物の輸出入についての通関手続の適正な処理を図るための規定であつて、111条が無許可での輸出入を禁止する密輸出入犯に対する原則的規定であり、109条は、特に取締りの必要性が高い禁制品の密輸入につきその責任非難の強さに鑑み、特にこれを重く処罰することとした規定であると解することができる。また、確かに、111条は、無許可の輸出入行為を処罰の対象としており、109条は、許可の有無にかかわらず、禁制品の輸入行為を処罰の対象としている点で、対象となる行為の内容が異なるようにも見えるものの、禁制品の輸入が許可されることは通常あり得ないから、共に通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為を対象とする限度において犯罪構成要件が重なり合うものといふことができる。上記最高裁決定も、許可の有無という事情にかかわらず、覚せい剤を無許可で輸入する罪と輸入禁制品である麻薬を輸入する罪との間に犯罪構成要件の重なり合いを認めており、弁護人の指摘する差異が構成要件の重なり合いの判断に影響することはないといふべきである。そして、禁制品も輸入の対象物となるときは貨物であることに変わりがない。以上からすると、111条の無許可輸入罪と109条の禁制品輸入罪とは、ともに通関手続を履行しないでする貨物の密輸入行為を処罰の対象とする限度において、犯罪構成要件が重なり合っているものと解することができる。」

(2) 認識より軽い（又は法定刑が同一の）罪を犯した場合

◎ 最判昭23.10.23 《新司プレー2》

本判決は、甲・乙が虚偽公文書作成罪の教唆を共謀したところ、乙が公文書偽造罪の教唆を行った場合でも、公文書偽造教唆についての甲の故意は阻却されないとして、客体が公文書である点で共通するが、犯罪の構成要素としての主体適格を異にする虚偽公文書偽造罪と公文書偽造罪との実質的重なり合いを肯定した。

◎ 最決昭54.3.27（麻薬取締法違反）

営利目的で麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類粉末を覚せい剤と誤認して輸入した事案に関し、本決定は、両者は実質的に同一の法律による規制に服しているとみ得るし、両罪の法定刑も同一であるから、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているとみるのが相当であり、右の誤信は、麻薬密輸入罪の故意を阻却せず、麻薬密輸入罪が成立するとした。

《過去問チェック》

- 甲は、乙を殺害するため、けん銃で撃ち、弾丸が乙に命中するとともに、その背後にいた丙にも命中し、乙は負傷したにとどまったが、丙は死亡した。右事案における甲の罪責につき、乙に対する殺人未遂と丙に対する過失致死の観念的競合を認める見解がある。右見解に対しては、「『客体の錯誤』と『方法の錯誤』とが、明確に区別できることを前提としているが、その区別は必ずしも容易ではない」という批判が妥当する。(旧司10-44)
- 甲は、パチンコ店の従業員乙が運搬していた同店の売上金の入ったかばんを強取するため、乙の後方から、乙の頭部を狙い、殺意をもってけん銃の弾丸を発射したところ、同弾丸は乙の肩を貫通した上、甲が認識していなかった通行人丙の腹部に命中し、乙と丙にそれぞれ傷害を負わせた。この場合、甲には、乙に対する強盗殺人未遂罪、丙に対する強盗殺人未遂罪がそれぞれ成立し、両罪は観念的競合となる。(新司23-18、予備23-11)
  - ☞正しい。最判昭53.7.28（百選I 42事件）。
- 甲は、Aを川の中に突き落として溺死させようと思い、橋の側端に立っていたAを突き飛ばしたところ、Aは落下する途中で橋脚に頭部を強打して即死した。甲には殺人既遂罪が成立する。(新司24-7、予備24-12)
  - ☞正しい。大判大12.4.30（百選I 15事件）。
- 甲は、乙に対し、Aを殺害しようとしたところ、乙は、その旨決意し、夜道で待ち伏せした上、歩いてきた男をAだと思って包丁で刺し殺したが、実際には、その男はBであった。甲には殺人既遂罪の教唆犯が成立する。(新司24-7、予備24-12)
  - ☞正しい。最判昭53.7.28（百選I 42事件）。
- 甲は、隣人Aの居宅の玄関前に置いてあった自転車を、Aの所有物と認識して持ち去ったが、実際には、同自転車は無主物だった。甲には遺失物等横領罪が成立する。(新司24-7、予備24-12)
  - ☞誤り。無主物は遺失物等横領罪の客体とはなり得ない。
- 甲は、駐車場で駐車中のA所有の自動車を見て、Aに対する腹いせに傷つけてやろうと思って石を投げたが、狙いがそれて、その隣に駐車中のB所有の自動車に石が当たってフロントガラスが割れた。甲には器物損壊罪が成立する。(新司24-7、予備24-12)
  - ☞正しい。最判昭53.7.28（百選I 42事件）。
- 暴力団組長甲は、配下組員乙に対し、「もし、Aがこちらの要求を聞き入れなかったら、Aを殺してこい。Aがこちらの要求を聞き入れるのであれば、Aを殺す必要はない。」旨指示し、乙にけん銃を手渡した上、乙を対立する暴力団組員Aのところに行かせた。乙は、Aが要求を聞き入れなかったので、Aをけん銃で射殺した。甲には殺人罪の故意が認められる。(予備25-7)
  - ☞正しい。最決昭56.12.21。
- 甲は、駐車場で他人の所有する自動車に放火し、公共の危険を生じさせた。その際、甲は、公共の危険が発生するとは認識していなかった。甲には建造物等以外放火罪の故意は認められない。(予備25-7)
  - ☞誤り。最判昭60.3.28（百選II 85事件）。判例は、「110条1項の放火罪が成立するためには、火を放つて同条所定の物を焼燬する認識のあることが必要であるが、焼燬の結果公共の危険を発生させることまでを

認識する必要はない」としている。

- 甲は、乙から、乙が窃取してきた貴金属類を、乙が盗んできたものかもしれないと思いながら、あえて買い取った。甲には盗品等有償譲受け罪の故意が認められる。(予備25-7)  
 ☞正しい。最判昭23.3.16(百選I41事件)。
- 覚せい剤が含まれている錠剤を所持していた甲は、同錠剤について、身体に有害で違法な薬物類であるとの認識はあったが、覚せい剤や麻薬類ではないと認識していた。甲には覚せい剤取締法違反(覚せい剤所持)の罪の故意が認められる。(予備25-7)  
 ☞誤り。最判平2.2.9(百選I40事件)。本記述では、甲は、身体に有害で違法な薬物類であるとの認識はあったものの、覚せい剤や麻薬類ではないと認識しており、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識はなかったといえる。
- 甲は、Aを殺害しようと考え、Aに向けてけん銃を発射し、弾丸をAに命中させ、Aを死亡させたが、同弾丸は、Aの身体を貫通し、甲が認識していなかったBにも命中し、Bも死亡した。甲にはA及びBに対する殺人罪の故意が認められる。(予備25-7)  
 ☞正しい。最判昭53.7.28(百選I42事件)。
- 次の【事例】に関する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。

**【事例】**

Aは、外国へ旅行に行った際、旅行先で知り合ったBから、荷物を預けるので手荷物として日本まで運んでほしいと依頼され、これを了承し、その荷物を日本に持ち込んだが、荷物の中身は覚せい剤であった。なお、覚せい剤をみだりに日本に持ち込んだ場合には覚せい剤取締法の輸入罪が成立し、麻薬をみだりに日本に持ち込んだ場合には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立するものとする。

**【記述】**

1. Aは、Bから預かった荷物の中身は「薬物ではない。」と聞かされていたが、「薬物以外の何か違法なものかもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
  2. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と思ったものの、覚せい剤を日本に持ち込むことは法律上禁止されていないと考えてこれを日本に持ち込んだ場合、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
  3. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と聞かされたものの、覚せい剤が違法な薬物であることを知らず、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と認識してこれを日本に持ち込んだ場合でも、「覚せい剤」という認識がある以上、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
  4. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤かもしれないし、もしかしたら麻薬かもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、Aには客体の認識に錯誤があり、麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑よりも軽いときには、Aには麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立する。
  5. Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤ではないが、麻薬である。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑と麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が同じときには、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。(新司27-9)  
 ☞1誤り。最決平2.2.9(百選I40事件)。本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身が「薬物以外の何か違法なものかもしれない。」と聞いていたにすぎず、Aには、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識がなかったといえる。よって、Aには、覚せい剤取締法の輸入罪の故意が認められず、同罪は成立しない。
- 2正しい。38条3項。
- 3誤り。本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身が「覚せい剤」という認識はあるものの、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と明確に認識しており、これが違法な薬物であるという認識を欠いていた。よって、Aの錯誤は事実の錯誤に当たるから、覚せい剤取締法の輸入罪の故意が阻却され、同罪は成立しない。
- 4誤り。最決平2.2.9(百選I40事件)。本記述では、Aは、Bから預かった荷物の中身は「覚せい剤かもしれないし、もしかしたら麻薬かもしれない。」と聞いていたため、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったといえる。そのため、客体の認識に錯誤はない。よって、Aには覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
- 5正しい。最決昭54.3.27。

■ 「不合格者」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年第14問〕（配点：2）

委任立法に関する次のアからエまでの各記述について、誤っているもの二つの組合せを、後記1から6までの中から選びなさい。（解答欄は、[No.30]）

ア．憲法第73条第6号は委任命令を一般的に認めているが、多数説は、専門技術性と迅速な対応の必要性から、権利や義務に関して法律の内容の詳細規定の命令への委任を認めている。

イ．憲法第41条からして、命令に委任する場合には、白紙委任が禁止される。さらに、学説は、当該法律の本質をなす部分や重要事項に関して議会在が定めることを求める。

ウ．判例は、被勾留者には一般市民としての自由が制約されることを理由に、14歳未満の者との接見を原則として認めていなかった当時の監獄法施行規則を委任の趣旨の範囲内とした。

エ．判例は、インターネット販売が認められる医薬品を一定の医薬品に限定した薬事法施行規則について、法律の委任の範囲を逸脱した違法なものであるとした。

1. アとイ    2. アとウ    3. アとエ    4. イとウ    5. イとエ    6. ウとエ

【肢別解答率】

	肢1	肢2	肢3	肢4	肢5	肢6
上位20%	0	<b>73</b>	1	10	0	16
全体	1	<b>53</b>	3	12	1	30
不合格者	1	<b>33</b>	7	14	4	41

憲 法 第14問	委任立法	H 2 7 司法試験
----------	------	------------

正解 [No.30] 2

**ア誤り。**憲法73条6号本文は、「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」を規定している。これは、内閣の制定する命令である政令のうち執行命令（法律の規定を執行するために必要な細則を定める命令）の性質を有する政令を定めることを明文で認めたものである。

そして、委任命令（法律によって委任された事項を定める命令）について、憲法は、73条6号但書で内閣が政令で罰則を設けることができる例外的な場合を規定するのみで、それを一般的に認めているわけではない。

他方で、多数説は専門的・技術的な事項や環境の変化に応じた迅速な改正が必要な事項については、立法を委任する必要があることから、憲法は立法の委任を禁止していないとしている。

したがって、本記述は、憲法73条6号は委任命令を一般的に認めているとしている点で、誤っている。

**イ正しい。**法律の委任は、立法権が国会に属するという憲法の原則（憲法41条）を崩さない程度において行われるべきであるから、委任の範囲は具体的・個別的に限定されるべきであり、一般的・包括的な白紙委任は認められないとされており、さらに、白紙委任の禁止だけでなく、命令に委任する場合には当該法律の本質をなす部分や重要事項は議会で定められることが必要であると解されている。

したがって、本記述は正しい。

**ウ誤り。**最判平3. 7. 9（行政百選I 52事件）。判例は、被勾留者と幼年者との接見を原則として許さないこととし、例外として、限られた場合に監獄の長の裁量によりこれを許すこととしていた当時の監獄法施行規則120条及び124条の規定は、「被勾留者と幼年者との接見を許さないとする限度において、法〔注：旧監獄法〕50条の委任の範囲を超えた無効のものと断ぜざるを得ない」としている。

その理由として、判例は、「被勾留者には一般市民としての自由が保障されるので、法〔注：旧監獄法〕45条は、被勾留者と外部の者との接見は原則としてこれを許すものとし、例外的に、これを許すと支障を来す場合があることを考慮して、…接見に合理的な制限を加えることができる、としているにすぎないと解される」ところ、「この理は、被勾留者との接見を求める者が幼年者であっても異なるところはない」ということを挙げている。

したがって、本記述は、委任の趣旨の範囲内としたとしている点で、誤っている。

**エ正しい。**最判平25. 1. 11（百選II A 11事件）。判例は、平成21年改正後の薬事法施行規則において、店舗以外の場所にいる者に対する郵便その他の方法による医薬品の販売又は授与は一定の医薬品に限って行うことができる旨の規定及びそれ以外の医薬品の販売若しくは授与又は情報提供はいずれも店舗において薬剤師等の専門家との対面により行わなければならない旨の規定が設けられたことについて、インターネットを通じた郵便等販売を行う事業者が、当該施行規則の当該各規定は郵便等販売を広範に

禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものであって無効であるなどと主張して、郵便等販売をすることができる権利ないし地位を有することの確認等を求めた事案において、改正後の薬事法「施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、①当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない…ものとし、②当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない…ものとし、③郵便等販売をしてはならない…ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、**新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである**」としている。

したがって、本記述は正しい。

以上により、誤っている記述はアとウであり、したがって、正解は肢2となる。

以上全体につき、芦部（憲法）P.298～9。有斐閣憲法ⅡP.76～8、210～212、418～9。

## 短答合格FILE抜粋

### 第41条〔国会の地位・立法権〕

国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

#### 【明治憲法】

明治憲法でも帝国議会在が設けられ、三権分立が採用されていたが、帝国議会在は統治権の総攬者たる天皇の「協賛機関」にすぎず（37条）、その権限と組織について、憲法上さまざまな制約が課されていた（天皇の法律の裁可権（6条）、天皇の緊急勅令（8条）、天皇の独立命令（9条））。

#### 【趣旨】

本条は、65条（行政権）、76条1項（司法権）と並んで、三権分立の原理の下における立法権の帰属を示している。

#### 【国権の最高機関】

##### 一 「国権」

「国権」とは、国家権力もしくは、国家の支配権そのものを意味する。伝統的には、「統治権」と呼ばれ、立法権・行政権・司法権などの諸々の統治活動をなす権力を総称するものである。

##### 二 ☆（論点）「最高機関」の意味

A説 政治的美称説 → 法的意味を有しない。

国会が主権者たる国民に次いで高い地位にあり国政の中心に位置する重要な国家機関であることを政治的に強調したものにすぎない。

〔理由〕① 国会は主権者でもなく、統治権の総攬者の地位に立つものでもなく、実質的に内閣の解散権と裁判所の違憲立法審査権によって抑制されていることから、「最高」を法的意味として考えることはできない。

② 内閣・裁判所もそれぞれが担当する権限については他の機関の命令には服しないという意味で、最高独立の機関である。

B説 統括機関説 → 法的意味を有する。

国家法人説を前提にしつつ、国会は、明治憲法下の天皇に代わり国家の活動を創設・保持し、終局的な決定を下すという意味で最高機関である。国会は最高機関として、国家作用を行う種々の機関に対して統括をなす権限を有する。

〔理由〕① 国民全体を国権の源泉者とする日本国憲法では、国会が国権の統括機関である。

② 国権の発動は、多数の国家機関によって行われるのであるから、これを統括して国家全体の目的を達するために、とくに統括を任務とする機関が必要である。

〔批判〕 国家活動を創設したり終局的に決定するのは、本来は主権者たる国民の任務であつて、国会の役割ではない。

C説 総合調整機関説 → 法的意味を有する。

行政・司法に関する組織・権限は、法律によって具体化され、また、行政・司法作用の行為は法律に準拠して行われる。かかる法律を制定する権限を国会が独占しているのは国会が国政全般について絶えず配慮すべき地位にあることを表している。また、そのことから「最高」を単なる政治的の宣言と見るべきではなく、法的効果を導けるような法的意味に理解すべきである。

〔理由〕① 行政権の拡大を防止するためには、「最高機関」を法的な意味を持つものと積極的に

解釈し、国会の権限を強化すべきである。

- ② 国会は国民代表機関であるという政治的性格と、立法を含め広汎な総合調整的機能を遂行する国家機関である。

※ 各説の帰結

B説・C説（特にB説）からは「最高」という語には法的意味がある以上、国家諸機関の権能及び相互関係を解釈する際の解釈準則となり、また、権限所属が不明確な場合には国会にあると推定すべき根拠となる。

もっとも、A説によっても、①法的意味を認めなくとも解釈準則とすることは可能であるし、②国会が国民に代わってその職責を行使する代表機関であることを根拠に、帰属不明の権限は国会に属すると推定することは可能である。とはいえ、「最高機関」性から無媒介に法的な国会への権限推定規定たる効果を持たせることは、当該規定の法的意味を否定する政治的美称説の前提に反する。

【唯一の「立法」機関】

一 「立法」

1 形式的意味の立法と実質的意味の立法

(1) 形式的意味の立法

内容のいかんを問わず、国会の議決により成立する、国法の一形式としての「法律」。

〔批判〕 それでは国会は法律を制定する機関ということとなり、トートロジーとなる。

(2) 実質的意味の立法

「法規」という一定の内容と性質をもつ成文の法規範を制定する作用。

2 ☆ （論点）実質的意味の立法の意味

（図表）実質的意味の立法の意味についての各説

	意 味	理 由	批 判
狭義説	直接又は間接に国民を拘束し、あるいは国民に負担を課する新たな法規範である。	歴史的に「法規」概念は、国民の権利・自由を制限する法規範の制定は議会の立法権に留保せしめるというところに生み出された概念である。	かかる法規概念は、立憲君主制下で立法権の範囲を限定し、立法権の最小限度の領域として確保しようとする意図をもつにすぎず、国民主権の下で国会を唯一の立法機関とする日本国憲法では、憲法の守備範囲が必要以上に狭くなってしまふ。
広義説	およそ一般的・抽象的法規範をすべて含む。	①国民主権原理・法治主義（法の支配）原理・憲法41条の趣旨・行政権に対する民主的統制の必要性からすれば、法概念は広くとらえるべきである。②かく解することで、法規範の定立によって社会生活における法的安定性や予測可能性を確保し、市民法秩序や自由主義的政治原理を支える基軸としての役割を果たすことができる。	本説のように実質的意味の立法の意味を拡張すれば、その大部分は憲法の定める他の国法形式の所管と重複することになり、その重複部分が「唯一」の例外となって、「唯一」の意味がなくなってしまう。



### 3 ☆ (論点) 各説と行政組織の法定との関係

#### A説 狭義説

行政組織については、法律によって定める必要はない。行政組織の内部部局等の設置改廃に関する事項についての法規範の定立は、「立法」に含まれない。

#### B説 広義説

行政組織については、法律で定められるべきである。行政権の組織と権限に関する規範は、「法規」に含まれる。

この行政組織法定主義の根拠については、①明治憲法において認められていた行政組織及びその権限に関する行政権者の単独決定権を日本国憲法が否定したこと、②73条4号の規定からは、官吏に属すべき行政組織の決定を法律事項とする類推が可能なこと、③国会を国権の最高機関とする41条から、いずれの機関に属するか不明な事項は国会の権限とされること等が挙げられる。

ただし、国の行政機関そのものとは異なり、国の行政組織の内部部局等の設置改廃に関する事項は任意的法律事項（政令でも定め得る）であり、憲法上必ずしも法律で定めることを要しないが、法律で定めることもできるとする見解もある（芦部）。

\* B説に立って行政組織法定主義が41条によって基礎づけられるとしても、その範囲がどこまで及ぶかはまた別個の問題である。

なお、細目事項については政令に委任がなされている（国家行政組織法7条4項、5項、6項）。

### 4 ☆ (論点) 法律の一般性と措置法

#### (1) 問題の所在

広義説は、法律の一般性を要求する。ここで「法律の一般性」とは、法律が不特定の人及び事件について一般的に妥当すべきであるとの要請をいう。その根拠は、法の下での平等・法の支配とりわけ予測可能性を担保するためには法律が一般的性格を持つことを必要とすることに求められる。そこで、広義説では、法律の一般性の要件を欠く処分的法律（措置法）は41条に反し違憲ではないかが問題となる。

#### (2) 学説

##### A説 原則合憲説（芦部・憲法と議会政・262頁以下）

個別的・具体的法律としての措置法は、権力分立原理ないし平等原則との関係で、その合憲性が問題となる。しかし、権力分立原理の核心が侵され、議会・政府の憲法上の関係が決定的に破壊されるような場合を除いて、直ちに権力分立違反と断ずることはできないし、また平等原則とも必ずしも矛盾するものではない。

〔理由〕① 現代国家における立法と行政の分立は、第1に、一般的・抽象的法規範と個別的・具体的行政行為との間に一連の中間形式が存在すること、第2に、議院内閣制の確立によって、少なくとも議会と政府の間に権力分立原理は決定的意味を持たなくなったことなど、かなり大きな変貌を示している。

② 平等原則も、社会国家においては具体的事実の差異に応じる実質的・合理的差別が要請されるので、個別的・具体的法律を直ちに否定する根拠にはならない。

##### B説 原則違憲説（佐藤幸治・樋口・戸波等）

〔理由〕① 立法の一般的性格は「法の支配」と重要なかわり合いを持っている。つまり、国民が人による恣意的な支配意思の対象とされないこと、即ち、人間を、予見可能な規範の下に、かつ平等の配慮と尊重をもって扱うという要請にかかわっている。

- ② 95条は、個別的法律の存在を前提としているようにも見受けられるが、他方で、地方自治を守る趣旨から特に住民投票を要求して個別的法律に対して著しく防御的姿勢を示している（佐藤幸治・憲法・145頁以下）。
- ③ 法律を一般的規範と考える見解は、もともと、「一般的規範は法律でなければならぬ」とすることによって「立法専制に対する防壁」を設けようとしたはずであった。今日、人権の狙い打ち的侵害に対して「法律の一般性」が果たすであろう役割を無視してよい状況ではない。

## 【「唯一」の立法機関】

### 一 意義

国会の「唯一」の立法機関性とは、実質的意味の立法は専ら国会が定めなければならないことをいう。具体的には、国会中心立法の原則と国会単独立法の原則を意味する。

### 二 国会中心立法の原則

#### 1 意義

国会が立法権を独占し、憲法に特別の定めがある場合を除いて、国会以外の機関による立法を認めないことをいう。

→明治憲法下で認められていた緊急勅令・独立命令のような行政権による立法は認められない。このことは、行政権が行う立法を、法律の執行に必要な細則を定める執行命令と法律の委任に基づく委任命令に限定する立法一元制にも示されている（73条6号）。

#### 2 例外～憲法に特別の定めがある場合

##### (1) 議院の規則制定権（58条2項）

議院の自律性を尊重するため、各議院は会議その他の手続及び内部の規律について単独で立法することができる。ただ、各議院は国会の一部であるから、実質的に見れば、議院規則の制定は国会による立法の例外ではないとする見解がある。

##### (2) 最高裁判所の規則制定権（77条1項）

司法権の独立及び合目的見地から、最高裁判所は訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について規則制定権を有する。

ただ、裁判所規則は裁判所の内部的な自律権の発動形式であり、法律とは性質を異にするものであるから、立法権独占の例外ではないとする見解がある。→裁判所規則と法律との関係については77条の解説参照。

##### (3) 政令（73条6号）

行政権が法律の規定を執行するため及び法律の委任がある場合には、専門・技術の見地から政令の制定が許容される。

ただ、政令は法律を執行するためか、あるいは具体的な委任がある場合にのみ認められるので、政令は国会による立法の例外ではないとする見解がある。

##### (4) 地方公共団体の条例制定権（94条）

地方公共団体は、自治権を確保するために、その処理し得る事務に関し法律の範囲内で条例制定権を有する。

ただ、地方議会による条例制定は国会による法律制定と性質が同じであること、又は条例は国の立法ではないことから、41条の例外ではないとする見解がある。

#### 3 ☆（論点）委任立法

- (1) 委任立法とは、本来、法律によって定めるべき事項について、立法府自身が定めずに、その権限を他の諸機関に委任して立法を行わせることをいう。

(2) 委任立法の可否

① 形式的根拠（許容性）

73条6号但書→人権侵害の可能性の著しい罰則についてさえ委任立法を認めるものであり、その反面として、一般的に法律事項の政令への委任を認める趣旨と解釈する。

② 実質的根拠（必要性）

現代国家における立法過程と社会国家実現のための国家任務の増大・複雑化。

ア 専門的・技術的事項に関する立法の要求が著しく増大したこと。

イ 事情の変化に即応する機敏な適応性が要求される事項についての立法分野が増大したこと。

ウ 一般性・抽象性を本質とする法律では地方の特殊事情を考慮することが困難な場合が多いこと。

エ 客観的公正が望まれる事項についての立法等、国会が全面的に処理するのは必ずしも適切でない分野が存在すること。

◎ 最判平14.1.31（百選Ⅱ213事件）

児童扶養手当法施行令1条の2第3号が、「（父から認知された児童を除く。）」とする括弧書を除いた本文において、婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象児童としながら、括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、児童扶養手当法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。そうすると、括弧書を根拠としてなされた児童扶養手当受給資格喪失処分は違法といわざるを得ない。

◎ 最判平25.1.11（百選ⅡA11事件）

【事案】

新薬事法の委任を受けて制定された薬事法施行規則には、第一類医薬品から第三類医薬品に区分された一般用医薬品のうち、ネット販売を含む「郵便等販売」を行うことができるのは、第三類医薬品に限られるとする規定及びそれ以外の医薬品の販売若しくは授与又は情報提供はいずれも店舗において薬剤師などの専門家との対面により行なわなければならない旨の規定が設けられていた。かかる薬事法施行規則の規定が新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものであるかが問題となった。

【判旨】

「新薬事法成立の前後を通じてインターネットを通じた郵便等販売に対する需要は現実に相当程度存在していた上、郵便等販売を広範に制限することに反対する意見は一般の消費者のみならず専門家・有識者等の間にも少なからず見られ、また、政府部内においてすら、一般用医薬品の販売又は授与の方法として安全面で郵便等販売が対面販売より劣るとの知見は確立されておらず、薬剤師が配置されていない事実直接起因する一般用医薬品の副作用等による事故も報告されていないとの認識を前提に、消費者の利便性の見地からも、一般用医薬品の販売又は授与の方法を店舗における対面によるものに限定すべき理由には乏しいとの趣旨の見解が根強く存在していたものといえる。しかも、憲法22条1項による保障は、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されるところ…、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである。これらの事情の下で、厚生労働大臣が制定した郵便等販売を規制する新施行規則の規定が、これを定める根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法38条1項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんじやくした上で、新薬事法36条の5及び36条の6を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授権の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要するものというべきである。」

「新薬事法36条の5及び36条の6は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法37条1項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない。また、新薬事法の他の規定中にも、店舗販売業者による一般用医薬品の販売又は授与やその際の情報提供の方法を原則として店舗における対面によるものに限るべきであるとか、郵便等販売を規制すべきであるとの趣旨を明確に示すものは存在しない。…そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難であるというべきである。」

「したがって、新施行規則のうち、…各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。」

### (3) 委任立法の限界

一般的・包括的な白紙委任は、唯一の立法機関としての国会の地位を無意味ならしめるため禁止され、法律が特に指定する特定の目的・事項について、法律の指定した範囲内における個別的・具体的な委任のみ許される。

。

■ 「不合格者」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年民法第8問〕（配点：2）

登記請求権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.8】）

- ア. Aの所有する甲土地がAからB、BからCに順次譲渡された場合において、Bは、甲土地の所有権を喪失していても、Aに対し、AからBへの所有権移転登記手続を請求することができる。
- イ. Aの所有する甲土地がAからB、BからCに順次譲渡されたにもかかわらず、登記名義がなおAに残っている場合、Cは、Aに対し、AからCに対する真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求することはできない。
- ウ. Aの所有する甲土地についてAからB、BからCへの所有権移転登記がされている場合、それぞれの所有権移転登記に対応する権利変動がないときは、Aは、Cに対し、直接自己への所有権移転登記手続を請求することはできない。
- エ. Aの所有する甲土地についてAからB、BからCへの各売買を原因とする所有権移転登記がされている場合、AからB、BからCへの各売買がいずれも無効であるときは、Aは、Cに対し、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することができるが、Bは、Cに対し、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することはできない。
- オ. Aが、Bに売却した甲土地について所有権移転登記手続をしない間に死亡し、Aの共同相続人であるCとDがAの代金債権と所有権移転登記義務を相続した場合、Dがその所有権移転登記義務の履行を拒絶しているため、Bが同時履行の抗弁権を理由として代金を支払わないときは、Cは、Bに対する自己の代金債権を保全するため、Bに代位して、BのDに対する所有権移転登記手続請求権を行使することはできない。

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

【肢別解答率】

	肢1	肢2	肢3	肢4	肢5
上位20%	<b>87</b>	7	4	2	0
全体	<b>65</b>	21	5	7	2
不合格者	<b>36</b>	40	7	11	6

民法 第8問	登記請求権	H27司法試験
--------	-------	---------

正解 [No.8] 1

**ア正しい。**大判大5. 4. 1。登記請求権は、一般に物権的登記請求権、債権的登記請求権、物権変動的登記請求権の3類型に整理される。このうち、物権変動的登記請求権とは、物権変動の過程・態様と登記とが一致しない場合に、その不一致を除去するために、物権変動それ自体からこれに対応する請求権として発生する登記請求権である。

そして、判例は、買主は、たとえ不動産を転売してその所有権を喪失したとしても、まず自己の所有権の取得の登記をし、その取得を完全なものとした後、転得者に対して転売による所有権移転登記の義務をつくすべきものであり、転売によって自己の登記請求権を失うものではないとしている。

本記述では、**Bは、甲土地の所有権を喪失していても、Aに対し、AからBへの所有権移転登記手続を請求することができる。**

したがって、本記述は正しい。

なお、本記述において、Bの登記請求権の根拠を債権的登記請求権と捉えても、BはAに対して契約上の登記移転義務の履行請求として、登記手続をAに求めることができる。

**イ正しい。**最判平22. 12. 16。判例は、本記述と同様の事案において、「不動産の所有権が、元の所有者から中間者に、次いで中間者から現在の所有者に、順次移転したにもかかわらず、登記名義がなお元の所有者の下に残っている場合において、現在の所有者が元の所有者に対し、元の所有者から現在の所有者に対する真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求することは、物権変動の過程を忠実に登記記録に反映させようとする不動産登記法の原則に照らし、許されないものというべきである」と判示している。

よって、本記述において、**現在の所有者Cが元の所有者Aに対し、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求することはできない。**

したがって、本記述は正しい。

**ウ誤り。**最判昭34. 2. 12。判例は、本記述と類似の事案において、「不動産の登記簿上の所有名義人は、真正の所有者に対し、その所有権の公示に協力すべき義務を有するものであるから、真正の所有者は、所有権に基き所有名義人に対し所有権移転登記の請求をなしうる」としている。実質的には物権変動がないのに登記がある場合において、真の物権変動と登記が一致しない場合には、その不一致を是正するため、登記請求権が生ずる。すなわち、真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めることができる。

よって、本記述では、AからB、BからCへの所有権移転登記に対応する権利変動がないので、**甲土地の所有者Aは登記名義人Cに対し、直接自己への所有権移転登記手続を請求することができる。**

したがって、本記述は、AはCに対し、直接自己への所有権移転登記手続を請求することはできないとしている点で、誤っている。

**エ誤り。**最判昭36.4.28。判例は、本記述と類似の事案において、「権利変動の当事者となつたものは、その権利変動の過程において真実と符合しない無効の登記あるときは、たとえ既にその物権を他に移転し、従つて現在においては、不動産の実質的権利者ではないとしても、その登記の是正に関して利害関係を有するかぎり、現在の実質的権利者と同じくその是正について登記名義人に協力を求めるいわゆる登記請求権を有するものと解すべきである」としている。

その理由として判例は、「不動産登記法は、不動産について登記簿上、現在の権利関係をあきらかにすると共に、これに先行する権利変動の過程をも、登記簿上如実に表現することを目的とする」ということを挙げている。

よって、不動産につき、AからB、BからCへと所有権移転登記がされたが、A・B、B・C間の各所有権移転行為が無効などときには、**AのCに対する抹消登記請求が認められるのみでなく、Bは、不動産の実質的権利者であるAと同じく、登記名義人Cに対する抹消登記請求権を有する。**

したがって、本記述は、BはCに対し、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することができるはずべきところ、できないとしている点で、誤っている。

**オ誤り。**最判昭50.3.6（百選Ⅱ13事件）。判例は、本記述と類似の事案において、「被相続人が生前に土地を売却し、買主に対する所有権移転登記義務を負担していた場合に、数人の共同相続人がその義務を相続したとき…共同相続人の一人が右登記義務の履行を拒絶しているときは、買主は、登記義務の履行を提供して自己の相続した代金債権の弁済を求める他の相続人に対しても代金支払を拒絶することができるものと解すべきである」とし、この場合、「相続人は、右同時履行の抗弁権を失わせて買主に対する自己の代金債権を保全するため、債務者たる買主の資力の有無を問わず、民法423条1項本文により、買主に代位して、登記に応じない相続人に対する買主の所有権移転登記手続請求権を行使することができるものと解するのが相当である」としている。

よって、本記述において、一方の共同相続人Cは買主Bに対する自己の代金債権を保全するため、**Bに代位して、BのDに対する所有権移転登記手続請求権を行使することができる。**

したがって、本記述は、Cは、Bに対する自己の代金債権を保全するため、Bに代位して、BのDに対する所有権移転登記手続請求権を代位することができないとしている点で、誤っている。

以上により、正しい記述はアとイであり、したがって、正解は肢1となる。

以上全体につき、内田I.P.441～4、III.P.280～281。川井(2)P.58～67。

## 短答合格FILE抜粋

### 第177条（不動産に関する物権の変動の対抗要件）

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

#### 【趣旨】

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

#### 【ポイント】

##### 一 「対抗することができない」の意義

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

##### 二 ☆（論点）二重譲渡の法的構成

###### A説 不完全物権変動説

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

###### B説 第三者主張説

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

###### C説 法定証拠説

登記は物権変動の先後を決定する法定証拠である。

###### D説 法定制度説

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

###### E説 公信力説

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

#### 《過去問チェック》

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

##### 三 登記を要する権利

###### 1 登記を対抗要件とする物権

登記を対抗要件とする不動産物権は、所有権・地上権・永小作権・地役権・先取特権・質権・抵当権である（不動産登記法3条参照）。ただし、一般の先取特権は、不動産につき登記が



なくても特別担保を有しない債権者に対抗できる（336条）。

## 2 登記以外を対抗要件とする不動産上の物権

建物所有目的の賃借権や地上権には、借地借家法が適用され、土地の上の建物の登記を借地権の対抗要件とし（借地借家法10条）、また建物の引渡しをもって建物の賃借権の対抗要件とする（借地借家法31条）ことができる（605条参照）。

### 《過去問チェック》

- A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。ただし、Bからの乙土地の譲受人Dは通行地役権が設定されていることを知らず、かつ、乙土地が甲土地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが物理的状況からは認識不可能であったものとする、地役権の設定登記がされていない場合、Aは、その後にBから乙土地を譲り受けたDに対して、Dが乙土地の所有権移転登記を経由していなくても、地役権を主張することができない。（旧司14-24）
- A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。地役権の設定登記がされている場合、Aは、その後にBから乙土地を譲り受けたDに対して、Dが乙土地の所有権移転登記を経由したとしても、地役権を主張することができる。（旧司14-24）
- A B間でA所有の甲土地を要役地、B所有の乙土地を承役地とする通行地役権を設定する旨の合意がされた。ただし、Bからの乙土地の譲受人Dは通行地役権が設定されていることを知らず、かつ、乙土地が甲土地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが物理的状況からは認識不可能であったものとする、地役権の設定登記がされていない場合、その後にAから甲土地を譲り受けたCは、同様にBから乙土地を譲り受けたDに対して、甲土地についての所有権移転登記を乙土地についての所有権移転登記よりも先に経由していても、地役権を主張することができない。（旧司14-24）
- 登記請求権に関する次のアからオまでの記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。
  - ア. 未登記建物の買主であっても、売主に対して移転登記の請求ができる。
  - イ. 通行地役権の承役地を譲り受けた者は、未登記の通行地役権者に対して背信的悪意者に当たらない場合でも、通行地役権の存在を否定できない場合があり、この場合には、通行地役権者は、地役権設定当事者ではないこの所有権者に対しても、地役権設定登記を求めることができる。
  - ウ. 売買契約に基づき土地の所有権の移転登記を受けた買主は、この売買契約を解除した場合、売主に移転登記の抹消登記を請求することができる。
  - エ. 不動産を買ひ受けた者は、第三者の名義を勝手に使って、売主からその第三者への移転登記を行った場合、その後、この登記名義人に対して、真正な名義の回復を理由とする移転登記を請求することができない。
  - オ. A→B→Cと不動産が順次譲渡され、三者間でBへの登記を省略してAからCに直接の移転登記手続を行うとの合意が存在すれば、Bの債権者がBを代位して行ったAからBへの移転登記は無効である。  
(新司プレー29)
- ☞ア正しい。最判昭31. 6. 5。
  - イ正しい。最判平10. 2. 13（百選I 60事件）、最判平10. 12. 18。
  - ウ正しい。真実の権利関係に合致しない登記があるときは、その登記の当事者の一方は他の当事者に対し、いずれも登記をして真実に合致せしめることを内容とする登記請求権を有するとともに、他の当事者はその登記請求に応じて登記を真実に合致せしめることに協力する義務を負う（最判昭36. 11. 24）からである。
  - エ誤り。不動産の登記簿上の所有名義人と、真正の所有者が一致しない場合、不動産の登記簿上の所有名義人は真正の所有者に対しその所有権の公示に協力すべき義務を有し、真正の所有者は所有権に基づき所有名義人に対して所有権移転登記の請求を為し得る（最判昭30. 7. 5）からである。
  - オ誤り。たとえ三者間に、いわゆる中間省略登記の合意があったとしても、BのAに対する所有権移転登記請求権が当然に失われるものでない以上、Bの債権者による代位登記も有効である（最判昭46. 11. 30）からである。
- Aは、Bから袋地（他人の土地に囲まれて公道に通じない土地）を購入したが、当該袋地についての所有権移転登記を経ないうちは、囲繞地（袋地を囲んでいる土地）を所有しているCに対し、公道に至るため、

その囲繞地の通行権を主張することができない。(新司23-7)

☞誤り。最判昭47.4.14。袋地の所有権を取得した者は、対抗要件を具備することなく、囲繞地所有者らに対し囲繞地通行権を主張し得る。

#### 四 ～略～

### 五 「第三者」の範囲

#### 1 「第三者」の意義

「第三者」とは、当事者もしくはその包括承継人以外の者であって、登記欠缺を主張する正当の利益を有する者をいう(大連判明41.12.15)。

「第三者」に当たる者

- ① 物権取得者
  - ・二重譲渡の譲受人(大判昭9.5.1)
  - ・所有権以外の物権(抵当権・地上権等)の取得者(大判昭7.5.27)
- ② 賃借人
  - ・対抗要件を具備していた賃借人に対し、賃料請求、解除する場合(最判昭49.3.19)
- ③ その他債権者
  - ・差押債権者・配当加入を申し立てた債権者(大判昭8.4.20)
- ④ 単純悪意者(例えば、A所有の不動産をBが買い受け、その後A B間の売買の事実を知っているCが当該不動産を買い受けた場合のC)(最判昭35.11.29)
- ⑤ 背信的悪意者からの譲受人(最判平8.10.29, 百選I 58事件)

「第三者」に当たらない者

- ① 実質的無権利者及びその承継人(大判昭5.3.31, 大判大3.10.2)
- ② 不法行為者・不法占有者(大判大10.12.10, 最判昭25.12.19)
- ③ 転々譲渡の後主からみた前主(最判昭43.11.19)
- ④ 背信的悪意者(最判昭40.12.21)

#### 2 ☆ (論点)「第三者」に悪意者が含まれるか(旧司18-33)

悪意者といえども自由競争を建前とする現行法の下では、保護されるべきであるし、条文上も善意は要求されていないので「第三者」に含まれる(最判昭32.9.19)。

#### 3 ☆ (論点)「第三者」に背信的悪意者が含まれるか

含まれない(最判昭40.12.21)。

〔理由〕 背信的悪意者は登記がないことを主張する正当な利益を有さないし、不動産登記法5条も背信的悪意者の登記がないことの主張を禁止している。

特定の人に対する復讐目的で取得した者(最判昭36.4.27)や、最初の譲渡の立会人・代理人(最判昭43.11.15)などが背信的悪意者に当たる。

#### 4 ☆ (論点)背信的悪意者からの転得者

転得者自身が背信的悪意者でない限り「第三者」に当たる(最判平8.10.29, 百選I 58事件)。

〔理由〕 背信的悪意者も物権を有効に取得できるが、譲受人との関係では信義則違反があるために登記がないことの主張が許されないに過ぎず、転得者は原則として権利を承継取得できる。

5 ☆ (論点) 善意者から転得した背信的悪意者

A説 絶対的構成説

法的安定性を重視し、善意譲受人の登場時点で、二重譲受人相互間の優劣は確定的に定まると解し、転得者の主観的態様にどのような悪性があるとしても、前者の「第三者」たる地位を承継取得するので「第三者」に当たるとする。

B説 相対的構成説

背信的悪意者排除論を紛争当事者間で絶対的に適用し、第二譲受人が善意でも第三者に背信的悪意と評価される事情がないか個別的に判断する。

◎ 最判平10.2.13 (百選 I 60事件) 《新司24-13》

通行地役権の承役地の譲渡時に、承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることが物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人が認識可能であったときは、譲受人は、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠缺を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらない。

◎ 最判平18.1.17 (百選 I 57事件)

甲が時効取得した不動産について、その取得時効完成後に乙が当該不動産の譲渡を受けて所有権移転登記を了した場合において、乙が、当該不動産の譲渡を受けた時点において、甲が多年にわたり当該不動産を占有している事実を認識しており、甲の登記の欠缺を主張することが信義に反するものと認められる事情が存在するときは、乙は背信的悪意者に当たるといふべきである。

◎ 最判平25.2.26 (重判平25民法4事件)

最先順位の抵当権の設定時に、既に設定されている通行地役権に係る承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、上記抵当権の抵当権者がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、特段の事情がない限り、登記がなくとも、通行地役権は上記の売却によっては消滅せず、通行地役権者は、買受人に対し、当該通行地役権を主張することができることとするのが相当である。

《過去問チェック》

- Aは、その所有する甲不動産をBに売却し、その後、Bは、甲不動産をCに売却した。Cは、自己への所有権移転登記がなくとも、甲不動産の所有権の取得をAに対抗することができる。(旧司18-33)
- Aは、その所有する甲不動産をBに贈与したが、その登記が未了の間に、Aが死亡し、Aの単独相続人Cは、相続に基づく所有権移転登記を行った上で、甲不動産を、AB間の贈与契約の存在について善意であるDに売却し、所有権移転登記を行った。この場合、Bは、自己への所有権移転登記がなければ、甲不動産の所有権の取得をDに対抗することができない。(旧司18-33)
- Aが所有する甲不動産について、所有者であったことのないBが所有者であるとの登記が存在していた。その後、Aが甲不動産をCに売却した場合、Cは、自己への所有権移転登記がなくとも、甲不動産の所有権の取得をBに対抗することができる。(旧司18-33)
- Aは、その所有する甲不動産をBに売却したが、その登記が未了の間に、Cに甲不動産を二重に売却し、所有権移転登記を行い、更にCがDに甲不動産を売却して所有権移転登記を行った。Cがいわゆる背信的悪意者に当たり、しかも、DがBとの関係で同じく背信的悪意者に当たるとき、Dは、甲不動産の所有権の取得をBに対抗することができない。(旧司18-33)
- Aは、自己所有の甲土地を、Bに建物所有目的で賃貸した後、Cに売却した。BCが共に対抗要件を具備していない場合、CのBに対する所有権に基づく明渡請求は認められない。(旧司12-25)
- A所有の甲土地の上にB所有の乙建物が存在していたが、Bが死亡したのでCが乙建物を相続した。Bは生

前に乙建物をDに譲渡していたが、Dへの所有権移転登記はされていない。この場合、Dは、Cに対して乙建物の所有権移転登記を請求することができる。なぜなら、不動産の所有権を取得した者は、登記がなければ第三者に対抗できないが、Cは第三者に当たらないからである。(旧司20-31)

□ 不動産の物権変動に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

ア. AとBを共同相続人とする相続において、Aは相続財産に属する甲不動産を遺産分割協議により取得したが、当該遺産分割後その旨の登記をする前に、Bの債権者Cの代位によって法定相続分に従った相続の登記がされ、CがBの法定相続分に係る持分に対し仮差押えをし、その旨の登記がされた。この場合、Aは、Cに対し法定相続分を超える権利の取得を対抗することができない。

イ. AがBの詐欺によりBに対し甲不動産を売り渡し、甲不動産の所有権移転登記がされた。その後、AはBの詐欺を理由に当該売買契約を取り消したが、Bはその取消し後に甲不動産をCに売り渡し、その所有権移転登記がされた。この場合、Aは、登記をしなくてもCに対し、所有権の復帰を対抗することができる。

ウ. AがBに甲不動産を売り渡した後、Bの債務不履行を理由に当該売買契約を解除して甲不動産の所有権がAに復帰した場合、Aは、その旨の登記をしなければ、当該解除後にBから甲不動産を取得したCに対し、所有権の復帰を対抗することができない。

エ. Aは時効により甲不動産の所有権を取得したが、時効完成前に、旧所有者BがCに対し甲不動産を売り渡し、その所有権移転登記がされた。この場合、Aは、Cに対し所有権の取得を対抗することができる。

オ. Aは被相続人Bの相続について相続放棄をしたが、相続財産である未登記の甲不動産について、Aの債権者Cが代位によって法定相続分に従って所有権保存登記をした上、Aの持分に対する仮差押えをし、その旨の登記がされた。この場合、Aによる相続放棄は、Cに対して効力を生じない。(新司21-11)

☞ア正しい。最判昭46.1.26(百選Ⅲ71事件)。

イ誤り。大判昭17.9.30(百選Ⅰ53事件)。

ウ正しい。最判昭35.11.29(百選Ⅰ54事件)。

エ正しい。最判昭41.11.22。

オ誤り。本記述では、相続放棄後の第三者に相続放棄の効力が生ずるためには登記が必要かが問題となるが、判例はこの点について、相続放棄の効力は絶対的で、何人に対しても、登記等なくしてその効力を生ずるとしている(最判昭42.1.20,百選Ⅲ72事件)からである。

□ AがBに不動産を譲渡したが、所有権移転登記をしないままに死亡して唯一の相続人であるCが相続した場合において、Bは、Cに対し、所有権移転登記をしていない以上は、所有権を主張することができない。(新司23-7)

☞誤り。大判大15.4.30。相続人Cは譲渡人Aの権利義務を包括的に承継する者であるから、譲受人BはCと当事者間の関係にあり対抗関係に立たない。

□ Aが、A所有の甲建物をBとCに二重に売却し、AからBへの所有権移転登記も、AからCへの所有権移転登記もされていない時に、Dが甲建物を勝手に占拠した場合、Bは、AからBへの所有権移転登記をするまでは、Dに対し、所有権に基づき甲建物の明渡しを請求することはできない。(予備26-4)

☞誤り。最判昭25.12.19(百選Ⅰ59事件)。判例は、土地の譲受人が不法占拠者に対し、その土地所有権を対抗することに、登記は必要ではないとしている。

□ Aは、Bの代理人として、C所有の甲土地をCから買い受けたが、CからBへの所有権移転登記がされる前に、自ら甲土地をCから買い受け、CからAへの所有権移転登記をし、さらに、Dに対して甲土地を売却し、AからDへの所有権移転登記をした場合、Bは、Dに対し、登記をしなくても甲土地の所有権の取得を主張することができる。(予備26-4)

☞誤り。最判平8.10.29。判例は、「所有者甲から乙が不動産を買い受け、その登記が未了の間に、丙が当該不動産を甲から二重に買い受け、更に丙から転得者丁が買い受けて登記を完了した場合に、たとい丙が背信的悪意者に当たるとしても、丁は、乙に対する関係で丁自身が背信的悪意者と評価されるのでない限り、当該不動産の所有権取得をもって乙に対抗することができる」としている。

□ Aは亡Bから亡Bの所有していた乙土地の遺贈を受けたが、その旨の所有権移転登記をしていなかった。その後、亡Bの共同相続人の一人であるCの債権者Dが乙土地についてCの相続分に相当する持分を差し押さえ、その旨の登記がされた。この場合、Aは、Dに対し、乙土地の所有権を亡Bから取得したことを主張することができる。(新司27-7,予備27-4)

☞誤り。最判昭39.3.6。判例は、「本件不動産につき遺贈による移転登記のなされない間に、亡Bと法

律上同一の地位にあるC〔注：亡Bの相続人の1人〕に対する強制執行として、Cの前記持分〔注：相続による持分（4分の1）〕に対する強制競売申立が登記簿に記入された前記認定の事実関係のもとにおいては、競売中立をした被上告人は、前記Cの物件不動産持分に対する差押債権者として民法177条という第三者に該当し、受遺者は登記がなければ自己の所有権取得をもって被上告人に対抗できないものと解すべきであり、原判決認定のように競売申立記入登記後に遺言執行者が選任せられても、それは被上告人の前記第三者たる地位に影響を及ぼすものでない」としている。

## 六 登記

### 1 有効要件

- (1) 形式的に不動産登記法などの手続規定の定める要件を具備すること
- (2) 登記と符合する権利関係が実体法上存在すること

### 2 効力

#### (1) 登記の公信力

公信力はない（通説）。よって、登記名義人を所有者だと信じて取引をしても、あるいは、登記通りの物権変動があると信じて取引をしても、所有権その他の物権を取得することはない。

#### (2) 登記の推定力

登記の付随的効力として、登記に対応する実質的権利の存在が推定される（最判昭34.1.8）。ただし、事実上の推定にとどまる（最判昭46.6.29）。

### 3 登記請求権

登記請求権とは、登記権利者が登記義務者に対して、登記手続の協力を請求する権利をいう。判例上、登記請求権は以下の場合に認められる。

#### (1) 現在の権利関係と登記が一致しない場合（物権的登記請求権）

物権そのものの効力（物権的請求権）として当然に生じる登記請求権

ex. 不実の登記をした者に対する抹消登記請求

#### (2) 実質的物権変動があっても登記が追従しない場合（物権変動的登記請求権）

物権変動の事実そのものから当然に生じる場合で、不動産の物権変動過程を如実に公示すべしとする不動産登記法の理念から認められる。

ex. 不動産がA→B→Cと転売された場合、Bは所有権を有しないがAに対して物権変動的登記請求権を行使できる。

#### (3) 当事者の合意によって生じる場合（債権的登記請求権）

当事者間に特約があり、その特約によって登記請求権を有する場合。物権的登記請求権や物権変動的登記請求権と異なり、債権的登記請求権は債権である以上、時効にかかると解されている。

ex. 中間省略登記

### 4 中間省略登記の有効性

#### (1) 意義

登記が現在の物権関係とは一致しているが、それまでの物権変動過程と一致していない場合を中間省略登記という。

#### (2) 中間省略登記の効力

不動産登記法の理念は、物権変動の過程を如実に公示すべきこと、及び現在の権利関係を正確に公示することの2点にあるが、重要なのは後者の方である。そうすれば、中間者に抹消の利益がない以上は、その同意がなくても中間省略登記を有効と解すべきである（最判昭35.4.21）。

- ① 不動産がA→B→Cと転売されたとき、Bを飛ばしてA→Cという登記を請求することができるのは、ABC三者の合意がある場合に限られる（最判昭40.9.21、百選I51事件）。
- ② 中間省略登記の抹消請求をし得るのは、中間者に限られる。中間者以外は中間省略登記によって害されないからである（最判昭44.5.2）。
- ③ 中間者が抹消登記請求をし得るのは、中間者に抹消登記請求を求める正当な利益がある場合に限られる（前掲最判昭35.4.21）。

◎ 最判平22.12.16（重判平23民法4事件）

真正な登記名義の回復を登記原因とする中間省略登記請求は、物権変動の過程を忠実に登記記録に反映させようとする不動産登記法の原則に照らし、許されないものというべきである。

《過去問チェック》

- A所有の甲土地上にB所有の乙建物が存在していたが、Bが死亡したのでCが乙建物を相続した。Bは生前に乙建物をDに譲渡していたが、Dへの所有権移転登記はされていないという事案において、Bが甲土地上に無権原で建築した乙建物が未登記であった場合、登記が決め手にならないので、Aは建物の実際の所有者であるDを相手方として物権的請求権を行使できる。（旧司20-31）
- A所有の甲土地上にB所有の乙建物が存在していたが、Bが死亡したのでCが乙建物を相続したという事案において、Bが甲土地上に無権原で建築した乙建物について、Bの生前にBからDへの所有権移転登記がされているけれども、実際には譲渡はされておらず、Bの資産隠しのために移転登記がされたにすぎないものであった場合、DがBと合意していたり、また結果的に認容していた場合はもちろん、そうでない場合にも、Aは、Dを相手方として物権的請求権を行使できない。（旧司20-31）
- Aがその不動産についてBのために抵当権を設定し、その後AがCに同一不動産を譲渡した場合、Bは、その抵当権設定の登記がなければその抵当権の取得をCに対抗することができない。（新司23-8）  
☞正しい。177条。
- Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産について地上権を設定した上でそれに基づいて引渡しをした場合において、Bへの所有権移転の登記もCの地上権設定の登記もないときは、Bは、Cに対して所有権に基づいて当該不動産の引渡しを請求することができない。（新司23-8）  
☞正しい。177条。
- Aがその土地をBに賃貸し、Bがその土地上に建物を建築して所有権保存登記をした後、AがCに当該土地を譲渡した場合において、当該土地に関する所有権移転登記を受けたCは、Bに対して当該土地の賃料の請求をすることができる。（新司23-8）  
☞正しい。最判昭39.8.28、最判昭49.3.19（百選II62事件）。
- Aは、Bと通じて、Aの不動産について有効な売買契約が存在しないにもかかわらず売買を原因とする所有権移転登記をBに対して行い、その後、この事情について善意無過失であるCに対してBが同一不動産を譲渡したが、BC間の所有権移転登記はされていない。この場合において、さらにその後、AがDに同一不動産を譲渡したときは、Cは、所有権の取得をDに対抗することができる。（新司23-8）  
☞誤り。177条、最判昭42.10.31参照。判例は、仮装譲渡の譲受人から善意で目的物たる不動産を譲り受けた者と仮装譲渡の譲渡人から当該不動産を譲り受けた者が対抗関係にたつことを認めている。
- Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産を譲渡し、さらにCが同一不動産を転得者Dに譲渡し、AC間及びCD間の所有権移転登記が行われた場合において、CがBとの関係で背信的悪意者に当たると、D自身がBとの関係で背信的悪意者と評価されないときは、Dは、所有権の取得をBに対抗することができる。（新司23-8）  
☞正しい。最判平8.10.29（百選I58事件）。
- AからB、BからCへ土地が順次売却された後、Bの同意なくAからCへの所有権移転登記がされた場合、現在の権利関係と登記の内容が一致する限り、Bはその所有権移転登記の抹消登記手続を請求することはできない。（新司26-8）

- ☞誤り。最判昭35.4.21。判例は、中間者が中間省略登記の抹消登記を求める正当な利益を欠くときは、抹消請求は許されないとしている。本記述では、Bが代金の支払と引き換えに登記を移すという同時履行の抗弁権（533条）を行使する利益が害されるため、Bには正当な利益があるといえ、抹消登記手続を請求することができる。
- AがA所有の甲土地をBに譲渡した後、これをCにも譲渡した場合、Cが背信的悪意者とされる場合であっても、Bは、Cからの譲受人Dが背信的悪意者でない限り、Dに対して自己の所有権を主張するためには登記が必要である。（新司26-9）
- ☞正しい。最判平8.10.29（百選I58事件）。
- Aの所有する甲土地がAからB、BからCに順次譲渡された場合において、Bは、甲土地の所有権を喪失していても、Aに対し、AからBへの所有権移転登記手続を請求することができる。（新司27-8）
- ☞正しい。大判大5.4.1。
- Aの所有する甲土地がAからB、BからCに順次譲渡されたにもかかわらず、登記名義がなおAに残っている場合、Cは、Aに対し、AからCに対する真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を請求することはできない。（新司27-8）
- ☞正しい。最判平22.12.16。
- Aの所有する甲土地についてAからB、BからCへの所有権移転登記がされている場合、それぞれの所有権移転登記に対応する権利変動がないときは、Aは、Cに対し、直接自己への所有権移転登記手続を請求することはできない。（新司27-8）
- ☞誤り。最判昭34.2.12。判例は、「不動産の登記簿上の所有名義人は、真正の所有者に対し、その所有権の公示に協力すべき義務を有するものであるから、真正の所有者は、所有権に基き所有名義人に対し所有権移転登記の請求をなしうる」としている。
- Aの所有する甲土地についてAからB、BからCへの各売買を原因とする所有権移転登記がされている場合、AからB、BからCへの各売買がいずれも無効であるときは、Aは、Cに対し、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することができるが、Bは、Cに対し、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することはできない。（新司27-8）
- ☞誤り。最判昭36.4.28。判例は、「権利変動の当事者となつたものは、その権利変動の過程において真実と符合しない無効の登記あるときは、たとえ既にその物権を他に移転し、従つて現在においては、不動産の実質的権利者ではないとしても、その登記の是正に関して利害関係を有するかぎり、現在の実質的権利者と同じくその是正について登記名義人に協力を求めるいわゆる登記請求権を有する」としている。
- Aが、Bに売却した甲土地について所有権移転登記手続をしない間に死亡し、Aの共同相続人であるCとDがAの代金債権と所有権移転登記義務を相続した場合、Dがその所有権移転登記義務の履行を拒絶しているため、Bが同時履行の抗弁権を理由として代金を支払わないときは、Cは、Bに対する自己の代金債権を保全するため、Bに代位して、BのDに対する所有権移転登記手続請求権を行使することはできない。（新司27-8）
- ☞誤り。最判昭50.3.6（百選II13事件）。判例は、本記述と類似の事案において、「共同相続人の一人が右登記義務の履行を拒絶しているときは、買主は、登記義務の履行を提供して自己の相続した代金債権の弁済を求める他の相続人に対しても代金支払を拒絶することができる」とし、この場合、「相続人は、右同時履行の抗弁権を失わせて買主に対する自己の代金債権を保全するため、債務者たる買主の資力の有無を問わず、民法423条1項本文により、買主に代位して、登記に応じない相続人に対する買主の所有権移転登記手続請求権を行使することができる」としている。

## ■ 「不合格者」と上位合格者の正答率の差が開いた問題（及び「短答合格FILE」）

〔平成27年刑法第15問〕（配点：3）

結果的加重犯の共同正犯の成立が認められることを前提に、次の【事例】及び各【見解】に関する後記1から5までの各【記述】を検討し、誤っているものを2個選びなさい。（解答欄は、[No. 23]、[No.24] 順不同）

### 【事例】

甲と乙は、丙に対する傷害を共謀し、共同して木刀で丙の手足を殴打していた際、甲は丙に対する殺意を抱き、木刀で丙の頭部を殴打し、丙はその殴打により脳挫傷で死亡した。なお、乙は、甲が殺意を抱いたことを知らなかった。

### 【見解】

A説：共同正犯とは、数人が犯罪に至る行為過程を含めた行為を共同することであり、特定の犯罪を共同して実現する場合はもちろんのこと、単なる行為を共同して各自の意図する犯罪を実現する場合も、それぞれの行為について共同正犯の成立を認める。

B説：共同正犯とは、数人の者が共同して特定の犯罪を行うことであり、構成要件の間に重なり合いがあれば、そのうちのより重い犯罪について共同正犯の成立を認め、軽い犯罪の故意しかない者には、軽い犯罪の刑を科す。

C説：共同正犯とは、数人の者が共同して特定の犯罪を行うことであり、構成要件の重なり合う限度で軽い犯罪の共同正犯の成立を認める。

### 【記述】

1. A説からは、甲と乙に殺人罪の共同正犯が成立するとの結論が導かれる。
2. B説からは、甲と乙に殺人罪の共同正犯が成立するとの結論が導かれる。
3. B説に対しては、犯罪の成立と科刑が分離するのは妥当でないと批判できる。
4. C説からは、甲と乙に傷害致死罪の共同正犯が成立し、甲には殺人罪の単独犯が成立するとの結論が導かれる。
5. C説に対しては、A説やB説から、共同正犯の成立範囲が広すぎると批判できる。

上位20%	全体正答率94%
全体	全体正答率75%
不合格者	全体正答率47%



刑 法 第15問	結果的加重犯の共同正犯	H 2 7 司法試験
----------	-------------	------------

正解 [No.23] [No.24] 1, 5 (順不同)

【見解について】

見解Aは、単なる行為を共同して各自の意図する犯罪を実現する場合も、それぞれの行為について共同正犯の成立を認める立場であるから、行為共同説からの説明である。

見解Bは、数人が特定の犯罪を行うことが必要であり、構成要件の重なり合いがあれば共同正犯の成立を認める立場であるから、部分的犯罪共同説に立つことが分かる。その中でも、重い犯罪について共同正犯の成立を認め、軽い犯罪の故意しかない者には、軽い犯罪の刑を科す立場であるから、いわゆるかたい部分的犯罪共同説からの説明である。

見解Cは、数人が特定の犯罪を行うことが必要であり、構成要件の重なり合いがあれば共同正犯の成立を認める立場であるから、部分的犯罪共同説に立つことが分かる。その中でも、構成要件の重なり合う限度で軽い犯罪の共同正犯の成立を認める立場であるから、いわゆるやわらかい部分的犯罪共同説からの説明である。

【記述について】

1 誤り。A説は、各人が行為を共同することによって各人の犯罪を実現するものとする立場であるから、共同者の故意に対応して、異なった犯罪間においても共同正犯が成立する。本問において、甲は丙に対し殺意を抱き、木刀で丙の頭部を殴打し、その殴打による脳挫傷が原因で丙を死亡させているから、殺人罪の共同正犯が成立する。一方、乙は、甲の殺意を知らず、傷害の故意で丙の手足を木刀で殴打しているから、傷害致死罪の共同正犯しか成立しない。

よって、甲には殺人罪の共同正犯が、乙には傷害致死罪の共同正犯が成立する。

したがって、A説からは、甲と乙に殺人罪の共同正犯が成立するとの結論は導かれないため、記述1は誤っている。

2 正しい。B説は、構成要件に重なり合いがあれば、そのうち重い犯罪について共同正犯の成立を認め、軽い犯罪の故意しかない者には、軽い犯罪の刑を科す立場である。

本問において、甲の行為は殺人罪の、乙の行為は傷害罪の構成要件に該当し、両者は傷害致死罪の範囲で重なり合いが認められる。

よって、甲と乙には殺人罪の共同正犯が成立し、軽い傷害の故意しかない乙には傷害致死罪の刑が科される。

したがって、B説からは、甲と乙に殺人罪の共同正犯が成立するとの結論が導かれるため、記述2は正しい。

3 正しい。B説の立場では、軽い犯罪の故意しかない者には、重い犯罪が成立するが、軽い犯罪の限度で処断されることになる。

本問においては、記述2でみたように、乙には殺人罪の共同正犯が成立するが、傷害致死罪の刑の限度で処断されることになる。かかる見解に対しては、犯罪の成立と科刑が分離するのは妥当でないとの批判が可能である。

したがって、B説に対しては、犯罪の成立と科刑が分離するのは妥当でないとの批判

が可能であるため、記述3は正しい。

4 正しい。C説では、構成要件の重なり合う限度で軽い犯罪の共同正犯の成立を認める。

本問においては、殺人罪と傷害致死罪の重なり合う軽い傷害致死罪の限度で共同正犯が成立することになる。よって、甲と乙には傷害致死罪の共同正犯が成立する。また、殺意のあった甲には、殺人罪の単独犯も成立する。

したがって、C説からは、甲と乙に傷害致死罪の共同正犯が成立し、甲には殺人罪の単独犯が成立するとの結論が導かれるから、記述4は正しい。

5 誤り。C説では、本問の甲と乙に、傷害致死罪の範囲でしか共同正犯の成立を認めない（記述4参照）。一方、B説では、甲と乙に殺人罪の共同正犯の成立を認める（記述2・3参照）。

よって、C説は、B説より共同正犯の成立範囲が狭いといえる。

したがって、C説に対しては、少なくともB説から、共同正犯の成立範囲が広すぎると批判することはできないため、記述5は誤っている。

以上により、誤っている記述は1と5であり、したがって、正解は肢1と肢5（順不同）となる。

以上全体につき、山口P.153～5。前田（総）P.344～6。

## 短答合格FILE抜粋

### 【共同正犯】

#### 第60条（共同正犯）

2人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。

#### 一 共同正犯の意義

- 1 「2人以上共同して犯罪を実行」することをいう（60条）。
- 2 共同正犯者は「すべて正犯」とされ、「すべて正犯とする」とは、共同して実行した犯罪について共同者全員が正犯者としての刑事責任を問われるという意味である。

※ 大谷教授は、このように共同者全員が正犯者としての刑事責任を問われることを一部実行全部責任の原則と呼称する。大谷教授は、一部実行全部責任の原則の根拠を、2人以上の者が共同して犯罪を実行しようとする共同実行の意思のもとに、相互に他人の行為を利用し補充し合って犯罪を実現した場合、それぞれの関与者の行為は一体となって犯罪の遂行に結び付いたと認められ、そのようにして犯罪が実現された点にあるとする。

※ 前田教授は、共同者全員が正犯者としての刑事責任を問われることを一部行為全部責任の原則と呼称する。その根拠については、共同して実行した場合には、行為を共同にするという物理的共同とともに共同正犯者相互に教唆ないし心理的幫助を行って心理的影響を及ぼし合い、結果発生蓋然性を高めることで、全体を1人で実行した場合と同様の処罰すべき政策的必要性、又は、それ以上の処罰すべき政策的必要性とそれを支えるだけの国民の規範意識の存在が認められるからとされる。

- 3 共同正犯には、①共同者全員が実行行為を分担し合って犯罪を実現する場合と、②複数人が特定の犯罪を行うため、共同実行の意思の下に相互に他人の行為を利用し合って犯罪を実現するための謀議をし、共謀者のうちのある者が共同実行の意思に基づいてこれを実行する場合とがある。①の場合を実行共同正犯、②の場合を共謀共同正犯という。

※ 大谷教授は、②共謀共同正犯の場合も共同正犯とすることにつき、上述の一部実行全部責任の根拠から、「共謀」の下に共同者全員が協力し合いその一部の者が犯罪を実行した場合も相互に他人の行為を利用補充し合い犯罪を実現したといえらるとする。

※ 前田教授は、60条の「共同して…実行した」との文言は、「全員が実行行為の一部を行ったこと」と読む必然性はなく、実行行為が相互に強い因果性をもって行われたものと評価できれば足りるという意味にとらえられるので、②共謀共同正犯も共同正犯と認められるとされる。

#### 二 成立要件

共同正犯が成立するには、主観的に①複数人に共同実行の意思が存在すること、客観的に②共同実行の事実が存在することが必要である。

##### 1 共同実行の意思

- (1) 共同実行の意思とは、各行為者が相互に他人の行為を利用・補充し合って構成要件を実現する意思をいう。共同実行の意思は行為者間相互に存在することを要する。
- (2) 共同実行の意思は、必ずしも明示的方法によって発生したものであることを要せず、行為者相互間に暗黙の認識があれば足りる（最判昭23.11.30）。
- (3) 共同実行の意思は、数人の間に直接的に発生したものであることを要せず、共同者の中の

特定人を介して他の者に連絡されたことによって間接的に発生した場合でもよい（判例は、順次共謀を認めている。最大判昭33.5.28，練馬事件，百選I75事件）。

- (4) 共同実行の意思は行為の際に存在すれば足り、必ずしも事前の共謀、打ち合わせは必要でない（最判昭23.12.14）。共同実行の意思は実行行為以前に成立することもあるが、実行行為の際に発生することもある。

## 2 共同実行の事実

- (1) 共同実行の事実とは、複数人が実行行為を共同して犯罪を実現することをいう。「共同して」とは、共同者全員が相互に他人の行為を利用し補充し合って犯罪を実行することをいう。
- (2) 実行行為以外の行為を共同して行っても実行共同正犯は成立しない。各行為者の行う実行行為はそれぞれについて、又は、全体としてある犯罪を実現する現実的危険性ある行為であることを要する。
- (3) 複数人が意思の連絡の下に、それぞれ異なる構成要件に該当する行為を行った場合に、行為共同説によれば、共同正犯が成立するが、犯罪共同説によれば、原則として共同正犯は成立せず、各自の行為について単独正犯が成立するにとどまる。しかし、共同者の実行しようとする犯罪構成要件がそれぞれ異なる場合においてもその各自の犯罪が構成要件上重なり合うものである限り、その範囲で共同正犯が成立することは妨げられない（『【共犯総説】三共犯の本質 1』参照）。

## 3 共同正犯の成立要件に関する問題（概観）

上記のように、共同正犯の成立要件は共同実行の意思と事実であるが、これを①意思の連絡、②正犯意思（自己の犯罪とする意思）、③①②たる共謀に基づく実行行為、というように整理する立場もある。この整理にしたがって問題となる点を概観すると、次のようになる。

- (1) ①については明示的な意思連絡は不要であり、黙示的なものでも足りる（最決平15.5.1，百選I76事件）。また、確定的な認識がなく未必的な認識であっても足りる（最決平19.11.4，重判平20行政3事件）。

②については、共謀者と実行行為者との関係、犯行動機、共謀者と実行行為者間の意思疎通行為の経過・態様・積極性、実行行為以外の行為に加担している場合にはその内容、犯行前後の行動（犯跡隠蔽行為、分け前の分配等）等を総合考慮して判断する。

③については、共謀と実行行為の因果性（共謀関係の解消、共謀の射程に関する議論など）が問題となる。

- (2) ①を欠く場合には片面的共同正犯の肯否が問題となる。

②を欠く場合には狭義の共犯が成立する余地がある。

③を欠く場合には実行行為者の行為及びそこから生じた結果につき、共謀者には帰責されない。

## 三 効果

「すべて正犯」とされる。個別的に観察するとき結果に対する各自の関係は一定していないとしても、共同行為によって実現されたところの全体について、共同者全員が正犯者としての責任を問われる。ただし、共同行為者全員が常に同一の刑で処罰されるという意味ではないので、具体的な刑の重さは行為者ごとの責任に応じて個々に量定されることになる。

## 四 共同正犯の成立が問題となる場合

### 1 ☆（論点）過失犯の共同正犯

過失犯の共同正犯とは、2人以上の者が共同して一定の行為を行い、全員の不注意により過失犯の構成要件に該当する結果を惹き起こすことをいう。この場合、過失犯の共同正犯が成立し全員が責任を負うのか、過失犯の同時犯が認められるにすぎないのか。個々の過失行為と結

果との間の因果関係が明白な場合は、単独犯として処罰されるが、そうでない場合に、共同正犯の肯否が問題となる。過失犯の共同正犯は共同正犯の本質の議論と過失犯の本質の議論にかかわる（「【過失】」参照）。

A説 肯定説

〔理由〕 共同正犯の本質について行為共同説を前提とすれば、共同実行の意思とは、行為を共同にする意思があれば足りる。

B説 否定説（団藤）

〔理由〕 共同正犯の本質についての犯罪共同説を前提とすれば、共同正犯が成立するためには共同者各自が犯罪実現について共同意思を有する必要があるところ、過失犯は無意識に基づくことを本質とするから、相互了解としての共同意思はあり得ない。

C説 犯罪共同説を前提としつつ新過失論から肯定する説（大塚、福田）

〔理由〕 過失犯にも固有の実行行為性があるから、この実行行為を共同するということが可能である。

※ この点、前田教授は、旧過失論からも、実質的な（許されない）危険行為としての過失の実行行為を問題にすれば、過失犯の実行行為性が認められ、この危険行為の共同としての過失犯の共同正犯が理論的には考えられるとする。

D説 行為共同説を前提としつつ否定する説（前田）

〔理由〕 過失犯の共同正犯が問題となる場合は、単独の過失犯として解決でき、共同正犯を論じる実益が小さい。

以上からすると、共同正犯の本質についていかなる立場を採用するかによって過失犯の共同正犯が認められるか否かが決まるわけではないといえる。

◎ 最判昭28.1.23

飲食店の共同経営者が、不注意で出所不確かな液体がメタノールを含有するかどうかを十分検査せずに、客に販売した行為は、旧有毒飲食物等取締令4条1項後段の過失犯の共同正犯に当たる。

◎ 東京地判平4.1.23（百選I 80事件）

地下で炎を用いる作業に従事していた2人が洞外に退出するにあたり、ランプを確実に消火したことを相互に確認せずに立ち去り、火災を発生させた事案について、被告人両名が過失行為を共同して行ったことは明らかであると判示して過失の共同正犯を認めた。

(図表) 新旧過失論の対立と過失の共同正犯

	旧過失論	新過失論
内 容	過失は、故意と同様、非難に値する心理状態であるから、責任要素であるとする。犯罪事実の発生を認識・予見することができ、認識・予見する必要があるのに、結果を認識・予見しなかった心理状態こそ過失の実体であると考ええる。	過失の内容である注意義務違反は単なる内心の主観的な義務違反にとどまらず、一定の行為との関係における客観的な義務違反であると考ええる。
過失の共同正犯の肯否	否定 結果を認識・予見しなかった心理状態という無意識の部分につき意思の連絡を認めることはできないから。  ※肯定 過失において、実質的な危険行為としての過失実行行為が必要であり、この危険行為の共同を共同正犯と考えることができるから。	肯定 客観的な義務に反して行為するという意識的な行為について意思の連絡を認めることが可能であるから。

## 2 結果的加重犯の共同正犯

### (1) ☆ (論点) 結果的加重犯の成立要件との関連 (「結果的加重犯」参照)

- A説 重い結果と基本犯との間に条件関係があれば足りる。
- B説 重い結果と基本犯との間に相当因果関係があれば足りる。
- C説 重い結果の発生につき過失のあることを要求する (多数説)。

(図表) 各説における結果的加重犯の共同正犯の肯否の帰結

	結果的加重犯の共同正犯の肯否	
A説	肯定	
B説	肯定	
C説	肯定	否定

### (2) ☆ (論点) 重い結果の発生につき過失のあることを要求した場合 (C説)、結果的加重犯の共同正犯は認められるか

C<sub>1</sub>説 肯定説

C<sub>1</sub>-1説

〔理由〕 過失犯の共同正犯肯定説

C<sub>1</sub>-2説 (大塚説)

〔理由〕 基本犯の共同実行者の中の一部の者が、過失によって重い結果を発生させた場合には、他の共同者にも、その結果の発生について、共同の客観的な注意義務違反が認められるのが一般であり、そこに結果的加重犯の共同正犯の構成要件該当性が認められる。加えて共同者の各自に重い結果を発生させたことについて主観的注意義務違反があり、責任過失も肯定されるときは、結果的加重犯の共同正犯

が成立すると解してよい。

C<sub>1</sub> - 3 説 (前田説)

〔理由〕 結果的加重犯は、過失犯と異なり基本犯に関して故意が存在するから、過失犯とは実質的にかなり異なるので、過失犯の共同正犯を認めるかどうかとは切り離して考えるべきである。客観面は基本犯について意思の連絡があれば、それと相当因果関係のある範囲内の結果が共同正犯者に因果的に帰責されるし、結果的加重犯の類型において、基本犯の認識があるにもかかわらず加重結果について予見可能性が欠ける場合は考えられないといってよいので、主観的な責任の面も充足するといってよい。

C<sub>2</sub> 説 否定説

〔理由〕 過失犯の共同正犯否定説

(3) 判例

◎ 大判昭3.4.6, 最判昭22.11.5

結果的加重犯の成立要件としては、基本犯と加重結果との間に因果関係があれば足り、結果的加重犯の共同正犯は肯定される (「(1)結果的加重犯の成立要件との関連」のA説)。なお、強盗致死罪の共同正犯を認めた判例として、最判昭26.3.27 (百選 I 79事件) がある。