

日本法學

第九十一卷 第三・四号 2025年12月

論 說

非身分犯としての監護者性交等罪
——身分犯の痕跡——

三代川 邦夫

翻 訳

売買目的物の瑕疵による追完請求権
(ドイツ民法439条)

フェーリクス・マウルチュ
田中宏治
田中夏樹 共訳

雑 報

日本法学 第九十一卷 索引

日本法学 第九十一卷第一号 目次

論 説

死刑判断への裁判員の関与の憲法適合性 …… 柳 瀬 昇

同意論における二分説について …… 野 村 和 彦

研究ノート

科学捜査の強制処分性 …… 外 塚 果 林

— DNAサンプル採取行為を素材に —

判例研究

誤振込金の送金行為と電子計算機使用詐欺罪の成否 …… 小 林 侑 介

— 広島裁判所令和六年六月二日判決 令和五年(シ)第二四号 —

電子計算機使用詐欺被害事件 裁判所ウエブサイト

論 説

日本における政治資金規正法に伴う諸論点 …… 甲 斐 素 直

— 英国法制との比較 —

日本法学 第九十一卷第二号 目次

論 説

ノウハウに関わるライセンス契約の準拠法 …… セレナ・フランコ

— 日本法とローマ規則の比較を通じて —

論 説

国連憲章下における集团的自衛権の枠組み …… 本 吉 祐 樹

— 昨今の国家実行と学説を踏まえて —

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定
令和3年12月15日 執行部会議承認
令和3年12月16日 教授会報告
令和4年4月1日 施行

1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
 - ① 法学部非常勤講師
 - ② 法学部客員教員
 - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
 - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
 - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。
デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上

日本法学 第九十一卷 索引

論 說

号 頁

死刑判断への裁判員の関与の憲法適合性……………柳瀬 昇…一（一）

同意論における二分説について……………野村 和彦…一（七七）

日本における政治資金規正法に伴う諸論点……………甲斐 素直…一（二三六）

——英国法制との比較——

ノウハウに関わるライセンス契約の準拠法……………セラナ・フランコ…二（一）

——日本法とローマI規則の比較を通じて——

国連憲章下における

集団的自衛権の枠組み

——昨今の国家実行と学説を踏まえて——

……………本吉 祐樹…二（八〇）

非身分犯としての監護者性交等罪……………三代川 邦夫…三（四二）

——身分犯の痕跡——

研究ノート

科学捜査の強制処分性

——DNAサンプル採取行為を素材に——

外塚果林 ……一（二四二）

判例研究

誤振込金の送金行為と電子計算機使用詐欺罪の成否

——広島高等裁判所令和六年六月二一日判決 令和五年（う）第二四号——

小林侑介 ……一（二六七）

電子計算機使用詐欺被告事件 裁判所ウェブサイトに

翻訳

売買目的物の瑕疵による追完請求権

（ドイツ民法439条）

フェーリクス・マウルチュ
田中宏治 ……三
田中夏樹 共訳 ……四（二二二）

拡大、追完請求権の履行地、および現行ドイツ民法439条3項に規定されている取外し・取付け費用の規定に妥当する。しかし、このような拡大には、法理論・法政策上の問題がある。これらの問題は、追完請求権の拡大が、買主による売主に対する費用償還請求権によってではなく、売主自身の〔上述の取付け・取外しに関する〕追完義務の拡大として規定されれば、少なくとも一部は緩和される可能性がある。

-
- I 不能ではなく、そもそも代物引渡しはそもそも債務の範囲に含まれていなかった、という説明が多数説、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）65頁以下。
 - II これも多数説ではない、田中宏治・前掲61頁。
 - III かかる内容については、田中宏治・前掲53頁以下。
 - IV いわゆる排ガス不正事件、田中宏治・前掲83頁以下参照。
 - V いわゆるタイル事件、田中宏治・前掲224頁以下参照。

定していなかったならば、少なくとも幾つかの問題は回避できていたことだろう⁽⁶⁹⁾。たとえば、これにより、買主が負担した費用が必要であったかどうかという問題に関する争いを回避することができただろうし、同時に、買主のために取外し・取付けを行う請負人としての第三者の利益を売主が負担することを防ぐこともできた。この問題は、前述の、追完の履行地が買主の住所であるか、あるいは買主の住所から売主の住所への輸送費用を売主が負担しなければならないかという問題と非常に似ている⁽⁷⁰⁾。

V. おわりに

私の考えをまとめよう。ドイツ民法439条の規定に従った追完請求権は、瑕疵ある給付がなされた場合の買主のための主たる法的救済である。追完請求権は、契約の安定のために、一方では買主の契約上の利益を保護し、他方では売主に第2の履行の機会を与え、それにより瑕疵ある給付がなされたにもかかわらず契約上の利益を受ける機会を与えている。追完請求権は、過失を要件としない第一次の請求権として、変化した履行請求権を体現するもので、これは、ドイツ民法433条1項2文の規定に従った、瑕疵のない給付に対する買主の本来の権利を継続するものである。この追完請求権の目的からすると、追完請求権の内容とその履行方法は、本来の履行請求権と一致すべきである。しかし、欧州消費財売買指令および現行の物品売買指令に盛り込まれている、重大な不利のない無償の追完の要請により、追完請求権の内容は、本来の履行請求権と同等以上のものへと拡大してきた。これは特に、売買目的物とはある程度異なる新たな種類の物に対する追完請求権の

(69) これについては、*Maultzsch*, ZfPW 2018, 1 (9 f.); *BeckOGK/Höpfner*, 1.2.2025, § 439 Rn. 79 ff. を参照。これに対し、純粋な費用償還請求権の法政策的評価として肯定的なのが、*Fries*, AcP 217 (2017), 534 (552 ff.)。

(70) 上記IV. 1. 参照。

すのか、それともこの点に関する重大な過失も指すのだろうか？⁽⁶⁴⁾ さらに、瑕疵のある目的物を自ら取り付け中の買主が、瑕疵を発見した後、専門業者に取外し・取付けを依頼し、その費用をドイツ民法439条3項の規定する費用として売主に請求する、というのはどの範囲までできるのだろうか？⁽⁶⁵⁾ 買主は、売主に対し、売主が負担をできるだけ低く抑えられるよう、売主自身が取り外しと再取り付けを行う機会を与える義務があるのでしょうか？⁽⁶⁶⁾ 買主自身が取り外しと再取り付けを行う場合、買主はその作業に対して金銭を受ける権利があるのだろうか？また、その金額はどのように計算されるのだろうか？⁽⁶⁷⁾

こうした多くの問題は、追完請求権が、ドイツ民法433条の規定に従った本来の売主の義務内容を大幅に超えるような形で設計されているため、法適用がいかに困難かを示している。欧州の消費者保護の要請に大きく影響される、できるだけ包括的に買主を保護しようという動きは⁽⁶⁸⁾、当事者間の権利義務の明確性および体系的な整合性を損なう一つの原因となっている。取外し・取付けの費用に関しては、欧州裁判所の判例の要請を国内法化する際に、ドイツの立法者が、売主に対し、取外し・取付けを自ら行うことを義務づけ、買主にはそれに関する費用償還請求権も現行ドイツ民法439条3項が規定するようには規

(64) 故意に限定するのが、BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, § 439 Rn. 74; Staudinger/Bach, BGB, 2023, § 439 Rn. 209であり、重過失も含むとするのが、S. Lorenz, NJW 2021, 2065 (2067); Erman/Grunewald, BGB, 17. Aufl. 2023, § 439 Rn. 12.

(65) 肯定するのが、Maultzsch, ZfPW 2018, 1 (12) であり、場合分けをするのが、BeckOK BGB/Faust, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 133 ff.

(66) 学説はこのような義務を否定する：Maultzsch, ZfPW 2018, 1 (8 ff.); Picht, JZ 2017, 807 (809); BeckOK BGB/Faust, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 127; Staudinger/Bach, BGB, 2023, § 439 Rn. 221.

(67) 相当な金額について可能であるが、専門の職人が得られるであろう金額を超えることはできないとするのが、Hoffmann/Horn, AcP 218 (2018), 865 (885 ff.); BeckOK BGB/Faust, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 138; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 201.

(68) 上記Ⅱ. 参照。

付けまでも請求することができないが、それと同様に、買主は、ドイツ民法439条の規定に従っても、売主に対し、取付けや経済的に同一の費用負担を請求することはできない、ということである。

しかし、2011年に欧州裁判所は消費財売買指令の解釈として〔ドイツ連邦通常裁判所とは〕異なる判断を下した。その判断もまた、無償かつ買主に重大な不利のない追完という要請に基づいている⁽⁶¹⁾。この判決によると、国内法は、売主自身による取外しと取付けの義務を規定するか、少なくともその費用償還請求権を売主の帰責事由を必要としない形で買主に与える必要がある。この判決を受け、ドイツの立法府は、2018年1月1日に、ドイツ民法439条に第3項を追加した。これは、2022年1月1日に新しい物品売買指令が施行される過程で、若干修正される。この規定によると、瑕疵が明らかになる前に、その種類と用法に従って瑕疵ある物を他の物に作り付けたり、取り付けたりした買主は、瑕疵ある物の取外しに必要な費用、および代物として引き渡された瑕疵のない物の新たな取付けの費用を売主に請求することができる。

この規定には、その実務上の多くの問題が含まれているが、ここでは例としていくつかだけ取り上げよう⁽⁶²⁾。まず、目的物が通常の用法ではなく、特定の契約上の合意に従って作り付けまたは取り付けられることを予定していたときは、費用償還義務は生じるのだろうか？⁽⁶³⁾たとえば、基本的に独立した家具であるサイドボードを購入する際に、買主の求めに応じて売主が壁に取り付けられることに同意したような場合である。次に、ドイツ民法439条3項で言うところの〔瑕疵が〕「明らかになる」という用語は、買主が瑕疵を認識している場合のみを指

(61) EuGH, ECLI:EU:C:2011:396, 特に Rn. 45 ff. – タイル事件。

(62) 包括的で詳細な分析は、MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 36 ff.

(63) 肯定説が、*Maultzsch*, ZfPW 2018, 1 (4); BeckOGK/*Höpfner*, 1.2.2025, § 439 Rn. 72; Erman/*Grunewald*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 439 Rn. 10であり、否定説が、*Fries*, AcP 217 (2017), 534 (564).

売主の責任問題の歴史は、特に波乱に富んでいる。これは、買主が瑕疵を発見する前に、瑕疵ある目的物をすでに他の物に取り付けてしまっている場合の問題である。典型的な例^Vとしては、買主がホームセンターで床タイルを購入し、それを自宅に自分で敷いたところ、製造上の瑕疵により亀裂が生じた、という事案である⁽⁵⁸⁾。この場合、売主は、ドイツ民法439条1項の規定に従って新しいタイルを引き渡せばよいわけだが、問題は、その際に、売主が瑕疵あるタイルを撤去し、代物を敷設しなければならないか、あるいは少なくともその費用を買主に償還しなければならないかということである。

〔2001年〕債務法改正後の旧ドイツ民法439条や欧州消費財売買指令においては、この問題は特に規定されていなかった。そのため、連邦通常裁判所は当初、売主は追完の際の取外しまたは取付けのいずれについても責任を負わない、と判断した⁽⁵⁹⁾。買主がこれを請求できるのは、売主がドイツ民法276条以下の規定に従って瑕疵に責任を負う場合だけであり、その場合は、ドイツ民法437条3号、280条以下の規定に従って、損害賠償責任として、取付け・取外しの費用支払請求権が発生する。しかし、売主が単なる売主であるときは、製造上の瑕疵に関する製造業者の過失は、ドイツ民法278条の〔履行補助者の〕規定により売主の過失に帰する、とはならないため、買主に損害賠償請求権が認められないことが多くなる⁽⁶⁰⁾。このように、連邦通常裁判所が、追完義務に取外しおよび取付け費用の負担を含めない決め手となる根拠は、やはり、本来の履行請求権と追完請求権との事実上の同一性である。この契約は売買契約であり、ドイツ民法631条に規定される請負契約ではないので、買主は、売主に対して、目的物の引渡しとして、取

(58) 参照すべき諸判例は、BGHZ 177, 224: フローリングブロック事件〔田中宏治・後掲226頁〕; BGH, NJW 2009, 1660: タイル事件〔田中宏治・後掲232頁〕; AG Schorndorf, BeckRS 2009, 88603: 食器洗い機事件〔田中宏治・後掲272頁〕。

(59) BGHZ 177, 224 Rn. 8 ff.

(60) 上記II. 参照。

たとえば輸送が特に困難な物の場合などでは、常に買主の住所での追完をしなければならないことになる。

連邦通常裁判所も、この欧州裁判所の方針に沿って、ドイツ法の追完の履行地に関し、以前から場合分けをしている。すなわち、ドイツ民法269条1項の規定に従って、追完は、原則としては、追完義務の債務者である売主の住所でなされるべきだが、ドイツ民法439条2項の規定に従って、売主は追完の過程で生じる輸送費をすべて負担しなければならない⁽⁵³⁾。さらに、目的物の輸送が特に困難なときは、ドイツ民法269条1項の特別な「事情」に当たり、追完の履行地は瑕疵ある目的物の所在場所に移転する⁽⁵⁴⁾。この場合においては、売主は、追完のために買主の下へ行かなければならない。しかし、以上の判例の方針は、かなり不安定で争いになるかもしれない⁽⁵⁵⁾。これは、買主が自ら目的物を輸送することが期待不可能であると解釈できるかどうかの問題、または買主が目的物を売主に輸送する際に発生した費用が、必要であったかどうか、したがって、ドイツ民法439条2項によって売主から償還されるべきであるかどうかの問題となる可能性があるからである。したがって、追完は、常に目的物の現在の所在場所でなされなければならない、という反対説を支持すべきであり、これは欧州裁判所の要請とも一致している⁽⁵⁶⁾。なぜなら、この説は、売主が追完を自ら行い、それによって自身の経済的利益も守ることができるという基本原則を体現するものだからである⁽⁵⁷⁾。

2. 取付け・取外し費用の償還

最後に、いわゆる「取外し・取付け費用」に関する、追完における

(53) BGHZ 189, 196 Rn. 20; BGH, NJW 2013, 1074 Rn. 24; BGH, NJW 2017, 2758 Rn. 21 ff.

(54) BGHZ 189, 196 Rn. 34.

(55) そのため判例を批判するのが、*Augenhofer*, NJW 2019, 1988 f.; *Gsell*, JZ 2011, 988 (991 ff.).

(56) 詳細は、*MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 26.

(57) 上記II. 参照。

ければならないことになりそうである。その場合に生じる費用については、買主は、瑕疵ある給付による損害賠償の要件（ドイツ民法437条3号・280条1項）を別に満たす場合にのみ、請求できることになりそうである。しかし、売主に瑕疵ある給付の帰責事由が欠けるため、損害賠償請求の要件が満たされないことが多い⁽⁴⁹⁾。この問題は、とりわけ、売主と買主の住所が離れていたり、目的物が大型で複雑であったりして、交通費・輸送費が高額になる場合において実務上重要になる。本来の履行義務と追完義務とが鏡像〔同一〕関係にあるという議論は、追完義務の履行地が本来の履行地と同一であることを示唆するものだが、追完は、無償で、かつ、買主に重大な不利となることなく、実現されなければならないというのが欧州法の要請であることを考慮に入れなければならない（〔欧州〕物品売買指令13条1項）⁽⁵⁰⁾。この点を踏まえ、学説においては、買主保護のために、瑕疵ある目的物の現在の所在場所、すなわち買主が目的物を持参した場所が常に追完の履行地となる、と主張する見解もある⁽⁵¹⁾。

そのような中で、欧州裁判所は、追完の履行地を決定するにあたり、国内法にはある程度の裁量が認められると判断している⁽⁵²⁾。したがって、国内法では、常に売買目的物の現在の所在場所または売主の住所を履行地と定めることも可能だが、その場合、無償の追完という〔欧州法の〕要請を満たすために、買主に交通費および輸送費の支払を目的とする請求権を過失要件なくして与えなければならない。さらに、〔買主に〕重大な不利のない追完という要請を満たすため、売主は、目的物を売主に返送することが買主に期待不可能な費用を伴う場合、た

(49) 上記Ⅱ. 参照。

(50) 上記Ⅱ. 参照。

(51) 学説として、たとえば、BeckOGK/*Höpfner*, 1.2.2025, § 439 Rn. 47 ff.; BeckOK BGB/*Faust*, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 35; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 192. および OLG München, NJW 2006, 449 (450).

(52) EuGH, ECLI:EU:C:2019:447 Rn. 29 ff. - フュラ事件。

から明らかである⁽⁴⁴⁾。したがって、法適用の限界を越えないようにするためには、売買目的とされた種類と現在入手可能な種類とを比べ、わずかな変更を超える変更があるときは、代物引渡しは不能、と解すべきである⁽⁴⁵⁾。これに対し、特に「新」モデルへの変更が本質的には旧モデルの瑕疵そのものの除去目的であったときは、代物引渡しを妨げない、些細な変更だった、とみなしてかまわない。たとえば、ディーゼル車の不正操作の場合、新しいエンジン設計とエンジンソフトウェアを搭載したシリーズが発売され、それによって従来の違法な排ガス操作が除去される場合は、代物引渡しが可能になる⁽⁴⁶⁾。

IV. 追完義務の履行に関するいくつかの問題

また、追完義務の履行に関し、問題が生じることがある。

1. 履行地

特に議論が集中しているのは、追完の履行地の問題である。この問題は、ドイツ民法439条が明確に規定していないため、まずは、ドイツ民法269条の一般規定が出発点となるが、同条1項では「事情」と「債務関係の性質」が基準になるとされている。そうすると、変化した履行請求権⁽⁴⁷⁾としての追完請求権の履行地は、本来の履行請求権の履行地がまずは出発点となろう⁽⁴⁸⁾。たとえば、持参債務においては、売主は買主の住所で修補または代物引渡しをすべきことになりそうであるし、取立債務においては、買主は、追完のために売主の下へ出向かな

(44) MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 18.

(45) *Höpfner/Schneck*, NJW 2022, 1209 ff.; *Riehm*, ZIP 2019, 589 (590 ff.); *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 226.

(46) この限りで、BGHZ 220, 134 Rn. 39 ff. は適切。

(47) 上記II. 参照。

(48) これに賛成する学説は、たとえば、*Reinking*, NJW 2008, 3608 (3609 ff.); *Skamel*, ZGS 2006, 227 ff. および OLG München, NJW 2007, 3214 f.

的および経済的な基準を作ってきた。まず、買主は、売買契約締結から2年以内に追完を請求する場合に限り、後継モデルを請求することができる⁽³⁸⁾。この解釈は、ドイツ民法438条1項3号の瑕疵による買主の権利の消滅時効の規定に由来するものである⁽³⁹⁾。他方、連邦通常裁判所によれば、買主が後継モデルの経済的価値増加分の差額を売主に対して支払わなければならない場合がある。このような差額支払が必要とされるのは、本来の目的物のモデルから代物として引渡されるモデルへの定価の増加率が25%以上の場合だが、その場合も、差額全額ではなく、通常は差額の3分の1のみの支払で足りるとされ、その判断については、連邦通常裁判所は、事実審裁判所に裁量を与えている⁽⁴⁰⁾。

この新しい判例の目的は、周期的に後継製品が発売される場合でも、追完請求権の実効的な適用範囲を維持することであり、したがって、消費財売買指令および現行の物品売買指令の欧州基準を満たすという目的もあることが明らかである⁽⁴¹⁾。しかし、連邦通常裁判所が採用したこの基準は、ドイツ民法439条1項の規定する追完請求権の正当な範囲を超えてしまっているように思われる⁽⁴²⁾。それは、法律に根拠のない、純粋な「評価変数」⁽⁴³⁾を自由に適用していること（契約成立から2年以内の権利行使の要件、25%の価格上昇による差額の3分の1の追加支払）

(38) BGHZ 230, 296 Rn. 54 f.; BGHZ 232, 94 Rn. 46.

(39) 後継モデルの請求権の期間制限は、売買契約締結時から起算されるけれども、2年間の消滅時効期間は、ドイツ民法438条2項の規定に従って、瑕疵ある目的物引渡時から起算される。

(40) BGHZ 232, 94 Rn. 51 ff.

(41) BGHZ 230, 296 Rn. 44 ff. 関連するのが、EuGH, ECLI:EU:C:2011:396 Rn. 54 ff. – タイル事件。

(42) 同様に批判するのが *Höpfner/Schneck*, NJW 2022, 1209 ff. und *Riehm*, ZIP 2019, 589 (590 ff.).

(43) 方法論の観点から一般的に、*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 435 f.

に市場における種類物の一つと見ているかどうかによる。それは、たとえば、ディーラーから、同一の装備でほぼ同等の走行距離を持つ複数の車両の中から1つの車両を売買目的物とする場合でも同様である。この場合、売買契約が特定の車両の特定物売買でも、同等の中古車による代物引渡しが可能である。しかし、当事者が契約利益を特定の車両に明確に結びつけていたときは、この限りではない。たとえば、特定の車両のみを売却したいと考えている個人売主による中古車売買などがこれに当たる。この場合、たとえ同等の他の物が市場に存在していても、契約目的物が「厳密に」特定されているため、代物引渡しは、ドイツ民法275条1項の規定の意味における不能となる。

特定物売買の場合の代物引渡しの可能性に関する問題^{IV}は、現在ではほぼ解明されているが、種類売買においても代物引渡しの可能な物の範囲が、最近になって再び議論されている。原則は、目的物に瑕疵があったときは、買主は、同じ種類の別の物の引渡しを請求することはできるが、異なる種類の物を請求することはできない、というものである。しかし、この原則は、最近、排ガス不正事件に関する連邦通常裁判所の判例によって大きく修正されている。そこでは、一方で、瑕疵ある車両を完全に修補できないという事情があり⁽³⁶⁾、他方では、目的物となったモデルの後継モデルが発売されたため、目的物となったモデルの瑕疵のない代物を引き渡すことができなくなった、という事情がある。この場合において、連邦通常裁判所の判例によると、買主は、一定の要件を満たせば、ドイツ民法439条1項の規定に従って、技術的に改良されて品質が向上している後継モデルの代物を請求することができる、というのである。その要件とは、当事者意思を基準に、後継モデルもまた「同種かつ——機能的・契約上——同等」の物とみなされる場合である⁽³⁷⁾。連邦通常裁判所は、この同等性に関し、時間

(36) 上記Ⅲ. 2. 参照。

(37) BGHZ 230, 296 Rn. 43; BGHZ 232, 94 Rn. 36を参照。賛成するのが Staudinger/Bach, BGB, 2023, § 439 Rn. 37 ff.

よってのみ履行することができるので、特定物売買における代物引渡しは常に、ドイツ民法275条1項の規定する不能だ、ということになりそうである^{(32) I}。この見解に従うと、たしかに、結論は明確だが、しかし、買主の履行利益の満足が十分には考慮されない。契約目的物を特定物に限定することは、単に形式的にそうしたというだけで、必ずしも当事者の正当な期待を反映していない、ということがよくある。たとえば、〔スーパーなど〕セルフサービスの店での売買のほとんどは、ある具体的な物をレジで提示することで契約が成立する特定物売買である^{(33) II}。その目的物に瑕疵があり、修補できないときは⁽³⁴⁾、特定物売買であることを理由に、買主は、代物引渡しを請求することができず、解除など他の権利によるしかないとすれば、買主の履行利益は満足されないだろう。したがって、代物引渡しの問題^{III}に関しては、ある売買が特定物売買だとしても、価値的・機能的な観点から種類売買と同等であるかどうか吟味されなければならない、というのが通説である。なぜなら、当事者利益の観点からすると、〔特定物売買であっても〕同種同等の他の物が存在し、それによって追完することが可能なことがあるからである⁽³⁵⁾。そのような場合には、特定物売買でも、代物引渡しをすることができ、他方で、当事者がその目的物の特定に実質的・具体的な効力を与えているときは、代物引渡しは不能とみなされる。たとえば、中古車売買においては、契約当事者がその車両を単

(32) たとえば、*Ackermann*, JZ 2002, 378 (379 ff.); *U. Huber*, AcP 209 (2009), 143 (156 ff.) であり、最近のものとしては、*BeckOK BGB/Faust*, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 56 ff.

(33) これについては、*Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114 (21119) を参照。異論は、*Tiedtke/Schmitt*, JuS 2005, 583 (584 ff.)、これによれば、当事者意思に従って他の物による履行も可能であれば常に、純粋な種類売買となる。

(34) 上記III. 2. 参照。

(35) BGHZ 168, 64 Rn. 18 ff.; BGHZ 170, 86 Rn. 17; *Schroeter*, AcP 207 (2007), 28 (49 ff.); *Erman/Grünwald*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 439 Rn. 5; *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 21; *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 34 ff.

修補によって本来の瑕疵が完全に除去したけれども、別の瑕疵が生じる場合があり、その場合は、やや異なるが、類似した事案になる。いわゆる排ガス不正事件が、最近の例である。この事件では、ドイツの自動車メーカーが、排気ガスの排出量の値をより良く見せかけるために、自社車両のエンジンのソフトウェアに細工を加えた。この細工〔瑕疵〕は、ソフトウェアのアップデートで除去することが可能であった。が、そうすると、燃料消費量の増加やエンジンの摩耗という新たな瑕疵がよく生じたのである。このような場合、買主は、新たな瑕疵を甘受する必要はないため、ドイツ民法440条1文の規定に従って、修補を期待不可能として拒絶し、直ちに他の権利（たとえば、解除権）を行使することができる、と解すべきである⁽²⁹⁾。しかし、逆に、買主は、瑕疵修補を請求したうえで、新たに生じた瑕疵を理由に代金減額を請求することもできる（ドイツ民法437条2号、441条）⁽³⁰⁾。ここでは、〔当初の目的物引渡し時の〕危険移転時に、新たな瑕疵は、ドイツ民法434条1項の規定の意味においては存在していなかったことになるが、それは影響しない。なぜなら、危険移転時に存在した瑕疵の修補と合せて考えれば、新たな瑕疵の根っこはその時点で既に「あった」と言えるからである⁽³¹⁾。

3. 代物引渡し

ドイツ民法439条1項の規定に従った代替物の引渡しとは、瑕疵のない新しい目的物の引渡しである。そこでは、合意された債務の種類に関し、債務の本旨に従った目的物の範囲の問題が生じるかも知れない。たとえば、特定物売買において、代物引渡しができるかどうかについては、債務法改正後、激しい論争となった。この場合、単に形式的な観点からは、契約で特定された物のみが債務の目的であり、それに

(29) MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 15参照。

(30) *Horn*, NJW 2017, 289 (290) が適切である。

(31) *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 224; *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 24も参照。

うして、現行法では、修補と代物引渡しの方が可能であるときは、買主に選択権があり、その選択権は、ドイツ民法439条4項の費用不相当〔による追完拒絶権〕によってのみ制限されている。

2. 修補

古典的な物の瑕疵の場合においては、ドイツ民法439条1項の規定に従った修補は、通常、引き渡された瑕疵のある目的物の修補になる。しかし、瑕疵修補がなされたと言えるためには、売買目的物がいかなる点でも契約で合意した状態になることが必要である⁽²⁵⁾。連邦通常裁判所の判例によると、瑕疵は、「完全に、持続的に、専門的に」除去されなければならない⁽²⁶⁾。特に、修補しても目的物が完全には契約適合的にならず、部分的にしか契約適合的にならないときは、問題が生じることがある。以下のような問題である。

修補が引渡し時にすでに存在していた瑕疵を一部しか除去できないときであっても、買主は、ドイツ民法439条1項の規定に従って、その一部修補を請求することができる、と解すべきである⁽²⁷⁾。ただし、そういう修補を請求したときは、禁反言により、「瑕疵の残り」を理由に売買契約を解除すること（ドイツ民法437条2号、323条、326条5項）はできなくなり、ドイツ民法441条の規定に従って、代金減額請求をすることができるだけになる⁽²⁸⁾。

2024/1799), ABl. EU L 2024/1799参照、またこれについて、*Jung/Back*, NJW 2025, 537 Rn. 6 ff.

(25) BeckOGK/*Höpfner*, 1.2.2025, § 439 Rn. 91を参照。詳しくは、*Gsell*, Festschrift für Derleder, 2015, 135 (145 ff.).

(26) BGHZ 220, 134 Rn. 76; BGHZ 231, 149 Rn. 47 und BGHZ 232, 94 Rn. 59.

(27) BGH, NJW 2013, 1365 Rn. 12; *Gutzeit*, NJW 2007, 956 ff.; MüKoBGB/*Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 14; *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 242を参照。異論は、*Erman/Grünwald*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 439 Rn. 2.

(28) BeckOK BGB/*Faust*, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 54; *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 243; BGH, NJW 2013, 1365 Rn. 12も参照。

し、代物引渡しと修補とが選択的競合であれば、変更は可能である。なぜなら、この場合、追完請求権は、2つの追完方法のうちのどちらかが実現した時点で、全体として消滅するからである⁽¹⁹⁾。この例から分かるように、ドイツ民法439条1項の買主の選択権は、売主の選択権であるよりも買主を有利にする趣旨のものである。しかし、これを選択債務と解してしまうと、特にドイツ民法263条2項の規定に従って〔選択された給付が当初から目的だったことになるため〕請求権が縮小されることになり、この趣旨とは正反対の帰結になってしまう⁽²⁰⁾。

もう一つは、買主の選択権とした方が法政策上も説得力があるのか、という問題である。ある瑕疵を最も効率的・経済的に除去するには、修補と代物引渡しのどちらによるべきかの判断を、買主より売主の方がずっと上手に判断することができることからすると、売主に選択権を与えた方が良さそうである⁽²¹⁾。また、双方の選択肢が可能であるときは、資源節約を理由として、代物引渡しよりも修補を原則として優先すべきではないか、という環境保護の観点からの議論が最近なされている⁽²²⁾。欧州法の立法では、当初、指令案において、修補を優先する予定であったが⁽²³⁾、最終的には、指令はそうならなかった⁽²⁴⁾。こ

(19) MüKoBGB/*Krüger*, 9. Aufl. 2022, § 262 Rn. 11参照。選択的競合概念の一般論は、*Pöschke*, JZ 2010, 349 ff. これを批判するのが *Stamm*, JZ 2015, 920 ff.

(20) *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 217.

(21) *Schürholz*, Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, 2005, 58 ff.; BeckOK BGB/*Faust*, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 16.1.

(22) これについては、*Bach/Kieninger*, JZ 2021, 1088 (1094); *Staudinger/Bach*, BGB, 2023, § 439 Rn. 51.

(23) 商品修補並びに規則 (Verordnung (EU) 2017/2394) 及び指令 (Richtlinien (EU) 2019/771, (EU) 2020/1828) 修正のための共通規定に関する欧州議会及び閣僚理事会指令案12条、COM (2023) 155 final.

(24) 商品修補並びに規則 (Verordnung (EU) 2017/2394) 及び指令 (Richtlinien (EU) 2019/771, (EU) 2020/1828) 修正のための共通規定に関する2024年6月13日欧州議会及び閣僚理事会指令 (Richtlinie (EU)

求権の内容と範囲を、瑕疵のある給付による損害賠償請求権から区別することから生じる実務上および理論上の諸問題について、いくつかの視点から検討しよう。

Ⅲ. 追完請求権の基本的内容

追完請求権の基本的な内容は、ドイツ民法第439条1項に規定されている。

1. 修補と代物引渡しの選択権

追完は、ドイツ民法439条1項の規定に従って、瑕疵修補または瑕疵のない代替物の引渡し（いわゆる「代物引渡し」）によってなされる。この2つの選択肢のどちらを選ぶかは、買主の権利であり、それは消費財売買指令13条2項に対応している。たとえば、引き渡された瑕疵ある目的物について修補も代物引渡しも可能なときは、どちらを選ぶかは、原則として売主ではなく買主が決める。

買主の選択権がいわゆる選択債務（ドイツ民法262条以下）であるのか⁽¹⁶⁾、あるいはいわゆる選択的競合であるのかは⁽¹⁷⁾、争われている。この2つの説の最も重要な実際上の違いは、選択債務と解すると、選択された給付についてのみ、給付義務が認められる、という点である（ドイツ民法263条2項）。たとえば、瑕疵ある新車を購入した買主が代物引渡しを選択したものの、目的車種が生産中止となったため、代物引渡しが不可能となったときは⁽¹⁸⁾、選択債務だとすると、買主は、引き渡された車両の修補という方法に変更することができなくなる。しか

26; Staudinger/Caspers, BGB, 2019, § 278 Rn. 37を参照。他の見解としては、Schroeter, JZ 2010, 495 (497 ff.) und Schirmer, AcP 222 (2022), 572 ff.

(16) これについては、たとえば、Büdenbender, AcP 205 (2005) 386 (403 ff.); Jauernig/Berger, BGB, 19. Aufl. 2023, § 439 Rn. 17.

(17) こちらが現在の通説: BGHZ 220, 134 Rn. 44 ff.; BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, § 439 Rn. 24; BeckOK BGB/Faust, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 17.

(18) 後継モデルを追完請求する可能性については、後述のⅢ. 2. 参照。

化した履行請求権として分類することができ、これは直接、ドイツ民法433条1項2文の規定する瑕疵のない給付を求める履行請求権に代わるものであることが分かる⁽¹²⁾。そう考えると、売主は、ドイツ民法439条の規定に従って、瑕疵のない給付を実現する以上の義務を負うことはないが、それ以下の義務しか負わないこともない、ということになる。しかし、消費財売買指令13条1項が規定しているのは、「無償」であり、買主にとって「重大な不利のない」追完である。そのため、追完請求権の内容は、最終的には、ドイツ民法433条1項2文の規定に従った瑕疵のない給付を実現する義務の内容をはるかに超える可能性があることになる⁽¹³⁾。そうすると、ドイツ民法439条の規定と、同法437条3項および280条以下の規定に従った瑕疵ある給付による損害賠償請求権との区別が問題となる⁽¹⁴⁾。すなわち、瑕疵ある給付による買主の利益〔損害〕のうち、過失を要件としない追完請求権によってカバーされるものはどれだけか、また、ドイツ民法276条の意味における売主の過失を要件として発生する損害賠償請求権によって初めて填補される利益〔損害〕はどれだけか、という問題である。ここでの過失は、売主が瑕疵ある製品の製造者ではなく、流通網における単なる販売者であるに過ぎないときは、認められないことが多い。販売者としての売主は、多くの場合において、給付時には売買目的物の瑕疵を知ることができないため、売主自身の過失はない、ということになるからである。しかも、製造物に瑕疵がある場合において、ドイツ民法278条の〔履行補助者の過失の〕規定を用いて、製造業者の過失を売主の過失とみなすことは、通説では否定されている⁽¹⁵⁾。以下では、追完請

(12) BGHZ 177, 224 Rn. 18; BGHZ 195, 135 Rn. 5 und BGHZ 225, 1 Rn. 51.

(13) これについては、*Skamel*, Nacherfüllung beim Sachkauf, 2008, 68 ff. 及び法経済学的観点から *Bien*, ZEuP 2012, 644 (655 ff.) und *Tröger*, AcP 212 (2012), 296 (303 ff.).

(14) 詳しくは、*MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 5 f.

(15) 古くは、RGZ 101, 157 f. を参照。戦後も、BGHZ 177, 224 Rn. 29; BGHZ 232, 94 Rn. 112; *Erman/Grünwald*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 437 Rn.

のために治癒させることができる。したがって、追完請求権は、買主の第一次の履行請求権であり、瑕疵ある給付について、売主に、ドイツ民法276条以下に規定される意味での過失があったか否かとは無関係である⁽⁶⁾。逆に言えば、追完請求権の仕組みは、売主の契約上の利益も保護している。つまり、買主が瑕疵ある給付を理由に他の権利を主張することができるのは、追完請求権の補充としてする場合に限られる。特に、買主が瑕疵を理由に契約を解除することや、代金減額を請求することができるのは、売主に対して相当な期間を定めたにもかかわらず追完がなされなかった場合だけである（ドイツ民法437条2号、323条1項、441条1項1文）⁽⁷⁾。ここでの追完の優先は、「売主の第2の履行の権利」と表現されることがよくある⁽⁸⁾。しかし、買主には、追完を受領する義務はないので、これは、売主の第2の履行の機会と表現する方が正確であろう⁽⁹⁾。この売主の第2の履行の機会は、契約の拘束力を強化すると同時に⁽¹⁰⁾、現代の大量取引においては、目的物に瑕疵があったときは、売主が自ら、または第三者（たとえば製造者）を関与させることで、効率よくかつ合理的な経済的費用で瑕疵を除去できるのが通常だ、ということを考えてのものである⁽¹¹⁾。

前述の追完請求権の背景と立法趣旨からすると、追完請求権は、変

(6) BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, § 439 Rn. 12; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 3.

(7) ドイツ民法474条の規定の意味における消費財売買契約においては、追完のための期間設定要件に代えて、ドイツ民法475条 d 第1項の修正された要件が課されることがある。

(8) これについては、BeckOK BGB/Faust, 73. Ed. 1.2.2025, § 439 Rn. 2; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 19. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1.

(9) BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, § 439 Rn. 3; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 439 Rn. 1; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2017, Rn. 78.

(10) BeckOGK/Höpfner, 1.2.2025, § 437 Rn. 69; MüKoBGB/Maultzsch, 9. Aufl. 2024, § 437 Rn. 3.

(11) Grundmann, AcP 202 (2020), 40 (50 ff.).

ある欧州物品売買指令)⁽²⁾を国内法化することが立法趣旨であった。もっとも、ドイツ民法14条の規定の意味における事業者が売主に、ドイツ民法13条の規定の意味における消費者が買主になる（ドイツ民法474条のいわゆる消費財売買の）法律関係のみを国内法化することでも、この欧州指令に対応することは可能であった。しかし、ドイツの立法者は、追完請求権に関する欧州指令をドイツ民法433条以下の一般の売買の規定として国内法化することにしたため⁽³⁾、欧州指令、ひいては欧州〔司法〕裁判所の判例が、たとえば、事業者間売買や消費者間売買といった消費財売買以外の事案にも影響を及ぼすこととなった⁽⁴⁾。こうしたことを背景に立法されたドイツ民法439条は、ここ20年ほどの間に、具体的な解釈問題を繰り返し生み出してきた。以下では、論争の中心となった問題を取り上げて紹介しよう。

II. 追完請求権の趣旨

一般論として、ドイツ民法439条の解釈は、その立法趣旨に従う必要がある⁽⁵⁾。追完請求権は、ドイツ民法433条1項2文の規定に従って、瑕疵のない給付を求める買主の契約上の請求権が継続〔変化〕するものである。買主は、瑕疵のない給付を求めることができるのと同様に、現実に瑕疵ある給付がなされたときは、その瑕疵を追完によって買主

(2) 商品売買の特定局面に関する2019年5月20日欧州議会及び閣僚理事会指令 (Richtlinie (EU) 2019/771, ABl. EU L 136/28)。なお、同指令は、規則 (EU) 2017/2394および指令2009/22/EGを改正し、指令1999/44/EGを廃止するものである。

(3) これについて法政策の観点から、*Wagner*, ZEuP 2016, 87 (115 ff.)。

(4) このように「過剰な」指令の国内法化が法適用に及ぼす影響について包括的に、*Habersack/Mayer*, § 14: Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021 及び概要として *MüKoBGB/Maultzsch*, 9. Aufl. 2024, Vor § 433 Rn. 8.

(5) この目的論的な法適用については、まず、*Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, 333 ff.

売買目的物の瑕疵による追完請求権 (ドイツ民法439条)*

フェーリクス・マウルチュ **
 田 中 宏 治 *** 共訳
 田 中 夏 樹 ****

I. はじめに

ドイツ民法439条の規定に従った、売買法上の追完請求権の中心的な問題を扱おう。2002年の債務法改正後、追完請求権は、瑕疵ある給付における買主の主たる救済手段となった(ドイツ民法434・435条)。追完請求権の仕組みは、ドイツの立法者が自律的に決定したのではない。むしろ、ドイツ民法439条の規定は、もともと欧州消費財売買指令(Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie)⁽¹⁾(2022年1月1日以降は、その後継規定で

* 2025年4月17日に東京で開催された講演会原稿。脚注((1)、(2)、(3)...)は原著者注、本文中の□は訳者注。また、原文にない脚注は脚注記号を変更(I、II、III...)して別にまとめた。

** ドイツ・フランクフルト大学教授(博士、ニューヨーク大学LL.M.)。民法、民事訴訟法、国際私法および比較法講座。

*** 千葉大学大学院社会科学研究院教授

**** 日本大学法学部准教授

(1) 消費財売買及び消費財保証の特定局面に関する1999年5月25日欧州議会指令(Richtlinie 1999/44/EG, Abl. EG Nr. L 171 v. 7.7.1999)。

らば、採るべき解釈だと思われる。

ただ、同罪の文言を改めて読み返すと、「監護者が」とは規定していない。そうすると、そもそも同罪を身分犯だと理解する文理上の必然性はない。そして、身分犯だと理解することによって、以上のような解釈上の問題が生じることに鑑みれば、そもそも身分犯として理解することをやめるべきであろう。端的に、監護者であることによる影響力に乗じた性交等の有無を問えば足りる。監護者自らが性交等を行えば、基本的にその要件は充足するだろう。監護者以外が性交等を行った場合は、実際に影響力に乗じた性交等があるのかを、個別具体的に検討すべきことになるだろう。そのようなかたちで、同罪を非身分犯と解した上で、影響力要件を解釈していけば足りると思われる。そして、従来の可罰範囲や立証に大きな変更をもたらすものでもないだろう。

このように、身分犯と非身分犯とを差延 (différance) していくと、逆に身分犯の本質的意義が不明になる。監護者性交等罪は身分犯であるとして一般に解されてきたが、もはや身分犯の痕跡 (trace) にすぎないのではないか⁽⁶⁸⁾。

(68) 本稿については、原稿執筆段階で今井康介准教授および永井紹裕准教授からの有益な助言を得た。もちろん、その思わぬ誤解とそれに基づく記述の責任は、筆者にのみある。

規定の置き方としては、様々なものが考えられるが、不同意性交等罪や不同意わいせつ罪の一類型として規定し、176条1項9号として追加するというかたちも考えられなくもない。ただ、同項8号の立法経緯としては、監護者性交等罪のような比較的定型的判断がなされる犯罪類型ではなく、実質的判断を要求される犯罪類型として規定されたという背景がある⁽⁶⁶⁾。そして、そのような切り分け方にも合理性がある。そうすると、不同意性交等罪の一類型として規定するのは、不当な解釈上の混乱を招く。したがって、監護者性交等罪として独立の規定を設けつつ⁽⁶⁷⁾、非身分犯の体裁をとるべきではないだろうか。

跋

本稿の結論をまとめると、以下のようになる。

監護者性交等罪が身分犯であることを前提とすると、非監護者が性交等を行い、監護者は性交等を行わなかった場合、身分者が構成要件的行為を行っていない以上、正犯が存在しない。そうすると、非監護者には、共犯を含め監護者性交等罪が成立しないことになりそうである。65条1項を機械的に適用すれば、非監護者に監護者性交等罪の共犯が成立するようにも思えるが、同罪が想定する不法を実現していない場合にも、非監護者に同罪の共犯が成立することになりかねない。そうすると、65条1項を適用するにしても、同罪が想定している不法を実現している場合、すなわち監護者が被監護者に影響を及ぼしており、それに乗じて非監護者が性交した場合に限るべきだ、ということになる。これが、監護者性交等罪が身分犯であることを前提とするな

(66) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第6回会議議事録34頁以下、第8回会議議事録31頁以下、特にその中の佐伯委員、橋爪委員および嶋矢幹事発言参照。

(67) 立証上の問題を解決するほか、監護者性交等罪という罪名の存在により、「監護者がその影響力に乗じて性交した場合には処罰する」というメッセージを社会に発出する意義を認めることもできるだろう。

非監護者が性交等を行った場合には、個別具体的事情を踏まえ、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化の有無を判断すべきではないだろうか⁽⁶³⁾。

(2) 身分犯規定の合理性

以上とは異なり、監護者性交等罪の法文は非身分犯として読む余地はない、というのであれば、そもそも同罪を身分犯というかたちで規定する必要性はあったのか、という立法論上の疑問が生じる。

監護者としての影響力により、被監護者が性交せざるをえなくなつて性交されたという点が重要なのであって⁽⁶⁴⁾、そもそも正犯主体を監護者に限定する必要はなかったはずである。もちろん、こういった事象を捕捉するに際し、伝統的に身分犯という立法技術が用いられてきたため、このような立法技術を用いることも自然だったのだろう。しかし、ひとたび身分犯という法形式を採用したら⁽⁶⁵⁾、今回のように「非身分者に対する身分者の加功」といった解釈論上の問題が生じる。身分犯という形式を用いることにより問題解決が円滑になるのであればよいが、むしろ余計な議論が付け加わって問題が複雑化しているだけではないか。正犯であろうと共犯であろうと、端的に「監護者の影響によって、被監護者が性交をせざるをえなかったのか」という不法の実現の有無を問題とすればよく、後は通常の前犯性の議論によって正犯／共犯を振り分ければ足りるのではないだろうか。

(63) 前提となる理解は本稿と異なるものの、松宮・前掲注(2)「監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否」103頁以下も参照。また、平山・前掲注(1)「判批」3頁以下は、「監護者か否か」よりも「監護者であることの影響力の行使」が監護者性交等罪の決定的要素となるという理解について、同罪を真正身分犯であるとする理解と齟齬を来すのではないかと指摘する。本稿からすれば、まさにそのとおりであり、だからこそ身分犯という理解を否定すべきだという結論になる。

(64) 松枝・前掲注(1)「判批」166頁参照。

(65) そもそも、身分犯という概念の合理性を疑うものとして、小林憲太郎「西田教授の身分犯論」前掲注(31)『西田典之先生献呈論文集』58頁参照。

つのではないか。法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会における議論でも、非監護者が性交等を行った事例は登場していない⁽⁶⁰⁾ことから、立法者としては監護者自身が性交等を行うことを想定しているといえるだろう。しかし、立法者の意思は尊重に値するとはいえるだろうが、それに従って解釈しなければならないわけではない⁽⁶¹⁾。法解釈というのは、他の解釈と整合的で有機的な—すなわち integrity のある—意味連関を形成する意味制作作業であり⁽⁶²⁾、ただ、刑法解釈においては罪刑法定主義の観点からの外的な制約が課されているにすぎない。したがって、監護者性交等罪を身分犯と解するか否かは、「そう解する方が法文や他の事例群と整合的か」という観点から決まる。

判例のような事例について考えてみると、監護者性交等罪を身分犯と解したところで、結局のところ、65条1項を機械的に適用して解決することはできず、当該性交等が、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価できるか否かを判断する必要がある。ということは、解釈論上の複雑性を縮減できるわけではないのだから、身分犯と解することによる解釈論上の利点は乏しい。むしろ、身分犯と解することにより、65条1項が常に適用されて共犯が成立するという、不当に処罰範囲を拡張するような解釈もなされかねない。したがって、監護者性交等罪を非身分犯と解した上で、監護者自らが性交等を行った場合には原則として監護者性交等罪の構成要件をみたすと解しつつ、

(60) 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会議事録・第3回、第5回、第7回参照。立案担当者は、非監護者による性交に監護者が関与した場合に同罪の共同正犯の成立を認める（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」250頁参照）。これについて、松原は、法制審議会の議会を反映したものではないと思われるという（松原・前掲注(1)243頁注16参照）。

(61) そもそも誰の意思をもって立法者の意思と呼ぶのかという問題があるし、立法者のいかなる意思内容をもって立法者の意思とするのか、すなわち願望なのか予期なのかという問題もある（瀧川裕英ほか『法哲学』〔有斐閣・2014〕291頁参照）。

(62) 大屋雄裕『法解釈の言語哲学』（勁草書房・2006）168頁以下参照。

文言は「現に監護する者」と「性交等をした者」が同一人であることを前提としているというのである⁽⁵⁸⁾。

本当にそうなのだろうか？

法文における主体は、「性交等をした者」であり、その修飾句として「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じ」たことが付加されているだけである。「監護者が」と書いていない以上、主体を監護者に限定しているという理解が一義的に導かれるわけではない。

一般に、監護者性交等罪は「現に監護する者」を身分とする身分犯だと解されている⁽⁵⁹⁾。既にみたように、立案担当者も、主体が現に監護する者であることを前提として解説し、身分犯であることも明言している。おそらく、法文の趣旨としては、行為者が「その者を現に監護する者」であることを前提として、その「ことによる影響力があることに乗じて性交等をした者」と読む趣旨なのだろう。もちろん、そのような理解は成り立つだろうし、あるいは自然な読み方なのかもしれない。ただ、異なる読み方として、行為主体は限定しておらず、性交等が「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じ」た場合には、同罪が成立するという文理解釈も十分に成り立

(58) 松原・前掲注(1)「判批」242頁参照。

(59) 西田典之＝橋爪隆〔補訂〕『刑法各論〔第8版〕』（弘文堂・2025）120頁、高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』（成文堂・2022）145頁、松原・前掲注(15)『刑法各論〔第3版〕』107頁、深町晋也『家族と刑法』（有斐閣・2021）47頁参照。山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣・2024）115頁や井田良『講義刑法学・各論〔第3版〕』（有斐閣・2023）140頁は、身分犯という単語そのものは使っていないが、犯罪の主体を監護者に限定することを前提とした記述になっており、同罪を身分犯と解する趣旨であろう。松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』（成文堂・2024）131頁は、「本罪は、一般に『現に監護する者』を主体とする**構成的（＝真正）身分犯**と解されている。」としており（原文強調）、慎重な表現を採っているようにもみえる。これらに対し、本罪が身分犯ではないという含みを持たせているのか、その真意は分からないが、小林・前掲注(6)『刑法各論』93頁以下には同罪が主体を限定している旨の記述はない。

本稿では、義務犯論の当否を本格的に論ずる余裕はないが、義務犯論は標準的な刑法理論からみれば異物であり、ではなぜその異物を摂り入れるかといえ、条文と整合させるためだと思われる。しかし、合理的な条文であればともかく、合理性が疑わしい条文を整合的に理解するための理論を構築して導入することに、意義はあるのだろうか⁽⁵⁷⁾。

(5) 小括

以上から、監護者性交等罪の共犯が成立するか否かは、あくまで同罪の予定している不法が実現されたかという点が、問題の本質だということになる。そして、監護者性交等罪が身分犯であるとするならば、同罪が予定する不法が実現されている限りにおいて、同罪の共犯の成立を認めるべきだという結論になる。

3. 監護者性交等罪の解釈

以上では、監護者性交等罪が身分犯であることに起因して、解釈論上の問題が生じることを論じてきた。

(1) 監護者性交等罪は本当に身分犯なのか？

ところで、松原はその論稿において、気になる論述をしている。それは、「その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者」という179条2項の法文を引用した上で、その

田は、65条1項は、非身分者は結果との間に他人の行為を介さない場合であるにもかかわらず、共犯の成立を拡張的に認める創設規定であると主張したことがある（島田・前掲注(53)『正犯・共犯論の基礎理論』271頁注103、同「いわゆる『故意ある道具』の理論について（3・完）」立教法学62号〔2002〕92頁参照）。身分者であるからこそ重要な役割を果たしたと評価できる限りでは、共同性を認めることは可能かもしれないが（同93頁以下参照）、常に共同性を認めうるわけではないから（同96頁参照）、処罰の間隙は避けえないだろう（小林・前掲注(30)『刑法総論の理論と実務』708頁の評価も参照）。そして、そもそも65条1項を文理上そう読めるのかという問題もある。

(57) 小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』351頁以下参照。

共犯が成立しないとされる。そこで、公務員に収賄罪の間接正犯の成立を認めるのが、かつての通説であった⁽⁵¹⁾。しかし、これに対しては、行為媒介者である妻には故意があり自律的決定をしている以上、背後者の正犯性を認めることができないという批判がある⁽⁵²⁾。そこで、背後者である身分者にも、行為媒介者である非身分者にも、共同性が認められる限りで共同正犯が成立するという考えが有力に主張される⁽⁵³⁾。

しかし、共同性が否定されるような事例では、行為媒介者に正犯が成立しない以上、共犯も成立しないという問題が生じる。この問題を解決するために主張されたのが義務犯論である⁽⁵⁴⁾。義務犯論によれば、義務違反を犯した者のみが正犯となるから、身分を有する背後者のみが正犯となり、行為媒介者は共犯という結論を導ける⁽⁵⁵⁾。そして、判例の事案においては、監護者は構成要件的行為を行っていない以上、義務違反をしたものとは評価できないから正犯が存在せず、非監護者に65条1項を適用して監護者性交等罪の共犯を認めるような解釈は到底承認しえないことになる⁽⁵⁶⁾。

賄賂を収受したといえるのだから、直接正犯が成立していると評価する余地は十分にある（小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』295頁も同旨）。最終的には事案次第であるが、a priori に直接正犯の成立を排除するのは不適切だろう。

(51) 大場茂馬『刑法総論（下）』（中央大学・1911）1020頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社・1990）159頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）162頁等参照。

(52) 植田重正『共犯の基本問題』（三和書房・1952）16頁、中義勝『間接正犯』（有斐閣・1963）163頁等参照。

(53) 西原春夫『刑法総論』（成文堂・1977）313頁、同『犯罪実行行為論』（成文堂・1998）281頁以下、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010）87頁、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002）265頁、山口・前掲注(30)『刑法総論〔第4版〕』363頁等参照。

(54) 小林・前掲注(30)『刑法総論の理論と実務』707頁参照。

(55) Vgl. *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd.2., 2003, § 25 Rn.271ff. 翻訳として、山中敬一〔監訳〕『ロクシン刑法総論 第2巻〔翻訳第1分冊〕』（信山社・2011）。

(56) 松宮孝明『刑法総論講義〔第6版〕』（成文堂・2024）309頁参照。島

かは定かではないが、そもそも自手犯的な発想そのものについて、根本的な疑問がある⁽⁴⁵⁾。自手犯の典型とされる偽証罪に関しては、手話で虚偽を述べ、情を知らない通訳に陳述させた証人にも成立しうるものであり、間接正犯が成立する余地がある⁽⁴⁶⁾。したがって、理論的に間接正犯の成立の余地が排除されているわけではない。また、継続的な生活態度を罰する浮浪罪（軽犯罪法1条4号）のように、構成要件の個別の解釈により、他者を介して正犯的に実現することを想定しがたい犯罪もあるように見える。しかし、継続的な脅迫によって浮浪を強制する余地はある⁽⁴⁷⁾。したがって、それらの犯罪は、間接正犯の事例を想定することが事実上困難だというだけであって、不可能なわけでもなければ、原理的に排除されているわけではない。

以上のように考えると、監護者性交等罪を、監護者自らが性交等を行う場合に限定する必要はないだろう⁽⁴⁸⁾。

(4) 身分なき故意ある道具と義務犯について

以上と関連して論じておくと、身分なき故意ある道具（qualifikationsloses doloses Werkzeug）という問題について、共犯の成立を否定する見解からは、非監護者が被監護者に対し性交等をした事例においても、監護者性交等罪の共犯の成立を認めるという結論は、採り難いと思われる⁽⁴⁹⁾。

身分なき故意ある道具の典型例は、公務員が、非公務員である自分の妻に、賄賂を収受させた場合である。学説の議論状況を簡潔にまとめよう。この場合、賄賂を直接収受した妻は非身分者であるから、収賄罪の直接正犯にはならず⁽⁵⁰⁾、従属性の帰結として、公務員は収賄罪の

(45) 西田＝橋爪・前掲注(28)『刑法総論〔第4版〕』80頁、小林・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』40頁以下等参照。

(46) 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣・2012）61頁〔小林憲太郎〕参照。

(47) 同上。

(48) 齊藤・前掲注(1)「判批」189頁参照。

(49) 松宮・前掲注(1)「判批」162頁以下など参照。

(50) 松宮・前掲注(1)「判批」162頁が指摘するように、そもそも公務員が

う⁽⁴⁰⁾。

(3) 自手犯的理解の問題点

以上の理解とは異なり、監護者性交等罪は、そもそも監護者しか犯しえない犯罪だ、という自手犯的な理解がある⁽⁴¹⁾。つまり、偽証罪が、宣誓した証人が偽証した場合にしか成立しえないのと同様に、監護者性交等罪も監護者自らが性交等を行った場合にしか成立しえない、という理解である。なぜそのような理解を採るのかというと、同罪は、性交等の相手が監護者であることの影響力により、同意が不任意となる状況を類型化したものだからであり⁽⁴²⁾、およそ自由な意思決定によるとは認められないのは、性交等の相手方が監護者である場合に限られるという⁽⁴³⁾。

しかし、それは論理が飛躍しているのではないだろうか。たしかに、典型例は性交等の相手方が監護者の場合であろうが、同罪が想定している不法は、相手方が監護者の場合に限られないだろう。おそらく、松原の理解としては、監護者性交等罪はいわば自手犯として形式的に解釈適用され、個別具体的な状況を踏まえて性的自律の侵害の有無を判断するのは、不同意性交等罪においてなされるべきだ、というのであろう⁽⁴⁴⁾。先述したとおりであるが、監護者性交等罪が想定する不法が実質的に実現されているのであれば、同罪の共犯の成立を認めることに理論的な支障は存在しないのだから、監護者自らが性交等を行った場合に限定する必要もないだろう。

松原が、監護者性交等罪を自手犯として位置づける趣旨なのかどう

(40) もっとも、判例のような事案について、監護者性交等罪の共犯の成立を認めるという限りでは一致するが、共犯の成立を認める範囲は本稿より広くなると思われる（深町・前掲注(1)「判批」119頁参照）。

(41) 松原・前掲注(1)「判批」241頁以下参照。

(42) 松原芳博「身分犯の共犯をめぐる諸問題」研修904号（2023）9頁参照。

(43) 松原・前掲注(1)「判批」242頁参照。

(44) 松原・前掲注(42)「身分犯の共犯をめぐる諸問題」14頁注33、同・前掲注(1)「判批」243頁参照。

立するために、そういった事情が認められることを必要条件とするところまで含むか否かは、明らかでない⁽³⁶⁾。形式論理でいえば、そういった事情が認められなくとも、65条1項を機械的に適用すれば、同罪の共犯の成立が認められる。しかし、同罪の不法内容に鑑みれば、同罪の共犯を無限定に認めるべきではなく⁽³⁷⁾、監護者による被監護者への影響に、非監護者が乗じたような場合にのみ、同罪の共犯の成立を認めるべきだろう。

この帰結は、監護者性交等罪の保護法益として、被監護者の健全成長・発達も含まれるという見解に立った場合であっても、導かれるはずである。この見解に立つと、監護者は自ら性交をしていない場合には、監護関係を性的関係に転化させたわけではないため、原則として監護者性交等罪は成立せず、児童淫行罪（児童福祉法34条1項6号）が成立するにとどまるようにも思える⁽³⁸⁾。しかし、監護者が自己の影響力に乗じて、被監護者が望まない性的関係を有するように働きかける場合には、監護関係を性的関係に転化させたといえるため、監護者性交等罪が成立するという⁽³⁹⁾のであるから、本稿と同様の結論に至るだろ

(36) 東條・前掲注(1)「判批」110頁が指摘するように、最高裁は詳細な事実関係には言及していないため、射程が広い判例と読む余地はある。ただ、最高裁は、本件の事実関係を前提として原判断を是認しているのであろうし（判例秘書 L08010004に付されたコメント参照）、あくまで当該事案のような、監護者性交等罪の不法が実質的に実現された事例においてのみ同罪の共犯の成立を認めるべきであり、射程を広く認めるべきではない（高裁の評釈であるが、伊藤・前掲注(1)「判批」114頁も同旨と思われる）。

(37) 佐川が指摘するように、監護関係と性交との結びつきがない場合をも同罪で捕捉するのは、同罪の趣旨にそぐわない（佐川・前掲注(1)「判批」67頁参照）。立案担当者の解説は、無条件に同罪の共同正犯の成立を認めるように読めるが（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」250頁参照）、もしそうであれば妥当ではない。

(38) 深町・前掲注(10)「家庭内における児童に対する性的虐待の刑罰的規律」110頁参照。

(39) 深町晋也「家族をめぐる刑法の役割—家族刑法学の構築に向けて」法教535号（2025）47頁、同・前掲注(1)「判批」119頁参照。

(2) 非監護者による性交についての監護者性交等罪の共犯の成否

このように、非身分者に身分犯の共犯が成立するか否かは、非身分者が身分犯の不法を実現したと評価できるかどうかによって、決すべきことになる。そうすると、監護者が構成要件的行為を行っていないにもかかわらず、監護者性交等罪が成立するかという問題は、非監護者による性交が、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価できるかという点に帰着する⁽³²⁾。その意味で、最終的には事案次第ということになるが、非監護者が被監護者と性交する事例を類型的に排除する必要はないことになる⁽³³⁾。

問題となった判例の事案では、監護者が、非監護者である被告人との性交に応じさせるために、被害者の説得を繰り返したりしていたことから⁽³⁴⁾、非監護者による性交は、監護関係の存在による性的自律に対する危険の現実化と評価することができるだろう⁽³⁵⁾。それゆえ、この事案においては、非監護者に監護者性交等罪の共犯の成立を認めることは可能だと思われる。もっとも、判例の趣旨が、同罪の共犯が成

教授の身分犯論」前掲注(10)『西田典之先生献呈論文集』60頁以下参照)。そうすると、65条2項がなくとも、身分者と非身分者の罪名が分離するという帰結を導くことができるため、65条2項も不要な規定ということになる。

(32) おそらく同旨の理解として、橋爪隆「性犯罪に対する処罰規定の改正等について(2)」警察学論集77巻10号(2024)137頁、同・前掲注(1)「判批」、小池・前掲注(1)「判批」105頁、松枝・前掲注(1)「判批」163頁参照。また、直接的には監護者性交等罪の共犯についての記述ではないものの、176条3項・177条3項の年齢差要件に関して、年齢差要件を充足する者と充足しない者との間に65条1項が適用可能かという問題が生じることとの対比で、監護者性交等罪は、監護者であることによる影響力に乗じたという実質要件が規定されていることから、非監護者が性交した事例であっても、影響力によって被監護者の未熟さに乗じて性交が行われたとの評価が可能であるという指摘がなされている(樋口亮介「いわゆる性交同意年齢の引上げ」刑ジャ78号〔2023〕39頁参照)。

(33) 齊藤・前掲注(1)「判批」189頁参照。

(34) 菊地・前掲注(1)「判批」79頁以下も参照。

(35) 松枝・前掲注(1)「判批」172頁以下参照

が成立し、同罪は構成的身分であるから、65条1項が適用される結果、Xには保護責任者不保護罪の教唆犯が成立する。つまり、同じ保護責任者という身分について、遺棄の場合には65条2項が適用され、不保護の場合には65条1項が適用されることになる⁽²⁸⁾。

この点を問題視し、不法は誰が行っても不法であるのに対し、責任は個別的非難であることから、65条1項は不法に関する身分であり、65条2項は責任に関する身分であるとしたのが西田典之である⁽²⁹⁾。条文の文言から乖離しているという難点は否めないものの、標準的な刑法理論と整合的に解釈するのであれば、このように解釈するほかないと思われる⁽³⁰⁾。

このような理解に基づき、違法身分に関しては、非身分者であっても、身分者を介して不法を実現できるから、非身分者にも身分犯の共犯が成立することを論証したのである。言い換えれば、共犯は自身が実現した不法と責任によって、(従属性の限度内で)その成立する罪名が定まるのであり、その意味では65条1項はあってもなくても結論は変わらず、不要な規定だということになる⁽³¹⁾。

(28) 西田典之〔著〕橋爪隆〔補訂〕『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂・2025) 442頁のあげる例を用いた。

(29) 西田典之『新版 共犯と身分』(成文堂・2003)〔初版：1982〕参照。

(30) 山口厚『刑法総論〔第4版〕』(有斐閣・2025) 354頁、井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 395頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013) 414頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社・2018) 714頁以下、同・前掲注(12)『刑法総論〔第3版〕』 351頁参照。

(31) 西田・前掲注(29)『共犯と身分』 352頁以下参照。65条2項については、西田は、罪名従属性を緩和する創設規定であるから、必要な規定であるとする。尊属殺を例にとると、65条2項が、非身分者である共犯について、尊属殺の共犯構成要件の成立を積極的に排除するからこそ、非身分者である共犯は通常殺の共犯構成要件しか充足しないという帰結がもたらされるのだという(同207頁参照)。西田は、共犯の罪名が正犯の罪名に拘束されるという意味で罪名従属性を理解しているように思われるが、そもそも要素従属性を超えて罪名従属性を要求することに根本的な疑問がある(山口厚『犯罪論の基底と展開』〔成文堂・2023〕 182頁以下、小林憲太郎「西田

まで意図した記述かどうかは明らかでない。

立案担当者の理解に対しては、同罪が身分犯である以上、行為者が性交等をしたと評価できることが必要であるとして、間接正犯か共同正犯の事例に限り、同罪の成立を認めるべきだという異論が主張されている⁽²⁶⁾。

たしかに、身分犯であるとしながら、第三者が性交等を行った場合にも監護者性交等罪が成立するというのは、やや奇異に映る。いずれにせよ、この議論から窺えることは、本罪は監護者自らが被監護者と性交等を行うという二者間関係を想定したものであって⁽²⁷⁾、第三者たる非監護者が性交等を行うというのは変則事例 (anomaly) だということである。そうであるがゆえに、後に論ずるように、身分犯であることの本質的問題点が露呈してくるのである。

2. 監護者性交等罪の共犯

(1) 身分犯の共犯

監護者性交等罪の共犯の成否を検討する前提として、身分犯の共犯をどう考えるかを明らかにする必要がある。身分犯の共犯の成否については、65条1項を機械的に適用するのではなく、あくまで同罪の不法内容に着目すべきである。そのことを、ここで簡単に確認しておく。

65条を機械的に適用すると、次のような問題が生じる。Xが保護責任者Aに対し、Aの子Vを遺棄することを教唆した場合、Aには保護責任者遺棄罪が成立し、同罪は加減的身分であるから、65条2項が適用される結果、Xには単純遺棄罪の教唆犯が成立する。これに対し、XがAに対し、Vの不保護を教唆した場合、Aには保護責任者不保護罪

(26) 橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号(2017)6頁参照。中谷雄二郎「共犯と身分をめぐる実務」刑ジャ80号(2024)77頁も実質的に同旨であろう。

(27) 品田・前掲注(14)「監護者性交等罪の検討」15頁注34参照。

するが、監護者性交等罪の事例を不同意性交等罪の7号や8号で処罰しようとする、不同意困難状態を立証しなければならない。監護者性交等罪においては、不同意困難状態を立証する必要はなく、いわばそれが典型的に擬制されているものと解される⁽²⁴⁾から、不同意困難状態の立証という点で実際には重要な相違があるということになる。不同意困難状態の立証が不要になるという意味では、監護者性交等罪は、不同意性交等罪の7・8号類型に包摂されるものでもなければ、あるいは不同意性交等罪と統合して9号類型として新設されるべきものではなく、独立の条文としての存在意義があることになる。

(4) 監護者性交等罪の行為主体

立案担当者は、監護者性交等罪は身分犯であるとしつつも、「性交等」を行う行為主体について、自らが性交等をした場合だけでなく、第三者に性交等を行わせる場合も含まれる、と解しているようにみえる⁽²⁵⁾。もし立案担当者のように解すると、監護者が非監護者に性交させる場合も、監護者は同罪の構成要件を充足することとなるが、そこ

た(同上257頁注3参照)。いわば準監護者性交等罪とも呼ぶべき事例であり、監護者性交等罪ほどの強度の依存関係は要求されない代わりに、後述するような不同意困難状態の立証が要求されていると考えられる。

(24) 亀井源太郎ほか『刑法II各論〔第2版〕』(日本評論社・2024)44頁〔和田俊憲〕参照。176条3項や177条3項のような、性交同意年齢に関する規定が監護者性交等罪には存在しないことから、監護者性交等罪において被害者の同意を観念する余地が文理上排斥されているわけではない。ただ、立案担当者によれば、そもそも18歳未満の被監護者が典型的に自由な意思決定が困難であることに着目して、同罪が立法されたのであるから、被害者の同意の有無を問題とする余地はないことになる(松田=今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」45頁参照)。そうすると、被監護者が16歳以上18歳未満の場合には、不同意性交等罪においては同意の有無を問題とする余地があるのに対し、監護者性交等罪では同意の有無を問題とする余地がないという点でも、相違点が認められることになる。

(25) 松田=今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」242頁注14は、強制性交等罪の解説として、第三者に性交等をさせる場合も「性交等」に含むとした上で、監護者性交等罪の解説において「本項の『性交等』は、第177条の『性交等』と同じ意味である」としている(同254頁)。

罪数としては法条競合（補充関係）の関係に立つと考えるべきだろう⁽¹⁹⁾。

このような理解とは異なり、松原は、監護者性交等罪は、典型的に自由な意思決定が認められない事例を捕捉する犯罪であるものの、個別具体的な事案において自由な意思決定が欠落する不同意性交等罪と役割分担を担っている、という⁽²⁰⁾。しかし、そこまで厳格で排他的な役割分担をさせる必然性はないだろう。立証の難易等に鑑みて、立証のしやすい犯罪で公訴提起すればよく、かつ監護者性交等罪と不同意性交等罪のいずれかが成立するのであれば、残りの犯罪が重ねて成立することはない、というだけの話ではないだろうか。松原は、監護者性交等罪において、監護者による働きかけの影響について積極的な認定はなじまず、そういった個別具体的な判断は不同意性交等罪の成否においてなされるべきだという⁽²¹⁾。しかし、監護者性交等罪は、そこまでの解釈論的帰結を内包するものではなく、個別具体的な判断を排斥する必要はない—むしろ後述するように、事案によっては個別具体的な判断が求められる—と思われる。

監護者性交等罪の立法当時は、強制的性交等罪において暴行・脅迫要件が課され、準強制的性交等罪においては抗拒不能・心神喪失要件が課されていたが、令和5年改正により不同意性交等罪へと改正・統合された結果として、その関係性も微妙に変化している。不同意性交等罪と監護者性交等罪の関係についていえば、7号⁽²²⁾や8号⁽²³⁾類型と近似

(19) 加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば70巻8号（2017）58頁参照。訴訟法的な処理については、松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」266頁注16参照。

(20) 松原・前掲注(1)「判批」243頁参照。

(21) 同上243頁参照。

(22) もともと監護者性交等罪は、長期的に反復して虐待がなされ、被監護者が抵抗意欲を失っており、暴行・脅迫要件や抗拒不能要件を充足しない事例を捕捉するという含意も有していた（松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」256頁注2参照）。

(23) 8号の地位利用類型は、監護者性交等罪として捕捉するほどの強度の依存関係がないとされ、同罪の捕捉範囲から除外されていた事例群であっ

いだろうか⁽¹³⁾。監護者性交等罪や監護者わいせつ罪が、176条1項や177条1項の例によると規定しているところからすると、強度の経済的・精神的依存関係さえあれば⁽¹⁴⁾、176条1項や177条1項と同等の不法が実現されていると評価できるように思える。

また、この見解に近い立場として、被害者の性的自律が中核的な保護法益であるとしつつ、児童の発達・健全育成という視点を併せ考慮する見解⁽¹⁵⁾も主張されている。問題はその考慮の仕方であるが、松原は、量刑判断において考慮するという趣旨であって、具体的な要件の解釈を左右するという趣旨ではないようである。樋口は、量刑判断において考慮する⁽¹⁶⁾だけでなく、「乗じて」要件など、具体的な要件の解釈にも影響を及ぼそうとしている⁽¹⁷⁾。そのような解釈であれば成り立ちうるように思われ、本稿としての立場は留保しておきたい。

(3) 監護者性交等罪と不同意性交等罪（強制性交等罪）との関係

本稿は、監護者性交等罪は基本的に性的自律を保護法益とする犯罪だと理解しているが、その場合、不同意性交等罪⁽¹⁸⁾とはどのような関係に立つのだろうか。立法当時、強制性交等罪には暴行・脅迫要件が課され、準強制性交等罪には抗拒不能・心神喪失要件が課されていたことから、それらの要件を充足しないものの、同等に性的自律を害するがゆえに、監護者性交等罪が立法されたのであった。したがって、

(13) 小池・前掲注(1)「判批」105頁や松枝・前掲注(1)「判批」163頁も参照。

(14) 品田智史「監護者性交等罪の検討」刑ジャ55号(2018)13頁は、個別具体的な事案における被害者の同意の有無や抗拒不能状態の有無を問うことなく、典型的に強制わいせつ罪・強制性交等罪と同等の当罰性を基礎づけるような関係性が要求されるはずであるという。具体的にどこまでが監護者に含まれるかはおくとして、一般論としてはそのとおりであろう。

(15) 樋口亮介「性犯罪規定の改正」法時89巻11号(2017)115頁、松原芳博『刑法各論〔第3版〕』(成文堂・2024)107頁参照。

(16) 樋口・前掲注(15)「性犯罪規定の改正」118頁参照。

(17) 同上115頁参照。

(18) 監護者性交等罪立法時は強制性交等罪。

るをえないと思ひ性交をしてしまうという意味で、不同意性交等罪と実質的にみて同等に性的自律を害する犯罪である。言い換えれば、現実には監護関係が存在することによって、この意味での性的自律が害される危険性を有意に高めていることになる。そして、その危険の現実化として性交がなされたのであれば、同罪の捕捉する不法が実現されたものと評価でき、ひいては不同意性交等と同等の不法が実現されたものと評価されることになる。「影響力があることに乗じて」という要件に関して、具体的に影響力が行使されたことの立証は不要と解されているが、それは、上記危険が現実化されたことを要件化したものだからである⁽⁹⁾。

以上の理解とは異なり、監護者性交等罪の保護法益として、被害者の性的自律に加え、児童の性的な発達・健全育成を重視する見解⁽¹⁰⁾も主張されている。この見解は、監護者には、監護関係を性的関係に転化させてはならない責任があるという⁽¹¹⁾。このような観点を加えることにより、「現に監護する者」の解釈や適用範囲、非身分者が加功した場合の解釈に差異が生じることになる⁽¹²⁾。たとえば、「現に監護する者」というために、被害者の人格的発達に対して最終的に責任を負うような立場であることを要求する。しかし、それは過大な要求ではな

(9) この段落の記述は、小林・前掲注(6)『刑法各論』93頁以下の理解に基づく。

(10) 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律：監護者性交等・わいせつ罪(刑法179条)を中心に」立教法学97号(2018)100頁参照。論者の理解の前提として、そもそもの強制的性交等罪の保護法益として、性的自律のみならず被害児童の性的発達・健全育成も含まれている、という理解がある(同「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』〔有斐閣・2017〕319頁参照)。

(11) 深町・前掲注(10)「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」109頁参照。

(12) 同上110頁以下参照。そもそも、被害者の性的自律侵害が認められるにもかかわらず、監護者による児童の性的健全育成の阻害は認められないという事態は想定しがたい、という指摘もある(小林憲太郎『刑法総論〔第3版〕』〔新世社・2025〕350頁参照)。

1. 監護者性交等罪の罪質

(1) 監護者性交等罪の立法経緯

まず、監護者性交等罪の立法経緯を確認しよう⁽⁴⁾。18歳未満の被監護者は、精神的に未熟である上に、監護者に精神的・経済的に依存している。そうすると、そのような状況下における性行為は、強制性交等罪・強制わいせつ罪⁽⁵⁾（監護者性交等罪創設当時）と同等に被害者の性的自律⁽⁶⁾を侵害するものと評価できる。このような理由から、監護者性交等罪が平成29年改正によって新設された。

立案担当者の解説によれば、同罪の主体は「その者（18歳未満の者）を現に監護する者」であり、身分犯である⁽⁷⁾。そして、非身分者が身分者と共謀し、非身分者が性交をした場合、身分者は性交をしていなくとも、両者はいずれも監護者性交等罪の共同正犯が成立しうる⁽⁸⁾。ただ、そのような結論を是とするか否かを考えるに際しては、監護者という身分の性質、ないしは監護者性交等罪における不法の内容を、もう少し厳密に分析する必要があるだろう。

(2) 監護者性交等罪の不法内容

監護者性交等罪は、監護関係の存在により、被害者が性交に応じざ

(4) この段落の記述は、松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」曹時69巻11号（2017）246頁以下を参照した。

(5) 表記の便宜のため、以下では特に断らない限り性交の事例を念頭に置いて記述していく。

(6) 「性的自由」「性的自己決定権」という表現の方が、人口に膾炙していると思われる。しかし、「性的自律」と表現する方が、人格の中核を構成している点を捕捉でき、より適切だろう。したがって、本稿では「性的自律」という表現を用いる（拙著『被害者の危険の引受けと個人の自律』〔立教大学出版会・2017〕21頁・注52参照）。おそらく同様の理解に基づき、性的自律という表現を用いて記述するものとして、小林憲太郎『刑法各論』（新世社・2024）88頁以下参照。

(7) 松田＝今井・前掲注(4)「刑法の一部を改正する法律について」248頁・250頁参照。

(8) 同上250頁参照。

整理すると次のようになる。

非監護者 X が監護者 A と共謀の上、監護者の影響の下、18歳未満の被監護者 V と性交した場合、X に監護者性交罪は成立するか。監護者が65条1項にいう身分であるとすれば、非監護者 X にも身分犯である監護者性交等罪の共同正犯が成立する余地がある。ここでのポイントは、身分者は構成要件的行為を行っていない、つまり身分者は身分犯を直接には実行していないという点にある。

判例は、非監護者 X に監護者性交等罪（の共同正犯）の成立を認めた。しかし、学説では、真正身分犯においては、身分者が身分犯を実行していなければそもそも身分犯は成立しないはずであり、身分犯の共犯も成立しえない、という見解がある⁽²⁾。そして、「これは、真正身分犯という制度の根幹に関わる大問題である」⁽³⁾と指摘する。この見解を支持するか否かは措くとして、この指摘は問題の本質を的確に捉えている。なぜなら、「真正身分犯において、身分者自身が当該犯罪を実行する必要があるか」という問題は、真正身分犯は何を実現しようとしている犯罪なのか、何のために存在しているのか、という問題そのものだからである。

そこで、本稿では、この判例をきっかけとして、「真正身分犯とは何なのか」という観点から、上記の監護者性交等罪の事例について考えてみることにしたい。その上で、監護者性交等罪は身分犯として果たして合理的な規定なのか、そもそも身分犯という概念そのものに問題が含まれているのではないか、というところまで掘り下げていきたい。

(2025) 1 頁がある。

(2) 松宮孝明「監護者でない者が監護者と共謀して被監護者と性交した場合の監護者性交等罪の成否」立命館法学414号（2024）669頁参照。

(3) 同上668頁。

非身分犯としての監護者性交等罪

——身分犯の痕跡——

三代川 邦 夫

序

身分犯とは、構成要件上の主体が限定されている犯罪をいう。しかし、非身分者には正犯が成立しないだけで、共犯の成立は妨げられない（刑法65条1項）。

では、身分者は身分犯を直接には犯していない場合、非身分者に身分犯の共犯は成立するのだろうか。正犯が存在しない以上、共犯も成立しないように思えるが、実質的には身分犯の不法が実現されているのであれば、身分犯の共犯の成立を認めてもよいように思える。

この点が正面から問題となった判例⁽¹⁾が登場した。その問題状況を

(1) 最決令和7年1月27日刑集79巻1号1頁。1審の評釈として、齊藤豊治「判批」新・判例解説 Watch 34号（2024）187頁、小池信太郎「判批」法教523号（2024）105頁、佐川友佳子「監護者性交等罪をめぐる共犯と身分」刑ジャ80号（2024）64頁、橋本広大「判批」法セミ833号（2024）122頁、菊地恵理子「判批」研修907号（2025）77頁がある。2審の評釈として、松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 35号（2024）161頁、伊藤嘉亮「判批」刑ジャ83号（2025）109頁、松原芳博「判批」早稲田法学100巻2号（2025）237頁がある。最高裁の評釈として、橋爪隆「判批」有斐閣 Online ロージャーナル L2502002（2025）、東條明德「判批」法教536号（2025）110頁、松枝正宣「判批」警察学論集78巻4号（2025）145頁、深町晋也「判批」令和6年度重判（2025）118頁、熊澤啓介「判批」警察公論80巻5号（2025）83頁、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.217

執筆者紹介 掲載順

三代川 邦夫 日本大学専任講師
田中 宏治 千葉大学大学院社会科学研究院教授
田中 夏樹 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長	柳 昇
副委員長	竹本 亨
委員	小野 美典
石橋 正孝	大岡 聡也
大久保 拓也	黒滝 真理子
小林 聡明	佐藤 英也
杉本 竜也	高畑 一郎
友岡 史仁	中嶋 明彦
野村 和彦	松島 雪直
山本 貴弘	野中 一馬
前西 貴一	生垣 琴絵
大野 久敏	

日本法学第九十一卷第二・四号

令和七年十二月十日印刷
令和七年十二月二十五日発行 非売品

編集責任者 日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五)八五三〇番

印刷所 株式会社メデイオ
東京都千代田区神田猿樂町二一四 A&Xビル
電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 91 No. 3 · 4 December 2025

CONTENTS

ARTICLE

Kunio Miyokawa, *Sexueller Mißbrauch des Sorgeberechtigten von
Schutzbefohlenen als Nichtsonderdelikte*

TRANSLATION

Felix Maultzsch, *Grundfragen des Nacherfüllungsanspruchs im
deutschen Kaufrecht (§ 439 BGB). Übersetzt von Koji
Tanaka und Natsuki Tanaka*