

れっく LEC 司法試験

constitution

civil law

criminal law

commercial law

criminal procedure

civil procedure

administrative law



セブンサミット

summits

t e x t b o o k

入門編

全体構造 [第2版]

れっく LEC 東京リーガルマインド



---

## 第2版 はしがき

私たちは30年余の司法試験受験界を指導し、この間多くの受験教科書を作成してきました。「プロヴィデンス・テキスト」は、〈問題の所在〉〈考え方のすじ道〉〈アドヴァンス〉の三部構成による論点の立体的理解、入門編・論基礎編・択基礎編の三段階で段階的・発展的に知識を増やしていく画期的構成、自然と頭に入ってくる文章・豊富な図表、といった特徴によって、多くの受験生の支持を得てきました。今回の「セブンサミット・テキスト」は、これまでの「プロヴィデンス・テキスト」の良い点を残しつつ、その後の法改正・新判例を盛り込み、新たな図表を挿入して、一層の分かりやすさを追求しました。

☆

2011年は法曹養成にとって節目となる年でした。法科大学院を修了せずとも司法試験の受験資格を得ることができる予備試験が実施されたからです。予備試験の合格者には働きながら合格された方もいれば、在学中に合格された方もおり、法科大学院へ進学する時間的・経済的余裕の無い方も、実力が十分な大学生にとっても法曹資格を取得するチャンスがあることが実証されています。すなわち、誰もが法曹になれる道が開かれたのです。そこで、法科大学院進学だけでなく、予備試験ルートでの合格を目指される方のために「セブンサミット・テキスト」は、法律基本科目である憲法・行政法・民法・商法（会社法）・民事訴訟法・刑法・刑事訴訟法の7科目を網羅しています。

☆

資格試験の勉強では、ゴールから逆算することが重要です。予備試験合格にせよ、法科大学院への入学・修了にせよ、通過点です。司法試験合格から逆算した場合、従来の「プロヴィデンス・テキスト」では不十分な点がありました。「セブンサミット・テキスト」は、法科大学院で何を学ぶか、司法試験で何が問われるか、という観点から内容を充実化させました。全科目にわたって充実化させた点は3つです。

まず、判例の理論構成をより詳細に理解できるよう、判決文の引用を長めにしました。もちろん、二色の塗り分けを活用していますので、詳細さと見易さを両立しています。

次に、入門講座の段階で学ぶべき内容と、発展的な講座（予備試験に特化した講座）で学ぶべき内容の区分けを見直しました。法科大学院入試や予備試験は、旧司法試験に比べて、出題範囲が圧倒的に広がっています。特に、行政法で学習する様々な行政事件、会社法が定める企業再編の制度、民事訴訟・刑事訴訟の実務的な制度などは、旧司法試験では必ずしも勉強していなかった分野です。これらの知識を入門段階からしっかりと押さえる一方で、応用的な論点は入門段階からは外しました。初めから全てを理解しようと無理するのではなく、基本的（ただし、幅広い）知識の修得に焦点を当てたテキストとなっています。

特に、初めて法律科目、さらには社会科学について本格的に勉強を始める学生や理系の学生などにとって、基本的な概念である、権利・義務とその内容である利益・負担との関係や、権利はどこから生まれるか、私たちの行動を制限する法律はどのような理由で正当化されるか、などについてわかりやすく解説をいたしました。この点は、いわゆる法律の基本書の序論にも書かれていないので、あえて説明をいたしました。

---

---

最後に、学界・実務での最新の議論をコラムとして紹介しています。法科大学院では、教授や実務家の方が独自の視点から条文の構造（複数の条文が組み合わさって制度が構築されます）を解説したり、判例の解釈について通説とは異なる見解を紹介することがあります。入門段階では難しい部分もありますが、法科大学院での勉強や合格後の実務の先取りとして、きっと皆さんの将来に役立つことでしょう。

☆

新司法試験における判例重視、実務的な知識の出題傾向を盛り込み、予備試験・法科大学院・国家公務員試験を受験する方々を広く対象としたテキストとしています。特に、民法においては、この度の債権改正法試案の発表をふまえ、その改正の方向性を「セブンサミット・テキスト」の基本原則にすえて編成し直してあります。法律を学ぼうとする多くの方が、「セブンサミット・テキスト」を用いてリーガルマインドを修得し、21世紀の法曹界、そして高度知識情報社会を担っていかれることを切に願っております。

2012年1月吉日

LEC東京リーガルマインド 法律総合研究所 司法試験部  
「セブンサミット・テキスト」編集著者代表 反町 勝夫

---

## はしがき

私たちは30年余の司法試験受験界を指導し、この間多くの受験教科書を作成してきました。「プロヴィデンス・テキスト」は、＜問題の所在＞＜考え方のすじ道＞＜アドヴァンス＞の三部構成による論点の立体的理解、入門編・論基礎編・択基礎編の三段階で段階的・発展的に知識を増やしていく画期的構成、自然と頭に入ってくる文章・豊富な図表、といった特徴によって、多くの受験生の支持を得てきました。今回の「セブンサミット・テキスト」は、これまでの「プロヴィデンス・テキスト」の良い点を残しつつ、その後の法改正・新判例を盛り込み、新たな図表を挿入して、一層の分かりやすさを追求しました。

☆

今年、2011年は法曹養成にとって節目となる年です。法科大学院を修了せずとも司法試験の受験資格を得ることができる予備試験が始まります。法科大学院へ進学する時間的・経済的余裕の無い社会人にとっては、法曹への道が再び開かれることとなります。大学生にとっては、在学中に自分の力を試すことができる機会として予備試験というチャンスを活かすことができます。「セブンサミット・テキスト」は、予備試験合格の出題科目のうち、法律基本科目である憲法・行政法・民法・商法（会社法）・民事訴訟法・刑法・刑事訴訟法の7科目を網羅しています。

☆

資格試験の勉強では、ゴールから逆算することが重要です。予備試験合格にせよ、法科大学院への入学・修了にせよ、通過点です。司法試験合格から逆算した場合、従来の「プロヴィデンス・テキスト」では不十分な点がありました。「セブンサミット・テキスト」は、法科大学院で何を学ぶか、司法試験で何が問われるか、という観点から内容を充実化させました。全科目にわたって充実化させた点は3つです。

まず、判例の理論構成をより詳細に理解できるよう、判決文の引用を長めにしました。もちろん、二色の塗り分けを活用していますので、詳細さと見易さを両立しています。

次に、入門講座の段階で学ぶべき内容と、発展的な講座（予備試験に特化した講座）で学ぶべき内容の区分けを見直しました。法科大学院入試や予備試験は、旧司法試験に比べて、出題範囲が圧倒的に広がっています。特に、行政法で学習する様々な行政事件、会社法が定める企業再編の制度、民事訴訟・刑事訴訟の実務的な制度などは、旧司法試験では必ずしも勉強していなかった分野です。これらの知識を入門段階からしっかりと押さえる一方で、応用的な論点は入門段階からは外しました。初めから全てを理解しようと無理するのではなく、基本的（ただし、幅広い）知識の修得に焦点を当てたテキストとなっています。

最後に、学界・実務での最新の議論をコラム的に紹介しています。法科大学院では、教授や実務家が独自の視点から条文の構造（複数の条文が組み合わさって1つの制度が構築されています）を解説したり、判例の解釈について通説とは異なる見方を紹介したり、といったことがあります。入門段階では難しい部分もありますが、法科大学院での勉強や合格後の実務の先取りとして、きっと皆さんの将来に役立つことでしょう。

☆

---

---

新司法試験における判例重視、実務的な知識の出題傾向を盛り込み、予備試験・法科大学院・国家公務員試験を受験する方々を広く対象としたテキストとしています。特に、民法においては、この度の債権改正法案の発表をふまえ、その改正の方向性を「セブンサミット・テキスト」の基本原則にすえて編成し直してあります。法律を学ぼうとする多くの方が、「セブンサミット・テキスト」を用いてリーガルマインドを修得し、21世紀の法曹界、そして高度知識情報社会を担っていかれることを切に願っております。

2011年3月吉日

LEC東京リーガルマインド 法律総合研究所 司法試験部  
「セブンサミット・テキスト」編集著者代表 反町 勝夫

以下、「セブンサミット・テキスト」の特徴をご紹介します。



---

**事例** 導入事例で制度の概要のイメージを持つ！

抽象的な法律概念を身近な事例とともに紹介しています。具体的なイメージをつかんでから学習することができます。



---

**論点** 各テーマにつき、論点一覧を掲載！

各テーマについて、論点は1つではありません。また、ある論点が次の論点への前提となっていることも多く、議論のレベルを最初からしっかりと把握する必要があります。

そこで、各テーマで複雑な論点が絡む場合には冒頭に論点一覧を掲載しました。どのレベルで論証すべきかを把握しながら学習を進めることができます。



---

**整理表** 混同しやすい知識を表でコンパクトに整理！

似たような概念だが、要件や手続きが異なっていたり、効果が全く違っていたり、ということが法律の世界にはよくあります。初学者が間違えやすい知識を明確に区別できるように表で整理しています。



---

**改正法** 本試験受験時に予定されている法改正もフォロー

近年、法改正が活発化し、学習当初に学んだ法律が改正されてしまうという現象もしばしば。そこで、皆さんが本試験を受験される際に成立しているであろう法改正情報もフォロー。試験直前の法改正にも余裕を持って対応することができます。

---



### 5 考え方のすじ道

問題に対する論理を<問題の所在><考え方のすじ道><アドヴァンス>の3ステップで根底から理解！

法律問題に対して的確な解答をするためには、問題の所在を明確に認識し、論理を積み上げて答えることが必須です。そこで、<問題の所在>と<考え方のすじ道>で法律家としての思考プロセスを身につけ、さらに深く考えてもらえるよう、<アドヴァンス>で代表的な学説の見解と論拠を紹介、整理しています。



### 6 論文編 入門レベルと発展レベルを区別し、相互にリンク

法律には、最初に理解しておくべき事項の他、一通りの学習ができてから改めて取り組むべき問題もあります。「今の段階でどの程度まで学習をしておくべきか」は初学者を悩ませる課題です。そこで、入門編と論文編の二部構成としています。そして、26 穴式を採用することにより、発展的内容を、入門編のテキストへ挟み込むことが可能となり、自分にとって使い勝手のよいレベルのテキストにしていくことが可能です。



### 7 判例 判旨のより深い理解のために事案もしっかりと掲載！

従来の予備校教材における判例の紹介は、判決要旨の紹介にとどまっており、簡潔な整理に役立ちますが、判例理論を事案に基づいて理解するという視点からは十分ではありませんでした。そこで、事案が判例理論の要素となっている判例について事案と判決理由を詳細に紹介しています。



### 8 考えてみよう！ 「考えてみよう！」のコーナーでより発展的な内容もカバー！

法律は、現実社会を取り扱うため、常に新しい事象に対してどのように考えるべきかという新しい論点が日々生まれてきています。そのような最新の議論状況も取り上げ、学習してきた内容の応用事項を掲載しています。未知の論点が司法試験で問われている今、知らない問題点、最先端の問題について、自分なりの解答を導くための訓練もできます。



### 9 まとめ表 複雑な条文構造もまとめ表でわかりやすく整理！

法律の条文の多くが難解なものです。単文、複文が入り混じったり、適用対象となる事象が読み取りにくかったりします。また、学説の対立などもわかりにくいことが多いです。そのような難解な事項もまとめ表で問題のレベル、判例の立場などが一目で分かるように工夫しています。



### 10 短答式過去問 学習内容が身につけているかを本試験の問題を題材にチェック！

一通りの学習が済んだら、その内容を消化できているかをしっかりとチェックすることがより高いレベルに到達するための必須条件。本試験の過去問を題材にチェックテストを設けています。

---

## セブンサミット全体構造編について

法律の知識は、理系であれ文系であれ、必要である。争いあるところ法律あり、であるからだ。そこで、全学生に、法律とは何か、その役割、機能、体系、有機的一体性を明らかにし、今後の学問の糧とする。

☆

### <法律は何のためにあるか>

法律は、法学部の特許ではない。芸術・音楽・アニメをはじめ、物理・生物・医学、人文科学・社会科学を学ぶ人にとって、その分野の発展に貢献する手段が法律なのである。

法律の目的は、人々の幸福と社会の安定・秩序・発展にある。

☆

### <法律は手段であって目的は法律の外にある>

このように、法律が奉仕する対象は、全ての人の営みであり、上で述べた諸科学の発展を目的とする。これを対象とするのが法律である。法律は手段であって、その目的は、法律の外部にある、このような対象である。

学生の多くは、法学部以外の諸科学を学ぶが、その学生にとっても、法律とは何か、法解釈とは何かを理解することは、生涯にわたり役立つはずである。

☆

### <法律には美しい体系がある。幾何学のように>

法律の目的は、人々の営みと社会の円滑な発展・秩序の維持にある。その対象は、複雑・多様・重層であり、しかも変転・流動・発展するものであるから、その解決手段は、それに耐える体系性と論理的な一貫性がなければならない。そうでなければ、統一的な解決をもたらす説得性ある解決策はあり得ないからである。その意味で、あたかも数学がもたらす体系の美しさが、法律に内在する。

☆

### <法律全体の体系。科目別の体系を明らかにする>

法典は数千ある。それらは、分野ごとにきれいな体系をなし、かつ全分野はまた大きな体系を作る。そして、全体として一貫性ある論理的な美しさを持った体系を形作る。

さしあたり、憲法・民法・刑法・商法・行政法・民訴・刑訴の7科目について、その体系と全体構造を概説する。

☆

### <全体構造編を学ぶ対象者>

このように、手段としての法律が奉仕する目的は、諸科学の全体に及ぶことから、さしあたり、この「全体構造編」の対象者は、法曹その他の法律専門職・公務員・国会・行政・自治体、実務界などで法律職に携わる多くの人たちを対象とするものである。したがって、本書の記述・編成・体系性は、他の書籍と異なる。

2011年3月吉日

株式会社東京リーガルマインド

編集者代表 反町 勝夫

---

---

## プロヴィデンス・テキスト新版 はしがき

<新時代の法曹養成に対応した、進化したテキスト>

私たちは司法試験・法科大学院の短期合格を目指した受験予備校として効率的な学習方法を実践してきました。「プロヴィデンス・テキスト」は司法試験合格・法科大学院入学に必要な知識を効率よく学び、無理なくリーガルマインドを修得できるテキストとして、最良のものです。「基礎的な議論に的を絞って学ぶことで法律の考え方（リーガルマインド）の大枠を理解〔入門編〕→発展的な議論とともに、具体的な答案の書き方・構成の仕方を学ぶ〔論基礎編〕→判例・学説の総まとめ〔択基礎編〕」というプロセスはLEC独自のものです。



今回の改訂にあたり、司法試験・法科大学院をめぐる状況の変化に対応して、改正に伴う記述の書換え、最新の判例・論点の補充、入門（基礎編・応用編）・論基礎・択基礎の入れ替え等を行いました。さらに、私たちが実際に講義をして感じたこと、受講生の方から頂いた意見・感想を参考にして、初版では少し難しく分かりづらかった論証部分や、整理の仕方が不十分だった部分についてかなりの修正を加えました。<問題の所在><考え方のすじ道><アドヴァンス>から構成する基本的コンセプトは変更していませんが、改訂に伴って全ての図表にタイトルをつけ、要望が多かった索引（図表索引、語句索引、判例索引）を新たに作成いたしました。



現在、日本の司法制度のあり方は大きく変わろうとしています。司法の人的基盤の強化を目的として法科大学院が全国で開設されています。また、司法支援センターの設置や、裁判員制度、犯罪被害者支援、ADRの拡充など様々な場で国民の司法へのアクセスがより緊密になっています。今後もLECはよりよい司法制度の実現に向けて提言を行っていきます。プロヴィデンス・テキストは、以上のような改革も踏まえ、これからも進化し続けていきます。法律の論理のすじ道だけでなく、法の背後にある価値観、教養をも身につけられるテキストとして、皆さんのお役に立っていきたくと考えています。司法試験の短期合格、第一志望の法科大学院への入学を目指す受験生をはじめ、法律を学ぼうとする多くの方が、このテキストを用いてリーガルマインドを修得し、21世紀の法曹界、そして高度知識情報社会を担っていかれることを切に願っております。

2006年3月吉日

LEC東京リーガルマインド  
法律総合研究所 司法試験部  
「プロヴィデンス・テキスト」  
編集著者代表 反町 勝夫

---

---

## プロヴィデンス・テキスト初版 はしがき

現在、司法試験受験界は、「合格に必要な情報」の名の下に、おびただしい受験情報の洪水に見舞われております。それらは、様々な合格ノウハウ本から、短期合格をもたらすテキスト・教材・レジュメ、過去本試験問題の解説、模擬試験問題及び解説の類まで本当に驚くばかりです。

これほど多様なそして大量な情報が氾濫しているということは、これらのどれもこれもが、不十分で決定打にならない中途半端なものであることの証左でもあります。

このような現象は、一面、実務法律の大衆化・一般化をもたらすものとして喜ばしいことではありますが、他面、何が本物か、どのような方法論が本当のリーガルマインドを養成するものなのか、いかなる学習方法が短期合格と実務法律知識の修得を実現するものなのか、を不明瞭ならしめる点において、ゆゆしい事態でもあります。

私は、このような現状を打破し一掃すべく、かつて私が30年前に実務専門家養成への第1歩を踏み出した原点に立ち返り、本当の本物をこの世に現出し、来るべき知識社会・組織社会の基礎を築き、その発展に寄与すべくここに「プロヴィデンス・テキスト」を企画し、制作しました。

受験界に於いて私が創造し、実践し、公表してきた受験指導のノウハウは、今やデファクト・スタンダード (de facto standard) として、殆どすべての国家試験及び実務専門業界に於いて、合格の科学的方法論、法的思考方法、教材の編集・作成・図表形態に採用され、今日の一般的な高度知識情報の伝達方式になっております。そのこと自体は大変喜ばしいことではありますが、創立者としてこれを謙虚に見るとき、弊害もまた散見されるものであります。

私は、今再び、21世紀を貫く実務専門家養成のデファクト・スタンダードを創造すべく鋭意努力し、邁進することをここに決意し、その第1弾として「プロヴィデンス・テキスト」を発表するものであります。

この「プロヴィデンス・テキスト」が、受験指導における新たな時代の幕開けとなることを宣言し、「実践知」を愛する人々、そして多くの友人達に、このシリーズの歴史的意義を捧げます。

1997年3月吉日

LEC東京リーガルマインド  
法律総合研究所 司法試験部  
「プロヴィデンス・テキスト」  
編集著者代表 反町 勝夫

---

# セブンサミット（入門編 全体構造）

## 目次

### 全体構造

序章 法律を学ぶための前提知識.....	1
第1節 目的と手段.....	1
第2節 西洋（欧米）思想.....	5
第3節 近代社会以前と産業革命.....	11
第1章 法学入門.....	18
第2章 司法試験合格への道.....	38
第1節 はじめに.....	38
第2節 合格のための勉強方法.....	40
第3節 司法試験法.....	42
第3章 憲法.....	45
第1節 憲法のかたち.....	45
第2節 基本的人権の保障.....	47
第3節 統治のしくみの根本.....	50
第4節 国会（中央政治機関①）.....	52
第5節 内閣（中央政治機関②）.....	53
第6節 地方自治（地方政治機関）.....	54
第7節 裁判所（法原理機関）.....	55
第8節 統治機構の全体構造.....	56
第4章 民法.....	57
第1節 民法の学び方.....	57
第2節 民法とは何か.....	57
第3節 民法のかたち.....	58
第4節 民法の構成（体系）.....	60
第5節 民法の指導原理.....	61
第6節 民法の基本的対立利益.....	62
第7節 契約の成立から効力発生まで.....	63
第8節 債権.....	69
第9節 物権.....	71
第10節 債権の担保と保全.....	74

---

---

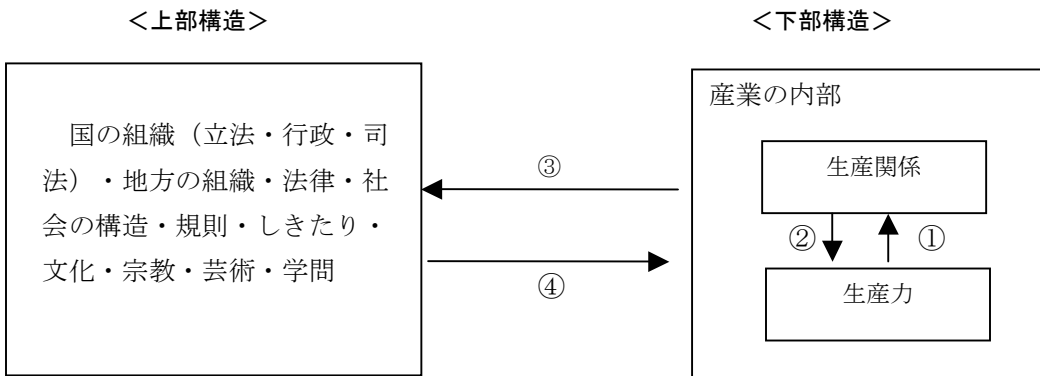
第11節 意思表示に基づかない法律関係	74
<b>第5章 商法</b>	75
第1節 商法とは何か	75
第2節 商法の構成（体系）	77
第3節 有価証券法と民法	80
第4節 会社法と憲法・民法	84
<b>第6章 刑法</b>	91
第1節 刑法の学び方	91
第2節 刑法と他の法律との関係	92
第3節 刑法の役割	95
第4節 刑法の基本理念	97
第5節 犯罪論の体系	99
第6節 犯罪の基本構造	103
第7節 過失犯・修正された構成要件	107
<b>第7章 行政法総論</b>	110
第1節 行政法序論	110
第2節 行政組織法	120
第3節 行政作用法	121
<b>第8章 民事訴訟法</b>	125
第1節 訴訟法とは何か	125
第2節 民事訴訟法の構成（体系）	129
第3節 民事訴訟法の学習法	132
<b>第9章 刑事訴訟法</b>	133
第1節 訴訟法とは何か	133
第2節 刑事訴訟法の構成（体系）	137
第3節 刑事訴訟法と憲法・刑法	143
第4節 刑事訴訟法の学習法	143
<b>第10章 行政救済法</b>	144

---

# 序章 法律を学ぶための前提知識

## 第1節 目的と手段

### 一 法律は手段であって目的ではない



- ①：自然科学の進歩により、「生産力」が次第に増大する。また、生産力を担う労働力の生産性が向上する。
- ②：その生産力の発展に応じて生産技術・生産性と整合的な「生産関係」が適時形成される。
- ③：このような「生産力」と「生産関係」の進展に即応した法律・ノウハウ・規制（上部構造）が制定・改正される。
- ④：逆に、国・自治体側から法律の改正（規制緩和・撤廃や新たな規制）により「下部構造」の活性化やイノベーション・経済の成長力を引き出す政策がなされる。
- ③④の交流の中で、様々な文化・芸術・風俗・社会変化が起こる

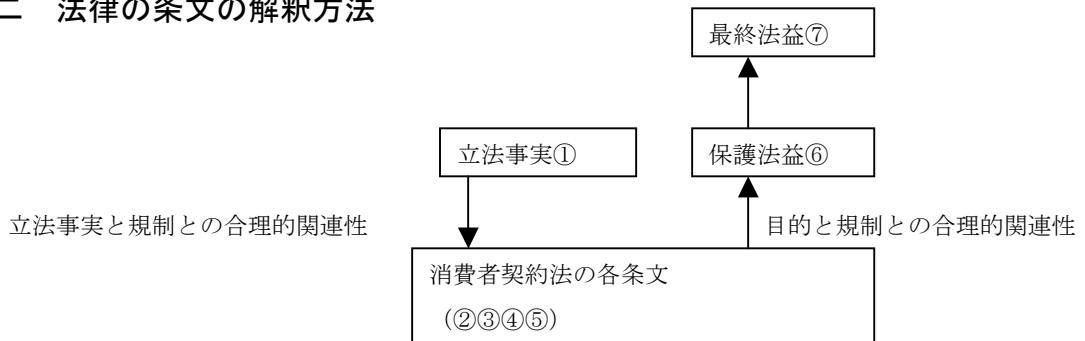
法律が目的とするのは、私たちの幸福・生活を確保することである。ここで、上部構造・下部構造という概念を使って説明する（マルクスが唱えた概念）。下部構造とは、生産力と生産関係を指す。生産力とは「技術」を指すと考えればよい。生産現場における、狭い意味での技術である。これは常に開発され、改良され、進歩する。新しい技術が導入されれば、それに合ったように労働者も生産プロセスも、原料も販売経路も変わる。これを「生産関係」と呼ぶ。

この両者が矛盾する場合、矛盾が解消されるように制度が変わる。ルールが変わる。これは広い意味で法律を指す。法律・制度に加えて、慣習や文化なども含めて、上部構造という。したがって、これから学ぶ法律や制度は、商品・サービスを作る生産現場などを円滑にするための手段であると考えれば、当面は足りよう。

新聞を見ると、「景気・経済が悪い。景気を良くするためには政治に頑張ってもらおう。日本経済を立て直すために法律の改正が必要だ。新しい法律を作ろう。制度・規制の改革を進めよう。」といったことがよく書かれている。それは、**法律や国・自治体の制度は手段**であって、その目的は、**経済・企業活動・雇用状況の矛盾・問題点を解消して国民・住民の生活を良くすることにあるから**、である。その意味で、**経済・医療・福祉・雇用など、法律の前提となる社会構造を学ぶことがいかに重要であるかを理解すべきである**。

法科大学院が、他学部からの進学を推奨しているのは以上のような理由のためである。つまり、**法律のみを勉強するだけでは不十分であり、どのように解釈したら法律が対象としている現実がうまくいくかを理解できていないと、正しい法解釈はできないのである。法律が対象としている事柄は法律の外部にある現実である**。

## 二 法律の条文の解釈方法



条文の解釈方法を、消費者契約法的第一条（目的規定）を例に見ていこう。

消費者契約法的第一条は以下のように定めている。

この法律は、①消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、②事業者の一定の行為により消費者が誤認し、③又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、④事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするほか、⑤消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとすることにより、⑥消費者の利益の擁護を図り、⑦もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。

（①～⑦のナンバリングは説明の便宜上付けたもの）

消費者契約法は、何のために作られたか、その目的が第一条で定められている。最近の法律は、このように目的を定めた規定を冒頭で定めることが一般的である。

消費者契約法が直接定める規定は、

- ②事業者の一定の行為により消費者が誤認し、
  - ③又は困惑した場合について
- } 契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができること
- ④事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすること
  - ⑤消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができること
- の4つである。

この②③④⑤を具体化した規定が消費者契約法の中身である。そして、目的は⑥である。消費者契約法が定める②③④⑤という手段によって実現する直接の目的は、⑥「消費者の利益の擁護」であり。これに続く「もって」の文章は、**手段である②③④⑤の規制によって⑥の直接目的を達成すること**全体を指し、究極的には⑦「国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与すること」が消費者契約法の目的であることを示している。この⑦は、間接目的と言ってもよい。⑦と、②③④⑤の規制手段との因果関係は直接的ではないからである。

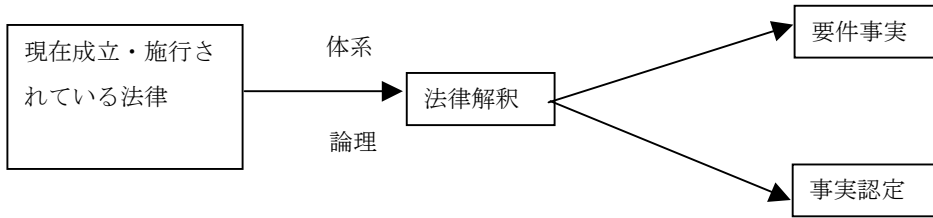
それでは、①は何であろうか。法律的には**立法事実**と呼ばれる部分である。つまり、究極的な目標である「国民生活・経済の健全な発展」を阻害している現実がここに書かれている。この不都合な弊害・障害を解決・克服するために、②③④⑤の手段を定めるのである。②③④⑤の規定によって①の弊害が解消されなければならない。

この①という社会の現実、日本国の内外の環境により常に変化する。そのため、**立法時には適切であった②③④⑤であっても、時の変化により現実とのずれが生じる**。法改正が必要な理由はここにある。法律は激変する現実社会に即応して、常に改正されるべきであり、改正で達成できないときは新たな法律を制定する。時代の変革期は、同時に大立法期である。**明治維新、大東亜戦争の敗戦期に続き、冷戦終結後の今日は三番目の大変革期である**。したがって、法律の面においても、それぞれ多数の立法が作られている。今日、続々と既存の法律の大改正、そして、新たな法律がたくさん作られ、これからも作られていく。法律を作ることが国会の仕事、自治体の議会の仕事である。時代の変革期における議員の役割の重大さが問われている。右肩上がりの順調な社会経済の時代における役割とは大きく異なるのである。

### 三 法律の守備範囲

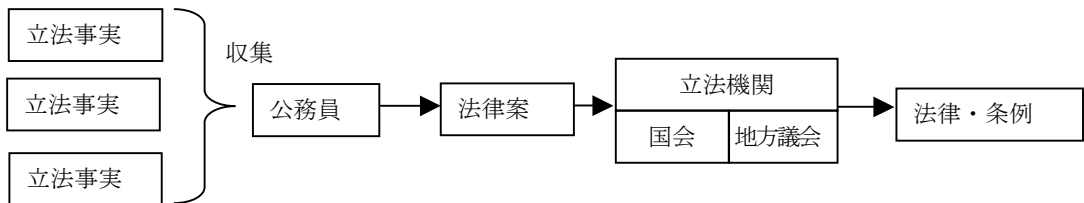
#### 1 法解釈

皆さんが法学部・法科大学院で学ぶ「法律」とは法解釈である。つまり、現に成立・施行されている法律を解釈する理論を学ぶのである。法解釈は極めて技術的であり、しかも、その技術は体系や論理性により裏付けられたものである。その意味で、法を解釈することができるのは専門家、スペシャリストである。現にある法律を認識して理解することが大学・大学院で学ぶ作業の大半であるが、実務においては生の紛争を扱うので、さらに別の技術が必要となる。民事裁判では「**要件事実**」が、刑事裁判では「**事実認定**」の技術論が必要となる。



## 2 法政策

法律が作られるプロセスを見ていこう。まず、法案の段階では、先に述べた「**立法事実**」を**支える社会の現状を分析し、データ・資料を収集しなければならない**。消費者契約法でいえば、①に記載した「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」をもたらす多くの不都合な事実を集めることになる。その不都合を撲滅するための法律を作るのであるから、不都合を生ずる具体的なケースを知っておくことが必要となる。この情報収集は、国においては行政機関の公務員が担当している。自治体においては、地方公務員の一部が担っている。最終的に立法を行なうのは、国レベルでは国会議員であり、地方議会では地方議員である。



## 3 法と経済

法律は、変転極まりない経済社会の現実がもたらす弊害・障害を克服するために作られ、改正される。既に学んだように、法解釈も法政策も、法の目的である経済社会の理論および社会の実態に基づくものでなければならない。**法と経済、法と社会は表裏一体である**。

資本主義経済が最も発達した米国においては、法と経済学とは不可分一体であるとの観点から、1960年代から「法と経済学」に関する学問研究が行なわれている。1970年代以降は、アメリカの主要なロースクールで「法と経済学」の教育プログラムが設けられるようになった。米国では、経済学の理論・技術を理解していない法政策担当者・官僚はいないと言われている。わが国も大立法期の最中にある今日、法と経済が一体となった法案が目白押しである。例えば、貸金業法・派遣業法・独占禁止法等の改正作業において、多重債務者の実態・非正規社員の増加の問題・国際競争力・談合の問題などで、論争がなされている。

## 4 まとめ

法律を解釈する場合も、そして、作る場合も、規制対象たる社会の現実のどこが問題なのか、その本質を理解しなければならない。それは法学部以外の学問の分野である。米国には、学部レベルでは法律を専門的に学ぶ学部は存在しない。法律が規制対象とする社会科学・自然科学・人文科学の様々な分野で学んだ学生が、大学院へ進学して初めて、法律を勉強する。他学部で学んだ社会実体をいかに円滑に運営するか、そのための技術たる法律を学ぶのである。大学院では、成立した法律の解釈にとどまらず、法律を作る技術である法政策や「法と経済学」も学ぶのである。

## 第2節 西洋（欧米）思想

### 一 合理的人間像

自己の利益を最大化するために、計画を立て（意思決定）、実行する（行動）

↓

複数の人間が、それぞれ自己の利益の最大化を企図して行動する場合、自己の利益と他人の利益が衝突することになる

↓

利益の衝突を調整する、いわば信号機の役割を果たすものが必要となる

→このような要請から作られたのが近代法

\* 人間像については、現在話題となっている、ハーバード大学のマイケル・サンデル教授による白熱教室（『これからの「正義」の話をしよう』）で扱われている問題が関連する。政治哲学・公共哲学に関しては以下のような流れがある（カッコ内が主たる提唱者名）。

①功利主義（ジェレミー・ベンサム、ジョンステュアート・ミル）

↓

②リベラリズム（ジョン・ロールズ）

↓

③ネオ・リベラリズム（ミルトン・フリードマン）

↓

④リバタリアニズム（ロバート・ノージック）

↓

⑤コミュニタリアニズム（マイケル・サンデル）

### 近代法のはじまりは「ロビンソン・クルーソー」から

皆さんは、「ロビンソン・クルーソー漂流記」の話を知っていますか。

1719年にダニエル・デフォーが、ロンドンで出版した本ですね。近代以降、経済学や法律の世界における「人間」のあり方である「合理的な人間像」をいち早く描いた小説でした。「合理的な人間像」とはどういうものなのでしょうか？実は、この講座を受けている皆さんはまさに合理的な人間である、と言えます。皆さんは、将来、司法試験に合格しよう、国家公務員試験に合格しよう、といった目標を持って、その目標に向かって計画を立てて実行していますね。そのような人間像が「合理的な人間像」なのです。このような生き方は、18世紀になって初めて地球上に現れました。18世紀、小さい企業が、ものを作る人を集めて工場で働かせる形態の企業が沢山、イギリスに生まれたのです。経済史的には、工場制手工業といいます。これが、今私たちが生きている資本主義社会の萌芽です。この時代をリードした思想が「合理的な人間像」なのです。

皆さんのように、将来を夢見て、無駄なく生活計画を作り着実に実行していく精神力こそ、資本主義社会をリードした思想です。かのマックス・ウェーバーも高く評価しています。ロビンソン・クルーソーのように、計画的に生活する思想がなくては、経済活動は成り立たないですね。つまり、資本主義社会が発展するためには、その前提として「合理的な人間」が育たなくてはなりません。18世紀、という時代が、この精神を必要としたのです。だからこそ、この本は爆発的に売れたのです。

ちょっと想像してみましょう。仮に、たった1人で無人島に暮らしているとします。無人島に暮らしているのであれば、思うがまま、誰に束縛されることもなく、自由な生活を満喫できるでしょう。合理的に生きる必要はありません。

しかし、あなたが家族や友人等の他人と共に暮らしていたらどうでしょうか。そこでは、誰が食料を探し、誰が料理をするのか等の約束事、つまり「ルール」が生まれるはずです。さらに、共に暮らしていく住民の数が多くなればなるほどルールの数は増え、複雑になっていくことでしょう。無人島ではなく、多くの人が住む島ではルールが必要なのです。やがて、島の住民の生活を組織化することも必要となるかもしれません。そのとき、あなたが住民を統率していくリーダーとなった場合、強制力をもって住民をルールに従わせる力が必要です。例えば、「他人の物を盗んではいけない」というルールを定め、それに違反した人には厳しい罰を与えることになるでしょう。このように、複数の人間が集まって社会を形成し、共同生活を営みはじめると、ある人の利益と他の人の利益との衝突が起こり、法が必要となるのです。

参考文献：「ロビンソン・クルーソー」平井正穂訳（岩波文庫）  
「社会科学における人間」大塚久雄著（岩波新書）  
「社会科学の方法」大塚久雄著（岩波新書）  
「プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神」  
マックス・ヴェーバー著（岩波文庫）

## 二 西洋社会の思想

### 1 集団とルール

集団には**目的（何のために集まっているか、という目標）**が必ずある

↓

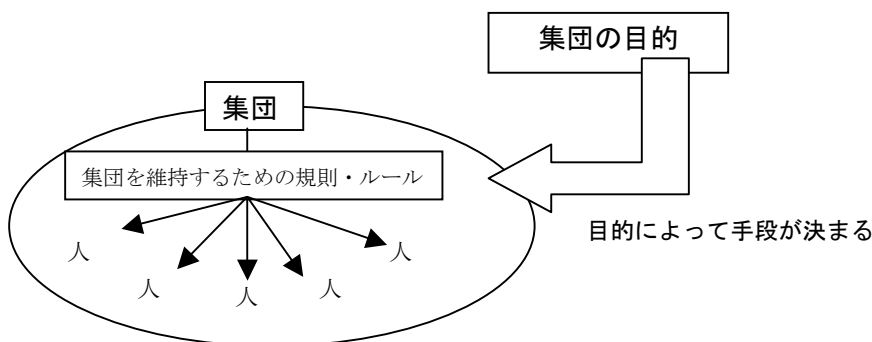
目的を達成するために規則・ルールを定める

∵ ルールが守られてこそ多数のメンバーが集団として共存できるから

↓

#### 手段の目的合理性

=規則・ルールは手段にすぎず、目的に奉仕するもの。手段は、その目的達成に役立つ合理性・効率性・直接性を持っているように定める



\* 目的によって手段が決まることを、経営学の世界では「**組織は、戦略に従う**」という。戦略が変わればそれを達成するための「組織の組み換え」が行われる。例えば、スポーツでも監督が替われば戦術やフォーメーションが替わるのと同じである。

### 2 法と強制力

広義の法=その集団を維持するために強制力を持っている

e x. 法を守らないメンバーに対して、メンバーから除名する、処罰する、死刑にする等の「不利益」が与えられる

↓

法に反対するメンバーに対して、法を強制することによってその集団を維持する（秩序）

→集団の秩序維持のための法は、古代から存在している

e x. ハムムラビ法典、ローマ法典、韓非子、律令制

### 3 強制力の根拠

古代において、強制力の根拠は自然の脅威、すなわち自然界の中にあった

→自分達には理解できない自然の驚異に触れるとき、自分たちを超えた絶対的存在物を考えて、それを GOD:神とした

→その GOD:神の命令・意思がルールとなった

\* 神は、唯一の場合もあれば、多くの神が存在する場合もある。

一神教：ユダヤ教、キリスト教、イスラム教

多神教：インド・古代中国・日本・東南アジア等

#### 4 西洋思想の根底に流れる二大原則

現在の日本を支配している政治・経済の理論の前提にある思想は、おおかた西欧の思想に依っている。そこで、西洋の思想の根底に流れる二大原則である(1)二元論と(2)要素還元主義について説明していく。

##### (1) 二元論

西洋世界では、古代から中世にかけて、キリスト教が法の強制力の根拠となっていた。聖書は、現実世界に生きる人間が神の意思を聞きだしてまとめたものとして、西洋世界の精神を作ってきた。二元論は、旧約聖書で描かれている、神と人間との関係、そして、人間と世界との関係から生まれた思想である。

##### 『創世記』（第一章より）

二六神はまた言われた、「われわれのかたちに、われわれにかたどって人を造り、これに海の魚と、空の鳥と、家畜と、地のすべての獣と、地のすべてを這うものとを治めさせよう」。神は自分のかたちに人を創造された。すなわち、神のかたちに創造し、男と女とに創造された。神は彼らを祝福して言われた、「生めよ、ふえよ、地に満ちよ、地を従わせよ。また海の魚と、空の鳥と、地に動くすべての生き物とを治めよ」。

二九神はまた言われた、「わたしは全地のおもてにある種をもつすべての草と、種のある実を結ぶすべての木とをあなたがたに与える。これはあなたがたの食物となるであろう。

三〇また地のすべての獣、空のすべての鳥、地に這うすべてのもの、すなわち命あるものには、食物としてすべての青草を与える」。そのようになった。

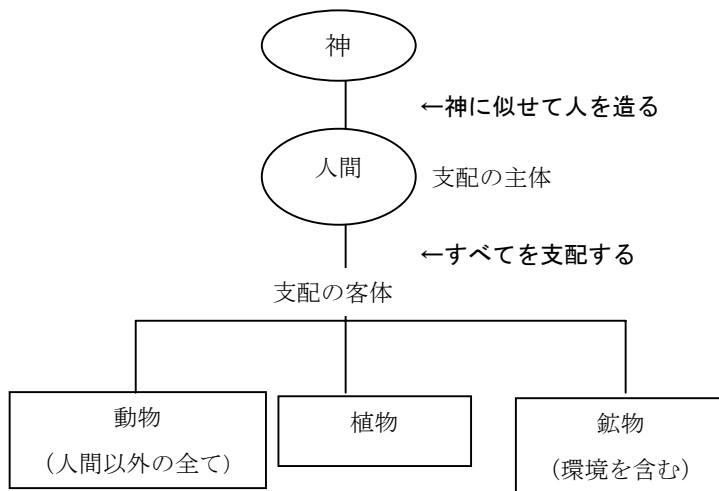
旧約聖書では、神は自分に似せて人間を作って、この世俗の世に送った、とされる。そして、人間に、この世を支配するように命じた。人間が支配する対象は、この地球にあるすべてのものである。これを二元論という。

つまり、人間は、人間（ヒト）以外のすべてを思いのままに支配してよいと、神から許しが**出ているという思想**である。キリスト教を信じる世界では、主体が人間、客体が人間以外のすべて、として区別される。これから学ぶ法律の体系は、この二元論で成り立っている。

ただし、人間（ヒト）の範囲は時代によって異なる。古代においては、自分の仲間、自分と同じ言葉を話すヒトに限られていた。古代ローマ社会では、奴隷制が採られており、奴隷は取引の対象、物と同じ位置づけであった。人間としては認められていなかった。

その後、人間の範囲はだんだん広がっていく。その拡大は、人権思想の歴史である。

<旧約聖書が描き出す、人間と世界との関係>



### 二元論の限界

二元論は、人間以外を支配の対象と位置づけたため、人間の存在にとって不可欠の環境・空気・食べ物などを維持していく、という発想がありません。そのために、環境破壊が進行し、人間存在そのものが危険にさらされています。

これに対し、アジアの思想、特にインド思想においては、ヒトと他の存在物を同列に置き、相互循環を考えます。いわゆる輪廻思想です。これによれば、人間と客体たる存在物が同じ価値を持つので、環境問題への対処も変わってくるのです。

### (2) 要素還元主義

ルネ・デカルトは、1596年生まれのフランス人で、1650年に死んだ哲学者・数学者である。当時の日本は、徳川家光将軍の晩年で、鎖国状態に入り始めた時期に相当する。この時代に、デカルトは、現代の科学思想の根本原理ともなっている「要素還元主義」を生み出した。「方法序説」を見よう。

### 方法序説（デカルト）

わたしは、少しでも疑問をさしはさむ余地のあるものは全部、絶対的に虚偽なものとして放棄しなければならないと考えた。それは、そうした後で、私の信念の中になら、疑う余地のない何かが残るかどうかを見届けるためであった。

人間がこの世の主人であり、人間以外の全てのものに対し指揮命令し、全てを支配し、全てを処分できる、そのような役割を神によって与えられた。このような考え方が二元論である。

そして、この二元論が出発点となって、人間の存在、すなわち、**考える主体である自分は何者か、自分以外の存在物の本質は何か**、ということに思いをめぐらすようになる。これが哲学である。ギリシャのプラトン以来、外界の本質をアイデアと定義し、そのアイデアに迫る趣向を考えてきた。

デカルトは、**人間以外の存在物の本質に迫るための分析の手法**として以下の4つの規則を掲げた。デカルトによって哲学の方法は確立された。

第1規則：私が明証的に真であると認めるのでなければ、どんなことも真として受け入れられないこと。注意深く即断と偏見を避けること。そして、疑いをさしはさむ余地の全くないほどに明晰・判明に精神に現れるもの以外は、何も私の判断の中に含めないこと。これは「**明証性の規則**」といわれる。

→有名な「わたしは考える、ゆえに私は存在する。」という規則

第2規則：私が吟味する難問の1つ1つを、できる限り多くのしかもその問題を最もよく解くために必要なだけ、多数の小部分に分割すること。これは「**分析の規則**」といわれる。

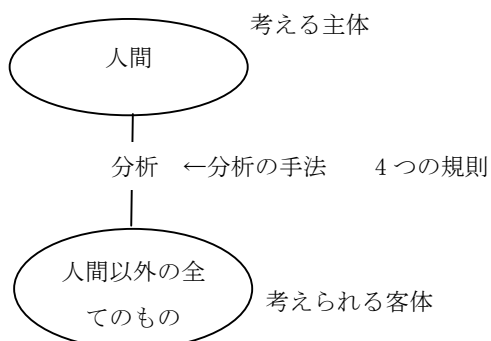
→対象を限りなく細部に分化・分析して研究することへつながる

e x。素粒子やクォーク理論

第3規則：分析の方法は、もっとも単純で、最も認識し易いものからはじめて、少しずつ、段階を踏んで、最も複雑なものの認識にまで至ること。私の思考をこの順序に従って導くこと。これは「**総合の規則**」といわれる。

→分析から再び総合へ、と戻ることが述べられている

第4規則：全般にわたって、すべての場合に、自分は何一つ見落とさなかったと確信するほど広範囲な検討をすること。ここに「すべての場合」とは、第2の「分析」と第3の「総合」のいずれの場合にも、という意味である。これは「**枚举の規則**」といわれる。



自然科学のみならず、社会科学においても分析対象を細かく分けて研究を進める手法が一般的である。**細かく分けた微小の分析結果を総合して、もとの姿の真実を把握すること**、これを要素還元主義という。存在物を構成する一つ一つの要素に分けて還元して、これを研究する。そして、この分析した一つ一つの要素を統合して、もとの姿の実相をとらえるのである。今日の社会科学の一つの方向を確立したのがこのデカルトである。

### 要素還元主義の限界

二元論と要素還元主義という考え方に基づいて、科学者たちは、宇宙、地球、生命、人類から成る自然の構造、生起する現象の因果関係を研究し、その中で私たちの存在が議論されてきました。この二つの考え方が、現代の知の体系を構築するのに必要不可欠な考え方でした。この手法は自然科学で顕著ですが、社会科学でもこの二元論と要素還元主義を前提にして進められています。皆さんがこれから学ぶ法解釈もこの手法です。よく覚えておいてください。

もちろん現在においては、要素還元主義がうまく機能せず、科学が行き詰っている場面もあります。たとえば、量子論の世界では、分析ツールである光が観察対象を動かしてしまうため、粒子の位置と運動量の両方を同時に正確に測定し、決定することはできない、とされます（不確定性原理）。また、社会科学（経済学）の分野でも、細かく分けた個々の部分での正解が、それを統合してみると全体では意図しない結果が生じる、という「合成の誤謬」と呼ばれる現象もあります。

- <参考文献> 「旧約聖書」財団法人日本聖書協会  
「聖書ハンドブック」ヘンリー・H・ハーレイ著（聖書図書刊行会）  
「方法序説」デカルト著・谷川多佳子訳（岩波文庫）  
「デカルト」野田又夫著（岩波新書）  
「西洋哲学史」小阪修平・ひさうちみちお著（JICC 出版局）

## 第3節 近代社会以前と産業革命

### 一 近代社会（産業革命）以前の「法」

#### 1 権力の源泉

古代社会：**神の意志**

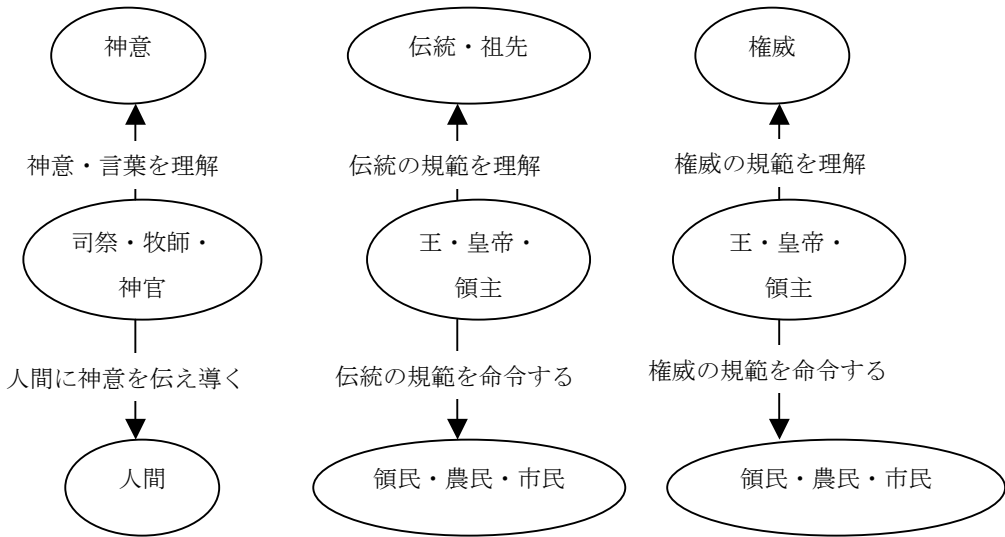
→神の代理人が神に代わって、権力を持っていた

→神の代理人や階級がルールを作っていた

封建社会：**世俗的な軍隊武力**

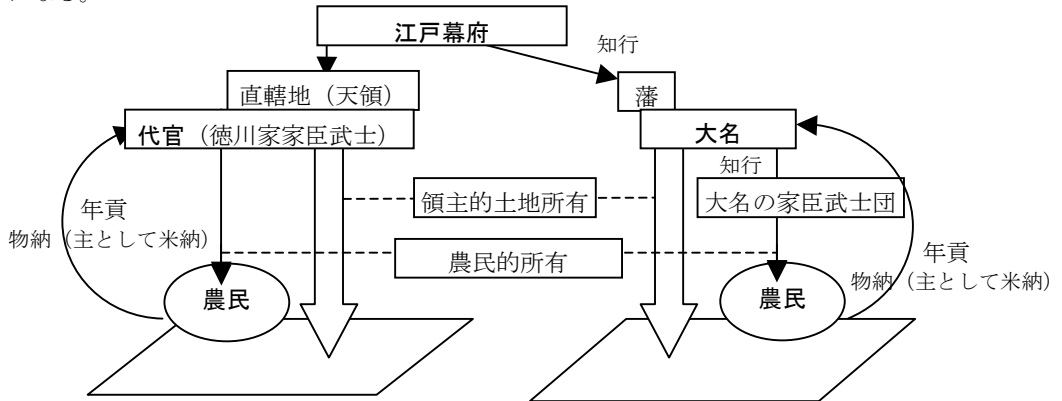
→王や皇帝が神の権威から離れ、自己の力で、ルールを作るようになった

<近代社会以前の仕組み>



2 日本の封建社会（江戸幕府）

日本においては、鎌倉時代から封建制の仕組みが始まるが、江戸幕府の例を紹介する。江戸幕府と大名、そして、農民（幕府の直轄地の農民と大名地の農民）との関係を図示すると以下のようになる。



(1) 江戸幕府と大名

大名は領地を与えられる（これを知行給与という）。代わりに、戦いにおいては兵隊を出して幕府のために戦う義務がある。これが対価関係となる。ここで登場する「義務」は、近代社会以降の自由意思に基づく義務ではなく、**武力による強制力**に基づくものである。

## (2) 大名と農民との関係

農民は、地代を払う。代わりに農民の身分が保護される。これも自由意思に基づくものではなく、経済的強制である。農民は、①農地から離れることができないこと（**居住移転の自由がない**）、②農民以外になることができない（**職業選択の自由がない**）、という制限があった。これを土地緊縛（きんぱく）という。

地代には、労働地代・生産物地代・貨幣地代の3つの形態があった。農民も規模・土地の権利の程度で3種類に分けられ、小百姓（小作人）、下人等を所有する家父長的大家族の百姓、さらに多くの下人等を所有する大百姓、の3つである。

土地所有は単独の所有ではなく、大名も所有し（領主的土地所有）、同じ土地を農民も所有する（農民的所有）、というように、**重疊的所有関係**であった。今日のような権利ではなく、一物一権ではなかった。小作人ですらも、耕作という事実（占有）によってなにがしかの権利を持っていた。

## (3) 幕府・大名と、支配下の武士団との関係

武士団と大名との関係は知行関係であった。知行高は武士への給付・安堵であり、所領とも「知行給与・知行取」呼ばれる（江戸後期になると禄米の給付を受けるようになる）。その知行面積は、主君への軍役の基準となった。江戸時代は土地の面積ではなく、石高で測り、米が支給された。幕府も大名も年貢の物納を大坂などの商人に委託して販売し、その代金としての金銀貨で家計費その他の物資を購入した。

参考文献：「日本経済史」山口和雄著・第二版経済学全集（筑摩書房）

### 封建社会から近代へ（産業革命）

西欧の封建時代も日本の封建時代も、時代の進展とともに、次第に崩壊していきます。西欧においては絶対王政の時代に、日本においては江戸幕府の時代に、領民・農民の階層から生産と流通・販売が次第に拡大され、商品市場が形成されていきます。西欧における重商主義時代・マニユファクチャー時代です。日本でも江戸中期・後期においては西欧的なマニユファクチャーの初期形態が発達していました。

もともと、経済史的には、生産手段の主たるものが農地である、という点で産業革命後の社会とは大きく異なります。農地を使って生活物資を生産する人として農民が強制的に土地に縛りつけられているのです。

これに対し、資本主義社会においては、土地・労働力・資本の3つを自由に使うことができ、さらに、これらを使って生産をすることができる階級（資本家・経営者）が生まれます。それが、産業資本というものです。これを準備した時代が、西洋では重商主義時代・絶対王制時代・マニユファクチャー時代です。そしてついに工場制機械工業時代となります。

これが産業革命です。

## ニ イギリスにおける産業革命

### 1 封建制度の解体

西洋の中でも、イギリスが最初に封建社会を解体し、新しい社会の形成に歩みだした。封建制度の要件については、日本の幕藩体制（江戸時代）を例として説明した通りである。封建制の特徴を簡潔にまとめると、①領主とその部下の武士との間で、領土と兵役とが対価関係になっていること、②領主・武士と農民との間においても、農作物（地代）・兵役と身分保護とが対価関係になっていること、③この対価関係を武力に基づく強制力で維持していること、である。その結果、身分が固定し、個人の意思で離脱できない、すなわち、**職業選択の自由と居住移転の自由がなかった**、という点が特徴である。これは、日本の封建制度もヨーロッパの封建制度も同様である。

イギリスの封建制度は14世紀にはすでに解体傾向にあり、イギリスの農奴は封建的土地緊縛から解放され、自ら商品を生産する身分となっていた。特に、ピューリタン革命（1642～1649年）、そして名誉革命（1688年）に至る政治的変革を通じてイギリスの国家権力を支配する主体が封建勢力からブルジョアの勢力に移行していった。ブルジョアという意味は、今日では資本家、すなわち株主を指すが、当時は企業家・起業家を意味していた。今でいう、アントレプレナーであり、大きな工場を複数所有する大資本家や財閥ではなかった。

**小さなアントレプレナーがかつての農奴の中から成長していった**。このことは、封建社会の二つの拘束、すなわち、職業選択の禁止と居住移転の禁止を変革し、近代憲法が認める基本的人権の準備を勝ち取っていたことを意味する。さらに、経済史的には、**生産者が事業を行う「資本」を蓄積し、他方で、農奴から生産者に変換した人たちを賃金労働者へと転化するプロセス**でもあった。この時代は、絶対王政の後期にあたり、イギリスでは国内産業を保護し、国内の製品の外国への輸出を奨励する政策が採られていた。

### 2 イギリスのマニュファクチャーの時代

17世紀半ばには市民革命を終えたイギリスでは、資本主義的社会への歩みを開始した。その商品生産の方式は、生産工場にもものづくりの職人をたくさん集めて手工業で製品を作るという段階であり、**工場制手工業（マニュファクチャー）**と呼ばれた。17世紀末から18世紀中ごろにかけて、マニュファクチャーは成熟期になった。つまり、所有の自由・企業活動の自由・職業選択の自由・居住移転の自由が認められた。18世紀後半の産業革命との違いは、工場の生産方式としての機械が導入されていない点である。技術が発明され、ものづくりの向上に導入された段階で産業革命は完成する。

### 3 イギリスの産業革命の時代

当時のイギリスの繊維工業は紡績工業であった。そのため、まずは木綿の紡織機械が発明された。「ジェニー」（1764～1767年）と「ウォーターフレーム」（1768年）である。これらは、人力や水力を動力源としていた。その後、**蒸気機関と鉄製機械の製造によって、一気に機械工業が発達していった**。燃料も、石炭の発見により木炭から石炭に変わった。**蒸気機関は輸送部門にも応用され、海と陸の大量輸送を可能とした**。

このようにイギリスの18世紀後半に始まった産業革命は、機械化による生産の増大と所得の増加により、各種の新産業をより一層発展させ、そのことが**産業資本家と膨大な賃金労働者の両極分解**をもたらした。産業革命によって、皆さんが生きているこの社会の骨格が固まった。経済学的には、資本主義経済体制と呼ばれる。政治的には、自由主義社会という。法律的には、近代立憲国家などといって、権力分立を基底にした憲法をもった国家社会の成立である。

これから法律を学ぶ訳だが、法律は、あくまで手段である。目的は、私達が幸福・安全に、同時に他人の幸福・安全を自分のそれと同じように、尊重し合って生きることである。目的を忘れないようにする必要がある。この目的を達成するために、その手段として、政治があり、政府があり、法律が存在するのである。

### 三 アメリカ独立宣言

アメリカ・フランスでは、武力蜂起を伴う革命を通じて近代国家が形成された。それがアメリカ13州の独立宣言（1776年）であり、フランス革命の人権宣言（1789年）である。

なぜアメリカは独立宣言をしなければならなかったのか。

それは、イギリス王国の圧制により、植民地アメリカ国民の生活が苦しかったからである。アメリカ人の生活をより良くすることが目的であり、その目的を達成する手段として、独立戦争があったのである。国家・政治は手段である。国家・政治は法律によって作られる。新たな政治を形づくるために独立宣言が出された。ここでしっかり理解することは、法律は手段であって、法律という手段によって達成しなければならない目的は、法律の中にはない、ということである。法律は手段であるから、その目的を見つけなければならない。**植民地の人々がどのような境遇の中で英国から独立を決意したか、を独立宣言の中から読み取ることができるだろう。**生活・安全・幸福がどのように侵害されていたのか、感じてもらいたい。

#### 【参考資料】アメリカ独立宣言（『アメリカ独立戦争』（学研M文庫）より引用）

確かに分別に従えば、長く根を下ろしてきた政府を一時の原因によって軽々に変えるべきでないということになるだろう。事実、あらゆる経験の示すところによれば、人類は害悪が忍びうるものである限り、慣れ親しんだ形を廃することによって非を正そうとするよりは、堪え忍ぼうとする傾向がある。しかし、常に変わず同じ目標を追及しての権力乱用と権利侵害が度重なり、人民を絶対専制のもとに帰せしめようとする企図が明らかとなる時、そのような政府をなげうち、自らの将来の安全を守る新たな備えをすることは、人民にとっての権利であり、義務である。—これら植民地が堪え忍んできた苦難はそうした域に達しており、植民地をしてこれまでの統治形態の変更を目指すことを余儀なくさせる必要性もまたしかりである。今日のグレートブリテン国王の歴史は、繰り返された侮辱と権利侵害の歴史であり、その事例はすべてこれらの諸邦に絶対君主制を樹立することを直接の目的としている。それを証明すべく、偏見のない世界に向かって一連の事実を提示しよう。

公共の利益のために最も穏当かつ必要な法律に裁可を与えることを拒否した。

緊急かつ切迫した要のある法律を通過させることを総督に禁じ、総督をして国王の裁可が得られるまでその権能において保留させることを課し、そのようにして保留させた上で（裁可すべき）法を全く閉却した。

広範な地域の人民のための他の法を通過させることを拒み、その人民に本国の立法府において代表される権利を放棄することを求めた。そのような権利は人民にとってかけがえのな

いものであり、これを恐れるのは専制君主のみである。

立法府を普通でない、公文書の保管所からも離れた不便な地に召集した。疲弊させることにより本国の施策に従わせんとするためである。

人民の権利の侵害に対し断固とした雄々しい決意をもって反対した代議院をたびたび解散した。

そのような解散ののち、長きにわたって新たな代議員が選出されるようにはからうことを拒否した。これにより、消滅することのない立法権限は人民全体にその行使が返還されたのである。その間もその邦は外からの侵略、内なる騒乱のあらゆる危険にさらされていたのである。

これら諸邦の人口を抑制せんと努めた。その目的のために外国人帰化諸法を妨害し、この地への移民を促進する他の諸法の通過を拒み、新たな土地の割り当ての条件をつり上げた。

司法権を確立させる諸法への裁可を拒否することにより、司法の執行を妨害した。

判事を、その地位、俸給額、俸給の支払いについて、己の意志にのみ依存せしめた。

おびたしい数の新たな官職を創設し、この地へ官吏の大群を送って我らが人民を悩ませ、我らが物資を蚕食した。

平時において我らのうちに、我らの立法府の同意なく常備軍を駐留させた。

軍部を文民権力から独立させ、それに優越させようと努めた。

我らを、我らが国制にとって異質で我らが法によって認められていない権限のもとにおくべく（本国議会と）共謀し、本来の権能を逸脱した立法府の下記の目的の諸法に裁可を与えた。

我らのうちに大規模な軍を宿営させる

その兵がこれら諸邦の住民に対して殺人を犯しても、みせかけばかりの裁判をすることによって処罰を免れさせる

世界各地と我らの通商を遮断する

我らの同意なく我らに税を課する

多くの場合において陪審に基づく裁判の恩恵を奪う

でっちあげの罪状によって我らを海の向こうへ移送して裁く

隣接する植民地（カナダ）において英国法の自由な体制を廃し、そこに専横的な政府を設立し、その境界を広げることによって、その地を我らが植民地にも同様の専制支配を導入するための先例とし、格好の道具とする

我らの特許状を取り上げ、我らの貴重この上ない法を廃し、我らの政府の形態を根本的に変更する

我ら自身の立法権限を停止し、いかなる場合においても我らに代わって立法する権限が自分たち（本国議会）にあると宣言した

我らを国王の保護の外にあると宣言し、我らに戦争をしかけることによって我らの統治を放棄した。

我らの領海を収奪し、沿岸を荒らし、町を焼き、人民の命を奪った。

現在も外国人傭兵の大軍を送ってくるところで、それにより、最も野蛮な時代にさえその比をみない、およそ文明国の元首の名に値しない残虐と不実の状況を伴って始められた死と荒廃と専制を完成させようとしている。

公海において捕らえられた我らが同胞たる市民に祖国に対して武器を取らせ、その友人兄弟を処刑するか、さもなくばその手にかかって自らが命を落とすようにしている。

我らのうちに内乱をひき起こし、我らが辺境の住人に対し情け知らずのインディアンをけしかけようと努めた。インディアンの戦い方が、年齢、性別、社会的地位に関わりなく無差別に殺害するものであることはよく知られている。

これらの抑圧のあらゆる段階において、我らは最も謙虚な言葉をもって改善を請願してきた。我らの度重なる請願は、度重なる侮辱によって応えられたのみだった。このように専制君主の定義となりうるあらゆる行動によって特徴づけられる資質をもった君主は、自由な人民の統治者たるに不適当である。

我らは英国の同胞に対しても注意を怠ってきたわけではない。折に触れては英国の立法府

が不当な権限を我らに対して及ぼそうとしていることを警告してきた。我らが祖国を出、この地に落ち着いた事情を想起させてきた。同胞たちの生来の正義心と度量に訴え、共通の血が流れる絆により、彼らがこれら、我らのつながりと交渉を必ずや絶ち切ることになる権利侵害を非とすることを懇請してきた。同胞らもまた正義と血縁の声に耳を傾けなかった。したがって、我らは我らの分離を宣言する必要性を認めざるをえず、祖国の同胞は他の人類と同様、戦時にあっては敵、平時にあっては友とみなさざるをえない。

ゆえに我らアメリカの連合諸邦 (the United States of America) の代表は連合会議に集い、世界の至上なる審判者に対し我らが意図の正当性を訴えて、これら植民地のよき人民の名と権威において、厳粛に公に宣言する。これら連合植民地 (United Colonies) は自由にして独立な国家であり、またそうであるべきものである。英国王に対する忠誠はいっさいこれなく、グレートブリテンとの間の政治的なつながりは完全に解消されており、またそうあるべきものである。諸邦は、自由にして独立な国家として、戦争を行ない、講和を締結し、同盟を結び、通商を確立し、その他独立国家が当然の権利として行ないうるあらゆる行為をなす完全な権限をもつものである。この宣言を支えるため、神の摂理への堅い信頼とともに、我らは相互にその生命、財産、そして神聖なる名誉を捧げあうことを約するものである。

<参考文献> 「西洋経済史」大塚久雄著 (筑摩書房)

# 第1章 法学入門

## 一 法とは何か

1 社会は共同生活により成り立つ



共同生活は約束ごとを守って維持・発展

|| 具体的には

慣習・道徳・宗教・倫理・法等

2 法とは何か

法は共同生活のために我々に対して一定の行動をさせようとしている

→一定の行動を命じたり禁じたりしている



我々の行動の基準（きまり）

↳ その社会のルール（社会規範）

法の定義：法とは、国家権力による強制力を伴った社会規範である



紛争解決の手段

であるため



価値判断

が含まれている

(一定の価値観に基づく判断)

法 — 社会規範 → 一定の価値判断 (1つの立場からの価値判断) が含まれている  
— 紛争解決の基準 → 強制力を有する

3 社会規範と自然法則との異同

<社会規範と自然法則との異同>

社会規範	自然法則
「~すべき」の世界 当為 (sollen)	「~である」の世界 存在 (sein)

(1) 社会規範は、人間の行動・人間が作った政治・経済・社会・文化などを対象としている。

これに対し、自然法則は、自然界の森羅万象、宇宙の仕組み・素粒子・生き物の仕組みなどを支配している法則をいう。

(2) 自然法則は人間の意識によって左右できるものではないので、正しいか否か、真実かどうか  
が判断の基準となる。しかしながら、万有引力・相対性理論・量子力学のように、自然法則も  
大きく変化するものである。したがって、絶対的真実でなく、時代によって変わる可能性があ  
るといわざるを得ない。

これに対して、社会科学や人文科学を扱う社会規範の分野は人間の行動、経済・社会・文化  
などが対象であるから、その基準は正しいか否かではなく、**人々が納得するかどうか、承諾す  
るかかどうかという基準、正当性があるか、妥当であるかどうか**が基準となる。

一見すると、社会規範は相対的であり、適用期間も短期のようにみえるが、自然法則につい  
ても述べたように、必ずしも社会規範が短期に過ぎないとはいえない。

(3) 社会規範は、人間社会の安全・安定を目的とするものであるから、**人間の行動を対象とした  
現在及び将来に適用されるべきルール**である。

これに対して、自然法則は人間の意識とは無関係に自然界に潜む客観的な法則であるから、  
現在及び過去の自然界の真実についてのルールであるといえよう。

## 二 定義の定義

論理・体系を扱う分野では、用語の定義が必要となる。用語の正確な定義をし、これについて関  
係者の同意を得なければ、用語・単語・キーワードの組み合わせによる論理体系が無意味となつて  
しまうからである。ここに**定義の重要性**がある。

そこで、どのように定義をするか、「定義の定義」を説明する。以下は、アリストテレス以来の  
伝統的論理学による定義である。

### 1 名辞定義と事物定義

(1) 名辞定義：ある言葉の意味を説明する（定める）こと。

e x. 「街中でよく飛んでいる黒い鳥」を「カラス」と定義するように、ある範  
囲の人々が「カラス」という言葉である種類の鳥を言い表す、という使い  
方である。これは、法律のように言葉で人々の行動をコントロールする場  
合には不便である。「カラス」という言葉で全く別の鳥（鳩やスズメ）を  
意味している人たちに対しては効果がなくなってしまうからである。

(2) 事物定義：ある事物の本質を規定すること。

e x. 「街中でよく飛んでいる黒い鳥」の本質を探究し、その本質に従った内容  
をもって定義する場合である。これによって人々の判断を共有することが  
できる。

↓

法律を学ぶうえで役に立つのは、事物定義である。事物定義には、外延定義と内包定義がある。

## 2 外延定義と内包定義

(1) 外延定義：その概念に含まれるものを列挙する方法。

e x. 会社とは、株式会社、合名会社、合資会社、合同会社などをいう。これは会社の具体的な事例を列挙する方法であり、初心者には分かりやすい。しかし、これ以外に会社に含まれるものがあるかを判別できない。

(2) 内包定義：その概念に共通する本質的要素を明示する方法。この定義が論理性・体系性を追求する場合に役立つ定義である。

e x. 会社とは、営利を目的とする社団法人をいう。

## 3 内包定義の仕方

**内包（事物）定義＝最近類＋種差**となる。

e x. 会社の外延定義で見たように、会社の種類の中の共通要素は社団法人である。この共通の要素を最近類という。他の社団法人と会社との違いは、営利を目的とするか公益を目的とするか、である。同類の中で違いの要素を種差という。すなわち、営利目的が種差となる。

したがって、会社とは①社団法人であって、②営利を目的とするものをいう。普通は①と②を逆にして、**会社とは、営利を目的とする社団法人である**、と定義する。

## 4 法の定義

法について定義すると、法の最近類は社会規範である。種差は、国家権力による強制力である。これをまとめて、**法とは、国家権力による強制力を伴う社会規範である**、と定義される。

# 三 法の基礎知識

## 1 権利・義務の意味

権利・義務という言葉は、法律の本の最初に出てくる。例えば、君が教科書を買って所有しているとき、君はその本について所有権を有していることになる。

しかし、その**所有権を目で見ることはできない**。本は確かに見ることができる。それでは、目に見えない所有権とは何であろうか。所有権の実態は、形のあるもの（元素や素粒子によって構成されているもの）ではない。元素や素粒子であれば電子顕微鏡で見ることができるが、所有権については電子顕微鏡で見ても何も見えない。

**権利・義務は脳新皮質によって認識・把握される概念にすぎない**。例えば、「モナリザ」の絵の素晴らしさは、その不思議な美しさを脳新皮質で感じることによって決まる。人によって違うのである。これに対し、元素や素粒子は誰が見ても同じである。

権利・義務は極めて主観的なものに過ぎない。これから君が学ぶ法律の世界は、主観的な概念である権利・義務をブロック組みのように組み合わせ、論理的な体系としたものである。

以下では、権利・義務についてももう少し比喩的に説明をする。日常生活実感に近づけて、権利・義務のイメージを掴むことがまず何よりも必要だからである。

---

例えば、君がレンタルビデオ店からビデオを借り、そのビデオを見ているとしよう。そのとき君を感じる喜びなり、満足感なりを仮に「生活利益」と呼ぶ。この生活利益は、君が仮に3日間の期限付きで借りたのであれば3日間は味わうことができる。

しかし、4日目以降は君はビデオを返還しなければならないので、この生活利益を味わうことができない。実際には、ビデオ店からの返還の要求が来なければ君は4日目以降もそのビデオを見ることができるが、4日目にビデオ店が「返還せよ」と要求してくれば、君は返還しなければならない。返還しないと損害賠償や延滞料を支払わなければならないことになる。

ビデオ店が返還を請求してきた場合に初めて「生活利益」の範囲が意識される、という点が重要である。**権利・義務は自然の存在物ではなく、他の「法的主体」との関係で存在するものである。**他人の権利・義務との関係で、自分の権利・義務（生活利益）の範囲が画されるのである。

## 2 権利・義務の移転・譲渡・賃貸

このような**生活利益は、我々の頭脳の中の存在物であるから、これを他の人に譲渡したり、利用してもらったりすることも可能**である。また、自然の存在物ではないから、手元にビデオを持っていないときでも、ビデオを見る権利（利益）を又貸しすることもできる。権利・義務が元素・素粒子のように自然界に客観的に存在する物であったならば、現に持っていない物を他人へ渡すことは不可能なはずだが、主観的な概念であるので、自由に譲渡ができるのである。

権利の譲渡が行われる典型契約は売買契約である。売買契約によって財産権の譲渡ができる。細かい点であるが、「自分が持っている車を売る」という言い方は正確ではない。法律的には、「**車の所有権の譲渡**」となる。

さらに、**外見的には同じように見える場合でも、譲渡と賃貸借では全く違う**ことになる。君の持っていた車が友人の所に移り、友人が車に乗っている場合、それが所有権の譲渡によるのか、それとも、賃借権によるのか、では全く異なる。外見的には、友人が車を運転している点で同じであるが、法律的には全く違う。法律を議論する場合は、大脳新皮質でどのように構成しているか（どのような概念であるか）を意識することが肝要である。

## 3 社会の高度化・複雑化と権利義務の関係

我々の生活が複雑化し高度化してくると、様々な生活利益が複雑化・高度化してくる。このように多様化した生活利益を反映した権利・義務が、我々の大脳新皮質に認識される。それは、**社会の進展とともにますます多くの権利・義務が誕生する**ことを意味する。また、社会の激動期・価値観の転換期において、生活形態が激変するわけであるから、これに即応した権利・義務も激変する。つまり、立法が盛んになされる。「**大立法期**」の到来である。

我々が生活している現在は、まさに「大立法期」である。貸金業法の制定・派遣業法の改正、民法（債権法）の大改正などのニュースを聞いたこともあるだろう。今は様々な法律の改正時期になっている。地球温暖化のもとで環境権が議論され、温室効果ガスの排出枠の取引が議論されている。このように新たな権利が続々と発生してくるのである。

## 4 法の種類

## (1) 公法と私法

ここでは簡単に説明をする。

- ① **公法**：国家の内部の役割分担および国家と国民との事項を定めたもの e x. 憲法、刑法
- ② **私法**：市民と市民との間の事項を定めたもの e x. 民法、商法、会社法

## (2) 実体法と手続法

- ① **実体法**：権利義務の変動（発生・変更・消滅）の要件・効果について定めた権利内容の基準となる法（どのような必要十分条件が備わるとどのような権利変動が生じるかについて定めた法）

e x. 憲法、民法、刑法、商法、会社法

- ② **手続法**：権利義務の具体的な実現手続を定めた法

e x. 民事訴訟法、刑事訴訟法、行政事件訴訟法（これらは裁判手続についての法）

## 5 法の存在形式

法には、規範を国家権力で守らせる強制力がある。したがって、国家権力がルールを守らせるように発動している強制力を法源という。また、「法の存在形式」とも呼ばれる。

「～法」という文書のかたちで存在するもの（成文法）に限らず、法の要件をみただけであれば法といえる。すなわち「～法」という形式でなくても、その規範に反すると処罰を受ける、損害賠償しなければならない、といった国家の強制力が働くものがある。

## (1) 成文法

文書の形式を備えている法を成文法と呼び、近代国家における「法」の多くは成文法である。これらは文章の形で制定されることから、制定法とも呼ばれる。わが国は**成文法・制定法**の国である。

## (2) 不文法

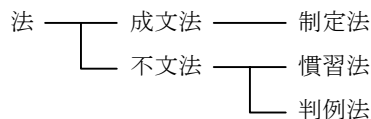
文書のかたちをとらない法規範（不文法）として、慣習法や判例法がある。

**慣習法**：いわゆる社会の習わしが、単なる習わしとしての効力を超えて、国家権力による強制力を持つに至ったもの

**判例法**：裁判所の判例が積み重なって、法としての効力を持つに至ったもの

条理：ものの道理、すなわち、実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系

<法の存在形式>



---

## 6 判例

### (1) 判例の意義

裁判所が裁判において示した解釈→実務では最も権威がある。

法律の学習をするに当たって、判例は重視しなければならない。

↓もつとも

下級裁判所（高等裁判所、地方裁判所等）が示した判断は、最高裁判所の判例よりも権威が低いので注意が必要である。

\* なお、広義では裁判所が示した判断をすべて判例というが、狭義では、**最高裁判所もしくは戦前の大審院が示した判断のみを判例**といい、**下級裁判所の判断を裁判例**という場合もある。

### (2) 裁判所の種類

裁判所は、最高裁判所と下級裁判所に分かれる。

↓

下級裁判所には、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所および簡易裁判所がある。高等裁判所は、全国で8箇所、支部が6箇所ある。地方裁判所は50箇所あり、支部は203支部ある。家庭裁判所は地方裁判所及びその支部にある。簡易裁判所は全国で438箇所ある。なお、東京高等裁判所の特別の支部として、平成17年4月1日より東京知的財産高等裁判所が発足した。

↓

裁判所法の下では、最高裁判所が最上級の裁判所であり、最高裁判所が示した判断には最も権威がある。

↓もつとも

戦前の、旧裁判所構成法時代に最上級審裁判所であった大審院の示した判断も、先例として残っているものがある。

↓よって

狭義の判例となりうるものは、**最高裁判所と大審院が示した判断**である。

## 7 学説

学者の先生の見解を「学説」という。通説、有力説、少数説等に分類される。

- (1) **通説**：学界などで、通用している見解。ただし、通説は古い考え方を指す場合もあり、「従来の通説・旧説」といった呼ばれ方をすることもある。逆に、かつては有力説であったが現在は通説となったものもある（後述）。
  - \* **判例と同じ結論・理由付けを採用する学説**を通説、と呼ぶこともある。確定した判例があれば、実務はその判例に従って運用されているので、学説上も支持を集めることが通例である。
- (2) **多数説**：学界などで、多くの人が賛成する見解。
- (3) **有力説**：通説までには至らないが、説得力に富み、支持する人もかなり多い見解。多数説との違いは、多くの人が賛成しているわけではない、という点である。有力な学者が主張しているので、今は支持者が少ないが、いずれは多数説となり、最終的には通説になるであろうと考えられる説を「有力説」という。有力説が登場してから10年、20年経過した後では、その説が多数説・通説となることもある。
- (4) **少数説**：支持の少ない見解。有力説は、支持者が少ないという意味では少数説である。すでに述べたように、年数を経ることによって多数説・通説となることもあるが、少数説のまま立ち消えてしまう場合が多い。

## 四 条文の読み方

### 1 条文の構成

一つ一つの法律は「法典」と呼ばれる（法律は一般名詞）。民法は「民法典」、刑法は「刑法典」という。六法全書を見ると、「刑法典 明治40年4月24日 法45」と記されている。その法律の成立日と、法案の番号である。これによって法典が特定される。法律は成立し、公布されて、その後、施行日が来ると、そのときから国民に実際に適用される。そのため、六法全書には「施行 明治41年10月1日」というように、施行日も記載されている。

\* 「刑法」といった場合、刑法典だけを指すのではなく、刑罰を科する法律を広く指すこともある。例えば、爆発物取締罰則、児童買春、児童ポルノに係る行為の処罰及び児童の保護等に関する法律などがある。

## (1) 条・項・号

法典の中では条文番号が1条、2条と順についている。最初が1条である。1つの条文の中で複数の内容を定める場合には項によって分ける。1項、2項と順番につける。六法では、①②と付して、1項、2項を区別している。

さらに、項の中で**箇条書きで列挙する場合には号を使う**。1号、2号という箇条書きになる。条の次に直接、号が来る場合もある。

なお、次の19条1項の「柱書」（はしらがき）は、1項の中の文章をいう。

\* 以下、青字で括弧書きして、どのように呼ばれるかを記載した。実際の条文にはこの括弧書きは存在しない点に注意。

e x. 刑法19条① 次に掲げる物は、没収することができる（**19条1項柱書**）。

- 一 犯罪行為を組成した物（**19条1項1号**）
- 二 犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物（**19条1項2号**）
- 三 犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物又は犯罪行為の報酬として得た物（**19条1項3号**）
- 四 前号に掲げる物の対価として得た物（**19条1項4号**）

② 没収は、犯人以外の者に属しない物に限り、これをすることができる。ただし、犯人以外の者に属する物であっても、犯罪の後にその者が情を知って取得したものであるときは、これを没収することができる（**19条2項**）。

## (2) 本文・但書

(1)の刑法19条2項の中で、「ただし、犯人以外の者に属する物であっても、犯罪の後にその者が情を知って取得したものであるときは、これを没収することができる。」という文章を、「但書」という。

但書は、前の文章に対する例外を述べる場合である。

## (3) 前段・後段

ある条文の中や項の中の文章が二つに区切られている場合は、前の文章を前段といい、後の文章を後段という。

e x. 憲法21条2項 検閲は、これをしてはならない（これを**前段**という）。通信の秘密は、これを侵してはならない（これを**後段**という）。

## 2 語句の使い方

## (1) 「又は」と「若しくは」

どちらも「or」の意味である。一般的には、「又は」を使用する。

- ・単一に用いるとき → 「又は」を使う

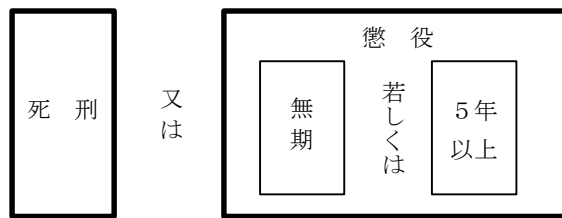
e x. 「公の秩序又は善良の風俗」(民 90)

- ・3つ以上のどれか、という場合で、段階があるとき

→小さく分けられる所には「若しくは」を用い、大きく分けられる所には「又は」を用いる

e x. 「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」(刑 199)

< 「又は」と「若しくは」 >



## (2) 「及び」と「並びに」

いずれも「and」の意味である。

単なる並列の場合 → 「及び」を用いる

e x. 「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、……」(憲 15 I)

3つ以上の「and」の場合は、段階があるときには、接続の小さい方に「及び」を用い、接続の大きい方に、「並びに」を用いる。

e x. 「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し……」(会社法 355)

この場合は、取締役は、  
 法令 **及び** 定款  
**並びに** (and)  
 株主総会の決議  
 を遵守し……となる。

## (3) 「場合」、「とき」、「時」

## (a) 「場合」と「とき」はともに状況、事情などを示す。

状況が二重になる場合には、大きい方に「場合」を、小さい方に「とき」を用いる。

e x. 「予算について、参議院で衆議院と異なった議決をした場合に、法律の定めるところにより、両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき……は、衆議院の議決を国会の議決とする」(憲 60 II)

## (b) 「時」はある時点(瞬時)を示す。

e x. 「停止条件付法律行為は、停止条件が成就した時からその効力を生ずる」(民 127 I)

- (4) 「以前」、「以後」、「以内」、「前」、「後」、「内」  
 「以前」・「以後」・「以内」は、基準となる時間を含めて、それより前・後・内を意味し、  
 「前」・「後」・「内」は、基準となる時間を含めずに、それより前・後・内を意味する。
- (5) 「以上」、「以下」、「超える」、「未満（下る）」  
 「以上」・「以下」は、基準となる数量を含めて、それより上・下を意味し、「超える」・  
 「未満（下る）」は、基準となる数量を含めずに、それより上・下を意味する。
- (6) 「推定する」、「みなす（看做す）」

「推定する」は、ある事項について当事者の意思や事実の有無が不明確である場合に、一応の処理基準を定めるものであり、推定を免れたい場合には、推定内容と実際とが異なるという証拠（反証）を挙げて、推定を排除することができる。

これに対し、「みなす（看做す）」は、本来異なるものを一定の法律関係について同一のものとして取り扱うことである。擬制とも呼ばれる。この場合には、反証は許されない。確定的に同一とされる。

e x. 「占有者が占有物について行使する権利は、適法に有するものと推定する。」（民188）

「未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものとみなす。」（民753）

## 五 法律家の仕事

一般に、法律家という場合は、①法曹、②その他の法律家に分けられる。

①の法曹とは、**裁判官・検察官・弁護士**の三者をいう。弁護士の中から裁判官・検察官を選出する方式を法曹一元という。日本は、司法研修所の卒業時点で、裁判官・検察官は公務員として任官され、その他が民間人として弁護士となる。最初から三者が分化しているが、同じ司法研修所を卒業するので、その限度では法曹一元といえることができる。しかし本来の使い方は、前者である。

②その他の法律家としては、**大学等の法律学の教授、企業の法務部の専門職員、官公庁・自治体の法務専門職員、公的機関の法律専門職員、民間の法律専門家**がいる。民間の法律専門家は、弁護士が主流であるが、その他、弁理士・司法書士・行政書士・税理士・社会保険労務士・土地家屋調査士などの法律実務を担当している専門家が日本では多数いる。これらはいずれも独占業務を持っている。なお、名称だけ独占の専門職（他の人もその仕事をできるが、名称だけは試験に合格して士業の登録をした人だけに認められる）もいる。その例としては、法律職ではないが、中小企業診断士がある。この分野も他に沢山ある。

上に述べた法律専門家の中で、法曹三者は専ら法的問題の処理を行うが、その他の法律家もそれぞれ公的問題の処理を扱っている。**社会の高度化・複雑化により、民間における法律法律家が年々増加している**。弁護士については、法科大学院制度導入によって大量に輩出されている。

1 法技術による法的問題処理

法技術という手法を通じて人間の共同生活の維持・発展に奉仕する専門家

↓そして

法律家が用いる法技術は、今日、高度に発展、進化している

↓その中身は

合理的、論理的、説得的な考え方

→その説得手段として法的三段論法を使う

e x . 法的三段論法＝価値判断の含まれた三段論法

- ① 人の身体を傷害すれば15年以下の懲役等に処せられる（刑204）（大前提）
- ② 甲は乙を傷害した（小前提）
- ③ よって（大前提を小前提にあてはめる）、甲は15年以下の懲役等に処せられる（結論）

\* 大前提では条文の解釈を行う。答案では「～と解する」と書く。ただし、異論のない点については、「～である」と書いてよい。大前提は、条文に記載している規範を解釈している。規範は価値判断であるから、解釈するという判断になる。

小前提の部分では、具体的に社会で発生した事実を取り上げている。過去に実際にあった事件である。だから、その事実が存在したかしないかということが問題となる。条文で分析した要件事実に該当する事実を摘出する。そして、事実はあるかないかのいずれかであるから、小前提の部分では「～の事実があった」とか、「～であると認める」という語尾になる。

c f . 一般的三段論法

- ① 人間は必ず死ぬ（大前提）
  - ② ソクラテスは人間である（小前提）
  - ③ ゆえに（大前提を小前提にあてはめる）、ソクラテスは必ず死ぬ（結論）
-

## 2 条文は何のためにあるのか

六法全書を見ると、膨大な量の条文があることが分かる

→これらの条文は何のために存在するのだろうか

↓

人間は社会を形成して共同生活を営んでいる

→ある人の利益と他の人の利益との衝突が起こりうる

c f. 無人島に一人で生活しているロビンソンクルーソーの世界では、利益の衝突は生じない

↓そこで

このような衝突を避けるため、これらの利益間の調整を図る、いわば信号機の役割を果たすものが必要となる

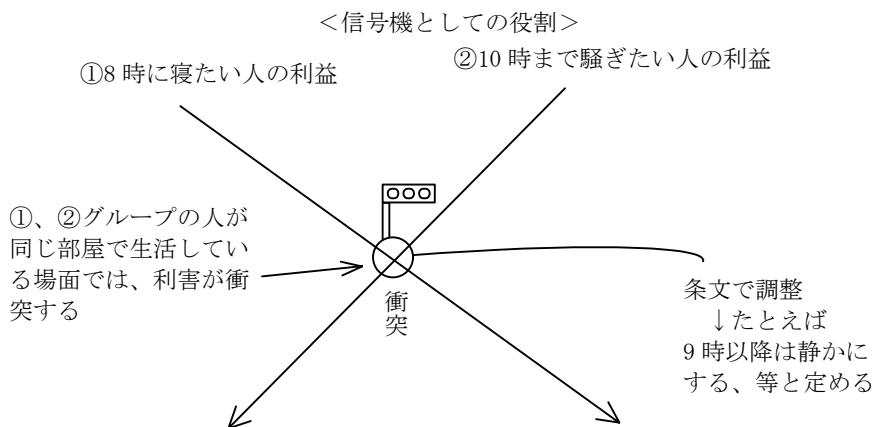
e x. 夜8時には寝たいという人と、10時までは起きていて騒ぎたいという人がいれば、これらの人たちの間の調整を図る必要がある

↓そして

この信号機の役割を果たすのが条文である

↓すなわち

すべての条文は、背景に当該行為類型をめぐる複数の人々の利益の存在を予定し、その利益が衝突する場面において、その調整を図るために設けられたものである



## 3 条文の構造

信号機の役割を果たすのが条文である。条文は複数の**利益の調和**を図るもの

→条文の背後では常に複数の利益が衝突し（たとえば8時には寝たいという利益と遅くまで騒ぎたいという利益の衝突）、それらの利益の調整を図ることが目的となる。この条文の目的を**立法趣旨**という

↓

この立法趣旨を達成するための条件が条文の中に記載される。その条件を、法律では「要件事実」という。したがって、条文は「**要件事実**」の記載部分と、その**要件事実が具備した場合の「法律効果」**との記載部分とからなる。

→条文には、要件事実と法律効果が記載される。しかし、一つの条文に要件事実と法律効果のすべてが記載されているとは限らない。むしろ、いくつかの条文に分かれて記載されている場合が多い

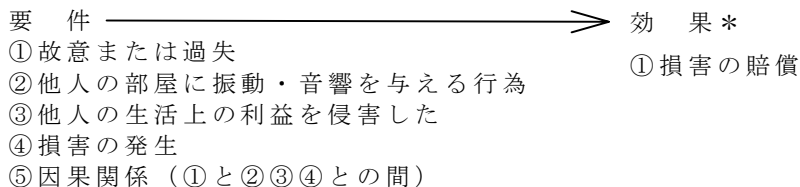
↓具体的に

先の例は、「故意または過失によって他人の部屋に振動・音響などの影響を与え、これにより他人の生活上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」というように定められることになる。

↓

これを要件と効果に分解して書くと以下のようなになる。

<要件と効果>



\* この条文の場合は要件が5つ、効果が1つとなっている。

↓ただし

既に述べたように、要件・効果のすべてが一つの条文に規定されているとは限らず、ある条文は要件①②が、他の条文で要件③④⑤が分けて記載され、さらに他の条文で効果をそれぞれ定めているということもあり得る。

#### 4 六法全書

六法全書には、いろいろな種類があるが、大別すれば、判例付・判例無し、大型・小型（携帯型）、試験用（旧司法試験六法・新司法試験六法・法科大学院試験六法：すべて第一法規）・非試験用に分かれる。大型の「六法全書」は、通常使われる法律を掲載しており、約1,000件の法令が載っている。条約も含め、日本には約8,000件の法令がある（地方公共団体が定める条例・規則などを入れるとその数はもっと増える）。

入門受講生には、**小型の判例無し・非試験用**がお薦めで、本屋で現物を見て、一番自分の目になじむものを選ぶといい。なお、権威のある信頼できる出版社は、有斐閣、三省堂、岩波書店、第一法規である。新年度版は、例年、小型の判例無しが10月上旬頃、小型の判例付が11月中旬頃に出揃う。新年度版が出るたびに、適時に買い換えるべきである。

#### 5 条文の性格

条文の規範は、「～すべきである」というように、命令・禁止形態で記載されているものが多い。もっとも、規範を守るべき程度は条文の性格ごとに異なる。

その規範が定める要件の下に法律上の効果が発生し、当事者の意思よりも規範が優先する場合、**強行法規・強行規定**と呼ばれる。この場合、規範に違反する行為の効果は発生せず、時には罰則を受けることもある。これに対し、当事者の意思が規範よりも優先する場合には**任意法規・任意規定**という。

その他、行政法に多くある規定が**取締規定**である。典型例は、ある商売をする際に、国や自治体の許可を必要とする旨を定めている場合である。これを守らないとその商売を適法に行うことができなくなる。違反者は免許・許可が取り消されたり、営業停止命令を受けたり、罰金を科されたりすることで、その仕事ができなくなる不利益が生じる。もっとも、免許の取消が契約の効果には影響しない点に注意が必要である。例えば、理容師の免許が取り消された場合、理髪店の営業はできなくなるが、無免許で整髪をしても、整髪をしてもらった人はその代金を支払わなければならないのが一般である。

##### (1) 強行法規と任意法規

**強行法規**：その条文の要件・効果の通りに適用される。これに反する当事者の契約は無効となる。強行規定ともいう。

**任意法規**：私法（民法・商法）上の行為・契約などに多くある規定である。当事者の契約が優先して効力を有するものであって、この契約上の文言が不明瞭の場合や契約していない内容がある場合には、この部分を補充・補完するため適用される条文を任意法規・任意規定という。つまり、必ずしもその条文の要件・効果に従う必要はなく、**当事者により要件・効果を変更できる**ものである。

→当事者が異なる要件・効果を定めた（契約した）場合には、そちらの方が優先

→必ずしも条文に書いてあることが絶対ではない

**取締法規**：行政法の中に多くある規定である。これに反すると、国や自治体が定めた許可・認可が取り消される不利益を受ける。その行為によってなされた私法上の効果は必ずしも否定されない。取締規定ともいう。

(2) 各「法」の特徴

(a) 憲法

国家の基本法が憲法である。近代社会が誕生した後の憲法は、**人権保障と権力分立を要素とする国家の最高法規**として定義される。

→近代以前も含めて「憲法」を定義した場合、単に「国家の最高法規」をいう

(b) 刑法

およそ国家において道徳的・倫理的に許されない昔からの禁止行為を定めたものを刑法という。人を殺すなかれ、盗むなかれ、などは古来からこの国でも犯罪とされている。このような行為を犯罪と定め、それを処罰する規定、すなわち刑罰を科す法律である。

→加害者・被害者間でその適用を排除できるものではない

↓ただし

一定の個人的法益に関する罪については、被害者の同意が犯罪の成否に影響を及ぼす場合がある

→これは、当事者の意思により刑法の適用が排除されるのではなく、犯罪成立の消極的要件として「被害者の同意・承諾がないこと」が要求される結果、犯罪の成立が否定されるものである

(c) 民法・商法・会社法

私人相互間の法律関係を規律するもの。

→当事者の意思により左右できる任意規定と、当事者の意思によっても適用を排除できない強行法規の両方が存在する

↓

強行法規と任意法規の区別が重要な問題となる。

→区別の基準：その条文の立法趣旨による。

- ・ **当事者間の利害調整のみを目的**とする規定→任意法規。
- ・ 単に当事者間の利害のみならず、これを超えた**私法秩序・社会秩序全体を保護**しようとする規定→強行法規。

6 条文の解釈方法

(1) 立法趣旨

それぞれの条文は、必ず一定の目的（複数の対立利益の調和）達成のために作られている

→このような、**法律が達成しようとする目的を立法目的あるいは立法趣旨**という（刑法では、特にその条文により保護しようとする利益を保護法益という）

↓もともと

この立法趣旨は、価値判断によるものであるから、条文の文言上明確に規定されていることは少なく、**解釈に委ねられる場合が多い**（むしろ条文の要件の中身としては規定されていない場合の方が通常である）

---

↓そのため

ある条文の立法趣旨自体について争いが生じることも多い（立法趣旨の解釈はその価値判断故に、百人百様であるといえる）

↓そして

条文の文言（要件・効果）は**立法趣旨に合致するよう解釈されなければならない**

→立法趣旨の解釈自体に争いがあることから、条文の文言の解釈も異なってくる

## (2) 要件事実の解釈

条文は、国民に守らせるための法規範を具体化したものである

→国民に理解可能なように日本語で書いてある（誰でも読んでわかるものでなければ無意味）

↓また

法は普通の国民に向けたものであるから、普通の国民が守ることができる規範でなければならない。それ以上の高いレベルの規範は、国民に守れと要求することができないからである。→通常の国民が守ることができる内容が規定される

↓

条文の文言の**具体的内容は、その規定の立法趣旨に従って解釈により決定される。**

→条文における言葉の意味は、**通常の日常用語の意味とは異なる**ので注意が必要である

e x. 「山には三本の木を植えよ」という条文があった場合、条文中の「山」、「三本」、「木」という言葉は、法的三段論法の大前提としての言葉であり、頭の中の観念的な想像物にすぎず、目で見ることができる具体的な存在ではない。これらの言葉の意味は、立法趣旨を斟酌したうえで、解釈により決定されることになる。

たとえば、この規定の立法趣旨が自然環境の保全にあるのならば、「山」には自然の山のみが含まれ、人工的にできたボタ山は含まれないと解釈できるが、逆に、立法趣旨が山崩れの防止にあると考えれば、ボタ山のようなものであっても山崩れの危険がある以上、「山」に含まれると解すべきであろう。

このように、条文の文言は、必ずしも言葉の国語的な意味から一義的に定まるものではない。

## (3) 解釈の種類

解釈の種類はいろいろあるが、立法趣旨を把握することが解釈の基本である。立法趣旨を達成するために条文の要件事実・法律効果が定められているからである。以下で紹介する解釈テクニックは全て、立法趣旨という目的実現のための手段である。その意味で、目的論的解釈（論理的解釈）が常になされると考えてよい。

(a) **目的論的解釈**：立法趣旨・立法目的に従って要件事実を解釈する方法。合理的な**立法目的に適うように言葉に意味づけ**をすること。

→立法当時には予想できなかった社会情勢の変化・科学技術の発達に対して、法律の改正が追いつかないとき、法の追求する社会的利益に合わせた妥当な結論を導いて、法解釈の妥当性・合理性を確保する

(b) **文理解釈**：言葉の通常の意味に従って、そのままに理解すること。

→法律の適用を受ける一般国民が、その法文の意味内容を把握することが比較的容易であり、行動の指針を得やすい

(c) **反対解釈**：事実Aについてのみ規定がある場合に、Aに類似するが**条文には定められていない事実Bについて、その定めと反対の結論を認める**こと。

(d) **拡張解釈**：法規の**言葉の意味を拡げて解釈**すること

(e) **縮小解釈**：法規をその**一般的意味より狭く解釈**すること

(f) **類推解釈**：事実Aについてのみ規定がある場合に、Aに類似するが**条文には定められていない事実Bについて、その定めと同様の結論を認める**こと

\* 実際に解釈を行う場合、**まず文理解釈**によって解釈し、それでは一義的に決定できないときに、**立法目的を考慮した目的論的解釈**を行う。そして、その**目的論的解釈の道具として、他の解釈方法がある**といえる。

## (4) 具体例

「この橋、馬車は通るべからず」という立て札が立っていた場合、この「馬車」という文言をいかに解釈すべきか

・文理解釈→文字どおり、馬車は通行禁止である、と解釈する

・目的論的解釈→まず、この立て札の立法趣旨・立法目的を決定し、この立法目的を達成するために、文言を解釈してゆく

→たとえば、立法目的を、馬車のような重い乗り物は危険なので通行禁止としたのだと解釈した場合、自動車でも重いものはこの立て札の趣旨からすると通ってはいけないのだな、と解釈する

・反対解釈→馬車はダメだが、自動車は馬車ではないのだから通行してもよい、と解釈する

・類推解釈→馬車がダメなら、馬車でなくても牛車は同じようなものだからやはりダメなのだろう、と解釈する

## 7 論点とは何か

## (1) 論点の意味

法律の本をみるとよく出てくる「論点」とは何か、どこから論点は出てくるのか

↓

前述のように、利益が衝突する生活場面では、条文が信号機の役割を果たす

↓もともと

場合によっては条文が置かれていないことや、条文の文言からは一義的に答えが導けず、解釈が分かれる場合がある

e x. この条文の立法趣旨は何か、要件として挙げられているAという言葉の意味をどのように考えるか、等。たとえば、刑法 235 条は、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10 年以下の懲役に処する」としているが、この条文は何のためにあるのか、「財物」とは何かについて争いがある。

↓

このように、**解釈に争いがあるところ、解釈論上の問題点を論点という**

## (2) 論点の解釈

この論点を考える際には、まず、**なぜその点が問題となるのか、という「問題の所在」**をおさえることが必要

→具体的には、**条文との関係**、すなわち、その論点がどの条文のどの文言の問題なのか、条文に書いていないから問題なのかという、論点の位置づけを理解することが必要

↓つぎに

論点の背後では、必ず複数の利益が対立している

→**論点の背後で、いかなる利益が対立しているのか**を把握することが重要（これが論点を発見するコツである）

↓すなわち

条文の解釈に争いが出てくるのは、**対立する利益**のいずれを優先すべきかに争いがあるため

→論点の背後にいかなる利益の対立があるのか、それらの利益は体系上どのように位置づけられるか、という点の理解が必要

## 六 リーガルマインドの意味

これから皆さんが法律を学ぶ際に、多くの場面で「リーガルマインド」という言葉を聞くことになる。その場合の「リーガルマインド」の意味は様々である。「リーガルマインド」の多義的な意味を分析して解説する。

法律を学ぶ目的は、リーガルマインドを身につけることであると昔から言われている。この「リーガルマインド」という言葉は、法的思考様式、法的な思考方法、法的な物の考え方、法の精神等と訳されているが、その具体的な中身となると、人により異なり、使う人、使う文脈によって、いろいろの意味に使われている（**リーガルマインドの多義性**）。

そして、リーガルマインドの意味は、4つに分類することができ、その4つの場面に分けて理解することが分かりやすい。そこで、その4つの分類にしたがい、リーガルマインドが今日どのような文脈の中で使用されているかを、「リーガルマインドの全体構造」にしたがって整理しておく。

### 1 最狭義のリーガルマインド

法的三段論法における、**大前提の部分（S・法律構成の部分）**

→条文の要件を正確に理解し、1つ1つ条文の要件をつなぎあわせ、積み上げて、1つの解釈の枠組みを作り上げる技術

→この意味でのリーガルマインドは、一義的、明晰に、命題を組み立てるもの

→その論述は科学的（したがって、相手がどこがおかしいか反論することができる）になり、従って採点が可能となる

→ここが採点のほとんどであり、受験生にとって最も重要

### 2 狭義のリーガルマインド

具体的紛争の問題に対する**結論の部分（C・結論）**、妥当な結論は何かの部分であり、多くは健全な良識ある人の結論と一致することが多い

→「法は常識である」というときは、これを考えている

→一般人は、この意味で用いることが多い

### 3 広義のリーガルマインド

法的三段論法の全体

= **法律構成、小前提たる事実の確定、あてはめ、の全体のプロセス（S・F・C）**

事実の認定とあてはめがなくては、事件の解決はできない

→事例問題では採点対象になるから、受験生が必ず書かねばならない重要な部分

→もっとも、この3は1のリーガルマインドが完成してはじめて可能になることに注意

### 4 最広義のリーガルマインド

その**法的三段論法を支えている立法目的・立法趣旨を含めた全体（P・S・F・C）**

= 立法趣旨および法的三段論法

→社会の安定（目的）—法的三段論法（手段）の全体構造の理解

## &lt;リーガルマインドの全体構造&gt;

	P (哲学・価値観)	S (法律構成)	F (小前提たる事実)	C (結論)
1. 条文との関係	立法趣旨・目的	条文の要件	具体的事実	法的効果
2. 養成機関は何か	法律科目以外の諸科学、特に経済学	司法研修所の要件 事実研修 司法試験予備校の 答案作成講座 大学法学部での講 義 法科大学院	司法研修所の要件事実 研修 司法試験予備校の答案 作成講座 法科大学院	同左
3. 理論は何か	法政策論、価値判断 を含んだ法的判断	幾何学的・数学的 理論的命題の組み 立て 法概念による三段 論法の理論 L E C体系	ケーススタディ	利益衡量
4. 合格答案の要件は何か	いかなる利益といか なる利益が対立して いるのか、諸利益の 調和の視点	基本原理を起点と して、途切れるこ となく理論的に条 文の要件事実をつ なぎ合わせて組み 立てられているか	事例問題の場合、あて はめとなる事実の抽出	あてはめによる結 論
5. 用語例	～の利益と～の利益 の調和の観点から	解(釈)する、 考える、である	認める、～がある、 判定する	妥当、不当、～と なる
6. 採点対象は何か	いずれの見解(利 益)にたっても可 (減点なし)	法律構成は必須 (理論問題、事例 問題)	事例問題では小前提た る事実は必須	事例問題では結論 は必須
7. リーガル マインド の定義の 多様性		最狭義のリーガル マインド		狭義のリーガルマ インド
		広義のリーガルマインド		
		最広義のリーガルマインド		

大前提Sを小前提Fにあてはめて結論Cを得る

## 第2章 司法試験合格への道

### 第1節 はじめに

人は何ゆえに学ぶか。現在の人類は約17万年前に誕生し、自然に存在するものを狩猟・採集して生きながらえてきたが、一万年前から農耕・牧畜という生き方へ変わった。この時から自然に働きかけて人間圏という別な世界を生み出してきた。農耕・牧畜が始まった時をもって、人類は地球上に新しいパラダイムを築いたことになる。文明のスタートである。

この人間圏、文明社会の進展は、人が「学ぶ」という活動によって営まれてきた。

#### 一 学問のすすめ

福沢諭吉は、明治5年2月「学問のすすめ」の第一編を著し、そこで「天は人の上に人を作らず、人の下に人を造らずと言えり。…されども、今広くこの世界を見渡すに、賢き人あり、愚かなる人あり、貧しきもあり、富めるもあり、貴人もあり、下人もありて、その有り様雲と泥との相違あるに似たるは何ぞや。…**人学ばざれば知なし、知なきは愚人なりとあり**。…」と書き出している。

西欧に発する科学が、人の上下を画する基準としての学問となったのである。福沢先生がここに言う「学問」とは、実学を指しており、これをまず先に修養すべきことをすすめている。

#### 二 21世紀における学問の特色

皆さんが今生きている時代は、1870年代以降の福沢先生の時代（明治維新）とは異なるものの、約140年を経た今でも、皆さんは日々学び、将来に備えている。これからの時代は、**明治維新の時代と同じように大変革の端境期**にある。皆さんが大学で学んでいる（学んでいた）科目にも大きな変化が見られる。法学・哲学（政治哲学・公共哲学）の分野においては、功利主義・リベラリズム・ネオリベラリズム・リバタリアニズム・コミュニタリアニズムの変遷がある。経済学においては、すべての情報を把握した完全な知識を保有している「合理的人間像」から、不確実・不完全な知識を前提とした「非合理的人間像」を対象とする「行動経済学」への変遷があった。会計学においても、一国内の閉鎖的会計基準からグローバルな国際会計基準への適用に拡大してきた。自然科学における極微の素粒子の発見・量子力学・力の統一理論・化学物質の合成・DNA・遺伝子組み換え技術・ダークマターの発見など、その研究対象は日々激変・拡大の一途にある。

「学ばざれば人にあらず」と言うがごとき現実である。皆さんは、このような学問の頂点に登るその登山口にいる。皆さんの「学問のすすめ」への道程は、足元の一歩一歩から目もくらむばかりの頂上へ向けた、日夜たゆまぬ厳しい修練の始まりである。

#### 三 大学生にとっての学習

18歳人口120万人の中で51%を占める多くが大学へ入学する時代となった。大学へ進学する多くの学生が全員、ノーベル賞を目指すことは現実的にも能力的にも難しい。多くは平均的な中間・中

流の生活を営むことを目標としているが、グローバルな今日の複雑多岐に発展した実社会の中では、昔並みの衣食住に立脚した日常生活を営むことは困難になりつつある。

1991年の冷戦終結が日本の豊かな国民生活へ激震を与えた。戦後50年の豊かな太平の総中流社会は崩壊へと進んでおり、その傾向は2011年以降も一貫として続いているのである。生活保護受給者は200万人、完全失業者は400万人に迫り、企業内の潜在的失業者を含めれば1,000万人に上るという現実を前にして、今や日本は不透明・混迷の世情の中にある。

このような現実、これまでの学術中心の大学教育から「**職業教育**」を正課の教科課程に**組み入れた高等教育**へと変革をもたらし、大学卒業後の職場確保への対策を余儀なくされているのである。今や、大学生の過半数は希望の職種に就くことすら不可能となってきた。この現象は先進諸国共通であって、日本のみの現象ではない。ここにおいて、大学に進む諸君の中には、果敢に未来に挑戦し、自らの希望する分野・道の開拓を模索して「自己実現」に歩みだす若者が増加しつつある。

かような前途有為なる若者にとっての道はいかなるものであろうか。その一端をここに述べよう。

#### 四 学生にとっての職業教育・資格試験

人は、古来より一人では自らの生存を維持することができない。人は生まれながらに他との共生・協働のもとに生きる仕組みにある。そのような中で、**社会が必要とする専門能力の確保**こそ、21世紀における「学問のすすめ」「実学のすすめ」に他ならない。

20世紀型産業構造からの変質は冷戦終結後、既に20年も続いている。現在、多くの若者は「**知的情報産業**」「**IT産業・デジタル産業**」「**グローバル産業**」へと軸足を移し、知的サービス・IT・デジタル分野での技能・技術の習得をもって「**実務的な専門能力の確保**」を目指している。それらの技能・技術の多くは「資格試験」の中に具体化されている。そのため、資格試験の合格を目標とし、第一歩を踏み出している者が多い。

現代社会においては弁護士・検察官・裁判官などの法曹のみならず、弁理士・司法書士・公認会計士・税理士などの法律・会計の専門家、さらに、介護・福祉・保育の現場における専門資格が求められる場面が急増している。自然科学の分野においては、医学・薬学を中心に、数百に及ぶ資格試験が社会を支えているのが現実である。その意味で、「学問・実学のすすめ」は、今日では「資格のすすめ」ということができよう。

これから皆さんが学ぶ入門講座は、実務法律の分野のみならず、各種資格試験の合格にその威力を発揮する。皆さんにとって栄えある成功への第一歩となる。

#### 五 学生にとっての法律知識・専門能力・ライセンスの修得

これから皆さんに提供する入門講座こそ、法律分野を志す人々にとっての最高・最良の登竜門である。我々は、過去30年以上に渡り、わが国における多くの資格試験を今日の姿にまで成長させてきた。その実績と経験を受講生の皆さんに伝授し、予備試験合格・法科大学院入学・国家公務員試験合格等に必要不可欠な知識・技能を提供するものである。この学習の効果は、今後様々な分野において活躍する皆さんにとっては必須のリーガルマインドの体得となる。

以下、合格のための受験勉強について述べる。

## 第2節 合格のための受験勉強

### 一 合格のための勉強

勉強には、二種類がある。一つは人類が未だかつて知りえない真理・真実を探究する道である。これは正解のない永遠のプロセスであって、新たな「パラダイム」を生み出す道である。

もう一つは、正解のある世界であって、諸君が小学校・中学・高校とこれまで学習してきた教科内容が主たるものである。入門講座における勉強方法は、前者の要素と後者の要素の両方を含むものである。**資格試験は実社会における高度な専門的分野において必要とされる標準的な知識能力・応用能力を判定するもの**であって、その点において正解のある「試験」という形式を採らざるを得ないのであるが、他方において実社会という変化・変動のたゆまぬ人間活動を対象とするゆえに、年々その出題分野が変化し、その意味において正解が変遷するものである。変化する実社会を対象とする点において、正解のない未知のプロセスを含む。

#### 1 真理探究のための勉強の特色

→その分野の真理を深く追究する

→学者が一生をかけて行う研究態度が要求され、何が目的かは、あらかじめ明確になっていない

#### 2 合格のための勉強の特色

→何年後の司法試験合格という**明確な目標**を立て、これに向かって着実に前進する勉強方法

→何を達成すれば合格できるか、その**合格要件はあらかじめ明確**になっている

↓

我々は、これからあくまで合格のために勉強するのであり、真理を探究するために勉強するのではないということを確認する

↓そのためには

合格要件を最初に明確にし、その目的クリアーのために学習を行うこと

### 二 自分の目標を立てること（目標は人により異なる）

#### 1 自分なりの合格スケジュールを立てること

自分は何年目で司法試験予備試験合格・司法試験合格したいのか。何年何月の法科大学院入試を目指すのか、未修者か既修者か。国家公務員試験のどの職種を受けるか。

→個人の生活条件により異なる

→早いばかりが良いのではなく、あくまで本人の人生設計とのかかわりの中で決するもの

↓いずれにせよ

自分の目標をできるだけ早く明確化することは必要

- 2 日々の行動においては、常に具体的な目標・テーマを数値で設定すること  
全回出席を目指す、何時間視聴するか何ページ読むか決めておく、何個の論証を覚える、何問解く等  
→漠然とした勉強、目先の作業に追われた勉強ではなく、いまの勉強は何を目的にしているのかを常に意識すること

### 三 この講座の目的

- 1 その法律科目の**全体構造**を知る  
法律の概念は他の概念との相関関係の中で意味を持つ  
→その概念自体を、微視的に分析しても何も出てこない  
↓そこで  
全体構造の中での位置づけ、相関関係を知ることが大切
- 2 その法律科目を貫く**基本原則**を常に追い求めること  
→小さな問題を考えるときでも、その背後にある基本原則との関わりを追求する
- 3 **その法律科目と他の法律科目との関連**にも留意すること  
→法律全体を貫く基本原理にも注意すること
- 4 法律的な基礎知識を得る  
特に条文の趣旨、要件、効果を正確に理解すること  
→広く浅い知識ではなく、深く徹底的に基本概念を理解する  
**「100の不正確な知識より、1つの正確な理解」**
- 5 法律の勉強が楽しくなること  
→法律は暗記のみではなく、理解するものである  
↓  
**基本原理から個々の問題を考える**（法律的に考える）ことができるようになると、法律の勉強が楽しくなる

### 四 講義の聴き方

- 基本原理から推論し、論述のすじ道を学ぶ事項と、正確に暗記すべきものとの区別に注意しながら聴く  
↓そして  
論理の流れを理解すべきところは、その論理展開を把握すること  
理解すべきことを理解し、正確に覚えるべきところは、必ず覚えること  
↓そのためには  
ただぼんやりと聴いているのではなく、メモを取ったり、マーキングをしたりしながら、手と耳と目と脳を使って、講義についてゆくこと

## 五 復習の仕方

- 1 セブンサミットテキストの重要部分を丁寧に読み直して納得する  
→特に<問題の所在>と<考え方のすじ道>
- 2 必ず押さえるべき箇所は、暗記できるように工夫する  
→暗記力には個人差があるが、そのために取るべき時間は、一回の講義につき1~3時間程度
- 3 その回の部分のみならず、前回までの部分も復習する
- 4 その回の部分は、前回までのどの部分と関連しているか、その論理的つながりを重視して、常にこれらの講義との連続性に注意する
- 5 講義で学んだ内容を自分なりに表現する（アウトプットを意識した学習を心がける）

## 第3節 司法試験法

### 一 司法試験とはなにか

司法試験法では、「司法試験」いわゆる新司法試験について規定している。新司法試験は、法科大学院修了者と予備試験合格者のみが受験できる試験であり、入門講座受講生は、予備試験の合格か、又は法科大学院入学をまず目指すことになる。

司法試験法第1条（司法試験の目的等）第1項は、「司法試験は、裁判官、検察官又は弁護士になろうとする者に必要な学識及びその応用能力を有するかどうかを判定することを目的とする国家試験とする。」と規定する。

前述した法律家に必要な「学識」及び「応用能力」を判定するとある。

① 「学識」＝専門知識

条文・判例・学説

② 「応用能力」＝事例解決能力

事例分析力

法的構成員力

文章対話力

口頭対話力 ← （注）予備試験には口述試験があるが司法試験には口述試験がない

### 二 司法試験・予備試験合格法

司法試験法第4条（司法試験の受験資格等）第1項

第1号 法科大学院終了後5年以内3回受験の範囲内

第2号 司法試験予備試験合格後5年以内3回受験の範囲内

司法試験法第2条（司法試験の方法等）

第1項 短答式（択一式を含む）および論文式の筆記式

第2項 短答式による筆記試験の合格に必要な成績を得た→短答式及び筆記式の成績を総合

## 司法試験法第3条（司法試験の試験科目等）

第1項（短答式）→「専門的な法律知識」及び「法的な推論の能力」を判定

第1号 公法系（憲法及び行政法）

第2号 民事系（民法、商法及び民事訴訟法）

第3号 刑事系（刑法及び刑事訴訟法）

第2項（論文式）→「専門的な学識」並びに「法的な分析、構成及び論述の能力」を判定

第1号 公法系

第2号 民事系

第3号 刑事系

第4号 受験者のあらかじめ選択する1科目（法律選択科目）

第4項「…知識を有するかどうかの判定に偏することなく、法律に関する理論的かつ実践的な理解力、思考力、判断力等の判定に意を用いなければならない。」

## 司法試験法第5条（司法試験予備試験）

第1項（能力及び方法）

→法科大学院修了者と同等の「学識」及び「応用能力」並びに「法律に関する実務の基礎的素養」を「短答式及び論文式による筆記並びに口述の方法で」判定する

→2011年（平成23年）から実施

第2項（短答式）←受験制限なし

第1号 憲法

第2号 行政法

第3号 民法

第4号 商法

第5号 民事訴訟法

第6号 刑法

第7号 刑事訴訟法

第8号 一般教養科目

第3項（論文式）←短答式による筆記試験に合格した者について行う

第1号 短答8科目

第2号 法律実務基礎科目（法律に関する実務の基礎的素養（実務の経験により修得されるものを含む）についての科目）

第4項（口述式）←筆記試験に合格した者について行う

「法的な推論、分析及び構成に基づいて弁論する能力」を判定する

法律基礎実務科目

### 三 法科大学院入学試験合格法

「法科大学院」←前述司法試験法第4条（司法試験の受験資格等）第1号

学校教育法第99条

第1項（通常の大学院）：大学院は、學術の理論及び応用を教授研究し、その深奥をきわめ、又は高度の専門性が求められる職業を担うための深い学識及び卓越した能力を培い、文化の進展に寄与することを目的とする。

第2項（専門職大学院）：大学院のうち、學術の理論及び応用を教授研究し、高度の専門性が求められる職業を担うための深い学識及び卓越した能力を培うことを目的とするものは、専門職大学院とする。

→入学試験は大学院ごとに区々だが、①適性試験の結果は書面提出義務あり、②法律科目試験は既修者コース希望者にのみ課する

→法科大学院修了が司法試験予備試験合格と同等の能力であり（前述司法試験法第4条参照）、法学能力の高低は、次のようになる

＜司法試験関連試験で要求される法的能力＞

司法試験合格# > 司法試験予備試験合格#=法科大学院修了\* >> 既修者入学試験合格\*

#：国家試験なので画一的・統一的基準

\*：大学院ごとに区々なので非画一的・非統一的基準

### 四 国家公務員総合職の試験合格法

国家公務員の試験は、学部の4年次の5月に受験するのが通例である。マークシート形式の一次試験と、論述形式の試験及び面接試験が実施される二次試験の総合評価によって最終合格者が決まる。**法律職の場合、法科大学院修了生の受験が急増しており、一次試験の競争倍率が上がっている。**

大学生の場合、法律知識の面では法科大学院修了生に勝つことは難しいので、教養試験での確実な得点が合格の決め手となる。教養試験の出題は、数的処理・判断推理や文章理解（国語・英語）などの「**知能分野**」と、人文・社会・自然科学の「**知識分野**」に分かれる。まずは、**数的処理・判断推理の対策**から始めるとよい。これは、論理的思考力を鍛えることになるので、法律の学習にも役立つ。さらに、就職試験の書類選考で使われるSPIや、適性試験（法科大学院への志願者が受験しなければならない試験）の対策へもつながる。

国家公務員試験の制度改革によって、3年次の秋に受験可能な「**教養区分**」の試験が実施される（2012年秋から）。「**教養区分**」においては、数的処理・判断推理の出題割合が多いので、早めの対策が重要である。

# 第3章 憲法

## 第1節 憲法のかたち

### 一 憲法とは何か

1 なぜ憲法が必要なのか

法律=国家権力による強制力を伴う社会規範

↓そして

常に権力には濫用の危険が伴う

↓

この権力の濫用は人の権利や自由を侵害してしまう

↓そこで

**国家権力の濫用を抑制し国民の権利・自由を守る**ものが必要となる

↓

憲法によって**国家権力自体を制限**していく

憲法：国家権力に対する規範

↓

法律（国家権力）：国民に対して一定の行為を強制する

↓

**近代憲法とは国家権力の濫用を抑制し国民の権利・自由を守る基本法である**

To constitute is to limit.

近代⇨フランス大革命前後以降

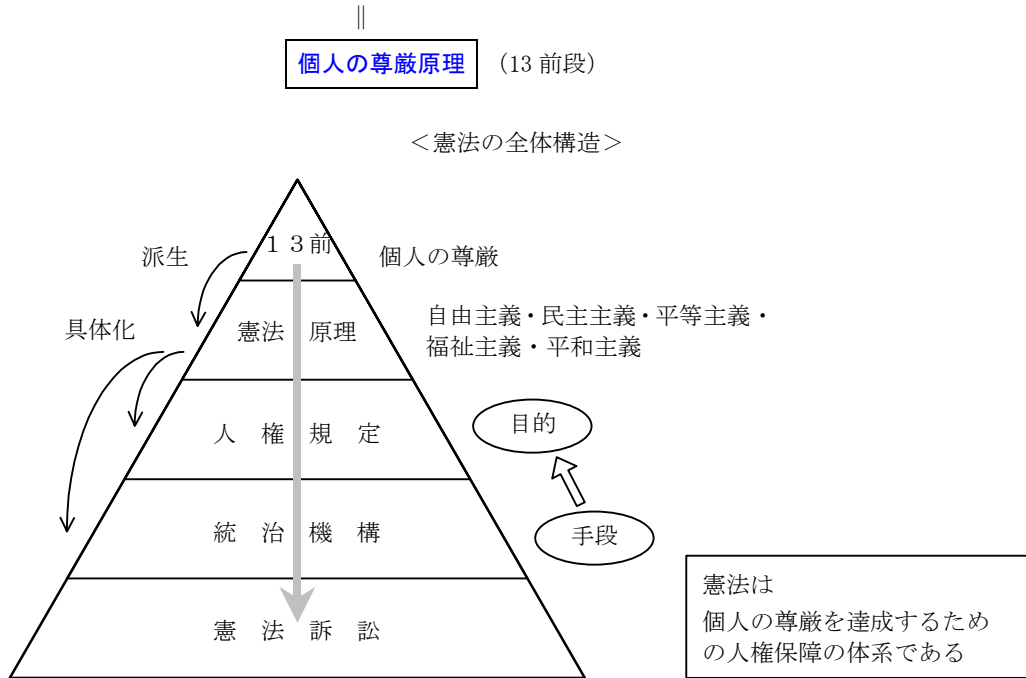
現代⇨第一次世界大戦終結前後以降

2 憲法のかたち

近代憲法の本質は「個人」に着目する点にある

憲法の根本的な考え方は「一人一人の個人を大切にすること

人は、皆、人であるが故に最高の価値を持つ



\* 憲法は個人の尊厳の理念を達成するための人権保障の体系であり、統治機構・憲法訴訟もこの人権保障のための手段（システム）である

## 二 憲法の考え方

- ① 人権保障の体系
- ② 価値相対主義（\*）と自己の立場の確立
- ③ 人権・統治・憲法訴訟

\* 価値相対主義とは、何が正しいか（真理）に関する様々な主張はすべて同等に扱うべき、という考え方である。簡単に言えば、独裁制を排除する発想である。難しい言葉で説明すると、「正しい法」についてのすべての実質的な主張は、一定の社会状態及び一定の社会秩序の条件においてのみ該当する、という命題である。いろいろな政治的・社会的確信の真理の内容は科学的・一義的に定めることは不可能であるので、すべての確信を同等に取り扱うべきことを主張する。この考え方は、多数決制度、民主主義に流れ込む、価値相対主義は民主的な国家を要求する。

## 第2節 基本的人権の保障

### 一 基本的人権総説

憲法は人権保障の体系である

日本国憲法の予定している人権保障のあり方

- ① **誰の**→人権享有主体  
論点 外国人、天皇、法人、公務員
- ② **どのような人権を**→人権の内容  
論点 自由権の内容、社会権の内容、新しい人権の肯否
- ③ **誰に対する関係で**→国家権力  
論点 私人による人権侵害はどうか
- ④ **どの程度保障するのか**→「公共の福祉」に反しない限り
- ⑤ **いかにして実現していくのか**→**裁判所の審査基準論**と憲法訴訟上の問題点

### 二 人権の種類（審査基準論に関連）

#### 1 包括的基本権（13 後段、14）

(1) 13 条→①幸福追求権という具体的な権利を保障

②憲法の明文で規定されていない人権を包括的に保障

→いわゆる「新しい人権」を保障する

e x. プライバシー権、肖像権、名誉権

<13 条>

18、19、20、21、22、23、29 等

(2) 14 条→平等権、平等原則

2 消極的権利=国家からの自由、自由権

国民が国家から干渉されたり、義務づけられたりすることを排除する権利

(1) 精神的自由権

19条・思想および良心の自由、20条・信教の自由、21条・集会・結社・表現の自由および通信の秘密、23条・学問の自由

(2) 経済的自由権

22条・居住・移転・職業選択の自由、29条・財産権

(3) 人身の自由

18条・奴隷的拘束および苦役からの自由、31条・法定手続の保障、33~39条・人身の自由

3 積極的権利

国家の積極的な活動を国民が請求する権利

(1) 受益権

17条・国等の賠償責任、32条・裁判を受ける権利、40条・刑事補償

(2) 社会権→国家による自由

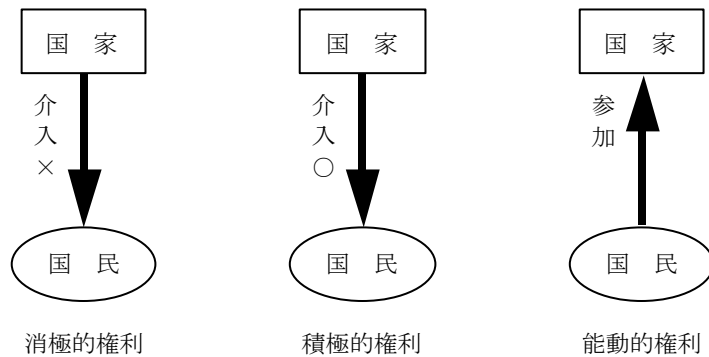
25条・生存権、26条・教育を受ける権利、27条・勤労の権利等、28条・労働基本権

4 能動的権利

国政に参加する権利

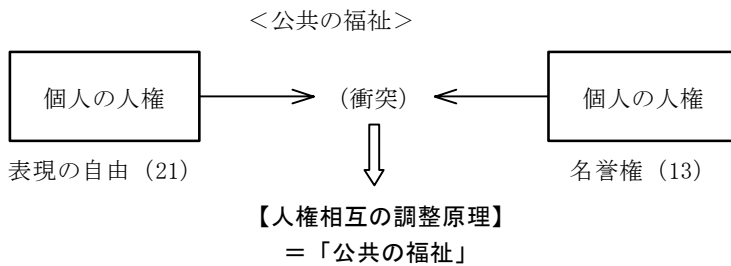
15条・普通選挙の保障等、16条・請願権

<人権の種類>

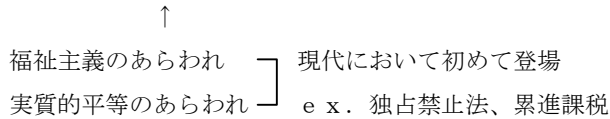
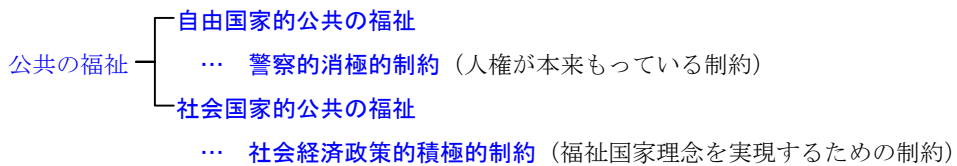


### 三 人権保障の限界（「公共の福祉」）

#### 1 公共の福祉

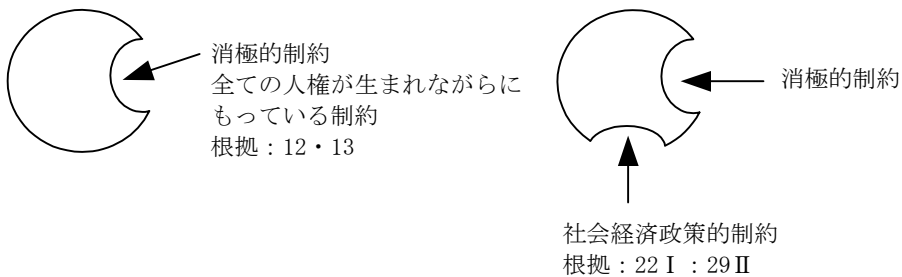


#### 2 公共の福祉の内容



→資本主義経済下の自由競争の弊害の除去という目的で登場した制約であるから、特に**経済的自由の制約**として認められる（22 I、29 II）

#### ＜消極的制約と社会経済政策的制約＞



## 第3節 統治のしくみの根本

### 一 権力分立

#### 1 意義

立法・行政・司法の各権力作用を分離・独立させて、それぞれ異なる機関に担当させて、互いに他を抑制し、均衡を保ち、それによって権力の濫用を防止して、国民の自由を確保するための制度

#### 2 特徴

- ① 自由主義的
- ② 消極的
- ③ 懐疑的
- ④ 政治的中立性

#### 3 類型

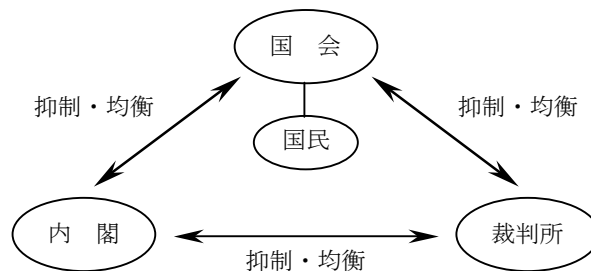
- ① 議会中心型（ヨーロッパ型）
- ② 三権対等型（アメリカ型）

#### 4 権力分立の現代の変容

→人権保障のあり方が現代において変わってきていることから、権力分立のあり方も現代において変わってきている

e x. 行政国家、司法国家、議院内閣制

<権力分立の全体像>



## 二 国民主権

### 1 主権の意味

- ① 国家権力の最高独立性
- ② 国政の最終決定権
- ③ 統治権

### 2 国民主権の意義

国政の最終決定権を天皇を除く全国民が有するという原理

### 3 国政の最終決定権の意義＝「国民主権」の意義

- ① 国家権力の行使を正当化する究極の根拠(権威) (正当性の契機)
- ② 国の政治のあり方を最終的に決定する権力(力) (権力的契機)

いずれを強調するかにより争いあり

## 三 代表制

### 1 間接民主制

日本国憲法は、間接民主制を原則とする(前文1段、43I)

- 理由
- ① 少数者の人権保障を目的とした立憲民主主義だから
  - ② 実質的な討論を確保するため
  - ③ 国民の判断能力
  - ④ 直接民主主義による独裁化の危険

### 2 直接民主制の採用の可否

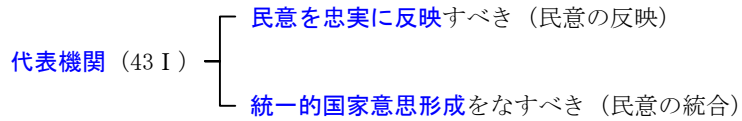
→憲法で定められている直接民主制的な制度以外は採用できない(通説)

\* 憲法が定めたもの

- ① 最高裁判所裁判官の国民審査(79II)
- ② 地方特別法の住民投票(95)
- ③ 憲法改正の国民投票(96)

## 第4節 国会（中央政治機関①）

### 一 国会の役割



→民意の反映と民意の統合は、場合によっては抵触することがあり、この両者をいかに調和するかが国会についての大きなテーマとなる

### 二 唯一の立法機関性（41）

#### 1 内容

- ① 国会だけが立法を行うことができる（国会中心立法）
- ② 国会だけで立法を行うことができる（国会単独立法）

#### 2 趣旨

- ① **自由主義**：国民の権利義務を制限する法律の制定権を、国民代表機関たる国会に独占させ、行政権による人権侵害を防止
- ② **民主主義**：国民代表機関が法規範の定立を独占することで、国民の直接的コントロールが及ばない国家機関が国民に不当な拘束を加えることを防止

### 三 国会の権能

- ① 法律の制定
- ② 条約締結の承認
- ③ 予算案の承認

その他

---

## 第5節 内閣（中央政治機関②）

### 一 内閣の地位

国会の信任に依拠して存在する機関にして、行政権を担当する合議的機関

→国会に対して責任を負う（66Ⅲ）

行政権を担当する（65）

### 二 議院内閣制

#### 1 意義

権力分立の要請に基づき、行政権と立法権を一応分離した後、さらに民主主義の要請に基づいて、行政権を民主的にコントロールするために設けられた制度

→根拠条文：66Ⅲ、67、68、69、70

#### 2 本質

責任本質説

→議会と内閣が一応分離し、内閣が議会の信任に基づいて成立・存続し、かつ、議会に対して連帯して責任を負う制度

---

## 第6節 地方自治（地方政治）

### 一 存在理由

- ① 自由主義的意義：中央政府の権力を抑制
- ② 民主主義的意義：中央レベルの議会制民主主義を補完

### 二 「地方自治の本旨」（92）

- ① **団体自治**：国政から独立した地方公共団体が自己責任において事務を処理する権限を有すること（自由主義的）
  - ② **住民自治**：地方公共団体の意思形成に住民が参加すること（民主主義的）
-

## 第7節 裁判所（法原理機関）

### 一 裁判所の役割

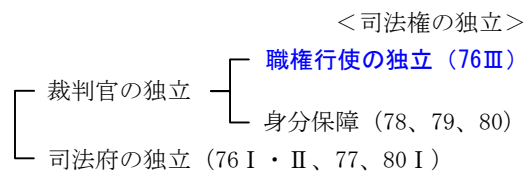
- 1 法の客観的意味をさぐり、**法秩序・法原理の維持・貫徹**を図ることを期待されている受動的機関（76 I）
- 2 **法の支配の担い手**として**合憲性の統制機関（憲法適合性の最終判断権者）**（81）

### 二 「司法権」（76 I）の概念

具体的な権利義務に関する争いについて、法を解釈・適用することによってその紛争を解決する国家作用

### 三 司法権の独立

裁判所は、裁判の公正を維持して国民の信頼を得るために、**他の国家権力、特に政治部門から独立**していなければならない



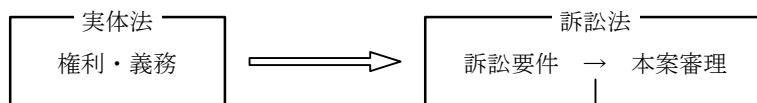
### 四 違憲審査権

最高裁判所は、**人権保障の最後の砦**として、法律や処分が憲法に適合しているか否かを判断する終審裁判所である（81）

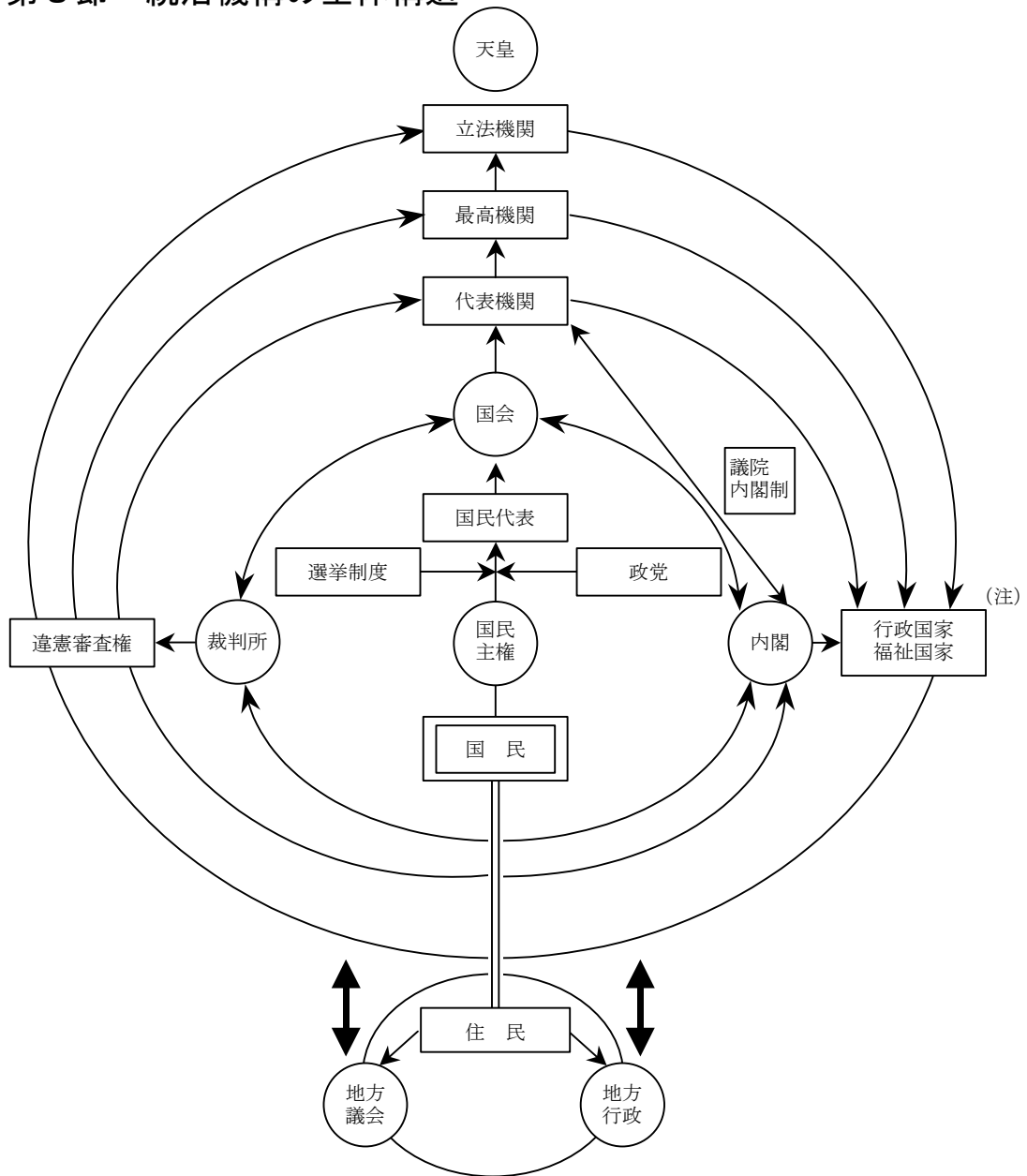
→自由主義に奉仕する

### 五 手続法としての憲法訴訟

＜実体法と訴訟法＞



## 第8節 統治機構の全体構造



注) 冷戦終結後の世界の権力構造が変化したため、行政国家論・福祉国家論は新たな修正を迫られている。世界が総資本主義化し、社会主義国家の凋落により、新保守主義・新自由主義の台頭にあわせ、再構成が急がれている。

わが国においては特に「成功した社会主義国家」として対外的に認められていることから見て、特に行政国家論・福祉国家論の修正が急がれる。小泉構造改革内閣の政策、小さな政府・公共投資の縮小・規制撤廃・構造改革特区法・市場化テスト法・官邸主導の政治・官邸機能の強化・マニフェストによる政権構想（中央のみならず自治体においても急速に普及している）・地方分権・地方活性化などにより、1980年代までの政治手法（利益再分配政治）は、本質的に変わりつつある。

---

## 第4章 民法

### 第1節 民法の学び方

- 1 民法の全体のかたち（**全体構造**）をつかむことを目標にすること  
→細かい議論に惑わされないこと
- 2 条文を大切にす→何度も条文をひくこと  
議論が**どの条文のどの文言から発しているのか**を意識すること
- 3 条文の解釈の仕方を学ぶこと  
→その条文はどのような**立法趣旨、基本原理**の下にあるかを理解すること
- 4 復習に努める  
→その際、**他の概念、条文との関係**に注意すること

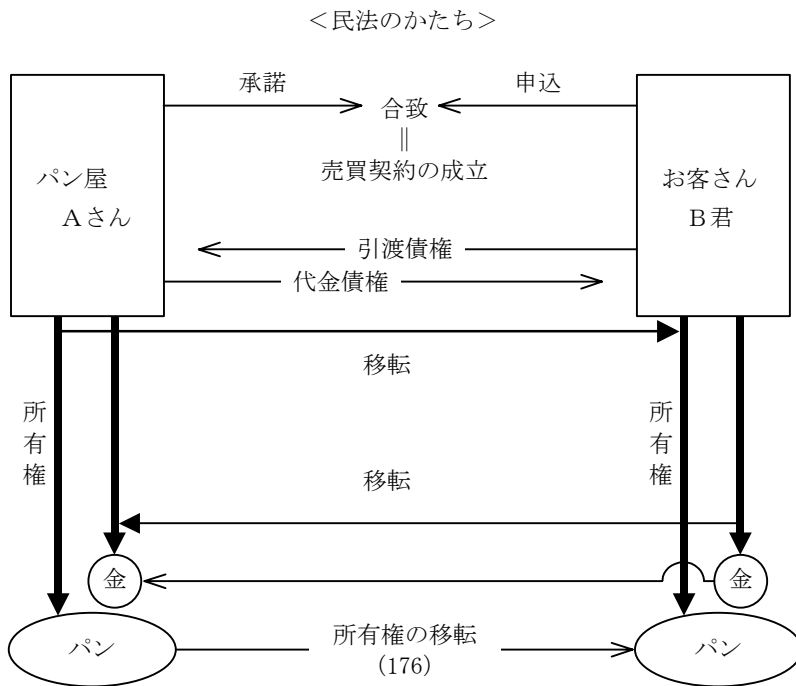
### 第2節 民法とは何か

- 1 私法と公法  
→民法は市民相互の関係を定めるものであり、**私法**である
- 2 一般法と特別法  
→民法は**私法の一般法**→特別法が優先する  
cf. 特別規定が一般規定に優先する  
e x. 借地借家法、商法、会社法
- 3 実体法と訴訟法  
→民法は権利義務の発生・変更・消滅の要件・効果を定めたものであり、**実体法**である

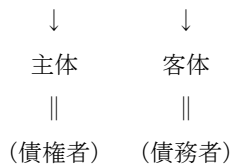
**民法とは、民事実体法中の一般法である。**

---

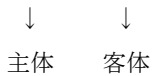
### 第3節 民法のかたち



1 債権=ある人 が ある人 に対して何かしてくれと請求する権利



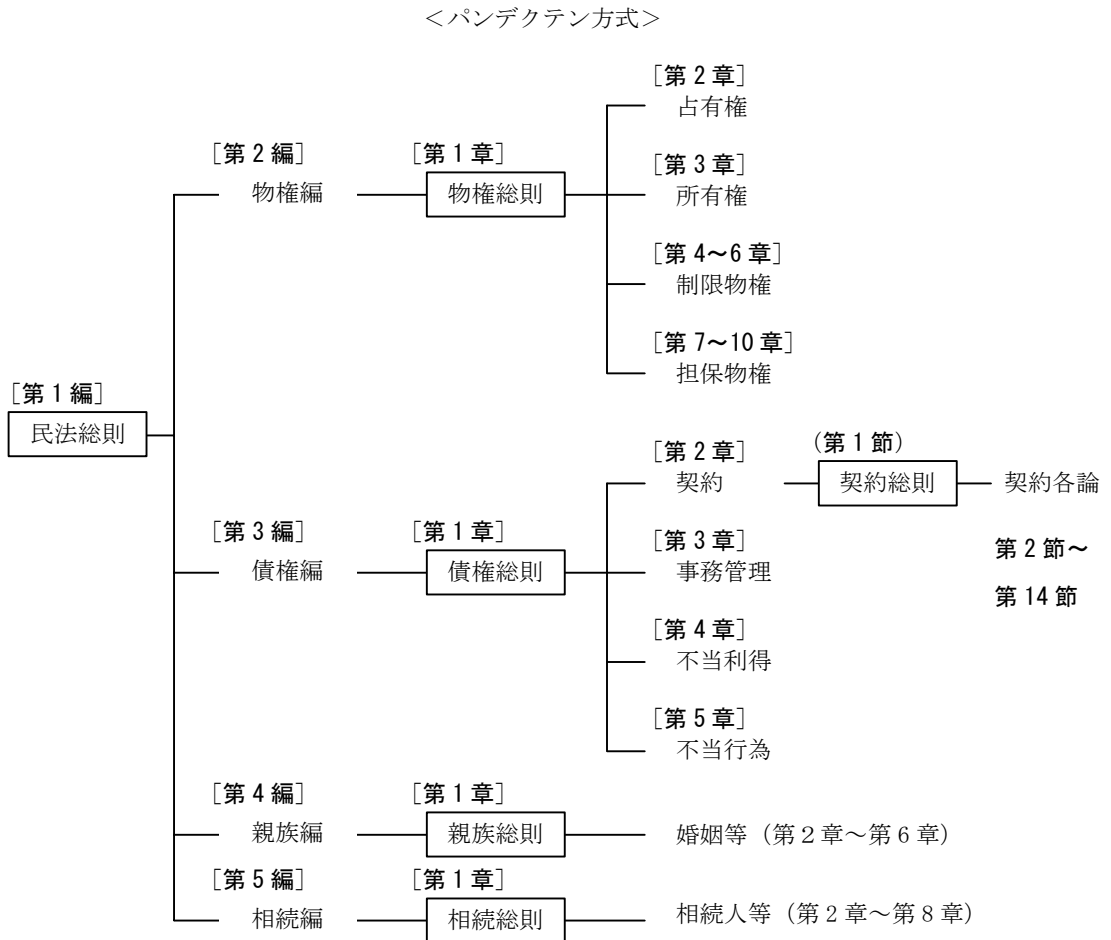
2 物権=人 が 物 を支配する権利 (物に対する支配権)





## 第4節 民法の構成（体系）

### 一 民法典の構造（パンデクテン方式）



## 二 民法の学び方

### 1 一般的な民法の学び方

→ 条文の順番で考える（パンデクテン方式）

→ 因数分解方式

$$a b + a c + a d = \underline{a} (b + c + d)$$

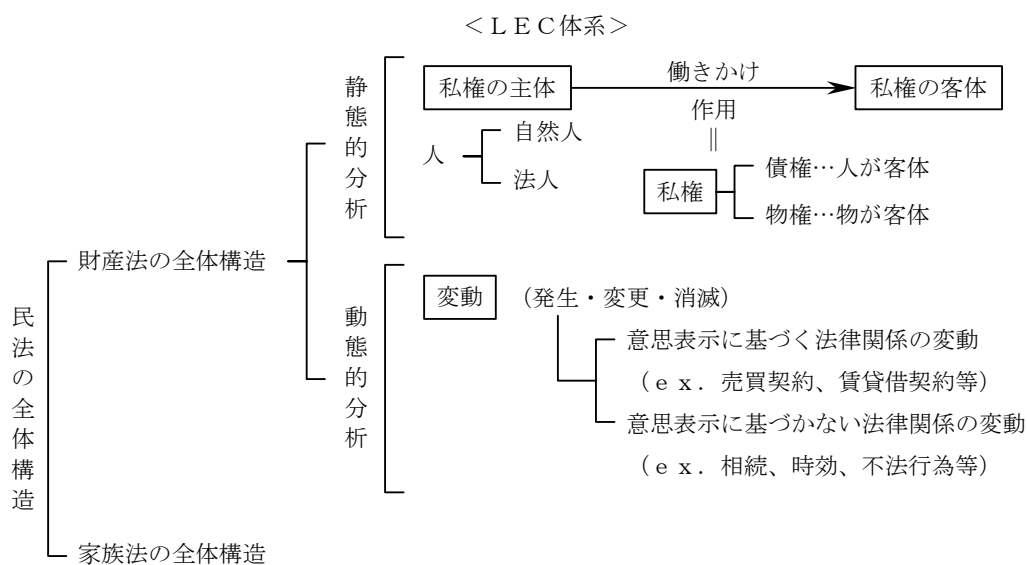
売買契約 + 賃貸借契約 + 消費貸借契約 = 契約（売買 + 賃貸借 + 消費貸借）

↓

契約総則等の共通項（条文）

## 2 LEC体系による民法の学び方

→実践的 (=法科大学院の要件事実教育に直結) ・動的体系→短期合格に連結した体系



## 第5節 民法の指導原理

封建社会では、人も物も同様に権利の客体とされ、一部の絶対的権力者の支配の下にあった

↓

市民社会の時代になると、人と物とが峻別され、人はすべからず権利の主体として、平等に権利能力が与えられるようになった

→**権利能力平等の原則**

↓

物は依然として権利の客体にとどまり、人による支配に属する

→**所有権絶対の原則**

↓

人と物との峻別がなされた後、人間相互の関係について、個人の尊重の見地から、個人の意思を中心に規律されるようになる

→**私的自治の原則** (人は**自らの意思に基づいてのみ拘束される**という原則)

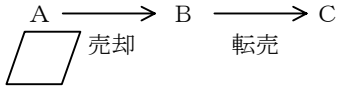
↓

民法の指導原理は、次の3つよりなる

- ① **権利能力平等の原則**
- ② **所有権絶対の原則**
- ③ **私的自治の原則**

## 第6節 民法の基本的対立利益

<動的安全と静的安全との調和>



- ・ AはBの詐欺を理由にBとの売買契約を取り消す（96 I）  
→Aは土地を取り戻したい
- ・ Cはこの土地がBのものと信じて買い受けた  
→Cは土地を取得したい

### 動的安全と静的安全との調和

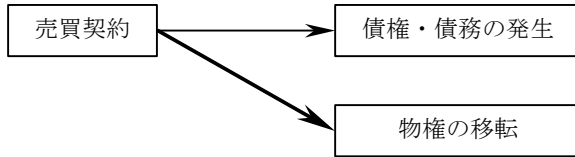
- ・ **動的安全の保護（取引の安全の保護）**  
→権利を取得しようと考えている方（C）を保護する考え方（→Cの私的自治）  
取引によって権利が動くようにというベクトル
- ・ **静的安全の保護**  
→権利を失わないように、もとの権利者（A）を保護する考え方（→Aの私的自治）  
取引によって権利が動かないようにというベクトル

## 第7節 契約の成立から効力発生まで

### 一 意思表示に基づく法律関係

- ・ 売買契約を中心に考える : 債権・債務の発生  
物権の変動 } 両方が問題になる

< 売買契約の効果 >



どのようなときに有効に債権の発生、物権の移転という効果が生じるのだろうか



契約の当事者が納得し、その契約が法的保護に値するとき  
より正確に分析すると

- ① 契約の成立要件をみたし
- ② 契約の有効要件をみたし
- ③ 契約の効果帰属要件をみたし ← 代理人を使った場合
- ④ 契約の効力発生要件をみたしたとき ← 条件・期限が付されている場合

**有効** : 法的保護に値すること

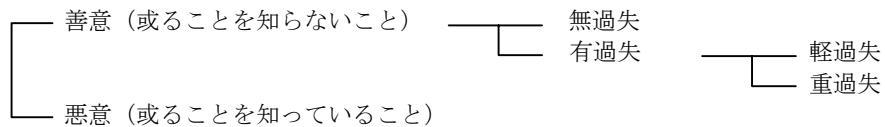
(法律上、その契約を強制できること)

**無効** : 法的保護に値しないこと (← 契約は成立している)

(法律上、その契約を強制できないこと)

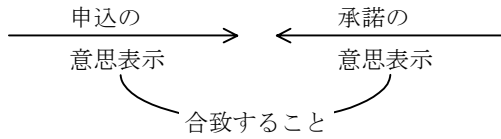
**取消** : 取り消すまでは有効だ (一応法的保護に値する) が、取り消されると初めに遡って無効になる (法的保護に値しないものとする) こと

\* **動的安全の保護のための第三者保護規定**の関連用語 (ex. 96Ⅲ)



## 二 契約の成立要件

<申込と承諾の合致>



→何が（どの点で）合致すればいいのか

↓

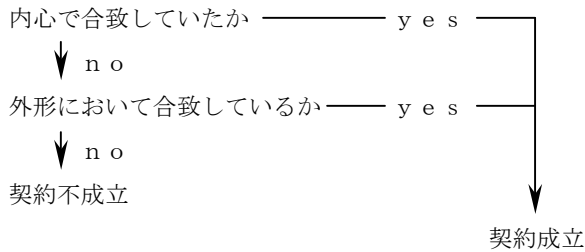
- 両方必要
- ① 契約の客観的内容において一致すること（客観的合致）
  - ② 相手方の意思表示と結合して契約を成立させようとしているという点で合致すること（主観的合致）

↓

どのように合致すればよいか

- ・常に内心において（意思において）合致する必要があるとする立場＝意思主義
- ・当事者の表示行為（客観的に表示されたところ）が外形的に合致すれば足りるとする立場＝表示主義

表示主義で考えた場合



契約の成立要件＝相対立する意思表示が客観面と主観面とにおいて、外形的に合致すること

### 三 契約の有効要件

#### 1 客観的有効要件：契約内容に着目

- (1) **確定可能性**があること←契約内容（5W1H）をはっきりさせる  
e x. 何か売ってくれ
- (2) **実現可能性**があること←人のできることを秩序として守るから  
e x. 月を売ってくれ
- (3) **適法**であること←法の助力がふさわしくない  
e x. 覚醒剤を売ってくれ
- (4) **社会的に妥当**であること（90）←社会正義  
e x. 愛人契約  
→(1)~(4)の要件の1つでもみたされないと契約は無効

#### 2 主観的有効要件：当事者の主観的事情に着目

→意思主義=個人主義の尊重される社会の基本ルール

- (1) 当事者が**一定の能力**を備えていること
  - (a) **権利能力**があること→なければ無効
  - (b) **意思能力**があること→なければ無効  
→個別的看着てゆく  
e x. 酩酊状態・重度の精神病
  - (c) **行為能力**が制限されていないこと→制限されていると取消しうる  
→一般的看着てゆく（画一的に処理）

e x. 未成年者（5）	}	制限行為能力者
成年被後見人（9）		
被保佐人（13）		
被補助人（17）		

(2) 意思表示の過程に問題がないこと

(a) 表意者の意思と表示に不一致 (意思の不存在) がないこと

イ 心裡留保 (93)

- ・ 不一致を表意者が知っている  
→原則：有効 (93 本文)
- ・ 相手方が悪意または善意有過失の場合  
→例外：無効 (93 但書)

ロ 通謀虚偽表示 (94)

- ・ 不一致を表意者が知っている + 通謀あり → 原則：無効 (94 I)
- ・ 但し、善意の第三者に対しては無効の主張ができない (94 II)

ハ 錯誤 (95)

- ・ 不一致を表意者が知らない → 原則：無効 (95 本文)
- ・ 但し、表意者に重過失ある場合 → 例外：無効主張できない (95 但書)

(b) 瑕疵 (かし) ある意思表示 でないこと

イ 詐欺 (96 I) → 取消しうる

但し、善意の第三者に対しては取消を主張できない (96 III)

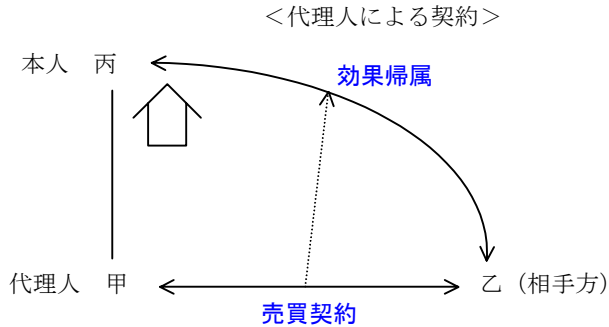
ロ 強迫 (96) → 取消しうる

- [            : 意思主義的規定 → 静的安全を重視  
              : 表示主義的規定 → 取引の安全を重視

## 四 契約の効果帰属要件

→他人を利用して契約をする場合などに問題になる

e x. 丙が自己の所有する家屋を甲を代理人として乙に売却した



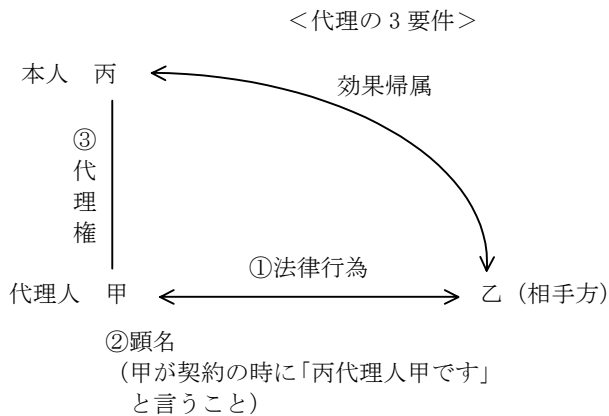
甲乙間の売買契約の法律効果が、一定の要件を満たすと丙乙間に帰属する

↓

このときの中核的要件が効果帰属要件

この3つの要件をすべて満たしたとき、甲乙間の売買契約が丙乙間に効果帰属する

- ① 甲乙間の契約
- ② 甲の**顕名** (本人丙のために契約をするという旨の表示)  
→自分が代理人であることを示す
- ③ **甲に代理権があること** ←中核的要件



\* ①②は満たしているが、③がない場合 (代理人として契約をしているが代理権がない場合)  
= **無権代理** (113) (本人丙に効果帰属しない)

↓但し

相手方乙が甲に代理権があると信じてしまった場合、一定の要件の下で本人丙に効果帰属させてしまうことがある

= **表見代理** (109、110、112)

## 五 契約の効力発生要件

- 条件（将来の成否不確実な事実にかからせるもの）
  - 停止条件（法律行為の効力の発生に関する条件）
  - 解除条件（効力の消滅に関する条件）
- 期限（将来到来することが確実な事実にかからせるもの）
  - 確定期限（到来する時期が確定しているもの）
  - 不確定期限（到来することは確実であるがその時期が不確定なもの）

この要件を充たして、はじめて現実に相手方に請求できる

---

## 第8節 債権

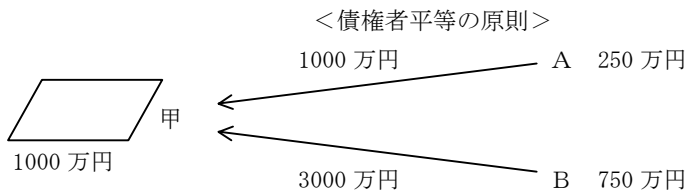
### 一 債権の効力

債権とは特定人から特定人に対して一定の財産上の行為を請求する権利  
→ 直接性なし、ゆえに 排他性もない (物権との違い)

↓  
相手方の意思を  
待って実現するから

↓  
優先的効力なし

- ・ 同一内容の債権が併存しうる
- ・ 各債権は平等 → <債権者平等の原則>



#### 債権者平等の原則

債権の成立した順番や金額に関係なく  
債権額の割合に応じて平等に分配

仮に甲が、土地以外の財産がなく、債務の支払ができなくなった場合

↓  
土地を強制執行して売払い、その代金からA Bに分配する

↓  
債権には優先的効力がないので各債権者A、Bは自分の債権額の割合に応じて、平等に分配を受ける

||  
債権者平等の原則

## 二 債権の消滅

### 1 正常な取引の場合

当事者双方が契約どおりに履行すること

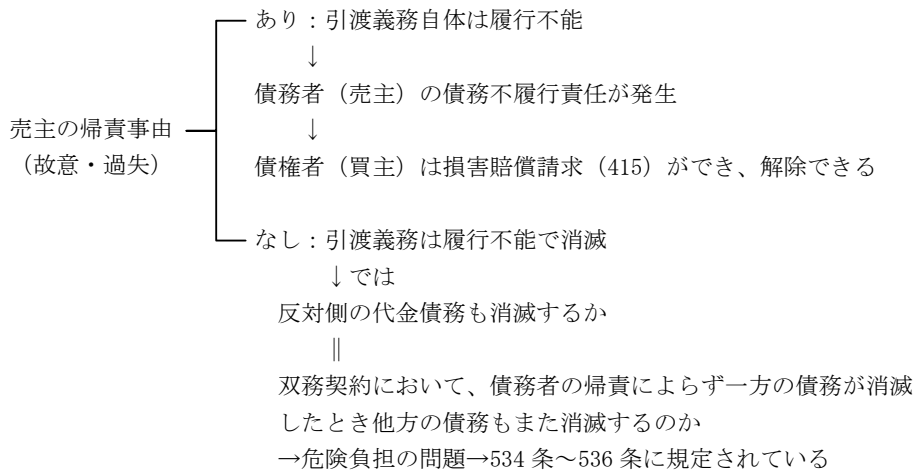
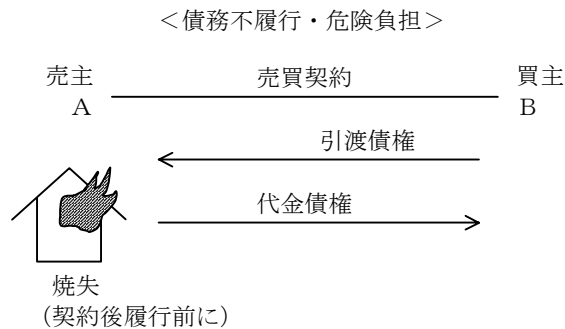
e x. 弁済によって消滅する

### 2 問題が生じた場合

当事者が約束通り履行しない（できない）とき

- ・約束より遅れて履行した→**履行遅滞**
- ・約束通りの履行が不可能になった→**履行不能**
- ・履行した物に欠陥があった→**不完全履行**

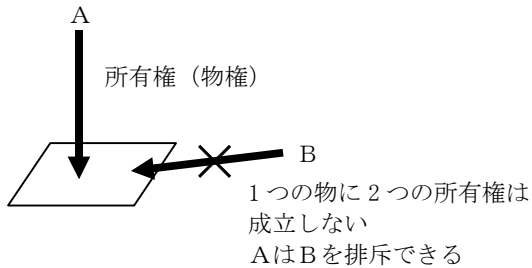
e x. 保管中にその目的物がすべて焼失してしまい、履行不能になった場合  
→**債務不履行・危険負担の問題が生じる**



## 第9節 物権

### 一 物権の性質

<物権の排他性>



物権：物に対する支配権

- ・物を**直接的に支配**できる→**直接性**（他人の意思にかかわらず）
  - ・物を**排他的に支配**できる→**排他性**（同じ内容の物権を排斥できる）
- =1つの物の上には同じ内容の物権は1つしか存在しえない

\* **物権とは物に対する直接的・排他的支配権である。**

但し、排他性に関しては**公示の原則**がある

→本来、物権を有していれば排他性がある

↓しかし

取引の安全から修正

物権	+	公示	→	排他性
----	---	----	---	-----

公示の原則

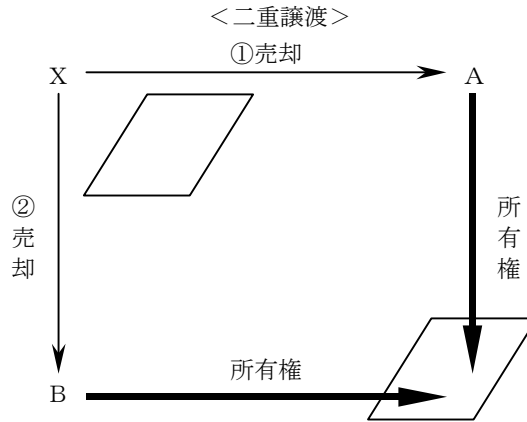
公示の原則→物権の**排他性は公示を具備して初めて生じる**という考え方

公示	┌	不動産→登記が必要（177）
		動産 →引渡が必要（178）

## 二 物権の効力

### 1 優先的効力

#### (1) 物権相互間

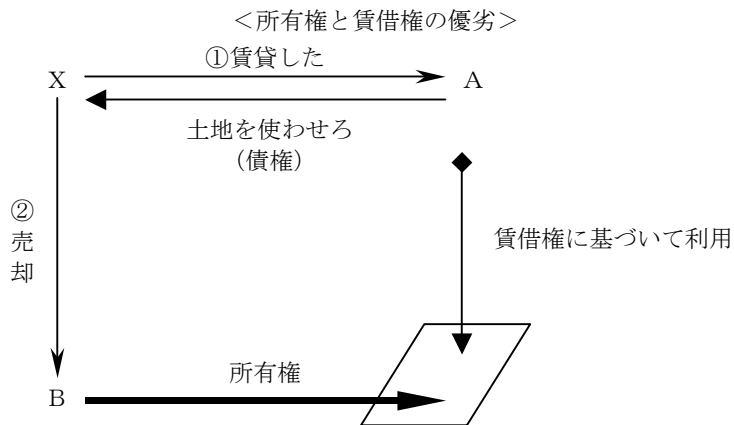


Aは登記（公示）を具備しないかぎりBに対して完全な所有権を主張できない（排他性がない）

↓

A B間においては先に登記（公示）を具備した方が優先する

#### (2) 債権に対する優先的効力



どちらを優先すべきか

↓

原則として物権を優先する

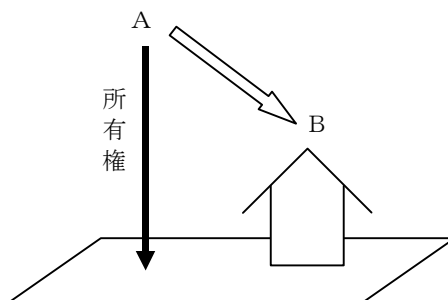
「売買は賃貸借を破る」（例外；605、借地借家法10）

### 物権の優先的効力 まとめ

物権相互間→先に公示を備えた物権が優先する  
債権に対する優先的効力→原則として物権が優先する（例外；605、借地借家法 10）

## 2 物権的請求権（物上請求権）

<物権的請求権が登場する場面>



\* 物権にもとづき人に対して一定の請求をする権利を認めた（物権的請求権・物上請求権）。

∴ 社会秩序維持のために自力救済が禁止されている民法の下で、物権の直接支配性を全うするため。

## 三 物権の客体としての物の要件

物とは、有体物をいう（85）

しかし、物権の客体としては、有体物に限られない（e x. 債権質）

- ①**特定性**：特定していること
- ②**独立性**：物の一部は客体とならない
- ③**単一性**：独立の物の集合（集合物）を所有権の客体とすることはできない

②③をあわせて**一物一権主義**という

## 四 物権変動

売買契約による所有権の移転

意思表示のみによって物権が変動する＝所有権が移転する（176）

∥

**意思主義** ⇔ 形式主義（効力要件主義：何らかの形式を備えることを物権変動の要件とする立場）

↓ これを前提

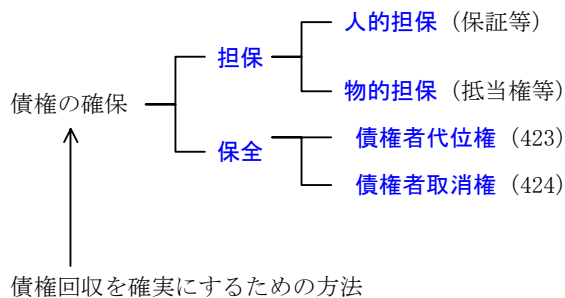
この物権変動を第三者に主張するには（排他性を備えるには）、公示（対抗要件）が必要

→ 公示の原則

∥

**対抗要件主義** { 不動産は登記（177）  
動産は引渡（178）

## 第10節 債権の担保と保全



## 第11節 意思表示に基づかない法律関係

人と人との間に生まれる法律関係は、意思表示（そのほとんどが契約である）に基づくものである。しかし、それ以外で、法律が定めている場合もある。その主なものを次に挙げる。

- ① 事務管理（697～702）＊
- ② 不当利得（703～708）＊
- ③ 不法行為（709～724）＊
- ④ 法定相続（896）
- ⑤ 時効（144～174の2）

等々。他にも無権代理人の責任（＊）などが多数ある。

これらを法定債権という（物権の場合は法定物権）。これらのうち、②不当利得は最後に適用される。不当利得が適用されるのは「法律上の原因」がない場合であるところ、不法行為・法定相続・時効などは、いずれも「法律上の原因」に該当するからである。

## 第5章 商法

### 第1節 商法とは何か

#### 一 商法とは何か

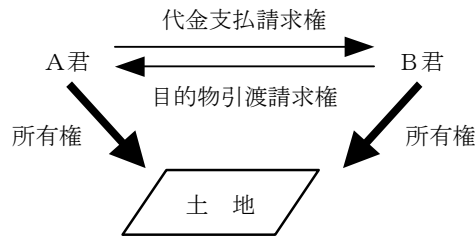
商法とは、民事実体法の中の特別法である。

民事実体法は、①誰の（私権の主体）、②誰（何）に対する（私権の客体）、③どんな権利が（私権の種類・効力）、④どうなったか（私権の変動（法律効果）と私権の変動原因（法律要件））、を定めている。

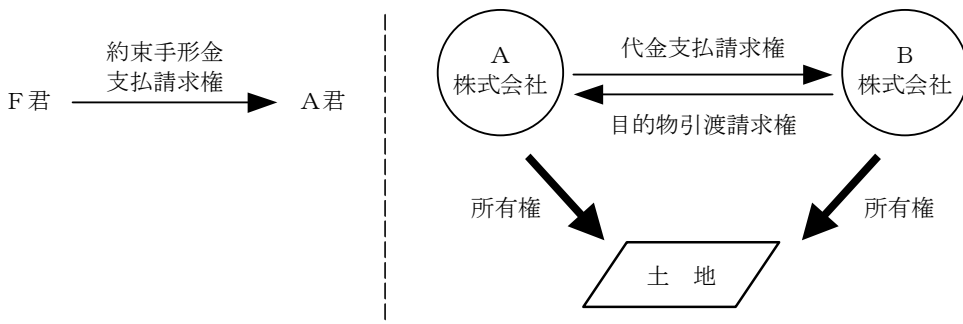
私権の主体は自然人と法人である。私権の客体は、債権の場合は自然人と法人であり（債権の客体＝義務の主体）、物権の場合は物である。私権の種類はたくさんあるが、債権と物権が二大財産権である。私権の変動（法律効果）は、私権の発生・変更・消滅であり、私権の変動原因（法律要件）は、大別して、意思表示に基づくものと、意思表示に基づかないものである。

<民事実体法の民法と商法>

(民法の場合)



(商法の場合)

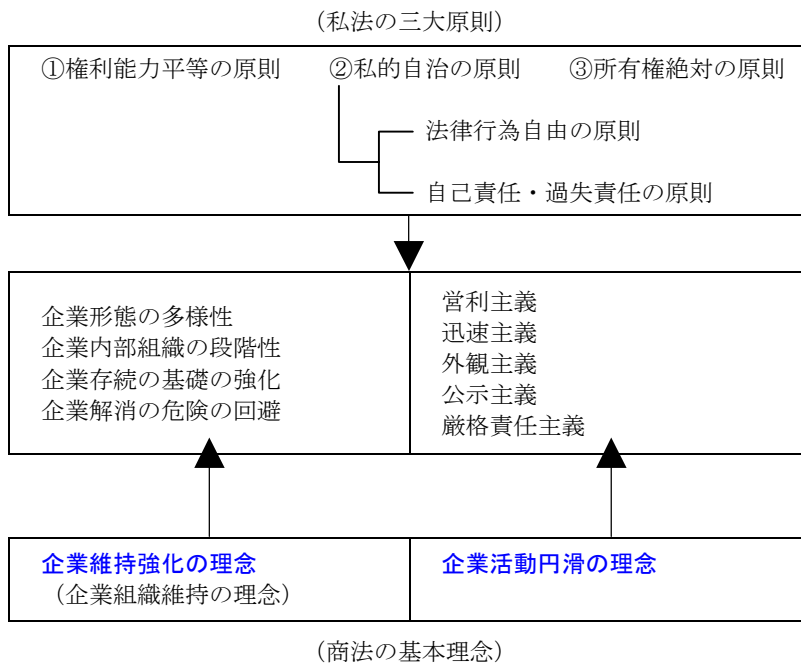


## 二 商法の特殊性

では、なぜ、商法という特別法があるのだろうか。

商いは、損をしないようにしながら（収支適合）、儲けていくものである（**営利性**）。そのためには、商品（物に限らず、人の欲望を充たすあらゆるもの）を、大量に、反復的・継続的に、迅速に取引していかなければならない。そのような商取引を規律するためには、**民法の指導原理（①権利能力平等の原則、②所有権絶対の原則、③私的自治の原則）に修正を加えた指導原理の特別法**が必要なのである。

### < 商法の指導原理 >



## ＜民法と商法の異同＞

	指導原理	民法	商法
権利・義務の主体	権利能力平等	1 自然人 2 権利能力なき社団 3 法人	1 商人 2 設立中の会社 3 営利社団法人（会社）
権利客体の	所有権絶対	1 物 2 精神的産物 3 物権 4 債権 5 企業（営業）	同左（5を特に新たに学習する）
法律行為	私的自治 契約自由 社団設立自由 自己責任主義 過失責任主義	1 単独行為、契約、合同行為、決議 2 成立要件 客観的合致 主観的合致 3 有効要件 客観的有効要件 主観的有効要件 4 効果帰属要件 代理権・代表権等 5 効力発生要件 条件・期限 6 契約の履行・不履行	同左（単独行為、合同行為、決議を特に新たに学習する）
法律関係に基づかない意思表示	公平の原理	1 占有訴権 2 法定物権 3 添付 4 時効 5 相続 6 法定債権 7 事務管理 8 不法行為 9 不当利得	同左（6が多い）

## 第2節 商法の構成（体系）

## 一 法典の構造（パンデクテン方式）

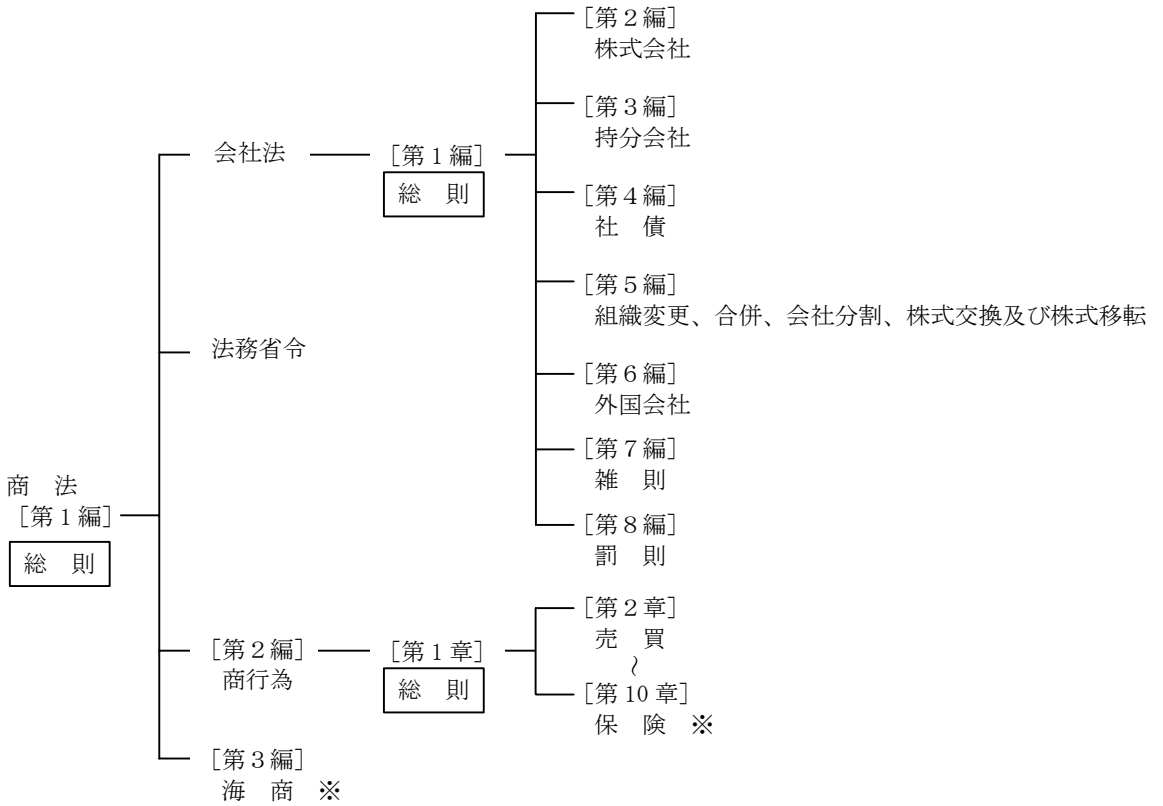
司法試験の商法の学習対象となる法典は、商法典の大部分と、手形法、小切手法、会社法及び会社にかかわるいくつかの特別法である。

商法典の総則編（第一編）と商行為編（第二編）は、「商人」・「商行為」という概念によって、民法に対して商法を優先適用すべき事実の範囲を画している。また、総則編の中には、商法独自の制度である「商業登記」・「商号」や、民法の代理の応用である「支配人」という規定がある。さらに、商行為編では、民法に定めのないいくつかの特別な契約類型や、売買等の要件・効果の全般にまたがる民法の特則を規定している。

会社法は、会社全般についての総則と、株式会社、持分会社（合名会社・合資会社・合同会社）、外国会社という各種の会社の制度を規定している。

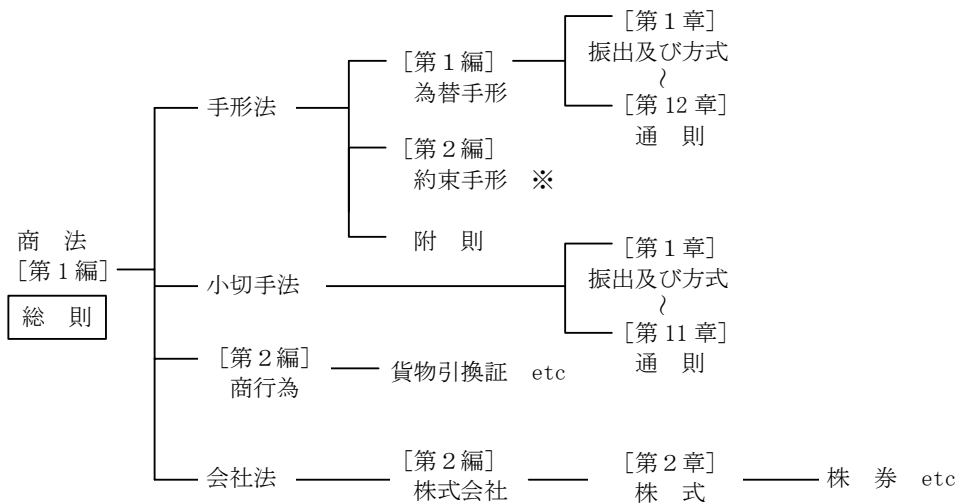
手形法は為替手形・約束手形の制度を規定し、小切手法は小切手の制度を規定している。

<商法典および会社法の構造>



※法令により、司法試験の範囲外とされている。

<商法典、手形法・小切手法および会社法の構造>

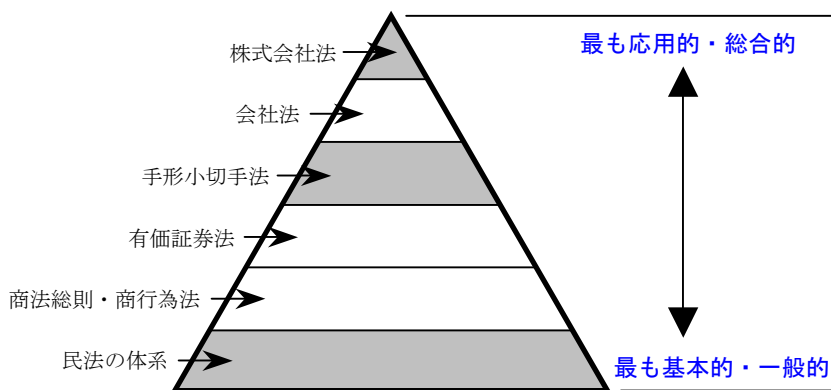


※ ほとんど為替手形の規定を準用している

## 二 LEC体系による商法の学び方

商法の学習領域は、民法の学習領域と、どのような関係にあるだろうか。民法のLEC体系のどの点を特殊に検討するかを知っておくことによって、**民法の理解に商法の理解を重ねるという、効率的な学習をすることができる。**

<LEC体系による商法の構造>



※ 一般に、この図における網かけ部分はよく勉強されるが、白色部分は手抜きされがちである。しかし、それでは商法の体系の理解がバラバラになり、商法を苦手とする原因となってしまう。LECでは、この欠点を解明し、従来からそれを克服するための工夫をしており、このテキストでもそれにしたがって解説していく。

### 第3節 有価証券法と民法

有価証券（手形や小切手や株券）に関する制度・理論を理解するためには、民法の債権譲渡の制度・理論をしっかりと理解しておかなければならない。

物の売買契約によって所有権が移転するが、民法は債権の売買契約も規定しており、債権の売買契約によって債権が移転する。この債権の転々流通性を民法の債権譲渡よりも一層高めるため、有価証券という特殊な紙片として制度化した法律群が、有価証券法であり、そのような有価証券に関する理論が有価証券理論である。

<有価証券の必要性>

本来、不可視的な権利の安全・確実な流通を目的とするもの

権利の移転は民法上の方法（466以下）でもいいはず

↓しかし

第三者に、より安全・確実に権利行使させたい

|| →権利を可視的な証券と結合させた

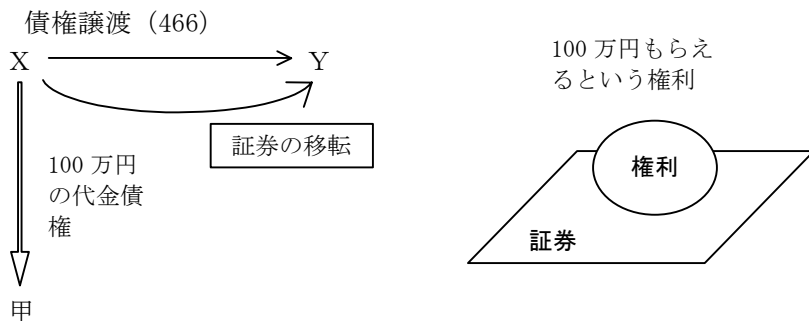
第三者に、より安全・確実に権利移転させたい

↓

有価証券

\* 手形・小切手などの有価証券は**流通の促進（取引安全）**を目的にして生まれたもの

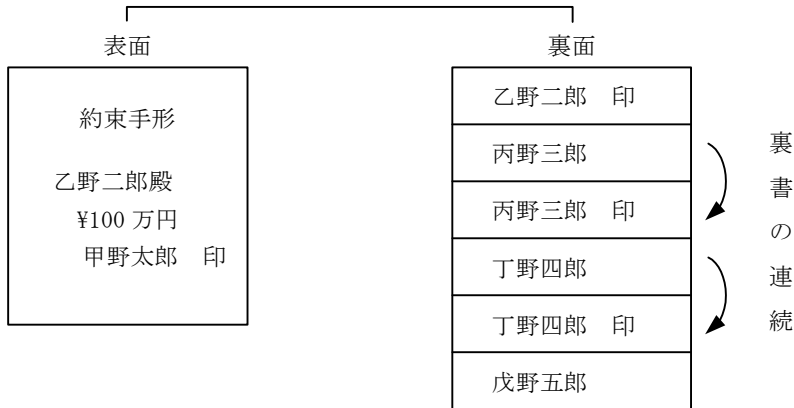
→取引の安全（動的安全）を図ることが原則





＜手形権利の移転＞

手形権利の移転は裏書によってなされるのが原則 (14)



ところで、債権の転々流通性を民法の債権譲渡よりも一層高めるために、どのような理論によるべきか（手形理論）について、基本的な対立がある（創造説系 vs. 交付契約説系）ので、常に、そのことを意識しながら、学習していかなければならない。その意味では、有価証券法は、犯罪の基本構造の理解に争いのある**刑法総論と同様の、「理論科目」である**。入門の段階では、重要基本問題について、いずれの理論もしっかりと理解しておくことが肝要である。以下に、民法・商法・民事訴訟法の基礎編終了段階での整理図を掲げておく。

＜債権譲渡の要件事実的整理（権利の発生・存続・内容の問題）＞

- A1 指名債権の発生原因たる契約の成立要件→
- ← B1 指名債権の発生原因たる契約の無効・取消（一般有効要件の欠如）  
= 権利不発生の抗弁
    - A1 無留保承諾と善意→
  - ← B2 指名債権の消滅原因（弁済等）= 権利消滅の抗弁
    - A1 無留保承諾と善意→
  - ← B3 指名債権の行使要件（同時履行の抗弁等）= 権利行使阻止の抗弁
    - A1 無留保承諾と善意→

A：請求者
B：被請求者

＜債権譲渡の要件事実的整理（権利の帰属の問題）＞

- A2 指名債権譲渡契約の成立要件→
- ← B1 指名債権譲渡契約の無効・取消（一般有効要件の欠如）= 権利不移転の抗弁
  - ← B2 譲渡禁止特約の存在（特別有効要件の欠如）= 権利不移転の抗弁
    - A1 善意・無重過失→
    - A2 Bの承諾→
  - ← B3 承諾・通知の欠缺（対抗要件の欠缺）= 権利不移転の抗弁

＜交付契約説の手形理論の要件事実的整理＞

A1 「裏書の連続」する「約束手形」の所持および最終被裏書人と自己との同一性→	
←B1 自己の署名行為欠缺の反論（事実上の反証） *	A：請求者
←B2 交付契約の欠缺の反論（事実上の反証） *	B：被請求者
→A1 権利外観法理	
←B3 実質的有効要件の欠如（具体的効果意思の不存在）の抗弁	
→A1 権利外観法理	
→A2 手形行為独立原則の主張＝政策説と親和性あり	以上権利不発生の問題
←B4 先行交付契約の実質的有効要件の欠如（具体的効果意思の不存在等）	+16条但書
←B5 直近交付契約の実質的有効要件の欠如（具体的効果意思の不存在等）	+16条但書
	以上権利不移動の問題
←B6 人的抗弁+17条但書	
←B7 権利濫用（後者の抗弁の事例）	狭義の人的抗弁の問題

＜図表全 37＞ 二段階創造説の手形理論の要件事実的整理

A1 「裏書の連続」する「約束手形」の所持および最終被裏書人と自己との同一性→	
←B1 自己の署名行為欠缺の反論（事実上の反証） *	A：請求者
←B2 実質的有効要件の欠如（抽象的効果意思の不存在）の抗弁	B：被請求者
→A1 手形行為独立原則の主張＝当然説と親和性あり	
	以上権利不発生の問題
←B3 先行交付契約の実質的有効要件の欠如（具体的効果意思の不存在等）	+16条但書（※）
←B4 直近交付契約の実質的有効要件の欠如（具体的効果意思の不存在等）	+16条但書（※）
	※手形振出行為中の交付行為は第一段の権利移転行為
	※権利移転有因論（後者の抗弁の事例）
	以上権利不移動の問題
←B5 人的抗弁+17条但書	狭義の人的抗弁の問題

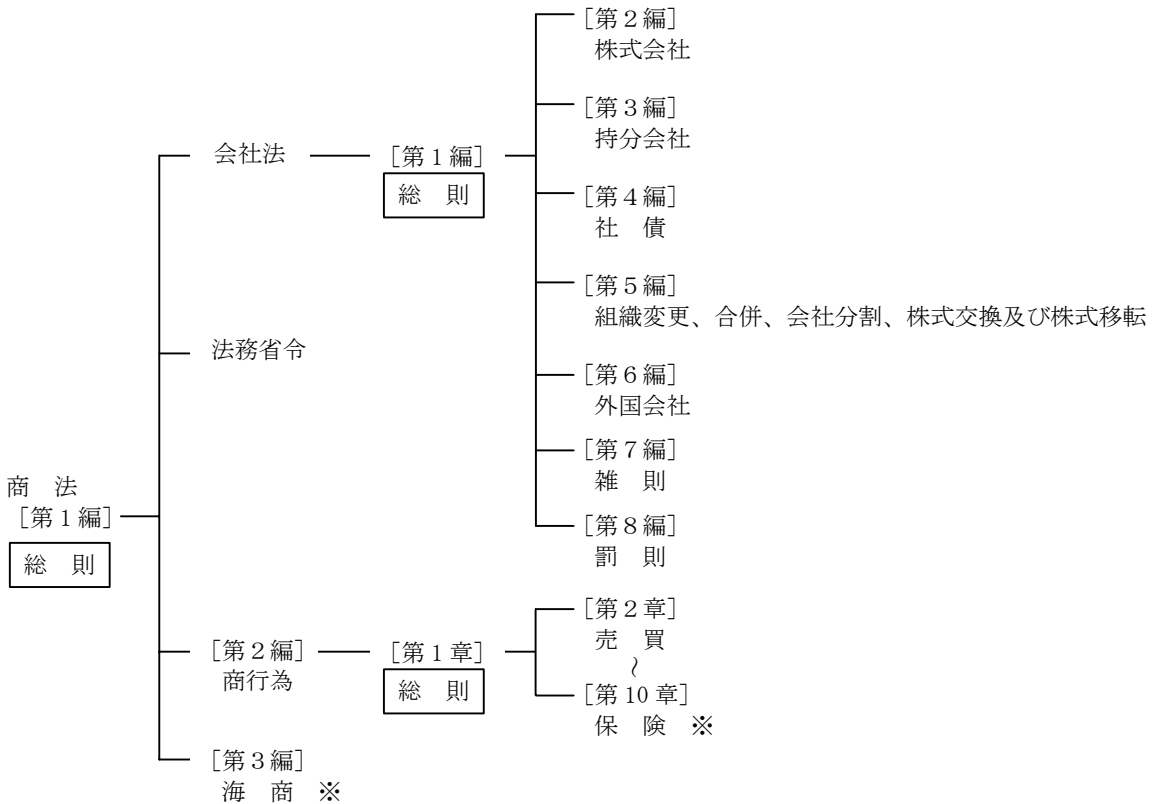
\* 理論的には「抗弁」ではないので「反論（事実上の反証）」である（民事訴訟法の学習後に理解できればよい）。

## 第4節 会社法と憲法・民法

### 一 会社法と憲法・民法との関係

会社という組織に関する制度・理論を理解するためには、民法の、①社団法人、②債務と責任、③憲法の国家組織の運営に関する統治の視点をしっかりと理解しておかなければならない。さらに、会社に法律効果を帰属させる、④法律要件（典型は契約）の成立要件・有効要件・効力発生要件・効果帰属要件の理解も大切である。また、株式会社の資本・株式・資金調達を理解するためには、⑤組織を健全に保つための財政という視点も大切なものである。

<商法典および会社法の構造>

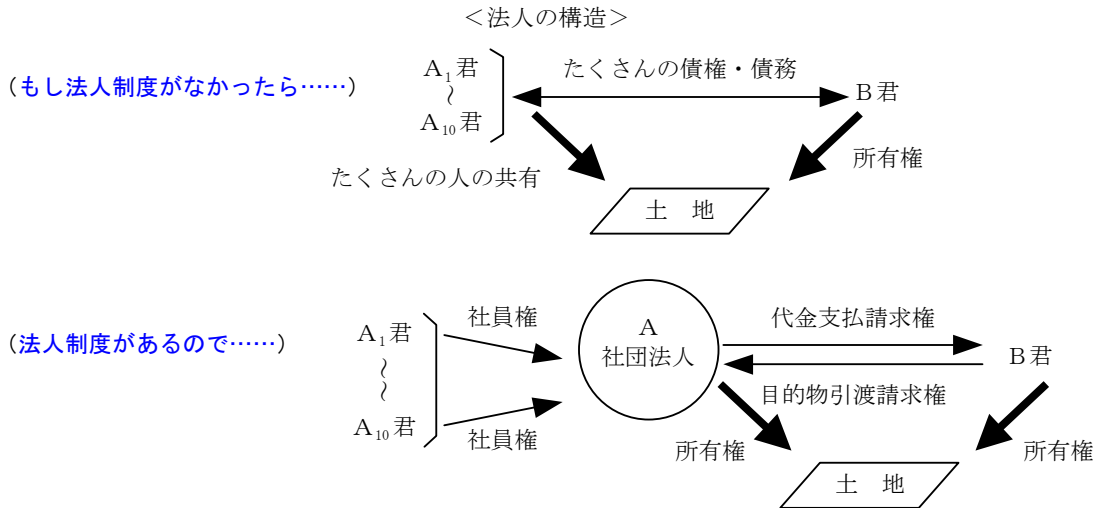


※法令により、司法試験の範囲外とされている。

## 二 株式会社のあらまし

### 1 社団法人

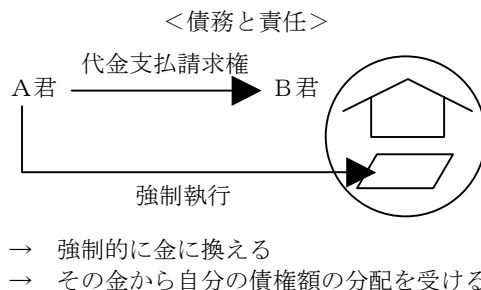
社団法人とは、多数の人の集団を、一定の要件のもとに、一つの権利・義務の主体（法人）とする技術・制度であり、構成員である多数の人を「社員」という。社員がそれまで持っていた財産を法人の財産にし（社員が出資し）、社員は、法人の運営に関与する権利と法人から財産的利益を受ける権利とを持つ（併せて**社員権**という）。会社とは、会社が儲けた利益を社員に分配するために設けられた制度（**営利社団法人**）である。



\* こうした会社制度の長所としては、資本の集中と労力の結合を可能にすること、また個人と法人との財産の分離により企業危険を軽減しうることが挙げられる。一方で、会社は営利を追求するものであるため、自己の利益追求のために他人を犠牲にしがちであるという短所ももつ。

### 2 債務と責任

債権とは、特定人（債権者）から特定人（**債務者**）に対して一定の財産上の行為を請求する権利である。債務者が行為をしてくれない場合は、債権者は、債務者の財産を強制執行して売り払い、その代金の分配を受ける（このことを「債務者は**責任を負う**」という）。



## 3 株式会社総説

株式会社は、社会に散在する少額資本を結集して形成されるものであるから、より多くの者からの出資を確保するため、これを容易にする制度が必要となる。

このため、**株式会社制度は、株式と社員の間接有限責任（会社法 104）という法的特質をもつ。**

## 4 株式会社の社員権と社員の責任

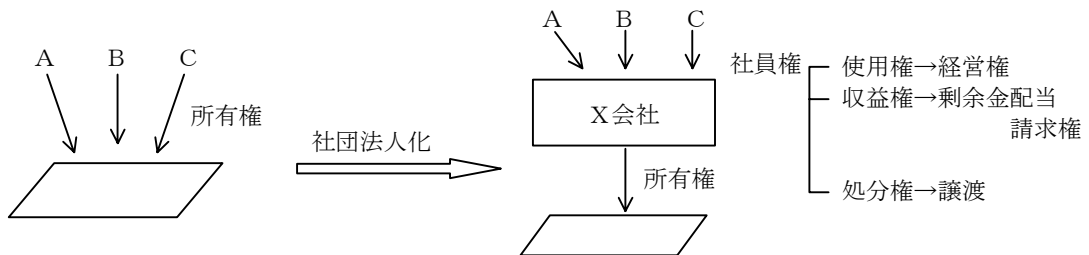
**株式会社が債務者の場合に、会社財産しか責任を負わない。出資した社員（これを「株主」という）は、出資した財産以外の責任を負わない**と規定してあるからである（このことを「**間接有限責任**」という）。これにより、出資者は安心して出資することができる。また、出資者は、一口 5 万円とかの割合的な単位で出資して社員になれる（**「株式」とは割合的な細分化された社員権である**）。大金持ちは 1000 口出資すればいいし、小金持ちは 100 口出資すればいい。この間接有限責任と株式という制度によって、大金持ちだけでなく圧倒的な大衆たる小金持ちからも、出資してもらえる。**株式会社の根本法理は、間接有限責任と株式である。**

## &lt;株式&gt;

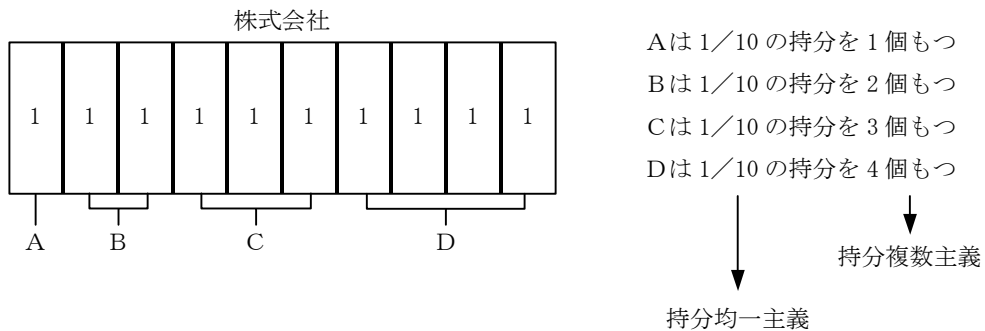
株式：均一的な細分化された割合的な単位をのせた株式会社の社員たる地位

## (1) 社員たる地位（社員権論）

社員たる地位は、実質的な企業所有者の地位である。

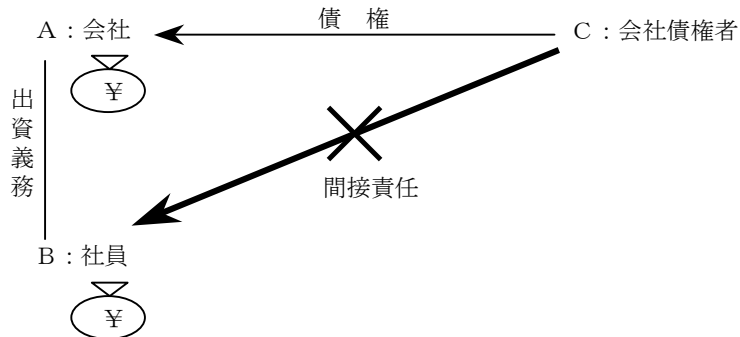


## (2) 均一的な細分化された割合的な単位 → 参加する者の個性を喪失させる



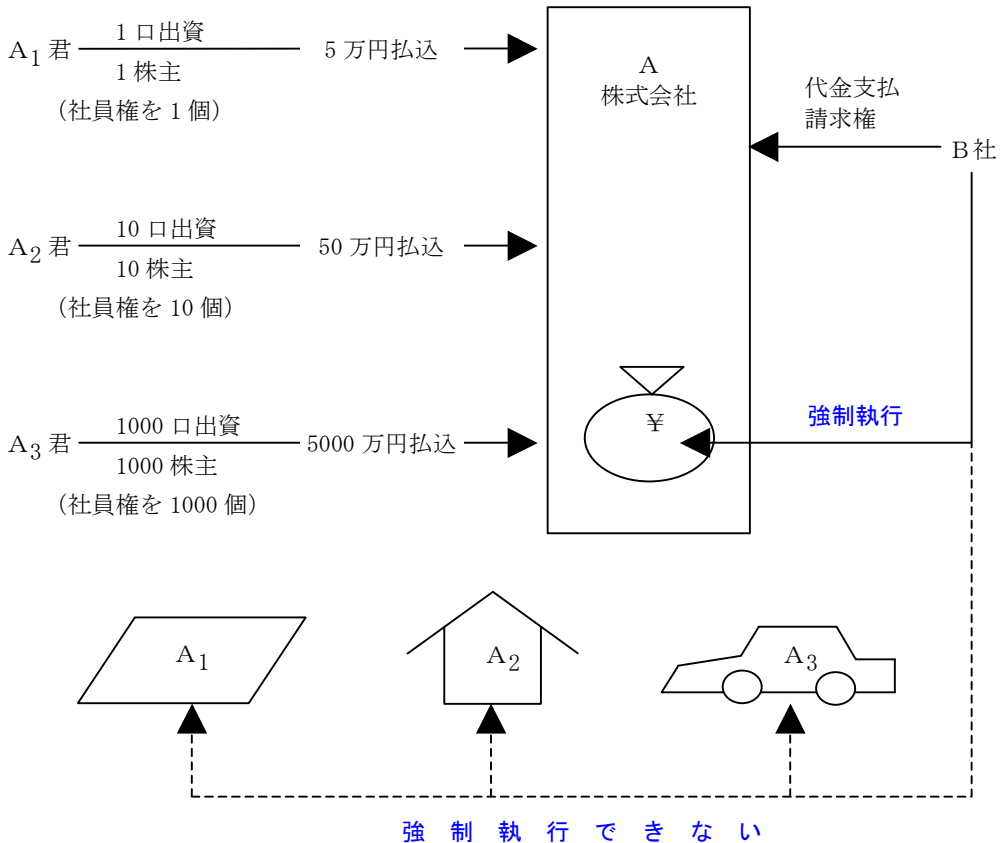
<間接有限責任の原則>

株主は、会社に対してその有する株式の引受価額を限度とする有限の出資義務を負うだけで、会社の債務については何らの責任も負わないという原則（会社法 104）。



- \* 株主になった後は、なんら責任を負っていない。出資を履行して（=自己の財産が会社財産になって）始めて出資者は「株主」になるからである。
- \* その趣旨は、**会社への参加を容易にして、多数の資本を結合することにより大規模経営を可能にすること**にある。

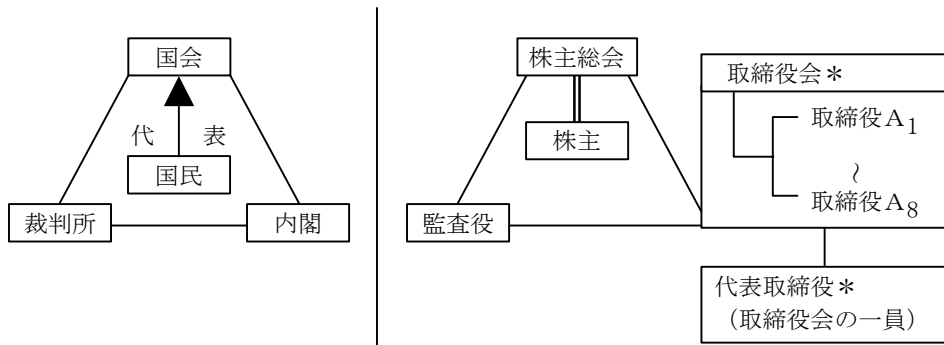
<株式会社の根本的仕組み>



## 5 株式会社の組織

間接有限責任と株式によって、圧倒的に大規模な社団法人が形成される。その大規模集団は、構成員間に個人的信頼関係がない点で、また、主人公たる構成員各人に運営能力がない点で、国家に似たものである。国家は、福祉も含めた人権保障のために、機関を分化し、行政権に権限を集中させ、国会は民主的コントロールで行政権を抑制し、裁判所は立法権・行政権の行為を適法性（正確には合憲性）の観点からコントロールする。株式会社でも、機関を分化し（会社法 326 I）、多くの株式会社では、経営担当者に権限を集中させ、株主は重要事項の株主総会議決や監督正権で経営担当者の権限を抑制し、監査役は会社経営を適法性の観点からコントロールする。ただ、その目的は、人権保障ではなく、株主の利益を守り、社会に迷惑をかけずに、効率的に儲けることである。

<多くの株式会社の典型的組織と国家の組織>



\*取締役会と代表取締役は経営陣である

基本事項の意思決定 (cf. 立法)

→株主総会

業務執行 (cf. 行政)

→取締役会・代表取締役

監視監督 (cf. 司法)

→取締役会・監査役

## 6 株式会社の計算（財務・経理）

株式会社の実質的所有者たる株主は、会社に対し間接有限責任を負うのみである。したがって、会社に対する債権者（ex. 会社に貸付金を有する銀行、会社に物品の販売を信用取引で行っている卸売り企業）としては、株主に自分の債権の支払を請求することができない。会社債権者にとって、債権回収の最後の砦は、会社財産だけである。会社の財産は、会社の貸借対照表上の借方（向って左側の欄）に表示されている。その全てに換金性があるわけではないが、その資産を確保するために会社法は、「純資産の部」という帳簿上の項目を設けさせて、経営担当者がその項目について常に神経を使うようにと、さまざまな厳格な規制をしている。

## &lt;貸借対照表のサンプル&gt;

単位：百万円

資 産 の 部		負 債 の 部	
科 目	金 額	科 目	金 額
<b>流 動 資 産</b>	<b>10,595</b>	<b>流 動 負 債</b>	<b>2,325</b>
現金及び預金	7,620	支払手形	249
受取手形	1,020	買掛金	663
売掛金	1,624	未払金	661
たな卸資産	165	賞与引当金	105
繰延税金資産	48	その他	647
その他	128	<b>固 定 負 債</b>	<b>458</b>
貸倒引当金	△ 10	従業員退職給付引当金	305
<b>固 定 資 産</b>	<b>10,245</b>	役員退職慰労引当金	153
<b>有 形 固 定 資 産</b>	<b>8,018</b>	その他	0
建物	990	<b>負 債 合 計</b>	<b>2,783</b>
機械及び装置	1,234	<b>純 資 産 の 部</b>	
土地	4,323	<b>株 主 資 本</b>	
その他	1,471	資本金	3,701
<b>無 形 固 定 資 産</b>	<b>261</b>	資本剰余金	
<b>投資その他の資産</b>	<b>1,966</b>	資本準備金	7,840
投資有価証券	534	利益剰余金	
子会社株式	345	利益準備金	4,574
繰延税金資産	283	その他利益剰余金	
その他	806	繰越利益剰余金	1,182
貸倒引当金	△ 2	自己株式	△ 25
<b>資 産 合 計</b>	<b>20,840</b>	<b>評価・換算差額等</b>	<b>739</b>
		<b>新 株 予 約 権</b>	<b>46</b>
		<b>純 資 産 合 計</b>	<b>18,057</b>
		<b>負債・純資産合計</b>	<b>20,840</b>

剰余金の配当		資本の欠損		債務超過								
借方	貸方	借方	貸方	借方	貸方							
資産  ↑ (純資産) ↓	負債	資産  ↑ (純資産) ↓	負債	資産	負債							
	資本金		資本金		資本金							
	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">既 法 定 の 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">資 本 準 備 金</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>		既 法 定 の 準 備 金	資 本 準 備 金		利 益 準 備 金	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">法 定 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">資 本 準 備 金</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	法 定 準 備 金	資 本 準 備 金		利 益 準 備 金	資本金
	既 法 定 の 準 備 金		資 本 準 備 金									
			利 益 準 備 金									
法 定 準 備 金	資 本 準 備 金											
	利 益 準 備 金											
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">当 期 積 立 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	当 期 積 立 準 備 金	利 益 準 備 金	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">法 定 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	法 定 準 備 金	利 益 準 備 金	法定準備金						
当 期 積 立 準 備 金	利 益 準 備 金											
法 定 準 備 金	利 益 準 備 金											
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">配 当 可 能</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	配 当 可 能	利 益 準 備 金	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">法 定 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	法 定 準 備 金	利 益 準 備 金	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">法 定 準 備 金</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">利 益 準 備 金</td> </tr> </table>	法 定 準 備 金	利 益 準 備 金				
配 当 可 能	利 益 準 備 金											
法 定 準 備 金	利 益 準 備 金											
法 定 準 備 金	利 益 準 備 金											

なお、個人企業の場合も、資産・負債・純資産の概念は同じである。ただ、**個人企業の場合は、事業者が債権者に無限責任を負うので、純資産の部を強行法とする必要はない。**一般に元入資本などという。また利益処分も必ずしも一定以上の利益の存在を前提としなくてよい。債権者は、事業主の個人の財産に請求することができるから、いわゆる違法配当がなされても強行法違反とするまでもない。

**個人企業の場合**

借方	貸方
資  産	負債
	元入資本
	剰余金

## 第6章 刑法

### 第1節 刑法の学び方

#### 1 刑法の特徴

刑法は、憲法・民法に比べ、**概念やキーワードが抽象的でわかりにくい**。しかし、刑法の体系は、**幾何学**のようにすっきりしているので理解しやすく、その点では憲法・民法に比べて易しい。

#### 2 理論上の一貫性

刑法では、法益のとらえ方や、犯罪要素の体系的な位置づけなどをめぐる対立が激しい。

→**刑法全体を通して、論理一貫性を保った理解と、一貫性のある答案の表現が必要**

→各論点につき、立場の異なった判例・学説をつなぎ合わせて答案作成しないように注意

#### 3 具体的な理解

刑法、特に総論では、議論が抽象的になりがちである。

→刑法総論を学ぶ際には、殺人罪や窃盗罪を念頭において、抽象的な議論を具体的に理解することが重要

c f. 民法総則や、債権総論の理解に、売買契約や賃貸借契約を念頭におき、具体的に考えるのと同様である

#### 4 刑法の解釈基準

刑法の解釈基準は、**法益保護機能と人権保障機能（自由保障機能）との合理的調和**にある。

##### (1) 法益保護機能

民法では、対等な当事者間の利益の調和が立法趣旨になっていた。例えば、売主の利益と買主の利益とを調和させるために要件事実（条文）が定められている。

しかし、刑法では、当事者の一方が国家となっている。刑法は、国民一般から見て、多数人の利益（つまり**公共の利益**）を害する行為をする人を取り締まる規定である。公共の利益が保護の対象であるので、国家が、代表してその人たちの利益を保護する。このように刑法が守ろうとしている利益のことを「保護法益」という。

##### (2) 人権保障機能

刑罰は、国家が国民一般を代表して犯人を処罰するというものであるから、刑法は国家と国民の関係を定めたものとなる。しかし、犯罪を犯したか否かが裁判で確定していない段階では、犯人（被告人）といっても、犯罪をしたと疑われているにすぎない一般国民である。そのような一般国民の人権を守るために、人権保障が要請される。

どのような要件に該当すると刑法の対象（犯罪）となるのか、この点をはっきりしていないと、国民はうかつに行動できない。ましてや刑法では、違反者には刑罰という強い制裁が科せられる。そこで、刑法では、**罪刑法定主義**という考え方を採用している。これは、刑罰が科せられる場合には、「どんなことをすると、どれだけの処罰を受けるのか」を、はっきり法律に書かなければならない、という意味である。そうしないと国民は、自分の行動に刑罰が科せら

れるかもしれないという不安におびえながら活動しなければならないこととなり、自由な活動を萎縮してしまって人権保障が実体のないものになってしまう。

**法益保護と人権保障との調和を示すラインが罪刑法定主義**である。**国民の行動の予測可能性**を実現するために罪刑法定主義がある、という点を理解しておくことが重要である。

## 5 合格のための学習

合格答案を作成するための学習である

→学習の過程で難解な個所があっても、合格答案作成に必要な程度の学習に押さえておく

# 第2節 刑法と他の法律との関係

## 一 憲法と刑法の関係

憲法は原則として個人の自由な行動を保障する（国家からの自由）

↓しかし

憲法は、特定の個人のみ到人権を保障するのみならず、すべての人に平等到人権を保障

→他者の人権との調整に必要な限りで人権制約を認める（公共の福祉）

↓そして

自己の行為により他者の利益を著しく侵害した場合に、国家権力による制裁を科すというかたちで犯人以外の被害者保護（**法益保護**）の体系を定めることにより、公共の福祉の内容を具体化したのが刑法である。

↓もともと

公共の福祉による人権制約は最小限のものである必要

→刑法は行為者の自由の保障をも考慮している

↓すなわち

自由に行うことができる行為と、許されない行為の境界がはっきりわからなければ、もしかしたら許されないのではないかという不安から、本来なら許されるはずの行為さえも、事実上行うことが困難になってしまうおそれがある（萎縮効果）。国民が刑罰を恐れて、積極的に行動しなくなる

↓

国民の自由な積極的な活動によって豊かな国作りをしていく、という民主主義国家の根底が崩れてしまう

↓そこで

法律により許されない行為をあらかじめ明示（**罪刑法定主義**）

→それ以外の行為は自由に行うことができるという意味で、行為者の自由を保障する機能を有するといえる（刑法の**自由保障機能**）。

## 二 民法と刑法の関係

憲法の人権保障の理念を受けて、民法は私的自治の原則を定める

→最低限のルールを守っている限り（他人に迷惑をかけない限り）何をしてよいのが原則である。憲法の「**公共の福祉に反しない領域**」においては、国民は、国家の主人（これを主権者という）として、自由に活動できる

\* 「公共の福祉」は、他人の人権という意味であり、他人を超えた天から与えられた御利益を言っているのではない。勿論、他人といっても、一人一人の利益の総和というわけにはいかない。社会全体の利益（公共の利益）、抽象的な利益が入ってくる。公共の利益を分解して、個人の利益にすべて分けることはできない。一億人の利益を足せば、常に、日本国家の公共の利益に合致することにはならない。その間には、ずれ・隙間がある。

↓

他人の人権・利益を侵害する行動があった場合、まず民法上の違反（民415、709等）があるかどうかを見る

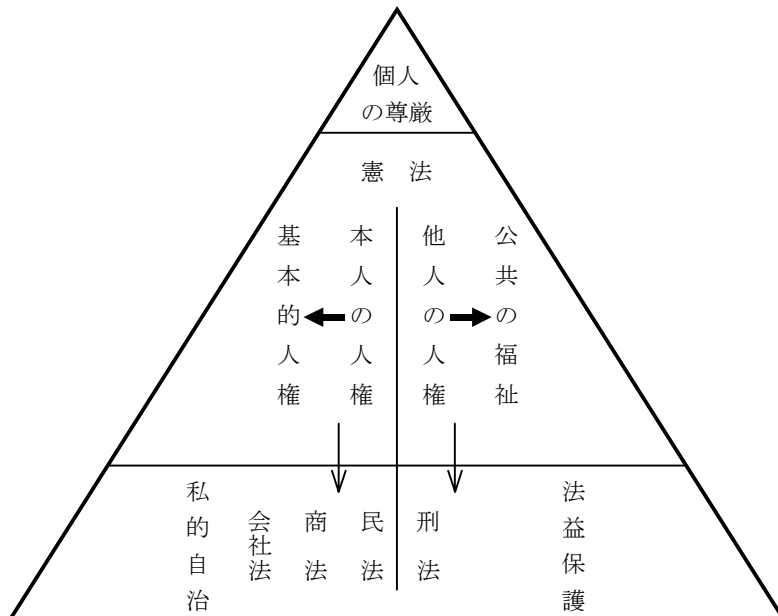
↓

当事者間での解決ができない場合には、被害者本人にかわって国家が処断をすることが必要となる。刑法が定める刑罰が登場する

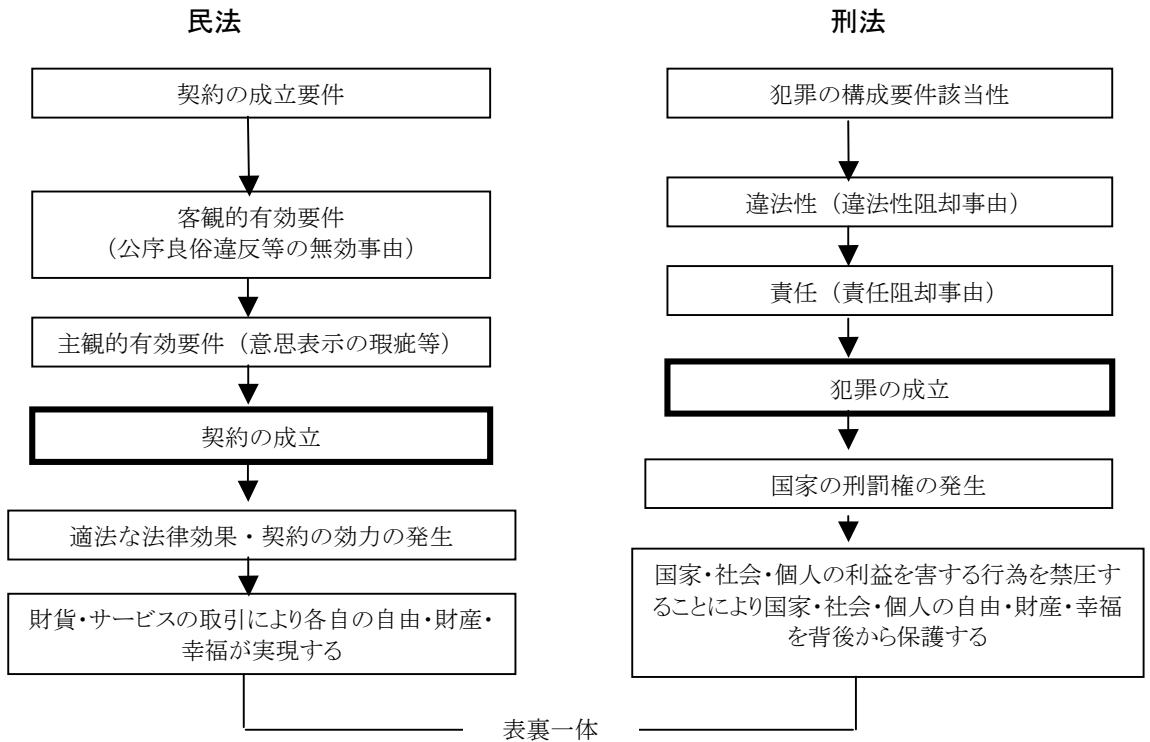
↓さらに

当事者間での解決ができたとしても、社会全体の利益（他の一般国民）から見て納得できないような行動は、民法以外の方法で対策を考えねばならない。その1つが刑法である。被害者が納得・了解していればよい、という程度を超えた著しい法益侵害があった場合に刑法が登場する

<刑法と他の法の関係>



## ＜民法と刑法の比較＞



民法は、適法な意思表示の体系であり、成立要件・有効要件によって契約が有効となる。  
 刑法は、違法な行為の体系であり、構成要件・違法性・責任によって犯罪が成立する。  
 両者は、人間社会の生理的側面と病理的側面を取り扱っており、表裏一体の関係にある。  
 両者が相まって健全な人間社会を形成している。

## 第3節 刑法の役割

刑法には規制的功能と社会秩序維持機能がある。機能とは、刑法の条文があることによって、どのような法的効果があるのか、我々はどんな利益を受けているのか、という意味である。

### 一 規制的功能

#### 1 意義

犯罪に対する規範的評価（否定的価値判断）を明らかにし、人の行為を規制または規律する機能をいう。国家が、こういう行為は犯罪となるよ、処罰しますよ、とあらかじめ公表することが前提となる。

→規制的功能により、国民に対して、いかなる行為が罰せられるのか、どのような刑が科せられるのかをあらかじめ知らせ、犯罪行為に出ないように人を規律することができる

#### 2 内容

##### (1) 評価機能

一定の行為を犯罪とし、これに対する刑罰を定めることによって、その行為が法律上許されないものであることを国民に示す機能をいう。

e x. 199 条が殺人罪を定めることによって、人を殺すことは法律上許されない、という評価を国家が宣言している。

##### (2) 決定機能

国家は、刑法によって悪い行為を宣言しているから、その犯罪を行わないよう意思決定すべきことを国民（外国人も含む）に命ずる機能がある。

e x. 199 条が殺人罪を定めることによって、殺人をしようという意思決定を禁止する機能を果たす。

### 二 社会秩序維持機能

#### 1 意義

刑法を運用することにより、日本国家の社会秩序維持を重視する効果をもたらす。

→犯罪および刑罰は社会秩序維持にとって役に立つことをいう。

↓

これを刑法の社会秩序維持機能という

→**社会秩序維持機能は、法益保護機能と人権保障機能との調和的共生（2つの機能がともに存立し得るような調和点）が果たされることにより、達成される。**国民が納得しないものでは、社会秩序の維持は達成されない。弾圧のために刑法があるのではない。国民の幸福追求の活動の過程で、他人の利益や公共の福祉を害するような行動の輪郭を、あらかじめ公表しておくのが刑法である

## 2 内容

(1) **法益保護機能**→刑法の規範によって法益（法によって保護される利益）を保護する機能

個人の尊厳（憲法 13）が最高の価値

→刑法も、それを達成するために運用されるのであり、この法益保護機能により一人一人の生命・自由・幸福追求の権利を守ろうとしているのである

\* この法益保護機能は、次の 2 つに分けられる。

① 一般予防機能：社会の一般人を犯罪から遠ざける機能。まだ犯罪行為をしていない人へ向けられた機能。

② 特別予防機能：犯罪を犯した者が将来再び犯罪を行わないようにする機能。いったん犯罪行為をしてしまった人へ向けられた機能。

e x . 現実に懲役刑に処せられた者は、再び犯罪を犯すことをためらう

(2) **人権保障機能（自由保障機能）**

一定の行為を犯罪とし、これに一定の刑罰を科すことを明示することによって国家の刑罰権の行使を制限し、もって刑罰権の恣意的行使から一般国民および犯罪者の人権を保障する機能。

すなわち、刑罰法規に触れなければ自由に行動してよいとして、善良な市民の自由を保障し、また、一定の法益侵害を行った者についても、それが刑罰法規に触れる場合にのみ刑罰権が発動されるとして、犯罪者の人権をも保障するのである。

\* この人権保障機能から、刑法の**謙抑主義**が導かれる。

謙抑主義とは、刑法はあらゆる違法行為を対象とすべきではなく、必要やむを得ない場合にのみ適用されるべきであるとする原則である。謙抑主義は、刑法の補充性、断片性、および寛容性を内容とし、刑法の立法および解釈の指針となる。

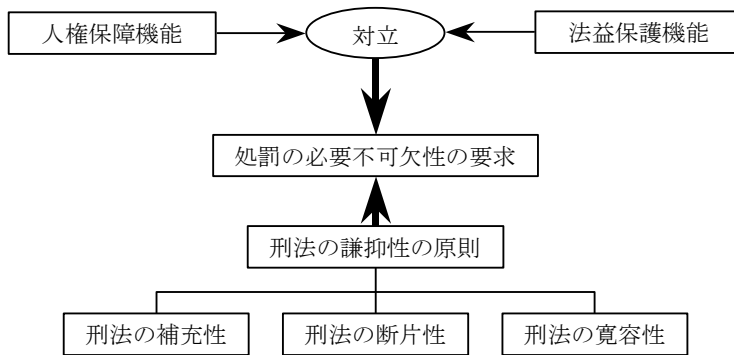
立法における謙抑主義の表れとして、過去に問題となった行為を個別的に条文化し、未だ起きていない行為は条文化せず、実際に犯罪が起きた後に初めて犯罪として規定する、という姿勢につながる。

## 3 法益保護と人権保障との関係

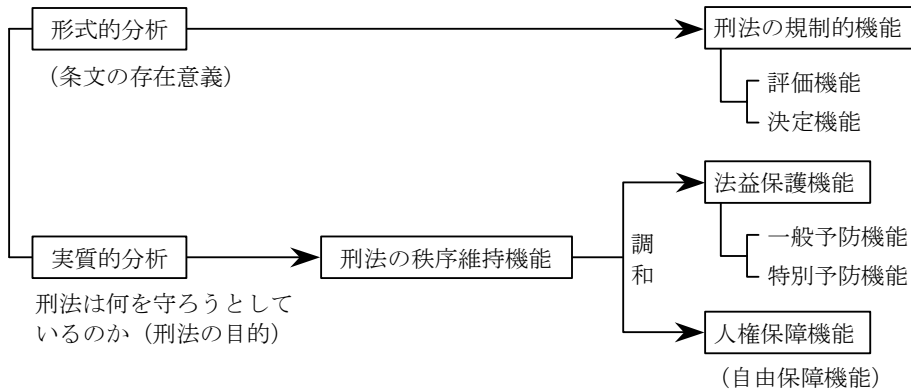
(1)法益保護と、(2)人権保障は二律背反の関係にある。すなわち、人権保障を重視すれば犯罪の増加を招いて法益保護を期することができず、法益保護を重視すれば人権保障を期することができないという矛盾した関係にたつ。

→この(1)（法益保護機能・他人の利益）と(2)（人権保障機能・行為者の利益）をいかに調整すべきかが刑法における重要な課題となり、両者が調和して共存するとき、刑法は社会秩序の維持を十分に果たすことができることとなる

## &lt;人権保障機能と法益保護機能&gt;



## &lt;刑法の役割のまとめ&gt;



## 第4節 刑法の基本理念

## 一 はじめに

刑法の基本理念としては、①罪刑法定主義、②法益保護の原則、③責任主義の3つが重要である。

まず、**罪刑法定主義**とは、犯罪が成立するためには犯罪と刑罰とが法律であらかじめ規定されていなければならないという原則であり、「法律なければ刑罰なし」といわれるものである。

次に、犯罪が悪いとされるのは、個人の生活利益、究極的には憲法が保障している生命・自由・財産等を侵害したからである。刑法の目的の1つはこのような生活利益の侵害の防止であり、この目的から**法益保護の原則**が導かれる。「違法なければ刑罰なし」といわれる。

さらに、そのような犯罪行為が国家により処罰されるのは、その犯罪行為に一定の心理的状態が伴った場合に限られる。これを**責任主義**といい、「責任なければ刑罰なし」といわれる。

## 二 罪刑法定主義

### 1 意義

犯罪と刑罰は、あらかじめ**成文の法律**によって明確に規定されていることを要するという原則  
→①**実体要件の法定**、②**実体要件の適正**を内容とする

- ① **実体要件の法定**：何が犯罪として処罰対象となるかは国民の代表で組織される国会が法律によって定める
- ② **実体要件の適正**：内容が明確であり、対象が過度に広汎にならず、罪の内容と刑が均衡していることを要求する。

### 2 趣旨

#### (1) 自由主義

犯罪と刑罰があらかじめ法定されているので、自己の行為が処罰されるかどうかについて予測できることになり、自由な行動が可能になる

#### (2) 民主主義

犯罪と刑罰が国民代表機関たる国会の制定する法律によって定められる

## 三 法益保護の原則

憲法の個人の尊重の原則の下では、個人の生活利益を保護しなければ社会は混乱してしまう  
→個人の生活利益を直接・間接に保護することが社会秩序の維持にとって重要となる

## 四 責任主義

### 1 意義

行為者の行為について行為者を非難できるような心理的要素があるときに限って、その行為者に責任を認めるという原則。

### 2 内容

#### (1) 個人責任の原則

個人はその犯した犯罪についてのみ責任を負い、他人が犯した犯罪について責任を問われることはないという原則。

#### (2) 主観的責任の原則

責任能力および故意又は過失を要件に、行為について行為者を非難できる場合にのみ責任を問うことができるという原則。

---

## 第5節 犯罪論の体系

### 一 違法性論

#### 1 違法性の意義

違法性とは、行為が法的に許されないことであり、行為に対する法的否定的価値判断である  
→この否定的価値判断の内実は何か、すなわち、違法性の本質をどのように捉えるかについては、争いがある。

#### \* 「違法」と被害との違い

犯罪には被害者がいることが多い。そのため、「被害があること＝違法」と考えてしまいがちである。しかし、被害があるからといって必ずしも違法と評価されるとは限らない。仮に、顔に全治一か月の怪我を負ったとしよう。怪我の有無は物理的に外形から判断できる。この外形的事実からは「顔に全治一か月の怪我を負った、という被害がある」といえる。

しかし、それを「違法」と判断するか否かは別問題である。国家が、この怪我を、許せない、放置できない、と判断した時に初めて「違法」となる。例えば、全治一か月の怪我がボクシングの試合による場合や、正当防衛によって生じた場合には、「違法」がなくなると、国家は考えている。また、医者が外科的手術をする場合、外科的手術は人の身体を切る行為を伴うから、物理的な意味では怪我が生じるが、「違法」とは評価されない。

#### 2 違法性の本質

##### (1) 結果無価値論（平野、山口、前田）

法益侵害のみを違法性の本質と考える説。

##### (2) 行為無価値論（団藤、大塚、川端）

法益侵害のみならず行為態様をも加味して考える説。

#### <結果無価値論と行為無価値論>

┌	結果無価値論	→ 法益侵害と判断される 外的な事実を重視
	行為無価値論	→ 法益侵害と、社会倫理規範に違反した 行為態様の双方に着目（二元説）

\* 結果無価値論と行為無価値論の対立は、非常に深い論点であり、法哲学も関係する。全体構造編では、上記の程度を理解すればよい。

### 3 違法性を基礎づける事実

#### (1) 客観的要素

行為者の行為の客観的側面、結果、相手方の態様など、全ての客観的要素（外的な要素）が違法性を基礎づける事実となる。

e x. 人の首を絞める行為、人の死亡の結果。

#### (2) 主観的要素

違法性を基礎づける事実として、主観的要素（行為者の内心的要素）をも考慮するか否かについては争いがある。

##### (a) 結果無価値論

→法益侵害又はその危険性という客観的要素のみを認め、原則として違法性を基礎づける事実として、主観的要素は考慮しない

##### (b) 行為無価値論

→法益侵害又はその危険性という客観的要素のみならず、行為態様をも考慮して違法性を判断するので、違法性を基礎づける事実として主観的要素をも考慮する

## 二 責任論

### 1 責任の本質

#### (1) 近代派（新派）の立場

責任の本質は行為者の**反社会的な性格であり社会防衛としての刑罰を受ける地位**である。

#### (2) 古典派（旧派）の立場（前期古典派、後期古典派ともに）

責任の本質は**行為者の行為に対する非難**である

→犯罪を犯すか否かにつき、行為者は自由に意思決定できたにもかかわらず犯罪を選択したので非難される（自由意思論）

### 2 責任を基礎づける事実

#### (1) 一定の心理状態（故意・過失）

→行為者が違法性を基礎づける事実を表象（認識・予見）し、認容していること（故意）または、違法性を基礎づける事実を不注意により表象（認識・予見）・認容しなかったこと（過失）が必要

#### (2) 故意・過失以外の内心的状態（責任能力）

→故意・過失以外に、行為の是非を弁別し、かつ、それに従って自己の行動を制御しうる能力（責任能力）が必要

#### (3) 客観的事実（期待可能性）

→行為者に適法行為を期待することができた状況が存在していたことが必要

---

### 三 構成要件論

違法性・責任を充たす行為であっても、いかなる行為が処罰されるのか予め明らかにされていなければ、人の行動の自由が奪われる

↓そこで

処罰される行為を予め法律で規定（構成要件）

↓そして

この構成要件は実質的処罰根拠（違法性・責任）があるからこそ規定される

↓よって

実質的処罰根拠を類型化したものが構成要件

※ 難しい表現であるが、これは「構成要件は、犯罪とされる行為を類型ごとに分類、整理したものである」という意味である。

このことから、刑法の犯罪を定める一つ一つの条文を解釈するにあたっては、総論の原理・原則を総動員して解釈しなければならない、ということも導かれる。犯罪とされる行為類型が認められれば違法性と責任があることが推定されるからである。個別の条文自体には、違法性や責任の記載がないものも多いが、構成要件該当性の検討の後、違法性や責任の検討段階で、刑法総論で規定が適用される。

構成要件は違法行為、有責行為を類型化したもの

- \* 構成要件→T b (Tatbestand)
- 違法性→R w (Rechtswidrigkeit)
- 責任→S (Schuld)
- と略記する場合がある

## 四 犯罪の成立要件

### 1 犯罪とは

刑事実体法→犯罪成立を要件として、刑罰権の発生という効果を定める

↓そして

刑罰により処罰される根拠→違法性、有責性、構成要件該当性

↓よって

**犯罪とは、構成要件に該当する違法・有責な行為**である

### 2 犯罪の成立要件

構成要件とは違法行為・有責行為を類型化したもの

↓よって

構成要件に該当するならば、通常、違法であり有責であるといえる

↓しかし

個別的にみると違法性や責任を欠く場合がある

e x . 正当防衛であった場合→違法性阻却、責任能力がなかった場合→責任阻却

↓よって

犯罪が成立するか否かの判断は、

<p><b>構成要件</b>に該当するか</p> <p>↓ y e s</p> <p><b>違法性阻却事由</b>があるか</p> <p>↓ n o</p> <p><b>責任要素</b>を全て満たすか</p> <p>↓ y e s</p> <p>犯罪成立</p>
---

という順序で行う

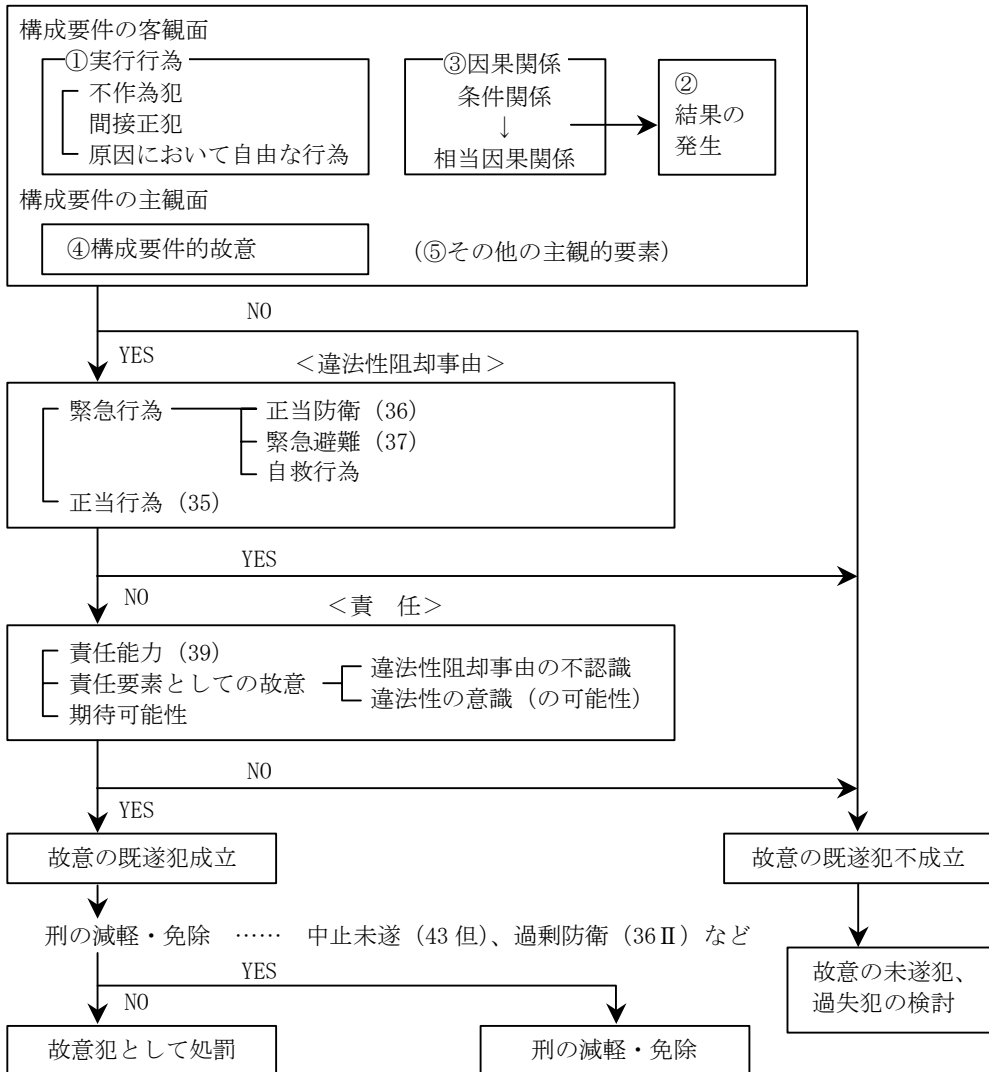
---

## 第6節 犯罪の基本構造

\* 犯罪の基本構造については争いがあるが、ここでは現在の実務の底流にある団藤・大塚説にしたがって説明する。

<犯罪の基本構造（団藤・大塚説）>

<基本的構成要件>



## 一 基本的構成要件

### 1 総説

通常の犯罪のかたち→犯人が一人で行い、かつ、結果が発生しているもの

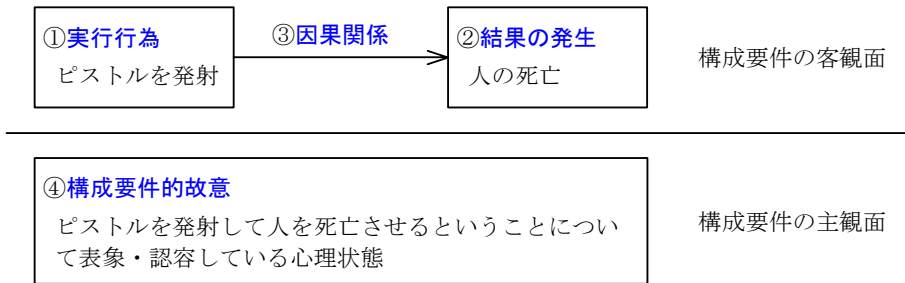
e x . 甲は、かねてから恨んでいたAをピストルで射殺した

→①～④の順序で構成要件該当性を判断してゆく



甲の行為は殺人罪（199）の基本的構成要件に該当する

< 基本的構成要件 >



### 2 実行行為

#### (1) 意義

(a) **基本的構成要件に該当**する行為（形式的アプローチ）

(b) **法益侵害惹起の直接的現実的危険性**を有する行為（実質的アプローチ）

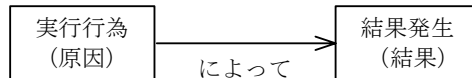
### 3 因果関係

#### (1) 意義

その実行行為によって結果が発生したといえるかの問題

→現実に結果が発生したときだけ因果関係を問題にする

< 因果関係 >



#### (2) 条件関係

「**あれなければこれなし**」という関係。

e x . 甲がピストルを発射しなければ、Aの死亡という結果は発生しなかっただろう。

#### (3) 相当因果関係

その実行行為からその結果が生じたとすることが**社会通念上相当**といえるかという問題。

e x . 甲が発射したピストルの弾がAをかすり、Aが病院へ行く途中に交通事故で死亡したとしても、甲の行為とAの死亡との間に相当因果関係はない。

- (4) 因果関係が否定された場合の処理  
 →結果を行為者に帰責することはできない（行為者の責任にすることはできない）  
 →未遂として処理される

#### 4 構成要件の故意（構成要件の主観面）

##### (1) 意義

構成要件該当性を基礎づける**客観的事実を表象・認容**（それでもよい、と思っていること）  
 している心理状態

→故意は構成要件に該当する客観的事実が存在して初めて問題になる

殺意 ≠ 殺人の故意

[	殺すつもりで 殺そうと思って	≠	[	構成要件に該当する客観的事実が 存在していることが前提
---	-------------------	---	---	--------------------------------

- (2) 一般的・類型的にみて故意犯と過失犯は非難の程度が違う

↓そこで

あらかじめ、構成要件の段階で類型化し、区別しておく

→故意犯と過失犯について構成要件としての枠を別々に作っておく

e x. 殺人罪（199）と過失致死罪（210）は異なる構成要件である

## 二 違法性阻却事由

### 1 意義

構成要件に該当する行為は**違法性が一応推定**される

↓しかし

違法性の本質を社会倫理規範に違反する法益侵害行為であると捉えたと（行為無価値論）、当該具体的場面において法益侵害行為があったとしても、その行為が**社会的にみて相当**といえるような場合には、例外的に違法性がなくなるというべき

↓そして

このような社会的に相当な行為を類型化したものが**違法性阻却事由**（35・36・37）

### 2 種類

#### (1) 一般的正当行為（35）

- ① 法令行為（捜査官による逮捕行為等）
- ② 正当業務行為（ボクシング等）
- ③ 社会的相当行為（被害者の承諾がある場合等）

#### (2) 緊急行為

##### ① 正当防衛（36 I）

e x. 甲は、Aに殴られそうになったので、身を守るためにAを突き飛ばした  
 →不正に対する関係

## ② 緊急避難 (37 I 本文)

e x. 甲は、Aに殴られそうになったので、通行人Bを突き飛ばして逃げた  
→正に対する関係

## ③ 自衛行為 (明文なし)

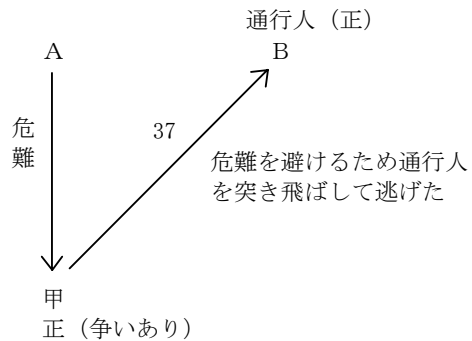
e x. 盗まれた物を、犯人から取り返した  
→必要性・相当性を充たしたときに限り違法性が阻却される

## &lt;正当防衛と緊急避難&gt;

## 正当防衛



## 緊急避難



## 三 責任要素

## 1 責任能力

→行為の是非を弁別し、かつ、それによって自己の行動を制御しうる能力

## 2 責任要素としての故意 (責任故意)

① 違法性阻却事由たる事実を認識していないこと (違法性阻却事由が存在しない事実を、存在しないと認識していること) (違法性を基礎づけるその他の事実を認識していること)

② 違法性の意識 (またはその可能性)

## 3 期待可能性

→その行為者に適法行為をすることを期待できる状況にあったこと

## 第7節 過失犯・修正された構成要件

### 一 過失犯の構造

過失犯も、故意犯と同じく、構成要件・違法性・責任、という3つの要件を満たすことが必要となる。勉強が進むにつれて忘れてしまいがちになるので注意すること。

#### 1 構成要件該当性

<過失犯の構成要件>



#### 2 違法性阻却事由

#### 3 責任要素

(1) 責任能力

(2) 責任要素としての過失

→主観的注意義務違反

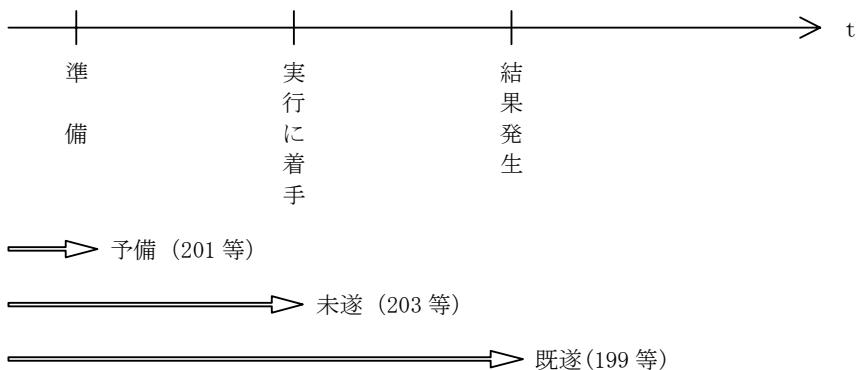
(3) 期待可能性

### 二 修正された構成要件

修正された構成要件という場合の「修正」とは、単独犯の既遂犯という原則的な犯罪形態から変容を受けているという意味であり、間違っていたことを改めるという意味ではない。修正された構成要件という用語を用いず、犯罪の成立を「拡張」する事由という用語を用いる立場もある。原則よりも犯罪が成立する場面を広げている、つまり、処罰範囲を広く認めているから、むしろ「**拡張された構成要件**」と呼ぶ方が適切である。

#### 1 時間的修正

<予備・未遂・既遂>



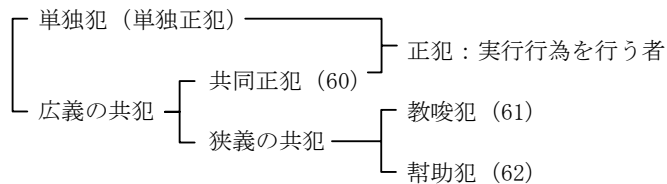
## 2 共犯

共犯は自分だけの行為ではなく他人の行為に関与したことで、その他人の行為についても自分が責任を負うという形で、処罰の対象を広げる処罰拡張事由である。

\* 他人のした行為について責任を負わされるという制度は民法にもある。履行補助者の帰責性に基づく債務不履行責任を本人が負うという場面や、共同不法行為の場合である。これらは、刑法の共犯規定に近いものといえる。

他人のした行為について責任を負わされる制度といえば民法の代理制度があるが、刑法には代理行為というものはない。他人に頼まれて人殺しをした場合、その効果、つまり刑罰は依頼を受けた人にまずは科される。犯罪行為をした人に刑罰が科され、さらに、犯罪を依頼した人も教唆犯の規定によって処罰される。

### < 共犯の種類 >



### (1) 共同正犯

→二人以上共同して犯罪を実行する場合 (60)

e x. 甲・乙は共同して強盗 (236) を行った

→甲は脅迫を行い、乙は金を奪った (それぞれは強盗罪の構成要件の一部しか行っていない)

↓しかし

甲・乙は相互に助け合って強盗を実行 (相互利用補充関係がある)

↓そこで

両者とも強盗罪の罪責を負わせる (60)

### (2) 狭義の共犯

#### (a) 教唆犯 (61)

他人を唆して、犯罪を実行させる場合 (61)。

e x. 甲は乙に「Aは殺してしまうべきだ」と唆した。その結果、その気になった乙は、Aを殺した

→乙は殺人既遂罪 (199) (正犯)

甲は殺人罪の教唆犯 (61、199)

(b) 幫助犯（従犯）（62）

実行行為以外の行為で正犯の実行を容易にする場合（62）。

e x. 甲は、殺人をしようとしている乙にピストルを貸してやった。その結果、乙はそのピストルを用いてAを殺した

→乙は殺人既遂罪（199）（正犯）

甲は殺人罪の幫助犯（62、199）

\* 教唆犯・幫助犯の場合、正犯が実行に着手しない限り、教唆犯・幫助犯は成立しない（共犯従属性説）。

---

## 第7章 行政法総論

### 第1節 行政法序論

#### 一 はじめに

##### 1 公法とは何か

行政法は公法に位置づけられている。では、公法とは、何であろう。

まず法とは、強制力を持つ社会統制手段である。「社会あるところ法あり」、というが、その社会の典型である国家は国民に対し、権力を行使する。しかしその中身は単なる暴力と異なることが多い。そこで、国家が行使する暴力には正当性が必要であると認識されるようになる。ここで、「法の支配」という概念が生まれる。つまり主権国家も（正しい）法の下にあるという原理だ。これにより、国家の権力は、内実は裸の暴力だが、法の装いを持って立ち現れる。つまり物理的暴力が、法律に従って発動されるということだ。またそのような暴力を正当化する法律こそ、服従を受忍しなければならない国民の意思に従って作られるべきことになる。これが「法律による行政」の根拠である。このように国家と国民との関係を規律しているのが公法である。

##### 2 公法の性質とは何か

<公法の性質（公共性）>

公共性	}	権力性—一方的行為・強制・単独行為。
		公序性—強行性・罰則。
		公益性—公共の福祉・信義則・権利濫用。
		公開性—公布・告知聴聞・公聴会・説明責任。

公法の原理（仮に、公共性という）の性質は、さらに権力・公序・公益・公開とに分解できる。なぜならば、公法の内容は、国家の権力を指し、公法の性質・性格は、国家の目的によって決まるはずだからである。そして、国家は領土と国民と主権の三つの要素からなる。ここから公法の性質が導かれる。

例えば、主権とは、対内的に最高で絶対的なものであり、対外的に独立したものであることが求められる。これは、領土と国民を、他からの干渉を受けずに統制することを意味する。多くの国民を統制するためには、一定のルールが必要となる。一定のルールである法典には、罰則の章が設けられていることがあり、それがルールを守らせる強行規定となっている。つまり公序性である。強行性とも呼ばれる。そして、公の秩序を維持すべくなされる国家の行為は契約ではなく、単独行為だから、従わない人も出てくる。だから従わせるための手段が必要となる。その手段として、罰則や一定の不利益を国民に負担させる不利益処分などがある。そして、この不利益など

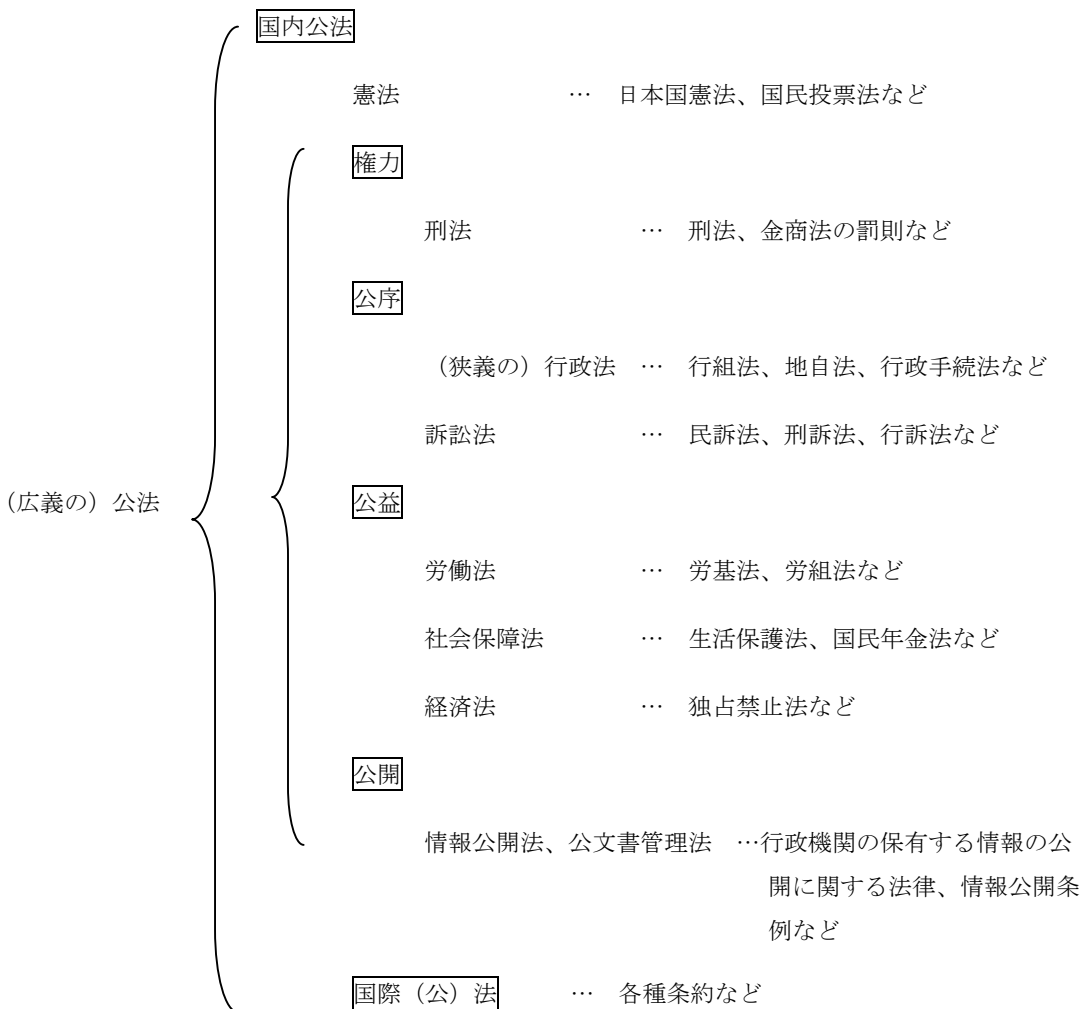
を一方的に設定し、これに強制的に服従させるような行為を処分性のある行政行為といい、これは権力性の現れである。

国家は一人のため、つまり私益のためにあるのではない。すべての国民の利益、つまり公益を目的とする。ここに公益性が認められる。さらにいくら国民自身が選挙権を行使して参加した議会が作った法律に基づく権力と言っても、その内容を検証しなければ国民の自由は守れない。そこで、その権力の内容を国民に知らしめる必要がある。それが公開である。公開性は近年広く認められるようになり、「説明責任」などがその代表例である。

### 3 公法の種類

公法を、権力・公序・公益・公開、の四つの側面から分類すると以下の通りである。それぞれに、法典を割り付けたが、これは、あえて位置付ければという意味である。労働基準法・生活保護法などの法律もそれが運用される際には、権力性があり、公序性・公益性・公開性がある。公益性のみということではない。濃淡の違いに過ぎない。行政法なども同様である。

#### <公法の種類>



民事訴訟法、刑事訴訟法に代表される訴訟法も公法である。特に民事訴訟法が規律する民事上の争いは、契約した当事者間で起こるから、私的自治の原則からすると私法と考えがちである。しかし、自力救済が禁じられている以上、国家権力の関与で処理する以外になく、それを担うのが裁判所である。刑事事件は、裁判の結果、国家が刑罰という権力を行使するので、このことが分かりやすいが、実は民事も同様である。国家の紛争処理手続も裸の権力ではなく、法律の形式で現れる。したがって、公法には、憲法・行政法、刑法、国際公法（国家間の条約、国連憲章など）に加えて、民事訴訟法、刑事訴訟法、行政事件訴訟法などの訴訟法も含まれるのである。

また、實際上、最も重要な公法は国際公法である。国家が絶対に手を抜けないのは、領土と国民を守ることである。すなわち、国民の生命・自由・財産の保護である。国防である。国家の安全保障である。わが国でいえば、日本国憲法第二章の「戦争の放棄」9条、国際連合憲章、日米安保条約を始めとする条約である。現在憲法の教科書ではほとんど書いていない項目だ。しかし、現実の社会では、最もホットなテーマだ。わが国は、多くの条約を締結している。司法試験の選択科目の出題範囲に入っているものだけでも、国際連合憲章、国際人権規約、国際司法裁判所規程、ウィーン条約、海洋法に関する国際連合条約、難民の地位に関する条約・議定書等、様々なものがある。試験には出ないが、よく読もう。科目では、国際（公）法という。

## 二 行政法の意味

行政法という単体の法典はない。行政（国家作用から「立法」と「司法」を除いたもの：通説）に関する様々な法の全体、あるいは、行政に関する様々な法を扱う学問領域である。

- 国民に直接関わるものには、道路交通法や風俗営業法等々、沢山の法律や条例がある
- 行政手続全般に関わる一般法としては、行政手続法が制定されている
- 行政組織に関する法としては、国家行政組織法、地方自治法等がある
- 行政作用から国民を救済する制度としては、行政不服審査法、行政事件訴訟法があり、行政事件訴訟法は平成16年の大改正によって、裁判所による国民救済の途が従来よりも大きく拡大された

沢山の法律や条例を逐一検討していくことは、もともと無理があるので、「行政法」と言われている学問領域は、**行政法総論および行政法一般法である**とよい。

### 三 行政法の原理

日本国憲法下における行政法をどのように捉えるかについては、**人権保障法**であるとの捉え方が今日では一般的といってよい。行政目的の実現と人権保障との調和を目的として、行政権の濫用から国民の人権を保障するものという理解である。

そこから、以下のような原理が導かれる。

#### 1 法律による行政

##### ① 法律の留保の原則

行政活動は、法律の定め違反してはならない、という原則。

##### ② 法律の法規創造力の原則

国民の権利義務に関する一般的法規を創造する力は法律に（＝国会に）独占されている、という原則。

法律は、国民の代表者である国会議員によって構成される国会で制定される。このように、国民の権利義務に関する規範の正当化根拠を民主主義に求める、ということである。

#### 2 私法一般の原理中、正義・公平に基づく一般原理

##### ① 信義誠実の原則（信義則）

##### ② 権利濫用の禁止の法理

\* これらの私法上の原理を行政関係に適用できるか否かについて、古くは議論があった（公法私法二元論）。

##### ③ 比例原則：比例原則とは、目的と手段の均衡を要求する法原則をいう。

不必要な規制や過剰な規制を禁止するものであり、ある目的を達成するために規制効果は同じであっても規制される利益に対する制限の程度がより少ない代替手段が存在する場合には、当該規制は許されないとされる。

##### ④ 平等原則

日本国憲法 14 条（法の下での平等）により基礎づけられるものであり、行政機関が合理的な理由なく、国民を不平等に取り扱ってはならないとするものである。

### 四 行政法の適用範囲

#### 1 公法私法二元論

すべての行政機関の活動が行政法の適用範囲に含まれるものではない。従来は、実定法を公法関係と私法関係に二分して、公法関係に適用されるものが行政法であるとする公法私法二元論という考え方が有力であった。

#### 2 公法私法二元論からの脱却

現在では権利の性質により個々に判断されている。

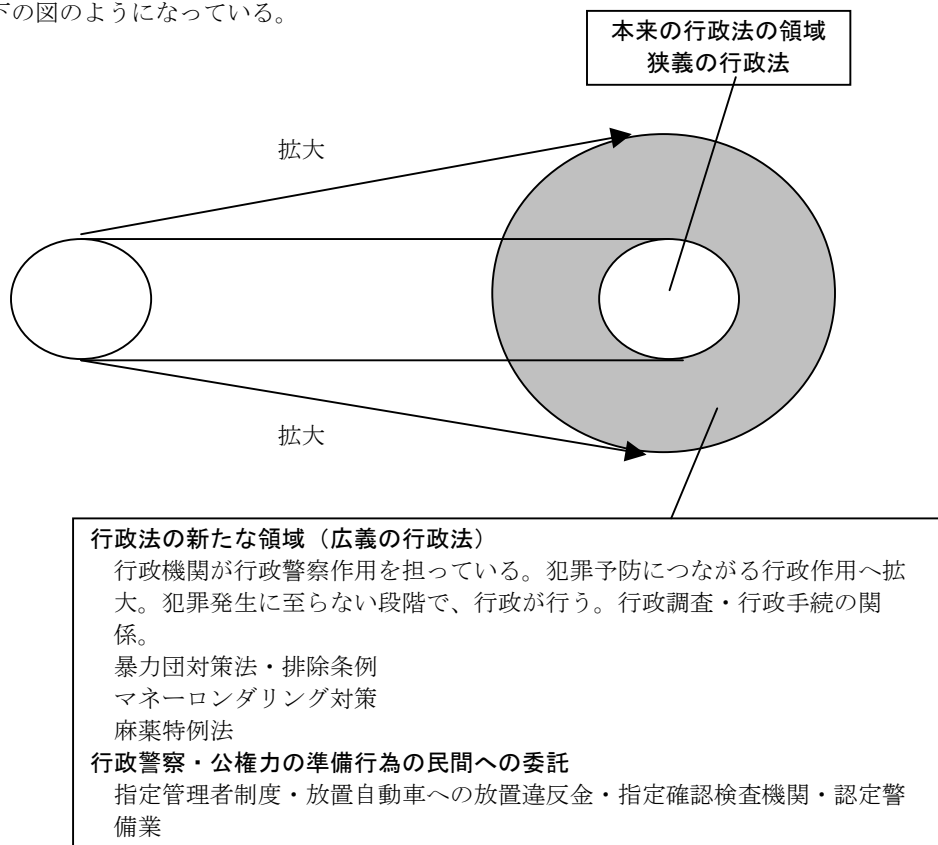
## 五 公法の大半が行政法なのはなぜか

国家が国民に働き掛ける際には法律の形式を採ることは述べた。つまり、立法行為も、裁判も行う。しかし、大半の行為は、それ以外の分野のものだ。これらをまとめて行政行為という。行政行為は、すべて法律を通じて行う。これを「法律による行政の原理」という。したがって行政行為に関しては、非常に多くの分野・法律がある。

## 六 今日非常に多くの公私混合の実体法分野があるのはなぜか

労働法・社会保障法・独占禁止法・経済法・消費者法など、今日ほとんどの法律が、行政法であり、法律の99%を占めると言われている。つまり、先に述べた性質を持った法律が、99%を占めるということだ。これだけあるなら、その解釈のためにも、公法・行政行為として別に把握しておいた方がいいと思う。

行政法が99%を占めるのはなぜだろう。一言で言えば、国家の役割が増加しているからだ。福祉国家とか、行政国家ということを開いたことがあるだろう。国家は、国民の権利自由を保護するためにあるから、国家の役割が増加していることは国民の権利・自由が拡大していることを意味する。つまり、以下の図のようになっている。



国民の権利・自由の拡大は、憲法で「新しい人権」という項目で学んでいる。新しい人権が人権カタログに追加される。そうすると、この人権を保護するために、国家は、新しい法律を作る。それが間に合わない間は、裁判所が動き、訴えた人の権利を守る新判例の登場となる。そこに生まれる判例や法律は、どれも上述の性質を持っている。つまり権力・公序・公益・公開である。たとえば、みなさんの誰もが知っている労働法や消費者法を考えてみよう。この性質を持っていることが理解できるだろう。

## 七 今日の状態の目的・行政行為の内容はなにか

国家の目的とは、政治的支配と言われている。「支配」とは、「ある人間又は人間集団が、他の人間又は人間集団に対して、自分（たち）の意思を押し付け貫き通す働き、ないし、そういう事態」をいうとされている（手島孝「学としての公法」55頁）。わかりやすく言うと、今日では政治的支配の主体は、内閣を構成する与党である。与党は国民民主権原理から日本国籍を持つ国民によって構成される投票権者に支持されなければならない。そして、国民といっても、現実には、富裕層と貧困層、資本家と労働者、右翼と左翼、若い人と老人、失業者と高額給与を取っているサラリーマンなど、さまざまな人々がいる。与党であるためには、この多様な投票権者から支持される必要があるため、その意見は支配の主体である内閣にとって極めて重要となる。つまり投票権を持つ国民の支持を得るための行政行為が政治的支配の内容となる。国民の権利・自由に奉仕する行政行為が行われるのである。それは常に法律の形式で立ち現れる。

## 八 各論—これまでの理解を受験にどう生かすか

ここからが本論だ。行政法の問題が出された際に、それを解決する能力を、以上の説明から応用して発揮できるかどうかにある。分析の視点は、以下の通りである。

### 1 4つの性質

行政法分野であれば、それは、前記4つの性質がある。つまり権力・公序・公益・公開の4つである。この4つの性質があるかの観点から、解釈をすすめることである。しかし、出題においては典型的な事例はない。なぜか。

### 2 出題は2つの分野から

一つは国民の生活が進展して、これまで民事法で済ませていた事案、つまり私的自治で処理していた生活事実が、私的自治では処理できずに、国・中央官庁・地方自治体などの公的機関、したがって行政が介入せざるを得なくなる。行政活動の拡大である。行政警察の拡大が典型である。

もう一つは、本来は民間事業だが、戦前の国家総動員法時代に始まり、戦後の右肩上がりの経済成長時代・政府の再分配政策により、国家・自治体が運営してきた分野がある。この2つの分

野は、典型的な行政法の4つの性質をズバリ適用できない。ズバリ適用できない分、出題可能性は高くなる。

### 3 新たな概念の登場

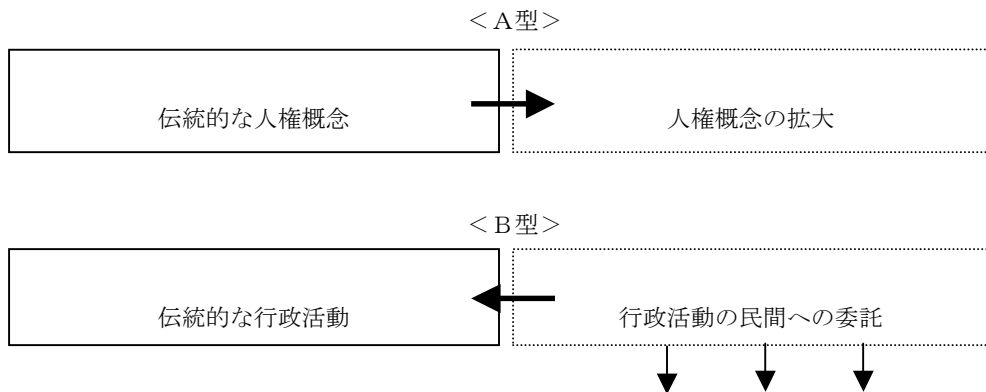
行政が行っている行政活動を民間に委託するPFI法が、以前から施行されている。また、指定管理者制度が施行されている。法律的には行政契約・行政指導・行政計画・危機管理・行政警察・自治体の生活安全条例等があるが、その背景は、異なる。

### 4 行政活動の拡大、民間委託の拡大。これらの原因は何か

まず一つは、豊かな生活を求める人々の要求による人権概念の拡大によって、行政・警察・消防・介護・医療が担当する新しい分野である。環境・消費者問題もこれに含まれる（これを仮に、A型としよう）。

もう一つは、1990年代からの、グローバル化した資本主義圏・デジタル技術のグローバルな進展により、日本経済の縮み現象が顕著となり、デフレ、及びGDPの縮小、従って、歳入の激減による国債の増発・自治体予算の緊縮等、これまでの大きな政府からの交付金・補助金に依存する自治体経営が行き詰ってきたことによる。現象的には、行政行為の民営化である（これを仮に、B型としよう）。しかし、考えてみれば、このような分野は、本来民間事業者が事業として行っているべき事業である。それを歴史的事情から、官がやってきたというにすぎない。事業の性質からは、株式会社のような大規模事業者による受託が増えている。

この2つの分野における事例においては、典型的な行政活動の4つの要素が希薄となる。



\* A型は行政活動の拡大（行政警察機能）を要請し、B型は行政活動の縮小（規制改革・廃止）を要請する。

## 九 具体的事例

以上を前提として、行政法で出題される事例を類型化して検討しよう。

### 1 A型の事例その1 - 生活安全条例・煙草ポイ捨て条例・暴力団排除条例・ストーカー規制法等

現在このような法律や条例が多数つくられている。以前は、普通の生活を脅かす少々の危険は個人の努力に任されていた。すなわち、自己責任の範囲であると考えられ、被害を受けるおそれのある人が自分で防衛していたのである。実際に、警察も「民事不介入」として、干渉しないものとされていた。

しかし、生活が豊かになるといろいろなサービスが生まれ、生活レベルが向上し、以前は自分でしていたことが商品となってきている。そして、今や人はそれを他人からサービスとして購入するようになってきている。つまり、従来、自己責任の範疇にあるとされていた安全・安心が日本人の生活にとって必要不可欠な利益であると認識されるようになったのである。それが侵されると、安心できない。不安であるという認識が一般化すると、そのような生活利益を保護してもらいたい、という意見が国民一般の意見となるようになる。要求は国民の選挙の結果、選挙民の意見として、議会に持ち込まれ、法律、条例となる。それが上記条例である。かつては個人の自由・権利とされていなかった利益が、次第に自由・権利として意識されるようになったことになる。つまり人権概念の拡大である。自由の拡大である。そうなればそれは国レベル（ストーカー規制法）・自治体を守るべきこと（条例）になる。つまり、有権者のそのような意見は議会を通して、法律・条例となる。

A型の問題を論じる法律構成においては、このような法律・条例が、違反者の同意なくして一方的に適用されるか、罰則を定めているか、目的は公益か、違反者には前もって説明しているか、公布しているか、内部通達か、行政指導か、等を検討する。市民の要望を保護すべきとなれば、行政指導という名であっても、強制力を持ったものとしなければならなくなるであろう。そこで4つの要素を判断しなければならない。そうしなければ市民の権利を守れなくなってしまう。すなわち、国、自治体の行政行為としてなされるべきだということになる。

試験問題で出題されるような国、自治体の行為が行政行為として認められるためには、従来の考え方では無理があった。それこそ解釈によって、解決する。それが問われているのだ。多くは、処分性・権力性が問題とされよう。そこで、行政は、できるだけ違反者の同意を得て・告知をし・聴聞・弁明の機会を与えて、処分性・権力性を弱める解釈・運用をするだろう。警察も民事不介入の原則から、行政警察の機能を問われることになる。単に、治安・秩序維持のみが警察の職務ではない。

またこれは、かつての民事の領域に行政が介入してくる、行政権の拡大をもたらす。それは、行政主体が、適法性の解釈の下で、行政指導、行政契約、行政計画等を行せざるを得ない事態を拡大することになる。

## 2 A型の事例その2 - 違法駐車の放置違反金、警備業の民間開放

この問題も、従来は、市民が自分で管理・警備するか、警察が管理していた分野である。しかし、車なくしては生活できない領域が増大していること、車のもたらす便益は計り知れないことから、私的領域内に行政・警察領域が関与することになってきた。違法駐車は道路交通法 51 条の 4 で、放置違反金について定め、公安委員会が納付命令をする。従来は、違法駐車取締りを行うのは警察官に限られていた。現在では、公安委員会の登録を受けた法人が委託を受けて（この法人を「放置車両確認機関」という）、放置車両確認・標章の取付け事務をしている。納付命令・督促・滞納処分は処分行為だが、確認機関が行った行為が行政行為として有効であるかどうか、その限界が争われるであろう。

また社会秩序の維持は警察の本来的業務であるが、昭和 47 年に警備業法が施行され公安委員会の認定により、民間人（法人）が警備業を業として行うことができるようになった。その後、生活の安全・安心の利益の必要がますます拡大していったものの、同法 2 条が定める 4 種の警備業（施設における事故防止、通行に危険のある場所における事故防止、運搬中の現金等の盗難事故防止、人の身体に対する危害の発生を防止）は極めて狭く、「警察の権力行使」の原則に比べ、依頼者との警備契約による「民による権力行使」が、今後問題となるであろう。公安委員会による認定という処分行為がどこまで及ぶかである。

## 3 B型の事例 - 病院・保育所等の民営化。行政行為の民間部門への影響

国民皆保険、介護保険、障害年金・老齢年金の整備により、国民・市民の健康志向はますます拡大傾向にある。高齢化に加えて、医療技術の高度化により、福祉関係の予算・維持費が高騰している。また保育所が不足していることは周知の事実だが、現在の公立・公益法人による運営は、近い将来において維持できなくなることが予測される。その際、民営化したこれらの業務について、どこまで行政処分の性質が及ぶかが問題となってくる。

最高裁平成 17 年の判例だが、病院開設中止の勧告の法的性質が問題となった事件がある。行政指導であるが処分があるとする判断である。行政指導は強制的に服従させるものではないので、本来、処分性はない。以下、詳しく見てみよう。

(1) 行政事件訴訟法 3 条 2 項に基づく処分とは「その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」を言う。これを「従来の公式」という。しかし、前述の最高裁判決は、医療法 30 条の 7（11 条）の規定に基づく病院開設中止の勧告は、行政指導であるが、行政事件訴訟法 3 条 2 項に基づく処分に当たる、とした。

(2) その理由は、以下のように示した。

勧告に従わない場合は、保険医療機関の指定が受けられない結果となる。国民皆保険制度のもとでは、保険医療機関の指定が受けられない場合は、病院の開設を断念せざるを得ない。現在の行政は、一つのメカニズムが、個々の行為をつなぎ、有機的に関連して、作られている。その各行為を一つ一つ別個に判断した場合と、全体を通じて判断した場合とは違う。今日は新たな機能・関連・全体を見るべきだ。一つ一つは、処分性がなくても、メカニズム全体からみて処分性があると判断されることもあると判示して、勧告を処分であると結論付けたのである。

これによりこの分野の民営化が、一段と進展することになろう。民営化する保育所も同様の道を進むであろう。

## 第2節 行政組織法

行政主体とは、行政上の法律関係から生じる**権利義務の帰属主体**となるものをいう。

＜行政主体の分類＞

行政主体	説明
国	行政主体の典型。
地方公共団体	一定の地域とそこに住む住民を基礎とし、その地域に関連する事務等を実施する目的をもって設置される公法上の団体（地方自治法2条1項）で、その地域の住民に対して包括的な支配権を有する団体。
その他の行政主体	公の資金の出資に基づいて設立された財団的性格の団体としての営造物法人（公団・公庫・事業団等）と利害関係人によって構成される社団的性格の公共組合（健康保険組合等）等の特殊法人がある。その他、独立行政法人、地方公社等がある。

### 第3節 行政作用法

「行政」概念自体が、国家作用から「立法」「司法」を除外したものであるから、行政作用も、極めて、多岐にわたる。

①行政立法：行政権が、法条の形式で一般的・抽象的な定めをする作用

→法規命令と行政規則に分かれる

→法規命令はさらに、委任命令と執行命令に分かれる

②行政行為：行政庁が法律の規定に基づき、その一方的な判断に基づいて、国民の権利・義務その他の法的地位を具体的に決定すること。**行政作用の中核**をなす。

③行政上の強制手段：行政上の目的を達成するために人の身体または財産に実力を加え、もって行政上必要な状態を実現する作用

④行政計画：行政機関が行政作用について定める計画

→現代における給付行政や経済・開発行政は、単なる法の執行としてのみ行われるのでは足りず、積極的な法目的実現のため、長期的な展望のもとに整合的な計画を策定して目標を具体化し、さらにこれを指標として整合性をもって統一的に実施する必要がある、これらの行政領域において行政計画は必要不可欠なものとなっている。

e x. 都市計画

⑤行政契約：行政主体が行政目的を実現するために他の行政主体や私人と対等な立場で締結する契約

⑥行政指導：行政機関が行政目的実現のために、国民に働きかけ、その自発的な協力を要請する行為。指導・勧告・助言などと呼ばれる。

⑦行政手続：行政機関が一定の行政活動をする場合の事前手続一般

## 一 行政行為の分類

行政行為の分類の仕方には、以下のようなものがある。

### 1 侵害的行政行為・授益的行政行為

行政行為は、相手方に対して不利益を与えるものか利益を与えるものを基準に、侵害的行政行為と授益的行政行為に分類される。侵害的行政行為の例が**下命・禁止**であり、授益的行政行為の例が**許可・特許・認可**である。

### 2 法律行為的行政行為・準法律行為的行政行為

行政行為は、法的効果の発生原因の違いに基づき、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為に分類される。

→法律行為的行政行為は、さらに、私人の権利・義務への働きかけ方の違いに基づき、命令的行為と形成的行為とに分類される。命令的行為とは、国民が本来有する自由を制限したり、制限を解除したりする行為をいい、**下命・禁止・免除・許可**がこれにあたる。他方、形成的行為とは、国民が本来有していない特別な権利や法的地位を設定・剥奪・変更する行為をいい、**特許（および剥権・変更行為）・認可・代理**がこれにあたる。

<行政行為の分類>

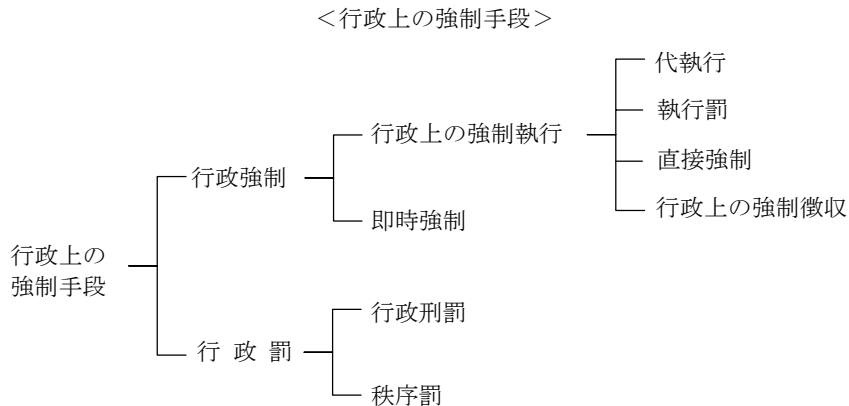
分類		意義	具体例
法律行為的行政行為	命令的行為	下命 国民に作為を命じる行為 (特に不作為を命じるものを <b>禁止</b> という)	<ul style="list-style-type: none"> <li>違法建築物の除却</li> <li>租税賦課</li> <li>営業停止</li> <li>道路通行禁止</li> </ul>
		免除 特定の場合に、作為・給付・受忍義務を解除する行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>租税減免</li> <li>授業料免除</li> <li>児童の就学義務の免除</li> <li>予防接種の免除</li> </ul>
		許可 一般的な禁止を特定の場合に解除し、適法に一定の行為を行わせる行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>自動車運転免許</li> <li>医師免許</li> <li>各種営業許可</li> </ul>
	形成的行為	特許 特別な権利や能力を設定する行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>鉱業権の設定</li> <li>河川占用許可</li> <li>公務員の任命</li> <li>公有水面埋立免許</li> </ul>
		認可 第三者の契約等に介入し、その法律上の効果を完成させる行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>農地権利移動の許可</li> <li>公共料金改定認可</li> <li>河川占用権の譲渡承認</li> </ul>
		代理 第三者がなすべき行為を行政機関が代わって行う	<ul style="list-style-type: none"> <li>土地収用裁決</li> <li>特殊法人の役員の任命</li> </ul>

準法律行為的行政行為	確認	特定の事実または法律関係の存否に関し、疑いまたは争いがある場合に公の権威をもってその存否または真否を判断する行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 所得税額の更正決定</li> <li>・ 発明の特許</li> <li>・ 建築確認</li> <li>・ 選挙の当選人決定</li> <li>・ 恩給権の裁定</li> <li>・ 市町村の境界の決定</li> </ul>
	公証	特定の事実または法律関係の存否を公に証明する行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 各種名簿への登録</li> <li>・ 証明書の交付</li> <li>・ 印鑑証明・運転免許証の交付</li> <li>・ 各種土業の登録</li> </ul>
	通知	特定または不特定多数の人に対して一定の事項を知らせる行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 納税の督促</li> <li>・ 代執行の戒告</li> <li>・ 事業認定の告示</li> </ul>
	受理	他人の行為を有効な行為として受け付ける行為	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 不服申立書の受理</li> <li>・ 公安条例による届出の受理</li> <li>・ 各種の申請の受理</li> </ul>

## 二 行政上の強制手段

行政機関は、行政目的を実現するため、私人の身体や財産に実力を加え、自ら必要な状態を実現することができる（行政強制）。また、私人の行政上の義務違反に対し、制裁を科すこともできる（行政罰）。

行政強制とは、行政目的を達成するため、私人の身体や財産に実力を加え、自ら必要な状態を実現することをいう。行政強制は、履行義務を前提とするか否かにより、行政上の強制執行と即時強制に分類される。



### 三 行政手続法

行政手続法における行政手続は、行政機関が国民に対して一定の行政活動をする場合の事前手続をいう。そして、その規律の対象となるのは、主に権利保護手続であるが、参加手続についての規定も存在する。

#### 1 適用対象

行政手続法の適用対象は、**処分（申請に対する処分および不利益処分）**、**行政指導**、**届出に関する手続**と**命令等を定める手続**に限定されている。つまり、行政契約や行政計画についての手続規定は置いていない。

なお、命令等を定める手続における「命令等」とは、内閣または行政機関が定める①法律に基づく命令（処分の要件を定める告示を含む）または規則、②審査基準、③処分基準、④行政指導指針をいう。

#### 2 処分に関する手続

申請に対する処分および不利益処分の事前手続の一般的な規定を設け、基準の設定・公表や理由の提示、不利益処分を行う場合の告知・聴聞などの手続を定めている。

#### <基準の設定・公表>

	定めること	公にしておくこと	できるかぎり具体的なもの とすること
申請の審査基準（5条）	法的義務	法的義務	法的義務
申請の標準処理期間（6条）	努力義務	定めたときは、法的義務	—
不利益処分の処分基準（12条）	努力義務	努力義務	定めるにあたっては、法的義務

#### <理由提示>

理由提示の場面	共通点	原則	例外
申請拒否処分時 （8条）	処分を書面でするときは、書面により理由を示さなければならない	処分と同時	一定の場合は、申請者の求めがあったときに示せば足りる
不利益処分時 （14条）			理由を示さないで処分をすべき差し迫った必要あり ⇒一定の場合を除き、処分後相当の期間内に、理由を示さなければならない

## 第8章 民事訴訟法

### 第1節 訴訟法とは何か

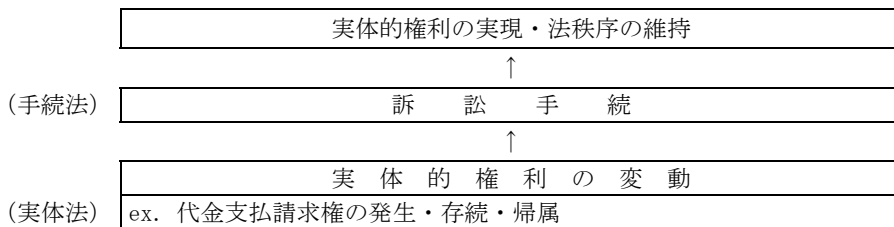
#### 一 訴訟法とは何か

売買契約を締結した当事者がどのような権利を有し、義務を負うかについて、民法が債権・債務について詳しく定めている。しかし、それが実現できないとしたなら「絵に描いた餅」にすぎない。これを実現する過程が必要となる。

訴訟法は、裁判を通じて実体的権利を実現していく手続を定めた手続法であり、裁判作用を担当する裁判所という国家権力と国民との関係を規律する公法である。民事訴訟において実現されていく実体的権利は、私権（代金支払請求権や所有物返還請求権等）である。

なお、判決が出て、それだけでは、権利は実現しない。相手が自主的に義務を履行してくれればそれでよいが、履行してくれないときにこれを強制的に実現するための手続も必要となる。この点について定めているのが民事執行法という法律である。

<実体法と手続法>



#### 二 訴訟法の特殊性

訴訟法は、実体的権利実現の手続を定めたものであるから、実体法とは異なった指導原理に基づいて、理解しなければならない。すなわち、裁判手続は、①適正、②迅速、③公平でなければならない、裁判内容は、④公正かつ⑤合理的なものでなければならない。これらの原理は、裁判手続は、紛争の解決（民事訴訟＝私的紛争の解決）であり、法秩序の維持（民事訴訟＝私法秩序の維持）であるということから導かれ、また、国民の人権保障（民事訴訟＝私権保護）ということから導かれる。さらに、これらの原理は、裁判所に対する国民の信頼確保のためにも必要なものである。

しかし、その手続で実現していく実体的権利が私権か国家刑罰権か諸人権かということが、指導原理にも反映する。

<訴訟法の指導原理>

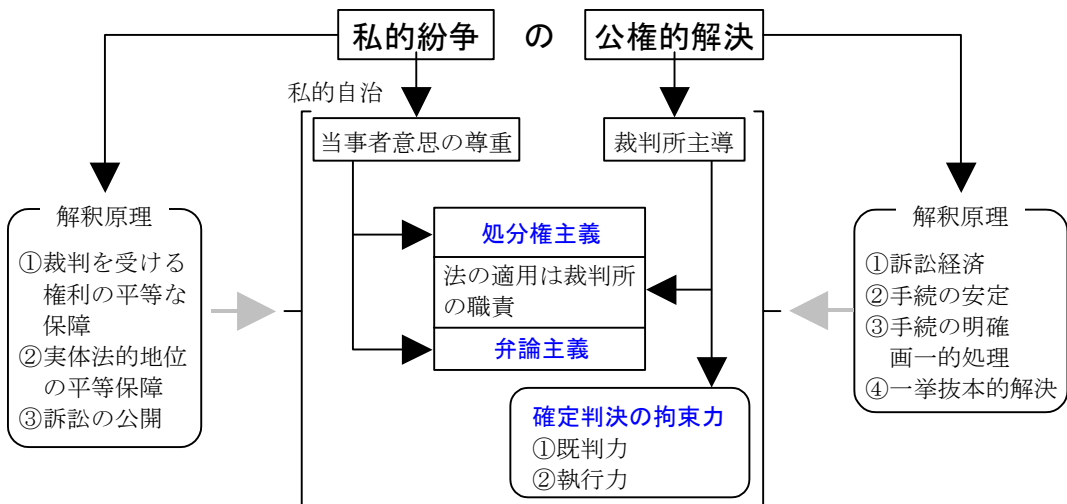
- ① 適正 → 当事者主導 公判中心
- ② 迅速 → 集中審理 訴えの取下げ
- ③ 公平 → 公開 管轄 裁判官の除斥・忌避・回避
- ④ 公正 → 当事者主導 公判中心 公開 三審制
- ⑤ 合理的 → 証拠に基づく裁判 三審制  
 証拠の評価に対する裁判官の自由心証  
 既判力 二重起訴の禁止

### 三 民事訴訟法の指導原理

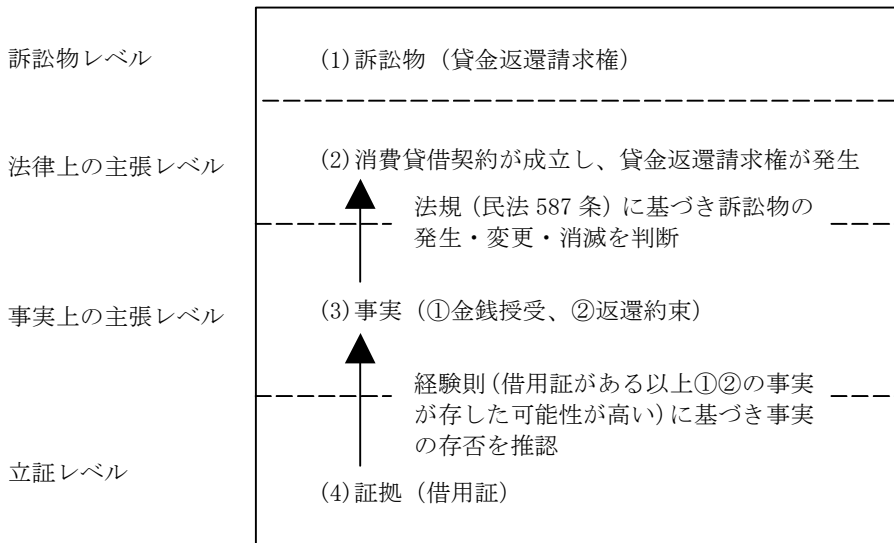
民事訴訟法においては、紛争の対象となっている権利そのものが、本来当事者の自由な処分に委ねられているものであることから、訴訟上も私的自治を反映すべく、当事者意思やその自主的判断に基づく活動を最大限尊重しようとする（処分権主義・弁論主義）。

<民事訴訟法の指導原理>

民事訴訟とは、私的紛争の公権的解決をいう



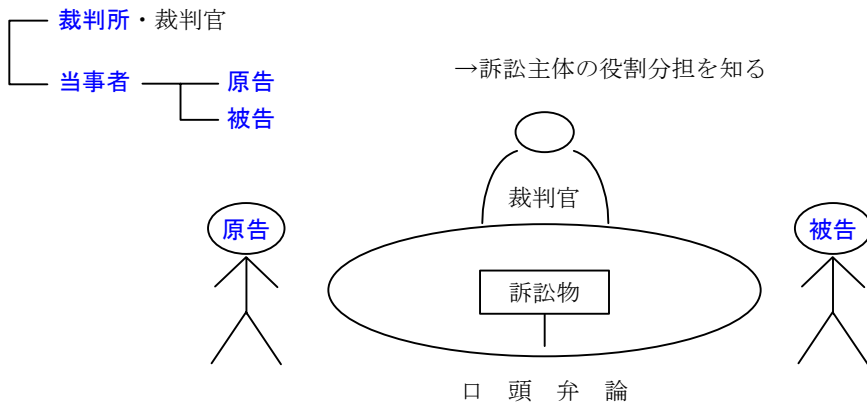
<民事訴訟の構造>



**事実認定の三段論法** : 証拠 (小前提) を経験則 (大前提) に当てはめ事実を認定 (結論を得る)

**法適用の三段論法** : 事実 (小前提) を法規 (大前提) に当てはめ法的に評価 (結論を得る)

<民事訴訟手続に関与する者>



<民事訴訟の当事者は何ができるのか>

I 請求レベル (= 訴訟物レベル)

→ 処分権主義

= 原告が審判を求め (133)、その対象を特定、限定できる権能 (246) と、当事者がその意思に基づき判決によらず訴訟を終了させる権能 (261、267) を認める建前

II 法律上の主張のレベル

→ 法の適用は裁判所の職責

III 事実上の主張のレベル

→弁論主義

＝訴訟資料の収集および提出を当事者の権能と職責とする建前

∴解決内容はできるだけ当事者の意思を尊重した自主的解決に近いことが望ましい（私的自治）

・ 弁論主義の第1テーゼ

＝裁判所は当事者の主張しない事実を判決の基礎に採用してはならない

・ 弁論主義の第2テーゼ

＝裁判所は当事者間に争いのない事実そのまま判決の基礎として採用しなければならない

IV 証拠レベル

→弁論主義の第3テーゼ

＝裁判所は当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際は必ず当事者の申し出た証拠によらなければならない

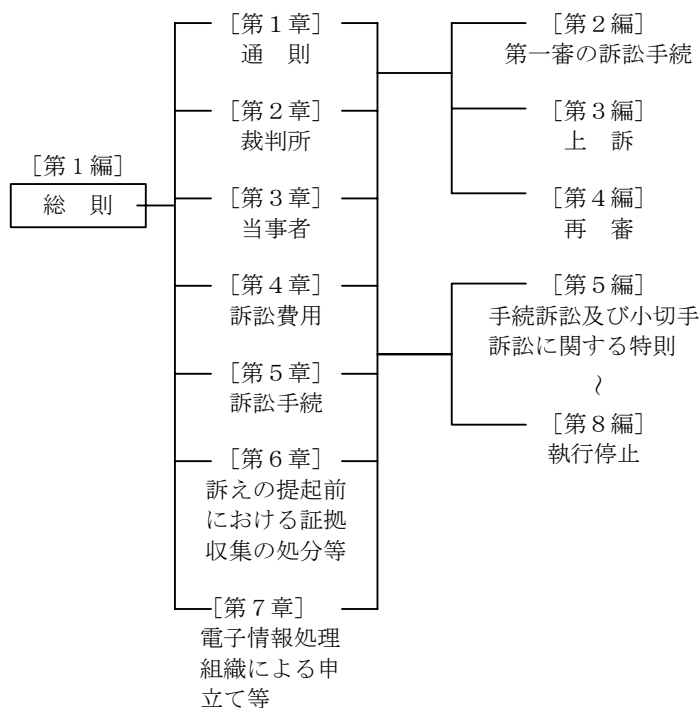
## 第2節 民事訴訟法の構成（体系）

### 一 法典の構成（パンデクテン方式）

#### 1 民事訴訟法

司法試験の民事訴訟法の学習対象となる法典は、民事訴訟法（法律）・民事訴訟規則（最高裁判所規則）である。強制執行等をしていくための手続を定めた民事執行法は、司法試験において直接には問われない。法律の第1編総則編は、手続の主体である「裁判所」・「当事者」、および各手続段階で共通の問題となる「費用」「期日」等を規定する。第2編から第4編までは、第一審およびそれに対する不服申立手続を、民事訴訟手続の通常の流れに沿って規定しているが、第3編「上訴」、第4編「再審」は、論文試験での出題頻度は、さほど高くない。第5編から第8編までは、民事訴訟手続の中の特別な手続（「少額訴訟」等）を規定しており、論文試験での出題頻度は、さほど高くない。

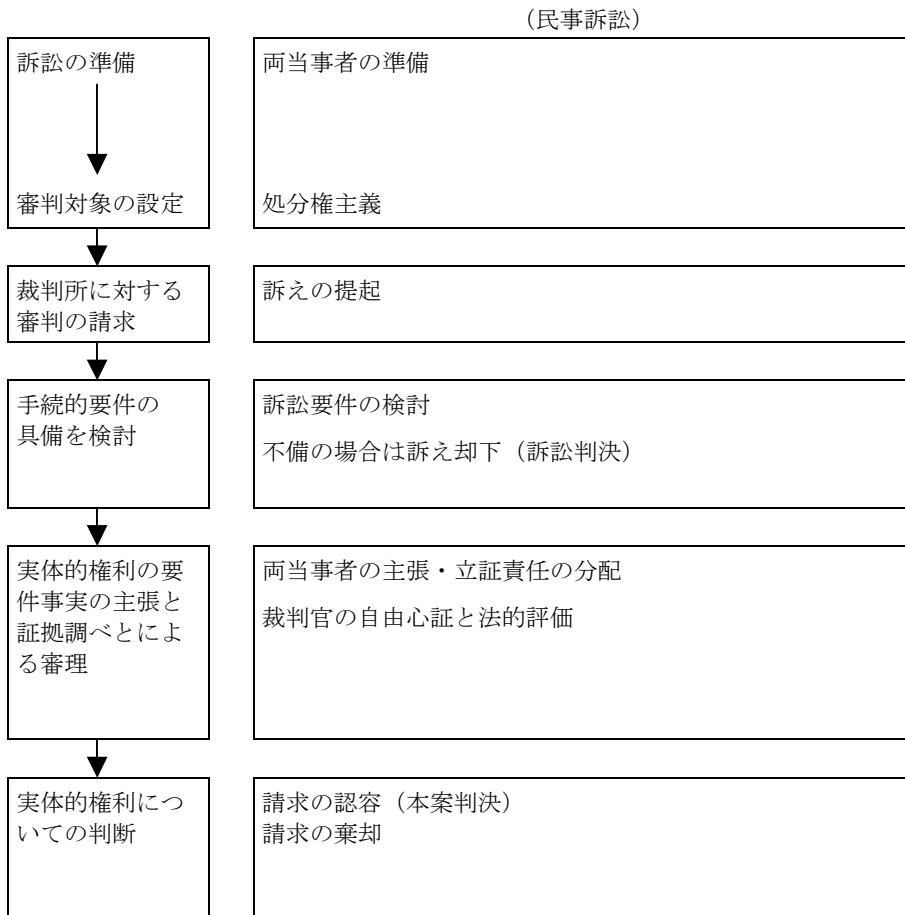
＜民事訴訟法典の構造（パンデクテン方式）＞



## 二 民事訴訟手続の通常の流れ

手続は、関連するさまざまな人々の行為の集積として、一連のものとして進行していく。そこで、訴訟手続に共通な、手続の流れをつかんでおこう。

＜民事訴訟手続の流れ＞





## 三 主張・立証責任の配分

### 1 主張責任・立証責任の意味

**弁論主義の第1テーゼ（裁判所は当事者の主張しない事実を判決の基礎にしてはならない）**を当事者の側から表現しなせば、事実を主張しない当事者は裁判所に自己の求めた判決を下してもらうことができず敗訴という不利益を負う、当事者は事実を主張しなければ敗訴するという不利益を負担する、当事者は事実を主張する責任がある、**当事者は事実の主張責任を負う**ことになる。弁論主義が適用される事実は、**訴訟物たる権利関係の発生・変更・消滅を定める法規の構成要件に該当する（主要事実）**であるとするのが通説である。

また、証拠によって事実を認定していく場合に、立証が尽きてもなお事実について真偽不明の場合に、**当事者のいずれが敗訴するという不利益を負うのか、当事者の立証責任（証明責任）を決めておく必要がある**。真偽不明の場合でも判決を下さなければならない、という裁判の目的から当然に必要となる（規定はない）。この立証責任は、実体法の私的自治の原則の反映として、原告のいずれかが一方的に負担するのではなく当事者間に配分すべきと理解されており、その配分の基準について争いがあるものの、判例・通説は、実体法の規定によるべきであるとの法律要件分類説によっている。

＜錯誤が争点となる場合の主張・立証責任の配分＞

原告（X）側の主張		被告（Y）側の主張	
請求原因	「Xは、Yに平成19年4月1日、本件土地を2000万円で売った。」との主張	請求原因事実に対する認否	否認する
Xは、売買契約の成立要件について立証活動を行う  立証が成功し、裁判所が売買契約の成立を認める（売買代金債権の発生）			
抗弁事実に対する認否	否認する	抗弁	①Yの購入の意思表示には勘違いがあった ②仮に勘違いがなければ、Yも通常人もその意思表示をしなかった
			Yは、錯誤（契約の重要な部分における重要な勘違い）について立証活動を行う  立証が成功し、裁判所が錯誤を認める（売買代金債権の発生を障害）
再抗弁	勘違いが被告の重過失によるものであることを基礎付ける事実（重過失の評価根拠事実）を主張する	再抗弁事実に対する認否	否認する or 重過失の評価障害事実を主張

## 第3節 民事訴訟法の学習法

司法試験および各種関連試験の特徴をふまえて、効率のよい学習をする必要がある。

- 1 **司法試験早期合格のための学習法一般を堅持する。**  
←膨大な学術体系書は、かえって、危険。基本三法以上にメリハリが肝要
- 2 **条文参照を基本三法以上に重視する。**  
←自然にまかせると、条文を蔑ろにしやすい  
←論文試験では、条文を、誰に断るでもなく参照できる
- 3 **手続の流れを常に意識しながら学習する。**  
←実体法と異なる手続法の特徴
- 4 **各訴訟法の異同を常に意識しながら学習する。**  
←概念が共通なものや概念は異なるが視点が共通なものと、当該訴訟法独特のものを、意識しながら学習して、「1科目+1科目+1科目」を3エネルギーではなく「2.5エネルギー」で済ませる（これぞ各訴訟法学習のメリット！）

## 第9章 刑事訴訟法

### 第1節 訴訟法とは何か

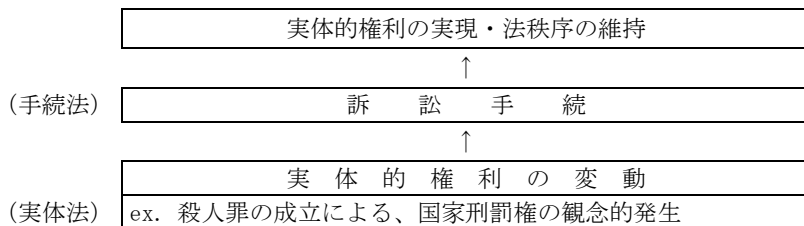
#### 一 訴訟法とは何か

訴訟法は、裁判を通じて実体的権利を実現していく手続を定めた手続法であり、裁判作用を担当する裁判所という国家権力と国民との関係を規律する公法である。刑事訴訟において実現されていく実体的権利は、**各犯罪に対応した国家刑罰権**（殺人について懲役5年に処する権利等）である。

刑法199条に「人を殺した者は死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」という条文があるが、具体的に甲という人物が人を殺したかどうかは、裁判所で、具体的に裁判をしないとわからない。199条の適用があるかどうかを国家が判断する手続が必要である。これに関する手続を定めているのが刑事訴訟法である。

さらに、民事執行法のように刑罰権を実現する法律もある。これが刑の執行について定めた、「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」である。被収容者の典型は、裁判が確定して刑が決まった人、すなわち受刑者であり、死刑囚もここに含まれる。また、未だ裁判中で刑が確定していない被告人・被疑者についてもこの法律で規定されている。

<実体法と手続法>



#### 二 訴訟法の特殊性

訴訟法は、実体的権利実現の手続を定めたものであるから、実体法とは異なった指導原理に基づいて、理解しなければならない。すなわち、**裁判手続は、①適正、②迅速、③公平でなければならない**、**裁判内容は、④公正かつ⑤合理的なものでなければならない**。これらの原理は、裁判手続は、紛争の解決（刑事訴訟＝刑罰権をめぐる国家と国民との紛争の解決）であり、法秩序の維持（刑事訴訟＝社会倫理秩序の維持）であるということから導かれ、また、国民の人権保障（刑事訴訟＝「裁判なければ刑罰なし」）ということから導かれる。さらに、これらの原理は、裁判所に対する国民の信頼確保のためにも必要なものである。

しかし、その手続で実現していく実体的権利が私権か国家刑罰権か諸人権かということが、指導原理にも反映する。

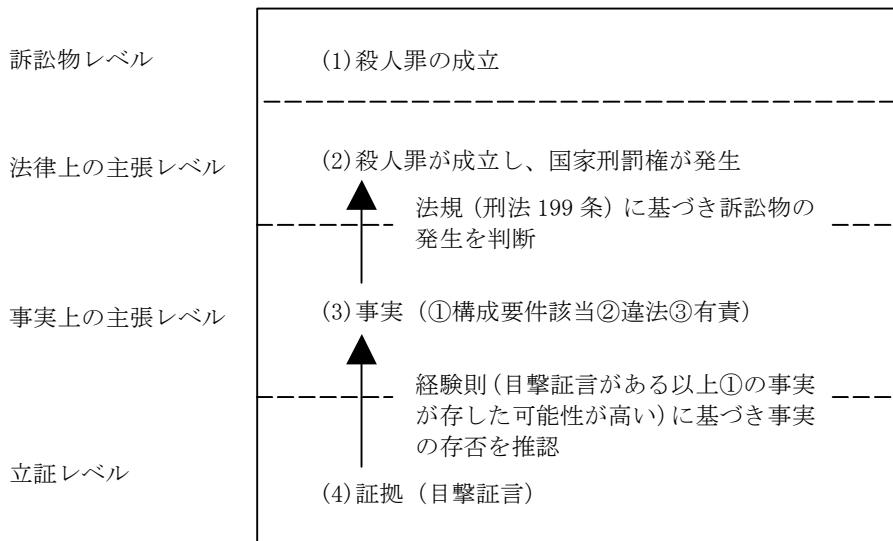
＜訴訟法の指導原理＞

- ① 適 正 → 当事者主導 公判中心
- ② 迅 速 → 集中審理 公訴の取消し
- ③ 公 平 → 公開 管轄 裁判官の除斥・忌避・回避
- ④ 公 正 → 当事者主導 公判中心 公開 三審制
- ⑤ 合理的 → 証拠に基づく裁判 三審制  
                   証拠の評価に対する裁判官の自由心証  
                   既判力 二重起訴の禁止

### 三 民事訴訟法との相違点

刑事訴訟法は、**国家刑罰権の発動に際し人権を保障しつつ真実を発見することを目的とする**ため、法定された訴訟手続によらなければ処罰されることはないと言われ、訴訟結果についても、ただ紛争が解決すればよしとするのではなく、**人権保障と調和した真実に基づく事件解決が要求される**（消極的実体的真実主義・適正手続）。

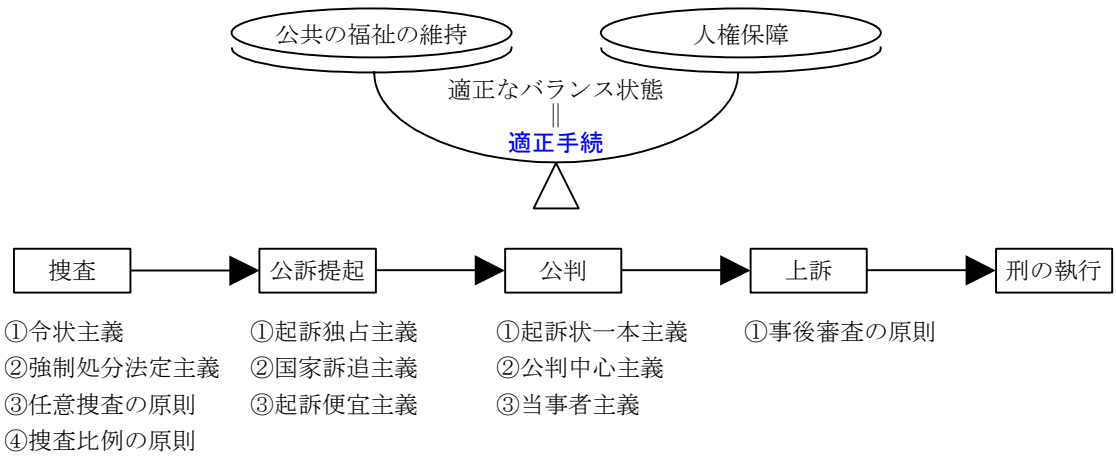
＜刑事訴訟の構造＞



**事実認定の三段論法**：証拠（小前提）を経験則（大前提）に当てはめて事実を認定（結論を得る）

**法適用の三段論法**：事実（小前提）を法規（大前提）に当てはめて法的に評価（結論を得る）

< 刑事訴訟法の指導原理 >

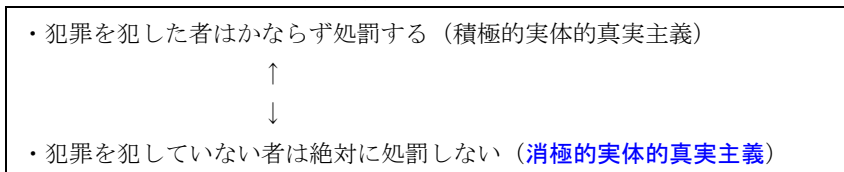


I 目的原理

- 基本的人権の保障
- 実体的真実の発見  
 刑事実体法は犯罪要件の存否の確定によって実現される

↓  
**真実発見をめざす (実体的真実主義)**

↓ 何のために真実を発見するか



||  
**適正手続 (デュープロセス)**

= 人権保障と公共の福祉の維持とを調和させつつ真実を発見する

- 刑罰法令の実現

II 派生原理

適正手続と真実発見が目的

↓  
 誤りのない事実認定が適正な手続にしたがってなされることが刑事手続きの基礎

→ 真偽不明のときは無罪判断をしなければならない  
 → **無罪推定の原則 (狭義) (336) (疑わしきは被告人の利益に)**

||  
 消極的実体的真実主義の現れ

→ 証拠の収集が充分になされ、裁判所がこれを正しく評価  
 → **証拠裁判主義 (317)**

## III 手段原理

適正手続と真実発見を達成するためにはどのように手続を進めるべきか



訴訟追行（審判対象の選定と事実・証拠の顕出活動）の主導権を誰に与えるべきか

処罰のための真実発見を強調すると裁判所が主導すべき（職権主義）

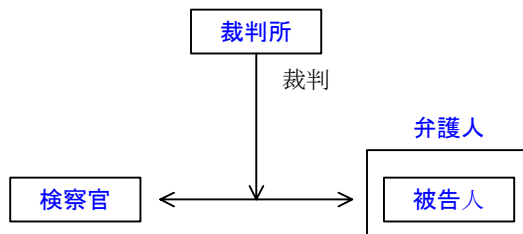
適正手続を強調すると当事者（検察官と被告人）が主導すべき（当事者主義）

→当事者主義が妥当（判例・通説） 但し、例外として職権主義的規定も存在

ちなみに、刑事訴訟の構造（審判対象レベル・法律上の主張レベル・事実上の主張レベル、事実認定の三段論法と法適用の三段論法）は、民事訴訟法と基本的に変わらない。

<刑事訴訟手続に関与する者>

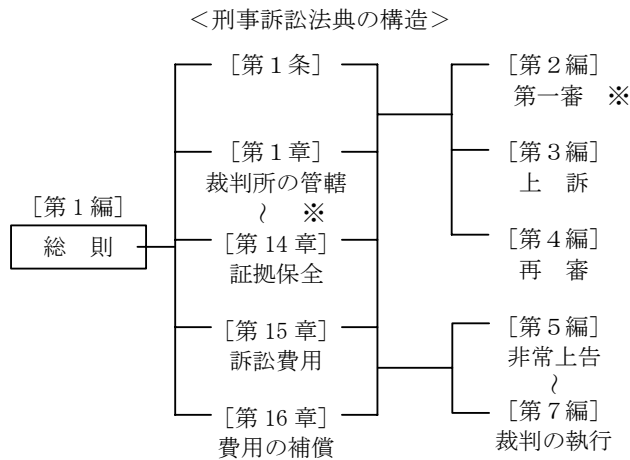
- ① 裁判所・裁判官
- ② 検察官・司法警察職員
- ③ 被疑者・被告人（c f. 民事訴訟法では「被告」）
- ④ 弁護士



## 第2節 刑事訴訟法の構成（体系）

### 一 法典の構成（パンデクテン方式）

司法試験の刑事訴訟法の学習対象となる法典は、憲法・刑事訴訟法（法律）・刑事訴訟規則（最高裁判所規則）である。法律の第1編総則編は、手続の主体である「裁判所」および、各手続段階で共通の問題となる「費用」「期日」等を規定するだけでなく、裁判所が行うさまざまな処分を、手続段階にかかわらず、総花的に規定している。第2編第1章は「捜査」という国家権力側の訴訟準備を規定している。第2編第2章から第4編までは、第一審およびそれに対する不服申立手続を、刑事訴訟手続の通常の流れに沿って規定している。第5編・第6編は刑事訴訟手続の中の特別の手続（「略式手続」等）を規定し、第7編は「執行手続」を規定している。



※ 第2編・第1章「捜査」では、国家機関のなす強制処分について、第1編の裁判所のなす強制処分の多くの規定を準用している。また、公判の中心をなす証人尋問の基本的な事柄は、第1編・第11章に定めている。

このように、刑事訴訟法の条文は民事訴訟法の条文に比べて、操作しにくい。

## 二 刑事訴訟手続の通常の流れ

手続は、関連するさまざまな人々の行為の集積として、一連のものとして進行していく。そこで、両訴訟手続に共通な、手続の流れをつかんでおこう。両手続には異なる点もあるが似ている点も多い。いずれも実体法の規範（民法・刑法）を実現する国家の手続について定めた法律であるからである。

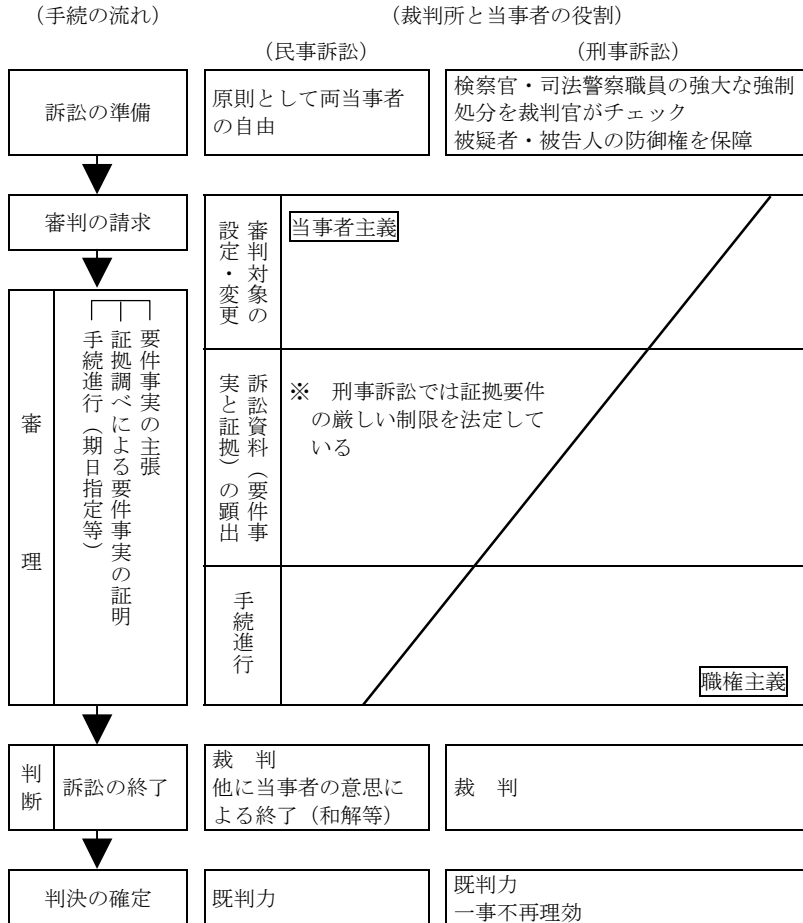
< 訴訟手続の流れ（民事と刑事の比較） >



### 三 LEC体系による訴訟法の学び方

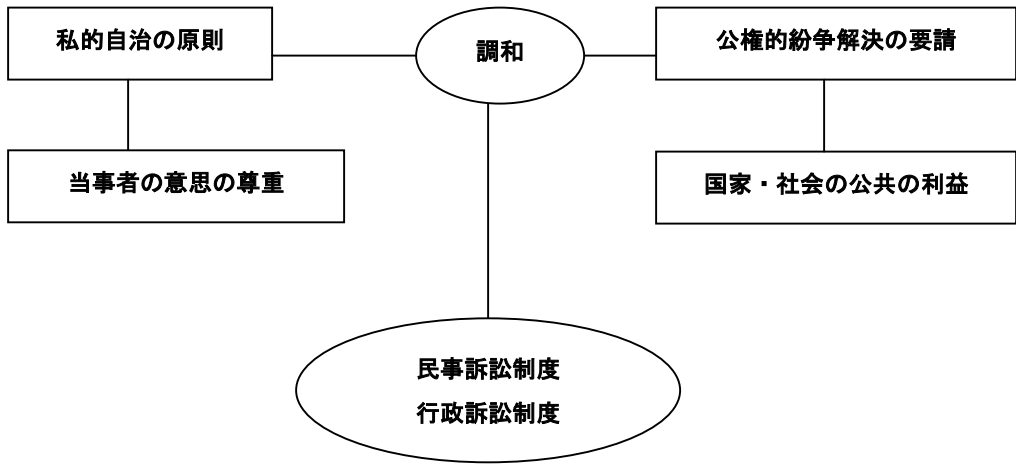
法典は、最近制定された新・民事訴訟法のほうが、日本国憲法制定後直ちに制定された刑事訴訟法に比べてまだ理解しやすいが、いずれもパンデクテン方式による。LECでは、わかりやすく効率的に学習するために、民事刑事両訴訟法を通じて、①誰の、②手続の流れに沿った、③どのような行為が、④どのような訴訟上の効果を生じるか、という共通の視点で学習していく。

<LEC体系による民事・刑事両訴訟法の構造>

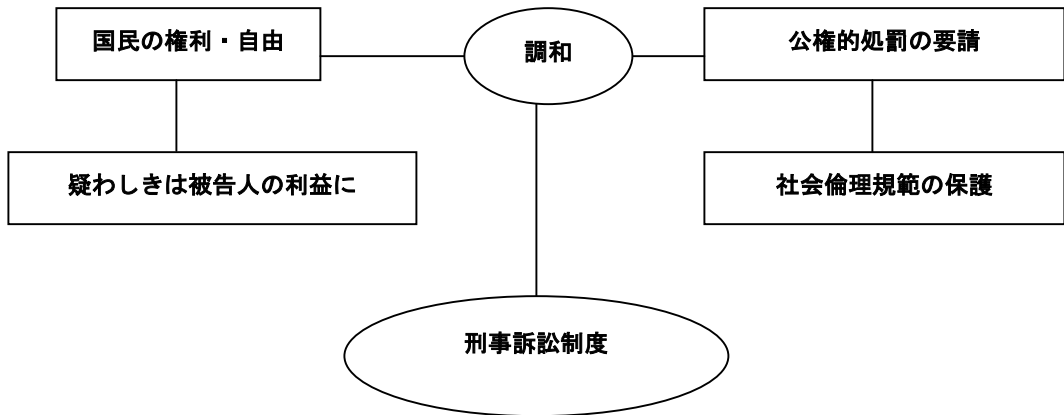


< 民事訴訟と刑事訴訟における国民と国家の利益状況 >

民事訴訟・行政訴訟



刑事訴訟



## ＜民事訴訟法と刑事訴訟法の対比＞

民事訴訟	テーマ	刑事訴訟
訴訟物	審判の対象	訴因
訴えの提起・取り下げ	審判の設定・取り下げ	公訴の提起・公訴の取消
裁判所による裁判の他に、 <b>請求の放棄・認諾・裁判上の和解がある</b>	訴訟の終結	裁判所による有罪・無罪判決の確定
不告不理の原則	判決の範囲の確定	不告不理の原則
既判力（拘束力）	判決の主な効力	既判力・ <b>一事不再理効</b>
訴えの変更	審判の対象の途中変更	訴因の変更
事実上・法律上の主張と証拠による事実認定	審判過程	事実上・法律上の主張と証拠による事実認定
法律判断は裁判所の職責	法律上の主張レベル	法律判断は裁判所の職責
<b>主張責任の分配</b> に従って当事者が主張	事実上の主張レベル	<b>犯罪成立要件事実の主張責任は検察官にあり</b>
<b>当事者及び裁判所を拘束</b>	自白	<b>拘束力なし</b>
当事者の提出した証拠方法（証人等）の証拠調べ（証人尋問等）を実施し、得られた証拠資料（証言等）に基づき事実を認定する	証拠レベル	当事者の提出した証拠方法（証人等）の証拠調べ（証人尋問等）を実施し、得られた証拠資料（証言等）に基づき事実を認定する
<b>格別の規制なし</b>	証拠能力	伝聞法則・自白法則・証拠調べ手続の <b>厳格な法規制あり（証拠裁判主義）</b>
自由心証主義	証明力	自由心証主義（自白の補強法則の規制あり）
当事者が行う	証拠の提出	当事者が行う
当事者の責任	証拠の収集・保全	各当事者の責任だが、 <b>検察官に強大な権限を与えつつ、人権を保障するための捜査法といわれる領域がある。任意捜査の原則・強制処分法定主義</b>
人が日常生活上の決定や行動の基盤とすることをためらわない程度に真実であることの蓋然性が認められればよい	証明の程度	合理的な疑いを容れない程度

＜民事訴訟と刑事訴訟の手続の流れ＞

【民事訴訟手続の流れ】

私的自治・適法行為における争いを解決する手続

**契約の成立** 契約とは、公共の利益を侵害しない領域で当事者が利益を追求する行為。

**契約の効力発生** 契約で約束した内容の殆どは、約束どおり円満に履行される。

**契約不履行** まれに履行されない場合がある。不履行の責任を明らかにしなければならない。

**裁判外における履行の請求**  
 当事者で解決する方法  
 …和解・示談  
 裁判所以外の場所での第三者を入れた解決。

**訴えの提起  
 訴状の提出**

訴状の審査→訴状却下  
 訴状・期日呼出状の送達  
 訴訟要件の審理→訴え却下

事  
 案  
 の  
 解  
 明

争点及び証拠の整理  
 準備的口頭弁論  
 弁論準備手続  
 書面による準備手続  
 口頭弁論期日(陳述)  
 訴状陳述、答弁書陳述  
 準備書面陳述  
 口頭弁論期日(証拠調べ)  
 証人尋問、当事者尋問  
 集中証拠調べ  
 判決…認容・棄却

上訴手続

【刑事手続の流れ】

社会秩序違反・違法行為を処罰する手続

**事件の発生** 事件とは、社会秩序を侵害する違法行為。公共の利益の侵害。  
 捜査の端緒…職務質問、所持品検査、自動車検問

**警察段階の捜査** 事件の解決を加害者・被害者に委ねる訳にいかない。国家が違法な事件と判断した以上、国家が主体的に解決する。

証拠の収集・保全…検証・実況見分・押収・捜索・取調べ  
 被害者の身柄確保…逮捕  
 検察官への事件送致

**検察段階の捜査**

証拠の収集・保全  
 …上記の捜査、証人尋問の請求  
 被害者の身柄確保  
 …勾留←理由開示・接見交通権  
 検察官への事件送致  
 …不起訴・起訴猶予

**公訴の提起・起訴状の提出**

実  
 態  
 的  
 真  
 実  
 の  
 発  
 見

冒頭手続…起訴状朗読・黙秘権等の告知・被告事件に対する陳述  
 証拠調べ…冒頭陳述・犯罪事実に関する立証・被告人質問  
 最終弁論…論告求刑・弁論・最終陳述  
 判決…有罪・無罪  
 管轄違い・公訴棄却・免訴

上訴手続

当事者意思の尊重  
 訴えの取り下げ  
 請求の放棄・承諾  
 訴訟上の和解

第一審の手続

## 第3節 刑事訴訟法と憲法・刑法

刑事訴訟は、刑罰権をめぐる国家と国民との紛争を解決し、社会倫理秩序を維持し、裁判なければ刑罰なしとの国民の人権を保障するものである。

国民は、憲法 32 条によって、裁判がなければ刑罰を科せられないことを人権として保障されており、このことは、憲法 37 条によって重ねて保障されている。また、三権分立により、憲法 76 条は、裁判作用を裁判所の専権としている。このように、刑事訴訟は、一面において、憲法を具体化したものである。しかも、解決する紛争は国民の人権にかかわるものであるから、**刑事訴訟は、その面においてもすぐれて憲法とのかかわりが深く、応用憲法というべきものである。さらに、実体刑法自体が、公共の福祉の維持（法益保護・社会倫理秩序維持）と人権保護との調和を目的とするものであるから、実体刑法と刑事訴訟法は、その目的は同じと言っても過言ではない。**したがって、民事訴訟法が、民事実体法の私的自治の原理によってその公法性が修正を受けるのと異なり、刑事訴訟法は、まさに、純然たる公法である。

## 第4節 刑事訴訟法の学習法

司法試験及び各種関連試験の特徴をふまえて、効率のよい学習をする必要がある。

- 1 司法試験早期合格のための学習法一般を堅持する。  
←膨大な学術体系書は、かえって、危険。基本三法以上にメリハリが肝要
- 2 条文参照を基本三法以上に重視する。  
←自然にまかせると、条文を蔑ろにしやすい  
←論文試験では、条文を、誰に断るでもなく参照できる
- 3 **手続の流れを常に意識しながら学習する。**  
←実体法と異なる手続法の特徴
- 4 **各訴訟法の異同を常に意識しながら学習する。**  
←概念が共通なものや概念は異なるが視点が共通なものと、当該訴訟法独特のものを、意識しながら学習して、「1科目+1科目+1科目」を3エネルギーではなく「2.5エネルギー」で済ませる（これぞ各訴訟法学習のメリット！）

## 第 10 章 行政救済法

### 一 行政救済法

行政作用の結果、国民・住民の権利が必要以上に制約される場合が生じ得る。そのような場合の救済策として、大別すると①行政機関によるものと②裁判所によるものがある。

### 二 行政不服審査法

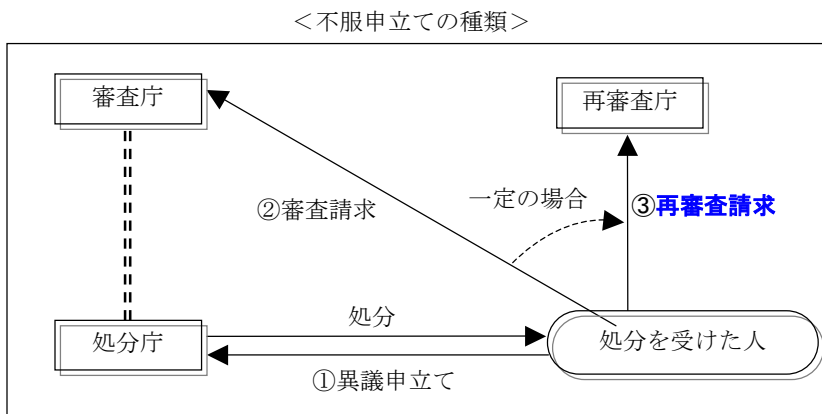
#### 1 行政機関による救済

行政機関が行政作用を再考・変更する機会を有することは、人権保障のためだけでなく、当該行政作用および後々の行政作用を適正に行っていくためにも有用である。そこで、そのための一般法として、行政不服審査法がある。

行政不服審査法第 1 条第 1 項：この法律は、行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対し広く行政庁に対する不服申立てのみちを開くことによって、**簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図るとともに、行政の適正な運営を確保することを目的とする。**

#### 2 不服申立ての種類

- ① 異議申立て：行政庁の処分または不作為につき、処分庁または不作為庁に対して行う不服申立て
- ② 審査請求：行政庁の処分または不作為につき、処分庁または不作為庁以外の行政庁に対して行う不服申立て
- ③ 再審査請求：行政庁の処分について審査請求の裁決を経たのち、さらにこれに対し不服がある場合に行う不服申立て



### 三 裁判所による救済（行政事件訴訟法・国家賠償法・損失補償）

#### 1 行政事件訴訟法

行政機関のなした行政作用について裁判所によって取消してもらったり、行政機関の不作為について裁判所によって義務付けてもらったり等々、行政作用について、裁判所によって様々な救済を求めることができる。

その名のとおりに、民事訴訟法・刑事訴訟法と同じく、訴訟法のひとつであり、民事訴訟法・刑事訴訟法とともに、訴訟法の学習であると意識して学習するのが効率がいい。特に、民事訴訟法を学習してから後の方が理解が早い。このことは行政事件訴訟法第7条に「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による。」とあることから分かる。

#### 第1章 総則（第1条～第7条）

「行政事件訴訟」とは「抗告訴訟」「当事者訴訟」「民衆訴訟及び機関訴訟」を指す

#### 第2章 抗告訴訟（第8条～第38条）

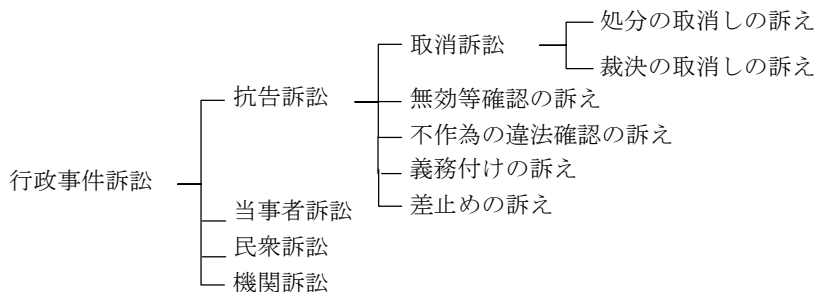
「抗告訴訟」とは、「処分の取消しの訴え」「裁決の取消しの訴え」「無効等確認の訴え」「不作為の違法確認の訴え」「義務付けの訴え」「差止めの訴え」を総称したものをいう。「行政庁の公権力の行使」に関する不服の訴訟である。

#### 第3章 当事者訴訟（第39条～第41条）

#### 第4章 民衆訴訟及び機関訴訟（第42条・第43条）

#### 第5章 補則（第44条～第46条）

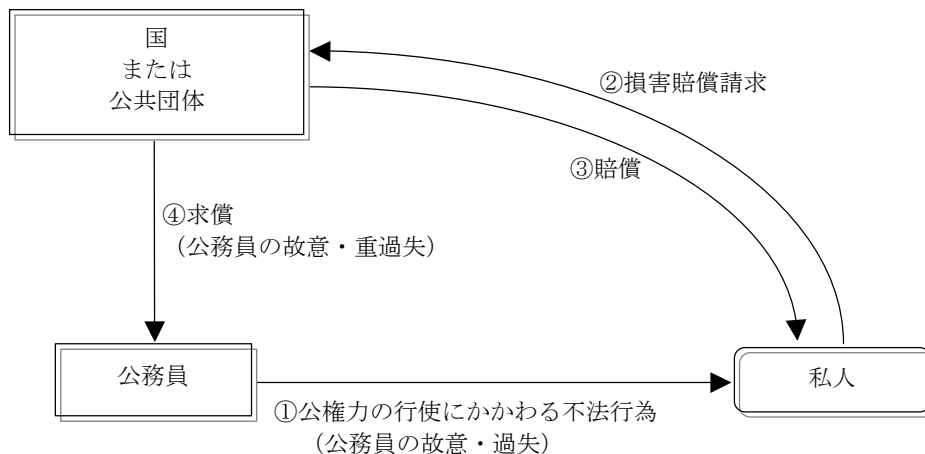
#### <行政事件訴訟の類型>



## 2 国家賠償法

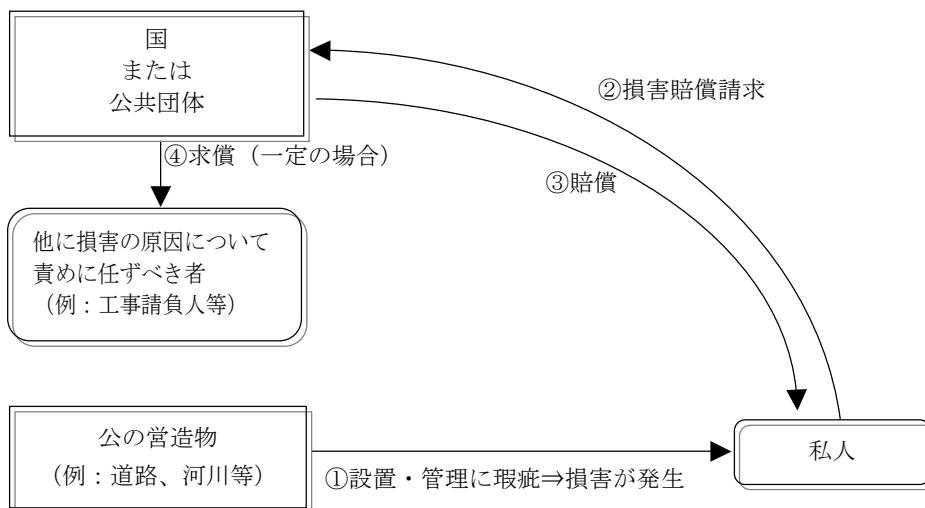
- (1) 「公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる」（国家賠償法第1条）が、国家の側が進んで賠償しなければ、裁判所に対して、国家賠償請求の訴えを提起して、裁判所によって、国家賠償請求権を実現することができる。

<国家賠償法1条の構造>



- (2) 公の営造物の設置・管理の瑕疵に基づく責任として国家賠償法2条は、「道路、河川その他公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる」と規定する。

<国家賠償法2条の構造>



### 3 損失補償

損失補償とは、適法な公権力の行使によって加えられた特別の犠牲に対し、公平の見地から全体の負担においてこれを調節するための財産的補償をいう。土地収用に対する損失補償、農地の強制買収の対価の支払等がその例である。適法行為に基づく財産権の損失に対する補償である点で、国家賠償と区別される。

土地収用法第68条ないし第94条には、損失の補償に関する規定がある。この補償に不服のある者は、裁判所に対して、損失補償請求の訴えを提起して、裁判所によって損失補償請求権を実現することができる。土地収用法は、補償に関する一般法ではないが、各種法律によって事実上一般法化している。







LEC 司法試験

入門編 全体構造 [第2版]



LL12018