



---

2018 文三法 1 (弥永先生)

---

はじめに

本シケプリは 2018 年度 S セメスターにおける準必修・社会科学の法 1(文科三類)のものである。この授業は準必修であるにもかかわらず、履修者が非常に少ないうえ、シケプリ・過去問がほとんど出回っていないことから、筆者は大変な苦勞を強いられた。

そこで、自分用にまとめた本文書を、シケプリとすることにした。

本シケプリでは、弥永先生が授業中に掲載するスライドをまとめ、わかりにくいところを少々補足したものである。つまり、授業に出席していることを前提とし、テスト前に復習する際に印刷等して簡単に見られるようにした、というのがこれを作った意図である。

最後に一つ注意点を述べさせていただく。

この授業の成績はグループ発表 (or レポート) 40 点分と、試験 60 点分で構成される。

また先生によると、「授業の内容で取れるのは 4 割。他は自分で参考文献を読むのが大切」とのことだ。つまり、スライドがネットに上がるからと言って授業に出席しないと、最大でも試験の 60 点分しか取れないうえに、それもかなり厳しくなってしまう。この授業に関してはきちんと出席するか、いっそテストまでブッチするかのどちらかを強く推奨する。

それではこの授業は取らない方がいい授業なのか？その答えは否だ。

なぜなら、この授業の成績は厳密な相対評価で付けられるからである。

例えば、テストで 1 位が 54 点/60 点取ったとしよう。この場合、1 位を満点にするため、船員に 10/9 が掛けられる。つまり、試験の点数がどうであれ、1 位になれば満点だし、1 位との差が小さければ高得点も夢ではない。

以上の点において、この授業は点数の欲しい学生にお勧めできる。(グループ発表と試験とともに 1 位になれば、100 優上になる！わーい！)

このシケプリを使う諸君の検討を祈る。

File0

### ☆社会規範と法規範

- ・ 社会規範は、国家により、その効力が保障されることにより法規範となる
- ・ 社会規範=社会生活において人が従うべきルール(ex.法(規範)、習慣、習俗、道徳、宗教、儀礼)

### ☆道徳と法

- ・ 法も道徳も社会規範
- ・ **正義に基づく点では法と道徳は共通**
- ・ 道徳の内面性⇨法の外面性(←法も内面を判断要素とすることがある)
- ・ すべての道徳が法によっているわけではない  
⇨法には道徳と関係ないものも少なくない(ex.技術的な規則)
- ・ 「強制」の有無によって区別される  
(道徳はもっぱら人の自発的意思によって遵守されるべきもの  
⇨法はその遵守を強制されるもの)

### ☆行為規範・裁判規範・組織規範

- ・ **行為規範**=裁判所以外の国家機関・一般人の日常の行為規準
- ・ **裁判規範**=裁判所による紛争解決規準
- ・ **組織規範**=国会、内閣、裁判所などの機関の 組織や権限を定めるもの

### ☆法規範

- ・ 法(Recht)は、正義(Recht)と表裏の関係にあり、正義を実現するものだから、法として妥当する(ただし、「悪法も法なり」ともいわれる)
- ・ ただし、法規範には、個別の規範の具体的な目的(根拠・理由)がある  
⇨有力な見解(碧海純一)  
「政治的に組織された 社会の、その成員によって一般的に承認され、かつ究極においては物理的強制力にささえられた支配機構によって定立されまたは直接に強行される規範」=法規範
- ・ 法の目的として「法的安定性」を指摘する見解も有力
- ・ 法秩序の安定により、社会の安定・安全が確保される

### ☆法源

- ・ 制定法
- ・ 慣習法
- ・ 判例

・ 条理

\* 制定法(法令)におけるヒエラルキー

憲法→法律→政令→**府令**(内閣府)・**省令**(各大臣)

・憲法:国家の基本秩序を定める根本規範

・法律:国会の議決で成立

地方特別法は、住民投票が必要

・**命令**:法律による委任がない限り、罰則義務はない

法律の委任があるのが普通

Bec.法律に比べ透明度が低いため

(府令…内閣官房令、内閣府令、復興庁令)

その他の命令… i. **会計検査院規則**(会計検査院が定める)

=政令または府省令に準じる効力を持つ

ii. **人事院規則・人事院指令**(人事院が定める)

=人事院規則・人事院指令は政令または府省令に準じる効力を持つ

iii. **外局の規則**(府省の外局である委員会(行政委員会)の発する特別の命令(規則))

または府省の外局である**庁の長官が発する特別の命令(庁令)**

(ex. 国家公安委員会が制定する国家公安委員会規則、  
海上保安庁長官が発する海上保安庁令など)

\* 議院規則(衆参)、最高裁判所規則

☆地方公共団体が定める法令

・ 条例=地方公共団体の議会が制定する成文法

住民が選んだ人が決めた、という意味で効力を持つ

→法律の範囲内で OK、罰則を単独で決められる(ex.禁煙\*、民泊\*\*)

\*2 年以下の**懲役・禁錮**

100 万円以下の**罰金**

**拘留、科料**

以上の赤字は**刑事罰**

\*\***過料**

青字は**行政罰**

・ 規則:地方公共団体の首長(委員会)が制定するもの

☆条約

条約は憲法に優越するか?という議論あり

(法律よりは優先)

## ☆法律の改正

・民法 733,746 「女性の再婚禁止期間」3ヶ月→100日

### \*違憲判決と法律改正

違憲判決は法律の廃止を意味しない

国会での改正または廃止が必要

・尊属殺

・非嫡出子の相続

File1

・民泊:一般的な民泊の導入○

旅館業法、届け出制

国レベルでは住宅転用地域ならどこでもOK(住宅専用地域でも)

→**地方公共団体が国より厳しい規制をかける**

・空き家:空き家を持ち主が放っておいたとき、地方公共団体が壊してその費用を持ち主に  
払わせて良いという命令(政令・府令・省令)が、結構ある

↑

地方自治法 bec.住民が選んだ地方議会の議員は、内閣・省庁より広い範囲を決めてよい

Q.地方公共団体が、国よりも厳しいレベルで制限をかけたり、義務付けたりすることは、  
許されるのだろうか?

↑

地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除く  
ほか、**条例によらなければならない**(地方自治法 14条)

\*条例で厳しい基準を設けるのはOKだという示唆?

・歩きたばこ(@千代田区):過料

Q.なぜ罰金でないのか?

罰金:警察・検察・裁判所の人的資源や手続きが必要

前科になるから告発がためられる

→相当悪質な事案のみ!

過料:前科にはならない

→小さい事案

\*青少年健全育成条例に関しては、罰則が上限ギリギリ

(2年以下の懲役、100万円以下の罰金)

bec.証拠がなく刑法の対象にならない場合があり、条例がその役割を果たす

## ☆条例と法律

かつては、法令が規制対象としている領域は、およそ条例は制定できないという解釈（法律先占理論）が有力

→しかし、最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁（徳島市公安条例事件判決）

両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなければならない

ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうる

特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときは国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない

両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるとき国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない。

## つまり

- ・条例によって法律の規定が妨げられないならOK
- ・国が最低限の規定を定めていて、それより厳しい規制を地方公共団体が定めるとき、それを国が禁じていないならOK

### \* 張り出し規制

歩きたばこ、ダフ屋行為、空き家

### \* 空き家規制

勧告→命令→公表→代執行→罰則

## ☆形式的効力が同じ法令間の優先劣後

- ・ 特別法優位: 一般法と特別法の関係が存在するとみなされる場合には、特別法が優先的に適用される  
一般法とは、ある事項の全体について一般的に適用される法律/特別法とは、特定の人、事物、行為または地域にのみ適用される法律

(相対的に判断される e.g. 商法は民法との関係では特別法であるが、国際海上物品運送法との関係では一般法)

- ・ **後法優位**: 時間的に後に制定されたもののほうが先に制定されたものより優先する

#### ☆法律ができるまで

- ・内閣提出法案
- ・議員提出法案: 20人以上(予算を伴う場合 50人以上)の賛成が必要  
bec. お土産法案乱発を防止  
会派の承認が必要、衆参の法制局が協力
- \* 衆議院で 2/3 以上の賛成を得て、再可決のケースはあるが、  
基本的に衆参の過半数の賛成を得なければならない

#### \* 内閣提出法案 成立の流れ

- ①法律の原案作成 by 省庁  
法務省では法制審議会に大臣が諮問→原案作成
- ②審議会
- ③内閣法制局における審査  
憲法違反か? などについて調べる  
書き方・形式の統一を図る  
「または」「ならびに」などの使い方
- ④国会提出のための閣議決定  
普通衆議院に提出
- ⑤国会における審議
- ⑥法律の公布→施行

File2

#### ☆裁判所

- ・ すべて司法権は最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する (憲法 76 条 1 項)
- ・ 最高裁判所は最高裁判所長官 (1 名) と最高 裁判所判事 (14 名) の計 15 名の裁判官により構成される
- ・ 下級裁判所には、高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所、簡易裁判所がある

#### \* 簡易裁判所: 軽微な事案の第一審管轄権を有する

罰金以下の刑 (= 罰金、拘留、科料) にあたる罪に係る訴訟については他の法律に特別の定めがない限り簡易裁判所が第一審の専属的管轄権を有する

\* 家庭裁判所:家庭に関する事件の審判(家事審判)及び調停(家事調停)、少年の保護事件の審判(少年審判)ならびに人事訴訟法で定める人事訴訟(婚姻の無効及び取消しの訴え、離婚の訴え、協議上の離婚の無効及び取消しの訴えなど)の第一審の裁判を行う

人口の多いところにあるので、使いやすい

\* 高等裁判所:8か所(日本海側や四国に支部が6か所ある)

このほか、知的財産に関する係争について専門的に取り扱うための知的財産高等裁判所が東京高等裁判所の「特別の支部」として設置されている

\* 地方裁判所:原則的な第一審裁判所

#### ☆裁判に対する不服申立て

- ・ 上訴:控訴、上告、抗告(決定や命令に対する上訴)など、原裁判の取消・変更を求めるもの
- ・ 特別上訴:特別上告や特別抗告など、憲法違反を理由とし、最高裁判所に確定裁判の取消・変更を求めるもの
- ・ 再審:確定裁判の取消・変更を求めるもの
- ・ 督促異議、執行異議、少額訴訟判決に対する異議、仲裁判断取消の申立てなど、裁判に対する不服申立て

\* 控訴:第1審の終局判決の取消・変更を求め、第2審(控訴審)に上訴すること

\* 上告—第2審(控訴審)の終局判決の取消・変更を求め、第3審(上告審)に上訴すること

\* 民事訴訟の上告理由 - 憲法解釈の誤り及び憲法違反(民事訴訟法 312 条 1 項)

- 高等裁判所に対する上告は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反であってもよい

⇨原審が最高裁の判例に相反する判決を下したこと、また、法令解釈に重要な事項が含まれているときは、最高裁判所に上告を申し立てることができる(上告受理の申立て、民事訴訟法 318 条)

\* 刑事訴訟の上告理由 - 憲法解釈の誤り及び憲法違反

- 最高裁判所の判例(最高裁判例がないときは高等裁判所の判例)に反すること

⇨上告審裁判所は上告理由(憲法違反、判例違反)がなくても判決に影響を及ぼすような法令違反、著しい量刑不当、判決に影響を及ぼすような重大な事実誤認等がある場合(職権破棄事由)は控訴審判決を破棄できる

・ 上告受理の申立て(法令解釈に関する重要な事項を含む)

## ☆民事訴訟・刑事訴訟・行政訴訟

- ・民事訴訟:私人間の生活関係における権利義務に関する争いにつき、私法を適用して解決するための訴訟
- ・刑事訴訟:刑事法に違反した者に刑事法を適用し処罰するための訴訟
- ・行政訴訟:公権力の行使の適法性などを争い、その取消し・変更などを求める訴訟など行政事件に関する訴訟

\* 行政訴訟手続きと民事訴訟手続きとは基本的に同じ

⇨ただし、行政事件については、行政事件訴訟法が定められている

File3

## ☆私法と公法

- ・公法—国家の組織, 国家と他の国家および個人との関係を規律する法(憲法, 行政法, 刑法, 訴訟法, 国際法など)

国民の権利を尊重する意図(ひいきをしない)

- ・私法—個人の権利・義務など市民相互の生活上の法律関係を規律する法(民法, 商法など)

### \* 区別の基準

- ・法の規律する目的あるいは規律の対象となる生活関係に着目する**実質説**
  - 利益説(全体の利益を目的とする法が公法/個人の利益を目的とする法が私法)
  - 生活説(政治的生活に関する法が公法/民事的生活に関する法が私法)
- ・規律の形式に注目する**形式説**
  - 主体説  
(法律関係の主体が国家または国家の下にある公の団体かどうかで区別する)
  - 性質説(または権力説)  
(法の規律する法律関係が, 権力服従関係であれば公法, 平等の関係であれば私法)

・「私人と私人は法の下での平等により対等な関係だが、国家は統治権を持ち国民に支配服従を要求できる権力を持っている」という**権力説**[=私法は対等な当事者間の関係を規律するものであるが、公法は権力関係を規律する]が通説的であった

・大日本帝国憲法の下では、私人間の関係を規律する民刑事を扱う**司法裁判所**と国家の行政関係の間についての裁判を行う**行政裁判所**が並立していた。公法関係の事件は、行政裁判所のみが扱い、私法関係の事件は、司法裁判所のみが扱っていた

⇨日本国憲法 76 条は**最高裁判所**に裁判権を一元化し、特別裁判所の設置は禁止され、行政機関の終審としての裁判も禁止している

\* **行政事件訴訟法**:行政事件の裁判について

訴訟類型として

- **抗告訴訟**(行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟)
- **当事者訴訟**
- **民衆訴訟**(国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの一定数不均衡に基づく選挙無効訴訟はこの一例)
- **機関訴訟**(国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟)

の4つを法定している

- 行政事件訴訟法には審理についての規定は少なく、その多くについて民事訴訟法が準用されている(7条)
- 原則として、行政事件訴訟においても民事訴訟と同様に**弁論主義**(当事者の主張する事実に基づいてのみ裁判をしなければならない)が妥当するが、行政事件は公益に関わる性質を持つため、**職権主義**が取り入れられている
  - \* **弁論主義**:訴訟の主導権を当事者にゆだね、裁判所は中立的な審判者としての地位に立って裁断する訴訟上の主義
  - \* **職権主義**:訴訟法上、当事者よりも裁判所に主導権を認め、裁判所に権限を集中する主義
- ・ 行政事件訴訟法4条一当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの及び公法上法律関係に関する訴訟  
←公法と私法との区別が残っている

☆行政訴訟と民事訴訟

- ・ 公権力の行使にあたる行為を争うには行政訴訟(抗告訴訟)によらなければならない
- ・ 行政訴訟の場合
- ・ 原告適格(行政事件訴訟法9条)
  - 1項  
処分の取消しの訴え及び裁決の取消しの訴え(以下「取消訴訟」という。)は、当該処分又は裁決の取消しを求めるとき法律上の利益を有する者(処分又は裁決の効果が期間の経過その他の理由によりなくなった後においてもなお処分又は裁決の取消しによって回復すべき法律上の利益を有する者を含む。)に限り、提起することができる。

- 2 項

裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について

…法律上の利益の有無を判断するに当たっては、

当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、  
当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。

この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、

当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも

参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、

当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。

・ 民事訴訟の場合

・ 原告適格—裁判によって保護されるべき法的利益が帰属する者

- 給付訴訟—自分の請求権を主張する者

- 確認訴訟—確認の利益が認められる者

- 形成訴訟(関係の形成 ex 養子縁組、離婚)—通常は法定されている

\* 行政訴訟の場合(行政事件訴訟法 12 条)

- 取消訴訟

—被告の普通裁判籍の所在地(住所で決まる)を管轄する裁判所または処分

もしくは裁決をした行政庁の所在地を管轄する裁判所

—当該処分または裁決に関し事案の処理に当たった下級行政機関の所在地の裁判所にも提起可能

- 国、独立行政法人などを被告とする取消訴訟

—原告の普通裁判籍の所在地を管轄する高等裁判所の

所在地を管轄する地方裁判所(特定管轄裁判所)にも、提起可能

- 土地の収用、鉱業権の設定その他不動産

または特定の場所に係る処分または裁決についての取消訴訟

—その不動産または場所の所在地の裁判所にも提起可能

\* 民事訴訟の場合 - 事物管轄(裁判所法 24 条・33 条)

・ 140 万円を超える場合—地方裁判所

・ 140 万円以下の場合—簡易裁判所(不動産訴訟の場合は地方裁判所も選択可能)

- 土地管轄(民事訴訟法 4 条・5 条など)

- ・ 原則—被告の普通裁判籍(住所など)の所在地
- ・ 例外
  - 不法行為に関する訴え→不法行為があった地
  - 不動産に関する訴え→不動産の所在地 など

#### ☆私法と公法(星野英一)

私法:個人間

公法:行政間 or 行政—個人

私法:個人を平等に扱う

公法:個人をある程度実質的に不平等に扱う(累進課税とか)

私法:個人の自主自律

公法:法・行政機関が介入

私法:自由平等の個人間の利益を調整することが目標

公法:行政目的(政策)の実現

→\* 今日は、公法・私法どちらにも規律される範囲が広い

(私人間のルールがあまりに不平等な時 ex. サラ金の利息に貸金業法が介入)

\* 社会法・経済法のような中間領域の拡大

\* 公私協働

- ・ 公的主体が私的主体に公益に関わる決定やその執行などを委ねる現象
- ・ この場合、公法規範と同様の内容の規範により当該私的主体が規律されることがある
- ・ 典型的には、公的主体に公益の実現を委ねられた私的主体が、利害関係を持つ他の私人に損害を与えた場合の賠償責任が問題となる(建築確認を委ねられた指定確認検査機関)

File4

#### ☆検察官

・起訴独占主義:公訴提起の権限は検察官のみが有するのが原則

←例外…付審判制度

検察審査会による起訴議決制度

・起訴便宜主義:被疑者を訴追するか、検察官が判断する

\* 検察審査会:不起訴相当 or 不起訴不当 or **起訴相当**

→2度の「起訴相当」で、起訴議決→強制起訴(現状あまり効果がない)

\*付審判請求:検察官の眞面目防止

・公務員の職権濫用等の罪について告訴または告発した者は、検察官による不起訴等の処分  
分に不服がある場合、裁判所に対して、審判に付することを請求できる

【対象となる犯罪】

- 刑法第2編 第25章 汚職の罪
  - ・ 193条(公務員職権濫用)
  - ・ 194条(特別公務員職権濫用)
  - ・ 195条(特別公務員暴行陵虐)
  - ・ 196条(特別公務員職権濫用等致死傷)
- 破壊活動防止法 45条(公安調査官の職権濫用の罪)
- 無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律
  - ・ 42条(公安調査官の職権濫用の罪)
  - ・ 43条(警察職員の職権濫用の罪)
- 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 30条の罪  
(捜査・調査権限を有する公務員による通信の秘密を侵す行為等の罪)

☆裁判員制度

- ・ 長所 - 社会一般の価値観や市民感覚の反映
  - 参加意識←民主主義と共通
  - 期間の短縮
- ・ 欠点 - 報道などに左右されやすい
  - 裁判員の不利益
  - 判決のばらつき(被告人の不運)
- ・ 「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部を改正する法律」  
(平成27年6月12日 法律第37号)
  - 審理期間が著しく長期で、裁判員の確保が困難と裁判所が認めるときには裁判官のみで裁判できる
  - 性犯罪の裁判員選任手続きにおいて、裁判官が被害者の住所や氏名を明らかにすることを禁じる
  - 大規模災害の被災者は裁判員候補から外せる

## ☆公判前手続き

- ・ 第1回公判期日前に、公判の準備として、事件の争点及び証拠を整理するために行われる刑事訴訟手続き
- ・ 争点と証拠を整理し明確な審理計画を立てる手続き
- ・ 裁判員が参加する裁判の対象事件すべてのほか、裁判所が、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うために必要と認めるときに、検察官及び被告人または弁護人の意見を聞いて、決定により事件を公判前整理手続きに付することができる
- ・ この手続きにおいては、検察官に対して、証明予定事実を明らかにし、証拠等の開示を求め、被告人に防御の準備を十分に行わせることができるようにすると共に、被告人側にも主張の明示と証拠調べ請求等を求め、手続き終了後の新たな証拠調べ請求に制限を課している
- ・ 公判前整理手続きを行うためには、必ず被告人に弁護人が付され、期日に出頭していなければならない

### 被告人・弁護人は証拠集めに不利！

→被告人が防御できるように、裁判の前に論点を整理しておく

## ☆被害者参加制度:当事者主義

- 情状に関し、証人を尋問
- 意見陳述のため、被告人を尋問
- 事実または法律の適用について意見を述べられる
- 検察官に質問・意見

## ☆裁判の構造

### \*当事者主義(⇔職権主義)

- …事案の解明や証拠の提出に関する主導権を当事者に委ねる
- 民事訴訟一利害・権利が対立する当事者の間における法的な紛争においては、事実関係を最も熟知している当事者が証拠の発見・提出を主導することが効率的
- 裁判所は中立

### ・民事訴訟:処分権主義

(訴訟手続の開始、審判範囲の特定、訴訟手続の終了は、当事者の自律的な判断に委ねられる)

**弁論主義:**資料(事実と証拠)の収集・提出は当事者の権限および責任

- ・ その事実を当事者が主張しなければ、判断の基礎とすることはできない
- ・ その事実について、当事者間に争いがない事実はそのまま判断の基礎としな

ければならない

- ・ 事実認定の基礎となる証拠は、当事者が申し出たものに限定される

・ 刑事訴訟:刑事訴訟法は、適正手続の保障に重点を置いている

→**職権主義**を広く認めて裁判官が積極的に主導的な役割を担うとすると、  
公平な判断ができなくなるおそれがある

→これを避けるために、裁判所としては、当事者に証拠収集や主張・立証を委ね、  
判断者に徹する方が、誤りのない判断を下すことができる

- ・ 証拠調べは当事者の請求により行なうのが原則(刑事訴訟法 298 条 1 項)
- ・ 証人尋問における交互尋問の慣行(304 条 3 項)
- ・ 起訴状一本主義の採用(256 条 6 項)により裁判所が訴訟追行の主導権をとることができない
- ・ 訴因制度により裁判所は検察官(当事者)の主張である訴因に拘束される(312 条 1 項)

- ・ 実体的真実の発見
- ・ 被告人と検察官の間の攻撃・防御能力の著しい格差
- ・ 裁判所の訴因・罰条変更命令権(刑事訴訟法 312 条 2 項)
- ・ 職権証拠調べ(298 条 2 項)
- ・ 裁判長による釈明(刑事訴訟規則 208 条)

・ 刑事訴訟**一起訴独占主義**

- ・ **親告罪**—告訴(被害者(または法により定められた親族等)が犯罪を申し立て処罰を求める意思表示)がなければ公訴を提起することができない犯罪

-事実が公になると被害者に不利益が生じるおそれのある犯罪(名誉棄損罪など)

-罪責が比較的軽微であり、または当事者相互での解決を計るべき犯罪(過失傷害罪など)

-親族間の問題のため介入に抑制的であるべき犯罪

- ・ 一部の刑事事件のみ**裁判員裁判制度**を導入
- ・ 民事事件(および行政事件)にはそのような制度はない

File5

☆法はおせっかい?

(青少年の)健康を守るため/非行の温床に近づけさせない/十分な判断能力がなく、  
食べ物にされやすい/そのための費用をカバーするために犯罪を犯すことが少なくない/  
犯罪等を行う団体・組織の資金源となる

## ☆契約自由の原則

- ・ **私的自治の原則**=私法上の法律関係については、個人が自由意思に基づき自律的に形成することができるという原則
- ・ **私的自治の原則**のコロラリーとして、**契約自由の原則**が認められる
- ・ **契約自由の原則**=契約の締結・内容・方式について国家の干渉を受けず**契約(相対立する意思表示の合致によって成立する法律行為)を自由におこなうことができるということ**

## ☆キャッチセールス・靈感商法にあつたら？

- ・ 民法上の保護
- ・ 意思無能力
- ・ **行為能力の制限**—未成年者(未婚者のみ)  
成年被後見人(精神疾患、成年後見人は家裁が任命)  
被保佐人(精神疾患)  
被補助人(精神疾患)
- ・ 錯誤無効—法律行為の要素に錯誤があつたときは、無効とする
- ・ 詐欺・強迫

### \* 詐欺と強迫

- ・ **詐欺**=他人をだまして、その者を錯誤に陥れること  
—故意(①表意者を錯誤に陥れること、および、  
②錯誤にもとづいて効果意思が形成され、意思表示が行なわれること  
(表意者が契約を締結すること)を意図すること)が必要
- ・ **強迫**=他人に畏怖を与えて、その者を意思決定の自由が妨げられた状態におくこと  
—故意(①表意者を意思決定の自由が妨げられた状態におくこと、および、  
②意思決定の自由が妨げられた状態にもとづいて効果意思が形成され、意思表示が行なわれること(表意者が契約を締結すること)を意図すること)が必要

### \* 無効と取り消し

- ・ **無効**—法律行為の効果が生じない(裁判所はその実現に力を貸してくれない/裁判所は原状回復を命じるのが原則)
  - ・ **取消し**—取消しによって法律行為がさかのぼって無効となる
- ・ **特定商取引法**—訪問販売などを規律(キャッチセールスは訪問販売の一種とされている)  
→**クーリングオフ**が最も重要な武器  
(だまされたわけでも脅迫されたわけでもなく、取り消すことができる)

- ・ **消費者契約法** ①重要事実の不実告知、断定的判断の提供、消費者に不利益な事実のみの故意の不告知 /不退去、準監禁→取消可能
- ② 不当条項の無効

bec.民法は経済力及び交渉力・意欲の対等を想定しているが、現実には格差がある  
→**特定商取引法**、**消費者契約法**で定める

\* **特定商取引法**が定める販売形態

- ・ 訪問販売(自宅への訪問販売、キャッチセールス(路上等で呼び止めた後営業所等に同行させて販売)、  
アポイントメントセールス(電話等で販売目的を告げずに事務所等に呼び出して販売)等)
- ・ 通信販売(新聞、雑誌、インターネット(インターネット・オークションも含む)等で広告し、  
郵便、電話等の通信手段により申込を受ける販売(「電話勧誘販売」に該当するものを除く)) ←**例外**
- ・ 電話勧誘販売(電話で勧誘し、申込を受ける販売)
- ・ 連鎖販売取引(マルチといわれるもの。個人を販売員として勧誘し、さらに次の販売員を勧誘させる形で、販売組織を連鎖的に拡大して行う商品・役務の販売)
- ・ 特定継続的役務提供(長期・継続的な役務の提供とこれに対する高額の対価を約する取引(エステティックサロン、語学教室、家庭教師、学習塾、結婚相手紹介サービス、パソコン教室の6つのサービスが対象))
- ・ 業務提供誘引販売取引(「仕事を提供するので収入が得られる」と誘引し、仕事に必要であるとして、商品等売って金銭負担を負わせる取引)
- ・ 訪問購入(事業者が一般消費者の自宅等へ訪問して、物品の購入を行う取引)

→\* **特定商取引法**が定める行政的規制

- ・ 氏名等の明示の義務づけ(勧誘開始前に事業者名や、勧誘目的であることなどを消費者に告げることを義務付け)
- ・ 不当な勧誘行為の禁止(不実告知(虚偽の説明)や、重要事項(価格・支払い条件等)を故意に告知しなかったり、消費者を威迫して困惑させたりする勧誘行為の禁止)
- ・ 広告規制(業者が広告をする際には、重要事項を表示することを事業者<sup>に</sup>義務づけ/虚偽・誇大な広告の禁止)
- ・ 書面交付義務(契約締結時等に、重要事項を記載した書面を交付することを事業者<sup>に</sup>義務づけ)
- ・ 違反行為→業務改善の指示または業務停止命令の行政処分・罰則の対象

\* **特定商取引法**が定める民法の特則

- ・ **クーリングオフ**(申込みまたは契約後に法律で決められた書面を受け取ってから一定の期間、消費者が冷静に再考して、無条件で解約すること)  
訪問販売・電話勧誘販売・特定継続的役務提供・訪問購入では8日間、  
連鎖販売取引・業務提供誘引販売取引では 20 日間  
⇨通信販売では任意のクーリングオフ
- ・ 意思表示の取消し  
一事業者が不実告知や重要事項の故意の不告知等の違法行為を行った結果、  
消費者が誤認し、契約の申込み、またはその承諾の意思表示をしたときには、  
消費者は、その意思表示を取り消すことができる
- ・ 損害賠償等の額の制限  
一消費者が中途解約する際等、事業者が請求できる損害賠償額に上限を設定

☆ **消費者契約法**

- ・ 「消費者契約」=消費者と事業者との間で締結される契約
- ・ 「消費者」=個人(事業としてまたは事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く)
- ・ 「事業者」=法人その他の団体及び事業としてまたは事業のために契約の当事者となる場合における個人

4 条 1 項一消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、その消費者に対して以下の行為をしたことにより消費者が誤認をし、それによってその消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる

- 重要事項について事実と異なることを告げること

→告げられた内容が事実であるとの誤認

- 物品、権利、役務その他のその消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来においてその消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること

(これくらい利益が出るよ！と断言→実際は出ない)

→提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認

4 条 2 項一消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、その消費者に対してある重要事項、またはその重要事項に関連する事項についてその消費者の利益となる旨を告げ、かつ、その重要事項についてその消費者の不利益となる事実(その告知によりその事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る)を故意に告げなかったことにより、その事実が存在しないと

誤認をし、それによってその消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる

4条3項一消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、その消費者に対して以下の行為をしたことにより困惑し、それによってその消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる

- その事業者に対し、その消費者が、その住居またはその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと

- その事業者がその消費者契約の締結について勧誘をしている場所からその消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所からその消費者を退去させないこと

8条一以下の消費者契約の条項は無効

- 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項

- 事業者の債務不履行(その事業者、その代表者またはその使用する者の故意または重大な過失によるものに限る)により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項

- 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項

- 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為(その事業者、その代表者またはその使用する者の故意または重大な過失によるものに限る)により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項

- 消費者契約が有償契約である場合において、その消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるとき(その消費者契約が請負契約である場合には、その消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき)に、その瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項

平成 28 年改正(29・6・3 施行)

**→【事業者が消費者に負うルールの下限を設定】**

9条

- ・ 消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、その条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、その消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴いその事業者に生ずべき平均的な損害の額を超えるもの

→超える部分が無効

- ・消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部または一部を消費者が支払期日(支払回数が二以上である場合には、それぞれの支払期日)までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、または違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、その支払期日に支払うべき額からその支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年14.6%の割合を乗じて計算した額を超えるもの

→超える部分が無効

### →【消費者が事業者に負うルールの上限を設定】

#### \*9条1項と学納金

入学金の返還義務なし

3/31までは契約解除→授業料返還

その後は授業料返還義務なし(代わりの生徒を確保できない損害)

推薦の契約解除は、原則的に返還義務なし

10条—民法、商法その他の法律の公の秩序 に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、または消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法1条2項に規定する基本原則(信義誠実の原則)に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする

28年改正後10条—消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法1条2項に規定する基本原則(信義誠実の原則)に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする

(何もしないと契約続くよ!というのはNG)

#### ☆強行法規と任意法規

- ・ **強行法規**—ある法規の定める法的効果が当事者の意思にかかわらず発生するもの
- ・ **任意法規**—ある法規の定める法的効果が当事者の意思によって排除されうるもの
- ・ 公法の規定のほとんどは強行法規
- ・ 私法の規定には強行法規もあれば任意法規もある  
(強行法規←私法、公法/任意法規←私法)
- ・ 民法 91条:法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定(=任意法規)と異なる意思を表示したときは、その意思に従う

\* 強行規定か否かの判断規準

- ・ 明文の規定—民法 146 条・175 条、利息制限法 1 条 1 項など  
(反対に任意規定であることが明記された規定もある 民法 404 条・474 条 1 項など)

・ 規定の趣旨

- 強行法規

- ・ 家族法などに多い基本的な社会秩序に関する規定
- ・ 物権法に多い第三者の信頼や取引の安全を保護する規定
- ・ 経済的・社会的弱者の利益を守るための規定
  - 弱者保護型の規定では、**片面的強行規定**が多い(借地借家法、割賦販売法、特定商取引法など。また、保険法はこれが満載)
  - \* **片面的強行規定**では、事業者・貸し手に不利 or 消費者・借りに有利なルールはどこまでも決めていいが、逆はダメ

☆強行法規と取締法規

行政上の見地から一定の行為を取り締まる規定を、「取締規定」というが、取締規定に違反しても、法律行為は無効とはならないのが原則であるといわれてきた

→強行規定ではない

⇔取締規定に違反すると行政処分を受けたり、刑罰を受けたりする

(ex.無許可で酒を売ったとはいえ、その売買の契約は有効なまま)

違反したとして、公法上→刑罰あり

私法上→関係なし

- ・ しかし、明文で、私法上も無効と定める法規は存在する(国土利用計画法 14 条 3 項など)

・ 裁判例—総合判断説

—規定目的、違反行為の非難性、取引の安全、当事者間の信義・衡平などを個別事例毎に総合考慮して判断

- ・ 名板貸—免許制に反して無効
- ・ 無免許・無許可の取引行為は原則有効  
(弁護士など公共性の強い資格についての無資格行為は無効)
- ・ 取引内容規制違反は原則有効  
(ただし、相手方保護目的の規定違反では無効とする傾向)

ex. 建築基準法の多くの規定に違反した建物の建築は著しく反社会性の強い行為であるといわなければならない、これを目的とする建築契約は、**公序良俗に反し、無効である**

## ☆公序良俗

民法 90 条—強行法規に違反しなくとも社会的妥当性を欠く行為を規制

(これが取締法規の基準となる！)

- 犯罪やこれに類する社会的非難性の高い行為
- 婚姻秩序や性道徳に反する行為
- 加害目的で行う行為
- 自由を不当に拘束する行為
- 合理的な理由のない差別的取扱い
- 暴利行為(他人の無知・軽率や窮状につけこんで不当な利益を得る行為)
- 優越的地位の濫用

## 履行段階説 (?)

(a) 未履行の場合—有効だが履行不能で解除可能/既履行の場合—有効(川井)

(b) 未履行の場合—無効/既履行の場合—総合的判断(磯村)

- ・ 経済的公序論(大村)—規定の目的性の重視、公法私法相互依存論

・ 法令違反行為論で問題となる法令は,取引とは直接には関係しない価値を実現するための法令(警察法令)から,取引と密接な関連を有する法令(経済法令)へと変化

・ 経済法令のなかには,個々の取引において当事者の利益を保護することを目的(の1つ)とする法令(取引利益保護法令)と取引の環境となる市場秩序の維持を目的とする法令(経済秩序維持法令)が含まれる

・ 警察法令については,取締規定違反行為=原則有効の方向が志向される

⇨経済法令については,法令の目的と取引の効力はもはや無縁なものではあり得ないので,むしろ法令を個人の権利実現を擁護するものとして,積極的に私法上の公序に組み込むべきである(違反行為は無効)

## ☆任意法規の意義

・ デフォルト・ルール—交渉の手間を省く

・ 補充と解釈(契約当事者の意思が明らかでない場合にこれを補充し,また,契約当事者の意思が不明確な場合にこれを決定する規範)

—当事者の意思の推定

・ 契約当事者間における交渉の促進(より多くの情報を保有する当事者に不利な内容を定める場合)

・ 厚生(welfare)を増進する方向に個人を誘導

←人間は現状維持バイアスをもっている

①当事者が任意法規の内容に一定の正当性があると考える傾向

- ②当事者が任意法規の回避に必要な時間や労力の消費を回避するために行動を差し控える傾向
- ③当事者が任意法規に定められた法的地位をそうでないものと比べて高く評価する傾向
- ④当事者が明確な選好をもっていないために任意法規の内容を受け入れる傾向
- ・ 適正な内容を示すものとして形成された任意法規を基準として考えたときに、そこから離れた約定がなされるには一定の積極的な理由が必要であるという発想

内容的に強い合理性に支えられた規定があり、契約当事者が実質的な交渉に基づいて明確にその適用を排除しない限り、適用されると考えられるものがある。このような規定は、強行規定と任意規定の中間的性格を有するもので『半強行法規』などと呼んでいる。

通常は、当事者の意思や特約が任意規定に優先する。しかし、正当性保障がない状況下では、任意法が半強行法的に作用する

\* 思考過程の問題

\* 不当性判断の基準