

08 年度冬学期 法 II(寺谷先生)シケプリ【一次補正 ver.】

作成 文 I 12 組 井澤雄介

・はじめに

08 年度冬学期の法IIでは“実定法入門”として、主として民法の基本概念の解説が行われました。そこでこのシケプリは、専門科目への接続も視野に入れながら、“浅すぎず、深すぎず”をコンセプトに、授業中に取り上げられた基本概念をできるだけわかりやすく解説することを目的にしています。そのため、適宜専門科目で使用されている教科書などを参照・掲載し、また、学習上の利便を考慮して、関連する条文はほぼすべて掲載してあります。**ですが、民法の部分は緑の共通教材も適宜参照してください！！過去問で、レジュメ・シケプリには載っていないけど、解答を作成する上で重要な記述が載っていました！！**

なお、【】は参照する文献・判例等を表し、特に、【芦 P.〇〇】は故芦部信喜氏の「憲法」(岩波出版)の、【内 I P.〇〇】は内田貴氏の「民法I」(東大出版会)の参照ページを表します。また、**太字**の部分は重要な概念の説明を、*斜体字*で書かれている記述は授業で扱われていないものの、今後の専門科目を考慮して重要と思われる事項を表します。

このシケプリを利用することで、みなさんが法IIの単位を無事に取得し、引いては法学部専門科目に円滑に移行できることを願ってやまない次第です。

1. 総論

A. 法の解釈

解釈技術: 拡張解釈、縮小解釈、反対解釈、勿論解釈、類推解釈...

これらの技術の中でどれを選ぶかは、法の目的に従うこと(目的論的解釈)が必要とされる。

(ex. 刑法においては、罪刑法定主義に基づいて、類推解釈は禁止されている。【山田 p.155】)

目的論的解釈の問題点

① 法律の文言から離れるときに法的安定性は保証されるか？

② 法の目的は客観的に特定できるのか？

⇒ 法解釈においては、客観性を探求するというよりは、一方で文言の通常の意味を尊重して文言上無理のない範囲を探りつつ、他方で法の目的についても考慮し、その解釈を採ったときの具体的適切さも踏まえ、より説得力のある解釈を取っていくことが重要になる。

B. 権利・義務

・権利と義務は一般的には対応するが、常にではない。⇒ 自然債務【共通教材 p.101】

自然債務

合意から一定の債務は発生するが、それはあくまでも任意に履行される限りで法的効力が認められるに過ぎず(一旦、履行されたら取消すことはできない)、それ以上の法的拘束力は伴わない債務のこと。口約束の贈与契約などが代表的。

・民法 1 条 3 項において、権利を濫用することが禁止されている。【宇奈月温泉事件 昭和 9 年(オ)2644 号妨害排除請求事件、大審院昭和 10 年 10 月 5 日判決民集 14 卷 1965 頁】

民法第 1 条 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 権利の濫用は、これを許さない。

・憲法 12 条、13 条に規定されている公共の福祉論【芦 P.96-99】

憲法第 12 条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

憲法第 13 条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しな限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

一元的外在制約説

基本的人権はすべて「公共の福祉」によって制約されるという考え方。しかし、「公共の福祉」を「公益」や「公共の安寧秩序」というような抽象的な概念として捉えているために、法律による人権制限が容易に肯定される恐れがあり、引いては、明治憲法の「法律の留保」と同じことになる可能性があるという問題がある。

内在・外在二元的制約説

「公共の福祉」による制約が認められる人権は明文で定められている経済的自由権(22 条、29 条)は国家の積極的施策によって実現される社会権(25 条)に限定されるという考え方。

一元的内在制約説

「公共の福祉」は人権相互の矛盾・衝突を調節する原理として、すべての人権に内在するという考え方。自由権を公平に保障するためには必要最小限の規制のみを、社会権の実質的保障のための自由権の制限は必要な限度の規制を認める。

(比較衡量論、二重の基準論は授業で取り上げなかったので省略)

・権利の分類

a. 公法関係

・人権: 人であることによって当然に有する権利 ≠ 国民の権利: 国民であることによって有する権利

・人権は大きく自由権と社会権に分けられる。

・自由権は国家が存在するより前に存在する権利(権力からの自由)、社会権は国家が存在することで存在する権利(権力による自由)という違いがある。

・社会権の代表である生存権を巡る学説の対立

憲法第 25 条 すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。

2 国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。

プログラム規定説

憲法 25 条は国民の生存を確保すべき、政治的・道義的義務を課したにとどまり、具体的権利を保障したものではないという学説。

抽象的権利説

憲法 25 条は、国に生存権を実現すべき法的義務を課し、具体化する法律によって始めて具体的権利を導けるという学説。

b. 私法関係

債権 特定の相手方に、ある行為を要求する権利。特定の人にしか主張できない相対的権利である。⇔債務

物権 物に対する権利。誰に対しても主張できる絶対的権利である。

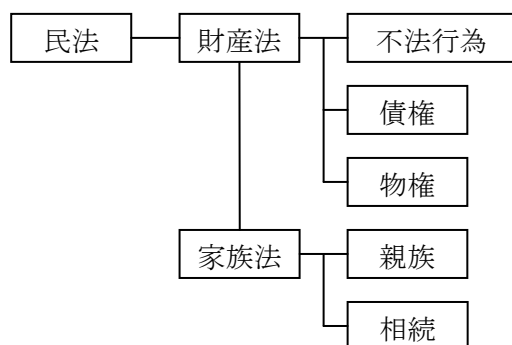
C. 法主体

・生物学上の人間のみが権利を持つという原則。さらに擬制によって法人、国家、国際機関などを法主体として拡張解釈する。

・国民の権利を享有するためには日本国籍を有する必要がある。(憲法 10 条)

2. 民法の全体構造

A. 民法の体系



・現行の民法はドイツのパンデクテン体系(⇔フランスのインスティチュート方式)を採用することで、抽象的・論理的な、階層構造となった。

・民法総則は「人」・「物」・「法律行為」(とりあえず契約と考えればよい)が中心的内容である。

B. 民法と隣接諸法

・民法には多数の特別法が存在することで内容の空洞化が進んでいる。

①民法自体が特別法を予定している場合。ex. 不動産登記法

- ②民法規定を一定の場合について変更する場合。ex.年齢計算に関する法律
- ③新しい社会的受容を取り込む場合。ex.工業抵当法
- ④古典的民法原理の修正となる場合。ex.借地法、借家法、労働基準法、消費者契約法

・商法と消費者法の存在

a.商法

商法第1条 商人の営業、商行為その他商事については、他の法律に特別の定めがあるものを除くほか、この法律の定めるところによる。

2 商事に関し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法（明治二十九年法律第八十九号）の定めるところによる。

商法は1条に民法の特別法たる地位を規定している。しかし、欧米では民法と商法の区別を強調しないほうが一般的。

b.消費者法

- ①消費者の自立支援、②事業活動適正化による消費被害の防止、経済的競争政策、③非対等当事者間の民事ルールの整備（生産者と消費者など）、④消費者被害救済の手続き整備などを目的とする。

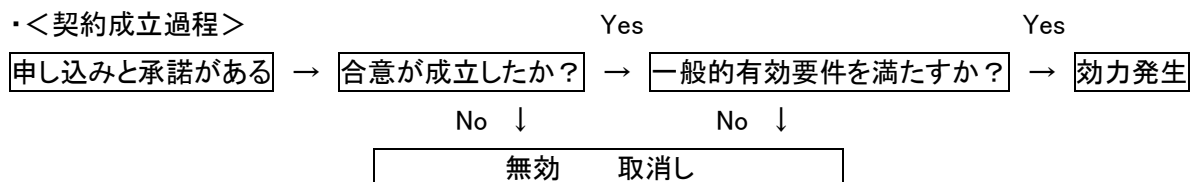
3. 契約法

※以下の記述に「無効」や「取消し」といった用語が出てきますが、その説明はこの章の最後に行います。適宜参照してください。

A. 契約の成立・不成立

・民法は私的自治の原則（法Ⅰでやりましたね）に基づくため、法的拘束力の根拠は「意思」である。（意思主義）

・＜契約成立過程＞



・契約の一般的有効要件

- ①契約による重要な部分が、解釈によってでも確定的であること。（条文には規定が無い。）
- ②実現が可能であるかどうか。（条文には規定が無い。）

原始的不能

契約の成立の時点ですでに債権の履行が不能なことが確定していること。ex.契約する前に家が燃えた。
→契約は無効となる。

後発的不能

契約が成立した後に債権の履行が不能になること。ex.契約した後に家が燃えた。
→契約は無効とはならない。履行が不能になった責任が債務者にあれば債務者不履行責任【415条】が生じ、責任が無いときは危険負担という問題【534条】として処理される。

③契約の適法性【91条、92条】

民法第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と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。

第92条 法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。

91条は「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。」と規定している。つまり、法令の規定には、公の秩序に関するものと、そうでないものがあることがわかる。ここで後者を**任意規定**(ex.借地借家法9条)とよび、前者を**強行規定**(ex.民法614条)と呼ぶ。任意規定と異なる意思表示は有効であることは契約自由の原則の現れである。もちろん公の秩序に関する強行規定に反する意思表示は不適法であり、無効とされる。(任意規定と強行規定の区別は重要です!!)

④社会的妥当性【90条】

第90条 公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

公の秩序又は善良の風俗に反する事項とは、例を挙げると犯罪に関わる行為や、人倫に反する行為、不公正な取引行為などが当てはまる。【法I 芸娼妓契約】

・契約の成立要件

①基本的な考え方

意思主義

契約の申し込みや承諾が有効になされるには、表示に対応する意思がなければならないという立場。

表示主義

しかし、意思主義の立場に立つと、例えば「その表示は、本当は意思に反しているから無効だ」などと主張されると、取引の安全を害する。従って意思表示の効力は表示されたところを基準に決めていこうという、表示主義という立場がでる。

意思主義は意思表示をした本人の利益を守り、表示主義は取引の安全を守る。従って、民法は両者の折衷的な立場をとっている。

②心裡留保【93条】

第93条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知っていたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

心裡留保

意思表示の表意者が、表示行為に対応する真意の無いことを知りながらする、単独の意思表示。わかりやすく言うと、言った本人が本当に思っていなくても行った意思表示のこと。

事例問題1【内IP.47】

Aは自慢のパソコンを、貧乏学生のBにはまさか買えまいと思って、売る気も無いのに10万円なら売ってもよいと言ったところ、Bは買おうと応え、10万円を集めてきた。このとき売買契約は成立しているか？

⇒このケースでは、外形的には契約成立が明らかであるように見える。しかし、意思主義の立場に立てば、Aは売る気が無いのでAの申し込みの意思表示は無効であると考えられる。だが、それでは10万円を集めてきたBの利益を害する。このような場合はやはり、でまかせを言ったAよりも、Aを信頼したBを保護するべきであるといえる。そこで、民法では原則として心裡留保による意思表示は有効であるとした。従って、たとえ本気で売る意思がなくても、契約は有効に成立する。

ただし、93条には「ただし、相手方が表意者の真意を知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。」という但し書きがある。今回のケースの場合、仮にBが、Aが本気で売るつもりが無いことを知っていた、もしくは知ることが出来たと認められる場合は、Aの意思表示が無効となり、契約は成立しない。このことを立証する責任はAにある。

③虚偽表示【94条】

第94条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

虚偽表示

相手方と通じて、真意でない意思表示を行うこと。売買契約でたとえると、売主も本当に売る意思がなく、買主も本当に買う意思がないときになる。

なぜこのような規定があるかといえば、執行逃れのために自分の財産を他人に移すケースがあるからである。また、この条文で重要なのは第三者の扱いである。

事例問題2【内IP.51】

Aは債権者Gから1000万円を借りていたが、返済できなかった。そこでGはAが所有する不動産を強制執行（いわゆる差し押さえ）して1000万円の回収を図った。これを察知したAは不動産をGに渡したくないので、友人のBに頼んで、AがBに不動産を売却したことにして登記をBに移した。Gはもうこの不動産に強制執行できないか？

⇒AB間の売買契約は虚偽表示で無効である。無効とは、売買が存在していないのと同じだから、GはAB間の売買の無効を主張して、Aに登記を戻させて、強制執行をすることが出来る。

事例問題3【内IP.51】

事例問題2で、Bは自分に登記名義があることをいいことに、この不動産は自分のものだと偽ってCに売却し、登記も移してしまった。AはCから不動産を取り戻せるか？

⇒このケースでは第三者が関与している。ここで、94条2項を見ると、「前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。」とある。ここで、この2項について考えてみる。

まず、「善意の第三者」とはなにか？ここでいう善意とは親切心や好意といった、一般的な意味を表すのではなく、虚偽表示であることを知らないという意味である。従って、悪意とは、悪い心ではなく、虚偽表示であることを知っていることを指す。ちなみに、第三者が保護されるためには善意かつ無過失であることが必要とされる、とする学説も有力だが、通説・判例では善意のみを要件としている。

では、「対抗することができない」とあるが、これはどのような意味か？今回のケースではBはもちろん、Aからも、Cに対して、売買契約は虚偽表示で無効だと主張できないということ、すなわちCについてはAB間の売買

契約は有効であるという意味になる。もっとも、この規定はあくまでもCを保護するためのルールだから、Cが虚偽表示により無効だ、と主張することは出来る。

この 94 条 2 項の背景にある考え方を表見法理(権利外観法理)と呼ぶ。

表見法理(権利外観法理)

真の権利者(A)が自分以外の者(B)が権利者であるかのような概観を作り出したときは、それを信じた第三者(C)は保護されるべきであり、自らその概観を作った権利者は権利を失ってもやむを得ないという考え。この考え方は民法において非常に重要であり、この 94 条 2 項を類推適用するという形で、様々な場面でこの表見法理(権利外観法理)が適用される。

④錯誤【95 条】

第 95 条 意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない。

錯誤

表示行為から推測される意思と、表意者の真実の意思の食い違いに、表示者自身がそれに気づいていないこと。例えば商品を 1 万ポンドで売るつもりが、1 万ドルと値札に書いてしまった場合が該当する。

錯誤の要件

a. 法律行為の要素の錯誤であること。

法律行為はとりあえず契約に置き換えて考えると、契約の要素、すなわち重要な部分に関する錯誤を含んでいる場合に意思表示が無効になる。

錯誤は、意思表示のどの段階に存するかによって 3 つに分類される。

i) 動機の錯誤: 意思表示をする動機における錯誤。 ii) 表示上の錯誤: 表示行為そのものに関する錯誤。 (を \$ に書き間違えるのはこれに当たる。) iii) 表示行為の意味に関する錯誤: 内容の錯誤とも呼ばれ、例えばドルとポンドが同価値であると誤解している場合を指す。

このうち、動機の錯誤とそれ以外(表示上の錯誤、表示行為の錯誤)を峻別し、動機の錯誤については原則として要素の錯誤とは認められないと考えられている。ただし動機が表示されて意思表示の内容となった場合は要素の錯誤になりうるというのが通説・判例の立場である。

b. 表意者に重大な過失のないこと

95 条の但書では表意者に重大な過失がないことを求めている。ここで言う重大な過失(重過失)とは、錯誤に陥ったことについて、普通人に期待される注意を著しく欠いていることである。この立証責任は、立証によって利益を受ける当事者である相手方にある。

事例問題 4 【内 I P.66】

古書の収集家であるXは希少本を古本屋Yで見つけ、喜んで 5 万円で購入した。ところが、家に帰って書庫を見ると同じ本がすでにあった。XはY書店に対して、本の売買は要素の錯誤によるとして無効を主張できるか？

⇒Xの意思表示を分析する。価格を表示した書籍を書店に陳列することが売買契約の申し込みとすると、Xはこれに対する承諾の意思表示を行ったことになる。その際、Xは「この本を買いたい」と言ったのであるから、承諾の意思の「表示行為」は完全になされていて、その表示行為に対応する内心の意思も持っている。つまり、錯誤が存在するのは内心の意思を発生させる過程、すなわち「動機」の部分である。よってこれは要素の錯誤とは認められず、契約は有効である。

⑤詐欺・強迫【96条】

第96条 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

2 相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知っていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる。

3 前二項の規定による詐欺による意思表示の取消しは、善意の第三者に対抗することができない。

詐欺

人を欺^ぎ罔^{もう}して錯誤に陥らせる行為。

詐欺の要件

a. 欺罔行為があること。

ただし、欺罔行為は取引上要求される信義に反するものであること、すなわち違法性があることが必要になる。(ある程度まやかしたりすることは取引にありがちなので。)さらに積極的な行為だけでなく、沈黙も詐欺になりうる。

b. 錯誤による意思表示があること。

c. 「①が②をもたらした」という因果関係があること。

d. 詐欺の故意があること。

2項、3項は取引の安全を優先するために設けられた条文。94条のところでやりましたね。

事例問題 5【内IP.77】

Bは自分の所有する土地が近々リゾート開発の対象となることが決まっていて、値段が瞬く間に上がるだろうと述べて、Aと時価より高い値段で売買契約を結んだ。しかし、リゾート計画の話は全く嘘だったことが判明した。Aはどうすればよいのか？

⇒Aは動機の錯誤に陥って契約をしているが、その錯誤はBの欺罔行為によって生じたものなので民法96条1項に基づき、Aは意思表示を取り消しうるものとした。取消された行為は初めから無効であったものとみなされる(121条)ので、契約は成立要素を欠いて無効になる。

強迫

相手に畏怖を生じさせ、それによって意思表示をさせる行為。「脅迫」は刑法なので漢字に注意。ただし、畏怖させる目的や手段が正当なものである場合は強迫には当たらない。

93 条から 96 条は重要な部分なのでまとめておきます。期末試験のために全部暗記したりする全く必要はありません。あくまで+αです。

	相手方		無効・取り消しのときの第三者
	善意・無過失	悪意 or 過失	
心裡留保 (93 条)	有効	無効	94 条 2 項類推適用
虚偽表示 (94 条)	——	無効	94 条 2 項適用
錯誤 (95 条)	有効	無効	無効主張前→96 条 3 項類推適用 無効主張後→94 条 2 項類推適用
詐欺 (96 条)	第三者詐欺のと き有効	取り消し可	取消し前→96 条 3 項適用 取消し後→94 条 2 項類推適用※
強迫 (96 条)	取り消し可		取消し前→対抗可 取消し後→94 条 2 項類推適用※

※印は、判例では対抗関係(二重譲渡などの場合に、登記などの対抗要件によって決するという問題のこと)となるとされる。

・無効・取消し【119 条-122 条】

第 119 条 無効な行為は、追認によっても、その効力を生じない。ただし、当事者がその行為の無効であることを知って追認をしたときは、新たな行為をしたものとみなす。

第 120 条 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

第 121 条 取り消された行為は、初めから無効であったものとみなす。ただし、制限行為能力者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。

第 122 条 取り消すことができる行為は、第二百十条に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。ただし、追認によって第三者の権利を害することはできない。

取り消すことができない。ただし、追認によって第三者の権利を害することはできない。

無効

法律行為が当事者の表示した効果意思の内容に従った法律行為を生じないこと。

取消し

意思表示に欠点があるために不確定的に有効とされる法律行為を、法律上定められた一定の事由に基づき特定のもの(取消権者)の意思表示によって遡って無効とすること。ただし、第三者が関わった場合は有効になることもある。

・無効と取り消しの違い

	行為の例	特定人の主張を要するか	効力を失う時期	追認
無効	公の秩序・善良の風俗違反(民 90)、強行法規違反(91)	主張があることを必要とせず、当然に効力が無い。	最初から効力が無い。	追認によって効力は生じないが、 <i>無効なことを知って追認すれば新たな行為をしたことになる。(119)</i>
取消し	<i>無能力者の行為(4、9、12)、詐欺・強迫による行為(96)</i>	主張があってはじめて効力を失う。(120)	取り消しが無い間は効力があるが、取消されると最初に遡って効力が無くなる。 (121)	追認すれば確定的に有効になる。(122)

B. 契約の分類

・典型契約

- a.移転型 贈与・売買・交換
- b.利用型 消費貸借・使用貸借・賃貸借
- c.役務型 雇用・請負・委任・寄託
- d.その他 組合・終身定期金・和解

・非典型契約(無名契約)

上の 13 の典型契約に当てはまらないもの(出版契約、講演会出演契約など)も、契約自由の原則に基づき、原則として認められる。

・混合契約 複数の典型契約の要素を含む契約。

C. 契約の履行・不履行——履行障害法(履行されなかったときの処理)

・債務の内容

特定物債権 その物の個性に着目して引渡しを対象とする債権(不動産や美術品など、「この」と特定されるもの)

種類債権 同じ種類の一定数量の引渡しを対象とする債権(ビール 1 ダース、ポルノの CD100 枚など)

金銭債権 一定額の金銭の給付を対象とする債権(これが一般的に言われる債権)

・債務不履行(債務者に責任がある場合)の三類型

履行遅滞 弁済期を徒過する場合(期限を過ぎてしまったとき)

履行不能 履行が後発的に不可能となる場合(契約が成立した後に亡くしたりして無理になったとき)

不完全履行 形の上では履行に相当する給付がなされたが、それが債務の本旨に従った完全な履行ではない場合(車の修理を依頼したが、完全に直っていないときなど)

・債務不履行に対する対処

①強制履行【414 条 1 項】

第 414 条 債務者が任意に債務の履行をしないときは、債権者は、その強制履行を裁判所に請求することができる。ただし、債務の性質がこれを許さないときは、この限りでない。

2 債務の性質が強制履行を許さない場合において、その債務が作為を目的とするときは、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをさせることを裁判所に請求することができる。ただし、法律行為を目的とする債務については、裁判をもって債務者の意思表示に代えることができる。

3 不作為を目的とする債務については、債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、又は将来のため適当な処分をすることを裁判所に請求することができる。

4 前三項の規定は、損害賠償の請求を妨げない。

直接強制 債務者の財産に対して実力を行為し、債務者の意思を無視して債権の内容を実現する方法

- a. 金銭債権の場合 民事執行法第 2 章第 2 節(財産を差し押さえて競売)
- b. 動産の特定物債権・種類債権の場合 民事執行法 169 条(物自体を取り上げる)
- c. 不動産の特定物債権・種類債権の場合 民事執行法 168 条、168 条の 2

間接強制 一種の罰金を科して、債務者の履行を経済的に強制する方法 民事執行法 172 条、173 条
原則として強制履行は間接強制によるものとされている。

②損害賠償請求権【415 条-417 条】

第 415 条 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

第 416 条 債務の不履行に対する損害賠償の請求は、これによって通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とする。

2 特別の事情によって生じた損害であっても、当事者がその事情を予見し、又は予見することができたときは、債権者は、その賠償を請求することができる。

第 417 条 損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。

損害賠償請求権の要件

- a. 債務不履行の事実があること。(415 条)
- b. 債務者に帰責事由があること。
- c. 債務不履行と因果関係のある損害が発生していること。

③解除【541 条】

第 541 条 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。

第 545 条 当事者の一方がその解除権を行使したときは、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。ただし、第三者の権利を害することはできない。

2 前項本文の場合において、金銭を返還するときは、その受領の時から利息を付さなければならない。

3 解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げない。

解除の要件

- a. 債務不履行があること。
- b. 不履行が債務者の責めに帰すべき事由によること。
- c. 解除が 541 条の手続きに従ってなされたこと。(相当期間を定めた催告)

原則として解除権を行使すると原状回復義務(545 条)が発生するが、*目的物に変更が生じた場合(商品に傷が付いてしまったようなとき)や、目的物について第三者が生じた場合(すでに他人に売却されたようなとき)が問題となる。*

①～③のどれを選択するかは債権者が選択できる。

・危険負担(債務者に責任が無い場合)【534 条、536 条】

第 534 条 特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は損傷したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する。

2 不特定物に関する契約については、第四百一条第二項の規定によりその物が確定した時から、前項の規定を適用する。

第 536 条 前二条に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。

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

危険負担の問題は、売買のような双務契約ではそれぞれの債務がお互いに対価関係にあるが、一方の債務が債務者の責めに帰することの出来ない理由で消滅した場合に、他方の債務をどうするかということである。

民法の規定では帰責性を有する方が負担することになっている。(要するにどっちが悪いか。)

どちらにも帰責性が無いときは、

特定物に関する物権の設定、又は移転を目的とする双務契約⇒**債権者主義**(債権者が負担する。534 条 1 項)

それ以外の双務契約⇒**債務者主義**(債務者が負担する。536 条 1 項)

として処理される。

解決策としては、①(534 条 1 項は任意規定なので)当事者による事前の明文化を行う、②債権者主義の適用範囲を解釈によって狭めることなどがある。

・瑕疵担保責任【570条】

第 570 条 売買の目的物に隠れた瑕疵があったときは、第五百六十六条の規定を準用する。ただし、強制競売の場合は、この限りでない。

第 566 条 売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権又は質権の目的である場合において、買主がこれを知らず、かつ、そのために契約をした目的を達することができないときは、買主は、契約の解除をすることができる。この場合において、契約の解除をすることができないときは、損害賠償の請求のみをすることができる。

※2 項、3 項は省略

隠れた瑕疵とは通常人が発見できないような欠陥、例えば家の土台が不十分だったり、鉄筋の数が足りなかったりしているような場合を指す。

5. 不法行為法

A.体系上の位置づけと根拠・機能

- ・契約法は意志に基づく法関係を対象とするが、不法行為法は意思によらないで成立する法関係が対象。
- ・不法行為法が問題にするのは行為よりも事実。
- ・契約から生ずる債権を約定債権と呼ぶのに対し、不法行為法に基づく債権を法定債権と呼ぶ。
- ・不法行為法に関する条文は契約法と比較して少ないが、社会的重要性は大きく、判例がより重要な役割を果たす。(戦後の民事事件の 1/4 も占める。)
- ・不法行為の諸類型

①一般不法行為(709 条が基本となる。立証責任は原告)

a. 故意・過失 b. 権利侵害、法律上の利益侵害 c. 損害 d. 因果関係

これらを要件に損害賠償を求めることが出来る。(これらの要件に関しては後述)

②特殊不法行為(立証責任は被告にある。)

監督者責任(714 条)、使用者責任(715 条)、注文者責任(716 条)、工作物責任(717 条)、動物占有者の責任(718 条)、共同不法行為(719 条)

・不法行為法の機能

①損害填補的機能 不法行為により被害者に生じた損害を填補する機能。ただし、無制限ではなく、過失責任主義に基づく。

過失責任主義

損害の発生につき、故意・過失がある場合にだけ損害賠償責任を負うという原則。(←→無過失責任主義)

②予防的機能 社会生活一般に要求される注意義務にかなった行動をすれば(すなわち過失が無ければ)損害賠償を免れさせ、それによって損害の発生を未然に防止する機能。

③制裁的機能 損害賠償によって加害者に制裁を加える機能。ただし、これは刑法の役割であるという意見から、一般的に否定されている。

ただし、不法行為法だけが、損害填補機能を果たすわけではない。不法行為法には①立証責任の問題、②加害者の資力があるかどうかという問題がある。そのため、

- a. 被害者自身が取る方策 損害保険、傷害保険、生命保険など
- b. 加害者が取る方策 責任保険(自賠責保険など)
- c. 公的手段 公的救済制度(労災補償、社会保障制度など) などによって解決を図る。

B. 刑法との関係

- ・一つの行為によって刑事責任と民事責任の両方が生じうるが、それぞれは独自に判断される。
- ・英米で認められている懲罰的損害賠償は日本では認められていない。

C. 不法行為法の効果

- ・損害の金銭的評価の問題

①損害の種類と算出方式

損害の種類には、財産的損害(①積極的損害(入院費など)、②消極的損害=逸失利益(得るはずだった給料など))と精神的損害がある。

逸失利益

債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償において、その債務不履行又は不法行為の事実が無ければ得たであろうと思われる利益。うべかりし利益ともいう。

損害の算出方式は個別損害項目積み上げ方式と包括・一括請求方式があるが、個別損害項目積み上げ方式が実務上一般的手法。

個別損害項目積み上げ方式

積極的損害、消極的損害、精神的損害の金額を列挙し、それらひとつひとつを積み上げて計算する方式。交通事故など。

包括・一律請求方式

個々の被害者の逸失利益を別々に算定することなく、財産的損害と精神的損害を一括して(包括請求)、かつ多数の被害者について一律の額を請求(一律請求)する方式。公害訴訟など。

②損害の金銭的評価の実例—事故の場合

積極的損害は葬式代だが、間接的損害(逸失利益)をどう評価するかが問題となる。一般的には「逸失利益＝(被害者の収入—生活費)×稼働可能年数」として計算される。

しかし、このような方式では個々人によって逸失利益が異なることになり、命の値段が異なることになってしまう、として人間の平等・個人の尊重の精神から、一定額を平等に与えるべきだという議論がある。(西原理論)

→包括・一律請求方式

D. 不法行為法の要件

①故意・過失があること。

故意

結果の発生を認識しながら、それを容認して行為するという心理状態。

過失

- ・結果の発生を予見しえたのに、注意しなかったという心理状態。(主権的過失)
- ・損害の発生は予見可能であり、それを回避すべき行為義務あったのに、それにもかかわらずそれを行ったこと。(客観的過失)判例はこちらで理解されている。

広く受け入れられている過失の判断基準として、ハンドの公式がある。

ハンドの公式

回避コスト<損害発生 of 蓋然性×被侵害利益の重大さ(いわゆる期待値) ⇒過失ありと判断。

しかし、回避コストや損害発生 of 蓋然性の算定は容易ではなく、困難が生ずる。また、功利主義的前提にも問題がある。

- ・過失責任の原則に対する例外

a. 製造物責任法(PL 法) 無過失責任を定める。

製造物責任

製造物の欠陥のために被害が生じた場合に、それを製造した製造者に生ずる責任。製造者の過失の有無を問わず、欠陥の存在のみを要件に賠償責任を認める。(厳格責任、無過失責任)

b. 失火の責任に関する法律

失火(過失が無い火事)の場合には損害賠償責任がない。

②権利・利益侵害があったこと。

権利・利益侵害の要件についての重要な考え方として受忍限度論がある。

受忍限度論

行為自体は適法な行為であったとしても、社会的共同生活の必要から考えて、社会観念上被害者において認容すべきものと一般に認められる程度を超えた場合には、不法行為となりうるという考え方。

(権利・利益侵害についての「相関関係説」についてはかなり込み合った話になるので割愛します。【内 II P.335】)

前述のとおり、不法行為法の要件として他にも損害が発生したこと、因果関係があることがあるが、説明は省略します。

7. 物権法

A. 物と物権

- ・物

第 85 条 この法律において「物」とは、有体物をいう。

第 86 条 土地及びその定着物は、不動産とする。

2 不動産以外の物は、すべて動産とする。

3 無記名債権は、動産とみなす。

物

有体物(空間の一部を占めるもののこと)。⇔無体物(著作権など)

不動産

土地及びその定着物(土地に固定されており、取引観念上継続的に固定されて使用されるもの。たとえば線路とか銅像とか)。

共有

一つのものの全体を複数の人が所有する状態。

建物の区分所有

一つの建物をいくつかの部分に区分して、それぞれが別個の所有権の客体となる形態。

・物権

物権と債権の比較

	債権	物権
主張できる相手	相対性(対人権)	絶対性(対世権)
排他性	非排他性	排他性(一物一権主義)
優先性	物権の優先的効力(売買は賃貸借を破る)	
創設	契約自由の原則	物権法定主義

・物権の優先的効力 ex.担保物権を有するものは一般的債権者に優先する。

・物権法定主義

第 175 条 物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない。

歴史的には近代的所有権の確立に関係し、経済的には取引の安全を守るためである。

・物権の種類

a. 所有権

第 206 条 所有者は、法令の制限内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する。

所有権

ある物を全面的に所有する権利。

・近代民法典の大原則の一つとして「所有権の絶対性」が挙げられる。

・実際の適用では公共の福祉に従い(憲法 29 条 2 項、民法 1 条 1 項)、法令の制限内である。

cf. 近代民法の三大原則

①契約法における私的自治の原則(契約の拘束力の原則)

②不法行為法における過失責任の原則

③物権法における所有権絶対の原則

b. 制限物権

制限物権

所有権の権能の一部をその内容とする物権。

用益物権

使用収益権能を内容とする制限物権。

担保物権

交換価値の把握を内容とする制限物権

c. 占有(権)

第 180 条 占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する。

第 188 条 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。

占有

自分が利益を受ける意思で、物を現実支配している事実状態。

・占有権の効果としては本権の推定(188 条)などがある。

・物権的請求権

①返還請求権

②妨害排除請求権 (無断駐輪や不法投棄を撤去するなど)

③妨害予防請求権

・物権的請求権は、権利の円滑な表現が妨げられただけで当然に発生し、相手の故意・過失は不要。

・物権的請求権が実際に問題になるような場合について、自力救済が関わりうる。

B. 物権変動

物権変動

物権が契約その他の原因で移転したり、発生したり、消滅したりすること。

・所有権の取得と消滅

・取得

第 239 条 所有者のない動産は、所有の意思をもって占有することによって、その所有権を取得する。

2 所有者のない不動産は、国庫に帰属する。

第 240 条 遺失物は、遺失物法(平成十八年法律第七十三号)の定めるところに従い公告をした後三箇月以内にその所有者が判明しないときは、これを拾得した者がその所有権を取得する。

原始取得 ある権利を他人の権利に基づかないで取得する場合(拾得、時効による取得など)。

承継取得 他人の所有権に基づいて取得する場合(売買、贈与、相続など)。

・消滅

目的物の滅失、放棄、消滅時効など。

・契約による不動産物権変動の場合

(1)所有権移転に必要な行為

第 176 条 物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

・日本では意思主義が採用されている。

・比較法的には形式主義もある。(ドイツでは公正証書に基づく売買が一般的。)

形式主義

登記という形式を備えなければ物権は移らないとする主義。

(2) 移転時期の問題

段階的所有権移転説

所有権はそれに伴う権能(使用権能、収益権能、処分権能など)が移転するとともに、徐々に移転すると考える説。

(3) 対抗問題——変動した物権を第三者にどのように主張するのか？

第 177 条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

- ・日本は対抗要件主義(対抗要件、不動産の場合は登記を対抗要件とし、それによって第三者に対抗するという考え方)を採用している。
- ・対抗要件主義が適用される典型的な場面として、二重譲渡(同じ土地を二人に売ってしまった場合)がある。
- ・日本においては、登記は物権変動の成立要件ではなく、対抗要件である。すなわち、当事者 2 人の間であれば、登記がなくても契約は有効に成立するが、第三者が出てきた場合には登記の先後によって決する。
- ・対抗問題では静的安全と動的安全のバランスが重要となる。

例えば、A から借りた本を B が事情を知らない C に売ったような場合に、

静的安全

真実の所有権者 A がみだりに権利を奪われてはならないという要請。

動的安全

取引の相手方 C を保護しなければならないという要請。

・契約による動産物権変動の場合

第 178 条 動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ、第三者に対抗することができない。

- ・動産では「引渡し」が対抗要件となる。 cf.「引渡し」は現実の引渡しに限らない。

8. 財産法総合——担保を中心とした債権の回収の考察

A. 債権回収の全体像

STEP1 債務不履行の際に取りうる基本的な手段

- ①強制履行
- ②損害賠償請求
- ③解除

- ・債権者が複数いる場合には、一般的に債権者平等の原則が妥当する。

債権者平等の原則

債務者の破産又は債務者財産への執行において、債権がいつ発生したかに関わりなく、債権額に応じて案分比例的に満足を受けるべく債権者を平等に扱う原則。

STEP2 より確実に債権を回収するための担保

①人的担保(保証)・・・債権法における担保

②物的担保(担保物権)・・・物権法における担保

cf. STEP3 担保によらずに、事実上債権を回収する方法

代物弁済(482条)、債権譲渡(466条以下)、相殺(505条以下)

B. 物的担保

物的担保

特定のものから優先的に弁済を受ける担保

物的担保には約定担保物権と法定担保物権がある。

約定担保物権

当事者の合意で設定される担保物権(質権、抵当権)。

・質権(342条以下)

第 342 条 質権者は、その債権の担保として債務者又は第三者から受け取った物を占有し、かつ、その物について他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

・抵当権(369条以下)

・抵当権は質権と違って目的物の占有を移転しないところに特徴がある。しかし、外観から判らないため取引上の安全を害する可能性があり、登記・登録できるものが対象となる。また、抵当権者は複数いることが出来るため、順位確定の原則がある。

順位確定の原則

一旦登記されれば、後から設定された担保権に先を越されることは無いとする原則。

法定担保物権

法律上当然に発生する担保物権(留置権、先取特権)

→民法が定めるこれらを典型担保物権と呼ぶ。

・留置権

第 295 条 他人の物の占有者は、その物に関して生じた債権を有するときは、その債権の弁済を受けるまで、その物を留置することができる。ただし、その債権が弁済期にないときは、この限りでない。

2 前項の規定は、占有が不法行為によって始まった場合には、適用しない。

例えば、靴の修理を頼んだ場合、依頼主が代金を支払わない場合はその靴を業者が留置することが出来るということ。

・さきどりつけん先取特権

第 303 条 先取特権者は、この法律その他の法律の規定に従い、その債務者の財産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利を有する。

債権者平等原則をそのまま適用しない特別な債権。①共益費用、②雇用関係、③葬式費用、④日用品供給等

C. 人的担保

第 452 条 債権者が保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、まず主たる債務者に催告をすべき旨を請求することができる。ただし、主たる債務者が破産手続開始の決定を受けたとき、又はその行方が知れないときは、この限りでない。

第 453 条 債権者が前条の規定に従い主たる債務者に催告をした後であっても、保証人が主たる債務者に弁済をする資力があり、かつ、執行が容易であることを証明したときは、債権者は、まず主たる債務者の財産について執行をしなければならない。

第 454 条 保証人は、主たる債務者と連帯して債務を負担したときは、前二条の権利を有しない。

保証

債務者(S)が債権者(A)に対する債務の弁済が出来なかった場合に、保証人(H)が変わって弁済するという合意をしておくこと。

・S が負う債務を**主たる債務**と呼ぶ。

・A と H には独立の関係があつて、これは保証人 H と債権者 A との間で保証契約が締結される。H は保証責務を負い、この債務を**従たる債務**と呼ぶ。

・従たる債務は主たる債務に従属する。

①附従性

成立 主たる債務が成立しなければ成立しない。

内容 主たる債務より重くなることは無い。

消滅 主たる債務が消滅すれば、従たる債務も消滅する。

②随伴性

主たる債務者の債権者が変更するとき、従たる債務も主たる債務と一緒に移ってゆく。

③補充性

保証債務は主たる債務者が履行しないときに始めて履行しなければならない。

③の補充性から、保証人には、催告の抗弁権(452 条)、検索の抗弁権(453 条)が認められているが、保証の際に合意によってこれを排除することが出来る。⇒連帯保証

連帯保証

保証人が主たる債務者と連帯して債務を負担すること。連帯保証人には催告の抗弁権と検索の抗弁権が無い。

連帯保証はほとんど主たる債務であり、実務上はほとんど連帯保証によって行われている。

従って、連帯保証人には絶対になってはいけません！！ →破産法・倒産法へ

ちなみに去年の試験では**民法分野から 55 点分**が出題されました。

つまり、**民法分野が理解できてないと確実に不可**になるので、気合を入れて勉強してください。

<Tea break> (不要な人は印刷するときにこのページごと消してください。レイアウトが崩れるので。)

やっと民法が終わりました・・・ほんとに疲れた・・・

気分転換に法学部の話でしようと思います。

・まず、法学部の卒業単位は**90 単位**です。1 コマ 2 単位なので、3 学期から 8 学期までで 45 コマですね。こう聞くと余裕そうですが、決してそんなことはないです。また、**他学部**の単位は **12 単位まで**卒業単位に算入可能です。ただし、教養学部前期課程の単位は参入されません。ちなみに幸か不幸か**法学部は卒業論文がない**です。

・さらに 06 年度入学者から**演習（いわゆるゼミ）の履修が必須**になりました。先輩の話を聞いたりしていると、これがめちゃくちゃ大変らしいですね。面白そうですけど。

・また、他の学部のような学科は無く、“類”という制度があります。一般的に、**第一類（私法コース）が司法試験組、第二類（公法コース）が国Ⅰ組、第三類（政治コース）が民間就職組**とされています。ただ、類は必修の科目が違うというだけで、4 年生になるときに自由に変えられます。ぼくはもちろん第二類です。

・**1 限の授業は 8 時 30 分**から始まります。平成 20 年度夏学期の時間割を見てみると、第一類の必修科目である「商法第 1 部」、第二類の必修科目である「行政法第 1 部」、第三類の必修科目である「日本政治外交史」が 1 限に開講されています。真面目に授業に出たい人は早起きを覚悟しなければいけません。1 コマの授業は **100 分**です。ちなみに昼休みは 70 分もあるので結構余裕がありますね。

・4 限の授業が終わるのは 16 時 40 分。**5 限は基本的にゼミ**です。まあゼミが 100 分で終わるはずも無く、**夜遅くまでかかることが多い**ようです。

・法学部には優秀な学生を表彰する制度があるので、それについていくつか。

a. 法学部の成績評価は、**優上・優・良・可・不可**です。

b. 法学部で開講されている科目は「共通科目」、「実定法系科目」、「基礎法学系科目」、「政治系科目」、「経済系科目」と分類されていて、基本的に、「共通科目」＋「実定法系科目」、もしくは「共通科目」＋「政治系科目」で、**優上または優が 3 分の 2 以上**だと「**主領域最優秀**」(excellent)、**2 分の 1 以上**だと「**主領域優秀**」(very good)と認定されます。このとき、**可の数は優上又は優の数から差し引かれます。(優可相殺)**

c. 主領域で表彰され、かつそれ以外の科目で**優上または優が 3 分の 2 以上**だと「**副領域最優秀**」、**2 分の 1 以上**だと「**副領域優秀**」と認定されます。このときも**可の数は優上又は優の数から差し引かれます。**

d. さらに、**主領域、副領域でともに最優秀と認定された人は「卓越」**(outstanding)と認定されます。

書いてて思ったけど、これを目指す人はいるのかなぁ・・・

・**法学部（特に 3 年生）の授業はほとんど大教室**です。そのため友人も出来にくく、また友達がいても一緒に授業を受けない人も多いようです。俗に「**法学部砂漠**」と呼ばれているのは周知のとおり。そのため、「**東京大学法律相談所**」という団体に入る人も多いようです。ただ、これはこれで結構大変らしいですが・・・

さて、1 ページ埋まったので、そろそろ再開しましょうか。残りは憲法・刑法・国際法、そしてお待ちかねの過去問です。

9. 憲法入門

A. 総論

(1) 憲法とは何か

形式的意味における憲法 憲法という名前と呼ばれる成文の法典を意味する場合。

実質的意味の憲法 ある特定の内容を持った法を憲法と呼ぶ場合。

①固有の意味の憲法 国家の統治の基本を定めた法としての憲法

②立憲的意味の憲法(近代的意味の憲法) 自由主義に基づいて定められた国家の基礎法

(2) 実質的意味の憲法の視点からの考察

・思想的には中世に遡り、国王といえども従わなくては成らない高次の法が根本法(fundamental law)と呼ばれた。

・しかし、中世の根本法は貴族の特権を擁護する封建的性格が強く、ロックやルソーなどの思想によって、近代自然法・自然権の思想を元にした近代的な憲法へと展開した。

(3) 日本国憲法【山田 P.125 以下】

①民主主義、②平和主義、③基本的人権の尊重を三大原則とする。もう説明は不要ですね？

B. 人権

(1) 公共の福祉 (既述)

(2) 特別な法律関係における人権【芦 P.103】

特別権力関係論

特別の公法上の原因(法律の規定又は本人の同意)によって成立する公権力と国民との特別の法律関係を「特別権力関係」と捉え、そこにおいては、①公権力は包括的な支配権(命令権、懲戒権)を有し、個々の場合に法律の根拠なくして特別権力関係に属する私人を包括的に支配でき(法治主義の排除)、②公権力は特別権力関係に属する私人に対して、一般国民として有する人権を、法律の根拠なくして制限でき(人権の制限)、③特別権力関係内部における公権力の行為は原則として司法審査に服さない(司法審査の排除)とする説のこと。代表的なのは公務員や在監者などがある。この理論は明治憲法下では認められていたが、現在は妥当しないと考えられている。

(3) 私人間における人権【芦 P.107】

無適用説

人権規定は私人間には適用されないとする説。→異質論

直接適用説

人権規定が私人間にも直接効力を有するとする説。この説の問題点は、①私的自治の原則が広く害されること、②基本的人権は、対国家的なものであるということは現代も本質的であること、などがある。

間接適用説

規定の趣旨・目的ないし法文から直接的な私法的効力を持つ人権規定を除き、その他の人権については、法律の概括的条項、特に公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法 90 条のような私法の一般条項を、憲法の趣旨に基づいて解釈・適用することによって間接的に私人間の行為を規律すべきだという説。この説が通説・判例の立場である。

・憲法と民法の関係をどのように捉えるか

異質論

国家と社会の二分論を背景に、憲法と民法は異質な法だと考える。→無適用説

融合論

憲法と民法は本質的には区別されず、融合的に捉えるべきだと考える。つまり、法全体を貫く根本原理があると考え、憲法も民法も根本原理の表れだと捉える。

並立論

憲法と民法は共通の基盤(根本原理)を持ちつつも、実定法のレベルでは、両者はそれぞれ国家の基本法と社会の基本法としての独自性を持ち、同格のものとして並立していると考ええる。

重層論

憲法と民法はお互いに協働しながら、国家・社会の基本法を重層的に構成していて、市民と市民の関係についても国家が一定の義務を負うと考え、市民対市民関係と、市民対国家関係を架橋しようとする説。山本敬三が主張。

C. 統治

(1)三権分立 (省略)

(2)憲法保障

憲法保障

憲法の崩壊を事前に防止し、または事後に是正するために予め憲法秩序の中に設けておく装置。

①抵抗権

国家権力が人間の尊厳を冒す重大な不法を行った場合に、国民が自らの権利・自由を守るため、他の合法的な救済手段が不可能となったときに、実定法上の義務を拒否する権利。

②国家緊急権

戦争・内乱・大規模な自然災害など、平時の統治機構を持つては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するため、国家権力が一時的に立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置を取る権限。

③違憲審査制度【81 条】

憲法第 81 条 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

<根拠>

憲法の最高法規性、基本的人権の尊重

<方式>

抽象的違憲審査制

特別に設けられた憲法裁判所が、具体的な訴訟と関係なく、抽象的に違憲審査を行う方式。ドイツなどで見られる。

付随的違憲審査制

通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際の前提として事件の解決に必要な限度で、適用法条の違憲審査を行う方式。アメリカなどで見られる。⇒憲法判断回避の準則が発達。

日本は付随的違憲審査制を採用しているが、条文上で抽象的違憲審査制を禁止しているわけではない。

④硬性憲法【96条】

第96条 この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

2 憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する。

憲法改正に関しては無限界説と限界説が対立する。通説である限界説によれば、民主主義・平和主義・基本的人権については改正できないと考えられている。

ちなみに、去年の試験では憲法分野からは穴埋め問題(各1点)×5問しか出題されませんでした。

もちろん今年がどうなるかわからない、(例えば、語句説明問題(各20点)で出題される可能性もある)ので、憲法分野を全くやらなくていいというわけではありません。まあ既述のとおり、民法がわからなかったら確実に不可ですけどね。

10. 刑法入門

A. 歴史と基本的考え方

(1) 歴史的背景

a. 威嚇の時代

糾問主義

裁判官と検察官、あるいはこれに相当する訴追主体との分離が無く、裁判官が自ら手続きを開始し、審理判決するという方式。要するに遠山の金さんですね。

cf. 糾問的捜査観

捜査は捜査機関が被疑者を取り調べることを中心とする手続きで、各種の強制処分もそのために認められているという考え方。⇒“自白は証拠の王”と考えられるようになり、13世紀以降、拷問が広まる。

b. 博愛の時代—近代刑法の登場—

罪刑法定主義

行為のときに、その行為を犯罪とし、刑罰を課する旨を定めた成文の法律が無ければ、その行為を処罰することは出来ないという原則。(⇔罪刑専断主義)

⇒①慣習刑法の否定、②絶対的不定期刑の禁止、③刑罰法規不遡及の原則、④類推解釈の禁止などが派生する。

⇒さらに、⑤実体的デュープロセス理論(刑罰法規の内容が適正でない場合、違憲とする考え方)、⑥明確性の原則(不明確な刑罰法規はデュープロセス条項に違反し、無効であるとする原則)、⑦判例不遡及的変更の原則などが派生すると考えられる。

・民主主義の観点からは、犯罪と刑罰は国民自身がその代表である議会を通じて決定することによって、正当化される。

(2) 刑罰の目的・本質と犯罪への認識

a. 刑罰の目的・本質

絶対的応報刑論

刑罰は応報であるということだけで正当化できるとする考え方。

相対的応報刑論

刑罰は応報であるというだけでは正当化できないと考え、これに加えて、刑罰が、犯人を含めて一般の人々が犯罪に陥ることを防止する効果がある場合にだけ正当化されるとする考え方。

・相対的応報刑論でも一般予防(社会全体に警告する)と特別予防(犯人の再犯を予防する)のどちらを強調するかで主張に差が出てくる。

教育刑論

刑罰の目的は犯罪人の社会復帰のための改善、更正のための教育にあるとする考え方。

b. 犯罪への認識

客観主義 行為の客観的側面、特に結果を重視する考え。

主観主義 行為の主観的側面、あるいは行為者の性格を重視する考え方。

・謙抑主義を強調すれば、犯罪は客観的な結果にのみ注目することになる。

謙抑主義

刑罰が自由や財産の剥奪という重大な苦痛を強制的に加えることであることに鑑み、刑罰を用いることには謙抑的であるべきだとする立場。

(3) 刑法の位置づけ

a. 憲法との関係

・罪刑法定主義、事後法の禁止などの刑法の基本原則が刑法典にも規定されている。

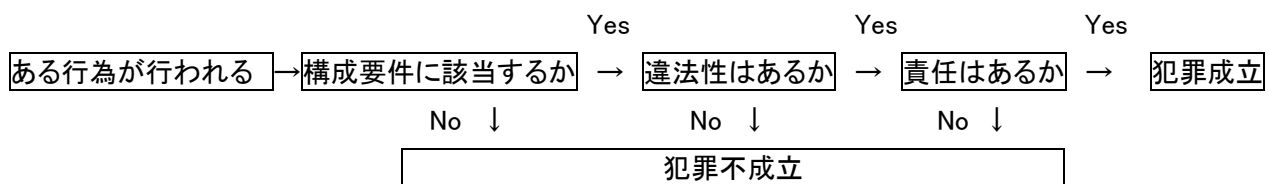
・個人の権利と公益の一般的な対立の中に刑法を位置づけることができる。

b. 民法との対比

	民法	刑法
目的	私人間の多様で広範な利益調整	明確に限定された法益の保護 ⇒ 罪刑法定主義・謙抑主義
対象	私人間	国家対個人
類推解釈	可	禁止
立証責任	挙証責任は配分される。	原則的に挙証責任は検察官。⇒ 推定無罪

B. 刑法総論

・刑法での三分説の考え方



a. 構成要件

<機能>

① 犯罪個別化機能

犯罪を個別化し、他の犯罪と区別する機能

② 故意規制機能

故意があるというために認識を要する事実の範囲を画する機能

③ 違法推定機能

構成要件と違法性の関係の理解において、構成要件に該当することにより違法性の存在を推定する機能

・構成要件はそれを構成する構成要件要素からなり、①主体、②行為、③結果、④因果関係が問題となる。

b. 違法性

刑法第 35 条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

第 36 条 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

第 37 条 自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

2 前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない。

違法性阻却事由

構成要件該当行為について原則的に肯定される違法性の存在を否定する特別の理由・根拠。正当行為(35条)、正当防衛(36条)、緊急避難(37条)

c. 責任

第 38 条 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

2 重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

3 法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。

責任主義

構成要件に該当し、違法な行為であっても、それを行ったことについて責任が認められない場合には、犯罪の成立を肯定することは出来ないとする立場。⇒故意犯の原則(38 条 1 項)

ここまでで刑法分野は終わりです。去年の試験では「**罪刑法定主義**」を説明させる問題(20 点)が出題されました。刑法はそれぐらいしか出しようが無い気がするけど・・・あとは穴埋めかな？

11. 国際法入門 —国内私法類推・国内公法類推及び公法化—

A. 国際法の歴史と基本的な考え方

- ・異なる政治主体に妥当する法の問題は、古来よりあった。
 - ・今日に続く国際社会の基本構造を考える場合は、国家が登場した近代以降を念頭に置くのが一般的。
 - ・主権国家の併存構造はウェストファリア体制として知られる。
 - ・そもそも主権国家の論理を徹底すれば、「法」は構想できない。
- ⇒それを可能とする論理の一つとして国内(私法)類推を考える。

国内(私法)類推

国家を国内法における個人に見立てて、国内法において適用される法と同様の法を国家にも適用すること。

B. 私法類推の実際

B—1. 私法類推の前提 —法主体—

- ・モンテビデオ条約によると、国家の要件とは(1)永続的住民、(2)明確な領域、(3)政府、及び(4)他国と関係を取り結ぶ能力を持つこととされる。
- ・国際法においてはさらに国家承認が重要な問題となる。

国家承認

国家としての客観的要件を新たに備えたとみなしうる団体を国家として認定すること。

B—2. 契約法と条約法

- ・国際法では、条約の成立は署名、批准の二段階が原則だが、これに限られない。
- ・無効原因は民法の意思表示を巡る議論(民法 93—98 条)に類似している。

B-3. 物権法と国家管轄権

- ・個人が「物」に対する物権を持つように、国家も「物」を持っていると考える。このとき国家が持っているもので重要なものは領域と国民である。
- ・国家領域については相関関係の規定(民法 209 条以下)と同様のことが国際法における領域法・環境法で当てはまる。
- ・国籍は国家が規定し、また国家には外交的保護権が認められている。(ただし、外交保護権は国家の権利であり、個人の権利ではない。)

外交保護権

個人が外国においてその身体又は財産に損害を被ったとき、その個人の本国が、損害の生じた領域国に対し、適当な救済を図るように求める権利。

B-4. 不法行為法と国家責任法

国家責任条文第 1 条 国際違法行為に対する国家責任

国家によるすべての国際違法行為は、その国家の国際責任が必然的に伴う。

第 2 条 国家の国際違法行為の要件

国家の国際違法行為は、次の場合に存在する。作為又は不作為からなる行為が、

(a)国際法上、国家に帰属し、且つ、

(b)国家の国際義務の違反を構成する。

第 3 条 国家の国際違法行為の性質

国家の国際違法行為は、国際法によって規定される。そのような特徴は、国内法上、同じ行為が合法的であることにより影響されない。

- ・一見すると、「帰属」という別の要件が損じしているように見えるが、民法における監督責任(714 条)、使用者責任(715 条)と対応を見出せる。
- ・民法の「他人の権利又は法律上保護される利益」との関係は国家責任条文の違法性の要件に読み込みうる。「損害」と「過失」については、日本の民法と異なる規定となっており、比較法の観点からは興味深い。
- ・国際法でも金銭による損害賠償が一般的。

C. 国内(私法)類推の限界

- ・自国の利益が重要な場合・死活的な場合、国際法のフィクション性が顕在化してしまう。(武力紛争時など)
- ・多様な法主体(国際企業とか NGO とか)の登場によって、国家間関係だけを問題にしていればよかった時代に用いていた国内類推モデルが有効性を失いつつある。
- ・国際法はヨーロッパ法の価値観に基づく場合が多いため、ヨーロッパの価値観を非ヨーロッパ社会に押し付ける側面がある。
- ・国内類推を徹底すると、国際法独自の考え方の可能性の可能性を閉ざしてしまう。

D. 公法類推・公法化の前提

国際社会における公法化

主権国家の併存という水平構造において、国内における公法と同様の垂直的な法関係が現れること。そのうち、公法類推は国家と「中央集権組織」の関係を国内公法から類推するが、公法化は国家を突き抜けて問題となる。

D-1. 中央集権組織

- ・公法類推・公法化においては中央集権組織の存在が前提となり、法益の認識が重要になる。
- ・国際連合は加盟国が普遍的であり、規律対象が一般的で、部分的ではあるが中央集権化を達成しているため、世界政府の似絵となりうる。
- ・世界規模での法制度を裏打ちする国際共同体意識事態はグローバリゼーションによって支えられている。
- ・「国際共同体」概念は法制度にも現れている。

D-2. 国際公益

国連憲章第1条

国際連合の目的は、次の通りである。

1. 国際の平和及び安全を維持すること。そのために、平和に対する脅威の防止及び除去と侵略行為その他の平和の破壊の鎮圧とのため有効な集団的措置をとること並びに平和を破壊するに至る虞のある国際的の紛争又は事態の調整または解決を平和的手段によって且つ正義及び国際法の原則に従って実現すること。
2. 人民の同権及び自決の原則の尊重に基礎をおく諸国間の友好関係を発展させること並びに世界平和を強化するために他の適当な措置をとること。
3. 経済的、社会的、文化的または人道的性質を有する国際問題を解決することについて、並びに人種、性、言語または宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するように助長奨励することについて、国際協力を達成すること。
4. これらの共通の目的の達成に当たって諸国の行動を調和するための中心となること。

- ・国連憲章で規定される国際法益としては①平和(及び、それと深く関わる領域の不可侵、武力行使の禁止)、②人民の自決、③人種平等、及び④人権保障があげられる。
- ・憲章上には規定されていないが、経済・環境も重要な国際法益足りうる。

E. 私法類推と公法類推・公法化

- ・私法類推を基本的枠組みとしながらも、公法類推・公法化がより支配的になっている。
- ・不干渉原則(国連憲章第2条7項)は確固たる原則でありながら、その射程は曖昧で、例外と位置づけうる現象が増えている。ex.コソヴォ空爆などの人道的介入や東京裁判などの国際刑事裁判など。

これで国際法分野は終了です。去年は国内私法類推を説明させる問題(20点)が出題されました。他に出しようがない気がするけどなあ・・・まあともかくこれで、授業で扱った部分は全部終了です。次ページからはみなさんお待ちかねの過去問・解答例・コメントです。

2007年度冬学期 法Ⅱ（寺谷）試験問題

次の問いに答えなさい。解答の順序はどれを先にしても構わない。

第1問（15点） 次の空欄（a）～（j）、（ア）～（オ）に当てはまる語句・数字等は何か。解答にあたっては、自分で（a）～（j）、（ア）～（オ）の記号を書き、その横に解答となる語句や数字、2択の場合はその一つを記入しなさい。

・契約が履行されなかったとき、どのように処理されるだろうか。しばしば債務不履行の類型として、弁済期を徒過する場合である（ a ）、履行が後発的に不可能となる場合である履行不能、形の上では履行に相当する給付がなされたが、それが債務の本旨に従った完全な履行ではない場合である（ b ）の3つが指摘される。

これらに対する債権者の選択肢としては、第1に、民法（ c ）条1項が定めるように、強制履行がある。これには債務者の財産に対して実力を行使し、債務者の意思を無視して債権の内容を実現する方法である（ d ）と履行しなければ一日につき〇〇円払えという一種の罰金を科して、債務者の履行を経済的に強制する方法である（ e ）がある。（なお、代替執行と呼ばれる方法もある。）

第2に、民法第415条が定めるように、（ f ）を行使することができる。通常生ずべき損害の賠償をさせることをその目的とし（第416条1項）、別段の意思表示がないときは金銭を持ってその額を定める（第417条）。

また、第3に、（ g ）を行使するという選択肢もある。第545条が定めるように、当事者の一方がこの権利を行使したとき、各当事者は、その相手方を原状に復させる義務を負う。

債務者に責任がある場合の債務不履行に際して、上記の3つのどれを選択するかは、債権者が選択できる。

なお、債務者に責任がない場合についても問題になる。売買のような双務契約ではそれぞれの債務が互いに対価関係にあるが、一方の債務が債務者の責めに帰することのできない理由で消滅した場合に、他方の債務をどうするかという問題が生ずるが、これは（ h ）の問題である。民法（ i ）条1項では、特定物に関する物権の設定または移転を目的とする双務契約について（ j ）主義をとっており、立法論の観点から問題視されている。

・憲法と民法の関係を論ずる際に無視できないのは、憲法の私人間適用の問題である。憲法が、基本的には国家と個人（私人）の間に適用される法であることを強調するなら、私人間に憲法は適用（ア、されない or される）。この背景には、国家と（ イ ）の二分論があり、憲法は前者の、民法は後者の基本法だとも評される。

日本における重要な先例は、三菱樹脂本採用拒否事件であり、最高裁判所は、憲法の直接の適用を否定しつつも、「（ ウ ）に対する一般的制限規定である民法1条、（ エ ）条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で（ ウ ）の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由な平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」としている。これは直接的でない仕方

人間の行為に憲法規範を妥当させようとしていると評価することもでき、(オ)説として知られる。もっとも、この解釈には学説上異論も唱えられている。

第2問 (各20点) 次の語句を、それぞれ5～10行程度で説明しなさい。

- A. 罪刑法定主義
- B. 国際法における国内私法類推

第3問 (45点)

Aは、ほどほどに働きつつ、幸せな家庭生活を営むことを人生の主要な目的とする良き家庭人だった。7人の子どもが大きくなって借りている家が手狭になったため、そろそろ住み替えたいと考えた。

(1) Aは、不動産会社を訪れて、資料を見ているうちに、B所有のある家が気に入って購入することにした。ところが、その家は、前日に焼失しており、不動産会社もこのことに気づいていなかった。AB間の売買契約は有効に成立するのだろうか。必要に応じて複数の考え方に触れつつ述べよ。

(2) 諦めずに新しい家を探していたAは、別の不動産会社で、C所有の住宅とその敷地を見つけ、長女の誕生日である2月29日に契約を結んだ。代金額は目的物の引き渡しと引換えに、次女の誕生日である4月1日に支払う約束であった。引っ越しの準備のために3月3日にAが現地に行ったところ、驚いたことにその住宅には別人Dが家族と住んでいた。Dは、自分はCから買ったのだと主張している。

そもそも、Cは重ねて同じ不動産を売ることができるのであろうか。もしそれが可能であるとして、Dが所有権を得るとすれば、どのような場合だろうか。必要な場合分けをしつつ述べよ。

(3) 家を手入れできずに落胆したAだったが、ふと目にとまったのは新聞の折り込みチラシだった。チラシには「居住環境に優れた立地」「当社のマンションは安心」「絶対お得」と書かれており、他人に後れをとってはなるものかと、直ぐにEと契約して住み始めた。

しかし、いざ住み始めるとさほど心地よくもないし、治安もそれほど良くない地域で、自分は子どものために買ったのに、こんな重要なことなのにチラシは嘘だったじゃないかとAは憤った。Aは契約を取消したいと考え始めたが、可能だろうか。なお、下記の法律も参照にせよ。

消費者契約法第4条 ①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、当該消費者に対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号の定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又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。

- 一 重要事項について事実と異なることを告げること。当該告げられた内容が事実であるとの誤認(以下略)

2007 年度冬学期 法Ⅱ(寺谷)試験 解答例・コメント

【注意！】以下の解答例・コメントは井澤の勝手な見解に基づくものです。間違っていたり、不十分であったりする可能性は大きくあるので、あくまで参考程度に使用してください。

第1問(15点)

(a)履行遅滞 (b)不完全履行 (c)414 (d)直接強制 (e)間接強制 (f)損害賠償請求権 (g)解除権
(h)危険負担 (i)534 (j)債権者 (ア)されない (イ)社会 (ウ)私的自治 (エ)90 (オ)間接適用

寺谷先生定番の穴埋め問題。法Ⅱのシケプリ作成においては授業中に取り上げられた具体的な判例を取り上げることはしなかったため、三菱樹脂事件に絡めて出題された(ア)～(オ)は解答しにくかったかもしれません。シケプリに載っていることは載っているんですがね・・・

第2問(各20点)

A.

罪刑法定主義とは、行為のときに、その行為を犯罪とし、刑罰を課する旨を定めた成文の法律が無ければ、その行為を処罰することは出来ないという原則である。この原則は、民主主義の観点から、犯罪と刑罰の正当化は国民自身がその代表である議会を通じてそれらを決定したことによる、という考え方を基にしている。この原則から、慣習刑法の否定、絶対的不定期刑の禁止、刑罰法規不遡及の原則、類推解釈の禁止などのほか、刑罰法規の内容が適正でない場合、違憲とする考え方である、実体的デュープロセス理論、不明確な刑罰法規はデュープロセス条項に違反し、無効であるとする、明確性の原則、判例不遡及的変更の原則らが派生すると考えられる。(294字)

B.

国際法における国内私法類推とは、国家を国内法における個人に見立てて、国内法において適用される法と同様の法を国家にも適用することを表す。この概念は主権国家が併存する国際社会において、国家間において妥当する法を構想するために考えられたものである。具体的には、法主体としての個人と国家、契約法と条約法、物権法と国家管轄権、不法行為法と国家責任法が類似の関係にある。しかし、国内私法類推には限界がある。例えば、武力紛争時など、自国の利益が重要な場合・死活的な場合、国際法のフィクション性が顕在化してしまうことや、国際企業やNGOなど、多様な法主体の登場により、国内類推モデルが有効性を失いつつあること、国際法はヨーロッパ法の価値観に基づく場合が多いため、ヨーロッパの価値観を非ヨーロッパ社会に押し付ける側面があること、国内類推を徹底すると、国際法独自の考え方の可能性の可能性を閉ざしてしまうことなどの問題がある。(400字)

法Ⅰでもあった、語句説明問題。第2問のこの形式の問題が一番点数を取りにくいと思います。とりあえず今回はシケプリの記述を組みなおしつつ解答例を作成してみました。

第3問(45点)

(1)

本件においてはB所有の家屋はAB間の売買契約が締結される前に焼失しているため、目的物を給付することが不可能であり、契約は原始的不能である。従来の原始的不能に関する考え方では、契約は無効であると判断できるが、世界的な契約法の潮流の影響を受け、契約としては有効と扱い、原始的な履行不能について責任のある当事者の契約責任を追及することを認めるという考え方もある。(189字)

過去問をパッと見して、「なんだ、ただの原始的不能じゃん。無効無効。」とか思ってたところ、問題文中に「必要に応じて複数の考え方に触れつつ」とあったので、共通教材（P.99）を参照したところ、上のような記述があったため、このような解答例を作成しました。レジュメにも載ってないし内民Ⅰでもほとんど触れられてないのに……。寺谷も笑顔でエグいことをするもんです……。

(2)

売買契約は**意思主義に基づいて**、合意に基づいて成立し、売主が所有権を持っていることは有効要件ではないため、C が重ねて同じ不動産についての売買契約を締結することは可能である。

AC 間と、CD 間の売買契約がどちらも有効に成立している場合、不動産の所有権については登記が対抗要件であるため、D が所有権を得るためには、A よりも先に所有権移転の登記を行うことが必要である。仮に A が先に所有権移転の登記を行った場合、D は所有権を得ることができない。(205 字)

この問題はシケプリだけで解答可能でしたね。問題文中の「必要な場合分けをしつつ」に対して、「AC 間と、CD 間の売買契約がどちらも有効に成立している場合」と答えました。問題はないはずですが……

(3)

まず民法第 96 条の詐欺の主張が可能であるかを検討する。本件の場合、E が E 所有の不動産を売却するという契約内容に関して欺罔行為を行ったとは認められず、詐欺の主張は認められない。次に、民法第 95 条の錯誤の主張が可能であるかを検討する。本件においては、A は E 所有の不動産を購入するという点で、契約内容に関して錯誤があるわけではなく、あくまでも、契約を結ぶ動機の錯誤である。従って、錯誤の主張は認められない。次に消費者契約法第 4 条第 1 項に基づいて契約を取り消すことが可能であるかを検討する。本件において、E はビラで「居住環境に優れた立地」などの表現を用い、A はこれらに基づいて、売買契約を結ぶ意思を持ったわけであるが、「居住環境に優れた立地」などの表現はあくまでも主観的判断であり、客観的な事実に基づいて、事実と異なることであるかどうかは判断できないため、契約を取消すことはできない。(386 字)

(3) は契約の成立・不成立に関する知識を総動員し、かつ問題文で与えられている消費者契約法も検討するという問題です。一見すると消費者契約法が適用できそうですが、あくまでも客観的に事実と異なるかを判断できないと適用できないというのがこの問題のポイント。最後の問題だけあって、手強いですね。

【最後に一言】

ふう、やっと終わった～！！

1 年間法Ⅰ・法Ⅱとシケ対をやってきましたが、やってよかったかなと思います。個人的には寺谷の授業は結構好きだったし、1 限でもちゃんと出なきゃいけないと思えたし（笑）

いよいよ 3 学期からは専門科目ですね！楽しみでもあり、不安でもあります。みんな 900 番で頑張ろ～！！

てか専門科目もシケ対作るのかな？さすがに専門科目でフリー・ライダーがいるのは嫌だなと思ったり……。まぁおれはやるとしたら刑法ですかね～