

司法試験

セブンサミット 全体構造〔第8版〕

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 201207

LU20120

第8版 はしがき

司法試験の受験資格を得るには、法科大学院修了ルートと、予備試験合格ルートの2つのルートがあります。

入門講座を受講なさる皆様の中には、いずれのルートを目指すか悩んでいる方もいらっしゃるかと思いますが、いずれにおいても、司法試験最終合格のため、入門の段階から基礎的事項の着実な理解と法的思考法を体得しておかなければならない点については、いささかも変わりはありません。

本書は、従来から、司法試験等の制度・傾向の変化、法令の改正、および判例の進展に対応すべく、年々改良を重ねてきました。近年では、平成26年における会社法・行政不服審査法の改正、平成28年における刑事訴訟法改正、平成29年における刑法改正があり、また民法（債権法）も大改正され、大きな話題を呼びました。平成30年では、民法（相続法）について多岐にわたる改正（配偶者居住権の新設、遺言制度や遺留分制度の改正など）がなされるとともに、成年年齢を20歳から18歳に引き下げる改正もなされ、さらに、商法も従来のカタカナ表記が現代語化され、商行為法のうち運送に関する規制の全面的な改正もなされました。そして、令和元年には、民法について、特別養子制度の改正がなされ、会社法について、株主総会資料の電子提供制度や株式交付制度の創設、取締役の報酬等に関する規定の見直し等、多岐にわたる改正がなされました。

このような状況の中、LECとしても最新の情報をキャッチアップし、『セブンサミット・テキスト』へ反映させています。

本書を使用し、くり返し復習を重ね、上級講座でのより細部にわたる学習と実践的訓練を重ねれば、司法試験・予備試験の合格水準を優に超えることができるはずです。そのような意味で、『セブンサミット・テキスト』は、司法試験・予備試験合格を目指す皆さんに対して、学習の到達点を示すことができたものと自負しております。

今回の改訂により一層内容が充実した『セブンサミット・テキスト』を活用して、実務法学入門の門を叩いた皆さんが、法科大学院既修者コース入学試験・司法試験予備試験・司法試験の合格をスムーズに達成されることを心よりお祈り申し上げます。

2020年2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」の特長

1

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。また、必要に応じ、第1審・控訴審の判断のポイントも紹介しています。

2

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。また、学説の対立などもわかりにくいことが多いものです。そのような難解な事項も表にまとめ、学説や判例の立場が一目で分かるように工夫しています。

3

<問題の所在> 論証点の答案表現モデル

論点について、単なる項目として覚えるだけではなく、事例問題の答案として問題提起できるように、<問題の所在>として文章化しています。論証例、論証ブロック等々と呼ばれる受験アイテムの前提となるものです。

4

<考え方のすじ道> 論証点の自説の答案表現モデル

論点について、事例問題の答案として自説を展開できるように、<考え方のすじ道>として文章化しています。判例・通説の場合は、他説批判は基本的に展開していません。反判例の場合は、判例について触れたうえで論証する流れになっています。

5

<アドヴァンス> 論証点の他説を含めた詳細な解説

論点について、論証例、論証ブロック等々と呼ばれる受験アイテムをただ暗記するのは良くありません。なぜ問題なのか、なぜ自説を採るのか、暗記の前提となるしっかりとした理解が、暗記したものを吐き出すだけでは足りない、応用問題を自力で解決する素となるのです。



発展 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、入門レベルと発展レベルの記述の仕分けをしています。

発展レベルの内容は ◀発展▶ ◀発展▶ のマークで明示して活字ポイントを小さくしているので、メリハリをつけて学習できます。



改正情報 本試験受験時に施行が予定されている改正法に準拠

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施行されているであろう改正法に準拠させているので、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。

セブンサミット（入門編 全体構造）

目 次

第1編	序論	1
第1章	司法試験合格への道	1
第2章	法学入門	2
第1節	法とは何か	2
第2節	条文の読み方	11
第3節	条文の解釈とリーガルマインド	15
第2編	実体法	21
第1章	憲法	21
第1節	憲法のかたち	21
第2節	基本的人権の保障	24
第3節	人権保障のための統治機構	27
第4節	司法権	31
第2章	民法	32
第1節	民法のかたち	32
第2節	変動する権利（債権と物権）	36
第3節	私権の変動原因1	41
第4節	私権の変動原因2	44
第5節	家族の法律関係	45
第3章	商法	46
第1節	商法のかたち	46
第2節	会社法	47
第4章	刑法	52
第1節	刑法のかたち	52
第2節	犯罪成立要件	61
第3節	刑法典上の犯罪の全体像	64
第5章	行政法	66
第1節	行政法のかたち	66
第2節	行政組織法	68
第3節	行政作用法	68
第4節	行政救済法	69
第3編	訴訟法	70
第1章	民事訴訟法	70
第1節	民事訴訟法のかたち	70
第2節	民事訴訟法の基本概念	73
第3節	民事訴訟手続の概要	75
第2章	刑事訴訟法	77
第1節	刑事訴訟法のかたち	77
第2節	刑事訴訟法の基本概念	81
第3節	刑事訴訟手続の概要	83
第3章	行政事件訴訟法	84
第1節	行政事件訴訟法のかたち	84
第2節	行政事件訴訟法の基本概念	85
第3節	行政事件訴訟手続の概要	86
第4章	憲法訴訟論	86
第1節	憲法訴訟のかたち	86
第2節	憲法訴訟の基本概念	87
第3節	憲法訴訟手続の概要	87

第1編 序論

第1章 司法試験合格への道

一 司法試験とはなにか

司法試験法では、司法試験について規定している。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。

後述する「リーガルマインド」の要素である「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

法的構成本力

文章対話力（論述能力）

口頭対話力（弁論能力）←（注）予備試験には口述試験がある

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 法科大学院修了後5年以内の範囲内

→令和4年10月1日からは、一定の要件を満たせば、法科大学院在学中でも受験が可能に
（令和元年改正司法試験法4条2項）

第2号 司法試験予備試験合格後5年以内の範囲内

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）及び論文式の筆記式

第2項 合格者の判定は、短答式による筆記試験の合格に必要な成績を得た者につき、短答式及び論文式の成績を総合して行う

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 **憲法**

第2号 **民法**

第3号 **刑法**

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（憲法及び行政法に関する分野の科目をいう）

第2号 民事系（民法、商法及び民事訴訟法に関する分野の科目をいう）

第3号 刑事系（刑法及び刑事訴訟法に関する分野の科目をいう）

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

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）←その年度の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）

→令和3年12月1日以降の試験から、論文式試験の科目から一般教養科目が除かれ、代わりに、法律選択科目1科目が追加（令和元年改正司法試験法5条3項）

第4項（口述）←その年度の筆記試験に合格した者について行う

法律実務基礎科目→「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

第2章 法学入門

第1節 法とは何か

一 法、及び権利・義務の定義

1 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

Ⅱ 具体的には

慣習・道徳・宗教・倫理・**法**等

2 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っ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

(a) 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）を意味している人々に対しては効果がなくなってしまうからである。

(b) 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

(a) 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。

(b) 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。

3 権利・義務の変動

多くの法は、権利・義務の変動要件・効果、および権利・義務の実現手続を定める。

(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にはできない**。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・義務は大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大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。

権利とは、社会生活上の利益を主観化したものである。

(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。**

二 法の種類

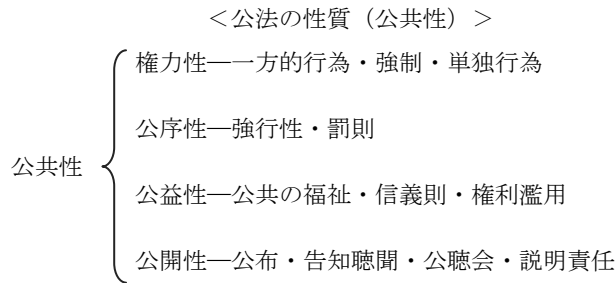
1 公法と私法

一旦簡単に説明をする。

- ① **公法**：国家の内部の役割分担及び国家と国民との事項を定めたもの ex. 憲法、刑法
 - ② **私法**：市民と市民との間の事項を定めたもの ex. 民法、商法、会社法
- (1) 公法とは何か

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らないことが多い。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である。**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である。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。

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。

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）

三 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、法の要件をみたまもの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。**

最も重要なものであり、第2節で詳しく説明する。

この機会に六法全書について説明しておこう。

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**（司法試験用六法・司法試験予備試験用六法・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・非試験用がおすすめで、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、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。**

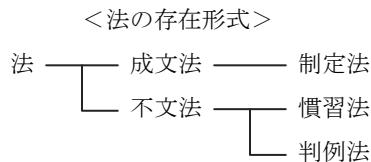
2 不文法

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



四 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。

↓もともと

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、家庭裁判所及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。

↓もともと

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。

↓したがって

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。

3 裁判の種類

裁判には、①**判決**（慎重な手続のもとに裁判所が下す裁判）、②**決定**（簡略な手続のもとに裁判所が下す裁判）、及び③**命令**（簡略な手続のもとに裁判官が下す裁判）の三種類がある。

学習用の判例集等では、裁判所の種類との組み合わせで、以下のように略記・特定して表現するのが一般である。

<凡例>

大連判大〇年〇月〇日：大審院連合部の判決 大正〇年〇月〇日
 大判昭〇年〇月〇日：大審院のいずれかの部の判決 昭和〇年〇月〇日
 最大判平〇年〇月〇日：最高裁大法廷の判決 平成〇年〇月〇日
 最大決平〇年〇月〇日：最高裁大法廷の決定 平成〇年〇月〇日
 最判昭〇年〇月〇日：最高裁のいずれかの小法廷の判決 昭和〇年〇月〇日
 最決昭〇年〇月〇日：最高裁のいずれかの小法廷の決定 昭和〇年〇月〇日
 東京高判平〇年〇月〇日：東京高等裁判所の判決 平成〇年〇月〇日
 東京高決平〇年〇月〇日：東京高等裁判所の決定 平成〇年〇月〇日
 東京地判昭〇年〇月〇日：東京地方裁判所の判決 昭和〇年〇月〇日
 東京地決昭〇年〇月〇日：東京地方裁判所の決定 昭和〇年〇月〇日
 その他、上記にならう。
 （判旨）：判決の要旨
 （決旨）：決定の要旨

入門レベルではまだ使用しないが、[法科大学院での判例学習の際や裁判所が公開する公式ホームページの判例紹介等を読む際に、知っておくと便利な、専門的に使用される判例を特定するための記述方法](#)に以下のものがある。

まず、事件符合規程（最高裁判所規則の一種）による事件記録符合があり、民事事件はカタカナの符合が振られ、刑事事件はひらがなの符合が振られ、行政事件はカタカナの前に行を付した符合が振られる。さらに、掲載公式判例集を特定するための記載が付されることが多く、無数に存在する判例が、以上によって、特定される。

<例>

最高裁昭和 37 年（オ）1472 号同 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集 18 卷 4 号 676 頁
 民集とは、大審院民事判例集又は最高裁判所民事判例集の略記である。
 最高裁昭和 45 年（あ）第 1310 号同 48 年 4 月 4 日大法廷判決・刑集 27 卷 3 号 265 頁
 刑集とは、大審院刑事判例集又は最高裁判所刑事判例集の略記である。

<事件符合の主なもの>

地方裁判所ワ	民事事件通常訴訟事件	高等裁判所ウ	刑事事件控訴事件
高等裁判所ワ	民事事件通常訴訟事件	最高裁判所あ	刑事事件上告事件
高等裁判所ネ	民事事件控訴事件	地方裁判所行ウ	行政事件訴訟事件
最高裁判所オ	民事事件上告事件	高等裁判所行コ	行政事件控訴事件
地方裁判所わ	刑事事件公判請求事件	最高裁判所行ツ	行政事件上告事件
高等裁判所の	刑事事件第一審事件		

五 学説

学者の見解を「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3）。
 - * **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**：通説にまでは至らないが、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ため、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。

第2節 条文の読み方

一 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 条文の呼称

(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等と付して、1項、2項を区別している。

さらに、項の中で**簡条書きで列挙する場合**には号を使う。1号、2号という簡条書きになる。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、これを行うことができる。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・ただし書

(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、「ただし書」という。

ただし書は、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 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（通説だが、裁判実務の用法は異なる。⇒「五 要件事実論」 p.74）。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、「故意又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になる。

<要件と効果>

要件	→	効果*
①故意または過失		①損害の賠償
②他人の部屋に振動・音響を与える行為		
③他人の生活上の利益を侵害した		
④損害の発生		
⑤因果関係（①と②③④との間）		

* 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。

3 条分の性格

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。

・ 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。

二 法令用語の基礎知識

1 「又は」と「若しくは（もしくは）」

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

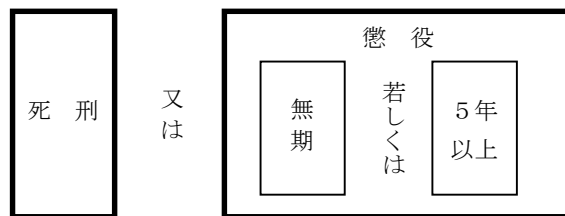
e x. 「公の秩序又は善良の風俗」（民 90）

- ・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 355）

この場合は、

取締役は、 $\left. \begin{array}{l} \text{法令及び定款} \\ \text{並びに (and)} \\ \text{株主総会の決議} \end{array} \right\}$ を遵守し……となる。

3 「場合」、「とき」、「時」

(1) 「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）

- (2) 「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127Ⅰ）
- 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」・「未滿（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」・「未滿（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）
- 「胎児は、相続については、既に生まれたものとみなす。」（民886Ⅰ）

第3節 条文の解釈とリーガルマインド

一 法解釈の基礎知識

1 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ます。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ます。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）もいます。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问题の処理を行うが、その他の法律家もそれぞれ公的问题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。

2 法的三段論法

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 したがって（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該当する事実を抽出する。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。

o 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）

3 解釈の方法と種類

(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）

↓もっとも

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（通説の用例）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ない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) **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

(b) **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

(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(a)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(b)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、(c)~(f)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

4 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 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する」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（狭義）**という。単に、試験の答案において、**論ずべき点**という意味で使用する場合もある。

(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

二 リーガルマインド

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いわれている。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、法の世界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)**

=立法趣旨及び法的三段論法

→社会の安定 (目的) —法的三段論法 (手段) の全体構造の理解

<リーガルマインドの全体構造>

	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編 実体法

第1章 憲法

第1節 憲法のかたち

一 法全体の中での位置づけ（憲法の最高法規性）

- ・ 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

↓

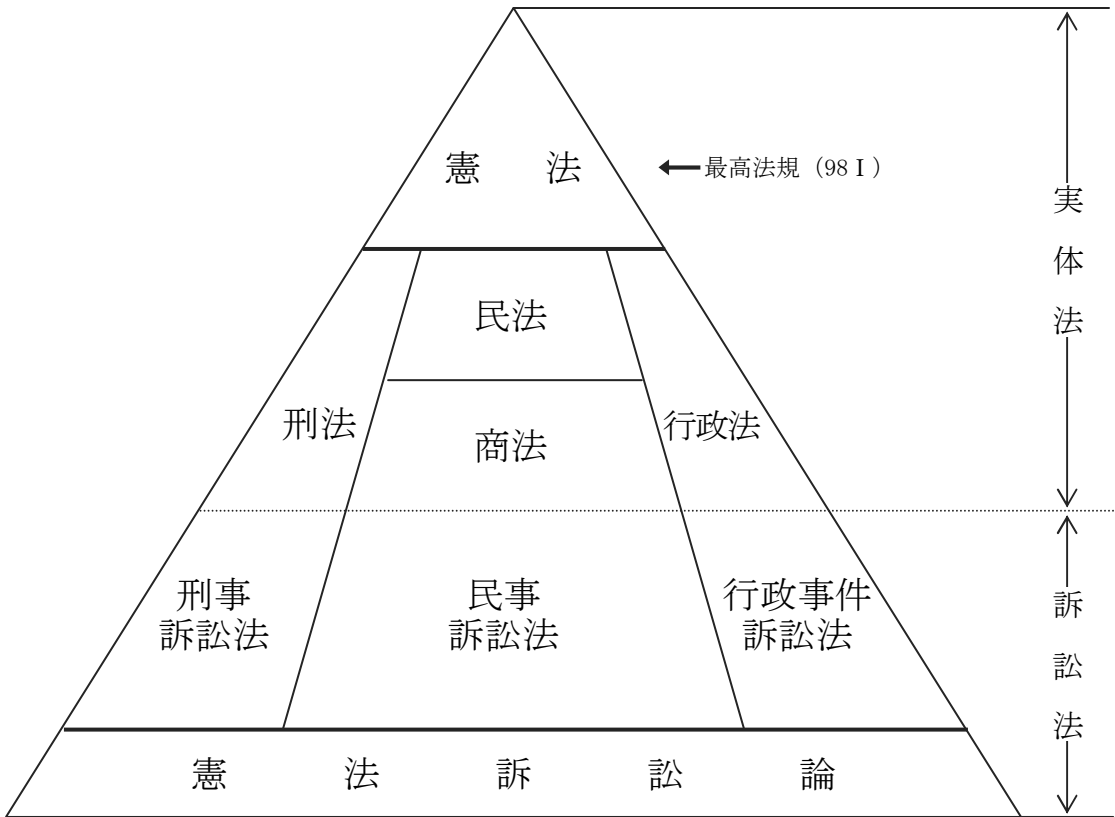
近代憲法とは国家権力の濫用を抑制し国民の権利・自由を守る基本法である

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

<憲法の最高法規性>



二 憲法の体系

1 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

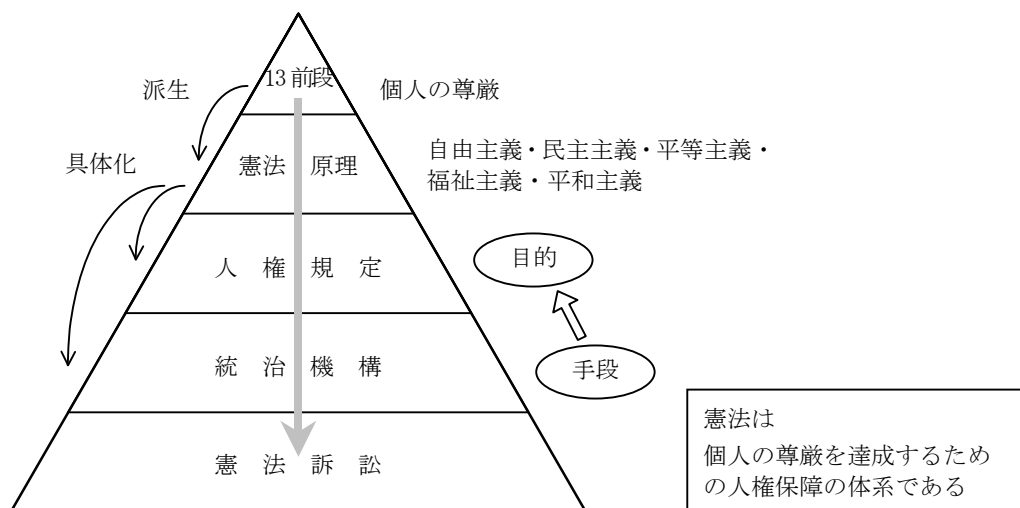
憲法の根本的な考え方は「一人一人の個人を大切にすること」

人は、皆、人であるが故に最高の価値を持つ

||

個人の尊厳原理 (13 前段)

＜憲法の全体構造＞



* 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

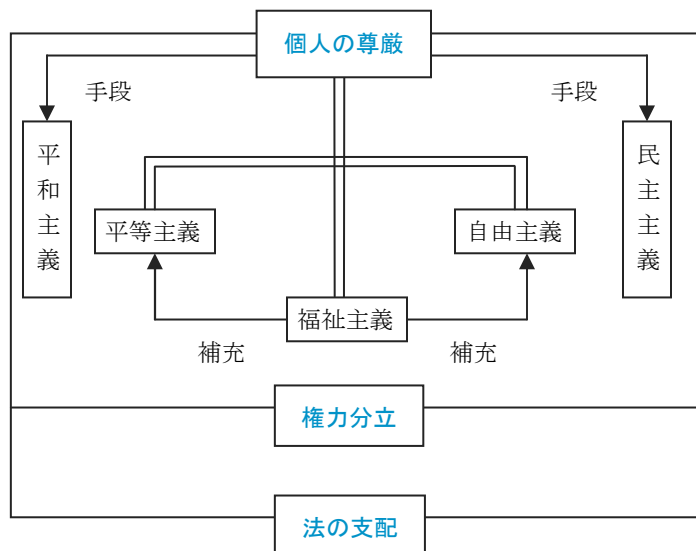
2 憲法の考え方

- 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。

三 憲法の指導原理

<個人の尊厳と5つの憲法原理の相互関係－有機的一体性>



憲法13条の「個人の尊厳」を出発点とする。国民に自由・平等・福祉の価値を実現することを目的として、そのための手段として民主主義・平和主義を保障する。そして、このような統治体系を制度的に維持・発展させるために「権力分立」・「法の支配」の原理が基底におかれている。

第2節 基本的人権の保障

一 憲法は人権保障の体系

憲法は人権保障の体系である。憲法典の各章の標題や、基本書の「人権」「統治」という標題にかかわらず、憲法全体が、人権保障のための法である。そして、人権問題を主要な争点とする事例問題は、以下の視点で考察する。

- 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、新しい人権の可否
- 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(制約する)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

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・思想及び良心の自由、20 条・信教の自由、21 条・集会・結社・表現の自由及び通信の秘密、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・奴隷的拘束及び苦役からの自由、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

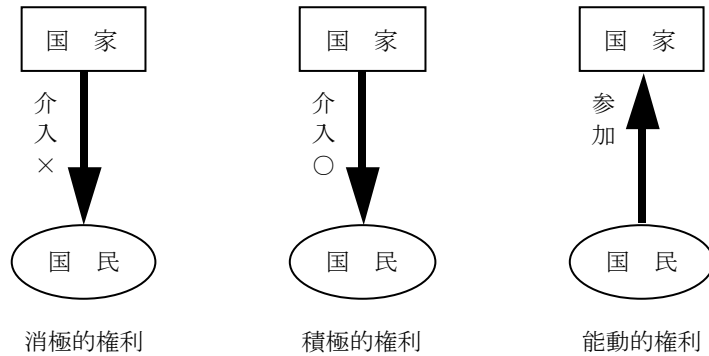
25 条・生存権、26 条・教育を受ける権利、27 条・勤労の権利等、28 条・労働基本権

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>



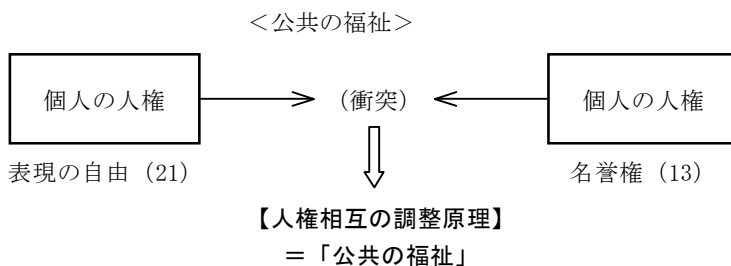
5 権利の具体性

憲法は抽象性の高いものなので、「○○権」（それを保障している「第×条」）が常に裁判の基準として作用するとは限らない、と考えられている。

裁判の基準として作用する権利を**具体的権利**といい、それを保障する憲法の条項は法規規範性を有するのみならず**裁判規範性を有する**という。裁判の基準として作用するほどの具体性はないが、立法府を規律する作用は有し、立法府によってその権利が立法化されるとその権利が裁判の基準として作用する場合に、その権利を**抽象的権利**といい、それを保障する憲法の条項は**裁判規範性を有しないが法規規範性を有する**という。

三 人権保障の限界

1 公共の福祉



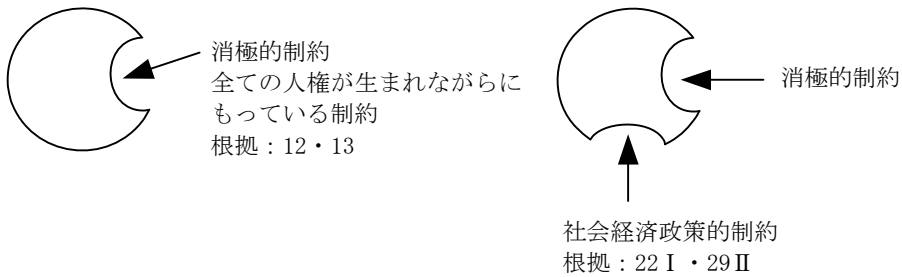
2 公共の福祉の内容

- 公共の福祉
 - 自由国家的公共の福祉
 - … 警察的消極的制約 (人権が本来もっている制約)
 - 社会国家的公共の福祉
 - … 社会経済政策的積極的制約 (福祉国家理念を実現するための制約)

↑
 福祉主義のあらわれ } 現代において初めて登場
 実質的平等のあらわれ } e x. 独占禁止法、累進課税

→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 人権保障のための統治機構

一 権力分立原理

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

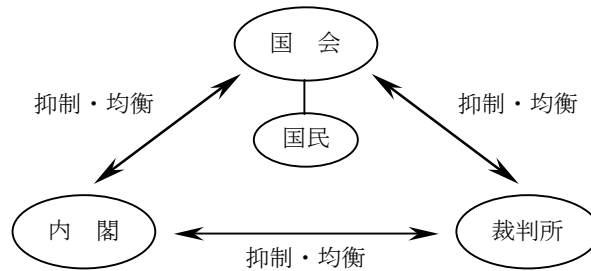
- ① 議会中心型（ヨーロッパ型）
- ② 三権対等型（アメリカ型）

4 権力分立の現代的変容

→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 国民主権原理

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

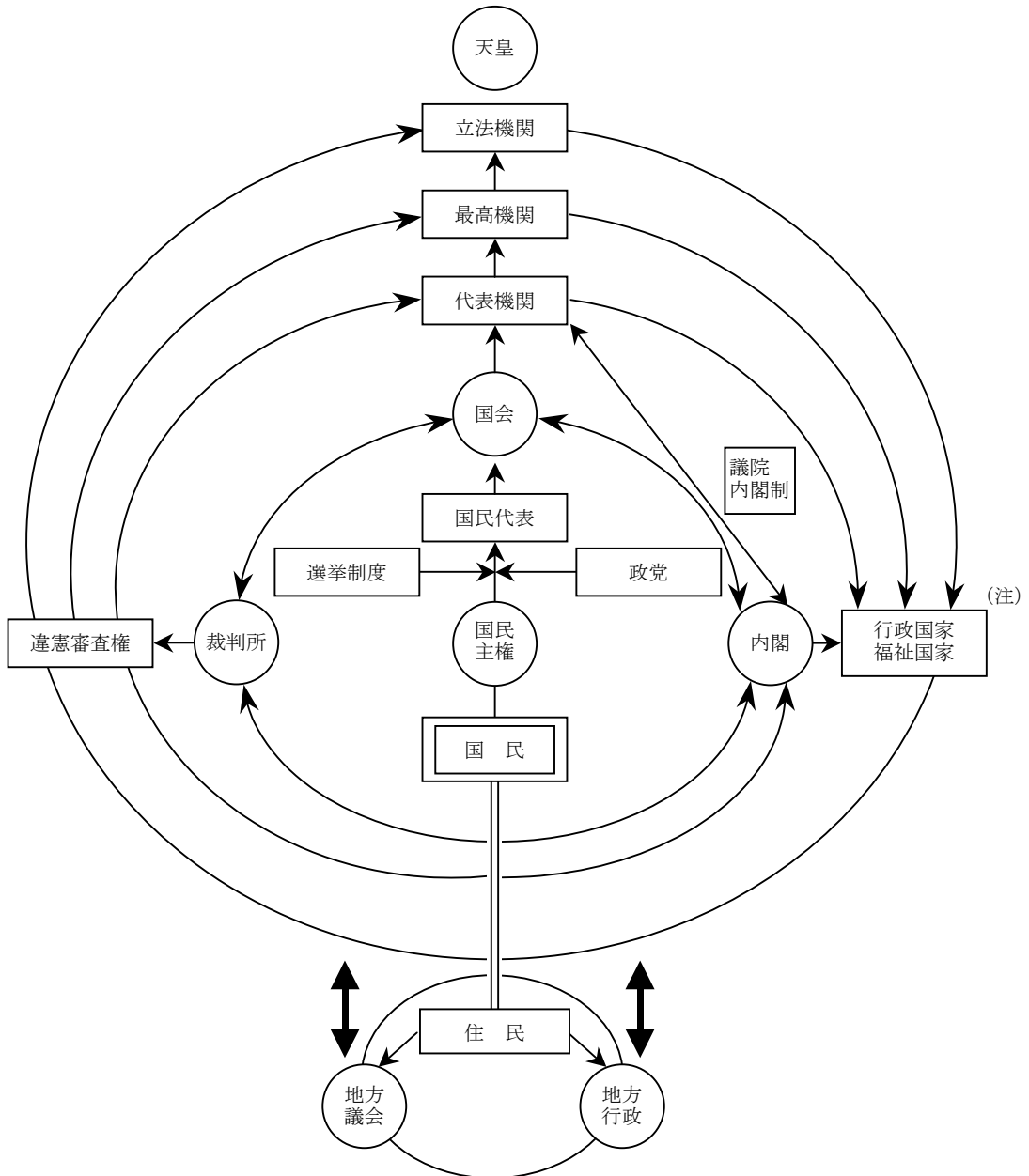
2 直接民主制の採用の可否

→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)

< 統治機構の全体像 >



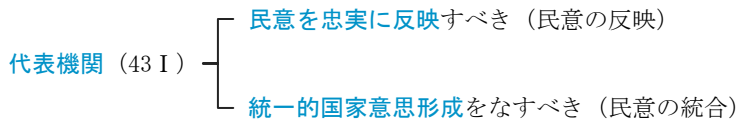
注) 冷戦終結後の世界の権力構造が変化したため、行政国家論・福祉国家論は新たな修正を迫られている。世界が総資本主義化し、社会主義国家の凋落により、新保守主義・新自由主義の台頭にあわせ、再構成が急がれている。

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。

四 政治機構のかたち

1 国会

(1) 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

(2) 唯一の立法機関性 (41)

(a) 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)

(b) 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

(3) 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

2 内閣

(1) 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 (66 III)

行政権を担当する (65)

(2) 議院内閣制

(a) 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 : 66 III、67、68、69、70

(b) 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**

3 地方自治

(1) 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

(2) 「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4節 司法権

一 法の支配の原理

1 意義

定義：**主権者もそのあらゆる機関も、原理に従って行動すべく、専断的恣意によって行動してはならないこと、すなわち理性に従うべく、恣意に従ってはならないとする原理。**

→ **正しい法（正義の法）に基づく支配（法の内容を問題にする）**

→ 国民の権利、自由を保障することが目的

→ 英米法系（イギリス、アメリカ）の国々で発達

法の支配＝理性による支配 **反対概念：人の支配＝恣意による支配**

2 内容

(1) 個人の人権保障

法の支配を採用した目的が国家権力の権限濫用から国民を守り、個人の尊厳を確保することにあるから。

(2) **憲法の最高法規性の承認**（憲法は行政権のみならず立法権をも拘束する）。

仮に憲法に優先する法が認められるならば憲法による支配を行うことができないから。

(3) **手続の適正**を要求する（適正手続＝due process of law）。

(4) **裁判所の役割の重視**（最高法規性の担保）。

→ 行政が法律に従っているか否かを裁判所がチェック（イギリス、アメリカ）

→ 議会が正しい法（憲法）に従っているか否かを裁判所がチェック（アメリカ：法の支配の徹底）

3 法の支配に奉仕する法曹

法曹は、法の支配を実現する裁判に実務的に携わる。したがって、司法試験・予備試験の論文式試験答案は、ただ単に法的専門知識を答案として文章表現するものではなく、解答者自身の主張・理論構成を答案として文章表現するものである。また、問題文は、単に条文・既存判例・通説の適用だけでは処理しきれない創造的な事例問題である。これらの点において、他の国家試験と決定的に異なる（「司法試験においては、…、**知識を有するかどうかの判定に偏することなく、**…」：司法試験法第3条第4項）。

二 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)
- 3 違憲審査権

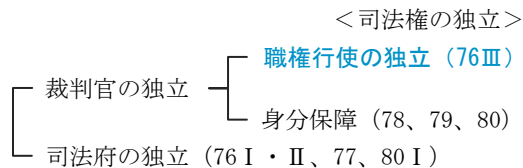
最高裁判所は、**人権保障の最後の砦**として、法律や処分が憲法に適合しているか否かを判断する終審裁判所である (81)

→自由主義に奉仕する

三 司法権の意義

司法権とは、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である。

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



第2章 民法

第1節 民法のかたち

一 法全体の中での位置づけ

- 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

c f. 特別規定が一般規定に優先する

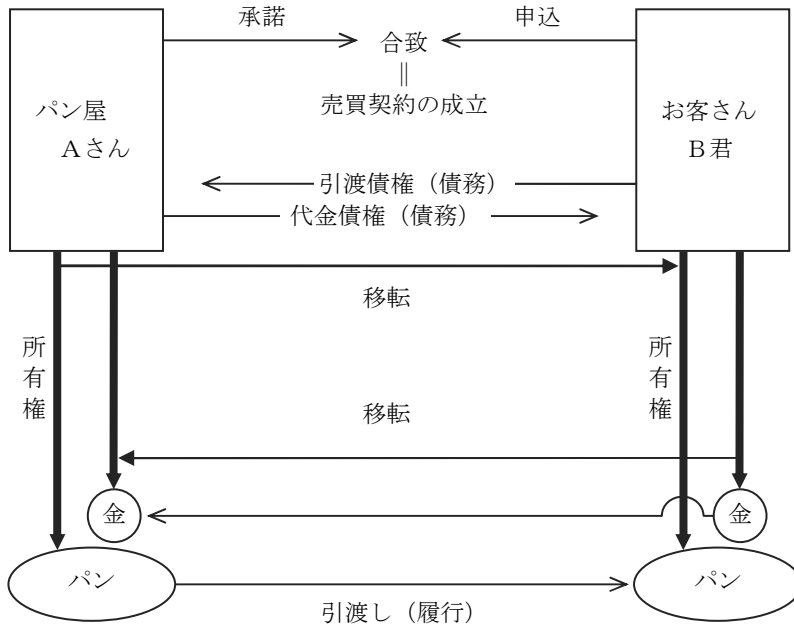
e x. 借地借家法、商法、会社法
- 3 実体法と訴訟法

→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
- 4 まとめ

民法とは、民事実体法中の一般法である。

二 民法のかたち

<民法のかたち>

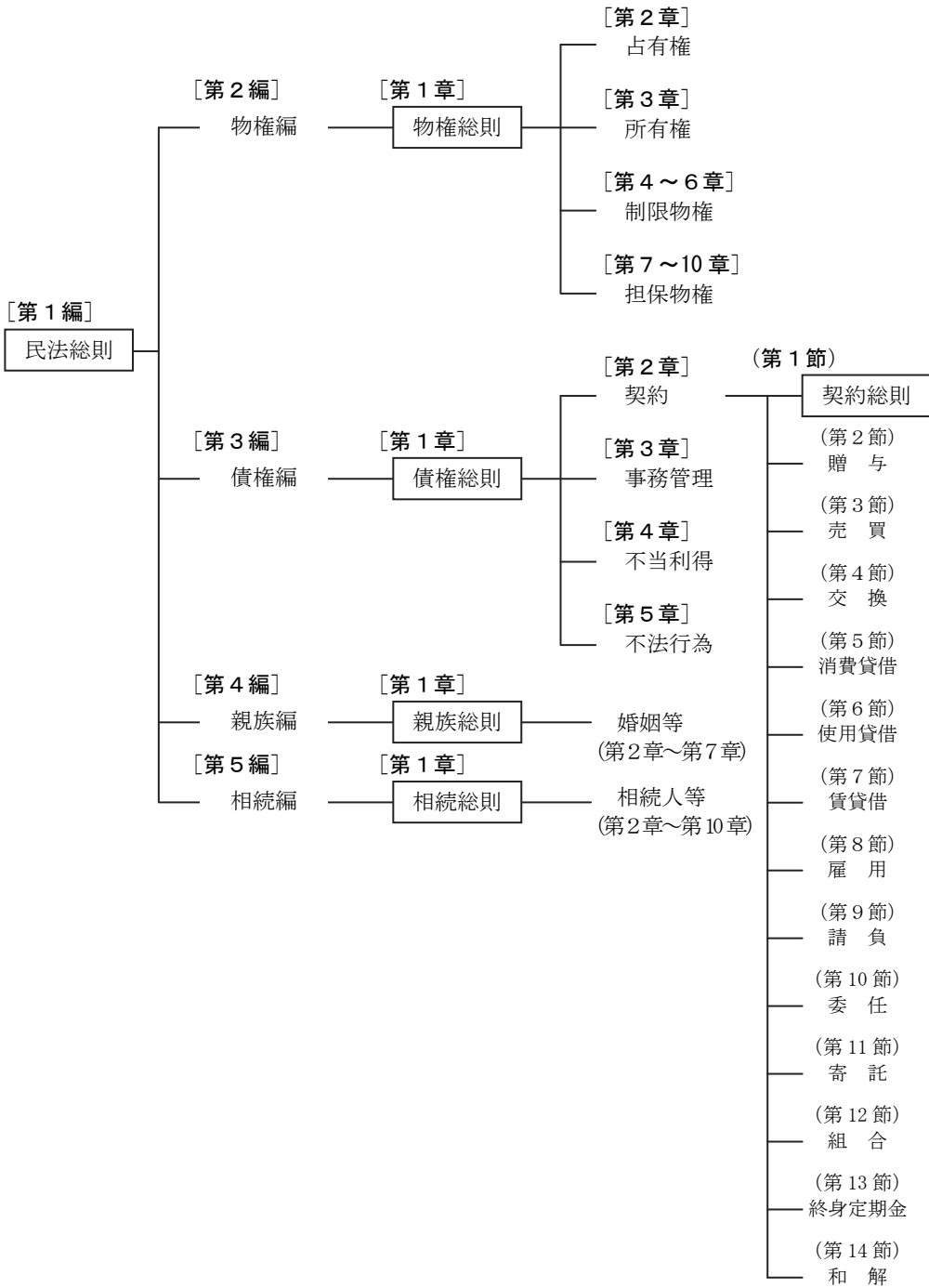


<民法の考え方>

<u>誰の</u>	<u>誰 (何) に対する</u>	<u>いかなる権利が</u>
主体	客体	権利の種類
	+	
<u>どのような原因で</u>	<u>どうなった (発生・変更・消滅) か</u>	
意思表示か法定か (変動原因)	権利の変動	
を分析していくのが民法		

三 民法の体系

<パンデクテン方式>



四 民法の指導原理

1 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）

↓

そして、自己の行為について十分注意すれば責任を負わされることはないとして、人々の社会における自由な行動を裏側から支える必要がある

→ **過失責任の原則**（自己の行為により他人に損害が生じたとしても、故意又は過失がある場合にのみ責任を負うとする原則）

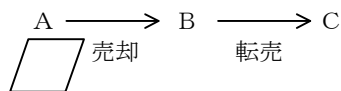
↓

民法の指導原理は、次の4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**
- ④ **過失責任の原則**

2 民法の解釈における対立利益

<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のもので信じて買い受けた
→ Cは土地を取得したい

動的安全と静的安全との調和

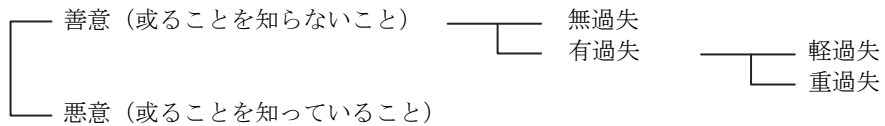
・ 動的安全の保護（取引の安全の保護）

→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

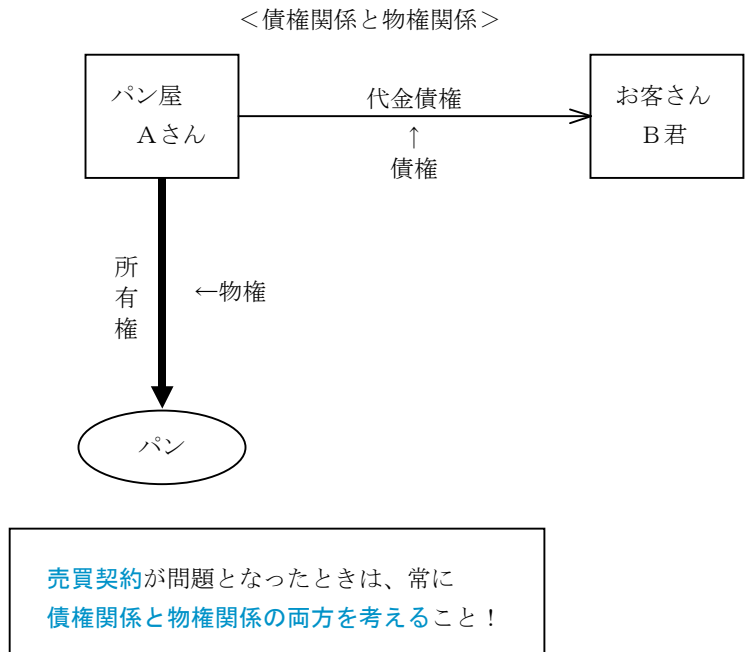
→権利を失わないように、もとの権利者（A）を保護する考え方（→Aの私的自治）
取引によって権利が動かないようにというベクトル

* 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）

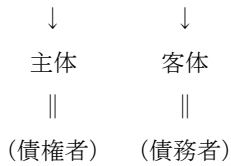


第2節 変動する権利（債権と物権）

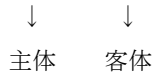
一 売買契約の場合



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



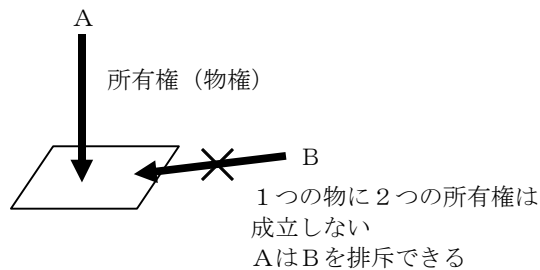
物権=人 が 物 を支配する権利 (物に対する支配権)



二 物権の性質・効力

1 物権の性質

<物権の排他性>



物権：物に対する支配権

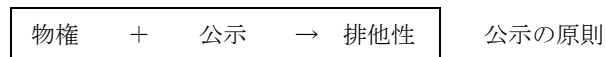
- ・物を直接的に支配できる→直接性 (他人の意思にかかわらず)
 - ・物を排他的に支配できる→排他性 (同じ内容の物権を排斥できる)
- = 1つの物の上には同じ内容の物権は1つしか存在しえない
- * 物権とは物に対する直接的・排他的支配権である。

ただし、排他性に関しては公示の原則がある

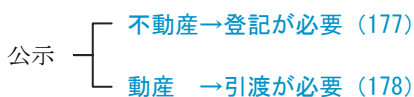
→本来、物権を有していれば排他性がある

↓しかし

取引の安全から修正



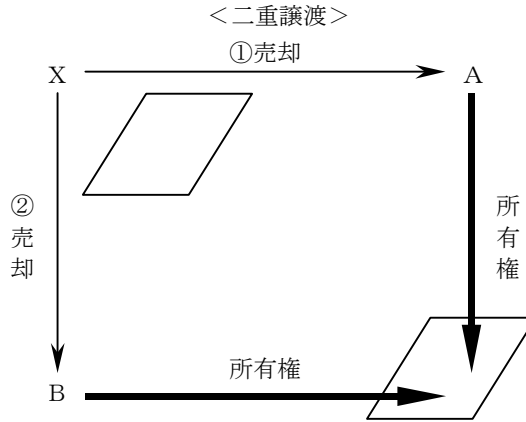
公示の原則→物権の排他性は公示を具備して初めて生じるという考え方



2 物権の効力

(1) 優先的効力

(a) 物権相互間

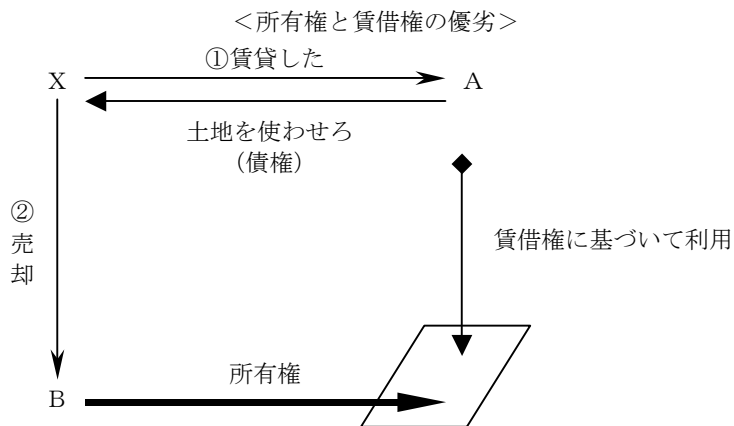


Aは登記（公示）を具備しないかぎりBに対して完全な所有権を主張できない（排他性がない）



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

(b) 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

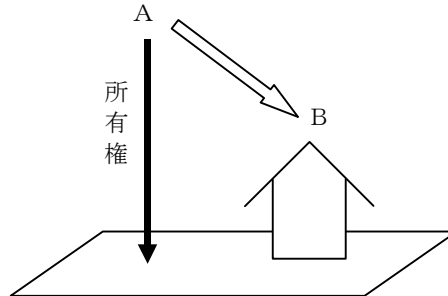
「売買は賃貸借を破る」（例外；605、借地借家法10）

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>



- * 物権に基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 物権の発生・消滅・移転（物権変動）

物権の中で最も重要なものは所有権であり、物権の移転の中で最も重要なものは所有権の移転であり、所有権の移転で最も重要なものは意思に基づく所有権の移転である。

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

∥

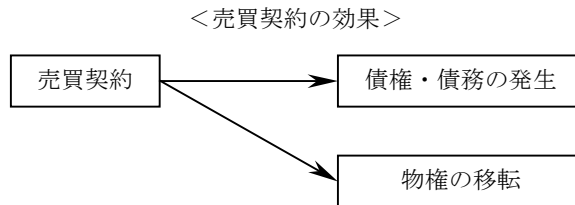
対抗要件主義

- ┌ 不動産は登記（177）
- └ 動産は引渡し（178）

第3節 私権の変動原因1

一 契約に基づく法律関係

- ・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



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)

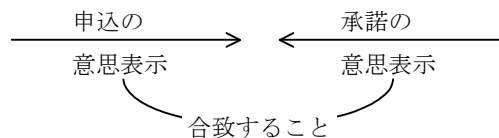
無効 : 法的保護に値しないこと (← 契約は成立している)

(法律上、その契約を強制できないこと)

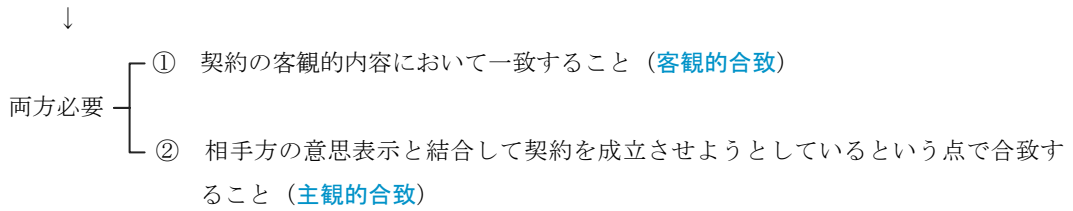
取消 : 取り消すまでは有効だ (一応法的保護に値する) が、取り消されると初めに遡って無効になる (法的保護に値しないものとする) こと

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

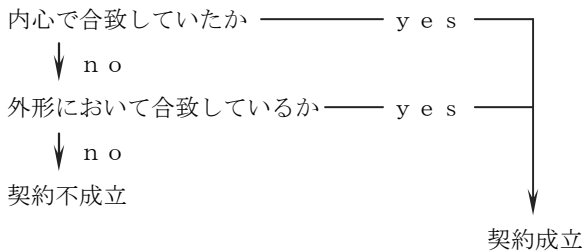


↓

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) 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
 - (3) 社会的に妥当であること（90）←社会正義
 - e x. 愛人契約

→(1)~(3)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
 - (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
 - (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り消しうる
 - e x. 未成年者（5）
 - 成年被後見人（9）
 - 被保佐人（13）
 - 被補助人（17）

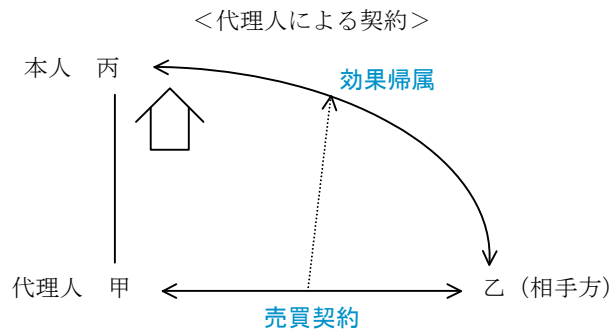
} 制限行為能力者

- (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**) がいないこと
- イ **心裡留保** (93)
不一致を表意者が知っている
 - 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
 - ハ **錯誤** (95) → 取り消しうる
不一致を表意者が知らない
- (b) **瑕疵 (かし) ある意思表示** でないこと
- イ **詐欺** (96 I) → 取り消しうる
ただし、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) → 取り消しうる

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



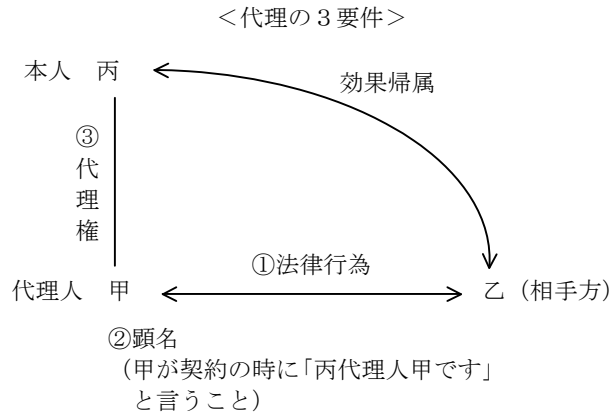
甲乙間の売買契約の法律効果が、一定の要件を満たすと丙乙間に帰属する

↓

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



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4節 私権の変動原因2

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 の 2) *
- ④ 法定相続 (896)
- ⑤ 時効 (144～174)

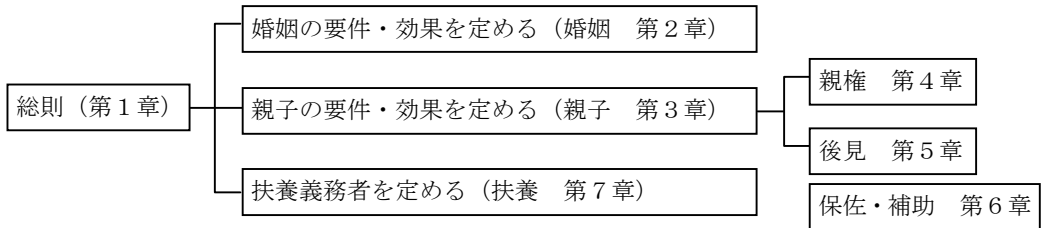
等々。

* 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節 家族の法律関係

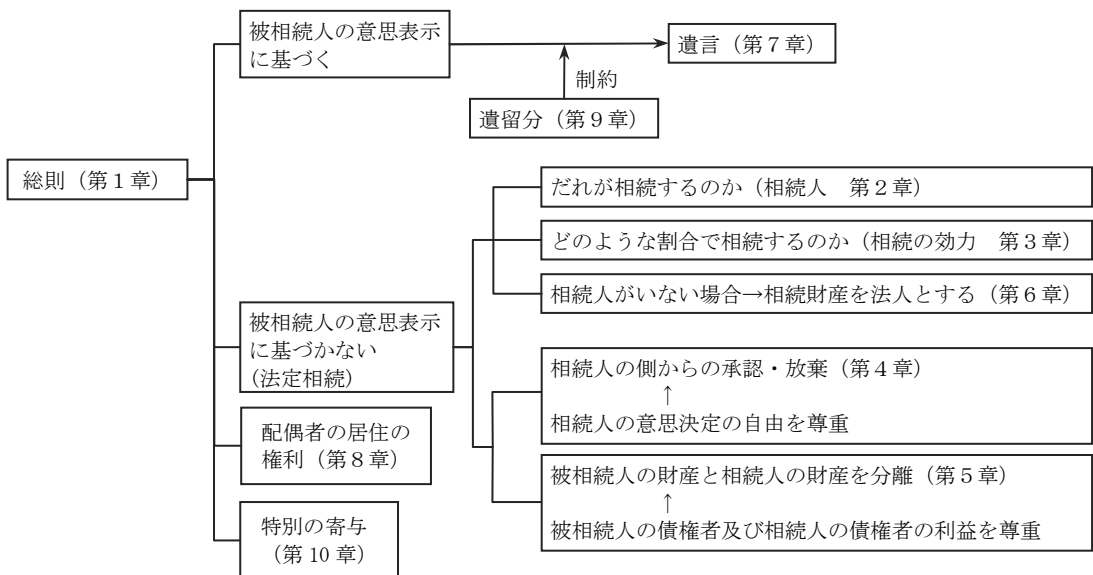
一 親族法

<親族法の法典の体系>



二 相続法

<相続法の法典の体系>



第3章 商法

第1節 商法のかたち

一 法全体の中での位置

商法とは、民事実体法の中の特別法である。

二 商法のかたち

＜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）
権利の客体	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

三 商法の体系

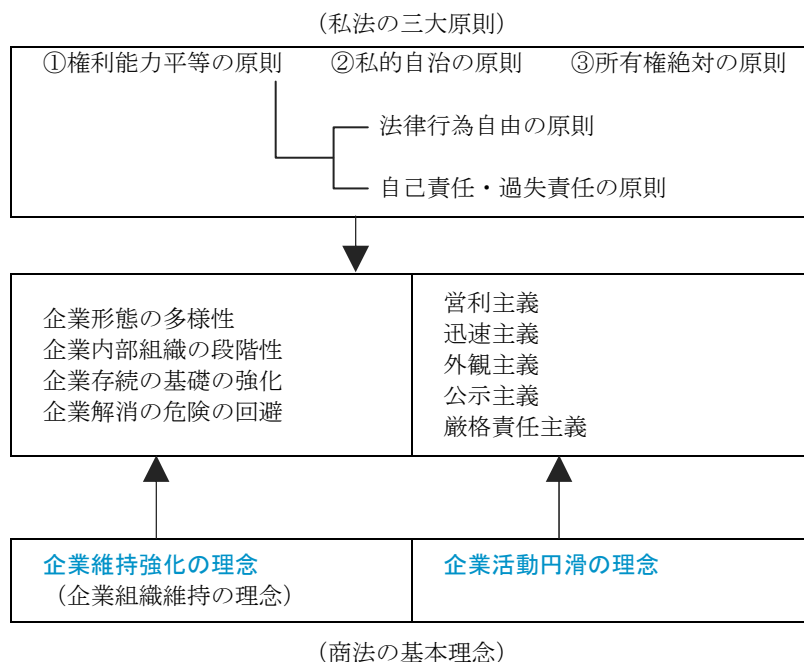
司法試験の商法の学習対象となる法典は、商法典の大部分と、手形法、小切手法、会社法及び会社にかかわるいくつかの特別法である。

四 商法の指導原理

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、迅速に取り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＞



第2節 会社法

一 会社法の規定事項

会社法は、会社の設立、組織、運営、管理に関する一般法である（会社法1条）。

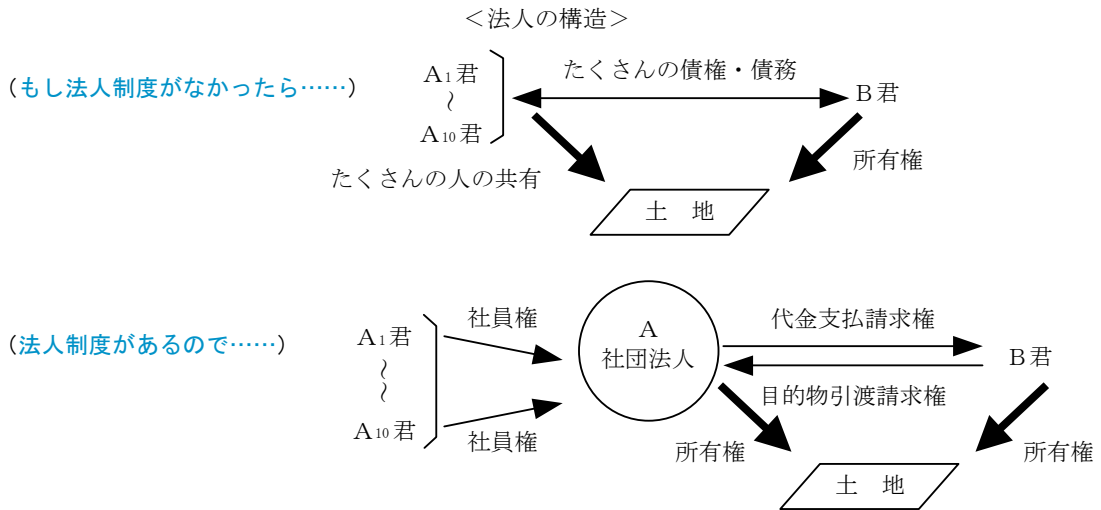
司法試験・予備試験・法科大学院既修者入試とりわけ論文式における出題頻度は極めて高い。

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。

二 株式会社の基礎知識

1 社団法人

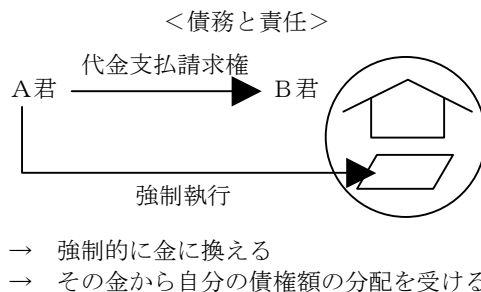
社団法人とは、多数の人の集団を、一定の要件のもとに、一つの権利・義務の主体（法人）とする技術・制度であり、構成員である多数の人を「社員」という。社員がそれまで持っていた財産を法人の財産にし（社員が出資し）、社員は、法人の運営に関与する権利と法人から財産的利益を受ける権利とを持つ（併せて社員権という）。会社とは、会社が儲けた利益を社員に分配するために設けられた制度（営利社団法人）である。



* 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されているからである（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

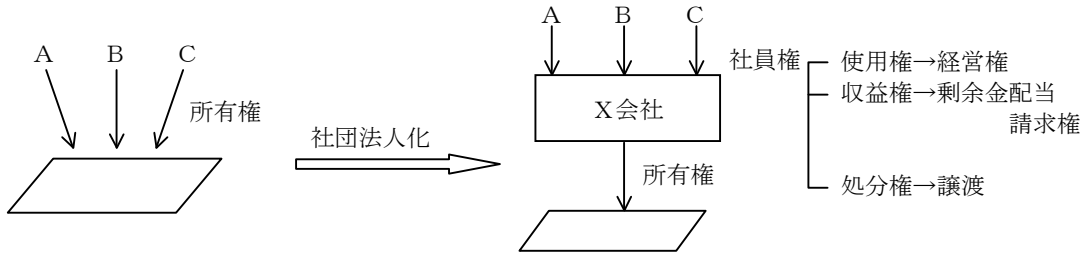
である)。大金持ちは1000口出資すればいいし、小金持ちは100口出資すればいい。この間接有限責任と株式という制度によって、大金持ちだけでなく圧倒的な大衆たる小金持ちからも、出資してもらえる。**株式会社の根本法理は、間接有限責任と株式である。**

<株式>

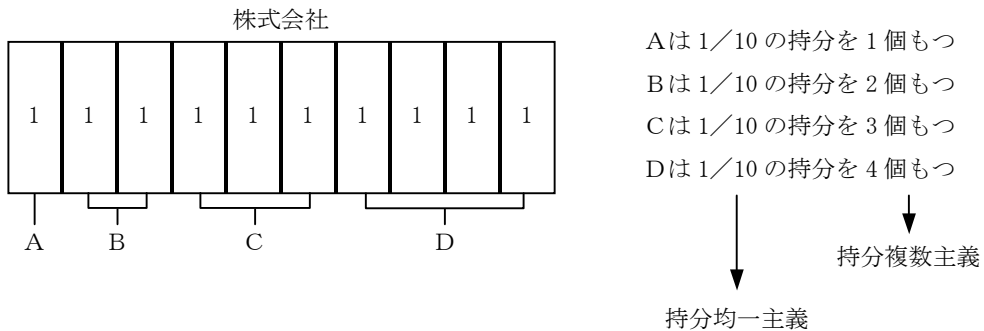
株式：均一的な細分化された割合的単位の形をとった株式会社の社員たる地位

(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。

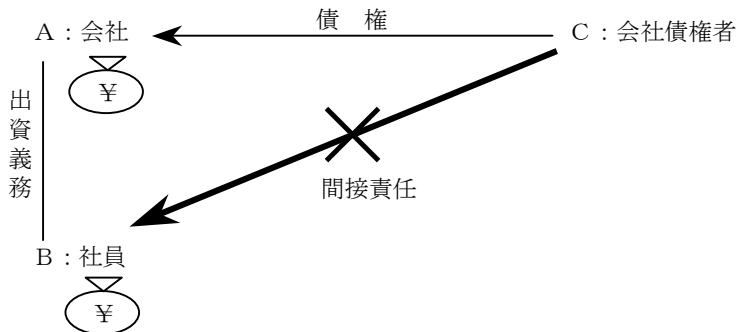


(2) 均一的な細分化された割合的単位 → 参加する者の個性を喪失させる



<間接有限責任の原則>

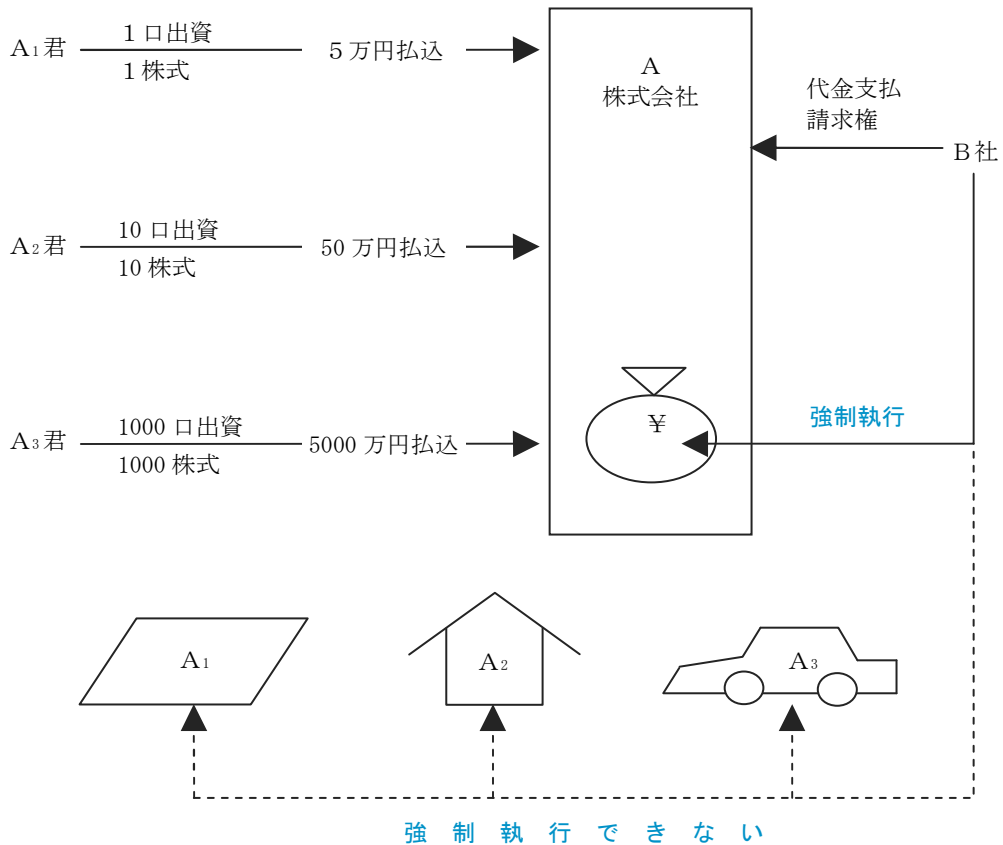
株主は、会社に対してその有する株式の引受価額を限度とする有限の出資義務を負うだけで、会社の債務については何らの責任も負わないという原則（会社法104）。



* 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）初めて出資者は「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。**

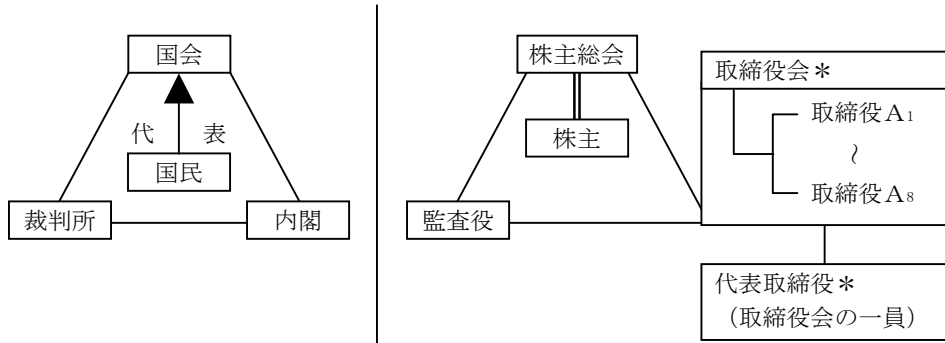
<株式会社の根本的仕組み>



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 以下）、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決議や監督是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。

第4章 刑法

第1節 刑法のかたち

一 法全体の中での位置づけ

1 刑法と民法の関係

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。これは、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）何をしても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、自由に活動できるのである。「公共の福祉」とは、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。つまり、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のであり、反対に、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。

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、被害者本人に代わって国家が処断することが必要となる。ここで、刑法が定める刑罰が登場するのである。また、当事者間で解決ができたかに見えても、社会全体の利益（他の一般国民）から見て納得ができないような行動は、民法以外の方法で対策を考えなければならない。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は、やはり、刑法の出番となるのである。

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。

刑法は、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、その点では民法に比べて易しい。

また、民法と異なり、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って、判例・学説の対立が激しい**。そのため、**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となる**。各論点につき、**立場の異なった判例・学説を無理解につなぎ合わせて答案作成をしないように注意することが必要である**。

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である。この点は、民法総則や債権総論の理解をする際に、売買契約や賃貸借契約を念頭におき、具体的に考えていくのと同様である。

刑法の学習も、民法の場合と同様、その目的は、合格答案を作成できるようになることである。学習の過程で難解な箇所遭遇した場合でも、合格答案作成に必要な程度の学習にとどめるといふ意識で臨むことが大切である。

2 刑法の指導原理

(1) 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

犯罪と刑罰があらかじめ法定されれば、自己の行為が処罰されるかどうかについて予測することができ、自由な行動が可能になるという点で、自由主義に適う。また、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点で、民主主義に適う。

(2) 刑法の機能

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つ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。

③ 社会秩序維持機能

刑法は、日本国家の社会秩序を維持するという機能を有している。この**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く、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。

④ 規制的功能

刑法の法規範としての機能に着目し、刑法の規制的功能ということがある。

規制的功能とは、犯罪に対する規範的評価（否定的価値判断）を明らかにし、人の行為を規制又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。

規制的功能の内容として、評価機能と決定機能が挙げられる。**評価機能**とは、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という機能である。たとえば、199条は、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。**決定機能**とは、国家が刑法で悪い行為を宣言することにより、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）に命ずるという機能である。たとえば、199条は、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している。

(3) 責任主義

責任主義とは、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をいう。

その内容として、個人責任の原則と主観的責任の原則が挙げられる。**個人責任の原則**とは、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である。**主観的責任の原則**とは、責任能力及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である。

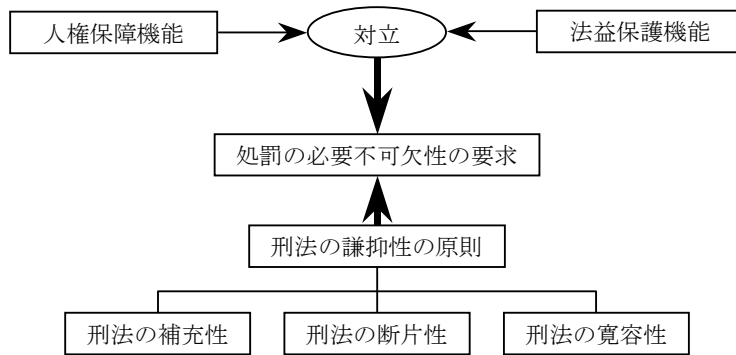
3 刑法の解釈における対立利益

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。

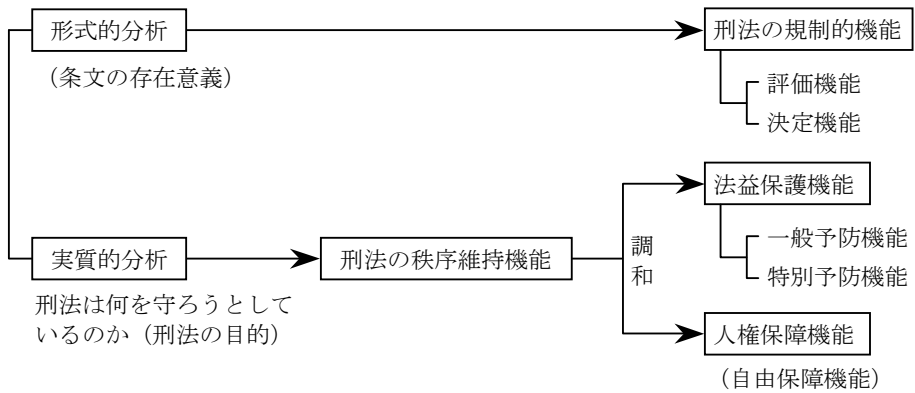
(1)法益保護と、(2)人権保障は二律背反の関係にある。すなわち、人権保障を重視すれば犯罪の増加を招いて法益保護を期すことができず、法益保護を重視すれば人権保障を期すことができないという矛盾した関係にたつ。

→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

< 人権保障機能と法益保護機能 >



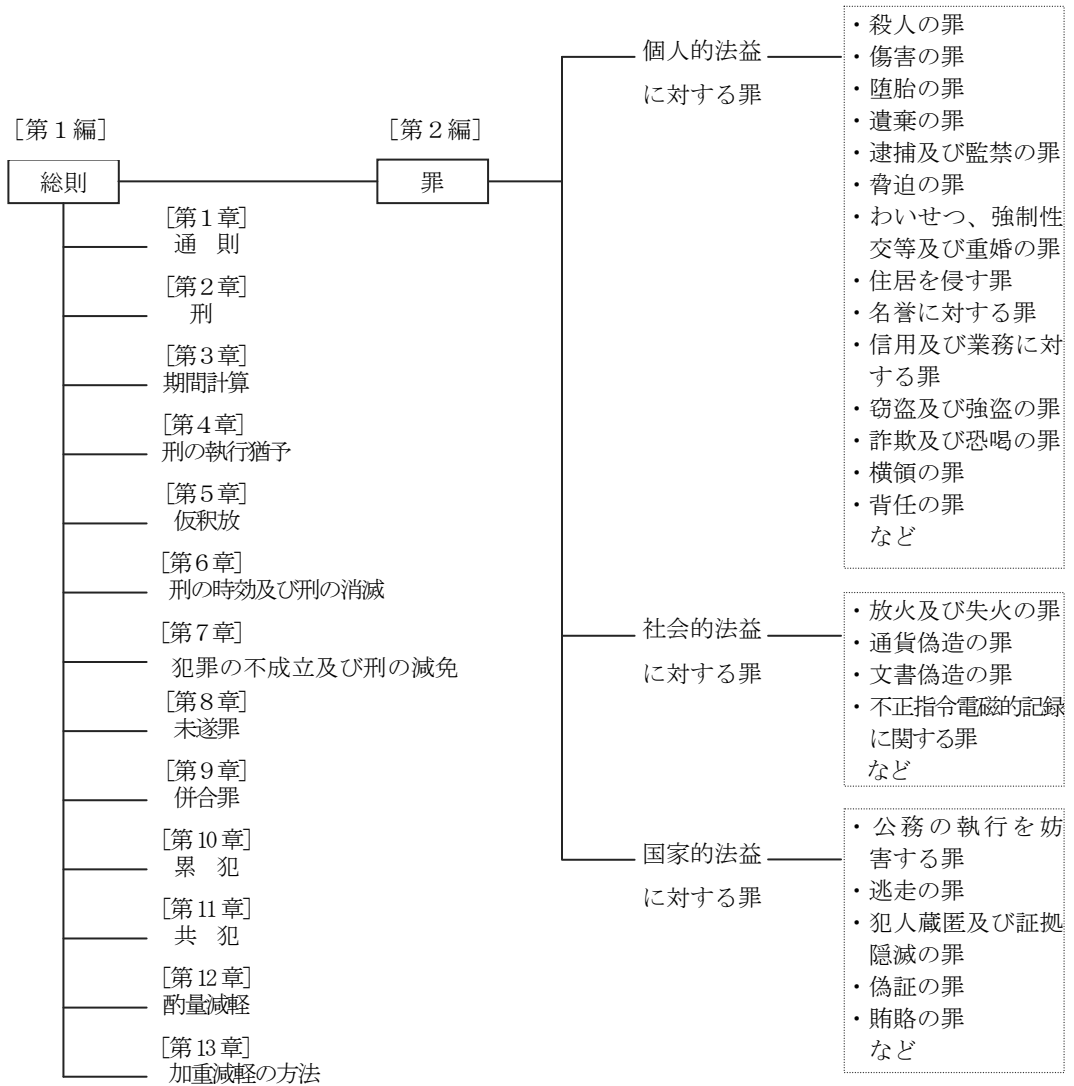
< 刑法の機能のまとめ >



二 刑法のかたち

1 法典の構造（パンデクテン）

<パンデクテン方式>



民法において契約（例えば売買契約）の効力発生までを検討するのと同様に、刑法においては、ある犯罪（例えば殺人罪）の成立要件を検討することが最も重要な学習課題である。いわゆる刑法総論（法典の「第1編 総則」）のうち、犯罪成立の効果である国家刑罰権の内容等は、短答式試験において問われるものにすぎないので、短答式試験直前に学習するのが、効率的である。

契約に、売買等の多数の契約があるのと同様に、刑法には、殺人罪、強盗罪、放火罪等々の多くの犯罪がある。いわゆる刑法各論（法典の「第2編 罪」）のうち、出題頻度の高い重要な犯罪の構成要件を十分に学習し、出題頻度の低い犯罪の特徴を短答式試験直前に学習するのが、効率的である。

2 団藤系と平野系の違法・責任・構成要件の本質論

今日、犯罪の成立要件・処罰根拠である①違法性②責任③構成要件の本質の理解に関する基本的対立がある。①の対立を中心に学説の系統があるので、この対立を、結果無価値論と行為無価値論の対立と称する場合が多い。もちろん、様々な学説が、そのいずれかに整然と区別されるものではないが、**基本的系統の異なる学説を論証例の暗記をもとに単に組み合わせたりすると、全体的に矛盾する論文になることがあるので、要注意である（一通の内部で自己矛盾の論文は、司法試験の本質上当然ながら、非常に評価が低い）。**

(1) 違法の本質

違法とは法益侵害に尽きるという結果無価値論（平野系）と単なる法益侵害のみならず行為態様が社会通念上不相当であることをも加味すべきであるという行為無価値論（団藤系）との対立がある。

今日の通説は結果無価値論であるが、判例は行為無価値論であると評価されている。

(2) 責任の本質

近代派は、責任の本質は行為者の反社会的な性格であり、刑罰はそのような者（自由な意思決定に基づく行動をできずに性格によって犯罪行為を為すように決定付けられた者）から社会を防衛する措置であり、責任とは受刑適格（刑罰を受けるべき地位）にすぎないとする。これに対して、古典派は、責任の本質は行為者の自由な意思決定に基づいて行われた行為に対する非難であり、刑罰はそのような者に対する非難としての苦痛であるとする。古典派の内部において、前期古典派と近代派の影響を受けた後期古典派との対立があるが、細部に踏み込んだ難しい問題なので、詳細は、刑法本論の学習に委ねる。

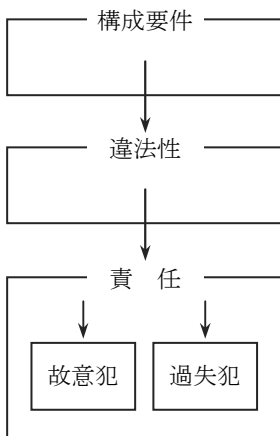
今日の判例・通説は前期古典派（平野系：意思責任論）であり、後期古典派（団藤系：人格責任論）は少数有力であるが、近代派は極少数の学説にとどまる。

(3) 構成要件の本質

構成要件とは、条文の文言を解釈した結果得られた観念形象（頭の中に出来上がったもの）であり、条文のそのものとは異なる（定説）。

団藤系は、構成要件は特定の犯罪類型であって違法・有責行為類型であり、共犯や未遂と基となる特定の犯罪類型を基本的構成要件と称し、その特定の犯罪の共犯や未遂の類型を修正された構成要件と称する。団藤系によれば、殺人罪と過失致死罪は構成要件を異にする（堅い構成要件論）。平野系は、構成要件は法益侵害に関連づけられた行為類型であって違法行為類型であり、特定の犯罪類型とは異なるとし、その行為の共犯や未遂の類型を拡張された構成要件と称する。平野系によれば、殺人罪と過失致死罪は同一の構成要件である（柔らかい構成要件論）。

< 構成要件は違法行為類型とする説（平野系） >



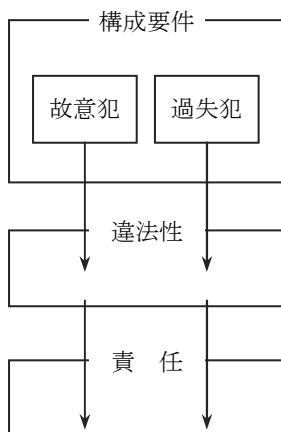
構成要件は違法行為類型にすぎないと考えているので、構成要件段階では故意犯と過失犯を区別しない（故意犯と過失犯は違法行為の類型としては同じであるから）

||

構成要件は犯罪類型ではない（柔らかい構成要件論）

e x. 殺人罪（199）、傷害致死罪（205）、過失致死罪（210）は同じ 1 つの構成要件に属するが、犯罪類型としては異なる。

< 構成要件は違法・有責行為類型とする説（団藤系） >



構成要件を違法・有責行為類型と考えるので構成要件段階で故意犯と過失犯は区別させる

||

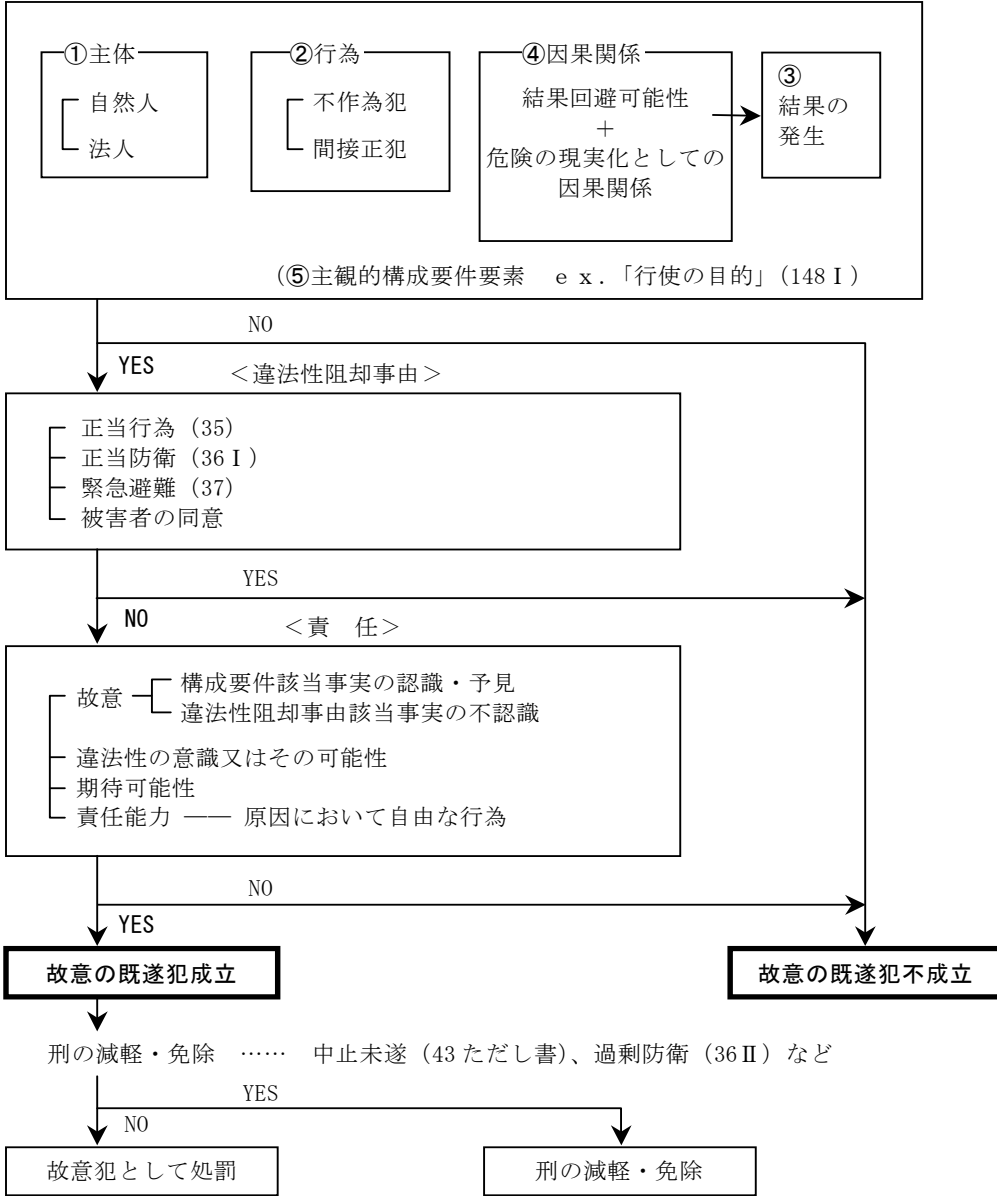
構成要件は犯罪類型である（堅い構成要件論）

e x. 殺人罪（199）、傷害致死罪（205）、過失致死罪（210）はそれぞれ個別の犯罪類型であり、構成要件でもある。

三 刑法の体系

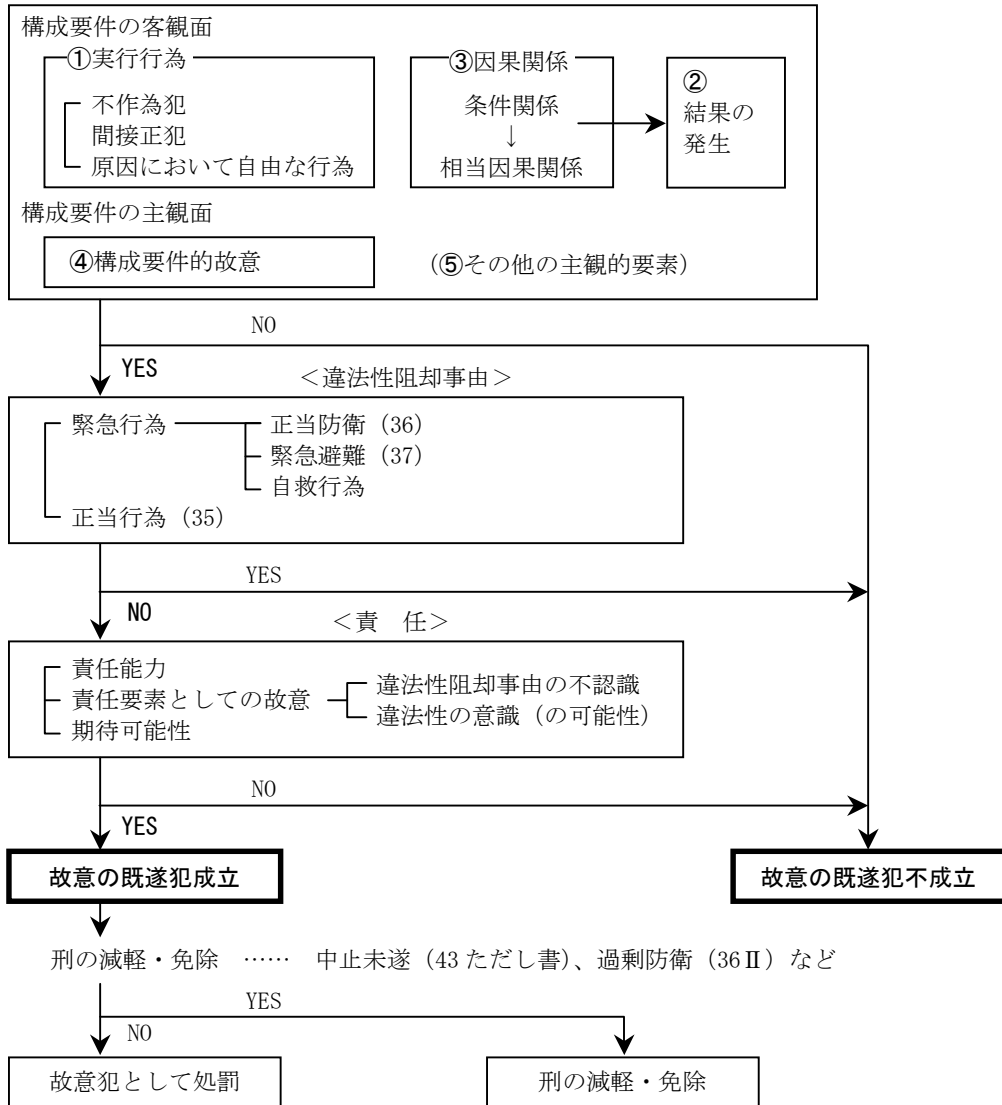
<平野・山口説による故意犯の構造>

<構成要件> (違法行為類型)



< 団藤・大塚説による故意犯の構造 >

< 基本的構成要件 >



第2節 犯罪成立要件

一 殺人罪の構成要件要素

通常、殺人罪という場合は、殺人既遂罪のことをいう。

1 行為

殺人罪の構成要件要素となっている行為を殺人罪の実行行為という。例えば、ある人の頭部に向けてピストルの弾丸を発射する行為は殺人罪の実行行為に該当する。

実行行為の捉え方には、以下のように2つのアプローチがあるが、相容れないものではない。

- (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）

2 結果

殺人罪の構成要件要素となっている結果が発生しなければ殺人罪の構成要件に該当しない。例えば、ある人が失血多量で死亡することは殺人罪の結果の発生に該当する。

3 因果関係

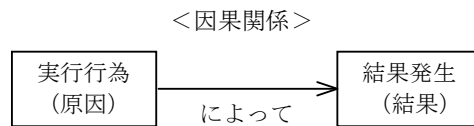
実行行為と発生した結果との間に因果関係がなければ殺人罪の構成要件に該当しない。

(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

以下の(2)(3)の二段階に分けて検討する（通説）



(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 結果不発生もしくは因果関係なし

殺人罪には未遂処罰規定があるので（43、44、203）、実行行為はあったが結果が発生しない場合、若しくは結果が発生したが実行行為と結果発生との間に因果関係がない場合は、殺人未遂罪の構成要件に該当したとの評価が下る。

5 行為はないが準備行為あり

実行行為が認定できない場合でも、法が特に、それ以前の行為を処罰する場合がある。例えば、殺人の意図でピストルを入手した場合は、殺人予備罪（201）の構成要件に該当したとの評価が下る。

二 殺人罪の違法要素

殺人罪の構成要件に該当しても、違法性が阻却される場合は、殺人罪は成立しない。およそ違法なものを類型化したのが犯罪構成要件であるから、具体的状況において違法でないとして評価される例外的な場合にのみ、違法でないとして評価され、違法でないとして評価される事由を、違法性阻却事由という。

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ると（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である。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）である。

三 殺人罪の責任要素

殺人罪の構成要件に該当して違法性阻却事由がなくても直ちに殺人罪が成立するわけではない。刑法は、原則として故意ある場合しか犯罪としないので（38 I）、殺人の故意がなければならない。また、その他、行為者の具体的主観的事情によっては犯罪は成立しない（39 I）ので、学説・実務上、犯罪成立の為には責任要素が必要であるとされている。

1 故意

故意とは、「罪を犯す意思」（38 I 本文）のことであり、犯罪成立を基礎付ける客観的事実についての表象（行為現在の事実の認識と行為後の事実の予見の総称）及び認容（それでも構わないという心理状態）が必要とされている。更に、悪いことであると思っていること（違法性の意識を有すること）が必要か否かについては学説上争いがあり、判例・通説は不要としている。

犯罪成立を基礎付ける客観的事実には、①構成要件該当事実と②違法性を基礎付ける事実とがあるので、故意ありと評価されるためには、①構成要件該当事実の表象・認容、および②（その他の違法性を基礎付ける事実の表象・認容＝違法性阻却事由を表象していないこと）が必要となる。故意を、①②に対応させて構成要件の故意と責任要素としての故意とに分ける立場（団藤系）も有力だが、判例・通説は、①②あわせて単に故意として議論する。

2 責任能力

責任能力とは、**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**をいう。

3 違法性の意識の可能性

議論のあるところであり、本論編で学習すべき難しい問題である。

4 期待可能性

期待可能性とは、**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**をいう。

5 故意はないが過失あり

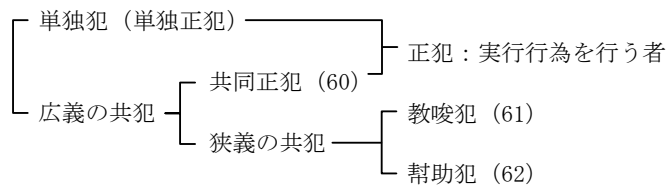
刑法は、原則として故意ある場合しか犯罪としないが（38 I）、例外を認めており（38 Iただし書）、その典型が、過失のある場合である。

故意のない場合は、殺人罪の構成要件に該当し、かつ違法性阻却事由がない場合でも殺人罪は成立しない。しかし、過失が認定でき、その他の責任要素（責任能力、違法性の意識の可能性、および期待可能性）が認められる場合は、過失致死罪が成立する（210）。

四 殺人罪の共犯

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。

< 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）

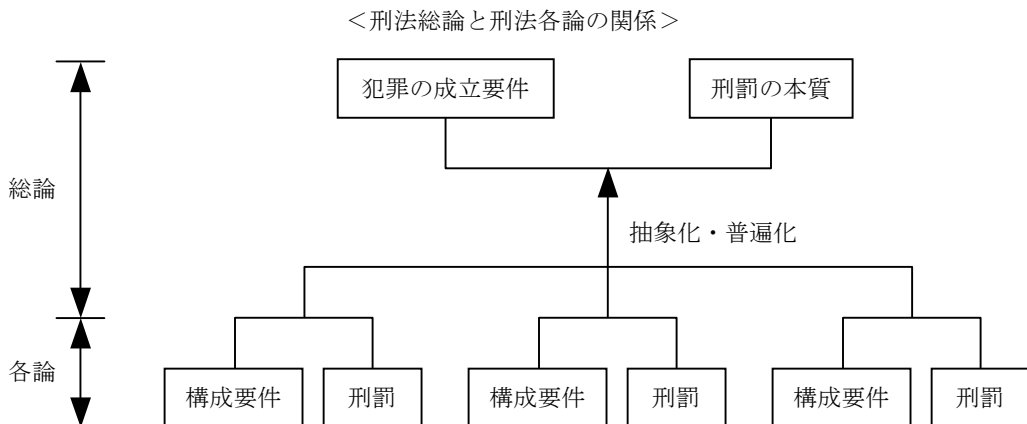
第3節 刑法典上の犯罪の全体像

一 刑法総論と刑法各論の関係

刑法各論は、個別的な犯罪とそれに対する刑罰を考察の対象とする（刑法総論は、各犯罪類型の共通部分を対象とする）。

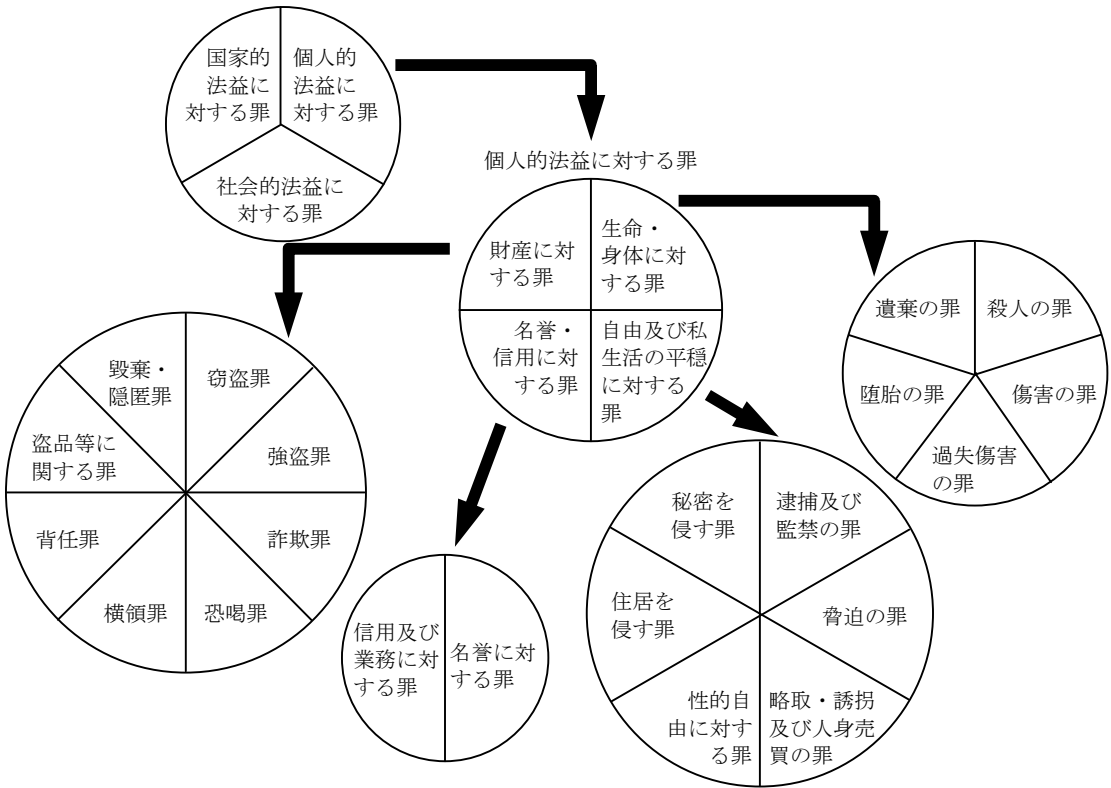
もともと、その種類と量だけが犯罪ごとに個別化されているに過ぎない刑罰の側面は、各規定ごとに検討する必要に乏しく、各論における考察の主たる対象ではない。また、犯罪の成立を否定する責任阻却事由・違法性阻却事由も犯罪ごとに特殊性をもつとはいえ、一般的な検討の対象とはならない。

結局各論における考察の中心は、各犯罪に特殊な構成要件の解釈であり、その中でもその実行行為の解明である。



二 法益・行為態様による分類

<個人的法益に対する罪の各法益による4分説>



第5章 行政法

第1節 行政法のかたち

一 法全体の中での位置づけ

1 行政法の意味

行政法という単体の法典はない。行政法とは、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、**行政法総論及び行政法一般法である**といつてよい。

2 公法と私法

(1) 公法とは何か

行政法は公法に位置づけられている。

公法の意味・性質・種類については、すでに述べた。

⇒「1 公法と私法」(p.6)

(2) 公法私法二元論の衰退

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。

しかし、公法私法二元論は衰退し、現在では、権利の性質により個々に判断されている。

二 行政法の指導原理

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つてよい。行政目的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、法律の定めに従って行われなければならない、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）。

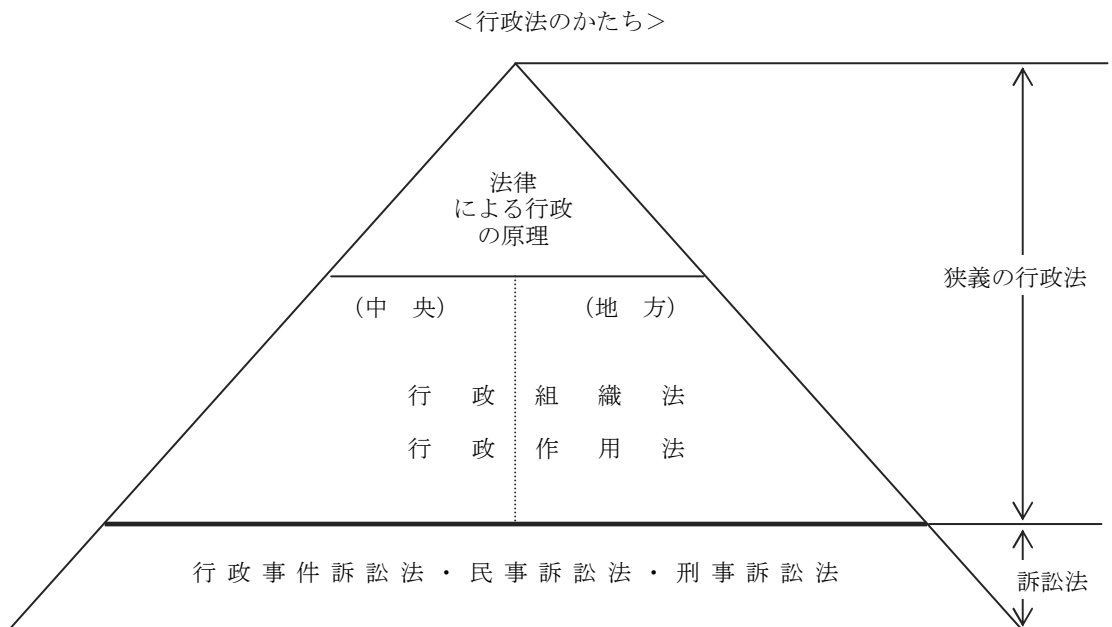
③ 比例原則：比例原則とは、目的と手段の均衡を要求する法原則をいう。

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。

三 行政法のかたち



行政法の学習は、行政法という名の法典がないので、行政法のかたちをつかめずに、個々の分野の概念・論点の暗記に走る学習になってしまうことが多い。しかし、狭義の行政法を民法・刑法と同様に実体法と捉えると、行政法のかたちを捉えやすい。ただ、憲法が制度として保障する地方自治の原理に基づき、地方の立法と行政には特殊性があることに、注意を要する。そして、行政行為による国民・住民の権利を護る最後の砦が裁判所であり、裁判の手続法が訴訟法である。行政処分
の取消等については行政事件訴訟法、国家賠償請求訴訟については民事訴訟法、狭義の行政法に刑罰が定めてある場合にその適用については刑事訴訟法である。

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21）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

一 様々な行政作用

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

行政作用の中核をなすのが行政行為である。

行政行為とは、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をいう。

二 様々な行政行為

行政行為は、さまざまな観点から分類されている。詳しくは、行政法で学習する。

三 行政行為の手続的事前規制（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。

行政手続法の適用対象は、**処分（申請に対する処分及び不利益処分）**、**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、内閣又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）又は規則、②審査基準、③処分基準、④行政指導指針をいう。

第4節 行政救済法

一 はじめに

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 行政機関による救済（行政不服審査法）

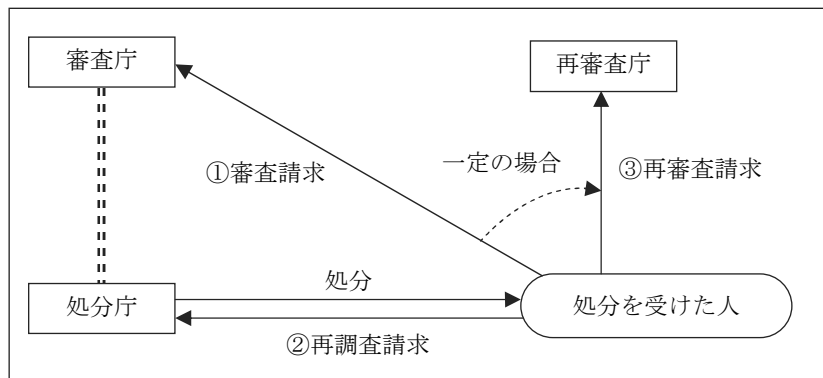
1 行政機関による救済

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、当該行政作用及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。

2 不服申立ての種類

- ① 審査請求：行政庁の処分又は不作為につき、処分庁又は不作為庁以外の行政庁に対して行う不服申立て
- ② 再調査請求：行政庁の処分又は不作為につき、処分庁又は不作為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

<不服申立ての種類>



* 平成 26 年行政不服審査法が全面的に改正され、平成 28 年に施行された。⇒セブンサミット行政法

三 司法機関による救済

行政処分の取消等についての行政事件訴訟法、国家賠償請求訴訟についての民事訴訟法、狭義の行政法に刑罰が定めてある場合にその適用についての刑事訴訟法がある。⇒「第3編 訴訟法」

第3編 訴訟法

・ はじめに

訴訟法は、民事実体法、刑事実体法及び狭義の行政法に関する裁判手続法である。

この第3編では、第1章で近代裁判史において歴史の古い民事訴訟法、第2章で民事訴訟法の理論的影響を受け比較的歴史の浅い刑事訴訟法、第3章で民事訴訟法の特別法として規定された行政事件訴訟法（行政事件訴訟法第7条参照）、および第4章で憲法の最高法規性に基づく憲法訴訟論（憲法第98条、第81条）について、順次その全体像を説明する。

なお、憲法訴訟は、独立の法典がなく、講学上は、憲法講座において憲法訴訟論として扱われている。

第1章 民事訴訟法

第1節 民事訴訟法のかたち

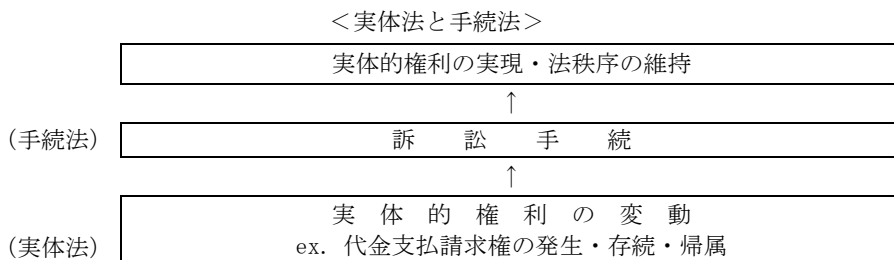
一 法全体の中での位置づけ

1 訴訟法の意味

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。



2 訴訟法と実体法との相違点

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>

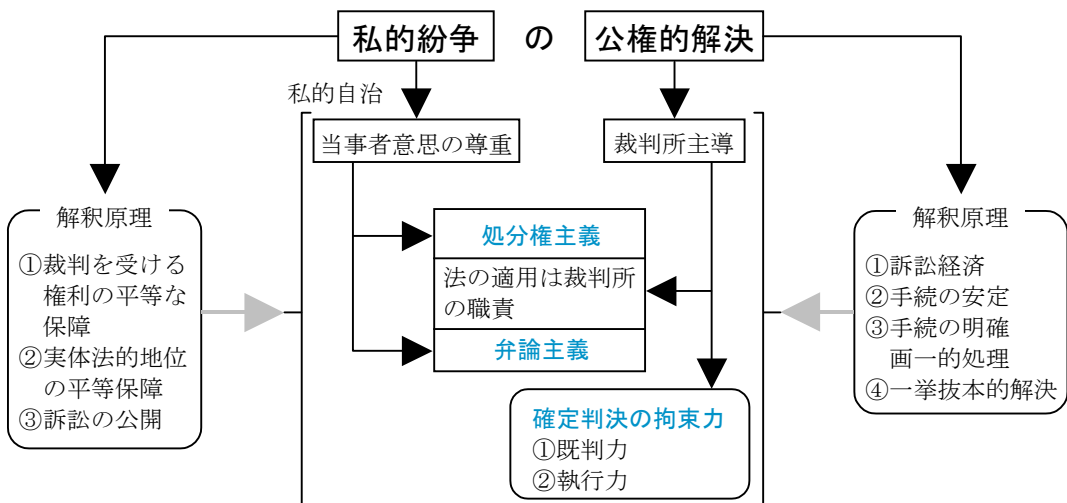
- ① 適正 → 当事者主導 公判中心
- ② 迅速 → 集中審理 訴えの取下げ
- ③ 公平 → 公開 管轄 裁判官の除斥・忌避・回避
- ④ 公正 → 当事者主導 公判中心 公開 三審制
- ⑤ 合理的 → 証拠に基づく裁判 三審制
証拠の評価に対する裁判官の自由心証
既判力 二重起訴の禁止

二 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）。

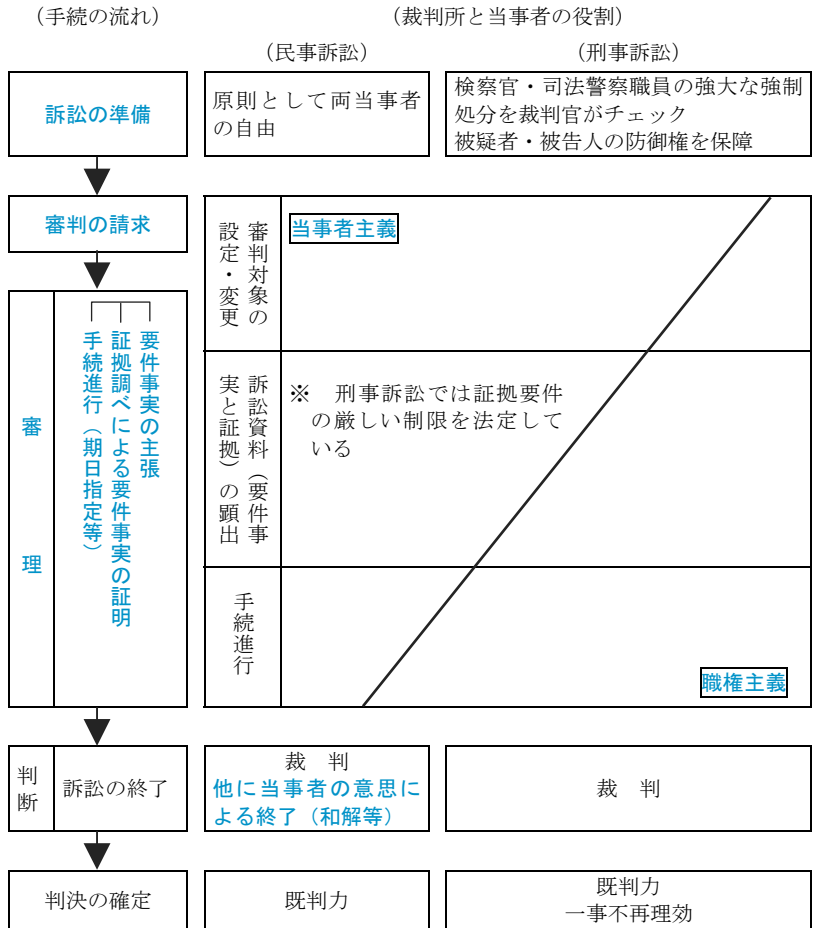
<民事訴訟法の指導原理>

民事訴訟とは、私的紛争の公権的解決をいう



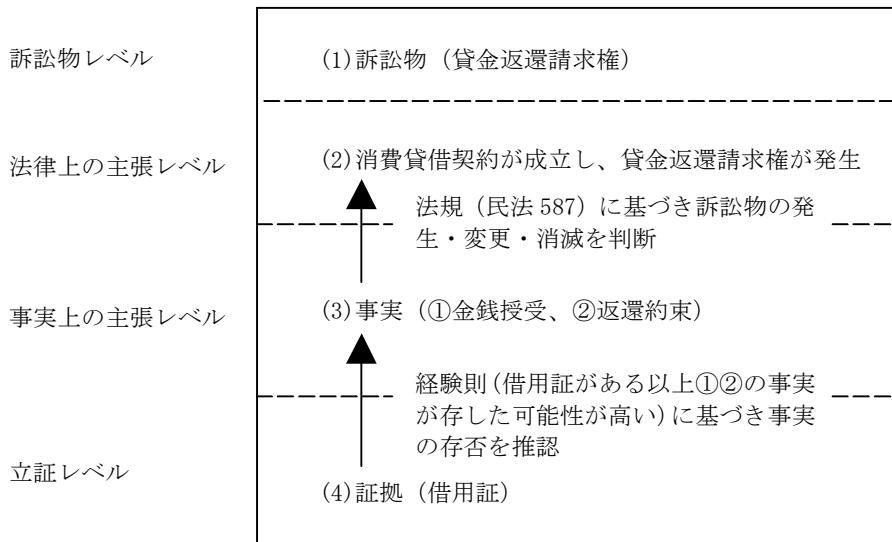
三 民事訴訟法のかたち

< LEC体系による民事訴訟法のかたち（刑事訴訟法との異同） >



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」、及び各手続段階で共通に問題となる「費用」「期日」等を規定する。第2編から第4編までは、第一審及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、論文式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、論文式試験での出題頻度は、さほど高くない。

＜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）

第2節 民事訴訟法の基本概念

一 処分権主義

原告が審判を求めかつその対象を特定・限定できる権能と、当事者がその意思に基づいて判決によらずに訴訟を終了させることができる権能を認める建前を、処分権主義という。

二 弁論主義

判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料（訴訟資料）の提出（（主要）事実の主張と必要な証拠の申出）を当事者の権能と責任とする建前を弁論主義という。

判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料（訴訟資料）の提出を当事者の権能と責任とする建前である弁論主義から、以下の3つの原則（テーゼ）が派生する。

第一原則 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（事実の範囲を限定）。 →主張責任

第二原則 裁判所は、当事者に争いのない事実は、そのまま判決の基礎として採用しなければならない（事実の存否決定）。 →自白

第三原則 裁判所は、当事者間に争いのある事実（係争事実）を証拠によって認定する際には、当事者の申し出た証拠によらなければならない（証拠の限定）。

三 主張・立証責任

主張責任とは、当事者が「事実」を主張しない場合にその事実を要件とした自己に有利な法律効果の発生が認められない不利益をいう。

弁論主義の第一原則を当事者の側から見た概念である。

立証責任とは、ある事実が真偽不明の場合に、判決において、その事実を要件とする自己に有利な法律効果の発生又は不発生が認められないことになる一方当事者の不利益の負担をいう。

主張責任を負う者が主張した事実について相手が争う場合は主張した者が立証すべきであり、主張責任を負う者と立証責任を負う者は通常一致するので、**主張・立証責任と一括して表現する場合が多い。**

四 請求の趣旨、請求原因、認否、抗弁

請求の趣旨とは、訴えによって求める判決内容の結論的・確定的な表示をいい、通常、**請求認容判決の主文に対応**する。被告に或る行為を義務付けることを求める「給付の訴え」、原告の被告に対する或る権利の存在の確認を求める「確認の訴え」、および裁判によって一定の権利義務関係を形成することを求める「形成の訴え」の3種のものがある。

請求原因すなわち請求の原因（狭義：民事訴訟法規則 53 条 1 項前段）とは、請求の趣旨だけでは請求（訴訟物）が特定しない場合に、請求を特定するために必要とされる権利の発生原因事実をいう。

認否とは、事実上の主張に対する相手方の態度を指す。「認める」とは、相手方の主張事実の存在を認める旨の陳述たる答弁であり、**自白として裁判所を拘束するので相手方は立証の必要がない。**「否認する」とは、相手方の主張事実の存在を否定する旨の陳述たる答弁であり、相手方は立証の必要がある。

抗弁とは、請求原因事実の存在を前提にしてそれと両立し、その事実が認められることにより相手方の主張する権利の発生を妨げたり発生した権利を消滅させたりし、相手方がその事実を否認すれば自己が立証責任を負う事実の主張である。

五 要件事実論

要件事実とは、一定の法律効果を発生させる要件に当たる具体的事実をいい、**主張・立証責任の対象たる具体的事実（主要事実ともいう）をいう（実務通説）**。請求原因に当たる事実、抗弁に当たる事実等がある。

要件事実論とは、実体法上の権利発生要件・権利発生障害要件・権利消滅要件に当たる事実を、**主張・立証責任の分配則のもとに訴訟実務的に整理する議論のことである。**

六 訴状、答弁書、準備書面、^{はんけつがき}判決書

訴状とは、原告が訴え提起にあたり提出すべき書面であり、当事者・請求の趣旨・請求原因等が**必要的記載事項**である。

答弁書とは、被告が提出すべき書面であり、請求の趣旨・請求原因に対する答弁、自己の抗弁等が記載される。

準備書面とは、**口頭弁論（公判廷での口頭での弁論）の準備のために裁判所・相手方に提出される書面**で、要件事実・認否・証拠等が記載される。訴状は、原告が提出する最初の準備書面でもあり、答弁書は、被告が提出する最初の準備書面でもある。

^{はんけつがき}判決書とは、判決内容が確定した場合に判決言渡し前に作成される書面をいう（252）。

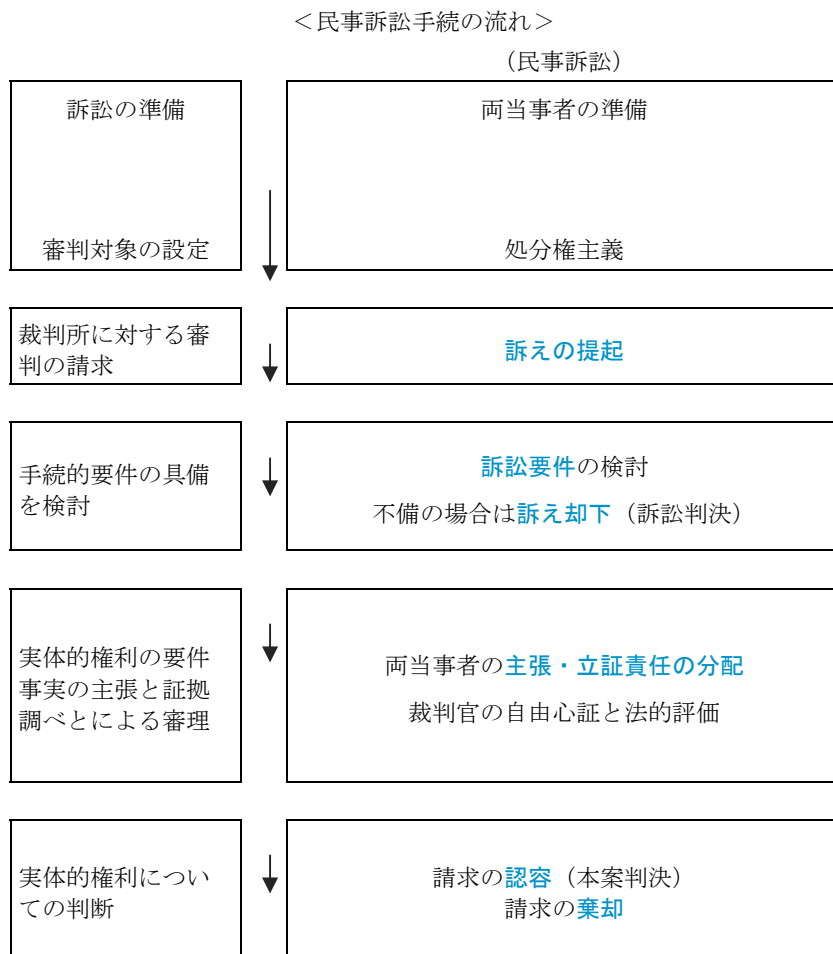
七 請求認容・請求棄却（本案判決）、訴え却下（訴訟判決）

請求認容判決とは、原告の請求を認める旨の判決であり、主文は請求の趣旨に対応し、「被告は原告に何々せよ。」「原告の被告に対する何々権が存在することを確認する。」「原被告間の何々を取消す。」というものになる。請求棄却判決とは、原告の請求を認めない旨の判決であり、主文は「原告の請求を棄却する」というものになる。請求認容判決と請求棄却判決を合わせて本案判決という。

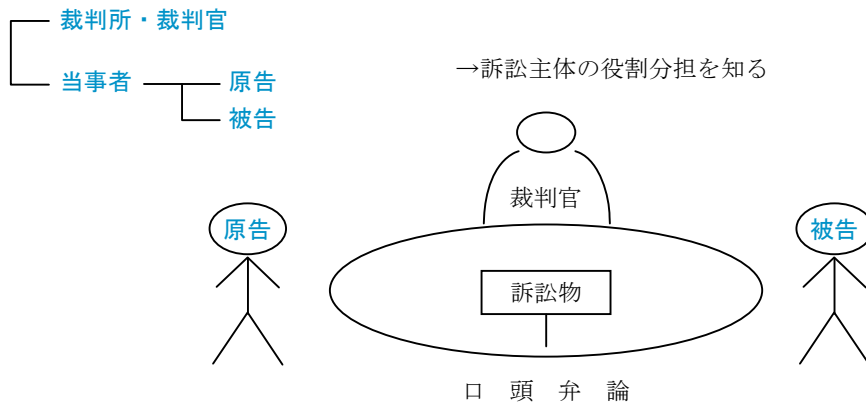
訴え却下判決とは、本案について審判する要件を欠くので本案審理に入るまでもなく裁判を終結させる旨のいわば門前払いの判決であり、訴訟判決という。

第3節 民事訴訟手続の概要

一 手続の流れと役割分担



＜民事訴訟手続に関与する者＞



二 当事者の態度

民事訴訟における当事者の態度は、主として、要件事実論として議論される。

三 確定判決の効力

判決が確定すると、様々な効力が生じる。

訴えの典型である給付の訴えの場合、原告の主張が認められて請求認容判決が確定すると、その判決には、被告に原告への給付を命じる「給付判決」としての効力が生じる。給付判決には、被告が判決通りに債務を履行しない場合、原告は、これを債務名義として強制執行を求めることができる（民執 22①②）という効力が認められると同時に、紛争の蒸し返しを防止する見地から給付請求権が存在するという判断について既判力が生じる。

他方、給付の訴えにおいて、原告の主張が認められず請求棄却判決が確定すると、その判決には、給付請求権の不存在を確認する「確認判決」としての効力、すなわち、給付請求権が存在しないという判断について既判力が生じることとなる。

以上に対し、給付の訴えにおいて、上記のように原告の請求に対する本案判決がなされることなく、原告の訴えを不適法として却下する「訴え却下判決」がなされた場合、その判決には、訴訟要件の不存在を確認する「確認判決」としての効力、すなわち、原告の請求の当否につき本案判決をするために具備していなければならない要件（訴訟要件）が存在しないという判断について既判力が生じる。

<確定判決の効力>

	給付の訴え	確認の訴え	形成の訴え
認容判決	給付判決 = 被告の給付義務の 存在	確認判決 = 法律関係の存否	形成判決 = 法律関係の変動す る要件の存否
棄却判決		確 認 判 決	
却下判決		確 認 判 決	

第2章 刑事訴訟法

第1節 刑事訴訟法のかたち

一 法全体の中での位置づけ

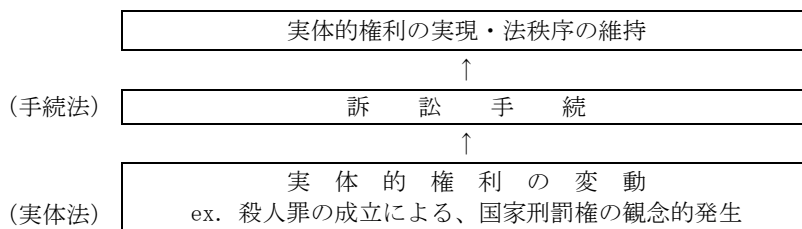
1 訴訟法の意味

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>



2 訴訟法と実体法との相違点

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

二 刑事訴訟法の指導原理

I 目的原理（1）

- ・ 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

・ 犯罪を犯した者はかならず処罰する（積極的実体的真実主義）

↑

↓

・ 犯罪を犯していない者は絶対に処罰しない（消極的実体的真実主義）

||

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

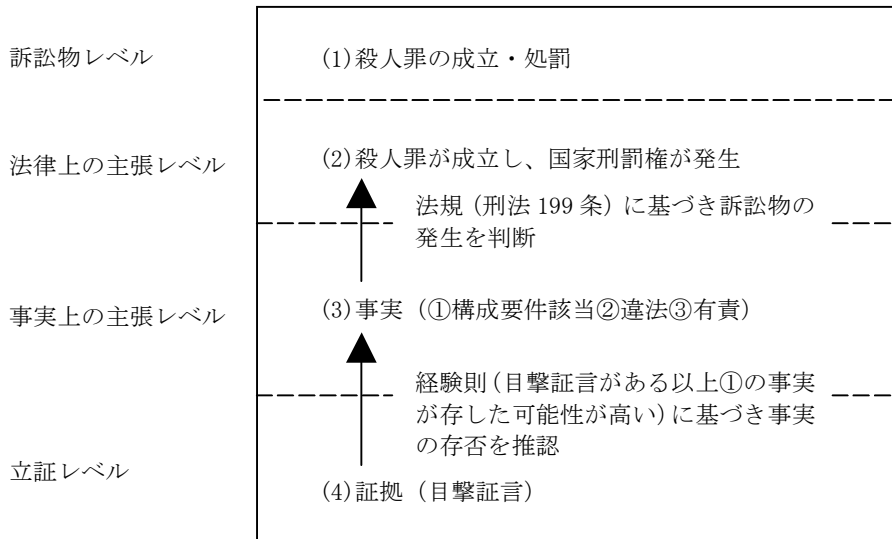
適正手続と真実発見を達成するためにはどのように手続を進めるべきか

↓

- 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） ただし、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）

第2節 刑事訴訟法の基本概念

一 任意捜査の原則、強制処分法定主義、令状主義

訴訟の準備は当事者が行うが、処罰を求める公訴提起側（訴追側＝検察官側）の公訴提起のための検察官・司法警察職員の行う準備活動を捜査といい、法は、捜査について、様々な強制手段を法定するとともに、裁判所・裁判官による厳重な監督を法定している。

まず、捜査は任意捜査を原則とし（**任意捜査の原則**：刑訴法 197 条 1 項）、強制処分は刑事訴訟法の定めた場合にのみ認められ（**強制処分法定主義**：刑訴法 197 条 1 項ただし書）、しかも、強制処分は、裁判官の発する令状に基づくことを原則とする（**令状主義**：憲法 33 条・35 条、刑訴法 199 条以下・218 条以下）。

二 当事者主義、起訴状一本主義、利益原則、黙秘権

証拠に基づく審理の過程である訴訟の追行は検察官と被告人という当事者が主導し（**当事者主義**）、裁判所を冷静な判断者の地位にとどめるべく起訴状には証拠を添付引用してはならない（**起訴状一本主義**：刑訴法 256 条 6 項）。また、疑わしきは被告人の利益にという**利益原則**（刑訴法 336 条後段）が支配する結果、民訴の処分権主義、弁論主義、および主張・立証責任の分配の法理は認められず、検察官は、犯罪成立要件に当たる事実をすべて主張・立証しなければならず（刑訴法 336 条後段）、このことは、被告人が有罪の答弁をしても変わらない（刑訴法 320 条 2 項・291 条の 2）。また、当事者性を徹底させて人権を保障するため、被告人には、**黙秘権**が保障されている（憲法 38 条 1 項、刑訴法 311 条 1 項・198 条 2 項）。

三 証拠裁判主義、伝聞法則、自白法則

証拠に基づく事実の認定（このことは近代法の大原則であり明文によるまでもない）は、①適法な証拠調手続を経た②法定の証拠能力（証拠として取り調べるための適格性）の制限のない（＝証拠能力のある）証拠によることを要する（**証拠裁判主義**：刑訴法 317 条）。法定の証拠能力の制限の中で最も重要なものが、伝聞証拠の証拠能力を原則として否定する**伝聞法則**である（刑訴法 320 条 1 項）。さらに、被告人の人権を保障し誤判を防止するために、任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定し（憲法 38 条 2 項、刑訴法 319 条 1 項）、証拠能力のある自白でもその証明力を制限している（**自白法則**：憲法 38 条 3 項、刑訴法 319 条 2 項）。その結果、刑訴の自白の取り扱いは、弁論主義の結果自白事実の証明を要しないという民訴の場合と、決定的に異なる。

四 起訴状、訴因、公訴事実

起訴状とは、検察官が公訴を提起するにあたり提出すべき書面であり、被告人・公訴事実（その実体は訴因）等が必要的記載事項である。

訴因とは、公訴提起の原因となった検察官の主張する犯罪事実であり、起訴状の公訴事実という標題のもとに具体的に記載される。訴因は、刑訴における審判対象であり、検察官は、この主張を証拠によって立証していき、被告人はこの主張をめぐる防禦を尽くすことになる。

五 事実認定論

刑訴においては、犯罪成立要件に当たる事実の主張・立証責任はすべて検察官にあるので、民訴におけるような要件事実論は問題とならず、証拠による事実認定過程こそが、実務的な重大関心事となる。事実認定論とは、証拠の証拠能力の吟味・証明力の吟味を経てなされる事実認定の合理性についての議論のことである。

六 有罪・無罪（実体判決）、公訴棄却・免訴（訴訟判決）

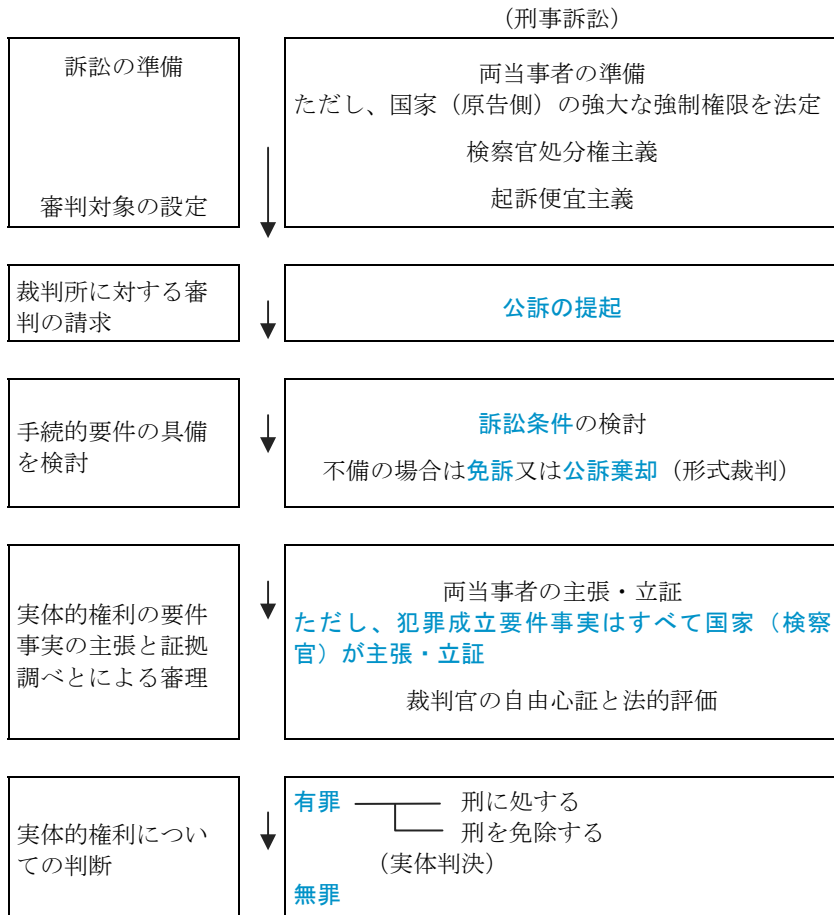
有罪判決とは、検察官の主張する被告人の犯罪事実を認める旨の判決であり、主文は「被告人を懲役何年に処する。」などというものになる。**無罪判決とは、検察官の主張する被告人の犯罪事実を認めない旨の判決であり、主文は「被告人は無罪。」というものになる。**有罪判決と無罪判決を合わせて実体判決という。

公訴棄却判決とは、検察官の主張する犯罪事実があったか否かという実体について審判する要件を欠くので実体審理に入るまでもなく裁判を終結させる旨のいわば門前払いの判決であり、**免訴判決**も同様であって、**両者を合わせて訴訟判決**という。

第3節 刑事訴訟手続の概要

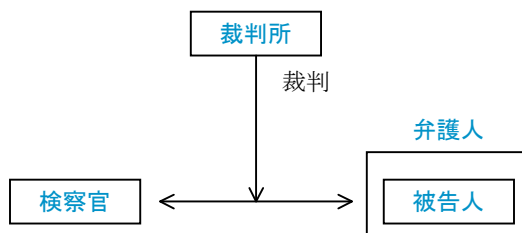
一 手続の流れと役割分担

< 刑事訴訟手続の流れ >



< 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



二 捜査

捜査は、捜査機関のなす公判の準備のための諸処分もしくはその集積であって、殆どは、起訴前に行われるが、手続の或る段階をさすものではない（例えば、起訴後に補充捜査が行われることもある。）。

三 公判

公判とは、公開の法廷における裁判という意味である。実際には、検察官が簡易裁判所に対する起訴と同時に略式手続請求を行い、書面裁判で罰金を科する手続（略式手続：刑訴法 461 条以下）が多用されており刑事訴訟手続全体の迅速化に役立っているが、あくまでも、公判手続が、刑事訴訟手続の中心である。

四 確定判決の効力

判決が確定すると、様々な効力が生じる。

判決の中で最も重要な実体判決（有罪判決および無罪判決）が確定すると、一事不再理効が生じる。一事不再理効は人権保障のために認められるものであり（憲法 39 条前段後半および後段、刑訴法 337 条 1 号）、民訴法の既判力とは大いに異なる。実体判決に既判力も生じるが、一事不再理効の効力によって重要なことは説明できてしまうので、刑訴法においては、既判力は、あまり議論されていない。

第 3 章 行政事件訴訟法

第 1 節 行政事件訴訟法のかたち

一 3 種の訴訟

狭義の行政法の実体法上の法律関係に関する訴訟には、既述のとおり、行政処分の取消等の**行政事件訴訟**、国家賠償法に基づく損害賠償請求訴訟等の**民事訴訟**、狭義の行政法に刑罰が定めてある場合にその適用についての**刑事訴訟**の 3 種がある（⇒「三 行政法のかたち」 p.67）。

民事訴訟には、行政庁の処分が違法な場合の損害賠償請求訴訟の他に、行政庁の処分が適法な場合の損失補償請求訴訟も含まれる。

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。

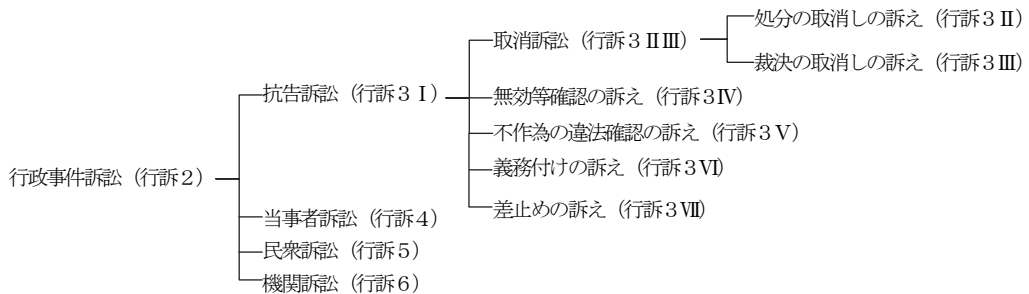
土地収用法第 68 条ないし第 94 条には、損失の補償に関する規定がある。この補償に不服のある者は、裁判所に対して、損失補償請求の訴えを提起して、裁判所によって損失補償請求権を実現することができる。土地収用法は、補償に関する一般法ではないが、各種法律によって事実上一般法化している。

二 行政事件訴訟法上の4種の訴訟類型

行政事件訴訟が、民事訴訟および刑事訴訟と異なる特有のものではあるが、行政事件訴訟のかたちは、基本的に、民事訴訟のかたちと共通である。

ただ、民事訴訟の訴えは、①給付の訴え、②確認の訴え、及び③形成の訴えの3種であったのに対し、行政事件訴訟の訴えは、①抗告訴訟、②当事者訴訟、③民衆訴訟、及び④機関訴訟の4種である。

＜行政事件訴訟の類型＞



第2節 行政事件訴訟法の基本概念

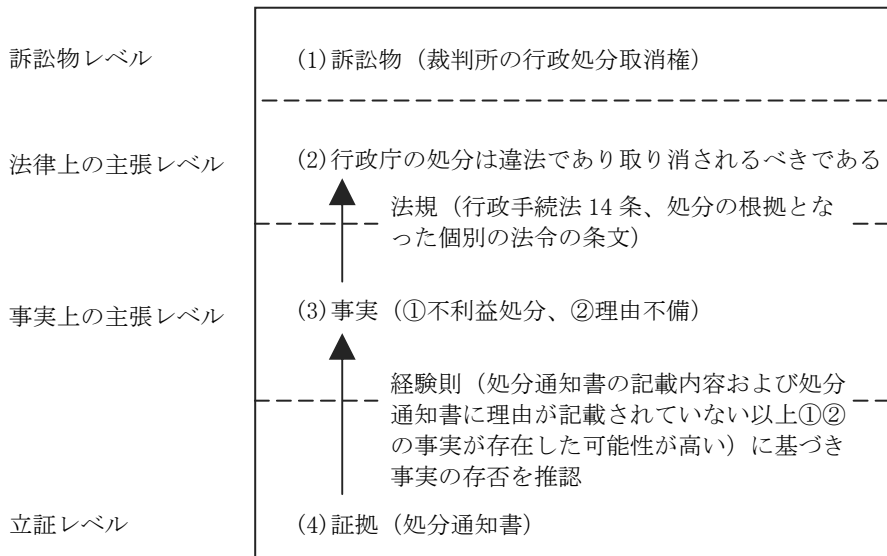
行政事件訴訟法の基本概念は、民事訴訟法の場合と、基本的に共通である。

もともと、**抗告訴訟に共通の訴訟要件として行政庁の行為の「処分性」**や**共通の本案要件として行政庁の行為の「違法性」**が議論の中心となり、民事訴訟の場合ほど多様かつ複雑ではない。

第3節 行政事件訴訟手続の概要

民事訴訟法の場合と、基本的に共通である。

< 処分取消訴訟の構造（手続的違法を主張する例） >



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）

第4章 憲法訴訟論

第1節 憲法訴訟のかたち

一 付随的審査制と抽象的審査制

現代先進国における国・地方公共団体の機関の行為が憲法に適合するか否かを裁判所が審査する制度には、**国民・住民に対する具体的な処分等による具体的事件の発生を待って審査する付随的審査制**と事件の発生を待たずに国・地方公共団体の制定した法律・政令・条例を審査する**抽象的審査制**とがあるが、**わが国の審査制は、付随的審査制であるとするのが判例・通説である。**

二 憲法訴訟の意義（3つの訴訟が憲法訴訟になる瞬間）

付随的審査制のわが国においては、民事訴訟、刑事訴訟、行政事件訴訟以外の憲法訴訟という第4の訴訟類型が存在するものではない。**憲法訴訟とは、民事訴訟、刑事訴訟、及び行政事件訴訟のうち、憲法上の争点が議論されるものをいう。**

第2節 憲法訴訟の基本概念

一 憲法判断回避のルール

憲法判断回避のルールとは、憲法上の争点が適法に提起された場合でもこれに論及せずに当該事件の法的解決ができる場合は、憲法上の争点に関する憲法判断を行うべきではないというルールであり、たとえば、刑罰法規が違憲であるとの被告人の主張がある場合でも、被告人の行為はそもそもその法規の構成要件に該当せず無罪であると判断できる場合には、憲法判断を行うべきではないということになる。通説は、付随的審査制の下での裁判の目的は市民の権利救済であるからそうすべきであるとして、憲法判断回避のルールを採用する。判例は、ルールとして明言はしていないが、運用上は通説と同じである。

二 違憲判断回避のルール（合憲限定解釈）

違憲判断回避のルールとは、憲法判断を回避せずに憲法判断をする場合にも、違憲判断を可及的に回避すべきであるというルールであり、或る法令を文言どおりに解すると違憲となる場合に憲法価値的に合憲的に限定解釈すること（合憲限定解釈）によって違憲判断を回避するのがその典型的な例である。通説は、付随的審査制の下での裁判の目的は市民の権利救済であることからそうすべきであるとして、違憲判断回避のルールを採用する。判例は、ルールとして明言はしていないが、運用上は通説と同じである。

三 法令違憲と適用違憲（処分違憲）

法令違憲とは、事件に適用される法令の規定そのものの全部または一部を、違憲無効とする判断であり、適用違憲（処分違憲）とは、法令の規定そのものは違憲とせずに、法令の規定が当該事件に適用される限りにおいて違憲であるとする判断である。通説は、付随的審査制の下での裁判の目的は市民の権利救済であることと国民代表機関である立法府に対する謙譲の念から**法令違憲判断は可及的に回避すべきである**とする。判例は、法令違憲判断は可及的に回避すべきであるとまで明言はしていないが、運用上は通説と同じである。

第3節 憲法訴訟手続の概要

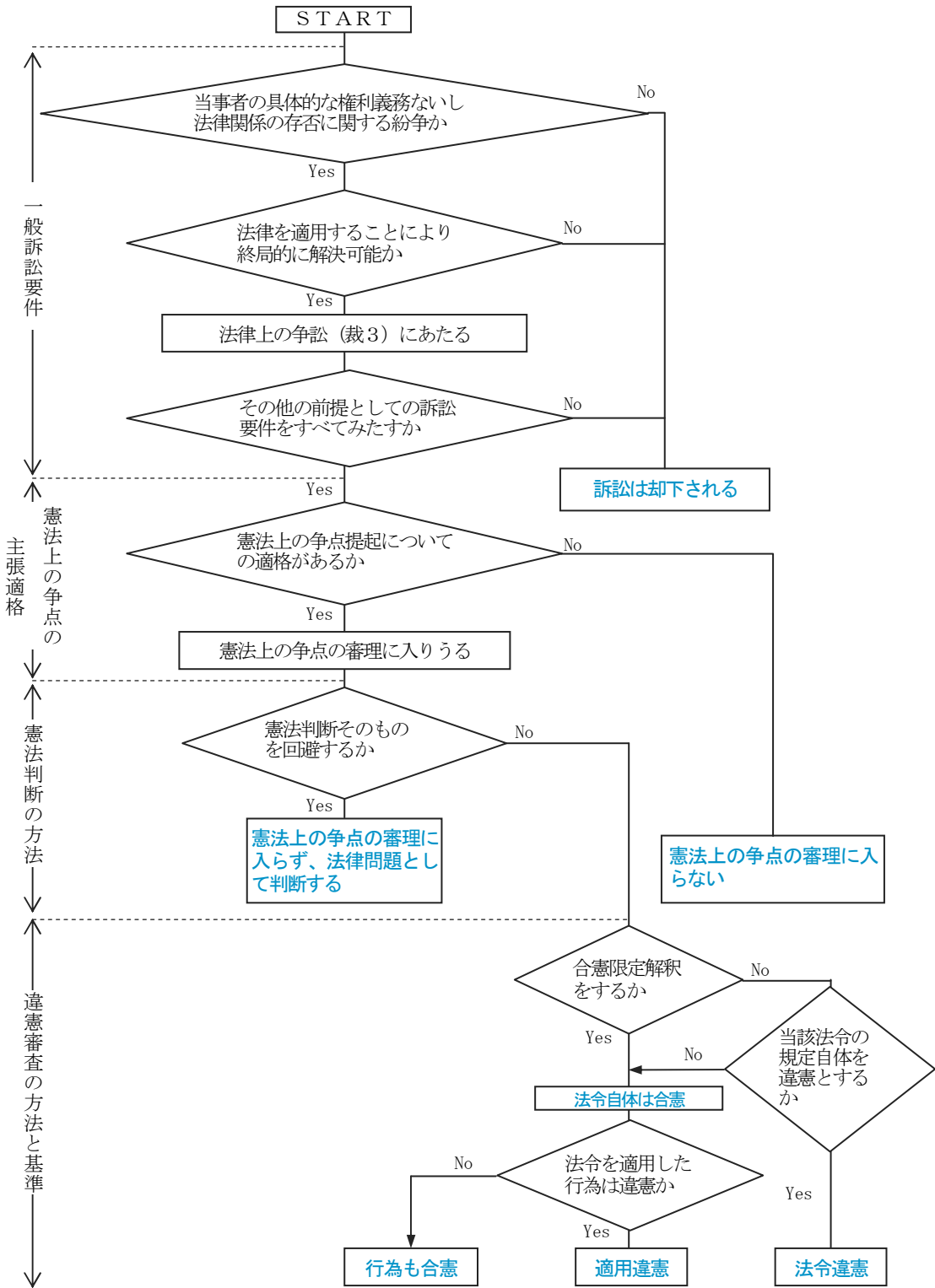
一 手続の流れと役割分担

付随的審査制の下での憲法訴訟は、手続の流れと役割分担に、一般の3訴訟法と異なる格別のものがあるわけではない。

二 裁判所の態度

憲法判断回避のルール・違憲判断回避のルール・法令違憲判断回避のルールによって運用される**裁判実務**により、民事訴訟・刑事訴訟・行政事件訴訟が憲法訴訟になるための要件を中心に、以下に、図に示す。

<憲法訴訟の始点から終点までのフローチャート>



三 確定判決の効力

付随的審査制の下での憲法訴訟において、確定判決の効力は、基本的に一般の3訴訟法と同様である。もっとも、**一般に、確定判決の効力は事件限り・当事者限り（個別的効力）の遡及効である**のに対して、最高裁判所の下した法令違憲の確定判決は、当該規定の全部または一部を法令集から削除する効力（一般的効力）を有すると解すべきかが、憲法 98 条 1 項の「その効力を有しない」との関係で問題とされている。**通説は、付随的審査制の下での裁判の目的は市民の権利救済であることからその判決の効力も事件解決に必要な限りの個別的効力であるとする**。判例も、**個別的効力であることを前提にしたうえで**、他者の人権保障に資するように工夫している。

セブンサミット 全体構造

2020年2月1日 第8版 発行

著 者 株式会社 東京リーガルマインド
法律総合研究所 司法試験部

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

©2020 TOKYO LEGAL MIND K.K., Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20120