

## Introduction 法学の学び方

### ▶EXAM 設問

法的規制の限界につき、つぎの事例をもとに考えてみよう。

[問 1] 法律によって、料理用の包丁を購入しようとする者に対し、購入するに際し、その販売者を通じて、氏名・生年月日・住所等の本人確認情報を公安委員会（警察）に届け出る義務を課することができるでしょうか。

<[問 1] に対する解答のヒント>

料理用の包丁には、使い方によっては凶器になるという性質と、日常の社会生活で多くの人により使われている普通の調理器具だという性質があります。この緊張関係が法律による規制の在り方にどのように影響するのでしょうか。警察への届け出義務を課すことは人々の自由な行動を制約することになります。法律は国家法です。国家法により一律に危険視して自由に買えなくすることが他害原理に照らし許されるのでしょうか。

[問 2] その義務違反者に刑罰を科することができるでしょうか。

<[問 2] に対する解答のヒント>

また、命令・禁止が許されるかどうかは、その命令禁止違反に対する制裁の強度にもよるのででしょうか。

## Chapter 1 財産取引と法 I 契約

### ▶EXAM 設問

[問 1] 皆さんのこれまでの人生の中で、どのような契約を結んだことがあるでしょうか。

<[問 1] に対する解答のヒント>

皆さんの一日の生活を振り返ってみて下さい。マンションを借りて住んでいる場合には、どのような契約が誰との間に結ばれていますか。コンビニでサンドイッチを買った場合の契約は？ バスに乗って大学に行く場合の契約は？ 友達と映画を見た場合の契約は？ いろいろな契約を結んでいることがわかりますね。これらの契約は民法典 549 条以下の典型契約でしょうか、それともそうでない非典型契約でしょうか？

[問 2] 民法における「能力」とはどのようなものですか。

<[問 2] に対する解答のヒント>

「能力」という概念はⅢ契約の主体のところでは扱いました。日常用語とは違い、「資格」という意味合いが強いですが、なんのための資格でしょうか？ またその能力が欠けていると具体的にどのような法的効果が生じるのかを復習してみましょう。

[問 3] 無効と取消しの違いはどこにありますか。

<[問 3] に対する解答のヒント>

無効と取消しはそれぞれ誰がそれを主張できるのか、主張できる期間の制限はあるのかなどについて検討してみましょう。

## Chapter 2 財産取引と法Ⅱ 不動産と動産・金融取引

### ▶EXAM 設問

[問 1] 動産取引、不動産取引の安全はどのように図られますか？

<[問 1] に対する解答のヒント>

それぞれの取引における対抗要件、動産における即時取得制度、不動産取引で問題となる民法 94 条 2 項の類推適用などについて検討してみましょう

[問 2] 非典型担保はなぜ必要なのでしょう？

<[問 2] に対する解答のヒント>

仮登記担保、譲渡担保、所有権留保等の非典型担保が抵当権、質権等の典型担保と比べて、それを利用する者にどのようなメリットがあるのかを検討してみましょう。

[問 3] 銀行は定期預金を有する顧客に融資をする際、相殺（お互いの金銭債権を対当額で消滅させること—民 505 条以下）によって自らの貸金債権を独占的に回収することができますが、その顧客に他にも債権者がいる場合、債権者平等の原則に反しないのでしょうか。

<[問 3] に対する解答のヒント>

次の 2 つの最高裁判決を読み比べてみましょう（最大判昭和 39・12・23 民集 18・10・2217，最大判昭和 45・6・24 民集 24・6・587）。

## Chapter 3 権利侵害の救済

### ▶EXAM 設問

[問 1] 権利侵害がされた場合の法的救済方法にはどのようなものがありますか。

<[問 1] に対する解答のヒント>

債務不履行責任，不法行為責任の法的効果は何かを復習しましょう。また謝罪広告という言葉聞いたことがあるかと思いますが，これは権利侵害の法的救済と関係するのでしょうか。民法 723 条との関係を考えてみましょう。

[問 2] 民法の原則は過失責任主義ですが，その例外を定めた規定や特別法にはどのようなものがあるでしょうか。

<[問 2] に対する解答のヒント>

買った物に欠陥があった場合の法的責任について，民法，特別法ではどのような規定をおいていますか。また，交通事故については民法以外に特別法があるのでしょうか。原発事故についてはどうでしょう。

[問 3] 生命侵害の場合，幼児のように将来の収入が不確かであったり，一時的に日本に滞在している外国人が被害にあった場合，貨幣価値の違いから，帰国先の収入水準は日本での収入に比して大幅に少ないような場合はどう解すべきでしょうか。また，現実の社会では労働者の平均賃金で男女に差がありますが，女兒の損害賠償額は男児よりも低くて良いことになるのでしょうか。

<[問 3] に対する解答のヒント>

実際の裁判例がどうなっているのかを検討してみましょう。

幼児の場合：最判昭和 39・6・24 民集 18・5・874

外国人の場合：最判平成 9・1・28 民集 51・1・78

女兒の場合：東京高判平成 13・10・16 判時 1772・57，大阪高判平成 19・4・26 判時 1988・16

## Chapter 4 家族法の考え方

### ▶EXAM 設問

[問 1] 婚姻する際，夫婦はどちらの氏を選択してよいことになっていますが，現実には夫の氏を選ぶ割合が圧倒的に多いのはなぜでしょうか。また，婚姻後も氏を変えなくて良い夫婦別姓選択制を導入すべきという考え方もありますが，どう考えますか。

<[問 1] に対する解答のヒント>

自分の父母や祖父母はどうやって婚姻後の氏を決めたのか，それはどうしてなのか，ま

た友人は夫婦の氏を選択についてどう考えているか意見を聞いてみましょう。また民法750条は夫婦同氏の原則を定めていますが、この規定は、婚姻や家族に関する事項については「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と定める憲法24条に違反しないのか考えてみましょう。

[問2] 生殖技術を利用した子を産む自由をもっと認めるべきだと言う見解と、子の福祉の観点からは規制されるべきという見解がありますが、どう考えますか。

<[問2] に対する解答のヒント>

子が欲しい親の立場、通常の自然的な分娩によってではなく生殖技術によって産まれた子自身の立場や子が血縁関係のある遺伝子的な親を知る権利をどう考えるか、価値観によって意見が分かれる法律問題について立法はどうあるべきかなど検討してみましょう。

[問3] 法定相続人が被相続人の介護などをしていると「寄与分」といって相続分を多くする制度もありますが(民904条の2)、妻が夫の老親を介護していても、妻は夫の親の相続人ではないので、相続の際にも利益は受けません。この問題をどうしたらよいと考えますか。

<[問3] に対する解答のヒント>

相続制度は何のためにあるのか、相続人以外の者も含めた公平をどう図るべきかを考えてみましょう。

## Chapter 5 近代民法とその現代化

### ▶EXAM 設問

[問1] 近代民法の特徴は何でしょうか。また、その特徴はどのような社会的、経済的要請を反映しているのでしょうか。

<[問1] に対する解答のヒント>

近代民法の三原則、そのような原則が何のためにあるのかを考えてみましょう。

[問2] 近代民法の修正は、どのような点に見られますか。またその修正の背景は何でしょうか。

<[問2] に対する解答のヒント>

民法典の規定を修正する特別法にはどのようなものがあるのか、そのような特別法は何のために制定されたのかを検討してみましょう。

[問 3] 〈保護の客体から権利の主体へ〉というスローガンは、民法の現代化といわれる現象にどのように反映しているのでしょうか。

<[問 3] に対する解答のヒント>

かつては行為無能力者として禁治産者，準禁治産者の制度がありましたが，それが制限行為能力者制度に変わった背景について検討してみましょう。

## コラム 歴史の中の相続

### ▶EXAM 設問

[問 1] 江戸時代，武士の相続は将軍や大名による許可制でした。なぜでしょう。

<[問 1] に対する解答のヒント>

武士Aは，主君たる将軍にお仕えして働き（奉公），その対価として3千石の俸禄を与えられていました。Aの死後，長男Bが，その3千石の俸禄受給資格者としての地位を受け継ぐことを認められるというのが，武士の「相続」の一般的なあり方でした。もし，皆さんが将軍であったとしますと，Aの死後，無条件でBに3千石の相続を認めますか。

[問 2] 現代の相続は首相や知事の許可を必要としません。なぜでしょう。

<[問 2] に対する解答のヒント>

武士Wの相続人を，病弱で寝たきりの長男にすべきか，体力強健・頭脳明晰な次男にすべきか，それとも溺愛する長女にすべきかを定める事は，Wの家の内部の私的な問題ではなく，主君（公権力）への奉公（公務）に直接関係する問題でした。その意味で「公」と「私」は未分化でした。公務遂行に重大な影響を及ぼしかねない問題を，公権力としては，WやWの家族の自由な判断に委ねるわけにはいかなかったのです。では，現代はどうでしょうか。もうお分かりですね。

## Chapter 6 社会法の考え方

### ▶EXAM 設問

[問 1] パートタイマーが不利益を被っていると考えられる事項を整理し，権利保障のためにいかなる手段をとるべきか論じなさい。

<[問 1]に対する解答のヒント>

不利益を被っていると考えられる事項は，Chapter6 全体から見つけ出してください。

個別的労働関係法に関わっては、「Ⅲ」で簡単に紹介しています。しかし、それにとどまらず、たとえば労働組合によって不利益の改善を図ることはできるでしょうか。また、社会保険もパートタイマーに対しては異なった取扱いをしています。それらについての対処としては、制度を変えたり法律を制定したりする手段も考えられますが、法解釈として何ができるのかも検討してください。

[問 2] 若年者の雇用を促進するため、活用できる法制度について検討しなさい。

<[問 2] に対する解答のヒント>

若年者の完全失業率は全年齢層の中で最も高く、非正規雇用者の比率も急増しています。就職後 3 年以内に約 3 割が離職しているなど、「Ⅰ」で述べた労働者の状況が明確に表れているのが若年者です。若年者が壮年者と比較しても不利となる原因を検討し、その原因に対処できるための施策を検討してください。その際にも、Chapter6 で述べた全制度にわたって検討してください。参考文献として、佐藤敬二「若者の雇用と自立を求めて」『日本社会をどうする』（大久保史郎・高橋伸彰編，法律文化社，2011 年）を挙げておきます。

## Chapter 7 刑法の基本原則

### ▶EXAM 設問

[問 1] 購買したいという未成年者にわいせつ文書を販売する行為は処罰されるのでしょうか。その理由とともに述べなさい。

<[問 1] に対する解答のヒント>

今の日本の刑法では、わいせつ文書は健全な性風俗という社会的法益を危うくするという理由で犯罪とされています。それに対し、たんなる倫理・道徳違反を犯罪にすべきでなく、公衆の性的自己決定を危うくする場合にのみ犯罪にできるとの見解や立法例もあります。もっとも、後者においても一般に、未成年者は性的自己決定能力が未成熟だから保護すべきだと考えられています。

[問 2] 不快の念を抱く人が多いという理由で、膝上 20 cm以上のミニスカートを禁止し、その違反を 3 か月以下の懲役に処するという条例が制定されました。この条例は有効なのでしょうか、論じなさい。

<[問 2] に対する解答のヒント>

刑事規制は不快原理によっても正当化できるのでしょうか。「実体的デュー・プロセスの理論」との関係。

刑罰法規の明確性はあるのでしょうか。「不明確による無効の理論」との関係。

自由規制が行き過ぎていないでしょうか。「過度の広汎性による無効の理論」との関係。

## Chapter 8 犯罪と刑罰

### ▶EXAM 設問

[問 1] 個人行為責任の原則とは何でしょうか，説明しなさい。

<[問 1]に対する解答のヒント>

近代刑法は個々人の自由を基本にして成り立っています。そこから出てくる原理が侵害（行為）原理と責任原理です。それらを結合させるとどうなるでしょうか。

[問 2] 侵害（行為）原理と共犯原則の関係について述べなさい。

<[問 2] に対する解答のヒント>

犯罪は他を害する行為でなければならないとするのが原則だとしますと，直接に他を害する行為が犯罪の基本形態となります。そのような行為を実行行為と呼び，実行行為を行う者を正犯と言います。それでは，実行行為以外の行為で犯罪に関与する共犯は正犯とどのような関係になくってはならないのでしょうか。

[問 3] 死刑の存廃について論じなさい。

<[問 3] に対する解答のヒント>

死刑の存廃については多くの本が出ています。それらを参考にこれまでの議論を整理しまとめるだけでなく，さらに自説を理由付きで説明するのが「論じる」ということです。

## Chapter 9 刑事司法手続と人権

### ▶EXAM 設問

[問 1] 「無罪の推定」原則はなぜ必要なのでしょう。また，その原則は，刑事司法手続における被疑者・被告人の地位・立場にどのような影響を及ぼすのでしょうか。

<[問 1] に対する解答のヒント>

この原則がなければ，犯罪の嫌疑をかけられた人は，本当は無実であるのにあたかも犯罪者であるかのように見られ扱われかねません。被疑者・被告人と訴追側（警察や検察）との訴訟主体としての対等性，刑事司法手続上の様々な人権保障，「疑わしきは被告人の利益に」原則がどうなるか考えてみてください。

[問 2] 令状主義の意味と必要性について述べなさい。

<[問 2] に対する解答のヒント>

逮捕や勾留，捜索・押収などの強制処分はそれを受ける者に多大な害・不利益を与えます。それゆえ強制処分権限の濫用を防止するための制度が必要になります。令状はそのような役割を果たせるのでしょうか。果たせるとすれば，それはなぜなのでしょう。

## Chapter 10 日本国憲法と権力の分立

### ▶EXAM 設問

違憲審査権を規定している日本国憲法には、「すべて裁判官は，その良心に従ひ独立してその職権を行ひ，この憲法及び法律にのみ拘束される」（76条3項）という規定もあります。どうして個々の「裁判官」の「独立」が必要とされているのでしょうか。また，自分を「拘束」している「法律」の違憲審査が可能なのは，どうしてでしょうか。

<説問に対する解答のヒント>

憲法に違反している法律にも拘束されてしまうとすると，裁判官は，公務員であるにもかかわらず，最高法規である憲法を尊重して擁護することができなくなってしまうでしょう。また，個々の裁判官が憲法や法律に違反している上司の命令などにも服従しなければならないとすると，もはや文字どおりの司法とはいえない権力を行使してしまうことになるでしょう。「上意下達のごとき職務執行が厳禁されています」という本文の記述の背景には，社会科の授業のなかで学習することになっている大津事件（1891年）の教訓もあります。なお，国会議員には不逮捕特権（50条）や免責特権（51条）が，国務大臣には不訴追特権（75条）が，それぞれ保障されています。それぞれの存在理由を考えながら，憲法の番人という役割も担っている裁判官の場合と比較してみると，さらに深く学べるでしょう。

## Chapter 11 基本的人権と平和の保障

### ▶EXAM 設問

外国籍の自治体職員が，異例の若さで管理職に昇進するための試験に合格していたにもかかわらず，それに嫉妬した同僚の密告により，大規模な反戦運動を展開する政治団体の集会に度々参加していたことが判明したために，権力の行使を指揮する管理職には不適当な人物だと評価されて，昇進試験の合格を取り消されたとします。この地方公務員は，日本国憲法に基づいて救済されるのでしょうか。

<説問に対する解答のヒント>

本文に引用している2つの判例（最大判昭和53・10・4，最大判平成17・1・26）を参考にして，外国人の人権が保障される可能性を検討してもらうとともに，全体の奉仕者である公務員の人権行使が特別に制約される可能性も検討してもらうために作成した設問です。すでに自治体職員として採用されており，しかも昇進試験に合格しているという設定にしてありますが，設問のような場合に，管理職には昇進できないという風変わりな条件付きの職業選択の自由が保障されていることになるかとする，そもそも受験できたのが不思議だということになるでしょう。人権の普遍性といっても結局のところ権利の性質だといった判例や通説の基本的な考え方では，権利の有無という答え方にしかならないでしょうが，公務員ならではの特別な制約の問題だと捉え直してみることもできるでしょう。

## Chapter 12 国際社会と法 平和と人権

### ▶EXAM 設問

[問1] 第2次世界大戦は，人権に対するとらえ方に対してどのような影響をもたらしたのか論じなさい。

<[問1] に対する解答のヒント>

第2次世界大戦を契機として，人権の取扱いの変化を問うています。ここで必要な注意すべき点は，戦争が国際社会の場面で生じる問題ですので，人権に対するとらえ方も，「国際社会」の視点から考えなければならないことです。国際社会が第2次世界大戦前において人権をどのようにとらえていたかをまずまとめましょう。その上で，第2次世界大戦は，これまでの人権に対する考え方にどのような変化をもたらしたのでしょうか。第2次世界大戦の前後でどのように変化したかを明確にわかるように比較しながら考察してみましょう。

[問2] 国際社会が実施している人権の監督措置の特徴について論じなさい。

<[問2] に対する解答のヒント>

国際社会は人権が普遍的に確保されるように，人権実施の監督をいくつかの場面で行っています。この場合，国際社会のほとんどを包含する機関が国際連合ですので，国連を取り上げてみるのが一番です。その上で，国連の政治的場面での人権の実施の方法と，人権条約によって創設された方法のそれぞれの特徴を明確になるように考えてみましょう。

## Chapter 13 法の適用と解釈

### ▶EXAM 設問

[問1] 目的論的解釈と類推解釈の異同を明らかにしなさい。

<[問 1] に対する解答のヒント>

文理解釈や体系的解釈は法文に規定された言葉の形式論理レベルの解釈技法の1つです。拡張解釈や類推解釈は、言葉の形式論理レベルの解釈技法という形をとりつつ、併せて当該法規の規制対象の性質などといった実質に関係させるところがあります。そうしますと、類推解釈と目的論的解釈はどのような関係に立ち、両者の異同はどのようなのでしょうか。

[問 2] 法適用や法解釈がどのようなものであれば正当性を持つことができるのでしょうか。思うところを述べなさい。

<[問 2] に対する解答のヒント>

法適用の正当性については、法発見と事実認定の両方における正当性が問題になります。法解釈の正当性については、まず法規の形式論理的な整合性が重要となりますが、それにつけるのでしょうか。法発見の正当性におけると同様の問題はないのでしょうか。