

## 改訂第4版にあたって

平成29年6月2日民法債権法の改正が公布され、公布の日から3年以内に施行されることとなりました。

また、女性の再婚禁止期間をそれまでの6か月から100日に短縮する民法の一部を改正する法律が成立し、平成28年6月7日に公布・施行されました。

さらに自動車運転による人身致死傷等は、従来は刑法211条の業務上過失致死傷罪で処断されてきましたが、平成25年11月27日「自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律」が公布され、平成26年5月20日から施行されています。

日本国憲法においても、21条1項表現の自由に関して新たに取材源秘匿の自由を認める最高裁判例が現れています。

以上のような法的状況の変化に対応するため、今回の改訂に当たっては必要最小限の訂正を行いました。本書がよりアップトゥデイトな教科書として読まれることを祈念して改訂第4版のはしがきと致します。

平成30年如月

著 者

## は し が き

本書は、私の勤務する大学の「法学」の講義のためのテキストとして上梓するものである。法学について一般的理解が初学者にも身につくように配慮したつもりである。したがって、本書の対象は、初学者を中心にしており、法学部の学生のみならず、理系の学生や教養として法学を学ぼうとする社会人にも受け入れられるように解説している。法律用語の説明や、重要な箇所についての図示化はその表れである。初学者の理解を助けるための工夫を施したつもりである。本来、法学の勉強は六法全書を片手に常に条文を引きながら行うのが常識とされてきた。それは、今でも真実であるが、法学部以外の学生や社会人の中には、なかなか六法全書まで引いて本格的に勉強することを敬遠する傾向があると思われる。そこで、本書では、解説の事項については、必ず条文を記載していちいち六法を引く手間を省く工夫を施した。やや過保護気味ではあるが、初めて法学を学ぼうとする人の意欲を減退させるよりは、勉学意欲を高めるための基本的配慮を重視するように心がけた。

本書で取り上げた法分野は、「法とは何か」という観点から「法と法の解釈」、そして基本三法といわれる「憲法」、「民法」、「刑法」である。法学入門書というと、多数の法領域について「広く浅く」解説するのが一般的であるし、それはそれなりに意義のあることは確かである。しかし、本書は、あえて比較的「狭く深く」を目標にしている。それは、読者が法学に興味をもち、少しでも面白いと感じるためには、法学一般の理解を基礎にして、対象を憲法・民法・刑法に絞り、各法分野の重要項目を取り上げ、やや深くしっかりと勉強することが大事であると考えたからである。本書では、法学一般に1章、憲法に4章、民法に5章、刑法に4章を当てている。基本三法は、その名の通り、法律学を学ぶ最も基本となる法律であり、私たち市民に最も身近な法である。これらの法について基本的知識と理解を有していることは、社会生活をおくる上で生じるさまざまな問題を解決する糸口を与えてくれるものと確信している。

よく一般に法学の勉強は無味乾燥といわれる。確かにそういう面もないでは

ない。しかし、具体的事例に触れると法学は決して無味乾燥ではなく、具体的事件の解決に生きて働く力を与えてくれる論理的で味わいのある学問であることがわかる。そのことが肌で感じられるように、具体的事例として判例を各法分野で極力取り上げて解説を施した。また、各章末および巻末に各章の理解を確認するための択一問題を配置している。自己の理解度と復習に役立てて頂ければと考えている。

「深さは広さに通ずるが、広さは深さには通じない」これは、わたしが指導を受けた恩師の言葉である。本書が読者諸氏のさらなる法学への勉強への誘いとなれば幸甚である。

2010年1月

著者

### 改訂にあたって

このたび、改訂の機会を得たことを幸いに、内容的には特に変更はないが、誤字・脱字、一部落丁等の補正を行った。読者諸賢に今後とも末永くご愛読いただければと希望している。

2013年2月

著者

### 第3版にあたって

平成25年9月4日最高裁は従来の判例を変更して、婚外子の法定相続分規定は憲法14条の「法の下での平等」に反するとの大法廷決定を行った。こうした新しい最高裁の判断をこの度の改訂の機会に盛り込んだ。その他の内容に大きな変更はないが、読者諸賢の法学の研究に少しでも寄与できれば幸いである。

2015年 初春

著者



テキスト 法 学 [第4版]

---

目 次

改訂第4版にあたって	i
はしがき	ii
改訂にあたって	iii
第3版にあたって	iii
<b>第1章 法と法の適用</b>	<b>1</b>
1. 法とは何か	1
2. 法の適用	7
3. 法の解釈	11
<b>第2章 新しい人権 ——幸福追求と法——</b>	<b>18</b>
1. 幸福追求権	18
2. 新しい人権	19
<b>第3章 法の下での平等 ——「法の下での平等」の意義と合理的な差別——</b>	<b>26</b>
1. 意義	26
2. 合理的差別	27
3. 二重の基準 (double standard)	27
4. 法の下での平等の意味	29
5. 判例	31
<b>第4章 思想・良心の自由／信教の自由／学問の自由</b>	<b>38</b>
1. 思想・良心の自由	38
2. 信教の自由	44
3. 学問の自由	47
<b>第5章 表現の自由</b>	<b>55</b>
1. 表現の自由	55
2. 表現の自由と知る権利	56
3. 報道の自由 ——表現の自由の保障——	57
4. 取材の自由	57

5. 検閲	61
6. 「明白かつ現在の危険 (clear and present danger)」の基準	61
7. 判例	62
8. 性表現と名誉毀損の表現	67
<b>第6章 民法の原理</b>	72
1. 日本民法典の沿革	72
2. 民法（財産法）の基本原則	73
3. 信義則（民法1条2項）と権利濫用の禁止（民法1条3項）	80
<b>第7章 物権と債権</b>	86
1. 財産権	86
2. 債権法——債権不履行——	91
3. 強制履行の方法	95
<b>第8章 債権の対外的効力</b>	103
1. 債権の発生原因	103
2. 債権の対外的効力 [責任財産の保全]	107
<b>第9章 行為能力と意思表示</b>	118
1. 制限行為能力者（民4～20条）	118
2. 意思表示	120
3. 不法行為	125
<b>第10章 親族・相続</b>	136
1. 婚姻	136
2. 離婚	146
3. 親子	152
4. 親族と扶養	154
5. 相続	156
6. 家族法改正に関する法制審議会答申（1996年2月26日）	160

<b>第11章 刑法の基礎理論</b> .....	164
1. 刑法 .....	164
2. 罪刑法定主義 .....	168
3. 法益保護の原則——刑法の任務—— .....	172
4. 責任主義 .....	175
5. 犯罪の成立要件 .....	175
6. 故意 .....	178
7. 犯罪の終了と法益 .....	178
8. 因果関係 .....	179
<b>第12章 不作為犯・錯誤・正当防衛</b> .....	184
1. 不作為犯 .....	184
2. 事実の錯誤 .....	188
3. 正当防衛と緊急避難 .....	191
<b>第13章 過剰防衛・過剰避難・責任阻却事由</b> .....	199
1. 過剰防衛・過剰避難 .....	199
2. 誤想防衛・誤想過剰防衛と誤想避難・誤想過剰避難 .....	204
3. 責任阻却事由 .....	208
4. 未遂犯と不能犯 .....	212
5. 幻覚犯と主体の不能 .....	216
<b>第14章 共犯と間接正犯</b> .....	218
1. 共犯 .....	218
2. 共犯の独立性と従属性 .....	220
3. 間接正犯 .....	224
4. 罪名の従属性 .....	225
5. 共同正犯 .....	227
6. 共犯と中止および離脱 .....	230
参考文献 .....	234
あとがき .....	236
択一問題（提出用）	

テキスト 法 学 [第4版]



# 第1章

## 法と法の適用

### 1. 法とは何か

#### (1) 法とは何かを考える

法とは一種の「きまり」である。法とは何かを考えるにあたって、「法の目標とは何か」という視点から「法」を捉えることが有益であろう。その際、ドイツのローマ法学者イエーリングが著した「権利のための闘争」(資料1)が参考になるであろう。

あらためて「法の目標は何か」、一言で言えば、法の究極の目標は、人類の平和と幸福である。すなわち、万人共通の共存共栄のための利益を守ることである。それは、「公共の福祉」と換言することもできるであろう。

次に法をさらに具体的に捉えるために法の内容について言及することにしよう。

#### (2) 法の内容

##### 1) 正義 (*δικη*)

社会一般の規範であり価値である。正義は、「等しきものは等しく、異なるものは不等に」あつかうことを要求する。ギリシャの哲学者プラトン (BC427-347) は、正義を「徳 (*αρετή*)」の一種と考えた。

## 2) 社会的秩序

人間は、一人では生きてゆけず、他人と共同して生活を営む性質をもっている。そのことは、アリストテレスの「人間は社会的動物である」という言葉に象徴されている。その社会的動物である人間が、戦争や闘争により滅亡することを防ぐことを目的として、人間という生物種の繁栄のために創出した制度的工夫が人工的な「社会的秩序」というものである。

## 3) 強制力

「法」を守らない者を守るようにしむける「力」

[正義の女神 (*θεμίσ*, *Justitia*)] : 正義の女神像は、目隠しをした女性が右手に剣を左手に天秤を持つ。

剣は法の実力による貫徹すなわち強制力を意味し、天秤は法の公正・公平を表し、目隠しは先入観や私的関係からの絶縁を象徴している。正義は、本来法や裁判のあるべき内容であると同時に法や裁判の目指す理想でもある。

## (3) 法と道徳との関係

ドイツの法学者クリスティアン・トマジウス (1655～1728) は両者の関係を次のように定義した。法は正義を目的として人の外面性を規律し、道徳は善を目的として人の内面を規律する。すなわち、法は社会的正義を目的とする外面的規準であり、道徳は人の行うべき行為である善を目的とする内面的規準である。

### 1) 法・道徳合一論

法と道徳を同一物とみなし、両者の完全な一致を認める説。ヘーゲル、マルクス、コーエン等がこの立場である。

### 2) 法・道徳峻別論

法と道徳はまったく別個のものであるとする説。

(例) 川で溺れている子供に気づきながら救助しない散歩人。道徳的には非難されるべき行為であるが、法的には殺人罪等の刑事責任が生じるわけではない。トマジウス、カント、オースチン、イエーリング、ケ

ルゼン、シュタムラー等。

### 3) 法・<sup>けんれん</sup>道德牽連論

法と道德を区別しながら、なお両者に相関性を認めようとする説。ベンサム・コーラー・ラートブルフ等が唱えた。法は道德の最低限と解する立場もこの牽連論の一つである。

次に、「何を基準として法と道德を区別するか」が問題となる。そこで、主張されたのが、以下に挙げる強制説である。

法を道德から区別する最後の標準は強制の契機において他にない（今日の通説、イエーリング、ケルゼン）。すなわち、強制力を有するものが「法」であり、強制力を有しないのが、「道德」であるとする。イエーリング（Rudolf von Jhering, 1818～1892）は、「強制を欠く法というものは、自己矛盾であり、それは燃えない火、照らない灯火というのに等しい」と述べて、法の持つ強制力を重視した。

### 4) 「カルネアデスの板」

法と道德の関係を考えさせる好個の問題が「カルネアデスの板」という有名な問題である。これは、ギリシアの哲学者カルネアデス（Carneades）が出題したものとされている。その内容は次のようなものである。一隻の船が難破し乗組員全員が海に投げ出された。そこへ一人の人がすがるのがやっとという大きさの一枚の板（舟板）が流れてきた。一人の男が命からがらその板につかまるところ、すぐ別の男がその板にすがりついてきた。二人の男が同時にその板につかまれば、その板は人間の重みで沈んでしまい、二人とも命は助からない。そこで、先にその板につかまった船員の男が、後からその板につかまってきた船員の男を突き飛ばした。その結果、後からつかまりにきた船員は水死した。先に板につかまり、後から来た男を突き飛ばして水死させた男は、殺人罪になるか。これは、刑法的には緊急避難の問題であり、現代の日本刑法では、違法性がなく殺人罪は成立しない。しかし、同じ仲間の船員を死なせ、自分だけが生き残ったことは、緊急的事態であっても道德的には非難されるべきであろう。後から板につかまりにきた船員がまだ若い男であった場合はなおさらである。刑事

的非難はできなくても、道徳的非難は可能である。

- \* [ミニョネット号事件]：この設例と同様な事件が1884年に現実には起こった。イギリス船籍のミニョネット (Mignette) 号が、イギリスからオーストラリアに向けて航行中、1884年5月喜望峯から1600マイル離れた公海上で難破し、乗組員の内の5人がボートに乗り漂流していた。しかし、食料は全くなく、そのままでは乗組員5人は全員餓死する他はなかった。そこで、一番身体の弱っていた一人の乗組員の男を殺害し、他の者はその人肉を食べて生き延びたという事件である。その後、残りの船員はドイツ船に救助され生還したが、母国イギリス検察当局は起訴した。イギリス高等法院は、緊急避難を認めることは法律と道徳を完全に分離するもので、肯定することはできないとして、謀殺罪として死刑が宣告された。しかし、世論の多数は、無罪にするべきであるという意見であったので、当時の国家元首であったヴィクトリア女王から特赦を受け禁錮6月に減刑された。

#### (4) 法の理念

法の目指す最高の概念である理念として、ドイツの法哲学者ラートブルフ (Radbruch, Gustav, 1878～1949) は、「正義」「合目的性」「法的安定性」の3つを挙げた。

1) 正義 (Gerechtigkeit) は大きく2種類に分かれると考えられている。配分的正義と平均的正義の2つである。

①配分的正義 (austeilende Gerechtigkeit) とは、実質的平等をいう。すなわち、名誉・財産・その他国民に分けられる配分が、それぞれの価値にふさわしく比例的に配分することをいう。端的には、「等しくないものは等しくないように扱う」ことを意味する。

②平均的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit) とは、形式的平等をいう。すなわち、当事者の能力・価値・人柄等を一切考慮することなく、すべて等しいとみなした上で、利害を過不足のないように調整する役目を果たす正義である。端的には、「等しいものは等しく扱う」ことを意味する。

2) 合目的性 (目的合理性)

法的安定性と具体的妥当性との矛盾を解決するために、対立関係にある私的利益と公的利益の調整が必要となる。その調整の原理が合目的性 (法の目的合

理性)である。それは、すなわち、アリストテレスが最初に唱えたと言われる「公共の福祉 (das gemeine Beste)」の原理であり、個人の立場を超えた社会全体 (国家) の福祉を意味するものである。

### 3) 法的安定性

人々が安心して、安全な生活をするためには、法的安定性を確保することが必要である。

## (5) 法の分類

### 1) 自然法と実定法

#### ① [自然法]

自然ないし人間の本性を基礎として成立する法であり、普遍的かつ不変な法である。

#### ② [実定法]

特定の社会で実効的に行われている法をいう。制定法、慣習法等。ソクラテスは、「悪法も法なり」として実定法を尊重し、当時の法による裁判に従い毒杯を仰いで死亡した。

\* [法実証主義] : 実定法のみを法とする思想で自然法論と対立する考えである。

### 2) 成文法 (憲法・法律・命令・規則・条約・条例) と不文法 (慣習法・判例法・条理)

文書の形式で制定された法規範を成文法と呼び、文書の形式をとらない法規範を不文法という。

### 3) 公法と私法

①公法：国または地方公共団体とその構成員との間の統治関係を規律する法  
(例) 憲法、行政法、国家公務員法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法

②私法：個人間の私的生活関係を規律する法  
(例) 民法、商法、手形法、借地借家法

### 4) 実体法と手続法

①実体法：権利・義務の発生、変更、消滅といった法律関係そのものを定め