

見本

大学生のための
**法的思考
入門**

トピックから学ぶ法学

柳澤 武・三輪まどか／編著

飯塚 徹・仮屋篤子・小山花子・滝谷英幸
西土彰一郎・薬袋佳祐・山本健人／著

見本

目次

はじめに

第Ⅰ編 法的思考を体験してみよう

1 「法的思考」ことはじめ	2
2 ルールを「使う」	2
1 「遅刻」とは 2	2
2 言葉の意味か、ルールの目的か 3	3
3 「遅刻」の無限の可能性？ 4	4
4 ルールには「解釈」が必要 6	6
3 ルールを「つくる」	6
1 「解釈」ができれば万事解決？ 6	6
2 ルール自体に疑問の目を向ける 7	7
3 今あるルールが「絶対」ではない 8	8
4 いざ、「法的思考」の世界へ	9

第Ⅱ編 法的思考をはじめてみよう

第1章 憲法判断の創造力

1 当事者のまなざしを受けとめて	12
2 小説はプライバシーの権利を侵害しうるか	13
1 プライバシーとは 13	13
2 表現の自由との対立 15	15
3 なぜ表現の自由は大事なのか	15
1 表現の自由を保障する理由 15	15
2 思想の自由市場 16	16
3 裁判所の出番 17	17
4 プライバシーの権利と表現の自由の対立の解消に向けて	18
5 真実までもが虚構になる	19
1 名もなき道を 19	19
2 作者の創造力 20	20
6 虚構までもが真実になる	20
1 石に泳ぐ魚 20	20
2 作者の想像力と裁判所の創造力 22	22

第2章 何をしても無罪？	24
1 人を殺しても無罪？	24
1 刑法39条1項	24
2 責任主義	25
2 想定される疑問	26
1 疑問①—心神喪失者のふりをして処罰を免れる者が出るのでは	26
2 疑問②—悪い結果を引き起こした以上、責任を負うべきではないか	27
3 疑問③—危険な存在の排除？	33
3 刑法39条1項をめぐる「法的思考」	36
第3章 子どものしたことは親の責任？—民法上の責任能力—	37
1 民法の役割	37
2 犯罪者の処罰と被害者の救済	38
1 事件の発生とその責任	38
2 被害者の救済	38
3 損害賠償の責任を負う根拠	40
1 過失責任主義	40
2 自己責任の原則	40
3 責任能力	41
4 責任無能力者とその監督義務者	42
5 監督義務者が責任を負わない場合	43
6 責任能力のある未成年者の親の責任	45
第4章 戦争中でも守るべき「人の道」	46
1 戦争とルール	46
1 戦争にもルールがある	46
2 武力紛争法	46
2 「戦争中のルール」は平等？	46
1 戦争開始における違法な側と合法的側	46
2 違法な側と合法的側は平等なのか	47
3 武力紛争法の目的	48
3 武力紛争法の最も大切な考え方	48
1 武力紛争法における法的思考	48
2 戦争に勝つために必要なこと	48
3 戦争中でも守るべき「人の道」	49
4 2つの根本理念のバランス	49
4 戦闘方法に関するルール	50
1 攻撃のやり方についての法的思考	50
2 禁止されている攻撃のやり方	51

見本

5 戦闘手段に関するルール	52
1 攻撃に用いる兵器についての法的思考	52
2 使用が禁止されている兵器①	53
3 使用が禁止されている兵器②	53
6 戦争における弱者の保護に関するルール	54
1 負傷した戦闘員等の保護	54
2 敵に捕らえられた戦闘員の保護	55

第Ⅲ編 身近な問題を法的思考で見直そう

第5章 それってセクハラ？——ハラスメントの法理と課題—— 58

1 職場でのセクハラ	58
1 セクシュアル・ハラスメントとは	58
2 初めてのセクハラ裁判	58
2 女性から男性へのセクハラ	59
1 「逆」セクハラ？	59
2 ジェンダーと法	60
3 同性間のセクハラ	61
1 男性同士のセクハラ	61
2 性的マイノリティに対するハラスメント	61
4 セクハラの実責任を負うのは誰？	62
1 行為者の責任	62
2 使用者の責任	62
3 親会社の責任	62
5 さまざまなハラスメントや「いじめ」	63
1 パワーハラスメント	63
2 職場における「いじめ」	64
6 出産・子育てにかかわるハラスメント	65
1 マタニティー・ハラスメント	65
2 父親に対する嫌がらせ——パタニティー・ハラスメント	65
7 ハラスメント法理の課題	66
1 リモハラ	66
2 ハラスメント法理の広がり	66

第6章 保育・子育ては誰が担ってきたのだろう？

——少子時代の保育サービス—— 68

1 幼稚園と保育所は似て非なるもの	68
1 幼稚園	68
2 保育所	68
2 幼稚園・保育所への入園・入所	69
1 入園・入所の申請と市町村の認定	69
2 市町村の「利用調整」	70

3	保育所が足りない！ 待機児童問題	71
1	待機児童を生む要因	71
2	深刻化する保育士不足	72
4	保育所への多様な主体の参入	72
1	保育所不足を解消するための政策	72
2	市町村のがんばり	73
3	不適切保育——保育の質の確保	73
5	保育サービスは誰が担うべきだろう？	74
1	保育所の民営化	74
2	多様な主体が参入するメリット・デメリット	75
第7章	血のつながりのない親子——生殖補助医療と親子関係	78
1	現代における親子の問題	78
2	法律上の親子関係——結婚を基盤とした父の決定	78
1	嫡出子	79
2	婚外子	80
3	人工授精子	82
4	代理出産と母子関係	83
3	生殖補助医療の発達と親子問題	84
1	同性婚と人工授精子	84
2	死後懐胎子	85
第8章	上手な休み方——バカンスが欲しい！	87
1	年休と利用目的	87
1	年休とは	87
2	年休自由利用の原則	87
3	年休の利用目的	88
2	年休を取得できるのは誰？	88
1	アルバイトの年休問題	88
2	労働者の権利としての年休	89
3	アルバイトの年休権	89
4	パートタイム労働者への適用	90
3	やっぱりバカンスが欲しい！	91
1	バカンス裁判	91
2	ILO52号条約	91
3	年休制度の初期設定	91
4	バカンス裁判の行方	92
5	年休の細切れ化	92
6	未消化年休の行方	93
4	権利が「絵に描いた餅」では意味がない	93
1	年休取得の現状	93
2	年休ハラスメント？	94
5	理想の「休み方」へ向けて	94
1	新しい年休制度	94
2	年休権の実質化	95

目次

第9章 介護保険法で家族介護は不要になったの？

——高齢者の介護と家族の責任—— 97

1 高齢者を介護する人は誰？	97
1 時代によって介護している人は違う？	97
2 「長男の嫁」が介護をしなくなった理由	98
2 介護保険制度の導入	99
1 家族介護と措置制度	99
2 介護保険制度を利用して介護を受けるまで	99
3 介護保険制度と家族介護	100
1 介護保険を利用している高齢者数	100
2 「住み慣れた自宅」での介護と家族	100
4 認知症高齢者の介護	102
1 認知症ってどんな病気？	102
2 認知症高齢者の介護	102
5 家族介護の法的理解	103
1 老老介護の大変さ	103
2 家族の法的な責任	103
3 認知症高齢者が引き起こした事故と家族の責任	104

第IV編 国や世界の問題を法的思考で深化させよう

第10章 国際問題に立ち向かう「国家間の約束」 108

1 国際法とはなにか	108
1 国際法の世界	108
2 国際法の探し方	108
2 文書になっている国家間の約束としての国際法	109
1 条約とはなにか	109
2 どの国が条約を守らなければならないのか	110
3 国際社会における暗黙のルールとしての国際法	111
1 慣習国際法とはなにか	111
2 どの国が慣習国際法を守らなければならないのか	112
4 国際法の解釈	113
1 条約条文の言葉の意味を考える	113
2 解釈のヒント	114
5 国際組織で話し合っただけで決めたことは国際法か	114
1 国際連合総会で決めたこと	114
2 国際連合安全保障理事会で決めたこと	116
3 安全保障理事会の常任理事国の拒否権	116
6 国際裁判の不思議	117
1 国際連合の裁判所の限界	117
2 国際裁判の判決に従わなかったら	118

第11章 政治に関心がないのはダメ？

——政治と民主主義への思考ガイド——120

- 1 関心ある？ ない？.....120
 - 1 リアルとネットのギャップ 120
 - 2 関心と投票はイコールか 121
- 2 投票は義務？.....122
 - 1 もし投票が義務だったら 122
 - 2 「参加」を優先してみる 122
 - 3 反対派の言い分 123
- 3 どうやって選ぶのか.....124
 - 1 投票に「正解」はあるか 124
 - 2 決めるためのツール 125
- 4 民主主義は「あやしい」ですか.....126
 - 1 デモクラシーの原点 126
 - 2 どっちもイマイチ？——「直接」vs.「間接」 126
 - 3 問題発言が多すぎ！？——政治家への不信心 128
- 5 クビにできない民主主義はダメですか.....128
 - 1 国会議員のリコール 128
 - 2 国会議員に「罰」を与えたい 129
- 6 人ではなくモノ（政策）を選ぶ.....130
 - 1 インターネットでの投票 130
 - 2 レファレンダム 130
 - 3 日本の民主主義とは 131

第12章 安心して豊かに生活するために

132

- 1 消費者法とは.....132
 - 1 消費者法のなりたち 132
 - 2 事業者と消費者との情報力・交渉力の格差 133
- 2 未成年者契約の取り消しとクーリング・オフ.....135
 - 1 未成年者取消権の効果 135
 - 2 クーリング・オフの効果と限界 136
- 3 金融取引のリスク対処法.....138
 - 1 適合性の原則 138
 - 2 断定的な判断の提供 139

第13章 「カルト宗教」問題——憲法学の視点から

142

- 1 旧統一教会をめぐる問題を考える.....142
 - 1 客観的・論理的に自分の考えを示すとは 142
 - 2 旧統一教会をめぐる問題の背景 142

見本

2 政治と宗教は一切かかわってはいけないのか	143
1 政教分離とはなにか	143
2 政教分離の観点から旧統一教会問題を考える	144
3 カルトの規制と宗教的行為の規制は違う？	145
1 カルト規制とはなにか	145
2 宗教的行為の規制	145
4 宗教法人を解散するとは	148
1 宗教法人法の仕組み	148
2 宗教法人に対する解散命令	148
5 カルト規制法は必要？	150
1 フランスのやり方と反論	151
2 カルト規制は必要か	151

第V編 判例と立法にみる法的思考

第14章 判例から学ぶ

1 「判例」と「裁判例」	154
2 判例は変わることがある	155
3 判例のさまざまな役割	156
1 紛争解決機能	156
2 法の隙間をうめる	156
3 条文解釈の変更	156
4 立法や法政策に対するチェック	157
5 訴訟の社会的機能——お金だけの問題じゃない！	158

第15章 法の世界——解釈と立法

1 法は解釈の世界	160
2 解釈の種類	161
3 解釈で対応できない場合	162
4 立法——法的设计	163
1 困っている人を救う方法	163
2 立法の基準	164

◎ 執筆者によるオンライン座談会——「法的思考」とは

憲法判断の創造力

日本国憲法の条文でいちばん重要なものはどれかと尋ねられたら、みなさんはどう答えますか。大変むずかしい問題ですが、大学で憲法を教えている多くの先生は、国民を「個人として尊重」することをうたう憲法13条であると答えると思います。憲法も法である以上、さまざまな争いを解決するための道具として働きますが、その解決の究極の目的は個人として尊重されることを目指すといっよいでしょう。本章では、実際にあった事件を素材に、個人として尊重することの意味をみなさんと一緒に考えてみたいと思います。



憲法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い限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

1 当事者のまなざしを受けとめて

人間の生きる世界では、悲しいことに常に争いが絶えません。争いを解決する方法はたくさんありますが、その一つとして、事前に定められた公正なルールの適用を裁判所をお願いすることが考えられます。

ただ、このルール（ここでは法律としておきます）の内容が公正ではなく、争いの一方の当事者の個人の尊厳を傷つける内容となっている場合、裁判所は法律の上にある憲法を使って争いを解決することがあります。つまり、憲法に違反する法律を無効としたり、法律の内容を憲法に適合するように解釈したりして、一方当事者の個人の尊厳に重点を置いたうえでの紛争の解決を目指すわけです。

では、そもそも法の世界の根源にある個人の尊厳とは何を意味するのでしょうか。いろいろな考え方があろうかと思いますが、私は次のように考えています。みなさんは、^{もりありまさ}森有正という哲学者を知っていますか。彼は、たとえば『遙かなノートル・ダム』（筑摩書房、1967年）という有名なエッセイ集のなかで、感覚を出発点として深まる経験の全体が唯一のものとして「個人」を定義し、その1つの生涯を定義するといっています。こうした唯一のもの、個人を個人たらしめるものを尊重すること、それが個人の尊厳の意味するところではないかと思うのです。

こうした個人の尊厳を根底におく憲法に照らして法律自体がおかしいのではないかと判断するポイントについては、本書第13章で取り上げられているカルト規制法をめぐる分析、そして第14章の違憲立法審査権の説明をお読みください。本章では、第I編でも述べられていた、ルールを「使う」ことがおかしい、つまり法律の使い方がおかしい場合の判断について、みなさんと一緒に考えていきたく^{*1}と思います。



＼こども/
CHECK

*1 興味のある人は、「ルールがおかしいのか？ 使い方がおかしいのか？」に整理して憲法判断のやり方を整理する、井上典之編『憲法の時間 [第2版]』225頁（有斐閣、2022年）を参照ください。

6 出産・子育てにかかわるハラスメント


1 マタニティー・ハラスメント

CASE ⑦

Y(病院)のリハビリ業務で副主任の地位にあったX(女性)は、妊娠を契機として負担が少なくなるよう、しづしづながら副主任のポジションを外れたところ、育児休業後も副主任に戻れなかった。Yとしては、副主任にはXの後輩が就いているのだから、今さら外すわけにもいかず、これは仕方がないことだと考えている。

雇用機会均等法は、妊娠や出産等を理由とする不利益取扱いを禁止しています(9条1項)。さらに、2014(平成26)年の最高裁判決は、復職後に元の役職に戻さないことは、労働者の真の同意がある場合や使用者の業務上の必要性がある場合という2つの例外に該当しなければ、雇用機会均等法に違反するとの判断基準を示しました。

同判決を受けて、妊娠・出産等を理由とする嫌がらせについても、セクハラと同様の防止措置義務や指針が定められました。いわゆるマタニティー・ハラスメントと呼ばれるものです(以下、「マタハラ」という)。同指針では、マタハラを「職場における妊娠、出産等に関するハラスメント」と位置づけたうえで、マタハラ防止のための周知・啓発(例：ポスターの作製)、相談体制の整備(例：社内外での相談窓口の設置)、紛争処理(事後の迅速かつ適切な対応)などを求めています。マタハラには、妊娠や出産を理由とする解雇や退職といった雇用差別にかかわるもの、妊娠期の労働者に対して必要な配慮を行わないことで妊婦が抑圧を受けること、上司や同僚から「職場に妊婦がいるのは迷惑」などの心ない言葉を投げかけられる精神的な嫌がらせなど、さまざまな類型が想定されます。

 雇用機会均等法
9条1項
事業主は、女性労働者が婚姻し、妊娠し、又は出産したことを退職理由として予定する定めをしてはならない。

2 父親に対する嫌がらせ—パタニティー・ハラスメント

育児休業を取得した父親への嫌がらせは、パタニティー・ハラスメント(以下、「パタハラ」という)と呼ばれます。3か月以上の育児休業を取得した父親に対して、翌年度の職能給を昇給させないという取り扱いを行った事件では、不法行為が認められました。^{*27} 育児休業取得を理由とする嫌がらせについても、現在ではマタハラと同様の防止措置義務や指針が定められています。

また、父親の育児休業を促進する観点から、2022(令和4)年4月より、子の誕生日から起算して8週間が経過する日の翌日までに4週間以内の期間で2回に分割して取得できる**出生前育児休業**が施行されています。一部メディアでは、男性産休というセンセーショナルな見出しも使われました。このような政策を実効化するためにも、パタハラを防止を徹底する必要があります。

*27 医療法人稲門会事件(大阪高判平成26・7・18労判1104号71頁)。

見本

① 考えてみよう！

認知症高齢者が運転する自動車が、小学生たちが集団登校している歩道に突っ込み、小学1年生の子ども数人がケガをした事故が起きました。その際、上記のような論理でいくと、子どもたちやその親は、認知症高齢者に対して責任無能力者として責任を問うことができません。また、介護をする人に対しても責任を問うことができなくなってしまい、泣き寝入りするしかないように思えます。はたして、CASE②のような論理で家族介護者を守ってよかったのでしょうか。第3章での記述やCASE②の事件の第1審や第2審の判断も参考にして、考えてみましょう。

演習問題

内閣府が実施した「高齢者の健康に関する調査結果」（2017年度）によると、将来介護が必要になったときに介護を依頼したいかどうかを尋ねた調査では、男性で95.5%、女性で97.5%の人が「介護を頼みたい人がいる」と回答しました。誰に介護をしてもらいたいかについては、男性は「配偶者」が56.9%であったのに対して、女性は「ヘルパーなど介護サービスの人」が39.5%、次いで「子」が31.7%となっています（図9-4）。

どうしてこのような男女差が生まれると思いますか。実際のデータを見ると、女性は「配偶者」とする割合が年齢が低くなるほど低くなっています。この原因についても考えてみましょう。また、こうした調査をふまえて、政府は介護保険制度をどのように再構築していくべきだと思いますか。

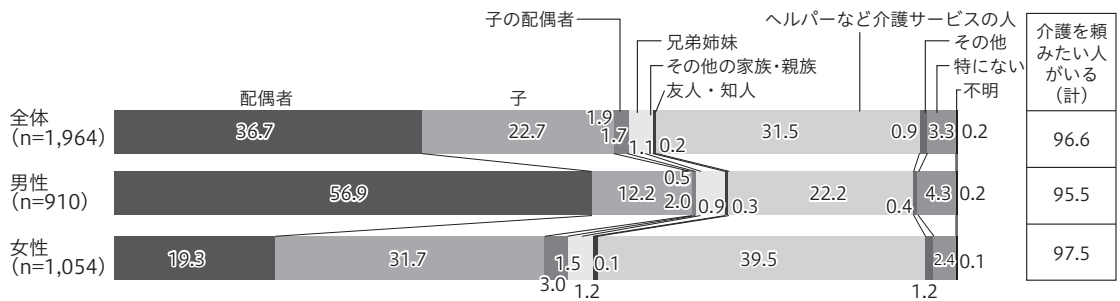


図9-4 必要になった場合の介護を依頼したい人

出典：内閣府「平成29年 高齢者の健康に関する調査結果（全体版）」p.69
https://www8.cao.go.jp/kourei/ishiki/h29/zentai/pdf/sec_2_2.pdf

見本

クボード」や「スケートボード」などにも意味を広げて、これらの乗り入れも禁止していると解釈する方法を**拡張解釈**といいます。一方、意味を広げずにもっと狭く解釈する方法、たとえば、みなさんが一般的に公園に乗り入れはいけないと考える「自動車」と「オートバイ」のみを禁止していると解釈する方法を**縮小解釈**といいます。

このほか、さまざまな解釈方法がありますが、このように言葉のもつ意味や法の目的などを考えて解釈していく作業が、法を学ぶ際には必要となるのです。まさに、裁判所も**法的安定性**を保つため、この作業を行い、法の意味を確定させているということができるといえるでしょう。

3 解釈で対応できない場合



憲法25条
 すべての国民は、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。

CASE ②

みなさんが小学校で習った「生存権」は、憲法25条に定められている。同条1項では、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」、すなわちすべての国民に生存権を保障し、そのために国は「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」を向上させることや増進することの責任を有していると同条2項で定めている。この憲法25条にもとづいて、生活保護法という法律が生活保障の内容等を定めている。

生活保護法には、その目的として、「この法律は、……国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする」(1条)と書かれている。

ここで注目したいのは、憲法25条には、生活保護は国が国民に対して実施すると書いているところである。ここでの「国民」というのはどのような人たちを指すだろうか。近年、大学でも受け入れが増えている留学生や外国人労働者には適用されるのだろうか。

留学生や外国人労働者が生活保護法の対象となるかどうかを検討するためには(このことを法が**適用**されるといいます)、まず生活保護法1条に定める「国民」という言葉を解釈しなければなりません。国民とは、一般的には「国家を構成する人」という意味で用いられますが、その国民の要件を定めているのは、日本においては国籍法という法律です。国籍法では、人が生まれたときに父親または母親が日本国民であるとき、その生まれた子どもは日本国籍を取得することを定めています(2条1号)。そして、この日本国籍を有することが、日本国民である要件として定められているのです。したがって、留学生や外国人労働者のうち、帰化をしていない人、すなわち日本国籍を有しない人は、生活保護法にいう「国民」には該当しないと解釈できます。この点で、日本において日本国籍を有しない留学生や外国人労働者は、生活保護法の対象ではありません。

しかし、日本において生活に困窮する留学生や外国人労働者がまったくいない

見本

座談会メンバー

司会（敬称略）

- ・柳澤武（名城大学）

参加者（五十音順・敬称略）

- ・飯塚徹（松本大学松商短期大学部）
- ・仮屋篤子（名城大学）
- ・小山花子（盛岡大学）
- ・滝谷英幸（名城大学）
- ・西土彰一郎（成城大学）
- ・薬袋佳祐（名城大学）
- ・三輪まどか（南山大学）
- ・山本健人（北九州市立大学）

「法的思考」を身につけるには

柳澤 本書のタイトルでもある「法的思考」、あるいは「リーガルマインド」といってもいいのかもしれませんが、学生がそういったものを身につけ、学ぶにはどうしたらいいのか。あるいは、先生方の教育経験も含めて、自由にお話をいただければと考えております。

私が一番気になっているのは、特にコロナ禍になり、SNSとかインターネットで断片的な情報をピンポイントで手に入れて、それですませようとするような学生の存在です。そのような手法では、到底「法的思考」は身につかないと思うんですが……。

飯塚 先生のおっしゃるように、私も、学生が自分で考えずに、いろいろな媒体から安易に答えを求めてしまったり、じっくり考えなかったりする点を心配しています。私が大切だと思うことは、まず「なぜ」と自分で考える。次に自分で調べる。そして、わからなかったら友達

や親などと議論をしてほしいですね。それで答えにたどり着いて、その「なぜ」ということが、法的な「なるほど」に変わるのが、私は法的思考力なのかなと思っています。

山本 私は、ある程度の基本的な知識を身につけておくことは、やはり重要だろうと思います。ここ最近では、「知識は重要ではなく、考え方とか思考方法が重要だ」といった意見をよく耳にしますが、思考方法だけ学んでも何も出てこないという事例はよくあるように思います。たとえば、ウェブサイトやSNSから正しいような情報をいくつかピックアップしてなにかを考えても、そもそも探してきた前提情報が誤っていて、それを自分では見抜けない、ということが起こるわけです。過度な知識重視はどうかと思いますが、他方で知識を軽視するわけにもいかず、うまくバランスを取る必要があると思うところです。知識と思考方法が合わさってこそ、よいアイデアや考察になるのではと思っています。

柳澤 ありがとうございます。そのバランスは本当にむずかしいですね。時間が限られているなかで、「法学入門」でしか学べない法学部以外の学生で、いわゆる法的思考とか論理的思考力と、基本的な知識を体系的に教えるというのは、時間的な制約からも悩ましいです。この本は、知識の面は少ないかもしれませんが、それは教える先生方が教科書以外のところで補っていただきたいですね。さらには、法体系の知識だけでなく教養も含めた知識がないと、なにが問題かわからない事例もありますので、知識習得についての動機づけも行っていただければと思います。