

0.1 鑑定スタイル

0.1.1 事例問題の解き方/鑑定スタイル

事例問題 (設例) の解決と法源史料の解釈

法制史の問題には、抽象的な概念について説明を求める問題のほかに、問題解決 (解釈) を求めるものがある。私たちの法制史ではこれが中心だといってもよい。それは、設例 (事例問題) の解決と法源史料の解釈に別れるが、いずれも問題解決であることにかわりがない。設例は、事例問題に解決を与える場合である。もちろん、ゲームの規則に従って、その場所その時代の法体系に従って考えなくてはならない。

もう 1 つの法源史料の解釈の中心は、^{ディーゲスタ}学説纂彙の解釈である*¹。学説纂彙自体が個別具体的な問題の解決 (カズイステイク^{けつぎろん}決疑論) を設例にそって論じているのであるから、やはり事例問題の解決であることにはちがいない。しかし、この 2 つには、法制史の知識に基づいて (ある時代ある場所の) 法規範を適用して私たちが判断するのと、何千年の間にわたって模範とされてきて、今でも影響力を持ち続けている古典的なローマ法学者の解決 (解答) を理解するという大きな違いがある。

事例問題の解決

設例は、事例問題がそうであるように事実関係と判断にわかれる。そこで、まず事実関係を正しく理解することが前提になる。そのためには、時間の経過にしたがってグラフ表現をするという方法もある*²

事例問題を解くということは暗記でなく、獲得した知識を応用できる力を身につける必要がある。法的な問題を把握し背景知識を使って問題を解決することによって、法的なセンスが養われ分析能力が養われる。これらの力を訓練することは入門であると同時に、これに尽きるといえるだろう。

*¹ フリッツ・シュトゥルム FRITZ STURM の講演「ディーゲスタの解釈」Digestenexegese, 津野義堂訳 (比較法雑誌 41 巻 1 号, 2007) を参照。

*² 比較法雑誌 37 巻 4 号 (2004) には、二重に売られて二重に引渡された物とプーブリキアーナ訴訟 (訴権) に関する D6.2.9.4 の解釈についての津野の論文 [?] がある。

現実関連

残念ながら、日本では法曹教育では現実関連から法的問題を抽出して、それを理論的に厳密な科学的方法で解釈するというトレーニングが欠けている。たいていは、抽象的な概念の暗記から始まり、司法試験に合格して最高裁判所の学校にたどり着いた修習生が、ようやく事例からの法的問題の抽象技術の練習を始めるのである。ヨーロッパでは対照的に、たとえばドイツでは、理論的な学修の始めから設例による抽象の訓練が行われる（ちなみにヨーロッパでは紙のサイズも書式も、入門した時から実務と同じものを使う）。概念やこれを表すことを覚えることも大切であるが、これだけでは制度や規範の明確なイメージはつかめない。

このことは司法試験を目指す人ばかりでなく、むしろ司法試験を受けないけれども法というものの考え方に触れたい人にこそ、特に重要だと思われる。さまざまな問題解決のために、具体的な事例 (case) を解決できるようになれば、抽象的な概念や考え方もさらにはっきりと理解できるだろう。

設例

ここに挙げる設例は、ドイツの私法入門書^{*3} [?, p.1ss] の初めに出てくる事例問題である。どう答えたらよいだろうか？

上着の設例

所有権に基づいて占有を取り戻すということ

ある夕方、学生 A は仲間の学生たちと会うために、自転車でビール酒場 (Brauhaus) に出かける。酒場に着くと A は彼の灰色の上着を、衣服掛けに掛ける。店が閉まりグループが散会したとき、仲間の K が、うっかり自分の上着とよく似た A の上着を着る。

設問: これを見た A は、K から上着を返還請求できるだろうか？

空きビンの設例

所有権があること

学生仲間が、A の地階アパートに集まる。そこのテラスで夏祭りを祝うためだ。パーティーが終わった後の片付けを「簡単にする」ため、A はたくさんのビールの空きビンを隣人 N の土地に投げ入れる。

^{*3} ELTZSCHIG; WENZEL: Die Anfängerklausur im BGB, Kernprobleme des Allgemeinen Teils in der Fallbearbeitung, 2. Aufl. 2005.

設問: N は A に対して、自分の土地からビールの空きビンを取り除くよう要求することができるだろうか?

ベッドの設例

売買契約の意味

K は家具商 V のところでベッドを 1 台買いたいと思している。K は 2003 年 3 月 6 日に V を訪れ、「ドリームランド(夢の国) というブランドのベットを 1 台 1000 ユーロで届けてほしい」と言う。V は同意する。翌日 V が、K のところにそのベットを持ってきた時、K は気が変わっていて、もうその物のことは聞きたくないと言う。V は売買代金の支払いに固執する。

設問: V の請求は法的に正しいか?

刑法教科書の設例

冬学期の始まりに、法学部学生 K は大学御用達である V の本屋に行く。出たばかりの刑法総論の基本書の新版を買うためである。この本は多数入荷したばかりでレジ横に平積みされている。本には 20 ユーロという価格が貼られている。K はこの本を平積みから 1 冊取り上げレジに並ぶ。K の番がきてレジに立っている店主の V に「こんにちは」と親しみを込めて挨拶し、20 ユーロをカウンターに置く。V は挨拶を返し、お金を受け取り、本をビニール袋に入れる。K は本の入った袋をカウンターから取り、V に別れを告げ本屋を立ち去る。

設問: いくつの契約が締結されただろうか?

鑑定スタイル

鑑定スタイルで解決しよう^{*4}。難しい問題の解決の糸口が見つかる。ここでの目的は、鑑定書を書くことである。鑑定書とは専門家がどのようなことを言っているのかを意見書にまとめることである。手順は、仮説から出発してその仮説を確かめるにはどうしたらよいか考える。さらに誰が何を請求できるかを考える。これは、4 つのステップを踏む。

^{*4} 日本人は「私はこう考える」という、判決スタイルが好きである。これは皇帝や裁判官などのように、権力や権威の裏付けがあれば別だが、たんに自分の判断をくだすのでは恣意的なもの、わがままなものになってしまう恐れがある。自分の意見を持つことは大切でも、鑑定のように意見は意見として(または仮説として)書くべきである。

鑑定スタイル

- 1 仮説: 仮説を立てる。=見出し
- 2 要件-効果: 論証の根拠, つまりその仮説を論証 (実証) する条件を明らかにする。=定義・条件
- 3 包摂: 事件の事実が条件に合っているかどうか。
- 4 結論: 結論をまとめる。

1 仮説

事件から仮説を立て、ルールを明らかにする。法律の条文・裁判所・国家権力の助けを借りて法的な根拠を明らかにする。仮説は (実際にはもっと複雑であるが) 授業用の設例には過不足なく要点が書かれている。仮説には4つの要素がある。

仮説

- (1) wer 誰が
- (2) wen 誰から (誰に対して)
- (3) was 何を
- (4) woraus 何により

- (1) 「誰が」とは原告になれる人である。
- (2) 「誰に対して」とは被告に対してということである。
- (3) 「何を」とは請求の内容である。
- (4) 「何により」とは、どのような法的論拠に基づいてということである。

「誰が」「誰に対して」「何を」ということは、ほとんど問題文の言い換えである。何ら問題は見あたらない。ここから「[...] することができるかもしれない」「その根拠は [...] である」を導く。ここで4の結論で検証されるべきことが決まる。

2 要件-効果

仮説を「その前提条件は」と受ける。何を明らかにすると仮説の真偽がわかるのだろうか?

「そのためには [...] でなくてはならない」「その要件は [...] である」

仮説を検証する前提となるのはどのようなことか? 法律の条文はたいてい TB → RF (要件→効果) の形をしている。

法律の条文から要件と効果を抽出するという事

求める効果がマッチするなら、その根拠を用いることができる。そして、法的根拠がわかるようになるということは、法学を学習していると言える。現代では、使える根拠は、法典の条文だったり、判例だったりする*5。

「上着の設例」を例にして、次の条文から SQ3R の方法で要件と効果を抽出してみよう。

§ 985 BGB

[Herausgabeanspruch]	所有者は、占有者から物の (占有) 返還を請
Der Eigentümer kann von dem Besitzer	求することができる。
die Herausgabe der Sache verlangen.	

このドイツ民法典 985 条にはどんなルールが規律されているのだろうか。次のように問いがたてられる。

Q1 原告はどういう状態の人か?

Q2 被告はどういう状態の人か?

Q3 請求されるのは何か?

これらの問いに対して答は次のようになる。

Q1 所有者である。

Q2 当該物の占有をしている人である。

Q3 物である。有体物である。

ここで3つの要件が浮かび上がってくる。その効果は、物の返還を請求できるということである。

要件	効果
if	then
[...] ならば	[...] である
TB: Tatbestand	RF: Rechtsfolge

要件	効果
原告は所有者である。被告は占有者である。	所有物の占有回収ができる。
所有者は占有者に	物の返還 (占有回収) 請求ができる。

*5 ローマ法では法律や告示方式書などである。

「所有者とは […] である」あるいは「占有者とは […] である」は、前提条件の前提条件である。定義 DEF (definition) は大切である。

3 包摂

[...] という要件は満たされているのか?

4 結論

これらのことから [...] と言える。

解法

上着の設例の解法

1. 仮説

誰が………A が

誰から………K から

何を………上着の取戻

何を根拠に… § 985 BGB

A は K に対して上着の返還を請求できるかもしれない。その根拠規定は § 985 BGB である。

2. 要件効果

・効果が一致する。

→占有回収（取戻）ができる。

・そのための要件（条件）として何が必要か?

ドイツ民法典 985 条「所有者は、占有者から物の（占有）返還を請求することができる」

→返還を求めることができる。

・定義規定

原告になれるのは所有者、被告になれるのは占有者である。被告が占有者であるというルール（定義規定）に拠る。

→物でなければならない。

→A は上着の所有者でなければならない。K は上着の占有者でなければならない。

3. 包摂

「所有者である」という要件は満たされるか? 「A の上着」という属格表現は、「A は所有者であるか?」を肯定している。K は A の上着を着ている、つまり物を事実上支配している。

4. 結論

したがって、A はドイツ民法典 985 条を根拠として、K から上着の返還を請求できる。

根拠

§ 1004 BGB

(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

(1) 所有権が、占有の奪取または妨害以外の仕方
で侵害された場合には、所有者は、侵害者
によって侵害の排除を要求することができる。
さらなる侵害の心配がある場合には、
所有者は不作為を訴えることができる。

(2) この請求は、所有者が我慢を義務づけら
れている場合には除外される。

§ 433 BGB

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

(1) 売買契約によって、物の売主は、買主に
目的の物を引き渡し、その物の所有権を取得
させる義務を負う。権利の売主は、買主にそ
の権利を取得させ、もし、その権利がある物
の占有する権利を与える(権原を与える)場
合には、その物を引き渡す義務を負う。

(2) 買主は、売主に合意された売買代金を支
払い、買った物を受領する義務を負う。

§ 929 BGB

[Einigung und Übergabe]

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

[所有権移転の合意と引渡]

動産の所有権を移転するには、所有者が（目的）物を取得者に引き渡し、両者が所有権が移転すべきことに合意していることが、必要である。取得者が（目的）物を占有している場合には、所有権移転の合意で足りる（だけで効果が生じるのに十分である）。