

講義ノート:全カリ・FB161 現代社会と法 2013 年後期

浅妻章如 <http://www.rikkyo.ne.jp/web/asatsuma/>

## 1. 序論

### 1.1. この講義の目的

なんで法律家がしち面倒くさいことを言っているのかを理解する。  
 なんで税金なんてものがあるのかを理解する。

この講義では前半で憲法民法刑法等の法学一般を扱い、後半で租税法(少し経済学も混入)を扱います。

本講義受講により節税ができるようになる、というものではありません。  
 節税・租税回避の基礎には触れますが、脱税は教えません。

シラバスは [http://wwwj.rikkyo.ac.jp/kyomu/gakubu/00zen/Fb0/210\\_0\\_2.html](http://wwwj.rikkyo.ac.jp/kyomu/gakubu/00zen/Fb0/210_0_2.html)

### 1.2. 参考文献等

#### 教科書

特に指定しません。こちらで作成した講義ノートを毎回配布します。  
 自分で勉強したいという人は下記の参考文献などを参考にして下さい。  
 六法(法律の条文が書かれてあるもの)を持っていた方が良いですが、単位の要件とはしません。  
<http://www.rikkyo.ne.jp/web/asatsuma/11gendaishakai.html> 昨年の講義ノート

講義ノートについて……講義ノートの電子ファイルを CHORUS に載せます。休んで講義ノートを受け取ることができなかった人は、自分でダウンロードしておいてください。もし修正部分がありましたら黄色マーカーを施します。試験前に最新版をダウンロードしておくことをお勧めします。私見を「[浅妻]～～」という形で記すことがありますが、定説ではないこともあるので、この部分については特に疑わしい目で見てください。

基本的には昨年と同様に進めようと思っていますが、講義の期間中であつても興味深い法律問題があつたら適宜取り上げたいと思っています。

#### 法学入門的な参考文献

米倉明『法学入門』(東京大学出版会)(定番)  
 伊藤眞『法律学への誘い』(有斐閣)  
 棟居快行・他『基本的人権の事件簿』(有斐閣選書)  
 市川正人・酒巻匡・山本和彦『現代の裁判』(有斐閣アルマ)  
 道垣内正人『自分で考えるちょっと違った法学入門』(有斐閣)(私が大学一年時にお世話になった本)  
 澤木敬郎・荒木伸怡・南部篤『ホーンブック 法学原理』(北樹出版)  
 その他多数

#### 法学の勉強方法についての入門書

弥永真生『法律学習マニュアル』(有斐閣)  
 いしかわまりこ・村井のり子・藤井康子『Legal Research』(日本評論社)

#### 租税法についての入門書

金子宏他『税法入門』(有斐閣新書)(租税法入門の定番)  
 佐藤英明『プレップ租税法』(弘文堂)(ライトノベル的な読みやすさながら中身は深い)

#### 条文等

六法全書、判例六法、小六法、ポケット六法などがある。  
 国内租税法例については『実務税法六法 法令編』(新日本法規)または『税務六法 法令編』(ぎょうせい)が理想であるが、学部生には負担なのでなくてもよい。現代はインターネットも便利。  
 法令データ提供システム(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>)  
 法庫(<http://www.houko.com/>)  
 通達:<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/tsutatsu/menu.htm> に所得税法基本通達等の法令解釈

通達その他、「事前紹介に対する文書回答」や「質疑応答事例」等もある。また、通達とは異なるが国税庁の「タックスアンサー <http://www.nta.go.jp/taxanswer/index2.htm>」。

#### 判例・裁判例

裁判所 <http://www.courts.go.jp/>

例:最近、最高裁が婚外差別を違憲と判断したとニュースで言っていたな。どんな判決なのだろう？

裁判所HP → 「最近の裁判例」 → 「最高裁判例集」 ↓これかな？

平成 24(ク)984 遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件 平成 25 年 09 月 04 日 最高裁判所大法廷 決定 破棄差戻し 東京高等裁判所

<http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?hanreiid=83520&hanreiKbn=02>

#### データベースの利用

立教大学図書館 <http://www.rikkyo.ac.jp/research/library/> → オンラインデータベース → 判例・法令 → 「D1-Law.com」又は「TKC ローライブラリー」(恐らく学外のパソコンからは利用できません)

### 1.3. 講義への導入にあたって

法学は 説得 の学問と呼ばれる。真理の探究とは違うが情緒に訴えても駄目。

どちらが説得的か、どちらを支持するか、説得力と支持不支持は同じか。

国際的な子の奪取に関するハーグ条約に関する対立する見解の例

伊藤和子・"ハーグ条約"子どもの利益を第一に <http://www.nhk.or.jp/kaisetsu-blog/400/109176.html>

棚瀬孝雄・ハーグ条約の批准と離婚後親子法 <http://www.yomiuri.co.jp/adv/chuo/opinion/20120528.htm>

法律家に対する世間のイメージ(?)

(1) 法律家の言うことはどうして冷たい感じ・突き放した感じなのだろう? …何に焦点を当てるか。

例: 量刑の決定に当たり遺族感情をどの程度酌むべきか?

(2) 法律家ってなんで色々厳格に考えようとするの? …いや厳格という訳でもないよ。

例: 大麻(害悪は煙草ほどではないらしい)を所持・吸引していた大学生は退学させるべきか?

(3) 法律家の強調する論理的思考って何? …いや法律家だけが論理的思考を求められる訳ではないよ。

例: 親から子に授けられた才能には課税しないのだから遺産や贈与に課税するのもおかしい…か?

(4) 法律で世の中全てが回っている訳ないよね? …法律家も法律が全てだと思ってないよ。

例 <http://asatsuma.tax.ciao.jp/?eid=1221138>

プリンスホテルに3億円賠償命令=日教組側請求、全額認容-会場使用拒否・東京地裁(7月28日15時21分配信 時事通信)

時事通信の記事に関して日教組憎しで判決を叩くコメントが多数ありましたが、いくら日教組が憎かろうとも、契約違反やらかして、更に裁判所の仮処分命令を無視。そりゃあ裁判官の心証を悪くしますよね。司法の土俵で戦う限り勝ち目がないことはプリンスホテル側弁護士も分かっていることでしょう

なお、上に書いたことはあくまで「司法の土俵」の話でして、世の中、司法の論理が全てではありませんし、政治的に日教組は汚らわしいと感じる人がいるとしても、どうしようもありません。そんなにプリンスホテルが可哀相だと思うなら、有志がプリンスホテルに3億円寄付すればいいでしょう。

ホテル側の刑事責任は別途問題となりますが。

浅妻が鬼か仏かは法学部の友人に尋ねてください。

#### 1.4. 過去問

(今答えを覚えたりする必要はありません)

##### 昨年度の期末試験問題

1. 東京都がオリンピックを招致しようとしていることについて、或る仙台市民は「東京ばかり、おかしい、不公平だ」と考え、東京都のオリンピック招致活動の違憲性を理由に差止を請求しようとしている。裁判所はこの請求に対しどう応答すると予想されるか、「棄却」「却下」の違いに触れつつ、説明しなさい。
2. Aが飼っている犬(B)が、Cが飼っている犬(D)に噛み付き、Dは怪我した。怒ったCは、被害者Dを原告とし、加害者Bを相手方として、損害賠償請求をしようとしている。あなたが弁護士であると仮定し、Cにどのようにアドバイスすべきか、説明しなさい。
3. ある科目の試験に関し、Eが自作のカンニングペーパーをFに10万円で売った。売買代金の支払には、Fが当該科目で単位を取得したことが確認された時という条件が付されていた。Fは単位を取得したが、Eに対して「カンニングペーパーなんか貰ってないよ、言いがかりはやめてほしい」とずっとぼけている。Eは、友人のGがE・F間のカンニングペーパーのやり取りを撮影していた動画を、証拠として持っている。EのFに対する10万円の代金請求は認められるか、論じなさい。
4. 刑事訴訟法 213 条は「現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる。」と規定している。HはIを痴漢犯人であるとして現行犯逮捕した。Iは「濡れ衣だ。Hを虚偽告訴罪で現行犯逮捕する。」と言った。IがHを現行犯逮捕することは刑事訴訟法上可能か、論じなさい。
5. 或る教師Jは、体罰は教育のために必須であるという信念を持って、生徒を指導していた。警察が、Jの体罰について暴行罪を適用しようとした。Jは、「教育のための体罰は刑法 35 条の正当行為として不可罰となると考えていたので、私には暴行罪を犯す故意がなく、過失傷害罪の規定はあっても過失暴行罪の規定はないから、仮に私が刑法 35 条により不可罰とならなくともせいぜい過失暴行罪にとどまるため、刑罰は科されない」と主張した。Jは故意について勘違いしているようである。勘違いについて説明しなさい。
6. 比較優位について、数値例を自作して(講義ノートに書いてある数値例のままならば零点とする)説明しなさい。
7. 利率率・割引率が年 25% (年複利計算) であるとする。2 年後の 10000 の割引現在価値は K であり、2 年後の L の割引現在価値は 10000 である。K、L に当てはまる数値を答えなさい。
8. 二分二乗制度の方が個人単位主義よりも有利であると考えている夫婦がいる。数値例を自作して有利さを説明しなさい。
9. 消費税法の簡易課税制度が適用される事業者Mは、みなし控除率 70% が適用される事業を行っているとする。益税が発生する場面と発生しない場面を、数値例を自作して説明しなさい。但し消費税率は 5% とし地方消費税は無視する。
10. Nが死亡した。Nの遺産は現金 1 億 7000 万円であった。相続人はNの子であるO及びPだけであった。O・Pが均分相続した場合をケース1とし、Oが全て相続した場合をケース2とする。ケース1とケース2の相続税額を比較し、有利不利について説明せよ。

## 【解説】

1. 講義ノート 3.2. 参照。棄却とは、請求内容の実体に踏み入って裁判所が判断し、請求を斥けるものである。却下とは、請求内容の実体に踏み入らず、請求すること自体が不適切であるとして、請求を斥けるものである。東京都のオリンピック招致活動について仙台市民は直接の利害関係を有さず、原告適格が認められないため、裁判所は請求を却下すると予想される。
2. 講義ノート 5.1. クマ号事件参照。民法上の権利能力は人に認められ、犬には認められないので、DもBも原告適格・被告適格がないとアドバイスする。Bの管理者であるAを被告とし、Dの治療費を負担したりDの怪我により心理的損害を被ったりしたCを原告として、損害賠償請求を提起すべきであるとアドバイスする。
3. 講義ノート 7.2. 参照。カンニングペーパーの販売契約は、民法 90 条の公序良俗違反であるとして、契約の有効性が否定される。
4. 講義ノート 8.8. 参照。「現行犯人は、何人でも」逮捕できるはずであり、虚偽告訴罪の現行犯人を現行犯逮捕の範疇から除く根拠もなさそうなので、法理論的には、IがHを現行犯逮捕することも可能なはずであろう。しかし、Hが本気で自分が被害者でありIが加害者であると信じていたならば、Hは現行犯とはならない。そうすると、IがHを現行犯逮捕するためには、「【Iが真の加害者でないことをHが知っていてIを痴漢犯人にしたてあげようとしている】とIが信じている」ことが必要となるであろう。(痴漢犯人であると疑われたIが被害者を自称するHを現行犯逮捕した例は聞いたことがない。なぜだろう。)
5. 講義ノート 9.4. 参照。刑法 38 条 3 項が「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減軽することができる。」と規定し、法の不知は恕せず、という法原理を定めているので、Jが自分の行為が暴行罪ではないと思っていなくても、Jの行為が暴行罪に該当する行為であると裁判官が判断するのであれば、Jがその行為をする意思がある限り、Jの故意はないことにならない。
6. 講義ノート 11.2.2. 参照。
7. 講義ノート 14.1 参照。 $K \times 1.25 \times 1.25 = 10000$  であるから、 $10000 \times 1/1.25 \times 1/1.25 = 10000 \times 0.8 \times 0.8 = 6400$  である。 $L = 10000 \times 1.25 \times 1.25 = 15625$  である。
8. 講義ノート 14.3. 参照。所得 300 万円を二人で半々ずつ申告することが認められるならば、 $150 \times 5\% \times 2 = 15$ (万円)だけが納税額となる。300 万円を一人で申告するとすれば、 $195 \times 5\% + 105 \times 10\% = 20.25$ (万円)が納税額となる。このように二分二乗制度下では高い累進税率の適用を回避できる場合があるので、二分二乗制度の方が個人単位主義よりも有利であると考える夫婦が登場しうる。
9. 講義ノート 16.3. 参照。6300 円で仕入れて 10500 円で売る場合、500 円の納税義務について 70%のみなし控除率を適用すると 350 円の税額控除が認められるので、実額の 300 円の税額控除より有利であり、50 円の益税が発生する。8400 円で仕入れて 10500 円で売る場合、500 円の納税義務について 70%のみなし控除率を適用すると 350 円の税額控除が認められるので、実額の 400 円の税額控除より不利であり、だれもみなし控除率を適用せず、益税は発生しない。
10. 講義ノート 17.5. 参照。7000 万円の基礎控除が適用され、1 億円をO及びPが均分相続した前提で全体の相続税額を計算する。一人あたりの相続税額は  $1000 \times 0.1 + 2000 \times 0.15 + 2000 \times 0.2 = 800$ (万円)であり、全体の相続税額は 1600 万円となる。ケース1では、O及びPが 1600 万円の半々ずつの税額を負担する。ケース2では、Oが 1600 万円の税額を負担する。全体の相続税額は変わらないので、ケース1とケース2を比べて有利不利はない。

## 2. 憲法判例を見る 1

### 2.1. 憲法・民法・刑法の役割分担

#### 憲法

国のあり方( )などを定めている。

三権… . . .

主権者(国民)の政府に対する命令である。(人権尊重だけでなく国民の義務も憲法に記載すべきといった主張は、憲法の意義を理解していない。)

cf. 国民の三大義務… (憲 26 条 2 項)・ (憲 27 条 1 項)・ (憲 30 条)——裁判で問題となることは滅多にない。

憲法典という形式がない国でも実質的意味の憲法はある。例:

cf. 聖徳太子の「十七条の憲法」は、今の定義にいう憲法ではない。役人の行為規範・倫理。

cf. 公職選挙法などに「憲法」という名前はついていないが、国のあり方(子供や外国人の参政権が無いなど)を決めているものであり、実質的意味の憲法の一部である。

日本国憲法は他の法律より改正が難しく設計されている( )というが、国によって異なり、他の法改正と同様の手続で改正される国( )というもある。

#### 民法

基本的には取引当事者が自由に契約を結ぶことができる( )などという)。

法律に規定された条件と異なる契約を結んでもよい場合、 (任意法規)という。

しかし契約で定めきれない領域もあるし(例えば )、契約が締結される場面でも完全に自由ともいえない。法律に規定された条件と異なる契約を結ぶことが許されない場合、その規定を (強行法規とも)という。殺人請負契約は認められないなど を守るためのほか、 など立場が弱い人(交渉力が弱い人)を保護するため、などの場合がある。

例: X氏がゴルゴ13氏に「Yを殺してほしい」と10億円で依頼したが、ゴルゴ13がお金だけもらって依頼を果たさずトズラした場合、X氏は法的に何を主張できるか?

しかし、立場が弱い人を法律で保護しようとするのが妥当であるか否かについては激しい論争がある。例えば、 を定めると雇用機会が減って却って困窮者が増える、といった議論もある。尤も、市場を完全に野放しにすべきである、とまでいう人はあまりいない。

結婚や相続などの 関係については、契約で自由に、とはいかない部分も大きい(重婚禁止など)。

#### 刑法

予防のため( )と )と 応報のため(懲罰≠復讐)

(どちらを重視するか論者によって異なる)

よくあるたとえ話: 明日地球が滅亡すると分かっている、犯罪者に対し今日刑罰を執行することに意味があるか? …… 刑罰の目的のうちどちらを重視するか。

刑法は「してはいけないこと」を記載しているが、刑法に書いていないことは必ずしも「やってよいこと」ではない。倫理的にすべきではないと考えられていることでも法的に律するほどではない( )と ( )との区別、というもののや、法的に規律することが技術的に困難なものがある。

例: …… 窃盗罪の対象は「 」のみ(参照: [刑法](#)第245条「この章の罪については、電気は、財物とみなす。」)。

いわゆる「デジタル万引き」自体を罰する規定はない(仮にあるとしても著作権侵害だが、は不可罰)。なお、店舗管理者が「立ち読み禁止」などとするのは可能だが、 の問題。

刑法典だけでなく様々な法律が規律している。

例: [所得税法](#)第238条第1項「偽りその他不正の行為により、[第百二十条](#)第一項第三号(確定所得申告に係る所得税額)([第百六十六条](#)(非居住者に対する準用)において準用する場合を含む。)に規定する所得税の額([第九十五条](#)(外国税額控除)の規定により控除をされるべき金額がある場合には、同号の規定による計算を同条の規定を適用しないでした所得税の額)につき所得税を免れ、又は[第百四十二条](#)第二項(純損失の繰戻しによる還付)([第百六十六条](#)において準用する場合を含む。)の規定による所得税の還付を受けた者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」(租税法律はとにかく読みにくい。)

## 2.2. 憲法判例 1 : 自衛隊のイラク派兵

自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件 名古屋高裁平成 20 年 4 月 17 日判決 平成 18 年(ネ)499 号 判時 2056 号 74 頁判タ 1313 号 137 頁 (他に平成 18 年(ネ)1065 号、平成 19 年(ネ)58 号もある)

### 2.3. 事案の概要

自衛隊のイラク派遣は憲法 9 条違反であると原告は主張し、自衛隊派遣の違法性、自衛隊派遣の違法性、および、平和的生存権を脅かされたことによる精神的苦痛等についての賠償(慰謝料と書くこともある)(本件では原告それぞれに対し各 1 万円)を請求した。  
名古屋高裁平成 20 年 4 月 17 日判決は、原審を維持し、控訴を棄却した(原告・控訴人の請求を棄却した)。

憲法 9 条「1 項 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

2 項 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。」

…第 81 条「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」

(「最高裁判所は」とあるが、下級審が憲法適合性を判断することも当然に是認されており、単に上級審でひっくり返る可能性があるというだけである)

### 2.4. なぜ原告は慰謝料請求をしたのか?

具体的な権利の侵害があるという請求の立て方をしないと、裁判所から「門前払い」を食らう。

この裁判では、慰謝料請求だけでなく違憲確認や派遣の差止めも請求しているが、違憲確認や派遣差止めについては「確認の利益を欠く」としている。慰謝料請求をくっつけることにより、請求内容の実体面を審査してもらうことが確実となる(恐らく原告は本音ではお金の問題は大きなことではないと考えているだろう)。

…請求内容の実体に踏み入って裁判所が判断し、認める。

…請求内容の実体に踏み入って裁判所が判断し、斥ける。

…請求内容の実体に踏み入らず、請求すること自体が不適切であるとして、斥ける。

…具体的な争点(法律上の争い)に絡んで法令の憲法適合性を裁判所が審査する制度。

…具体的な争訟がない場合でも法令の憲法適合性を裁判所が審査する制度。ドイツの連邦憲法裁判所(BVG: Bundesverfassungsgericht)など。

事件(札幌地昭和 42 年 3 月 29 日判決)…自衛隊基地内の電信線切断につき刑事訴追を受けたが、無罪であると判断され、憲法判断は示されなかった。

無罪判断を導く過程で、自衛隊法の憲法適合性について判断することは、文脈からして不自然とまではいえないが、結論が無罪であるなら憲法適合性の判断は関係がない。このような場合に、憲法判断をしてはならないという名文の規定はないが、憲法判断をすることが必要とまではいえない場合にはなるべく憲法判断をしないべきであるというという考え方がある(但し後述のように議論の余地はある)。本件地裁を含め、類似訴訟で他の裁判官は憲法判断から回避しているようである。

そもそも自衛隊って合憲なの?

自衛隊が合憲であると積極的に述べた裁判例は(多分)ないが、自衛隊が明白に違憲であるとまではいえないとした裁判例がある。「違憲でない」⇒「合憲」ということに理屈の上ではなる。高度な政治的判断が要求される事項について、裁判所は司法審査の対象から除外し、明白に違憲であるという場合を除き、司法審査の対象から除外する。

学説上は、芦田修正(「前項の目的を達するため、」の追加)を手掛かりに合憲と説く見解もあるが、違憲説もあり、対立している。

事件(最高裁昭和 34 年 12 月 16 日大法廷判決)…旧日米安全保障条約について、統治行為論により

司法審査の対象から外した。政府の \_\_\_\_\_ を広く認めた判決でもある。

事件…札幌地裁昭和 48 年 9 月 7 日判決は、統治行為論の対象外とし、違憲判決を出した。しかし、控訴審・札幌高裁昭和 51 年 8 月 5 日判決は、統治行為論により、司法審査の対象から外した。

裁判所が憲法判断を回避することに対し \_\_\_\_\_ という批判がある。  
 もっとも司法が積極的な方が良いのか消極的な方が良いのかについても見解は割れている。  
 消極……裁判官は国民の代表ではないという抑制。  
 積極……議会多数派の横暴を抑えるべきという役目。 \_\_\_\_\_ どちらを重視するかは人によって違う。

余談[浅妻]選挙制度をプレイヤーである議員が定めることができるのはおかしい？  
 [浅妻]国債乱発で後の世代にツケを残すことについて歯止めがない。憲法にもない。

## 2.5. 傍論って何？

判決文の記載内容の中で、判決の結論(「 \_\_\_\_\_ 」の部分)に直接的に関係する理由付けの部分 \_\_\_\_\_ という(レイシオ・デデンダイ ratio decidendi と呼ばれる)。

判決文の記載内容の中で、判決の結論と直接的に関係する訳ではない議論の部分のことを \_\_\_\_\_ という(オビタ・ディクタム obiter dictum と呼ばれる)。

傍論は、いわば裁判官の独り言にすぎず、法的拘束力はない。日教組との契約を反故にしたプリンスホテルの事例があったが、これと異なり、本件で、政府が名古屋高裁の違憲判断に従う法的義務はない。また、将来類似の判断が求められた場合でも、傍論部分には先例的価値が認められない。

一般的に、法学者は裁判の判決理由を狭く(時には実際に書いた裁判官の意図よりも狭く)理解する傾向がある。(法学に限らず、文章の解釈は必ずしも書き手の真意を探ることとは限らない。)

憲法 76 条 3 項「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。」

判決理由には \_\_\_\_\_ 的価値が認められる。

もっとも、日本の裁判所は先例に拘束されないので、判決理由の部分だけが先例となる、ということの形式的な意味は小さい。

- ①上級審の判決理由は \_\_\_\_\_ を拘束する(差戻された後で全く別の理由が付されることはありうる)。
- ②最高裁が先例をひっくり返す( \_\_\_\_\_ という)場合、大法廷で審議しなければならない。  
 「判決理由」「先例」ということの直接的な効果はこれだけ。

もちろん、裁判所が先例に従った判断を下す可能性が高い、という形での事実上の予測材料になる(いくら先例に拘束されないとはいってもそう簡単に過去の判断をひっくり返したりはしないから)。

法学部では法律の条文だけでなく \_\_\_\_\_ も勉強する。条文を暗記しているわけではない。

傍論には全く意味がないか？

確かに直接的な効力は何もない。

しかし、少なくとも同じ裁判官が類似の問題について判断をする場合、同様の判断をするであろうと予測する材料にはなる(本件について言えば、原告適格のある者が派遣差止め等を請求していたら、この裁判官は認容するつもりであろう)。同じ裁判官でなくとも、特に最高裁の判断であれば、事実上(法的な意味はないが)同様の判断を裁判所が下すであろうと予測する材料にはなる。学者は判決理由と傍論とを区別しがちな傾向が強いが、実務家にとっては両者の違いがそれほど重要ではない。

裁判官が傍論を述べてはいけないのか？

前述の通り、傍論を述べてはならないという明文の規定はない。しかし、憲法適合性の判断については、前述の憲法判断の回避、という考え方が説かれることがある。また、憲法適合性の判断に限らず、裁判官の職業倫理の問題として、裁判官は結論に関係する理由だけ述べるべきであり関係ない議論は述べるべきではない、という旨を主張する人もいる(参照:井上薫『司法のしゃべりすぎ』新潮社)。

他方で、合憲性について司法判断を示す場が不十分なので、結論と関係ない部分でも裁判官が違憲という警告を発すること自体に意味があると主張する人もいる。また、裁判官が判決文に色々書いてくれば、将来の類

似の事案で判決の予測の材料となるという実際上のメリットもある。

## 2.6. 国側が最高裁に上告できないのはなぜ？

名古屋高裁は原告の請求を全て斥けており、国の完全勝訴なので、上訴(最高裁に対する上訴は ) という。高裁に対する上訴は ) という)する利益がないから。

原告「実質勝訴」という雰囲気報道するメディア(毎日新聞)もあったが、法的には原告敗訴なので、原告だけが上訴する利益を有する。

裁判では、基本的に負けた方だけが上訴することができるが、原告の請求の一部が認容され一部が棄却されるなどの例では(例えば 1000 万円の損害賠償を請求したが 700 万円だけしか認められなかった場合)、原告・被告ともに結論に不服な部分があるので両方とも上訴することができる場合もある。

どちらかが上訴する可能性がある間、判決は ) しない。上訴期間が過ぎて初めて確定する。

高裁が国を勝たせたので最高裁が判断を示す機会がなくなってしまったことが違憲だ、とする旨の見解(産経新聞)も見られたが、国の反論の機会を奪っているのは直接的には上訴しない原告であるので、国を勝たせた高裁を批判するのは筋違い。

国が裁判で合憲性を主張したいなら抽象的違憲審査制を導入すればよい筈だが……(しかし裁判に巻き込まれたくないから導入していないのでは?)。

名古屋高裁の違憲判断について政府関係者が「そんなの関係ねえ」(田母神俊雄・航空幕僚長 | 毎日新聞)と言ったり「裁判所には誤りがある」(町村信孝官房長官 | 時事通信)と言ったりしてしまうと、 ) の 沽券に関わる(裁判所の判決は絶対と位置付けておかないと法治国家としての体裁が保てない)。

国民に遵法を求める際の障害となりかねないので、「傍論だ。判決は国が勝った」(福田康夫首相・当時 | 毎日新聞)にとどめるべきではないか。

## 2.7. 違憲な活動を放置していいの？

積極的に良いとまでは言いにくいだが、法律上止める方法が極めて少ない。本件でも派遣差し止め請求は認められていない。違憲なのだから差し止めろと言われることがあるが、本件では ) が認められていない。これを、 ) がない、という。(選挙の無効確認等例外的な場合しか裁判できない)

付随的違憲審査制なので、具体的な権利侵害と絡まないと、違憲判断は法的に意味を持たない。自衛隊派遣について誰かが具体的な権利侵害を受けて提訴する、という事態がなかなか想定しにくい。ありうるとすれば、派遣の対象となった自衛隊員が、行きたくないといって、派遣命令の無効確認請求をする、といった事態くらいであろうか。少なくとも「私の払った税金が自衛隊派遣にも使われているから訴えの利益がある」という類の主張は認められにくい。

「違憲活動を止める方法が法律で用意されていないのはおかしいのではないか」と言われると、確かにおかしいかもしれないが、事実上現状ではどうしようもない。

抽象的違憲審査制を導入すればよいという人がいるかもしれないが、導入の是非事態についても賛否両論がある。導入すれば、 ) という懸念もある。

仮に裁判所が法的拘束力のある違憲判決を出したとしても、事態がそれに従うという保証はない。例えば、自衛隊の存在自体について違憲判決を下せば明日から直ちに自衛隊廃止となるかは、分からない(廃止するかもしれないが廃止できないかもしれない)。極限状態では「法的拘束力」すら絶対ではない。

## 2.8. 違憲なのだから……憲法 9 条を変えるべき？／派遣をやめるべき？

法学におけるありうる答案としてはどちらも OK。

法学の試験では、結論の良し悪しよりも、理由の筋が通っているかが問われる。

実際に憲法を変えることができるかどうかは、国民の判断次第なので、法律家がどうこうできるものではない。また、国際情勢等様々なことを勘案しなくてはならず、法的思考だけで貫徹することは(法学の試験ではよくとも実社会では)危険。

憲法 9 条を変えるべきか否かについては周知の通り色々な見解があり、教員の立場で何かの考え方を押し付けるのは危険。

2012 年 12 月衆議院選挙自民党勝利後、安倍晋三首相を中心に改憲論が再燃。保守( )である自民党が改憲に前向き、革新( )である共産党などが改憲に批判的という若干奇妙な構造。公明党(経済政策としては左寄り…弱者救済重視派)も改憲に後ろ向き。

### 3. 憲法判例 2 : 投票価値の平等・最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 巻 3 号 223 頁

#### 3.1. (Gerrymander) とは

→ wikipedia 解説のサラマンダー図参照 (<http://ja.wikipedia.org/wiki/ゲリマンダー>)

政権を握る首長・政党が、自分たちに有利になるように選挙区等を恣意的に設定すること。一票の価値を操作することもある。

日本版ゲリマンダー?……日本では都市部の 農村部の一票の価値が 傾向がある(尤も北海道は比較的一票の価値が低い)。与党が農村部で支持される政策を打ち出せば、安定的に選挙で勝てるようになるだろう。(後述→状況が変わった?)

憲法 14 条「すべて国民は、 に であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、

2 華族その他の貴族の制度は、これを認めない。

3 栄誉、勲章その他の栄典の授与は、いかなる特権も伴はない。栄典の授与は、現にこれを有し、又は将来これを受ける者の一代に限り、その効力を有する。」

憲法 15 条「 を選定し、及びこれを罷免することは、 である。

2 すべて公務員は、 であつて、一部の奉仕者ではない。

3 公務員の選挙については、 による を保障する。

4 すべて選挙における は、これを侵してはならない。選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない。」

#### 3.2. 一票の格差または投票価値の平等

すぎやまこういち氏 『 は許されない』(1)～(3) 取材日:2009 年 5 月 20 日

<http://www.miso.txt-nifty.com/shinsa/kakusa-int1.html>

<http://www.miso.txt-nifty.com/shinsa/kakusa-int2.html>

<http://www.miso.txt-nifty.com/shinsa/kakusa-int3.html>

すぎやま 「私が[“一票の格差”の問題を]とても実感するのはね、大都市圏では ぐらい取って落選しているのに、ある地方では、 で国会議員になるとか、あるでしょう」「具体的にいえば、完全に 1対1ってことは、現実問題として無理だと思うけれども、諸外国の例をみると、だいたい最大でも には収まっているよね」

すぎやま 「たとえば、ある を広げるため、Aという だけじゃ足りないから、隣のB自治体の中に境界線を引いたときに、 をどうするかという問題が浮上しますね。選挙人名簿を作るときに、B自治体から半分の職員を、A自治体へ動員しなきゃいけなくなったりするんです」

熊井 「ひとつの都市の真ん中に線を引くなんてことは、ほかの国ではあるんですよ。でも、日本じゃ、できないに等しいですね」(以上(1)より抜粋。[ ]内浅妻)

\*\*\*

----- が導入されると、一票の格差は無くなる方向へ向かうんでしょうか。

すぎやま 「抵抗はあるだろうけど、少なくとも格差是正のための障害は、 の場合より減りますし、そうした大きな変化が起きるときは、選挙制度を変えるということも容認される可能性が高まると思いますね」

\*\*\*

熊井 「それと、衆議院の選挙区の定員というのは、まず、すべての 配ってしまってから、 でやっていますでしょう」

熊井 「あれは、 [ ](元首相)さんが始めた、 ですけれども、ああいうことをやっている間は、いつまで経っても一票の格差は是正されないということで、訴訟が起こって、3年ぐらい前に最高裁で判断が出ましたよね[恐らく 2009 年から 2 年前の最高裁大法廷平成 19 年 6 月 13 日判決]」

熊井 「とにかく、あの方式を無くすというのが、ひとつの基本的な方向じゃないかと思いますね。さっきの“線引きを直す”ということに加えて」

熊井 「もちろん賛否両論あって、あの1人別枠方式があるから、 わけで、あれをなくしたら地方が見捨てられて、都会の国会議員ばかりになるじゃないかという意見がありますね」

熊井 「そうした は、 す べきであつて、一地方に議席を多く配って、議員さんが したりことによっては是正するのは間違いだというのが、私どもの会の考え方です」

熊井 「国会議員は、  
なんですから、よけいなことせずに、  
で選ぶべきなんです。選挙区に利益誘導することではなく、教育、外交、年金、安全保障など国全体の重要事項で活躍すべきなんです」

\*\*\*

すぎやま 「これはもう、ドロドロの話なんですけれども、一票の格差を  
しているのは、どっちかという  
のほうが多かったんですよ」

はい、むしろ是正を言うのは  
のほうでしょうね。

すぎやま 「民主党のほうは、わりと  
が取れるから、一票の格差を是正すべきだと、いわれていました」

すぎやま 「過去。  
のときに、大都市票を自民党が全部さらっちゃって、“自民でも都市票が取れるんだ”ということが、ある意味実証されたんですね。

が一回壊れた、そういう選挙だったんですよ」(以上(2)より抜粋。[ ]内浅妻)

\*\*\*

すぎやま 「それから、  
の  
ですが、今まで最高裁判事の中でも、一票の格差の容認派と是正派とで、色分けがハッキリしていたんですよ。私たちは、“誰々に×を付けましょう”というキャンペーンがしやすかったんです」

熊井 「一回の国民審査で、だいたい全国で5千万票ぐらいあるんですね。そのうち、だいたい9割は、何にも書かないで、そのまま出される」

熊井 「一方で、1割近くの500万票ぐらいは、裁判官全員に×を付けてしまう。いろいろ調べていくと、終戦直後は、昔の  
が、組合員にそういう指導をしたことがあったようなんですが、そういう名ごりが今も残っているのかなど、個人的には思っています」

熊井 「さらに、その1割の50万人ぐらいは、理解して×を付けているという分析をしています」

熊井 「もうひとつの問題は、最高裁  
の  
で、毎年どんどん裁判官が入れ替わって、去年あたりに就任した人は、ほとんど裁判の実績がないですよ」

熊井 「実績が無い新人を、実績で判断して×を付けるというのは、無理な話ですよ」

熊井 「今度だって、一票の格差の裁判に関わっていない人が、半分以上ですから。この人たちは合憲派か違憲派かわからないんですね。キャンペーンをしたくても、しょうがない状況なんですよ」

すぎやま 「わが国に、とんでもない大変動が起きたとき、突然日本が  
に乗っ取られようとしたとき、そんなときに意味を持つ可能性はゼロではない。ぼくはそう思ってます」(以上(3)より抜粋。)

### 3.3. 投票価値の平等の先例：最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁

判決文から抜粋…「憲法は、前記  
についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき  
、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんじやくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができるのであり、投票価値の平等は、さきに例示した選挙制度のように明らかにこれに反するもの、その他憲法上  
な人種、信条、性別等による  
を除いては、原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべきものと解されなければならない。

もつとも、このことは、平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使における考慮事項の一つであるにとどまり、  
を有しないことを意味するものではない。投票価値の平等は、常にその絶対的な形における実現を必要とするものではないけれども、国会がその裁量によって決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国会が正当に考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるものでなければならないと解されるのであり、その限りにおいて大きな意義と効果を有するのである。それ故、国会が衆議院及び参議院それぞれについて決定した具体的な選挙制度は、それが憲法上の選挙権の平等の要求に反するものでないかどうかにつき、常に各別に右の観点からする吟味と検討を免れることができないというべきである。」

最大較差1対4.99の衆議院選挙が  
であったが  
で選挙無効としなかった。

投票価値の平等に意味が無いとは言っていないが、絶対的に優先させなければならないとも言っていない。

余談: 定住外国人参政権訴訟・[最判平成7年2月28日](#)民集49巻2号639頁  
余談: 在外邦人選挙権訴訟・[最大判平成17年9月14日](#)民集59巻7号2087頁

### 3.4. 1 人別枠方式：衆議院議員定数訴訟最大判平成 23 年 3 月 23 日民集 65 卷 2 号 755 頁

長谷部恭男「1人別枠方式の非合理性」ジュリスト 1428 号 48 頁(2011)参照

#### 衆議院議員選挙区画審議会設置法(平成 6.2.4 法律第 3 号)

3 条「前条の規定による改定案の作成は、各選挙区の人口の均衡を図り、各選挙区の人口…のうち、そのようにすることを

基本とし、行政区画、地勢、交通等の事情を総合的に考慮して合理的に行わなければならない。

2 前項の改定案の作成に当たっては、各都道府県の区域内の衆議院小選挙区選出議員の選挙区の数は、公職選挙法…第 4 条第 1 項に規定する衆議院小選挙区選出議員の定数に相当する数から都道府県の数に控除した数を加えた数とする。」

この 3 条 2 項の選挙区割基準を という。→平成 24 年改正で削除。

兵庫県第 6 区÷高知県第 1 区＝ (平成 12 年国勢調査の結果に基づく比較)

千葉県第 4 区÷高知県第 3 区＝ (平成 21 年 8 月 30 日選挙日の選挙人数に基づく比較)

過疎地域への配慮という正当化理由に関して…「いずれの地域の選挙区から選出されたかを問わず、

して国政に関与することが要請されているのであり、相対的に人口の少ない地域に対する配慮はそのような活動の中で全国的な視野から法律の制定等に当たって考慮されるべき事柄であって、地域性に係る問題のために、殊更にある地域(都道府県)の選挙人と他の地域(都道府県)の選挙人との間にあるとはいえない」

では、1人別枠方式は全く合理性がないのか？

「とりわけ人口の変動に伴う定数の削減が著しく困難であったという経緯に照らすと、新しい選挙制度を導入するに当たり、直ちに人口比例のみに基づいて各都道府県への定数の配分を行った場合には、人口の少ない県における定数がされることになるため、国政における安定性、連続性の確保を図る必要があると考えられたこと、何よりもこの点への配慮なくしては

であったと認められる状況の下で採られた方策」([浅妻]改革抵抗派のゴネ得では?)

↓

「1人別枠方式は、おのずからその合理性にものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われる」

では、いつまで合理性があり、いつから合理性を失うのか？

「平成19年6月13日大法廷判決は、本件選挙制度導入後の最初の総選挙が平成8年に実施されてから10年に満たず、いまだ同17年の国勢調査も行われていない同年9月11日に実施された総選挙に関するものであり、同日の時点においては、なお1人別枠方式を維持し続けることにある程度の合理性があった」

「これに対し、本件選挙時においては、本件選挙制度導入後の最初の総選挙が平成8年に実施されてから既に10年以上を経過しており、その間に、区画審設置法所定の手続に従い、同12年の国勢調査の結果を踏まえて同14年の選挙区の改定が行われ、更に同17年の国勢調査の結果を踏まえて見直しの検討がされたが選挙区の改定を行わないこととされており、既にも上記改定後の選挙区の下で2回の総選挙が実施されていたなどの事情があったものである。これらの事情に鑑みると、本件選挙制度は定着し、安定した運用がされるようになっていたと評価することができるのであって、もはや1人別枠方式の上記のような合理性は失われていた」

「本件区割基準のうち1人別枠方式に係る部分は、遅くとも本件選挙時においては、その

にもかかわらず、投票価値の平等と相容れない作用を及ぼすものとして、それ自体、

に至っていたものといわなければならない。そ

して、本件選挙区割りについては、本件選挙時において上記の状態にあった1人別枠方式を含む本件区割基準に基づいて定められたものである以上、これもまた、本件選挙時において、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたものというべきである。」

憲法の要求に反する状態なのだから、法律や選挙区割も違憲で無効になるのか？

「[平成 19 年 6 月 13 日判決が合憲判断したこと]などを考慮すると、本件選挙までの間に本件区割基準中の1人別枠方式の廃止及びこれを前提とする本件区割規定の是正がされなかったことをもって、憲法上要求されるに是正がされなかったものということとはできない。」(最判平成 23 年 3 月 23 日より抜粋)

は、政府が1人別枠方式の合理性として述べただけで、最高裁は反論している。1人別枠方式の合理性はたかだか ということにすぎないので、時間的限界がある。違憲状態であっても、是正に時間がかかることは仕方ない、としている。( 、とも理解できる。)

最大判平成24年10月17日 民集66巻10号3311頁…2010.7.11 参議院選挙(較差5.00倍)は「違憲状態」。無効とはせず。調査官解説ジュリスト1457号

平成24年12月16日衆議院選挙について最高裁で審議中。違憲判決が出ることはほぼ間違いない。選挙が無効であったなど、更に踏み込んだ判断を出すか(もし無効ならどう調整するか)が注目されている。

追記: 最判平成25年11月20日(原審東京高裁) 同日(原審広島高裁) 反対: 大谷剛彦、大橋正春、木内道祥

### 3.5. 投票価値の平等は技術的に困難? 逆に投票価値に差を設けるべき?

伝統的には か だけが投票価値の平等を達成する手段であるという前提で議論されることが多かったが、そんなことはない(し、法学者の想像力はそんなに貧困ではない)。すぎやまこういち氏も「ひとつの都市の真ん中に線を引く」ことの可否を述べている。

なお、 (職業別に代表を国会に送る)は違憲の疑いがあると言われる。特に (議員が の見解に従わなければならないこと、従わなかった議員が されること)が強い場合、違憲の疑いが強まる。「全体の奉仕者」ではなく「 」となってしまう。(cf. 香港では職能別選挙区 [functional constituency](#) があるらしい)

についても任期中に地元選挙民が議員を罷免できるとしたら違憲の可能性が生ずる。現在さすがに罷免できるほどの拘束力はないが、地元への利権の誘導をしない議員は次の選挙で落選する可能性が高まる、という事実上の拘束力は、「全体の奉仕者」の性格を失わしめてしまいかねない。

地域代表制という性格を残しつつ投票価値の平等を達成する方法として、区割りの工夫だけでなく、議員の国会での投票価値を や に比例させるという方法もある。([浅妻]得票数比例は無理)

また、情報通信技術の発達した現在において地域代表制を維持することは、技術的には必然でない。経済学者の中には(東京大学経済学教授・井堀利宏など)年齢で選挙区を分けるべきだと主張する者もいる。→ や 別選挙区などと呼ばれる。([浅妻]私は良い考えだと思わない)

<http://jp.reuters.com/article/jpopinion/idJPTYE82100Y20120302?sp=true>

財政再建を急ぎ、若者の政治参加を促せ＝井堀利宏教授(2012年3月2日)より抜粋

「日本において、既得権が固定化してしまう大きな要因のひとつは、若い人たちの意見が政治に反映されないことにある。若い人たちの は彼らの政治への関心の薄さにも起因するが、少子高齢化が進む中で何も対策を打たなければ、政治はますます高齢者の方ばかりを向いてしまう。」

「選挙区を、20—30歳代の青年区、40—50歳代の中年区、60歳代以上の老年区に分ける。これならば、たとえ若年層の投票率が低いままとしても、若年層の利害をきちんと代表する政治家が量的に輩出される。」

投票価値の平等を重視せず、寧ろ投票価値を させるべきであるという議論もある。

<http://cis.ier.hit-u.ac.jp/Japanese/publication/cis/dp2012/dp562/text.pdf>

小黒一正・石田良「余命投票方式」の移行可能性に関する一考察」

この他、未成年者の選挙権を親に代理行使させるべきである(提唱者の名前から と呼ばれる。これも投票価値の平等を害す可能性がある)、とか、投票権の年齢の下限(20歳)だけでなく上限(60歳? 70歳?)も設定すべきである、とか、議論されることもある。

地域代表制にかわる新たな選挙制度の提案の中には、 に着目した提案が多い。には財政の悪化を気にせずに ( 、 等)の充実を求める動機付けが働く一方、財政悪化のツケを負わされる ・ の投票権が弱い・無いため、に向かいやすいという構造的な問題が、こうした提案の背景にある。

職能代表制が違憲なら、地域代表制や世代代表制も(違憲ではなくとも)憲法の理念に沿わないのでは? [浅妻]技術的には、国民にランダムに番号をつけ選挙区を人為的に作り、インターネット等の情報通信技術を駆使して選挙運動・投票等を行うことにすれば、選出母体の属性(職業、住所、性別、世代等々)が消える。

#### 4. 民法の役割：クマ号事件・豊島簡裁昭和43年3月29日判時534号76頁

米倉明『法学入門』2頁以下参照

Xがマル(犬)を飼っている。Yがクマ(犬)を飼っている。クマがXの庭に侵入し、マルに咬みついて負傷させた。マルは、家畜病院に入院して手術を受けた。全治20日間の傷であった。Xは治療費等として病院に3万4500円支払った。Xには妻Aがいる。Aは愛犬マルの負傷にショックを受け、高血圧・心筋障害にかかり、病院に通った。治療費・通院費等として1万5500円を要した。Xが となり、Yを とし、8万円を請求した。加害者はクマ、被害者はマルであるのに、なぜXがYに請求しているのか？

##### 4.1. 権利能力と行為能力

民法典 第二章 人

第一節

第三条 私権の享有は、出生に始まる。

2 外国人は、法令又は条約の規定により禁止される場合を除き、私権を享有する。

第二節

第四条(成年) 年齢二十歳をもって、 とする。

第五条(未成年者の法律行為) 未成年者が をするには、その の同意を得なければならない。ただし、単に権利を得、又は義務を免れる法律行為については、この限りでない。

2 前項の規定に反する法律行為は、 ことができる。

3 第1項の規定にかかわらず、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産は、その目的の範囲内において、未成年者が自由に処分することができる。目的を定めずに処分を許した財産を処分するときも、同様とする。

民法753条(婚姻による成年 ) 未成年者が婚姻をしたときは、これによって成年に達したものとみなす。

の の基準として、誰が誰に対しどのような を有するか、どのような を負っているか(合わせて という)、という問題がある。

民法第二章第一節の表題の権利能力とは、 という意味である。〇〇能力という表現は、耳慣れない法律家独特の表現であるが、これから慣れていってほしい。

民法第二章第二節の表題の行為能力とは、 の有無・程度について規定するよということである。法律行為とは、権利義務が発生する原因となる行為のことであり、 が典型例である。(法学部は民法で など他の法律行為も教わるが)

何が法律行為に当たらないか、という例を挙げた方が分かりやすいかもしれない。例えばAがBに対し「交際してほしい」という内容の恋文を書き、恋文をBに渡してほしいとしてAがCに託すことがある。Bが 者であるのにAが関係を持とうとすれば、 の可能性がある。ところで、Cは、Aの意思表示をBに伝達しただけであり、Cについて権利義務が発生するわけではない。Cの行為(伝達、 という)は法律行為ではなく、講学上 と呼ばれる。講学上という表現も耳慣れないが、法律に定義がない概念であっても講義・議論においてしばしば用いられる概念についてこれこれと定義しておきましょう、というようなことである。

未成年者といえども、民法3条1項に照らし権利能力がある。そして民法5条1項により法律行為をすることもできることが明らかであるが、法定代理人(普通は : )の同意を要するという形で、法律行為をする能力について制限をかけている。

民法5条1項が「同意を得なければならない」としているが、事実として、同意を得ないでした法律行為(契約)をすることは可能である。そうしてしまった場合にどうするか、ということについて5条2項は という を定めている。

未成年者がした契約も有効であるとしてしまうと、例えば悪徳商人Dが中学生Eをたぶらかして、「ゲームをプレゼントしてあげるから百万円の壺を買う契約をしてくれ」とか言ってくるかもしれない。これでは未成年者の権利が害されてしまう恐れがあるので、Eの親Fの同意がない場合、未成年を保護するために、未成年者の側に を与えている。

民法5条2項は未成年者Eを保護するための規定であり、Dの方から「Eは未成年者だから民法5条1項に基づき契約を取り消す」と主張することはできない(民法120条1項参照)。Eが百万円の壺を買うと契約して、Fがよくよく熟慮してもその契約は有効であり続けた方が良く考えるならば、 することができる。

民法120条( ) 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、 又はその 、 若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる。

2 詐欺又は強迫によって取り消すことができる行為は、瑕疵ある意思表示をした者又はその代理人若しくは承継人に限り、取り消すことができる。

121条(取消しの ) 取り消された行為は、 であつたものとみなす。ただし、制限行為能力者は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う。  
122条(取り消すことができる行為の ) 取り消すことができる行為は、第120条に規定する者が追認したときは、以後、取り消すことができない。ただし、追認によって第三者の権利を害することはできない。

#### 4.2. 法律上の優遇と取引からの除外

民法5条3項により、例えば中学生Eが で音楽CDを買った、等の場合は、契約は有効である。  
民法5条3項でカバーされないような取引について、未成年者Eの取引の相手方Dは、契約してもE(又は親F)によって一方的に取り消される可能性があるわけであるから、  
例えば、18歳の大学生Eが上京してきて住む部屋を探し、 を締結しようとしても、家主DはEだけとは安心して契約できない。Fが付き添っていないと事実上EはDに相手してもらえない。法律が一方の立場を保護しようとする、取引から除かれかねない(親に反発して上京する青少年…等の小説は)。

行為能力の制限のほか、法律は契約の一方当事者を優遇することがある。

- [法](#)が上限(元本 10 万円未満なら年利 20%、100 万円以上なら 15%)を定める。
- [法](#)が借地人・借家人に不利な契約を定めても一部は無効になると定める。
- [法](#)が最低賃金を定める。[東京都最低賃金](#)時給 850 円から 19 円引上げ要請。

借金する人、借地人、借家人、労働者が、金銭貸付人、地主、大家、雇用者(会社等)と契約を締結する際、 に鑑み、 を貫くと前者に不利な契約条項が押し付けられるかもし

れないため、前者に不利な契約を認めないとしている。

借金する人、借地人、借家人、労働者を法が保護しようとすることで、却って契約に応じてくれる相手方が登場しにくくなり、潜在的な人(お金や土地や家を借りたい人、労働したい人)が市場に参入できなくなってしまう恐れがある、と から経済学者は警告を発する。従来、法学者は を強調しすぎであると言われてきたが、法学者は事前の視点にも配慮するようになりつつある。

#### 4.3. 傷害罪等と権利侵害

刑法204条 人の身体を した者は、十五年以下の 又は五十万円以下の に処する。  
刑法206( 等) 前三条に規定するもののほか、他人の を損壊し、又は傷害した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは に処する。〔 の器物損壊は処罰されない〕  
民法709条 又は によって他人の 又は を した者は、これによって生じた を する責任を負う。  
民法710条( の賠償) 他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。  
民法718条(動物の占有者等の責任)動物の は、その動物が他人に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、動物の種類及び性質に従い をもってその をしたときは、この限りでない。  
2 占有者に代わって動物を管理する者も、前項の責任を負う。

クマ(犬)は、民法上の権利能力を持たないばかりでなく、刑法でも処罰されない(「 」に当たらない)。刑法の目的は と であると以前説明した。クマ(犬)を処罰しても予防・応報に役立たない。

また民法上もマル(犬)は権利能力を持たないので、可哀想ではあるがマルが誰かに請求することもできない。法律上は、YがXの権利を侵害したのではないか、という問題構造の捉え方( という)となる。権利義務の発生原因の典型例として を挙げたが、民法709条の も重要である。民法709条は不法行為に関する原則的な と を規定している。民法718条は という。要件1:Yの故意又は過失

⇒ 効果:Xの損害をYが賠償する義務の発生

要件2:Xの権利又は利益を侵害

Xは3万円の ( についての 。710条)を加算して請求している。

#### 4.4. 判決の内容

主文「 は に対し金三九、五〇〇円及び右 に対する昭和四二年三月一日から支払済までの による金員を支払え。

原告のその余の請求は之を する。

は三等分しその一を原告の負担としその二を被告の負担とする。

原告は金五、〇〇〇円の を供するときは右判決について をなすことができる。」

妻Aの治療費等1万5500円は損害賠償の範囲外——(判決文抜粋)「被告の犬保管の注意義務違反という原因とAの罹病即ち原告の損害という結果との間には、関聯性があるとは考えられないので、被告はAの治療に要した費用を被告の本件から生じた原告の損害として之を賠償する責任はない」  
3万円の慰藉料請求について——「を考慮し原告の慰藉料の額は五、〇〇〇円が相当」

仮執行って何?——Yは裁判で負けたのですることができるし、上級審ではYが逆転勝訴するかもしれない。しかし「逆転するか」というだけでXの請求のを遅らせることができるとすると、Yが嫌がらせのためだけに上訴するかもしれない。そこで、判決がしていても、仮にすることを一定の条件(ここでは5000円の担保)下で許容することがある。Yが逆転勝訴して確定したら、強制執行した部分についても戻さなければならない(という)ので、仮という名前がつく。

#### 4.5. 損害賠償は何のため?

**Grimshaw v. Ford Motor Co., (1981) 119 CA3d 757** (道垣内正人『自分で考えるちょっと違った法学入門』) Gray 夫人が Ford Pinto を運転していたところ、車の不調により高速道路で止まってしまう、後続車に追突され、運転者は死亡し、同乗していた Grimshaw 少年も深刻な傷害を負ってしまった。Ford 社内で Pinto を開発している際、ガソリンタンクの位置を変えれば安全性が 95%高まることがわかったが、設計変更にはコストがかかるため、設計変更をしないまま Ford 社は発売に踏み切った、という経緯が判明した陪審員は、実損害 250 万ドルの賠償に加え、として 1 億 2500 万ドルとするのが相当と判断した(但しその後、懲罰的賠償部分は 350 万ドルに縮減されている)。  
このようにアメリカでは犯罪予防・応報という刑事法の役割も加味した賠償額が認定されることがある。

他方で日本の民法709条は懲罰的賠償を認めていない。  
民法上の損害賠償制度が結果的に犯罪予防に繋がることは否定されないが、それでも刑事法との役割分担が日本では強く意識されている。

#### 5. **非嫡出子(婚外子)・最高裁大法廷決定平成25年9月4日平成24年(ク)第984・985号**

民法900条 同順位の が数人あるときは、その相続分は、次の各号の定めるところによる。  
一 子及び配偶者が相続人であるときは、子の相続分及び配偶者の相続分は、各二分の一とする。  
二 配偶者及び直系尊属が相続人であるときは、配偶者の相続分は、三分の二とし、直系尊属の相続分は、三分の一とする。  
三 配偶者及び兄弟姉妹が相続人であるときは、配偶者の相続分は、四分の三とし、兄弟姉妹の相続分は、四分の一とする。  
四 子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする。ただし、の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。  
憲法14条1項 すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

民法900条4号但書が (差別色を薄めるため と呼ぶことが多い)の を差別し  
ており、憲法14条1項( 条項)に違反するのではないか、とかねてから議論されてきた。  
最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁の多数意見は、合憲とした(最決平成21年9月30日判時2064号61頁も同旨)。しかし15名中5名の もついた。

合憲論の理由…… (浮気が想定されがち)を冷遇し (婚姻関係にある両親から生まれた子。 とも)を優遇することは、(法律に基づいた婚姻関係)の尊重に繋がる。  
また、民法900条に従った相続分の割合( )と異なる割合による相続をさせることも、 等  
により可能である。( 規定の存在を考えると、法定相続分を完全に無視できる訳ではない。しかし、非嫡出子と嫡出子に同等の財産を相続させる程度の内容の遺言を作成することは可能)

違憲論の理由……民法の規定が差別していることで巷間の差別感情が一層固まってしまう。  
親に責任があっても子に責任はない。  
諸外国でもかつて同様の非嫡出子相続分差別規定が存在していたことがあったが撤廃されている。  
戦後すぐの現行家族法制定時には合憲であったが、 に伴い違憲状態へと変化した。  
↓



## 6. 第三者との関係：最判平成 11 年 6 月 11 日民集 53 巻 5 号 898 頁

### 6.1. 物権と債権との区別

: 特定の物に対する権利。

: 特定の者に特定の行為を請求する権利。

Aが甲という土地を所有しているとする。BがAに無断で甲に立ち入ってきた場合、AはBを強制的に排除することができる。 という物権の効力の一つである。

Cが乙という土地をDに売る契約を締結するが、Dは現時点で代金を用意できないので、代金を用意できるようになる来年に乙の所有権を移転することを約束する、という例を次に考える。

しかしCが所有しているはずの乙にEが無断で立ち入っているとする。

Dは乙の所有権をまだ有していないので、Dが直接にEを排除することはできない。Dの権利はあくまでCに対する (来年、甲の所有権をDに引き渡せとCに請求する権利) でしかないからである。

DがEを直接排除することはできないが、間接的にDがCに「Eを排除してくれ」と頼む等のはできる。

民法 423 条( 権) は、自己の債権を するため、 に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。〔後略〕

### 6.2. 契約自由とその例外について

の原則または の原則 について

例 Lが時価 1 億円の土地・丙を有している。MがLから丙を買いたいと申し入れる。

Lは先祖代々受け継いだ丙に深い思い出があるので、1 億円では売りにたくない、という。

Mは、丙で事業をすれば大儲けができると見込んでいるので、3 億円でも買いたいと申し入れる。

LとMが 3 億円で納得して するならば、時価が幾らであろうと、それで契約が成立する。原則として第三者が「その値段は高すぎる・安すぎる」と文句をいう筋合いではない。

あくまで「原則として」であり、例外もある。

公序良俗違反の契約は無効とされる。強行法規違反の契約も無効とされる。

違反の例

賭け将棋の漫画・ドラマがあるが、犯罪であるというだけでなく、契約(負けた方が勝った方に 20 万円の現金を支払うという を負うなどの合意)の有効性も否定される。負けた方が逃げても、勝った方は裁判所に訴えて債務の履行を請求することはできない(裁判を起こしても される)。

法的には負けた方は逃げて構わない(が、相手がヤクザなどの場合に安全は保証しがたい)。

前回見た借地借家法・労働法などが (強行規定ともいう)を定めている場合

(法律に書いてある内容と異なる特約を結ぶことができる場合は (任意規定ともいう)という)

借地借家法8条(借地契約の更新後の建物の による解約等)1項 契約の更新の後に建物の滅失があった場合においては、借地権者は、地上権の放棄又は土地の賃貸借の解約の申入れをすることができる。〔後略〕  
借地借家法9条(強行規定) この節の規定に反する特約で借地権者に不利なものは、無効とする。

民法 663 条(寄託物の返還の時期) 当事者が寄託物の返還の時期を定めなかったときは、受寄者は、いつでもその返還をすることができる。

2 返還の時期の定めがあるときは、受寄者は、やむを得ない事由がなければ、その期限前に返還をすることができない。

:預金者(寄託者)は銀行(受寄者)からいつでも返してもらえが で返還の時期を定める(預金者は返還請求できないし銀行も返還を押し付けることができない)ことがある。

### 6.3. 第三者との関係：対抗問題

契約内容は原則として(強行法規違反等の問題を除き)契約当事者間で自由に決めることができる。

当事者間で決められた契約内容は当事者を法的に拘束する。

例 Nが自分の持っている本をOに 5000 円で売るという契約をしたとする。その後、Nが自宅に帰ってインターネットのオークションサイトを見ていると、同じ本が 15000 円で落札されているので、NがOに 5000 円で売るのが

惜しくなったとしても、Oが5000円の代金を持ってきたら、NはOに本を引き渡さなければならない。

契約内容は、当事者間で合意があれば変更できる。

例えば、Nが本をOに売るといふ契約を締結した後、Nが「やっぱり売らなくなつた」といい、それにOが同意したならば、両当事者の合意により本の売買契約がなかったことにすることができる( )といふ。

但しOが解除に同意する義務はない。

Oとしては、その本がほしければ、5000円を提供してあくまでその本を引き渡せと請求する権利がある。

Nが後で「気が変わったから値段を15000円に引き上げたい」と言つた後、Oがそれに同意すれば、本を5000円で売るといふ契約が一旦消滅し、新たに本を15000円で売るといふ契約が締結されたことになる。この後でOが「やっぱり15000円は高すぎる。8000円にまけてくれ」と言つても、Nが応じる義務はない。

もちろん、Nが値段を15000円に上げようと言つた時点において、Oがそれに同意する義務はない。

OがNに対して有している権利は であり、原則としてNとOとの間においてのみ意味を持つ。

NがOに本を5000円で売るといふ契約を締結した後、 (代金支払、および、本の引渡)の前に、Nが第三者たるPに本を15000円で売るといふ契約を締結し、Oに本を引き渡す前にPに引き渡してしまつたとする。

OはNに対して請求権を有するのみであり、Pに対する権利は有してない。

OはNに対して「同じ本をOに引き渡せ」と請求する権利を有するが、Nが同じ本を入手することが實際上できないのであれば(例えば絶版であるなど)、この引渡請求権は実際上空振りとなる。

OとPのどちらが勝つか(どちらが本を取得できるか)の問題を 問題といふ。

民法177条( )に関する の変動の ) 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法…その他の登記に関する法律の定めるところに従いその をしなければ、 に することができない。

民法178条( )に関する物権の譲渡の対抗要件) 動産に関する物権の譲渡は、その動産の が なければ、第三者に対抗することができない。

不動産と動産とで対抗要件が違うことが分かる。

本(動産)であれば引渡し、土地(不動産)であれば登記を代金支払いと 要求することが普通。

と は異なる。

契約を結ぶこと(当事者の意思表示)だけで、本の所有権をNからOに移転するという効力は発生する。

しかしPがNから本を買うといふ契約によつても、本の所有権をNからPに移転するという効力が発生する。

OについてもPについても所有権移転という効力は発生するが、OとPのどちらが勝つかといふ問題が生ずるので、対抗問題として決着をつける必要がある。

民法176条(物権の )及び ) 物権の設定及び移転は、当事者の によつて、その効力を生ずる。 [補足:日本の法律は他国と比べると際立って 性が弱い]

悪者を懲らしめるのは刑法の役目。しかし悪気がない人同士の間の紛争が世の中には多々ある。

例 Aが自分の住んでいる家をBに売るといふ契約をする。次の日、Aは同じ家をCに売るといふ契約をする。

悪者はA? 家はB・Cどちらが獲得できるか? 早い者勝ちか? 「早い」の基準は契約書の日付か?

Cが「Bの契約日より前の日に契約した」と主張し始めたら、何を基準に早い者勝ちとするのか?

民法において、このような は 。

AはBに対してもCに対しても を負う。BもCもAに対して を有するともいふ。

B・Cどちらかだけ家を手に入れた方はAの に対して を請求するしかない。

最後はお金で解決するしかない。そして損害賠償(お金)でBまたはCが満足することは少ない——お金より家に価値があると思つているからこそ契約したのだから。(更にこういう場合はAにはお金もないことが多い)

では効力要件は無意味か? ……対抗要件も何も備えていない第三者との関係ではBは自分が所有権を取得していると主張することができるし、不法侵入してくる輩がいれば警察に訴えればよい。

自分の所有物でない物を買う契約も契約としては 。

例 Aが芦部信喜『憲法』という本をB及びCに売る契約を締結する。  
Aがその本を持っていなければ、Aが本屋に行ってその本を買ってきてB及びCに引渡す義務がある。  
(現実世界では、自分が持っていないものでも、将来自分が入手する前提で契約してしまう必要がある)

#### 6.4. 対第三者効

契約は基本的に(強行法規違反等の問題がない限り)当事者間の合意内容によって決まる。嘘の契約を締結することもある。

NがOに本を売る気がなく、Oも本を買う気がないのに、NがOに本を売るという契約書を作成することはできるし、NがOに本を事実として引き渡すこともできる。

本を売り買いする気がないのに本の売買契約を締結しても である。本はOの所有物とならない。  
本はOの所有物ではないので、いつでもNはOに本を返せといえることができる。

Oが自分の手元にある本を第三者であるPに売ったらどうなるか、という問題が別途ある。

NがOに本を売るという契約書があってもそれは無効であってOによる所有権取得も有効でないとする、PがOから本を買っても、Pが有効に本を取得したことにはならないのであろうか？

民法 94 条( )1 項 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。  
2 項 前項の規定による意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない。

民法 94 条 2 項により、NがPに対して「NからOに本を売るという契約は無効だから、PからNに本を返せ」と主張しても認められなくなる。

なお、2 項には「 の第三者」とある。これは、Pが「NからOに本を売るという契約は無効である」ということを知らない、という意味である。(ラテン語では bona fide. 全くもって分かりにくい極悪な訳である。「誠実」などの訳の方がよかった等とも言われる。)

逆に、Pが「NからOに本を売るという契約は無効である」ということを知っていた、という場合、「善意の第三者」に当たらない、ということになり、民法 94 条 2 項の適用がないということになる。

このように「～のを知っている」という状態のことを という(ラテン語 mala fide)。

日常用語の善意・悪意と法律用語の善意・悪意は、意味が全然違う。

民法 94 条 2 項の適用がないということは、1 項に戻るということであるから、NからOに本を売るという契約は無効であるということになる。すると、NがPに対して「NからOに本を売るという契約は無効だから、本を返せ」と主張することが認められる。

#### 6.5. 詐害行為取消権

民法 424 条( ) 債権者は、 が ことを知ってした の を裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時において債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。  
2 前項の規定は、 については、適用しない。

AがBから借金をしていた。Bは債権者としてA(債務者)に対し返済を請求する権利がある。

Bは、返済期限がきてもAが返済しない場合等に、裁判を経て という形で無理やりAの財産を奪う(実際にはAが持つ土地等の財産を してお金をとる)ことができる。

AがBに返済したくないし強制執行も受けたくないと考えて、A所有の土地をCに売ってしまったことにする。AとCとの間の契約が本気でなければ、前述の民法 94 条 1 項によりA・C間の契約は 。(少しややこしいが、94 条 2 項の「 )は、CがAから土地を買ったということを前提としてCから土地の転売を受けるD等であり、ここでのBはAとの関係者であるからBは 94 条 2 項の「第三者」に当たらない。)

A・C間の土地売買契約が虚偽表示等に当たらないとして、BがAからの返済のあてにしていた財産が別の者に移ってしまうことを指をくわえて見過ごすわけにはいかない→詐害行為取消権発動

民法 424 条 1 項によりBがA・C間の土地売買契約の を請求する。土地売買契約の (最初から法的になかった)を主張しているのではなく、有効であってもその契約がなかったことにしたい、ということ。

#### 6.6. 被相続人の債権者と相続放棄：最判昭和 49 年 9 月 20 日民集 28 卷 6 号 1202 頁

事実関係 Aが死亡し、Aの妻B及び子Yが相続した。AはXに対して借金等しており(本当は破産管財人とかいう話が出てくるが、倒産法・破産法を勉強しないといけないので割愛)、XはAに多額の債権を有していた。相

続人B・Yは原則として被相続人Aの \_\_\_\_\_ を \_\_\_\_\_ するので、原則としてXはB・Yに債権に基づき請求することができる。しかし、Y(既に自立しててそこそこ財産を持っている)はXからの請求を受けたくないの  
で \_\_\_\_\_ をし、B( \_\_\_\_\_ )だけが承継した。Xは民法 424 条 1 項に基づきBの相続放棄は「債務者(Aを承継したB)が債権者(X)を害することを知ってした法律行為」( \_\_\_\_\_ という)であるとして、相続放棄の取消しを裁判所に請求した。

裁判所の判断 「相続放棄は \_\_\_\_\_ であることはいうまでもないが、右は相続によつて承継すべき被相続人の \_\_\_\_\_ および \_\_\_\_\_ が自己に帰属することを確定的に拒絶する行為であつて、広い意味においては \_\_\_\_\_ ということができる。」しかし「相続放棄を \_\_\_\_\_ とし  
て取り消すとすれば、相続人に対し相続の承認を強いることとなり、 \_\_\_\_\_ の建前に反する結果を招くこととなつて不当といわなければならない。「また相続を放棄した者は当初から相続人とならなかつたものとみなされる(民法九三九条)ことにかんがみれば、相続放棄は一旦生じた相続の効果を後になつて覆えすものではなく、相続の効果が確定的に生ずることを拒否するにすぎない」。

### 6.7. 相続人の債権者と遺産分割：最判平成 11 年 6 月 11 日民集 53 卷 5 号 898 頁

事実関係 Aが昭和 54 年に死亡。その相続人は妻B及び娘Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の三名であつた(昭和 55 年改正前のためBの法定相続分は 1/3)。原告Xは、平成 5 年にCに金 300 万円を貸し付け、Bは \_\_\_\_\_ となつた(Cが返済しない場合はBがXに返済する)。Bは連帯保証債務の履行のため相続財産の建物(Aの登記のままであつた。Bのみが住んでいた一方、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>は既に結婚して別所に住んでいた。)を相続登記することをXから平成 7 年以降求められており、かつ、B自身に \_\_\_\_\_ する \_\_\_\_\_ がないにもかかわらず、相続財産の建物についてY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>が半分ずつ相続し、Bは一切相続しない旨の \_\_\_\_\_ を平成 8 年にし、Bは \_\_\_\_\_ の申立をした。Xは、Bが殆ど遺産を承継しない遺産分割協議が詐害行為に当たると主張した。

裁判所の判断 「共同相続人の間で成立した \_\_\_\_\_ 協議は、  
\_\_\_\_\_ となり得るものと解するのが相当である。けだし、遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となつた相続財産について、その全部又は一部を、各相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、  
\_\_\_\_\_ ということができるからである。」

民法 939 条( \_\_\_\_\_ の効力) 相続の放棄をした者は、その相続に関しては、 \_\_\_\_\_ 相続人と  
ならなかつたものとみなす。

民法 909 条( \_\_\_\_\_ の効力) 遺産の分割は、 \_\_\_\_\_ その効  
力を生ずる。ただし、第三者の権利を害することはできない。

相続放棄についても遺産分割についても民法は \_\_\_\_\_ を定めている。昭 49 最判と平 11 最判は矛盾？

(1)相続放棄と遺産分割協議との違い

民法 909 条の遡及効は第三者に対し有効でないから、遡及効といつても範囲に違いがあるという説明。

(2)被相続人に対する債権者か、相続人に対する債権者かの違い

昭 49 最判において被相続人の債権者が、相続人から返済してもらうことを期待するのは変という説明。

平 11 最判は相続人の債権者の事例だから、相続人が自分に対する請求権を逃れるために遺産分割で殆どの財産を別の相続人に譲るのは、許されないという説明。(子にお金を貸す人が、その子が親から多額の遺産を受け取るであろうことを期待してお金を貸したとしても、そんな期待は保護に値しない、という立論の余地もあるが、平 11 最判の事案は、相続人の相続開始後の債務についてであるので、一層詐害性が強い。)

相続人の債権者が相続人の相続放棄について詐害行為取消権を行使しようとしたら？

最高裁判例はまだない。民法学者の間でも見解が分かれている。

(1)を重視する者は、相続人の債権者が害されることになるとしてもなお、相続放棄の自由を尊重すべきだし、相続人の債権者が被相続人の財産をあてにするという \_\_\_\_\_ は \_\_\_\_\_ と考える。

(2)を重視する者は、借金している相続人は被相続人から多額の遺産を受け取ることを拒否する自由はない  
( \_\_\_\_\_ より \_\_\_\_\_ が優先されるべき)と考える。

補足：最判平成 12 年 3 月 9 日民集 54 卷 3 号 1013 頁…離婚時の \_\_\_\_\_ 名目の支払が \_\_\_\_\_ である場合は詐害行為に当たり取消されると判断した。 [浅妻：通常の財産分与でも債権者を保護すべきでは？]

## 7. 疑わしきは罰せず：痴漢冤罪・最三小判平成 21 年 4 月 14 日刑集 63 卷 4 号 331 頁

## 7.1. 犯罪の定義

例 Aが飲酒運転をしていて、Bを轢いてしまい怪我を負わせてしまった。

刑法 199 条 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

刑法 204 条 人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

何をすると犯罪に当たるか、を (Tatbestand) という。構成要件は刑法に定義されている。

法律に定義されていない行為をしたことによって刑罰が されることはない。(科す・課すの使い分け)

何をしてはいけないか事前に分かなければ困る。

の確保 ← からの要請。

憲法 31 条 何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

◆ が伴わない法もあるが、【罰則がない＝強制がない】、とは限らない。例えば、未成年の飲酒・喫煙等は禁じられているが、罰則はない。しかし飲酒・喫煙の禁止の強制はある。

未成年者飲酒禁止法 1 条 満二十年ニ至ラサル者ハ酒類ヲ飲用スルコトヲ得ス

2 項 未成年者ニ対シテ親権ヲ行フ者若ハ親権者ニ代リテ之ヲ監督スル者未成年者ノ飲酒ヲ知リタルトキハ之ヲ制止スヘシ[以下略]

◆ いわゆる東京裁判における「平和に対する罪」は の禁止・ の禁止を破っているといわれるが……[浅妻]純粋な司法ではなかったのだから善悪は評者次第。

新しく罪刑が法定された後、法の を経て国民は「何が犯罪か」を知ることとなる。昭和 29 年 6 月 12

日午前 9 時頃覚醒剤を所持していた事案につき、同日付け

に掲載され公布された改正覚醒剤取締法が遅くとも同日午前 8 時 30 分までには「一般国民の知り得べき状態に置かれ」たものと判断した事

案がある。最大判 昭和 33 年 10 月 15 日刑集 12 卷 14 号 3313 頁。

◆ いわゆる「」は許されない？…… の話か、 の話か？ いじめをどう するか？

などは、定義も難しいし、悪いかどうかの判断も難しい。違法でないが迷惑な行為(頻繁に遅刻するとか)をする輩への制裁(及び別の人への牽制)として、仲間外れにすることは、悪か？

cf. 大人版仲間外れの ……何でも契約の自由とはいかず、 の問題(民事・刑事両方に関わりうる問題)となりうるが、バランスが難しく、専門家でも要件・効果につき意見が対立する。

……法で禁じられてない行為が全てやって良いことであるとは限らない。また道徳観は人により状況により変わりうる。 ↓次節へ

## 7.2. 刑事規制とマナー・道徳と民事損害賠償

例 Cがエスカレーターの右側に立っていたら、後から来たDに「そこあける、ボケ」と怒鳴られた。

右側に立っていることは犯罪ではない。DがCを邪魔に思ったとしても、DがCを力づくでどかせる権限は有していない。無理に手をかければDの である。(そもそもエスカレーターで歩くことは非推奨)

例 EがFの論文をパクっているようだ。

他者の著作物を真似れば、 であり、犯罪である(刑事罰もありうる)。

真似してはいけないのは であり、著作権法 2 条 1 項 1 号で「著作物 思想又は感情を にしたものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」と定義されている。

「」が著作物であり「」( )自体は著作物でない。例えば、EがFの論文の表現を利用する際には「」の手順を踏まないと著作権侵害となるが、EがFの論文のアイデアをパクっても、著作権侵害ではない。アイデアの模倣が禁じられるとするとそもそも教育すら成り立たない。

だが、アイデア模倣が著作権侵害でないからといって、やってよい行為というわけではない。Eが他人のアイデアをパクるばかりであると、法的制裁はなくとも、学界での 等の 是ありうる( 等の明示的な制裁もある。これは刑法ではなく学会という団体内のルールの問題)。

学問以外でも、例えば他人のアイデアをパクってばかりの がいたらどうなるであろうか？

例 G(成人)が道端で煙草を吸っていたら、Hから「てめえの煙がくさいんじゃ、ボケ」と怒鳴られた。

成人の喫煙は犯罪ではなく、(わざと煙を吹きかけるなどでなければ)刑事規制はない。

(注:歩き煙草等を禁ずる条例があればそれは刑事規制の問題である。例えば罰則はないが 豊島区では路上

喫煙禁止としている。罰則を設ける区もある。また現在は  
動喫煙防止策を講ずる法的な義務が発生している)

が制定されたので、施設管理者に受

しかし「他人に迷惑をかけるべきでない」というのは の問題にすぎず一切法的効果は発生しない」という  
意味ではない。HがGの煙を不愉快に思うことは の問題に繋がらうる。

刑事規制がないことが直ちに損害賠償請求を否定する論拠とはない。例えば、Gがスピーカーで爆音を鳴らし  
ながら音楽を聴いていた場合、音楽を聴くことだけならば犯罪ではないが、隣人のHから損害賠償が請求される  
可能性がある。Hが迷惑に感ずる原因が、刑事法上合法的な煙草であるのか、それとも刑事規制の対象となる麻  
薬であるのか、といった違いが民事における損害賠償の成否の決め手となる訳ではない。

但し損害が発生していても、 として我慢しろと判断されることはある。しかし受忍限度が時代によ  
って変化することもある。

いわゆる 訴訟・東京地判昭和 62 年 3 月 7 日判時 1226 号 33 頁は、国鉄の長距離列車の半数以上  
を禁煙車両とすることを請求を した。しかし国鉄が裁判に勝ったにもかかわらず、現在は寧ろ長距離列  
車で喫煙車両を探す方が難しくなっている。原告らは、裁判では負けたが、 という目的の  
点で、その後実質的な勝利を得たとも評価できる。

東京地判平成 24 年 8 月 23 日平成 23 年(ワ)第 14265 号(確定らしい)は の不  
徹底という雇用の  
を認定し、不当な即時解雇の不法行為該当性も認定。

### 7.3. 過失犯

刑法 38 条 1 項 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでな  
い。[2~3 項は次週]

構成要件に該当する行為をすると常に罰せられるとは限らない。

原則として に基づいて構成要件に該当する行為をした場合にのみ罰せられる。

による行為は、法律に規定されている場合のみ罰せられる。

AとBの話(飲酒運転と怪我)に戻る。過失なので刑法 204 条は適用されない。過失について規定があるか？

刑法 209 条第 1 項 過失により人を傷害した者は、三十万円以下の罰金又は科料に処する。

刑法 210 条 過失により人を死亡させた者は、五十万円以下の罰金に処する。

自動車で人を轢いた場合の刑罰はそんなに軽かったっけ？

刑法 211 条 1 項 業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、五年以  
下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。

2 項 自動車の運転上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、七年以下の懲役若しくは禁錮又は百万  
円以下の罰金に処する。ただし、その傷害が軽いときは、情状により、その刑を免除することができる。

飲酒運転に対する社会的非難 → 刑法 208 条の 2 又は の  
影響により正常な運転が困難な状態で自動車を走行させ、よって、人を負傷させた者は十五年以下の懲役に  
処し、人を死亡させた者は一年以上の有期懲役に処する。その進行を制御することが困難な で、又  
はその進行を制御する技能を有しないで自動車を走行させ、よって人を死傷させた者も、同様とする。[2 項略]

### 7.4. 告訴と検察の裁量

Bが、Aの生い立ちなどに同情して、Aの無罪を望んだとしても、刑事では原則として無関係。

(BがAに対する損害賠償請求権を放棄することは民事の問題であり、可能)  
ただし強姦罪などについては被害者保護のため被害者の を必要とする。 という。

刑法 177 条 又は を用いて 13 歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、3 年以上  
の有期懲役に処する。13 歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。[13 歳以上と 13 歳未満の場合の違い]

刑法 180 条 1 項 第 176 条から第 178 条までの罪及びこれらの罪の未遂罪は、 がなければ を提  
起することができない。 [cf.著作権侵害も今のところ親告罪]

逮捕等は が行なうが、刑事裁判に するのは (検事)だけ。

検察だけが起訴する権限を有するが起訴する義務を有するわけではなく、微罪であるとか証拠不十分だとかい  
う場合には起訴しないこともある。…

ただし検察の不起訴が不相当である疑念がある場合に が意見をいうことがある。以前は検察  
審査会の意見に拘束力がなかったが、今は検察審査会が2回起訴相当と判断すると、必ず起訴となる。

(2010年の検察審査会 鳩山由紀夫:不起訴相当)  
 (小沢一郎:起訴相当→一審無罪→二審東京高判平成24年11月12日無罪確定)

### 7.5. 被害者側ができること・できないこと

被害者BはAに対して 基づく 請求をするだけ。…… の問題  
 加害者Aが危険運転致死傷罪を負うかどうかは、基本的に国家とAとの間だけの問題。…… の問題  
 刑事手続は加害者の人権ばかり見て被害者の人権を蔑ろにしているといわれるが、構造的に仕方ない。  
 (近年は被害者の手続参加なども整備されてきている)  
 Aが だと実際上Bは救われない。( …… )があるにはあるが不十分  
 犯罪被害が怖かったら で自己防衛。(被害補償体制を社会的にどう仕組むかという政策論は興味深い)  
 Bが怒ってAを殴れば、Aが有罪か無罪かに関わりなく、Bは暴行罪、または傷害罪。  
 は日本では許されていない。「目には目を、歯には歯を」は元々は報復過剰化防止目的。

### 7.6. 立証責任

刑事裁判では検察が犯罪事実の存在について を負う。被害者が立証するのではない。  
 民事裁判では被害者Bが加害者Aの不法行為事実の存在について立証責任を負う。  
 立証責任(挙証責任・証明責任ともいう)とは……係争事実の有無について裁判官が確信できない場合( …… )の場合に、問題の事実に基づく法律効果が発生しないという不利益を被ること。  
 (医療過誤や公害被害などに関しては、立証責任を実質的に …… )して …… が近い方に立証責任を負わせるべき、と民事で言われることがあるが、刑事では聞かない)

刑事裁判でAが罪を犯したか否かの認定は慎重になされる…

を檢察がしなければならない。

(痴漢冤罪事件等を見ると怪しい。cf.映画「それでもボクはやってない」周防正行監督 2007年)

### 7.7. 痴漢冤罪・最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁

- ◆なぜ痴漢 (えんざい。免罪ではないので注意)を避ける方法が無いのか?  
 「駅員室で話を聞いてもらって疑いを晴らそう」と思っても話を聞いてもらえない、などの話があるが、駅員室に行きたくないと思っても物理的に引っ張り込まれたらどうしようもない。  
 通常の逮捕には裁判所の …… が要るが、 …… は …… もすることができる。  
 刑事訴訟法213条 現行犯人は、何人でも、逮捕状なくしてこれを逮捕することができる。  
 (名刺を渡して身元を明かせば現行犯逮捕から逃れられるという俗説は不正確。  
 刑事訴訟法217条 30万円(刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、2万円)以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪の現行犯については、犯人の住居若しくは氏名が明らかでない場合又は犯人が逃亡するおそれがある場合に限り、第213条から前条までの規定を適用する。  
 刑法176条(強制わいせつ) 13歳以上の男女に対し、 …… 又は …… を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。13歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

- ◆「 …… 」を裁判官が守れば済む話ではないのか?  
 →痴漢被害について泣き寝入りを強いられる、という不満。([浅妻]だからといって繊維鑑定・DNA鑑定等もしないで[ただし本件では繊維鑑定をしたようである]有罪認定してよいのか疑問が残る事案もないではない。)

- ◆「疑わしきは被告人の利益に」というのは基本的に …… に関しての原則である。  
 法律 …… として「或る行為が違法か否か」が問題になるときなどは、「被告人が合法と信じていたから刑事罰を科さない」といった議論にはならない。  
 「 …… 」の有無は事実認定の問題であって、建前として …… には無い。[次週]  
 事実認定も法解釈も、最終的には裁判所が決めることであるが、その内容は全く違う。

- ◆判決文について  
 まず「 …… 」に結論が書かれる。次に「 …… 」として理由が色々書かれる。  
 最高裁は三つの …… がある。今回は第三小法廷(裁判長:田原睦男)。  
 一つの小法廷には …… 人の裁判官がいる。つまり全部で …… 人の裁判官がいる。

重大な事件の場合や  
 一つの小法廷で5人の裁判官が評議をして  
 は2人(堀籠幸男・田原睦男)が  
 と呼ばれる。最高裁の裁判官だけ、個別の意見(反対意見だけでなく  
 は那須弘平と近藤崇晴の補足意見もある)を書くことができる(地裁・高裁の裁判官はできない)。  
 なお、最高裁は「  
 」であるとされ、原則として  
 「判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認」がある場合は例外である。本件では「原判決〔註:ここでは東京高裁平成 19 年 8 月 23 日判決平成 18(う)2995〕の認定が論理則、経験則等に照らして不合理」かどうかを判断した上で、  
 自ら判断せず (ここでは東京高裁)に  
 ( 人全員参加)が開かれる。  
 で結論を出す際、意見が分かれることがある。本件で  
 を述べている。本件で最高裁の結論として出された意見は  
 もある。本件で

◆痴漢被害・痴漢冤罪被害の  
 鉄道会社が刑事上の責任を問われることはまずありえないであろうが、仮に民事上の損害賠償責任を負わせる判決が出たら、鉄道会社も痴漢防止策を懸命に練るかもしれない。  
 誰が最も容易に被害防止策を講じることができるか?ということに重視しようという学者がいる。誰が悪いかを探求するより、  
 に賠償責任を負わせた方が社会全体として効率的であるという発想である。経済学の考え方を法律論に応用するもので「  
 」と呼ばれる。

### 7.8. 冤罪被害者からの逆襲? : 虚偽告訴・名誉毀損等

無罪と判断された場合に冤罪被害者が(自称)痴漢被害女性を訴えることはできるか?

等 刑法172条 人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的で、虚偽の告訴、告発その他の申告をした者は、3 年以上 10 年以下の懲役に処する。

軽犯罪法第1条柱書き「左の各号の一に該当する者は、これを拘留又は科料に処する。」「十六 虚構の犯罪又は災害の事実を公務員に申し出た者」

刑法 230 条 1 項 公然と事実を摘示し、人の  
 を  
 した者は、その事実の有無にかかわらず、3 年以下の懲役若しくは禁錮又は 50 万円以下の罰金に処する。

刑法230条の2第1項 前条第1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。  
 2 項 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。

民法 723 条 他人の名誉を毀損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる。

現実には、(自称)痴漢被害女性の虚偽告訴罪・名誉毀損罪は、あまり認められない。

実質的な考慮として、「告訴しても男性の強制わいせつ罪が立証されなければ常に女性が虚偽告訴罪・名誉毀損罪に問われてしまう」とすると、痴漢被害女性は泣き寝入りする可能性が高くなってしまう。

虚偽告訴罪の成立可能性が理論的に零という訳ではないが、痴漢(強制わいせつ罪)の有無と同様、虚偽告訴罪についても合理的な疑いの余地がない程度のが要求される。(自称)痴漢被害女性が犯人を取り違えただけなのではないか、等の可能性を視野に入れると、虚偽告訴罪の  
 の立証は相当に困難。

いわゆる  
 目当ての痴漢冤罪を引き起こす迷惑な女性もいると世上言われることがあるが、こうした者がいるとしてもやはり  
 の壁は高い。

なお、痴漢犯罪についての  
 と、痴漢被害者の加害者に対する損害賠償請求の  
 は、全くの別物であるので、刑事裁判で  
 、民事裁判で賠償義務  
 、といった食い違い(或いは刑事裁判で  
 、民事裁判で賠償義務  
 、といった逆の食い違い)も生じうる。

があるから、刑事裁判で有罪が  
 するまでは犯人扱いしてはならない……という類のことが、間違った文脈で用いられることがあるように見受けられる。

Iが犯人であると  
 がJにあるならば、JはIが犯人であると思うと表現してよい。  
 ([浅妻]但し報道被害についてマスコミをかばう気は私にはない。無根拠なら名誉毀損)

また推定無罪原則があるとはいっても、例えば企業の脱税疑惑が報道された等の場合で、一般消費者の不買運動自体は法律問題とならない。不当報道によるマスコミへの  
 が考えられる程度。

## 8. 故意と防衛：英国騎士道事件・最決昭和 62 年 3 月 26 日刑集 41 卷 2 号 182 頁

事実関係 英国紳士Aが日本で道を歩いていると、男Bと女Cが揉み合いCが尻餅をついたのを目撃した。空手三段のAが、Cを助けるべく、Bに回し蹴りをした。勢い余ってBは死んでしまった。実はCが酔っ払っていたのをBがなだめていただけで、BがCを襲っていたわけではなかった。

Aは正当防衛のつもりで回し蹴りをしたのだが、Aは犯罪をする故意があったことになるのか？

### 8.1. 正当行為・正当防衛・緊急避難

人を殴ることは原則許されない( )もだめ)と前述したが、例外的に殴ってよい三つの場面。

刑法 35 条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

刑法 36 条 1 項 ( )の侵害に対して、自己又は他人の権利を

やむを得ずにした行為は、罰しない。

刑法 37 条 1 項 自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の

、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

正当行為について…典型例はボクサーが試合中に殴ること等。

正当防衛について…防衛でなければならず、ヤンキー漫画にあるような ( )を正当化するものではない。

緊急避難について…いわゆる

溺れかけている人が、板切れにつかまっている別の人を引き剥がして自分が助かろうとするのは OK。

なお、正当防衛・緊急避難については、 ( )においても ( )責任から解放される。

民法 720 条 1 項 他人の不法行為に対し、自己又は第三者の権利又は法律上保護される利益を防衛するため、やむを得ず加害行為をした者は、損害賠償の責任を負わない。ただし、被害者から不法行為をした者に対する損害賠償の請求を妨げない。

### 8.2. 責任という概念

( )について

構成要件該当事実が認められ、故意も認められたとしても、責任がない人に刑罰は科さない。

刑法 41 条 十四歳に満たない者の行為は、罰しない。

刑法 39 条 1 項 ( )者の行為は、罰しない。

2 項 ( )者の行為は、その刑を減輕する。

これは、刑法(或いは刑罰)が何のために存在するか、ということと関わる。

( )のため(特別予防と一般予防)と ( )のため(どちらを重視するか)の対立はある

応報の観点から…責任のない人には非難できないし、刑罰を科してはならない。

予防の観点から…心神喪失者に刑罰を科しても犯罪予防(特別予防・一般予防とも)に役立たない。

例えば、寝返りをうった際に隣に寝ていた妻の鼻を折ってしまって怪我させてしまった場合 → ( )なし

例えば、おかしな薬を飲まされて酩酊し腕を振り回して他人の鼻を折ってしまった場合 → ( )があるとしても ( )がない(または ( )が軽減される)。夢遊病の場合も ( )なしと言われる。

(自分から好んで酒や薬を飲んで酩酊して他人を怪我させた場合については ( )なしとは解されてない)

### 8.3. 少年法について

( ) (刑事罰を負わされる責任)は 14 歳からであるが、13 歳以下であっても ( ) (少年という言葉は男女を含む)として少年法の適用対象となる。

少年の ( )に期待し、刑罰よりも ( )を施す方向を強くする。

しかし、犯罪者が少年である場合に成人よりも刑罰を軽くすべき、という刑事司法界の通念は、一般国民の常識に沿ってない(少年であるということが刑罰を軽くする理由になると考えられてない)、というアンケート結果がある。

( )が始まり、量刑が変わっていくであろうか？

もっとも、巷間の犯罪少年に関する議論は、殺人など凶悪犯罪をした場合を念頭に置いた偏ったものになって

いる嫌いもある。例えば (個人的に万引きという語は、犯罪性を軽く見るようで好きになれない)をした成人と少年との間でも可塑性は一切変わらないであろうか？([浅妻]変わらないとされるかもしれないが、犯罪少年と一口にいても、犯罪内容の幅を意識した場合分けした議論をする必要があるのではないか)

#### 8.4. 刑事における故意について

例 FがGの愛犬Hを誤って殺してしまった。

刑法 261 条 前三条に規定するもののほか、他人の物を損壊し、又は傷害した者は、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料に処する。

刑法 38 条 1 項 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。[略]

3 項 法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。[ ] という]

過失器物損壊について規定がない。過失で犬を殺しても刑罰は科されない。

(この点については、国民の感覚とズレがあるようである)

但し民法上は の問題となり、FがGに損害賠償する義務は発生する。(←復習)

民法 709 条 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される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。

意図的に犯罪をする場合、 ありとされる。うっかりの場合は である。(過失犯は原則不処罰)

余談:意図的に犯罪をすることは「 」ではない。世間で誤用されることが多いので注意。

**確信犯**:法が禁じていても自らの行為が正しいと信じて行う犯罪のこと。典型は ・ 。

はっきり意図しているわけではないが、単なるうっかりとも違い、「～の結果が起きるかもしれない{が構わない}」という認識を持っている場合、 がある、という({～が構わない}という認識まで故意の認定に必要とするかどうかについて学者の間では争いがある)。

例 窃盗犯Dが店から逃げようとして店員Eが追いかけてきた。Dが自動車で逃走を図ったが、Eが必死に食らいつき自動車の屋根に登った。DはEを振り落とすため、急加速・急ハンドル等を駆使し、「Eが死ぬかもしれない{がそれでも構わない}」と思いながら自動車を操作した。その結果、Eが死んだ。

●Jの腹筋が弱く笑い出すととまらなくなることを知っているKが、Jを笑い死にさせる意図を持ってギャグをしゃべり、結果としてJが死んだ場合、Kに殺人の がある。

●Jが笑い死にすると思っていなかったがKのギャグによってJが死んでしまった場合、Jの腹筋が弱いことを知ってギャグを控えねばならなかったかという の有無の問題となる。(過失犯ともされないだろう)

●Jが笑い死にするかもしれないと思いつつKがギャグをしゃべる場合、未必の故意あり。原則として故意犯と変わらない。笑い死にする者がでるくらい面白いギャグを生み出さなければならないという芸術的使命感にKが駆られていた場合は確信犯。やはり故意犯と変わらない。

人が死ぬと思っていなくとも通常であれば人が死ぬ行為をする認識があれば、故意は阻却されない。

例 Lは清廉潔白だから神のご加護により釜茹でにしても死なない(盟神探湯参照)、と信じているMがLを煮えたぎる湯の中に放り込み、結果としてLが死んだ場合、Mに殺人の故意がなかったとは判断されない。

或る行為が犯罪に当たるかどうか知らない、ということによって故意が阻却されることはない(刑法 38 条 3 項)。法の不知は恕せず、とされる。(ここから話がロジカルで細くなる)

例えば、著作物を無断でインターネットにアップロードすることは著作権侵害であり犯罪である。著作権法を詳しく知らなくても、アップロードが であるという の有無は無関係であり、自分がアップロードする をしているという があれば、故意ありとされる。

逆に、著作権法に詳しくて違法性を知っていても、アップロードする行為についての認識がなければ(例えば、パソコンがインターネットに繋がっていないと思いながらパソコンを操作していたが、現実には繋がっていた、など)、故意はない。

犯罪か犯罪でないかの線引きが微妙な問題もある。

規制はかなり難しい問題。しか

し、違法かどうかの については裁判官の判断が絶対であり、行為者本人がインサイダー取引規制に違反しない行為だと思っているだけでは故意は (cf.村上ファンド)

### 8.5. 英国騎士道事件・最決昭和 62 年 3 月 26 日刑集 41 卷 2 号 182 頁

正当防衛(人を殴るとか)は、構成要件該当行為ではあるが、  
つまり、構成要件該当行為をする意思は明白にあるが、自分が違法でない信じていることもある。この場合、  
犯罪の

Cf. なお、正しい意味での確信犯も、自分の行為が正当であると信じている(義賊は窃盗をする意思があるが、  
極悪商人等から貧しい人に再分配することが正義であると信じている、とか)が、  
がないことにならない。

自分が のつもりで他人を蹴ったり殴ったりする場合、暴行罪・傷害罪の構成要件該当行為をする  
意思があるものの、

例えば、愛するN男とO女が抱き合っているのを見た通りがかりのPが、「OがNに襲われている！助けなければ！」と勘違いして、Nを突き飛ばし( という)怪我をさせた場合、PがNに対し傷害罪の構成要件  
該当行為をする意図はある。しかしPは、正当防衛であるという勘違いをしているので、  
はない(Oが襲わ  
れていると勘違いしたことについての

英国紳士Aが、CはBに襲われていると勘違いして、Bに回し蹴りをくらわした事件で、千葉地裁昭和 59 年 2 月  
7 日判決は、次のように述べて無罪とした。——「Bの行為についての前記Aの誤想を前提とする限り、その反撃  
としてAがBに対して左回し蹴りに及んだ行為は、相互の行為の性質、程度その他当時の具体的な客観的事情  
に照らして考察するならば、C及びAの身体を  
に  
ものと言  
うべく」中略「Aの本件行為は、  
に該当して、  
、またその誤想したことにつ  
いて  
は認められないので、結局Aの本件行為は罪とならない」。

ところが、これに検察が異議を唱え控訴した。——Aが誤想した状況を前提としても、回し蹴りで殺しちゃ駄目  
でしょう。

例えば、Qが店で窃盗をし、逃げようとしたところ、店員RがQを射殺した、という場合も、(外国においては窃盗  
犯を捕まえて店の損害を防ぐための射殺が「やむを得ずにした行為」に当たる可能性があるかもしれないが、平  
均的な日本の窃盗犯の装備を想定すると)「やむを得ずにした行為」とはいえず、  
として、犯罪の  
ありとされるし、  
も阻却されない。

また、先の誤想防衛の例に照らして考えると、PがNを拳銃で射殺した場合、正当防衛と思っていたとはいえ防  
衛というにはやりすぎである。正当防衛の要件をみると「やむを得ずにした行為」とあり、男Nが女Oを襲って  
いると誤想して、PがOを防衛するためPがNを殴ったり突き飛ばしたりする程度であれば「やむを得ずにした行為」  
であるから違法性が阻却されるものの、拳銃による射殺は防衛のための「やむを得ずにした行為」の範疇を超えて  
いる。これを  
という。

実は千葉地裁も、誤想過剰防衛の可能性を視野に含めつつ、「  
相当性を有するも  
のであつて、防衛の程度を超えた行為ということとはできない。確かに、反撃行為により生じた結果は重大である  
が、反撃行為により生じた結果が偶々侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為そのものが防衛  
の程度を超えていないものである以上、過剰防衛となるものでない」、と判断していた。

刑法 36 条と 37 条 1 項が同じ「やむを得ずにした行為」と表現しているものの、範囲が違う。

36 条 の場合、「反撃行為により生じた結果が偶々侵害されようとした法益より大であつても」防  
衛のためという程度を超えていなければ「やむを得ずにした行為」に当たる可能性がある。

37 条 1 項 については「これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り」という明示的な限定がついている。

従って「やむを得ずにした行為」の範囲は の場合の方が の場合よりも広い。

検察は、千葉地裁の「防衛の程度を超えた行為ということとはできない」の判断に疑問を持ったわけである。そし  
て、東京高裁昭和 59 年 11 月 22 日判決及び最高裁昭和 62 年 3 月 26 日決定は、誤想過剰防衛に当たると判  
断した。

ところで、PがNを射殺した場合は、過剰である(防衛の程度を超えている)ことはPも分かっているだろうから、  
Pが誤想していたことを前提としても、過剰防衛行為の故意があることは理解できる。

英国紳士Aは、自分は回し蹴りが防衛の程度を超えていない、というつもりで回し蹴りをしたのではないかな、  
そうすると、Aは過剰行為について故意があることにならないのではないかな？



## 9. 租税の意義と機能

### 9.1. なぜ租税があるのか

#### (1) 提供のための

公共財(public goods)……典型は国防。トマトの消費などとの違いについて。

(nonrivalrous):消費が競合しないので利用する人が増えても追加的費用がかからない。

(nonexcludable):利用する人を締め出すことが困難である。

国防… ○日本居住者が一人増えても自衛隊の費用は変わらない。

○日本と△△国との戦争になった時に、日本居住者の中に「日本は△△国の属国になるべきだ」と考えて自衛隊のための費用負担に反対する人がいるとしてもその人だけ防衛しないということは無理。

応用問題:インターネット上で読める小説という財は、非競合性・非排除性を備えているといえるか。また、そのサイトにパスワード等のアクセス制限がかけられている場合はどうか。

例:トマト…食べたい人が一人増えると費用が増える。カネを払わない人を店から追い出せる。

↓

#### (free ride)問題

お金を払っても払わなくても自衛隊に守ってもらえるなら、合理的な人は自衛隊にお金を払わない。

↓

…:誰も自衛隊の費用を負担しなかったら自衛隊は組織できない。

市場はそこそこ有能だが、市場でも失敗があるので、政府が提供せざるをえない goods(財)がある。

(しかし もあるかもしれない。かといってNPO・非営利組織に任せられるか?)

#### (2) (所得・富の)

国家が弱者救済をしないとすれば、篤志家・宗教施設等に頼ることとなる。弱者を見殺しにするという価値判断もありえないではないが、現在の憲法 1条は「健康で文化的な最低限度の生活」を保障せよとする。(また価値判断を抜きにしても治安の問題がある)

再分配は租税だけでなく (social security 生活保護や年金等)とも組み合わせて達成される。

尤も、無い袖は触れない。一般に憲法 25 条は 1項 1号を規定し、これを 2項 1号で 2項 1号を課しただけで、生活保護受給者が「私の『健康で文化的な最低限度の生活』が保障されていない」と訴えても、裁判所は、よほど生活保護の金額が少ないなどのことがない限り、訴えを棄却する。

仮に憲法 25 条がプログラム規定ではないと解釈し、いくら国家財政が貧しくとも弱者にお金を配るべきだとすると、国家が無理やり財産を取り上げて(尤も憲法 29 条 1項 1号との緊張関係が生ずる)弱者に配り、みんなで貧しくなりました、ということになる。

憲法 25 条 1 項 すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。

2 項 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。

憲法 29 条 1 項 財産権は、これを侵してはならない。

2 項 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

3 項 私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

一般論として 1項 1号は弱者のため(再分配の 1項 1号とする)である。

増税→弱者いじめとする論調を時折見かけるが、弱者いじめに繋がるかは設計次第。

発展:再分配という言葉は、市場等での財の配分状態が最初にある公正なものであり、課税が後からしゃしゃりでてくる、というイメージを与える。しかし、課税前の状態が適正・公正で課税が市場等を攪乱するものである、とイメージすることに正当性があるか議論の余地もある。租税法というよりは法哲学などの問題となる。

cf. (poverty trap)…貧者支援や貧困からの脱却の困難さ。最低限の生活費を給付し、その水準を上回る収入があれば同額の給付を減らすとすると、受給者の 1項 1号が阻害される( 1項 1号と等しいため。現在は同額の給付を減らすというほどではないがやはり労働意欲阻害の程度は強い)。生活保護だけでなく、震災・原発被害を受けた人の政府・東電による生活保障の設計でも共通する問題。かといって、【最低限の生活費】から給付額を削るというのも理屈が立ちにくい。

cf. (basic income)… 1項 1号を貧者・富者問わず給付し、収入については漏れなく通常の税率で課税することとどめ労働意欲阻害効果を除去することを狙った政策提案。行政の 1項 1号が

減ることを期待する論者もいるが、けが人・病人を見殺しにするのでない限り、行政の裁量は劇的には減らないし、【収入に漏れなく課税する】ための行政コストは馬鹿にならない(現行法では少なくとも 38 万円までは課税されないなど、課税から漏れている収入額が結構あり、  
などの考慮から行政コスト低減も考えられている)。

## 9.2. 租税以外の方法との比較

前節の内容は、国家の活動(公共財の提供、再分配)のためにお金が必要、ということだけである。そのお金をなぜ国民に嫌われる租税という形式で調達するのか？税金以外にどんな方法があるだろうか？昔の公租公課というと (稲) (労役の代替→人头税) (布)とか (徴兵)とか…

### 11.2.1. (conscription)との比較

公共財(軍備)のため税金で志願兵を雇うより徴兵制の方が安上がりか？ Cf.田中秀臣 [ブログ](#)

○そもそも徴兵された兵士の指揮が低く防衛力が低下する(らしい。軍ヲタに尋ねて下さい)。

○機会費用を無視した人的資本の配分は比較優位に照らし効率性(後述)を阻害する。

### 11.2.2. (comparative advantage)って？

アインシュタインは天才的発想のみならずタイピングも早かったらしい。自分でタイプすべきか？そんな馬鹿な。秘書がアインシュタインよりタイピングが下手でもアインシュタインがタイピングに時間を使うのはもったいない。

→ もったいないの意味は？ → の方が高い。

例:A国農地 1m<sup>2</sup>で麦を 10、米を 20 生産できる。B国農地 1m<sup>2</sup>で麦を 6、米を 18 生産できる。  
A国・B国それぞれに農地は 100m<sup>2</sup>ずつある。A国民は米 1000 を、B国民は麦 300 を確保したい。

	麦 50:米 50 鎖国	A70:30 B25:75	麦 150 米 400 交換	A90:10 B0:100 貿易
A国	麦 米	麦 米	麦 米	麦 → 米 →
B国	麦 米	麦 米	麦 米	麦 → 米 →

米の生産能力だけに着目するとAの方が生産能力が高い( )。Aで生産すべき？

A国で米は麦の 倍生産できる。B国で米は麦の 倍生産できる。

A国で米は麦の の農地を要する。B国で米は麦の の農地を要する。

A国は麦生産について、B国は米生産について、 がある。

比較優位にある財の生産に し両国間で貿易した方が両国の が高まる。

国家間のみならず人と人との比較においても、必ず比較優位・比較劣位は存在する。

徴兵にしても奉仕活動を若者に義務付けるにしても、比較優位を無視した愚論。

### 11.2.3. (接収も含め)、 事業

江戸時代の金山銀山などの を思い出してみよう。

現代であれば石油産油国は を国(又は王室)が保有し、公共財提供の資金とすることができる(かもしれない)。或いは、旧ソ連や中国のように、全事業を国有事業と位置付け、事業利益を公共財提供の資金にあてることのできる(かもしれない)。

でも日本の天然資源ってそこまで潤沢じゃないよね。

って壮大な実験だったけど結局ソ連も中国も失敗だったよね。

日本含め多くの国で、電信電話等、様々な事業が国有事業から した。

### 11.2.4. 、過料、反則金、 等

スピード違反したら とかとられる。警察が頑張ってガンガン罰金とかも含めて金を市民から巻き上げたら、公共財提供の資金調達に資するよね？……いやいや額が足りない。

じゃあ、殺人犯の場合も懲役刑とかじゃなくて を課すことにすればいいんじゃない？

↓

そもそも憲法 31 条 条項に違反する可能性がある。何でも犯罪を課税対象にして金を巻き上げようとしたら、逆にお金払えば何でもできる、賄賂のような状態になる。

[浅妻]結局、比較優位を活かして各人が事業活動に従事し、一部金銭を徴収して軍備等に充てるのが効率的だと歴史から学んだのだろう。(相続税等では もあるが、基本的に が最もコストが小さい。)

### 9.3. 租税を課すことの正当化根拠

・ 国家契約説を背景とし、市民が国家から受ける利益の対価と見る考え方。国防等の公共財を考えれば否定し難いが、  
の理念と衝突する恐れ。

・ 国家は当然に課税権を持ち(権威的国家思想)、国民は当然に納税義務を負う、とする考え方。国家は国民の利便のために存在するという理念と衝突する恐れがある。

現実には、利益説と義務説のどちらかというのではなく両者を止揚(aufheben)したものとして理解すべき、といわれる。

### 10. 租税法律主義

憲法 30 条 国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。

憲法 84 条 あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。

cf.歴史的に は国王による恣意的課税を防ぐために現れた。

cf.英国のマグナ・カルタとかフランスの三部会とか思い出して。

#### 10.1.

(間接) →課税対象者の同意。 (cf. 事件)

[浅妻]租税法を作るのが外国政府である場合、予測可能性が担保されていても、その租税法に従う気が失せるかもしれない(尤も、論証は難しいかもしれない)。但し外国の事情を度外視するわけにはいかず、自分たちで租税負担の配分を決するという事を実現することは、難しくなっている。例えば、資本家に多く課税しようとする、資本家が外国に移る可能性がある( )。

[浅妻]現実には参政権のない者にも課税する( )、( )等)。**【課税対象者の同意】**【国費自己負担】という論理は貫徹されてない。不公平な課税か否か、という別の考慮要素で補完せざるをえない。

応用問題: 参政権のない に課税することは違憲か?

民主主義の問題は の問題でもある。どの程度 (行政庁が作る)に委任することが許されるか(立法府が行政府に委任することが許されるか)、が議論される。

は許され、 は許されないと解されている。

#### 10.2.

→

課税結果が予測できなければ、 という説明。

実際のところ規定が未整備の領域は少なからずある。規定が未整備である際の不利益も無視できないが、規定を作るための もある。実務家としては、予め税務署に課税結果について尋ねる(事前確認制度)こともあるし、権威ある学者の書物に依拠するというのもあろう。

そもそも取引が萎縮すると何が悪いのか?……取引は社会の (welfare)を増大させるものである(例: 林檎 10 個のA氏と肉 5kg のB氏との間の取引)。取引が萎縮すれば、社会に発生した筈の厚生がなくなる。

### 10.3. の原則

法律で定められた通り課税しなければならず、課税当局には課税を重くしたり減免したりする が認められない。 もできない。

(国によっては地元の有力者への課税が恣意的に軽くなったりしている?)

ところが… ・東京高判平成 15 年 1 月 30 日判時 1814 号 44 頁

資本金5兆円以上の大銀行に限定し、東京都が を新たに作って課税しようとした。

背景…… に伴う が積み重なっており、今年利益を出していても課税所得が零

で、法人税も納めず東京都への 等も納めていない、という状況が続いていたので、課税所得が零で

も (資本・従業員規模等に応じた課税)をしようとした。

東京高裁は、東京都の銀行税条例が地方税法 72 条の 22 第 9 項の均衡要件(それまでの納税額と比べていき

なり税負担が急増するような条例を作ってはいけない。

条項)に照らし、違法であるとした。

中に、外形標準課税の税率を3%から0.9%に下げ、銀行側が  
ような形で決着した。

という、和解の

しかしこの和解っぽいものに法的拘束力はあるのだろうか？

Cf.通常の和解には

がある。

例:離婚訴訟で200万円受領で離婚に同意する和解をした後、離婚しないとゴネるのは不可。

#### 10.4. の禁止？

遡及立法を禁じる明文の規定は憲法にないが租税法主義(憲法84条)違反に当たらないか？

事件・最判平成23年9月22日平成21年(行ツ)73号民集65巻6号2756頁

**事実** 平成16年3月26日立法、4月1日施行。平成16年1月1日～12月31日の所得に適用される。

平成16年1月1日～3月31日の間に住宅を譲渡して が発生。旧法によれば に  
より他の所得と相殺することができるので税額が安くなる。新法では譲渡損失が利用できないため税額が安くな  
らない。4月1日施行の法律でもって3月31日以前の取引の損失の利用を制限するのは として  
違憲というべきではないのか？

**補足** 損失の利用とは？

例:所得税率40%の人が、5000万円の所得と4000万円の譲渡損失を抱えたとする。

単純に所得に課税されるだけであると、

の納税義務発生。

しかし4000万円の損失を5000万円の所得から控除することができる」として

の納税義務で済む。

4000万円の損失を利用することにより、税額が

減ることとなる。

複数の同種の事案が裁判になった。

福岡地判平成20年1月29日判時2003号43頁(違憲)→福岡高判平成20年10月21日判時2035号20頁  
(逆転・合憲・確定)

千葉地判平成20年5月16日平成19年(行ウ)15号(合憲)・東京高判平成20年12月4日平成20年(行コ)236  
号(合憲)の上告審として最判平成23年9月22日平成21年(行ツ)73号(合憲)

東京地判平成20年2月14日判タ1301号210頁(合憲)・東京高判平成21年3月11日訟月56巻2号176  
頁(合憲)の上告審として最判平成23年9月30日平成21年(行ツ)173号(合憲)

遡及課税の禁止は憲法に明示的に書かれていない。憲法84条に違反するだろうか？

Cf.憲法39条「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を  
問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」…… の禁止

しかし は自由主義の理念にもとるので、憲法84条の趣旨により違憲とされることがあるのではない  
か、と議論されることがある。最高裁は、 があるとしつつ、本件の租税法の改正の合理性等を  
指摘した上で例外的に違憲としないと判断した。

遡及課税の是非は という問題も惹起する(英米は遡及課税容認傾向が強い)。

遡及的課税を違法と判断した例……福岡高裁那覇支判昭和48年10月31日訟月19巻13号220頁

1958～1964年:納付義務のない を納付(特定の種類の魚等について)

1964年法改正:1958年以来課税物品表に掲げられていた場合と同じようにする。

1964年以前に納めた物品税額は の不当利得であるとし、納税者が

一審:原告に損失はなく、不当利得返還請求権はない。

物品税は、店が納税義務者であっても、負担するのは消費者である(後述の消費税法の議論を参照)ので、  
である原告らに損害はない、という論理。しかし一般消費者が不当利得返還請求権を有す  
るのだろうかという疑問も思い浮かぶ。

二審:過去、課税の根拠なくして徴収した税金の還付を不要にするための立法であって認められない。不当利  
得返還請求。(違憲という言葉は使っていないが違憲と判断したのとはほぼ同様)

## 11. 租税公平主義

### 11.1. 憲法 14 条 1 項：

憲法 14 条 1 項 すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

・最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 卷 2 号 247 頁

争点 される大学教授の給与所得について 認めない規定の違憲性？

補足 所得税法 28 条 3 項 ( ) と位置づけられる)は訴訟頻発を避けるためかなり納税者に甘く設計されている。つまり、実際の経費が給与所得控除額を上回るとは殆どない(が、本件では実額経費の方が大きいと原告は主張している)。例:給与収入 500 万円で 万円控除。

例えば、10 万円の給与収入に対して、給与所得控除により経費が 3 万円とみなされるとすると、実際にかかった経費が 4 万円であっても、真実の所得は 6 万円しかないのに 7 万円の所得があるとして課税される。

補足 サラリーマンから見ると自営業者等の所得が適正に税務署に捕捉されていないのではないかという不満(所謂 や といった の問題)が、自営業者等から見るとサラリーマンの所得が不当に減らされているという不満が、それぞれある。

cf. アメリカではサラリーマンも申告するとよく言われるが源泉徴収はある。アメリカの申告の多くは還付目的。

判決の内容

●租税の立法については「財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とする」「極めて専門技術的な判断を必要とする」

●「 」であることが「 」でない限り、裁判所は立法府の判断に口出ししない。

●給与所得者の実額控除(選択制も)の執行上の困難 → 区別の「目的は正当性を有する」

●目的との関連において合理性を有するか ……給与所得者の「必要経費の額が一般に…給与所得控除の額を上回るものと認めることは困難」

上記のように述べて、最高裁は、憲法 14 条 1 項違反の主張を斥けた。

(但し伊藤正巳補足意見…… > が著しい場合、違憲とする)。

検討

●本判決は、 ( )を採用している。

●この一般論を本件に適用することに賛成するか?…特に実額経費控除を一般的に認めないだけでなくもできないことについて、判旨に賛成するか?【給与所得控除制度を設けることの合理性】が、【実額経費控除の選択を認めないことの合理性】を論理必然的に導く訳ではないことに留意すべし。それでも本判決は合憲としている。【規定が合理的か否かの問題】と、【規定が合憲か否かの問題】即ち【立法府の判断に司法府が口出しすべきかの問題】とは異なる。

●租税立法には常にゆるやかな合理性の基準が妥当すると解すべきか? 性差別などは?

不合理な差別は禁じられている。

しかし、 に委ねられている部分は広く、(平等取扱原則違反であるという主張が提起されることは多くても)裁判所によって立法裁量の外にあると判断されることは、滅多にない。

ゴルフ場娯楽施設利用税事件・最判昭和 50 年 2 月 6 日判時 760 号 30 頁

……ゴルフは金持ちの だから課税することは違憲ではないと判断。

**検討** 今もゴルフは金持ちだけの娯楽か? また金持ちの娯楽はゴルフだけであろうか? 例えばクルーザーに課税すべきであろうか?

金持ちのゴルフ利用者に課税すると、金持ちの負担というだけで済むか? 金持ちではないかもしれないゴルフ場経営者や従業員等の生活を圧迫することはないのか?

**応用** ラーメン税、携帯音楽再生機税(iPod 等)などを創設するとして、それは合憲か? そもそも現在 や に特別な税を課していることは合憲なのか? (正当化するとすれば )

注意:iPod 等の携帯音楽再生機を私的録音録画補償金の課金対象に新たに含めようという制度案について、

たまたに「iPod 税」と呼ばれることがあるが、これは著作権の問題（iTunes Store との二重課金を正当化するのか等）であって租税とは別問題。JASRAC 批判はともかく財務省批判は筋違い。

**奈良県文化観光税条例事件・奈良地判昭和 43 年 7 月 17 日行集 19 卷 7 号 1221 頁**

……東大寺の入場料に奈良県が課税することは 等に違反しないと判断。

憲法 20 条 1 項「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」

**応用** 逆に について、例えば宗教法人の非収益事業非課税は違憲か？  
そして誰が を有するか？（課税緩和制度について訴訟となることは極めて稀。）

等の (あるいは課税緩和) について  
宗教の非課税(但し については課税している)について、その他の NPO (Non-profit Organization 非営利組織)の問題と絡めて非課税の理論的な正当化根拠が議論されることもあるが、単に政治的に課税しにくいだけだ(民主政治下で となっている)とする議論もある。

宗教を することも違憲の可能性はある……宗教法人でおみくじを販売すること、占い師が占いをして代金を取ること、カウンセラーがアドバイス等をして代金を取ること、等を比べ、違いを見出すことができるか？

宗教法人による人間の葬祭と (寺院以外の民間企業もしている)は両方とも宗教活動か(非収益事業として非課税となるか)？

最判平成 20 年 9 月 12 日判時 2022 号 11 頁はペット葬祭業について収益事業に当たるとして の課税を肯定した。東京地判平成 24 年 1 月 24 日判時 2147 号 44 頁は、宗教法人の墓石等販売は法人税法施行令 5 条 1 項 1 号の物品販売業に当たる(法人税非課税の「墳墓地の貸付け」{法令 5 条 1 項 5 号ニ;法基通 15-1-18}に当たらない)とした。

東京高判平成 20 年 1 月 23 日平成 18 年(行コ)112 号はペット供養施設について宗教施設であるから は非課税となると判断した。東京地判平成 24 年 6 月 21 日宗務時報 115 号 31 頁:弁財天・稲荷を祭った各祠が相続税法 12 条 1 項 2 号「墓所、霊びょう[霊廟]及び祭具並びにこれらに準ずるもの」に含まれ、相続税の課税価格に算入されない、とした。

**酒類販売免許制合憲判決・最判平成 4 年 12 月 15 日民集 46 卷 9 号 2829 頁( 裁判とも呼ばれる)**  
酒販売免許制(許可制)は の自由等に違反しないと判断。

憲法 22 条 1 項「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」

**検討** 梅と焼酎と砂糖を買ってきて梅酒をつくる行為は課税対象となるか？

税収確保目的というだけで庶民のどぶろくを楽しむ自由( )まで制限してよいのか？

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。」

**応用** 出国者に課税することは移住の自由違反するか？( を課す例が外国にはある)

憲法 22 条 2 項「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。」

## 11.2. 担税力(ability to pay, Leistungsfähigkeit)

[浅妻]～～には があるから課税してよい等の言説(或いは逆の言説)が巷間でなされるが、疑問がある。担税力がある、というのは、課税を許容することの ではなく、課税すべきであるという であるにすぎないのではないか。なぜ担税力があると考えなのか、或いは担税力がないと考えるのか、について論述しなければならぬ。例えば、お酒の消費と医療の消費に同じ担税力があるか否か(課税上同じ扱いをすべきか否か)を論じる際、担税力という語で何を想起しているのか自覚すべし。

担税力の基準として、 ・ ・ (財産)がしばしば挙げられる。

——所得税・消費税・財産税を組み合わせることでバランスの取れた税制にする。

[浅妻]まだ理解できない。各種の課税に欠点があるので、色々組み合わせることでその欠点の影響を和らげるということか？(参照:渡辺智之「所得・消費・資産」ジュリスト 1289 号 218 頁)

余談 大阪地判平成 25 年 5 月 23 日 所得税 34 条 [ブログ](#) 160 億 当せん金付証券法 13 条

### 11.3. 水平的公平と垂直的公平

「～～は不公平だ」という議論を始めると、何を基準として公平を論じているのかという争いになる。  
 ……国の予算は概ね 90 兆円であり、これを人口の 1.2 億人で割ると一人あたり約 75 万円の税金が必要である。  
 各人が 75 万円納税しなければならないとする課税方法( )は或る意味公平？

- : 同様の状況にある二者を同様に扱え
- : 異なる状況にある二者を異なって扱え

例:A は 1000 の所得を得、100 消費する。B は 100 の所得を得、100 消費する。A と B とは同様の状況か。  
 例:C は 1000 の所得を得、1000 消費する。D は 1000 の所得を得、100 消費する。C と D とは同様の状況か。

上の二例は、所得を基準とするか消費を基準とするかで、変わってくる。

水平的公平・垂直的公平という言葉は重要だが、その概念に多大な期待を寄せてもいけない。何を以って同様の状況(又は異なる状況)にあると考えるか自体が難題である。

### 11.4. 公平(equity)と中立性(neutrality)・効率性(efficiency)

#### (1) 不公平とは限らない差別的・非中立的取扱

税のない世界において、ともに収益率 10%のX・Yという二つの投資先があるとする。X債券の利子に税率 50%で課税し、Y債券の利子に課税しないとする。Xの税引後収益率は、Yの税引後収益率は。

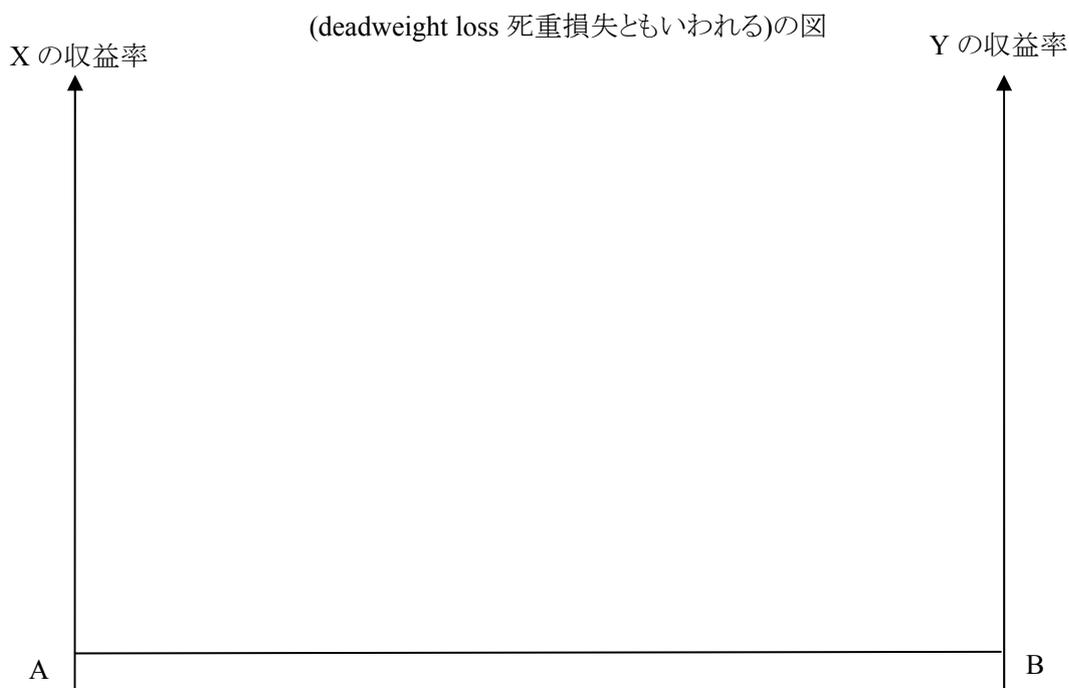
Xへ投資していた者の一部がYへの投資に振り替える。(diminishing returns)\*の法則を前提とすると、Xの収益率が上昇し、Yの収益率が減少する。最終的に、Xの税引後収益率とYの税引後収益率が同じになるまで、XからYへの振り替えが行なわれる。例えば、税引後収益率 7%\*\*などに調整される。

\*大砲とバター为例として説明される。世の中には、大砲の製造に適した生産要素とバターの製造に適した生産要素とがある。大砲の生産量が少ない場合、まず大砲の製造に最も適した生産要素から投入されるので、生産性が高い。しかし、大砲の生産量を増やそうとするにつれて、大砲の製造に適していない生産要素も投入することとなり、生産性が落ちていく。バターについても同じことが言える。

\*\*5%~10%の範囲でどこに落ち着くかは状況次第。7%という数字は説明の便宜のためのもの。

調整後の状態を (equilibrium)という。

Yについて名目的には課税されていないにもかかわらず、調整過程を経てYの税引前収益率が 10%から 7%などに低下していることを、(implicit tax)が課せられているという。



差別的・非中立的な課税は、必ずしも結果的にも不公平とは限らない。

50%の課税を受けると知りながら敢えてXに投資した者を事後的に救う(非課税とする)と、却ってXを不当に優

遇することとなる。Yに投資した者に事後的に課税すると、却ってYを不当に冷遇することとなる。

応用例:所謂 問題について——名目的な税率は 50%であり、サラリーマンはその所得の 100%が課税に服し、自営業者はその所得の 60%が課税に服す、という世界を仮想する。サラリーマンの所得にかかる税率が であり、自営業者の所得にかかる税率が である、というのと同じことである。就業形態について差別的・非中立的な扱いである。しかし、サラリーマンか自営業者か自由に選べるのだから結果的には不公平でない——といえるか？

- 就業形態の選択が、X債券・Y債券の選択と同じように、スムーズにできるとは限らない。就業形態選択の (friction)がある限り、不公平さは残る。
- (transition)の問題——追加的な例として、或る日突然サラリーマンの税率が 30%に下げられたとする。市場における調整を通じてサラリーマンが減少し税引前所得が上昇していたときに、突然制度が変わると、自営業者がサラリーマンになろうとする次の調整の間、既にサラリーマンであった者は (windfall)を得る。(注意:制度変更が常にたなぼたをもたらすとは限らない。制度変更が予想されている場合など。)
- 職業選択は、X債券とY債券への投資と異なり、税引後所得の多寡のみによって決せられるのではない。cf. 憲法 22 条 1 項「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」

市場で常に完璧に調整されるとはいえない。が、不公平は見かけほどではない、というのも一面の真実。

## (2) 非中立的、非効率

選択が自由にでき、移行の問題もクリアされるならば、不公平さはなくなるが、それでも差別的・非中立的な取扱に何か不都合があるのか？ …… をもたらすのが悪い。(上の図を参照)

差別的・非中立的な取扱が常に非効率をもたらすとは限らない。

例:独身男性に課税し、独身女性は非課税、とする。性別は選べないので に影響しない(夫婦等のカップルは別論)。非中立だが効率性には影響しない。

尤も大抵の非中立的取扱は非効率をもたらすので、非中立と非効率とが同義であるように言われる。

中立性は、何と何との選択に着目するかを明らかにした上で初めて意味を持つ。

例:独身男性の賃金に課税し独身女性は非課税とする。

→独身男性の による非効率が生じる(賃金課税の非効率は後述)。

この非効率は、「男」に課税した結果ではなく、「賃金」に課税した結果である。(やはり夫婦の問題は別論)

効率的な課税とは…… (lump-sum tax) ⊃ (a poll tax, capitation)

例:くじ引きによる課税だと一人一人の税額が異なるが、人々の行動は変化しない。

納税者自身の行動と無関係に有無を言わず徴収される税が、効率的な租税 ≠ 良い租税 ex.身長税

## (3) 公平(衡平)と中立性(効率性)との関係

公平と効率性との (trade off)の関係…分配を平等にしようとする、課税される側の働く気が失せ、分配の対象である経済的パイの大きさそのものが小さくなる(つまり非効率になる)。

なお、平等というとき、結果の平等と機会の平等が区別されることが多いが、区別し通すのも困難。

本講義で公平はあまり扱わず中立性を扱うことが多い。公平を論ずるのはまだ難しい。

### 11.5. 租税の歴史

明治時代の日本の税収の多くは と による。所得税が税収面で中心的な地位を占めるようになるのは、大正から昭和以降である。

諸外国でも、昔は土地に対する税及び物品税が税収を支えていたようである。

欧米で最初に所得税が採用されたのは、 後の英国(19世紀初頭)でと言われる。所得に課税するには納税者についての広範な情報が必須であり、所得税はプライバシー侵害を伴う汚らわしい税だと受け止められた。

日本では戦争のために相次ぐ増税(他国も増税の原因は大概戦争)。戦後の日本の税制には

が大きな影響を与えている。アメリカの財政学者で、所得に対する課税を中心とすべきとした。

20世紀後半以後、税収面における消費税( :フランス三大発明の1つ)の比重の増加。(余談:もう2つは革命とメートル法)

## 12. 所得税

## 12.1. 所得に課税することは ？

経済学的な意味での真の所得 = (utility)  
 しかし測定困難。移転不可能。課税の指標として金銭的価値で表現する必要がある。

所得概念: 消費した分が課税所得となる(貯蓄部分は非課税、引き落とし分は課税)  
 所得概念: = 所得である。(貯蓄部分も課税する)

現行法は包括的所得概念に従って課税しているので、純資産増加部分に課税するというのが一見当たり前に思われるが【 した何かである】という発想で課税すべきというのは、当然のことにように思えるが、学問的にははるか昔から純資産増加に課税することは非中立・不公平だと議論されてきた。

一般に、今年の 100 円と来年の 100 円は経済的に等価ではない。

あなたがトマトを買うために 100 円使おうと思ったところ、銀行が「100 円私に貸して下さい。今の事業のためにどうしても要るのです。来年返しますからトマトを買うのは来年でいいじゃないですか。」と言われたとして、あなたは来年幾ら貰えるなら今 100 円使うことを諦めるか？

人によって 107 円だったり 124 円だったり……少なくとも 100 円以下で OK という人はいない。

利率・割引率が年 10% であるということは、今年の 100 円と来年の 円とが等価であるということを意味している。(割引率年 25% なら、今年の 100 円 = 来年の 円)

1 年後の 110 円の今年における (discounted present value) が 100 円である。

利息 10 円は時間的調整項目にすぎない… (time value of money)。

2 年後の 121 の割引現在価値は、 = である。

あなたが銀行から「おめでとうございます。あなたは一年後 100 円を貰う権利を手に入れました。でも、今すぐお金が欲しければ、幾らか割引いた額を渡しましょう。今すぐ貰うためなら幾らまで割引かれても我慢できますか？」と言われたとして、幾らまでなら納得するか？

人によって 94 円だったり 83 円だったり……少なくとも 100 円以上という人はいない。

利率・割引率が年 10% であるということは、来年の 100 円と今年の 円とが等価であるということを意味する。(割引率年 25% なら、来年の 100 円 = 今年の 円)

2 年後の 100 の割引現在価値は = である。

(利率・割引率は本当は異なるが本講では説明の便宜のため同じという前提)

利率・割引率が年 10%、税率が一律 40% であると仮定すると

A: 今年 1000 稼いで今年税引後所得を全て消費する。

B: 今年 1000 稼いで今年税引後所得を全て貯蓄し来年消費する。

A: 今年税引前所得 1000 税 税引後所得 …消費額

B: 今年税引前所得 1000 税 税引後所得 …貯蓄

来年元利合計 税引前所得 税引後消費額

来年の消費額 の今年における割引現在価値は =

Aの方が有利 → , という非難。

得たもの(純資産増加)に課税するのは不公平だし非中立的でもある、という批判が生じる。

↓

得たものではなく消費額だけ課税すべき(貯蓄部分は非課税とすべき)という説がある。

B': 今年税引前所得 1000 税 貯蓄額

来年元利合計 税 税引後消費額

来年の消費額 の今年における割引現在価値は = …Aと同等

貯蓄時に課税するが利子受取時・消費時に課税しない。

今年所得 課税 税額 貯蓄 → 翌年元利合計 → 消費 = 今年の

を上回る収益だけが (profit ) であり、 である

は利潤ではない。

消費のみに課税せよという主張は、貯蓄分を控除せよ、または、利子に課税するな、という主張である。  
(貯蓄時課税せず消費時にも課税されないのが最も有利…… がこれに近い)

貯蓄・投資に対して課税すべきでない、という主張には、2 つの契機がある。

第一 理念的な議論……利子への二重課税は貯蓄を阻害するから、貯蓄に対して課税すべきでなく、貯蓄の非課税(消費のみへの課税)は lifetime( ) の仕方に対して ・ である。

第二 執行の問題……投資所得( とか とか)は が速いので、課税すべきでない。税負担が重いと、投資が日本から外国へと移ることとなり( )、結果として日本は貧しくなってしまう( が低くなってしまう)。

cf. 北欧諸国における (Dual Income Taxation)……投資所得に一定税率で軽く課税し、労働所得に累進課税をする。

勤労性所得[賃金]は担税力に乏しく資産性所得(投資所得)[利子・配当等]は担税力に富んでいるので、前者より後者に重く課税すべきである、としばしば言われる。しかし上記第一の点から後者に課税することが望ましいかについて学問的に疑問であるし、第二の点から実際上も投資所得に重く課税することは難しい。

に課税すべきか に課税すべきか? …二通りの解釈がある。

- 部分を課税対象に含めるべきか課税対象から除外すべきか?
- の所得税で個々人に課税すべきか、 の消費税で課税すべきか?

### 12.2. 所得概念と課税時期

(mark-to-market method)と (realization method)との違い

例:利子率 10%。税率 40%。2000 年に 2000 で購入した土地が 2001 年に 3000 に値上がりしていた。しかし 2001 年においては土地を保有し続けていた。2002 年に土地を 3000 で売却した。

年度	地価	所得/税	所得/税
2000			
2001			
2002			
名目値合計			
2001 換算			
2002 換算			

実現主義の場合 2001 年の税額が 0 であるが、包括的所得概念を前提とした場合に納めるべき 400 の税を全く納めない訳ではない。400 の税が将来に繰り延べられている、という。これを という。

利子率(割引率)が正であれば、課税繰延は納税者にとって有利である。

(収入)は遅く認識してもらい (費用)は早く認識してもらうこと、が納税者にとって有利。

課税繰延の利益……繰延期間だけ国から繰延税額分の を受けるのと同じ。

(Cf. 2001 年に 400 を無利息で借り、2002 年に 400 を返済すれば良いとしたら)

- 未実現利得を認識しない理由
- (1) の困難
  - (2) 納税のための の困難

#### 所得概念と年度帰属との関係

例:2000 年末に「将来 3 年間、毎年度末に 100 を受け取ることができる有価証券」を買ったとする。

「お金」の方の列に従って所得を認識し、課税する、ということは許されないのか。——所得概念は私達が議会を通じて自由に定義しなおしてよい。それは所得税という名前でも実質としては消費課税である。

時価主義はおかしい? → は、所得課税の理念と消費課税の理念との妥協である。

或る(有力な?)考え方——実現主義は、執行上仕方なく採られているものではなく、人々の所得の認識の仕方に基づいている。(遅い所得実現が税務上有利なのに人々は遅らせようとなし、など)

	お金	現在価値	減価	所得
2000 年				
2001 年				
2002 年				
2003 年				

[浅妻]時価主義を徹底すると、課税が取引・イベントから遊離する。

例:2020 年に天体観測をした結果、このままでは 2023 年に隕石が地球に衝突すると判明する。隕石を破壊するため、2023 年にミサイル専門家が活躍する。 → 2020 年の所得として課税するのは感覚に合わない。

### 12.3. 直接税としての所得税の意義… に い課税を

の課税で課税の公平・効率性を達成することができるならば、個人ではなく企業段階での課税で済ませた方が手取り早い。

(所得が多い人ほど高い税率をかける)が課税の公平・効率性のために必須であるならば個々人の経済状態に着目した直接税としての所得税が重要となる。

累進課税が仮に公平であるとして、効率的か？

(1)富者にとっての 100 円より貧者にとっての 100 円の方が 高いであろう。

→富者に重く課税し、富者から貧者へと再分配をした方が であろう。

(2)沢山稼げる人について重く課税してしまうと、 が阻害されてしまう。(税引前賃金 1 万円の仕事について、税率 10%なら税引後 円を得るために働くが、税率 40%なら税引後 円を得るために働くことはしないで遊ぶ等)

→累進課税で稼ぎの多い人ほど高い税率に直面させることは であろう。

(1)(2)理屈としてはどちらもありうる。どちらが現実に妥当するかは の問題。

([発展](1)(2)は矛盾しない。再分配をしつつ労働意欲阻害の程度を抑えることは、難しいが不可能ではない。)

所得税法 89 条は を採用している。

課税段階・所得段階	税率	速算控除額
195 万円以下	5%	0 円
195 万~330 万円	10%	9 万 7500 円
330 万~695 万円	20%	42 万 7500 円
695 万~900 万円	23%	63 万 6000 円
900 万~1800 万円	33%	153 万 6000 円
1800 万円超	40%	279 万 6000 円

(cf.地方住民税 10%も上乗せ。2015 年から 4000 万円超 45%。2037 年まで震災復興増税)

所得 195 万円の場合→税額  $195 \times 5\% =$  (万円) 税引後

所得 200 万円の場合に全て 10%で課税すると、税額 (万円) 税引後

cf. 下ではこのような

が生じてしまい不合理。

超過累進税率では所得段階ごとに区分して課税する。

$=$  (万円) 税引後

上の計算式はもう少し簡略化できる。

$200 \times 10\% - 195 \times (10\% - 5\%) = 200 \times 10\% - 9.75$  (速算のための控除額を使う方法)

税引前所得 2000 万円の場合  $2000 \times 40\% - 279.6 = 520.4$ (万円)と計算できる。

例:338 万円の収入があって、38 万円の基礎控除のみ適用される場合

控除後の 万円についてのみ課税対象となり、

$=$  円が税額となる。

○ (又は段階税率)(marginal rate)は %である(追加的な 1 万円に対し 円の税)。

○ (average rate)は  $=$  %である。

○ (effective rate)は  $=$  %である。

(国際比較等では実効税率がしばしば用いられる。 の多寡が実質的負担に影響するため)

累進(progressive)税率下では の誘因が働く。  
○妻単独で八百屋事業を営み税引前所得 300 万円を稼ぐ場合

(cf.実際には所得分類とか所得控除とかあるので計算はもっと面倒だが)

○夫婦共同で八百屋事業を営んだということにして半々の 150 万円ずつを稼いだ場合

所得分割が認められると高い税率が適用される所得が減る(低い税率が適用される所得が増える)ので合計の税額が安くなる。  
実際には、特に家族内での所得分割を認めないための規定(所得税法 56 条)があるし、事実認定の問題として真に単独事業ではなく共同事業として経営しているのかが争われることもある。

余談:[ドラクドドラゴン](#)の鈴木さん・塚地さんの収入折半契約は贈与か?

日本は個人単位で課税しているが、夫婦単位或いは世帯単位で課税するという国も多い(後述)。  
累進の反対は (regressive 又は )という。実際には殆ど採用されてない。比例税率は東欧で多い。

#### 12.4. 帰属所得(imputed income)

:自分が所有する財産の利用や自分の労働から生じ、市場を経ずに直接自分に帰属する所得。

家を買ひ、店子に貸す →賃料 120 万円が大家にとっての収入(=所得)となる。  
店子が家を借りる →賃料 120 万円は消費支出であり、課税対象から控除されない。  
家を買ひ、自分で住む →店子として 120 万円の消費支出をし、大家として賃料 120 万円を得た。  
→ ……現在日本では課税対象となっていない。しかし課税する立法例は珍しくない。例えばオランダでは課税している。日本でも、課税対象とすべきである、という議論があるにはある。

帰属家賃非課税がもたらす非中立性

税引後 2000 万円の現金を有するAとBを想定。利率=10%。税率=40%。家賃 120 万円相当の家を想定。

○Aは 1200 万円の家を買ひ、800 万円を貯蓄する。

利子 万円につき 万円の税金。帰属家賃 万円非課税。

Aが毎年 500 万円の賃金を稼ぐとすると、課税所得 万円、税 万円、残額 万円。

○Bは 2000 万円貯蓄し、借家住まい。

利子 万円につき 万円の税金。支払家賃 万円非控除。(家賃受領者も課税される)

Bが毎年 500 万円の賃金を稼ぐとすると、課税所得 万円、税 万円、残額 万円。

——AがBよりも有利である。 → している。

発展:Bの支払家賃の控除を認め、A・B間の中立性を図ると、どのような非中立性が生ずるか?

:自分で自分に労務を提供すること。

床屋が客の髪を切る →客から 2000 円の収入(=所得)を得る。(便宜的に費用 0 とする)

客が床屋に行く →2000 円を消費支出。課税対象から控除されない。

自分で自分の髪を切る →客として 2000 円の消費支出、事業者として 2000 円の収入(=所得)

:例えば食料品店の店主が売り物の食料品を自分で食すること。

所得税法・消費税法の適用に当たって、店の帳簿上は売ったものとして処理しなければならない。

所得税法 39 条: 等の自家消費の場合の総収入金額算入 ( は規定なし)

消費税法 4 条 4 項 1 号:「個人事業者が棚卸資産[等]を家事のために消費し、又は使用した場合における当該消費又は使用」は、「事業として対価を得て行われた資産の譲渡とみなす」(28 条 2 項 1 号参照)

床屋が自分で自分の髪を切った場合も、八百屋が売り物の野菜を自分で食することと経済的には同じであるが、立法上手当てされていない(←上記法令は「たな卸資産」に限定しているため)。

帰属所得は上記のように非中立性( )の問題として議論されることもあるが(働いたら賃金に課税される一方、余暇を頼むことから得られる効用は非課税であるという非中立性→次回へ)、伝統的には帰属所得は の問題として捉えられ、 ではなく で計算される。

## 12.5. 課税単位と配偶者控除

- (1) 片稼ぎの夫婦は、同じ所得の共稼ぎの夫婦よりも、税負担が重くなるべき。片稼ぎ夫婦には、外で働いていない者の家事役務による があるから。
- (2) 夫婦2人の所得合計額と、独身者2人の所得合計額が等しい場合、前者の税負担が重くなるべき。夫婦世帯には共同生活による (economy of size)があるから。
- (3) 独身者1人の所得と片稼ぎ夫婦の所得が等しい場合、前者の税負担が重くなるべき。前者の方が生活のための費用が少なくて済むから。

↓

例えば、A(独身者1人 500)、B(片稼ぎ夫婦 500)、C(共稼ぎ夫婦 250+250)、D(独身者2人 250+250)の場合、税負担は であるべき。

個人単位で課税すると、片稼ぎの夫婦が共稼ぎの夫婦よりも累進税率の下で重い税負担を負うこととなる。これは、片稼ぎ夫婦における家事役務による帰属所得を考慮すれば或る程度正当化できる(上のB>Cを参照)が、それでも(特に累進カーブがきつかったかつての時代にあつては)重すぎるのではないか、という不満が表れる。また片稼ぎ夫婦にあつても、いわゆる「」があるはずであるが、個人単位主義ではそれが蔑ろにされてしまう(ひいては男女差別に繋がる)、という批判も現れる。そこで、制度の方が合理的ではないか、との意見も出てくることがある。

↓

二分二乗訴訟:現行法は違憲でないと最高裁は判断した(最判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁)。二分二乗制度の方が合理的とも言い切れない。

独身者より夫婦世帯が有利になる(上の が満たされず となる)  
 共稼ぎより片稼ぎが有利になる(上の が満たされず となる)

上の を達成するために、夫婦合算非分割主義とすべきであろうか。今度は規模の利益に照らしてもなお、夫婦の税負担が重すぎることとなりかねない。これは「(or 課税)」(marriage penalty)であつて、税制の婚姻中立性を阻害する、と非難される。これは単一税率表の場合の話である。

改善策として、税率を複数用意し、夫婦には独身者よりも広い bracket を定めるべきであると提案されることがある。しかし、ここで単純に bracket を二倍にしたのでは、C>Dの要請が満たされなくなる。Bracketを1倍より広く2倍より狭い範囲で設定すべきということになるが、何倍が適正であるかは難題。

→【累進税率】【合計所得の等しい家族に等しい税負担】【税制の婚姻中立性】の3つを同時に満たすことは不可能。つまり課税単位の問題に正解はなく、何かを犠牲にしなければならない。

課税単位の設計については様々な制度の組み合わせがありうる。

- ▲ 単位主義
- ▲ 単位主義( 単位・ 単位)
  - ◆合算非分割主義/合算分割主義(均等・不均等)
  - ◆単一税率表制度/複数税率表制度

○個人単位主義(←現在の日本。所得控除等で配慮) 他ありうる選択肢として

○夫婦単位合算非分割主義(+複数税率表)アメリカなど

○夫婦単位合算均等分割主義(二分二乗制度)

○家族単位合算不均等分割主義(N分N乗制度)フランスなど

日本は個人単位主義を基礎とするが、などで或る程度課税単位の問題に対処している。

所得税法83条: ……非就労配偶者(所得金額38万円\*以下の控除対象配偶者、一般に妻)がいる場合、就労配偶者(一般に夫)の所得から38万円の控除を認める。単なる個人単位主義では となってしまうところ、控除により を達成しようとする。

専業主婦(夫)が働き始めて103万円(給与所得控除が65万円だから)に達すると配偶者控除がなくなるが、83条2の が適用され、控除額 のみ。は意味が無い。

の方が重要…給与収入が130万円を超えると、扶養から外れ、健康保険・年金保険料を自ら負担しなければならない→2016年改正予定(月8万8000円から)。

最判平成9年9月9日月報44巻6号1009頁:所得税法83条の配偶者は、納税義務者と法律上の婚姻関係にある者に限られる。

(他の法律で使われている概念を租税法規が借用しているもの。配当、相続等の概念)は、原則として租税法独自に解釈するのではなく借用元の法律におけるのと同義に解釈すべしとされる。民法上の配偶者や親族に限ったのでは、経済状態を課税に適切に反映させることができない( )の配偶者がいる場合も法律婚と同様に生活費がかかる)。他方で ( ) という要請もある。

[浅妻]同性愛者が配偶者控除を利用できないことは差別だと思う。

## 12.6. 労働と余暇との選択

導入 所得税が労働の意欲を削ぐといわれるが本当か？

課税されれば貧しくなって一層働かなければならなくなるのではないか？

(substitution effect): 価格の相対的变化により、同じ効用を得るための財の選択が変化する。

(例: めろんがりんごと比較して相対的に高くなれば、人はりんごを以前より多く買うようになる)

(income effect): 資源が増加又は減少することにより、財の選択が変化する。

(例: 贈与を受けて突然裕福になった人が、りんごよりも奢侈品であるめろんを以前よりも多く買うようになる)

cf. ( ): 所得が 1% 増えた時に消費が 1% より大きく増えるか否か。

前提: 人は時間を労働か余暇に充てる。

労働によって得た賃金には課税がなされる一方、余暇によって得た効用には課税されない。

○課税により余暇と対比して労働(による金銭)の相対的な魅力が減ずる。→労働時間減少( )。

○課税により貧しくなり、生きていくためには金銭が必要。→労働時間増加( )。

代替効果と所得効果とが相殺しあって労働時間が変化しない場合でも、現実の労働時間が変化していないからといって、人々の行動に歪みが生じてない(市場に非効率が生じていない)、ということにはならない。

効率性の観点からは、代替効果による行動の歪みのみが意味を持つ。経済学者が効率性の議論をするときは、所得効果が ( ) された状態を仮想して代替効果についての議論をする。

お金(を使う消費)が好きなA…日給 1 万円の仕事を週 6 日する。所得 6 万円に課税。

遊ぶのが好きなB…日給 1 万円の仕事を週 2 日する。所得 2 万円に課税。…所得税は怠け者優遇。

注意: ここでは一週間の間で働く日と余暇の日とを選択する、という枠組みで説明しているが、一日の中で何時間働くかという枠組みでも、一年の中で何日働くかという枠組みでも、説明可能。

効率性の観点からAとBとを中立的に扱うには、実際に幾ら稼いだかではなく、幾ら ( ) があるかに着目して課税すべきである、ということになる。ABとも週の収入 7 万円と擬制する(税率は少し下げる)など。

発展: 消費税は遊び人・怠け者を優遇する効果を持つか。お金のかかる消費(例えば食事)とかからない消費(例えば妄想に耽るなど)とを区別してみた上で、考察せよ。

Cは週休 2 日で年間 1000 万円稼ぐ。 / Dは週休 4 日で年間 1000 万円稼ぐ。

現実には、CとDは同じ税負担を負うことになる。余暇を優遇する意図がなければ、Dに対してCよりも重い税負担を課すべきである。以上の説明は労働と余暇との間の ( ) についてのものであるが、

の観点からも、CよりDに重い税負担を課すべきとされよう(執行の困難という観点を除けば)。

但し幾ら稼ぐ能力があるかを基準にすることには、 ( ) の観点から疑義が呈せられることがある。

——有名大学卒業のEは、一流企業(年収 2000 万円)の内定を断り、劇団に入った。アルバイトで食いつなぐ日々であり年収は 200 万円。課税標準は 2000 万円であるべきか 200 万円であるべきか？

cf. 憲法 22 条: 職業選択の自由 [浅妻]違憲と判断されることはないかもしれないが…

## 12.7. 人的資本(human capital)

: 労働者の生産性に資する労働者自身の知識・技術等の人的属性のこと。

人を機械に準えると、機械への投資と人の教育・訓練という投資は、ともに生産性に寄与する。

人々が大学に行く際、学費だけでなく、4 年間働いていれば得られたであろう賃金も犠牲にしていると言われる( ( ) の考え方)。それだけのコストをかけてでも人的資本を高める(将来の高賃金)狙い。

cf. 大学進学にはシグナリング効果(signaling)もあるが近年は企業がシグナリングを無視することもある(?)

才能も人的資本の一つといえる。スポーツ選手やモデルなどが挙げられる(練習・化粧等の投資もある)。

投資(教育・練習・化粧・整形等)の結果得られる所得に課税すれば、投資に負の誘因が働く。

才能(運動能力・美貌等)の結果得られる所得に課税しても、人々の行動が歪められない(効率的)。

(妬み・僻み)——投資の結果に対しても才能の結果に対しても、貧者は同様に妬み・僻みを持つかもしれない。前者への妬みによる課税は人々の行動を歪める一方、後者への妬みによる課税は人々の行動を歪めない。スーパースターの所得に妬みを抱いて課税するのはおかしい、とは言い切れない。

cf. 現実には人々の所得のうちどの部分が才能によるものでありどの部分が投資の影響か、不分明。

運動能力や美貌は、通常の収益を超える超過利潤( )というをもたらすものと考えられる。

cf. rent とは元々は地代という意味。最初から存在する土地から発生するものでありいわばたなぼた。

の考え方——年収 1 億円のモデルに 9400 万円の税を課したとしても、そのモデルが別の仕事をして得られる年収が 500 万円ならば、そのモデルはモデルを辞めない。即ち がなく である。或る意味理想的な課税(所有権を尊重する論者ならば、たとい効率的でも rent tax は悪いとするかも?)。

人的資本概念を考慮に入れて投資・消費の区別を考えるとどうなるか。

教育: 人的資本への投資であり、教育費((勉学のための書籍費も同様)を経費として控除するか、資産計上した後減価償却すべし。[現行法: 基本的に教育費も消費であり控除不可。但し、学資金で給与の性質を有さないものが課税対象から外されている。所得税法 9 条 1 項 15 号。 [所基通 9-14](#) 以下参照。]

医療: 人的資本の補修であり、機械の修繕費と同様に、所得から控除すべし。

[現行法: 基本的に消費。ただし恩恵的( )・所得税法 [73 条](#)]

食事: 生命維持部分は投資であり、所得から控除すべし。悦楽部分は消費であり、所得から控除しない。

[現行法: 基本的にどちらも消費であり控除不可]

[浅妻] 医療や食費に担税力がないという通念は、人的資本概念で或る程度説明可能であろう。人的資本概念は(人的資本という概念を知らなくても)の租税公平感に影響していると思われる。しかし人的資本概念を税制にまともに組み込もうとすると、課税ベースが今よりも格段に狭くなる恐れがある。

## 12.8. 給与所得控除

所得税法 [28 条](#) 3 項:

…殆どのサラリーマンの必要経費をカバーして余る程の所得控除。

- 一 前項に規定する収入金額が 180 万円以下である場合 当該収入金額の 100 分の 40 に相当する金額(当該金額が 65 万円に満たない場合には、65 万円)
- 二 前項に規定する収入金額が 180 万円を超え 360 万円以下である場合 72 万円と当該収入金額から 180 万円を控除した金額の 100 分の 30 に相当する金額との合計額
- 三 前項に規定する収入金額が 360 万円を超え 660 万円以下である場合 126 万円と当該収入金額から 360 万円を控除した金額の 100 分の 20 に相当する金額との合計額
- 四 前項に規定する収入金額が 660 万円を超え 1000 万円以下である場合 186 万円と当該収入金額から 660 万円を控除した金額の 100 分の 10 に相当する金額との合計額
- 五 前項に規定する収入金額が 1000 万円を超える場合 220 万円と当該収入金額から 1000 万円を控除した金額の 100 分の 5 に相当する金額との合計額 [別表第五については割愛]

例: 給与収入 150 万→控除: (万) 給与所得: (万)

例: 給与収入 500 万→控除: (万) 給与所得: (万)

捕捉率に関するクロヨン問題と、給与所得控除に対する自営業者からの妬みにつき [大嶋訴訟](#) 参照。

所得税法 [57 条の 2](#): (2 項 1~5 号) について実額で控除が認められる。大嶋訴訟で納税者は敗訴したが、法改正の契機を作ったという政治的な意義がある。但し現行法下でも限定列举(少し拡充)。

事件・最判昭和 53 年 8 月 29 日訟月 24 卷 11 号 2430 頁

楽団所属のヴァイオリニストのヴァイオリン購入費の必要経費としての控除は認められるか?

○給与所得について必要経費の控除はそもそも予定されていない。→ であると主張

○ヴァイオリン購入費全額が購入年度の必要経費になる訳ではない。

について: 例えば 10 年間稼働する機械を第 0 年度末に 1000 で購入しても第 0 年度の経費が 1000 となるわけではなく、(定額法で計算する場合) 第 1 年度の費用 100、第 2 年度の費用 100…と各年度の収益に対応する費用の部分だけ毎年少しずつ費用として計上していく。

納税者側が給与所得扱いを好むときの狙いは

納税者側が給与所得扱いを嫌うときの狙いは

誰が給与所得を得る者として扱われるかという範囲の問題は難しい。プロ野球選手は？[力士](#)は？

## 12.9. 給与所得の範囲

課税事件・最判昭和 37 年 8 月 10 日民集 16 卷 8 号 1749 頁——勤労者が使用者から通勤費用の支給を受けたとき、給与所得を構成する。通勤費用手当を受けていない勤労者との公平を図る。

↓

所得税法 [9 条](#) 1 項 5 号「通勤手当」を非課税所得とする… 規定という(反対: 規定)。  
立教大学の近くに住めば家賃が高くつくが であって家賃を控除できないことと比して不公平ではある。  
しかし親の介護の都合など、住む所を自由に決めることができない人もいる。

通勤手当のように使用者が従業員に支給する給料以外の便益のことを という。

レクリエーション……社会通念上一般に行なわれている範囲では所得課税をしない([所基通 36-30](#))。

岡山地判昭和 54 年 7 月 18 日行集 30 卷 7 号 1315 頁…ハワイ 5 泊 6 日旅行を課税対象とした例

大阪高判昭和 63 年 3 月 31 日判タ 675 号 147 頁…香港 2 泊 3 日旅行を非課税とした例 (その後 [個別通達](#))

「 」理論(「 」)

所得税法 9 条 1 項 6 号「給与所得を有する者がその使用者から受ける金銭以外の物(経済的な利益を含む。)でその職務の性質上欠くことのできないものとして政令で定めるもの」

所得税法施行令 [21 条](#) (非課税とされる職務上必要な給付)「[法第 9 条第 1 項第 6 号](#) (非課税所得)に規定する政令で定めるものは、次に掲げるものとする。

- 一 [船員法第 80 条](#) (食料の支給)の規定により支給される食料その他法令の規定により無料で支給される食料
- 二 給与所得を有する者でその職務の性質上制服を着用すべき者がその使用者から支給される制服その他の身回品
- 三 前号に規定する者がその使用者から同号に規定する制服その他の身回品の貸与を受けることによる利益
- 四 [国家公務員宿舎法](#)昭和 24 年法律第 117 号) [第 12 条](#) (無料宿舎)の規定により無料で宿舎の貸与を受けることによる利益その他給与所得を有する者でその職務の遂行上やむを得ない必要に基づき使用者から指定された場所に居住すべきものがその指定する場所に居住するために家屋の貸与を受けることによる利益」

従業員にとって利益になってはいるが強制された消費であるので、例えば船員が 1000 円相当の食糧を支給されても個々の船員にとっては 1000 円相当の満足を感じないかもしれない。

——実務上最も問題となるし、家賃が不相当に低ければ課税対象となる([所基通 36-40](#) 以下)。

公務員が官舎に住む便益につき課税すべき、という意見もある。自分の住みたい所に住めない状況にあっても、通常賃料と実際の家賃との差額が全て従業員等の便益となっているといえるかについては、議論の余地あり。

特許法 [35 条](#) ( ) 3 項「従業者等は、契約、勤務規則その他の定めにより職務発明について使用者等に特許を受ける権利若しくは特許権を承継させ、若しくは使用者等のため専用実施権を設定したとき、又は契約、勤務規則その他の定めにより職務発明について使用者等のため仮専用実施権を設定した場合において、[第 34 条](#) の 2 第 2 項の規定により専用実施権が設定されたものとみなされたときは、 の支払を受ける権利を有する。」

Cf.「特許を受ける権利」の

は発明者個人にある。

訴訟・東京地判平成 16 年 1 月 30 日判時 1852 号 36 頁——中村修二氏が日亜化学に対し「相当の対価」が過小であったから 200 億円をよこせと請求。東京地裁は、特許発明の実施料額は 1208 億 6012 万円であり、発明者の貢献度は 50% であるとして、相当対価の額は 604 億 3006 万円であると認定した。但し請求額が 200 億円だったので 200 億円の請求を認容。

東京高裁係属中の平成 17 年 1 月 11 日に和解が成立し、相当対価の額は約 6 億円(その他の発明の分も合わせて約 8 億円)で決着した。スレイブ・ナカムラなどとも呼ばれたが、そもそも特許法 35 条が従業員に「相当の対価」請求権を認めていることが政策論として妥当なのかについても論争が起きた。

cf. 著作権法 [15 条](#) の

について、著作権の原始的帰属は使用者(会社等)にある。

従業員が発明をして特許を受ける権利について「相当の対価」を受け取った時に、それが給与所得なのかという問題がある。[所基通 23~35 共](#) -1 は、 又は と解している。学説では異論あり。

cf. 職務著作に関して従業員が受けるものは当然に給与所得扱い。

### 13. 法人税

#### 13.1. 法人の意義と法人税の意義

とは……人の集まりにすぎず、権利義務の帰属主体として人工的に作られたものであるにすぎない。数人が集まって事業をする際、数人の共有名義で事業を行なっても構わないが、人数が増えると全員の共有名義で取引をするのが著しく煩瑣になる(例:店舗を借りる契約など)。そこで生きている人間とは別個の法律上の権利義務の帰属主体としての法人を作って、その法人の名義で取引をする、とした方が便利となる。

→ 法人自体が効用を感じるわけではないので、法人税を課しても法人自体の租税負担とはなりえない。法人に担税力はありません。法人税という名称であっても、法人に関わる人間の負担となるにすぎない。

→ 法人に課税するのではなく個人だけに課税するのが租税政策の本筋。

→ だからといって法人に課税しないとすると、個人が事業を行なえば課税を受けるのに、法人形態で事業を行なえば個人に利益が分配されるまで課税を受けないという 的な扱いとなってしまう。

分配されるまで課税されないとすれば、合理的な納税者は利益を法人に しておくであろう。

→ 法人に課税しないと新たな非中立性が生まれてしまうので課税するが、法人自体の担税力をもって課税しているのではなく、 として法人税が課されている。

(つまり法人税の意義は「取り易いところから取る」ということ)

→社会的実体としての法人自体の担税力に対する独自の税として法人税を位置付ける。

→法人は人の集合にすぎず、**法人税は個人所得税の前取り**であると位置付ける。

#### 13.2. 法人・株主の二重課税

法人に対する課税をなくすわけにはいかないが、法人の所得に課税することで別の問題が生まれる。

会社の資金調達——debt/equity の選択及び組織形態の選択にかかる非中立性

debt:銀行や社債権者からの借り入れ。利子は法人の所得計算上控除される。

equity:株主からの出資。配当は法人の所得計算上控除されない。

→

(【二重課税≠可哀想】に留意。非中立性→非効率が問題)

この非中立性をもたらす非効率とは？

○法人の自己資本比率を下げさせ(借入比率を上げさせてしまい、 が最適な水準を超えて高まりすぎてしまう。

(注意:倒産確率=0が望ましい訳でもない。生産性の低い会社は買収されるか倒産した方がいい)

○法人よりも組合等の法形式を促進してしまう。法人の (会社が倒産しても会社債権者は株主に財産請求等できない)等を利用するかはビジネスの判断に基づくべき。(Cf.組合等は原則として無限責任)

#### 13.3. 課税繰延

法人から個人に利益が分配されるまで課税されなくても、個人が分配を受け取った時に課税されるならば、別に法人税がなくても法人の利用が有利にはならないのではないか？

例:所得税率 40%、法人税率 0%、税引前収益率 10%。A氏が個人で投資、B氏が法人を通じて投資。

A 氏: 第 0 年度に 10000 を投資。

第 1 年度、税引前で 11000 になる。所得が 10000 になるので税は 4000、税引後で 7000 となる。  
その残りをまた投資する。

第 2 年度、税引前で 12100 になる。所得は 11000 なので税は 4400、税引後で 7700 となる。

.....

一般化すると、第  $n$  年度において 11000<sup>n</sup> となる。  
第 10 年度には税引後で 7700<sup>10</sup> となる。

B 氏: 第 0 年度に 10000 を投資。

第 1 年度、11000 になる。

法人に留保したまま、また投資する。

第 2 年度、12100 になる。

.....

一般化すると、第  $n$  年度において 11000<sup>n</sup> となる。  
第 10 年度には税引前で 11000<sup>10</sup> となる。  
第 10 年度に法人から個人に分配する。所得が 11000<sup>10</sup> になるので税は 4400<sup>10</sup>、税引後、7700<sup>10</sup> となる。

更に一般化する。個人の所得税率を  $t_p(=40\%)$ 、法人税率を  $t_c(=0\%)$ 、投資額を  $I(=1)$ 、税引前収益率を  $r(=10\%)$  とした場合の  $n(=10)$  年後の残額(法人に投資した場合は  $n$  年後に個人に分配)は次のようになる。

課税がなければ:  $I(1+r)^n = 1.1^{10} = 25937$

個人で投資:  $I[1+r(1-t_p)]^n = 10000 \times [1+0.1 \times (1-0.4)]^{10} = 10000 \times 1.06^{10} = 17908$

法人で投資:  $I\left\{[1+r(1-t_c)]^n - [1+r(1-t_c)]^n - 1\right\}t_p = I\left\{[1+r(1-t_c)]^n(1-t_p) + t_p\right\}$   
 $= 10000 \times \left\{1 + 0.1 \times (1-0)\right\}^{10} \times (1-0.4) + 0.4\} = 10000 \times (1.1^{10} \times 0.6 + 0.4) = 19562$

以上の通り、法人の内部留保に課税しない税制であるとすると、法人の利用が不当に有利になってしまう。  
課税を遅らせることを 税制の遅延 といい、一般に課税繰延は納税者にとって有利である。

個人での投資と法人を通じた投資との間の選択について課税繰延による非中立を防止するためには、法人の利益が個人に分配される前であっても課税するべきである、ということになる。

### 13.4. 法人税法における損失の扱い

租税法の考え方は、やや特殊... 損失・費用が認められると一般的に納税者に有利。

例: 税率 40% で粗利益 3000 とする。

そのまま税率を乗ずると税額は

損失・費用 3000 が税務上認められると税額は 1800 になる。

損失・費用が認められれば税額が減るので、損失・費用の認定を巡り税務署と納税者は争う。

通常の 損金算入: 投資家から投資を募るなどの目的のため会社の利益・財務状況を不当に良いように見せかける。... 商法とか証取法とか企業会計の課題。

税務上の 損金算入: ... 課せられる税金を少なくする目的のため会社の利益が不当に低いように見せかける。... 税務会計の問題。

訴訟・最判平成 16 年 12 月 24 日民集 58 卷 9 号 2637 頁

住専処理に伴う銀行側の債権放棄による 損失 が損失として認められるか、が争点。

法人税法 33 条: 損失 の否認。

○企業会計では損失(の可能性)について投資家等に随時正確に情報提供すべき。

○税務会計では納税者が恣意的に損失を計上することを認めてはならない。

従来判例は貸倒損失を損失として計上することにつき厳しい要件を課してきた。

2要件 「金銭債権の 回収不能」  
「回収不能であることは 客観的に認められる」

全額回収不能等を損失の計上の要件とする判例法理には学説上の異論(貸付金債権3億円のうち2億円が回収不能であれば2億円部分について損失計上を許すべきとする意見など)が根強いが、本件でもこの2要件は最高裁で維持された。



## 13.6. 移転価格

## 間取引の例

## 間取引の例

もしP・T間及びP・S間の自動車の卸価格が 600 なら

P: 所得、税額、残額

T/S: 所得、税額、残額

消費者への販売価格や、製造費用・小売費用は操作できない(市場で決まる)がP・S間の価格は操作できる。

P・S間の価格を 500 に下げると

P: 所得、税額、残額

S: 所得、税額、残額

P・S合計で税引後 残る。さっきより合計で 得する。

余談:P・S間の価格を 700 に上げたら?

P: 所得、税額、残額

S: 所得、税額、残額

P・S合計で税引後 残る。最初より合計で 損するので、普通はこんな馬鹿な取引はしない。

関連当事者間取引の価格を恣意的に設定することで所得を軽課税国の法人に移転させることができる。所得を  
させる 付けという意味で移転価格と呼ばれる。

P・S間で 400 という価格付けをした場合、X国の税収が減ってしまうので、X課税庁は適正な価格でP・S間の取引がなされたと  
してPの所得を計算しPに課税する。

適正価格って?… ( ):この例では 600

(P・T間のような arm's length の取引がない場合も多いので適正な価格の算定は困難)

日本では租税特別措置法 66 条の 4 が移転価格税制として独立企業間価格での取引を擬制して課税処分を打つことがある。価格擬制は税務上であるにとどまり、私法上は価格設定は の範疇である。

国際取引: 税率の違いを利用

国内取引: 税率が同じなので移転価格税制の適用はない。が、 の事例はある。

P社(車製造) S社(車販売・その他の欠損金額 200)

製造部門→→車→→小売部門→→消費者

P・S間で 600 の価格がつくと

P: 所得、税額、残額

S: 所得、税額、残額 合計で

P・S間で 500 の価格がつくと

P: 所得、税額、残額

S: 所得、税額、残額 合計で

税率が同じ国内の者同士の間の取引であっても、損失を抱えている者に利益を付け替えることで、全体の税負担が変わってくる。(注: 国内取引に租税特別措置法 66 条の 4 は適用されないが、法人税法 22 条・37 条などの適用により同様の課税が行なわれる余地はある。)

## 14. 消費税（付加価値税）

### 14.1. 取引高税・小売売上税・付加価値税

:各取引段階の売主に対しその売上金額を課税標準として課す。

:小売業者に対しその売上金額を課税標準として課す。

:各取引段階の事業者に対し付加価値を課税標準として課す。(日本の消費税法はこれ)

何れも税率は 5%とする場合

取引段階	無税	取引高税	小売売上税	付加価値税	B80%
原料生産者 A	3000				
製造業者 B	8000				
小売業者 C	10000				

取引高税の非中立性:税負担の累積( )効果)→ を招く。

他方、小売売上税も付加価値税も中立的であると評される。

発展:小売売上税の下で実際には対消費者取引と対事業者取引との区別が問題となる。

注意:現実には、租税分をそのまま価格に上乗せできるとは限らない(後述)。上の表は説明の便宜のため。

付加価値税で仕入段階までの税を引くことを (または前段階税額控除法)という。

発展:小売売上税の下では、小売業者が対消費者取引であるのか対事業者取引であるのか区別できなければならない。例えば、鉛筆を売る場合であっても、消費者に売る場合は課税される一方、事業者に売る場合には課税されない、という区別が本来は必要である。しかしこの区別は実務上難しく、対事業者取引にも課税がなされていて課税の累積が生じている、と言われている。理論上は小売売上税と付加価値税は上記のように同じ結果をもたらすはずであるが、実際上はなかなかそうならない。

注意:課税前の姿と課税後の姿に関する上記の図は、説明の便宜のためのものである。現実には、負担・転嫁・帰着のところで後述するように、税率分をそのまま価格に上乗せできるとは限らない。

### 14.2. 課税方法

課税物件:4条1項「国内において事業者が行った資産の譲渡等」(ただし後述の非課税取引を除く)(輸出入については省略)

事業者:2条1項4号「個人事業者および法人」…個人・法人の区別がない。

資産の譲渡等:2条1項8号「事業として対価を得て行われる<sup>①</sup>資産の譲渡及び<sup>②</sup>貸付け並びに<sup>③</sup>役務の提供[省略]をいう」

自家消費:4条4項「個人事業者が棚卸資産[等]を家事のために消費し、又は使用した場合」、「事業として対価を得て行われた資産の譲渡とみなす」。

税率:29条「100分の4」ただし地方消費税と合わせて5%(地方税法72条の83)。

今後8%→10%と税率が上がる予定であるが、景気が悪ければどうなるか分からない。

### 14.3. 益税の中身

#### (1) 非課税による

設例:上例のCと同種の事業を行なっている別の小売業者Eが、Cと同じ10500円で消費者Dに対し販売しているが、Eは非課税であった。EはCと比べて幾ら得をしているか? ……500円ではなく 円だけ。

#### (2) による益税

消費税法成立後暫くの間益税批判がかまびすしかったが、議論の中心は課税最低限(消費税法9条:当時3000万円、現在1000万円)以下の小規模事業者の益税よりもむしろ、簡易課税制度(消費税法37条)にあった。しかし、その後の法改正により、かなり改善された。

導入当初の簡易課税制度:課税売上高が5億円以下の事業者に、売上げにかかる税額の80%(卸売業の場合は90%)相当額を仕入税額とみなして、控除することを認めていた。

……実際の仕入率が80%未満の事業者には益税が生ずる。

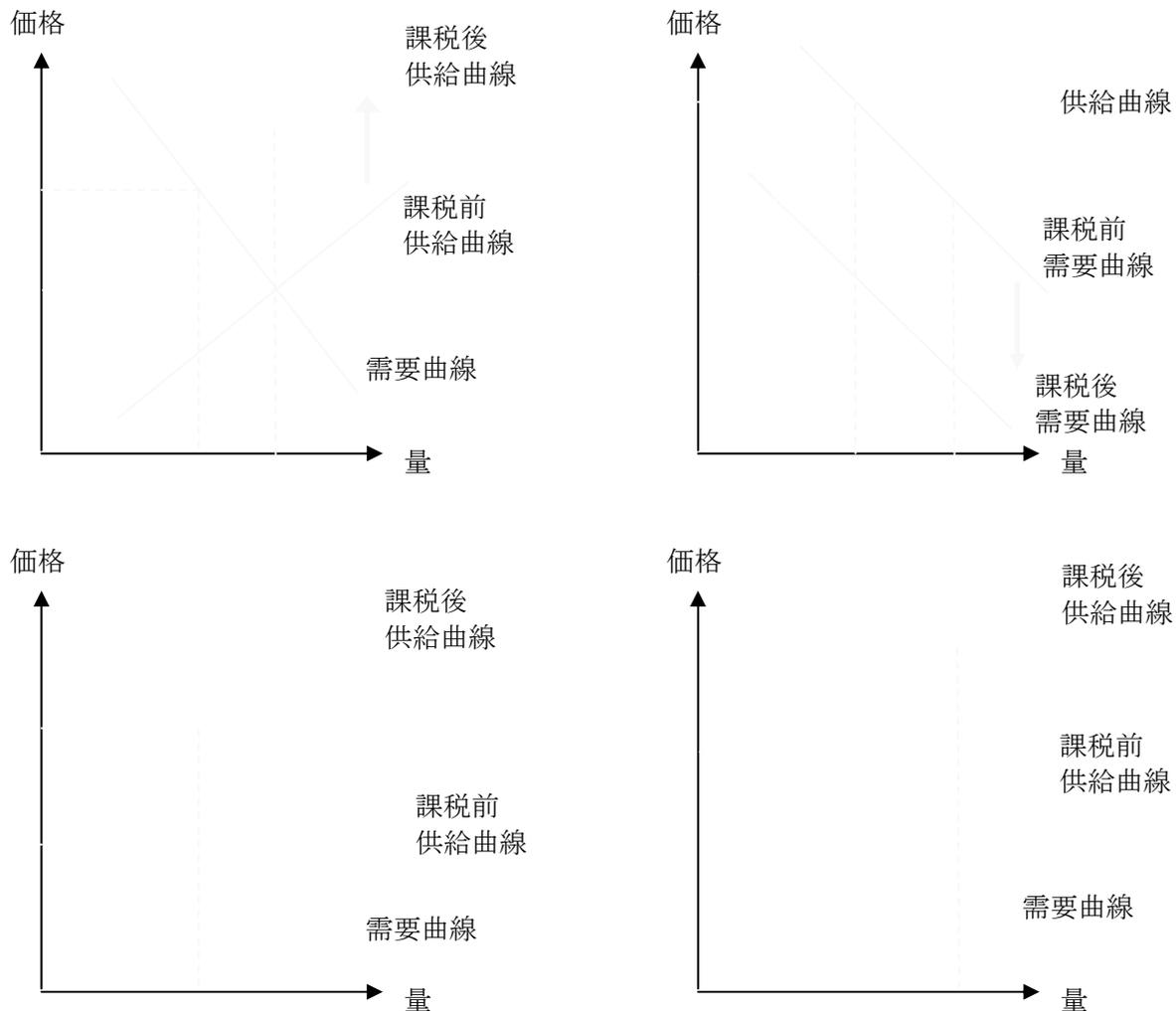
その後の法改正 適用上限:5 億円→4 億円→2 億円→5000 万円

みなし控除率:一律 80% →業種に応じて 90%、80%、70%、60%、50%の 5 段階。

発展:消費税法導入に当たって、政治的な抵抗は二種類あった。消費者からの抵抗と中小企業からの抵抗であった。中小企業に政治的に屈する形で、簡易課税制度等が導入されていた。その弊害は少しずつ減少。

#### 14.4. 負担・転嫁・帰着

「消費税法」という名前であるが、本当に消費者の負担となる税なのか？



:消費者が支払ってもよいと考える一単位あたりの価格で、量が増えると低くなっていく。

:生産者が生産する時に要する一単位あたりの費用で、量が増えると高くなっていく。

(価格から説明しても構わない。或る価格のときに購入できる量を需要曲線が示している、など)

:均衡価格より上で需要曲線より下の面積

:均衡価格より下で供給曲線より上の面積

租税の経済的な負担は需要曲線・供給曲線の (傾き)によって決まる。

標準的な財政学の教科書では、誰に課税するかは、経済的に無意味であると論ぜられる。これは付加価値税

についてのみ当てはまる説明ではなく、様々な租税・公課に当てはまる。(例:保険料の企業・労働者折半)

付加価値税の仕組みとして、租税負担が消費者に転嫁されることが法律上予定されている。しかしこれは法律上予定されているというだけにすぎず、経済的な負担の帰着は、価格弾力性によって決まるのであり、政府がどう

付加価値税率が 5%から 10%に上昇したとき、税込価格が 1050 円から 1100 円に上昇したのであれば、法律上予定されているのと同様に税負担が消費者に転嫁されていると(短期的には)いえる。しかし、値段が 1050 円

に据え置かれたのであれば、税負担は法律上の予定とは異なり供給者が負っていることになる。なぜなら、税込価格を上昇させなくとも供給者は 円の税を納めねばならず、税抜価格は 1000 円 (=1050×100/110)から 円( )になっている。

「短期的には」の意味——長期的には、供給者は値上げを控えるという形で、経済的に付加価値税の負担を負うことになることがある。

供給者が税を負担するの意味——供給者側の誰が税負担を負うのかは、更に闇の中。株主なのか従業員なのか銀行なのか仕入業者なのか…等。

#### 14.5. 執行上のメリット

税務執行上のメリット…

(matching)・相互牽制作用

脱税がしにくい。B が脱税しようと思うとき、売上を小さくするか仕入を大きく見せかけることが考えられる。しかし、B が売上を小さく見せかけようとしても、C は B からの仕入を小さく見せかけたくないので、B と C の両方を調査すれば、B が売上を小さく見せかけても税務署に嘘がばれてしまう。B が仕入を大きく見せかけようとしても、A は売上を大きく見せかけたくないので、A と B の両方を調査すれば、B が仕入を大きく見せかけても税務署に嘘がばれてしまう。

とはいえ、税務署があらゆる取引を調査することはできないから、やはりばれなければ脱税はある。

マッチングは、所得課税の文脈でもある程度は意味を持つ。しかし、贈与のように、支払者の側で控除されず受取人の方で所得に加算される(つまり二重課税がある)場合、マッチングがない。

#### 14.6. 逆進性とライフ・サイクル消費

付加価値税はしばしば といわれる。

しかし を基準とすれば比例税率で課税されているので累進でも逆進でもない。

を基準としても、ライフ・サイクルで見れば逆進性はさほど大きくないという議論がある。→[大竹文雄](#)

或る時期に貯蓄しても、翌年以降に消費すれば、やはり付加価値税が課せられる。最終的に財産を遺さない(死ぬまでに使い切る)のであれば、所得額を基準としても消費額を基準としても付加価値税は比例的であって逆進的ではない。消費型所得概念論者は正に生涯的な見地から公平を論じ、貯蓄もいずれ消費に回されるのであるから貯蓄部分は課税対象とすべきでないと考える。

高所得者の方が貯蓄率が高だけでなく、多くの割合の財産を遺すということが言えて初めて、付加価値税は逆進的であるといえることになる。

$(\text{遺産額} - \text{相続額}) \div \text{生涯所得額}$ で、本当に高所得者の方がこの割合が高いのか調べなければならない。  
([浅妻]一生涯税制が同じままであるということはあまりない。ころころ税制が変化中、本当にライフ・サイクルで租税負担の配分に関する公平を考えることが適切なのかについて、疑問も若干ある。)

#### 14.7. 複数税率

低所得者に配慮するため、生活必需品について税率を下げるべきである(複数税率とすべきである)、という主張がなされることがある。

しかし、複数税率には短所・デメリットがある。

- の問題——旧物品税時代の苦勞へ後戻り。業種別政治闘争激化の恐れ。(それでも欧州では分類しているから、やっでできなくはないというべきか? しかし、欧州における困難な状況を見たので、比較的遅く付加価値税を導入した国では単一税率を堅持する傾向があるとみられる)(英国:ケーキかビスケットか)

- が不明瞭になる。

複数税率導入のためには、欧州式の (税額を記載しておく)が前提条件である、と言われる。

基本税率は 5%とする。

取引段階	無税	付加価値税	現行法 A だけ 2%	インボイス A だけ 2%
原料生産者 A	3000	3150 (150)	3060 (60) [3060×5/105=146]	
製造業者 B	8000	8400 (250)	8400* (400-146=254)	**

注意(\*) 表で 8400 円となっているが、A→B の取引で 90 円値下がりしているの、B の売上は 8310 円で済むとも考えることができる。この場合、8310\*5/105=396 なので B の税額は 396-146=250 とも考えられる。

注意(\*\*) 同様に 8310 円だとすると、396-60=336 円。

複数税率以外の低所得者への配慮方法

- 所得税減税(旧大蔵省の説明):元々所得が少ない人にとっては減税されても無意味。
- 生活必需品にかかる付加価値税額について消費者に する。手続きとしては、現在の医療費控除と同様に、生活必需品の消費額を証明するレシート等を消費者が確定申告で申告し、還付を受ける。
- 実額還付が面倒であれば、消費者に一定額の 【[最低限の生活に必要な生活必需品の消費額]×[付加価値税率]】と同じ額を配れば、付加価値税が低所得者の生活を圧迫しなくなる。
- 実額還付が面倒であれば、所得税納税の際に一定額の を導入する。給与所得者については年末調整の過程に組み込める。所得税額がこの税額控除額より小さい場合、差額分について消費者は還付を求めることになる(いわゆる )。( ではないことに注意。所得控除では高い累進税率の人の方が大きな税務便益を得る。)

殆どの経済学者は複数税率に反対(欧州の学者も複数税率は推奨しない)。

自由民主党・公明党「[平成 26 年度税制改正大綱](#)」(2013.12.12)で複数税率に言及したのは愚行

#### 14.8. 個別消費税との二重課税

例:税抜で 1000 円の商品に 50%の個別消費税が課されているとする。

付加価値税は 1500 円全額に対してかかる。つまり、

ではなく、

で売られることになる。

税に税がかかっている(tax on tax である)という批判がある。

しかし tax on tax 自体が直ちに悪いということにはならない。問題は個別消費税の方にある。

税負担が重いのが悪いという民意があるならば、個別消費税の税率を下げればよい。

上の例では、個別消費税の税率を %にすれば、最終的な価格が 1550 になる。

( )

実際上も、個別消費税の負担を排除しながら付加価値税を課税するという方式だと計算が面倒。

一時期ガソリン税についての政治アピールがあったが、問題の根は財務省ではなくむしろ道路族議員など?

#### 14.9. 国際二重課税排除の方法

では次のように税率の違いにより競争条件が歪められてしまう。

国	日本 5%	X国 20%	Y国 0%
農家	A	E	I2000(0)
パン屋	B	F	J6000(0)
小売	C	G	K9000(0)
輸入	Fから Jから	Bから Jから	Bから Fから

が原則として適用される。税率の違う国の企業でも同じ市場にて同条件で競争できる。

- 輸出免税:輸出取引以前の税額を還付。0%で課税する(0 税率)ともいう。
- 輸入課税:税関で引き取る者が納税 (サービス取引については適用しにくい)

オンライン取引等について輸入課税(税関での課税)は事実上できない。このため、日本の消費者が日本の事業者から音楽をダウンロード購入するか、外国の事業者から音楽をダウンロード購入するか、を選ぶ際に、日本の事業者は日本の消費税が課せられるが外国の事業者は日本の消費税が課せられない、という競争条件の違いがある。この問題について、2013年11月14日公表の「[国境を超えた役務の提供等に対する消費税の課税の在り方に関する研究会 中間報告\(案\)](#)」が、外国事業者に対する課税方法を検討している。(浅妻もこの研究会に参加したが、とても厄介な問題)

## 15. 相続税・贈与税

### 15.1. 相続：平等と自由の観点

→相続は不平等の根源。機会平等のためには相続税率は 100%たるべき。  
相続だけ禁じて贈与が禁じられなければ生前贈与ができてしまう。→贈与にも課税すべき。

→贈与の禁止は資産処分の自由(憲法 29 条: )の侵害。

自由主義の前提条件として機会平等が大切と言われることがあるが、両者を貫徹することは不可能。不平等の根源は何かといえば、親が我が子を隣の子より愛するから、ということになる。親がみな「  
」という価値観を持つようになるなら話は変わるが、価値観を変えるのは困難。

現実的な側面——日本だけ相続税・贈与税が極端に高いと、資本が外国に逃げていく恐れがある。  
現実的な側面——相続人の平均年齢は 68 歳程(但し配偶者含む)。機会平等を図るには遅すぎる。

### 15.2. 相続税の二つの理念型：遺産税と遺産取得税

:遺産に着目。財産税。主に英米。

:相続人の富の増加に着目。所得税の補完。主に独仏。

ただしどちらも理念型にすぎない。日本は遺産取得税の体系に属すとされているが遺産税的要素もある。

### 15.3. 日本における相続税の意義

税制調査会「わが国税制の現状と課題-21 世紀に向けた国民の参加と選択」(2000.7)より

(1) 相続による資産増加は相続人にとって所得の一種であるので所得税を課すべきである。現行法は所得税法 9 条 1 項 16 号が相続・受贈について所得税を課さない代わりに、  
として相続税法で相続税・贈与税を課している。中・低所得階層にとって相続・受贈について所得税法による課税をするとすると、租税負担が重過ぎることとなりがちである。相続税法の存在は大半の日本人にとって寧ろ減税である。

(2) という政策もあるので、富裕層にとっては税負担が軽くなるとは限らない。

(3) 被相続人の生前所得について をするという趣旨もあるといわれる。

(4) ……老人社会保障の見返りとしての、相続を機に課税する。被相続人への社会保障給付(介護費用・医療費用・年金等)があって老人が財産を遺して死ぬ場合、相続人の財産取得を認めるよりも政府に返還させるべきであろう。

### 15.4. 日本の相続税の実態

日本では日本の相続税負担が重く思われている。

外国と比べると、確かに日本の相続税負担は比較的重いといってよい。

しかし (死んだ人のうち相続税が課税される件数の割合)は概ね %程度であるにすぎない。

また相続税収が国税収入に占める割合は %程度であるにすぎず、税収としては消費税の税率を 1~2%上げるだけで済む程度でしかない。

基礎控除(後述)引き下げにより、課税割合は 6%程になると見込まれているが富裕層のみの課税であることは変わらない。

諸外国では、相続税を廃止するか、全般的に相続税を廃止するには至らなくとも配偶者や子( )  
が相続する場合について相続税を全く或いは殆ど課さないように法改正する動きが加速している。

なお、相続税法をなくすと死を契機とする課税が軽くなるとは限らない。例えばカナダでは相続税が廃止された代わりに、被相続人の資産の (買った時の値段と比べて死亡時の時価が値上がりしている場合のキャピタルゲイン)に所得税が課されるようになった。

### 15.5. 相続税法の規定

相続税法 1 条の 3:相続又は遺贈により財産を取得した個人が相続税納税義務者

相続税法 1 条の 4:贈与により財産を取得した個人が贈与税納税義務者

受贈者が国内に住所を有さない場合に、  
 事件・最判平成 23 年 2 月 18 日判時 2111 号 3 頁がある。……税額(加算税含め)1400 億円程の争いとして世間の注目を集めた。(尤も受贈者である武富士長男について若干同情するところもある。)  
 現在は住所が国外にある場合でも日本国籍保有者である場合に 5 年超外国に住んでいなければ日本の相続税を課すルールが導入された。現在は相続税法 1 条の 3、1 条の 4、2 条、2 条の 2。

相続税法 2 条:相続又は遺贈により取得した財産が課税物件  
 在外財産の相続・受贈について所在地国でも課税される場合があるので 調整もある。

・みなし贈与財産:相続税法 3 条～9 条の 6…被相続人から相続したと法律的にはいえないが、経済的にそれに近い関係のもの。(3 条 1 項 1 号)とか (3 条 1 項 2 号)とか。9 条が「対価を支払わないで、又は著しく低い価額の対価で利益を受けた場合」という落ち穂拾いの規定を設けている。

相続税法 11 条の 2:相続又は遺贈により取得した財産の価額の合計額が相続税の課税価格  
 相続税法 13 条: は「相続開始の際現に存するもの」に限る。また「確実と認められるものに限る」(14 条)。

被相続人が 3 億円の資産と 1 億円の借金を遺していた場合、相続税のは 2 億円であるべき。しかし、相続税法 13 条・14 条が、債務について厳しい要件を課しており、債務の存在が税務署に認められるかどうかを巡って法律論としてかなり激しく争われる。  
 3 億円の遺産と 1 億円の借金が潜在的にあるものの借金が現に存する確実なものでないとされると、相続税の課税価格が 3 億円であるという前提で課税されてしまい、後に相続人が 1 億円の借金を負担しても、遡って相続税額を調整する手続が用意されていない。これは立法論として重大な不備であると学者は激しく主張しているものの、改善される見込みはない。

方式 (2009 年に改正される予定だったが頓挫)  
 相続税法 15 条  $=5000 \text{ 万円} + 1000 \text{ 万円} \times \text{相続人数}$   
 養子は 2 人までカウントする。実子 1 人と養子 4 人が相続する場合、基礎控除は 万円。  
 (法改正で、 $3000 \text{ 万円} + 600 \text{ 万円} \times \text{相続人数}$ 、になる予定)

相続税法 16 条 遺産取得税の理念型を前提とすると、各相続人の相続によって取得した財産が課税対象となるべきだが、遺産税的に修正している。  
 民法所定の各相続人が民法所定の相続分に応じて被相続人の財産を相続したと仮定した場合の総税額を計算し、それを各相続人および受遺者に、その者が相続または遺贈によって得た財産の価額に応じて按分する。相続税の総額は、遺産がどのように分割されてもほぼ等しいことになる。  
 ○相続税の負担を減少させるために実際の遺産の分割を隠蔽して均分相続を行なったように仮装する傾向があり、それを阻止する。  
 ○一人の子供が遺産の大部分を相続する場合に税負担が過重になることを防ぐ。

税率は 10%、15%、20%、30%、40%、50%の 6 段階超過累進税率(後掲)

相続税法 17 条 相続税の総額  $\times$  各相続人の課税価格 / 各相続人等の課税価格の合計額  
 ……一回の相続の中で、多く相続した者と少なく相続した者が直面する税率は同じである。

相続税法 19 条の 2: である相続人が受け取る遺産が (要するに遺産の半分) 以下  
 か、 万円以下である場合、配偶者に相続税は課さない。

相続税法 18 条:遺産取得者が子(直系卑属)でも配偶者でも親でもない場合、相続税額を 20%加算する。  
 ([浅妻]被相続人が自分の子でなく隣の子に遺贈するとすると、相続税額が増える。同性愛者が結婚できない相手に財産を遺贈とした場合も、相続税額が増える。民法 900 条の  
 なんかよりも余程違憲の疑いが濃いのではないかと私は思っている。)

相続税法 20 条 :相続の間隔が短い場合(Aが死亡しBが相続し、A死亡後 10 年以内に

Bが死亡してCが相続する場合等)に、その短さに応じて税負担を軽減する。

([浅妻]立て続けに相続税課税が起きたら可哀想と言われるが、私は可哀想と思わない)

前述のように、法定相続分課税方式は、長子相続とか末子相続とか均分相続とかいった  
が租税負担の違いに繋がらないようにとする意図で作られた合理性を有する。

しかし一部の学者は遺産取得税の理念から逸脱しているとして次のように批判する。

例1 Aが死亡し、子B・Cが相続する。遺産2億円について、Bが1.5億円、Cが5000万円受け取る。

例2 Dが死亡し、子E・Fが相続する。遺産6億円について、Eが1.5億円、Fが4.5億円受け取る。

例1の場合

基礎控除 →

B・Cが法定相続分通りに相続したと仮定すると、 万円が各相続人の課税対象。

(万円)

二人相続しているから合計相続税額は (万円)

実際の遺産分割に →Bは (万円) Cは

(万円)

例2の場合

基礎控除 →

E・Fが法定相続分通りに相続したと仮定すると、 万円が各相続人の課税対象。

(万円)

二人相続しているから合計相続税額は (万円)

按分→Eは (万円) Fは

BとEは同じ1億5000万円を相続しているのに、別の相続人が幾ら受け取ったかで相続税負担が変わってくるのはおかしい、という批判がある。([浅妻]そんなに批判すべきとは思えない)

### 15.6. 小規模宅地の負担軽減措置

租税特別措置法 [69条の4](#)。概ね 評価。1億円の宅地でも課税する時は2000万円。

宅地は低く評価されるので、多くの相続事案で課税最低限を下回る。(2010改正:適用要件厳しくなった)

### 15.7. 贈与税

生前贈与等により相続税を回避することを防ぐための贈与税。(cf.法哲学では論争的)

仮に贈与税がなかったら…運悪く生前贈与をする前に親が死亡 vs. 首尾よく生前贈与を済ませた親子

個人間贈与は (所得税法9条1項16号)。贈与税が課せられることとなっている。

注意:包括的所得概念によれば、受贈も所得である。非課税所得とされるのは、所得税で課税するか相続税・贈与税で課税するかという税目の割り振りの問題にすぎない。(法人→個人贈与は )

相続(16条)	税率	贈与(21条の7)	税率
～1000万円以下	10%	～200万円以下	10%
1000万円～3000万円	15%	200万円～300万円	15%
3000万円～5000万円	20%	300万円～400万円	20%
5000万円～1億円	30%	400万円～600万円	30%
1億円～3億円	40%	600万円～1000万円	40%
3億円超～	50%	1000万円超～	50%

贈与税では、あっという間に最高税率に達する

(1)一度に1億円贈与 (2)1000万円の贈与を10年 基礎控除は110万円(租特法 [70条の2の2](#))

(1)

(2)

制度 相続税法 [21条の9](#) 以下

生前贈与についてこの制度を選択すると、贈与時の贈与税課税が低く抑えられ、その後相続した際に贈与財

産と相続財産を合計して相続税が課される。

選択すれば、(贈与額－2500 万円の非課税枠…21 条の 12)×20%[21 条の 13]。(その他、要件は色々)を促進する狙い。([浅妻]親ばか[親子間]限定はいただけない)

### 15.8. 相続税をめぐる政策論

相続税については の道具として期待する向きが多い。  
しかし前述のように相続税が資産再分配に適しているかについても疑問が多い。

遺産を受け取った人は遺産がない人と比べて豊かであることは否めないであろうが、資産再分配の意義を強調して重課しようと思ってもうまくいかないかもしれない。([浅妻]軽課税は正当化できると思われる。)

遺産に課税することで の障害となるという見解もある。  
[平成 21 年改正](#)で事業承継税制(一定の要件の下で課税を緩和)導入。

### 15.9. 教育費贈与

親が子の学費を負担することは、親から子への贈与であるともいえるが、現在は親の の履行であるということで、贈与税が課されることはない。

所得税法 9 条 1 項 15 号「学資に充てるため給付される金品(給与その他対価の性質を有するものを除く。)及び扶養義務者相互間において扶養義務を履行するため給付される金品」

しかし祖父母から孫に将来の教育費のためになどの理由で一括で金銭等を贈与すると贈与税が課せられる。

#### (信託協会)

孫等への教育資金贈与、非課税は 1500 万円上限  
祖父母が孫などに(親から子へでもよい)教育資金を一括贈与した場合に、贈与税を非課税とする制度

という批判はありうる(貧しい家系の子供は当然こうした恩恵に預かれないので、貧富の格差が固定しかねない、など)ものの、1500 兆円の金融資産の保有者は殆ど高齢者であるので、高齢者から若年層への資金移動を促すことが期待されている。

これは一見 措置であるかのように見えるが、現在の課税実務においても祖父母が孫に毎年の学費を負担することなどは贈与税の課税対象とされていないので、税収減はあまり生じないと見込まれている。

2013 年 4 月 1 日から 3 年間の の予定。

(制度導入のニュース後、塾などの株価が上がったらしいが、効果の程は?)

### 15.10. 相続税と所得税の交錯

年金払い生命保険金二重課税事件・最判平成 22 年 7 月 6 日民集 64 卷 5 号 1277 頁

夫Aが生命保険会社Bと契約し、自分が死んだら妻Cにお金を渡してもらおうための を締結した。

生命保険の はAが負担していた。

Aが死亡し、Cが生命保険会社から一時金 4000 万円と毎年 230 万円の年金を 10 年間受け取るようになった。  
は、当時の法律で 6 割の 万円と評価されて相続税の

課税対象に含まれる。

(ただしCの相続について前述の基礎控除内であったため相続税額は 0 円であったらしい)。

課税庁は、Cが受け取る 230 万円の年金について、Cの所得である(Aが払った掛け金に相当する部分である約 10 万円を控除した がCの所得である)として課税しようとした。

最高裁は、230 万円×10 年間＝2300 万円と、1380 万円の相続税課税対象額の差額部分(つまり )のみ、所得税の課税対象となると判断した(更に細かな計算問題が控えているが割愛)。

1. 序論	1
1.1. この講義の目的	1
1.2. 参考文献等	1
1.3. 講義への導入にあたって	2
1.4. 過去問	3
2. 憲法判例を見る1	5
2.1. 憲法・民法・刑法の役割分担	5
2.2. 憲法判例1: 自衛隊のイラク派兵	6
2.3. 事案の概要	6
2.4. なぜ原告は慰謝料請求をしたのか?	6
2.5. 傍論って何?	7
2.6. 国側が最高裁に上告できないのはなぜ?	8
2.7. 違憲な活動を放置していいの?	8
2.8. 違憲なのだから..... 憲法9条を変えるべき? / 派遣をやめるべき?	8
3. 憲法判例2: 投票価値の平等・最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁	9
3.1. <b>ゲリマンダー</b> (Gerrymander)とは	9
3.2. 一票の格差または投票価値の平等	9
3.3. 投票価値の平等の先例: 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁	10
3.4. 1人別枠方式: 衆議院議員定数訴訟最大判平成23年3月23日民集65巻2号755頁	11
3.5. 投票価値の平等は技術的に困難? 逆に投票価値に差を設けるべき?	12
4. 民法の役割: クマ号事件・豊島簡裁昭和43年3月29日判時534号76頁	13
4.1. 権利能力と行為能力	13
4.2. 法律上の優遇と取引からの除外	14
4.3. 傷害罪等と権利侵害	14
4.4. 判決の内容	14
4.5. 損害賠償は何のため?	15
5. <b>非</b> 嫡出子(婚外子)・最高裁大法廷決定平成25年9月4日平成24年(ク)第984・985号	15
6. 第三者との関係: 最判平成11年6月11日民集53巻5号898頁	17
6.1. 物権と債権との区別	17
6.2. 契約自由とその例外について	17
6.3. 第三者との関係: 対抗問題	17
6.4. 対第三者効	19
6.5. 詐害行為取消権	19
6.6. 被相続人の債権者と相続放棄: 最判昭和49年9月20日民集28巻6号1202頁	19
6.7. 相続人の債権者と遺産分割: 最判平成11年6月11日民集53巻5号898頁	20
7. 疑わしきは罰せず: 痴漢冤罪・最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁	21
7.1. 犯罪の定義	21
7.2. 刑事規制とマナー・道徳と民事損害賠償	21
7.3. 過失犯	22
7.4. 告訴と検察の裁量	22
7.5. 被害者側ができること・できないこと	23
7.6. 立証責任	23
7.7. 痴漢冤罪・最三小判平成21年4月14日刑集63巻4号331頁	23
7.8. 冤罪被害者からの逆襲?: 虚偽告訴・名誉毀損等	24
8. 故意と防衛: 英国騎士道事件・最決昭和62年3月26日刑集41巻2号182頁	25
8.1. 正当行為・正当防衛・緊急避難	25
8.2. 責任という概念	25
8.3. 少年法について	25
8.4. 刑事における故意について	26
8.5. 英国騎士道事件・最決昭和62年3月26日刑集41巻2号182頁	27
8.6. 保護法益	28
8.7. 余談: 死刑存廃論について	28
8.8. 法律家のものもの考え方(リーガルマインド)	28

9.	租税の意義と機能.....	29
9.1.	なぜ租税があるのか.....	29
9.2.	租税以外の方法との比較.....	30
9.3.	租税を課すことの正当化根拠.....	31
10.	租税法主義.....	31
10.1.	課税要件法定主義.....	31
10.2.	課税要件明確主義.....	31
10.3.	合法性の原則.....	31
10.4.	遡及立法の禁止?.....	32
11.	租税公平主義.....	33
11.1.	憲法 14 条 1 項: 平等取扱原則.....	33
11.2.	担税力(ability to pay, Leistungsfähigkeit).....	34
11.3.	水平的公平と垂直的公平.....	35
11.4.	公平(equity)と中立性(neutrality)・効率性(efficiency).....	35
11.5.	租税の歴史.....	36
12.	所得税.....	37
12.1.	所得に課税することは不公平・非効率?.....	37
12.2.	所得概念と課税時期.....	38
12.3.	直接税としての所得税の意義・富者に重い課税を.....	39
12.4.	帰属所得(imputed income).....	40
12.5.	課税単位と配偶者控除.....	41
12.6.	労働と余暇との選択.....	42
12.7.	人的資本(human capital).....	42
12.8.	給与所得控除.....	43
12.9.	給与所得の範囲.....	44
13.	法人税.....	45
13.1.	法人の意義と法人税の意義.....	45
13.2.	法人・株主の二重課税.....	45
13.3.	課税繰延.....	45
13.4.	法人税法における損失の扱い.....	46
13.5.	debt or equity: 過少資本税制(thin capitalization).....	47
13.6.	移転価格.....	48
14.	消費税(付加価値税).....	49
14.1.	取引高税・小売売上税・付加価値税.....	49
14.2.	課税方法.....	49
14.3.	益税の中身.....	49
14.4.	負担・転嫁・帰着.....	50
14.5.	執行上のメリット.....	51
14.6.	逆進性とライフ・サイクル消費.....	51
14.7.	複数税率.....	51
14.8.	個別消費税との二重課税.....	52
14.9.	国際二重課税排除の方法.....	52
15.	相続税・贈与税.....	53
15.1.	相続: 平等と自由の観点.....	53
15.2.	相続税の二つの理念型: 遺産税と遺産取得税.....	53
15.3.	日本における相続税の意義.....	53
15.4.	日本の相続税の実態.....	53
15.5.	相続税法の規定.....	53
15.6.	小規模宅地の負担軽減措置.....	55
15.7.	贈与税.....	55
15.8.	相続税をめぐる政策論.....	56
15.9.	教育費贈与.....	56
15.10.	相続税と所得税の交錯.....	56