

はしがき

法律学に正解はない。このことが本書で一番強調したいことである。

1年生向けの「法学」の講義を担当した経験では、高校までの科目の勉強でそうであったように、既成の知識を教えてもらうという姿勢で講義や法律書に臨む学生が少なくない。しかし、法律学は、そもそも、理科系の学問のように「真理」発見の科学ではないのである。法律学とは、利己的で、場合によっては邪悪な心が顔を出す不完全な人間によって形成されている社会にいかにも秩序を与えるかを考える学問であり、これが「正解」ですとはとても言えない人間臭いものである。したがって、常に見解は対立し、その対立する議論の中にこそ法律学があると言うことができよう。

法律学において重要なことは、結論自体ではなく、その結論の根拠付けである。要するに、法律学は説得の学問なのである。民主主義国家では、多数を説得できればそれは法律として通用する。現実の裁判でも、原告と被告の双方に弁護士がついて相異なる結論を導くためにそれぞれ理路整然とした主張を展開し、裁判所も、地裁、高裁、最高裁がそれぞれきちんとした判決理由に基づいて異なる結論を出し（最高裁では反対意見が付けられることもある）、さらに、それを法学者が批判するということがよくみられることである。

もちろん、妥当な結論とそうでない結論はある。一国の法秩序は、憲法を頂点として論理的整合性を持っているので、全体の中で相対的にあるべき位置が決まってくるからである。法解釈とは、そのよ

うなあるべき妥当な線を模索することである。議論の落ちつき先をどのように見つけるか、法律学が「科学」であれば必然的に決まらずであるが、そのようには決まらないところに法律学の面白さがあるのである。

なお、結論のあり方について付言しておく、法律学においては、人々が驚くような突飛な結論は一般には妥当とは言えない。理科系の学問では、びっくりするような結論であればあるほど、すばらしい功績となるのであるが、社会に秩序を与えるべき法律学が人を驚かすようでは困るからである。重要なことは、同じ結論でも、いかに座りのいい説明を与えるかである。

本書では、10の問題を通じて、法律学の面白さに触れてもらうことを意図している。大切なことは自分で考えることである。問題を頭の片隅に置いて一日くらい折に触れて考えてもらいたい。そのことを実践してもらえたならば、本書の目的の大半は達成される。解説の部分は関連資料と筆者の考えを参考までに付けているだけである。自分で考えずにすぐに解説部分を読むのであれば、時間の無駄である。読んで知識を得ようというのであれば、もっとためになる本はたくさんある。本当に自分で考えた後に解説を読んで自分の結論及び理由付けと比較してもらいたい。そのときには、きっと、最初に考えた時とは違う、一つ上のレベルに到達しているはずである。

では、問題に入ろう。

もくじ

はしがき

問題1 ケーキの分け方 —————1

- 1 いろいろな方法 ……………2
- 2 相手が分けて自分が好きな方をとるという方法 ……9
- 3 3人で敗者を作らない分け方 ……………12

問題2 マンションのエレベータの修理 —————15

- 1 多数決の妥当する領域と妥当しない領域 ……………17
- 2 マンションの場合 ……………19
- 3 建物の区分所有等に関する法律 ……………20
- 4 答案の分析 ……………22
- 5 筆者の見解 ……………25

問題3 爆発装置付き金庫の偽物 —————29

- 1 1920年代のアメリカでの実際の裁判 ……………30
- 2 社会常識による善悪の判断 ……………34
- 3 理由づけ ……………36
- 4 別の例では ……………37



問題 4 イタリアからの子供の連れ去り ————— 41

- 1 心情を察すること …………… 44
- 2 最高裁昭和 60 年 2 月 26 日第三小法廷判決 …………… 46
- 3 子の幸福という難しい問題 …………… 49
- 4 国際条約 …………… 52

問題 5 好意同乗者に対する損害賠償責任
についての法律を作る ————— 55

- 1 失火ノ責任ニ関スル法律 …………… 56
- 2 好意同乗者についての裁判例 …………… 58
- 3 解答例 …………… 60
- 4 アメリカ各州における Automobile Guest Statute の
制定と廃止 …………… 64
- 5 法律を作ってみることの意味 …………… 66

問題 6 シヤガールの絵の行方 ————— 69

- 1 ニューヨーク州の裁判所の判決 …………… 71
- 2 日本民法の規定 …………… 72
- 3 それぞれの処理方法の比較検討 …………… 73
- 4 民法 194 条の問題点 …………… 78

問題 7 契約書を作ってみる ————— 83

- 1 攻めの姿勢 …………… 85
- 2 取引の仕方 …………… 85





- 3 契約書を作る文化と作らない文化86
- 4 契約書を作るとき考えること90

問題8 判例を信じていたのに..... —————97

- 1 先例の重要性 99
- 2 先例拘束性の原理 100
- 3 判例の事実上の拘束力 101
- 4 先例との区別 105
- 5 判例変更の例 107
- 6 刑事事件における判例変更 112
- 7 判例は信じるに足るものなのか 115
- 8 判例の不遑及的変更 117
- 9 損失補償的発想 120

問題9 大家の言い分 —————125

- 1 法解釈のあり方 129
- 2 借家法の変遷 137
- 3 法改正の動き 146
- 4 平成3年の借地借家法 149
- 5 平成11年改正 150

問題10 懲らしめとしての損害賠償 —————153

- 1 公法と私法——刑事法と民事法 156
- 2 アメリカの懲罰的損害賠償 162





3	日本での議論	169
4	レポートに示された意見	173
5	どのような社会にしたいか	174

あとがき

事項索引	法令・条文・条約索引	180
------	------------	-----

中扉イラスト・箕輪絵衣子



問題 1

ケーキの
分け方



A vertical column of ten horizontal rectangular boxes, likely for writing answers or notes.

じゅん君は、サッカー・クラブの練習から帰って、「あー、おなかがすいた」と言うと、手も洗わず、冷蔵庫に直行しました。ドアを開けると、ありました、きのう叔母さんが持って来てくれたケーキのうち余ったのが1つ。思わず、「ケーキ！」と大きな声を出してしまいました。じゅん君は、すぐにしまったと思いました。隣の部屋に、さっきからおとなしくお絵かきをしていた弟のだい君がいたのです。だい君は、「ぼくもケーキ！」と叫びながら飛んできました。さあ大変です。テーブルの上に出されたその1つのケーキをはさんで、兄弟げんかがまさに始まろうとしています。

さて、お母さんは、どうすればいいでしょうか。2つに切ろうにも、それは、大きないちごが1つあった三角のショートケーキで、しかも、冷蔵庫の中でひっくりかえって、クリームが片寄ってしまっています。とてもちゃんと半分には切れません。どのような方法でこの「紛争」を解決すればいいでしょうか。

すぐに答えがわかってしまったという人のために、では、じゅん君とだい君に妹のまゆちゃんがいる場合、3人で1つのケーキを分ける方法について考えてみて下さい。

* * *

すぐに次を読まないで、自分自身で考えることが大切です。

1 いろいろな方法

まず、2人の兄弟の間の紛争解決について考えてみよう。これには、いくつかの解決方法があり得る。

2 問題1 ケーキの分け方

□ おにいちゃんだから……

第1に、「おにいちゃんなんだから、我慢しなさい」と言って、弟に全部あげる、という処理が考えられる。判断権を持つ者、この場合はお母さんに、物理的な力を背景にして、結論に対する批判を一切許さないほどの絶大な権力があるのであれば、これでも表面的には紛争解決となるであろう。しかし、年齢が上であることとケーキに対する需要の大小は関係しないので、この判断基準はあまりに合理性を欠き、いずれ、判断を受ける側の信頼を失い、紛争解決のシステム自体の崩壊を招くことになるであろう。親子関係であれば、反抗期で親の言うことを聞かなくなるということですが、社会システムの場合には、革命が起こるかもしれない。

□ 早い者勝ち

第2に、早く見つけたということを理由に、じゅん君に全部あげるという紛争解決方法がある。早い者勝ちというルールは、一定の場合には合理性を有している。たとえば、「所有者のない動産は、所有の意思をもって占有することによって、その所有権を取得する」と定める民法239条1項は、誰の物でもないものは、早く見つけて所有の意思をもって占有すればその人の物になるというルールである（ただし、同条2項により不動産の場合は、国庫の所有となる）。また、このルールは、「先占の法理」として、国際法上も確立している。無主地の領域を取得の意思を持ち、かつ、その意思の存在を外部に示す占有・支配などの国家活動を伴っている場合には、その無主地に対する領域権原を原始取得するというものである。グリーンランドに対するデンマークの領域権原、また、1973年に火山活動により太平洋上に出現した西之島新島に対する日本の領域権原が

その例である。

さらに、不動産に関する物権に関して対抗関係（この言葉についてはすぐ次に説明する）に立つ者の間の優劣を早く登記を備えた方が優先するという基準によって解決している民法 177 条も、早い者勝ちのルール例として挙げることができる（もっとも、立法当初の善意悪意を問わない法文のままの適用から、たとえ早く登記を備えた者であっても、いわゆる背信的悪意者など登記の欠缺を主張することが信義に反するような場合には早い者勝ちのルールを修正するようになってきているが、同じ立場の者の間では依然として早い者勝ちである）。これは、たとえば、A が、ある不動産をまず B に譲渡し、その後、同じ不動産を C にも譲渡した場合、B、C のどちらがその不動産の所有者になるかという問題について、所有者の登記がまだ A にある間は、B と C とは「対抗」関係にあるとされ、早く A から登記の移転を受けた方がその不動産の所有者となるというルールである。もちろん、悪いのは A であるから、登記の移転を受けられなかった者は、A に対して、売買契約の違反を理由に損害賠償を請求することはできる。ただ、そのときに、A が行方をくらましていたり、あるいは資産がなくなっているときには（現実にはこのようなことが多いであろう）、まさに、早く登記の移転を受けなかったことが、そのまま損につながるのである（「対抗」については、道垣内弘人『リーガルベイス民法入門』（第 3 版）418 頁〔日本経済新聞出版社、2019〕参照）。

では、ここでの問題の場合はどうであろうか。早い者勝ちというルールが合理的であるための必要条件の第 1 は、スタートラインが同じであることである。特定の者だけが早くできる条件を備えているような場合には、このルールは不平等な結果をもたらす、妥当ではない。ここでの問題の場合は、弟のだい君の年齢にもよるが、一

応この点はパスすると仮定しよう。

しかし、早い者勝ちのルールが合理的であるためには、第2の条件として、その対象となっている事項について勤勉である者が得をするということが一般に是認できる場合であることが必要である。不動産の二重譲渡を対抗要件の具備の先後によって解決するルールは、登記について勤勉なものを優先しようとする法政策もその根拠となっているのである。ところが、ここでの問題の場合、早くケーキを見つけるということを奨励するようなルールは妥当とはいえないであろう。一度、お母さんがこのようなルールでケーキをめぐるけんかを解決すると、それは先例となって、以後は、兄弟は競って日に何度も冷蔵庫のドアを開け、おいしいもの（これは、ケーキに関するルールの適用範囲次第である）を捜すということになってしまうであろう。なお、早い者勝ちというルールはいかにも原始的なルールであり、このルールが正当化できる第3の条件として、これ以外に適当なルールが存在しない場合であることも必要であろう。国際法における「先占の法理」などは、やむを得ないものと言うことができよう。したがって、ここでの問題については、別の解決方法を検討すべきである。

□ ジャンケン

第3の紛争解決方法は、ジャンケンで勝った方にケーキを全部あげる、または、このヴァリエーションとして、お母さんがとにかくケーキを半分に分け（正確に半分である必要はない）、ジャンケンで勝った方が好きな方を選ぶという処理が考えられる。これは、ジャンケンという方法が持つ偶然性に依拠して、紛争の解決を図ろうとするものである。この方法は、確かに公平性は確保できるが、ルール

というにはやはりあまりに原始的である。この方法以外に適当な方法がないという場合の最後の解決方法と言うべきである。法律の中にも、例外的にくじを用いて解決を図ることを定めているものがある。たとえば、「当選人を定めるに当り得票数が同じであるときは、選挙会において、選挙長がくじで定める」と規定する公職選挙法95条2項はその例であるが、これもやむを得ない場合の最後の処理方法としてのみ是認されているのである。

□ 仲裁の合意

第4に、ケーキを切る役割を果たす第三者を選び、その人の切り分けた結果には文句は言わない、という合意を兄弟の間ですという方法もある。この第三者は、合意さえできればお母さんでもよいが、お母さんが信頼を得ることができなければ（お母さんのナイフ使いの技術の稚拙さを理由に、いずれか一方が拒否することが考えられる）、適当な人を捜してこななければならない。

これは、法律上の仲裁に似た紛争解決方法である。仲裁法13条1項によると、当事者が和解することができる民事上の紛争については（たとえば、親子関係があるか否かという問題は、当事者があると合意しただけではそのようには法律上は扱われず、裁判所が職権で調査して判断しなければならないので、親子関係の確定という紛争は仲裁では解決できない）、仲裁人に争いの判断をさせる合意をすることができる（もっとも、仲裁人との関係は委任契約という別の契約であるから、仲裁人は仲裁人になることを引き受けない自由がある）。仲裁は、当事者間の紛争を裁判所で解決するのではなく、彼らで選んだ仲裁人に解決してもらうという方法であり、仲裁の合意に反して一方が裁判所に提訴した場合、他方の当事者が仲裁合意の存在を主張すれ

ば、訴えは却下される（仲裁法 14 条 1 項）（「却下」とは訴えの内容〔本案〕の判断に入らないで門前払いされることであり、本案について判断した結果その請求を認めないという判断である「棄却」とは異なる）。そして、司法制度としては、そのように仲裁合意を尊重する以上、最終的な判断結果である仲裁判断も同様に尊重しなければ筋が通らない。実際、同法 45 条 1 項は、「仲裁判断……は、確定判決と同一の効力を有する」と規定している。もっとも、上記の 13 条 1 項は仲裁合意の対象を「民事上の紛争」とし、法律上の争い事でなければならぬとしているので（そうでないと、仲裁判断が確定判決と同一の効力を有するものにならない）、ケーキを分けるという事実行為を第三者にさせることを目的とする契約は厳密には仲裁とは言えないが、基本的な考え方は同じである。

この方法の最大の弱点は、第三者に任せるという合意が不可欠である点である。一方が A さんに任せたいと言うと、他方は A さんが相手方寄りなのではないかと疑り、逆の場合もそのような疑心暗鬼のために話が進みにくいであろう。法律上の仲裁においても、現実に仲裁がなされるのは、紛争発生前の契約段階で将来起こるかもしれない紛争に備えて仲裁合意をしておいた場合がほとんどであり、紛争が発生してから仲裁合意をすることは一般に困難である。また、仲裁合意においても、仲裁人を 1 人とはせず、当事者双方が 1 人ずつ選び、その 2 人の仲裁人が第 3 の仲裁人を合意で選んで、3 人の仲裁人の多数決で判断をするという仕組みにすることもよくみられるところである。したがって、1 人のナイフに委ねざるを得ず、しかもケーキをはさんで紛争が発生している状況下での第三者選びは難航が予想され、一般に使える方法とは言えない*。

* なお、仲裁と似て非なるものとして、調停的な発想による方法があ

る。これは、ケーキの例で言えば、第三者に一応は切ってもらって、双方が納得できるような切り分けができれば、すなわち、兄と弟がそれぞれ別の1つをほしがる状態になれば、双方が好きな方を食べることにするが、双方とも片方をほしがるような結果に終われば、別の解決方法を考えるという方法である。法律上の調停がそうであるように、この調停的方法は、強制的な色彩がないので使いやすく、うまく紛争解決に至ることも少なからず期待できるのであるが、調停失敗の場合には別の紛争解決方法に移行しなければならないという点でオールマイティーな紛争解決方法ではない。

□ 取 引

第5の方法として、問題のケーキを兄弟で取引するという方法も考えられる。これは、各自、そのケーキを自分のものにできるとしたら相手に何を渡してもよいかを考え、たとえば、自分の集めているカードとか、来週の水曜日の夜8時から9時までのチャンネル権などをあげるからこのケーキを自分にくれという交渉を進めてゆくという方法である。

ただ、これも必ずしも紛争解決に至らないという重大な欠陥がある。ケーキの代わりに提供できるものは、それぞれにとって、ケーキ以下の価値しかないと思っているものに限られる。交渉過程では、できるだけ自分にとって価値のないものから出してゆき、だんだんとケーキの価値に近いものへとグレード・アップしてゆくことになる。もちろん、価値観は人によって異なるので、相手にとってのケーキ以下の価値しかないとして提供されるものが、自分にとってはケーキ以上の価値を有することもあり得るので、そういう場合には取引はめでたく成立する。しかし、相手から提供されるものが自分にとってもケーキ以下の価値しかなければ、そんなものよりケー

キがいいということになってしまい、双方ともケーキがほしいという状態が続くのである。

2 相手が分けて自分が好きな方をとるという方法

□ どちらかが切り分け係になる方法

第6の紛争解決方法は、兄弟のうちどちらか一方が、ケーキを半分に分け、他方がまず好きな方を選ぶという処理である。これは、ここでの問題のような場合によく用いられる方法であり、ケーキを分ける担当となった者は、どちらが自分の物になっても不満のないように分けるであろうから、他方が選ばなかった残り物を受け取ることに不満はないはずである、ということをも前提としている。

実際に、法律の中にもこれに似た発想を取り込んだものがある。それは、1982年の国連海洋法条約（日本については1996年に発効）が深海底の開発の方法として規定している方法である。条約に基づいて設立される国際海底機構（オーソリティー）のもとに深海底の採鉱活動を行う国際共同企業体としてエンタープライズを作るのであるが、現実には、深海底資源の有望な区域についての情報を持っているのは先進国の私企業であり、このエンタープライズにはその情報収集の技術的裏付けがなく、エンタープライズが独力で深海底の開発に当たるのは困難である。そこで、海洋法条約は、国際海底機構が事業計画を承認することを条件に私企業による深海底開発も認める代わりに、申請者（私企業）は、採鉱操業ができる十分な広さと商業的価値を有する2つの鉱区を国際海底機構に預託しなければならないこととし、エンタープライズはそのうち一方を選択して自らの開発区域とし（「留保鉱区」）、残りの「非留保鉱区」を申請者が開

発するという仕組みを作ったのである（具体的には、国連海洋法条約の附属書Ⅲ第8条参照）。この規定の発想は、紛争解決において敗者を作らないというシチュエーションではないが、ケーキの分け方における第6の解決方法の発想と共通するものがあると言えよう。情報を持たない者が情報を持つ者に対して正直に情報を提供することを求めるのではなく（そのようなことを求めることは、正直であったかなかったかをめぐる将来の紛争の種を蒔くことになる）、どちらが自分の物となるかわからないという状況の下で、利己心を活用して、エンタープライズの目的を達成しようとするものなのである。国際的な技術移転の法制度として今後も活用されるかもしれない。

□ 双方が切り分け係になる方法

ところで、上記の方法でひとつ気になるのは、「兄弟のうちどちらか一方が」ケーキを切り分けるという点である。あなただったら、切り分け係をしたいであろうか、それとも選ぶ側にまわりたいであろうか。切り分け係の方も選ぶ側も、慎重さが要求される点では同じなのであるが、切り分け係は相手がどちらを選んでも自分が損をすることがないように慎重にナイフを入れることになるのに対し、選ぶ側は、どちらを選ぶと得をするかを慎重に考えることになる。つまり、切り分け係にはせいぜい損をしなかったという満足が与えられるのに対し、選ぶ側には得をしたという満足が与えられるのではあるまいか。このように考えると、「どちらか一方が」という点でまた紛争が生じるおそれもあり、この点で行き詰まっていつまでもケーキを食べられないという事態も予想される。

これを打開する方法は、ケーキを任意に2つに分け、兄弟がそれぞれその約半分のケーキについて切り分け係となる。そうして全体

として4つに分けられたケーキのうち、相手方の切り分けのうちから選んだ1つと、自分が切り分けのうちから相手方が選んだ残りの1つの合計2つが自分のものになるという方法を採用することである（最初に任意に2つに分ける際には、理論上はどちらが多くなってもかまわないが、大きな方についての切り分け係は上記の主観的満足度が少なくなるおそれがあるので、ほぼ同じ大きさにしておく方が望ましい）。

□ 敗者を作らない紛争解決

以上のように、この第6の方法は、紛争当事者の満足という主観を大切にすることである。客観的な公平が与えられることは一つの価値であるが、神ならぬ身では客観的事実を知り得ない以上、主観的な満足度は重要であるというべきである。一般に紛争解決において重要なことは、敗れた側が納得する理由を示すことである。裁判所の判決に結論（主文）とともに判決理由が付いていることは、ルールがわかりやすくなる（他のやや異なる事案についての同じような処理がなされるべきか否かの判断材料となる）というメリットがあるからだけではなく、敗訴当事者の納得が得られ、裁判に対する信頼を確保するという必要からも重要なのである。

この第6の方法は、そもそも敗者を作らないという点がポイントである。法というものについては、ともすれば、勝者と敗者を定める道具というイメージがあるかもしれないが、現実の社会における紛争解決としては、敗者を作らない方法を用いることができればそれにこしたことはないのである。実際、紛争解決方法として最も多用されているのは、事の性質上統計はないが、話し合いの結果一定金額を支払うといった和解であることは明らかである。既述の調停や取引はその種のものである。当事者双方の満足度の和でみると、

この第6の方法は、調停や取引がうまくいった場合と同様に最も高いレベルにあると言えよう。しかも、この方法の強みは調停や取引と異なり、必ず決着をつけることができるという点にある。

3 3人で敗者を作らない分け方

では、次に、じゅん君とだい君に妹のまゆちゃんがいる場合、できることなら、敗者を作らないように、3人で1つのケーキを分ける方法について考えてみよう。

まず、誰か1人が、自分がどちらになってもいいようにケーキを2つに分ける。そして、残りのうちの1人が、その一方を選ぶ。この段階までは、ケーキを2人で分ける場合と同じであり、この2人はともに満足した状態にある。そこで次に、この2人は、それぞれ、自分の手元にあるケーキを3つに分ける。この場合も、クリームをあっちからこっちに移したりしながら調整して、その3つは自分にとって同価値であるように分け、その3つの中のどの2つが自分のものになっても不満がないようにする。そして、最後に、ここまでは見ているだけであった3番目の子が、それぞれ3つに分けられた2人の子の手元にあるケーキの中から、好きなものをひとつ選ばず選ぶ。こうして、各自、もとのケーキの3分の1を得ることになる。もちろん、客観的には正確に3分の1ではないが、各自自らの選択により主観的には平等に分けられている。もっとも、最後に選んだ子は、主観的には自分が一番大きいと思っているだろうけれども。

なお、最初から一番はじめの子が、主観的に3等分すればいいのではないかとの疑問があるかもしれない。便宜のため、最初に分ける

子をじゅん君、そうして分けられた1つずつをA、B、Cと呼ぶことにする。確かにこのような方法でうまくゆく場合もある。残りの2人が、それぞれ違う2つを選ぶ場合、すなわち、だい君はAをまゆちゃんはBを選ぶ場合には、残ったCがじゅん君のものということになり、1回で解決がつく。また、だい君もまゆちゃんもAを選んだ場合にも、この2人がAの次にいいと考えるものについても意見が一致し、ともにBが2番目にいいという場合にはうまくゆく。つまり、じゅん君は残るCで確定し、その後、たとえばだい君が、Aを減らしてBを増やす調整をして、だい君にとってAとBとが同価値になるようにし、その後で、まゆちゃんがそのうちの好きな方を選べばいいのである。ところが、だい君とまゆちゃんがともに一番いいものとしてAを選び、その次にいいものについて意見が分かれてしまった場合には、うまくゆかないのである。つまり、この方法はいつもうまくゆくとは限らないという欠陥を持っているわけである。なお、じゅん君が3つに分け、だい君がそのうち上位の2つA及びBを取り、だい君がその2つを調整して主観的に同価値とし、その一方をまゆちゃんを選ぶということでもうまくゆくではないかとの疑問も持つ人のために付言すると、これは、結局のところ上記と同じことであり、だい君が2つを選ぶのを見ていたまゆちゃんが、最初の段階でだい君が取らなかったCがいいと思っていた場合には、まゆちゃんにとって満足のゆく解決とはならないのである。

これに対し、まず2つに分けて、それから各々を3つに分けるという処理の方は、 n 人にケーキを分ける方法として、一般化できる。すなわち、 P_1 がまず2つに分け、 P_2 がそのうち好きな方を選び、それから、 P_1 、 P_2 それぞれが自分の手元にあるケーキを3つに分

け、 P_3 がそれぞれから1つずつ好きなものを選び、さらに、そうやって P_1 , P_2 , P_3 にとって主観的に3等分された後、各自が自分の手元にあるものを4等分して、今度は P_4 がそれぞれから好きなものを1つずつ選び、さらに、……というように、 $(n-1)$ 人が、各自の手元にあるケーキを n 等分して最後の1人 P_n が各々から1つずつ選択するまで、これを繰り返すのである。

* * *

もっとも、こんなにケーキをばらばらにしまうと、食べられなくなってしまいますが……。なお、みんなが切り分け係になるという一般的方法もひまがあったら考えてみて下さい。

次の状況について、①, ②, ③の問いに答えなさい。なお、「建物の区分所有等に関する法律」という法律があり、これが本件には適用されるのであるが、以下の問いはこの法律の解釈適用ではなく、自分で解決策を考えてみることを目的としているので、この法律は存在しないものとする。

ある集合住宅（いわゆるマンション）において、エレベータが老朽化したため、新しいエレベータに取り替える必要が生じた。この建物は10階建てで、各フロアに1戸ずつ、計10世帯が入居しており、建物の専有部分のほかは、土地も含めて、各戸同じ割合による共有である。そして、エレベータの取替えに要する費用は、2000万円である。なお、このマンションには、規約はなく、また、修理のための積立金もない。

入居者が集まって議論をしたところ、次のような意見がだされた。

A（8階の人）「エレベータの取替えを実行するか否か、実行する場合の各戸の負担額が問題だが、多数決で決めればよい。過半数では問題があるとしても、5分の4の賛成があればいいであろう。そこで、提案するが、10階の人が全部の費用を負担して取り替えるということにしてはどうか。9階と10階の人で負担するというでもいいけれども、どうですか、Bさん」

B（9階の人）「10階の人だけで費用を負担して取替えを実行するというAさんの提案に賛成」

C（10階の人）「そのような決め方には反対する」

D（1階の人）「いずれにしても、私はエレベータを一度も使ったことがないし、これからは使わないから、費用を負担するつもりは全くない」

E（2階の人）「私もエレベータはめったに使わないし、これか

らは決して使わないことを約束するから、費用の負担はしない」

F (5階の人) 「そのようなことをおっしゃるのならば、私の家族は全員、健康のためエレベータは使わないことにしているので、利用する人達で費用を負担して取り替えればいいではないか」

……以下、混乱。

① Aさんの考え方に対する批判を述べなさい。

② D, E, Fさんの意見をどのように考えるか、あなたの意見を述べなさい。

③ 上記の①及び②を踏まえて、あなたが法律家として取りまとめを依頼されたとして、どのような内容の提案をどのような方法で決めるのが妥当だと考えるか、そしてそれがなぜ妥当であるのかについて説得力ある理由を述べなさい。

* * *

すぐに次を読まないで、自分で考えてみるのが大切です。

1 多数決の妥当する領域と妥当しない領域

この問題は、多数の利害関係人の利益の調整、そういった場合の多数決という決定方法について考えてみようとするものである。

法律のさまざまな分野を眺めてみると、本件のマンションの住人のように、多くの利害関係人が何らかの集団あるいは団体を形成していて、その中で利益の調整が求められる場面がいくつか目につく。その典型的な場合は、会社や労働組合などの団体の内部関係をめぐる法律問題である。ここでは、会社法の中から株主総会における多数決の濫用に関する法理を参考のためにみてみよう。株式会社

著者紹介

道垣内 正人(どうがうち まさと)

1955年12月18日岡山市に生まれる。

1978年 東京大学法学部卒業。

東京大学教授(大学院法学政治学研究所・法学部、
国際民事手続法)を経て、

2004年 早稲田大学教授(大学院法務研究科)・弁護士、
現在に至る。

主要著書 『国際私法入門(第8版)』(共著)(2018, 有斐閣), 『ロースクール国際私法・国際民事手続法(第3版)』(共著)(2012, 有斐閣), 『ハーグ国際裁判管轄条約』(2009, 商事法務), 『ポイント国際私法・総論(第2版)』(2007, 有斐閣), 『ポイント国際私法・各論(第2版)』(2014, 有斐閣), 『国際契約実務のための予防法学』(2012, 商事法務)

自分で考えるちょっと違った法学入門〔第4版〕



1993年10月30日 初 版第1刷発行

1998年11月10日 新 版第1刷発行

2007年2月28日 第3版第1刷発行

2019年3月30日 第4版第1刷発行

著 者 道 垣 内 正 人

発行者 江 草 貞 治

発行所 株式会社 有 斐 閣

郵便番号101-0051

東京都千代田区神田神保町 2-17

電話 (03) 3264-1314〔編集〕

(03) 3265-6811〔営業〕

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・株式会社暁印刷／製本・大口製本印刷株式会社

© 2019, 道垣内正人. Printed in Japan

乱丁・落丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。

ISBN978-4-641-12608-4

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。