

金沢大学法学類  
2020年度「法学概論 基礎法学編」

足立 英彦

2020年7月1日

# ガイダンス

法学概論は法学類の専門科目への導入科目です。これから法学の勉強を始める皆さんにとって必要な情報を提供するとともに、法学という広い分野の見取り図を提供することを目的としています。「概論」という名称ではありますが、法学の全体を概説するのではなく（そんなことは不可能です）、むしろ「法学入門」という名称の方がふさわしいかもしれません。

この講義は私（足立英彦・法理学）が担当する「基礎法学編」、村上裕先生（商法）が担当する「民事法学編」、及び長内裕樹先生（行政法）が担当する「公法学編」で構成されます。成績評価は、各教員が一回行う小テストでの皆さんの得点の合計に基づいて行います。小テストの合計点が合格点の6割に達しなかった人には、いったん「保留」という評価を付けます。その場合、2020年度中に日弁連法務研究財団が実施する「法学検定試験ベーシック〈基礎〉コース」に合格した場合、後期の成績評価で成績を「C」に変更します<sup>1</sup>。今年度はいまのところ11月29日に実施となっていますが、コロナウイルスの影響で延期や中止になった場合の対応については、「保留」評価を受けた方に連絡します。

基礎法学編は完全オンデマンド方式で行います。授業の開始時刻までに皆さんに読んでいただきたい文章をWebClassに保存します。それを読んだ後に同じくWebClassの確認問題に取り組んでください。確認問題の回答でもって出席とみなします。確認問題の回答は6日後（金曜の授業はつぎの木曜、水曜の授業はつぎの火曜）の23:59までとします。

質問があればWebClassの質問コーナー（チャット）に書き込んでください。授業時間中はすぐお返事をするようにします。授業時間外にも書き込み可ですが、お返事が遅くなるかもしれません。

民事法学編と公法学編では、上記と対応が異なるかもしれません。それぞれの先生の指示に従って下さい。

---

<sup>1</sup>法学類生は、「法学検定試験スタンダード〈中級〉コース」の合格すると法学類の「特講」2単位、「法学検定試験アドバンスト〈上級〉コース」に合格すると同4単位が認定されます。ぜひ、チャレンジして下さい。

# 第1章 法学の分野

法学は文字通り「法」を対象とする学問ですが、大きく「法律学」とそれ以外の分野に分けることができます。後者の法律学以外の法学を「基礎法学」と呼びます。

## 第1節 法律学

法律学は、現在通用している法律を主な対象とする学問であり、実定法学と呼ばれることもあります。法律の範囲は実は曖昧なのですが、この授業では（少なくとも基礎法学編では）、立法権限を有する機関が所定の手続きを経て定めた法を法律と呼び、制定法と同義とします。もっと範囲を絞り、憲法41条に基づいて国会が制定した「法律」だけを指したり<sup>1</sup>、もっと広げて、国会が制定した「法律」によって「法律」と同等の効力があると定められている慣習（法の適用に関する通則法2条、商法1条2項）なども法律に含める場合もあります<sup>2</sup>。

法律学は、対象とする法律が公法であるか私法であるかによって、公法学と私法学に分かれます。公法と私法の分類については種々の考えがありますが、分類に重要な実益はなく、この授業では一番わかりやすいと思える分類法を採用します。つまり、法律関係の主体によって区別し、国家・公共団体が一方又は双方の当事者である場合の両者間の関係、または国家・公共団体の内部関係を規律する法律を公法と呼び、それ以外の関係、すなわち双方が私人である場合の両者の関係を規律する法律を私法と呼ぶことにします<sup>3</sup>。なお、国家・公共団体であっても、私人として他の私人と関わる場合に、当事者の関係を規律する法律は私法です。公法と私法の区別については、この授業の公法学編で詳しく取り上げられます。

法律の分類としては、公法・私法の他に、実体法（じったいほう）・手続法という分類があります。実体法とは、当事者（法主体とも呼びます）の一方に権利を、他方に義務を与えたりすることによって両者の関係を規律したり、組織の在り方を定めたりする法律の総称です<sup>4</sup>。手続法とは、このような実体法を具体的事件に適用する手続きに関する法律の総称です。

### 1 公法

公法に分類される実体法としては、国家の統治の基本（組織や市民の権利等）を定める憲法、罪となる行為とそれに対する刑罰を定める刑法などがあります。また、私人間の争

<sup>1</sup>伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門』（有斐閣、第4版、2005年）50頁。

<sup>2</sup>星野英一『法学入門』（放送大学教育振興会、1995年）7頁。

<sup>3</sup>『現代法学入門』84頁の第2の説。

<sup>4</sup>他に、一方に権限を与え、他方を服従させる法律もあります。この点は法理学の授業で説明します。

いに関する訴訟手続きを定める民事訴訟法や、犯罪に対し刑罰を科すための訴訟手続きを定める刑事訴訟法などの手続法も、裁判所という国家機関が関わるため、公法に分類されることが一般的です。なお、「憲法」「刑法」「刑事訴訟法」「民事訴訟法」は、それぞれ形式的意味と実質的意味があり、形式的意味の憲法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法はそれぞれ日本国憲法、刑法（明治40法45）、刑事訴訟法（昭和23法131）、民事訴訟法（平成8法109）を指しますが、たとえば実質的意味の憲法には、日本国憲法だけでなく皇室典範や国会法なども含まれます。それぞれの実質的意味の法律については、各分野の授業での説明を聞いて下さい。

## 2 私法

私法の代表例は、私人の財産関係と家族関係を規律する民法、私人間の財産関係のうち、商人と商人に間の関係を規律する商法、複数の国に関わる私人間の関係に関して、それに適用される国内法（準拠法）を決定することを任務とする国際私法などがあります。それぞれに形式的意味と実質的意味があることは公法の場合と同じです。

なお、私法の代わりに「民事法」という語を用いることがあります（この法学概論でもそうです）。民事法とは、民事裁判の基準となる私法とその手続法（民事訴訟法など）の総称で、刑事法とともに、裁判の種類に関連して用いられます。公法と民事法を対置するのは本当は不正確なのですが（民事訴訟法は両方に属するので）、対置する場合、民事訴訟法は民事法の一つと考えて下さい。

## 3 社会法

公法と私法の間際に「社会法」とよばれる一連の法律があります。「社会法」は20世紀以降に登場した比較的新しい法律類型で、私法の基本原則（所有権の絶対性、契約自由の原則、過失責任主義、これらは民事法編で説明があると思います）を修正し、とくに社会的弱者を保護することを目的に、国家が一定程度私人間の関係に介入することを目的とする法律を指します。社会法の典型例は労働法と社会保障法で、さらに経済法を含める場合もあります。

## 第2節 基礎法学

基礎法学は法律学以外の法学諸分野の総称です。基礎法学の代表例としては、法及び法学の普遍的な構造や理念を探求する法理学（法哲学ともいいます）、過去の法を対象とする法制史（対象とする地域によって、日本法制史、東洋法制史、西洋法制史、ローマ法などに分かれます）、法を社会現象の一つとしてとらえ、社会学の手法を用いて因果的、実証的に研究する法社会学、外国の法を研究する外国法学などがあります。基礎法学の諸分野の担当者をすべてそろえている大学はありません。金沢大学法学類・法学研究科では私が法理学を担当している他、中村正人先生が東洋法制史、丸本由美子先生が日本法制史、東川浩二先生が外国法（英米法）を担当しています。また学校教育学類の土屋明広先生が

隔年ですが「特講」として法社会学の講義を、さらに非常勤の櫻井利夫先生（本学名誉教授）が「西洋法政史」の講義を法学類で担当されています。

本日の授業はここまでです。このあと、伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門』（有斐閣、第4版、2005年）83-93頁を読み、確認テストに取り組んで下さい。

## 第2章 六法の読み方

「六法」とは、法典を指す場合は、憲法(昭和21)・民法(明治29法89)・商法(明治32法48)・民事訴訟法(平成8法109)・刑法(明治40法45)・刑事訴訟法(昭和23法131)の6法典のことなのですが、この6法典をはじめ主要な法令を集めた書物のことを日本では「六法」と呼びます。そのため、この章のタイトル「六法の読み方」は、6法典に限らず、日本の法令の読み方という意味で使っています。

六法の読み方については、福本知行『法令・判例学習のツボとコツ』(法律文化社、2016年)(通称「ツボコツ」)で非常に詳しく説明がなされており、福本先生が3Qに担当される「法政基礎論A」(人社学域共通科目)でも説明があると思いますが、「法政基礎論A」を履修しない方もいますので、ツボコツに依拠しつつ、最低限のことを以下で説明しておきます<sup>1</sup>

### 第1節 法令の題名、法令番号と法令の公布

手元にある六法で、会社法の最初の頁を開いてください。その冒頭に、次のような表記があるはずです(縦書きを横書きに直しました)。

会社法(平成17・7・26 法86)

「会社法」は法令の題名=正式名称です。また、丸カッコ内は当該法令が公布された日と法令番号の省略形を示しています。

公布とは、公表して一般の人に広く知らせることです。公布の方法について定めた法令はなく、慣例によって「官報」への掲載でもって公布されたことになる、とされています。したがって、公布日はその法令が官報に掲載された日ということになります<sup>2</sup>。

法令番号(法律の場合は法律番号ともいいます)は、法令の種類<sup>3</sup>と、その種類ごとに年(年度でなく暦年)の始めから1号から振られた番号で構成されます。たとえば先ほどの会社法は法律であり、平成17年に86番目に公布されたので、法令番号は「法律第86号」となります。公布年と法令番号の組み合わせで法令を特定することができるため、この授業でも特定の法令を示す際は法令名に続けて公布年と法令番号だけを示し、月・日は省略します。たとえばさきほどの会社法は「会社法(平成17法86)」と表記します。

<sup>1</sup>以下の例の大部分は『法令・判例学習のツボとコツ』で取り上げられているもので、説明の文章も借用している部分があります。法政基礎論Aの教科書に指定されていますので、同科目を履修する方は早めに購入しておいてください。同科目を履修しない方も、この授業の参考文献ですので、購入をお勧めします。

<sup>2</sup>直近30日分の官報はWeb(<https://kanpou.npb.go.jp/>)で無料で見ることができます。

<sup>3</sup>国会が定める法律の他に、内閣が定める政令、各省大臣が定める省令、内閣府が定める内閣府令、最高裁判所が定める最高裁判所規則などがあります。

## 第2節 法令の施行

法令の施行（しこう・せこう）とは、法令の効力を発生させることです。法律の施行期日については「法の適用に関する通則法」第2条で

法律は、公布の日から起算して20日を経過した日から施行する。ただし、法律でこれと異なる施行日を定めたときは、その定めによる。

とされており、上記の第2条本文によれば公布の20日後（たとえば6月1日<sup>4</sup>に公布された法律は6月21日）に施行されますが、ほとんどの法律は第2条ただし書きに基づき、附則においてこれと異なる施行期日を定めたり、施行期日の決定を執行機関に委任（つまり、他の政令で定めることにする）しています。

## 第3節 法令の改正

法令の一部の条文を改めたり、削ったり、新たな条文を追加したりするためには、一部改正法律<sup>5</sup>を制定します<sup>6</sup>。たとえば六法で刑法199条を見ると、（平成16法156本条改正）と表記されていますが、これに従い「刑法等の一部を改正する法律」（平成16法156）を見ると、次のような規定があることが分かります。

第1条 刑法（明治40年法律第45号）の一部を次のように改正する。

（中略）

第199条中「3年」を「5年」に改める。（後略）

六法ではこの改正を「溶け込ませ」て、

第199条 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。

と表示していますが、上記の「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」という条文そのものが公布されているわけではないことに注意して下さい。

一部改正法律によって条文を削除する場合、あとに続く条文番号を繰り上げることはしません。この場合、六法では当該条文番号の下に「削除」と表記されます（例、民訴125条）。同様に一部改正法律によって新たな条文を追加する場合も、後続の条文番号を繰り下げることせず、枝番号をつけます（例、刑法178条の2）。条文番号を変えないのは、その条文を引用している他の法令を改正しなくて済むようにするためです。

<sup>4</sup> 「…から起算して」は、…の日を含むという意味です（初日算入）。単に「…から」（たとえば6月1日から）の場合は、…の日は含みません（初日不算入）。

<sup>5</sup> 一部改正法律は、本学附属図書館で契約しているデータベースの「TKC ローライブラリー Super 法令 Web」で表示できます。

<sup>6</sup> 法律の内容を全面的に変える方式としては、全部改正と廃止制定の2つの方式があります。全部改正は、形式的には既存の法律を存続させつつ、法律の中身全部を書き改めることで、廃止制定は既存の法律を廃止すると同時に、これに代わる新しい法律を制定することです。いずれの場合でも書き改めた、または新たに成立した法律には新たな番号が付されるため、両者は外観からは区別しにくいのですが、全部改正の場合には題名の次に「〇〇法の全部を改正する」という制定文を付すこととされています（参議院法制局「法律の[窓] 廃止制定と全部改正」(<https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column039.htm> 2020年6月23日確認))。

## 第4節 条文の構造について

### 1 条文の見出し

かつては条文に見出しを付けることはされていませんでした。たとえば六法で刑事訴訟法の第一条を見ると、条文番号の下に「【この法律の目的】」（有斐閣ポケット六法の場合）と書かれていますが、これは元の条文の見出しではなく、出版社が読者の便宜のためにつけたものです。しかしながら最近の法令ではすべての条文に見出しを付けることになっており、たとえば民事訴訟法第1条には「(趣旨)」とう見出しが初めから付けられています。法令の正文の見出しであるかそうでないかは、カッコの種類で区別されています。

### 2 条文の構造

以下では、条文の各部分の呼び方について説明します。これは、根拠条文を正しく引用することが重要だからです。稀なケースですが、訴えた人が根拠条文を正しく引用しなかったため、裁判に負けてしまった実例が存在します<sup>7</sup>。

#### (1) 条

法令の条文が一つの段落から成り立っている場合は、条文番号だけを表記します。「一つの段落」が一文だけで構成される場合もありますが（例、憲法10条）、複数の文で構成される場合もあります（例、憲法11条）。

#### (2) 項

条のなかで段落を分ける場合、昔は単に改行し、最初を下げただけなのですが、1948（昭和23年）ごろからは、第2項以下の項には「2, 3, ...」と算用数字で「項番号」と呼ばれる番号を付けて、第何項かがすぐに分かるようにされています<sup>8</sup>。項の区切りは便宜上付けられる符丁の意味を持つにすぎず<sup>9</sup>、一部改正によって項が削除されたときは後続の項番号は順次繰り上がり、新しい項が追加されたときは後続の項番号は繰り下がります。なお、六法では丸数字（有斐閣ポケット六法の場合）で項番号が付けられていますが、昔の法令で正文には項番号がない場合（例、憲法14条）でも、読者の便宜のために項番号がつけられています。

#### (3) 号

条または項の中で、多くのことを列挙する場合には号を使います（例、憲法7条）。号番号には漢数字を使います。号で列挙された部分の前にある文を柱書（はしらがき）と呼びます。各号は文ではなく、名詞（句）で列挙されます。

<sup>7</sup>小室百合子『法律の条文解釈入門 新版 ―六法を引こう！―』（信山社、2018年）73頁。

<sup>8</sup>参議院法制局「法律の[窓] 条・項・号・号の細分」<https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column021.htm>（2020年6月23日確認）。

<sup>9</sup>福本知行『法令・判例学習のツボとコツ』（法律文化社、2016年）41頁。



なお、条または項が二文で構成されている場合、一文目を前段、二文目を後段と呼びます（三文で構成されている場合は前段・中絶・後段と呼びます）。同様に二つの文で構成されており、かつ、後段が「ただし」で始まっている場合は、前段を「本文」、後段を「ただし書き」と呼びます。

## 第5節 単語・句をつなぐ表現

### 1 「及び」「並びに」

文の中で単語または句（語句）をつなぐ接続詞として「及び」と「並びに」（英語の and に相当）があります。

二つの語句を並列的につなぐ場合は「及び」を使います（例、刑法12条1項）。3つ以上の語句を並列的につなぐ場合も「及び」を使いますが、最後から2番目と最後の語句の間にのみ「及び」を使い、他の区切りは読点（,）を使います（例、刑法9条）。

**階層が2段階の場合** 複数の語句を1つの集合（グループ）とみなし、集合と語句、または集合同士をつなぐ場合には「並びに」を使います。たとえば刑法128条の文言は

第124条第1項、第125条並びに第126条第1項及び第2項の罪の未遂は、罰する。

となっていますが、これは「124条第1項」「第125条」「第126条第1項及び（第126条）第2項」の3つを並列的に「並びに」でつないでおり、さらに「第126条第1項」と「（第126条）第2項」を並列的に「及び」でつないでいます。

**階層が3段階以上の場合** 上記の「並びに」でつながれた集合又は語句をさらに1つの集合とみなし、それと他の集合または語句とをつなぐ場合にも「並びに」を使います。したがって、最初の、語句を「及び」でつなぐ階層以外はすべて「並びに」でつなぐこととなりますので、「並びに」がどの階層で語句または語句の集合をつないでいるのかは、文脈で判断するしかありません。

### 2 「又は」「若しくは」

二つ以上の語句を選択的につなぐ場合、「又は」か「若しくは」（英語の or）を使います。この「選択的に」には、排他的な選択の場合と非排他的な選択の場合があります。「A又はB」が排他的な選択である場合、AかBのいずれかを選択することを指し、AとBの両方を選択することはできません（一方を選択すると他方は排除される）。非排他的な選択である場合は、AとBの両方を選ぶことも許されます。「又は」「若しくは」がどちらの選択を意味するかは、文脈で判断するしかありません。

二つの語句を選択的につなぐ場合は「又は」を使います（例、民法90条）。三つ以上の語句を選択的につなぐ場合も「又は」を使いますが、最後から2番目と最後の語句の間にのみ「又は」を使い、他の区切りは読点を使います（例、学校教育法92条6項）。

**階層が2段階の場合** 複数の語句を1つの集合とみなし、集合と語句、または集合同士を選択的につなぐ場合にも「又は」を使います。この場合、集合内で語句を選択的につなぐためには「若しくは」を使います。たとえば刑法199条の文言は

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。

となっていますが、これは「死刑」と「無期（懲役）若しくは五年以上の懲役」を選択的に「又は」でつないでおり、さらに、「無期」と「五年以上」を選択的に「若しくは」でつないでいます。

**階層が3段階以上の場合** 選択的につながれた集合または語句をさらに1つの集合とみなし、それと他の集合または語句とを選択的に結ぶ場合も「又は」を使います。この場合も、語句を集合内でつなぐためには、階層に関わらずすべて「若しくは」を使います。したがって、最初の、語句と語句又は語句の集合を「又は」でつなぐ階層以外ではすべて「若しくは」でつなぐこととなりますので、どの階層の「若しくは」であるかは文脈で判断することとなります。

3階層以上になる条文は非常に複雑ですので、とりあえずこの授業の段階では、2階層の条文を読めるようになっておけばよいと思います。

本日の授業はここまでです。このあと、確認テストに取り組んで下さい。

## 第3章 法源

「法源」とは、「法」を発見するための手掛かりとなるものです。法源は文字通り法の源泉であり、法を形成するための材料であり、法そのものではありません。以下で法源として「〇〇法」という名称を挙げますが、それらは法源の一種であって法ではないことに注意してください。

法源は、制度上の法源とそれ以外の法源に大別できます<sup>1</sup>。制度上の法源とは、裁判官が制度的に<sup>2</sup>従う「べき」ものとされている法源のことで、日本では制定法（法律）と、制定法によって制定法と同等の効力があると定められている慣習法（慣習）が挙げられます。制度上の法源以外に、裁判官が実際に従っている法源があり、これを事実上の法源と呼びます。事実上の法源としては、判例と条理（法の一般原則）が挙げられます。

### 第1節 制定法

#### 1 制定法の種類

制定法（法律）は、誰が制定（改正、廃止も含む）権限をもつかによって、憲法、法律、命令、規則、条例に分類できます。

日本国憲法を定めたのは当時の天皇です。旧憲法（大日本帝国憲法）73条に基づき、帝国議会の議決を経て、旧憲法を全部改正することによって天皇が制定しました<sup>3</sup>。しかし、この全部改正によって憲法改正手続きも変更され、国会の発議を経て国民の承諾（投票総数の過半数）を得ることになったため（憲法96条）、現在の日本国憲法の改正権者は日本国民です。

法律は国会が定めます（憲法59条）。命令は行政機関が定める制定法であり、内閣が定める政令（憲法73条6号）と、各省大臣が定める省令（国家行政組織法12条1項）などに細分されます。命令には法律を実施するための細則を定める執行命令と、法律の委任に基づく委任命令とがあります。いずれにせよ、大綱又は抽象的な基準を定めるだけで、具体的な規定は命令に委任している法律が極めて多く、それが行政機関の権力を肥大させている面もあります<sup>4</sup>。

規則は行政機関に対して独立の地位を持つ各種国家機関が主に内部の規律に関して定める制定法であり、代表的なものとしては、衆議院が定める衆議院規則、参議院が定める参

<sup>1</sup>伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門』（有斐閣、第4版、2005年）49頁。

<sup>2</sup>ここで「制度的に」とは、法令で定められているという意味です。

<sup>3</sup>ただし、天皇主権を国民主権に変えるなど、根本的な変更を行っているため、手続き的には旧憲法に従っていても、実質的には旧憲法に反する改正であったといえます。

<sup>4</sup>末川博編『法学入門』（有斐閣、第6版補訂版、2014年）60頁。

議院規則（ともに憲法 58 条 2 項）、最高裁判所が定める最高裁判所規則（憲法 77 条 1 項）があります。条例は地方公共団体<sup>5</sup>の議会が定めます（憲法 94 条）<sup>6</sup>。

## 2 制定法の優先関係

制定法の内容は相互に衝突することがあります。相互に「衝突する」とはどういうことなのかを説明するのは実は難しいのですが、とりあえず、同時に両方に従うことはできない、という意味だとしておきます。そのような場合、どちらの制定法を優先すべきかを判断しなければなりません。その判断原則には以下のようなものがあります<sup>7</sup>。

### (1) 上位法は下位法に優先する。

複数の制定法が上下関係にあれば、上位の制定法は下位の制定法より優先します。すなわち、上位の制定法が効力をもち、下位の制定法は無効とみなされます。どちらが上位でどちらが下位の制定法であるか、したがってどちらが優先されるかは、多くの場合は憲法や法律で定められていますが、憲法・法律の定めがない場合は、判例や学説によって個別に判断する必要があります。

憲法や法律で上下（優先）関係が定められていると解せるのは、憲法>法律<sup>8</sup>、法律>政令・省令（政令を実施する省令に限って政令>省令）<sup>9</sup>、法律>条例<sup>10</sup>の関係です。また、法律>規則という関係も成り立つと考えられています<sup>11</sup>。

上記の上下関係で特に重要なのは憲法と他の法令との関係です。法律が憲法に反するか否かを裁判所が審査することを法令審査（または違憲立法審査）といいます。旧憲法は法令審査について明文がなく、判例はそれを否定していました。その結果、旧憲法で不十分なながらも保障されていた国民の権利が法律で過剰に制限されることとなったため、この反省を踏まえて日本国憲法では憲法が国の最高法規であることを強調するとともに（98 条）、最高裁判所に「終審裁判所として」、すなわち最高裁判所だけでなくすべての裁判所に法令の憲法適合性を審査する権限を与えています。

<sup>5</sup>地方公共団体は普通地方公共団体（都道府県と市町村）と特別地方公共団体に大別されます。憲法上の地方公共団体は判例（最大判昭和 38・3・27）によれば前者のみですが、後者のうち、特別区（現在は東京都の区のみ）には 1998（平成 10）年に追加された地方自治法 281 条の 2 第 2 項及び 283 条によって、市町村とほぼ同様の位置づけが与えられています。

<sup>6</sup>他に、地方公共団体の長が定める規則があります。

<sup>7</sup>これらの判断原則は条理（法の一般原則）であり、したがって法源です。ただし、個々の法源の優先関係を定める法源ですので、個々の法源よりも上位の法源です。

<sup>8</sup>憲法 98 条 1 項。

<sup>9</sup>法律>政令については憲法 73 条 6 号。法律>省令と政令>政令を実施する省令については国家行政組織法 12 条 1 項。

<sup>10</sup>憲法 94 条。ただし、同条の「法律の範囲内」の意味に関して、国の法令が規制している対象について、それより厳しい基準を条例で定めること（公害防止条例など。いわゆる「上乘せ条例」）や、国の法令が規制していない対象について条例が規制すること（いわゆる「横出し条例」）の可否については争いがあります。

<sup>11</sup>『現代法学入門』53 頁。

## (2) 特別法は一般法に優先する。

二つの法源が上下関係になく、さらに両者が特別法と一般法の関係にある場合は、前者の特別法が優先します。ある法が他の法に比べてより特別であるとは、文言の通常の意味に基づけば前者の規律対象が後者よりも少ない（狭い）、ということです<sup>12</sup>。たとえば過失により人を死亡させた者は刑法 210 条により「50 万円以下の罰金」に処されます。しかし、その過失致死行為が業務<sup>13</sup>上のものであれば、同 211 条により「5 年以下の懲役若しくは禁錮又は 100 万円以下の罰金」に処されます。「業務上過失致死行為」は、文言の通常の意味に従えば「過失致死行為」の一特殊類型ですので、刑法 211 条は、過失致死を定める 210 条に対して特別法であるといえます。他の例としては、代理人が代理行為をする場合、「本人のためにすること」を示す必要があり、それを示さずに代理行為をした場合は、自己（代理人）のために行ったものとみなされます（民法 99 条 1 項及び 100 条、顕名主義）。これに対して商行為の代理人の場合は、「本人のためにすること」を示す必要はなく、それを示さずに商行為を行っても、本人のために行ったものとみなされます（商法 504 条、非顕名主義）。商行為は一般的な法律行為の一特殊類型ですので、商法 504 条は民法 99 条 1 項及び 100 条に対して特別法であるといえます。

## (3) 後法は前法に優先する。

二つの法源が上下関係になく、特別法と一般法の関係にもない場合<sup>14</sup>は、時間的に後に制定された法源が先に制定されたものよりも優先します。ほとんどの場合は改正法律によって改正される法律の部分または全体が明示されるため、この原則が意識されることは稀ですが、改正法律が改正前の法律より優先するのはこの原則があるためです。また、立法上の過誤があり、改正法律を定めずに新法を定めてしまった場合や、統一的な立法機関が存在しない国際法においては、この原則が後法優先の根拠となります。

## 第 2 節 慣習法

慣習または慣習法とは、人々がある事柄について同じ行為を繰り返すことが定着しており、その行為類型に従わないと社会的な非難を受け、制裁を加えられる場合に、人々にその行為類型を義務づける不文法のことです。どのような慣習法が法源として認められるのかについては「法の適用に関する通則法」第 3 条が一般的につきのように定めています。

<sup>12</sup>言葉の指し示す対象を外延、言葉の意味を内包といいます。一般的には、言葉の外延が広く（狭く）なるほど、その言葉の内包は少なく（多く）なります。

<sup>13</sup>業務の範囲には争いがありますが、判例では刑法 211 条の業務は、「社会生活上の地位に基き反覆継続して行う行為であつて（…）、かつその行為は他人の生命身体等に危害を加える虞あるものであることを必要とするけれども、行為者の目的がこれによつて収入を得るにあるとその他の欲望を充たすにあるとは問わない」とされています（最判昭和 33・4・18 刑集 12 卷 6 号 1090 頁）。

<sup>14</sup>ただし、前法が特別法で後法が一般法の場合で、後法の一般法が前法の特別法を改正することを明示している場合は、後法の一般法が優先します。

公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。

たとえば人身売買や村八分のような慣習は明らかに公序良俗に反しますので、法的効力は認められません。公序良俗に反しない慣習のうち「法令の規定により認められたもの」の例としては、水流の変更（民法 219 条 3 項）、境界線付近の建築に関する慣習（民法 236 条）、入会権に関する慣習（民法 263, 269 条）、お墓の相続（民法 897 条 1 項）があります。「法令に規定されていない事項に関するもの」の例としては温泉権があります。

法の適用に関する通則法 3 条によれば、慣習法は法律と同一の効力を有するとされていますが、それとは異なり、慣習法が法律より優先することを定めている法律もあります<sup>15</sup>。商慣習法は、商法 1 条 2 項「商事に関し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法の定めるところによる」によって、商法よりは下位だが民法よりも上位の法源として認められています<sup>16</sup>。また民法 92 条は、「法令中の公の秩序に関しない規程」（任意法規といいます）について、当事者がその規程よりも慣習に従う意思を有していたと認めるべき場合は、その慣習に従うことを定めています。

### 第 3 節 判例

判例とは先例となる裁判（判決・決定・命令）のことです。判例の法的効力を明示する法律はありません。しかし、裁判所法 10 条 3 号によれば、最高裁判所は、法令の解釈適用について以前の最高裁の判断を変更するときは大法廷で裁判を行わなければならないと定めていることから、最高裁はなるべく過去の自身の判例に従って判断を下すよう求められていることが分かります。また、最高裁の判例に反することが上告理由（刑訴 405 条）または上告受理申立理由（民訴 318 条）となることから、高等裁判所以下の下級審も、なるべく最高裁の判例に従うことが求められていると考えられます。このため、特に最高裁の判例については、一定の法的拘束力が法律で認められていると解せます。

判例に一定の拘束力が認められる実質的な理由としては、平等原則を挙げることができます。平等原則とは「等しきものを等しく扱え」という法の一般原則であり、この原則に基づけば、同種の事件について同様に扱うことが求められます。しかし、未来永劫、常に同様の判断が下されなければならないわけではなく、平等原則に反してでも異なる判断をする十分な理由がある場合には、判例を変更することが求められます。

### 第 4 節 条理

条理とは、適用すべき他の法源がない場合（すなわち、法に欠缺がある場合）に、裁判の抛るべき基準とされているもので、法の一般原則と同義です。刑事裁判では法律がなけ

<sup>15</sup>法の適用に関する通則法と商法 1 条 2 項、民法 90 条の関係が問題になりますが、商法 1 条 2 項と民法 90 条は、商事について、または慣習に従う意思が当事者にあったと認められる場合について定めた特別法であり、一般法たる法の適用に関する通則法より優先する、という解釈が可能です。

<sup>16</sup>白地手形が通常の手形と同様の方法で流通できることなど（北村雅史『商法総則・商行為法』（法律文化社、2018 年）8 頁）。

れば無罪を言い渡さなければなりません（罪刑法定主義）、民事裁判では、法源がないことを理由に裁判を拒絶することは許されないとされています。「条理」という語は明治8年太政官布告第103号裁判事務心得3条「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ拠リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」という規定に由来します。

条理は、はじめから一般的基準として存在するものではないため、法源性は認められないとする見解もあります<sup>17</sup>。しかし、制定法の優先順位を定める上述の3つの法原則や平等原則を条理の一種と考えるならば、それなしには法的判断を行えないので、条理も法源であると考えべきでしょう。

本日の授業はここまで。このあと、*WebClass*の確認問題に取り組んでください。

---

<sup>17</sup> 『現代法学入門』65頁、『法学入門』70-71頁。

## 第4章 法的論証

この章では法的判断を導く方法（法的論証）について説明しますが、その前に、法域の区別について簡単に説明しておきます。現在の世界各国の法を大まかに区分すると、ローマ法を継受した地域の法と、ローマ法を直接には継受せず、独自のコモン・ロー体系を発展させた地域に分けることができます。ローマ法を継受した地域は「大陸ヨーロッパ法域」と呼ばれ<sup>1</sup>、後者の、コモン・ロー体系を発展させた法域は「アングロ・アメリカ法域」と呼ばれます。日本は大陸ヨーロッパ法域に属します。大陸ヨーロッパ法域では、制定法が中心的な法源であると考えられ、アングロ・アメリカ法域では判例が中心的な法源であると考えられています。この授業は日本の大学の法学概論ですので、以下では、制定法を中心に考え、制定法を事実に応用し、法的な判断を導く方法について説明します。

### 第1節 法的論証の形式

法源と事実に基づき、その事実についての法的判断を論証することを法的論証（legal argumentation）または法的推論（legal inference）と呼びます。法的論証のもっとも単純な形式は以下の通りです<sup>2</sup>。なお、以下でアルファベット小文字の a は人の名前であるとします。

1. 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。（刑法199条）
  2. a は人を殺した。（事実）
- 
3. a は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。（法的判断）

法的推論は上記のような論理的な推論の形式をとってなければなりません<sup>3</sup>。論理的な推論とは、前提がすべて真ならば、結論も必ず真になるような推論のことで、妥当な推論（valid inference）または演繹（deduction）ともいいます。上記の推論では1行目と2行目が前提で、3行目が結論です。3行目の法的判断が真であることを示すためには（それがこの章の目標です）、前提の1行目と2行目が真であることを示せばよいのです。1

<sup>1</sup>大陸ヨーロッパ法域は、フランス法の影響が強い「ロマンス法域」と、ドイツ法の影響が強い「ドイツ法域」に分かれます。日本は後者に属します。

<sup>2</sup>この授業では説明を簡単にするため、様相（…しなければならぬ。…に違いない。）には触れません。様相（modality）については法理学の授業で説明します。

<sup>3</sup>なぜ上記の推論形式が論理的なのかを説明するためには、論理学の初歩的な内容の説明が必要となりますので、この授業では省略します。簡単に言うと、1行目の前提はすべての者に当てはまるので、a についても、「a が人を殺したならば、その a は死刑…に処する。」が言えます。この文と、「a は人を殺した」という文から、「a は死刑…に処する」という文が論理的に推論されます。



行目が真であることは、それが日本の制定法であるという事実によって示されます。2行目が真であること（すなわち真実であること）は、証拠に基づき検察官が法廷で証明します。その手続きについては、刑事訴訟法の授業で学びます。

さて、上記の法的推論は最も単純な形式です。なぜ単純かという点、aが行った行為（殺人）が、刑法199条の要件（「人を殺した」）と一致することが最初から明らかだからです。これに対して、次のような事例を考えてみてください。

1. 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。（刑法199条）
2. aは脳死の人を殺した。（事実）

---

3. ?

上記の2つの前提から、「aは死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」という法的判断を論理的に導くことはできません。なぜなら、「脳死の人」が刑法199条の「人」であるかが分からないからです<sup>4</sup>。言い換えれば、「…は脳死の人を殺した」という述語と、「…は人を殺した」という述語との間に溝があるのです。

aを起訴しようとする検察官は、この溝を超えるための橋を架ける必要があります。つまり検察官は、「ある者が脳死の人を殺したならば、その者は人を殺したとみなされる」という文を作り、それを上記の推論の前提に追加します。

1. 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。（刑法199条）
2. ある者が脳死の人を殺したならば、その者は人を殺したとみなされる。（追加の前提）
3. aは脳死の人を殺した。（事実）

---

4. aは、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。（法的判断）

上記の3つの前提から結論（法的判断）が論理的に導かれます。次に検察官は、この追加の前提が真であることを証明しなければなりません。また弁護士は、そのような証明はできないことを示すことによって、結論たる法的判断が偽（ぎ）である可能性を示すことができます。

追加の前提の証明方法は、伝統的に「法解釈の方法」または「法解釈のカノン（canon）」と呼ばれてきたものに相当します<sup>5</sup>。法解釈の方法の種類についてはいろいろ整理の仕方がありますが、この授業では法解釈の方法として「語句の用法に基づく論証」と「目的に基づく論証」を、また、法源の欠缺補充の方法として「類推推論」を取り上げます。

---

<sup>4</sup>ただし、臓器移植法6条に基づき脳死と判定された者は刑法199条の「人」ではありません。

<sup>5</sup>Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation, 1989.

## 第2節 法解釈の方法

### 1 語句の用法に基づく論証

語句の用法に基づく論証とは、問題となっている単語や句（単語のつながり、たとえば「人を殺した者」）が実際にどのような意味を有しているのか（または有していたのか）、どのような事態を指し示しているのか（または指し示していたのか）を考え、それらを示すことで追加の前提の正しさを示す方法です。

語句の用法に基づく論証は、現在の実際の用法に基づくものと、問題となっている法源の立法者が意図した用法に基づくものとに分けられます。前者は伝統的に「文理解釈」、後者は「歴史的解釈」または「立法者意思に基づく解釈」等と呼ばれてきたものに相当します。

#### (1) 現在の実際の用法に基づく論証

語句の用法は、必然的な用法、不可能な用法、偶然的な用法の3つに分けられ、それらに基づく法解釈も必然的な、不可能な、偶然的な法解釈に分けられます。必然的な用法の例として、「男は（または女は）人である。」を考えましょう。誰でも、この文が、「男（女）」という語や「人」という語の自然な使い方に基づいていることに同意すると思われまます。推論に追加する前提が、すべての人が同意するような語句の用法に基づいている場合、その前提は必ず真であり、したがって、その前提に基づく刑法199条の一解釈「男（女）を殺した者は、死刑…に処する」も必ず真だと考えるべきです。

つぎに、不可能な用法として、「猫は人である」を考えましょう。自分の愛する猫を殺された飼い主を想像してください。この飼い主が警察官又は検察官に、「私の猫が殺されました。犯人を殺人罪で起訴して下さい！」と訴えても、それをまともに受け取る人はいないでしょう。なぜなら、「猫は人である」は不可能な語句の使い方・意味に基づいており、したがってそれに基づく一解釈「猫を殺した者は、死刑…に処する」が真となることは不可能だからです。

以上のように、語句の実際の用法が必然的であったり（誰もが同意する）、不可能であったり（誰も同意しない）場合、そのような法に基づく法解釈は必ず真であったり、真ではありません。どちらかを示せば、当該法解釈の作業は終わりです。問題は、どちらでもない場合、すなわち、誰もが同意するまでは言えない（＝反対する人がいる）場合、または、誰も同意しないまでは言えない（＝賛成する人がいる）場合です。そのような語句の用法に基づく法解釈を「偶然的な法解釈」と呼びます。たとえば、「脳死の人は人だ」はこの一例です。このような場合には、語句の現在の実際の用法を参照するだけでは決着がつかないので、他の論証方法を検討することになります。

#### (2) 立法者の用法に基づく論証

立法者の用法に基づく論証とは、当該法源を定めた立法者が、語句をどのように用いていたかを調べ（たとえば国会の議事録などに基づき）、それに基づいて追加の前提や法解釈を論証する方法です。少なくとも現代の民主主義国家においては、民主主義的な選挙に

よって選出された議員が立法しており、相対的多数の国民の意思と議会の多数派（与党）の意思は一致しているとみなされます。そのため、立法者の意思を尊重することは、民主主義の原理を尊重することでもあるので、一定の重要性があります<sup>6</sup>。たとえば刑法は明治40年に公布されたもので、当時は「脳死」という状態があることは知られていなかったと思われます<sup>7</sup>。そのため、立法者の用法に基づいて上記の追加の前提を論証することはできません。

## 2 目的に基づく論証

法的論証の前提となる法源は、さきほどの刑法199条のように「…という事実があるならば、…という効果が生じるべし」という形式をとっています。このように要件と効果から構成される法を「法準則」または「法的ルール」と呼びます<sup>8</sup>。法準則は、その内容がどのようなものであれ、それに従って判断することで「等しき者を等しく扱う」という平等原則を実現することができます。したがって法準則自体に価値があります。しかしながらそれだけではなく、何らかの目的を達成するための手段となるという、道具的な価値をも有しています。法準則がどのような目的を達成しようとしているのか、すなわち当該法源の目的を考え、さらにそれに最も適った法準則の解釈を考えるのが、「目的に基づく論証」または「目的論的論証」と呼ばれる解釈方法です。この授業では前者の目的についてのみ説明し、後者（比例性原則）についての説明は省略します<sup>9</sup>。

法準則の目的としては、当該法準則の立法者が考えた目的、他の法源に定められている目的、そして客観的な目的を挙げることができます。いずれの目的にせよ、論証方法は、「語句の特定の用法、またはそれに基づく法解釈をしなければ、当該目的は達成できない（当該法解釈は目的実現の必要条件である）」という形式になります。

### (1) 立法者の目的

立法者の想定した目的を論拠とした法解釈は、「歴史的解釈」または「立法者意思に基づく論証」の一種です。この論証方法が重要であることは、先ほどと同様、民主主義の重要性に基づいて説明できます。しかし、法律は一般的に利害関係者の妥協に基づき作られるものですし、そもそも立法者の意思が不明確である場合も多く、実際にこの論証方法に依拠できることは稀でしょう。

### (2) 他の法源に定められている目的

法源の定める目的としては、当該法律が立法目的を明記している場合（多くの行政法では最初の条文で立法目的が定められています）はそれを参照します。しかしより重要なのは、憲法に定められている目的です。憲法の基本的人権規定のほとんどは理想的な状態、

<sup>6</sup>この授業では扱いませんが、契約は私人が定めた法源であり、契約当事者たる私人が立法者ですので、契約の解釈の際には当事者の意思が非常に重視されます。

<sup>7</sup>その後、平成7年の刑法口語化の際や、平成16年の殺人罪の懲役の下限引き上げ（3年から5年へ）の際に脳死についての議論があったのかは（このテキスト作成時点では）把握できていません。

<sup>8</sup>佐藤幸次ほか『法律学入門』（有斐閣、第3版、2006年）152頁（田中成明）。

<sup>9</sup>比例性原則については、憲法や行政法の授業で説明があると思います。

すなわち理念を定めています<sup>10</sup>、これはすべての法律が実現すべき目的です。たとえば、憲法 13 条前段は「すべて国民は、個人として尊重される」と定め、すべての国民が個人として尊重されている社会を究極の目的としています。憲法は法律より上位の法源ですので、法律を解釈する際には、憲法が定めるこの目的を考慮することが求められます。

### (3) 客観的な目的

立法者が立法目的を明確には述べておらず、法律や憲法にも明記されていない場合、最後に依拠すべきなのは客観的な目的です。たとえば、刑法 199 条は、殺人者を処罰することにより、当該犯人が将来、同様の犯罪を再度犯すことを予防したり（特別予防）、その処罰によって一般市民を威嚇することによって、同種の犯罪を減らすこと（一般予防）を目的としていますが、これらのことは直接には憲法、法令には明記されていません。さらに、刑法 199 条が「脳死の人」までを守ろうとしているのかも憲法や法令には明記されていません。そのような場合、最終的には、憲法 13 条がなぜ「個人」を尊重すべきと定めているのかといった、憲法の背後にある客観的な理念を探求する哲学的な議論が必要となるのです。

本日（2020 年 7 月 1 日）の授業はここまでです。欠缺補充の方法については次回（7 月 3 日）の授業で説明します。このあと、*WebClass* の確認問題に取り組んでください。

---

<sup>10</sup>このように、究極的な理念を定めている法は、準則と対比して「法原理」と呼ばれます（佐藤ほか『法律学入門』152-153 頁）。