

# 九州大学 Presents SECKUN-サイバーセキュリティ法制

経営戦略コース 路傍のアイドルヲタク 伊藤太一

令和2年11月29日

## 目次

1	法律ってなに？	2
1.1	憲法 41 条 . . . . .	2
1.2	法規説（法律事項って何だ） . . . . .	4
1.3	閣法と議員立法 . . . . .	6
2	法律の分類	7
2.1	公法と私法 . . . . .	8
2.2	強行規定と任意規定 . . . . .	10
2.3	実体法と手続法と組織法 . . . . .	11
2.4	基本法 . . . . .	12
2.5	一般法と特別法 . . . . .	13
3	法律の構造	13
3.1	法令の種類と階層 . . . . .	13
3.2	ガイドラインと通達の位置付け . . . . .	15
3.3	諸外国の法律や国際法との優劣問題 . . . . .	16
4	条文読み解きテクニック	19
4.1	原則と例外（但書の意味と立証責任） . . . . .	19
4.2	法的三段論法（要件と効果） . . . . .	22
4.3	法律問題の探し方 . . . . .	24
5	法解釈	24
5.1	法解釈が必要な理由 . . . . .	24
5.2	文理解釈 . . . . .	26
5.3	拡大解釈・縮小解釈・類推解釈 . . . . .	27

5.4	国会の議論や所管官庁の解釈の意味 . . . . .	30
5.5	判例の意味 . . . . .	30
6	<b>法律文法</b>	33
6.1	及び・並びに . . . . .	34
6.2	又は若しくは . . . . .	35
6.3	その他・その他の . . . . .	37
6.4	直ちに・速やかに・遅滞なく・当分の間 . . . . .	39
6.5	推定する・みなす . . . . .	42
6.6	法律文法の注意点 . . . . .	43
7	<b>法改正文学</b>	44
7.1	改め文方式と新旧対照表 . . . . .	44
7.2	附則に要注意！ . . . . .	44
8	<b>関連法規の検索と条文とのお付き合い</b>	45
8.1	六法をみる . . . . .	45
8.2	e-Gov をみる . . . . .	46
8.3	コンメンタールをみる . . . . .	48
9	<b>法律べからず集</b>	48
9.1	要件分析しないままの議論 . . . . .	48
9.2	立証責任逆転 . . . . .	48
9.3	●●主義の暴走 . . . . .	49
10	<b>謝辞</b>	49
11	<b>最後に注意</b>	49

## 1 法律ってなに？

サイバーセキュリティ法制に限らず SECKUN ではよく話題になる「法律」ですが，そもそも法律って何でしょう？ 知っているようで知らない「法律」が何を決めているのかをこの章では概説します。

### 1.1 憲法 41 条

法律とは～～ですという定義は，実は，法律のどこを探してもありません。憲法を見ると，いくつか，「法律で定める」という文言があり，これらは法律で定めなければならないんだなというこ

とが分かります。例えば、日本国籍を得るにはどのような要件が必要かというのは、国籍法によって定められていますが、これは、憲法 10 条で、法律で定めなさいとなっているから、国籍法が設けられています。

#### 憲法 10 条

日本国民たる要件は、法律でこれを定める。

このように、いくつかの法律は憲法によって定めることが求められていますが、世の中には、憲法に書いていなくても法律でルールを定めていることなんていくらでもあります。例えば、道路交通法などというのは憲法のどこを探しても法律で定めるとは書いていません<sup>\*1</sup>。

では、法律を作っているのはどこでしょうか?言わずと知れた国会ですね。これは憲法 41 条に規定されています。

#### 憲法 41 条

国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

この条文には二つの意味があるとされています。国会以外は立法ができないという**国会中心立法の原則**と、国会以外の機関が関与することなく立法ができるという**国会単独立法の原則**です。

前者の例外は、各議院<sup>\*2</sup>が定める議院規則 (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。

#### 国会中心立法の原則の例外

第五十八条 両議院は、各々その議長その他の役員を選任する。

2 両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる。但し、議員を除名するには、出席議員の三分の二以上の多数による議決を必要とする。

第七十七条 最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。

2 検察官は、最高裁判所の定める規則に従はなければならない。

3 最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる。

国会単独立法の原則の例外としては、一つの地方自治体にのみ適用される法律を定めるときに住民投票を求める憲法 95 条があります。こんな例があるのかと思われるかもしれませんが、原爆が投下された広島を復興させるために広島市に限り補助率の引き上げや国有財産の譲渡を認めた広島平和記念都市建設法が、先後、初めて憲法 95 条に基づいて住民投票がなされたものになります。他にも、兵庫県の芦屋は高級住宅街で、パチンコ屋が建てられないようになっていますが、それを正当化している芦屋国際文化住宅都市建設法という法律があり、これも憲法 95 条に基づく住民投

<sup>\*1</sup> 厳密に言えば、無免許運転等の道交法違反の刑罰法規については、憲法上、法律で定めることが求められています。

<sup>\*2</sup> 国会で決めるのではなく、衆議院のことは衆議院で、参議院のことは参議院で、という意味です。

票がなされています\*3。

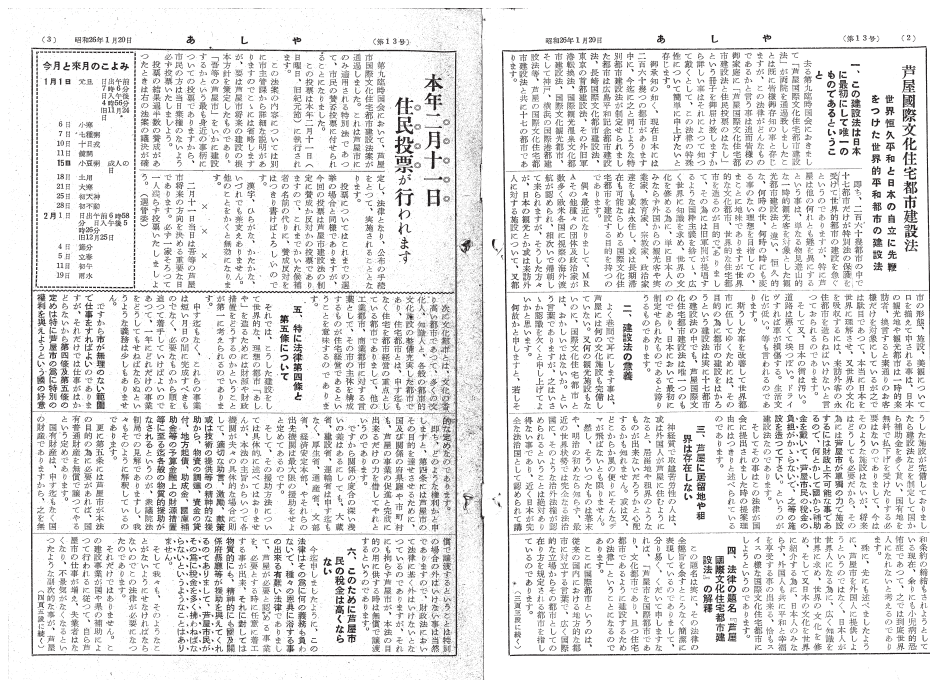


図1 芦屋国際文化住宅都市建設法に関する住民投票のお知らせ

## 国会単独立法の原則の例外

第九十五条 一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。

ところが、実際に動いているルールを作っているのは国会だけではないですよ。例えば、細かい様式などはわざわざ国会で定めたルールではなく、政令・省令と呼ばれる行政限りでさくっと作ってしまっています。

ということは、「法律とは何か」という問題は、「国会でわざわざ作らないと行けないのは何か」という問題と言い換えることができそうです。

## 1.2 法規説（法律事項って何だ）

### 1.2.1 罪刑法定主義と租税法律主義

国会というと、我々が選挙で選んだ代表たる国会議員が議論をする場、ということになります。要するに、民主主義的な組織ということが出来るわけですが、ここでルールを決めると言うことに大きな歴史的意義があるものが2つあります。それが刑罰と税です。

\*3 <https://www.city.ashiya.lg.jp/kouhou/kensaku/s26/documents/19510120.pdf>



1215年に定められ、現在もイギリスの不成文憲法を構成していると言われているマグナカルタ<sup>\*4</sup>ですが、その中でも、王が独断で課税をしてはならないこと、法律によらなければ逮捕拘禁されてはならないことが定められています。

歴史的にも刑罰・税が国民と為政者の対立を生んできたことからすれば、これら二つについて為政者ではなく、我々の代表によって定めるという意味がありそうです。

憲法では30条・31条が、租税法定主義・罪刑法定主義を表しているといわれており、課税と刑罰については、法律によらなければならないことが定められています<sup>\*5</sup>。

憲法 30 条・31 条

第三十条 国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。

第三十一条 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。

では、なぜこれらが法律によらなければならないこととなったのでしょうか?もちろん、国家権力が最大限発動される場面であるからです。

この辺りに法律とは何かを考えるヒントがありそうです。

### 1.2.2 法規説と法律事項

法律とは何か、という問題に対し、一定の見解をお示しします。

租税法定主義・罪刑法定主義が示唆した点は、国民の権利を制限し、義務を課す規範については、法律で決めよということです。このように、法律とは、権利を制限し、義務を課す事項に関するものを定めるべきとする考え方を**法規説**といいます。

そして、法規説におけるコアとなる権利を制限し、義務を課す事項を**法律事項**といいます。この法律事項は、単なるルールとは異なり、最終的に国家権力を以て実現にかかることができるという特殊性があります。

では、法律とは、権利を制限し、義務を課する事項に関するものだけで良いのでしょうか?例えば、給付のための法律はどうでしょうか?もっと言えば、例えば今話題のデジタル庁などの新しい官庁を作るのは、閣議限りで作ってしまって良いのでしょうか?やはり国の重要施策に関連することであれば法律で定めるべきではないのでしょうか?

そこで、更に広げて抽象的・一般的規範が立法であるという幅広い定義が産まれました。こうすることで、組織法も立法事項であると考えられるようになります。

このように、どの範囲まで国会で決めないといけないと考えるかは学説の対立があるところではあるのですが、いずれの見解に立つにしても**法律事項が法律のコア**であること、ここを国会が手放すことは許されないという点では共通していると考えられます。

従って、法律を読むときには、まず、**この法律の何が法律事項かを考える**、ということが重要に

<sup>\*4</sup> 自由に(12)行こう(15)マグナカルタ

<sup>\*5</sup> 憲法31条は文言だけ読むと、「手続」が法律で定められたとおりでさえあれば良いように読めるのですが、憲法学説上、何が処罰されるのかという点も法律で定められていなければならないと解されています。

なります。そして、その法律事項を実現するためにどのような手続や担保方法（刑罰など）があるかというのを読み解いていくことになります。

### 1.3 閣法と議員立法

法律を作るのは「国会」ですが、その国会に法律案を上程するルートは大きく分けて2つあります。一つは国会議員が直接提案する**議員立法**、もう一つは内閣が法律案を国会に諮る**閣法**です（内閣法5条）。

内閣法5条

第五条 内閣総理大臣は、内閣を代表して内閣提出の法律案、予算その他の議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告する。

日本の場合は、国会多数派である与党議員の中から内閣総理大臣が選任されていることから、実際には、閣法がほとんどで、議員立法案は野党提出のものが多く、成立率も高くないのが現実です。過去5年分の法案件数は以下の通りです\*6。

年度	閣法提出数 (成立数)	議員立法提出数 (成立数)	閣法成立率 (%)	議員立法成立率 (%)
令和2年	59(55)	57(8)	93.2	14.0
令和元年	72(68)	96(22)	94.4	22.9
平成30年	78(73)	159(29)	93.6	18.2
平成29年	75(71)	164(12)	94.7	7.3
平成28年	75(68)	198(31)	90.7	15.7

見ての通り、圧倒的に閣法の法が成立数・成立率共に多いといえます。一方、提出数は議員立法の方が多い状況です。

閣法は、まず、所管省庁が法案を作成します。この段階で、関係する省庁間での調整も行われます。次に、閣議に法律案を付する前に、法案が内閣法制局において審査されます。ここでの審査は、法律事項が何かといった実体的なところから、用語の使い方と言った形式的なところまで実に細かく行われ「参事官 この一言に 三時間」という業界川柳があるとの噂を聞いたことがあります。また、内閣法制局審査によって、法案を大幅に変えられる例も少なくなく、実際に、債権法改正では、内閣法制局審査で相当修文されました。

内閣法制局審査を通過すれば、閣議請願がなされ、閣議決定を経て、内閣総理大臣から国会へ法案が提出されます。その後、国会の議員議長が、適当な委員会に付託し、委員会審査を経た後、本

\*6 内閣法制局 Web サイト <https://www.clb.go.jp/contents/all.html> から作成。なお、令和元年分とあるのは平成31年分を含み、令和2年分は令和2年9月18日までの分に限る。また、継続審議に付されていた法案は除く。

会議で表決され、法律として成立することとなります\*7。

議員立法ではどうかというと、こちらは、議員からの立案依頼を受け、各議院の法制局が立案や審査を行い、条文化を行い、法案が提出されるという流れになります\*8。なお、発議のためには、衆議院では 20 名、参議院では 10 名以上の、予算を伴う法案の場合は衆議院では 50 名、参議院では 20 名以上の賛成が必要となります（国会法 56 条）。

#### 国会法 56 条

第五十六条 議員が議案を発議するには、衆議院においては議員二十人以上、参議院においては議員十人以上の賛成を要する。但し、予算を伴う法律案を発議するには、衆議院においては議員五十人以上、参議院においては議員二十人以上の賛成を要する。

2 議案が発議又は提出されたときは、議長は、これを適當の委員会に付託し、その審査を経て会議に付する。但し、特に緊急を要するものは、発議者又は提出者の要求に基き、議院の議決で委員会の審査を省略することができる。

3 委員会において、議院の会議に付するを要しないと決定した議案は、これを会議に付さない。但し、委員会の決定の日から休会中の期間を除いて七日以内に議員二十人以上の要求があるものは、これを会議に付さなければならない。

4 前項但書の要求がないときは、その議案は廃案となる。

5 前二項の規定は、他の議院から送付された議案については、これを適用しない。

これだけ見ると、行政とは独立しているように見えますが、議員立法とは言え、成立後、その法律を取り扱う所管官庁を設けておく必要がありますので、実際には、関連する行政庁との協議がなされることもあります。

このように、日本の法律は、ほぼ、閣法中心と言える状況ですが、これが、前記の国会単独立法の原則に触れないかは一応問題となっています\*9。特に、現在の閣法の成立率を見ると、実質的に内閣が立法権を行使しているのではないかという問題提起がありますが、法律案の提出を内閣に一本化するなら（議員立法を許さないのなら）違憲ではあるものの、内閣による法律案の提出を許容するに過ぎない限度であれば違憲とまではいえないと解されています\*10。

## 2 法律の分類

法律の分類は色々な角度から可能ですが、ここでは、代表的な分類方法をいくつか見ておきましょう。

\*7 内閣法制局 Web サイト参照 <https://www.clb.go.jp/law/process.html>

\*8 参議院法制局内資料参照 <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/seminar/seminar3.pdf>

\*9 ちなみに、アメリカは大統領には一切法案提出権はありません。ただし、教書によって立法を促したり、拒否権を背景とした立法への関与があります。

\*10 渡辺康行ほか「憲法 II 総論・統治」246 頁（日本評論社、2020 年）

## 2.1 公法と私法

法律には、公的機関を規律するもの又は公的機関と私人の関係を規律するものと、私人間の問題を取り扱うものがあります。前者を公法、後者を私法といいます。

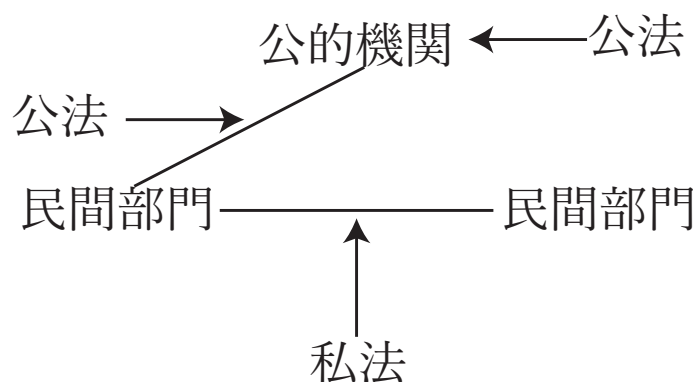


図2 公法と私法

概念的には、公的な関係と私的な関係というのは明確な区別ができるように見えます。例えば税法は明らかに公私の関係を決めているので公法といえそうです。しかし、M&Aを立案するときに税法を考えないと言うことはあり得ないですし、家を建てる時には建築基準法が関係してきます。このように、公法といえども私的な関係に影響を及ぼすことは間違いありません。ただ、これは、本質的には公法ではあるけれども私的な関係に影響を及ぼす例です。

一方、公私の関係だから直ちに公法適用といってよいかが難しい問題もあります。例えば、公営住宅の賃貸借関係は、民間のマンションを借りるのと何が違うのでしょうか? 実際、最高裁判所の判例<sup>\*11</sup>においてこの点が争われました。

民間のマンション賃貸借では、賃借人保護の観点から、契約違反(賃料不払い等)があったとしても、それだけで一発アウトというわけにはいかず、信頼関係が破壊されたと言える程度の債務履行がなければならないとされています。例えば賃料不払い1か月で出て行けとは言えないということです。これが、公営住宅の賃貸借でも適用されるかが争点となりましたが、最高裁は、次のように判示しました。

<sup>\*11</sup> 最判昭和59年12月13日・民集38巻12号1411頁

2 ところで、公営住宅法は、国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を建設し、これを住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とするものであつて（一条）、この法律によつて建設された公営住宅の使用関係については、管理に関する規定を設け、家賃の決定、家賃の変更、家賃の徴収猶予、修繕義務、入居者の募集方法、入居者資格、入居者の選考、家賃の報告、家賃の変更命令、入居者の保管義務、明渡等について規定し（第三章）、また、法の委任（二五条）に基づいて制定された条例も、使用許可、使用申込、申込者の資格、使用者選考、使用手続、使用料の決定、使用料の変更、使用料の徴収、明渡等について具体的な定めをしているところである（三条ないし二二条）。右法及び条例の規定によれば、公営住宅の使用関係には、公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえないところであつて、入居者の募集は公募の方法によるべきこと（法一六条）、入居者は一定の条件を具備した者でなければならないこと（法一七条）、事業主体の長は入居者を一定の基準に従い公正な方法で選考すべきこと（法一八条）などが定められており、また、特定の者が公営住宅に入居するためには、事業主体の長から使用許可を受けなければならない旨定められているのであるが（条例三条）、他方、入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはなく、このことは、法が賃貸（一条、二条）、家賃（一条、二条、一二条、一三条、一四条）等私法上の賃貸借関係に通常用いられる用語を使用して公営住宅の使用関係を律していることから明らかであるといわなければならない。

したがつて、公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信託関係の法理の適用があるものと解すべきである。ところで、右法及び条例の規定によれば、事業主体は、公営住宅の入居者を決定するについては入居者を選択する自由を有しないものと解されるが、事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、両者の間には信託関係を基礎とする法律関係が存するものというべきであるから、公営住宅の使用者が法の定める公営住宅の明渡請求事由に該当する行為をした場合であつても、賃貸人である事業主体との間の信託関係を破壊するとは認め難い特段の事情があるときには、事業主体の長は、当該使用者に対し、その住宅の使用関係を取り消し、その明渡を請求することはできないものと解するのが相当である。

読みにくいかもしれませんが「入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあつても、**事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはなく、このことは、法が賃貸（一条、二条）、家賃（一条、二条、一二条、一三条、一四条）等私法上の賃貸借**

関係に通常用いられる用語を使用して公営住宅の使用関係を律していることから明らかな」と言っているように、公営住宅の賃貸借であっても、要するにやっていることは普通の賃貸借と変わらないよね、ということで公私の関係である公営住宅の賃貸借に私法の規律を適用させました。

このように、公法・私法というのは一応分けられますが、実際には公権力を行使する場面なのか否かといった要素を加味して、適用場面が変わりうることに注意が必要です。

## 2.2 強行規定と任意規定

法律を分類するときには「強行規定」と「任意規定」という分類も有益です。

これらは、法律の定めと異なる定めを当事者同士の合意でできるかという観点からの分類で、**強行規定**はできないものを、**任意規定**はできるものを言います。

一般に、私人間取引は自由主義の原則が及びますから、任意規定がほとんどです。例えば、売買代金の振込手数料は、特に定めがなければ、代金を負担すべき債務者である買主が負担しなければなりません(民法 485 条)。しかし、当然、これと異なる合意をすることは自由で、売主負担としても差し支えありません。

民法 485 条

(弁済の費用)

第四百八十五条 弁済の費用について別段の意思表示がないときは、その費用は、債務者の負担とする。ただし、債権者が住所の移転その他の行為によって弁済の費用を増加させたときは、その増加額は、債権者の負担とする。

一方、消費者保護や労働者保護などの特定の目的を持っている場合や、公法規定などは、当事者の合意で内容を変更することができない強行規定となっています。民法では、個人が保証契約をする場合、慎重さを期し、証拠を残す観点から、書面によらなければならないとしています。これは当事者の合意で書面なしでも OK とすることはできません(民法 446 条 2 項)。

民法 446 条

(保証人の責任等) 第四百四十六条 保証人は、主たる債務者がその債務を履行しないときに、その履行をする責任を負う。

2 保証契約は、書面でしなければ、その効力を生じない。

3 保証契約がその内容を記録した電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。)によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなして、前項の規定を適用する。

また、強行法規の中には、一方当事者だけを保護するためのものもあります。つまり、その法律によって保護される側に有利な方向にはいくらかでも内容を変えて良いけれども、不利な方向には変えてはいけないというものです。このような規定を**片面的強行規定**といいます。

例えば、借地借家法は、基本的に賃借人を保護するための規定が設けられていますが、このことを端的に表すように、借地権者に不利な特約は無効とするといった定めがあります (借地借家法 9 条)。

#### 借地借家法

(強行規定)

第九条 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。

例えば、賃借期間を法律で定められている期間よりも短くする場合など、何が不利で何が有利かが数字で単純に計れるものもありますが、ある一面では有利だがある一面では不利といった中で有利不利の判断が難しいものもあります。特に労働関係では、不利益変更になるかどうかでこの点が問題になることが多いです。

## 2.3 実体法と手続法と組織法

実体法・手続法・組織法というのは、何を定めているのかという機能的な分類と言うことになります。

実体法は、権利義務がどのような事実があれば発生するかをまとめたものになります。例えば、刑法は典型的な刑事実体法で、「人」を「殺した」場合は、「死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役」という刑罰が科されることが定められています (刑法 199 条)。

#### 刑法 199 条

(殺人)

第百九十九条 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。

手続法は、実体法を実現するための手続をまとめたもので、民事訴訟法や刑事訴訟法と言った訴訟法の他、行政手続一般について定めた行政手続法などが典型例になります。

組織法は、省庁などの組織について所掌事務や組織体制などを定めたものになります。国家行政組織法、法務省設置法等など多くありますが、国家行政組織法上、省・委員会・庁を設置するときは、法律を定めることとされています (国家行政組織法 3 条 2 項)。

#### 国家行政組織法

(行政機関の設置、廃止、任務及び所掌事務)

第三条 国の行政機関の組織は、この法律でこれを定めるものとする。

2 行政組織のため置かれる国の行政機関は、省、委員会及び庁とし、その設置及び廃止は、別に法律の定めるところによる。

3 省は、内閣の統轄の下に行政事務をつかさどる機関として置かれるものとし、委員会及び庁は、省に、その外局として置かれるものとする。

4 第二項の国の行政機関として置かれるものは、別表第一にこれを掲げる。

他にも、サイバーセキュリティ基本法では、内閣にサイバーセキュリティ戦略本部を設置する旨が定められており、その所掌事務などが定められています（サイバーセキュリティ基本法 24 条, 25 条）

#### サイバーセキュリティ基本法

##### （設置）

第二十四条 サイバーセキュリティに関する施策を総合的かつ効果的に推進するため、内閣に、サイバーセキュリティ戦略本部（以下「本部」という。）を置く。

##### （所掌事務等）

第二十五条 本部は、次に掲げる事務をつかさどる。

- 一 サイバーセキュリティ戦略の案の作成及び実施の推進に関すること。
  - 二 国の行政機関及び独立行政法人におけるサイバーセキュリティに関する対策の基準の作成及び当該基準に基づく施策の評価（監査を含む。）その他の当該基準に基づく施策の実施の推進に関すること。
  - 三 国の行政機関で発生したサイバーセキュリティに関する重大な事象に対する施策の評価（原因究明のための調査を含む。）に関すること。
  - 四 前三号に掲げるもののほか、サイバーセキュリティに関する施策で重要なものの企画に関する調査審議、府省横断的な計画、関係行政機関の経費の見積りの方針及び施策の実施に関する指針の作成並びに施策の評価その他の当該施策の実施の推進並びに総合調整に関すること。
- 2 本部は、サイバーセキュリティ戦略の案を作成しようとするときは、あらかじめ、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部及び国家安全保障会議の意見を聴かなければならない。
- 3 本部は、サイバーセキュリティに関する重要事項について、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部との緊密な連携を図るものとする。
- 4 本部は、我が国の安全保障に係るサイバーセキュリティに関する重要事項について、国家安全保障会議との緊密な連携を図るものとする。

## 2.4 基本法

SECKUN でも取り扱われているサイバーセキュリティ基本法ですが、この「基本法」が一体何者かは、なかなか難しいものがあります\*<sup>12</sup>。

衆議院法制局の見解では「国政の重要分野について進めるべき施策の基本的な理念や方針を明らかにするとともに、施策の推進体制について定めるもの」とされていますが\*<sup>13</sup>、このような性質を持つ法律は別に基本法でなくともいくらでもあります。

一方、基本法は、それだけで完結することはほとんどなく、「これが大切なんですよ」というメッ

\*<sup>12</sup> 基本法について体系的にまとめた論文として塩野宏「基本法について」日本学士院紀要第 63 巻第 1 号があります。私のスタンスは、基本的にこの論文のスタンスと同一です。

\*<sup>13</sup> 鈴木法制局参事答弁（2005 年 4 月 6 日）・第 156 回国会内閣委員会第 13 号



セージを出す啓蒙的な役割や計画を法律で定めているところではありますが、他の法律のように権利・義務に関する定めという性質は薄いものです。一応、「国民の責務」等が定められることが多いのですが、これも、罰則付きの義務となることは基本的になく、責務と言うよりも「こういうところに注意して行きましょう」という程度でしか機能を果たしていないのが現実です。

他方、省庁横断的な法律も多く、だからこそ議員立法が多いという側面も認められるところで。ただ、内閣法制局審査では法律事項が厳しく問われますから、これが希薄な基本法は議員立法の方がやりやすいという側面もあるのかもしれない。

いずれにせよ、基本法は、理念的なものを掲げ、行政等の方向性を一定程度形づける意義はあるものの、法律として存在する意義や、具体的な事件における活用可能性については課題が指摘されているところであり、基本法を作ったからどう、というよりも、基本法が掲げる理念の実現が具体的にどうなされているかの評価の方が重要と考えるべきものと思われます。

## 2.5 一般法と特別法

**一般法**は、ある分野に対して広く定めている法律を、**特別法**は、その分野のうち、特定の分野に対して適用される法律をいいます。

当然、特別法は、一般法のうち、特定の部分について修正を加えるものですから、特別法がある場合は一般法に優先して適用されることになります。

例えば、民法は、私人間取引に関する一般法と言われています。一方、消費者対事業者という特定の分野では消費者契約法が適用されます。

ここで、注意しなければならないのは、特別法がないときは一般法が適用されるということです。つい忘れがちなのですが、特別法を定めるからには定めるなりの立法的な背景があります。しかし、あくまでも特別法は、特定の分野をカバーしているだけですから、特別法がカバーしていない部分は一般法に戻ります。

従って、特別法に条文がない部分でどうなるのだと思ったら、端的に一般法を見ていただく必要があります。仮に、特別法が定めていない部分について一般法を適用したら、特別法を設けた趣旨が没却されるような場合は、条文解釈をかなり工夫しなければならないことになりますが、そうでないなら、一般法に戻ることが必要になりますし、工夫が必要な場面であることに気づくためにも、まずは一度一般法に戻って、これを機械的に当てはめてみるのが重要です。時折、特別法のマインドを貫徹しすぎて、一般法で処理すべき領域まで過剰に特別法のマインドで解釈するのを見かけます。その場合は、「世の中の取引の原則を、特別法のマインドでやって本当に大丈夫か」というのを一度立ち止まって冷静に考える場面ではないかと考えています。

## 3 法律の構造

### 3.1 法令の種類と階層

法令と呼ばれるものには、いくつかの階層があります。

法令は、日本国憲法を頂点とするピラミッド構造となっており、憲法の下に、法律、議院規則、政令、最高裁規則、条例があり、更に、法律が認める下位法令の府令・省令・各種規則があります。

政令は内閣が制定する法令で、法律を具体的を実施するための実施命令と、法律から委任を受けた事項を定める委任命令の2種類があります。ここでの委任はあくまで法律からの委任が必要で、かつ、法律事項を政令に丸投げすることは許されません(憲法73条6号)。

#### 憲法73条

第七十三条 内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

- 一 法律を誠実に執行し、国務を総理すること。
- 二 外交関係を処理すること。
- 三 条約を締結すること。但し、事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を経ることを必要とする。
- 四 法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること。
- 五 予算を作成して国会に提出すること。
- 六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。
- 七 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること。

府令は内閣府の長としての内閣総理大臣、省令は各省大臣が発する命令で、政令と同じく、実施命令、委任命令の二種類があります。こちらも同様に、法律の委任がなければ、罰則規定等を設けることができません(国家行政組織法12条3項)。

#### 国家行政組織法

第十二条 各省大臣は、主任の行政事務について、法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて、それぞれその機関の命令として省令を発することができる。

2 各外局の長は、その機関の所掌事務について、それぞれ主任の各省大臣に対し、案をそなえて、省令を発することを求めることができる。

3 省令には、法律の委任がなければ、罰則を設け、又は義務を課し、若しくは国民の権利を制限する規定を設けることができない。

条例は、地方自治体が議会の議決を受けて定める法令ですが、法律の範囲内でしか定められないという限界があります(憲法94条)。

#### 憲法94条

第九十四条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

法律を読み解くときには、この階層構造を理解することが重要です。委任命令の場合は、通常、「政令で定める」などといったように、明示的に参照先が記載されている場合が多いので、嫌でも

階層構造を意識するのですが、実施命令については案外意識されないことが多いです。しかし、実際に役所に提出する様式や記載事項は、これら実施命令に記載されていることが多く、実務上、その法律を使いこなせない場合があります。そこで、法律を読み解く際には、実施命令が存在しないかを必ず探してみるようにしてください。

## 3.2 ガイドラインと通達の位置付け

各省庁が、所管法令について解釈運用指針を示すことがあります。その示し方には色々な方法がありますが、代表的なものとしてガイドラインや通達があります。

このうち、通達は、上級行政機関が関係下級行政機関および職員に対してその職務権限の行使を指揮し、職務に関して命令するために発するものであり、あくまでも行政機関内部での見解統一ツールとすることができます。従って、国民に対して権利義務を課す法令にはなり得ず、裁判所も拘束されるものではありません<sup>\*14</sup>。ただし、税法は、通達行政と揶揄されるように、実際問題として通達で動いていると言っても過言ではない状態です。

一方、ガイドラインは、明確な定義はありませんが、個人情報保護に関する法律に関する個人情報保護委員会が出しているガイドライン<sup>\*15</sup>のように国民に対し、法律解釈を具体例で示しているものをいいます。

これらは、いずれも法令ではなく、国民も裁判所も拘束されませんが、少なくとも行政はこれに従って運用されますし、国民の側も、敢えて行政と戦わないと行けない場合はともかく、そうではないのなら波風を立てずに済ませた方がコストも抑えられることから、サイレントマジョリティを形成していくこととなり、実質的に国民生活に当たる影響が極めて大きいといえるでしょう。また、具体的な場面について記載されている場合も少なくなく、法律の条文そのものを読むよりもわかりやすいことが多いことから、一般に法律を利用される方ではまずはガイドラインや通達を探す人も少なくないと思います。

ガイドラインや通達から法律解釈を導こうとすることそれ自体は悪くはないのですが、そのときには**必ず参照されている条文そのものに辿り、そこで解説されている点が、条文のどの文言の問題なのか**を見るようにしてください。ガイドラインや通達は、行政庁限りで作られているものとはいえ、それほどコロコロと内容が変わる不安定なものではありませんが、とはいえ、裁判所を拘束するものではありませんし、条文以上の権威を持つものでもあり得ません。また、どの文言がどのように解釈されているのかという観点で問題を見ておかなければ、別の問題に対処するときに、基軸となる点を失うこととなります。

---

<sup>\*14</sup> 最判昭和43年12月24日・民集22巻13号3147頁

<sup>\*15</sup> <https://www.ppc.go.jp/personalinfo/legal/>

### 3.3 諸外国の法律や国際法との優劣問題

#### 3.3.1 外国法の取扱い

サイバーセキュリティ法制では、しばしば、諸外国の法律と日本法の関係が問題になることがあります。最近では、ヨーロッパの個人情報保護法に該当する GDPR が話題となりました。

まず、大前提として、諸外国の法律はあくまでも海外の法律ですから、日本国内においては、日本法に優先するということはありません。アメリカで何か法律を作られたからといって、当然にそのルールが日本法になることは主権国家の原則からしてあり得ないことです。

しかし、諸外国の法律が日本国内の行為に適用されることは普通に起こります。例えば、独占禁止法で禁止されるカルテルですが、米国市場に悪影響を与えるカルテルを日本国内で全て完結させたからといって、米国法上、日本国内での行為を規制できないというのは明らかに不合理です。GDPR でも、いわゆる域外適用といわれる問題があり、個人データの取扱いが、EU 域内で行われない場合であっても、GDPR による規制の対象となることがあることが明記されています (GDPR3 条 2 項)。

## GDPR3 条

### Article 3 Territorial scope

#### 第3条 地理的適用範囲

1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.

1. 本規則は、その取扱いが EU 域内で行われるものであるか否かを問わず、EU 域内の管理者又は処理者の拠点の活動の過程における個人データの取扱いに適用される。

2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to:

2. 取扱活動が以下と関連する場合、本規則は、EU 域内に拠点のない管理者又は処理者による EU 域内のデータ主体の個人データの取扱いに適用される：

(a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or

(a) データ主体の支払いが要求されるか否かを問わず、EU 域内のデータ主体に対する物品又はサービスの提供。又は

(b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.

(b) データ主体の行動が EU 域内で行われるものである限り、その行動の監視。

3. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law.

3. 本規則は、EU 域内に拠点のない管理者によるものであっても、国際公法の効力により加盟国の国内法の適用のある場所において行われる個人データの取扱いに適用される。

このように、ある国で作られた法律を、当該国の主権が及ぶ範囲以外に適用して良いのかという問題を**立法管轄権 (jurisdiction to legislate)**の問題といいます。立法管轄権については、国家利益と一定の関連がある場合には、比較的広く認められています。

一方、如何に GDPR が日本国内の行為に適用されるからと言って、EU 当局が、日本の承諾なく日本国内で権限を行使することはできません。逆に、日本人がアメリカで殺されたからと言って日本の警察が勝手にアメリカに行って捜査権限を行使することもできません。このように、具体的な事象に対して法令の適用・執行を行うことが許されるか、という問題を**執行管轄権 (jurisdiction to enforce)**の問題と言いますが、執行管轄権は原則として属地主義が適用され、相手国の同意なく勝手に執行することは許されません。

サイバーの分野で特に問題になっているのは、サイバー犯罪に関する条約です。条約という国際法に関する問題でもあります。便宜上、本節で紹介します。

これは、法執行機関（警察等）が、海外のサーバーに対してリモートアクセスして良いかという問題に関連するものですが、サイバー犯罪に関する条約 32 条 2 項 b は次のように定めています。

サイバー犯罪に関する条約

第三十二条蔵置されたコンピュータ・データに対する国境を越えるアクセス（当該アクセスが同意に基づく場合又は当該データが公に利用可能な場合）

締約国は、他の締約国の許可なしに、次のことを行うことができる。

a 公に利用可能な蔵置されたコンピュータ・データにアクセスすること（当該データが地理的に所在する場所のいかんを問わない。）。

b 自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在する蔵置されたコンピュータ・データにアクセスし又はこれを受領すること。ただし、コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的なかつ任意の同意が得られる場合に限る。

これだけ読むと、データについて権限を有する者から「合法的かつ任意」の同意があれば、相手国の許可なく、リモートアクセスができますが、そうではない場合はできないということになります。つまり、日本の警察が、令状によって強制的にリモートアクセスをする場合、日本国内のサーバーにアクセスすることはできても、Google 等の海外のサーバーにはアクセスできないということになります。諸外国では、当然にできることが前提で法制度を作っているところもあり、また、海外サーバーへのリモートアクセスが必要な場面があることも否定できないところですが、日本の裁判例は、この問題に対して、相当慎重な姿勢を取っており、今後の論点となっています<sup>\*16</sup>。

### 3.3.2 国際法の取扱い

国際法とは何かというのは極めて難しい問題ですが、とりあえずここでは国と国が締結する条約と考えておきます。

条約と国内法の優劣については、一般的には、条約 > 国内法 とされています。特許法 26 条は、条約に別段の定めがあれば条約によると明記していますが、特にこのような条文がなくとも、条約優先とされています。

特許法 26 条

（条約の効力）

第二十六条

特許に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による。

ただ、憲法との優劣については学説が分かれており、憲法学の通説は憲法優先説ですが、国際法学通説は条約優先説です。

昨今、サイバーの分野で問題となる個人情報、人権の問題として捉えることが国際的な流れと

<sup>\*16</sup> 海外へのリモートアクセスが国際法違反になる可能性を指摘して、これによって収集した証拠の証拠能力を否定したものとして横浜地判平成 28 年 3 月 17 日があります。なお、控訴審においても維持されています。

っており、この流れが、条約或いは慣習国際法 (customary international law)\*<sup>17</sup>として認められるようになった場合に、国内法との調整問題が生じることとなる可能性があります。

次に、国際法と国内法の間係を取り扱う場合には、条約が当然に国内法になるのか、なるとして、どのような意味を持つのかが問題となります。

まず、日本では、条約は締結され、公布されると同時に当然に日本国内において効力を有することが前提とされています\*<sup>18</sup>。

しかし、国内で実施するために立法が不要であるとしても、裁判所が独立した裁判基準とできるかという問題があります\*<sup>19</sup>。そもそも、条約自体が国内立法を求めているものもありますから、このような場合は、当然、条約だけでは裁判規範になり得ません。では、そうではないものが裁判規範たり得るかが問題になります。

これについては、条約次第ということになりますが、一般には、法規が具体的活明確であり、国内法で補うことなく運用できるかという客観的基準と、国際法を締結した国家が、国内法としてそのまま適用される意思を有していたかという主観的基準の2つが必要とされています\*<sup>20</sup>。

## 4 条文読み解きテクニック

条文と親しむには、「とにかく読め」しかありませんが、それでも闇雲に読むのは少ししんどいですね。条文の読み方を少しご紹介いたします。

### 4.1 原則と例外（但書の意味と立証責任）

条文を見てみると「ただし」といった例外規定が多くあります。例えば、次の条文を見て下さい。

民法 93 条

（心裡留保）

第九十三条 意思表示は、表意者がその真意ではないことを知ってしたときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方がその意思表示が表意者の真意ではないことを知り、又は知ることができたときは、その意思表示は、無効とする。

2 前項ただし書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。

これは、真意と異なる意思表示をしたとき\*<sup>21</sup>であっても、その意思表示は有効であること、し

\*<sup>17</sup> 条約のように成文化されていないものの、同様の行為が反復継続して一般的に広く実行されている一般慣行 (State practice) と、これが、国際法上の権利義務としてなされているとの法的確信 (opinio juris) の二つが備わったものとされています。実は、この要件は、法として認められたものが法となるという闇を抱えていて、何が国際慣習法かという問題は極めて難しい問題ですが、ここでは省略します。気になる方は Baxter's Paradox というものを調べてみて下さい。

\*<sup>18</sup> 例えば、イギリスはそうではなく、一定の内容の条約についてはその内容を議会の立法手続によって国内法に変形することが必要とされ、これがなければ国内において効力を有しないとしています。

\*<sup>19</sup> 自動執行性の問題、直接適用可能性の問題などといわれます。

\*<sup>20</sup> シベリア抑留訴訟について東京地判平成元年 4 月 18 日等

\*<sup>21</sup> 例えば、100 万円のバイオリンを 10 万円で手放すつもりもないのに 10 万円で売ると言ったような場合です。

かし、相手方が真意ではないことを知り又は知ることができたときは無効となることを定めています。

このような「ただし書」は、訴訟における主張・立証責任の分配で大きな意味を持ちます。

まず、本文と但し書きとでは、原則として主張立証責任が逆転します。従って、例えば、上記の事例で、買主が10万円払ったのにバイオリンを引き渡さないでバイオリンを引き渡せという訴訟を提起したとします。この場合、買主は、売主の真意が10万円での売却であることを立証しなければならないのかというと、93条本文で、真意が何であれ意思表示が10万円であれば有効だと言っているのですから、買主は、このような立証をしなくても良いことになります。

一方、このような売買を無効と主張したい売主は、但し書きの適用を受けなければなりませんから、買主が売主の真意(10万円を手放すつもりがないこと)を知っていたか知ることができたことを証明しなければならないことになります。

このような条文構造を意識しながら、次の3つの条文を比較してみてください。条文はいずれも民法ですが、代理人として動いた人が実は代理人ではなかったというパターンに関する条文です。具体的な事例として、売主Xが、買主Y代理人Aと取引をしたものの実は……というパターンで、XがYに金を払えという請求をする場合を考えてみましょう。



## 表見代理

(代理権授与の表示による表見代理等)

第百九条 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、その責任を負う。ただし、第三者が、その他人が代理権を与えられていないことを知り、又は過失によって知らなかったときは、この限りでない。

2 第三者に対して他人に代理権を与えた旨を表示した者は、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為についての責任を負う。

(権限外の行為の表見代理)

第百十条 前条第一項本文の規定は、代理人がその権限外の行為をした場合において、第三者が代理人の権限があると信ずべき正当な理由があるときについて準用する。

(代理権消滅後の表見代理等)

第百十二条 他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後にその代理権の範囲内においてその他人が第三者との間でした行為について、代理権の消滅の事実を知らなかった第三者に対してその責任を負う。ただし、第三者が過失によってその事実を知らなかったときは、この限りでない。

2 他人に代理権を与えた者は、代理権の消滅後に、その代理権の範囲内においてその他人が第三者との間で行為をしたとすれば前項の規定によりその責任を負うべき場合において、その他人が第三者との間でその代理権の範囲外の行為をしたときは、第三者がその行為についてその他人の代理権があると信ずべき正当な理由があるときに限り、その行為についての責任を負う。

まず 109 条は、代理権授与の表示をしてしまった場合<sup>\*22</sup>は、原則として、代理権が実はなかったとしても、その責任を負わなければならないと定めています。一方、相手方が代理権がないことを知り又は過失によって知らなかったこと(悪意有過失といいます。)を立証した場合は、免責されることになります。つまり、X は Y に対して、「おまえ名刺渡したよな(代理権授与の表示をしたよな)」といえよく、Y が、「A に権限がないこと知ってたやろ」ということを証明しなければなりません。

110 条は、権限外の行為の場合ですが<sup>\*23</sup>、このときは、権限外の行為であることについて正当な理由がある場合<sup>\*24</sup>は、有効となります。従って、X は「A に権限が与え得られ、それを超えたことがなされたけど、そんなこと私知らないし、知らなかったとしても過失ないですから。」という

<sup>\*22</sup> 例えば、営業担当者の名刺を渡してしまった場合などです。

<sup>\*23</sup> 例えば、10 万までの取引はして良いが 100 万はダメであったのに 100 万の取引をした場合です。

<sup>\*24</sup> 一般には、権限外であることを知らず、かつ、知らないことについて過失がない場合で善意無過失と言われます。

ことまで言って初めて有効となります。

112 条は、代理権があったけれども後でなくなったにもかかわらず代理人が活動をしてしまった場合ですが、この場合は、X は「A には代理権なかったらしいけど知らんがな」で有効となり、無過失までは言う必要がありません。一方、Y が「おまえ、知らんとかいうけど過失あったやろ」と過失があったことの立証が必要になります。

このように、似たようなシチュエーションでも立証責任の分配が微妙に異なるのは<sup>\*25</sup>、法律がそれぞれのシチュエーションにおいて本人 (Y) の帰責性がどの程度大きいかを評価した結果と言えます。つまり、条文の背景にある思想を読む意味でも、但し書きを読み解くことは重要になります。

## 4.2 法的三段論法（要件と効果）

法律は権利義務に関する規定であると説明をしました。

ところで、権利義務は目に見えないものです。では、そのような権利義務の発生をどのように認定すれば良いのでしょうか?あくまでも事実を引き直す必要があります。

そこで法律は、権利義務と事実をつなぐ架け橋をしています。そして、我々法律家は、法律が要求している事実と現実の具体的事実を当てはめる作業、さらには、具体的事実の存否を証拠で認定する作業をしています<sup>\*26</sup>。

これを図示すると次のようになります。

---

<sup>\*25</sup> 分配が微妙に異なるというしましたが、実際に訴訟をやる身としては、地獄のような立証を求められるかどうかで大きな違いが生じます。

<sup>\*26</sup> 実際の実務では、法解釈よりも事実認定の部分のウェイトの方が大きいです。そのため、事実認定についても、法律家はどのような発想でしているのかなどを説明することが重要なのですが、事実認定やその留意点をまとめるとそれだけでまた 90 分必要になります……

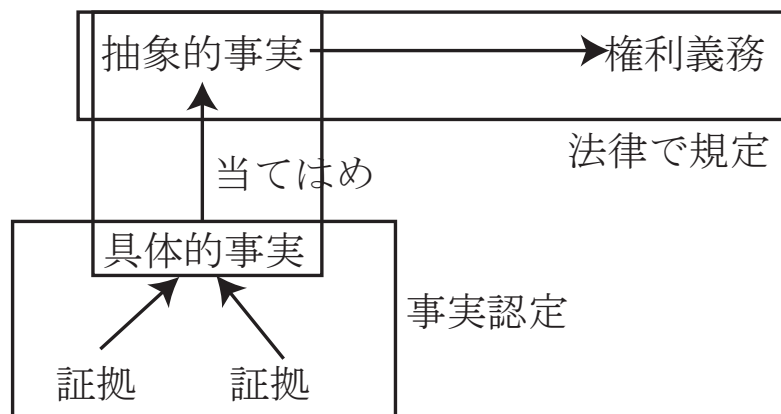


図3 法的三段論法

このように具体的事実 → 法律が定める抽象的な事実 → 法的権利義務の 3Step を踏む思考過程を**法定三段論法**といいます。

そして、法律定める事実を**要件事実**、その結果得られる権利義務を**法律効果**といい、しばしば**要件-効果**という具合にペアで考えられます。

さて、この要件事実ですが、法的効果を発生させるためには、必要とされる要件事実**全て**を充足しなければなりません。例えば、民法の不法行為に基づく損害賠償請求について定めた民法 709 条は次のようになっています。

民法 709 条

(不法行為による損害賠償)

第七百九条 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。

これを分節すると次のようになります。

1. 故意又は過失
2. 他人の権利又は法律上保護される利益の侵害
3. 因果関係
4. 損害

従って、例えば、極めて大きな損害が生じる凄惨な事故であったとしても、そこに過失が認定できない場合は、民法 709 条では損害賠償請求ができないことになります。

法律を使うためには、良くも悪くも、条文に記載されている要件毎に分析的に検討する作業が必要となります。

### 4.3 法律問題の探し方

法律問題の探し方には大きく 2 つのポイントがあります。まず 1 つは、当事者をとにかく一度はバラバラにして見ること、次は、契約等の特別な関係がある場合はそこからアプローチすることです。

まず、関係する当事者を全て 1vs1 に分けて、それぞれの間で考えることが大切です。社会的・経済的な単位で見ればグループで考えたい場合も少なくありません。しかし、権利・義務は個別具体的に発生するというのが個人主義を基調とする現在の法制度の基本になります。例えば、損害賠償請求などで連帯債務を負い、二人で一緒に債務を負うことはありますが、個人主義が原則の現行法では、連帯をすることは例外です。

まずはバラバラに分け、1vs1 の間でどのような権利義務があるか、次に、1vs 多になる原因があるかという 2step を踏むことが重要です。ちなみに、司法試験に限らず、法律の問題を難しくしようと思えば簡単で、当事者の数を 3 人以上にしていればたちどころに難易度が上がります。

次に、1vs1 での法律関係を考えるときは、まず、契約等の特別な関係がないかを考えることが重要です。一般に、法律関係は、合意等の特別な関係に基づくものと、法律が一定の場合に問答無用で権利関係を発生させる場合があります。前者の典型例が契約で、後者の典型例が不法行為になります<sup>\*27</sup>。

このような特別な関係がある場合は、その関係に基づく特別なルールがある場合が多いので、まずはそこからアプローチすることが重要になります。このような関係がない場合は法律に当たって責任原因を探すということになります。

このように、法律問題を探す方法は、関係性を分断し、その関係性を個別具体的に分析し、それでもダメなら拡張をしていくという思考過程が極めて重要になります。ここを、ザクッと大雑把にやってしまうと、大抵、条文に照らしたときに当てはめられない無理が出てきます。

## 5 法解釈

法律には解釈が必要とされていますが、法解釈とはどういったものなのか、を少し掘り下げてみます。

### 5.1 法解釈が必要な理由

そもそも法律とは何を定めているのかというのは、既に説明したとおりですが、権利義務について法的三段論法が使えるように事実と権利義務を結んでいるというものでした。

法的三段論法をもう一度見返してみます。

---

<sup>\*27</sup> 事前に交通事故が起こることが分かって事故を起こしていたらもはや保険金詐欺です。したがって、通常の交通事故で損害賠償請求をすることは、契約責任では説明ができず、不法行為に基づく法定責任の場面になります。

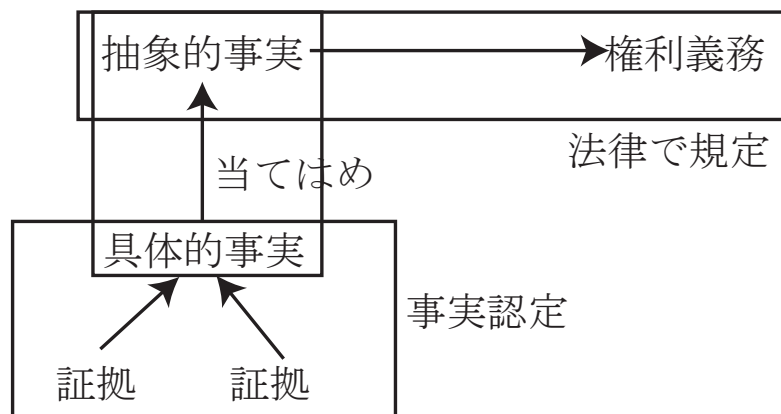


図4 法的三段論法 again

ここで、法律解釈が必要な場面は大きく分けて次の2通りです。

1. 認定した具体的事実が法律が定めている抽象的事実該当するといえるのか
2. 抽象的事実が存在するとしても、その事実は果たして権利義務発生の根拠となる事実といえるのか

前者の例としては、例えば殺人罪における「人」概念が考えられます。殺人罪は「人」を殺さなければ成立しません。

さて、近未来の話として、証拠上、極めて精巧なロボットが壊されたことが認定できたとします。そのロボットは、人間と同等かそれ以上の知性を持ち、周囲の人は人間特別をしない取扱いをしていたとしましょう。この場合、このロボットを壊したことは「人」を殺したことになるのでしょうか？

おそらく現行の法解釈では「人」というのは、いわゆるホモサピエンスに限定されるでしょうから、如何に精巧でもロボットは含まれないでしょう。しかし、近未来の世界でもこの解釈が良しとされるかは分かりません。

次に、抽象的事実が存在するとしても、その事实在権利義務発生根拠となる事実となるか、です。例えば、民法177条は不動産の登記の機能について次のように定めています。

#### 民法177条

(不動産に関する物権の変動の対抗要件)

第一百七十七条 不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成十六年法律第百二十三号）その他の登記に関する法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

これだけ読むと、とりあえず赤の他人でありさえすれば177条の問題で処理されそうです。しか

し、判例上、この第三者は「当事者およびその包括承継人以外のものであって、登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者」とされています<sup>\*28</sup>。例えば、不法占拠者は辞書的な意味では赤の他人で第三者であることには違いがないのですが、不動産登記がないことを主張する正当な利益がないので第三者にあたらないと解されており<sup>\*29</sup>、まだ未登記の買主であっても、買主としての地位に基づいて出て行けと追い出すことが可能となっています。

これらは、逆にこのような解釈が行わなければ困るということもいえる例ではないでしょうか。後者の例で言うなら、登記をするまで土地を買っても不法占拠者は放置せざるを得なくなるのでしょうか?その結論はやはり変です。

このように、文言の解釈をすることで、妥当な結論を導くことがあり、そのためにも法解釈が必要となります。

それでは、以下、法解釈の手法を検討して参ります。

## 5.2 文理解釈

条文解釈の基本は、何を置いても文理解釈です。要するに文字通りの意味で捉えるという意味です。

まず、文理解釈は条文そのものに素直です。従って、解釈論として無理がありません。そして、後で説明するような拡大解釈等を行うにしても、なぜ、文言から少し離れなければならないのかを検討する際、まずは機械的に文言に当てはめてみるとおかしいからという論証をすると、非常に説得的です。

もう一つの大きな意味として、日本における法用語の統一性に従えるというメリットが指摘できます。

既に説明したとおり、日本の法律の多くは閣法であり、内閣法制局審査を通過したものとなっています。内閣法制局は、閣法全てについて用語の統一性や、法律文法を検討しているため、同じ用語は、法律が違っていても同じ意味で用いるように整理していきます。そのため、ある法律を読む際に用語の意味で困った場合は、他の法律での使われ方を参照するなどして意味を読み解くことができる場合があります。

なお、法律用語については様々な辞書がありいずれも特徴あるものですが、内閣法制局関係者が作成している有斐閣「法律用語辞典」法令用語研究会編は、実際に条文で用いられている用語ベースで意味が書かれており、有益です。

以上より、法解釈の基本は、文理解釈ということになります。

---

<sup>\*28</sup> 大連判明治 41 年 12 月 15 日民録 14 輯 1276 頁

<sup>\*29</sup> 最判昭和 25 年 12 月 19 日・民集 4 巻 12 号 660 頁

### 5.3 拡大解釈・縮小解釈・類推解釈

文理解釈では、必ずしも妥当な結論が見いだせない場合があります。そのようなときは、文言から離れる解釈が必要となります。また、そもそも当てはめるべき場面がない場合もあります。このような場合は、条文の趣旨から推察する必要があることがあります。

前者のパターンとしては、文言の意味を広げることと狭めることが考えられ、それぞれ**拡大解釈**、**縮小解釈**といい、条文の趣旨から、本来条文がないところに当てはめる解釈を**類推解釈**といいます。

以下、例を見てみます。

#### 5.3.1 拡大解釈・縮小解釈

拡大解釈、縮小解釈のうち、縮小解釈は、先ほど紹介しました。拡大解釈の例としては、例えば、次のようなものがあります。

刑法 159 条

（私文書偽造等）

第五十九条 行使の目的で、他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造し、又は偽造した他人の印章若しくは署名を使用して権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画を偽造した者は、三月以上五年以下の懲役に処する。

2 他人が押しし又は署名した権利、義務又は事実証明に関する文書又は図画を変造した者も、前項と同様とする。

3 前二項に規定するもののほか、権利、義務又は事実証明に関する文書又は図画を偽造し、又は変造した者は、一年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。

これは、私文書偽造罪を定めたもので、1 項は有印私文書偽造罪を、3 項は無印私文書偽造罪を定めています。

さて、有印私文書偽造は、「他人の印章若しくは署名を用いて」とありますが、ここで、「署名」の意味を考えてみます。

一般に、署名は、法令用語上、「一般に、文書に自らの氏名を示すこと。本来は辞書を意味するが、代署や記名捺印が許される場合がある。」とされています<sup>\*30</sup>。では、例えば、特殊詐欺の準備のために、全てパソコンで記載された偽の身分証明書を印刷する行為はどうなるのでしょうか？この場合、名前の部分は「署名を使用」したことになるのでしょうか？

刑法以外の法律を見ると、明らかに署名と記名押印を区別しています。例えば手形法は次のように定めています。

<sup>\*30</sup> 法令用語研究会「法律用語辞典第4版」625頁（有斐閣，2012年）

手形法 82 条

第八十二条 本法ニ於テ署名トアルハ記名捺印ヲ含ム

そうすると、全てパソコンで記載された偽の身分証明書を作成するのは、無印私文書偽造罪でしょうか?戦前の最高裁判所である大審院は、次のように判示して、刑法 159 条 1 項での署名には記名を含むとしました。

大判大正 2 年 9 月 5 日・刑録 19 輯 853 頁 (抄)

刑法第一百五十九條第一項ニ所謂他人ノ署名トハ作成者ノ誰タルヲ示スニ足ルヘキ記名ノ謂ニシテ其氏名ノ自署ノミニ限レルニアラス故ニ苟モ作成者タル他人ノ記名ヲ使用シテ文書ヲ偽造スルニ於テハ其の記名カ本人ノ氏名を顯スモノナルト其ノ通稱若クハ商號ヲ顯ハスモノナルトヲ問ハス又本人ノ自署ニ成ルト本人カ他人ヲシテ代筆セシメタルト若クハ印刷ニ依リ表示シタルトニ論ナク該條項ノ文書偽造罪を構成スヘキモノトス

これは、表示された氏名に対する信頼を保護する文書偽造罪の趣旨から、署名であれ記名であれ表示されている名前と実際の作成者との同一性を偽っているときは処罰すべきという考えのもと、拡大解釈をしたものとなります。

### 5.3.2 類推解釈

類推解釈は、条文がないところであっても、状況が似ている条文があればそこから類推して、その条文を使ってしまうというものです。

まず、注意しなければならないのは、あくまでも類推解釈は、**条文がないこと**、しかし、**利害状況が別の条文と似ていること**が前提となっています。通常、類推解釈をする場合、「ある条文の趣旨は●●主義に基づくものであるところ、本件でも～～」という説明がされますが、これが暴走して、本来条文があるのに、それを忘れて●●主義に走ったり、類推解釈をしたりする場合があります。このようなことは絶対に避けなければなりません。

また、類推解釈は、条文がないところに適用するわけですから、**刑事処罰では利用できません**。これを認めてしまうと罪刑法定主義に違反するからです。

類推解釈の代表例は民法 94 条 2 項です。

民法 94 条は、X と Y が通謀して虚偽の意思表示をしたときは (**通謀虚偽表示**といいます。)、その意思表示を無効とした上で、ただし、その無効を、二人の通謀を知らない第三者に主張することはできないということを定めています。

例えば、X が Y に、財産隠しのために、本当は土地を売る気もないのに土地を売ったとします。このとき、Y も X の真意を知り、X の企みに協力したものとします。この場合、XY 間では、取引は無効になります。しかし、Y が、XY の事情を知らない Z に土地を売却したとしましょう。XY 売買が無効であるならば、Y は X から土地の所有権を得ていませんから、そもそも Y は Z に対して土地を売却することはできず、結局、Z は土地の所有権を取得できないこととなりますが、これは Y が所有しているとの外観を信頼して取引した X に酷です。そこで、民法 94 条 2 項は、XY 間



の取引の事情を知らない Z を保護する旨の定めを於いています<sup>\*31</sup>。

民法 94 条

(虚偽表示)

第九十四条 相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする。

2 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。

では、次の事案を見てみましょう<sup>\*32</sup>。

ある不動産の登記上、所有者が、A→B→C と移転していたとします。しかし、X は、この不動産を A から買い受け、B に使用させていました。ただ、A から頼まれて、登記名義だけを B に移転させていました。つまり、真実の所有者は X である以上、BC は無権利者であるので、C に対し、所有権移転登記の抹消を<sup>\*33</sup>、B に対しては X への移転登記を求めたとします。

背景事情は次の通りです。

X はその夫である D から懇願され、A 所有の不動産を買い取って、D の妾であった B に使用させることとし、D に金を渡したところ、B は、D からこの代金を受け取り、X の代理人として、A に代金を支払って不動産を買い受けました。しかし、B は D と協議の上、便宜的に、B 名義に所有権移転の登記を済ませ、無償でこれを使用しているうちに、C に不動産を売却する旨の契約をし、C に対し所有権移転登記手続をしました。

まず大前提として、B は一度たりとも A との間で売買当事者になっていませんし、不動産の所有権を取得したものではありません。94 条適用の場面では、AB が実際に虚偽の意思表示をしている必要がありますが、今回では AB の間で売買契約がない(あくまでも売買契約は、XA でなされている。)ので、AB 売買を中心として 94 条を適用することができません。

しかし、登記名義を B にしておくことについて X の意思に基づくものなのであれば、C からしてみれば、実質的に、X が一端 A から買い取り、XB で通謀虚偽表示がなされ、B に登記が移転した場合と何ら変わりません。この場合は、94 条 2 項を類推適用して、X は C に対して、C が無権利者であることを主張できないと判示しました。

これは、94 条 2 項は外観に対する信頼を保護している規定であるというところ、本件でも B 名義の登記という外観が作出されている点で、その信頼保護が必要であるということ、その外観が作出された過程で、AB の意思表示こそないものの(したがって、94 条が直接適用できないものの)、虚偽の外観を通謀して作出している点が類似している点ことから類推適用がなされたものです。

このように、条文がなくとも、場面等が似ている場合に、他の条文を引っ張ってくる類推解釈がなされることがあります。ただ、これはあくまでも条文がないことが前提となりますので、軽々に行うことはできません。類推解釈をする場合は、なぜその必要性があるのかとその解釈が相当性のあるものかを慎重に吟味する必要があります。

<sup>\*31</sup> この構成を、XY 取引を有効とみるのか、X から Z への所有権移転を擬製するのかは見解が分かれています。判例は後者です。

<sup>\*32</sup> 最判昭和 29 年 8 月 20 日・民集 8 卷 8 号 1505 頁

<sup>\*33</sup> これによって名義が B に戻ります。

## 5.4 国会の議論や所管官庁の解釈の意味

法律を作るのは国会です。そうすると立法過程における国会での議論は非常に重要なものとなります。そして、閣法が多い日本においては、法案を起案した行政庁の見解も非常に重要になります。

一方で、法律は一端成立した以上、その文言のみが最後に残っているわけですから、その他の情報等を参照するにしても限度があります。

このバランスをどう考えるべきかは、法解釈のあり方として極めて難しい問題があります。

実務的には、立法当時の議論や所管官庁の解釈は、なぜ立法されるに至ったのかという背景を端的に示すものですし、内閣法制局審査の過程でなされた一定の解釈を示すものですから、参照価値が高いものです。ただ、一度作られた条文でも、時代の変化に耐えられなくなるときもあります。そのような場合、解釈が変容する可能性があることには常に留意すべきです。

このことは、時代に適合するために新たな解釈を生み出せる可能性があることを示すと同時に、新解釈の持つ影響力を考えなければならないという両面があることに注意が必要です。サイバーセキュリティや IT に関する制度を考えると、先端技術に対応した、プロパーの法律のみならず、民法等の古典的な法律と無縁ではられません。そういったときに、IT に対応できないからというだけで適用範囲が極めて広い法律の解釈を安易に変えてしまうと、社会全体の法解釈のバランスを崩すことになりかねません。サイバーセキュリティに関連する法律は、相当広範囲であり、技術的な法律だけには駐らないこと、その影響力を考えることが重要です。

## 5.5 判例の意味

裁判例、特に最高裁判所の裁判例<sup>\*34</sup>は、どのような意味を持つのでしょうか。

英米法系の国では、裁判所の判例が、いわば判例法として法源<sup>\*35</sup>となります。一方、日本は、判例法主義を採用しておらず、判例はそれ自体法律ではないとされています。

しかし、最高裁判所の判例と異なる判断をした場合は、民事では上告受理事由 (民訴法 318 条 1 項)、刑事では上告事由となり (刑訴法 405 条 2 号)、最高裁で事実上は正されることが想定されます。従って、少なくとも裁判実務上は、判例は法律に近い機能を果たしていると考えられます。

---

<sup>\*34</sup> 通常「判例」といわれるのは、最高裁判所の裁判例です。

<sup>\*35</sup> 裁判官の判断基準として適用されるべき法律をいいます。

## 最高裁判例と上告

### 【民訴法】

（上告受理の申立て）

第三百十八条 上告をすべき裁判所が最高裁判所である場合には、最高裁判所は、原判決に最高裁判所の判例（これがない場合にあっては、大審院又は上告裁判所若しくは控訴裁判所である高等裁判所の判例）と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、申立てにより、決定で、上告審として事件を受理することができる。

2 前項の申立て（以下「上告受理の申立て」という。）においては、第三百十二条第一項及び第二項に規定する事由を理由とすることができない。

3 第一項の場合において、最高裁判所は、上告受理の申立ての理由中に重要でないと認めるものがあるときは、これを排除することができる。

4 第一項の決定があった場合には、上告があったものとみなす。この場合においては、第三百二十条の規定の適用については、上告受理の申立ての理由中前項の規定により排除されたものの以外のものを上告の理由とみなす。

5 第三百十三条から第三百十五条まで及び第三百十六条第一項の規定は、上告受理の申立てについて準用する。

### 【刑訴法】

第四百五条 高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立をすることができる。

一 憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること。

二 最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと。

三 最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと。

ただし、最高裁判例といっても、判例変更の可能性がありますから、理屈の上では、地裁・高裁が最高裁の過去の判例どおりの判断をしなければならないわけではありません。

また、判例の射程というのも極めて難しい問題です。例えば、有期契約の労働者に対し、夏期休暇及び冬期休暇を与えないことが適法か否かが問題となった判例<sup>\*36</sup>が話題になりましたが、最高裁判所が発表しているこの事例の判示事項は「無期契約労働者に対しては夏期休暇及び冬期休暇を与える一方で有期契約労働者に対してはこれを与えないという労働条件の相違が労働契約法（平成30年法律第71号による改正前のもの）20条にいう不合理と認められるものに当たるとされた事例」というもので、あくまでも、事例判断です。

現に判決文でも「したがって、郵便の業務を担当する正社員に対して夏期冬期休暇を与える一方で、郵便の業務を担当する時給制契約社員に対して夏期冬期休暇を与えないという労働条件の相違は、労働契約法20条にいう不合理と認められるものに当たると解するのが相当である」という部

<sup>\*36</sup> 最判令和2年10月15日

分にアンダーラインが引っ張られています。

つまり、有期契約労働者に夏期休暇及び冬期休暇を与えないことが一般論として違法だという判断をしているのか、あくまでもこの事案限りの判断として違法だと判断したのか、といえ、後者であるということになります。

しかし、その前の理由付けとして「上告人において、郵便の業務を担当する正社員に対して夏期冬期休暇が与えられているのは、年次有給休暇や病気休暇等とは別に、労働から離れる機会を与えることにより、心身の回復を図るという目的によるものであると解され、夏期冬期休暇の取得の可否や取得し得る日数は上記正社員の勤続期間の長さに応じて定まるものとはされていない。そして、郵便の業務を担当する時給制契約社員は、契約期間が6か月以内とされるなど、繁忙期に限定された短期間の勤務ではなく、業務の繁閑に関わらない勤務が見込まれているのであって、夏期冬期休暇を与える趣旨は、上記時給制契約社員にも妥当するというべきである。」とされていますが、この部分はそれなりに一般性を持ちそうです。

では、ここは判例なのでしょうか？

この辺りは、判例の射程論という極めて難しい問題になりますが、判例の多くが判示事項を「～とされた事例」としており、あくまでも事例判断であるとしていること、それ故、判例をあまり広く解釈すると足下をすくわれる可能性があることは理解しておいて良いと考えられます。

## 裁判例の特定

裁判例の特定は、基本的に、「裁判所」「裁判の種類」「裁判日時」で特定をします。また、重要な裁判例で公刊物に搭載された場合は、その公刊物を併記する場合があります。

裁判の種類というのは「判決」「決定」「命令」「審判」といった、裁判の形式を意味します。これらの違いを説明するのは少し難しいので、この講義では省略させて下さい。

また、裁判所＋裁判の種類は、しばしば省略されて書かれます。例えば、最高裁判所の判決ですと「最判」、東京高裁の決定ですと「東京高決」などと書かれます。最高裁の大法廷判決はやはりそれだけの価値があるので「最判」ではなく「最大判」と書く流儀もあります。

公刊物としては、最高裁の公式判例集である最高裁判所民事判例集・最高裁判所刑事判例集に搭載されている場合は、必ずこれを引用するのがお約束です。通称「民集」「刑集」と言われ、「刑集●巻●号●頁」というように引用します。

例えば、先ほど紹介した公営住宅と信頼関係破壊の法理についての判例ですと、民集搭載判例ですので「最判昭和 59 年 12 月 13 日・民集 38 巻 12 号 1411 頁」という具合に引用します。なお、民集・刑集は昭和 22 年が第 1 巻で後は毎年 1 巻ずつ、かつ、毎月 1 号ずつ発刊されますので巻と号は判決年月日が決まれば自動的に決まります。

次に権威があるのは、民集・刑集と似ているのですが、最高裁判所裁判集民事・最高裁判所裁判集刑事で、通称「集民」「集刑」と言われています。民集刑集と似ているのですが、違います。ここに載っているものは、基本的には民集・刑集に載せるほどではないけどまあ大事よ、というもので、よくあるのは、民集・刑集の延長線上ではあるけど重要な事例が紹介されています。

他には、判例情報雑誌（判例タイムズ、判例時報など）に掲載されれば、それを引用する場合があります。後は、裁判所の HP にアップされている場合はそれを引用する場合があります。例えば、GC-MS のスペクトルの読み方を公知の事実と言い切って覚せい剤取締法違反について事実認定をしたり、東京高裁が出した規範をおかしいんじゃないかと言ったりしている恐ろしい裁判例である令和 2 年 6 月 26 日に言い渡された神戸地方裁判所姫路支部の判決などは、Web サイトに載っていますから、「神戸地姫路支判令和 2 年 6 月 26 日（裁判所ホームページ掲載）」などと記載されます。

本当に、だれだこんな判決書いたのは？

## 6 法律文法

条文を読み解くためにはいくつかの文法があります。割とたくさんあるのですが、その中でもこれだけは知っておいていただきたいという数点を紹介します。なお、法律文法についてちゃんと知りたいという方におすすめの本は、以下の通りです。

- 山本庸幸「実務立法技術」（商事法務、2006 年）

絶版となっているのが惜しい。元内閣法制局長官で、その後最高裁判事を務めた方の立法

技術集。ロイヤル英文法ならぬロイヤル法律文法ともいうべき本です。なお、本章の記載は、この本に依拠している部分が多くあります。

- 法制執務用語研究会「条文の読み方」(有斐閣,2012年)

内閣法制局の中の人有志が書いている本で、こちらは、よりコンパクトに法律文法がまとまっています。

## 6.1 及び・並びに

これは And 結合に関するルールです。

「A 及び B」「A 並びに B」は、いずれも「A and B」を意味するのですが、大きい方の接続に「並びに」、小さい方の接続に「及び」を使うというルールがあります。また、3つ以上を並列して「及び」でつなぐ場合は最後の1回にのみ「及び」を使います。つまり

A and B and C=A,B 及び C

ということです。

また、3段階以上の場合は、最小単位にのみ「及び」を使い、それ以上の階層は全て「並びに」を使います。

すなわち

- A 及び B 並びに C = (A and B) and C
- A 及び B 並びに C 及び D = (A and B) and (C and D)
- A 及び B 並びに C 及び D 並びに E =(A and B) and (C and D) and E

となります。実際の条文でチェックしてみましょう。サイバーセキュリティ基本法1条を読んでみましょう。

### サイバーセキュリティ基本法1条

この法律は、インターネットその他の高度情報通信ネットワークの整備及び情報通信技術の活用進展に伴って世界的規模で生じているサイバーセキュリティに対する脅威の深刻化その他の内外の諸情勢の変化に伴い、情報の自由な流通を確保しつつ、サイバーセキュリティの確保を図ることが喫緊の課題となっている状況に鑑み、我が国のサイバーセキュリティに関する施策に関し、基本理念を定め、国及び地方公共団体の責務等を明らかにし、並びにサイバーセキュリティ戦略の策定その他サイバーセキュリティに関する施策の基本となる事項を定めるとともに、サイバーセキュリティ戦略本部を設置すること等により、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成十二年法律第百四十四号）と相まって、サイバーセキュリティに関する施策を総合的かつ効果的に推進し、もって経済社会の活力の向上及び持続的発展並びに国民が安全で安心して暮らせる社会の実現を図るとともに、国際社会の平和及び安全の確保並びに我が国の安全保障に寄与することを目的とする。

一つ一つ見ていきましょう。

この法律は、  
{  
「インターネットその他の高度情報通信ネットワークの整備」  
及び  
「情報通信技術の活用の進展に伴って世界的規模で生じているサイバーセキュリティに対する脅威の深刻化その他の内外の諸情勢の変化」  
}  
に伴い、情報の自由な流通を確保しつつ、サイバーセキュリティの確保を図ることが喫緊の課題となっている状況に鑑み、  
我が国のサイバーセキュリティに関する施策に関し、基本理念を定め、  
{  
（「国」及び「地方公共団体」）の責務等を明らかにし、  
並びに  
サイバーセキュリティ戦略の策定その他サイバーセキュリティに関する施策の基本となる事項を定める  
}  
とともに、サイバーセキュリティ戦略本部を設置すること等により、  
高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成十二年法律第百四十四号）と相まって、サイバーセキュリティに関する施策を総合的かつ効果的に推進し、もって  
{  
（「経済社会の活力の向上」及び「持続的発展」）  
並びに  
国民が安全で安心して暮らせる社会の実現を図る  
}  
とともに、  
{  
（「国際社会の平和」及び「安全の確保」）  
並びに  
我が国の安全保障  
}  
に寄与することを目的とする。  
という構造が読めると OK です。

## 6.2 又は若しくは

「又は」「若しくは」は or 結合に用いられます。

「A 又は B」「A 若しくは B」は、いずれも「A or B」を意味するのですが、大きい方の接続に

「又は」、小さい方の接続に「若しくは」を使うというルールがあります。また、3つ以上を並列して「又は」でつなぐ場合は最後の1回にのみ「又は」を使います。つまり

A or B or C=A,B 又は C

ということです。

また、3段階以上の場合は、最大単位にのみ「又は」を使い、それ以下の階層は全て「若しくは」を使います。

「及び」「並びに」の時と逆であることに気がつきましたでしょうか?つまり、「及び」「並びに」の時は最も小さい階層の「及び」が1回だけ、あとは、全て「並びに」でしたが、「又は」「若しくは」の時は、最も大きい階層の「又は」が1回だけ、後は全て「若しくは」になります。

すなわち

- A 若しくは B 又は C = (A or B) or C
- A 若しくは B 又は C 若しくは D = (A or B) or (C or D)
- A 若しくは B 若しくは C 又は D 若しくは E = ((A or B) or C) or (D and E)

となります。実際の条文でチェックしてみましょう。

不正競争防止法2条20号という恐ろしい条文を読んでもみます。

不正競争防止法2条20号

(定義) 第二条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。二十 商品若しくは役務若しくはその広告若しくは取引に用いる書類若しくは通信にその商品の原産地、品質、内容、製造方法、用途若しくは数量若しくはその役務の質、内容、用途若しくは数量について誤認させるような表示をし、又はその表示をした商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供し、若しくはその表示をして役務を提供する行為

では、順に読んでいきます。

{

(商品 or 役務)

or

(その (= 商品 or 役務) 広告)

or

取引に用いる (書類 or 通信)

}

に

{

その商品の (原産地 or 品質 or 内容 or 製造方法 or 用途 or 数量)

or

その役務の (質 or 内容 or 用途 or 数量)



}  
について  
[  
誤認させるような表示をし  
or  
その表示 (= 誤認させるような表示) をした商品を  
{  
譲渡し  
or  
引き渡し  
or  
(譲渡 or 引渡し) のために展示し  
or  
輸出し  
or  
輸入し  
or  
電気通信回線を通じて提供し  
}  
or  
その表示 (= 誤認させるような表示) をして役務を提供する  
]  
行為  
となります。読みにくい…

### 6.3 その他・その他の

「A その他 B」「A その他の B」は法律でよく使われる似て非なるものシリーズです。

これらの違いは、**A が B の例示であるか否か**の違いです。すなわち、「A その他 B」の場合は、A と B は並列関係にあり、例示の関係には立ちません。一方、「A その他の B」の場合は、A が B の例示になっています。ですから、仮に A を要件としたいのであれば、改めて A について要件とすることを定めなければなりません。

例えば、皆さんが大好きな (?) お酒にまつわる法律で見てください。

清酒とビールの原料を調べてみましょう\*<sup>37</sup>。

---

\*<sup>37</sup> お酒に関する事を調べたければ酒税法です。司法修習生の頃、検察修習の際、「俺たちは酒税法違反で摘発するだけじゃない!酒税も払うんだ!」と言って大酒を飲んでいったような気が…

## 酒税法施行令

### （清酒の原料）

第二条 法第三条第七号ロに規定する清酒の原料として政令で定める物品は、アルコール（同条第九号の規定（アルコール分に関する規定を除く。）に該当する酒類（水以外の物品を加えたものを除く。）でアルコール分が三十六度以上四十五度以下のものを含む。以下同じ。）、焼酎（連続式蒸留焼酎又は単式蒸留焼酎をいい、水以外の物品を加えたものを除く。以下同じ。）、ぶどう糖**その他**財務省令で定める糖類、有機酸、アミノ酸塩又は清酒とする。

### （ビールの原料）

第六条 法第三条第十二号ロに規定する麦その他の政令で定める物品は、次の各号に掲げる物品とする。

一 麦、米、とうもろこし、こうりゃん、ばれいしょ、でん粉、糖類又は財務省令で定める苦味料若しくは着色料

二 果実（果実を乾燥させ、若しくは煮つめたもの又は濃縮させた果汁を含む。）又はコリアンダー**その他の**財務省令で定める香料

2 法第三条第十二号ロに規定するビールの原料中政令で定める物品及び同号ハに規定する政令で定める物品は、前項第二号に掲げる物品とする。

清酒の原料は、要するに、アルコール・焼酎・ぶどう糖・その他財務省令で定める糖類、有機酸、アミノ酸塩又は清酒ですから、アルコール・焼酎・ぶどう糖は、酒税法施行令2条で清酒の原料として既に定められていることになります。

なお、酒税法施行令2条で参照している財務省令とは酒税法施行規則で、実際には次のように定められています。

## 酒税法施行規則

### （清酒の原料となる糖類）

第一条の二 酒税法施行令（昭和三十七年政令第九十七号。以下「令」という。）第二条に規定する財務省令で定める糖類は、ぶどう糖以外の糖類ででん粉質物を分解したものとする。

見ての通り、施行規則では、わざわざアルコール・焼酎・ぶどう糖は定義されていません。

一方、ビールの原料となる香料については、「その他の」とありますから、コリアンダーはあくまでも香料の例示です\*<sup>38</sup>。そして、酒税法施行規則では、次のように定めています。

\*<sup>38</sup> なぜコリアンダーが代表例になっているのかは謎ですが…

## 酒税法施行規則

### (ビールの原料)

第四条 令第六条第一項第一号に規定する財務省令で定める着色料は、カラメルとする。

2 令第六条第一項第二号に規定する財務省令で定める香味料は、コリアンダー又はその種のほか、ビールに香り又は味を付けるため使用する次の各号に掲げる物品とする。

- 一 こしょう、シナモン、クローブ、さんしょうその他の香辛料又はその原料
- 二 カモミール、セージ、バジル、レモングラスその他のハーブ
- 三 かんしょ、かぼちやその他の野菜（野菜を乾燥させ、又は煮つめたものを含む。）
- 四 そば又はごま
- 五 蜂蜜その他の含糖質物、食塩又はみそ
- 六 花又は茶、コーヒー、ココア若しくはこれらの調製品
- 七 かき、こんぶ、わかめ又はかつお節

わかめビールなんてあるんですかね……と言いたくなるところですが、大切なところは、コリアンダーが施行規則に記載されているところです。あくまでもコリアンダーは例示ですから、要件とするためには再度決めなければならないということです。

## 6.4 直ちに・速やかに・遅滞なく・当分の間

いずれも、時間の切迫感を表現する用語ですが、概ね「直ちに > 速やかに >> 遅滞なく (大きな壁) 当分の間」という感じです。

「直ちに」は、すぐにやれというニュアンスです。

例えば、内閣総理大臣は、日本に対する武力攻撃等がある場合は、自衛隊の出動を命じることができますが、その必要がなくなったときは、「直ちに」撤収させなければなりません (自衛隊法 76 条 2 項)。

一方、防衛大臣は、一定の必要がある場合は、即応予備自衛官に対する招集命令を出すことができますが、その必要がなくなったときは「速やかに」召集を解除しなければならないとされています (自衛隊法 75 条の 4 第 4 項)。

## 自衛隊法

### (防衛出動)

第七十六条 内閣総理大臣は、我が国に対する外部からの武力攻撃（以下「武力攻撃」という。）が発生した事態又は武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至つた事態に際して、我が国を防衛するため必要があると認める場合には、自衛隊の全部又は一部の出動を命ずることができる。この場合においては、武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律（平成十五年法律第七十九号）第九条の定めるところにより、国会の承認を得なければならない。

2 内閣総理大臣は、出動の必要がなくなつたときは、**直ちに**、自衛隊の撤収を命じなければならない。

### (防衛招集、国民保護等招集、治安招集及び災害等招集)

第七十五条の四 防衛大臣は、次の各号に掲げる場合において、必要があると認めるときは、内閣総理大臣の承認を得て、即応予備自衛官に対し、当該各号に定める招集命令書による招集命令を発することができる。

(略)

4 防衛大臣は、第一項各号の規定による招集命令を受け、前項の規定により自衛官となつた者について、招集の必要がなくなつた場合には、**速やかに**、招集を解除しなければならない。

(略)

一方、「遅滞なく」は、合理的な理由があれば、少々遅れなら OK という程度のニュアンスになります。例えば、建物賃貸借契約の賃借人が、解約通知があつたにもかかわらずなお契約期間終了後に居住している場合、賃貸人が「遅滞なく」異議を述べなかった場合、従前と同一条件で契約が更新されたものとみなされます（借地借家法 26 条 2 項）。

## 借地借家法 26 条

### (建物賃貸借契約の更新等)

第二十六条 建物の賃貸借について期間の定めがある場合において、当事者が期間の満了の一年前から六月前までの間に相手方に対して更新をしない旨の通知又は条件を変更しなければ更新をしない旨の通知をしなかったときは、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす。ただし、その期間は、定めがないものとする。

2 前項の通知をした場合であっても、建物の賃貸借の期間が満了した後建物の賃借人が使用を継続する場合において、建物の賃貸人が**遅滞なく**異議を述べなかったときも、同項と同様とする。

3 建物の転貸借がされている場合においては、建物の転借人がする建物の使用の継続を建物の賃借人がする建物の使用の継続とみなして、建物の賃借人と賃貸人との間について前項の規定を適用する。

これが仮に直ちに・速やかになると、賃貸人は賃貸借期間が過ぎたらすぐにチェックをして、

すぐに通知をしなければならなくなり、いくら何でも酷だというニュアンスが読み解けます。

最後は「当分の間」ですが、これは、「一応は臨時的措置やで。いつ終わるかは知らんけど。」というニュアンスになります。例えば、裁判所法上、裁判官は、裁判官・検察官・弁護士としての職務経験年数が10年以上になるまでは「判事補」という官職となり、原則として1人で裁判をしてはならないこととなっています（裁判所法27条1項）。

#### 裁判所法

第二十七条（判事補の職権の制限）判事補は、他の法律に特別の定のある場合を除いて、一人で裁判をすることができない。

2 判事補は、同時に二人以上合議体に加わり、又は裁判長となることができない。

しかし、戦後、裁判官の数が足りないということで、経験年数が5年以上あれば、最高裁判所の指名があれば判事の権限を行使できる、つまり、一人で裁判ができることになりました。これがいわゆる「特例判事補」と呼ばれる制度です。

#### 判事補の職権の特例等に関する法律

第一条 判事補で裁判所法（昭和二十二年法律第五十九号）第四十二条第一項各号に掲げる職の一又は二以上にあつてその年数を通算して五年以上になる者のうち、最高裁判所の指名する者は、当分の間、判事補としての職権の制限を受けないものとし、同法第二十九条第三項（同法第三十一条の五で準用する場合を含む。）及び第三十六条の規定の適用については、その属する地方裁判所又は家庭裁判所の判事の権限を有するものとする。

2 裁判所法第四十二条第二項から第四項までの規定は、前項の年数の計算に、これを準用する。

現に、私も、判事補ですが、この指名を受けています。



図5 判事補の官記

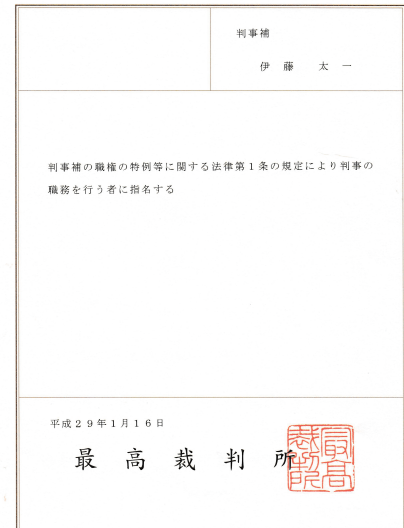


図6 特例判事補の指名

本来は「当分の間」でしたし、裁判員制度が導入された、司法制度改革の際にも、廃止論や見直し論が相当強く議論されましたが、現在も残っています<sup>\*39</sup>。

## 6.5 推定する・みなす

「推定する」と「みなす」は、似ている概念ではありますが、意味が大きく異なります。いずれも、A という事実があることでB という事実や法的効果の存在を擬製する用語ですが、「推定する」の場合は、相手方が反対の事実を証明することでその擬製を崩すことができます。一方、「みなす」の場合は、このような反証を許しません。

例えば、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定されます(民法 772 条)が、当然、DNA 鑑定等で反論が許され、その場合は、親子関係不存在確認訴訟等で決着がつけられることになります。

民法 772 条

(嫡出の推定)

第七百七十二条 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

2 婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

一方、相続の場面で、相続放棄をした場合、その者は、相続放棄をするまでには一応相続人で

<sup>\*39</sup> <https://www.courts.go.jp/saikosai/vc-files/saikosai/file2/80213005.pdf>

あったわけですが、法律上は、はじめから相続人でなかったものと擬製され、ここでは反証が許されません(民法 939 条)。従って、相続放棄をしておきながら「実は私は相続人なんだ。」と主張することはできないということです

民法 939 条

(相続の放棄の効力)

第九百三十九条 相続の放棄をした者は、その相続に関しては、初めから相続人とならなかったものとみなす。

## 6.6 法律文法の注意点

本章で紹介したように、法律の文言にはある程度の文法があります。基本的には、現在、有効な法律は、これらの文法に忠実に作られています。しかし、戦前の法律や戦後間もない法律では、これらのルールが必ずしも貫徹されていないものがあります。

例えば、手形法 16 条 1 項は、裏書が A→B→C と連続している場合は、C が「俺の名前が書いてあるだろう」と言えば、手形の「適法な所持人であるとみなす」と定めています。

しかし、最高裁の判例上、この「看做す」は「推定する」の意味であり、C が真の権利者であることを証明すれば、支払いを拒むことができるとされています<sup>\*40</sup>。

手形法 16 条 1 項

1 為替手形ノ占有者ガ裏書ノ連続ニ依リ其ノ権利ヲ証明スルトキハ之ヲ適法ノ所持人ト看做ス最後ノ裏書ガ白地式ナル場合ト雖モ亦同ジ抹消シタル裏書ハ此ノ関係ニ於テハ之ヲ記載セザルモノト看做ス白地式裏書ニ次デ他ノ裏書アルトキハ其ノ裏書ヲ為シタル者ハ白地式裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタルモノト看做ス

この例は、解釈によってみなすと推定するが変わった事例ですが、立法段階から疑問があるものもあります。

例えば、弁護士会の会則で定めなければならない事項を定めた弁護士法 33 条 2 項 2 号は次のように定めています。

弁護士法 33 条 2 項 2 号

2 弁護士会の会則には、次に掲げる事項を記載しなければならない。  
二 会長、副会長その他会の機関の選任、構成及び職務権限に関する規定

この「その他」を文言通りに読むと、会長、副会長は会の機関の例示ではなく、会の機関とは別のものということになります。しかし、会長、副会長は明らかに弁護士会の機関です。そうすると、ここは本来「その他の」と記載すべきであったものと考えられます。

弁護士法は昭和 24 年 6 月 10 日に成立した、戦後間もない時期にできたものですのでこのよう

<sup>\*40</sup> 最判昭和 36 年 11 月 24 日・民集 15 卷 10 号 2519 頁

なエラーが起きたのかもしれませんが。

このように、法律文法には若干の例外ないしエラーもありますので、一応、注意が必要です。

## 7 法改正文学

### 7.1 改め文方式と新旧対照表

法改正について少しだけ触れておきます。

法改正は、正式には、改正のための法律が作られ、これが可決されることで改正されます。例えば、非嫡出子の相続分が嫡出子の 2 分の 1 とされていた規定が憲法に違反するとの最高裁判例<sup>\*41</sup>を受け、平成 25 年、民法の当該部分が削られる改正がなされました。その改正法は次の通りです。

民法の一部を改正する法律

民法（明治二十九年法律第八十九号）の一部を次のように改正する。

第九百条第四号ただし書中「、嫡出でない子の相続分は、嫡出である子の相続分の二分の一とし」を削る。

これぐらいならまだ読めるかもしれません。

では、令和 2 年 4 月 1 日に施行されたいわゆる債権法改正の改正法を一度ご覧下さい<sup>\*42</sup>。

とてもではないですが読めたものではありません。

一般に、日本における法改正は、「改め、加え、削り」を用いた溶け込み方式といわれ、元々ある法文を「改め」「加え」「削る」ことで修文していくスタイルを採用しています。

しかし、これをまともに読んで、旧法に赤ペンを入れていくととんでもない作業量になります。

そこで、法改正の際には、通常、新旧対照表と呼ばれる表が作られ、改正案と現行法が並べられ、変更点に傍線が引かれる表が作成されます。

例えば、先ほどの非嫡出子に関する改正では、<http://www.moj.go.jp/content/000116011.pdf> のようになります。

基本的に法改正部分をチェックするときは、改正法を読むとかなり大変ですので、新旧対照表をチェックすれば足ります。

### 7.2 附則に要注意！

法改正で注意をしなければならないのは、経過規定等を定めた附則です。ここでは、旧法・新法のいずれがどのような場合に適用されるのかが定められています。

これを見落とすと、とんでもない過ちをしてしまうことがあります。例えば、先ほどの非嫡出子の相続分に関する民法改正の附則は次のようになっています。

<sup>\*41</sup> 最大決平成 25 年 9 月 4 日・民集 67 巻 6 号 1320 頁

<sup>\*42</sup> <http://www.moj.go.jp/content/001264450.pdf>



## 民法の一部を改正する法律 附則

### 附則

#### (施行期日)

1 この法律は、公布の日から施行する。

#### (経過措置)

2 この法律による改正後の第九百条の規定は、平成二十五年九月五日以後に開始した相続について適用する。

この法律は平成 25 年 12 月 11 日に公布されていますから、この日から施行されます。しかし、法改正の影響を受ける相続は、それより前の平成 25 年 9 月 5 日<sup>\*43</sup>以後に開始した相続となります。

## 8 関連法規の検索と条文とのお付き合い

### 8.1 六法をみる

法律を探すとなると、当然、まず当たるべきは条文です。そして、条文が載っている本とえば、いわゆる六法になります。

とはいえ、何でも良いので六法を手にとってみていただくと、視力検査顔負けの小さな文字が躍っています。これを探すときには、まず目次を見ることが重要です。

法律によりますが、目次がある法律の場合は、とりあえずそこから当たりをつけて探すというのが重要です。

ただ、基本的な法律であればあるほど、少し独特な発想で構成されていて条文が発見しにくい場合もあります<sup>\*44</sup>。

そこで、条文検索でも Google 先生に聞くというのも良いと思います。例えば、「(検索したいテーマ) 根拠条文」などと検索すると、大抵、関連する条文が見つかります。そして、その場合、必ず**条文の原典に当たる**ことをしてください。ここで、テーマに関する文献が見つかったからよしとしていると、そこからの応用ができないまま終わってしまいます。

あとは、条文を探すときには、どこかに書いてあるはずと言う信念を持って読み続けることが大切です。法律の条文に触れていると、「こんなことまで定めてるの?」というものがあります。という事は逆に言えば、とりあえず探せば何かある…… はずです。

この節はかなり根性論になりましたが、原典に触れることの重要性和その経験を積むことで、条文を読む目を養うことの重要性を説いているのがこの節になります。

<sup>\*43</sup> 先ほど紹介した最高裁決定の翌日です。

<sup>\*44</sup> 典型例は刑事訴訟法だと思っています。あの条文構造を理解してお目当ての条文を探すのは、刑訴法の学習がかなり進まないといけないと思います。

## 8.2 e-Gov をみる

条文検索の強い味方は e-Gov 法令検索 (<https://elaws.e-gov.go.jp/>) です。裁判所規則、議院規則は載っていませんが、それ以外の法律・政省令等が検索できます。

これを使うときには、法令名だけではなく、法律全文検索もしてみてください。すなわち、気になるテーマで検索をかけてみると、おもわぬところで関連性が見つけれられることがあります。試しに、「サイバーセキュリティ」という用語を含む法令を検索してみると、令和 2 年 11 月 27 日午後 5 時時点では 72 件がヒットしました。その多くは、各省庁の設置法ないしその規則ですが、例えば「学校教育の情報化の推進に関する法律」というものもヒットし、試しに条文を見てみると、次のような条文がありました。

## 学校教育の情報化の推進に関する法律

### (基本理念)

第三条 学校教育の情報化の推進は、情報通信技術の特性を生かして、個々の児童生徒の能力、特性等に応じた教育、双方向性のある教育（児童生徒の主体的な学習を促す教育をいう。）等が学校の教員による適切な指導を通じて行われることにより、各教科等の指導等において、情報及び情報手段を主体的に選択し、及びこれを活用する能力の体系的な育成その他の知識及び技能の習得等（心身の発達に応じて、基礎的な知識及び技能を習得させるとともに、これらを活用して課題を解決するために必要な思考力、判断力、表現力その他の能力を育み、主体的に学習に取り組む態度を養うことをいう。）が効果的に図られるよう行われなければならない。

2 学校教育の情報化の推進は、デジタル教科書その他のデジタル教材を活用した学習その他の情報通信技術を活用した学習とデジタル教材以外の教材を活用した学習、体験学習等とを適切に組み合わせること等により、多様な方法による学習が推進されるよう行われなければならない。

3 学校教育の情報化の推進は、全ての児童生徒が、その家庭の経済的な状況、居住する地域、障害の有無等にかかわらず、等しく、学校教育の情報化の恵沢を享受し、もって教育の機会均等が図られるよう行われなければならない。

4 学校教育の情報化の推進は、情報通信技術を活用した学校事務の効率化により、学校の教職員の負担が軽減され、児童生徒に対する教育の充実が図られるよう行われなければならない。

5 学校教育の情報化の推進は、児童生徒等の個人情報の適正な取扱い及びサイバーセキュリティ（サイバーセキュリティ基本法（平成二十六年法律第百四号）第二条に規定するサイバーセキュリティをいう。第十七条において同じ。）の確保を図りつつ行われなければならない。

6 学校教育の情報化の推進は、児童生徒による情報通信技術の利用が児童生徒の健康、生活等に及ぼす影響に十分配慮して行われなければならない。

### (個人情報の保護等)

第十七条 国は、児童生徒及び学校の教職員が情報通信技術を適切にかつ安心して利用することができるよう、学校における児童生徒等の個人情報の適正な取扱い及びサイバーセキュリティの確保を図るため、学校におけるサイバーセキュリティに関する統一的な基準の策定、研修の実施その他の必要な施策を講ずるものとする。

いわゆる教育の ICT 化もサイバーセキュリティに留意しつつ行われなければならないことがうたわれています。

このように、特定の目的を持って法律を探す際に、関連する法律がどういったものがあるだろうか、あるキーワードでどのような法律がどうつながっているだろうかを考えると、例えば「この分野でまだ立法化が進んでいないのはおかしくないか」など、様々な気づきが生じることもあります。何より法律の生の条文に触れる機会にもなりますので、是非 e-Gov で遊んでみて下さい。

### 8.3 コメントールをみる

条文を読んでも意味がわからないということもあり得ると思います。そのようなときは、「法律名 逐条解説」や「法律名 コメントール」で検索をかけてみて下さい。コメントールとは、各法律について条文毎に一条一条解説を加えているものですが、そこにはかなり詳細な解説が書かれています。

関連する条文を探す際には、まず、「テーマやキーワード 根拠条文」などで検索し、直接の根拠となる条文を探してみましょう。その次に、その条文を素読していただきたいのですが、わからなければ、その法律のコメントールがないかを検索してみましょう。メジャーな法律の場合、出版されている場合もありますが<sup>\*45</sup>、ビジネスでよくつかわれる法律の場合ですと、所管官庁のウェブサイトで公開されている場合もあります。そのような場合、当該コメントールを一度読んでみましょう。

このように、条文中心で物事を考える癖を是非つけるようにして下さい。

## 9 法律べからず集

### 9.1 要件分析しないままの議論

法律は、良くも悪くも分析的です。要件事実も分析的ですし、権利義務関係も分析的に行わなければなりません。しかし、そうすることで、問題となる点を絞り込むことができるというメリットもあります。法律の議論のようで議論になっていないものの多くに、要件を分析せず、漠然とした全体像だけで議論をしているというものがあります。

司法試験の論文式試験も、そもそも、どの条文のどの文言が問題となるのかがわかれば、問題の8割は解けたようなものと言われますが、実際に、法律の議論では、文言レベルで詰めて考えることが重要になります。法律の議論をしているはずなのによくわからないなと思ったときは、一度、条文とその文言に立ち返る癖をつけるようにして下さい。

### 9.2 立証責任逆転

法律の議論においては、主張立証責任が重要です。というよりも、いわゆる debate の一般的なマナーとしても、現状を変えたい側がそのことを説明する、相手方は、その説明を踏まえて、変化を止めるか、別の事実をぶつけるかを考えるということがなされるはずですが、法律の議論ではしばしば、このような立証責任がごちゃごちゃになっている議論がなされています。典型的には、いわゆる灰色無罪が許せないという議論ですが、刑事訴訟法上、疑わしきは被告人の利益となる以上、いかに怪しくとも、証明が不十分であればそれは無罪です。法律は、ある意味で主張立

---

<sup>\*45</sup> 大抵、結構いいお値段がします。

証責任によって権利義務関係を割り切る試みともいえます。

もちろん、現実のビジネスでは、主張立証責任だけで割り切って良い場面ばかりとは限らないでしょう。しかし、主張立証責任をしっかりと理解することで、不当な要求に対し、反論をすることも出来ますし、まずはどちらがどの程度、法律上、優位であるのかを踏まえた上で議論をすることで、建設的な議論も出来るというものです。

原則・例外を踏まえた議論をしっかりとるようにして下さい。

### 9.3 ●●主義の暴走

要件分析をしない議論とほぼ同一なのですが、法律を少し勉強すると、●●主義と言ってしまえば全て解決するかのような錯覚を覚えることがあります。先ほど詳解した民法 94 条 2 項類推適用は、法学部の学生ですとわりと初期に学習するのですが、これを学習した瞬間、学生答案には権利外観法理が乱立することになり、挙げ句の果てには民法 94 条 2 項は摘示されていないけれども権利外観法理という文言だけは書いているということすら珍しくありません。法律が設けられた根拠に立ち返るというのは非常に重要で、●●主義は決しておろそかにできないものではありませんが、それとても、条文から離れて存在するものではありません。あくまでも条文に立ち返り、その条文の文言だけで解決できるのであればそれで解決し、そこに限界を感じたとき、その法律が守っている●●主義に立ち返って考え、というプロセスを忘れないようにして下さい。

いきなり●●の原則が、●●主義がという考え方で物事を捉えてしまうと、どのような●●主義にも必ず例外がありますがそれを見落としたり、言葉だけが一人歩きすることで、本来適用してはいけないところに適用させてしまったりすることがありますので本当に注意が必要です。

## 10 謝辞

本文中で引用した文献に加え、本稿作成を精神的に支えてくださった、以下のアイドルさんに感謝します。

- 神薙ラビッツ Twitter:@kannnagi\_rabbits
- Yes Happy Twitter:@UFK\_YesHappy
- ミライスカート + Twitter:@miraiskirt\_MK
- BEYOOOOONDS Twitter:@BEYOOOOONDS\_

## 11 最後に注意

本稿は、あくまでも伊藤個人の意見であり、伊藤が所属する組織等の見解を示す者ではありません。