

1 法とは

法が制定され生きてくる過程は次の通りである。このシケプリでは大まかにこの順で説明していきます。

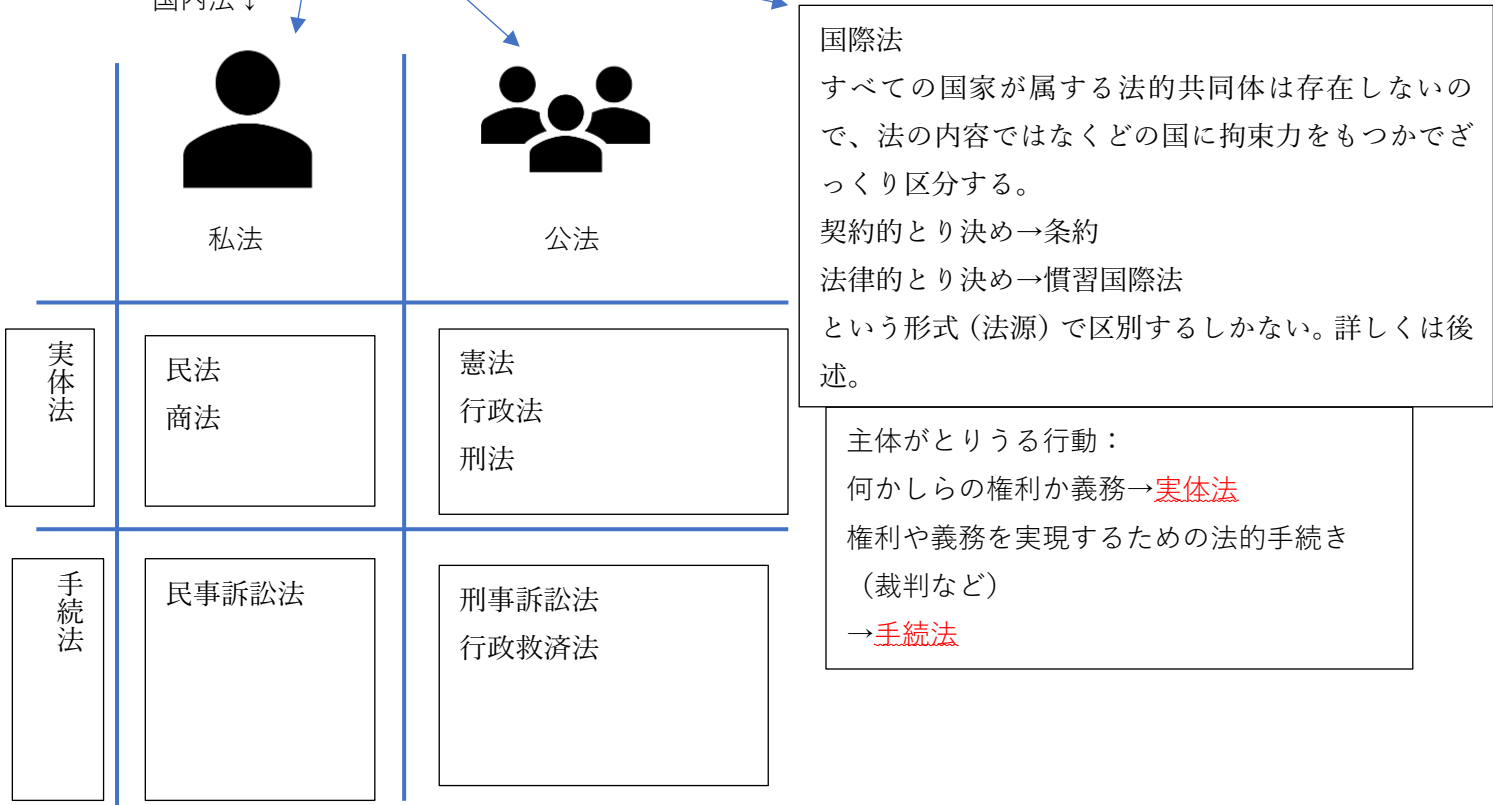
①主体を決める	④実際の事例に適用し、解釈する
②内容を定める	⑤解釈した過程の論理を分析する
③形式を整える	(⑤は法学の研究者に丸投げします)

①②主体と主体のとりうる行動について

どんな個人も国家に帰属する(と仮定している)ので主体(※)の関係は個人、国家、国際機関の組み合わせのうち

・個人と個人・個人と国家・国家と国家(・国家と国際機関)

国内法↓



※主体について

厳密に定義すると

権利能力を有する自然人および法人(国内法)および国家(国際法)となる。

自然人とは生まれた時からの私たちのこと。胎児は除外、母体から完全に出了時点で自然人。法人は会社や団体を広く含む。法人としての権利義務、財産は個人のものとは区別をつ

ける。じゃあ国は？

★そうだよ、そもそも国家とは？※以下、長々と補足が続きます。

国家成立条件は実は明確には定められていない。というのも、

1 永続的住民 2 領域（領土、領水、領空） 3 実効的な政府（宣言的効果説）に加えて  
他の国家による国家承認（創設的効果説）が果たして必要なのか？？？という議論  
が根深い。なお前者の方が国際慣習法になっている。

～いったん解説！領水と領海の違い

領水には内水と領海が含まれる。内水は川とか湖とか。領海は領土の外側にある海域のこと。多分前者なら地方自治体とかが管理できて、後者なら国が管轄する、くらいの違いしかないと思う。←自信なし！なお内水はあとで出てくるお話。

（ちなみに自然人の出生については「承認」など必要ない。これを「事実をもって権利を獲得する」という。）

というのも、ある集合体 A について、別の国 B は A を国と承認するがさらに別の国 C は承認しないなどという状況が大いにありえ、これは国家平等の原則に反するといわれるからである。

さらに、こんな状態の A、B、C みんなが加盟している国際条約に触れるようなもめごとが起こった場合、例えば C は A の権利義務を認めるのかという問題が生じる。

北朝鮮ベルヌ条約事件がまさにこれである。

※ベルヌ条約

互いの国が著作物を相互に保護するという国際条約。日本も北も加盟している。

（論点）

北朝鮮の映画を日本で公開する場合、著作権は発生するのか？？

（裁判の判決）

発生しない

（判決理由）

創設的効果説によれば北朝鮮は国ではないから。条約による普遍的価値は認めるとしても、ベルヌ条約は例外である。

つまり多国間条約であっても国家承認していない国との間では権利義務関係は認めないと

解釈している。

↑これには

- 1 世界的には創設的效果説より宣言的效果説の方が支持されている、つまり北朝鮮は国ではないか？
- 2 創設的效果の立場にしながら、条約の意義をわざわざ判決理由に明記するのか？中途半端で説得力に欠ける
- 3 慣習国際法条の義務と一致しない（賠償を求められたら応じるのが戦後政府の一貫した立場であった）

といった批判が寄せられた。

しかしこんなことは百も承知のはずの司法がなぜ、このような結論に至ったのか？

一つには、外務省・政府の見解を前提としているからと考えられる。外務省は「北をベルヌ条約の権利義務主体とは捉えていない」と明記。（国家承認には触れていない）

それにまあ、いちおう、宣言的效果説にたって北を国扱いしたとしても、条約の定義解釈に

よっては日本と北朝鮮の権利義務関係は承認されていないとも言える。というのも、条約は

「互いの承認に基づき互いのみを拘束する」法だから、日本が北を承認しなければ相互承認

はない、つまり権利義務関係もない！

お次の補足です。成立条件については置いておいて、国家として成立したからにはどんな権限が生じるのでしょうか？ずばり、国家管轄権！！！！

定義的には国家が人やものに対して（法を介して）統治機能をおよぼす権限のこと。権限は領域をまたぐこともあり得ます。

具体的には立法・裁判・執行の3種類。ざっくりいうと、刑法を制定し適用してそれに則った処理ができるということ。領域内で適用される（扱いになる）のは立法管轄権と執行管轄権で、『裁判管轄権が適用基準にないのは立法管轄権があれば必然的に認められているものだからです』←なおここあいまい。テストで書いてペケでも責任とれません。

立法管轄権の及ぶ範囲：

- ・領域（当たり前）←属地主義
- ・自国民（彼らがどこにいるのかによらない）←属人主義

なお、

積極的属人主義…犯罪の加害者に適用される。自国の法を知っており、遵守すべきは当然！との姿勢から。

消極的属人主義…犯罪の被害者側に適用される。ただ、これを行行使すると加害者までが日本法に服することになり、場合によっては（日本法を・被害者が日本人だと）知らなかった、なんてこともあるだろうから不合理？～という理由で避けられてきた。

の区別が存在。

- ・ 重大な国益損害行為（主体は問わない）← **保護主義**
- ・ 国際的な強制法規に定められるような NG 行為（戦争、海賊行為※、ジェノサイド、「人道に対する罪」）← **普遍主義**

〔日本で消極的属人主義が認められるようになってきたきっかけ〕 TAJIMA 号事件  
日系企業が管理するパナマ船籍の船（俗にいう **便宜置籍船**。船員費、各種税金の削減のため）  
上でフィリピン人が日本人を殺傷した。日本は消極的属人主義を行使することもできたが  
旗国のパナマにフィリピン人を裁くよう求めたところ、なんと無罪になった。→怒

そして、

※実は海賊行為にも定義があったという話。

①2つの船舶上②公海上③私目的：これは曖昧。例えば日本の捕鯨をやめさせる、は？実  
際 Sea Shephard という団体が日本の漁船を妨害したりしているけどこれって  
日本が処罰できるのか？？今までは慎重な立場で管轄権を行使してこなかった。

Cf) 立法管轄権が重複する場合について

例1) 日本でアメリカ人が中国人を殺した。

として、このとき日本：属地主義、アメリカ：積極的属人主義、中国：消極的属人主義  
を行使できるわけだが、

執行管轄権を行使できるのは被害者の身柄のある日本だけである。米中の立法管轄権は加  
害者がその後日本国外に逃亡した場合（日本は死刑があるから大いにありうる）属人主義を  
起用して本人を自国法で裁ける、という余地を残すのみ。

例2) アメリカ側で発砲したらメキシコ側で人が死んだ。

場合、犯罪が始まった国：アメリカが行使できるのは **主観的属地主義**

犯罪の結果が生じた国：メキシコが行使できるのは **客観的属地主義** でどちらも可能。

例3) 日本で日本人がカルテルを組んだ。グローバル化の時代、アメリカはどうか？

→アメリカで処罰され、未だに服役中の日本人も。カルテルが **市場原理を制限**するものだと  
いう理由だが、アメリカの国際法違反であるのは間違いない。

●もともとアメリカはそういう意識が強く、国際ビジネス関連の企業に勤めているアメリカ  
人が似たような行為で自ら出頭したことも。

裁判管轄権：立法管轄権の及ぶところには必然的に及ぶ

執行管轄権：他国の領域では発生しない

だから例えば犯罪人が海外に逃亡したとして、日本の警察は海外では逮捕できない。しかし犯罪人の引き渡しを依頼することはできる（犯罪人引き渡し条約）。←ただし慣習国際法上では、義務ではない。

これを日本が締結している相手国は他の国に比べて圧倒的に少なく、アメリカと韓国のみ。その理由でよく言われるのは

①立地への依存：島国だから犯罪者は海外へは逃亡しにくいという想定

↑逆手に取られたよな！！！誰かに！！

②死刑制度の違い：自国が送還した犯罪者が死刑にされるのは許されないという相手側の論理

↑逃げる方は最初からこんなことくらい見越してるよな！！

というかカルロスゴーンが見越していたのは他にもあった：自国民不引き渡しの原則  
犯罪者の逃亡先が本人にとっての自国の場合、引き渡す義務はない。ゴーンはレバノン国籍をもってるんだよね～～いろいろなめくさってるよね～

じゃあ・・・

誰のものでもない領域ではどんな管轄権が働くの？誰のものでもない」のニュアンスが

・誰も私物化してはいけない：国による領有が禁止されており、すべての国にひらかれた空間＝国際広域

★例えば南極は、すでに何カ国かが領土だと主張している地域がある。が、南極条約なるものによってこれの発効中はすでにある国の支配地域を広げてはいけないことになっている。有効期限はないので実質領有禁止。全体としては準国際領域って感じ。

・領土争いがあって決着がついていないところ＝無主地

で区別する。尖閣諸島の国有化は「無主地先占」。

ちなみにどこかの国に属している領域は国家領域と呼ぶ。

Cf)国際法は公私の区別ができるのか？

答：一般には私法的要素しかないといわれるが、

あ) 公益の実現

い) 適用する法体系の選択（をどのように行うかを定める法を抵触法という）

の必要にかられて公私・実体/手続の区別を超越することがある。

あ)

例えば、気候変動枠組条約（1992）は地球温暖化にたいする世界的な取り組みとして待機中の温室効果ガスの濃度を安定化させること＝公益の実現を究極の目的とした

これは各国の権利義務の規定でもその実現手続きでもなく、一つひとつの国が社会全体に対して責任を負う仕組みである。

い)

例えば、交通事故を起こした車の同乗者への賠償について、

日本：賠償義務、ルイジアナ：好意の同乗については責任を問わない

とある場合、どちらか一方の法が適用されることになる。

### ③法の形式が「効力」の大きさを決める

詳しくはプリントを参照すること。ここでは補足にとどめます。

国内・国際両方に共通して、法が法として存在するために備えていなければならない形式を法源という。法源をみればその法がどのように成り立ってきたかがわかる。ここでいう成り立ちとは

●人が作った実定法      または      ●ある地域特有の普遍的な法や慣習を指す自然法

前者のみ有効であるとする思想を法実証主義、後者の効力も信じる思想を自然法思想という。

効力とは、法源の異なる法を比べた際に上位の効力に違反する下位の効力は無効になるという拘束力の大きさのこと。

適用とは、法源の同じ法がいくつかあるときどちらを当てはめて解釈するかということ。

特別法は一般法を破る（＝に優先する）という原則がある。例えば物の貸し借りに関する法律（民法）と土地の貸し借りに関する法律（借地借家法）があって家を借りようと思ったら後者に従えということだ。簡単簡単。

なお、国際慣習法どうしは法的「矛盾」をはっきり規定しにくいためあまり議論されない。

さて、これから楽しい楽しい法源の皆さんの登場です。国内法体系と国際法体系の両方を見ていきましょう。

### 国内法の法体系：

憲法（※）→ 法律 → 命令

※憲法とは

国の統治体制の基本を定めるもの。

改正する場合は国会が発議し国民投票により一定数以上の支持が必要。近代的には、すべての個人は生まれながらにして自由で平等であるという **自然権** をもち、また各々自由意志に基づく **社会契約** により国家をつくるという意味で捉えられてきた。憲法の役割は、国家が個人の自由を侵害しないようにその **権力行使** を制限することである。

※※権力行使の手法3種類、説明できますか??

Cf) 命令について

行政機関が制定する、というのが定義だがこれが権力の濫用とされないのは法律による **委任立法** だからである。すなわち、憲法に違反する法律、法律に違反する命令は全部無効＝存在しない。



かといって、法がみんなイメージ通り「おかたい」わけではなく、融通が利くようになっている→**強行法規** と **任意法規**

強行法規は法的条件を定める側の立場を明確にし、任意法規は法的条件に従う側の権利を擁護する。それぞれ公序の実現・契約に記載されていない契約中の意志を補填するものと考えてよい。←@のりこ 分かりにくかったかも、すまん！

例)

人に借りているものの賃料の支払期限について定めた民法 614 条は **任意法規** である。当事者、つまり借り手が諸事情により別日までを締切にしたいと申し出て貸し手と **契約** を結びなおした場合、民法 614 条に従う必要はないからである。

これに対し、借地借家法 26 条は **強行法規** である。借り手が契約で定められた変更の申請期限内に申し出なければ、その後借り手がどんなに文句をつけようと賃貸 **契約** は変更できず延長されるということ。

～またまたコトバの解説；契約とは？～

個人間を法的に拘束する約束事。法と異なり、不特定多数の一般に適用されるわけではない。

**国際法の法体系：**

条約

慣習国際法：一般慣行とは、「諸国の様な行為のくり返し、またこれによって定着したならわし」、法的確信とは「そうした慣行が法的に権利義務として定められているという国側の認識」であると定義していた。

→含まれる強行法規（誰がなんと言おうとダメな規則）4 種類暗記する

ジェノサイド/海賊行為/奴隷売買/武力行使※

なお、国内法との大きな違いは条約と慣習国際法は排反でないということ！慣習国を書



き起こして条約として締結する法典化もありうる。この場合、互いの国を拘束するという意味では条約だが、権利義務関係については慣習国際法状の全く違う形式のものが残る。

※

武力行使は国連憲章でも定められているため広義の条約でもある。例外は安保理による強制行動、個別的または集団的自衛権。←つまり法で定めたからって戦争がやむとは一ミリも思っていないってことだぜ！！

【時事っぽいし重要】集団的自衛権の行使の条件について

1 他国から武力攻撃があったという事実

2 安保理への報告（義務）

←「こいつに殴られたので殴り返しました」宣言。報告しないやつの方が多い。

3 相手の攻撃に対する均衡性、必要性を保つこと

←懲らしめるのに必要最低限。ずいぶん倫理観の間われる基準ですなあ

ちな武力行使の定義について。アル・カイダやイスラム国といったいわゆる非国家主体、香港の弾圧のような国家による国内での実力行使はここで禁止されているものには当たらないとする、らしい（じゃあ船ならいいのか？→カロライン号事件※）。さらには、第三国がある国の内乱に加担できるのはその既存政府の要請を受けた場合に限る。

#### ※カロライン号事件

まだイギリス領だったカナダの統治政府のアンチ団体がアメリカ側の湾かどこかに停泊していたところをイギリス側が「自衛の権利を行使」して攻撃。アメリカは領域主権を主張し抗議した。

注意しなければならないのは、当時武力行使は国際法上禁止されていなかったということ。イギリスいわく、カロライン号がアメリカと共謀してイギリスの植民地支配から独立しようとしていた、かのような証拠をつかんだのだろうが、カロライン号という非国家主体への攻撃が果たして「国の自衛」と言えるのか？一歩間違えばテロでは？というのが争点である。

---

ここで話題を変えます。国と国どうしで結んだ条約は国内でどう位置付けられる？？？？

答え：明確には決まっていない。

（国民主権の考え方の場合）基本的には条約は憲法に次ぐ上位法規で、国内法律をしのぐ。  
（誠実遵守の考え方の場合）条約は憲法より強い効力をもつ←憲法の規定で条約が遵守されないことを防ぐため。

（でもまてよ？憲法に違反する条約を結ぶなんてことがあるのか？？憲法改正するかそも



そも批准しないかだよな？とは思う。)

日本で前者を支持する根拠としては、理由の一つは、条約の承認手続き（後述）の方が憲法の改正手続きより簡単だから。後者の場合は条約を根拠に国内で裁判ができるということ！死刑禁止条約を結んだ国で死刑を宣告されたら法的に訴えられるということです。ただしこれは国によって異なる。どこかの国が「うちの国内法はどんな国際条約よりも強い効力をもつ」とかいう法律を通したと聞いたが…テストでは書かないでください♡

そして条約承認の国内手続きについて。一応、法律上はどんな条約も国会の承認を経なければ無効ということになっているが実際そんな暇はない。

ということで、本当に国会の承認が要る大事なやつ：国際約束（年 10-20 こ）

実質いらないやつ：行政協定（年 300-400 こ）

にわけて処理することにした。この基準を定めたのが有名な太平三原則。いかにも出そうなので覚えておきましょう。基準は以下の通り。

- 1 法律事項（何について定めたものか）
- 2 財政事情（その条約に批准することによってどれくらい国費を支出することになるのか）
- 3 政治的な重要度（内容が国と国との基本的な関係を規定するものか）

Cf)国際慣習法が一見矛盾する例

1「領域主権原則」と2「外交特権・免除」

1 国がその領域内の人とものを支配する排他的な権利をもつ

2 外交使節団や外交官等は公館・身体・住居の不可侵、裁判権の免除などが認められる

この場合は2が1に優先するが、なぜか？

いろいろあるが、職務必要説が一番有力だということを覚えておこう。他は、名誉といっても家族にも適用されるのでちょっとずれるなど説得力がイマイチ。

・治外法権説：外交官は法的には派遣国の方の庇護下にある

・国家代表説：派遣国の威厳・名誉を体現するのにつりあう特権が必要

●職務必要説：外交使節としての任務を的確に遂行するために必要

例) 外交官も人間なので、アメリカで不利に処罰することを恐れて派遣国の国益を損なうような行為に及ぶ恐れあり。

④法の適用には、先立って解釈という作業が必要である。

解釈の種類～どのように法をみるか～



- ←文理解釈：文字通りの意味
- ←体系的解釈：他の条文との関係
- ←立法者意図解釈：まんま
- ←歴史的解釈：立法に至った歴史的経緯
- ←法律意思解釈：法律がマトモかどうか

法解釈は、法で定められた内容が現実的に妥当かどうかを確認する作業である。授業では「法的三段論法という大前提が定めるルールの具体的な意味を理解する」と定義していた。常に現実が先にあって、法はそれを論理的に「適用」しているにすぎないことを忘れてはいけない。

つまり、適用できそうな法がない場合もあるわけで、これを法の欠缺（けんけつ）という。まあ早い話こういう場合は裁判になる。例えば『被害者の義理の妹に対して損害賠償は必要か』を直接判断できる法律はない。損害賠償の対象になるのは父母・配偶者・子だけだからである。

では実際にいろんな解釈を通して法を適用する過程、要するに裁判を概観してみよう。

裁判は

- あ）何が「事実」なのかの判定
  - い）関係者がどれくらい「マトモ」だったのかの判定
  - う）事実認定、判決時のお決まり
- の三点に気をつけながら進行することになる。

あ）について

裁判とは、事実の存否について自分を正当化し相手を非正当化する法的なケンカである。したがってどこかの名探偵のように真実を暴くのではなく、裁判官ほか「Aならばあなたは勝訴です」と推認できるためのAに当たる証拠（※）となる「事実」が必要になる。

※証拠＝人 or もの、直接 or 間接で2かける2＝4種類ある。第4講確認！

しかし理科の実験のように「～度以上なら気体」、数学の定理のように「～の定理より題意は示された」などといった普遍的基準はないので

・どの程度の証拠なら証拠として推認するのにふさわしいか←これを証拠の証明度という、どの程度かは諸説ある（そのときどきによる）

・証拠はどんな種類のものがどれくらい必要か

といった判断基準は裁判官の裁量に委ねられることになる。=自由心証主義

ただし！例外として、原告・被告・被告人の自白だけを判決の基礎におくことはできない。

(嘘をつくかもしれないから)

なお、こういった基準を法的に定めるべきという法定証拠主義もあるが少数派。

そして！どうしてもどうしても存否がわからないときは、その事実を提起した方が有利にならないように判断する。これを事実の提起側が「証明責任を負う」という。

例) 主要事実：金の授受の裁判で X、Y が争っているとする。

X：「お前に 100 万貸しただろ」

Y：「は、聞いてねーよー！」

となり、この「X の発言があった」という事実をどうしても認定できない場合は Y に 100 万円を返す義務は生じない。このとき X が証明責任を負ったという。

い) 能力のお話←もうこれはプリントを丸暗記すべし！！

裁判で糾弾されるようなことをしてしまったとして、本人が「法的な正誤の判断」をする能力に欠けていたと判断できる場合は罪が免除されたり軽くなったりする。ここでは「本人」の部類を 3 種類に分け、年齢別にどんな権利が生じるのかを分類してみた。

いわゆる判断力をここでは意思・行為・責任能力とよぶ。

健常者  
精神疾患患者  
心神喪失者



赤：意思能力

自らの行為の法的結果を予測し、意味を理解できるだけの、7 歳程度の知的能力。

水色：行為能力

契約の締結等を単独で有効に行うことができる資格、一般的には成年以上。これに該当しない未成年は親権者の同意が必要、諸事情により自ら判断を下すことのできないものは成年被後見人と呼ばれ、自分で契約等を締結することはできない。←つまり後見人がいればできる

## 紫：責任能力

法的な責任を伴う違法行為を行わないという判断ができるだけの知的能力。定量的な基準がなく、殺人などの民事裁判で一番問題になりやすい。

図が説明しようとしているのは、能力が備わっていると法的に認められる年齢が種類によって異なるということです。

### 補足

意思能力は 2020 年施行の改正民法に初めて明文化されることになった。立証が難しく、またこれに欠けるとみなされた場合は相手方の都合によらず契約解除が認められることから、相手の不利益が増えるとの見方もある。

責任能力が最も裁判沙汰になりやすいと書いた。責任能力に欠ける者はさまざまな形で保護される。

例) 未成年、精神上の障害を負う者は他人に与えた損害を賠償する責任を問わない by 民法  
14 歳未満 (図参照)、心神喪失者は罰しない、心神耗弱者は減刑 by 刑法

民法と刑法で責任の問われ方が違うのは 監督義務者の立場を考慮するため。例えば精神病の子供の親は自分の子どもが犯罪を犯した時、民事責任は負うが、自らの行為ではないため刑事責任は負わない (負えない)。

だからといって損害の程度によっては被害者側が納得しないこともある。そのために裁判がある。

### う) 事実認定と判決のルール

これはもうプリントを見てとしか言いようがないですね。民事と刑事の場合で混乱しないように気をつけましょう。

「自白だけを判決の基礎におくことはできない」というルールは 自由心証主義の例外と位置付けられることは覚えておきましょう。

---

あ、でもそもそも刑事裁判の判決根拠となる刑法ってどういうものなのか??

そもそも刑法は、犯罪と刑罰に関するルール、つまり「どういう罪に対してどういう罰が課されるのか」「加害者、被害者の権利の実現はどのように行われるのか」に関する法体系である 刑事法の一区分です。他に特別刑法 (立法管轄権の話で出てきたやつ) と刑事訴訟法があります。「どんな行為が犯罪になるのか」も面白そうだけど (棒読み) ここではどうして刑罰を与える制度があるのか、に焦点を当てます。

これには色々説があって、

### 応報刑論：

刑罰は違法な行為を行ったことに対する非難、報いであるとするもっともな理由。これだと究極的には責任主義 = どれくらい責任能力があったかの争いになる。

### 目的刑論：

刑罰は犯罪の予防という社会的目的のために行われるという理由。一般人が犯罪を起こさないようにという意味で一般予防、一度犯罪を犯した人が繰り返さないようにという意味で特別予防と呼ばれることがある。

で、まあどっちかの理由で刑罰が科されるとしてどんな感じか。

重い順に生命刑・自由刑・財産刑があります。詳しくはプリント参照。法律に書かれていない刑罰を命じることはできません（罪刑法定主義）。犯罪の構成についてもプリント参照。

最後に・・・

#### ⑤法解釈の論理の分析

そして行われた裁判は事案から判決まで詳細に記録され、判例として随時参照されます。似たような条件が揃った事例について、大きく差のある判決が出ないようにするためです。つまり事実上、ある判決（特に上級裁判所のもの）は他の判決を拘束することになります。

---

話題を変えます。もう少し身近な海洋秩序の話。

要するに流れとしては

領海と公海の二択だったのが、発展途上国の沿岸の海洋・海底資源を守るため陸からの距離でどの国にも領海が存在するように管理するようになったということ。

まず、接続水域・排他的経済水域・大陸棚を設定した。続いて、海に面した国はどこも潮が一番引いた時の海岸線 = 基線をひけるようにした。

全ては 1982 年の国連海洋法条約に定められています。つまり最近の領海争いは誰がどの「島」を領有するか、どこに基線を引くかが争点となっている。

残りはプリントを見ましょう。うん。