# 法と法学(『ブリッジブック法学入門〔初版〕』第 1章)

南野, 森

https://hdl.handle.net/2324/26276

出版情報:ブリッジブック法学入門, pp.2-15, 2009-05-15. 信山社

バージョン: 権利関係:



# 法と法学

本章のねらい

法とは何か。法学とは何をする学問であるか。 これらの問いに答えることは、容易なことではな い。法学は、第2章でみるように人類の知的営み のなかでもきわめて長い歴史をもつものであるが、実は法学の対象 であるはずの法とは何かという問題については、いまだに万人が一 致するような「正解」は存在しない。これまで中学や高校において, 正解を理解し記憶することに精力を傾けてきたはずの読者はいきな り驚いてしまうかもしれないが、およそ「学問」の名に値する知的 営みには、そしてとりわけ「文系」といわれる社会科学や人文科学 におけるそれには、そもそも正解が存在しない問いに英知を傾ける という作業がしばしばつきものなのである。これは大変な世界に入 ってしまったと思うかもしれないが、であるからこそ法学を学ぶこ とは奥深く、そして面白いのだ、ともいえる。

本章では、法とは何か、そして法学とは何か、という壮大な問い に対して、読者に正解を教えることではなく――筆者も正解を知ら ない! ——, 読者が読者なりにこれから考えていくことができるよ う、見取図を示し、筆者なりの捉え方を示唆することとしたい。や や抽象的になりすぎるきらいがあるだろうから、必ずしも本章を最 初に読み理解できなくとも、さほど心配する必要はない。もともと, こういった根本的な問題は、法哲学(法理学)の講義でも詳しく学 ぶはずであるし、法学の諸分野を一通り学び終えたうえであらため て考え直してみる方が興味深く感じることができるかもしれない性 質のものでもある。

# 1 法とは何か

## **ℰ**「べし」と「である」

法とは何かを考えるにあたり、まず知っておくべき区別が「べし」と「である」の区別である。「当為」と「存在」(または「事実」)の区別といってもよい。ある人が他の人に対して何らかの行動をとるよう命じる場合、その命令なり指図なり(依頼等も含む)は、「べし」(命令文)の形でなされるのに対して、世の中の事実や存在を描写なり記述なりする場合、それは「である」(平叙文)の形でなされるのがふつうである。たとえば、「貸した金を返せ(=返すべし)」は当為命題であり、「水は100℃で沸騰する(=沸騰するものである)」は存在(事実)命題である。当為命題についてはそれが真か偽かを問うことは意味をなさないのに対し、事実命題は真偽値をもつ(たとえば実験の結果、水が98℃で沸騰すれば、「水は100℃で沸騰する」という命題は偽となる)。

漠然と「法」とよばれているものの第一の特徴は、法を命題化してみるとその多くが当為命題となるということにある。たとえば、刑法 199 条には、「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」と書かれている。文法的にみると、この命題は、命令文ではなく平叙文で書かれているが、人を殺すという構成要件を充たした者に対しては、死刑・無期・5 年以上の懲役という効果を与えるべきである、という、裁判官に対する当為を定めたものであると考えることができる。もちろんこれは、古典的かつ単純な法の特徴であって、現代社会は法化社会であるといわれるように、現代法には必ずしも当為として考えようのないものも多く含まれるようになってはいる。しかし、まずは原則として法の命題は当為命題であるということを知っておいてほしい。

さらにややこしいのは、ある命題が当為を表すのか、それとも事

実を表すのかは,ときに判断の分かれることもあるし,何より,そ の命題が向けられた相手(名宛人)の受け止め方(解釈)によって 変化することがある、ということである。たとえば、教室に入って きた教師が、学生に「今日は暑いですね」といったとする。「今日 は暑いしというのは単なる事実命題であるようにみえる。実際、そ う解釈する学生もいるはずで、その場合、この学生は心のなかで 「そうですね」とか「そうかなあ」とつぶやくかもしれない。とこ ろが、なかには気の利く学生がいて、教師が「今日は暑い」といっ たとたん、その「真意」を想像して窓を開けたりクーラーのスイッ チを入れたりするかもしれない。この場合、教師の発した一見する と事実命題である「今日は暑い」は、その学生によって、実は「窓 を開けよしとか「クーラーをつけよしといった命令(または依頼) であると理解されたと考えることが可能である。そして教師の真意 が単なるつぶやきであったのか、それとも教室を涼しくしてほしい という願望・依頼であったのかは、教師自身に聞いてみないとわか らない。

### € 規範としての法

読者は「規範」という言葉を聞いたことがあるであろうか。これまた定義することの難しい、そしてさまざまに定義される言葉であるが、これから法学の学習を進める過程では頻出する言葉である。人によって用い方が異なるものであるから、いったいそれぞれの論者が規範という概念をいかなる意味で用いているのか、充分注意しなければならない。

ここでは、文字や音声を並べた命題(上の例でいえば、「貸した金を返せ」とか「水は100℃で沸騰する」とか「今日は暑い」)とは区別して、それが表すはずの命令的な意味のことを規範として考えることにしよう(つまり、上の3つの命題が表す規範としては、「貸した金を返せ」と「窓を開けよ」が考えられ、「水は100℃で沸騰する」という

命題にはたぶん規範は含まれていない、ということになる)。法の第二の特徴は、それがこのような規範を表明するものである、ということになる。ただし、これだけではまだ不十分である。

第一に、誰の誰に対する規範が法なのか。現在の日本では、通常、命じる主体は国家などの公権力であり、命令の名宛人は日本に住む人間(自然人)や法人(→第8章)であると想像されるであろうが、このようなあり方は、時代や社会によって、常にそうでしかないとはいえない。たとえば、法によって命じる主体は神であると考えられることもあるし、名宛人は人のみならず動物や無生物であることもある(古代アテネでは人を殺害した槍や落石のような無生物を裁く特別な裁判所があったし、中世では人を殺害した犬や牛といった動物に死刑が宣告されることがあったそうである!)。

第二に、規範が存在するのは法においてだけではない。人間に対する規範として法を捉えるとしても、世の中には、さまざまな規範がある。たとえば、「殺すな」にせよ、「借金は返せ」にせよ、法に命じられなくともそんなことはしないという人は多い(と思う)。そういう道徳に従って生きているからかもしれないし、あるいは神がモーゼに与えた十戒に従って生きているからかもしれない。つまり、規範を定めるのは法に限らず、道徳や宗教も人に対して特定の行動をとるように(あるいはとらないように)命じることがあるのである。法が規範の体系であるとはいえても、逆に規範のすべてが法であるとはいえない、ということである。では、法規範と、道徳規範や宗教規範とは、どのようにして区別することができるのだろうか。

#### ← 強制秩序としての法

法規範とそれ以外の規範とを区別するものとして重要な指標は, 物理的な強制力の存否である,といわれることがある。法の命じる 行動をしなかった場合(あるいは法の禁じる行動をした場合),法は それに対するサンクション(制裁)を与える、と。しかし、道徳の命じるところに従わなくても、ひょっとすると周りの人から非難されたり軽蔑されるといった制裁があるかもしれないし、また、宗教の命じるところに従わないと、死後あの世で罰を受けるかもしれない。つまり、法とは区別して考えられるものにも、それに従わない場合に制裁が科されることはある、ということである。ただし、法の特徴は、そのような制裁が法自身によって定められており、しかも、その制裁は物理的な強制をともなっている、ということにある。宗教規範にもそのような制裁が定められることはあるであろうし、そのような場合には、宗教規範と法規範の差は微妙なものとなる。現に、いくつかのイスラム諸国やバチカン市国といった宗教国家の法は、それが果たしてここでいう法規範であるのか、それとも宗教規範であるのか、判然としない。ただし、この点からすると、道徳規範と法規範との違いは明らかであろう。しかし、これだけでもやはり、法を充分に特徴づけたことにはならない。

第一に、そもそも、通常は法であると考えられているにもかかわらず、サンクションが定められていない法も存在する(国際社会には世界警察や世界国家といったものが存在しないため、国際法に違反してもサンクションはないと主張されることもあるし、国内法でも、たとえば、「国旗は、日章旗とする」とか「国歌は、君が代とする」といったいわば約束事〔定義〕を定めるにすぎない「国旗及び国歌に関する法律」のように、サンクションも定めず、しかもそもそも上のような意味で規範が含まれているのか不明の法律もある)。

第二に、強盗が金を出せと命令する場合を考えてみると、強盗の命令には、それに従わなければ命を奪われるというサンクションがともなっているということもできるが、通常、われわれは強盗の命令を法であるとは考えない。どうやら、サンクションの存在という指標は、法の定義にとっては不十分であるようにみえる。

## 

強盗の命令と、国税局の命令は、いずれも「金を出すべし」という規範を含んでいるようにみえるが、両者ははっきりと区別されなければならないはずである。そして両者の違いは、強盗にはそのような命令を発する権限が与えられていないのに対し、国税局の職員にはそのような権限が法によって与えられている(= 授権されている)ことにある、と考えることができよう(→第6章1)。同じような命令であるのに、一方の命令には、たとえ事実上従わざるを得ないとはいえ、それに従う義務は(法的にも、そしておそらく道徳的にも)ないのに対し、他方の命令には、それに従うことが義務であると法自身が定めているのである(つまり法的には義務がある)。

ただし、ひょっとすると強盗もその親分にそのような授権をされているのかもしれない。そうだとしても、それでは、親分にはそのような授権をなす権限が授権されているのだろうか。国税局の職員に対しては、法律が授権をし、法律を作る国会議員にはそのような法律を作る権限が憲法によって授権されている。どうやら違いはありそうであるが、しかしそれぞれもう一段階遡って考えてみると、よくわからなくなりそうな気もする。

この点を、20世紀最大の法理論家の1人である、オーストリアのハンス・ケルゼン(1881-1973年)の用いた例をもとにして、法規範と道徳規範の違いについても念頭におきながら、考えてみよう。父が子に対して「学校へ行くべし」と命じたとする。その理由を尋ねた子に対し、父は「子どもは親のいうことを聞くべし」と答える。さらにその理由を尋ねた子に対し、父は「それが神の命令である」と答えたとする。この場合、父の論理によると、「学校へ行け」という規範は、神によって父に授権された「子に対する命令権限」にもとづいて発せられたもの、ということになる。そして注意すべきなのは、このような授権関係があるからこそ「学校へ行け」という

規範は妥当するのであって、その内容が正しいからではない、とい うことである。つまりここでは、規範の妥当性の根拠は、規範の内 容ではなく授権関係にある,ということになる(父が子に「学校へ行 ってはならない」と命じたとしても、それはまったく同様に妥当する)。 これに対して、「学校へ行くべし」と命じられた子が父にその理 由を尋ねたとき、父は「子どもは学校へ行くべきだから」と答えた とする。さらにその理由を子が尋ねると、父は「子どもはきちんと 教育を受けなければならないからしと答え、さらにその理由を尋ね られれば父は「それが神の命令である」と答えるとする。この場合、 父の論理によると,「学校へ行け」という規範は,神が父に授権し たかどうかとは関係なく、そもそも神の命令(「子どもはきちんと教 育を受けるべし」)に含まれている内容を,この親子の関係で具体化 したもの、ということになる(ここでは、学校へ行くことが、きちん と教育を受けることになる、と常識的に仮定している)。 いいかえれば、 ここでの規範の妥当性の根拠は、父が命じたからということではな く、その内容が、神により命じられた一般的な規範の内容に適合す るから、ということになる(父が子に「学校へ行ってはならない」と 命じたとすると、それは妥当する規範とはいえないことになる)。

#### 動態的秩序と静態的秩序

ケルゼンにならい,前者のように授権関係によって規範の妥当性が根拠づけられる場合を「動態的」,後者のようにその内容の適合関係によって規範の妥当性が根拠づけられる場合を「静態的」とよぶことにしよう。そうすると,法規範の体系は,動態的でありかつ静態的でもあるのに対し,道徳規範の体系は,静態的であるにとどまる,ということになる。たとえば,道徳においては,「人を殴ってはいけない」という規範は,それが誰によって発せられたかとは関係なく,根本的な「他人を自分と同様に大切にせよ」という道徳規範の内容に含まれている(あるいは適合する)と考えられるから

妥当する。これに対して法規範の体系は、上位規範による規範定立権限の授権という関係(動態的)と、上位規範の内容に下位規範が適合していなければならないという関係(静態的)の両者をあわせもつところに特徴がある、というわけである(ただしケルゼンは、法の体系をもっぱら動態的に捉えようとした)。

現代では、一般に、法規範はピラミッド構造をとる体系において 存在するものであり、その頂点には憲法が存在すると考えられてい る(→第3章2図5,第6章2)。強盗の命令についても、そのボス が強盗にそのような命令を発する権限を授権しており (動態的), かつ、その内容もボスの命令にそったものである(静態的)と考え ることができる点では、実は法と異なるところはないともいえそう である。そして実際、ボスにそのような権限があると信じている人 にとっては、強盗の命令を法の命令と区別することはできない。逆 にいうと、憲法が法秩序の頂上にあり(憲法の最高法規性)、それ に公権力が従わなければならないと考えている人が世の中で圧倒的 な少数になったとすると、われわれは、国税局の職員の命令と強盗 の命令とを区別することはできなくなる、ということである(→第 6章1)。人びとが、このように信じていること、あるいは憲法と はそのようなものであるとの(証明不可能な)仮説を受け入れてい ることが、法が法として存在するために不可欠なのである。ケルゼ ンは、このような仮説を根本規範とよんだ(根本規範という語も、 実に多様な意味で用いられるために要注意である)。

以上で、おおまかにではあれ、法とは何かについて、一定のイメージをもつことができたのではないだろうか。いまだ漠然としていても、あまり心配する必要はない。本書を読み進めていくうえで、そのイメージは徐々にしっかりしたものになっていくであろうから。つづいて、法学とは何かについてみることにしよう。

# 2 法学とは何か

# € 法の解釈

法学は、大きく実定法学(民法学・刑法学など)と基礎法学(法哲学・法制学など)とに分けることができる(→第3章1)。そして実定法学の任務には、大きく分けて、法文を解釈すること(解釈論)と、現にある法を改正したり新たに法を作ったりするための提言を行うこと(立法論)との2種類がある(→第3章3)。このうち、およそ2千年の歴史のなかで、法学者が行ってきた仕事の大部分は、法の解釈に属するものであったといえる。そして現在でも、その重要性はなんら変わってはいない。

法がいかなる形式で存在するかについてもさまざまな見解があるが、人間によって定められたもの(実定法)のみを法学の対象とするのか、それとも神であるとか理性であるとか、人間存在を超えたなにものかによって定められた法(自然法)も存在し、かつそれを人間は認識することができると考えるのかについて、古くからの対立がある(前者の立場を法実証主義、後者を自然法論とよぶ)。いずれの立場をとるにせよ、法学者の解釈の直接の対象となるのは、最終的にはなんらかの文字・言葉で表記された命題(条文あるいは法文)である。

たとえば日本国憲法は、あらためていうまでもなく、文字で書かれた条文から成り立っている。法学者や法律家は、これらの憲法条文を解釈することをひとつの重要な任務としているわけである。それでは、解釈とは何か。法の解釈にもさまざまな定義があるが、ここではひとまず、法文を読んでその意味を明らかにすること、と考えておこう。法文の意味を確定すること、といってもよい。

#### ★ 法解釈に正解はあるのか

法文の意味を確定することが解釈であるとして、それでは「正し

い解釈」とか「誤った解釈」なるものが存在するのだろうか。つまり、解釈に正解はあるのか。これに対しては、法文には唯一の正しい意味が存在しているのであって、それを発見した解釈が正しい解釈であるとする立場から、正しい意味なるものはもともと存在しておらず、解釈者は自由に法文の意味を決定することができるとする立場まで、さまざまな見解がありうる。また、法文が書き表されている言語によって、その意味しうる内容にはおのずと限界があり、その限界(あるいは枠)を超えなければ解釈は自由であるけれども、その枠を超えた解釈は「誤った解釈」あるいは「ニセの解釈」である、とする中間的な見解もある。

戦後の日本において、この点に関する大規模な論争が行われたことがある(法解釈論争)。法哲学者や民法学者、憲法学者や法社会学者、さらには歴史学者までをも巻き込んで、1950年代に数年にわたって展開された有名な論争である。そしてその結果、法の解釈とは、一定の枠のなかで複数存在する可能な解釈のなかから、それぞれの解釈者が主観的にひとつの解釈を選択する営みであって、その意味では主観的な判断であるが、かといってまったく無制約というわけでもない、という折衷的な法解釈観が広く学界に受け容れられることになった。とはいえ、「一定の枠」自体も解釈者によって変わりうるものであり、そのような意味では、やはり法の解釈に正解はない、ともいわれるとおりである。

これから法学を学ぼうとする読者はショックを受けるかもしれないが、実際にさまざまな実定法の授業に出たり教科書等を読んでみれば、論者によって1つの条文の解釈がまるで異なっている例をしばしば見出すはずである。また、たとえば最高裁判所の判決について、論者が厳しく批判している例にも出会うかもしれない。これらは、法の解釈が解釈者によって非常に異なりうるものであることを示している。

## ✔ 合憲限定解釈

そして最高裁自身の示す解釈にさえ、時としてにわかには納得し がたいものがある。一例をあげるなら、監獄法という明治時代から 存在していた法律の46条2項に、「受刑者〔…〕ニハ其親族ニ非サ ル者ト信書ノ発受ヲ為サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ム ル場合ハ此限ニ在ラス | という規定があった(監獄法は2005年に改 正され、現在では「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」 となっている)。ある受刑者が、その親族ではない者に手紙を出そう としたところ、刑務所長はこの規定を解釈して、「特に必要あり」 と認める例外的な場合ではないと判断し, 手紙の発信を不許可にし た。そこでこの受刑者が、刑務所長の不許可処分は違法であるとし て訴訟を起こし、最高裁まで争った。そして最高裁は、この事件に ついての判決(最判平成18年3月23日判時1929号37頁)において, つぎのように述べた。「(監獄法 46 条 2 項の) 文言上は、特に必要が あると認められる場合に限って上記信書の発受を許すものとしてい るようにみられるけれども、上記信書の発受は広く認められ、上記 要件及び範囲で(筆者注:当該信書の発受許可により放置できない程 度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合で、かつ、その ような障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲内において)のみ その制限が許されることを定めたものと解するのが相当 | である、 と。旧憲法時代から存在する規定を, 現憲法に適合的な内容となる ように解釈し直したもの(このような解釈の手法を 合憲限定解釈 とい う。→第3章3)と考えられるが、それにしても、もともとの条文 が定めているはずの、「原則的に禁止、例外的に許可」というあり 方を、見事に逆転させた解釈であるといえるであろう。

#### **有権解釈**

このような解釈は、解釈の限界を超えていると批判されるかもしれない。そもそもそのような解釈は無理なのであって、最高裁とし

ては、親族以外の者への信書の発受を原則として禁止している同項は、表現の自由を保障した憲法 21 条に違反して違憲無効と判断すべきであったとする主張もあり得よう。ところが最高裁はそのような方途をとらず、監獄法 46 条 2 項という法文の意味は上記のように解釈すべきであると宣言した。そして最高裁がそのように判断すると、わが国の法システムにおいては、それ以降、監獄法 46 条 2 項の意味はそのようなものとして解釈するのが一応の「正解」として扱われることになる(もちろん、最高裁自身が後に判例変更をする可能性がないわけではないから、あくまでも「一応の」である)。

このように、現在の日本の法システムにおいては、最高裁による 法文の解釈は、たとえば法学者が同じ法文に対してなす解釈とは決 定的に異なった権威(権限といってもよいかもしれない)を与えられ ている。そこで、このような最上級裁判所のなす法解釈を、学説に よる解釈と区別して、有権解釈とよぶことがある(ケルゼン)。この ような意味での有権解釈は、当該法システムにおいて、――それが 変更されない限り――ある条文についての意味を確定するものとな る。上述のように法文(命題)が表す命令的な意味を規範と定義す るなら、有権解釈によって規範がはじめて創設される、ということ になるであろうし、そうではなく、法文そのものを規範とよぶので あれば、有権解釈は規範の意味を確定させる、ということになるで あろう。

#### ● 解釈に対する制約

原則と例外をひっくり返すような解釈でさえも、それが有権解釈機関によってなされれば、それは当該法システムにおいて妥当する規範として扱われる。しかし、それはあまりにもヒドイ話ではないだろうか。法文は、それが実定法である限り、定義上、作った人間が存在するはずで、その人間には、そのような法文を作った意図があるはずである。裁判官は、そのような意図(立法趣旨とか立法者

意図とよばれる)に忠実に解釈すべきであるとする立場もありうる。 とくに、憲法のようにもともと頻繁な改正を予定しておらず、抽象 度の高い文言で法文が書かれているものについては、憲法制定者の 本来の意図を探究し、それに解釈は拘束されるべきであるとの立場 (原意主義)は、たとえばアメリカでは有力に主張されている。

法の解釈は、解釈者によって異なることがあり、唯一の正しい解釈が存在するわけでは必ずしもない。しかも、時としてあまりにも条文からかけ離れているようにみえる解釈がなされることもあるし、さらにそのような解釈であってもそれが有権解釈機関によるものであれば、当該システムでは妥当する規範と考えられる。法が支配する社会に生きるわれわれにとっては、これは実はおそるべきことであるといえるかもしれない。裁判官があまりにも恣意的な解釈を連発したり、簡単に判例を変更するならば、法に対する信頼は失われ、法の支配は瓦解してしまうであろう。それでは、法の解釈に対する制約はまったくないのであろうか。

法の解釈には、少なくとも主観的な価値判断がともなう。しかし、生身の価値判断のぶつかり合いでは理性的な決着はおよそ不可能である。法文という現実に存在する文字列を共通の材料として、解釈者の主観的判断は、それに根拠づけられなければならない。判決には必ず理由を付けなければならない(民訴法 253条、刑訴法 44条)のは、そのためであると考えることができる。法の解釈とは、法文を共有したうえで、それを用いて他者を説得する営みであり、説得力の高低が法解釈の生命線である。つまりは、「正しい解釈」「誤った解釈」が確固としてそこにあるわけではなく、あるのは「上手い解釈」「下手な解釈」のみである、とすらいえるのである。そして法学の永きにわたる営みのなかで法律家集団によって共有されてきたさまざまな解釈技法(→第3章3)もまた、ばらばらになりがちな法解釈を整序し、一定の作法に従わせることで、その説得力の高

低を決するために重要なものであるといえる。

ある法文を前にして、いかに解釈すべきか、あるいはいかに解釈することが望ましいのかは、結論の正当性のみならず、論理性と説得力に依存する。そして解釈の論理性と説得力は、法律家の共同体が延々と引き継いできた作法に依存する部分が多い。法解釈という作業は、自らが正当と信じる落としどころに1人でも多くの人の賛同が得られるよう、法の言葉を用いて説得しようとする営為であって、つまり、法学を学ぶということは、裁判官や法学者の示す法解釈を読み、考え、そのために必要な作法を身につけることでもあるのである。

#### 〈参考文献〉

- ① 本章の扱ったテーマに関する文献は数多い。法哲学・法理学といったタイトルの本をひもとけば、さらにそこからさまざまな文献の存在を知ることができると思う。ここでは、比較的読みやすく内容も充実しているものとして、平野仁彦・亀本洋・服部高宏『法哲学』(有斐閣,2002年)、中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店,2000年)を挙げておく。
- ② 上記書物を読めばわかるはずであるが、本章で描いた法・法学の捉え方には、やや特殊な部分が含まれていたかもしれない。いくつかの点において(すべてではない)、本章は、フランスの著名な法理論家であるミシェル・トロペールの影響を受けている。トロペールの論攷については、本章筆者が「法政研究」70巻3号(2003年)以降に不定期で翻訳を掲載している。
- ③ 本章筆者の考え方をもう少し詳しく述べたものとして、南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』(有斐閣,2006年)3 頁以下、および南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号(2008年)28 頁以下がある。