

金沢大学法学類
2023年度「法学概論 基礎法学編」

足立 英彦

2023年5月24日

はじめに

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」、大貝葵先生（刑事訴訟法）が担当する「公法学編」及び石尾智久先生（民法）が担当する「民事法学編」で構成されます。三分の二（10回）以上の出席が単位取得の必要条件です。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。出席数が足りない場合は「放棄」、出席数が足りても小テストの合計点が6割に達しなかった場合は「不可」になります¹。

基礎法学編はハイフレックス方式（教室＋Zoom中継）で行いますが、出席は、教室の出席記録端末による記録で確認します。Zoomでの同時参加や録画では出席とはみなしません。

質問があれば、授業中または授業終了後に直接私に尋ねるか、WebClassの質問コーナー（チャット、匿名）に書き込んでください。

公法学編と民事法学編では、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。

¹2022年度またはそれ以前に入学した方（つまり、今年入学した方は除く）で、出席数が足りない、又は小テストの合計点が6割に達しない方には、いったん「保留」という評価を付けます。その場合、2023年11月26日（日）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、それ以外の方は「不可」とします。出願期間は2023年9月12日（火）～10月16日（月）です。2023年度入学者からは、法学概論とは関係なく（つまり、法学概論の単位を取得した者も）、法学検定試験ベーシック＜基礎＞コースに合格すると、申請により、学域GS科目「ベーシック法学」（2単位）が認定されます。

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

1 法律

法律学は、現在通用している法律（実定法）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、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。

2 公法と私法

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、この授業では4つの考え方を紹介しておきます¹。

第一に、法が保護する利益による区別があります。この区別によれば、社会の利益（公益）を保護する法は公法であり、私人の利益（私益）を保護する法は私法です。しかし、何が社会の利益で何が私人の利益であるかを区別することは難しく、同じ利益が同時に社会の利益でありかつ私人の利益であることもあります。このため、利益の種類に着目して公法と私法を区別することは難しいという問題があります。

第二に、主体による区別があります。この区別によれば、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びます。しかしこの区別を採用する場合でも、国家・公共団体が「私人として」他の私人と関わる場合には、両当事者の関係を規律する法律は私法であるとみなされます。法律関係の主体に着目するこの区別は分かりやすいのですが、どのような場合に国家や公共団体が「私人」とみなされるのかをこの区別のみに基づいて説明することができない、という問題があります。

¹以下の4つの区別は、おおむね伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門』（有斐閣、第4版、2005年）83-85頁に従っています。

第三に、主体ではなく、関係の性質による区別があります。この区別によれば、権限を有する者とそれに服従する者との関係を、すなわち不平等な者同士の関係を規律する法律が公法であり、平等な者同士の関係を規律する法律が私法です。両者間の関係において課される義務に着目すれば、ある義務が他者によって、義務を負う者の同意がなくても課される場合、その義務は公法上の義務であり、義務が自発的な同意に基づく場合は私法上の義務です。たとえば税金を払ったり、裁判員の務めを果たす義務は、誰でも、それを望まなくても果たさなければなりません。買った品物の代金を払う義務は、私たち自身が売買契約によって自ら引き受けたものです²。結局、相手の同意なしに義務を課す権限を有する主体が関係の一当事者であり、その当事者が権限を行使する場合、その両者の関係を規律する法律が公法であり、それ以外は私法であるということになります。この区別は第二の区別の難点を補うものです。他方、この区別によれば、たとえば親子関係を規律する親族法は公法になるという問題³が生じます。

第四に、主体と関係の性質の両方に着目する区別があります。すなわち、国家・公共団体が一方または双方の当事者であり、かつ、一方の国家・公共団体が他方に対して権限をもつ場合の両当事者の関係を規律する法律が公法であり、それ以外の法律は私法であるとし、この第四の区別が、多くの法学者や法曹等の想定している公法・私法の区別にもっとも適合していると思われま

す。公法と私法の区別は、日常の典型的な法実務ではあまり重要ではありません。ですので、誰もが納得する明確な区別基準が無くても、法実務上はとりあえず大きな問題は生じません⁴。

しかしながら、何らかの争いにおいて、その解決を当事者に任せるべきか、それとも社会や国が主導的にその争いを解決すべきか、という問題を考える際には、上記の一つ目で述べた区分が重要になります。すなわち、保護すべき利益が専ら私人の利益であり、利益を侵害された者にその回復のための対応を任せるべきなのか、それとも、社会全体で守るべき公益なのかという違いです。例えば、私人が他の私人の権利を侵害した場合、それが民事上の財産権（債権や物権）ではなく、憲法で保障されている基本的人権と同種の権利である場合、憲法は全く無関係といえるのでしょうか（憲法の私人間効力の問題）。警察は「民事不介入」が原則ですが、どこまでが民事事件で、どこからが刑事事件なのでしょう。これらの問題を考えるためには、何が私益で、何が公益で、したがってどのような問題を私法に任せ、どのような問題は公法で対処すべきなのかを考える必要があります。したがって公法と私法の区別は、現在でも重要な問題だといえるでしょう。

3 実体法と手続法

法律の分類としては、公法・私法の他に、実体法（じつたいほう）・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

² 碧海純一訳『ラートブルフ著作集第3巻 法学入門』（東京大学出版会、1961年）95-96頁。

³ これを解消すべき「問題」だと思わなければ、その意味での「問題」ではありません。

⁴ 大陸法系の国で、一般的な裁判所とは別に行政裁判所を置いている場合、行政事件と民事事件を区別する基準として、公法と私法の区別は重要です。しかし日本では、戦後に行政裁判所が廃止され、公法・私法の区分を論じる意義も小さくなりました。ただし、現在でも行政庁の違法な処分を取り消し等に関わる訴訟などには、行政事件訴訟法による特別の手続きが定められています（『現代法学入門』88-89頁）。

総称です。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に関する法律の総称です。

4 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、行政の組織と活動に関する行政法、罪となる行為（犯罪）とそれに対する刑罰を定める刑法などがあります。また、私人間の争いに関する訴訟手続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。

「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。

5 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。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。

6 社会法

公法と私法の間「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⁵、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「西洋法制史」の講義を法学類で担当されています。

⁵隔年で「法思想史」も担当しています。

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、福本先生が3Qに担当される「ルールリテラシー(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、「ルールリテラシー」を履修しない方もいますので、福本先生の著書『法令・判例学習のツボとコツ』(通称「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¹。

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、つぎのような表記があるはず(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、日本では天皇が行います(憲法7条1項)。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」への掲載を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²。

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³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。

¹以下の例の大部分は『法令・判例学習のツボとコツ』(法律文化社、2016年)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。

²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。

³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⁴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⁵を制定します⁶。たとえば六法で刑法199条を見ると、（平成16年法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年法律第156号）を見ると、つぎ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、刑法200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（…の2、…の3等）。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。

⁴ 「…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）。

⁵ 一部改正法律は、本学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 や WestLaw Japan で表示できます。

⁶ 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つぎに「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> 2022年4月6日確認））。

第4節 法令の目次について

比較的分量の多い法令には目次がつけられています。その分類には、以下のツリー上の構造があります。

(編) > 章 > 節 > 款 > 目

とくに条文数の多い法令（民法・刑法・商法・会社法・民事訴訟法・刑事訴訟法・地方自治法など）には「編」が立てられています。

第5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)」とい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⁷。

(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⁸。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⁹、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。

⁷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。

⁸参議院法制局「法律の[窓] 条・項・号・号の細分」<https://houseikyoku.sangiin.go.jp/column/column021.htm>（2022年4月6日確認）。

⁹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、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。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。

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。

(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。

第6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¹⁰。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¹¹。

¹⁰ 『『及び』のないところに『並びに』は出てこない』（廣瀬菊雄『公用文 用字用語の要点』（新日本法規、改訂版、2011年）89-90頁）。

¹¹ たとえば廃棄物の処理及び清掃に関する法律2条4項2号。

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¹²。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、語句を集合内につなぐためには、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¹³。

¹² 『『又は』のないところに『若しくは』は出てこない』（『公用文 用字用語の要点』346 頁。）

¹³ たとえば刑法 130 条。

第3章 法源

第一章では法律は法であるという前提で説明しました。この場合の「法」は非常に広い対象を指す、広義の法概念です。「法」をもう少し狭く捉えて、個々の事件で裁判所によって適用される規範という意味で「法」を理解するならば、法律は法である、とは簡単にはいえなくなります。なぜなら、たとえばある法律が違憲であると判断されれば、その法律は当該事件に適用されません。憲法の複数の人権規定が互いに衝突する場合（例えば表現の自由とプライバシーの権利）、一方の規定は考慮されません。事件の判断基準となる規範を「法」であると考えれば、法律は「法源」であり、「法」を発見するための手掛かりとなるものではあっても、本当にそれが当該事件における「法」なのか否かは、個々の事件が裁判に持ち込まれて審査され、最終的に確定して初めて判明する、ということになります。このような法理解のもとでは、制定法や慣習などの法源は文字通り法の源泉であり、(狭義の)法を形成するための材料ですが、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狭義の「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¹。制度上の法源とは、裁判官が制度的に²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³。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。

¹伊藤・加藤編『現代法学入門』（有斐閣、第4版、2005年）49頁。

²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。

³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。

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⁴。

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⁵の議会が定めます（憲法 94 条）⁶。

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」とはどのようなこと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⁷。

(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⁸、法律>政令・省令（政令を実施する省令に限って政令>省令）⁹、法律>条例¹⁰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¹¹。

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

⁴末川博編『法学入門』（有斐閣、第 6 版補訂版、2014 年）60 頁。

⁵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。

⁶他に、地方公共団体の長が定める規則があります。

⁷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。

⁸憲法 98 条 1 項。

⁹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。

¹⁰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。

¹¹伊藤・加藤編『現代法学入門』53 頁。

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」（81条）、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。

(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¹²。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¹³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¹⁴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。

¹²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。

¹³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巻6号1090頁）。

¹⁴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。

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。

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¹⁵。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¹⁶。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

¹⁵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。

¹⁶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）。

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、裁判の拠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¹⁷。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。

¹⁷伊藤・加藤編『現代法学入門』65頁、末川編『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」と呼ばれます。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。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のドイツ法域に属します。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、制定法を事実に適用し、法的な判断を導く方法について説明します。さらに、事実に適用する制定法を見つけられない場合の対処法についても説明します。

第1節 法的論証の形式

法と事実に基づき、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。

1 単純な形式

法的論証のもっとも単純な形式¹は以下の通りです²。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年以上の懲役に服する。(刑法199条より)
2. a は人を殺した。(事実より)

-
3. a は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に服する。(法的判断)

法的論証は上記のような論理的な推論の形式をとっていなければなりません³。推論とは一つ以上の前提から一つの結論を導くことです。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⁴。

まず、1行目が真であることを説明する必要があります。それは、1行目の内容が制定法等の法源と一致することを示すことによって行います。さらに、その法源よりも上位の法源 (とくに憲法) がそれを否定していないこと、同位の法源と衝突していないことも確認しなければなりません。衝突する同位の法源がある場合は、既述の原則に従ってどちらを優先すべきかを判断します。

2行目が真であること (すなわち真実であること) は、証拠 (自白、証人の証言、鑑定結果、その他の証拠) 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が、特に刑事手続きにおいては、検察官が主張する事実について少しでも疑問が残るようであれば、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従ってその事実についての文の真理性は否定されます。

2 複雑な形式

さて、上記の法的論証 (推論) は最も単純な形式です。なぜ単純かということ、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、つぎのような事例を考えてみて下さい。

¹法的論証の最も単純な形式は、多くの法学の教科書では「法的三段論法」と呼ばれています。

²この授業では法的論証の説明を簡略化するため、義務様相 (「…しなければならない」(作為の義務)、「…してはならない」(禁止=不作為の義務)、「…してもよい」(作為の許可)、「…しなくてもよい」不作為の許可) を含めない形で推論の前提や結論を表現します。様相 (modality) や義務様相 (deontic modality) については法理学の授業で説明します。

³なぜ上記の推論形式が論理的なのかを理解するためには、論理学の初歩的な知識が必要です。簡単にいうと、1行目の前提はすべての者に当てはまるので、当然 a にも当てはまり、したがって「a が人を殺したならば、その a は死刑…に服する。」を導けます。この文と、「a は人を殺した。」という文から、「a は死刑…に服する。」という文が論理的に推論されます。共通教育の「論理学と数学の基礎 (論理学から見る世界)」では論理学の基礎を学ぶことができますので、同科目の履修を勧めます。

⁴妥当で、かつ前提がすべて真である推論を健全な推論 (sound inference) と呼びます。

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

3. ?

上記の2つの前提から、「aは死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に服する」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、「aは脳死の人を殺した」という事実が、刑法199条の「人を殺した」に該当するかどうか分からないからです⁵。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隔たりがあるのです。

aを起訴しようとする検察官は、この隔たり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年以上の懲役に服する。(刑法199条より)
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。(事実より)

4. aは、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に服する。(法的判断)

上記の3つの前提から結論が論理的に導かれます。つぎに検察官は、追加された前提が真であることを証明しなければなりません。それを証明ができれば、結論が真であることを証明したことになるからです。これに対して弁護士は、追加された前提の証明はできないことを示すことによって、検察官が想定する結論は導けないことを示そうとします。

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⁶。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。

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(複数の単語のまとまり、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

⁵ただし、脳死と判定された者は「人」ではなく、「脳死した者の身体」(臓器の移植に関する法律6条)です。したがって、その身体から移植のために臓器を摘出し、それによってその身体の呼吸や心臓を停止させる行為は「人を殺す」行為ではありません。上記本文では、脳死判定をされていない脳死者を想定しています。

⁶Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation, 1989, 234.

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

現在の語句の用法には、誰もが同意する用法、誰も同意しない用法、どちらでもない用法の三種類に分けることができます。それぞれ、必然的な用法、不可能な用法、偶然的な用法と呼ぶことにします。また、それらの用法に基づく法解釈を必然的な、不可能な、偶然的な法解釈と呼ぶことにします。

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、その前提は必然的に（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…に服する」も必然的に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」という文が、「猫」や「人」という語の自然な用法を説明していると思う人はおらず、したがって「猫は人である」という文に基づく刑法199条の一解釈「猫を殺した者は、死刑…に服する」は不可能な法解釈だからです。

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）する場合、そのよう用法に基づく法解釈は必ず真であったり、真であることは不可能です。どちらかを示せれば、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、誰もが同意するとまでは言えない（＝反対する人がいる）場合、かつ、誰も同意しないとまでは言えない（＝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は「偶然的な法解釈」です。たとえば、「脳死の人は人だ」という用法に基づく「脳死の人を殺した者は、死刑…に服する。」という法解釈はこの一例です。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。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⁷。たとえば刑法は明治40（1907）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る。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⁸。

他方、立法者の意図を証明することは多くの場合に困難です。そもそも、立法者の範囲をどうやって決めるのでしょうか？ その法律の制定に賛成した議員すべてなのか、その法律の制定を提案した議員のみなのか、それとも、起草作業にかかわった議員秘書や省庁の職員、学者も含まれるのでしょうか。また、「立法者が望んだこと」をどのような資料に基づいて明らかにすればよいのでしょうか。国会の議事録に限られるのか、新聞や雑誌での関係議員の発言も含めてよいのでしょうか。さらに、それらの資料からは、資料を読む者の解釈の仕方によって、様々な意味内容を引き出すことができるかもしれません。このような問題があるので、立法者が望んだことの真実性を証明することは常に困難です。

とはいえ、立法者意思の立証が全ての場合に不可能である、というわけでもありません。意見の対立がなく、議会の全会一致で成立した法律であれば、立法者意思を明らかにすることは比較的容易かもしれません。

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⁹。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（目的に最も適った法準則の解釈）についての説明は省略します¹⁰。

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。これらの目的を達成すべきで、さらに「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）」ならば、その用法または法解釈が必要であることを証明したことになります。

⁷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あるため、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。

⁸なお、なぜ100年以上前の、しかも制限選挙制時代の国会議員の意思を考慮しなければならないのか、という疑問は当然に想定できます。これに対しては、その後も今に至るまで刑法199条の「人」の意味を明確にするような法改正はなされていないので、現在の立法者も（したがって現在の国民の相対的多数派も）「脳死は人である」という判断をしておらず、したがって当時の立法者の意思を追認している、という反論が可能でしょう。

⁹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）。

¹⁰これは比例（性）原則に従って判断します。比例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。私の法理学の授業でも説明します。

(1) 立法者の目的

まず、法律を制定した立法者の想定した目的（立法目的）を論拠とすることが考えられます。この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あり、複数の対立する立法目的があることもあります。また、そもそも誰が立法者であるのか（与党議員、法案を作成した省庁の職員、審議会の委員、学者等々）も不明確である場合が多く、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、すなわち理念を定めています¹¹、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¹²。

(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）を目的としていると考えられますが、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律には明記されてません。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ります。

第 3 節 欠缺補充の方法

制定法の集合の中から、事実に適用すべき法準則を見つけられないことを、法の欠缺（けんけつ）といいます。法の欠缺は公法の場合と私法の場合に分けて考える必要があります。

¹¹ 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」または単に原理（principle）と呼ばれます（佐藤ほか『法律学入門』152-153 頁）。

¹² 法が実現すべき目的は一つだけではありません。たとえば憲法 21 条は表現の自由を定め、他方で憲法 13 条が定める幸福追求権は、プライバシー権（私生活をみだりに公開されない権利）を定めているとされます（『『宴のあと』事件』東京地判昭和 39・9・28。）。両方を最大限実現することが望ましいのですが、報道や小説などが個人のプライバシーに触れる場合、どちらを優先するかを決める必要があります。

1 法の欠缺

公法のうち、国民の法的な地位（権利や義務、権限など）に関わるもの（公法の大部分です）については、法の欠缺はないと考えるべきです。国家の行為は、法治国家原則¹³に基づき、憲法適合的な法令に基づくものでなければなりません。すなわち、法令に規定のない国家のあらゆる行為は禁止されています。また、国民¹⁴の行為は、憲法 13 条に基づき、法令に規定のないあらゆる行為の自由が認められています。法令がすべての行為を具体的に列挙し、それを規律することは不可能で、法令が具体的に規律していない行為というものは必ず存在するわけですが、そのような行為であっても法治国家原則と憲法 13 条に基づき、公法的には規律されているとみなすべきです。すなわち、公法において法の欠缺はありません。

これに対して私人間の関係では、当事者が契約の際に何も定めておらず、民法でも何も定められていない場合、公法の法治国家原則や憲法 13 条のような、規程されていない行為を包括的に禁止したり、それらの自由を包括的に認める法源はないため、欠缺があることとなります。したがって私法においては法の欠缺があります。そのような場合でも裁判官には裁判をする義務があり¹⁵、また、一回限りの恣意的な判断を下すことも許されませんので（平等原則に反します）、自分で法準則を形成することで法の欠缺を埋め、それに従って判断を下すことが求められます。

2 類推

欠缺補充の主要な方法は類推（類推推論）です。類推（analogy）とは、ある制定法が特定の要件に特定の効果を結びつけている場合に、その要件と重要な点で類似している別の要件に同じ効果を結びつける新たな法準則を作り、それに基づいて法的判断をすることです。これは、重要な点で類似しているのならば同じように扱うべきだ、という平等原則に基づく判断です。ただし、類推の際に追加される前提は語句の不可能な用法に基づくものですので、類推は法解釈ではなく、新たな法の形成であるという点に注意してください。

何が「重要な点で類似している」のかを判断するためには、何が「目的」であるかを考える必要があります。このことを理解するために、つぎのような架空の例を考えてみてください¹⁶。私人が自分の所有地を開放しているとします。その所有者は、車の乗り入れについては抑制したいと考え、その所有地の入り口に「車で侵入した人には 1 万円の支払いを求めます」という看板を立てたとします。このような場合、一般的な 4 輪の車、つまり自動車で侵入した人には 1 万円の支払いが求められることは明らかですが、バイクや自転車で侵入した人はどうなるのでしょうか。「バイクは車である」や「自転車は車である」という文を前提として推論に付け加えることができるならば、バイクや自転車で侵入した

¹³国家権力の行使はすべて法律の根拠を必要とするという原則であり、法の一般原則（条理）の一種です。行政法における「法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）の原則」、その下位原則である税法の「租税法定主義」、また刑法における罪刑法定主義は法治国家原則からの派生的原則です。

¹⁴日本国籍の有無にかかわらず、国家と関わる限りでの個人という意味です。

¹⁵第 3 章第 4 節参照。また、憲法 32 条（裁判を受ける権利）に基づいても、裁判をする義務が裁判官にはあるといえます。

¹⁶類推の具体例については 1 年後期の民法法入門や 2 年から始まる民法の授業で説明があると思います。

人も1万円を支払わなければならないこととなりますが、ここではどちらの文も、「猫は人である」と同様に、不可能な語句の使い方だとします。

このような場合には、立法者（土地の所有者）の立法目的を考え、類推が可能かどうかを考える必要があります。土地の所有者が車で侵入した人に1万円の支払いを求めるのは、直接的には車の侵入を抑止したいからですが、その究極の目的は、騒音で近所に迷惑をかけることを避けることかもしれません。その場合には、土地の所有者は、騒音が発生するバイクは自動車と同じ（というより、もっと悪い乗り物）なので侵入を抑止したいと思い、エンジンのついていない自転車は通ってもいいと思うかもしれません。または、所有者がその土地を芝生で敷き詰めようとしており、車輪のついた乗り物は芝生を傷めるので侵入してほしくないと思っていれば、バイクだけでなく自転車も自動車と同じように扱われるべきでしょう。騒音防止という目的にとっては騒音の有無が重要であり、バイクは自動車と重要な点で類似しており、自転車は類似していません。芝生の保護という目的にとっては車輪の有無が重要であり、バイクも自転車も自動車と重要な点で類似しています。このように、類似関係の有無の判断のためには、何のためにその看板を立てたのかを、すなわちその看板の目的を考えることが必要なのです。

第4節 法の目的

法の解釈の際にも、法の欠缺補充の際にも、法の目的を考慮しなければならないことが明らかとなりました。その目的は、立法者が意図した目的であったり、他の法源、とくに憲法が定める目的であったり、客観的な目的・理念であったりします。これらの優先関係については意見が分かれ、とくに客観的な目的や理念を法源の一部と考え、その優先性を主張する自然法論的な立場と、それらの法源性を否定する法実証主義的な立場の対立がありますが、これは現代法理学の最大の課題であり、この授業で扱うことはできません。いずれにせよ、種々の法源を解釈したり、欠缺を補充することを通じて、具体的な問題に対する法的判断の基準となるような「法」（狭義の法）を発見するためには、法の目的・理念が何であるのかを考えなければならないのです。このことを念頭に置きつつ、これから法学の勉強を進めていっていただければと思います。

以上