

はしがき

この本は法律学の入門書です。法律学の入門書には、いろいろなタイプものがあります。

さまざまな法律学の科目の内容をそれぞれの専門の執筆者がかなり詳細に紹介するものもあります。他方、これから法律学を勉強しようとする人たちに向けて、1人の執筆者が、法とは一体何か、法と道德との違いはどこにあるか、法律では何が定められているか、裁判では何が問題とされるかなど、法の全般にわたる特質を説明するものもあります。

この本はどちらかと言うと、後者のタイプのもです。ただ、法学部以外の学部で教養科目や教職課程設置科目として法学を学ぶみなさんの教科書としても、使うことができるでしょう。またこの本は、法律学の学習にすでに本格的に取り組んでいる方や、法律学全般の学習を一通り終えた方にとっても、今まで勉強してきたことを少し別の角度から見直してみるよすがにもなるのではないかと考えています。

読者のみなさんが法に関連して日常生活で出会うこと、新聞やインターネットで見聞きすることなど、具体的な事例を多く交えた内容になっています。本書の内容について、さらに深く広く勉強したいという方のための参考文献欄も設けています。

訴訟制度、裁判制度および各国の法曹の種別等に関する記述に

については、長谷部由起子教授に助言をいただきました。なお残るであろう誤りの責任は、誤りなく著者にあります。

有斐閣編集部山下訓正さんは、本書の執筆をすすめてくださり、執筆にあたってさまざまな助言をいただいた上、原稿の整理、校正、表紙のデザインにいたるまで、万般にわたってお世話になりました。厚く御礼申し上げます。

2021年5月

y. fl.



目 次



はしがき ————— i

第 1 章

法は何のためにあるか

法は権威だ——自分の判断に即して行動するのはやめて、法の指示するとおりに行動するように——と主張します。なぜでしょうか？

- 1 自動車は道路の左側を通行する …………… 002
- 2 法は何を要求するか …………… 004
- 3 法の権威主張 …………… 007

第 2 章

法の支配

法が権威としての役割を果たすには、つまり人の行動を方向づけ、人々の社会活動を調整する役割を果たすには、いくつかの特質を備えている必要があります。それを説明しましょう。

- 1 法の支配の要請 …………… 016
- 2 法の支配の意味 …………… 018
- 3 法の支配の付随的効果 …………… 019
- 4 法の支配を挫折させるもの …………… 021

第 3 章

法と道徳

法で定められていなくてもそうすべきだ、あるいは法で禁じられていなくてもそうしてはいけないことは、世の中いろいろあります。法と道徳とはどのような関係にあるのでしょうか。

- | | |
|----------------------|-----|
| 1 法の指示と道徳の指示 | 028 |
| 2 法と道徳の違い ● 法の支配との関係 | 030 |
| 3 法と道徳のその他の違い | 033 |
| 4 自然法と呼ばれるものについて | 036 |

第 4 章

法の限界

いつも法の言うとおりにしていればよいというわけではありません。法はつまるところ、どう行動すべきかについての実践的判断を簡便化してくれる道具です。道具が頼りにならないこともあります。

- | | |
|----------------------|-----|
| 1 実践理性の働きを簡易化してくれる道具 | 046 |
| 2 道具はいつも役に立つとは限らない | 048 |
| 3 ケルゼンの根本規範 | 053 |



第 5 章



いろいろな法分野

一口に法と言っても、いろいろな分野があります。近代ドイツ法学の発展過程やその日本に及ぼした影響の経緯を参照しながら、いろいろな法分野とそれらの関係について説明します。

- | | |
|-----------------|-----|
| 1 明治時代の法典整備 | 060 |
| 2 近代私法学の確立 | 063 |
| 3 公法学の確立と日本への導入 | 066 |

第 6 章

法 律

典型的な法と言えば法律です。法律は誰がどのようにして作るものか、そもそも法律とは何を意味するのか、それを説明します。

- 1 「実質的意味の法律」と「形式的意味の法律」 …… 074
- 2 ルソーの「法律」 …… 079

第 7 章

裁 判 (1) ● 苫米地事件で考える●

法と言えば裁判です。裁判は誰が、どのような場合に、どういう方法で開始することができるのか、衆議院の解散の合憲性が争われた苫米地事件を素材として説明しましょう。

- 1 法学は何の役に立つか …… 086
- 2 苫米地事件判決 …… 088

第 8 章

解 釈

法はしばしば解釈されます。解釈ということばもいろいろな意味で使われますが、ここでは、法の文言をそのまま具体の事実にあてはめればそれですむ、というわけにはいかない場面で要求される、厳密な意味での解釈について説明します。

- 1 各種の解釈 …… 098
- 2 法の解釈、憲法の解釈 …… 101
- 3 学説の役割 …… 105



第 9 章

裁判 (2) ● 尊属殺重罰規定違憲判決で考える ●

尊属殺重罰規定違憲判決は、平等とは何か、違憲判断を下すにあたって裁判官は何を考慮に入れるものかを知る上で勉強になります。

1 尊属殺重罰規定違憲判決	112
2 判決の論理	116
3 尊属への報恩尊重	119

第 10 章

裁判 (3) ● 森林法共有林事件で考える ●

森林法共有林事件判決を通じて、所有制度とはそもそも何のためにあるのか、ある物の持ち主が誰か特定の人に決まっていることは当然のことなのか、それを考えます。

1 森林法共有林事件判決	124
2 共同所有から単独所有へ	128
3 所有制度の自然と人為	131
4 義務なき働き	132

第 11 章

憲法は法か

法と言われて憲法を思いつく人は多いかもしれませんが、ただ、憲法は変わったところがいろいろあって、典型的な法とは言いにくいところがあります。説明しましょう。

1 「実質的意味の憲法」と「形式的意味の憲法」	138
2 約束ごととしての国家	140
3 立憲主義	142
4 公私の区分	145
5 憲法は法か	147
6 憲法を「改正」すると何が変わるのか	148

第 12 章

多数決

集団が統一的な決定を行うとき、しばしば多数決が決定の手段として用いられます。なぜでしょうか。多数決は、いつも首尾一貫した決定をもたらしてくれるのでしょうか。

- 1 多数決で結論を決める理由 …………… 156
- 2 多数決で結論は適切に決まるのか
● ポワソンのパラドックス …………… 161
- 3 選挙に参加することに意味はあるのか …………… 163



第 13 章



二重効果

世の中には、1つの行為が2つの効果をもたらすことが少なくありません。正当な帰結を意図してした行為が、同時に、誰かに害悪をもたらす行為でもあることもあります。そうした行為がそれでも正当と考えられるのはどのような場合でしょうか。

- 1 二重の効果 ● カトリックの伝統 …………… 170
- 2 トロツコ問題 …………… 173

終章

法律家の共同体

法律家と呼ばれる人々にも、裁判官、検察官、弁護士、法律学者など、いろいろな役割分担があります。みなさんの生きる社会の法が何か、それを決めているのは、主権者であるはずのみなさんではなく、法律家集団の慣行です。残念ながら。

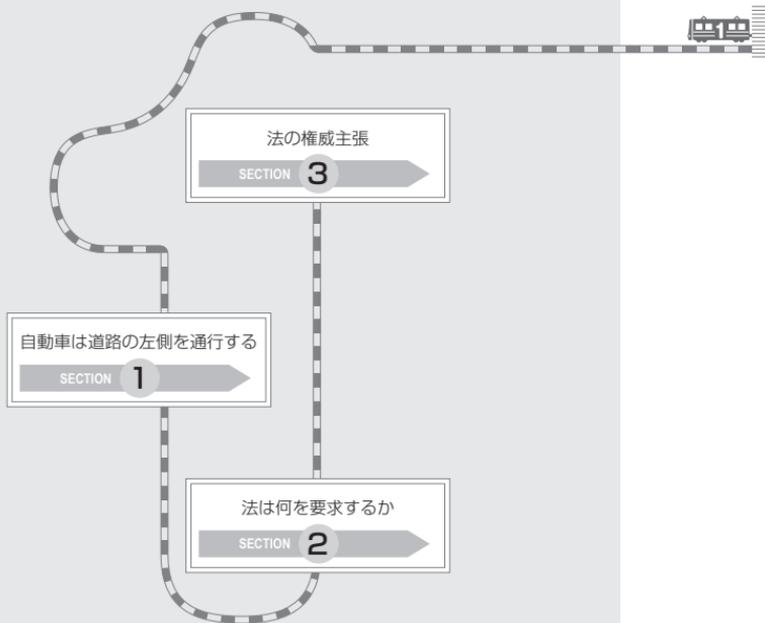
- 1 いろいろな法律家 …………… 180
- 2 司法書士法事件 …………… 181
- 3 法律学者 …………… 183
- 4 法律家の共同体と認定のルール …………… 185

あとがき ————— 193

索引 ————— 197



本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用でも著作権法違反です。



第 1 章

法は何のためにあるか

法は権威だ——自分の判断に即して行動するのはやめて、法の指示するとおりに行動するように——と主張します。なぜでしょうか？

自動車は道路の左側を通行する

SECTION

1

2

法は何のためにあるのでしょうか。どのような働きをしているのでしょうか。

みなさんは、生きていく上で、いろいろな法に出会うだろうと思います。法の典型として、道路交通法上のいろいろなルールがあります。道路交通法の17条4項は、次のような規定です。

車両は、道路の中央から左の部分を通行しなければならない。

自動車を運転するときは、道路の左側を通行すべきことが定められています。みなさんは子供のときから、そう教わってきたでしょうし、運転免許を取得するときは、改めて試験を受けて確認しなければならない知識です。

ここには、しかし、いろいろ考えなければならないポイントが潜んでいます。

第1に、道路交通法という法律にそう定めてあるからといって、なぜそのとおりにする必要があるのでしょうか。法律は国会議員の人たちが多数決で定めるものです（多数決については、第12章で取り上げます）。国会議員の人たちは、道路交通の問題も含めて、世の中のいろいろな問題について人並み優れた知識を備えている

上に、自分の利益や「お仲間」の利益など目もくれず、世のため人のために働くすばらしい人たちなので、だからこそ、彼らが多数決で決めたことには従うべきなのではないでしょうか。

第2に、そうは言っても、世界各国を見てみると、自動車が左側を通行すべきだという国もあれば、右側を通行すべきだという国もあります。人並み優れた知識を備えた人々が世のため人のために懸命に考えた結果として道路の交通規則が決まるのであれば、どの国のルールも同じになって当然のように思われます。なぜそうではないのでしょうか。それに、民主的に選ばれた議会が法律を定めているわけではなく、独裁者が勝手に自動車が右側と定めている国でも、その国で自動車を運転しようとする人は右側を運転するものではないでしょうか。

第3に、考えられ得る反論にあらかじめ答えておく必要があります。人が法に従うのは、従わないと刑罰を科されるからだという反論です。道路交通法は、左側通行の規則に従わなかった人は、3月以下の懲役または5万円以下の罰金を科されると定めています（道路交通法119条1項2号の2）。罰金を食らうのは嫌だから、法律に従うのだという議論です。

しかし、世の中そうしたものでしょうか。みなさんは、そもそもこんな刑罰が科されることは知らないで、それでも左側通行だと思ってきたし、そうしてきたのではないのでしょうか。それに、もし日本人の大部分が道路交通法など眼中にない、従う必要などないのだと考えて行動し始めたら、警察官がいくら熱心に取り締まろうとしても、到底間に合いません。人々が自発的に協力して

くれないときに、法律に定めてある罰則を100パーセント確実に適用することなど不可能です。国民の大部分が実際に叛乱を始めたら、政府は簡単に崩壊します。20世紀終わりの東欧諸国の体制崩壊はその実例を示しています。

法律学者の中にも、法の本質は刑罰を含めた制裁にあると主張する人が少なからずいますが、少数の不心得者に制裁を課すことは、法の例外的かつ病理的事象というべきもので、法の本来のあり方を示したものとは言にくいところがあります。国際関係の本質は戦争にあるとか、夫婦関係の本質は離婚時の慰謝料の額にあるという主張と同じで、一部の例外や病理を肥大化した極端な見方のように思われます。

法は何を要求するか

1

SECTION

2

3

ものごとの根本に遡って考えてみましょう。人はいかに生きるべきか、日々いかに行動すべきかを自分で考え、自分で結論を出して、だいたいはその結論に従って行動するものです。

自分で結論を出したからといって、そのとおりに行動するとは限りません。すばらしい食事を提供するレストランがあるから、是非そこに食べに行くべきだと判断した場合でも、そのとおりにレストランに出かけないことも間々あります。ただここでのポイ

ントは、どう行動するかは自分で判断するのが原則だということです。

ところが法（「法」の典型は「法律」です）は、自分の判断に即して行動しないで、法の指示するとおりに行動するように要求します。自動車の運転の場合では、道路の左側を通るか右側を通るかを自分で判断しないで、左側を通るようにと、日本の道路交通法は要求しているわけです。

なぜそんな要求をするかですが、広く受け入れられている説明は次のようなものです。いかに行動すべきかは人がそれぞれ判断すべきものです。しかし、場合によっては、人がそれぞれ判断するより、法の要求に従って大部分の人が行動した方が、本来各人がとるべき行動をより善くとることのできる場合があります。そうした場合は、大きく分けると、2つの類型に区分することができます。

第1は、法を制定する人が一般市民よりもある問題について優れた知識を持ち合わせている場合です。新型のウイルスが蔓延して、重症化する人や死亡する人が少なからずいるという状況で、ウイルスの蔓延を防ぐにはどうすべきか、専門家の人たちは一般市民より優れた知識を持ち合わせているものでしょう。そうした場合は、専門家の判断に従って社会生活のルールを作り、それにみんなが従って行動することで、ウイルスの蔓延をよりよく防ぐことができます。ウイルスの蔓延を防ぐよう行動すべきことは、すべての人にとって当然のことです。つまり、人は誰もが本来、専門家の指示するよう行動すべき理由があったのだという

わけです。

第2は、どれでもよいから、とにかくどれかに決まってくれて、それに即して大部分の人が行動することが肝心な場合です。自動車が道路の右を通るか左を通るかがその典型です。道徳的に見て、あるいは人間工学に照らして、どちらの側が優れているということはないでしょう。優れた知識の有無は問題になりません。それでも、人がそれぞれの判断に応じて右側を通ったり、左側を通ったりすると、剣呑で仕方がありません。その国の法律で左側と決まった以上は、その国で生活するすべての人には、左側を通行すべき理由があります。そうすることで、自分も含めてすべての人が安全にかつスムーズに自動車を運転することができます。

第2の場合のように、大部分の人が他の大部分の人が行動するように自分も行動しようと思っているにもかかわらず、選択肢が複数あるためにどうすべきか迷ってしまう状況のことを調整問題 (co-ordination problem) 状況と呼びます。日々の社会生活を送る上で、調整問題に相当する問題は、非常に沢山あります。たとえば、買い物をするときにどの通貨を使うか (円かドルかユーロか) とか、国家公務員の定年は何歳なのかとか、この程度の所得のある人はどの程度の税金を払うべきなのかとかです。法律はそうした問題状況を的確かつ効率的に解決してくれます。

調整問題は法律で解決されるとは限りません。長年の社会の慣行が解決してくれることもあれば、独裁者の命令が解決してくれることもあります。そうした場合も、なぜ慣習に従うのか、なぜ独裁者の命令に従うのかと言えば、その答えは、調整問題を解決

してくれるから、ということになります。

法の権威主張

2

SECTION

3

2で説明した法の特質——人々に自分の判断に即して行動するのはやめて、法の指示するとおりに行動するように要求すること——を指して、法は権威（authority）であると主張すると言われることがあります。

「主張する」とわざわざ付け加えているのは、法は法の指示どおりに行動するよう要求するわけですが、法の指示どおりに行動すべきだとは限らないことが、これまたときおり起こるからです。標準的な場面では法の指示どおりに行動すべきだろうが、この例外的な局面ではそうはいかないということも起こります。専門家の判断が間違っている場合もあります。つまり、法の主張するとおりに、法をいつも権威として扱うべきだとは限りません。政府の行動は控え目であるべきで、個々人の自由な行動を制約することに慎重であるべきだとしばしば言われる理由の1つは、人にとって何が利益となり、都合のよいことかは、それぞれの人自身が一番よく分かっていることが多いからでもあります。

それに、そもそも人は自分の判断に即して行動するのが原則であったわけですから、法を権威として扱うべきか否かを定めるの

も、最後は各人の判断の問題です。

しかし、法の指示どおりに行動しないしていると、刑罰を含めた制裁を科されるリスクがあります。刑事被告人として起訴され、新聞・テレビ・週刊誌・インターネット等で散々に非難されるかもしれません。そうしたときに黙って耐えるのも1つの生き方ですが、戦うことも可能です。戦う手段の1つとして、憲法上の基本権があります。基本権には、法の権威主張を解除する働きがあります——別の言い方をするなら、憲法違反の法は無効になります。この点については、第4章、第8章、第9章、第11章で改めて扱います。

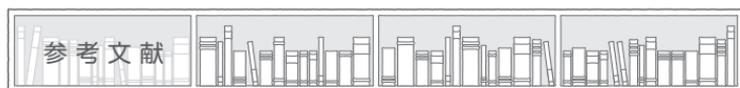
もう1つ、人は自分の判断に即して行動するものだと、今まで述べてきました。いかに生きるか、いかに行動するかを人がそれぞれ、理由に照らして判断することを実践理性 (practical reason) の働きと言うことがあります。実践理性は、各個人が働かせるものだと考えられています。しかし、人類の歴史上、つねにそのように考えられてきたわけではありません。

地球上の多くの地域で、しかもきわめて長い間、人はその生まれた身分に応じて、何を役割とし、どう行動すべきかが決まっているものだと考えられてきました。人がそれぞれ自分の判断に即して行動すべきだと考えられるようになったのは、近代以降のことですし、そうした考え方が始まったのはヨーロッパという特定の地域でのことです。

こうした考え方の変化は、法や道徳によって規律されるべきなのは、社会生活の中で、他の人々との関係でどのように行動すべ

きかであって、各個人が内心でどのような信念や信仰を抱くべきかを法や道徳は規律すべきものではない——それは各個人だけに委ねられるべき問題だ——という考え方の変化にも見合っています。

近代初頭のヨーロッパで起こったこの革命的な考え方の変化は、法のあり方にも、倫理的な判断のあり方にも根本的な変化を与えました。とりわけ憲法のあり方に変化を与えました。現代の日本も、いろいろな面でこうした変化の影響を受けています。この点については、本書のさまざまな箇所でも触れていくことになります。



権威に関する標準的な説明として、法哲学者のジョゼフ・ラズによるものがあります。彼の「権威と正当化」〔森際康友訳〕(ジョゼフ・ラズ『自由と権利——政治哲学論集』〔勁草書房、1996〕所収)をご覧ください。ラズはイスラエルの出身で、オクスフォード大学で長く法哲学を教え、現在は、ニューヨークのコロンビア大学教授です。

調整問題については、とりあえず拙著『憲法の理性〔増補新装版〕』〔東京大学出版会、2016〕71頁以下の簡単な説明をご覧ください。

調整問題の存在は古くから気付かれていて、アリストテレスも『ニコマコス倫理学』の中で論じています。彼によると、犠牲の山羊を1匹にするか2匹にするか、囚人を釈放するときの身代金を

いくらにするかなどは、「こうであってもまたはそれ以外の仕方であっても本来は一向差支えを生じないのであるが、いったんこうと定めた上は、そうでなくては差支えを生ずるときことごとく」です（『ニコマコス倫理学（上）』〔高田三郎訳、岩波文庫、1971〕194頁〔第5巻第7章1134b〕）。

法の本質は制裁にあるという議論の典型例として、ハンス・ケルゼン『法と国家の一般理論』〔尾吹善人訳、木鐸社、1991〕77-78頁があります。

法の本質は制裁にあるという考え方は、1個の法（a law）と言い得るものの姿形についても示唆を与えてくれます。道路交通法の場合で言えば、自動車は道路の左側を通るべきだという規則は、それだけでは法ではなく、法の一部にすぎません。1個の法といえるのは、自動車は道路の左側を通るべきだという道路交通法17条4項と、それへの違反に刑罰を科す同法119条1項2号の2を合わせたもの（連言）です。そういう考え方が間違いとまでは言えませんが、不必要に問題を複雑化させる、少々ゆがんだものの見方のように思えます。

本文では、法の要求として、道路交通法のルールのように、「ああしろ、こうはするな」と命令する単純な形態のものを議論しましたが、法の中には「こういうことをしたいのなら、こうしてください」というものもあります。たとえば、遺言——法律用語としては「イゴン」と読みます——をしたいと思う人が、どのような方式をとるべきかを民法典の規定が定めています（民法960条以下）。定められた方式どおりの遺言でない限り、有効な遺言とは認められません。ほかの例としては、国会が法律を議決しようとするのなら、衆議院・参議院、それぞれの議員全体の3分の1以上の議員が出席し

た上で、出席した議員の過半数で議決することが必要であることが、憲法の規定で定められています（憲法56条。以下、本書では日本国憲法を指して単に「憲法」という場合があります）。この規定どおりに行動しないと、法律を議決したことにはならないわけです。

こうした規定は、「権限付与規範」とか「授権規範」とかと呼ばれることがあります。これらの規定は、そのとおりにしなかったからといって刑罰が科されるわけではありませんが、しかし、人々に対して、有効な遺言をしようと思うなら、あるいは法律を制定しようとするなら、一定の方式をとるように、あるいは一定の手續に従うように求めているわけですから、法の指示どおりに行動するよう求めている点で違いはありません。少なくとも、人の行動を方向づけてはいます。法の本質は制裁にあるという議論は、こうした規範の役割を説明する上でも難点があります。

人としてどう生きるべきか、いかに行動すべきかという問題（群）は、倫理とか道徳とか呼ばれることがあります。倫理（ethics）と道徳（morality）とは、前者がギリシャ語、後者がラテン語に由来しており、同じ意味合いで使われることも少なくありません。ただ、人の生き方や行動の仕方は、各人が自分で考え、自分で判断して決めるべきだという出発点をとった上で、社会生活の中で他の人々との関係でどのような行動をとるべきか（とるべきでないか）がもっぱら問題されるときは、道徳（morality）の問題として捉えられることが多いと言えます。

それ以外の論点——人はどのような信念や目標を抱いて生きるべきかとか、内心の欲望や動機をどうコントロールすべきかとか、勇敢であることや鷹揚であることといった内心における徳の涵養や人格の陶冶をいかに目指すかとか——を含めて議論する場合は、倫理

ということになります。

こうしたことばの使い分けをする典型例として、バーナド・ウィリアムズ『生き方について哲学は何が言えるか』〔森際康友=下川潔訳、ちくま学芸文庫、2020〕第1章があります。ここで説明した意味での「道徳」という観念は、近代初頭のヨーロッパで生まれたものです。近代以降の世界で、人の法的・道徳的義務の根拠が生まれついで、身分から各自の自律的意思決定へと移行したことは、「身分から契約へ」(サー・ヘンリー・メイン)という標語で表されることがあります。自律的な意思決定にもとづく義務は、契約上の義務とは限りません。こうした変化については、第3章で立ち返って説明します。

こうした変化を強調する著作として、ほかに Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (3rd edn, University of Notre Dame Press 2007) があります(原著第2版の邦訳として、アラスデア・マッキンタイア『美徳なき時代』〔篠崎榮訳、みすず書房、1993〕があります)。ただし、マッキンタイアは、近代以降の道徳に対してきわめて批判的です。かと言って、前近代に戻ることができるわけでもありません。内心の倫理に忠実に生きるには、修道院に引きこもるしかないのでしょうか。何だか袋小路に入り込んでいるように見えます。

発展問題



1 みなさんの身の回りで調整問題だと考えられるものの例を挙げてみてください。それらを解決しているのは、法でしょうか。

2 道路交通法7条によると、歩行者も信号を守らなければならず、それに違反すると2万円以下の罰金又は料金が科されることになっています（道路交通法121条1項1号）。見通しのよい直線道路で見渡す限り自動車の影形も見えない場所にある歩行者用の信号がたまたま赤信号になっているとします。あなたが何かの事情でとても急いで道を渡らなければならない状況があるとして、あなたはそれでも道路交通法の指示を守るべきでしょうか。

● 著者紹介

長谷部恭男 (はせべ やすお)

1956年 広島県生まれ

1979年 東京大学法学部卒業

学習院大学法学部教授，東京大学法学部教授等を経て，

現在 早稲田大学大学院法務研究科教授

主要著書

『憲法の境界』(羽鳥書店，2009年)

『憲法の円環』(岩波書店，2013年)

『法とは何か——法思想史入門〔増補新版〕』(河出書房新社，2015年)

『憲法の理性〔増補新装版〕』(東京大学出版会，2016年)

『憲法の論理』(有斐閣，2017年)

『憲法〔第7版〕』(新世社，2018年)

『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論〔増補新装版〕』(東京大学出版会，2018年)

『憲法講話——24の入門講義』(有斐閣，2020年)

『憲法の階梯』(有斐閣，2021年)

法律学の始発駅

The Starting Station for Law Students

2021年7月30日 初版第1刷発行

著者 長谷部恭男

発行者 江草貞治

発行所 株式会社 有斐閣

郵便番号 101-0051

東京都千代田区神田神保町2-17

電話 (03) 6629-8203〔編集〕

(03) 3265-6811〔営業〕

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

組版/デザイン・田中あゆみ

印刷・大日本法令印刷株式会社/製本・牧製本印刷株式会社

©2021, Yasuo HASEBE. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978-4-641-12628-2

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@copy.or.jp)の許諾を得てください。