

WEB 補論第 18 章 法の支配と法解釈の Dogma(概念法学)

1. 司法の原理としての法の支配 (Rule of law)

英米法には、**Rule of law**¹という司法の基本原則があり、「法の支配」²と訳されている。「法の支配」とは、憲法によって「専断的な国家権力の支配を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護しようとするものである³」。一方、大陸法系の「法治主義」は、国家権力を法律によって統治し、法律には政治的権力者が政治的思惑から制定した法規範も含まれると解するので、「法の支配」と比較して、人権の保護に十分ではない⁴。言い換えれば、法の支配は、憲法による統治支配の対象を権力者に向け、法を人権保障のための道具とするのに対して、法治主義は、法律による統治支配の対象を一般国民とし、法を国民統治の道具とする⁵。また「法の支配」は「法の優位」であるといわれる。何が法規範であり裁判規範であるかの決定権は、政治的権力から独立した司法権（裁判所）にあり、司法裁判所は、個人の基本的な人権を保護する。これが「法の支配」の核心である⁶。

それでは、法の支配の思想は、法の **Dogma** (ことばのもつ意味・内容(概念)を技術によって論理構成し具体化した法理論) とどのような関係にあるか。つぎは、「法の支配」の思想を手がかりに、法の歴史をとおして構築された現代法理論としての法の **Dogma**⁷を解説することにしよう⁸。

¹ **Rule of law** (法の支配) は、**Supremacy of law** (法の優位) ともいう。

² R. パウンド (1870-1964) は、法の支配とは、「主権者もそのあらゆる機関も、原理に従って行動すべく、専断的恣意によって行動してはならないこと、すなわち理性に従うべく、恣意に従ってはならないとする原理である」とする。

³ 戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、2000年）8頁。

⁴ 法治主義では、何が法規範であり裁判規範であるかの最終決定権は、必ずしも司法裁判所に常にあるとはされなかった。この点が、人権保障に十分ではない原因の一つとされている。法は、一定の手續に従って定立された限り法となる。つまり「悪法もまた法なり」という格言は、このことを表現している。また行政に関する紛争は、司法裁判に服してはいなかった。

⁵ 「**Rule of law**」に対して「**Rule by law**」と表現できるであろう。

⁶ 田中和夫『英米法概説〔再訂版〕』（有斐閣、1996年）52頁。

⁷ **Dogma** も **Dogmatik** もともにドイツ語であり、前者は「教義」、後者は「教義学」と訳される。これらの「ことば」は、中世ヨーロッパの神学において、聖書に書かれている意味内容を、形而上学的に与えられた「ことば」の意味および「論理」構成を前提として解釈し導き出すという構造やその学問手法

2. 現代法解釈理論としての Dogma

テキスト第 5 章 1 で、「法律学」とは、法が制定されて裁判に適用される過程を、技術および実用面から研究対象とする学問分野をいうと定義したが、「法の支配」の指導原理を基にすれば、政治権力および裁判権力を監視しコントロールするための技術の学問であると言い換えることが可能である。

近代法初期の大陸法は「法治主義」であった。やがて、アメリカ合衆国の独立宣言に影響され、フランス革命を経験した法の根底にある思想は権利の観念と一体化し、法(律)は、人々の自由を権力から護るためにあると認識されるようになっていた。ことばの技術による法規範の概念構成および論理構成は、法規範から紛争解決の規準（つまり裁判規範）を選択する過程の正当性と政治権力および司法権力のコントロールを、条文を構成する「ことば」の技術的機能の中に実現したものである⁹。法技術の研究が進むと、「ことば」のもつ法的な意味内容も論理構成も、しだいに厳格なものとなり、やがて、前提とされる既存の法律の条文に含まれるべき意味内容を明らかにする高度な解釈技術そして厳格な枠組みをもつ文章の論理構成を分析する技術が要求されるようになった。制定法中心のヨーロッパ諸国や日本では、法律学の中心は、法律実務（立法や裁判）に必要な技術（実用法学）を提供する法規範についての解釈学となっている。解釈学は、ローマ法学以来、「ことば」によって表現される意味や内容を明らかにし確定することを研究対象としてきた。それは、19 世紀から心理学・社会学などの学際的研究により急速に発展した言語学¹⁰の方法とは異なり、中世の神

を指している。

⁸ Dogma としての現代法理論は、法の歴史の中で構築されてきたが、その指導原理は、大陸法の下では「法治主義」であった。しかし、法律の根底にある思想は、権利の観念から離れず、法律は権力から人々の自由を護るためにあると認識されていた。日本国憲法の法の指導原理は、大日本帝国憲法下の「法治主義」による臣民の統治支配（大日本帝国憲法 1 条 9 条 57 条 61 条ほか）から、「法の支配」へと変化し展開されている。ここでは、法の支配を指導原理とする法の Dogma を中心に説明することとし、歴史的な経過の詳細は、WEB 補論 17 章の法と哲学（法理論の発展）ですでに学習した。

⁹ 川島武宜『ある法学者の軌跡』（有斐閣、1979 年）311-312 頁。

¹⁰ 碧海純一『法哲学概論』（弘文堂、1964 年）215-216 頁。「言語学者は、ことばの意味を問題にするばあいにも、それを社会学的・心理学的事実としての人間の記号的行動の一側面として探求し、説明する」という。

学における聖書の教義手法（Dogmatik といわれる解釈学）に酷似している。法解釈学の研究は、条文に含まれる「規範」の意味・内容を認識することにある。つまり、法を解釈する者は、与えられた当為の内容を条文によって示され、その条文の中で前提とされる規範のもつべき意味・内容を法論理によって認識し形而上学的な証明を行う。法解釈学は、かような構造を有する¹¹。このように、法規範の「ことば」のもつ意味および条文（当為文章）の論理構成（枠組み）を前提とする解釈法学は、概念法学とよばれる。法解釈にとってのがれることのできないこの宿命的な演繹的性格は、法解釈の Dogma と呼ばれる側面なのである。

3.法の支配に対する法解釈の三段論法の意義

「法の支配」は、何が法規範であり裁判規範であるかについての決定権を司法裁判所に専属させ、裁判官を法解釈の Dogma を基礎とする法の解釈・適用・判断という法的三段論法に拘束せしめることによって、実現される。つまり、前者は、法の支配の外部に向かったコントロールによって実現される司法権の政治的権力からの独立の確保維持—三権分立—を意味し、後者は、その内部に向かったコントロール—法の Dogma—によって実現される公正な裁判の確保維持を意味する。このように、法的三段論法の過程は、近代法の「法の支配」の思想と結びついて、司法の独立と司法の公正を司法の内部から保障する機能を有すると考えられる点に意義がある（テキスト第 6 章 3 を参照）。

4.法解釈の Dogma の弊害

18 世紀末から 19 世紀のヨーロッパ大陸における法の解釈および適用は、法解釈者の評価を入れず、法規範の文章の中に前提とされる「ことば」の意味の純粋な認識過程によって可能になるという（信念にも近い）考え方によって支配された。この考え方の提唱者は、立法・司法・行政の三権分立の原理を唱えたモンテスキューである。フランスのモンテスキューは、「三権分立の原理は、裁判官による法の創造を厳禁し、ゆえに、彼の全任

¹¹ 碧海純一、前掲注 10、216 頁、川島武宜、『科学としての法律学』（弘文堂、1986 年）121 頁。

務は立法者によって与えられた法律を純粹認識的に確認・発見して、それを事案に適用することにつきるべきだ」という根本的な信条から、裁判官を一種の自動法律適用機としようとしたのである¹²。

この法解釈学の方法は、やがて、ドイツの私法学に波及し、ナポレオン法典の解説書として書かれたヴィントシャイトの「パンデクテン教科書」によってほぼ完成した。以後ドイツ古典法学は、パンデクテン法学と通称されるようになった。ドイツ古典法学の法の解釈技法は、与えられた実定法の意味の確認・発見のみが法解釈の関心であり、倫理的・政治的・その他の社会における実践的な価値を解釈学の領域から排除するものだった。立法と法の解釈学とは、全く性質の異なるものとされていたのである。

J.H.キルヒマン¹³は、ベルリンの検察官であったときに講演を行った中で、法解釈学の対象の実定法の人為性・可変性・恣意性を指摘し、解釈学としての法律学は、制定法規の解釈に固執し実際の生活からはかけ離れた議論に没頭していると指摘した¹⁴。この批判が端緒となり、R.イエーリング・E.エールリッヒによって、概念法学批判が展開され、それぞれ「自由法学」・「生ける法」の法理論に発展する¹⁵のであるが、ここでは、再度、法解釈の Dogma つまり概念法学の弊害について述べよう。

概念法学は、既存の法規範が完全無欠である、つまり法規範の欠缺は存在しない、という傲慢ともいえる信念に裏付けられていた。しかし、実際の社会生活は、一定ではなく変化する。したがって、それとともに社会的価値も法的価値も、そしてその体系も変化せざるを得ない。概念法学のこの傲慢さは、法律学（制定法規の解釈）と実際の生活との乖離を生んだ。産業革命によって産業・経済が発展し生活の態様が大きく変化するにおよび、実際に社会で生じた事案に対し、既存の法規範や法体系を Dogma に

¹² 碧海純一、前掲注 10、220-222 頁。モンテスキューは、「判決は『法律の厳格なコピー』でなければならず、裁判に必要なのは目だけであり、裁判官は『法律のことばを語る口であり、法律の効力をも厳格さをも弱めないところの意思なき生物』でなければならない」と述べた。

¹³ J.H.キルヒマン（1802-1884）は、ベルリンの検察官であった頃に「法解釈学の学問としての無価値性」と題した講演を行った。

¹⁴ 碧海純一、前掲注 10、222 頁、森末伸行『法思想史概説』（中央大学出版部、1995 年）128 頁。

¹⁵ 「自由法学」「生ける法」の法理論の発展過程については、WEB 補論 17 章の法理論の発展を参照。

よって解釈するだけでは、対処し得ないという事態が生じたのである。この事態を法的に言い換えれば、Dogma 的解釈の形式的な合法性と実質的な正当性との乖離といえるであろう。19 世紀末から 20 世紀初頭にかけては、かような事態をどのように考え、どのような法理論を再構築すべきかが問題となった。

5.Sein の科学理論と法解釈の Dogma との違い

法理論の再構成を検討する前に、経験科学理論と法解釈のドグマ（概念法学）との違いを確認しておこう。

(1) 経験分析科学理論の過程

経験分析科学は、まず経験事実を観察し、それをあるがままに記述しそして分析することからはじまる（第 1 段階）。つぎに特定のテーマをたててコントロールされた状況において実験観察を行う。そして、実験観察によってテーマの事実がある程度サンプリングされると、それを分析し、そこから一般的な仮説をたてる（第 2 段階）。この仮説は、経験事実相互の間に一般的に認められる関係（Sein）についての法則である。この仮説を再びテスト観察する。この一般仮説が十分テストされることで、理論としての地位を獲得し法則や理論として認識されるようになる（第 3 段階）¹⁶。第 1 および第 2 段階の観察は、個々のテーマから一般的な仮説を導き出す帰納的な過程であり、第 3 段階は、一般仮説を前提に個別的テーマをテストする演繹的過程である。経験的事実相互の間に一般的に認められる関係（Sein）を法則という。経験分析科学では、帰納的経験過程が演繹過程より重要とされている。

(2) 法体系と法解釈のドグマの関係

法解釈のドグマ（概念法学）について、ここまでの解説をまとめてみると、つぎのように整理できる。

法の解釈・適用の過程は、大前提の法規を解釈して導き出した裁判規範

¹⁶ 碧海純一、前掲書注 10、269 頁。

(第1段階)に、小前提としての個別の認定事実を当てはめて(規範の適用)、要件に該当する事実を確定して(第2段階)、法的結論としての法律効果(第3段階)を導く三段論法の過程である〔テキスト第6章を参照〕。

法解釈においては、具体的な解釈論的結論を根拠づけるために、ことばの概念とか法理論構成という形而上学的な前提から事実への演繹的推論(第1段階から第2段階に至る過程)に重点が置かれるので、第2段階の事実認定や法の適用から法的結論を導き出す帰納的経験的過程(第3段階)は、二次的な重要性をもつにすぎないとされる。法解釈の **Dogma** とは、かような演繹的性格に重点を置いた過程をいい、この特質を極端にまで進めたものを、概念法学という¹⁷。法律学が解釈学であるということは、価値判断を行うという意味をもち、また形而上学的な概念を前提に、それから演繹によって結論を導くという性質をもつ。この点は、法律学が他の経験科学とは質的に異なることの現れで、他の社会科学から孤立した最大の原因である¹⁸〔テキスト第6章の図6法規範構造と法の推論的三段論法を参照〕。

法的三段論法は、「法秩序の形成および維持に貢献する。〔しかし〕社会は進歩し歴史は変遷する。それとともに、固定した法規と、流動する事実との間に欠隙が生ずる。そうになると、法の解釈は、もはや三段論法の一律を墨守することを許されなくなる。かくて、類推が行われ、反対解釈が用いられ、すすんで条理(等)による法の発見が要請せられるに至る」のである¹⁹。

6. Dogma の演繹的解釈から帰納的解釈へ—法理論の拡張—

法律には、かような論理的判断の一つ一つが「法の Dogma」という環として点在し、各 Dogma 相互の間は、論理という鎖で結ばれ体系化されるという構造が存在する。つまり、法の Dogma は、理論と呼ばれていても、それは、演繹的な枠組みを前提とした論理構成(doctrine とか rule)であり、

¹⁷ 川島武宜、前掲注9、121-125頁。

¹⁸ 川島武宜、前掲注9、126頁。

¹⁹ 尾高朝雄『法哲学』(勁草書房、1993年)121-122頁。法の解釈技法についてはテキスト第7章を、法源については第4章を参照すること。

自然科学および他の社会科学の帰納的経験科学の理論(theory)とは、異なるものなのである。実務家（裁判官・検察官・弁護士そして法の実務担当者など）は、法的判断がこの法のドグマの論理構成（三段論法）に基づいた正当なものであることを証明するため、法解釈や法の適用の論理的整合性を論証することに集中する。

法は、司法（裁判）権力をコントロールすること、また紛争を解決するための規準（準則）を提供することという二大機能を有すると解されている〔テキスト第1章3を参照〕。「法律学者は、それを批判的に検討し、それぞれの正当性—価値判断上の正当性とか、当該事件の結論に到達する思考過程の論理上の正当性とか—を明らかにしたり、それらのものの正当性の限界を明らかにしたりすることによって、制定法や裁判にあらわれてくる既存の Dogma とか法技術を批判的に検討する。そうして、古びた Dogma や古びた法的構成を修正し、あるいはそれに代えて新しい法的構成を案出するという作業をして、裁判をコントロールすることに寄与する。そういうことが、法解釈学における学者の仕事になるべきだ」²⁰と川島武宜教授は述べて、法律学の分野を、法の Dogma の論証をする実務的分野と、それを批判的に検討する学問分野とを区分しようと試みた〔後掲図 18-7-1〕法の機能性・Dogma そして法学学習内容の多義性を参照）。

この姿勢は、法律解釈の意思主義から客観主義へ、公害問題において被害者の救済を図るために考案された立証責任の転換論、比較衡量から利益衡量論、法と経済などの新しい理論構成を生み出した。そして、科学技術の劇的な発展段階を迎えて、財産権（知的財産権を含む）論については、情報社会に適した有効競争の観点を含み、現代的市民法の財産法原理²¹からの再検討が急務²²とされていることは²³、本書の随所で述べてきた。

²⁰ 川島武宜、前掲注 9、316 頁。

²¹ 「現代市民法の財産原理」とは、財産の社会的側面として顕現する情報を共有・普及する原理、経済民主主義の原理および有効競争原理などを基礎に、権利論を積極的に構成する理論をいう。この点については、V 章において詳しく説明する。

²² 石黒一憲『情報通信・知的財産権への国際視点』（国際書院、1990 年）、P.サミュエルソン『情報化社会の役割と著作権の役割』（信山社、1998 年）、G.S.Alexander, *Commodity&Propriety* (The University of Chicago,1997)、川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1987 年）、末川博「著作権の本質」『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、1978 年）、丹宗昭信「経済法（学）の

【刑法 199 条と民法 709 条の規範内容を検証する。】

刑法第 199 条は、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは 5 年上の懲役に処する」とされ、殺人罪²⁴の犯罪定型²⁵を規定する。ある行為が犯罪と認定されるか否かは、その行為が、違法・有責な一般的・抽象的な行為類型たる構成要件に該当するか、さらに、個別・具体的に違法性・有責性を具備するかどうかを判断して、罪と均衡した刑罰を科すことを要するかを判断するための法的手続を経ることによって、行われる〔テキスト第 12 章で学習した〕。刑法は、刑事裁判において犯罪・刑罰認定の規準である²⁶。

民法 709 条は、「故意又は過失によって他人の権利を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定される。これは、民事裁判における判断およびその規準である。

刑法 199 条も民法 709 条も、直接に当為（禁止あるいは命令）規範としての形式を十分に備えているとはいいいきれない。法律の条文において、行為・

独自性」『法学文献選集 7 法と経済』（学陽書房、1975 年）、FIRST, FOX, PITOFSKY, REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY, (QUORUM BOOK, 1991)、小西唯雄『産業組織論の新展開』（名古屋大学出版会、1990 年）、棟据快行『人権論の新構成』（信山社、1995 年）、中山信弘『工業所有権法上』（弘文堂、1993 年）、森村進『財産権の理論』法哲学叢書 6（弘文堂、1998 年）、吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000 年）、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、2001 年）、林敏彦『現代政策分析』（放送大学、2002 年）、我妻栄『民法講義』（岩波書店、1974 年）、J.M. クラーク『有効競争の理論』（日本生産性本部、1970 年）、J.S. ベイン『産業組織論』（丸善、1970 年）、高橋明弘『知的財産の研究開発過程における競争法理の意義—知的財産権概念の私的側面と社会的側面』（国際書院、2003 年）などの文献を参照のこと。

²³ 本章 1 節の科学理論と法解釈のドグマについての解説は、道家達将・赤木昭夫『科学と技術の歴史』、山田晟『法学〔新版〕』、碧海純一『法哲学概論〔新版〕』、川島武宜『民法講義』『科学としての法律学』『ある法学者の軌跡』を主に参考とし構成した。これらの文献は、科学理論と法解釈のドグマについての相違点などを現代仮名遣いで解説したものである。かなり高度な内容を含むが、このテーマについての理解を深めるために、一度は、チャレンジしてもらいたい。但し、絶版になっているものがあるので、図書館を利用してもらいたい。

²⁴ 「犯罪」とは、構成要件に該当し且つ違法性・有責性を充足する行為をいう。

²⁵ 「犯罪定型」とは、日本国憲法 31 条の「法律の定める手続」の要請に従って、犯罪の内容が法律によって明確に定められる形式をいう。この形式は、「構成要件」という。「構成要件」は、違法・有責な行為の定型である。

²⁶ 罪刑法定主義は、L. フェイエルバッハ(1804~1872)のいう「法律なければ刑罰なし。法律なければ犯罪なし。」という格言で代表される。

解釈規範が、民法 1 条 2 項、3 項および 2 条のような明示的条文として規定される場合は少ない。しかし、刑法 199 条・民法 709 条の裁判規範は、「人を殺してはならない」「他人の権利を侵害してはならない」という行為規範を前提とするとみるべきである。その理由は、法のもつ機能を明らかにすることで理解できるであろう。法の第一次的機能は、一般の人々が法規範から行為・組織規範を読み取り、この規準をもって、裁判所などの公的機関の判断がなくとも自主的に自己の行為を判断して適切な行為をし、あるいは法的な権利義務関係を認識し、法的関係の発生・変更・消滅を自主的に行うことを期待する。裁判規範のもつ裁判規準は、紛争や違法な行為が生じた場合に、紛争を解決し規範の最終目的を実現し確保し保障するために必要な二次的機能を提供するものとして作用すると解されるべきである²⁷。

7.法の機能性・Dogma そして法律学学習内容の多義性

ここでは、まとめとして、法の機能性・Dogma に関して法律学の学習や研究内容について整理しよう。

①法には、国家権力に対するコントロール機能と、自主的規制および紛争解決（規準）機能が認められる。

②法のドグマとは、紛争を解決するため、三段論法〔大前提としての法の存在（要件と効果）、小前提の事実（事実の認定から要件事実の確定）、法的結論（効果）〕を基礎として法的判断を体系化するための論理構造及び構成をいう。

③法学の学習内容には、実務家と研究者の使命として、若干の異同があることを認識しておかなければならない。

i)実務家は、【図 18-7-1 法の機能性・ドグマそして法学学習内容の多義性】で示した、以下の過程の実行を使命とするといえるであろう。

ii)研究者は、法律の解釈、事実認定、法的判断の各々について価値判断の正当性を、かつ当該紛争の解決に至る思考過程（法的推論）の正当性を批判的に検討する。正当性に限界が生じた場合には、制定法、判例法、裁判に現れる既存のドグマや法技術を修正あるいは再構成する必要が

²⁷ 田中成明『法学入門』（放送大学、2000年）34-35頁。

認められる。研究者の使命は、紛争の基盤となっている社会現象を分析し、社会現象を秩序づける行為規範から抽出し認識される具体的規範（これによる法源・法論理を「生ける法」という）を実務にフィードバックすることにある。このように、法学の学習内容は、多義にわたる。

【図 18-7-1 法の機能性・ドグマそして法学学習内容の多義性】

