

常識から法律常識へ (1)

ー日本法の基層の理解のためにー

影山法律特許事務所
弁護士・弁理士 影山 光太郎

はしがき

今回から、「常識から法律常識へー日本法の基層の理解のためにー」と題し、次のような内容について連載を行う。①日常生活における常識がどのように法律における基礎的思考(法の常識)に規範化されているか、②その理解のための近代市民法(民法)の沿革と理念、③我が国の法制度に影響を与えたヨーロッパ大陸法(ローマ法起源)と英米法(ゲルマン法起源)による見方の特徴、④経営・裁判・交渉等において法の適用について考えるところなどである。

筆者は、2011年4月に「混沌の時代を拓く理系弁護士の生き方・見方ー変化をおそれるな、交渉のし方、勝ち抜いてゆくエッセンスー」として、筆者の弁護士・弁理士業務、外国でのホームステイの経験などを題材として、社会一般、事業経営、発明・特許、国際関係等について述べた。今回の連載は、上記「理系弁護士の生き方・見方」から、より法的に進めて、民法・刑法・知的財産法等を理解するためのベースとなる考え方について述べる。

筆者は、工学系大学院の修士課程(工業化学専攻)を修了し、板ガラスメーカーで技術者として務め、30歳から本格的に法律の勉強を始めた。それで、①他分野から法律の勉強を始めて新鮮に驚いたり、感じたりしたこと、②その後の弁護士弁理士業務の経験を通じて知った、民法・刑法、民刑事の手続法等を学ぶ上で役立つ考え方を紹介したいと思う。法の理解に役立つ特徴的な用語の説明にも留意する。内容的に、a、日常の常識から法規範が生じ、法規範及びこれに基づく法的処理の解釈・運用のベースに常識があることを背景の縦糸とし、b、近代市民法(民法)の理念、ヨーロッパ大陸法と英米法の考え方、並びに法制度・法の適用におけるそれらの表れを直接的な横糸として稿を進めていこうと考えている。そして、弁護士であるので、なるべく、実務の理解に役立つように努める。

そして、読者が、本連載を読んだことを機に更に具体的な民法、知的財産法等の勉強に進んでいただけたら幸いである。

なお、用語の意味について、金子宏、新堂幸司、平井宜雄編集代表「法律学小辞典」を、多く、参照させていただいた。その他の参考文献は稿の中で示す。

第1章 日常概念と法概念 (1)

1、思考・感情、現実、規則と常識

我々の日常生活において、思考・感情と現実と規則の関係は次のように考えられる。

- | a. 思考・感情 | b. 現実 | c. 規則(共通の価値観に基づく) |
|----------|-------|---------------------|
| ありたい | ある | あらねばならない
(あるべきだ) |
| ありたくない | ない | あってはならない |

上記のうち、a、bは個人について成立し、cは、社会において問題となる。したがって、仮に、bを前提として、aで望んでも、cに反してはできない。この場合、a、b、cを区別できるのが常識ある社会人(いわゆる「オトナ」)である。このように、cは「常識」に基づくものである。換言すると、常識とは、日常において、一般社会人が共通に持っている知識・価値観である。このa、b、cの区別がなされないと、議論が成立せず、実りある結果が得られない。これは、個人としても、社会としても、国としてもいえることであり、その意味でオトナといえない国もある。

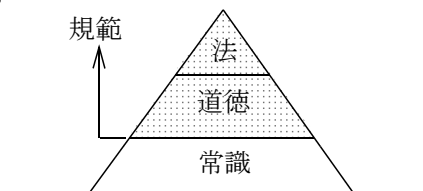
ところで、人間が思考した事実についてとる態度として、自然科学では、原因と結果として関係付けようとするのに対し、社会科学では、目的と手段の関係として判断しようとする面が強いといえる。社会生活、特に仕事においては、それぞれの立場・状況で、目的を考えて(目的的に)行動することが重要と考えられる。目的的に行動することは、価値判断を伴うので、規範との関係を、より念頭に置くこととなる。

2、法規範の意味

(1) 社会規範と法規範

社会規範としては、慣習、倫理・道德、宗教によるものなどが考えられる。法規範は、それらの中から国家・社会の支持の下に強制力をもって義務付けられるものである。法的義務と道德的義務との相違は強制力によって裏付けられているか否かである。また道德は、社会における常識に基礎を置く規範である。

そのため、「法は道德(倫理)の最小限」(イエリネック。ヴィノグラドフ「法における常識」)だとか、「法の世界は民衆の常識から生まれる」「法の本質は健全な常識にもとづいている」などといわれる。常識と道德と法の関係について、極く概念的に考えると、次のように示すことができる。



ただし、法には道德などとは関係のない目的を持つものもある(例、手形法)。

法が強制力を持つ根拠は、それが権力者の命令であるからとか被治者の同意に基づくものであるからなどといわれる。いずれの面もあると思われる。

法の解釈・運用も一般人の常識とかけはなれたものであってはならず、むしろ常識を働かせて判断すべきことになる。

(2) 法の機能

社会は経済関係で動いているが、法律は、この動きの「ルール」(例、民法civil law)を定め、「枠(外縁)」を画する。枠(外縁)とは、社会の理念を示す面(例、憲法constitution)と越えてはならない限界を示す面(例、刑法penal law)とがある。

このように社会の秩序を維持するために法が必要とされ、「社会あるところに法あり」ということになる。

その意味で、法は、我々の行動を規律する行為規範の一つであり(もとより行為規範には、

他に道德、慣習などがある)、また裁判所で適用される裁判規範となる。

端的に言えば、現代社会で合法的に人を殺せるのは法によってのみといえる(死刑)。

(3) 権利と義務

- ① 権利と義務は法によって認められる。権利は、相手方に対し、特定の利益を主張することを法によって認められた資格である。これに対し、義務は、相手方に課せられた特定の負担である。

権利には公法上の権利(公権)と私法上の権利(私権)とがある。

公権として、憲法で認められた基本的人権としては、平等権、精神的自由権(内心、信教、表現、学問の自由等)、人身の自由権(刑事手続の保障等)、経済的自由権(職業選択の自由、財産権の不可侵等)、生存権、社会的基本権(教育を受ける権利、勤労の権利等)、参政権などがあげられる。私権としては、人格権、財産権、身分権(親族権、相続権)などが考えられる。私権には、財産権と非財産権がある。

ところで、社会システムの価値は、個人の幸福追求のための条件として生存と自由を確保することにある。これは「最大多数の最大幸福」(ベンサム)を目指すものである。近代経済学でいう「パレート最適」(他の誰かの経済状態を悪化させることなしには誰の経済状態も改善できない状態にあること)は、その一つの表れである。

上記の基本的人権は社会システムの価値、すなわち「最大多数の最大幸福」を目指すベースとなるものである。

- ② 自然法、自然権

「自然法」は、人間の自然の本性あるいは理性に基づいて、あらゆる時代を通じて普遍的に守られるべき不変の法として実定法(人間によって作り出された法)を超越しているものと考えられる。自然法の目的は正義といわれる(ヴィノグラドフ)。アリストテレス、トマス・アキナス、グロチウス、ロック、カントなどの思想が代表的である。前記の基本的人権は、自然法思想により、憲法以前に「侵すことのできない永久の権利」(憲法11条は確認)、「天賦人権説」ともいわれる)として認められるものであるとされ、また自然法は、後に3に詳述する近代市民法の背景にあるとされる。

なお、「自然法」「自然権」ということばについて、ラテン語の*a ius*、ドイツ語の*Recht*、フランス語の*droit*は、「法」と「権利」の双方の意味を持つ。これに対し、英語の*right*には(ドイツ語の*Recht*と同語源だが)「権利」の意味のみで「法」の意味がない(「法」の意味の*law*は、イギリスに侵攻した北欧のデン人の語という)。そこで、イギリスでは自然権として発達したといわれる。これについて、ここでは、端的に、自然法に基づく自然権と考えることとする。

(4) 正義

「正義は、各人に各人の権利を分配することである」といわれ、「法は正義に由来する」などといわれる。正義は、法の重要な目的である。

ところで、弁護士のバッジは、丸いひまわりの花の中心に天秤を描いたデザインである。「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」(弁護士法1条1項)とされる。弁護士バッジにある天秤は、「公正と平等」あるいは衡平を表している。正義は絶対的なものではなくバランス(相対的)だと考えられる。また、古代ローマにおいて、ユスティアは正義あるいは法の女神で、善悪をはかる秤を持つ。なお、バッジにあるひまわりは、「正義」を表す。

(5) 債権と債務、給付、資産と負債、収益と費用

債権は、ある者が他の者に対して一定の行為(「給付」という。「履行」ともいう)を請求する

ことが法的に認められている地位をいう。債務は、債権に対応する相手方の地位である。債権の発生原因として契約が最も重要であるが、不法行為も重要である。

負債は、会計学的に、経済的負担で、貨幣額で評価されるものをいう。法律上の債務に限らず、いずれ負うことになるであろう負担も含む。

上記について、引当金(将来発生することになる損失や費用に備えるため、あらかじめ当期の損失・費用とするもの)を考えるとよい。引当金には、費用(支出)に備え負債としての性質をもつ負債性引当金と損失に備える評価性引当金(例、貸倒引当金)がある。負債性引当金には、例えば、法的債務に備える退職給与引当金、法的債務でない修繕引当金がある。退職給与は、会社にとって確実に将来の債務となるが、修繕は、将来予測される出費である。

資産は、貸借対照表上、負債に対応するもので、収益と費用は、損益計算書上の区分である。

したがって、企業の倒産についての新聞報道などでは、「債務総額いくら」とはいわず、「負債総額いくら」といい、「債権者約〇名」などという。

(6) 法制度は歴史の集積

現行の法制度は、歴史の集積だといえる。例えば、占有権という制度がある。これは物を所持することによって取得する権利である(民法180条)。

占有権には2つの起源がある。一つはローマ法のポセッシオPossessioで、もう一つはゲルマン部族法のゲヴェーレGevereである。

ポセッシオは、所有権とは別に事実的支配だけを理由としてその侵害を排除できるとするもので、ゲヴェーレは、外形的事実的支配は所有権の存在を予定し、所有権を表現するものとして保護する。我が民法に導入されている規定としては、ポセッシオの系統に属するものに占有の訴(民法197～202条)、損害賠償請求(同191条)、ゲヴェーレの系統に属するものに権利の適法の推定(同188条)、即時取得(同192～194条)などが混じている。

このように現行の法典では、各規定は同一平面に並んでいるが、その縁由として異なる場所、異なる時代のものがあり、歴史の集積といえ、その点で興味深い。

(7) 法源

① 法源、元は、法が流れ出る源泉の意味であるが、通常は裁判官が法を適用するにあたって援用しうる法形式をいう。

文書の形で制定された成文法(制定法)と文書の形をとらない不文法に大別され、成文法は国内法(例、憲法、民法)と国際法(例、条約)、不文法は、判例法、慣習法などである。

慣習法は、慣習が判例を通じて法的強制と結びつき、法規範となったものと考えられる(伊藤正己「近代法の常識」)。また、民法228条、236条、263条(入会権)、269条、294条(入会権)などでは、「異なる慣習があるときは、その慣習に従う」などと規定されているが、これらは法令の規定による慣習法といえる。商事では商慣習法は民法に優先する効力を認められている(商法1条2項)。刑法では罪刑法定主義により慣習刑法は禁止される。

判例法は、英米では原則的な法形式である。イギリス法の大部分は判例の集積であるコモンローより成る。我が国では成文法が判例法に優先するが、確立した判例は新たな立法によって変更されない限りは成文法に代わる効力を持つ。民事における譲渡担保、刑事における共謀共同正犯などである。確立した判例が後に立法化されることもあり、根抵当権はその例である(民法398条の2から22)。

弁護士実務としては、先例において類似の部分があれば、裁判所で同様な判断がなされる可能性があるので、事案に合わせて判例を調査して用いることになる。

- ② 法源に関連して、「条理」は、物事の筋道の意味である。後に民法の修正原則として述べる「信義誠実の原則」とか「権利濫用禁止の原則」などは条理と共通したところがある。判例では、これらは明記された(民法1条)一般条項として用いられる。判例では、他に、「衡平」「社会通念」などの語・考えも用いられることがあり、さらには、「そのように解しないと、○(勝訴させるべき方)に酷である」などといわれることもある。

筆者が行った裁判で、東京地裁平成10年10月7日判決(判例時報No. 1657。「特許判例百選(第4版)」にも掲載)は、特許権の効力につき「均等論」を認めるについて、「対象製品(を)…特許請求の範囲に記載された特許発明と実質的に同じものと評価」する根拠として、「譲渡担保…の担保としての扱い、…内縁として婚姻に準ずる法的保護を与えること等に表われる、法の形式的適用から生ずる不公正を是正するための、法の実質主義というべきもの」とされたが、この「法の実質主義」というところも、上記と共通すると考えられる。

3、近代市民法—民法の原則

民法は市民法の意味である。我が国の民法は、ローマ法に淵源を持つドイツ法と、またフランス法の流れを受けて、1898(明治29)年に成立した。

ローマ帝国(1～5世紀)の後、その後継を目指す東ローマ帝国のユスティニアヌス帝によって、6世紀にローマ法の体系がローマ法大全(市民法大全、ユスティニアヌス法典)として編さんされた。これに範をとって、近代に至ってフランス、ドイツ等ヨーロッパ大陸諸国で民法典が制定された。1804年に公布されたフランス民法典(ナポレオン法典)は、近代市民法の嚆矢であり、ナポレオンによるヨーロッパ侵攻に伴い、フランス革命の精神とともにヨーロッパ大陸に影響を与えた。近代市民法の淵源であるローマ法とゲルマン部族法(5、6世紀ころ)及びそれらからの現代の世界の法系をほぼ2分する大陸法(ドイツ、フランス系)と英米法に与える影響については、後に第3章で詳しく述べる。

私は、法律を勉強し始めた当時、1400年の時を経て古代の法が使われていることに驚きと興味を覚えた。人間社会の基本的な人的関係、取引関係は余り変わらないということであろうか。

なお、本稿では説明の簡易化のため、用語等は民事・刑事を区別せずに使用する。特に区別の必要がある場合にはその旨を断る。

(1) 基本原則

近代の市民法は、個人の独立、自由、平等をその原理とする。沿革的には、アメリカの独立宣言やフランス革命時の人権宣言においてうたいあげられた。この原理を受けた近代市民法の基本原則は、第1に「法的人格平等の原則」、第2に「所有権絶対の原則(私的財産制度の保障)」、第3に「契約自由の原則」(これは反面からいうと「過失責任の原則」)である。さきにあげた基本的人権は、この基本原則を受けるための前提となる。

① 法的人格平等の原則

近代市民社会前の封建社会では、社会は、次のような出生によって定まる固定的な階層構造をなしていた。

上 ←—— ———→ 下
国王 — 諸侯 — 領主 — 領民・本百姓 — 小作人・農奴

そして、階層が下の者は上の者に奉仕をし、上の者は下の者に恩恵・庇護を与えるという身分関係にあった。

イタリアで、15、16世紀ころ始ったルネッサンスを経て、1789年のフランス革命によって開花した近代市民社会では、人々は法的に独立、平等の人格として扱われることになった。産業革命を経て産業資本主義をベースとして近代市民社会を形成した人達を市民(ブルジョワジー)という。具体的には、独立した生産者などである。

したがって、独立、平等とは、端的には、同じお金を持っていたら、同じに商品取引をなしうるという意味である(封建社会では身分によって差異があった)。その意味で、近代市民法、つまり民法(財産法)は、本来、独立生産者間の商品交換法であると考えると分かりやすい。

② 所有権絶対の原則(私的財産制度の保障)

ここで、絶対性とは、他の権利により制約されないということであり、単一性ともいえる。封建社会では、例えば、一つの土地の所有権についても、領主のものでもあり、本百姓のものでもあり、小作人のものでもあるという重層的な構造をもっていた。これでは円滑な土地の取引はなし得ない。そのためには、一つの土地について一つの完全円満な所有権が確立しなければならない(一物一権主義)。

所有権の機能については、次回に別項目でより具体的に述べる。

③ 契約自由の原則(過失責任の原則が別異に立てられることもある)

前記のような封建社会から市民社会への転換に伴い、人々の社会関係が固定的な身分関係から契約によって決められるものになっていった。これは「身分から契約へ」(メイン)という語によって表される。

なお、婚姻、離婚も合意によってなされるようになった。

契約自由の原則の反面として、自分の行為については自分で責任を負わなければならないとして、過失責任の原則がとられる。自分に過失(落ち度)があれば責任を負うが、逆に過失がなければ責任も負わないというものである。

資本主義、そこに特徴的な市場メカニズムは自由競争を前提とするが、これは私的所有権の保障と契約の自由をベースに成立する。ところで、このような経済合理性からの取引関係法の統一・制定の要請は強い。

例えば、ドイツはかつてプロイセン、ザクセン、バイエルンなどの領邦や都市に分裂していたが、1871年に国家の統一がなされた。19世紀には既に言語的文化的な一体性を持つドイツ圏ですでに市場の形成が進んでいたが、それぞれの領邦が取引法を持っていたのでドイツ圏での取引の多くが国際取引になってしまい、どの国の法律を適用するか(「準拠法」という)を選択せねばならず、とても不便であった(準拠法を決めるのが国際私法)。そこで、国家統一に先立つ1961年に商取引に適用される統一法(一般商法典)が作成された。ドイツ民法典は統一後1896年に成立(1900年施行)したが一般商法典中の契約に関する一般的な規定を引き抜く形で作成された(商法は民法の特別法)。このように市場が統一されると、国家の統一より先に取引法の統一が求められる(内田貴「民法改正」)。

この問題は現在でも生じており、EUという巨大市場で適用される統一法の制定に向けてドイツ、フランス、欧州委員会等がリーダーシップをとろうとして注力しているとされる(内田。同氏は我が国も国際的な法形成に参画する力をつけ、主張をすることが国益にかなうこと、日本法を準拠法とすることのメリットをいう)。

④ EUについては、我が国では、その経済的な効果が強調されている。そして、経済的にはド

イットー国が極めて強力になった。これは、ドイツの旧通貨マルクに比しEUの共通通貨ユーロを用いれば、マルクより価額を安くできるのでドイツにとって輸出に有利であることなどによる。ギリシャなどの小国は、割を食うわけであるが、それでもEUからの離脱は望まない(ギリシャは、現在、EUのユーロ圏で最も失業率が高く、不良債権比率が高く、苦境にある)。その理由は、筆者が2013(平成25)年5月初にギリシャでホームステイをした家の人達から聞いたところでは安全保障の意味合いが強い。具体的には、ギリシャは人口1100万人程度であり、隣国でEU未加盟のトルコは人口7200万人もあり、歴史的に脅威を感じている。また、ギリシャはヨーロッパの東南端でアジア、アフリカと向き合い、地中海にある多くの島を含み、単独ではとても外部からの侵入を防ぎ得ないと言っていた。さらにEU域内の大国ドイツには、第2次世界大戦中占領されて多くの死者を生じるなど辛酸をなめた(イタリアの侵攻は撃退した)。EUに加わっていればこのようなことは防ぎうるだろうと考えるのである。

ちなみに、私が泊った家の女主人は、第2次世界大戦中、ギリシャがドイツに強く抵抗したのでドイツ軍は強力な部隊を配備せねばならず、ソ連のスターリングラードへの侵攻が遅れて冬将軍が到来して敗けたとうれしそうに語った。

現在多くの国際間の経済関係の取り決め(例、TPP)がなされているが、上記のような安全保障の意味合いがあることに留意されねばならない。

以上述べた①法的人格平等の原則、②所有権絶対の原則、③契約自由の原則は、民法の基本原則として、当然であるとして明示されていない。しかし、筆者は、民法の基本原則として、次に述べる修正原則とともにその旨を明示すべきものとする。専門家には当然であっても、一般国民には必ずしも自明ではないからである。したがって、現在行われている民法の改正の内容にできる限り盛り込むべきである。民法の基本原則は、むしろ市民社会の基本原則として、商法(民法の特別法)はもとより、社会法(社会の発展とともに市民法が変容を受けた部分。商法、社会法については後出5参照)も、上記の原則を前提として形成されたものである。

例えば、次のような規定は、民法の基本原則の具体的な表れといえる。上記①について、民法3条1項(私権の享有)、②について、民法206条(所有権の内容)、③について、民法91条(公秩に関しない規定と異なる意思表示)、同709条(不法行為による損害賠償)。

(2) 修正原則

民法第1条は、「基本原則」として、次のように規定する。昭和22年の民法改正において設けられた。

第1項「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」(公共の福祉の原則)

第2項「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」(信義誠実の原則)

第3項「権利の濫用は、これを許さない」(権利濫用禁止の原則)

しかし、民法の基本原則は前記(1)に述べたところで、上記は修正原則である。

資本主義が、19世紀から20世紀にかけて発展すると、前記の民法の基本原則どおりにあてはめて、社会的な衡平、正義が保たれるかという問題が明らかとなってきた。

① 特に契約自由の原則をめぐる、企業と個人、使用者と従業員(労働者)、生産事業者と消費者が実質的に対等に交渉しうるかという問題などとしてあらわれる。

具体的には、次のようなケースが考えられる。保険会社と保険契約者との間、運送会社と利用者との間の契約は、「約款」「普通取引約款」として、契約当事者双方の意思によらず一方当事者の意思によって契約内容が決められるため、契約内容の妥当性に国家が干渉を

する。これらは「附合契約」ともいう。使用者と労働者との契約は、労働契約として法律によってその最低基準などが定められ、生産事業者と消費者との間の契約は消費者保護法に合致せねばならない。被害者保護の観点からは、自動車損害賠償保障法に基づく運行供用者の実質上無過失責任に近い責任によって処理が図られ(運行供用者が自己の無過失を証明できない限り責任を負う)、被害が重大で加害者の過失を立証し難いことの救済の観点からは、製造物責任法による処理がある(欠陥商品の立証で足りる)。

② 所有権絶対の原則の修正については、次回述べる。

法的人格平等の原則の修正の一つとして、極く最近整備された「成年後見制度」は、行為能力の十分でない者に後見人、保佐人、補助人が付き、社会的活動における実質的な平等を図ろうとするものである。

上記の信義誠実の原則、権利濫用禁止の原則などは、「一般条項」として、立法者が予見して列挙することが困難な多様な事態に対処し、具体的に妥当な法の適用を可能にする機能がある。ただし、法適用者の権限を過大にして法的安定性を害する危険もあることに留意せねばならない。したがって、権利濫用を理由に請求が認められないという判決がなされることは余りない。

4、家族法の原理

民法の家族法においても、法的人格平等の原則、契約自由の原則などの民法の基本原則は、その理念となる。

(1) 近代家族の原理

近代家族は、かつての大家族に対して、夫婦と未成熟の子からなる核家族が中心である。その結果、近代家族において、第1の原理は、一夫一婦制である。第2の原理は、夫婦は当事者の自由な意思に基づく婚姻によることである。第3の原理は、夫婦・男女の同権である。さらに相続について、共同相続の原理があげられる。

しかし、家族(親族関係)は、前記3で述べた取引関係・財産関係が独立・自由・平等な当事者間の関係であるのに対し、実質的にその段階に達していない人(例、未成熟の子)を含み、これを育てる関係である。極端に言えば、取引関係・財産関係は、「自分の得が相手の損。相手の得が自分の損」(利己的)という面があり、民法の財産法は、これを律し、家族(親族関係)は、「親は我慢しても子には食べさせる」(自己犠牲、利他的)という面があり、民法の家族法はこれを律する。

そのために、実際には、上記契約自由などの民法の基本原則も変容を受ける。

(2) 離婚の自由

上記の近代家族の原理に即して見ると、第2の原理の反面として離婚の自由が考えられる。しかし、理念としてそうであっても、実際には、例えば、妻の方に経済力が乏しかったり、あるいは未成年の子の養育の問題などで離婚が難しいことがある。第3の原理についても同様な面がある。

また、我が国では、協議離婚が圧倒的に多い。協議がまとまらなければ家事調停を経て(調停前置主義)、裁判となる。裁判上の離婚原因として、配偶者に不貞な行為があったときなど具体的事由の他、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」とされている(民法770条1項)。離婚を認めるについて、一方当事者に有責事由(例、不貞)があるときにだけ認める有

責主義と婚姻関係が破綻している場合には夫婦の拘束を解いてもよいではないかとする破綻主義がある。最高裁判所は、昭和62年9月2日の判決で、破綻をもたらした有責配偶者に離婚請求できないとする従来の見解を変更し、長期間の別居等一定の要件の下に有責配偶者の離婚請求を認めることとなった(世界各国の動向になった。平成8年の民法の改正案では、5年以上の別居。ただし、未改正)。しかし、その有責配偶者に慰養料支払の義務は生じ、また当然、扶養の義務は生ずる。

なお、キリスト教国では宗教上離婚が困難であることがある。また、韓国では、最近まで、「同姓同本不婚」といって、同じ「姓」を持ち、同じ「本貫」(姓とその発生の地名とを組み合わせたもの。例、全海金氏)を持つ男女の結婚は法律で禁止されていた(2005年に禁止規定削除)。

筆者は、社会に出る前の学生時代には、身近な法律としては、運転免許をとったところから道路交通法、家族関係及び刑法を思い出した。しかし、本稿では、「法の常識」として、特に近代市民法を中心である民法の財産法を中心として論を進める。

コラム1

教会法と近代市民法、宗教と法、異端裁判、魔女裁判

教会法は、キリスト教会が、その組織や構成員の権利・義務について自ら定めた法であり、世俗法に対する。特にカトリック教会の法をカノン法という。教会法も社会の進展とともに発展してきているが、ここでは近代市民法の特質を説くために、近代市民法生成時の教会法について、両者の対比において述べる。

ヨーロッパ中世(盛期は11～13世紀。封建社会)は、キリスト教会が勢威を振るっていた時代であった。しかし、商工業の発展により社会の進展とともに近代市民法が生成してきた。そして、精神世界は教会法に従うとしても世俗世界にはそれに適する国家による法が定立されるべきであるという考えが広がって来た。この考えから次第に国民国家が形成されて行くことになる。もっとも、ローマ帝国においては、このような聖俗の分離はなされていた。塩野七生「皇帝フリードリッヒ二世の生涯(上・下)」によれば、神聖ローマ皇帝フリードリッヒ2世(1194年～1250年)は、政教分離(法治国家)による中央集権的な君主制を目指した。そして、ルネッサンスに1世紀程先立ち、1231年に「メルフィ憲章」を發布してローマ法の精神を再興したとされる。

近代市民法では、個人が確立され社会における取引の自由が求められたのに対し、教会法ではローマ教皇が神の代理人としてその神学に基づく価値体系が立てられた。

教会法の適用については、特に刑事手続において近代市民法との違いが分かりやすい。

近代市民法では、判断者(裁判官)と訴追者(検察官)とは、分離されているが、教会法では一体であった。ちなみに、我が国の江戸時代の裁判でも同様であった(例、遠山の金さんは、捜査を行い、裁判も行った)。また、教会の判断に誤りはないとして、上訴は認められず一審限りであった。そして取調べにおいて自白が重視され、拷問が用いられた。そのため、一旦、違法と目を付けられたら逃れようがなかった。

上記フリードリッヒ2世によるメルフィ憲章の発布に対抗して1232年にローマ教皇グレゴリウス9世により異端裁判所が開設された。このような裁判が行われるに至った大きな理由は教会が異端を制圧するためであった。「異教」は、キリスト教と異なる、例えばイスラム教である。「異端」は、同じキリスト教の中で、ローマ教会のとり「正統」と異なる誤った信仰とされる。そして、例えば、箱の中に腐ったリンゴがあると他のリンゴも腐ってしまうという考えの下に、異端を抑圧するために峻烈な制裁が加えられた。極刑として火あぶりの刑などが執行された。

魔女裁判として、魔女つまり特異能力を持った女性が行うと信じられた妖術もまた異端の教説・行為とみなされて30万人とも300万人ともいわれる犠牲者が出た。魔女裁判は、ドイツでは三十年戦争などによる社会の荒廃期であった17世紀に最盛となり、スペインでは、19世紀初にナポレオンによる征服

がなされて啓蒙思想が持ち込まれるまで続いた。他の女達に嫉妬された美しい女や、金持ちを羨望する人からの密告で裁判にかけられたりした。そして、裁判に関係したのは、むしろ真面目で信仰も厚い聖職者達で、正しいと思って行った。

なお、2000年に、ローマ教皇ヨハネ・パウロ2世は、異端裁判を教会が犯した罪の一つとして公式に謝罪した。

付言すると、宗教と法に関しては、イスラム教では政教一致の原則がとられているため、特有の教えがとられるものと考えられる。

5、近代法から現代法へ

(1) 社会法

前記p. 7 (2)で資本主義の発展・高度化に伴う民法の特に契約自由の原則の修正という視点を述べたが、資本主義の高度化に伴って個人の独立、自由、平等を実質的に維持するために、国民経済の立場から、国家の介入による立法の必要が生ずる。これは社会法といわれる分野である。市民法の修正である。特に第1次世界大戦終戦後唱えられるようになった。

具体的には、経済法として、各種の経済規制や独占禁止法などがあげられる。労働法は、個人としての労働者保護のための労働基準法、労働者の団体である労働組合活動を通じての労働者保護のための労働組合法などがあげられる。社会保障法として、社会保険法、労働者災害補償保険法、雇用保険法、生活保護法などがあげられる。環境法は、当初の公害防止関係から進んで各種の環境保全法が定められている。なお、ここでは、必ずしもそのような名称の法典があるわけではないが、そのような法分野があるという意味で法の名称を用いている。

前記p. 3 (3)①の基本的人権との関係では、特に社会的基本権、生存権に基づくものである。

(2) 取引法の進展

① 近代社会の取引法としての民法は、その経済社会の基調をなす独立生産者間の商品交換経済の要求から個人の意思に基づく法となり、前記の基本原則に基づくものであった。ところが資本主義が発展し、商品交換社会から近代資本制生産方式を基礎とした社会となるに伴い、「売るために買う商人」に特有な投機的取引関係及び商業経営に特有な企業法として、商法が発達した。商法は、各企業の自発的な活動の保障を主眼とする。

しかるに、資本制社会が自由経済から独占経済を経て国家による積極的な規制が必要とされるようになると、規制を眼目とする前記のような経済法が制定されるに至った。

この意味で、民法は私法における一般法、商法はその特別法と位置付けられるが、経済法はそれらから変容を受けた社会法であり、これらは相互に補充し合って併存する関係にある(峯村光郎「法学概論」)。

② 2005(平成17)年に、商法のうち、その中心部分である会社編が「会社法」として独立した。商法は商取引のルールを定めるが、現実の取引社会では当事者は利を求めて次々と新たな手法を考え出すので(例、会社の組織変更、特殊な株式)、商法は、基本的な六法、すなわち、憲法、民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法の中で、その大きな改正が最も頻繁であった。会社法は、従来判例・実務を踏まえて新たに制定されたもので、これにより、法典をまんじゅうにたとえると、会社法があんこで残された商法は皮のようになった。

本稿では、「商法」として会社法も含めて考えることとする。