

新時代の 法学・憲法

山田 勉・笹田哲男 編著
七野敏光・豊福 一・仲尾育哉・姫嶋瑞穂 共著



建帛社
KENPAKUSHA

はじめに

法を学ぶ、というのかた苦しく面倒な印象がある。裁判官や弁護士や学者、そこまではいかなくとも公務員や各種の資格をめざす人にとっては、学ぶ苦勞が必要な場合もある。しかし、法を学ぶことはこれらの人にだけ必要なのだろうか。

人は、家族で暮らし、村や都市をつくり、国家をつくり、グローバルネットワークでつながっている。誰もが他者ととも生きていたのである。自分が孤独でないことは心強いが、同時に、他者と折り合いをつけて暮らすためには、それぞれが勝手に行動して紛争を起こしたのでは困る。法というルールは、世の中をうまく維持するためのものである。それがどんなルールなのかを知ることは誰にとっても大切なはずである。

夏目漱石は『草枕』で、「人の世を作ったものは神でもなければ鬼でもない。やはり向う三軒両隣りにちらちらするただの人である。ただの人が作った人の世が住みにくいからとて、越す国はあるまい。あれば人でなしの国へ行くばかりだ。人でなしの国は人の世よりもなお住みにくかろう。」と言っている。

漱石の言うとおりに、この世の中は、ただの人がつくっている。人でなしの国へ引越すのがいやなら、この世の中を少しでも住みやすくしていくほかはない。だとすれば法を技術的にばかり考えず、ふつうの人に必要な基礎知識や法的センスを育てていくこともまた大事な法学教育であるということがわかる。

大正期に東京帝大教授末弘厳太郎は『農村法律問題』という書物を書いた。地主と小作人の争議が頻発していた時期である。大学は欧州理論の輸入に忙しい。法知識をもっとも必要としている場所に法知識が届いていないことが、この傑出した法学者には見えたのである。法が支配層の独占物ではなく、誰にでも法知識が必要なことがはじめて発見されたと言っている。

本書『新時代の法学・憲法』は法学部で学ばない、おそらく法を学ぶ最初で最後の機会になるようなふつうの学生のために書かれた。折しも人類はサイバ

一空間という新大陸を発見し、日本では民法が改正され、平成が終わって、さまざまな社会制度、人間関係、国際関係が驚くような速度で変わりつつある。6人の著者は、この変化に目を配りながら、生活に基本的な法分野と憲法のわかりやすい説明につとめたつもりである。本書が、ほんの少し暮らしに役立つ、平和や権利、憲法や法律について考えるきっかけとなればありがたいと思う。

2019年2月

山田 勉
笹田 哲男

目 次

第 I 部 法学

第 1 章 法の種類と権利の主体 2

1. 法とは何か 2
2. 法の解釈 3
3. 法の種類 5
4. 法と権利 6
5. 権利の主体 7

第 2 章 婚姻と離婚 9

1. 婚 姻 9
2. 婚姻の解消 12
3. 婚約・内縁 15

第 3 章 親 子 16

1. 実 子 16
2. 養 子 19
3. 親 権 22

第 4 章 扶養と公的扶助, 保険 24

1. 扶養と公的扶助 24
2. 社会保険 27

第5章 相続 **32**

1. 相続の意義……………32
2. 相続人……………33
3. 相続分……………34
4. 遺産分割……………36
5. 相続の承認と放棄……………37
6. 遺言と遺留分……………37

第6章 物権と債権 **39**

1. 権利とは何か……………39
2. 私権の分類……………39
3. 物権と債権の違い……………40
4. 私権の行使—その自由と限界……………43

第7章 契約—成立と解除, 借地権— **46**

1. 契約とは……………46
2. 契約の成立……………46
3. 契約の効力……………48
4. 契約の解除……………51

第8章 契約—消費貸借ほか— **53**

1. 契約の類型……………53
2. 消費貸借契約とは……………53
3. 金銭消費貸借契約……………53
4. クレジットカードの利用とその仕組み……………56
5. 住宅ローン……………57

第9章 不法行為 60

1. 日常生活と不法行為……………60
2. 不法行為の意義……………60
3. 不法行為制度の目的と機能……………61
4. 不法行為の要件……………62
5. 不法行為の効果—損害賠償……………65

第10章 消費者法 67

1. 消費者法とは……………67
2. 消費者を取り巻く問題状況……………67
3. さまざまな消費者問題に対応する消費者法……………68

第11章 労働法 74

1. 労働法とは……………74
2. 労働基準法……………74
3. 労働組合法……………78
4. 労働関係調整法……………79

第12章 医事法 80

1. 医療と法……………80
2. 生命の操作……………81
3. 人の終焉に関わる問題……………83

第13章 刑事法 87

1. 刑法の機能と基本原則……………87
2. 犯罪の成立要件……………88
3. 現行の刑罰制度……………91

1. 公的な紛争解決方法の必要性	95
2. 裁判所の種類	95
3. 地方裁判所における審理の概要	96
4. 簡易裁判所の手続き	99
5. 家庭裁判所の手続き	100

第Ⅱ部 憲法**第15章 憲法の性質** **104**

1. 異文化としての憲法……………104
2. 憲法の誕生……………106
3. 明治憲法の成立……………107
4. 民主的日本国憲法の成立……………108

第16章 国民主権と人権 **111**

1. 国民主権……………111
2. 基本的人権の性質……………112
3. 自由権……………114
4. 社会権……………115
5. 個人の人権と公共性……………116

第17章 個人の尊重 **118**

1. 個人の尊重と幸福の追求……………118
2. 新しい人権……………119

第18章 法の下での平等 **125**

1. 平等権の法的性格……………125
2. 平等権の内容……………125
3. 代表的な判例……………127

第19章 精神の自由 **132**

1. 思想・良心の自由……………132
2. 信教の自由……………133

3. 表現の自由 134
4. 学問の自由 137

第20章 人身の自由 **138**

1. 奴隷的拘束、苦役からの自由 138
2. 法定手続の保障 139
3. 被疑者の権利 139
4. 被告人の権利 141

第21章 経済活動の自由 **144**

1. 経済的自由・財産権の保障 144
2. 経済的自由・財産権の保障についての歴史の変遷 144
3. 職業選択の自由 145
4. 居住・移転・外国移住の自由 146
5. 財産権の保障 148

第22章 社会権 **150**

1. 自由権と社会権 150
2. 生存権 151
3. 教育を受ける権利 154
4. 労働者の権利 155

第23章 参政権と義務 **157**

1. 参政権 157
2. 選挙制度と選挙権 159
3. 基本的義務 161

第24章 立法権 164

1. 国会と立法権……………164
2. 国会・議院の権能, 議員の特権……………168

第25章 行政権 172

1. 行政権と内閣……………172
2. 内閣の権能……………175
3. 議院内閣制……………176

第26章 司法権／地方自治 179

1. 司法権……………179
2. 地方自治……………183

第27章 平和主義 185

1. 平和主義憲法の形成……………185
2. 自衛戦争の否定……………186
3. 自衛のための武力行使の肯定……………187
4. 個別的自衛権と集団的自衛権……………189

第28章 象徴天皇制 192

1. 天皇の地位……………192
2. 国事行為……………193
3. 皇位の継承……………195

■参考文献……………197

■索引……………199

第 I 部

法 学

第1章 法の種類と権利の主体

1. 法とは何か

法は人間社会を維持していくためのルールである。同じような機能を持つものには、宗教、道徳、慣習などがあるが、近代社会ではその中でも法は最も強力で、違反すれば国家によって罰せられたり強制されたりすることが他の社会的ルールとは異なる。

戦争や暴動、略奪などのむき出しの暴力を見て、それを暮らしやすいと感じる人は少ないだろう。野良猫は飼猫に比べて半分以下の寿命しかない。常に外敵に襲われる強い緊張の中で暮らすのは、人にも猫にも過酷である。それに比べれば、古代の抑圧的な専制国家でも、そこに何らかの社会秩序があることが利点であった。法は社会秩序を規則的に表現したものであると言ってもよい。

法の主要な役割は、安定した秩序をつくること、社会と個人の安全を守ること、社会に正しさを保障することである。身分制社会では、身分間の格差を守ることが安定であり正しさでもあったが、自由平等の現代社会ではそれは不公正・不平等になってしまう。固定した理念を押し付けることが秩序なのではなく、常に変化し続ける社会に適切な秩序をつくり続けるのが法の役割である。

また道路交通法が頻繫に変わるような社会では、交通事故が絶えないはずである。法そのものが安定することも重要なのである。法と社会秩序は相互に影響し、法が秩序をつくるとともに秩序もまた法をつくるのである。

安全を保障することは、法の大きな目的である。ヨーロッパや中国の都市はかつて頑丈な城壁で囲まれており、夜間には門を閉ざした。安全でない時代では、盗賊や異民族の襲撃から生命と財産を自力で守るほかなかったのである。日本でも環濠集落という、古い村が堀と土塁で防備した姿を今に残しているも

のがあって、いかに外からの侵入者を警戒したかがわかる。現代では城壁も堀もないのに、都市が外敵に略奪されるようなことはなくなった。刑事司法、警察力、貧困対策、教育などが法を通じて供給され、少しずつ効果を上げてきた。夜に襲われる心配をすることなく安心して眠れる安全は、法がつくり出しているのである。

法は正しくなくてはならないが、社会において正しいということは計算問題の答えのように決められない。人を殺すことは重大な違法であることに疑問の余地はないが、戦争になれば同じ行為が合法化される。婚約を破ることは正しいとは言いがたいが、だからといって婚約を理由に婚姻を強制することはできない。被相続人が認知した子に相続権が生じることは、その子にとっては父の遺産を受けるのであり正しい。一方、被相続人の婚姻家族にとっては、自分たちには何の過失もないのに相続権を害されることになってしまう。

何が正しいのか一義的には決められない。しかし、そのことと、正しさの基準がないということは違う。所得税の累進税率（所得が多いほど税率が上がる）はどう定めるのが正しいかと考えても、固定した正解はどこにもない。しかし累進税率の主な目的が、高所得層から低所得層へ所得の再分配を行って、社会の経済的格差を縮小することにあるのははっきりしている。だとすれば、再分配がうまく機能して格差が縮小するかどうか为正しさの基準になる。

権利の語はもともと英語の right（正当性）を翻訳したものであり、正しさは法の不可欠の要素である。18世紀には西欧にも奴隷がいて、それは法的に正しいことだったが、今では奴隷制を支持する国はない。正しさはひとつの理念であるが、法の正しさは常に現実の社会動態の中で見出されねばならないのである。

2. 法の解釈

法は言葉を用いて表現されるので、その言葉をどう理解するのかという解釈の問題が発生する。日常に使われる言葉は多義的である。例えば「結構」という語は、構成の意味にも、対象をほめる意味にも、申し出を断る意味にも用いられる。法は、多くの場合強行性を持つので、あまりに多義的に書かれていては混乱が生じる。

法の専門用語はそのような混乱を避けるために、普通より意味を狭くしたり、読み方を変えたり、普通とは違う意味にしたりしている。「出生」は生まれることであるが、民法では胎児の体全体が母体から現れたとき、刑法では胎児の体の一部が母体から現れたときを指す。「遺言」は通常「ゆいごん」と読み、故人のメッセージのことである。しかし、これを民法の相続の問題として扱うときは「いごん」と読んで、故人の財産や債務などの処分に関する意思表示の意味に理解するのである。「善意・悪意」という語は、一般的には文字通りの意味だが、法的には、「事情を知らない・事情を知っている」という意味であり、全く意味が変わってしまう。日常的な言葉を変容させることによって、法はあいまいさを少しでも減らそうとしているのである。

法解釈の方法には、文理解釈、拡張解釈、縮小解釈、類推解釈、勿論解釈、反対解釈などがある。文理解釈は条文そのままに読み取ろうとするもので、駐車禁止の標識があれば、ここに自動車を駐車してはならないと常識的に読み取る。それ以外のことは指示されていないと考えるのである。

文理解釈だけで済むのであるなら話は簡単である。しかし、法は変化する社会に対応して形成されるのであって、いわば法は社会の後ろからついていくのである。社会のすべてを法がカバーするのは原理的に不可能である。

そこで、法の規定のない事案にどう対応するかという問題が生まれる。明治期に電気が窃盗罪の「財物」にあたるかという議論があったことは有名だが、法が予期していない事態に対応するためには、立法と解釈の2つの方法がある。立法は根本的な解決ではあっても煩雑であるため、多くの場合に解釈が試みられることになる。

拡張解釈は文理解釈よりも意味を拡張して、駐車禁止は、自動車がいけないのなら荷車も自転車も車椅子もだめだろうと考える。縮小解釈は、文理解釈よりも狭く考えて、運転者が車を離れた場合を禁止したと考えるような場合を指す。

類推解釈は、規定がないことについて他の規定から類推する。ここに自動車をとめてはいけないのなら、馬をつなぐのもだめだろうという類である。

勿論解釈は、ある規定の解釈から当然に別のことがいえるという場合である。天皇の職務が困難な場合に摂政を置くが、摂政は訴追されないという規定

がある。天皇の訴追に関する規定はないが、摂政が訴追されないのなら、天皇は当然訴追されないと考える。

反対解釈は、文理解釈を拡張解釈とは反対側に拡張して、駐車禁止は自動車の駐車を禁止しているので、そのほかのものは禁止されていない、例えば馬をつなぐのはかまわないだろうと解釈するのである。

3. 法の種類

法は伝統的には公法と私法とに分けられる。公法は、国や公共団体が関係する領域の法で、憲法、行政法、刑法、訴訟法などが含まれる。私法は、私人間の領域の法で、民法、商法などが含まれる。私法には、契約の自由、所有権の絶対、過失責任という3原則があるが、社会の発展に伴ってこれらの原則が変更される領域が生まれた。この領域の法を社会法と呼んでいる。社会法には、労働法、社会保障法、経済法などが含まれる。社会法はもともと私法だったが、そこに国の規制を加えたもので、私法と公法の間隔的な法領域といえることができる。例えば、労働関係はもと自由契約だったが、労働法は最低賃金や労働時間などを法定して労働条件を下支えしていることなどがその例である。

同じ分野に2つの法律が存在する場合、より大まかな規定を一般法、より詳細な規定を特別法という。民法に対して商法は特別法であり、商法に対して銀行法は特別法である。特別法は一般法に優先する。銀行に関しては、民法や商法ではなく銀行法が適用されるのである。

法には文字化されてテキストが確定できるものと、法として存在しているが文字化されていないためテキストが必ずしも確定できないものがある。前者を成文法、後者を不文法という。法律など官報に掲載され、法令集に印刷されているものはすべて成文法である。不文法には、判例法、慣習法がある。成文法のほとんどは議会や政府などでつくられた制定法であり、不文法はその中に制定法を含む場合もあるが、それ自体は制定法ではなく、長い時間をかけて生成した法である。

判例法は個々の事案に対する裁判所判決の集積である。判決は成文であるが、それぞれ事情の異なる事案に対する決定であるため、効果はその事案のみにとどまり、法律のように一般化されない。事情や裁判官が変われば判決も