

〈資料〉

ドイツ法講義

田 中 裕 明

はじめに

筆者は、ここ数年の間、本学と愛知県立大学外国語学部ドイツ学科（現在はヨーロッパ学科ドイツ専攻）で、ドイツ法の講義を担当してきた。本稿は、愛知県立大学での講義の際に使用した資料を公表するものである。本学での講義は法学部生を相手にするものであるのに対し、外国語学部生を相手にした場合には法学を専門としない学生であるので、使用すべき資料にも違いを設けるのが妥当であると考えた（本学の場合、村上淳一＝守矢健一／ハンス・ペーター・マルチュケ著『ドイツ法入門（改訂第7版）』（2008年）をベースに講義を進めてきた）。本稿はその際の工夫の一つである。ドイツ法講義，ドイツ法研究の一助となれば幸いである。

1 文化としての法（1）

およそ法というものは、文化全般と密接なつながりをもっている（Bernhard Großfeld）。

法制度は、その国、その地域に共通する文化的背景をもっている。

→ 法の発展の過程やその社会的作用を十分に理解するためには、言語、神話、宗教、道徳、経済などこれらすべてをふくめたものとしての文化全体を見わたすことができる視点に立って、法を眺めることが必要である（碧海純一『法と社会』1975年5頁より）。

● 文化とは？

「文化 (culture)」という言葉の響き…→「価値の高いもの」、「高尚なもの」

日本国憲法第25条；「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」 → 動物とは異なる、「人間らしい生活」をイメージしている

* 一様に「文化」を定義することは困難である

人類学者 M. J. Herskovits によると、文化とは、「環境のうちで、人の造った部分 (the man-made part of the environment) である。

→ われわれを取り巻く環境は、自然的な部分と人工的な部分とに分かれる

しかし、「人工的な環境」の部分であっても、重要なのは「無形の部分」=「生活様式」ではないか？

この「生活様式」とは、心理学的にいえば、「一定の刺激に対する反応の仕方」であり、この点に文化の中心要素がある。それには、外面に現れた行動様式だけでなく、内面での反応様式 (ものの考え方や感じ方) も含まれる。

ただし人間の行動様式といっても、個人の習慣とは区別されなければならない。「文化」というためには、ある集団の成員全体に多かれ少なかれ共通であって、しかも次世代へと伝達されていくものであることを要する → 先の定義にみる「the man-made part」とは、「集団生活の中で後天的に習得されたもの」ということになる。

文化人類学者 Ralph Linton の「文化」についての定義：「(文化とは) 習得された行動と行動の諸結果との綜合体であり、その構成要素が或る一つの社会のメンバーによって分有され伝達されているものである」
→ このように「文化」を理解すると、そこには「高尚なもの」といっ

ドイツ法講義

たイメージ、価値判断は含まれていない。文化人類学的には、未開人種のテーブルマナーも、文明国の上流階級の食卓の作法も、ひとしく興味ある文化現象である。

(以上は、碧海純一『法と社会』1975年5－8頁の要約である)

● ドイツ、ヨーロッパに共通の背景

ヨーロッパみる文化的共通点の背景にあるものは次の2点である。

- ① ローマ帝国によるヨーロッパの統治 … ローマ法の浸透
- ② 教会による支配 … 教会法の発展

* 人類史上最初の大学における講義科目 … 医学、神学、法学
医学は別として、神の領域である神による支配の学術的体系化を試みたのが、「神学」

この「神学」から派生したものが、「教会法」 ←→ 人による支配の学術的体系化が「法学」・・・「教会法」については、「宗教と法」のところでとりあげる・・・

● ローマ法の浸透—ゲルマン法との相剋—

ヨーロッパ世界は、その大要において二つの異なった法領域に分割されている。ゲルマン法世界とローマ法世界の二つである。現在に至るまで、ヨーロッパを南北に二分している。

・ローマ帝国の植民地支配　ローマ法は地中海古典文明のうちで成立し、はやくから成文化され、学問的処理を受け取った、洗練された法体系である。また、ローマ法は、異なった民族と文明をも包含する必要から、すぐれて世界法的な普遍性を指向し、個々の言語や価値尺度の相違にもかかわらず、普遍的、合理的に処理される法的諸規定を磨き上げていった。しかも、都市国家ローマが、地中海商業世界の中に同化したことによって、その体系は著しく、都市社会と商取引関係とに適合するようになった。さらには、帝国としての行政権力を背景に、身分法、刑

事法上の発展をしるし、公権力の姿を帝国市民に示した →帝国崩壊後も、ローマ法は現実社会に生き延びた

* ゲルマン法は、商業的合理主義や都市的人間関係とは無縁の、牧・農社会のもとにあり、共同体的な土地所有と戦士共同体の主従関係に基づく、強固な社会安定装置を保持していた。かかる所有慣行と人間関係は、慣習法として共同体構成員の「胸の中に」共有された →封建制を支える主従関係、封の授受関係、これの紛争処理手続としての裁判制度の整備

二つの法領域は、中世を通して、まったく別個の地理的版図を占めるに至った。もっとも、12世紀中葉に始まったローマ法継受の運動が、ドイツ、北部フランス等のゲルマン法圏に新たな波紋を与えた。変動しつつある社会的現実に対応すべく、ドイツ社会の支配者たちは競って、ローマ法の諸原理を導入しようと努めた。

* 所領の所有権紛争、動産取引紛争等、ゲルマン法に馴染みにくかった諸案件に、好んでローマ法が適用された。

(長尾龍一／田中成明編『現代法哲学2法思想』1983年5頁以下)

2 文化としての法(2)

● ローマ法の精神—市民法の成立—

ローマ法の主要部分；ローマ市民が相互の関係を規律するために生み出した「市民法(ius civile)」であった ←これが後の「民法」の出発点

* 日本では明治以前の律令制のもと、法は基本的に、支配者が秩序を維持するための手段(すなわち、刑法と行政法)であり、互いに対等な立場に立つ人々が相互の関係を規律するための民法を生み出すことは

なかった ← 日本法に始めから欠けていたものが西洋法では始めから中心的な意義をもっていたといえる

R. v. Jhering は „Der Kampf ums Recht“ (1872年)において「諸国民の政治的教育の本当の学校は憲法ではなく私法である」と述べている。

* ローマ帝国による植民地支配について、当初、被植民地における統治法とローマ市民に対する統治法との二元構造であったが、次第にその区分がなくなった。その結果、ヨーロッパ各地においては、(ゲルマン部族法との融合を踏まえつつも)ローマ市民法が広く浸透していった → イギリスを除き、ヨーロッパ「共通の法基盤」としてローマ法が位置づけられる

ローマは共和制末期より帝政初期にかけて「世界国家」となり、外国人との取引が発達した。そのため、従来の市民法のほかに、この取引に適用される「万民法 (ius gentium)」が創り出された。

* さらに、市民法が新たな社会情勢に適応し得なくなったときには、それを補正するために、法務官など政務官の告示によって、新たな法が創り出された。これらの法を「名誉法 (ius honorarium)」と呼ぶ。

例) 売買の目的物に欠陥がある場合に売主の負う「瑕疵担保責任」などが名誉法により創り出された。

ローマ法は、このように硬直性を免れ、時勢に即した発展をすることができた。

R. v. Jhering は著書「ローマ法の精神 (Geist des römischen Rechts) 1852～65年」の中で次のように述べている。

「ローマは三度世界に定めを与え、三度諸国民に統一をもたらした。

第1回目は、ローマ国民がまだ強大な勢力を有した当時、国家の統一を。第2回目は、ローマ国民がすでに没落してから、教会の統一を。第3回目は、中世におけるローマ法継受によって、法の統一を。第1回目は武力による外からの強制によって。あとの2回は精神の力によって。」

ここでいう第3回目の統一をもたらしたローマ法の「精神の力」とは何か？

それは「個人＝家長の自律」という観念にほかならない。つまり、「私法の全体を貫いていたのは個人の自律という思想であった。すなわち個人の権利はその存在を国家に負うのではなく自分自身の十全な力に負うのであり、自己の存在根拠を自分自身のうちに有する、という観念である。」
(村上淳一『法の歴史』1997年99頁以下)

● ドイツにおけるローマ法の継受 (Rezeption)

12世紀以来、イタリア北部の諸都市の大学へ、当時の西ヨーロッパ各国から多くの留学生が押しかけ、ローマ法と教会法を学んだ。帰国後、彼らは行政官や司法官となり、行政と司法の近代化、すなわちローマ化につとめその結果、ヨーロッパ各地にローマ法が普及した。

ドイツでは、中世後期より近世初期にかけて、ローマ法が全面的に継受された。

* 継受の原因；①当時のドイツを支配していた神聖ローマ帝国はローマ帝国の後継者であるので、ローマ法もドイツで適用されるべきであると考えられた。

②当時のドイツの領邦国家の行政・司法官僚は、イタリアでローマ法を学んだ人たちによって独占されていたので、ローマ法の継受が容易であった。

③当時のドイツは実質的な独立国である多くの領邦国家に分裂しており、神聖ローマ帝国は名ばかりであったため、慣習法を中心とした法の

ドイツ法講義

統一をはかることが絶望的であり、このためローマ法が継受されざるを得なかった ← これがより本質的な原因

ドイツで継受されたローマ法は、ユスティニアヌス帝の「ローマ市民法大全」に注釈学派や注解学派の注釈を加えたものであったが、公法関係の法は継受されず、私法の中で、特に債務法が中心であった。

ローマ法はドイツでも普通法として継受され、したがって、地方特別法が優先する建前であったが、法実務家がローマ法の訓練しか受けていなかったもので、実際上は固有の慣習法がある場合も、ローマ法が適用されるが多かったといわれる。

● ローマ法のドイツ以外での影響

フランスでは、南部での影響が強く、普通法として広く適用された。一方、中部から北部にかけては、慣習法が根強く残っており、パリを中心としたフランス国王の中央集権が確立するにつれ、慣習法を基礎とした独自の法発展が可能となった →ローマ法の一括継受はなかった

他に、スペイン、ポルトガル、デンマーク、スウェーデンにも影響は及んだ。

大陸法 ↔ 英米法

(五十嵐清『法学入門』1979年187頁以下)

3 歴史と法(1)

標題に関して、ドイツでは「歴史法学派」という Schule がある。まず、この「歴史法学派」について触れることにする。

● ドイツ歴史法学の誕生～ドイツにおける「法典論争」

要因としての1841年の「法典論争」；ローマ法学者アントン・フリードリッヒ・ティボーは「ドイツにおける一般民法典の必要性について」

と題するパンフレットを公表して、民法典編纂を媒介としたドイツの統一を提唱した。

これに対し、同じくローマ法学者フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーは、これに反駁して、「立法および法学に対する現代の使命について」を著して、立法よりは法学の樹立こそが急務であることを主張した。

● ティボーのねらい

商取引の安全を確保するためにドイツ各邦に共通する一般民法典を早急に編纂し、こうした法的統一によって民族の政治的統一を期すことにあった。

ティボーに決定的な衝撃を与えた法典は、ナポレオン法典（1804年のコード・シヴィル）であった。

ティボーによる先のパンフレットは、要するにドイツにもナポレオン法典に相当する民法典が必要だとの提案にほかならない → すでに南西ドイツに実際にコード・シヴィルが適用されていたので、この提案は試験済みのものであった

● サヴィニーの反論

サヴィニー自身も民族の統一を望んでいた。しかし、法典編纂は時期尚早としてこれに反対した。サヴィニーにとっては、コード・シヴィルに代表される啓蒙主義的な法典は「革命」の象徴であった → 彼には神聖ローマ帝国の終焉を肯んじようとしなない傾向があった（ナポレオンの存在すら否認するほどであったといわれる）

* ティボーによれば、サヴィニーの立法慎重論は、「革命への恐怖」に支配されていた

サヴィニーの主張の基調；ドイツ民族にはいまだ立法能力が欠けてい

るから、この欠陥を補うための法学の整備こそが法曹の任務である

・ 立法能力の欠如とは；法とは恣意的に作られるものではなく歴史的に生成するものであるとの趣旨が込められている

・ 法学の整備とは；究極的には歴史からも切断された、固有の論理体系としての法学の必要性を意味する

* サヴィニーの民族主義的な歴史感覚は、当時のプロイセン一般ラント法典、コード・シヴィル、オーストリア一般民法典の三つが誇る普遍性（一般性）を受け入れられず、これら三つの法典の根底にある人間の普遍的理性と普遍的に妥当する自然法の理念が批判の対象とされた。彼によれば、法は言語や習俗とともに民族に固有のものである、あるいは「法は民族とともに成熟し、やがて民族が個性を失っていくように死滅する」とされた →彼が普遍的自然法に對置するのは、民族的慣習法であった →「歴史法学 (historische Rechtswissenschaft)」と命名

(長尾龍一／田中成明編『現代法哲学2 法思想』1983年207頁以下)

● 歴史法学者グリム

サヴィニーの民族主義的主張は、古代ローマ法を現代に再生させるための歴史的研究の利用であり、彼はロマニスト〈ローマ法派〉であった。

他方、彼の「歴史法学」を支持し、ゲルマニストとしての立場を鮮明にしたのが、ヤーコプ・グリムであった。グリム童話で知られるグリム兄弟の兄のほうである。グリムは童話集や伝説集の編者としてつとに有名であるが、法学者でもあった。

グリムは、ゲルマニストとして歴史学、法学そして言語学を以て、民族的な色彩に染められた、ゲルマン的＝ドイツ的な学問としてこれらの統合を目指した（グリムのゲルマニスティック＝ゲルマン学あるいはドイツ学）。

* グリムの著した「ドイツ法古事誌」、「ドイツ神話」、「ドイツ語文法」のドイツ三部作は、それぞれゲルマン民族の法と歴史と言語を論じ

た「統合」のための研究書である。すなわち、これらの著作は決してそれ自体で完結した作品ではなく、相互に有機的なつながりを含んでいた。

グリムによる歴史と法と言語の相互の包摂は、意識的に採られた方法であった。その故は、彼の場合、歴史と法と言語は、その各々が他のものに容易に変容すべく、循環的な構造を以て連続しているからである。例えば、「法古事」とは法の物語であるが、その故に法は歴史と言語によってしか語り得ないものである。また「神話」も物語としての歴史であることによって、言語はもとより慣習法とも無縁ではない。さらに「文法」とは言語の歴史であると同時に、言語の法則そのものである。

こうしてグリムは、〈歴史〉—慣習法—〈法〉—文法—〈言語〉—物語—〈歴史〉という方法的循環を構築した。歴史と法は歴史的な法である慣習法によって結合され、法と言語は言語の規則としての文法によって、そして言語と歴史は歴史を語る物語によって結び合わされるのである。

(堅田剛『歴史法学研究』1992年2頁以下)

4 歴史と法(2)

次に、法学研究にみる歴史的考察方法等について、その概要をみることにする。

■ 法制史(法史)

「文化としての法」の歩みは、制度の歩み(発展)の中にみてとることができる。

もっとも、「法史学」は法の歴史に関する学問であり、その意味ではこれは歴史学の一分野でもある。また、法の史学という意味では法学の一分野でもある。後者の分野として法史学を考える場合には、過去に現れた法を確認し、これを系統づけ、現代のわれわれの法が過去において

担っているものを突き止めることを目的とするわけである。

これは、それ自体が独立の学問分野であるが、解釈法学や立法学などにも寄与することがある。

「法史学」は同時に、過去において法が社会現象としてどのように発展してきたかということ突き止めるという意味において、法社会学とも連なるものがある。

* 法社会学というとき、普通、現代の社会における法現象を社会的に扱うことを指す

法が近代では制定法の形をとる以上、「法史学」においても、過去における制定法がどのようなものであったかが重要である → 制度の歩みにみる法の発展

したがって、正確な資料の確認（法源の確認）が一史料批判を含めて一、「法史学」の大きな課題となる

また、制定法が発現する前における慣習法的な法現象を対象とする場合、どのような慣習法が存在したかということ各種の資料によって追求することになる。これはさらに過去に遡れば、「法史学」は「考古学」、「人類学」などとも深いつながりをもつことになる。

まさに、法の歩みを知ることは、人の歩みを知ることである → 法の実証的な考察方法、経験科学的な考え方

■ 法の歴史に対する精神科学的な考察方法

しかし、法現象が文化現象であり文化である限り、もともと精神科学の対象ともいえる分野を含むものである → 法に対する追求も単なる経験科学的なアプローチのみで十分であるとはいえない（であろう）

先に掲げた資料の正確な確認も、その資料が断片的な場合であることも多く、完全な理解は不可能に近いといえる。その際、文化形態を手掛かりに推測するアプローチも考えられる。これは単なる経験科学の範囲を超える意味ももつものである。

過去のある社会における法制度を認識するためには、その時代の立場に立ってその法形成の過程をいわば追思考することも必要となる。これもまた、経験科学を超えるものである。

以上のように、「法史学」はその主要な部分を経験科学の領域に持ちながら、その触手を上部の法哲学、ことに形而上学的な面にまで伸ばしているということもいえるであろう。

■ 法史学と解釈法学

法が単なる社会的制御の技術だと考える場合には、「法史学」はせいぜい過去においてどのような法技術がどのような効果をもったかの例証を与えるといった意味で寄与するにすぎないであろうが、法が生命をもったものとして現代の法の背後に法の歴史を考えると、どこまで連続性あるいは断絶性を認めるかにもよることであるが、積極的あるいは消極的な意味において、法の歴史は現在あるところの法に重要な意味づけをしているものといわなければならない。

したがって法の解釈にあたって、例えば、ある規定あるいはある法制度がどのような歴史的な背景をもって成立したものであるかということ突きつめることは、解釈法学にとっても重要な示唆を与えるものといえるべきである。

(団藤重光『法学入門』1977年298-302頁参照)

* ミッタイス＝リーベリッヒによる「ドイツ法制史の課題」, 「ドイツ法制史の方法」からの指摘

ドイツ法制史という場合、さしあたり文化と言語とによって結合されたドイツ民族自身の法制史の意味に理解する。しかしながらこのようなドイツ民族は、カロリング朝時代の終わりになって、初めて国家の形をとった歴史的事実として現れてくるにすぎない。したがってドイツ法制史は、二つの方向に拡張される。

(1) ゲルマン民族の原初時代にまで遡る → ドイツ法制史はゲルマン法制史となる

ゲルマン法制史は、古代文化とキリスト教の影響を絶えず考慮しなければならない

「法史学」は二種の歴史的連続性を考慮しなければならない → 一つは、外来の文化要素の受容と適合化、もう一つは、固有の伝統的文化要素の維持である

(2) ドイツの発展の特性は、それと同一の文化的地盤の上に立つ他の諸民族と比較すること初めて完全に理解される → この同一の文化的地盤は、古代文化とキリスト教に由来する法思想と並んで、ゲルマン法思想が維持されたという事情によって成立し得た → 「比較法史学」という民族結合的な学問の登場

＊ ＊ 法制史の研究は、「法源」から出発する。そして、法学的歴史学的・言語学的方法を合目的に利用することで、この法源を解釈する。

(ミッターイス＝リーベリッヒ『ドイツ法制史概説』1971年3－9頁参照)

・言語学的方法の利用に関しては、次のテーマである。

5 言葉と法（1）

■ 秩序の源泉（？）

「言葉と法」一唐突なテーマかもしれない。しかし、法も言葉を通じて表現され、解釈される。

＊ 聖書に「はじめに言葉ありき」とある。ここから、比喩的に「言葉が世界を創造した」といわれる。カオスから秩序をつくるのは、言葉である。次の一節が印象的だったので、引用する。

「たとえば、ヘレン・ケラーは三重苦でした。目が見えない、耳が聞こえない、口がきけない。つまり言葉を持ちませんでした。だから、カ

オスに生きていた。サリバン先生は、ヘレンの片手を冷たい水につけ、もう片方の手に『W・A・T・E・R』と書きます。ヘレンはその指の動きに全神経を傾け、そして知るのは、『これが WATER なんだ!』と。その瞬間、彼女の中で、世界が『WATER』と『NOT WATER』に割れました。水とそうではないものの区別ができた。秩序が生まれたのです。ヘレン・ケラーは、そのとき『ことばの神秘の扉が開かれた』と述べています（『奇跡の人 ヘレン・ケラー自伝』）。

（横山雅彦「大学受験に強くなる教養講座」2008年88—89頁）

法が目的とするところは、秩序の形成、維持にある。上の引用は、秩序の形成、維持が言葉によってもたらされることがあることを示す。

しかし基本的には、「秩序が生まれた」ことの表現方法、媒体として、言葉がその役割を果たしていると考えるのが素直であろう。

* R. v. Jhering の „Der Kampf ums Recht“ の冒頭で、「法の目的は、平和である（Das Ziel des Rechts ist der Friede）」と述べているのも、ここでいう「秩序形成、維持」と同様の認識を有していたからであろう。

■ 法という言葉

ヨーロッパの言語では、「法」をドイツ語では Recht とあらわし、フランス語では droit とし、スペイン語では derecho、イタリア語では diritto と表現する。

これらは（英語を除き）いずれも「法」をあらわすと同時に「権利」をあらわしている。これらの語は、すべて一面では、法秩序、法の一般規範、「正」の観念を意味し、他方で、個人の主張する具体的権利を意味している。

* 英語では、law と right とはそれぞれ別の言葉となっているが、

もろもろの権利は法をその基礎としている。

* right という言葉には「正」の意味が含まれている ←「不正」との対立軸となることで、倫理的な面が強調される (recht にも「正しい」の意味がある!!)

漢字で示される「法」という文字についても、似たような意味がある点に興味深いところである。「法」の左側の偏「さんずい」の意味は「水」である。水はどのような器に入れても、すべて文字通り「水平」となる。これは、「法」はすべての人に平等であることを示す意味がある。次に、右側のつくり「去」は、邪悪なものを「除去」することを意味する。すなわち、「不正」を嫌い、「正義」を求めることである。

このようにみえてくると、「法」、Recht, droit, derecho, etc. という言葉には、洋の東西に関係なく、共通の意味合いがあることが確認できる。これは、人類共通の認識—正義を求める心—ということであろう。

(Cf. Sir Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, 1959, pp. 18-21.)

■ 文化要因としての言葉

法が文化の一要素であることはすでに述べた。言葉も同様である。言葉が地理・風土、宗教、歴史などによって規定されて—生成・発展して—いくものである以上、法も同じような条件のもと規定されていく。

* 法的思考も、その拠って立つ歴史、宗教等に左右されることもある。

⇒ 正義のとらえ方も宗教によって異なる可能性もある

・イスラム教とキリスト教の相違

→ 正義を求める心も、人々の背後にある様々な環境によって形成される

* かつて経済体制（政治体制）の違いによっても、法概念に相違を来した。

・体制の違いによる人権という概念の有無

● このような相違も、最終的には、言葉が伝えるわけである。言葉自体が時代とともに変化するのに、それが概念の相違を伝えていくわけであるから、相当程度ニュアンスにも変化があるであろう。

かかる関係は、言葉の変化（発展）と法の変化（発展）にも少なからず認めることができるであろう。

いずれにせよわれわれは、言葉を通じて法（制度）を知り、時代を経てそれを伝え、それを解釈していくのである。

やはりわれわれは、言葉を通じて秩序を形成していくのである。

6 言葉と法（2）

続いて、言葉と法が直接関わりを持つテーマを取り上げる。

■ 比較法（外国法）研究

言葉と法が直接に直面することになるのが、「比較法学」である。

外国の法制度を探求するための研究 → 外国語が必要不可欠

単に外国語としてのみ理解するのではなく、当該制度の当該国での位置づけ、制度趣旨などを理解するためには、その制度を必要とした背景をも知る必要がある → これぞ、まさに「文化としての法」!?

前述のように、比較法には言語（外国語）の知識が必要であり、法と言語とは一つに結びついている。言語は、法学者の唯一無二の道具である。言語と法とは、また学者の個性を通して、相互に密接に結びついている（以上、Bernhard Großfeld, Sprache und Recht, 1985）。

* そのほか、法と言語に触れるメッセージに、「法律は、仮面を着

けて登場してくる。(Law shows itself in a mask.)」言語という仮面である (Gleiss)。「言語は、また、人間が有する最も効き目の強い薬剤でもある。法的効果を生み出す薬剤である」(Kipling)。

＊ ＊ Großfeld 教授からは、さらに次のような問題提起がなされている (ここでは、問題の指摘のみにとどめる)

・ 特定の言語およびその構造・文法が特定の法に影響を及ぼすものかどうか？ 及ぼすとすればどのような影響か？ → 法の構造は言語の構造と結びついているのか？ 結びついているとすれば、その結びつきはどれだけ強いのか？ ある法制度が他の言語に移されるだけでどんな効果を生じるのか？

＊ 最後の問いは、アメリカやアジアにおける植民地独立の結果、土着の言語が英語に代わって法用語となった場合、従来の法のシステムにどのような変化が見られるか、という研究において論じられる。

(B. Großfeld, *Grenzung der Rechtsvergleichung*, 1985)

・ この問題は、わが国の明治維新における法制度の近代化にも当てはまる研究テーマである。

■ 外国法を学ぶ必要？

比較法研究とは、外国法を学ぶことである。ではなぜ、外国法を学ぶ必要があるのか？ わが国はその歴史上、当時の唐から「律令制度」を導入し、国家の統治の礎としてきた。そして、明治維新に際して、近代化 (西欧化) を進めるために (とくに) ヨーロッパ大陸法に範を求めた。

＊ 明治政府は、なぜドイツ (当時のプロイセン) 法に範を求めたのか？

洋の東西を問わず、人類共通の問題に対しては共通の解答がある (ものと思われる)。それ故、わが国の法制度上、解決に向けての方途が見

出せない場合には、その糸口を外国法に求めるのも当然のことといえる → ただし、単純に外国法上の制度を導入するだけでは「真の」解決とはならない場合もある。当該国の「文化的背景」を知って初めて、「真の」解決に向かうこととなる。

■ 法解釈の方法

法の意図するところを知るための作業が「法解釈」である。解釈の手段は「言葉」である。

法解釈を施す上で注意を要することは、「解釈法学」は「大人の学問」であるということである。すなわち、解釈に当たっては、「よくバランスのとれた」考え方をしなければならないのである。したがって、法の解釈には経験の蓄積による円熟した頭脳が要求されることになるのである。

● 制定法の解釈 言葉の遊びのようだが、以下のような方法がある。

論理解釈 …規定の文章（条文）を構成する言葉をどう理解するか。

(1) 文理解釈…法の規定の文理だけによって解釈する方法 ←これだけでその規定の法規範としての意味内容が突き止められるわけではない

⇒ ・規定の言葉よりも広い内容のものとしてこれを解釈する…→
拡張解釈

・その文理よりも狭い内容のものとして解釈する…→縮小解釈

(2) 類推解釈…その規定の文章によって直接にカバーされない事柄について、法がどういう趣旨にこれを解決しようとしているかということを考えなければならないことがあり、かかる場合に、あるときは規定は欠けているけれどもその問題に関連のある規定を持ち出して、その類推によってそれと同趣旨の解決をその場合にも与えようとする解釈方法。

(3) 反対解釈…規定が置かれていないということは、規定の置かれて

いる場合と対比してこれを消極的に解決する趣旨であると考えて、規定のある場合と反対の解決を与えようとする解釈方法。

(4) 勿論解釈…ある事項について規定があるのに他の事項について規定がない場合に、後者についてはあまりにも当然のこととして規定が置かれなかったすぎないものとして、一層強い理由によって前者の規定の趣旨を後者の場合にも及ぼして同じように解釈する方法。

(団藤重光『法学入門』1977年304頁以下参照)

7 宗教と法(1)

■ 社会規範としての宗教

人は社会的動物であるといわれる；人は社会の構成員として他者との共同・協力において活動する → 社会の構成員が円満な社会生活を営むために、一定のルールが必要

* 社会あるところ法あり (*ubi societas, ibi ius*)

このルールを「社会規範」という。ここで規範とは、物事の是非善悪を判断する基準のことをいい、「社会規範」とは社会生活を営んでいく上で守るべき、決まりのことをいう。人は社会規範に従うことで、平穩に社会生活を営めるよう努力する。

* 社会規範を守らない者に対しては、なんらかの社会的強制・制裁を加えることで、その遵守を義務づける → この遵守の義務づけ・強制に「規範」の特徴がある

法は社会規範である。法の目的は、社会秩序の形成にある＝社会におけるルールの形成

↳ 人と人との関係を規律し、社会そのものを組織づけるためのルール

社会規範には法規範のほかに、宗教規範、道徳規範、慣習規範といっ

たものがある。これらは、原始社会においては渾然一体となっており、まだ分化していなかった。

■ 社会規範の分化のプロセス

規範の特徴である遵守義務・強制は、国家成立以前の原始社会にもみられた。

例；ある特定物に触れたり、近づいたりすることを忌み嫌ったり、ある物を見たり言ったりすることをタブー視する考え方で、これに反すると神罰や祟りがあるとして威嚇して一様な行動をするよう強制する場合。「村八分」などの集団的な制裁も同様である。

かかる社会では、この威嚇・強制が法であり、社会規範であった。

やがてこのタブーという考え方は、宗教的色彩を強め、その規範性をさらに発展させた。とりわけ、祖先祭祀を中心とした宗教的観念に基づいて社会を規律するようになった。

* 政治のことを「祭り事（政）」ともいうが、かつては祭りと政治とが一体であった（＝祭政一致）。この社会における統治者、少なくとも統治に当たって中心的役割を担った者は、祭祀権を独占する呪術師であった。

この呪術師の判断が法であり、今日的意味での裁判規範的性格をもっていた。法を犯すことは、社会秩序の侵害であり同時に、自然秩序の侵害とも考えられた。

法と宗教との結びつきは、中世ヨーロッパにおいて顕著であった。キリスト教信仰の台頭による教会の絶対化がそれを物語っている（法秩序の遵守＝神の秩序遵守，神の秩序＝道徳・慣習）。裁判においても宗教が最大の根拠とされた例もある（ガリレオ裁判，魔女裁判）

中世も後期になると、教会の権威にも陰りが見えはじめ、宗教による社会生活の規律も絶対的ではなくなった → 法と宗教の分化 ← 同時期にヨーロッパでは経済に変化あり

* 荘園経済から貨幣経済への転換、都市と商業の発達（市場の大規模化）→ 社会を規律するのは教会の力（＝宗教）ではなく、現実の経済力・軍事力を背景とする世俗的権力へと移行　ここに、教会に取って代わる国家官僚機構が登場し、法制度の整備が進むようになった（道徳、慣習、宗教とも異なる国家を背景とする強制力をもった法による社会生活の規律をみるに至る）

(Cf. Sir Paul Vinogradoff, Common Sense in Law, 1959)

■ 宗教規範の特徴

宗教は依然、人々の行動を規律する規範としての機能を保っている。宗教は本来、個人の精神的な自覚と信仰・悟りの上にその基礎をおく（それは、仏・神等の超自然的存在、絶対主へ帰依する心情から生まれる）。

一人の悟り・信仰 → 一定の人々への伝播・伝達（信仰の共有）
→ 宗教団体の形成・教義の体系化 ⇒ 一つの秩序・・・教会制度の確立（歴史に見る、社会生活への影響力）

宗教の規範力は、あくまでも純個人的な内面的なものであることが基本 ← その宗教を信じない者には規範性をもたない

法は国家による力を背景に、いわば外から社会生活における秩序の維持を図る（個々の国民の信仰とは無関係にすべての国民に対して規範性をもつ） → しかし、この規範性も国家主権の及ぶ範囲内に限られる
⇒この点、宗教の規範性の非国家性と大きく異なる

* 宗教の規範性；国境・民族の違いを超え、信仰を同じくする者全員に及ぶ

法は国家権力を以て人の主として外面的な行動に対して強制を加える

ことで、社会生活の秩序維持を図ることを目的とする規範である → 強制をその本質的要素とする（宗教は、内面的悟り・自発的信仰によって維持される精神的側面をもつ規範で、強制とは本質的になじまない）

強制にみる法と宗教の相違から、国家が「国教」を樹立して強行しても、宗教は必ずしもこれに同調するものではない。ここに、近代国家憲法の保障する「信教の自由」について考察する際の、重要な視点があるといえる。

（阿南成一『法哲学』1975年11頁以下）

8 宗教と法（2）

* 前回みた宗教の規範性一般ではなく、今回はヨーロッパ社会に共通の文化的背景としての「教会法」を概観する。

→ 近世のヨーロッパ大陸法に与えた影響の点で、教会法の役割を無視することはできない

● 教会法の発展

神の法としての教会法　ローマ法と並んで中世ヨーロッパ社会を支配したもう一つの法体系がキリスト教教会法であった。

キリスト教会は中世にあって人々の生活全体を規定する重要な社会機関であった。

キリスト教は本来、法的制度を作らない建前であったが、教会組織を持つようになると、少なくとも教会内部に対する規範が必要となった。

それらの法規範は、中世後半ともなると数も増え、その集成がなされた（12世紀、Gratianusによる教会法規の集成）。さらに13世紀より14世紀にかけて、いくつかの法規集の編纂がなされた → それらを総称して、1580年以來「教会法大全（Corpus Iuris Canonici）」と命名された。

教会法は、内部の関係のほか、私法の領域においても、とくに婚姻の成立と解消、動産遺言について管轄権を有し、これらの問題に関しては、近世以後も長らく教会法の支配に服した。

そのほか、教会法理論は、世俗法に対しても、法の倫理化や社会的弱者の保護を推進するために、多大の貢献をした。

例；ローマ法では効力を認められなかった「諾成契約」（＝合意だけで有効となる契約）の効力を認めたり、利息を禁止したり、売買において「正当価格理論」（＝目的物と価格とは均衡を得なければならないという理論）を導入したり、二重売買において第1の買主を保護するために「物への権利」を認めたり、契約締結後、事情の変わった場合に契約の失効を認める「事情変更の原則」を案出したりした。

これらはいずれもローマ法源に見られない制度である。

（五十嵐清『法学入門』1979年186頁以下）

● 中世社会にみる教会法の役割

端的に、キリスト教会は、人々の生活の全体であり、あたかも封建社会とその法体系が全体であるのと同じ意味を担っていた。

* 教会法は現実の法であることの意味；聖領域の守護者であるキリスト教会は、同時に世俗的支配権をも有していた。この支配権は、教会が所有する現実の動産・不動産に及び、信徒である、すべての俗人の行為に対して適用され得た ⇒ 教会法は、精神の内面の規則、つまり倫理格率などではない。キリスト教徒全体に向けられたトータルな規定である。

中世の教会法のもつ独特な構成 → 世俗社会の法は、相対的には洗練度に乏しかったのに対して、教会法はいち早く、法体系としての完成の域に達していた。しかも世俗法がみずからを現実化する強制力を欠い

ていたとき、教会法はキリスト教会の社会的力量を背景に、有効な支配力を行使し得た ⇒ その支配は、おおむね全ヨーロッパ・キリスト教世界に均質に及び得たのである。

全キリスト教会を、ローマ教皇を首長とする裁判権の体系のもとに構想する教会法は、教会を「国家」とみなしたのであり、中世当時において「国家」の明確な概念を欠いていた世俗社会に範をたれるものであった。

キリスト教会の個々の単位＝教会区や修道院が、その維持のために所持する財産は、教会裁判権に服するが、その際の法的処理は、明確に所有権の観念に基づいている → これは、保有権もしくは用益権のみを中軸とした世俗社会の裁判権とは、大幅に異なり、しばしば近代法理論の前駆ともみなされている。

* 教区教会や修道院、あるいは多数の共同宗教組織は、教会法においては、法的人格とみなされている（この法人格理論は、多分にローマ法からの示唆が多であった）。

● 司法体系にみる教会法の発展

教皇を頂点とするピラミッド型審級制度は、初期にすでに確立されており、またその裁判権を地域的版図によって区分したことは、属地原理ではなく属人原理を優先させていた世俗法と、異なっていた。

* 異端審問所（13世紀初頭に登場）は、その過酷さゆえ多くの悪評にさらされているが、司法史的には注目すべき要素をもっている。教皇庁に直属した異端審問では、異端の嫌疑をかけられた信徒は、審問官の召喚に応ずる義務があり、拒絶すれば捕縛され喚問に強制されることがあった。その際、宣誓が強要された。中世の裁判制では当事者主義に基づき、紛争の両当事者の出頭をまって開始されたのとは異なっている。

** この場合、喚問者としての審問官は、同時に判決者でもある。いわば判事と検事とが兼任されている。

*** 自白を強要するための拷問は、審問制の中で公式に採用された。組織的に順序だてられた拷問は、このときにヨーロッパ司法史に初めて登場した。

中世社会は、世俗社会法と教会法という異質な法領域に包摂されながら、なお一つの法社会として成立し得た点に特徴がある。

(長尾／田中編『現代法哲学2』1983年21頁以下)

9 経済と法(1)

■ 社会科学の双壁

法「学」と経済「学」は、社会科学分野における双壁とされる。学問体系としては、それぞれ独立した分野としての地位を形成している。しかし、社会科学分野であるから、ともに「人」を対象にした学問分野である。すなわち、ともに(本来)人を幸福にするための学問である。

* そもそも学問それ自体が、人を幸福にすることを目的としている

■ 現行法制にみる経済的要素

われわれの経済制度は、「資本主義経済」、「自由市場経済」を前提としている。われわれの法制度(基本六法)もそれを前提としている。

* もちろん、異なる経済体制を採用していても、その制度のもとでの法制度が用意されることになる

* 基本六法；①憲法 ②民法 ③刑法 ④商法(会社法) ⑤刑事訴訟法 ⑥民事訴訟法

経済的要素がはっきりと現われている領域は、商法、会社法、独占禁止法といった分野である。民法の契約法分野もそうである。

これらは、人類の歴史の中で、「物々交換」という原始的な取引形態に端を発して、法制度へと整備されてきたものである。

商法では、「等価交換」を基本原理として、その中に競争原理（市場原理）を導入した企業取引の制度を規定する・・・→この分野では、企業といっても「個人企業」が対象となる

* 会社法は、「個人企業」ではなく、会社という「法人」組織形態の企業主体を取引の単位として取り扱っている。

独占禁止法では、市場を可能な限り（公正かつ自由な）「競争」状態におくことを目的としている。取引の在り方に目を向け、その手段の公正さを保持することに狙いをつける。

* 「談合（あるいはカルテル）」という言葉がポピュラーになっているが、この行為は独占禁止法の規制対象である。

* 経済は国際性を含む行為（現象）である。国際経済を規律するルールとして、WTOルールがある。先に手段の公正さを指摘したが、これは国際経済（国際取引）でも強く要請される場所である→WTO加盟国は、このルールに従うべき（このような分野を指して「国際経済法」と呼ぶ）

また、国際取引分野では、「ウイーン売買条約」があり、日本も2008年に加入し2009年8月1日発効した。同条約加盟国では、これが国際取引における共通のルールとなる。

* 日本政府はなかなか同条約を発効させる手続きをとらなかった。

■ ブーム(?)としての「法と経済学」

日本とドイツでは1980年代後半から新たな研究分野として、「法の経済的分析」（法と経済学）という研究領域が登場した。その源はアメリカでの研究に由来する。

* アメリカでのそのきっかけは、意外(?)な事実にあった!?

両者の関わり合いとして、新しい立法がなされれば、それが経済活動に大きな影響を及ぼすことはいうまでもない。法律によって規制され保護されている所有権や契約などの概念は、経済学上も重要な意味をもっているはずである。市場メカニズムなどの経済学の中心的な考え方は、法規制を考える上でも重要である。公害、消費者保護、製造物責任などの問題は、法律学にも経済学にも深く関わりを有し、両者のいわば連係プレーが期待される ⇒ 従来、両者の交流には関心が寄せられていなかった → 「法と経済学」は学際的な学問分野 (interdisciplinary study) である …法制度や個々の法律の規定などを近代経済学の理論を武器として分析・研究する学問領域

・ 法律が人々の経済活動に影響を及ぼし社会をコントロールするのである以上、法律が国民経済や社会にどのような影響を及ぼすのか、そしてどのように法律を制定し解釈することが社会全体にとって望ましいのかを分析・研究することが必要であろう。

* 以上のような問題意識をもって、わが国でも「法と経済学」への関心が高まったのであるが、経済学の用いるモデルの現実的妥当性など、法の運用面での現実との乖離も指摘されるようになった。特にその前提として、人は合理的な行動をするものと考えられている。しかし、実際の裁判例などをみると、どうしても合理的とは思われないような事例の存在することも事実である。かかる場合、経済学を駆使した分析ではかえって説明が付かなくなるおそれがある。これは、人は利害打算だけで生きるのではないことの証であろう。

度々、引用した R. v. Jhering の „Der Kampf ums Recht“ によれば、人は己の人格=誇りのために争うことが記されている。どんなに不合理に見えても、踏みにじられた自身の誇りに対しては徹底して争い、その

誇りを取り戻すことを主張する（それが、権利のための闘争である）。

* 法の経済分析にも、それが妥当する領域とそうでない領域とがある、ということであろう → 欧米人の訴訟好きも経済分析できるのか？

** 思うに、一過性のブームではなかったのか!?

(小林秀之・神田秀樹『「法と経済学」入門』1986年)

10 経済と法（2）

■ 国際取引にみる言語、文化、歴史

「経済と法」というテーマで、ここでは「国際取引」を関連するテーマとして掲げる。

「国際」取引であるから、「渉外的要素」を孕んでいる。どのような「要素」が考えられるか？ 以下は、上智大学の澤田壽夫他『マテリアル国際取引法』（2004年3-4頁）からの抜粋である。材料として最適であると思われた次第である。

国際取引と言語、文化、歴史など

国境を越える取引をするには、ほとんどの場合外国語で意思の疎通を図らなければならない。その外国語は中国語だったり、スペイン語だったりもするだろうが、最も広く使われている英語は、これからも国際取引の共通語であり続けられると思われる。日本では、まだときどき、文法などに自信がないと、しり込みして使いたがらない人がいる。でも、言語は意思伝達の方法で、基本的には意思が伝わればよいのだし、どんどん使わなければ上達するはずがない。もっとも他方、1通の手紙、1ページの合意書であっても、ほんの一言の選び方の誤りが、誤解と長年の確執の原因になったりもするので、元気よく使うことと、短くても書きものを残す場合の慎重さを両立させよう<1-1>。

日本では大事な契約でも短く作るが、外国では反対で、すべて契約に

資料 1-1 ことば

日本人のほとんどは意図的にあいまいさを残しておこうとする。対立を避けて人間関係を円滑にする表現方法といえる。ところがグローバル化の進展に伴い、時価会計から邦銀の会計監査まで、すべてに明りよさが求められるようになってきた。法律の世界でも、日米の間で興味深い「攻防」がみられる。

最近、日本語の合意書をめぐる米国の弁護士と日本の管財人との交渉を翻訳する機会があった。この合意書には「X弁護士はY弁護士の主張を認める」というくだりがあった。「当事者は合意

Nippon ビジネス戦記.

ブルース・ホルコム



書の内容について同意する」という一文もあった。

後者の「同意する」が、英語の「agree」に対応しているのはすぐにわかる。微妙な問題は、前者の「認める」を英語で「agree with」と訳すべきか、相手の立場を認めるものの、全面的な同意を示すわけではない「acknowledge」と訳すべきかだ。

米国人弁護士は、依頼主の米企業が文書の一語一語を分析してあいまいな部分を見つけ出そうとすることを予想して、日本語訳が「同意する」で

日米「あいまいさ」紛争

はなく「認める」になるよう念を押しした。文書を顧客に有利になるように解釈しようと、言葉のあいまいさを探すことで生計を立てているからだ。

一方、日本側は一般的な意味での合意の方に関心があったため、その違いがなぜそれほど重要なのか理解できなかった。伝統的に日本の法律は文言の厳密な解釈というより、法律文書の意図により注目する傾向があるようだ。こうした衝突が今後、日本の法的言語の明りようさなどのような影響を及ぼすかは興味のあるところだ。

(レクシス社長)

(日本経済新聞2002年5月7日夕刊)

基づいて議論するというのも、一概に正しいとはいえない。確かに、特に英米などでは、詳細な契約書がつくられ、もし争いが生じると、契約書の一語、一節が決め手になりうるが、他方西洋の人と日本の人には共通する面もある<1-2>。

さらに外国に工場を作ったり、腰をすえて営業をしようとすれば、その地の商取引慣行だけでなく、歴史、文学、宗教に親しんで、その土地の人々の血や心に流れるものを謙虚に理解せねばならない。アルザスは、かつては仏独の資源争奪のために、フランス領になったりドイツ領になったりした土地である。百年以上フランスの子供が親しんできた文豪A. ドーデの「最後の授業」のような名作を読んで、「Est-ce qu'on ne va pas les obliger à chanter en allemand, eux aussi?」（ドイツ人は、あの鳩さえもドイツ語で鳴かせようとするのじゃないかな）というつぶやきの背景をしっかりと理解して同情するような経験の積み重ねが不可欠である。幸いアルザスは今は欧州議会の置かれている平和の地だが、パレスチナなどでは流血が続く。その歴史と人々の心情を知らねばならない。そして宗教の現解も国際取引に無縁どころか不可欠なことを忘れないようにしたい<1-3>。

資料 1-2 契約観

澤田壽夫「西洋人と日本人の契約観」

……西洋の人びとの契約観を考えると、それは旧約時代の神との契約、または神を呼びつつ行う契約に深い影響を受けていると思われるが、メンデンホールなどの研究は、さらにさかのぼって、旧約前の宗主（付庸）関係設定条約と旧約の契約に多くの類似点のあることを明らかにしている。……十戒はいつけだが、神との約束もある。……その契約が人と人の関係を律するためにも使われた。……17世紀初頭のイギリスでは、金銭債務の存在が主張される訴訟で、「証しの誓い」に代えてもっぱら陪審が用いられ……書面という俗の手だてによって偽証を防ごうとしたのである [が]、……西洋諸国の生活の底流にキリスト教倫理が生きつづけ……子どもに嘘を悪と教える

というような倫理基準は、かなり一般に生きつづけているといつてよい。他方、論理的思考を好む西洋の人びとは、神から離れて歩みはじめた契約法に論理的体系を与え [た]。

日本には……人と人の契約を破ることが唯一の神に対する罪になるという考えはなかった。……山本七平氏も、「日本人の……独特の倫理感を構成している要素を分析すると、仏教や儒教をあげられそうだが、そのどちらも、非常にあいまいな形でしか浸透していない」と考える。……日本人は伝統的に論理的思考を好む人びとはと思われず、それゆえ論理的な契約法をつくり出してこれを生活に浸透させるということもしていない。……日本では伝統的に約束を破って意に介さないかということそうではない。『雨月物語』の「菊花の約」では、約束を守る美德が大いに称揚されている。……昭和34年、室生寺が彫刻師……と契約し、[彫刻師は]三年後に仁王を完成することを約したという。三年経っても仁王は完成せず、……43年に契約解約を通告したという。そのとき室生寺の者が「こうなれば、新規によそへ注文を出すか、仁王の出物を捜す。期限に間にあわせることが、しゃばでの約束ごと。人間の良心」と言ったと伝えられる（1968年7月21日『朝日新聞』17頁）。

西洋諸国の人びとと日本人のあいだに、歴史的文化的背景の違いがあることは否めないが、……現在の西洋の人びとの契約観と日本人のそれとのあいだに大きなちがいがあると考えることは誤りではなかろうか。……人間的な相互理解があるならば、契約は尊重され、その事情変更に応じた適応も円滑に行われ易くなる。日本の契約に屢々見られる条項に「本契約に定めなき条項については甲乙協議して定める」という条項があるが、それが実際に行われるならば、きわめて有意義なものとなり、努力の目標としても高い理想をかかげるものといえよう。

（ソフィア33巻4号（1984）より）

資料 1-3 宗教・文化

世界商品「味の素」の誤算

インドネシアの警察に逮捕（拘束）されていた味の素の現地法人「インドネシア味の素」の社長ら関係者全員が十一日、釈放された。豚の成分を基にした添加物を使って調味料「味の素」を製造し、イスラム教徒が約九割を占める同国の消費者保護法違反の疑いを受けていた。味の素の江頭邦雄社長は「宗教や文化の違いに対する認識が甘かった」と反省。グループ社員の倫理規定などを一律に定めた「味の素行動規範」について、各国の文化や考え方を取り入れることを検討する。

一方、世界中の拠点と本社を結んだテレビ会議システムが現地との連絡や情報収集にフル稼働し、

「意思決定がぶれなかつた」（江頭社長）と、事件発覚後の対応には自信を深める。

今回の事件は、明せずして味

「味の素」の海外生産拠点

生産会社	生産開始年	味の素の海外生産拠点
タイ味の素(バンコク)	1961年	タイ味の素(バンコク)
ユニオン味の素(マニラ=フィリピン)	62年	ユニオン味の素(マニラ=フィリピン)
マレーシア味の素(クアラルンプール)	65年	マレーシア味の素(クアラルンプール)
ペルー味の素(リマ)	69年	ペルー味の素(リマ)
インドネシア味の素(ジャカルタ)	70年	インドネシア味の素(ジャカルタ)
味の素インテルアメリカーナ(サンパウロ=ブラジル)	77年	味の素インテルアメリカーナ(サンパウロ=ブラジル)
アメリカ味の素(ニューヨーク)	93年	アメリカ味の素(ニューヨーク)
ベトナム味の素(ビエンホフ)	93年	ベトナム味の素(ビエンホフ)
蓮花味の素(項城=中国)	94年	蓮花味の素(項城=中国)

宗教・文化の違い見逃す

の素という製品の国際性を厚き彫りにした。

「味の素」は一九〇九年に日本で誕生した。戦前ですでに十数カ国に輸出し、中国では現地生産していたほどで、日本の国際化商品のさきがけといえる。六一年にタイ味の素で戦後初の海外生産を開始。今では北米や南米、アジアの九カ国に生産拠点があり、百カ国を超える国・地域で消費されている。日本を除くと味の素の最大消費国はタイ。次いで今回問題となったインドネシアなど東南アジア諸国が続く。

順風満帆に世界商品として拡大してきた味の素。初のつますきとなったインドネシア問題をも「一段上の世界企業に発展するための教訓」（幹部）にできるかが問われそうだ。

(日本経済新聞2001年1月15日)

11 人と法（1）

■ 「人と法」という問題を考えるとき、何を思い浮かべるであろうか？

例えば、権利の主体としての「人」あるいは権利の客体としての「人」という問題がある。前者は民法がとらえる「人」で、後者は刑法がとらえる「人」である。

民法3条1項によれば、「私権の享有は、出生に始まる」とある。このとき、「出生」とは、学説の通説によれば、母体との完全な分離をいう。この状態になって初めて「人」－権利の主体として－として扱われるのである。

他方、刑法199条の「殺人罪」について、「人を殺した者」というとき、客体としての「人」の解釈は、「胎児が既に母体から一部露出した以上、母体に関係なく侵害を加えることが可能であり、殺人罪の客体としての人といえる」（大審院判決大正8年12月13日刑事判決録25輯1367頁）とされる。この解釈は、「母体に関係して侵害を加える」ときは、「墮胎罪」（刑212条－216条）の可能性があり、これと区別するためである。

このように、同じ「人」であっても、法律によって考え方が異なる場合がある。

では、憲法では「人」をどのようにとらえるのか。「人権」という問題を日本とドイツとの比較の中で考察する。

● 日本国憲法にみる人権　日本国憲法全体を貫く諸原理の中で最も基礎的な原理の一つ；基本的人権の尊重

◆基本的人権とは、すべての人が当然に固有する権利である。すなわち人権は各人が人として生活するために欠くことのできない基本的な諸条件について、それらが尊重され、侵害されてはならないということに着目して成立する権利の総括的な観念であり、自然法思想に由来する。

わが国における人権という言葉について、これは本来、「天賦人権思想」にみられるように、外来の「翻訳概念」であった（ちなみに、大日本帝国憲法では「臣民の権利」であって、「基本的人権」ではなかった）→ 日本国憲法にみられる人権のルーツは、アメリカ憲法にある

* ジョン・ロック：人間は自然状態のもとでは完全に自由、平等であり、何人も自然法の範囲で、ひとしく生命、健康、自由、財産の不可侵について、人間固有の自然権を有する。しかし、かかる自然権を維持するために、各人は契約によって政治社会をつくり、権利の保護と自然法の執行を政府に委ねることによって、自然状態から国家状態になることになる。つまり各人は、こうして自然法上の自己権力を放棄し政府の支配に服従することになるが、しかしそれは、各人の生活の安全および財産の保障を、なお一層、確実にするためである（ロック「市民政府論」）。

* 人間固有の人権を宣言した最初のもは、アメリカ、ヴァージニア州の「権利章典」（1776年6月12日）—その源泉は、イギリスの「権利請願」（1628年）、「権利章典」（1689年）にまで遡る—で、これは世界における人権宣言の先駆として、万人ひとしく生来の権利、自由を享有するものであるという思想を公式に採択したものである。この考えは、同じくアメリカ独立宣言にも掲げられた（アメリカ各州憲法、合衆国憲法の権利条項を通じて、アメリカにおける統治の基本原則を形成している）。

* わが国にみられる人権思想のもう一つの源流はフランス革命の「人権宣言」（1789年）である—とくに、国家生活に関与する市民の権利をも含む点に特徴がある（日本国憲法11条、97条参照）。

・第11条「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる」

・第97条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」

● 基本的人権と基本権 上記の第11条は基本的人権の保障に関する一般規定である。しかし、憲法の定める自由および権利のすべてが基本的人権というわけではない（田口精一『『基本的人権』の意味』（小嶋和司編『憲法の争点』）1978年）。例えば、国家賠償請求権（17条）、刑事補償請求権（40条）などは、人間固有の人権ではなく、憲法の規定によって創設されたものであり、国家賠償制度、刑事補償制度が設定されて初めて享有できるものである。

⇒基本権とは、国の基礎法である憲法によって直接に定められた権利ということに着目した観念をいう。つまり基本権は、その成立の根拠が直接、憲法にあり、憲法によって保障されていることを意味する。

これに対して人権は、すべての人に認められる固有の権利という観念を意味する。すなわち人権は、すべての人に対し社会生活のなかで当然に認められるということで、憲法、法律の制定をまつまでもなく、それ以前にすでに成立していると考えられる。それ故に憲法の人権条項は、人権の観念に変更を加えるものではなく、すでに認められた人権の享有を保障し、その不可侵を保障するためのものである。

* 上の考えは、あくまでも一つの考えである。学説上、「基本的人権」と「人権」と「基本権」との関係について一致した見解はない。憲法解釈の多様性を現す一つの側面として理解することができる。

12 人と法（2）

● ドイツ憲法史にみる人権 ドイツの憲法に「人権」という言葉が登

場するのは、1949年のボン基本法が最初である。

* もっとも、フランス革命以前のドイツでも、すでに近代自然法思想の中に「生まれながらの権利」が提示されていた（ただ、内容的には漠然としているため、実際には何ら価値のないものとなってしまう、と指摘されていた）。

ボン基本法以前では、1848年12月27日施行の「ドイツ国民の基本権（Grundrechte des deutschen Volkes）に関する法律」において、はじめて「基本権」なる用語が登場した。もっとも、《基本権》の語はフランクフルト憲法の影響下に作られたその後の諸憲法にも部分的には受け継がれはするが、1848年末のプロイセン欽定憲法以来、次第に《基本権》は法実証主義的国法学の影響の下にその自然法的正当化が後退していき、1871年のビスマルク憲法は《基本権》のカタログそのものを有しなくなった。

* この当時前後の動きをみると、1834年に成立した「関税同盟」はドイツの政治的統一に先んじる経済的統一をもたらし、ドイツ経済社会の発展に寄与した。そしてこの発展は、ドイツ市民意識の拡大につながり、労働運動の高揚をもたらした→1848年2月「共産党宣言」発表（この間、パリ2月革命、ベルリン3月革命）

1848年、フランクフルトで統一憲法を制定すべく、ドイツ国民会議開催。1849年3月28日、最初の統一ドイツ憲法「ドイツ帝国憲法＝フランクフルト憲法」を制定、同年4月28日公布。プロイセン国王フリードリヒ・ヴィルヘルム4世を統一ドイツ皇帝に選出。しかし、彼は皇帝位につくことを拒否→フランクフルト憲法の破綻

** フランクフルト憲法の「基本権条項」には、以下のようなものが含まれていた。

人格の不可侵，法の前の平等，人身の自由，住居の不可侵，表現の自由，信書の秘密，信教の自由，学問および教授の自由等

■ これらの基本権は，ヴァイマル憲法，ボン基本法にみられる伝統的自由権，平等権規定の先例となった。

その後，1919年のヴァイマル憲法は再び広範な《基本権》のカタログをもつことになる。ヴァイマル憲法の《基本権》の性格付けに関して，Carl Schmitt は，その『憲法論』（1928年）の中で，「市民法的法治国家における基本権は，前国家のおよび超国家的権利として妥当し，国家がその法律によって授与するものではなく，国家以前にすでに存在するものとして承認し保護する権利のみであって」，「本来の意味における基本権は本質的に，自由な個人の権利であり，しかも，その個人が国家に対して有している権利である」とする。それゆえ「本来の意味における基本権は，個々人の自由の人権（liberale Menschenrechte）のみであり」，これら「真正の基本権」は，国籍の如何を問わずすべての人に妥当する，という結果になる。

* Carl Schmitt が《人権》としている「真正の基本権」は，表現の自由，礼拝の自由，集会の自由，団体結成の自由などの，「他の諸個人と結合した個人の権利」も含むが，団結権やスト権などは，もはや自由主義的法治国家の自由権ではないとされる。

* ヴァイマル憲法の内容・特色 (1) 国民主義…「ドイツ国は共和国である。国家権力は国民より生ずる（1条）。」 (2) 権力分立主義…立法権はライヒ議会にあり，大統領はここで議決された法律を公布する。大統領は国民が直接選挙し，任期7年。対外代表権，軍事統帥権，条約締結権，議会解散権を有する。●公共の安全と秩序を維持するために議会を経ずして法律を制定できる「緊急権」をも有していた→この緊急権をヒトラーは利用した。 (3) 地方分権的連邦制…プロイセン

1 国の優位を認めず、ライヒの権限を限定しつつ、強化した。(4) 社会権の保障…とくに経済生活の章を設け、労働者の権利の保障に意を用い、「所有権は義務を伴う。同時にその行使は公共の利益に役立たなければならない(153条3項)。」←当時の保守的な憲法学者からは、この規定はプログラム規定であると解釈した。

(小林孝輔『ドイツ憲法小史』1985年112頁以下、169頁以下)

◆ 前述のように、ボン基本法第1条が、ドイツ実定憲法上初めて明文で《人権》なる語を用いた。その規定は次の通りである。

* 第1条(1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である。

(2) ドイツ国民は、それゆえに、世界におけるすべての人間共同体、平和および正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権を認める。

(3) 以下の基本権(第2条~17条)は、直接に適用される法として立法、執行権および裁判を拘束する。

◆ ここでは、憲法秩序の最大眼目が「人間の尊厳性」であることを宣言している。注目したいのが、「何人も、その良心に反して、武器をもってする戦争の役務を強制されてはならない。」とする「徴兵拒否権」(4条3項)である。

* 日本でもそうであるが、ドイツでも、《人権》と《基本権》という語は同一視されることが多い。

(長尾/田中『現代法哲学2』1983年42頁以下)

13 ドイツと日本における法学（1）

■ 法化（Verrechtlichung）社会へ

ドイツでは、1970年代後半から「法化」という概念を使って、現代社会における法の機能の問題性が論じられ始めた。日本では、80年代半ばに legalization に対応する概念として利用され始めた。

日本では、明治維新による欧化を通じて「律令制」を脱する、ヨーロッパ大陸型法制度の導入が始まり、第2次大戦後のアメリカ法制度のさらなる導入が加わった。近年、日本での法制度（法律）への関心も高まったとの指摘もある。一気にアメリカのような訴訟社会に向かうとは思えないが、日本人の意識として「法化」現象が浸透しつつあると思われる。

■ ドイツの法化論

ドイツで「法化」現象を意識させたのは、社会国家、すなわちドイツ型福祉国家に対する取り組みであった。これには、1969年の社会民主党と自由民主党の連立政権以来進めてきた社会改革の行き詰まりという政治的背景があった。この改革の中で、国家による積極的な社会制御は法の役割を増大させた。民主主義国家では、国家の意思は法という形態を採ることによってはじめてその正統性を確保できるのであるから、国家の能動性の拡大は法を増殖させることになる。連立政権の政策の批判は、その手段として増殖した法の機能不全への批判としても展開することにもなる。

- * 議論の分岐点
- ① 福祉国家の「法による社会制御」それ自体に反対
 - ② 問題は、「法による社会制御」の実効性

①は、福祉国家の市場介入こそ「法化」の問題であるとし、「非法化」戦略、つまり「規制緩和」、「私有化（民営化）」の政策を主張した。②

は、法の実効性の個別的検証こそが重要な課題であるとした。この立場では、市場における経済的権力の規整および労働市場における失業対策規整が中心とされた。

ドイツにおける法化論は、現実の福祉国家に対する上述のような政治的な評価を両極にしながら展開していくこととなった。

*法社会学者 G・Teubner によれば、市場社会の自律的な進行を保障する、古典的・法治国家的な「形式的法」に対して、福祉国家による社会制御＝介入が法を手段として展開することによって、そこにあらたな性格をもつ法＝「実質的法」（介入主義的法または規制的法）が生み出されていることが指摘されている。

そして、ドイツの法化論は、この実質的法がその実効性において限界に直面していること、すなわち介入主義的法の機能不全の問題から、これを克服するあらたな法の構想を議論することを中心としている。

■ 日本における「法化」概念と日本社会の法化

日本では、ドイツの法化論を紹介・分析することから始まり、ドイツ型の法化概念を利用して、日本に共通の問題のあることを指摘し、その分析と法変動への処方箋が必要であることを説こうとしている。それゆえ、独自の法化概念が提唱されるわけではない。

*法社会学者六本佳平は、「社会構造の変動」が紛争解決の自然的、非合法的な社会的メカニズムの弱体化ないし崩壊を引き起こし、これによって、「法システムへの依存性を生み出すこと、ないし高めること」を「社会の法化」として定義する。彼によれば、こうした社会変動は、日本においては1960年代以降にみられ、この時期以降に「日本社会は未曾有の『法化』の時期を迎える」。しかし、旧来の社会組織の根本的な変

ドイツ法講義

動にもかかわらず、それは直線的に日本の人々の「法観念」（法とは何か、法の役割などについての観念）を変化させることには結びつかず、「法と社会規範をめぐる伝統的な思惟様式は、一定の変化をこうむりながらも根強く残り、制度上もしくは社会関係上の新たな諸形態の下でも、基本的な因子として働いているように思われる」とする。

（六本佳平『法社会学』1986年158, 227, 249頁以下）

ここでの「法化」概念における法は、伝統社会と近代社会という対比における「近代社会」の「法」であり、それは形態変化はあっても、本質的に近代社会に貫通的なものとして理解されている。

（『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』1997年143頁以下）

このテーマは、まだ流動的であり、論者によっても様々である。当然、日本にとってすべての面でドイツの議論が当てはまるわけでもない。日本では依然として、訴訟によらない問題の解決が重宝されている。これが先にみた伝統的な要素の一つであろう。ドイツとは大きく異なるが、これもひょっとしたら「日本的」法化現象として位置づけることができるかもしれない（もっとも、このようにとらえると今に始まった現象でも何でもなくなるが…）。

かくして社会の法化という現象は、様々な角度から検討を加えていく必要があり、そのスタイルも一様ではない。ひたすら、各自の法への意識を高めていくことが急務であると思われる。その中で学問としての「法化論」が確立していけば、新たな研究領域として非常に楽しみなところである。

14 ドイツと日本における法学（2）

* 今回の講義における「まとめ」（復習）をもって最終回とする。
それぞれ、ばらばらなテーマの印象があるかもしれない。しかし、い

ずれも「文化」としての共通項がある。

それで、次の時間に考えてもらういくつかの「課題」を掲げておく。各自、一つを選んで検討してほしい。

- 【1】「文化としての法」というテーマの中で、ローマ法との関わりを取り上げたが、ローマ法はドイツ法にどのような影響を及ぼしたと考えられるか。

- 【2】「歴史と法」というテーマの中では、「法典論争」を通じてドイツ法学者の、それぞれの「法観」を垣間見た。それぞれの主張を比較検討せよ。

- 【3】「法制史研究」と「法解釈学」との関わりについて整理せよ。

- 【4】「法」という「言葉」について、どのような意図が込められていると考えられるか。検討せよ。

- 【5】社会規範としての「宗教」にはどのような役割があったと考えられるか。そしてその限界についてはどのように考えられるか。

- 【6】「教会法」の果たした役割にはどのようなものがあったか。検討せよ。

【7】「経済と法」の相互関係について、検討せよ。

【8】「人」について法はどのように位置づけているか。自由に考察せよ。

* 第13回で取り上げた「法化」論については、まだ確定した論証がないので、ここでは「課題」からはずした。しかし、もし何か思うところがあれば、【9】「その他」として取り上げてもらってもかまわない。自由に気がついたことなどを論じていただきたい。