

## 2010年度 「法学入門」 第2回 (100419)

法学部教授

舟田 正之(ふなだ まさゆき)

### 一．法とは何か

#### 1. 法と社会

##### (1) 規範

「当為」= Sollen = 「かくあらねばならない」= **行為規範**

「規範」= 是非善悪判断の基準をいう。通常、「～すべし」「～すべからず」という形で表現されるが、「～してよい」(禁止されていない, 許される), 「～することができる」などの表現をとることもある。

「要件」が規定され、これらに該当すれば、一定の「効果」が発生する。

例：人を殺してはならない。借りたお金は返さなければならない。理由なく他人の財産を損壊した者は損害を賠償しなければならない。

民法 709 条 (不法行為による損害賠償)

「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」

要件 --- 権利侵害等、故意又は過失、因果関係、損害

効果 --- 損害を賠償する責任を負う

**社会規範** --- 人は社会生活を営むために、定められた「掟 = おきて」( = ルール ) に従うことが必要。

法(規範)、流行、儀礼、風趣、週間、習俗、道徳、宗教など。

##### **行為規範・裁判規範・組織規範**

人の社会生活における行為を規律の対象とする**行為規範**は、国家によるその効力の保障を獲得することにより法規範となる。

「**裁判規範**」は、裁判所が行う裁判という国家行為を規律の対象とするという意味で法規範たる「行為規範」に含まれるが、通常は、法規範の果たす機能のうち裁判所以外の国家機関・一般人の日常の行為規準の側面を行為規範と呼び、裁判所による紛争解決規準の

側面を裁判規範と呼ぶ。

この他、国会や内閣、裁判所などの機関の組織や権限を定める「**組織規範**」もある。

例：第 42 条 国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。

第 43 条 両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。

2 両議院の議員の定数は、法律でこれを定める。

組織規範の多くは、違反に対し強制力の行使は想定されていないが、例外的に、例えば、国会の議員定数について司法審査の対象となると解されることがある。

### 規範と現実との緊張関係

規範は、現実には実現・遵守されないことも少なくない。

しかし、規範の受け手の多くが遵守すべきものと考えている限り、規範として通用する。規範意識、実際の通用の程度(実効性)、その変化などにより、規範の受容が異なってくる。スポーツや将棋などのゲームにおける「ルール」とは異なる。

### 「紛争」(conflict) 解決の手段としての法

私人間の利害対立 力による解決などより、規範に基づき、第三者による公平な解決。

歴史を振り返れば、多様な支配の形態があったが、「法の支配」で肝要なのは、誰が「これが方だ」と判断するか、その判断はどのような手続で行われるか、ということ。

紛争は、社会において異なる意見・利害の主張がある以上、当然、発生するものであり、いわばノーマルな、積極的な意味のある現象であることも多い。

それを押し隠し、または抑圧することなく、むしろ対立を明確に整理し、規範と付き合わせて、論理的、合理的な解決を探ることが重要。

また、裁判は、紛争を終局的に解決するものではないことも多い。技術的に設定された、特定の法的問題に対してのみ、一定の判断を示すのみ。判決は紛争過程の 1 コマに過ぎないとも言われる。

判決を研究するときも、その実際上の効果、判決の後、どうなったかまで考えることが必要。

### 実定法と自然法

実定法 = 社会に現実に行われている法

近世の西欧では、**自然法**が、実定法の上位に、永遠不変の法として存在する、という思想があった。

後述、(4) 法源を参照。

## (2) 法と正義・法と強制

・法(Recht)は、正義(Recht)と表裏の関係にある。

法は正しくなければならない。正義を実現するものだから、法として妥当する。

一部の法実証主義者はこれを否定--- 「悪法も法なり」

法の目的は、「正義」の実現だという一般論と、個別の規範の具体的な目的、という2つのレベルがある。

後者について、すべての法規範には、それぞれ根拠、理由があるはず。誰の権利、利益を守るためかを明確にする必要がある。

それをふまえ、各規範の意味内容や妥当範囲を明らかにする。

これに対し、後述の強制だけを法と他の社会規範と区別する要素だとする説も有力。

法規範とは、「政治的に組織された社会の、その成員によって一般的に承認され、かつ究極においては物理的強制力にささえられた支配機構によって定立されまたは直接に強行される規範」である(碧海純一)。

ただし、強制だけでなく、「その成員によって一般的に承認され」という条件がつくが、これには異論も多い。「一般的に承認」は曖昧だということを別にしても、これがなくとも、法として成立するという反論がある。

以上から、法の要素として、次の3つが挙げられ、しかし議論は分かれていることが分かる。

正義・個別規定の根拠ないし理由、強制、社会の成員による承認(法意識。遵法精神に近いが、やや異なる)

### <未成年の喫煙、飲酒は法規範たり得ているか?>

未成年者喫煙禁止法(明治33年3月7日法律第33号)

1条 満二十年ニ至ラサル者ハ煙草ヲ喫スルコトヲ得ス

2条 前条ニ違反シタル者アルトキハ行政ノ処分ヲ以テ喫煙ノ為ニ所持スル煙草及器具ヲ没収ス

未成年者飲酒禁止法(大正11年3月30日法律第20号)

1条 満二十年ニ至ラサル者ハ酒類ヲ飲用スルコトヲ得ス

2条 満二十年ニ至ラサル者カ其ノ飲用ニ供スル目的ヲ以テ所有又ハ所持スル酒類及其ノ器具ハ行政ノ処分ヲ以テ之ヲ没収シ又ハ廃棄其ノ他ノ必要ナル処置ヲ為サシムルコトヲ得

道徳も、規範であり、正義という価値観に基づくという点で、法と重なることも多い。  
道徳の内面性、法の外面性という区別

---しかし、法も道徳に支えられることが多いし、内面を判断要素とすることもある。

すべての道徳が法によっているわけではなく、他方で、法には道徳と関係ないことも少なくない。技術的な規則に類するもの（例：道路交通法における右側通行）。

法と道徳は、「強制」の有無によって区別されるという考えが有力。

--- 道徳はもっぱら人の自発的意思によって遵守されるべきものであるのに対し、法はその違反に対し強制を伴う。

ただし、実際には、道徳違反に対し、かなり明確な社会的制裁が伴うこともあり、逆に、法規範の中には違反に対し制裁がないものもある。（後出の訓示規定）

<判決例：有責配偶者からの離婚請求> 米倉明『法学入門』〔判例 3〕32 頁以下---[配付資料](#)

池田昌郎ほか『法の世界へ』118～123 頁。なお、五十嵐清『法学入門』9 頁以下も、この事件を取り上げている。

（裁判上の離婚）

第 770 条 夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき。
- 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 三 配偶者の生死が三年以上明らかでないとき。
- 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
- 五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

2 裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。

- 1 . この事件における Y（妻）は、まさに「踏んだり蹴ったり」の目にあっているのでは？
- 2 . 民法 770 条 1 項 5 号は、有責配偶者からの離婚請求は含まれないので、現行法では本判決の結論はやむを得ない、下記のように法改正をすればまた別である、と考えるべきか？
- 3 . Y に対し、十分な慰謝料が払われることを条件とすればどうか？

自分も不倫をし、相手も不倫をしていた場合----双方の有責性の程度が同じ場合には、いずれの配偶者からの離婚請求も認められる（最判昭和 31・12・11）

最判昭和 62・9・2

夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及んでいる

夫婦の間に未成熟の子が存在しない

1、2を前提として、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的にきわめて過酷な状態におかれる等離婚を認容することが著しく社会正義に反すると言えるような特段の事情が認められない

有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることは出来ない

法制審議会「民法の一部を改正する法律案要綱案」(婚姻制度等に関する民法改正要綱案、平成8年)

離婚についての「実質的破綻主義」(5年以上の別居を理由とする離婚を認めるなど)

当時の世論調査において、国民の6割以上が、離婚についての実質的破綻主義の採用に積極的であり、別居期間に限っても5年で十分である、としている。

夫婦別姓について反対が強く、成立の目処は立っていない。

昨年の授業の後で、妻(Y)の暴力は、どう評価されるのか、それとも本問題には関係ないのか、という質問がありました。

民法770条1項5号の要件を満たすか否かについて、上記の事柄も勘案されると答えましたが、みなさんはどう考えますか？

X(夫)に資力が十分あり、離婚しても、相手方配偶者が社会的・経済的にきわめて過酷な状態におかれる、ということがなければ、どうか？

離婚の可否を決定するための判断要素を抜き出し、諸要素の間の軽重を考慮することが重要。

米倉明『法学入門』40頁以下の<問題>のうち、(1),(3),(5)につき、次回に各自、簡単な解答を書いてきて下さい。