

は し が き

情報化やグローバル化によって、私たちの社会は大きく変わりつつあります。しかも、今後の日本では、人口減少や少子高齢化が進むことで、より効率的で公正な社会のあり方が求められています。

多様な人々が共に生きる社会では、その運営のためのルールとして、「法」が重要な役割を果たしてきました。法は、私たちの生活の隅々に関わっています。買い物するときにも働くときにも、恋愛をしたり、インターネットを楽しんだりする瞬間にも、実は法が私たちの行動に影響を与えています。民主主義の下では、法のあるべき姿を議論し、それを通じて社会を変えていくことが、政治参加の重要な一部でもあります。

このように、法を理解することは、市民として生きていくために必要な能力であるにもかかわらず、法律家以外には、縁遠いものとして感じられてきたことも確かです。それは、「法」と聞いた多くの方が、分厚い六法全書をイメージすることに、表れています。しかし、法律の細かな条文を一つ一つ覚えることは、優れた法律家であっても、現実には困難です。むしろ重要なのは、法がどのような考えで設計され、運用されているかを理解して、法の下で正しく紛争を解決したり予防したりできることなのです。このような、法に関する知的な営みを体系化した学問を、「法学」といいます。

前置きが長くなりましたが、この本は、現代社会に市民として生きるための法学の手引き書です。「法学入門」と題する本はたくさんありますが、ライフサイクルや暮らし、経済などの場面で法が果

たしている役割を具体的に明らかにしているところ（第3章）に、本書の特徴があります。その前提となる基本的な法分野の解説（第2章）でも、法の解釈や法が適用される手続を重視することで、法学のリアルなイメージを持っていただけるよう、工夫しています。

法学にとって最も難しい問いは、ずばり「法とは何か」というものですが、本書の冒頭では簡単な説明にとどめています（第1章）。本書の最後に、法と法学の歴史を詳しく振り返ることで（第4章）、法の役割や課題に、多角的にアプローチしています。

本書の使い方は、読者の皆さんの自由です。生活で直面した法的问题や、関心を持った分野から探して読んでも、また、難しいと思ったところや興味のない部分は飛ばしても、結構です。でもいつかは、最初から最後まで読み通して、法と法学の現在の姿をつかんでいただければ、と願っています。

本書の執筆者は全員、中堅・若手の法学研究者です。本書を作るプロセスでは、何度も会合をもって議論し、自分の専門分野を含めてお互いに教え合いました。そのことを通じて、私たち自身が法学について新たな理解を得たことは、とても楽しい経験でした。その楽しさも、皆さんに伝われば幸いです。

本書の刊行にあたっては、有斐閣の藤本依子さん、井植孝之さん、荻野純茄さんに大変お世話になりました。この場を借りて御礼を申し上げます。

2021年3月

執筆者一同

著者紹介

編著者

穴戸常寿 (ししど じょうじ) 東京大学教授
[第1章1・2 / 第2章4 / 第3章1]

石川博康 (いしかわ ひろやす) 東京大学教授
[第2章2 / 第3章2]

著者

内海博俊 (うちうみ ひろとし) 立教大学教授
[第1章3 / 第2章1]

興津征雄 (おきつ ゆきお) 神戸大学教授
[第3章5・7]

齋藤哲志 (さいとう てつし) 東京大学教授
[第4章]

笹倉宏紀 (ささくら ひろき) 慶應義塾大学教授
[第2章3 / 第3章6]

松元暢子 (まつもと のぶこ) 学習院大学教授
[第3章3・4]

目 次

第 1 章 法とは何か	1
-------------	---

1 法とは何か	2
社会規範としての法／法と道德の関係／法と権利／法の役割と機能	
2 システムとしての法	6
法の存在形式／法秩序／法の分類／法システムと他のシステム	
3 法の解釈と適用	10
(1) 法規範とその適用	10
要件と効果／法的三段論法	
(2) 法の解釈	12
解釈の必要性／解釈を要する例	
(3) 解釈の方法	14
文理解釈とその限界／基本的な解釈の方法	
(4) メタ・レベルの解釈方法	16
解釈同士を比較する／文理からの距離／法の目的から考える／法の機能から考える	
(5) 新しい解釈方法の発展	19
利益衡量の精緻化・定量化／立法論との接近	

第 2 章 法の基本——憲法・民法・刑法・手続法	23
--------------------------	----

1 法と手続	24
(1) なぜ手続なのか——3つの視点	24
自力救済の禁止／人間の能力と資源の限界／権利としての手続保障／デュー・プロセス	
(2) 手続法の前提と概観	27
裁判手続の種類／裁判手続のインフラ／裁判手続の基本型としての	

民事手続／判決と執行の区別	
Column① 判決・決定・命令	31
(3) 判決手続の開始から終了まで	31
訴え提起と訴状の送達／民事保全／争点・証拠の整理／民事訴訟における情報収集手段／証拠調べから判決へ／上訴とその機能／確定判決とその効力	
(4) 民事訴訟における重要原則	38
処分権主義／弁論主義／職権探知主義／事実と法の峻別と法的観点指摘義務／自由心証主義／証明度と証明責任	
(5) 裁判外紛争解決（ADR）	43
ADRの意義／仲裁と調停	
2 民法	45
(1) 民法と民法典	45
(2) 物権と債権	46
(3) 債権①：基本原則としての契約自由	47
(4) 債権②：契約を支える法制度の諸相	48
契約内容の形成に関する枠付けと支援：典型契約制度／各典型契約類型の概要／合意の真意性を確保するための制度：意思表示／自分に代わって法律行為を行ってもらうための制度：代理／契約が履行されない場合における救済手段	
(5) 債権③：債権の消滅時効	55
消滅時効に関する時効期間と起算点／時効の効果発生メカニズム／時効障害：時効の完成猶予と更新	
(6) 物権変動をめぐる法的規律	58
物権変動に関する意思主義と対抗要件主義／不動産物権変動と民法177条／動産物権変動と即時取得／時効による物権の取得：取得時効	
Column② 善意と悪意	60
3 犯罪と法	63
(1) 刑事法	63

刑事法の意義／憲法と刑事法

(2) 刑 法 ……………64

刑法の目的と機能／応報刑と目的刑／刑罰の種類と内容／刑法の基本原則／犯罪論の体系／構成要件該当性／違法性／有責性／責任能力／故意・過失

Column③処罰の早期化の傾向 72

(3) 刑事訴訟法 ……………76

刑事手続の意義／刑事手続の仮設性／刑事訴訟の基本構造／刑事手続上の基本的人権／適正手続の保障／捜査／強制捜査・任意捜査／逮捕・勾留／取調べ／公訴の提起／訴追裁量のコントロール／起訴状／公判手続／手続のバリエーション／証拠裁判主義・自由心証主義／証拠能力／自白／伝聞証拠／違法収集証拠排除法則／証明の水準・証明責任／有罪率／三審制／非常救済手続

Column④刑事司法における被害者 76

(4) 裁判員制度 ……………94

裁判員制度の概要／裁判員制度がもたらしたもの

4 憲 法 ————— 97

(1) 立憲主義 ……………97

国家と法／憲法と立憲主義／統治と公共の福祉／法の支配

(2) 日本国憲法の特徴 ……………100

明治憲法／日本国憲法の成立／国民主権／個人の尊重と基本的人権／平和主義／憲法の2つの構成部分——人権と統治

Column⑤日本国憲法以前の法令は？ 101

(3) 基本的人権の保障 ……………105

基本的人権総論／人権制限の合憲性に関する判断枠組み／幸福追求権と平等／自由権／国務請求権／社会権／参政権

(4) 統治機構 ……………111

権力分立／国会／内閣／裁判所／地方自治

 第3章 法と社会——領域からみる 117

1	ライフスタイルをつらぬく法	118
(1)	個人のライフスタイルと社会、そして法	118
(2)	出生から成年になるまでの法 権利能力と意思能力／未成年者	118
(3)	親子関係と法 実親子／養親子	119
(4)	子どもの福祉と教育に関する法 子の養育／子どもの福祉／子どもの教育	121
(5)	職業・労働に関する法 労働法／非正規雇用	123
(6)	婚姻と法 婚姻・家族観の多様化と法／DV等の規制／婚姻の解消	124
(7)	オカネと法 租税／経済的更正／防貧と救貧	126
(8)	病気や高齢化と法 制限行為能力者／年金・医療・介護	128
(9)	死と相続 死と法／相続	129
2	人々の暮らしと法	131
(1)	市民の社会生活における基本的なルールとその修正	131
(2)	労働契約の適正化のための法的規制	132
(3)	不動産の賃借人を保護する特別ルール：借地借家法	133
(4)	事業者・消費者間の情報・交渉力格差の是正 消費者契約法による消費者取引の適正化／集団的な消費者利益を保護するための各種の訴訟制度	134
(5)	約款による契約の適正化	136
(6)	業法規制による消費者保護	137

(7) 違法な侵害から権利を守る法：不法行為法	138
不法行為による損害とその填補／保険制度による危険分散と被害者救済／不法行為法の体系と過失責任主義／不法行為に関する特別法：過失責任主義に対する修正	
3 組織に関する法	143
(1) 組織を権利義務の主体とするための制度：法人	143
法人	
(2) 法人の設立と消滅	144
設立／清算または再建	
(3) 「ガバナンス」とは	146
プリンシパル＝エージェント関係／フューチャー	
(4) 株式会社のガバナンス	148
会社法による取締役の規律付け／コーポレートガバナンス・コード／公益通報者保護法／社外取締役	
(5) 非営利法人のガバナンス	151
非営利法人／株式会社との共通点と相違点	
(6) 地方公共団体のガバナンス	153
長と議会／情報公開	
(7) 地方公共団体、株式会社、非営利法人のかかわり	154
株式会社と非営利法人の連携／地方公共団体と株式会社・非営利法人との協働	
4 市場にかかわる法	157
(1) 契約自由の原則と強行規定・任意規定	157
強行規定と任意規定／商事売買	
(2) 裁判例による契約内容の解釈	158
継続的取引の終了／解雇権濫用法理	
(3) 取引や行動を制限する法	160
カルテル／優越的地位濫用／課徴金	
(4) 関係特殊的投資を行った当事者の保護	162

(5) 国際商取引に関する法	163
国際取引／ルールや書式の統一	
(6) 融資に関する法	165
資金調達の方法／人的担保／物的担保／融資に関する責任	
(7) 会社の支配権市場	167
(8) 証券市場と法	169
情報開示／適合性原則／インサイダー取引の禁止	
5 公益実現のための法	172
(1) 公益と法	172
(2) 公益とは	173
公益概念の多義性／公益の内容／公益を決定する主体と手続	
(3) 公益実現の手法	176
(4) 公益と私人の権利	177
対立関係／包摂関係／私人の権利を保護する手続	
(5) 具体例——環境法と社会保障法	180
環境法／社会保障法	
(6) 地方自治——部分秩序の「公益」	182
6 情報にまつわる法	184
(1) 情報と法	184
(2) 情報流通の促進——公共財としての情報	184
公共財としての情報／表現の自由／情報開示義務／知的財産権	
(3) 情報流通の抑制	187
プライバシー／プライバシー権とその諸相／名誉権／国家による監視と個人の自由	
(4) 高度情報通信社会における「情報秩序」	191
「自由な空間」としてのインターネットの光と影——プラスの面／	
「自由な空間」としてのインターネットの光と影——マイナスの面／	
ビッグデータ／自由と安全のバランス——犯罪の温床としてのインターネット／私企業による秩序形成／自生的秩序・分権化／新しい	

7	グローバル社会の法	201
(1)	国境を越える法	201
(2)	国際法——国家間関係の規律	201
	主権国家と領域主権／国際法の法源	
(3)	国際法と国内法	203
	条約の国内実施／国際法違反と国内法	
(4)	国際私法——法の抵触	206
	国際私法とは／国際的な民事紛争	
(5)	国籍——国際社会における個人	207
	国籍の意義と効果／国籍の取得／国籍国の保護が受けられない者	
(6)	国際社会における紛争解決	209
(7)	グローバル・ガバナンスと法	210
	グローバル・ガバナンス／ソフトロー	

第4章 法とは何か、再び——違った角度から 213

1	はじめに	214
	法の変遷と多様性／正しさ、法＝権利／本章の対象	
2	近代法の淵源	217
	民事訴訟の成立／法務官法と法助言者／中世ローマ法学／フランス ／ドイツ／イギリス／「正しさ」を実現するのは誰か	
3	近代法の確立	225
	近代法のメルクマール／フランス革命／社会契約説と人権宣言／ナ ポレオン諸法典／プロイセン一般ラント法／法典論争からパンデク テン法学へ／議会主権の確立／法源の変容／アメリカの独立	
4	近代法の修正	233
	近代法のフィクション性／仏独関係／ドイツ民法典／日本における 近代法継受／市民法の変容／福祉国家／法学の変容：ドイツ／法学 の変容：フランス／法実証主義の限界	

Column®社会主義法 243

5 近代法の射程 ————— 243

国家を超えて／国家ではなく／人の分化／人の範疇化

事項索引 249

1 法とは何か

社会規範としての法

法とは何か、という問いは非常に難しく、法学者の中でもさまざまな答えがあるし、どのような観点から答えるかも一様ではない。ここでは、「**社会あるところに法あり**」(*Ubi societas, ibi ius*) という古いことわざ(法諺)を手がかりに、考えていくことにしよう。

社会といっても、さまざまである。たまたま何かのきっかけで出会った2人が、その出会った事情が終わるまで話をして共同で何かを成し遂げるというのも、広い意味での社会である。夫婦、親子といった家族も、大学生の部活動やサークルも社会であるし、ずっと人間の数は多くなるが、会社や地域社会も社会である。国家も、国際連合などの国際社会もまた、社会といえる。

特定の目的で意識的に作られた社会もそうでない社会もあるし、社会の構成員が入れ替わっても続いていく社会も多い。しかし、なんとなくできた社会でも、時間が経つにつれて、誰が社会の構成員なのか、全員で物事を決めるのか役割を分担するのか、社会は何ができて何ができないのか、構成員は何をしてよくて何をしてはならないのか、社会の運営のコストを誰がどの程度担うのか等々のさまざまなルール(社会規範)が、適切な運営のために必要になってくる。

言い換えれば、このような社会規範があってはじめて、社会は成り立っているといってもよい。特に構成員の数が増え、社会が複雑になってくると、構成員の間に、紛争が生じてくる。そのような紛争をあらかじめ避けるための規範、また、紛争が生じた場合にそれ

を解決するための規範が、必要になる。法は、このような紛争を解決し予防すること、それを通じて人々の協働を可能にするための、社会規範である。

法と道德の関係

社会規範には、法のほかにも、**道德**、**慣習**、**宗教**などがある。それぞれの境界は曖昧なこともあるが、単純化していえば、道德は善を促し、悪を禁止するルールであり、慣習は社会で共有された標準的な行動の様式である。宗教は人間を超える存在（神や仏等）を中心とする観念の体系だが、教義により人々の行為や振る舞いが定められる。これらの社会規範は、人々に「〇〇すべし」という**当為**を命じる点では、法と共通した性格をもっている。

それでは、他の社会規範と比べて、法にはどのような特徴があるだろうか。この点は特に、法と道德の関係という形で、古くから議論されてきた。一般に、法は人間の外面的な行為にかかわるとともに、国家により強制されるものである。法に違反すれば刑罰や損害賠償などの**制裁**を覚悟しなければならない。これに対して、道德は人間の内心にかかわり、それに違反しても、良心の呵責を感じたり他人からの非難を受けたりするにとどまる。このようにみれば、法と道德は異なる社会規範であることになる。

しかし法は、道德、とりわけ**正義**と結びつけられてきた。正義に反する法に人々が従うべきかどうかは、「**悪法も法か**」という形で長く議論されてきたテーマであって、いまなお解決をみていない。現実の法の内容をみても、人々に対する制裁の条件として人間の心理状態（**故意**など）を要求する場合も多いし、例えば殺人罪のように、**道德的に許されないと同時に法的にも制裁の対象となる行為**は

多い。このため法と道徳を峻別することはできず、むしろ「法は必要最小限の道徳」といわれることもある。

とはいえ、法が道徳と一体化し、人々の内面に深く立ち入ることになると、国家による道徳の強制にもつながることに注意しなければならない。多様な考え方や生き方を認める社会にあっては、特定の道徳を強制することを避け、多様な人々が共生する社会を維持発展させるために当為を命じるが、それを超える問題は道徳などに任せることが、適切であろう。このように法と道徳の関係を捉える立場も道徳理論の1つとみることもできるし、その場合にはそのような道徳理論が法を支えるものといってもよいであろう。

法と権利

社会を構成する人間と人間の間には、家族、友人、取引、職場等々、多様な生活関係が存在する。この生活関係を法が規律するときには、それは同時に法的関係（法関係）となる。法関係のあり方は、基礎となる生活関係のあり方とともに、それを法がどのように規律しようとするかによっても、変わってくる。

例えば、「赤信号を渡るな」という法規範のように、法が人々に「〇〇するな」ということを命じるだけの場合がある。この場合の法は、特定の人に義務を課す、客観的な規範である。これに対して、取引の法的規律として、「買主は売主に代金を支払え」という規範を考えてみよう。この規範は、取引関係を権利義務の関係とし、売主に代金の支払を求める権利を、買主に代金を支払う義務を発生させる。言い換えると、この規範は、自分の利益のために規範を遵守して行動するよう買主に求める法的な力を、売主という主体に与えているのである。このような場合には、実体としては、法と権利義

務は同一のものである。ドイツ語では、同じ“Recht”という単語が法と権利をともに意味しており、「客観法 (objektives Recht)」という場合には規範を、「主観法 (subjektives Recht)」という場合には権利のことを指しているが、これはいま説明した事情のわかりやすい表現である (→ 215 頁)。

なお、権利の本質を何に求めるかについては、大きく 2 つの見方がある。いま挙げた例でいうと、規範を遵守して行動するよう求める法的な力が与えられているかどうかを重視する見方を「意思説」、特定の人の利益を法が保護しているかどうかを重視する見方を「利益説」という。

法の役割と機能

ここまで、法が紛争を解決し予防し、それを通じて人々の協働を可能にするための社会規範であることを説明してきた。より詳しくいえば、法はただ紛争を解決すればよいというものではなく、「正しい」解決でなければならない。とはいえ、「正しさ」の基礎になる道徳や正義に関する考え方は多様にあり、当事者は自分の方が正しいと思っているからこそ、紛争も生じているのである。このような状況で、人々の幸福を効率的に実現する、人々の利益や意見を公正に扱う、将来の紛争を予防する等のさまざまな価値を考慮に入れながら、どのような紛争解決が「正しい」かを社会共通の規範として定めることが、法の役割なのである。

このような法規範は、紛争を通じて裁判の形で明らかにされることもあれば、社会で権限を有する者により定められること (立法) もある。いずれにしても定められた法規範に違反した者は制裁を受けることになる。しかし、実際に制裁が発動されることは少ない。

第1章 法とは何か

それは、法に従わなければ不利益を受ける、逆に法の認める範囲内で行動すれば不利益を受けないとか、法規範に沿って生活関係を形成すれば、それが権利として守られるというインセンティブが人々に生まれる結果、法規範に違反する行動が現実には少なくなるからである。

このため、定められた法規範の内容を理由もなく変更することは人々の期待に反することになり、特にその法規範のもとで成立した現実の権利義務関係を変化させると、社会秩序の安定を損なうことにもなりかねない。たとえそれが正義に反するように見える事態をもたらしても、法規範が変更されるまではその強制力が認められるのは、このためである（法的安定性）。

2 システムとしての法

法の存在形式

社会生活が多様であり複雑であればあるほど、それを適切に規律するためには、法規範も多種多様で、また膨大なものになる。『六法全書』を初めて見た人は、そのボリュームに驚いたかもしれないが、それは日本社会で法的な効力をもつ法規範のうち主要な部分を収めたにすぎないのである。それでは、このように圧倒的な量の法規範を、私たちはどのような形で認識することができるのだろうか。

法規範が存在する形式のことを、**法源**という。現代の私たちが普通、法規範といって思い浮かべるのは、**制定法**という法源である。これは、法規範を表現しようと意識して、権限のある者が定めた文章の形をとっている（**成文法**）。例えば、刑法199条は、国会が定

1 ライフサイクルをつらぬく法

(1) 個人のライフスタイルと社会、そして法

私たちは出生して、成人として自立し、そしていつかは生を終える。こうした人間の一生に、法は密接にかかわる。憲法13条が定める個人の尊重は、私たち一人ひとりが自分の生き方（ライフスタイル）を追求する個人としてお互いに尊重されるべきことを意味する（→103頁）。その反面、生活に必要な水や食物、エネルギー等を一人で確保することはできない。個人は自らのライフスタイルを追求するためにも、社会を形成し、協働しなければならない。社会規範である法は、紛争の解決や予防を通じて、個人のライフスタイルの追求を守り、助ける役割を担っている（→5頁）。

ここでは、人間の一生（ライフサイクル）を、①出生から成人として自立するまで、②成人としてのライフスタイル、そして③自律的な能力が弱まり死を迎えるまで、の3つのステージに分けて、法とライフサイクルのかかわりをスケッチする。

(2) 出生から成年になるまでの法

権利能力と意思能力 | 権利義務の帰属主体となることができる資格を権利能力という。すべての人は出生と同時に私法上の権利能力をもつ（民法3条1項）。なお、不法行為による損害賠償請求と、相続・遺贈についてはその時点で出生していない胎児についても、生まれたものと擬制され、その限度で権利能力が認められる（721条・886条・965条）。

権利能力をもつこととは別に、戸籍法により、出生証明書を添えた出生届に基づき、戸籍に登録することで、出生した子の存在は公に認められる。

また、権利能力をもつことと、現実に権利をもち義務を負うために必要な行為ができることは、同一ではない。契約（→47頁）のような法律行為を有効に行うためには、権利をもち義務を負うということを認識・判断してそれを外部に発表できる能力（**意思能力**）が必要である（3条の2）。出生から7～10歳頃までの子どもは、意思能力を欠いており、法律行為をしても無効である。

未成年者

成長して意思能力を備えても、未成年者（成年に達しない者）は、法の世界ではまだ自律した個人ではなく、保護や支援を受けるべき存在である。民法は、未成年者が法律行為をするには法定代理人（→52頁。通常は両親）の同意が必要であり、同意のない行為は取り消すことができると定める（5条）。このように**行為能力**の制限を受けた者を**制限行為能力者**と呼ぶ（→128頁）。民法の成年年齢は1898年に民法が施行されて以来、20歳と定められてきたが、2018年には18歳に引き下げの改正が成立し、2022年から施行される。

国会議員等の選挙については、憲法が成年による普通選挙を保障している（15条3項）。言い換えると、未成年者（18歳未満の者）に選挙権は認められていない（→111頁）。刑事未成年（14歳未満）や20歳未満の者の犯罪については、74頁参照。

(3) 親子関係と法

親は子に対する自然的関係によって、子の将来に深い関心をもち、

配慮すべき立場にある。民法は、成年に達しない子は父母の親権に服すること、親は子の利益のために子の監護教育の権利を有し義務を負うこと、親権者が子の法定代理人となることを定める（818条・820条・824条）。親子関係は、婚姻とともに、**家族法**（民法典の親族編及び相続編）の重要な規律対象である（→45頁）。

家族に対する法的規律のあり方は、時代や文化によってさまざまである。第二次世界大戦前の日本では戸主の権限が強い家制度がとられていたが、日本国憲法は、家族に関する法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない（24条2項）としており、家制度は廃止された。現在の家族法は、核家族のあり方を前提にしている。婚姻については124頁で述べるので、ここでは親子関係に関する民法の定めを確認しておきたい。

実親子

親子関係には、血縁関係のある実親子と養子縁組により成立する養親子がある。実子は、法律上の婚姻による「**嫡出子**」とそうでない「**嫡出でない子**」に区別される。**嫡出子**については、民法は「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」（772条1項）、「婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する」（同条2項）と定めている。なお、2020年に成立した生殖補助医療特例法は、女性が他の女性の卵子を用いて懐胎し出産した子の法律上の母を、卵子を提供した女性ではなく、出産した女性としている。

嫡出でない子は、条文上は、父または母の認知によって法律上の親子関係が発生する。ただし、母子関係は懐胎または分娩という事実から明らかなので認知は不要と解されており、実際に認知届が必

要なのは父子関係である。嫡出でない子に対する偏見や差別は長く社会問題として議論されてきたが、最高裁は2013年、嫡出でない子の法定相続分（→130頁）を嫡出子の2分の1とする民法の規定を法の下での平等（憲法14条）に反すると判断し、その際に「家族という共同体の中における個人の尊重」が確立してきたことを強調している（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）。

養 親 子

養親子関係が有効に成立するためには、養親となる者と養子となる者が養子縁組の合意をして、届出をしなければならない。未成年者を養子にする場合、子の福祉を害さないために、家庭裁判所の許可を得る必要がある。また養子が15歳未満の場合は、養子の法定代理人である親権者または後見人が養子縁組の承諾（代諾）をする（民法797条・798条）。普通の養子縁組では、養親子関係とともに実親子関係も残るが、実親の同意のもとで、養親になることを望む夫婦の請求により、家庭裁判所の決定によって、実親との法的な親子関係を解消したうえで養親子関係を結ぶ仕組み（特別養子制度）も設けられている（817条の2以下）。

養子は縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得する（809条）。養親子関係を解消するには、協議離縁、または一定の離縁原因に基づく裁判離縁の手続が必要である。

（4）子どもの福祉と教育に関する法

子 の 養 育

民法は、直系血族（親子、祖父母と孫の関係）、兄弟姉妹の間に、相互の扶養義務を負わせている。家庭裁判所は、特別の事情があるときには、3等内の親族（おじ・おばとおい・めいの関係や、父母と子の配偶者の関係等も含む）にも、

扶養義務を負わせることができる(877条)。これらの義務は、扶養者の生活に余裕がある場合に、その限度で困窮している生活扶養者を扶助する義務(生活扶養義務)であるが、親は経済的に自立する前の子(未成熟子)に対しては、進んで自分の生活と同質・同程度の生活を確保する義務(生活保持義務)があるとされている。

子どもの福祉

このように、自立するまでの子の養育は第一次的には親の責任とされるが、将来社会の構成員となる子が自律した個人として成長することは、社会全体の関心事でもある。**児童福祉法**は、保護者と並んで国および地方公共団体も児童の健全育成について責務を負うことを明らかにしている。

子どもの福祉のための制度には、例えば母子保健制度や保育所保育、児童手当制度がある。少子高齢化の進展を受けて2012年には子ども・子育て支援法が成立した。さらに、経済的格差の拡大や子どもの貧困率の上昇を受けて、2013年には**子どもの貧困対策推進法**が定められ、ひとり親家庭への支援等が行われている。

子どもの教育

子どもが自律した個人へ成長するためには、教育が不可欠である。憲法は教育を受ける権利を保障し、保護する子女に普通教育を受けさせる義務を国民の義務と定め、義務教育を無償としている(26条→110頁)。これを受けて、**教育基本法**は教育の目標・目的、教育に対する不当な支配の禁止等を定め、**学校教育法**が、各種学校について具体的な規律を置いている。

このほか地方公共団体の青少年健全育成条例は、青少年の深夜外出の制限、青少年とのみだらな行為の禁止等を定めている。

5 公益実現のための法

(1) 公益と法

法は、価値観も思想も異なる人々が社会を構成し、その中で共同生活を営んでいくためのツールである。そのことからすると、社会全体の利益すなわち**公益**の実現もまた、法の重要な目的または機能といえる。憲法では「**公共の福祉**」（→99頁）という言葉がもっぱら用いられるが、公益と同じものを指すと理解してよい。

公益は、しばしば私益と対比される。私益とは、私人に帰属する個別的利益のことである。私人とは、公益実現を任務とする公的主体（典型的には国および地方公共団体）に対抗して、私益を享受する主体を示すときに用いられる言葉であり、個人（自然人）および公的主体以外の法人（会社など）をいう。公的主体は、そのほとんどが法人格（→143頁以下）を有するので、**公法人**とも呼ばれるし、その任務である公益実現はしばしば行政作用の目的とされるので、**行政主体**とも呼ばれる。

法の分類〔→9頁〕のうち、民法や商法（会社法）などの**私法**は主として私益の保護にかかわり、憲法や行政法などの**公法**は主として公益の実現にかかわると一応いうことができる。しかし、公益実現において私法の果たす役割も無視できないし、逆に公法は私益との関係で公益の限界を定めることによって、私益を保護する機能ももつため（→177頁以下）、両者は必ずしも一対一に対応しているわけではない。本節では、視野を公法に限定せず、公益実現のための法制度を広く取り上げることにする。

(2) 公益とは

公益概念の多義性

公益という言葉は、公法と私法とで異なった意味に用いられることがある。公法では、前述のとおり社会全体の利益をいい、行政作用の目的をなすと考えられている。日本の法が実現すべき公益は、日本の社会全体の利益である。

私法では、公益という言葉をこの意味で用いることもあるが、私人の行う活動に「公益」性が認められることもある。公益法人（→151頁）の追求する「公益」がそれである。「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（公益認定法）2条4号は、「公益目的事業」を「学術、技芸、慈善その他の公益に関する……事業であって、不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するものをいう」と定義しているが、これは社会全体の利益と重なることもあれば、社会の中の一部の利益にすぎないこともあろう（一部であっても「不特定かつ多数の者」に当たることはありうる）。現代社会では、公益の内容が多元化・多様化しているといわれており、その担い手である非政府組織（NGO）が追求する「公益」も無視できない重要性をもつが、以下では、まず基本となる概念を押さえるために、もっぱら社会全体の利益という意味での公益を念頭に置くことにする。

公益の内容

逆説的に聞こえるかもしれないが、私益の保護がそのまま公益の実現につながるとみなされることがある。例えば、人々の生命・身体が他者からの攻撃によってみだりに侵害されないように秩序が維持されること（侵害された場合にはしかるべき制裁や賠償によって秩序の回復が図られること）は、ど

んな社会でも最低限追求されなければならない公益であるといつてよいだろう。所有権をはじめとする財産権の保護も同様である。このような公益の実現は、刑法や、民法の不法行為法が、私益の保護を通じて担うことになる。

市場経済を維持し発展させるには、取引のルールを定めた契約法も重要になる。市場の機能を重視する自由主義的な立場では、公益は私人の活動（とりわけ市場における取引）を通じてこそ最もよく実現されると想定され、法の役割は私人の自由を阻害する要因の除去に限定される。また、紛争が生じてから裁判所が法の適用を通じてそれを解決する**事後規制**のモデルが中心となり、行政機関は治安の維持など最小限の役割を担うにすぎない。

それに対し、市場の機能の限界（経済学にいう**市場の失敗**）を直視する立場では、独占の禁止による公正な競争秩序の維持、労働者や消費者などの市場における構造的弱者の保護、市場からこぼれ落ちた人々に対するセーフティネットとしての**社会保障**の提供、環境保護など市場が機能しにくい分野の規制などが、公益として追求されるようになる。この立場では、民法や刑法の一般法は修正を余儀なくされ、特定の公益を目的に掲げる政策的立法が多く活用される。そして、公益に反する事態を未然に防ぐために行政機関が積極的に介入する**事前規制**のモデルが存在感を増していく。このモデルでは、立法および行政の役割が増大するため、統治主体としての国家が前面に出てくる。このような国家は、**社会国家**や**福祉国家**、また行政権の役割が増大した国家という意味で**行政国家**などと呼ばれる（→113頁，237-238頁）。法は、国家による社会統制を権限づけるとともに限界づける役割が期待されるようになる。

以上の2つの立場はあくまでも理論モデルであり、資本主義国

でも多くの国々は時代により両者の間を揺れ動き、また両者をミックスした政策をとっている。日本では、第二次世界大戦後、行政機関が許認可権限を背景とした**行政指導**を多用して企業活動をコントロールする政策が展開されてきたが、20世紀後半から21世紀初頭にかけて、「事前規制から事後チェックへ」の標語のもと、規制緩和政策が推進された。しかし、同時にその問題点もあらわになり、揺り戻しの動きもある。

公益を決定する 主体と手続

以上のとおり、公益にはその社会の設立目的や選択に応じてさまざまなモデルが観念できるとし、各モデルにおいても、具体的に何を公益として追求するかには、選択の余地がある。また、同じ目的を追求するにしても、刑法や不法行為法のような事後規制によるか、行政的な許認可制度のような事前規制によるか、手段についても幅がある。そこで、何を公益として掲げ、それをどのような手段により実現するかについて、誰がどのようにしてそれを決めるのかという主体・手続の視点が重要になってくる。

最良の決定主体・手続（政治形態）が何かということについては、政治哲学・政治思想史上の大論争があるが、現在までのところ、社会の構成員である国民が最終的な決定権をもち、社会の構成員の平等な参加に基づいて決定すべきであるという**民主主義**が、長い歴史の中で最もマシな決定主体・手続のあり方と考えられており、日本国憲法も代表民主制を採用している（→102頁）。民主主義に基づいてされた決定のうち、容易に変更すべきでない根幹部分は憲法という形式で表現され、それを具体化する規範は法律という形式で制定される。行政機関は、法律が特定した公益を実現する任を担うに

すぎず、追求されるべき公益を自分で定めることは（その旨の法律の委任がない限り）できない。これは、行政活動が法律に基づいて行われなければならないことを内容とする**法律による行政の原理**の基礎にある理念である（→100頁）。

（3）公益実現の手法

公益実現の手法として、刑事的手法、民事的手法、行政的手法を区別することができる。刑事的手法とは、公益に反する行為を犯罪として定め、犯罪を行った者に刑罰という制裁を科すことにより、その威嚇のもとで公益に反する行為を抑止しようとするものである。殺人や窃盗などの伝統的な犯罪類型は刑法典に規定されているが、交通犯罪や経済犯罪など現代社会の要請に応じて創設された犯罪類型は、道路交通法や独占禁止法など刑法典以外の法律（特別刑法という）に規定されていることが多い。

民事的手法とは、民法の適用ないし民事訴訟を通じて公益の実現を図ることをいう。公序良俗（民法90条）（→131-132頁）など民法典に規定された制度が利用されることもあるが、現代では、むしろ、民法典の前提とする私的自治の原則を修正する特別法（消費者契約法など→134頁）が存在意義を増している。

行政的手法とは、行政機関の行為によって公益の実現を図ることをいう。例えば、衛生管理の不十分な店舗において飲食店の営業を認めると、国民の健康という公益が害されるおそれがあるので、行政機関があらかじめ衛生管理についてチェックをし、基準に適合した者に営業の許可を与え、許可が得られない者については営業を禁止するという許可制がとられている（食品衛生法に定めがある）。法令に違反した者には、営業の停止を命じたり、許可を取り消したり

6 情報にまつわる法

(1) 情報と法

我々は、日常生活から、企業の活動、国や地方公共団体の行政活動、国家の防衛・外交に至るまで、情報に頼って行動している。したがって、情報の流れを制御することは、社会のあり方を決定することとほぼ同義である。もともと、情報は、形のある物（有体物）と異なり、自然の状態ではそれを物理的にコントロールすることができない。そこで、その制御を可能にする人為的な仕掛けが必要である。つまり、法の出番である。

法は、さまざまな目的を達成するために、ある場面では、情報の流通を阻害する事実上の障壁を除去してその流通を促進しようとし、また、別の場面では、人為的に障壁を設けて流通を阻止しようとしている。それらについて順次見たうえで、近時の情報通信技術の高度化・汎用化が法に突きつけている問題についても考えよう。

(2) 情報流通の促進——公共財としての情報

公共財としての情報

公共財とは、不特定多数の人が同時に享受することのできる財（やサービス）をいう。情報は、その本性においては転々流通、伝播し、しかもその利用について排除性・競合性がないため、公共財としての性質を備えている（誰でも使えるし、誰かが使ったために他の人が使えなくなることもない）。しかし、実際には、さまざまな事情により自由な流通が妨げられることがある。そこで、法は、情報の流通を促進す

るための規律を設けている。

表現の自由

憲法は、「表現の自由」を保障している（同 21 条）。我々は他人とのコミュニケーションを通じて人格を陶冶^{とうや}し発展させていく（「自己実現」の価値）。また、民主政が健全に機能するためには、多様な意見が自由に表明され、自由闊達な議論が行われる必要がある（「自己統治」の価値）。ところが、過去の全体主義の経験や今なお存在する独裁国家の例が端的に示すとおり、表現の自由は国家の規制によって容易に傷つけられ、しかも、いったん毀損されると民主政の過程でそれを回復することは困難である。そこで、「表現の自由」は、他の基本的人権に比して優越的な地位を有し、強い保護に値する（したがって、その規制は厳格な審査に服する）と考えられている。

最高裁判所は、報道機関の表現行為、すなわち報道について、それが「民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供」する意義を有するものとしたうえで、思想の表明の自由のみならず事実の報道の自由も憲法 21 条の保障のもとにあると明言し、さらに、報道の前提となる取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし十分尊重に値すると述べている（最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁）。

もちろん、表現の自由を認めれば、低俗な言論や根拠のない言論も流通することになる。しかし、表現の自由が十全に保障されている限り、それらの言論は他者の表現活動による批判にさらされることによって自ずと淘汰されていくはずである（「思想・言論の自由市場」）。そのことに期待して、国家による介入は極力抑制される。

情報開示義務

表現の自由は情報の受け手の存在を前提とするから、受け手が情報の摂取を妨げられたならばその保障は画餅に帰する。そのみならず、人格の陶冶・発展や健全な民主政の維持のためには、より積極的に、受け手の側に情報を獲得する自由を認める必要がある（「知る権利」。前掲最大決昭和44年11月26日もこの権利に言及している）。そこで、法は、受け手の自由に着目した制度も用意している。

20世紀末に制定された**情報公開法**は、民主政のもとにおける政府の**アカウントビリティ**（説明責任）を全うするという考え方のもとに、誰であっても、特に理由を示すことなく、行政機関の保有する情報の開示を請求することのできる権利を保障した（地方公共団体にも同様の条例がある）。また、食品表示法その他の法令は、安全にかかわる情報を開示する義務を事業者に課している。さらに、金融商品取引法は、企業の外部の者が知りえない情報を企業内部の者が利用して金融取引により不当な利益を上げることを防ぐためにインサイダー取引を規制しつつ、企業がさまざまな情報を適時に開示する義務を課して、金融取引市場における競争秩序の維持と市場の健全性を維持しようとしている。

知的財産権

知的財産権とは、特許権や著作権などの総称である。新しい技術の発明や創造性の溢れる著作は、それが広く共有されることによって、我々の社会や文化を豊かにする。しかし、発明や著作物はひとたび公開されてしまえば、情報の非排他性・非競争性により誰でも自由に使えるため、発明者や著作者が正当な利益を得ることができず、発明や著作そのもの、あるいはそれを公開する誘因が削がれる可能性がある（自らの知的

営為の産物を他人が対価を払わず無償で勝手に利用できるとしたら、創造・創作の意欲はわかないだろう)。そこで、法は、情報の利用を一時的に制限しつつ将来的には自由化するという仕組みを採用した。

すなわち、**特許法**は発明について特許出願から 20 年間独占的に利用する権利を発明者に与えている。また、**著作権法**は個人の著作者については生存中（本人）と死後 70 年間（相続人等）、法人等の著作者については公表の時点から 70 年間、著作物の複製・頒布等の権利を独占することを認めている（英語で著作権は「コピーライト」といわれる。権利者に無断で著作物を複製することを禁止するというこの権利の意味を端的に示す）。これらの期間内に発明や著作物を利用したい他人は、発明者や著作権者に特許実施料や著作権料を払って利用させてもらうことになる。その一方で、保護期間終了後は、これらは、誰でも自由に利用することができる公共財となる（「パブリックドメイン」に移行する。いわゆるジェネリック医薬品〔後発医薬品〕はその一例である）。

こうして、法は、情報の利用・流通を人為的に制御することで、発明や著作に誘因を与えるという要請と、発明や表現の成果を社会一般で広く活用するという要請との調和を図っているのである。

(3) 情報流通の抑制

プライバシー | 情報が個人の私的領域にかかわるものである場合、その自由な獲得・流通は、時に、その人の人格的な生存を脅かすものとなりうる。思想・信条・信仰、趣味・嗜好・性癖、交友関係などが簡単に他人に知られてしまう事態を常に想定して生きていかなければならないとすると、我々は、常に緊張を強いられ、日々の行動を躊躇してしまうことになりかねない。

しかし、それでは、我々は、自らの人格を自由に発展させて生きていくことができない。そこで、法は、個人にかかわる情報を「プライバシー」に属するものとして、同意を得ないその獲得や流通を禁止し、それによって、個人の私的領域を守ろうとしている。

プライバシー権と
その諸相

現在我々が観念する「プライバシー権」は、19世紀末のアメリカで民事法（の不法行為法）上、「(ひとりで) 放っておいてもらう権利」が存在すると主張されたことに始まる。

わが国では、1960年代半ばに、実在の政治家をモデルとする著名小説家の作品がプライバシーを侵害するのではないかが争われた事案で、いまだ他人に知られていない「私事をみだりに公開されない」という意味でのプライバシーが民事法上保護されるものであることが初めて認められ（『宴のあと』事件）、その後、定着していった。

さらに進んで、20世紀後半からの**情報化社会**の進展に伴い、個人に関する情報が**データベース**に蓄積されさまざまな目的で統合・解析されることによって私生活の自由が脅かされることに対する問題意識から、プライバシー権は、古典的な「放っておいてもらう権利」から、個人情報の流れを自らが制御し、同意がない限り、個人情報を取得されない権利、取得された情報の適切な管理や開示・訂正・削除を求める権利を意味するものとして変遷を遂げた（**自己情報コントロール権**）。

21世紀初頭に制定された**個人情報保護法**は、個人情報の取扱いが「個人の権利利益」に影響しうることを前提としつつ、個人情報の取扱いについての基本原則を定め、収集にあたっての利用目的の

法学入門

Introduction to Law and Jurisprudence

2021年4月30日 初版第1刷発行

編著者 宍戸常寿

石川博康

著者 内海博俊

興津征雄

齋藤哲志

笹倉宏紀

松元暢子

発行者 江草貞治

発行所 株式会社 有斐閣



郵便番号 101-0051

東京都千代田区神田神保町 2-17

電話 (03)3264-1314 [編集]

(03)3265-6811 [営業]

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・株式会社暁印刷／製本・複製本印刷株式会社

©2021, George Shishido, Hiroyasu Ishikawa, Hirotooshi Uchiumi,

Yukio Okitsu, Tetsushi Saito, Hiroki Sasakura,

Nobuko Matsumoto. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります。

ISBN 978-4-641-12618-3

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。