

法教育の幾つかの問題

平成20年4月16日

法教育推進協議会

星野英一

I 序論

- * 問題は、①誰に、②何を、③どのように教えるかにある。
- * ①と③は関連する。以下②を中心に(Ⅲ)、①と③をごく簡単に(Ⅱ)述べる。
- * 本協議会のこれまでの検討の成果にできるだけ即して、さらに基本的に考えておくべきではないかと思われる点を幾つか取り上げる。

II 誰に、どのように教えるか(①③の問題)

- * 既に多くの議論があり、特に③はかなり技術的な問題を含むので、若干の点だけを挙げる。
 - * ルールの理解から始めることは適当であろう。まずは学校やクラスのルールを守ることの意味、やがてクラブやサークルを作る時のルールの作成、さらには現行ルールの改正の手続き、と進むのであろうか。そこには既に、行為規範や紛争解決規範のほか、後述する組織規範も含まれている。
 - * 小中高校生の中には、将来大学の法学部に進む者もいる。彼らを含め、生徒の理解力の発達に応じて義務教育でどこまで教えるべきか、高校生にはどこまで教えるべきかを系統的に考察すべきである。
 - * この際、法体系全体を鳥瞰する視点を持っている必要がある。これまでの法教育との連続性を考えることも必要だが、それに対する局部的修正では足りないであろう。
 - * この際、当然のことながら、基本問題、時事問題を上手にからませる必要がある。
 - * 以上はいわばタテの問題だが、いわばヨコの問題については、大学における法学教育について重要な文献があり、そこでの法学教育の教育機関に応じた多様性の指摘は、ここでも検討の視点の多様化という点、その他種々の面から有益である。
 - * 同論文にもあるように、法・法律に対する「内的視点」と「外的視点」の区別も検討の際に念頭に置くとよい。…「内的視点」＝ルールを受け入れてその維持に自発的に参加し、自分や他人の行為をルールから見る立場；「外的視点」＝ルールに単に観察者として望む立場…素直な生徒なら、学校やクラスのルールにつき、始めは親や先生に言われて従うことを学ぶが、その際も、ルールを守ることの意味を学べば、内的視点からしたがうことになる。やがて外的視点からルールを批判するようになるが、そこでもその改正を志すことによって、内的視点に立つことをより深く知る、というプロセスを辿るのであろうか。
- なお、すべてを疑うことからその哲学を出発させているデカルトが、『方法序説』において、次のように述べていることは、何かの参考にならないだろうか。「当座の準則…第一の格率…最も聡明な人たちが実践上では一般に承認する最も穏健な、極端からは最も遠い意見に従って自分の舵を取りながら、国の法律および慣習に服従してゆこう…」(落合太郎訳。岩波文庫版35頁)

III 何を教えるか(②の問題) - 若干の基本問題について

1. ルール(きまり、規則、法・法律)に対して一般的にどのように望むべきかを教えることと、基本的な(重要な)法・法律のルールの内容を教えることとの両面

2 「法」と「法律」の区別

- (1) 語源からの検討—iusと lex :droitとloi: RechtとGesetz: the lawとa law, laws
- (2) その同視は西欧近代の思想 (ある程度は事実の反映でもある)
- (3) 区別…法律=国などの正式の立法機関の制定したもの: 法=例—「生きた法」
「ソフト・ロー」
- (4) 区別に意味あり—厳密な概念的区別ではないが—法教育についても区別は有用

3 「民法」(私法)とは何か

* 予め結論を言えば、民法(私法)とは社会の基本的な組織法(constitution)であって、国家の基本的な組織法である憲法(constitution)と並んで社会全体の基本的な二大法律である。

(1) アプローチの方法

* 他の社会問題と同様に、民法も種々の観点から眺めることが出来る。

- ① 社会全体を構成する要素とそこにおけるアクターは何かという観点から
国家
経済社会(企業)
市民社会(ボランタリー・アソシエーション, NPO)
家族

② 法全体の社会的機能から

田中成明による法の社会的機能('06/5/23. 資料2. p. 1~2) から出発して考える。

まず4種の機能が挙げられている。

- (i) 社会統制…刑事法中心の見方
- (ii) 活動促進…民事法中心の見方
- (iii) 紛争解決…手続法・訴訟法、司法制度中心の見方
- (iv) 資源配分…行政法、社会法、経済法など中心の見方

次いで、社会的機能全体の統合的理解の必要性が説かれ、垂直的關係よりも水平的關係を基軸とする理解が重要であるとされる。具体的には、(ii)が基軸、(i)は(ii)の機能の外枠、(iii)は(i)(ii)の公正かつ実効的な作動の保障、(iv)は(ii)の公正な作動の支援であるとする。

これについては、以下のことが言えよう。

法全般の社会的機能をよく捉えている。しかし、…の後の、「〇〇法中心の見方」は、必ずしも適切ではない。例えば、民事法は、社会統制、紛争解決、資源配分を含むすべての機能を持つ。行政法も同様である。

- ③ 法が何を定めているかという観点から—従来からよく行なわれている分類
 - (i) 行為規範(行為法)
 - (ii) 救済規範
 - (iii) 裁判規範
 - (iv) 組織規範(組織法)

* 民法はこのすべてを持つ。特に、法・法律の持つ「社会の基本的な組織の形成」という機能を重視する必要がある。例えば憲法における統治機構(三権分立、

それぞれの組織)、行政法による行政組織、商法による会社組織など

④ 法律を構成する3要素

- (i) 法律の目的・理念(思想)
- (ii) 社会の実情(社会)
- (iii) 法律技術(言葉による技術)

(2) 民法の内容

① 民法の規定の内容(一つの制度が幾つかにわたることがある)

- (i) 日常生活の規範…財産、家族(「生活民法」) ← (「取引民法」)
- (ii) 市場経済の基本法…商法、取引所法、競争法 → 市場経済を取り入れようとする社会主義国・旧社会主義国で、民法、商法、民事訴訟法などの立法を急いでいる理由
- (iii) 「市民社会」の基本法…NGO・NPO(協同組合、労働組合、宗教団体、社会事業団体、文化団体、学術団体、芸術団体、スポーツ団体、レクリエーション団体、消費者団体、環境保護団体、人権擁護団体など)
- (iv) 法律の全般に通ずる基本的制度・概念(契約、損害賠償:法人、時効その他)

② 人間生活における民法

- (i) 生存の維持…経済
- (ii) 人類の存続…家族
- (iii) 安全の維持…主として行政法。民法では損害賠償、妨害排除・妨害予防・差止請求権など
- (iv) 芸術、学問、宗教、娯楽…

(3) 民法の理念

① 抽象的な理念…出発点は「人権宣言」-19世紀以来変遷あり(「市民法」から「社会法」へ)

(i) 古典的民法の理念(「市民法」)

財産法…自由、平等-自由に重点

家族法…自由、平等と弱者保護のための夫権、親権

(ii) 現代民法の理念(「市民法」と「社会法」の共存)

財産法…自由、平等-自由の制限、平等への配慮の増大=弱者の権利

→(友愛)連帯、共生…労働法、借地借家法、消費者法

家族法…自由、平等の徹底、「親密な愛情」…「イエ」制度廃止、男女平等

(iii) 「規制緩和」の時代(?)

*法の理念一般については、フランスのリセの教科書が参考になる。

右并基本的人権は、民法の中にも定められているということが出来る。む

- (iv) しるそれらは、憲法に先行して存在していた(例:「私的自治の原則」)。

② 社会の constitution としての民法の基本制度とその理念(民法の大原則)

以下の(i)(ii)(iii)の順序は、説明の視点によって異なりうる。この順

序は、市場経済の基本法という視点からの順序である。人間から出発するならば、法的人格から、上部構造・下部構造という考え方からは、所有権から始めることになるであろう。

- (i) 「契約」の自由（「私的自治の原則」）
- (ii) 「法的人格」の完全性と自由平等
- (iii) 「物」（これは、やや技術的な概念だから、省略可能）
- (iv) 「私所有権」の平等、自由（「絶対性」？）
- (v) 損害賠償（不法行為、契約）における「過失主義」（？）

(4)(5) 結論

以上のように、民法は憲法と同じ重要性を持つ。ところが、従来はしばしば、民法を知らなければ損をする、社会生活で不利になるといったプラグマチックな観点から、社会生活の道具やノウハウとしてのみ教えられたり、「個人の欲得の問題」に関するものであまり高尚でない俗な法律とされたり、その概念や法律技術の取りつきにくさから敬遠されたりしていた。その理由は種々あるが、日本の法律家、法学者、そして民法学者までがこのことの認識を欠いていたことがある。しかし、繰り返しになるが、憲法が国に関するのと同じく、民法（私法）は社会に関する基本的な組織・制度と基本理念を定める法として、法秩序の二つの根幹をなすものであることを十分に意識する必要がある。法教育において、この認識はとりわけ重要である。

参考文献の一端

大村敦志『法典 教育 民法学』有斐閣（1999）。特に以下の部分。

第1編「民法と民法典を考える－『思想としての民法』のために」（初出：民法研究第1巻（1996））

第2編 序章「現代日本の法学教育－法学部における教育を中心として」（初出：岩波講座・現代の法15『現代法学の思想と方法』1997）〈資料〉

同 「フランスの社交と法」有斐閣（2002）

同 「生活民法入門」東京大学出版会（2003）

同 「生活のための制度を創る」有斐閣（2005）

同 「父と娘の法入門」岩波ジュニア新書519（2005）

同 「『民法0・1・2・3条』〈私〉が生きるルール」みすず書房（2007）

星野英一『民法のすすめ』岩波新書536（1998）

同 「法学入門」放送大学教育振興会（1995）

同 「民法－財産法」同（1994）〈資料〉

同 「家族法」同（1994）

同 「日本の民法典・民法学におけるコード・シヴィルの影響」（石井三記編『コード・シヴィルの二〇〇年』創文社（2007）所収）〈資料〉

同 「法科大学院における民法教育のありかた」（法科大学院要件事実教育研究年報第4号（2006）所収）

P. フルキエ著、九重忠夫訳『公民の倫理』筑摩書房（1977）（原著1966）

A. ヴェルジェス、ユイスマン共著、白井成雄、九重忠夫、高橋勝共訳『哲学教程』上、筑摩書房（1980）（原著1978）

項において同じ。) 並びに法律に関する実務の基礎的素養を涵養^{かん}するための理論的かつ実践的な教育を体系的に実施し、その上で厳格な成績評価及び修了の認定を行うこと。

〈資料 3〉 大村敦志『法典・教育・法律学』(有斐閣1999年)145頁
抜粋

図 2 - 1 : 法学教育の理念型

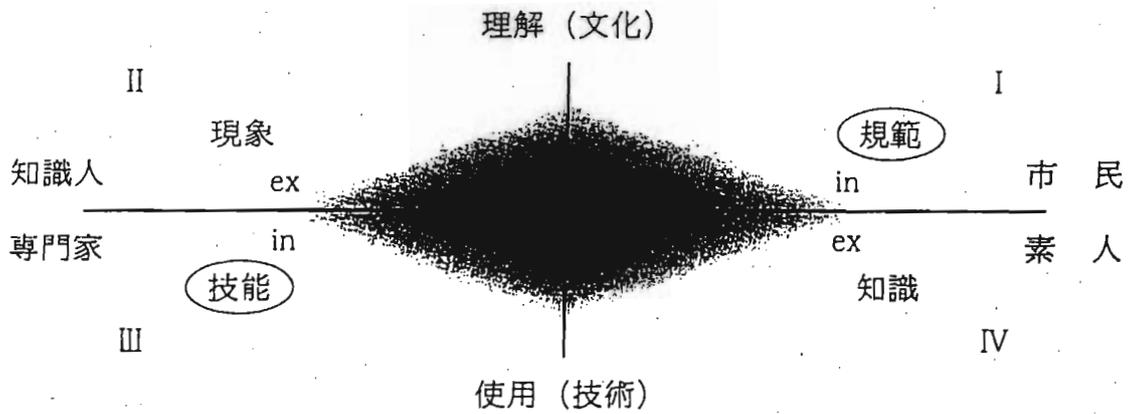
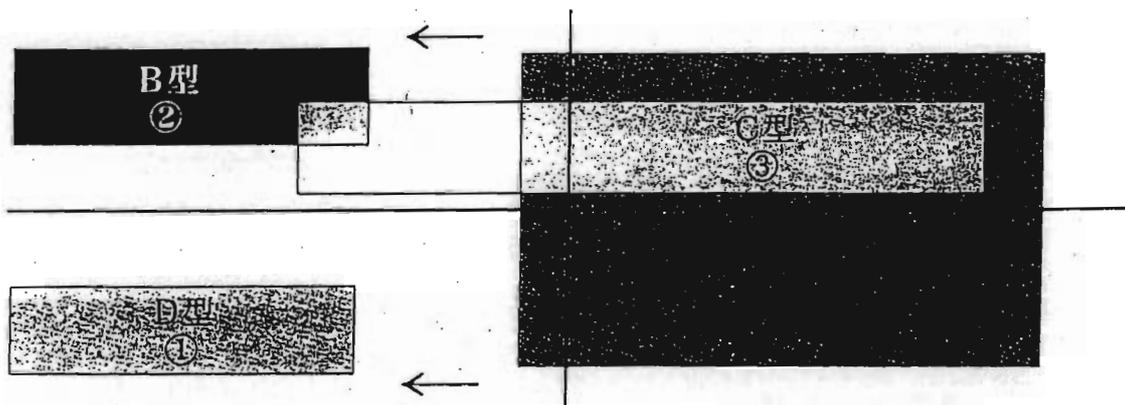


図 2 - 2 : 現代日本の法学教育の現実類型



まえがき

本書は、放送大学の「民法」という科目の印刷教材（テキスト）である。本書の執筆（より広く放送授業）にあたっては、当初からたいへんに考えさせられていることがあった。この授業は、「民法」といっても、民法典中のいわゆる財産法の部分（初めの三編）を扱う（後の二編は「家族法」で扱われる）のだが、この部分は条文数も膨大であり、判例・学説の蓄積も、諸外国に比べて多いとは言えないにしても、とにかく民法典制定後百年経っていて、かなりのものがある。そのため、法学部では、最も少ないところで十二単位、多いところでは二十単位、通常は十六単位を費やして講義している。それを実質一単位でやろうというのだから厄介である。問題は二点あり、第一は、この量的なものだが、むしろ重要であると考えられるのは、第二の質的なものである。放送大学のような、法学部ならぬ教養学部（の学生に対する民法の講義の内容はどうあるべきか、ということであり、法学部の学生にする講義を圧縮し薄めるだけでよいか、それと変える必要はないか、変えるとするのが適当か、ということ）とである。

あれこれ迷っているうちに時間が経ち、結局思い切って次のようなやり方に踏み切る（割り切る）こととした。量的には重点主義に徹底することであり、あえていくつかの部分を選び捨てることである。かくて、例えば担保法、契約の諸類型などは従来の教科書とはやや違った観点から簡単に触れるに止めたほか、以下に述べる理由もあって、民法の制度・概念で省略したものも多い（例えば、条件・期限など民法総則上の問題や、弁済の効果その他債権総論上の問題など）。質的には以下の諸点に重点を置くこととした。

法律は、一定の目的・理念・思想の要素、その適用される社会の実情、および以上を踏まえた、ある

社会的結果を法律によって実現するための法律的技術（ことばによる技術）、の三要素から成ると言うことができる。その中で法律的技術は、（日本法もそれに属する西欧法系の法律に限っても）ローマ法以来、中世教会法学、近世自然法学、一九世紀の法学等、二千年の法学によって錬磨された高度の、かなり独特のものであるため、法律を学ぶ一つの大きな意味がそのような技術の習得にあると考えられ、法学部における法律の授業は、その点（とりわけ現存する法律の解釈）に重点を置いてなされるのが通常である。そして、民法はローマ法につながるものとして、他の法律に比べてこの要素が典型的に現れているので、授業の中心はそこに置かれる。そのためには普通の講義のやり方だけでは十分でないとして、学生にあてながら授業を進めるなどいろいろの工夫が試みられているほどである。

しかし、建前として法律を専門に学ぶ学生を対象としない教養学部、特に日本の教養学部の民法の授業は、法律を学んでもらう以上その一つの重要な要素を全く無視することはできないが、時間の関係もあってその部分は面接授業に譲り、むしろ法律の他の二つの要素に重点を置いて進めるのがよいのではないかと考えた次第である（かなりの数の面接授業を準備しているので、学生諸子はぜひそれに参加されたい。他の法律科目の面接授業でもよい）。

より具体的には、この講義は、以下の諸点を聴講者にわかってもらふことを志した。一見難解そうに見える部分も、むしろ一般の人々が民法、広く法律の深みに触れ、できればその面からでもこれに親しんでもらえればと考へてのことである。しかし、法律解釈に重点の置かれた法学部の学生にとつても、このようなテキストは重要な制度の背景をなす基本思想やその由来を学ぶために基礎的な意義を持つものではないかと考へている。

第一は、わが民法典を、明治初期における偉大な文化財として示すことである。しかもそれは、欧米諸国のような法学の伝統のない国における、とりわけ長い歴史を経た欧米の精神的産物（科学や技術の

輸入はまだそれほど難しくない)のわずか三〇年での輸入と消化の結果として、驚異的な仕事であった。この面からも、日本民法典というものを認識してほしい。

第二に、もとなつた西欧の民法は、前述したとおりローマ以来の長い歴史(学問、慣習)を持ったものであり、わが民法典もまたその影響を残していることを知ってもらいたい。わが国はこの点においても、世界史とのつながりを持っている。法隆寺にギリシア文明の影響が見られることは周知の事実であり、それについて述べた名著(坂口昂「世界におけるギリシア文明の潮流」岩波書店〔絶版〕)もあるが、法律によってローマ文明、そしてキリスト教の潮流もまたわが国に遅ればせながら及んでいるのである。

しかし第三に、日本民法典はわが国の他の法典と異なり、旧民法を経てフランス民法につながる部分が多いのだが、そのフランス民法は革命以来の大憲章である「人權宣言」の精神に基づく面が多い(家族法においてはやや複雑である)ということである。本文にも引用してあるが、民法は国家の根本規則である憲法と並ぶ、社会の根本規則(constitution)とされ、ともに人權宣言の具体化とされた。一方でごく日常的な事柄を規律しているだけのように見える民法が、実はこのような重要な意味を持っているものであることを理解して欲しい。

こういうと、読者諸子には、何かピンとこないものを感じられるかもしれない。まさにそこが次の大問題であつて、民法典は日常生活を規律する法律であるのに、我々は民法によって社会生活が規律されているとは感じていない。それどころか、本文で述べる民法の基本原則とされるものがしっくりこないのは、大企業においてさえそうである。しかしわが国は世界でも秩序のよい安全な社会として、かなりしっかりした社会規範を持っているはずである。つまり、民法典は社会における「生きた法」になつていない。わが国には、民法典と社会における「生きた民法」との乖離がある。そのことを読者諸子に理

解していただき、その問題について少しでも考える端緒となればと思った。これが、第四点だが、この点は十分には扱うことができなかった。

第五に、第三で述べたことは、結果的にはそうだととしても、民法典編纂に際しては当時の世界中の民法が参考にされている。そして、外国の民法を見ると、至る所でわが民法の解決とは違った解決をとっていることがある。日本民法典の解釈だけをするのでない限り、そしてとりわけ国際交流の盛んな今日、我々は、わが民法典を与えられたものとして知るだけでなく、その比較法的位置づけ、つまりその相対性をわきまえておく必要がある。

第六に、このようなものとして、本書はおのずから立法論にもかなり触れることとなる。これは、すべての国民が立法者である民主主義の今日、とりわけ重要なことである。読者諸子が各自民法の改正についての関心を持ち、必要と考えた場合は、少しでも声をあげて欲しい。民法典に日本社会に合わないところがあるならば、それを改正するのは、他人ごとではなく、国民一人一人の使命である。ただこの際、一方で日本のものなら何でもよいという一種の国粹主義、他方で欧米のものなら何でもよいという拝欧米思想の両極に陥ることがないよう注意し、双方をより深く知り、その良いところを総合するよう努めることが必要であるのはいうまでもなく、そのことを右に述べた諸点を通じて示したい、というのが、(大風呂敷のようだが)筆者の願いである。

しかし、この試みは、言うは易く行うは困難を極めた。わが国には、右のような諸志向の一部をもつて書かれた教科書がわずかに存在するだけである。それどころか、このような志向をもった論稿のない部分さえある。他方、歴史学など他の領域の業績があまりにも多く、専門家でない筆者には到底フォロイしかねる部分もあった。筆者が比較的目を通してしているフランスでは、二〇世紀の初めから、とりわけ第二次大戦後において、実定法の歴史的(社会的、とりわけ思想的)背景からする研究が盛んで、革命

二〇〇年を記念する出版物の中にも興味深い論稿が多く見られたが、これまたごく一部に目を通すことができたに止まった。全体として文献の参考は極めて不十分である。それゆえ、参考文献も、思い切つて、本書で利用したものを中心に掲げるに止めた。そこで、脚注に若干の工夫をし、筆者が編集した初學者向けの小論〔「法学教室」特集〕と、筆者がその部分につきより詳しく検討したものはそこに掲げることとした。

かくて、この本は、テキストとしても学問的にも全く不十分なものになったが、読者諸子にはぜひその意図だけでも汲んでいただきたい。また、学界にとつては、これを一つの出发点として、不正確な点があれば正し、できればこの志向を進めてゆく機縁となることができれば幸いである。筆者も、少しづつ研究を続けて、幸い数年後に改訂する機会が与えられたならば、いくらかは手を加えたものとするところができるところを望んでいる。

終わりに、これもよく言われることだが、放送大学の学生諸子には、放送授業もよく聴講して欲しい。筆者の能力ゆえ、内容は本書と変わらないが、ディレクターの方のご協力により、珍しい写真や、わかりやすくするための表（パターン）を入れるなどの工夫がこらされている。ところによつては、そのアドヴァイスに基づき、本書にない具体例の詳しい説明をしたものもある〔「公序良俗違反」の契約（一三二頁）の例としての「芸娼妓契約」など〕。ここに改めて、池田肇ディレクターに深い感謝の意を表する次第である。

一九九三年十二月

(2) 知識人を含む国民一般の問題

① 非法律家の側から

知識人については、フランスにおいては、人文・社会学者、哲学者その他知識人とされる人々の法律への関心
 がかなり強いことと比較すると、日本の知識人の法・法律に対する無関心は、驚くに値する。⁽⁶⁹⁾しかしここでも問題
 は、何故そうなっているのかであり、一般人についてと同様の検討が必要であろう。知識社会学的考察も有用かも
 しない。

ここで日本人一般の無関心の理由についての議論を繰り返す余裕はない。ただ、従来あまりいわれてこなかった
 点で注意してよいことを一つ指摘したい。最近ある同窓会誌に掲載された小論によれば、日本の(第二)外国語教
 育におけるフランス語の軽視、ドイツ語の重視は、岩倉視察団の観察に見られる、フランス人及びドイツ人の国民
 性についての見方に由来するとされる。それによれば、既に岩倉視察団が、フランスについて、国民性が軽挑浮薄
 であつて忍耐が足りない、ドイツ人は重厚堅実であると述べ、それに由来するか否かは明らかでないが、その後の
 日本の旧制中学の地理教科書においても同様の記述が続いているとされる。⁽⁷⁰⁾なお、旧制高等学校においてはドイツ
 語を第一外国語とするクラスがどの高校にも置かれたのに対し、フランス語を第一外国語とする国立高校は、文科
 で四校(二高、三高、東京、福岡)、理科で一校(大阪)にすぎなかった。第二外国語としては、第一外国語を英語
 とするクラスではどこもドイツ語、ドイツ語又はフランス語とするクラスでは英語であつた。就学年限を二年半か
 ら二年にした昭和一八年に、英語を第一外国語、フランス語を第二外国語とするクラスができた。その制度が昭和
 二一年以後何年続いたかは、筆者は明らかにしていないが、高校に一年でも在学して旧制大学に入学した最後の学
 年は昭和二五年高校入学だから、昭和一八年の制度が続いていたとしても、八学年程度である。フランス語教師の

いない高校では、そもそも英仏語というクラスがあつたかも知れないが、フランス語教師の大多数を占めていた大学の仏文科卒業生の数は独文科卒業生の数より少なかったのではないか。

法学部にも、フランス法講座の置かれたものは多くなかつたし、講義のあるところでも聴講生は多くなかつた。大学入学前にフランス語に接していなければ、大学でフランス法を学ぼうという気持ちになりにくいのは自然であり、これが法学者・法律家をフランス法に近付きにくくさせている基本的な理由といえよう。法学を学んだ者がフランス法に近付かなかつたことは、フランスの知識人が法律への関心を強く持つていることに気付かず、ひいては日本でも知識人にとって法律の教養が必要であるとの意識が生まれなかつたことの一因といつてよからう。

② 特に民法学者の側から

知識人を含む日本の国民が法律、特に民法に関心を持たないことの原因は、今後より深い議論がなされるべき事柄だが、特に民法学者として反省すべきことがあると思われる。つまり、人々に対して民法の社会・国家における重要な意味を十分に伝えてこなかつたのではないかという点である。古くから穂積重遠博士などにより、法律の大衆化への努力がなされてきた。しかし、それらの試みにおいても、民法への関心を惹くためか、それを民法の中心と考えたからか、日常生活における民法の意義を中心に、民法はこうなつてから注意せよといった話が多く、人々も民法を知らないと言ふことから関心を持つて民法を見るところという傾向があつた。第二次大戦後の憲法制定後、小学校から憲法の教育は盛んとなり、憲法、特にその人権規定への関心がきわめて強くなつたが（そのこと自体は喜ぶべきことである）、親族法・相続法を別にして民法への関心は強まつていない。

これは日本社会において、国の根本制度を定めるのが憲法であるのと同様に、社会の根本制度を定めるのが民法であるという発想がないためだが、もとは、穂積八束、岡村司を別にする、民法学者、広く法学者・法律家にも

このような見方がなく、民法といえは法律技術の面を中心に考えてきたことにも由来するものであろう。⁽⁷¹⁾ 換言すれば、民法は法律専門家のものという意識が一般人ばかりでなく、法律家にも浸透しているからである。また、法律学の仕事の中心を法律概念の体系構築にあるとして、難解な抽象論をよしとする考え方がこれに拍車をかけている。さらに、民法を行為規範、組織規範とするよりは、第一義的に裁判規範とする考え方も、これに加担している。

この点はまさに、少なくともフランスの有力な民法学者に始まり、⁽⁷²⁾ 法律家や政治家にも広まっている民法の見方と異なる点であり、この点において、コード・シヴィルの影響がなかったということになる。ドイツの民法学者でこのようにいつている者があるかどうかを調べていないが、そのような見方があるとしても、それが少なくとも日本に十分に紹介されてはいないように思われる。そうだとすれば、ここにもドイツ法学、少なくとも日本の学者の
見ているドイツ法学の影響があるということになりそうだが、筆者には正確な判断ができない。