



## 法と市民 (感性の豊かな市民のために)

広島文化学園大学看護学部  
榎 久仁裕

**論文要旨** 今回は憲法、民法、刑法と市民の感性を関連づけて、分かりやすい事例でそれぞれの法の働きを論述してみた。「市民あっての法であるが故に市民は法を遵守するべきである。」ことを念頭に、市民感覚からは分かりにくい法が、実は市民の感性に基礎をおいていることを論証してみた。読者の方々が一層、法というものを身近に感じていただくことが、目的である。従って簡単な事例方式により、文章を展開するという試みをした。市民社会では様々な事が起こる。その中で、少ない事例ではあるが、市民の感性がどの程度、法に盛り込まれているかを理解していただければ幸いである。一般的に分かりづらいとされる法が、実は身近な日常生活の中でも繰り返し広げられているということを認識、理解していただきたい。市民生活を営むための知識として読者の皆様に読んでいただき、何処かで役に立つ法的知識になることを期待する。

### ■ はじめに

権利社会と言われて久しい時間が経過している。私たちの社会においては、日常の争いごとや犯罪は、最終的には法によって規律されている。法によって支配される社会は近代や現代だけではなく、古くから存在してきた。例えば律令社会も存在し、また武士の政権においても「武家諸法度」などの法の存在が見られる。しかし現代の社会について言えば、人権が民主的に保障されるという意味で、法が発展し熟してきたと言うことができると思われる。つまり市民にとって平等かつ適正な法律が構築されてきたことができるのではなからうか。そこには立法者や法学者そして実務家の努力があるということが言えよう。しかしそう言った人たちだけの努力だけで今日の法体系が出来上がったのであろうか。近代の歴史を紐解けば、「フランス人権宣言」や「アメリカ独立宣言」等を獲得するための市民による改革があり、その市民たちの手により、そしてその市民が持っている感性により、市民のための法が成立したということが言えよう。つまり特権階級のための特権階級による法というものは、現代の社会では成り立たないということが言える。今や法は我々市民にとって身近な存在になったとともに法を知ることが必然になったと言えないであろうか。別の表現をすれば、市民は必要最低限の法を知る必要があるとともに現実的な日常生活においても市民にとって法が必要になったと言えよう。如何なる職域においてもその職域に関連する法を知る必要がある時代になってきたのではないかと思われる。しかしここで言及しておかなければならないことは、法とは社会生活における最低限に守られるべき規律であり、全ての意味で社会が法だけによって支配されているわけではないという認識を私たち市民は持つべきであるということである。社会は法という規律の前にまず道徳や常識などによって支配されているという現実的な認識も忘れられてはならないのである。人と人のつながりはそれぞれの市民が持っている感性によって結ばれることが大切であることを忘れてはならないと思うからである。法の執行者としての裁判所の勤務で強く必要と感じられたものは、「訴訟関係者にもっと人としての感性があれば……」という心から

えのき くにひろ

〒737-0004 広島県呉市阿賀南2-10-3 広島文化学園大学看護学部非常勤講師

の私の感性的要求であったような気がする。看護学を考えてみても自明である。人と人が触れ合う職域に始めから法が介入すれば、味気ないものになる。そこには感性の豊かな思考がまずなければならないと思われるのである。そこで本稿においては、法にはその市民の感性のある思考が盛り込まれているものがあることを紹介したい。今回は市民の感性を磨くと言った意味で法と市民そして市民の感性が如何なる関係にあるのかを論述してみたい。

## ■ 憲法と市民

憲法は市民の誰もが知っているように国の最高法規である。我が国の憲法は大きく二分されていて、前半部分が人権規定であり後半部分が統治規定である。人権規定では各種の人権保障がなされている。例えば第25条<sup>1)</sup>では生存権が規定されている。この規定を受けて、各種法律が制定されている。「生活保護法」は病気や怪我などで収入がない市民を金銭等で国が援助することを規定している。まさに憲法第25条が規定する「健康で文化的な最低限度の生活」の保障である。人としての生活を維持するために、憲法が市民に保障する感性ではなかろうか。憲法第14条は平等権を保障している。全ての市民が国家から差別されてはならないという規定内容<sup>2)</sup>である。男女の区別が差別にはならないとされている。しかし明らかなこと社会には身体のように明白な事実上の差異が存在する。例えば妊娠している女性に深夜労働をさせることが許されるであろうか。母体と胎児の保護の見地から妊婦は法によって守られるべきであろう。しかし選挙権や被選挙権に関しては男女の区別があってはならない。そこには区別する事情は存在しないからである。もしあればこの区別は差別ということになり、憲法第14条法の下での平等条項が許さないものである。また憲法が平等権を保障していると言われても、そこには女性保護、少年保護<sup>3)</sup>などの差別ではない合理的区別という感性が見てとれる。歴史をたどって見れば、女性や少年が酷使された時代があったことは否定できないと思われる。

## ■ 民法と市民

民法は私たち市民にとって、他の法律よりも特に身近な法律ではなかろうか。民法に対しては特別法が多く存在するが、原理原則は民法が私たちの生活を律している。特に親族・相続に関してはそれが顕著であろう。しかしこの親族・相続に関することも一般市民にとっては意外なことがある。少しこれを紹介することにより民法が有する感性を紹介したい。まず親族の規定から触れてみたいと思う。一般市民の間でよく親戚とか親族という言葉が見受けられるが、法的には親族とはどこまでの血族または姻族<sup>4)</sup>を言うのであろうか。これについては、民法に規定があり6親等までの血族、3親等までの姻族として（民法第725条）。しかしこれだけでは一般の市民にとっていったい誰までなのかが理解できないであろう。簡単に言えば、自分から両親は1親等の血族であり、兄弟姉妹そして祖父母は2親等の血族である。これらを考えれば理解できてくると思われるが、「おじさん、おばさん」は3親等の血族であり、「いとこ」は4親等である。また配偶者間では親等は数えない。そして配偶者の両親は血がつながっていないから、姻族ということになる。親等を言えば1親等である。配偶者の祖父母は2親等の姻族であり、配偶者の兄弟姉妹が2親等の姻族ということになり、配偶者の「おじさん」「おばさん」は3親等の姻族ということになる。ここまで法的には親族ということになる。この親等は民法で規定されているものであるが、この親族という考え方には、婚姻や相続そして扶養義務等の市民にとっては、かなり問題となるものもあるであろう。その反面、民法の感性を感じることもできるものでもある。つまり既述の範囲が親族であるということは、私たち市民にとっても納得がいくものではなかろうか。冠婚葬祭について、大いに参考になるとと思われる。

### (1) 婚姻について

憲法第24条は両性の本質的平等と婚姻の自由を保障している。しかしその下位法である民法は婚姻について、いくらかの制約を課している。この制約が市民の感性に合致するのではないかと思われるので

ある。例えば婚姻できる年齢であるが、親の同意を条件に男性は満18歳、女性は満16歳であることは、知っている人も多いであろう。しかしながら男性は2年間、女性は4年間、法的には未成年である。この間、夫婦という家庭を築きながらも、法律行為ができない状態になる。民法によれば成人するまでの者は制限行為能力者として完全な法的行為ができないとされている<sup>5)</sup>。法律行為ができなければ、テレビも買えない、米も買えないということが生じる<sup>6)</sup>。これでは民法が許容している未成年者の婚姻は円滑に継続できない。ところが、この制限行為能力者の規定は民法の総則という始めの部分にあり、親族の部分で特則が存在する。未成年者であっても婚姻すれば成人と擬制され、成人と同じ法律行為ができるのである（民法第753条）。講学上の「成人擬制」というものである。未成年者でも親の同意なくして就職したり、物の購入ができたりするのである。しかし注意することはあくまでも法律行為に関して成人として擬制されるのであり、飲酒や喫煙等は許されず、また選挙権も与えられない。それでは、例えば未成年者が婚姻し、未成年のうちに離婚した場合、この成年擬制は維持されるのであろうか。これについては見解が複数あるが、成年擬制は維持されるとされている。主たる理由には、婚姻継続時に形成された法律関係を維持しなければ、相手方が不測の損害を被ることや、もし成年擬制が維持されなければ成年擬制そのものの意義が失われるというものがある。ここにおいても未成年者の婚姻を尊重するという民法の感性が伺われる。婚姻に関してのもう一つの制約は3親等内での婚姻は許されないということである。つまり「いとこ」とは婚姻できるが「おじさん」「おばさん」逆の表現では「おい」「めい」とは婚姻できないということである。これも市民の感性から言えば納得できる規定である。ところで現在、社会問題化しているのは女性の待婚期間規定の存在（民法第733条）である。女性は離婚してから6か月間、再婚できないのである。この規定が憲法の法の下の平等（第14条）に反しないかという問題が生じている。つまり男性にはこのような規定が存在しない。この待婚規定は再婚後の実の父親を明確にするという趣旨が主たるものであった。しかし今日の科学的検査の発展を考える時、果たしてこの待婚期間というもの、合理的なものなのかという疑問を持たざるを得ないのである。現在の科学的検査方法では父子関係は99パーセントを超える率でその確定ができるのである<sup>7)</sup>。そうであるならば「父子関係を明確にするため。」という根拠では待婚期間の規定の存在はもはや肯定できないと言わざるを得ない。女性の再婚の自由を最大限に尊重したいところである。

## (2) 相続について

戦後の民法は相続について、戦前の旧民法とは大きな違いがある。旧民法は、家という制度を重視し長男が家督相続するという基本的概念を持っていた。しかし現在の民法では、男女及び長幼の区別なく均分に相続することが原則とされた。例えば子供が3人いれば、3人は同等の相続をするということが原則なのである。そこで、市民の感性でも納得できる事例をあげながら、いくつかのパターンを紹介してみよう。

### A 家族4人でその構成が両親と子供2人のパターン。

このパターンが標準的なものと思われる。父または母が亡くなってどちらかの財産を遺族が相続するという場合は、父または母（配偶者）が2分の1を相続し、残りの2分の1を子供たち2人が均等に相続するということになる。例えば父が亡くなり父の財産が4000万円あったとしたら、母が2000万円を相続し、子供たちは1000万円ずつの相続をすることになる。

### B 祖父がいてその子が4人、祖母は既に死亡し、そしてその4人の子のうち祖父より先に死亡している子がいてその子に子供が2人（つまり孫である。）いるパターン。

このパターンもよくある。この場合の相続はまず均分相続の原則として4人の子が同じずつ相続する。そして先に亡くなった子の子（孫）がその分を代襲相続し、それをまた2分の1ずつ均等に分けることになる。例えば祖父の財産が8000万円としたら、祖父の子である生存している子それぞれが2000万円を

相続し本来、生存していたら相続していた相続分の2000万円を亡くなった子の子である孫が均等に1000万円ずつ相続することになる。

C 妻はいるが子がいない、そして夫の両親が生存しているパターン。

このパターンは、まず妻が3分の2を相続し、両親が残りを均等相続することになる。つまり夫に9000万円の財産があるとしたら妻が6000万円、そして両親が残りの3000万円を均等に相続することになる。夫の父と母は1500万円ずつの相続になる。

D 妻は生存しているが子はいないしかし被相続人に兄弟姉妹がいるパターン。

このパターンは時々あるものの、一般に知られていないのではなかろうか。この場合は妻が4分の3を相続し残りの4分の1を兄弟姉妹が均等に相続することになる。例えば相続財産が4000万円であったならば、妻が3000万円そして残りの兄弟姉妹が1000万円を均等に相続することになる。

以上、簡単な事例により相続について紹介、解説したが、基本的には「配偶者と子は必ず相続人になる。」という原則を覚えていたら良いのではなかろうか。つまり相続という制度は、子孫繁栄とまでは言わないが、子孫の生活を維持、継続するためにあるという制度である。この相続の分配等を考えてみても市民的な感性を民法から感じ取ることができると言えないであろうか。遺言（法的には「いごん」ということが多い。）によって子の1人に全部を相続させることはできないことも知っておくべきことであろう。遺留分（いりゅうぶん）という制度があり、法定相続人は必ず一定の相続を受けるのである<sup>8)</sup>。遺言により全ての相続の分配を決められるものではないことは一般には知られていないようである。テレビのドラマなどで優しくった子だけに相続させるという場面を見るが、現実はそうはいかないのである<sup>9)</sup>。ところで事例には積極的な財産について言及したが、消極的な財産すなわち負の財産についても同様なことが言える。簡単に言えば債務についても同様な相続が起こることである。しかしこの「債務の相続」については相続放棄という対抗手段がある。大切なことは負の財産とも言う債務を相続するという危険を知った場合は早めの処置が必要であるということも知っておくべきである<sup>10)</sup>。

## ■ 刑法と市民

刑法の始めとしてその機能についての原則、すなわち刑法の4大原則を知っておく必要がある。第1に類推解釈の禁止、第2に刑罰不遯及、第3に慣習刑法の禁止、第4に絶対的不定期の禁止というものである。これらは周知の原則である罪刑法定主義を源とする原則である。まず確認しておくべきことは罪刑法定主義とは何かということであろう。この原則は、ある行為を犯罪行為として認定し、それに刑罰を科すには予めその根拠すなわち禁止される行為とその結果与えられる処罰が法律によって定められていなければならないという原則である。国家権力による恣意的な取り締まりを禁止したものである。民主主義社会そして自由主義社会の発展には自由な政治的、経済的そして社会的な行動や発言が許されなければならない。これを後になって国家に関して不都合な言動として取り締まるということは、市民のあらゆる自由を阻害するものとなるのである<sup>11)</sup>。民法が市民対市民の関係を律する法であるのに対し、刑法は国家と市民の関係を律する法である。この意味で民法が私法に分類されることに対して刑法は公法に分類される。ここでいくつかの罪名をあげて、刑法の市民的感性を探ってみたい。

### (1) 名誉毀損罪と侮辱罪

名誉毀損罪と侮辱罪の決定的違いは、その構成要件における事実の摘示という点であろう<sup>12)</sup>。「お前は馬鹿だ。」という表現は侮辱罪であり「お前はテストの結果が悪いから馬鹿だ。」という指摘、つまり「テストの点が悪い。」という事実の摘示がある点で法的評価が異なるのである。つまり事実の摘示があれば、

名誉毀損罪、なければ侮辱罪ということになる。しかも事実の摘示の内容は真実でなくても良いとされている。今日、アカデミックハラスメントやパワーハラスメントとよく聞かすが、このあたりが何故、許されないのかは理解できるところである。つまりこれらのハラスメントは名誉毀損罪と侮辱罪が不特定多数の前でという要件があるが、ハラスメントには、これがないのである。しかし被害者の側から言えば、自己の自尊心を傷つけられる点では差異はない。むしろ、ハラスメントの方が、この程度は高いと言えないであろうか。また名誉毀損罪や侮辱罪については、「公然と……。」という要件があるが故に証拠が残りやすいのに対して、ハラスメントは証拠が残りやすく、かつ被害者の心を傷つける程度が高いと思われる。

## (2) 強盗致死罪

刑法240条には強盗殺人罪の規定がある。法定刑は死刑または無期懲役という厳罰しかないのである。しかし強盗殺人罪と言っても二つの類型がある。最初から被害者を殺す意思をもっていった場合と強盗の機会に誤って被害者を死に至らしめた場合である。適用条文は双方ともこの刑法第240条である。しかし実務では、事件記録<sup>13)</sup>の表紙の罪名の記載に差異がある。前者は強盗殺人罪と記載するのである。後者は強盗致死罪と記載するのである。また前者の場合は法律上または情状による減刑事由がなければ、死刑を宣告されても不思議ではない厳しい罪であるということが言える。広島地方裁判所においても、強盗殺人罪を2回も犯してしまった被告人の裁判例がある。

## (3) 殺人罪

我が国の刑法は故意に人を殺すという行為については、刑法第199条の殺人罪の条文の適用となる。かつては尊属殺人罪という刑法第200条が存在した。この規定は最高裁判所により憲法違反の規定とされ、現在では削除されている<sup>14)</sup>。尊属殺人は重罰だったのであるが、今では全て殺人は刑法第199条だけの適用となっている<sup>15)</sup>。裁判所は国会で成立した法を執行する機関ではあるが、この事案は立法者も予期することができなかった事案であり、最高裁判所の判決には国民の感性がかなり入っているような感がある。つまり殺人行為と言っても多種多様なケースが、執行猶予を付して、社会内での処遇により更正できる場合があることを示した判例と言えよう。確かに人を殺すという行為は許されないことではあるが、被害者の落ち度という観点からこれが考慮された事案である。全ての法が全ての社会現象を捉えて制定されるわけではないと言った私達に一つの教訓を示した事案であるとは言えないであろうか。市民社会における出来事は国会の立法作業における予想を超えるものがあるということが言える。ここに、司法という統治機関の法の解釈、運用の重要性がある。司法が市民の感性を、軽視していないと言えないであろうか。

## ■ おわりに

ヨーロッパ諸国、そしてアメリカ合衆国を始めとする国々は憲法を最高法規として定め、この憲法の下位法として諸法律が成立している。それが成文のものであれ、または不成文のものであれ、近代国家は憲法なくしては成り立たない。法を知ること、法を学ぶことは憲法を学ぶことが前提とされている。しかし法社会と言われている現代社会に生きる我々は、その程度の差こそあれ、憲法の精神を忘れてはならないと思われる。法から生じる市民の感性は憲法の基本的理念の中に内在し、そしてその憲法を頂点として生まれる諸法律により、この市民の感性が引き継がれてきているのである。市民の感性が阻害されている法は生きた法ではないと思うのである。法があるから市民が従うのではない。市民が存在するから法が必要なのである。故に市民の存在、もっと言えば市民の感性なくして法の正当性は肯定できない。つまり市民の感性が盛り込まれ、そして市民によって支持された法の下（もと）に、我々市民は感性のある生活を営むことができると確信している。「悪法も法であるからそれに従う。」と言った古代の学者がいたと伝えられている。これは筆者の法に対する確信とは異なる<sup>16)</sup>。

注

- 1) この規定については学説が大きく3つに分かれていてプログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説がある。しかし判例は朝日訴訟からプログラム規定説を採り、国の一定の政治的方向性を示した規定であり、個々の国民がこの規定を根拠に訴訟を提起できるものではないとしている。
- 2) 平等という概念は2つあると言われている。絶対的平等と相対的平等である。絶対的平等とは言葉を換えれば如何なる事情であろうとも平等を要求する概念であり、相対的平等とは一定の事情のもとでは区別がありそれは許された差別であるという緩やかな概念である。許された差別はすなわち合理的差別であり、それは男女の差、成年と少年、老人の差などを考慮するものである。我が国の憲法は相対的平等を規定していると言われている。
- 3) 例えば「少年法」である。
- 4) 婚姻によって親族となる者である。例えば配偶者の父母は一親等の姻族である。つまり配偶者同士の親等数はない。
- 5) 制限行為能力者の行為として法定代理人が取り消すことができる。
- 6) テレビを買う、米を買うという行為は日常茶飯に行われているが、これらの行為は法律上、売買として評価され、未成年者の行為についてはその法定代理人が取り消すことができるとされている。これでは売る方は警戒してしまう。
- 7) 現在のDNAの検査は精度がかなり発展している。訴訟実務において、父子関係を決する場合、DNA鑑定をすることは通常のことであり、またその鑑定は重視される。
- 8) この遺留分を害された場合には遺留分減殺請求権という権利を行使できる。つまり遺留分として相続財産から一定の分配を受けることができる。
- 9) 民法が規定する相続関係の均等相続の原則の例外には生前贈与や寄与分そして相続放棄などの規定がある。また推定相続人と第三者との関係などの判例等も多く存在する。
- 10) 相続放棄の申請は管轄家庭裁判所に被相続人の死亡から3ヶ月以内にしなければならないと民法に規定されているが、死亡を知った時に関する起算については救済判例がありこの判例に従って実務も処理されている。負の遺産についての法の解釈による市民生活の保護のための判例と言える。
- 11) 絶対的君主主義の国を想定すれば理解ができると思われる。王が一定の市民の過去の行為を犯罪行為であると決すればそれは犯罪行為となり、その市民は罰せられるのである。
- 12) この点で法定刑の差が生じるとされている。
- 13) 裁判所における事件処理のために、当事者双方から提出される書類、または裁判所の中間決定等をつづる事件記録というものがある。最終的には判決、民事事件で言えば和解調書もつづることになり、当該裁判所における審理は終局ということになる。
- 14) 最高裁判所の違憲判断の効力として、個別効力説が採られているので、違憲判決が即、法律の無効をもたらすことはないことに注意する必要がある。
- 15) 最高裁判所昭和48年4月4日判決（刑集27巻3号265頁）この理由として憲法第14条の法の下での平等違反という論点があるものの、事案として執行猶予を付与すべき理由がある事案であり、また被告人に充分以上に情状酌量する余地があり施設に入れるべきでないという事件背景があった。娘が実の父親を殺害した事案ではあるが、被害者である実父にかなりの帰責事由がある事案であった。このように刑事事件の実務では被害者側の過失、換言すれば被害者側の落ち度という点も大きく判決の量刑に影響を与える。
- 16) これは憲法の講学上の概念ではあるが、自然法または抵抗権といった考えに基づくものである。