

Title	法における自由 : 近代的民法典を中心にして
Author(s)	大木, 雅夫
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No.10, 1997.2 : 31-56
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=3025
Rights	

SERVE

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

法における自由——近代的民法典を中心にして

大木雅夫

一 はしがき

自由とはきわめて多義的な言葉である。古来無数の学者がこれを語った。法の分野でも法哲学者はじめ多くの法学者がこれを語った。しかし私は法哲学者ではなく、一人の比較法研究者であるから、自由の定義に深入りするつもりはない。既に古代ローマの法学者ヤヴォレーヌスもいうように、「法学においては、定義はすべて危険である」(In jure omnis definitio periculosa est. Dig. 50, 17, 202) と思うからである。しかしここで私が取り上げる自由とは、倫理的自由ではなくて、社会的自由である。四世紀イタリアのアンプロシウスといえは、異教徒の生んだローマ法にキリスト教の精神を吹き込んだ人であるが、彼がいうには、「賢人は、奴隷であっても自由である。愚者は、支配者であっても奴隷である」と語る¹⁾。ここで語られた自由は、人間誰にでも与えられるものではなくて、人間の義務についての認識能力ある一握りの人へのみ認められる高度に倫理的な自由である。この種の倫理的自由を私は問題にしない。法は一般人を

相手にしている。程ほどにコモン・センスを備えたコモン・マンが立法の直接的基準になるにしても、現代法はそれ以上に、人の賢愚強弱を問わず、すべての人を対象にしなければならないので、すべての人の願望の実現を促進し助成するにふさわしい社会的自由が問題になるのである。問題を具体的にいえば、いかなる社会的自由が法秩序形成に働きかけてきたか、また、こうして築かれた法秩序が自由の自殺を招いたとすれば、自由はいかにして甦ったかということである。いかに自由が法に働きかけ、どのように法が自由に反作用を及ぼしたか——これが私の目的である。

ところで近代法を基礎づけた自由の觀念がホッブスやルソーに由来することは周知のことであるが、まったく問題がないわけではない。確かにホッブスは、「法律が不問に付したあらゆる種類の行為において、人間は理性が自分にとって最も有利だと示唆することを行なう自由をもつ」と述べ、それにルソーの社会契約説における法律絶対の思想が加わり、遂にフランス革命の人権宣言は、その第五条において、「社会にとつて有害な行為を禁止することは、ただ法律のみの任務である。法律上禁止されていないことはすべて、妨げられえない。何人も法律によって命じられていない何事かを強制されることはない」と宣言している。そして驚くなかれ、法律に禁止されていないことは許されたことであるとするこの法命題は、旧ソ連がペレストロイカを経て社会主義の崩壊に進む過程で、一時期論議されたほどなのである。これによつてみれば、いかにもイギリスの啓蒙主義自然法学者の思想が近代的自由を基礎づけたかのように見えるかもしれない。しかしそれはいささか早計であろう。古代ローマの世界で法学者フロレンティヌスがすでにこれと同じことを語っていた。「自由とは、法または実力によつて禁止されぬ限り、何事でもなしうる自然的能力である」というのである。(Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod de jure aut vi prohibetur. くれ

は後にエドワード・クックが〈Coke upon Littleton, 116〉において引用している。それは、キケロが「おお、うるわしの名、自由。おお、われらの国の非凡なる法」と称えたローマにおける基本的な自由の定義であった。⁽³⁾このようにみると、法律によって禁止されていないことは、許されたことであるという意味の自由の観念は、古今を通じて二千年、法の世界を支配していたと見てもよいかもしれないからである。

二 ナポレオン法典とドイツ民法典における自由

(1) ナポレオン法典・フランス民法典

フランス革命において掲げられた自由は、人権宣言におけると同種の自由である。確かにそれは、古代ローマ以来のまことに広範な自由である。しかし私はおよそ宣言とか綱領そのものに額面通りの価値を認め、それがフランス人の自由であったなどというつもりはない。起草と審議の過程には、意外な事実が隠されている。この人権宣言そのものは革命直後わずか九日間という短期間の審議によって採択されたのであるが、それはアメリカの独立宣言や諸州の憲法における権利宣言をモデルにしたからである。しかも審議過程を見ると、それは意気高らかに宣言されたわけではない。その起草に際して、権利宣言には義務宣言を加えよとか、「権利というきわめて誇張的な」表現は不適當だから、その「修正たる義務」を付加すべきだとか、あたかも明治時代の我が国の立法者たちの思想を想起させるような議論をしていた。⁽⁴⁾伊藤博文の起草した明治憲法には、第一章天皇の次に第二章臣民の権利義務と題していたが、枢密院において森

有札は、臣民に権利などないから、第二章の表題は「臣民ノ分際」にせよとの修正案を出したほどである。⁵⁾ 日本人の権利意識は低いかもしれないが、明治憲法制定の一〇〇年前には、フランスの革命家たちですら権利についてはこの程度の意識しかなかったのである。

それでは何故権利宣言をしたかという点、恐らく革命史家ミシュレの次の発言がそれを説明するであろう。ミシュレの見たところでは、「この宣言には義務の感情が息づいている。義務は、文字にこそなっていないが、到るところに生きている。いたるところ、義務の厳肅な重々しさが感じられる」というのである。それに耐え難いものを感じてもあろうか。彼は、「かかるときにこそ言わねばならぬのは権利のことである。人民のために明らかに要求しなければならぬもの、それは権利である。それまで、人々は自分には義務しかないと思っていた」と付け加えたのである。⁶⁾ こうして義務は憲法で定めればよいと考えて、これを人権宣言からは外した。ここでは権利の面だけが誇張して宣言されたのである。それだけにこの人権宣言自体に疑念がなかったわけではない。マルルーエという議員の発言によれば、「フランス人は、この宣言をするだけの心構えができていない。かれらは、アメリカ人のようには、平等と所有権の長い習慣をもたない。この宣言は、混乱を惹起するだろう」と述べ、ミラボーその他多くの議員たちがこの意見には賛意を表明したほどなのである。⁷⁾

フランス革命というほどの価値体系の大崩壊に際会して、革命の指導者の間にすら権利とか自由とか平等に関する意識はこの程度だったのであるから、まして民衆の間に自由の木が根付いていたかは、はなはだ疑わしいのである。その後「自由の法典」(Code de la Liberté)と賛美されたフランス民法典、いわゆるナポレオン法典が編纂されたが、こ

でいわれた自由なるものも、私の目から見れば、はなはだ疑わしいのである。

この「自由の法典」は、革命勃発から一五年後の極めて強圧的状況の下に生まれた。時代はすでに革命の反動期に差しかかっていた。革命の精神的支柱たる自然法思想は、当初の草案には掲げられていたのに、審議の過程で一切削除されてしまうというような有り様である。だから革命のヴェテランたちがたむろしていた護民院は、当然こんな草案を飲めるはずがない。護民院は、これを拒否した。するとナポレオンは、クーデター紛いの強硬手段によってこれに対抗した。護民院の定員を半分に削減して、反対派を追放した。しかも審議再開後には、反対者や批判者に尾行を付け、監視したのである。こうして最終的採決に際しては、ベルリエという議員ただ一人の反対票があっただけである。⁽⁸⁾自由の法典はほとんど警察国家まがいの抑圧のもとで採択されたのである。⁽⁹⁾

抑圧のもとで生み出されたこの法典は、文字通りに自由の法典といえるであろうか。その第六条には、「公共の秩序、善良の風俗に関する法律は、個別的合意によって、適用を除外されえない」と規定されている。公共の秩序が第一と考えられている社会では、その民法典が無制限な自由を振り回すわけがない。その意味ではフランス民法典が、契約自由の原則を推進し徹底させようとする規定のみによって構成されていると見ようものなら、大きな間違いを犯すことになる。もちろんこの法典の第一一三四条第一項には、「適法に形成された合意は、それを行なった者に対しては、法律に代わる。」と定められ、契約は当事者双方にとって神聖不可侵な法律に等しいとされている。しかしこの法典の実態は、むしろ契約自由の原則に対する例外集としての性格が濃厚なのである。⁽¹⁰⁾

そもそもフランス人といえれば合理的で柔軟で進歩的な国民だなど見たら一面的で、頑固で保守的で前近代的なもの

を多くもち続ける国民でもある。民法典に定める組合は近代以前のものであり、雇用といえ、労働者ではなくて丁稚女中のことを念頭においている。ナポレオン法典を通してみるフランス社会の風景は、意外にも前近代的農村社会の風景である。売買や賃貸借の規定といえ、農村社会に典型的な不動産についてのみ詳しく規定し、動産についてはほとんど規定していない⁽¹¹⁾。もつともこれは怪我の功名となった。規定が詳しいということは、規制が多いということである。動産の本質は自由に移転しうるということだから、規定などないほうがよく、それだけ自由な契約によって最大限に転々流通しえたのであり、これが資本主義社会の急速な発展に大いに寄与する結果となったのである⁽¹²⁾。それにしても契約の自由ですらこの程度の自由である。そのほかにもこの法典には、自由とは名ばかりの規定がある。例えば婚姻の自由とか離婚の自由といえ、革命によって樹立され、フランス民法典を自由の法典として特徴づける大原則である。しかし実態はどうだったのか。

婚姻の自由とはいえ、二五歳未満の男子と二一歳未満の女子は、父母の同意を必要とし、二五歳以上の男子も、婚姻を締結するには執行吏を通じて一ヶ月の間隔をおいて三度親の同意を尊敬証書 (acte respectueux) という特別の書面をもって催告しなければならなかったし、三〇歳以上の男子でも一度はこのような催告をしなければならなかった (第四八八条、第一五一条、第一五二条)。まことにこの法典は一八世紀的であり、家長制の遺物を残していたといえる。この制度が廃止されたのは、実在一九二七年のことであり、それまでは、五〇歳であれ六〇歳であれ独身の男子は、父母が健在である限り尊敬証書による厄介な催告をしなければならなかったのである⁽¹³⁾。

離婚の自由も、自由とは名ばかりであり、男女間に差別もあつた。今でこそ離婚事件は非常に多いのであるが、離婚

の自由は、革命でもなければ思いつきもしない大事件である。フランス革命によって先鞭をつけられ、その後ロシヤ革命でも中国革命でも、真先に導入されたのは離婚の自由である。日本では敗戦直後にその自由が認められた。恐らく革命政権にとって、離婚の自由を宣言し、人口の半分を占める女性を解放して、彼女らを革命政権の側に引き入れることは、確かに得策だったに違いない。もつともフランスが離婚の自由を認めたことの背後には、ナポレオンの個人的野心があった。前後四〇回に及ぶ戦鬪の勝利によってヨーロッパに覇権を確立したナポレオンは、自ら皇帝の位に即き、王朝を創設しようという野心をもっていた。しかし妃のジョゼフィーヌは、自ら皇帝の位に即き、王朝を創設しようとしても、フランスには婚姻不解消の大原則がある。こうして身勝手にもナポレオンは離婚の自由を民法典の中に持ち込み、ジョゼフィーヌと別れ、再婚することによって、王朝創建に不可欠な子をもうけるという目的を達したのである。¹⁴

このような不純な動機があったからかどうかは分からないが、フランスが導入した離婚の自由は、アンシャン・レジームの法観念を濃厚に維持していた。手続きの複雑さが、離婚を大いに抑制していた。夫婦の協議だけでは離婚できず、裁判所の判決によらなければならなかったし、勸解前置主義が採られ、緩慢で複雑な、しかも費用のかかる制度が採用されたので、多忙な都会人などはこの煩雑な手続きを利用しようともせず、都市部の離婚件数は大幅に抑制されたといわれる。そして農村部では、そもそも離婚制度を利用しようとする観念がなかったのである。そして王政復古によってカトリックが再び国教となるとともに一八一六年には、離婚制度が廃止されてしまった。これが復活するのは、一八八四年に提出された三度目の議員提出法律案がきわどい差で通過したことによってである。つまり世に喧伝された離婚の

自由は、線香花火のようなものだったのであり、離婚法の母国フランスでは、一九世紀の大部分離婚は禁止されていたのである。¹⁵⁾

ともあれフランス民法典は、初めて離婚の自由を謳ったのであるが、その際にも男女間には顕著な差別があった。ナポレオン法典によれば、妻は、夫が姦通した場合でも、姦通の相手方を家に引き入れたというほどのよくよくの場合でなければ、離婚を申し立てることができなかった。それどころか民法典編纂委員会で指導的地位にあったポルタリスは、「妻の不貞は、夫のそれよりも一層大きな墮落であると思われ、一層危険な結果をもたらす」という始末である。しかも検察官の請求があれば、不貞の妻は三月以上の拘禁刑、夫は、情婦を家に引き入れた場合ですら、一〇〇フラン以上二〇〇〇フラン以下の罰金刑とされていた。離婚の自由など、少なくともナポレオン法典制定当時においては、名ばかりのものであったし、男女間の不平等など、ほとんど意に介されていなかったといってもよからうと思われる。¹⁶⁾ 殊に既婚婦人の地位などはまことに惨めなもので、〈sexe faible〉(弱き性)であり〈femme au foyer〉(台所の女)以外の何者でもなかった。フランス語の辞書には〈seigneur et matre〉という言葉が載っており、旦那様などという訳語がついているが、もともとは「領主にして主人」という意味である。妻は、このような意味の夫の陰に生きる女であり、家の中ではトランプ遊びにも加わることができなかったといわれている。そしてそのような境遇からの解放を叫ぼうものなら、こうこうたる非難を浴びなければならなかった。人権宣言の原語は、〈Déclaration des droits de l'homme et du citoyen〉であるが、この人権宣言の偽瞞性を見抜いたオランプ・ドゥ・グージュは、その homme を femme に替え、citoyen を citoyenne と替えて、〈Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne〉、即ち「女と女市民の権利

宣言」を發表した。それが直接の動機かどうかは分からないが、この女闘士は、政治に口を出した廉でギロチン台の露と消えた。いずれにしてもそれが当時の状況であり、ナポレオン法典に流れる精神は男性中心主義だったのである。¹⁷⁾

このように見てくると、この法典の建前は自由と平等でありながら、本音は不自由と不平等だったように見えてならない。もちろん平等の建前は堅持された。しかしこの近代的民法典は、作家スタンダールが痛烈に批判するように、富める者にも貧しい者にも、等しく「橋の下で寝てはならない」と定め、飽食肥満の人にも飢えに泣く人にも等しく「ひとかけらのパンを盗んではならない」と定めたのである。平等も結構だが、ホームレスの人や餓死しそうな人にとって、これ程苛酷な法律はないであろう。

市民社会の曙における自由は——そして平等についても同様であるが——、哲学思想の上ではまことに広範、かつ、美しい自由であり、人権宣言にもその意味の理想的自由が掲げられたのであるが、現実の市民社会を規制する民法典にそのまま投影されることはなかった。アンシャン・レジームを打倒する美しい自由。しかしそのレジームからやっと這い出た歪んだ自由といわざるをえないのである。

ただここで注意すべきことがある。ナポレオン法典の掲げる自由平等は、形だけのものとはかりはいえない。その基礎にある自由主義は、人格的権利が誰にも平等に与えられること、誰しも同じ法律にしたがって物の所有権を取得し、使用しうることは確実に保障した。ただ人々の間にある財産上の不平等に気付かず、どれだけ財産を取得し、それをどのように使用するかは、各人の自由に委ねてしまったのである。財産をもつ者ともたざる者との区別は、最初から考慮していなかったのだので、一般的に「橋の下で寝てはならない」と定めただけのことである。これが問題になるのは、半世

紀以上も後になってからのことになる。

次にドイツ民法典を見よう。

(2) ドイツ民法典

ナポレオン法典が一八〇四年に施行されてから一世紀近く経って、一八九六年にドイツ民法典が公布されたが、その基本的精神は、ナポレオン法典のそれと変わらず、古典的な自由と平等を基調にしたものである。むしろこの法典は、ローマ法の集大成であるユースティニアヌス法典の中でもその主要部分を成すパンデクテン（古典時代のローマ法学者の学説集・学説集成）を徹底的に研究して、精緻を極める理論体系を築き上げたいわゆるパンデクテン学を法典化したものであり、立法技術的にはナポレオン法典以後の世界における最も優秀な法典とみられている。しかし、基本的精神においては、格別の発展は見られない。それは何故か。

ドイツ民法典が編纂されたのは、一〇〇年前の世紀末である。ボードレールの「悪の華」、ツルゲーネフの「余計者」が現れている。貧富の差は開くばかりで、犯罪、とりわけ累犯は激増する。社会問題とか婦人問題、あるいは労働問題という言葉が使われるようになった。時代閉塞の状況は確かにあったといえる。しかしこの前の世紀末は薔薇色の世紀末とでもいうべきではないか。一九世紀最後の二五年間にヨーロッパは、一般的に工業化された。石炭の時代は、石油と化学製品の時代となった。ガソリンを燃料として自動車が行り、飛行機の開発も間近になった。電気は世界を明るくし、工業の発展を加速させた。しばらく後になるが、レーニンは「共産主義はソビエト権力プラス電化だ」と言ったたほ

どである。細菌学、医学、栄養学の発達と、化学肥料による農業革命によって人々はたくさん食べ、長生きするようになった。ヨーロッパの人口は一八五〇年から一八七〇年までに三〇〇〇万増えたのに、一八七〇年から一九〇〇年間の間には、実に一億人も増えたのである。¹⁸ その時代が暗く退廃した世紀末などということはないと私は思う。このような時代的背景があつてこそ、ドイツ民法典は、依然としてきわめて楽天的な、そして古典的な自由と平等をその基礎に据えることができたのではないかと私には思われる。

全ヨーロッパの規模で産業構造の大変動が起つており、ドイツもその例外ではないのであるが、ドイツはその変動が社会の変革にまでは結び付かない後進国であつた。民法典とはフランス語で *code civil* であり、ドイツ語では *bürgerliches Gesetzbuch* である。つまり市民の法典なのであるが、まさにその市民がドイツではさっぱり成熟しなかつたのである。都市人口を例にとれば、一八〇〇年にベルリンの人口は一五万人で、同時期のロンドンの六分の一、パリの場合にはすでに五〇〇年も前にその人口に達していた。一九世紀初頭の階級らしい階級といえ、大農場主と都市貴族、それに手工業者であつた。中産階級ともいへば大小のブルジョアジーは成熟していない。ゲートルのいう「優雅で裕福な中産階級」(*hübscher, wohlhabender Mittelstand*) とは、官吏、商人、工場主および彼等の妻や娘たち、それに田舎の聖職者というような、教養と知性を備え、国民的意識をもつた一握りのグループであるにすぎなかつた。ドイツで市民階級と労働者階級という二大階級が形成されるのは、まさに一九世紀後半のことであるが、世紀末になつても、賃金労働者が全人口の七〇%、手職人が二〇%、要するに全体の九〇%が無産者階級であつて、大小のブルジョアジーなるものは、国民全体の三ないし五%に過ぎなかつたのである。¹⁹

ドイツ民法典の起草者たちは、意識的にも無意識的にもこの一握りの市民階級を念頭においてこの法典を起草した。この民法典に「何滴かの社会的油」(Tropfen sozialen Öls)を差そうとか、社会主義的思想を盛り込もうなどとはまるで考えていない。実際、起草者たちは一八七四年から二〇年をかけて、しかもその期間の大部分をほとんど世間から隔絶した密室、ドイツの誇るべき象牙の塔に閉じこもって編纂事業を遂行した。当然にも彼等は、ドイツの民法典が社会的経済的強者を念頭において起草され、弱者は切り捨てられたというような批判を齒牙にもかけなかった。それどころか彼等は、弱者に焦点を合わせて法秩序を構築するのは奇妙な考え方だと反論する。弱者の反対語は強者であるが、これには健全な者や能力ある者も含まれる。弱者の保護のみに専念する法は強者を抑制し、同時に健全な者や能力ある者をも犠牲にしてしまう。これらの人々に生活の基礎を与え、呼吸する空気、すなわち契約の自由を与えることこそ正義の要求するところだ。弱者の保護は、その上で考えればよいことだといふのである。²⁰

私は先に一八〇四年のナポレオン法典が一八世紀的農村社会の風景を思わせるものといった。一八九六年のドイツ民法典については、これが二〇世紀の親たりえないことはもとより、一九世紀末の工業化社会に眼を閉ざしていたことも、ここに指摘しておかなければならないのである。

三 二〇世紀における民法の発展

およそ法の発展は、社会の発展に立ち遅れるものであり、社会の発展に先んじて法が発展するなどということは、法

の、特に法典の性質上ありえないことである。法典の原語は「code」、その語源は「caudex」、すなわち木の幹の意味である。法秩序の枝葉の部分は頻繁に改正されるが、その根幹の部分は容易に改正されるものではない。フランスでは大革命以来憲法は十数回も改正されたのに対して、民法典はほとんど大きな改正はなく、フランス人たちは、この民法典こそ「フランスの真の憲法典」(vraie constitution de France)と呼んでいるほどである。しかし間もなくナポレオン法典は二〇〇歳、ドイツ民法典は一〇〇歳になろうとしている。この二つの民法典の基礎にあるイデオロギーが現在にそのまま通用するはずはない。実際、その根底にある自由とか平等の観念はすでに古びたものとなっている。これをケインズは「レッセ・フェールの終焉」(The End of Laissez-faire, 1926)と宣言した。近代法の根底にある自由の観念は再検討され、新しい自由と平等が模索されなければならない。しかしレッセ・フェールの終わりをいう場合に、問題の焦点は、もちろん弱者の保護にあったから、この観点からその終焉の経過を辿る必要があるであろう。まず(1)伝統的な自由主義の中でも最もその本領を發揮した経済的自由の問題を概観し、次いで、(2)労働法、(3)借地借家法、(4)男女平等法における変遷を順次取り上げることによろう。

(1) 経済的自由と経済法

経済的自由は、その根幹にある契約自由の原則のもとに、今日の世界の経済的繁栄をもたらした。しかも巨大なエネルギー源(蒸気、電気、原子力)を手中にしたのは個人ではなく、集団であり企業である。そのための資本の集団化は、資本制生産と株式会社の時代(l'âge de la capitalisation et des sociétés par actions)や団体主義の時代(l'âge du

collectivisme) そして計画の時代 (l'âge du plan) を招来した。⁽²²⁾ この事態を民法典は予想していなかった。例えば請負に関して、フランス民法典第一七八七条以下が予定していたものは、物を製造するために注文者と職人との間で締結される契約であった。しかし現在では、職人が自動車や電気製品を製造するようなことはない。売買契約にしても個人的意思が十分に作用するのは、工場における原料の買い入れから製造過程を経て卸売を経由したその最終段階においてのみである。それですれば普通契約款による売買は、民法典の予想した売買契約とは似ても似つかぬものとなっている。何よりも巨大な独占企業が生まれ、カルテル、トラスト、コンツェルンが生まれると、これらの団体は価格協定を始めとする市場の独占に走り、組織されていない市場の競争相手の契約の自由を奪い去ってしまった。自由を回復するには自由を制限しなければならないこととなった。個別的立法によって経済的自由を回復することは、緊急の国家的課題となった。かつて国家はレッセ・フェールの自由を前にして後退しなければならなかったが、今や国家はこれらの団体に対して挑戦しなければならない。カルテル立法をはじめとする独占禁止立法がその現れである。

経済的自由に対する国家の介入は、個別的立法の手段に止まらなかつた。次には、経済全般に対する国家的指導が開始される。第一次世界大戦後の猛烈なインフレや大恐慌は、国家的経済行政を通じて当面の経済的政治的危機を克服しなければならなくなつた。しかしそれを克服した後にも旧に復することなく、むしろ国民経済に対する全面的指導は、国家の主要な任務となり、経済法という部門も定着した。予定調和などは過去の夢だったのであるから、もはや経済は自由な社会に委ねられるなどといっておれない。国が積極的に経済を指導するのは良いか悪いかなどということは問題にならない。問題になるのはその手段や程度ないし限度だけだったのである。もちろん市場経済秩序の枠内で価格の公

定などを実施するための方法の問題となったのである。

ここまでくれば、現代の民法学者も法哲学者も契約の自由を考え直さなければならなくなっている。戦後近世私法史学者としてドイツ法学界を指導したヴィーアッカー（若き日の Nazi-Professor）によれば、「契約の締結は、もはや個人的および自発的な自由活動としてではなくて、ある社会的機能の実現として把握される。債権債務関係は、『有機体』として、すなわち合意された給付義務を遙かに越える契約当事者双方の義務の秩序として解釈される²³」。また、ラートブルッフによれば、両当事者の意思そのものが法的義務を生み出すのではなくて、「せいぜいその上位にある規範によって義務づけられるような状態を生み出そう」とする。すなわち契約が拘束力をもつのではなくて、法律が契約締結へと義務づけるとい²⁴。そしてラーレンツによれば、契約における意思表示は、当事者の意思から発するものでありながら、平均的正義の命令という客観的かつ絶対的な要請からも発するものであると説く。そして当事者双方は、それぞれの側でなされる行為の規範を定立し、同時にこの規範を内在的な契約正義 (immanente Vertragsgerechtigkeit) という上位の道義的命令に従わせなければならない²⁵というのである。こうして契約自由は契約正義へと上昇したのである。

(2) 労働法における自由の専制

このような一般的な動向を踏まえて、次に労働法の分野における新しい自由への動きを見よう。労働力に対する需要が著しく高かった時期には、自由な労働契約は、賃金の面でも労使関係の面でも人間にふさわしいだけのものを保証しえた。しかし今や個々の労働者は、労働組合を結成して経済的優位に立つ経営者に対抗しなければならなくなった。そし

て労働立法は、すでに一九世紀後半に独立の法分野を形成していたのである。それは国家が労働保護や労働関係の分野に介入することによって、新たな自由を確立する試みであったといえる。しかしその試みは、完全に成功したわけではない。大局的にみて、団結した労働者は、使用者に対する関係では確かに権利と自由をかちとった。しかしそれは苦渋に満ちた権利であり自由であった。イギリスにインフレを招き国民経済の弱体化を招いたものは何か。ドイツでもインフレと失業率の上昇を招いたものは何か。いずれも労働組合の過大な賃金引き上げの要求にあったといわれる。しかもそれは組織労働者の享受する自由が自由の専制をもたらし、未組織労働者を切り捨て、かれらを見放すまま使用者のもつ生殺与奪権の前に投げ出した。また、ストライキの際には、ピケットによって少数のスト破りの自由な意思表示を實力で圧殺することにもなったのである。⁽²⁶⁾

(3) 借地借家法の朝令暮改

ここで借地法と借家法の分野に転じよう。民法の原則からは、不動産賃借権が債権であり、土地家屋の賃貸借契約も自由に締結し解除できるのであるが、これでは居住の安定は得られないので、民事特別法として借地法や借家法が早くから（我が国ではいずれも大正一〇年に）制定されてきた。殊に二次にわたる大戦は都市部を中心に住宅の壊滅的欠乏状態を生み出し、賃借人に大打撃を与えた。これに対処して借地法や借家法は、基本的には自ら使用する必要があるとか、その他の正当な事由がある場合でなければ、自由に契約期間の更新を拒絶したり解約したりすることはできないとされていたのである。一見それは確かに弱者保護ともみえよう。しかし賃借人が常に必ず弱者かどうかは疑わしい。賃貸

人も住む家がなければ弱者であり、自己使用をめぐる紛争は絶えなかつたのである。弱者と弱者の争いに法はほとんど無力である。賃貸人の側に種々の制限を課するのは、住宅不足の時期には正当とみえるのだが、紛争を無くするには何よりも住宅の絶対数を確保する必要がある、そのためには住宅建設の意欲をかき立てる必要がある。こうして現在では土地住宅の賃貸人の利益をも考慮した立法改正が行われている。特に経済復興が我が国に一步先んじたドイツでは、再び賃貸人に解約告知権を与えたが、今度は賃借料値上げの手段としてこれを用いるようなことが起こつた。家賃の値上げに応じなければ立ち退いてくれと圧力をかけるわけである。そこでまたもや家賃の値上げを制限する改正法が制定された。するとたちまち住宅建設の意欲が低下するという現象が現れた。²⁷ こうして借地借家法の関係では、まるでイタチごつこのような朝令暮改が繰り返されたのである。確かに不動産賃貸借の関係では、伝統的な契約自由の原則に対する試行錯誤的な修正が繰り返されてきた。しかし新しい自由の原則はまだ見つけられていないのではないか。

(4) 男女同権法の実質的不平等

最後に男女同権法を取り上げよう。確かにナポレオン法典は、婚姻の自由とか離婚の自由を掲げた。しかしそれが男性中心の自由であり、女性にとっては名ばかりの自由だったことは既に述べた。その当時から、そしてその後ますます女性解放の掛け声は高い。しかしそれによって女性が真の新しい自由を獲得した気配はまるで存在していない。特に妻の地位は、どれだけ改善されたであろうか。現在の家族法の建前からいえば、女性にとって婚姻は主婦となり、日常の家事を処理するだけの、いわゆる主婦婚 (Hausfrauenehe) を出発点としていない。²⁸ 妻が職業をもつことは原則的に自

由だという考え方に立っている。雇用においては男女に均等の機会を与えなければならず、賃金も当然に平等とされている。アメリカの「市民的権利に関する法律」(Civil Rights Act, 1964)をはじめドイツの差別禁止法 (Anti-Diskriminierungsgesetze) 、そして国連も「女性差別のあらゆる形態を排除する協定」(UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau) を定め、それに応じてドイツでも「職場における男女平等処遇法」(Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz) を制定し、一九八〇年から施行されている。しかし女性は差別されても裁判に訴えてまで闘うほどの意欲はないと伝えられる。²⁹⁾それは、女性の場合、生活がかかっているというほどの自覚がないのかもしれないが、家事と出産育児から逃れたいのが実態といえよう。もちろん男女間の性差に基づく役割分担論は、法の建前上通用しなくなっている。ことに社会主義国家においては、女性の自由は彼女等に経済的実力をもたせること、即ち職業をもたせることによって確保されると考えられてきた。しかし事柄はそれ程単純ではなかった。職業をもつ女性には二重の負担が課せられている。過重の負担となりがちであればこそ、ドイツのある調査によると、有職婦人の三五%が長期にわたる二重負担には耐え難いと答えている。こうして遂に彼女等は育児の負担を避けるために子を産まなくなった。それどころか家から出て働くのが普通のこととなり、離婚率が急上昇することとなった。³⁰⁾「あなたにとって、職場を失うのと配偶者を失うのと、どちらが悲劇的と思うか」という問いは、もちろん職場優先の答えを予想しての問いである。今や女性は家に留まるべしとか、女性は人形の家を出なければならぬなどという教えは、いずれも時代遅れとなったのである。むしろ妥協的な議論も現れている。最近では、妻の家事労働を正当に評価しようという一般的傾向が現れており、またドイツには、子供が三歳になるまでは母親

の就業を禁止しようという考えもあるようである。果たしてそれによって女性が解放され、真の新しい自由を獲得することになるのか否かはまだ分らない。

なお離婚法についても一言付け加えておこう。すでに私は、フランスの場合一九世紀の大部分は離婚の自由などなかったと述べた。しかしその世紀末一八八四年にようやく離婚の自由が再び認められた。離婚はその後増加の一途を辿った。契約の一般原則にしたがって自由に結婚し、自由に別れうるものとされたのである。しかしそれでよいのか。離婚によって女性は横暴な男性から解放されるかもしれないが、貧困からは解放されたいのではないか。非行少年の多くは欠損家庭から生み出されているとの統計もあつた。そもそも夫婦関係は、売買や貸借借のような普通の契約と同列に論じてよいものかというような問題が提起され、かなり早くから、婚姻は自由に締結され解消される「契約」ではなくて、簡単には解消できない、もっと固定的で安定した「制度」と見るべきではないかという考えが生み出されてきたのである。そこには、配偶者の双方をそれぞれ夫として、あるいは妻として「身分的に」固定しようという考えが含まれているようである。しかし現在は男女同権の歩みを止めることはできないのであり、婚姻も、まさに「身分から契約へ」という方向を驀進している。離婚原因についても、世界の大部分は、夫または妻の不倫を理由とする過失主義から、夫婦関係の単なる挫折という破綻主義へと移行しており、他方では同棲も流行している。ここまですれば、「同棲者に法律は不要であり、法律も彼等に関心をもちたくない」と言ったナポレオンの思想はまったく時代遅れとなつている。破綻による離婚には離婚後に窮地に陥る者の扶養を詳しく規定しようとしているし、同棲者にも法的保護を与えようとする方向に向かっている。今や夫婦の形式的な身分よりも実質的な契約関係が重視されてきたのである。労使関係が身分か

ら契約への動きを卒業し、契約から身分へ発展しているというのに、夫婦関係においては、今もなお身分から契約への道を邁進してやまないのである。

四 振り出しに戻って——法の再倫理化の問題

これまで私は労働法と借地借家法と男女平等法を例にとって、自由と平等の觀念の發展を檢討してきたが、眞の新し自由の觀念が確立されたとも思われない。しかしこの問題について何らかの答えを出さなければならぬとすれば、従來の經驗を踏まえながら、あらためて根源的な考察を施して、新たな自由を模索しなければなるまい。

その出発点は、レッセフェールの自由が予定調和をもたらさなかつたことにあるのはいうまでもない。かつて戦争やインフレが中産階級を直撃し、持たざる大衆が反乱を起こしかねなかつた状況を我々は目撃した。現在でも全世界的視野で考えれば、財産所有の競争があつて自由が保障されるというような見方、すなわち自由と所有が一つに合流するかのよう⁽²⁾にみる考へ方は、もはや成り立たない。

今や大衆にとって所有は人格的自由を保障するものとしての機能を果たさない。かつては國家の前に所有者が立つていたが、現在では國家の前に大衆が立ち、それどころかすべての人が立つている⁽³⁾。そして今や、かつてのように國家が自由社會にある距離を置くべきものとする思想は放棄されざるを得ず、むしろ國家の積極的介入が要求されている。その方法は無論多様であり、社會の發展を計画によつて操縦するか、それとも自由の基調、すなわち個人的自由と私的所

有権とを基礎としつつ、国家が法律的あるいは行政的措置を講じて万人の福祉を実現すべく方向づけを行うか、方向において根本的に異なる二つの道が分かれている。前者は社会主義のたった道であるが、これは失敗した。そして西側の自由主義諸国ではいわゆる福祉国家なり社会国家を目指して、今もその道を歩んでいる。ドイツの場合についていえば、「所有権は義務づけられる」(Das Eigentum verpflichtet.) というワイマール憲法以来の道が取られている。

あくまでも個人的活動の自由、自由競争、所有の自由は維持されるのであるが、それらの自由は社会政策的目標と絶えず緊張関係に立つものであり、したがって方向づけられ、制限も加えられる。もし自由権の行使が社会国家的諸目的と衝突する場合には制限を受ける。⁽³²⁾ 確かに古典的自由主義原理は、あまりにも社会的・自然的偶然に委ね過ぎてきた。

個人が相続によって財産を得る場合、それは偶然とはいえないのか。先天的ないし後天的能力、才能、技能ですら、かなりの部分が偶然の所産ではなからうか。それらを個人の手に乗ねておくよりも、一つの社会的な共通財産、共同資産とみなして、それらを社会のすべての人々、あるいはもっと具体的にいえば、最も不利な状況にある人々の利益のために利用すべきものとするこのほうが遙かに社会国家の要求にかなうものといえるであろう。かつてのように個々人の能力差にはお構いなしに機会均等、機会の平等を唱えるよりも、結果の平等こそを実現しなければならぬのではな⁽³³⁾いか。法が現在これを語らざるをえないのは、法実証主義の名のもとにひたすら法と道徳、法と倫理の分離の道を歩んできたからである。フランス革命の掲げたスローガンは自由と平等と博愛であったが、法は自由と平等の実現に専心し、博愛を忘れていたからである。

確かに現在では法の再倫理化、自由平等と並んで、あるいはそれ以上に博愛への復帰が今法学の課題であることは確

かである。しかしわれわれはエデンの園に生きるものではないし、ましてユートピアなどは何処にもない。ローマ法以來法の立場から見る人間像は一家族を統率する家父長 (Pater familia) のそれであった。妻子のためにこの世の荒波を独力で漕ぎ抜く逞しい男のそれであった。理性と分別を備えて財産を殖やし、これを管理する力強い所有者像は、ナポレオン法典やドイツ民法典の描き出した人間像であった。しかし今や法の前にあるものは、もちろんスーパーマンでないし、家父長とか財産の所有者ではない。³⁴ いわゆるコモン・マンですらなくて、すべての人間なのである。そこでは自由から出発して平等の要請によつて修正する程度では満足できず、むしろ平等を自由に優先させる思想が現れざるを得なかつた。これを最も極端まで進めたのがマルクス主義だったのであるが、それによつて立つ社会主義社会は、人類の壮大な、しかしまことに惨めな夢であつた。平等の実現のために頭脳が信頼された。全知能を動員して、経済の計画化による効率化が図られた。計画の策定や指令・強制の装置が相次いで創設され整備されていった。その結果出来上がったものは巨大な官僚機構であつた。官僚制はエリート集団を生み、役職者の一大階層を形作つた。平等の理念から出発して、巨大な不平等体制を築き上げてしまつたのである。

それにしても、果たして完全な平等主義が人間社会において実現しうるのか、それがすべての人々に眞の幸福をもたらしうるのかという根本問題は解決されていないのである。しかし平等主義の夢は、たとえば家族制度の撤廃とか遺伝子操作による同型同質の人間の創出の夢をも育み、これによつて自然的・社会的偶然による差が解消され、すべての人間が同じスタートラインに立ちうるかのような幻想にまで達している。夢や幻想は論外として先の平等主義を徹底させることは、個人の努力とか生産への貢献に対して正当な報いをおろそかにする重大な危険がある。かつては持てる者が

一層の財貨の蓄積を図ってそれなりに努力し、持たざる者を搾取した。しかし社会主義計画経済は、持たざるはずの労働者が怠けていて、同じく持たざる者に属しながらも真面目に働いている者から搾取することを許したのである。とりわけノーメンクラトゥーラといわれたソ連の特権階級は、民衆の貧困をよそに贅沢三昧の優雅な暮らしをしていたから、これを含めていえば、遊んでいる者が働いている者から搾取していたといえるのである。愛のない絶望の風景であった。このような歴史の教訓に学ぶならば、やはり我々の社会においては、個人の基本的自由を基礎におくことが大前提とならざるをえないであろう。しかし過去の偉大な法典を基礎づけ、それどころかローマ法以来法そのものの根底にあつた古い自由の観念を固執することは許されない。市民社会の法は、社会国家の思想によつて大いに修正されてきた。しかし今なお各人それぞれに平等にして豊かな生存可能性の実現を保証する新しい自由は模索されなければならない。その模索は、法そのものを根本的に考え直すことなしには、永遠の模索とならう。市民社会においても社会国家においても、法は極力道徳の侵入を頑なに拒否してきたのであるが、今や法と道徳の峻別の原理そのものにまで遡つて考え直す必要があるのではないか。本稿の最後にようやく到達したもの——それは振り出しに戻るようなものであるが、恐らくは法の再倫理化の問題に正面切つて取り組み、全面的にこの方向で再出発するのでなければ、解決がないように思われてならないのである。

注

(1) The Idea of Freedom——a Dialectic Examination of the Conceptions of Freedom——directed by Mortimer J.

Adler, Double Day & Co. Inc., N.Y., 1958, p.253. 阿南成一「社会的自由と倫理的自由」『自由の法理』（尾高朝雄教授追悼論文集）一九六三年、三三〇頁以下。

- (2) ホップス『リヴァイアサン』世界の名著28、二二一頁。
- (3) 船田享二「ローマの自由」『自由の法理』前掲、三九頁。
- (4) Jacques Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, 1968, p. 32 et s.
- (5) 石井良助『明治文化史』2「法制編」洋々社、一九五四年、三三二頁以下。
- (6) ミシュレ／桑原・多田・樋口訳、「フランス革命史」世界の名著48『ミシュレ』一九七九年、一〇四頁。エリユルは、この宣言の採択を、革命政権の「煙幕政策」(Politique du Voile) とすら評している。Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, t. 5, 1956, p. 12.
- (7) Godechot, op. cit., p. 33.
- (8) Godechot, op. cit., p. 692.
- (9) これについて詳しくは、大木雅夫『比較法講義』東京大学出版会、一九九二年、一九二頁を参照せよ。
- (10) André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, 1973, p. 48.
- (11) George Ripert, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, 1947, p. 16.
- (12) カルボニエ／大久保泰甫訳「社会現象としてみたナポレオン法典」平松義郎博士追悼論文集『法と刑罰の歴史的考察』一九八七年、四五九頁。
- (13) Ernst Rabel, *Private Laws of Western Civilization*, in : idem, *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 3, 1967, S. 295.
- (14) Godechot, op. cit., p. 695 ; Rabel, aaO., S. 291.
- (15) René David, *Le droit français*, t. 2, 1960, p. 33 et ss. ; Ripert, *La régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948, 2. éd., p. 67. シャン・アンベール／三井・菅野訳『フランス法制史』（クセシユ文庫）一九七四年、一一二頁以

- (16) アンヌール／三井権説「前掲」一一二頁。
- (17) André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, 1969, p. 81, p. 189.
- (18) ハラノグロ／中村英勝・中村妙子訳『現代史序説』一九七一年「四八頁以下」五八頁。
- (19) Rudolf Wiethöler, *Rechtswissenschaft*, (Funk-Kolleg 4), 1968, S. 70.
- (20) Vgl. Werner Schubert, *Das bürgerliche Gesetzbuch von 1896*, hrsg. von Hofmeister, Kodifikation als Mittel der Politik, 1986, S. 27.
- (21) Gustav Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, Zweites Buch, Erste Abteilung, 1951, S. 41.
- (22) Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2. éd., 1952, p. 40.
- (23) Franz Wieacker, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Festschrift Deutscher Juristentag, 1860-1960, Bd. 1, 1960, S. 11f.
- (24) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, S. 244.
- (25) Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 3. Aufl., 1963, S. 158ff.
- (26) Dieter Schwab, *Einführung in das Zivilrecht*, 2., bearbeitete und ergänzte Auflage, 1974, S. 46f.
- (27) Eike von Hippel, *Der Schutz des Schwächeren*, UTB1203, 1982, S. 19ff.
- (28) von Hippel, aao., S. 77f.
- (29) von Hippel, aao., S. 79ff.
- (30) von Hippel, aao., S. 87ff.
- (31) Schwab, aao., S. 49.
- (32) Schwab, aao., S. 50.

- (33) J・ロールズ／田中成明訳『公正としての正義』一九七九年、二〇四頁以下。
- (34) Schwab, aaO., S. 49.