

国家の法と社会の法

——法社会学における「法」の概念——

東郷佳朗

目次

はじめに

一 社会現象としての法

(1) 法現象の概念

(2) 国家法と生ける法

(3) 生ける法の射程

(4) 生ける法から社会の法へ

二 国家の法と社会の法

(1) 国家の法と社会の法の相互関係

(2) 国家の法と社会の法の協力関係の諸形態

むすびにかえて

はじめに

法社会学という学問領域は、研究の対象と方法によって、憲法学、民法学、刑法学等の法解釈学と区別される。すなわち、法解釈学が法規の合理的解釈を目的とするのに対して、法社会学は法現象の実証的研究に従事する学問である、⁽¹⁾ということが出来る。「実証的研究」とは何か、という研究方法に関する問いはひとまず措くこととして、ここでは、「法現象」とは何か、という法社会学の研究対象にかかわる問いを扱うことにしたい。

対象に着目した場合、法社会学の特徴は、「法」を単に規範（法規ないし法命題）として静態的に観察するのみならず、これを一種の社会現象（法現象）として動態的に把握する点に見出される。したがって、法社会学における「法」は、制定法（憲法、法律、条約、条例等）、判例法等の実定法にとどまらず、これらに対応する現実の社会関係をも包含する概念である。⁽²⁾そのため、前者——国家法ないし裁判規範——と後者——生ける法ないし行為規範——の関係进行を明らかにすることが、法現象を理解するうえで重要となる。

そこで、本稿では、法現象をめぐる既存の議論を踏まえて、国家法と生ける法の相互関係に考察を及ぼし、とりわけ両者が協力関係にある場合に焦点を当てることによって、法社会学における「法」すなわち法現象の概念を洗い直したいと考える。その際、生ける法を「社会の法」として捉え直し、これを「国家の法」に対置することとしよう。

一 社会現象としての法

(1) 法現象の概念

法現象の概念をめぐっては、まず末弘厳太郎が、「生きた法律としての法的慣行」の存在形態にふれて、法を動的に捉える視点を提起している。すなわち、「實在の社会秩序は静止不動の形において存在するものにあらずして、各種社会力の力学的な相剋持ち合いによって成り立っている。一定の社会に規律を与えるために働きかけている政治力は、その社会に固有な伝統力ならびにその社会を支配する社会法則・経済法則と接触しながら、一定の秩序を形成しつつある⁽³⁾」。このような視点に立つてはじめて、「社会における政治力の現われとしての法律がその社会に働きかけている実相を機能的にとらえうる」。末弘の理解によれば、制定法としての法律を生み出す国家の「政治力」と、「生きた法律」としての慣習を支えている社会の「伝統力」の対抗と均衡、いわば国家法と生ける法の相互作用を通じて社会秩序が形成されていくありさまが、法社会学の追究すべき法現象として立ち現れてくる。

一方、川島武宜は、社会関係の中で現実に行われている「生ける法」を「法の直接的な存在形態」と位置づけたうえで、「法命題の現実的基礎は『生ける法』であり、それが人間の観念・意識等によって媒介されて独立の観念型態たる法命題に転化する」と定式化する⁽⁴⁾。川島の理解によれば、社会の中の生ける法が人々の法意識を介して法命題すなわち国家法に昇華されていく過程が、法現象として把握されるべきことになる。したがって、「現実の生ける法から観念型態としての法命題への発展過程をその具体的な現実に即して跡づけること」が法社会学の課題とされる。

これを踏まえて、渡辺洋三は、法社会学の対象とされる行為規範すなわち「生ける法」について、「一方において、人間の社会的行動を現実に規定する」と同時に、「他方において、……国家制定法を頂点とするその社会、その国家

の全法構造、全法体系、あるいは全法秩序の巨大な底辺をかたちづくっている」とみる。⁽⁵⁾ ここでも、生ける法は、国家法と無関係に存在するものではなく、国家法が社会において機能し妥当しうるための現実的基礎とみなされている。渡辺の理解によれば、生ける法を底辺とし国家法を頂点としてピラミッド状に形成されている法秩序の動態が、法現象として把握されるべきことになる。⁽⁶⁾ それゆえ、「国家法と生ける法との間の内的必然的諸関連、その相互関係の法則性、そのもつ意味等をとおして、法秩序を全体として描き出すこと」が法社会学の目標とされる。⁽⁷⁾

(2) 国家法と生ける法

渡辺はさらに、国家権力と生ける法の関係について、「国家権力の意思と生ける法とが一致する場合と、あい矛盾し対立する場合」に区別して分析を加える。⁽⁸⁾ まず、国家権力の意思と生ける法が一致する場合を、生ける法が、その内容および形式において本質的变化を受けることなく、そのまま国家法のレベルにまで上昇する場合(A₁)、生ける法が、その内容において同一性を維持しつつ、形態変化を遂げながら国家法として成立する場合(A₂)、生ける法が、そのまま直接的形態において国家法として認められ、消極的に国家法として成立する場合(A₃)、生ける法が、国家権力によって実質的には承認・支持されながら、消極的にも国家法として成立しない場合(A₄)、生ける法が、国家権力によって実質的には承認・支持されながら、さまざまな条件によって、それを否定する、ないしそれと矛盾する国家法の成立が余儀なくされる場合(A₅)に分類する。ついで、国家権力の意思と生ける法が矛盾し対立する場合を、両者の矛盾・対立が、必ずしも本質的・恒常的なものではなく、派生的・一時的である場合(B₁)、国家権力と生ける法のそれぞれの担い手が、相互に部分的に対立しあう場合(B₂)、歴史的に先行するより古い行為規範が、前進しつつある社会の中に残りかすとして残存している場合(B₃)、歴史的により新しい行為規範とそれに伴う規範意

識が成立し発展してくるときに、新しい行為規範の担い手が、国家権力を握る支配階級と正面から対立する場合（B₄）に分けている。

右の分類を国家法と生ける法の関係に即して捉え直すならば、A₁∪A₃の場合は両者が協力ないし相補関係に立つのに対して、A₅およびB₁∪B₄の場合は両者が反発ないし競合関係に立つとみることができる。そして、A₄は国家法が存在しない場合に当たるが、この場合、国家法の欠如を通して、実質的には、生ける法が国家権力によって法秩序の一環に組み入れられていることに注意しなければならない。⁽⁹⁾

(3) 生ける法の射程

以上の議論を踏まえて、さしあたり、法現象を「生ける法と国家法の相互作用によって規定される法秩序の動態」と捉えておきたい。したがって、法現象を理解するためには、まず、「生ける法」それ自体が、つぎに、「生ける法と国家法の相互作用」が明らかにされなければならない。後者については、上述の渡辺の所説によりながら後ほど改めて詳論することとして、ここでは生ける法をめぐる従来の議論を整理しておきたい。

まず、末弘のいう「生きた法律」、あるいは、川島や渡辺が用いている「生ける法」という語が、オイゲン・エールリッヒの唱えた *Lebendes Recht*⁽¹⁰⁾ に由来するものであることは、改めていうまでもなからう。だが、それらの用語法は、「社会的団体の内部秩序」 *innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände* とし、エールリッヒが用いた本来の意味とは必ずしも一致しない。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

これに関して、川島は、エールリッヒの「生ける法」の捉え方を「法の社会的関係の分析が『団体』で行きつまるになる」と批判し、「近代法は市民社会の秩序であり、……市民社会は、団体ではなくて、むしろそれを構成する個

人の間の関係であることにその重要な特質がある」ことから、近代法の現実的基礎をなしている社会関係、いわば市民社会の「生ける法」についても、「社会的諸個人相互の間の現実の関係として再構成することを要する」と述べる。⁽¹³⁾ここで「生ける法」と呼ばれる社会関係は、川島によれば、「人間の生存の・したがってまた彼の生活資料の生産の・歴史的なしかた」、すなわち、人間の自然に対する働きかけ（労働）のあり方と、これに密接に結びついている「人間と人間との間の一定の協働のしかた」、すなわち、人間相互の共同性（分業）のあり方によって規定されている。そのような意味で、生ける法は、「一つの自然史的行程としての・社会関係を貫徹する自然必然性」を体现するものとみなされる。⁽¹⁴⁾

渡辺もまた、生ける法をより広い意味で捉えており、「法」のメルクマールとして、第一に政治的権力による強制、第二に客観的ルールによる支配をあげたうえで、「この二つの法の契機をその完全な成熟した形態においてかねそなえるもの」が近代国家における国家法であるのに対し、「生ける法」を「不完全な未成熟な形態においてであるにもせよ、ともかく右の二つの法の契機を、その萌芽として自らのうちに内在せしめている社会規範」と定義づける。⁽¹⁵⁾これに従えば、「生ける法」の名で表される社会関係は、「社会的支配の強制機構を内在的に含む社会規範関係」としての側面と、「対立する社会的諸力の対抗関係における権利義務的諸関係」としての側面を併せ持つことになる。

他方、末弘は、当該規範の遵守が社会の統制力によって強行されうるか否かを「法律」のメルクマールとする立場から、「国家の法律」とは別個の存在として「社会の法律」を認め、これを法学の研究対象に含めるべきことを主張する。⁽¹⁷⁾その例が研究室の「禁煙」の掲示から国際法にまでわたっていることから窺われるように、末弘のいう「社会の法律」も、団体の内部規範に尽きるものではなく、「国内の小社会の法律、外国の法律もしくは国際社会の法律のごとく国家と地的範囲を異にする社会の法律……を認めうる」のみならず、「国家と地的範囲を同じくする社会にも

国家的統制力と離れてその社会特有の社会的統制力が行われている⁽¹⁸⁾とされる。⁽¹⁹⁾ここでは、法秩序を多元的に捉える視点から、「国家の法律」（国家法）と「社会の法律」（生ける法）の重層性が看取されている。

(4) 生ける法から社会の法へ

日本の法社会学がいまだ草創期にあった昭和初期、すでに「社会の法律」という語を発見していた末弘の慧眼には驚嘆するほかないが、近年に至って、「生ける法」に代えて「社会の法」という表現が使われる例がわずかながら見受けられるようになった。

たとえば、渡辺は、『法とは何か』（岩波新書）の改訂に際して冒頭に「国家の法と社会の法」と題する序章を設け、制定法、判例法、慣習法等の「国家の法」とともに「社会の中に存在している『法』」について論及し、その種類として、①慣習、②社会集団内部の自主法、③変化する社会の中でその変化に対応して新しく登場する「法」（新しい権利等）、④国際慣習法をあげている⁽²⁰⁾。また、棚瀬孝雄は、法解釈学にはない法社会学に固有の視点の獲得——あるいは、法社会学が法解釈学の思考様式から自由になること——を旨指して、国家法の欠缺を埋めるための「生ける法」の発見ではなく、法の現実の姿を生々しく浮かび上がらせるための「社会の法」の観察、すなわち「法の社会化」を提唱している⁽²¹⁾。

以下、本稿では、生ける法をめぐる従来の議論は踏まえつつも、渡辺や棚瀬に倣って、やや使い古された感のある「生ける法」に代えて「社会の法」という語を用いることにしたい。換言すれば、生ける法を、社会的組織の内部秩序に限らず、より広く、国家法を基礎づける現実の社会関係を包含する概念として位置づけ、これを「社会の法」として捉え直すこととしたい。これによって、エールリッヒの用語法との混同が避けられ、また、国家法があたかも

「死せる法」であるかのような誤解⁽²²⁾を招くこともなくなるであろう。

二 国家の法と社会の法

(1) 国家の法と社会の法の相互関係

これまでみてきたところによれば、法秩序は国家の法と社会の法からなる重層的な構造を持ち、両者が相互に作用し合って総体としての法秩序が形成されている。無論、両者が反発ないし競合関係に立つ場合もありうるが、ここでは、協力的ないし相補関係に立つ場合に焦点を当てて、国家の法と社会の法のかかわり方を考察してみたい。

先に紹介した渡辺の分類に沿うならば、社会の法が、その内容および形式において本質的変化を受けることなく、そのまま国家法のレベルにまで上昇する場合(A₁)、社会の法が、その内容において同一性を維持しつつ、形態変化を遂げながら国家法として成立する場合(A₂)、および、社会の法が、そのまま直接的形態において国家法として認められ、消極的に国家法として成立する場合(A₃)が、さしあたり検討の対象となろう。

まず、A₁については、その典型としてブルジョア社会(資本主義社会)における商品取引法があげられる。というのは、「ブルジョアジーは、階級として、国家権力を自己の手に掌握するや、その生ける法、社会規範であるブルジョアの私法を、国家法に反映させ、自己の階級の行為規範を国家権力の強制をもって、全法秩序の基軸に据えようと欲する」からである。⁽²³⁾ もっとも、いわゆるブルジョア革命を経ないまま明治期に西欧法を継受した日本の場合、これに当てはまらない。それゆえ、日本の近現代法史においては、社会の法としての固有法と国家の法としての継受法との対抗(渡辺の分類中のA₅およびB₁、B₄)と均衡(同じくA₂、A₄)という示導動機⁽²⁴⁾が、繰り返し立ち現れてくる

ことになる。

つぎに、A₂については、「明治以降の日本の国家権力が、封建的規範の本質（内容）を維持しつつ、それを近代的形態において法命題化した場合」がその典型とされる。⁽²⁵⁾たとえば、武家の制度を採り入れたものといわれる明治民法下の家族制度は、社会の法として行われていた家父長制が、国家の法である民法典において、戸主権と家督相続を中核とする「家」制度に再編されたものとみることができ。もともと、戦後、個人の尊厳と両性の本質的平等を謳う日本国憲法が制定されるにあたり、これと相容れない「家」制度は廃止を余儀なくされ、社会の法としての家父長制は、憲法、民法等の国家の法とは反発関係に立つこととなった。⁽²⁶⁾

また、いわゆる慣習法は、A₃の場合にあたるとされる。この場合、社会の法としての慣習が積極的には制定法とされず、慣習法としてそのまま法的効力が認められる、つまり、「消極的に国家法として成立する」ことになる。⁽²⁷⁾たとえば、民法は、系譜、祭具、墳墓等の祭祀財産の所有権については、一般の財産相続から切り離し、「慣習に従って祖先の祭祀を主宰すべき者が承継する」ものとしている。⁽²⁸⁾（八九七条一項）。同様に、入会権についても、共有の性質を有する入会権と共有の性質を有しない（地役の性質を有する）入会権に区別したうえで、いずれに關しても各地方の慣習に従うものとしている。⁽²⁹⁾（二六三条、二九四条）。これらは、国家の法としての民法と社会の法としての慣習が、いわば参照関係にあるものとみることができる。

ところが、共有の性質を有しない入会権の場合、国有地については入会権を否認する政策がとられ、裁判所もこれに与し（大判大正四・三・一六民録二二輯三三八頁）、公有地についても、民法上の入会権ではなく市制・町村制上（現行法上は地方自治法二三八条の六）の旧慣使用权として扱われたことから、そのかぎりでは国家の法と社会の法は矛盾・対立することとなった。入会林野の国有公有地化をめぐることは、官民有区分に伴う官地編入に際して濫伐や放

表1 国家の法と社会の法の協力関係の諸形態

社会の法 形態	① 慣習	② 社会集団内部の 自主法	③新しい権利
I 制定法が社会 の法の形成を 制度化してい る場合		・ 法人制度 (民法33～84条の3、 会社法、特定非営利 活動促進法、中間法 人法等)	
II 制定法が社会 の法に国家の 法と同等の効 力を付与して いる場合	・ 慣習法 (法適用通則 法3条 [旧法例2条]) ・ 任意規定と異なる慣 習 (民法92条) ・ 入会権 (民法263条、 294条) cf. 旧慣使用権 (地方自治法238条の6) ・ 祭祀財産の承継 (民法897条) ・ 商慣習法 (商法1条2項)	・ 就業規則 (労働基 準法89～93条) ・ 労働協約 (労働組 合法14～18条) ・ 管理組合の規約・ 集会決議 (建物区分 所有法30～64条)	・ 行政文書開示請求 権 (情報公開法3条) ・ 犯罪被害者の権利 (犯罪被害者等基本法 3条)
III 判例法が社会 の法に国家の 法と同等の効 力を承認して いる場合	・ 慣行水利権 cf. 許可水利権 ・ 温泉権 ・ 譲渡担保権	・ 校則・学則	・ プライバシー権 ・ 自己決定権 ・ 日照権 cf. 環境権

火等、また、部落有林野統一に際して
記名共有訴訟や地上権設定等、違法・
合法を問わず、各地で住民らの激しい
抵抗がみられた⁽³⁰⁾。そのため、裁判所も
社会の法の存在を無視しつづけること
はできず、戦後に至って国有地上の入
会権を認める立場に転じた(最判昭和
四八・三・一三民集二七巻二号二七
一頁)。

(2) 国家の法と社会の法の協力関係 の諸形態

以上の整理を踏まえ、国家の法と社
会の法のかかわり方について類型化を
試みてみたい。主として、社会の法が
直接的形態のままで国家の法と協力・
相補関係に立つ場合が分析の対象とな
るので、上記のA₃と重なり合うが、国

家の法を制定法のみ、また、社会の法を慣習のみに限るものではない。

私見によれば、国家の法と社会の法の協力関係は、前者を制定法と判例法に分けると、次の三つの形態に分類することができる。すなわち、制定法——規範の定立者に着目すれば議会——が社会の法の形成を制度化している場合（Ⅰ）、制定法が社会の法に国家の法と同等の効力を付与している場合（Ⅱ）、および、判例法——規範の定立者に着目すれば裁判所——が社会の法に国家の法と同等の効力を承認している場合（Ⅲ）である。ここでは、社会の法を、①慣習、②社会集団内部の自主法、③新しい権利に分けたうえで、それぞれの形態について具体例を示すことにしたい（表1を参照）。

① 慣習

法律学では、一般に、人びとの間で行われている慣習規範のうち法的効力を有するものを「慣習法」と呼んでいる⁽³¹⁾。したがって、この意味での慣習法は、不文法源として国家の法の一環をなす。その根拠となっている「法の適用に関する通則法」⁽³²⁾三条（旧法例二条）によれば、公序良俗に反しない慣習のうち、法令の規定により認められたもの、または、法令に規定されていない事項に関するものに限って法律と同一の効力を有するものとされている。このうち、法令の規定により認められた慣習が、制定法が社会の法としての慣習に国家の法としての効力を付与している場合（①ⅠⅡ）に、また、法令に規定されていない事項に関する慣習が、判例法が社会の法としての慣習に国家の法としての効力を承認している場合（①ⅠⅢ）に、それぞれ該当する。いずれにしても慣習法は、国家の法と社会の法の結節点としての役割を担っているといえよう。

まず、①ⅠⅡの例として、先述の祭祀財産の承継や入会権のほか、民法には、相隣関係に関する慣習（二二七条、二一九条三項、二二八条、二三六条）、地上権に関する慣習（二六八条一項、二六九条二項）、永小作権に関する慣習

(二七七条、二七八条三項)などについて規定が置かれている。また民法は、法律行為の解釈に関しては、任意規定よりも慣習に優先的効力を認めている(九二条)⁽³³⁾。商法でも、同法に定めがない事項については、民法の規定よりも商慣習法が優先することとされている(一条二項)。

一方、①―Ⅲすなわち裁判所が慣習法の存在を肯定している例として、慣行水利権⁽³⁴⁾、温泉権、譲渡担保権などがある。いずれも、物権法定主義(民法一七五条)の原則にもかかわらず民法その他の法律に規定がなく、判例によって「慣習法上の物権」として認められているものである。⁽³⁵⁾一見、国家の法と社会の法とがあい矛盾しているようにみえるが、慣習が制定法の欠缺を補う役割を果たしている点に着目すれば、むしろ両者は相補関係にあるとみるべきであろう。⁽³⁶⁾

② 社会集団内部の自主法

社会の法はもっぱら慣習に限られるわけではなく、家族、地域、学校、企業、市民団体等、諸種の社会集団において定められている自治規範もまた、これに含まれる。そこで、これら「社会集団内部の自主法」と国家の法とのかわり方を、制定法が社会集団の自治規範の形成を制度化している場合(②―Ⅰ)、制定法が社会集団の自治規範に法的効力を付与している場合(②―Ⅱ)、および、判例法が社会集団の自治規範に法的効力を承認している場合(②―Ⅲ)に分けて検討することとしたい。なお、ここでは、「法的効力」という語が、「法律と同一の効力を有する」という意味ではなく、「規範を定立しあるいはこれに同意した者以外の者、すなわち第三者に対しても、規範としての効力が及ぶ」という意味で用いられている。

第一に、②―Ⅰにあたる例として法人制度をあげておきたい。民法では、社団法人の設立に際しては定款を、また、財団法人の設立に際しては寄附行為を作成することとされているが(三七条、三九条)、これらは、団体の自治規範

という意味での社会の法にはかならない。法人の設立を認めている法律は、他にも会社法、特定非営利活動促進法（NPO法）、中間法人法、宗教法人法、私立学校法、労働組合法等、数多くあり、いずれの場合にも、定款、寄附行為、規則、規約等の組織規範を定めることが義務づけられている。この点に着目すると、法人制度は、社会の法の形成を国家の法が促進しているものといえることができる。

なお、二〇〇六（平成一八）年に公益法人制度改革関連三法⁽³⁷⁾の成立をみたが、これらが施行されると、中間法人法が一般法人法に取って代わられるほか、その他の法人にかかわる法律も、関係法整備法の下、再編が図られることになる。これによって、民法に基づく現行の公益法人制度は、一般法人法および公益法人法に基づく新たな制度に生まれ変わる。法人に関する国家の法が大幅に変更されることは、社会の法のあり方、ひいては市民社会のあり方にも変化をもたらすかもしれない。

第二に、②―Ⅱにあたる例を「企業の中の法」と「地域の中の法」に見出すことにしよう。まず、使用者と労働者の合意に基づく「企業の中の法」として、就業規則と労働協約があげられる。前者については、労働基準法において、就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働協約は、その部分については無効とし、無効となった部分は就業規則で定める基準によるものとされている（九三条）。この場合、就業規則という社会の法が、労働基準法という国家の法によって、個別の労働契約すなわち当事者間の合意を規律する効力（規範的効力）を付与されていることになる。また、後者についても、労働組合法において、労働協約に定める労働条件その他の労働者の待遇に関する基準（規範的部分）に違反する労働契約の部分は無効とし、無効となった部分は規範的部分に定める基準によるものとされている（一六条）。さらに、労働協約が一定の要件を備えるときには、事業場全体または地域全体に当該協約が適用されうることとなっている（一七条、一八条⁽³⁸⁾）。この場合、労働協約という社会の法が、労働組合法という国家

の法によって、個別の労働契約を規律する効力（規範的効力）を付与されているとともに、一定の要件を充たした場合には、事業場単位ないし地域単位での効力の拡張（一般的拘束力）が認められていることになる。

つぎに、「地域の中の法」については、「建物の区分所有等に関する法律」（以下、建物区分所有法という）に基づく管理組合の規約および集会決議を例にとろう。区分所有者は、全員で、建物およびその敷地・付属施設の管理を行うための団体（管理組合）を構成し、集会を開き、規約を定め、管理者を置くことができる（二三条）。そして、区分所有者および議決権の各四分の三以上の多数による集会の決議があれば、規約の設定、変更および廃止ができる（三一条一項）。規約および集会の決議は、区分所有者の特定承継人に対しても効力を生じ、建物等の使用方法については、賃借人等、専有部分の占有者をも拘束する（四六条）。区分所有者および専有部分の占有者は、建物の管理・使用に関し区分所有者の共同の利益に反する行為をしてはならず（六条一項、二項）、そのような行為をした者またはするおそれがある者に対しては、他の区分所有者の全員または管理組合法人は、区分所有者の共同の利益のため、その行為を停止し、その行為の結果を除去し、またはその行為を予防するため必要な措置をとることを請求できる（五七条）。さらに、これらの措置によっても区分所有者の共同生活の維持を図ることが困難である場合には、一定の要件に従う集会の決議に基づき、専有部分の使用禁止（五八条）、区分所有権等の競売（五九条）、または、賃貸借契約等の解除および専有部分の引渡し（六〇条）を、訴えをもって請求できる⁽³⁹⁾。

要するに、管理組合の規約および集会決議という社会の法が、建物区分所有法という国家の法によって、区分所有者のみならず、特定承継人や賃借人等に対しても効力を有するものとされており、さらに、集会決議については、裁判所の承認を条件として、区分所有者の共同の利益に著しく反する者に対し立ち退きを強制することが認められている、ということになる。

第三に、②―Ⅲに関しては、「学校の中の法」というべき校則・学則を例にあげよう。そこで、校則違反を理由とする懲戒処分⁽⁴⁰⁾の当否が争われた例をみてみると、裁判所は、団体の内部規律を重視する立場から、社会の法としての校則を尊重しているといふことができる。すなわち、「団体は、その結成目的を達成するため、当該団体自ら必要な事項を定め、構成員等当該団体の内部を規律する機能を有する。高等学校も、また、生徒の教育を目的とする団体として、その目的を達成するために必要な事項を学則等により制定し、これによって在学する生徒を規律する権能を有し、他方、生徒は、当該学校に入学し、生徒としての身分を取得することによって、自らの意思に基づき当該学校の規律に服することを承認するに至る」(東京地判平成三・五・二七)⁽⁴¹⁾。このような理由から、裁判所は、社会の法としての校則に法的効力を承認しており、退学処分等、校則違反に対する制裁を行き過ぎと判断することはあっても、校則それ自体については一貫して合理性を認めている。つまり、「バイクに乗る自由」等、生徒側の権利主張よりも、バイクの免許取得禁止等、団体の内部規律としての校則が優先されているといえよう。ここでは、同じ社会の法のレベルにおいて、個人の「新しい権利」よりも「社会集団内部の自主法」が重視されていることになる。

以上のように、企業、地域、学校等の「社会集団内部の自主法」の中には、国家の法が社会の法を前提に——あるいは、社会の法が国家の法を前提に——機能している例がみられ、このような場合、両者は協力ないし相補関係にあるといふことができる。

③ 新しい権利

市民社会においては、さまざまな私人の利益が「権利」の名の下で主張されている。そのような権利主張が説得力を持ち、その正当性が社会的に承認されるに至れば、たとえ国家の法では明示的に認められていなくとも、当該権利は「社会の法」と呼ぶに値しよう。たとえば、プライバシー権、自己決定権、知る権利、日照権、環境権、嫌煙権、

犯罪被害者の権利等がこれにあたる。これらの「新しい権利」は、社会の法のレベルにとどまらず、市民の権利意識を媒介にして法過程を突き動かし、時として国家の法に受け入れられることがある。その態様は、制定法が新しい権利を国家法上の権利として規定する場合(③―Ⅱ)と、裁判所が新しい権利を国家法に根拠づけられた権利として承認する場合(③―Ⅲ)とに分けられる。

先に③―Ⅲの例からみておきたい。「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」(憲法一三条)を梃子にさまざまな新しい権利が主張されているが、このうちプライバシー権と自己決定権については、個人の人格的利益の一環をなすものとして、⁽⁴³⁾裁判所も肯定的な立場を示している。⁽⁴⁴⁾これに対して、幸福追求権および生存権(憲法二五条)を根拠に主張される環境権⁽⁴⁵⁾については、権利内容や権利主体の不明確性などを理由に消極的な姿勢をみせている。⁽⁴⁶⁾また、嫌煙権⁽⁴⁷⁾を掲げて当時の国鉄に禁煙車両の設置等を求める訴訟が提起された際、裁判所は、車内における受動喫煙は受忍限度の範囲内としてこれを退けた(東京地判昭和六二・三・二七判時一一三六号三三頁)。他方、日照妨害を理由とする損害賠償ないし妨害排除請求、いわゆる日照権の主張に対しては、人格権侵害の一種としてこれを認めている。⁽⁴⁸⁾いずれにせよ、これら新しい権利の提唱は、裁判の結果として国家の法に受け入れられるか否かはともかく、それ自体として社会の法の形成に寄与する社会運動的な側面を有している。ここでは、新しい権利の根拠づけに用いられる幸福追求権や人格権などの包括的な権利が、国家の法と社会の法の結節点としての役割を演じている点に注目したい。

一方、一九九九(平成一一)年に制定された「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」(情報公開法)に規定されている行政文書の開示請求権や、二〇〇四(平成一六)年に成立をみた犯罪被害者等基本法に謳われている犯罪被害者の権利⁽⁵⁰⁾は、③―Ⅱにあたる。前者は、表現の自由(憲法二二条)の一環として主張される「知る権利」を具

現するものといえよう。

また、一九九三（平成五）年、公害対策基本法に代えて制定された環境基本法には、環境権こそ明記されなかったものの、「現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受する」ことが基本理念に盛り込まれた（三条）。あるいは、嫌煙権運動の伸張に伴い、二〇〇二（平成一四）年に制定された健康増進法には、多数の者が利用する施設における受動喫煙の防止が謳われている。⁽⁵¹⁾これらの例は、訴訟等を通じて提唱された新しい権利が、裁判所には否定されたにもかかわらず社会の法のレベルでは広く市民に浸透し、国家の法の制定過程にも影響を及ぼしたものであるということができる。

むすびにかえて

本稿ではまず、末弘、川島、渡辺らの議論を手がかりに、法社会学の研究対象である「法現象」の概念を検討し、生ける法と国家法の相互作用によって規定される法秩序の動態としてこれを把握した（一（一））。ついで、「生ける法」の射程に目を向け、従来の理解によれば、必ずしも団体の内部秩序に限らず、より広く、国家法を基礎づける現実の社会関係を包含するものであることを明らかにした（一（三））。そこで、このような意味での生ける法を「社会の法」として捉え直したうえで（一（四））、渡辺らの所説によりながら国家の法と社会の法の相互関係に考察を及ぼし（一（二））、二（一）、とりわけ、両者が協力・相補関係に立つ場合に焦点を当てた。すなわち、これを、制定法が社会の法の形成を制度化している場合、制定法が社会の法に国家の法と同等の効力を付与している場合、および、判例法が社会の法に国家の法と同等の効力を承認している場合の三形態に分類し、これに基づいて、①慣習、②社会集

団内部の自主法、③新しい権利につき、具体例に即して国家の法と社会の法のかかり方を描き出した(二)(2)。

以上の作業を通じて追究されたのは、「法現象」とは何か、という法社会学の研究対象にかかわる問いであった。しかし、法社会学を法解釈学から区別するいまひとつの指標がその方法的特徴すなわち「実証的研究」にあるとすれば、ここで示した法現象の概念、とりわけ生ける法の「社会の法」としての再構成もまた、社会の中に見出される法的事実によつて検証されなければならない。この新たな課題に向けて踏み出すにあたり、末弘厳太郎の次の言葉を改めて銘記しておきたいと思う。

『「事実」に依つて『概念』を洗へ、そうして其洗はれた活きた新しい『概念』の上に『あるべき法律』を築かねばならぬ。然らざる限り其築く所のものは遂に砂上の楼閣たるに過ぎない。一朝の風浪も尚容易に之を洗ひ去り得るだらう。故に『ある法律』を知ることとは又『あるべき法律』を説くことの前提であらねばならぬ⁽⁵²⁾。ここにいう『ある法律』を知ること』が法社会学の果たすべき使命であることはいうまでもない。

(1) 利谷によれば、「法社会学を定義するならば、それは法という社会現象、すなわち法現象の総体を研究対象とし、その現実の姿と、それを貫く法則性を実証的に明らかにしようとする社会科学である」(利谷信義「法社会学」『世界大百科事典26』平凡社、一九八八年、八八頁)。川島も、法社会学を「法現象についての経験科学」と定義づけている(川島武宜「法社会学序説(講義)」同『川島武宜著作集第二巻 法社会学2』岩波書店、一九八二年、一四六頁以下)。

(2) 川島によれば、「法社会学にとっては、事実の世界において生起する現実の社会関係が問題となるのであり、法は人々の行動を現実の規定し方向づけているものとして、その研究の対象となる。そこでは、法は、単にあるべきものとしてでなく、現実に行われているものとして問題となる」(川島武宜「法社会学における法の存在構造」同『川島武宜著作集第一巻 法社会学1』岩波書店、一九八二年、一一七頁)。

(3) 末弘厳太郎「法律と慣習」(一九四三年)同『末弘著作集Ⅱ・民法雑誌帳上巻(第二版)』(日本評論社、一九八〇年)二九四頁以

下。さらに、「その状あたかも高気圧と低気圧とがその接触面に不連続線的の渦流を形成するに類似し、一見静的に安定していると思われるものも実は相剋する力の持ち合いにすぎず、多くの場合には力と力とが互いに働き合いつつ絶えず安定を求めながらも安定と動揺との連続のうちに動きながら秩序が形成されてゆく。比較的固定した社会においては力の平衡によって安定した秩序が継続的に定立されるけれども、ここでもその安定は力と力との持ち合いによって成り立っているのである。これに反し、多少とも変転期にある社会においては力と力との相剋による動揺が目立つけれども、この場合でもその動揺の間に絶えず安定を求めながら秩序が形成されてゆくことが見出される」と続いている。

(4) 川島、前掲「法社会学における法の存在構造」一二三頁以下。

(5) 渡辺洋三『法社会学と法解釈学』（岩波書店、一九五九年）一六〇頁。

(6) 渡辺によれば、「法的現象とは、国家制定法規と現実の社会関係とのこの一定の相互作用・反作用の諸過程をつうじて具顕される社会現象の総体を意味するであろう。したがって法秩序とはまた、いわば国家制定法を頂点に持ち、それと相互作用の関係に立つばう大な社会関係を底辺に持つところの・壮大な三角形型の統一的な規範秩序の総体であるということもできる」（同上書一九七頁）。

(7) 同上書一七九頁。

(8) 同上書一七九頁以下。なお、国家法が常に国家権力の意思を反映するものとは限らないことから、ここでは、「国家法」ではなく「国家権力の意思」という表現が使われている。

(9) 同上書一八三頁。

(10) エールリッヒの「生ける法」の観念については、E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) (河上倫逸 II M・フリーヒト訳『法社会学の基礎理論』みすず書房、一九八四年)を参照。

(11) エールリッヒによれば、法の核心は人間の諸団体の内部秩序にあるとされる。すなわち、「人間の組織の内部秩序は単に始原的なものであるに留まらず、現代に到るまで法の基本的形態なのである。法規はずっと後になって作られるのみならず、今日でもなおその大部分が、まず組織の内部秩序から導出されるのである」（同上書三四頁）。

(12) 六本佳平「戦後法社会学における『生ける法』理論」石井紫郎編『日本近代法史講義』（青林書院、一九七二年）二四一頁以下。

(13) 川島、前掲「法社会学における法の存在構造」一二五頁以下。これに対して、「一定の規範を現実的な行為の規則として承認している人間のサークルは、すべてエールリッヒの意味における社会的団体なのである」から、「商品交換的契約によって結合される人

間の範囲も、また経済団体としてとらえられてくる」とする理解もある（磯村哲『社会法学の展開と構造』日本評論社、一九七五年、一九一頁）。

(14) なお、六本は、川島らの「生ける法」概念について、「戦後の『民主化』の一般的状況の下で形成されたものであり、日本社会の『生ける法』の近代化を基本課題とし、近代法の構造分析をとおして得られた近代法固有の秩序原理（それは『権利・義務関係』ということばで要約され、また、それは特殊『法的』関係であるとされた）を範型として日本の現実の『生ける法』の秩序原理を批判的に分析する、という基本的構造を有する」と特徴づけている（前掲『戦後法社会学における『生ける法』理論』二六四頁以下）。

(15) 渡辺、前掲書一六〇頁以下。これに関連して、渡辺は、ある社会集団において人々の行為を実際に規律しているルールの内容が、①多かれ少なかれ権利義務的關係に関するルールであること、②その正当性が長年の慣習の積み上げによって集団内部で社会的に承認されていること、③そのルール違反があつた場合に集団の力によつて違反者に制裁が加えられる何らかの制度的措置があることを、「生ける法」のメルクマールとしてあげている（渡辺洋三『法を学ぶ』岩波書店、一九八六年、八六頁）。

(16) 末弘厳太郎『法学入門』（一九三四年）同『末弘著作集Ⅰ・法学入門（第二版）』（日本評論社、一九八〇年）四九頁以下。

(17) 同前六四頁以下。末弘はまた、「法律学には『あるべき法律』を説く部分と『ある法律』を説く部分とがある。此中後者は現在此日本の社会に行はれつつある法律の何物なるかを説くことを目的とする。従つて其『法律』を求めむがために独り『法典』と『外国法律書』とのみを索るが如きは地上に網を投げて魚を獲むとするに均しい。魚は水中に棲むものなるが如く『ある法律』は実生活の中に内在する」と説いている（末弘厳太郎『物権法 上巻』有斐閣、一九二一年、四頁）。

(18) 末弘、前掲『法学入門』七九頁。さらに、「そういう社会は一面外部から国家的の統制を受けながら実は自ら固有の統制力によつて規律だてられている、その統制力は、形式的にこそあまりハッキリした形をとっていないけれども、実質的にはわれわれ社会の秩序を立てるものとして大きく働いている」と続いている。

(19) もっとも、エールリツヒは、前述（注13）のように、「団体」をかなり広範な概念として捉えている。すなわち、社会的団体を「相互の關係において彼らの行為に關する一定の規則を規定するのであると承認し、少なくとも通常は實際にそれに従つて行為する人間の集団」と定義し（前掲『法社会学の基礎理論』三六頁）、その例として「国家、民族、国際法上の国家連合、国家と民族を超えた政治的、経済的、精神的、かつ友誼的な、地上の開化された諸民族の共同体、宗教団体、そして個々の教会や教派やその他の宗教的流派、国家内の団体、階級、身分、政治党派、広狭両義における家族、社会的徒党や派閥」をあげる（同上書一四頁）。その

かぎりでは、末弘の「社会の法律」は、エールリッヒの「生ける法」と重なり合うものとみることができる（六本、前掲「戦後法社会学における『生ける法』理論」二四五頁）。

(20) 渡辺洋三『法とは何か 新版』（岩波書店、一九九八年）四頁以下。

(21) 棚瀬孝雄「法の社会化——法の解釈の法社会学」日本法社会学会編『法社会学の新地平』（有斐閣、一九九八年）六五頁以下。

(22) 渡辺、前掲「法を学ぶ」八五頁以下。なお、同書では、生ける法は「社会の団体の中に生きて存在し、現実に入々の行動を規律している法」と定義されている。

(23) 渡辺、前掲『法社会学と法解釈学』一八〇頁以下。ただし、近年の研究成果を踏まえると、このような理解は大雑把な印象を拭えない。たとえば、水林は、生産関係の分析から法の形態規定を導き出す従来の思考方法を転換して、西欧近現代法史のなかから「近代法」としての民法（＝市民法）と「現代法」としての商法（＝資本家法）という二種の法形態を析出し、それぞれに対応する経済的関係を「市民的オイコス経済」と「資本主義経済」、また社会的関係を「市民的生活社会」と「資本家的疎外システム」として把握する（水林彪「西欧近現代法史論の再構成」『法の科学』二六号、一九九七年、八四頁以下。同「ナポレオン法典におけるcivilとcommercial」飯島紀昭・島田和夫・広渡清吾編集代表『市民法学の課題と展望 清水誠先生古稀記念論集』日本評論社、二〇〇〇年、一一五頁以下も参照）。このような視角からみれば、同じ商品取引法の範疇であっても、民法と商法とでは、それぞれに対応する社会の法およびその担い手は必ずしも一致しないことになる。

(24) 水林は、日本における西欧法継受の問題性について、「日本の近現代法史は、西欧の『近代法』とは類型を異にする幕藩体制的近世法という土壌に、現代法段階に達した西欧法が移植されてきたことから開始された」ために、日本の近現代法は、「疎外システム」を制御しうる「市民的生活社会」の側の市民法の原理というモメントが、二重の意味で——すなわち、①日本の伝統と、②継受された西欧法が現代法であった、という意味において——著しく希薄なままに、疎外システムへの側の論理を一方的に担保する法が展開したところに、根本的な特徴があった」と分析する（前掲「西欧近現代法史論の再構成」九五頁。水林彪『日本『近代法』における民事と商事』石井三記ほか編『近代法の再定位』創文社、二〇〇一年、一八五頁以下も参照）。これに従えば、そもそも西欧法とは異質な国家の法とこれに対応する社会の法しか存在しない「前近代的な」社会に、いきなり「現代法」としての西欧法が移植され国家の法とされたために、問題状況がもたらされたことになる。たとえば、明治期における土地取引法の変革過程は、「強権的行政的統治と非市民主義的法によって、小農の土地喪失政策と資本の強蓄積政策をおしすすめた」結果生じた「政府・土地移動と土地への資本投下を容易にする法（資本主義的文明の法）」と「民衆・共同体的土地秩序の復権ないしその延長線上での

生存権的主張」の対抗」として把握される（同「土地所有秩序の変革と『近代法』」歴史学研究会・日本史研究会編『日本史講座 第八巻 近代の成立』東京大学出版会、二〇〇五年、一五一頁）。

(25) 渡辺、前掲『法社会学と法解釈学』一八一頁以下。

(26) 他方で、夫婦・親子同氏原則を定める民法の規定（七五〇条、七九〇条）や同氏同籍原則を定める戸籍法の規定（六条）などに「家」制度の名残が見てとれる。

(27) 渡辺、前掲『法社会学と法解釈学』一八二頁。

(28) ただし、祭祀承継者を男系男子に限る慣習が男女平等に反するとして否認された事例がある（那覇家裁昭和五六年三月二四日審判）。

(29) ただし、入会集団の構成員を男性のみに限る慣習が公序良俗に反し無効とされた事例がある（最判平成一八・三・一七民集六〇巻三三七七三頁）。

(30) 福島正夫「入会林野の法と権利意識」同『福島正夫著作集第三巻 土地制度』（勁草書房、一九九三年）四三四頁以下。なお、福島は、部落共同体の慣習を「部落法」と呼んで国家法に対置する（同前四二〇頁以下）。

(31) 『法律学小辞典（第四版）』（有斐閣、二〇〇四年）一五二頁。これに対して、法社会学という「慣習法」は、必ずしも国家法として認められているものに限定されない。「生ける法としての慣習法は、あくまで国家法とは関係なく、その社会集団内部で発生し、かつ有効なものとして通用しているものである」（渡辺、前掲『法を学ぶ』八八頁）。

(32) 二〇〇六（平成一八）年、法例（明治三一年法律第一〇号）の全部改正が行われ「法の適用に関する通則法」（平成一八年法律第七八号）が成立し、二〇〇七（平成一九）年一月に施行された（以下、法適用通則法という）。

(33) なお、本条にいう「慣習」を「事実たる慣習」として法例二条（現行の法適用通則法三条）に基づく「慣習法」ないし「法たる慣習」と区別する見解（我妻栄『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』岩波書店、一九六五年、二五二頁等）があるが、単なる事実、にすぎない慣習が規範としての効力を有するはずはないので、妥当な見解とはいえない。法律行為の解釈に関しては、法適用通則法三条にいう「法令の規定により認められた」場合として、民法九二条により慣習に「法律と同一の効力」が認められているがゆえに、慣習が任意規定に優先すると解すべきである。

(34) 一八九六（明治二九）年の旧河川法制定により流水占用についての許可制が導入されたが、農業用水等、同法施行前から行われていた流水の利用については、河川法による許可を受けたものとして扱われた。したがって、それは、河川法に基づく許可水利権

ではなく、法例二条に基づく慣習法上の水利権（慣行水利権）によるものと解されている。河川行政の実務においては、取水施設の改築、土地改良事業の実施、治水事業の施行などに際して慣行水利権から許可水利権への切り替えが進められているが、今なお前者によっている農業用水は少なくない。なお、慣行水利権の現代的意義については、東郷佳朗「慣行水利権の再解釈——『共』的領域の再構築のために」『早稲田法学会誌』五〇巻（二〇〇〇年）一二五頁以下を参照。

(35) 慣行水利権を認めたものとして、大判明治三八・一〇・一一民録一一輯一三二六頁、大判明治四二・一・二二民録一五輯六頁、大判明治四五・五・六刑録一八輯五六八頁等。温泉権を認めたものとして、大判昭和七・八・一〇新聞三四三五号一五頁、大判昭和一五・九・一八民集一九卷一六一頁等。また譲渡担保権を認めたものとして、大判大正三・一一・二民録二〇輯八六五頁等。なお、慣行水利権をめぐる判例の変遷については、東郷、前掲一〇六頁以下を参照。

(36) 解釈論としては、民法一七五条（および民法施行法三五条）にいう「その他の法律に定めるもの」に法例二条（現行の法適用通則法三条）の規定も含まれると解する余地があるので、同条を根拠に慣習法上の物権の成立を認めることは当を得ていないという批判はあたらない。

(37) 「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（一般法人法）、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（公益法人法）および「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（関係法整備法）を指す。これらは二〇〇八（平成二〇）年二月までに施行される。

(38) 一の工場事業場に常時使用される同種の労働者の四分の三以上の数の労働者が一の労働協約の適用を受けるに至ったときは、当該工場事業場に使用される他の同種の労働者に関しても当該労働協約が適用され（労働組合法一七条）、一の地域において従業員する同種の労働者の大部分が一の労働協約の適用を受けるに至ったときは、当該地域において従業員する他の同種の労働者およびその使用者に関しても当該労働協約を適用することができる（同法一八条一項）。

(39) 暴力団組長に対する建物区分所有法五九条に基づく区分所有権等の競売が認められた例として、札幌地判昭和六一・二・一八判時一一八〇号三頁（札幌マジンソンハイツ事件二審判決）。また、暴力団組長に対する同法六〇条に基づく引渡請求が認められた例として、最判昭和六二・七・一七判時一二四三三二八頁（横浜山手ハイム事件上告審判決）。

(40) 高知地判昭和六三・六・六判時一二九五号五〇頁、高松高判平成二・二・一九判時一三六二二四四頁、東京地判平成三・五・二七判時一三八七号二五頁、最判平成三・九・三判時一四〇一号五六頁、最判平成八・七・一八判時一五九九号五三頁等。このうち東京地裁は、バイクの免許取得・乗車を禁止する校則に違反したことを理由とする退学処分に対しては、校長の裁量権の範囲を逸

脱する違法なものと判断した（修徳学園バイク退学処分事件一審判決）。

(41) 本判決が最高裁の次のような立場を踏まえたものであることは明らかである。すなわち、「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であり、法律に格別の規定がない場合でも、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによつて在学する学生を規律する包括的権能を有するものと解すべきである。特に私立学校においては、……伝統ないし校風と教育方針を学則等において具体化し、これを実践することが当然認められるべきであり、学生としてもまた、当該大学において教育を受けるかぎり、かかる規律に服することを義務づけられるものといわなければならない」（最判昭和四九・七・一九民集二八巻五号七九〇頁〓昭和女子大学退学処分事件上告審判決）。

(42) なお、最高裁が、男子生徒の頭髪を丸刈りと定める中学校生徒心得について「法的効果」を否定した事案がある（最判平成八・二・二二判時一五六〇号七二頁〓小野市立中学校丸刈り校則事件上告審判決）。一見、前注の判例の立場と矛盾するように見えるが、本件で争われたのは、違反者に対する処分等の定めがない公立中学校の校則であり、そのかぎりでは、「これらの定めは、生徒の守るべき一般的な心得を示すにとどまり、それ以上に、個々の生徒に対する具体的な権利義務を形成するなどの法的効果を生ずるものではない」といわざるをない。したがって、本件を、停学・退学等、違反者に対する懲戒処分を定めている高校・大学の校則ないし学則が問題とされた事案と同列に論ずるべきではなく――しかも、公立中学校の学校長らに校則の取消しを求めた行政訴訟という点でも異質である――、本判決を校則一般に関する最高裁の見解とみなすことは適当ではない。違反者に対する制裁が制度化されていることを「社会の法」のメルクマールとするのであれば（注15を参照）、これを欠いている校則は「社会の法」とは呼べないことになる。もつとも、法社会学の立場からすれば、「制度化」の意味を本判決のように狭く捉える必要はないように思われる。

(43) 佐藤幸治は、前者を「人格価値そのものにまつわる権利」、後者を「人格的自律権」に分類する（佐藤幸治『憲法（第三版）』青林書院、一九九五年、四四九頁以下）。

(44) プライバシー権に対し肯定的なものとして、東京地判昭和三九・九・二八下民集一五巻九号二三一七頁（『宴のあと』事件一審判決）をはじめ、最大判昭和四四・一二・二四刑集二三巻一二号一六二五頁（京都府学連事件上告審判決）、最判昭和五六・四・一四民集三五巻三三六二〇頁（前科照会事件上告審判決）、最判平成六・二・八民集四八巻二号一四九頁（ノンフィクション『逆転』事件上告審判決）等。また、医療行為につき患者の自己決定権を尊重するものとして、名古屋地判昭和五六・三・六判時一〇一三号八一頁、東京高判平成一〇・二・九判時一六二九号三四頁（『エホバの証人』輸血拒否事件控訴審判決）、最判平成一二・二・二

九民集五四卷二五八二頁（同上告審判決）等。もともと、生徒の学校に対する自己決定権の主張に対しては、先述のとおり、団体の内部規律をより重視して校則を優先させる立場がとられている（注40にあげた裁判例を参照）。

(45) 一九七〇（昭和四五）年、日本弁護士連合会第一三回人権擁護大会において、「環境を破壊から守るために、われわれには、環境を支配し、良き環境を享受しうる権利があり、みだりに環境を汚染し、われわれの快適な生活を妨げ、あるいは妨げようとしている者に対しては、この権利に基づいて、これが妨害の排除または予防を請求しうる権利がある」として、「環境権」が提唱された（大阪弁護士環境権研究会『環境権』日本評論社、一九七三年、を参照）。

(46) 環境権に基づく差止請求を否定するものとして、大阪地判昭和四九・二・二七判時七二九号三頁（大阪国際空港公害訴訟一審判決）、福岡地小倉支判昭和五四・八・三一判時九三七号一九頁（豊前火力発電所操業差止訴訟一審判決）、名古屋地判昭和五五・九・一一判時九七六号四〇頁（名古屋新幹線騒音訴訟一審判決）、札幌地判昭和五五・一〇・一四判時九八八号三七頁（伊達火力発電所建設差止訴訟一審判決）、東京高判昭和六一・七・一五判時一二四五号三頁（横田基地騒音公害訴訟控訴審判決）等。なお、いずれも人格権を差止請求の根拠とすることは肯定している。

(47) 一九七八（昭和五三）年、市民団体「嫌煙権確立をめざす人びとの会」により、他人の出したたばこの煙を吸わされること（受動喫煙）を嫌う権利として「嫌煙権」が提唱された（伊佐山芳郎『嫌煙権を考える』岩波書店、一九八三年、を参照）。

(48) 最高裁は、「居室の日照、通風は、快適で健康な生活に必要な生活利益であり、……法的な保護の対象にならないものではなく、加害者が権利の濫用にわたる行為により日照、通風を妨害したような場合には、被害者のために、不法行為に基づく損害賠償の請求を認めるのが相当」とする（最判昭和四七・六・二七民集二六卷五号一〇六七頁）。

(49) 情報公開法は、国民の「行政文書の開示を請求する権利」を明記し（一条）、「何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長……に対し、当該行政機関の保有する行政文書の開示を請求することができる」と定める（三条）。

(50) 犯罪被害者等基本法は、「犯罪被害者等の権利利益の保護」を目的として掲げ（一条）、「すべて犯罪被害者等は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有する」と定める（三条一項）。

(51) 健康増進法は、「学校、体育館、病院、劇場、観覧場、集会場、展示場、百貨店、事務所、官公庁施設、飲食店その他の多数の者が利用する施設を管理する者は、これらを利用する者について、受動喫煙（室内又はこれに準ずる環境において、他人のたばこの煙を吸わされることをいう。）を防止するために必要な措置を講ずるように努めなければならない」と定める（二五条）。

(52) 末弘、前掲『物権法 上巻』五頁以下。

〔付記〕

昨年（二〇〇六年）一月八日、渡辺洋三先生が逝去されました。大学二年生の時、幸運にも先生から直接ご指導いただく機会に恵まれたことが、私が法社会学の道に進むきっかけとなりました。この場を借りて、改めて先生に感謝申し上げますとともに、謹んでご冥福をお祈りいたします。