



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	雑報
Citation	北大法学論集, 35(3-4), 197-214
Issue Date	1984-11-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16459">https://hdl.handle.net/2115/16459</a>
Type	other
File Information	35(3-4)_p197-214.pdf



## 北海道大学法学部法学会記事

(昭和五八年度例会報告要旨一覽)

○昭和五八年四月二日(土)

「ソ連の社会保障制度」

報告者 藤田 勇氏

(東京大学教授)

藤田教授は、東京大学社会科学研究所において進められている「福祉国家」についての共同研究が社会科学の方法の再検討を促していることに触れつつ、その一環としておこなわれている研究中間的成果にもとづいて、次のような報告をおこなった。

1 「社会保障」制度の枠組と「現行」制度の歴史的位置づけ  
 社会主義の国でなぜ「社会問題」が生じ、「社会保障」制度が存在するのか、ということがまず問題になる。この点について、自動原則を貫きとおせなくなることから国家の援助が必要となり、このような国家の援助を社会主義として位置づけたものを「社会保障」ととらえることが一応可能である。だが、社会保障概念とその

制度的枠組の理解をめぐることは、ソ連においていくつかの論点が存在している。そのひとつは、社会保障と社会保険との関連をめぐるもので、多数説が社会保険に公的扶助・生活サーヴィスを加えたものを社会保障ととらえるのにならして、社会保障と社会保険とを峻別し、前者を非等価的な扶養関係、後者を労働能力を喪失した場合に労働に応ずる分配の原則を事後的に適用して給付を与える等価的関係ととらえる少数説が存在する。

現行社会保障制度の原型が成立したのは、生産課題との結合が重視され、均等主義の克服とフォンドの地域別原則から産業別原則への転換とがはかられた一九二八―三一年である。その後、五六年の国家年金法、六四年のコールホーズ員年金法などの制定を経て今日に至っている。

### 2 社会保障における unification と differentiation

社会保障政策の展開の前提となるのは、労働に応ずる分配と労働に応じない分配という二つの「分配原理」の区別である(現段階において、後者は追加的分配形態として現われ、そこには前者の反映も見られる、という関係にある)。この場合、労働に応ずる分配とは、過去労働の存在を前提とし、現在の労働不能にならして過去労働に対応する相当額を給付するというもので、differentiation に通ずるのにならして、労働に応じない分配とは、過去労働のいかんを

問わず、現在のニーズに直接応えるために給付を与えるもので、unificationに通ずるといふ相違がある。

この問題を現行制度に即して見ると、労働者・職員とコルホーズ員とのあいだ、労働者・職員とコルホーズ員のそれぞれの内部、各種保障形態のあいだに differentiation が存在している。当面の政策的志向としては unification を優先的原理とすることが認められている（とりわけ、労働者・職員とコルホーズ員との格差の克服）が、年金のマクシマムを引き上げて労働にたいするインセンティブを強めるのか、ミニマムを引き上げて社会主義的原理への適合性を強めるのかという対抗も存在している。

### 3 「保険」制度の存続と社会保障基金・管理の一元化

「発達した社会主義」の段階にあるとされているにもかかわらず、右のような対抗をも伴いながら「分配の公正」が問題とされている背景には、パイがなお小さすぎる——したがって、国民のニーズに應えるためにはパイの拡大が急務であり、そのためにはインセンティブの強化をめざさなければならぬ——という事情がある。このことは、企業の経済計算制（ホズラスチョート）原理と結びついた「保険」形態がなお存続していることをどう評価するか、という問題ともかかわっている。

このほか、訴願（地方ソビエト執行委員会年金指定委員会・労働

組合社会保障委員会への）を基本としている権利救済手続きを、裁判所による救済の道を拓くという方向で充実させるといふ問題なども残されている。

（文責・小森田秋夫）

○昭和五八年五月二六日（木）——カナダ法研究会と合同

「カナダの憲法改正について」

報告者 ダグラス・サンダース氏

（ブリティッシュ・コロンビア大学教授）

通 訳 宮沢 節生氏

北大法学部とカナダのブリティッシュ・コロンビア大学との国際共同研究計画の一環として、アイヌの法的地位に関する調査研究のため来学されたサンダース教授は、カナダの憲法改正についての報告をされた。

一九八二年三月に英国議会で制定された一九八二年カナダ法は、一九八二年憲法的法律がカナダのために制定施行されることを定めるとともに、同法施行後においては英国の議会制定法をカナダに施行することはない旨を規定し、憲法制定権をカナダに移管すると同時にカナダ憲法を定めたものである。本報告は、まず、一九八二年憲法改正の経過を説明し、ついで、カナダの裁判制度と司法の役割

を主要な憲法判例をあげながら説明し、最後に、一九八二年憲法的法律に挿入されたカナダ人権憲章の特色を明らかにした。

サンダース教授は、司法の役割に関しては次の四つの時期に分けている。第一期は、一九三〇年代のニュー・ディール期で、カナダもアメリカ合衆国と同様に裁判所が改革に保守的な態度を示したが、アメリカ合衆国との違いは、合衆国の裁判所が契約の自由や財産権の保護の観念を使用したのに対して、カナダの裁判所は、経済規制に関する連邦政府の役割が限定されていることを強調したところにある。第二期は、第二次大戦中で、戦争遂行に必要と考えられる権力の集中化が合憲とされ、人権問題が犠牲とされた。第三期は、第二次大戦後の一九五〇年代の司法積極主義の時期で、裁判所が人権保障に大きな役割を果たした。第四期は、一九六〇年代以降において、裁判所が人権問題に保守的傾向に戻った時期である。

カナダの違憲審査制については、憲法訴訟は、第一に、通常の刑事または民事上の争訟に基づく場合、第二に、通常の争訟性を欠いていても、市民が法令の合憲性を直接に争える場合、第三に、政府が裁判所に法的問題の照会を求めるときに成立するのである。違憲立法審査権に関して司法裁判所型をとるカナダで、第二、第三の場合の憲法訴訟が認められていることは興味深く、特に第三の照会事件がカナダにおける最も重要な憲法判例を作り上げていることは注

目されるのである。

カナダ人権憲章の特色としてサンダース教授があげたのは次の六点である。第一に、憲章は個人権、平等および刑事手続の通常の条項を有しているが、財産権条項を欠いているのが特徴的である。第二に、アフーマティブ・アクション計画に関する特別の規定（一五・二項）を有することである。第三に、社会権に関する規定（一四・一）を有することである。第四に、連邦政府およびマニトバ、ケベック、ニュー・ブランズウィック州政府では英語の教育およびフランス語が公用語とされ、フランス語または英語の教育がカナダ全国で保障されていることである。第五に、インディアン、イヌイットおよびメティスの原住民の権利が保障されていることである。第六に、人権憲章の保障が二つの方法で制限または修正されることである。一つは、権利が、「自由かつ民主的な社会において明確に正当化されるものである」(第一条)ということである。もう一つは、議会優位の伝統に合致するもので、議会は人権憲章と矛盾する法律を明示的に制定することによって人権憲章を無視できることである。

以上のような内容のサンダース教授の報告は、特にアメリカ合衆国および日本との比較法的視点から、カナダ憲法、特に違憲立法審査権の実態および特色についてきわめて興味深い説明を与えてくれ

た。質問もカナダの違憲審査制に関しさらに詳しい説明を求めるものが多かった。

(文責・中村睦男)

○昭和五八年六月二日(木)——カナダ法研究会と合同

「日本の債権法と英・加のコモン・ローの比較」

報告者 J・C・スミス氏

(ブリテイッシュ・コロンビア大学教授)

通 訳 飯塚 和之氏

藤岡 康宏氏

宮沢 節生氏

スミス教授の講演は、最近のコモン・ロー上のネグリジェンス法の発展を明らかにすることを目的とされたが、まず、講演の冒頭、比較の目的として、(1)コモン・ローの民事責任と日本の民事責任の差異を説明すること、(2)コモン・ローの理論の現状と大陸法との差異の由来を説明すること、(3)コモン・ローの判例法システムに固有の問題を明らかにすること、(4)ネグリジェンス法のごく最近の基本的変化を示すことを挙げられた。ついで、大陸法と比較してのコモン・ローの民事責任の四つの基本的差異を次のように要約している。(1)契約と不法行為との区別が大陸法よりも、より基本的であ

り、非常に強調されている。(2)個々の訴訟原因または責任の項目の個別化がなされている。(3)コモン・ローの不法行為法は、伝統的に誤って行為すること (misfeasance) と不作為 (nonfeasance) を区別してきたこと。(4)コモン・ローの不法行為法は、伝統的に身体・財産にたいする有形損害と純粹の経済的損失を区別してきたこと。そして、これらの区別・差異は、訴訟原因または訴訟方式というコモン・ロー発展の歴史的原因に由来するとされる。

ついで、教授は、日本民法上の債権発生原因とコモン・ロー上の訴訟原因をそれぞれ列挙し、その相違を明らかにした後、本題であるネグリジェンス法の発展へと話をすすめられた。以下はその要約である。

ネグリジェンス訴訟で勝訴するための一つの条件は、原告が被告に注意義務の違反があったことを立証することである。この注意義務のカテゴリーは、個々の事件ごとに発展してきた。しかし、一定の場合には、注意義務が発生しない「多くのギャップ」が存在した。一方、契約法上もいくつかの制限的法理(例えば約因的法理、契約当事者関係的法理)が存在した。そのために、大陸法の下でならば損害の回復が認められる多くの場合に、コモン・ローでは訴権が認められない、という結果をもたらしていた。ネグリジェンス法の発展は、このギャップと制限的法理を克服することによってなし

とげられた。この五〇年間にイギリスの貴族院によって重要な判決が下され、その発展がもたらされた。それらは、次のものである。

(1) *Donoghue v. Stevenson* 事件 (一九三二年) 製造者はネグリジェンスによって侵害の危険を生みださないように最終消費者にたいして注意義務を負うとした判決。貴族院は、この判決でネグリジェンス法の一般原理をつくり出した。

(2) *Billings v. Ryden* 事件 (一九五七年) 一般原理を不動産に適用した。

(3) *Hedley Byrne v. Heller* 事件 (一九六三年) 純粋の経済的損失をもたらすある種の不実表示に適用した。

(4) *Anns v. Merton London Borough Council* 事件 (一九七八年) 一般原理を、制定法上の義務を不注意で怠った政府機関・公務員に適用した。本件で誤った行為と不作為との区別がなくなった。

(5) *Junior Books Ltd. v. Veitch Co. Ltd.* 事件 (一九八二年) 本件で、貴族院は財産に対する有形損害と純粋の経済的損失との区別を取り除いた。Donoghue 事件を契機とする一連の変化の過程のなかで、貴族院は、「危険原理」とか「一応の注意義務理論」と呼ばれる新しい原理を生みだした。それは、「合理的に予見可能な侵害の危険が存在する場合には、それだけで一応の注意義務が存

在し、その義務は正当な法的または公的な政策上の理由が存在する場合にのみ破られる」という原理である。

*Hedley* 事件と *Junior Books* 事件の判決により不法行為と契約の古い区別は、はっきりしなくなった。以上の諸判例は、コン・ローが試行錯誤しながら、どのように問題に対処してきたかの例である。スミス教授の講演要旨は以上である。

なお、本講演に関連する教授の最近の著作に次のものがある。  
*J. C. Smith & Peter Burns, Donoghue v. Stevenson — The not so golden anniversary, 46 Modern Law Rev. 147 (1983).*  
(文責・飯塚和之)

○昭和五八年六月二四日(金)  
「会社更生手続における租税債権の地位」

報告者 安念 潤司氏  
(北海道大学助教授)

一般に倒産手続の帰趨にとって、租税債権は重要な意味あいをもつといわれている。ところが倒産関係の法令は、租税債権の取扱いについて、必ずしも周到な規定をおいているわけではなく、このことは会社更生法も例外ではない。一方租税法規も、倒産の場合を予想した規律を設けていないのが実情である。しかも会社更生法や国

税法規は、いずれも極めて技術的で精緻な内容をもつだけに、自己完結的な性格を有しており、双方の境界領域に生じた問題の処理は容易ではなく、これまで学説からの言及も決して多いとはいえないかった。大阪地方裁判所でなされたエアロマスター株式会社に関する二つの判決（大阪地判昭和五四年二月一六日判時九三九号七五頁、同五五年八月二五日判時九七九号三頁）は、かかる状況に重大な一石を投じたものといえよう。これら判決は、会社更生法二一〇条にいう「会社財産が共益債権の総額を弁済するのに足りないことが明かになったとき」には、租税債権に基づく滞納処分は、それが共益債権であれ更生債権であれ、もはや許されず、滞納者は差押処分の取消を求め、あるいは滞納処分執行後であれば、不当利得の返還を請求できる、と判示したのである。このような解釈は立法者の意図や学界の通説にも沿うところであり、予想されない判決ではなかったが、この点について判例として初めて態度を明らかにしたものであり、重大な意義を有する。本報告は右の判決の立場、およびその背後にある通説を批判的に検討しようとしたものである。以下その要点を述べる。

(一) 財産不足によって管財人による共益債権の随時弁済は停止されるが、会社更生法上、一般に随時弁済の停止が当然に滞納処分の禁止をもたらすわけではない。

(二) 財産不足のもとでの共益債権に対する平等弁済の必要性を強調し、そこから滞納処分の禁止を導こうとしても、その実体法的基礎づけは困難である。

(三) 財産不足を共益債権についての破産とみなすことは、一種の比喩にすぎない。

(四) 仮に滞納処分が違法であるとしても、差押処分の取消を求めない限り、国税徴収法一七一条一項に定める不服申立期間の関係から困難な問題を生ずる。

(五) 行政行為の公定力の理論や、これまでの判例の動向からみて、滞納処分の取消を経ることなく不当利得の返還を認めることには、無理がある。

(六) したがって財産不足のもとでも、少なくとも共益債権たる租税債権については、なお滞納処分が認められると解する余地がある。

(七) しかしいずれの立場をとるにせよ、完全に整合的な解釈論を構築することは不可能であり、このことは結局のところ会社更生法と国税法規の連絡がうまくとれていないことに起因するから、問題は立法的に解決されるべきである。

なお本報告の内容は、渡部晃弁護士と共同でNBL二八七、二九〇、二九二、二九五号（昭五八）に発表した。

○昭和五八年七月二二日(金)

「ヴェトナム阮朝(一八〇二—一九四五)の世界観—その論理と独自性」

報告者 坪井 善明氏

(北海道大学助教授)

ヴェトナムの阮朝は独自の世界観をもっていた。中国に対しては清国を宗主国とし、「越南国王」の冊封を受け、朝貢使節を原則として四年に一度北京に派遣した。他方、中国以外の諸国に対しては、「大南国大皇帝」と称し、多くの国を朝貢国として扱った。一八一五年には、一三の国を朝貢国とみなしていた。その国々は、高蛮(カンボジア)・南掌(ルアンブラバン王国)・万象(ピエンチャン王国)・暹羅(タイ)の近隣諸国だけでなく、ザライ族という一種族も「水舎国・火舎国」として「国」扱いされ「朝貢国」に入れられており、更にフランス・イギリスも「朝貢国」として阮朝の官本に記載されていた。

このように、外交関係に於いては清国に対しては朝貢国、その他の諸国に対しては自らを宗主国とする重層的な二重朝貢関係をもっていた。しかし国内では、北京宮廷を北朝、自己を南朝と呼び、清朝と阮朝とは対等の兄弟国とみなした。国内用の行政文書の中では、清との外交関係を「邦交」と称し、その他の諸国との関係には

「柔遠」という語を用いた。

更に、国内の被治者に対してや、中国以外の諸国との交際には、阮朝の支配者は「大南国大皇帝」の称号を用い、「朕」、「天子」という用語を使用した。これは自己を天下の中心、中華帝国の君主とみなした行動であった。当時、中国は満州のツングース系の征服王朝の「清」が支配していた。阮朝は清朝を蛮族の王朝と見、文化的には劣位に置き、ヴェトナム阮朝こそ明朝の後継王朝であり、中国文明の正統性を引き継いでいると自認していた。しかし、反面、現実の政治的力関係では清朝が圧倒的に優越しており、その厳肅な事実は阮朝も認めていた。このような歴史的環境の中で、阮朝は清との政治的関係に細心の注意を払いつつ、危険のない所では阮朝が中華であるという表現をし、清朝との交際の折には臣下の礼をとったのである。

以上見てきたように、清朝に対して政治的に劣位、文化的に優位、という多義的な意識を含みながら、阮朝は北朝(清)と対等であり、東南アジアの近隣諸国は阮朝の徳を慕って朝貢する属国であり、阮朝は南の中華であるという世界観を持っていた。この「南の中華帝国」という自己規定はその国号「大南国」に端的に象徴されている。

※

阮朝の世界観は以上のものであるにしろ、歴史の実態はどうであったらうか。近年の民族学的・人類学的研究は阮朝の官本からでは知ることの出来ない実態を明らかにしてくれた。一例として、阮朝官本では「水舎国・火舎国」の名で朝貢国として記載されているザライ族との「朝貢関係」を見てみよう。

ザライ族はオストロインドネシア系の種族で、ヴェトナムに征服されたチャンパ王国と類縁関係のある部族である。インド化もシナ化もされず、自己の固有の生活様式を保持して、独立して、現在のヴェトナム南部の高原の町コンツム付近に居住していた。ザライ族が阮朝と友好関係を維持したのは、安全の為であり、交易をしたのは、物々交換で生活必需品の塩、瓶、鉄等を入手したかったからである。そもそもザライ族の言葉に「朝貢」を意味する言葉は存在しなかった。従って、ザライ族の立場から眺めると、阮朝の「朝貢制度」は全くの擬制であり、何の影響も与えるものではなかった。実態は、使者の間でも意志疎通が十分に行なわれなかった程度の際であったので、阮朝がザライを「属国」、「服従者」とたとえみながらも、ザライ族が自分を阮朝の臣下と意識することはなかった。

以上瞥見したように、ヴェトナムに関する歴史研究は、文献渉猟だけでなく、民族学・人類学によって明らかにされつつある「歴史なき民」の活動を「書かれた歴史」に对照させ、歴史の実態に迫る

態度が今や必須とされている。

○昭和五八年八月四日(木)

「現代における裁判の機能とその正統性について」

報告者 田中 成明氏

(京都大学教授)

いわゆる現代型訴訟の統廃をきっかけに活発化している、裁判の政策形成機能やその手続過程固有の独自の役割などをめぐる論議の動向に焦点をあわせて、最近のわが国の裁判にみられる機能拡大の意義とその正統性について、基本的な考え方を提示しようとするものである。その全体の構成と論旨の概要は、次の通り。

#### 1 現代型訴訟の意義・背景・問題点

現代型訴訟、公共(公益)訴訟、政策志向型訴訟、政策形成機能など、現代における訴訟機能の拡大を示すためによく用いられている概念を整理しながら、とくに次の二点を強調した。一つは、現代の政治社会状況からみて、裁判による政策形成という公共的・公益的機能に対する期待は、恒常的なものになってゆくと予測され、このような機能をも視野に収めた訴訟理論や法学の在り方を積極的に追求すべき段階にきていること。もう一つは、政策志向型訴訟と紛争志向型訴訟、裁判の政策形成機能と紛争解決機能など、二分法

的対比図式はミスリーディングなところがあり、裁判の政策形成機能のなかには、紛争解決機能の拡大ないし変容として連続的にとらえられるものが少なくないから、紛争解決機能と両立し、それを促進する政策形成機能如何というアプローチをとるべきこと。

## 2 裁判の機能の拡大の現況

現代型訴訟などにみられる訴訟機能の拡大の現況を整理するため、訴訟の最終的所産たる判決の機能と判決に至るまでの手続過程

	判決	手続過程
当事者	I	II
第三者	III	IV

自体のもつ機能、訴訟当事者に対する直接的な効果と第三者に対する間接的な効果という、二種の区別を組み合わせ、上のような図表を作り、

それによりながら、機能拡大の正統性を規範的に議論する前に、まず、現状把握の問題として、次のような事柄の認識が重要であることに触れた。訴訟機能の拡大が問題とされる場合、法律学的議論においては、判決の第三者に対する機能(III)だけが念頭におかれがちであるが、現代社会において訴訟が事実上果している多様な機能をトータルにとらえるためには、訴訟の手続過程の展開自体が当事者や第三者に対してもつ独自の機能(II、IV)にも眼を向ける必要があること、また、民事訴訟論における手続保障論の新たな展開によって、訴訟の手続過程固有の独自の価値が強調されるようにな

り、裁判の特質・目的やその正統性の根拠の理解などにかなり重大な関心の変化ないし移行がみられつつあることに注目すべきことなど。

## 3 裁判の正統性とその機能の限界

まず、裁判の正統性の規定要因としては、その時々々の社会で裁判に何が期待されているかという、流動的・状況的な事実的要因も重要であるが、このような事実的要因は、裁判の制度的位置・役割・枠組などをどのように理解するかという制度的要因と不可分の結びついており、裁判の正統性の規範的考察においては、制度的要因が中心となるべしとみる立場から、現代立憲民主制下の紛争解決・政策形成過程全体なかでの裁判の果たすべき役割、現行裁判の固有の特質・目的とその制度的枠組について概観した。

次いで、紛争解決・政策形成システム全体なかで裁判の果たすべき正統な役割を見定めるにあたっては、裁判の固有の機能と補充的・代償的機能とを区別して考えるのが適切ではないかということ、また、裁判の制度的枠組による制約を考察する場合、規準面の制約だけでなく、対象面・手続面の制約をも視野に入れて、当事者主義的手続を基軸として有機的・統合的にとらえる必要があること、さらに、手続的正義への関心の高まりや手続保障論の新たな展開に伴って、裁判の正統性の根拠として、判決内容の実質的正当性

だけでなく、公正な手続への主体的参加による弁論の活性化という、手続過程独自の価値が重視されるようになってきていることなどについて言及した。

○昭和五八年九月二八日(水)

「団交応諾のあり方——誠実団交義務の法理」

報告者 道幸 哲也氏

(北海道大学助教)

(一) わが国の憲法二八条は、勤労者に労働三権、すなわち、団結権、団体交渉権および団体行動(争議)権を保障している。労働組合運動を奨励し、もって労働者の生活の安定、向上をめざしているわけである。ところが、この三権の相互関連性については種々の論議がある。とりわけ、団交権の位置づけについては顕著な対立がみられる。本報告は、かような労働法学会の状況をふまえて、団交権の基本的あり方と誠実団交義務の具体的内容を検討したものである。

(二) 団交「権」については、本格的な研究はほとんどなされていない。最も基本的な問題、つまり、団交権が独自の「権利」として保障されるにいたった理由や団交「権」保障の具体的意味(効果)についても十分解明されていない。そこで、本報告では、前者について、比較的にアメリカ型と日本型を考えた。アメリカ型は、争

議回避(労働関係の安定化)の観点から、排他的交渉代表制を採用するとともに団交権を保障した。他方、わが国においては、もっぱら団結権を実効化あらしめるために団交権が保障されている。いずれも、団交↓争議との「自主交渉プロセス」を一定程度修正している。次に、後者については、団交「応諾」を重視する立場と、団体行動的側面に着目する見解がある。報告者としては、前者の立場を支持した。

(三) 団交「権」が保障されていることは、使用者に団交応諾が「義務」づけられていることを意味する。では、団交応諾とは、具体的にいかなる交渉態度をいうのか。ここに、誠実交渉義務の問題が出てくる。本報告では、この内容を、次の諸要素に分解し、それら各要素につき、いかなる問題が、特に、自主交渉原則との関連において、発生するかを論じた。①譲歩・協約締結意図、②使用者の出席者・交渉担当者、③引きのばし、④回数・時間、⑤提案・対案、⑥固執、⑦説明・説得、⑧企業情報の提供、⑨行きづまり、⑩合意内容の書面化拒否、⑪併存組合下の問題。

(四) 団交拒否に対しては、団交応諾命令が出されている。これは、本来、原状回復的措置ではない。とくに、事件処理が長期化した場合はそうである。そこで、本報告では、迅速な事件処理を目的とした略式手続の必要性を強調した。

○昭和五八年一〇月二八日(金)

「土地をめぐる所有と利用——『土地所有権近代化論争』を中心として」

報告者 東海林 邦彦氏

(北海道大学教授)

本報告は、報告者(東海林)がその権利論研究の一環として構想しつつある所有権論の一部をなすものであり、具体的には、かつて水本浩・渡辺洋三両氏らによって唱えられたところの所謂「土地所有権近代化論」をめぐる、最近の一連の批判的動向を整理・分析し、そのことを通じて、土地ないし一般に不動産(借地・借家ないし農地)をめぐる所有と利用との関係の法的調整の在るべき姿をさぐろうとするものである。

報告者は、右の水本Ⅱ渡辺理論とそれをめぐる一連の論争を、歴史認識のレヴェルでのそれと、法解釈ないし立法のための規範理論のレヴェルでのそれとの、二つの・次元を異にする内容をもつものとして捉えた上で、さしあたり今回は(時間的制約もあって)主として前者の側面に焦点をしばって報告した(後者の内容をここで極く簡単に要約すると、(i)方法論レヴェルでは、△一定の歴史的分析からえられた法則的認識を、無媒介にわが現代の借地・借家法の解釈・立法のための規範的理論に直結させることの是非、ないしそ

の問題性▽という論点にかかわる論争の批判的検討が、(ii)また具体的内容のレヴェルでは、とくに近時の建物用借地ないし農地において広く普遍化しつつある、△不動産利用権の「亜所有権化」、ないし「土地所有権の独占的価値権原の利用権への乗り移り」▽という現象と、その下での「借地権価格」の発生、新規借地供給の停滞、農地流動化の阻止要因としての「耕作権価格」の一般化等々の新たな事態を前にして、前記水本Ⅱ渡辺理論ひいてまた従来の伝統的借地・借家法学の基本的枠組じたいの根本的再検討が、それぞれ考察の対象とされる。いずれにせよ、これらの点もふくめて全体の詳細は、本学部法学論集に二度に分けて発表される予定である。

ところで前者の部分も更に二つに分かれる。まず(i)歴史分析の方法論レヴェルにおいては、①イギリスをもって資本主義発展の典型性・先進性を示すものと捉え、そこでの農業における資本制地代の成立(三分割制)↓土地所有権の利用権への従属↓「近代的土地所有権」の成立と、他方これに対する大陸「近代法」における「土地利用権の債権的構成」↓土地利用権の所有権への従属↓「寄生地主段階の反映」↓前近代性▽、という一連のテーゼをその骨子とする水本Ⅱ渡辺理論の方法的諸前提のうち、とくに、右の「イギリス典型論」、及び(それと表裏一体の関係にあるところの)「一元的经济決定論(すなわち、資本制地代というすぐれて原理論的な経済的範

疇の成立をもって無媒介かつ一義的に歴史の実体としての「近代的土地所有権」の成立に直結させる方法」と対してむけられた、椎名重明・戒能通厚・原田純孝氏らの批判、②「三分割制」＝農業資本主義の成立という特定の画期を捉えて、そこに固定的に土地所有権の「近代化」の完成をみる、という「一点特定近代化論」に対する、稲本洋之助氏らの批判…を検討の対象とした。

また(ii)歴史分析の内容そのもののレヴェルにおいては、椎名＝戒能氏によるイギリス土地法史に関する、また原田氏によるフランス農地賃貸法史に関する、歴史実証的研究を通じてなされたところの、①イギリス土地所有権法の「総体的構造的分析」の目的意識をもってなされた「歴史的個性」(とくにそれを端的に示すものとしての貴族的大土地所有制ないしこれと一体不可分の関係にある「貴族の遺言相続主義」、②市民革命期フランスにおける農地賃借権の法的保護の歴史的意義、③英・仏両国の農地利用関係における投下資本回収の法的保護の歴史的展開過程、のそれぞれについての研究成果の批判的検討をおこなった。

その結論の骨子は以下の通り——(i)については、①②いずれについても批判論を積極的に評価するものの、(ii)については、①については、資本制的借地農との関係がなお不明確であること、②については、原田氏の分析はなお、「水本＝渡辺理論」に対する批判とし

ては限界があること、③については、本論争の極めて貴重な収穫ではあるが、なお実証的には多くの解明するべき問題点が残されていること。

○昭和五八年十一月十七日(金)

「社会体制の相違と比較法——バルテルスの新著を中心として」

報告者 五十嵐 清氏

(北海道大学教授)

資本主義法と社会主義法のように社会体制を異にする国の間で比較法は可能か、可能であるとしてもそれは有用か、そのためにはいかなる方法が用いられるべきか、といった問題は一九六一年のレーバーの論文以来、東西両陣営において激しい議論の対象となつている。報告者はこの問題について興味を抱き、一九六七年六月札幌で開催された比較法学会で「資本主義法と社会主義法」をテーマとするシンポジウムが採用されたさい、方法的論稿を発表した(五十嵐『比較法入門』所収)。その後今日に至るまで、諸外国では数多くの論稿が発表されているが、わが国では報告者をふくめまだ十分フォローしていない。そこで今回の報告は、この問題に関する最新のモノグラフである Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, 1982 の紹介を通じて、

これまでの学説の発展の概要と現在の問題点を明らかにするのが目的である。

バルテルスの著書は二章にわかれ、一章は従来の学説の発展を概観し、二章では方法、対象、評価の問題が論ぜられる。一章では、まずマルクス主義法学者による体制間比較法についての発展が語られる（拒絶から承認へ）。最近の傾向についても、保守的見解（ソ連、東ドイツ）とリベラルな見解（ハンガリー）が対比される。これに対し、西側では体制間比較法は一般に承認されているが、その方法は、いずれも非法社会学的であるとされる。著者自身の方法論は社会的・機能的な方法であり、それはバーンソンズやルーマンのシステム論の影響を受けたものである。この方法によって体制間比較法にとつて必要な *tertium comparationis* の発見がはじめて可能となる。対象についても、レーバーの説く体制関連の制度と体制中立的制度との区別は不要とされる。さいごに著者は体制間比較法においても、評価的比較法は可能であるが、それには限界のあることを認め、具体的に私法を例にとつて論じている。

バルテルスの著書は、報告者によれば、体制間比較法についての過去二〇年間の学説を整理し、現在の問題点を明らかにし、将来の発展を展望する点で、はじめての本格的著作として位置づけられる。しかし、使用した資料がドイツ語に片より、他の西欧諸国の学

説やソ連の学説の現状が必ずしも十分に伝えられていないうらみがある。著者の提唱するシステム論は、体制間比較法の可能性を理論的に明らかにしたにとどまり、具体的な比較にさいしどれだけ有用であるかは、今後の問題であるように思われる。システム論が従来の機能的比較法とどう関係するのか、またマルクス主義との関係も必ずしも明らかでない。いずれにせよ、われわれは、比較法においてつねに法文化の相違を考慮しなければならないので、社会体制の相違と比較法の関係を論じた本書から学ぶところが多い。

討論において、現代ソビエト経済論の専門家である望月喜市氏（スラブ研究センター所長）より、バルテルスがシステム論の立場から社会主義国の法制度においても利害の対立があるとする点に関連し、経済の分野でも同様の現象があるという興味深い指摘がなされた。その他、バルテルスの主張は、比較の目的を十分に考慮しないのではないかとという疑問も、出席者から提起された。

なお本報告は札幌学院大学論集法律編第3号（法学部開設記念号）に発表される予定である。

## 「不法行為の経済分析モデル——過失責任と無過失責任」

報告者 古城 誠氏

(北海道大学助教授)

報告は、アメリカで「法の経済分析」が、法学研究の有力な方法となつてゐることを指摘した後、不法行為の経済分析のモデルを具体的に説明し、その後、経済分析が法学研究にどのような貢献をなし得るか、また、経済分析にはどのような限界があるかを論じた。不法行為の経済分析モデルについては、モデルが、不法行為法の目標を、事故から生ずる社会的なコストを最小にすることにあり、仮定して、構成されること、社会的コストを最小にするには、どのようなコストを考慮してどのように事故損害を配分すべきかということ、そして、過失責任ルールも無過失責任ルールもともに効率的ルールであることが、まず論じられた。次に、裁判所が事故に関する十分な情報を有していないという条件に注意した場合には、相対的に、いくつかの場合には、無過失責任ルールの方が効率的ルールであること、そして、実定法が無過失責任ルールを採用している多くの事例が、経済分析にもとづく仮説によつて説明できることが指摘された。法の経済分析のなし得る貢献としては、不法行為法にとつて、長期的な事故と事故から生ずる諸費用の低減は主要な関心事で

あり、実定法も多くはこうした考慮にもとづくと考えられるから、法の経済分析はこの側面をより首尾一貫した方法で分析することを可能にすることがあげられた。経済分析の限界としては、法が効率の促進だけではなく、効率とともに、事故当事者グループ間の所得の分配、個人の人格の尊重なども考慮し、これらと効率との妥協の上になり立っている場合には、効率以外の諸側面を分析できないことがのべられた。

報告の内容は、法律時報一九八四年一、六月号に発表されてゐる。

## ○昭和五八年一月一〇日(土)——カナダ法研究会と合同

## 「日豪加間の国際取引をめぐる法律問題」

報告者 M・スミス氏

(ブリティッシュ・コロンビア大学教授)

M. Smith 教授は、「日豪加間の国際取引をめぐる法律問題」のテーマで、日本企業の海外進出のもたらした日本と日本法への関心を、日本との通商、租税条約の締結の動向、日本の外資投資管理制度をモデルとする加の国際投資規制法の制定といった例で示し、主に、日本企業の海外進出それ自体が発生させた法現象として、弁護士の利用、環境、契約と事情変更の原則に絞る、印象記風の話を展開

開した。

米、とくにNYCにおける他、日本企業は現地の弁護士利用に成功しているとは言いがたいようである。現地子会社は極力弁護士の利用を回避しようとし、利用する際も発生した問題について全てを顧問として相談し、最終的な決定が法的に妥当となるよう計るのではなく、仮説的状况を例示して策を打診し、提示された案を本社で検討決定するという行動様式をとる。弁護士は、決定要因や選択の優先順位、考慮に入れるべき事項について十分知らされず、最終的結論に関する説明を受けることもない。このような「テクニシャン」的待遇は信頼の上に成立するはずの弁護士と依頼者との円滑かつ効果的な関係を阻害している。その原因として挙げられるものの中で、日本企業に適切な助言のできる日本語の堪能な弁護士の絶対数が少ないことが決定的である。日本企業の弁護士依存度は法制度の要請に左右されることが米の例から明らかであるとして、相互理解を可能ならしめる弁護士育成の重要性を強調した。なお、豪麥ではすでに弁護士の国籍要件は実質的に削除されているとのことである。

日本企業は進出に際し、地元の意向、利益等に残念ながら鈍感であり、誘致の結果が地元で還元されず、閉鎖的な租借地を造成するならば反感を醸し出すということに十分な考慮を払っていない。環

境保全と開発についても同様のことが言えよう。

国際的長期契約において、日本側の好む誠意協議条項や覚書がその期待される機能を果たさないことは言を待たずでもない。契約条件の再考を促す手段として事情変更の原則がしばしば援用されることになる。同時に、この原則は交渉の一戦略、脅しの一種として、日本人は訴訟を好まないという神話、政府が外圧に弱いこと等を利用した武器ともなっている。国家が関心を示すような大規模な長期契約では、経済合理的に行動する主体が神話を利用してはいるのではないか。どのような法系においても、予見しえない危険の発生に対処するための交渉を妨げるものはない。

最後に、比較法的視点から、豪加日各法の共通性が米法との対比において明らかになるのではないかと今後の展望が述べられた。

(文責・紙谷雅子)

○昭和五九年二月三日(金)

「古代中国における刑法典の成立」

報告者 レオン・ヴァンデルメルシュ氏

(東京日仏会館フランス学長・

パリ大学高等研究院第五部門教授)

通 訊

坪井 善明氏

テキストの全文、討論の概要は、瀬川信久・坪井善明両助教の  
共訳で、別稿掲載予定である。

○昭和五九年二月二四日(金)

「フランス語圏における法的議論 (raisonnement juridique)  
の研究——Ch. ヴェルマンの Traité de l'argumentation を  
中心に」

報告者 瀬川 信久氏

(北海道大学助教授)

報告ではまず、フランス語圏における法的議論の研究状況を紹介  
した。一九六〇年代以降、フランス、ベルギー、スイス、カナダに  
おいて多くの学者が法的議論の問題に取り組んでいる。しかし、そ  
の研究内容は研究者ごとに異なっているので、議論の全体を概括す  
ることはむずかしい。報告では、敢えて四つの視点から整理してみ  
た。第一の視点は、研究対象として、立法作業、裁判、法学教育、  
法学研究等すべての法的議論に共通してみられる推論方法——実際  
には、推論の諸前提が明確にされた後になされる推論の方法——を  
取りあげている (Kalinowski, Gardes 等の形式主義者) か、種々  
の法的議論の中でも裁判官が決定するときの推論方法——実際に  
は推論の諸前提を選択し、明確にするための推論——を取りあげて

いる (Villey, Perelman, Husson, Mackay, Grzegorzcyk  
等の反形式主義者) か、というものである。第二は、法的議論を整  
序するものとして、手続的なもの——議論の枠組——を考えている  
(Villey, Jacques) か、実体的なもの——議論そのもの——を考  
えている (Perelman, Husson, Grzegorzcyk) か、という視点であ  
る。第三は、研究のアプローチとして、*「ピヤラカといえは法的議論  
のあり方を観察・記述している (Kalinowski, Villey, Perelman)  
か、法的議論の社会学的・心理学的構造あるいは哲学的根拠を明ら  
かにしている (Jacques, Grzegorzcyk, Apostel) か、という視  
点である。最後は、価値の存在論について、実在論 (Villey, Kalinowski) か、唯名論 (Perelman) か、両者の中間 (Grzegorzcyk) か、という視点である。*

次に、ヴェルマンの業績から、Traité de l'argumentation を  
紹介した。それは、——右の最初の三つの視点におけるヴェルマン  
の位置から推測されることであるが——彼の研究が、決定をする際  
の議論を、その具体的な姿に即してリアルに記述しており、民法と  
いう実体法の解釈論を専攻している筆者の関心を最も強くひいたか  
らである。報告では、日本の民法学での例などをあげながらヴェル  
マンの研究を紹介したが、狭い紙面に要約することができないので  
ここでは割愛する。

最後に、ベレルマンの理論に対する報告者の解釈と評価、および、報告者の研究の見通しを付言した。すなわち、確かにベレルマンの理論は「いいくるめる」ための議論法に墮する危険がある。しかし、彼が詳細に分類した数多くの論法は、人間が問題に直面しそれを解決しようとするときに、人間の認識・判断が深化していく過程・段階に照応するものととらえることができる。このようにとらえて、各論法が知性の深化の中で占める位置、各論法の有効性と限界を明らかにするならば、ベレルマンの理論は、ややもすれば便宜的になされている法解釈の議論を整理するための、有効な枠組を提供するであろう。しかし、ベレルマンの理論をこのような形で発展させるためには、一方で、ベレルマンが見落している論法、とくに法解釈に特有な論法を収集し、論法のカタログをより豊富にしなければならぬ。他方で、各論法が使用される心理学的（とくに発達心理学的）、歴史的、文化的な条件を明らかにしなければならないと考える。

討論においては、各論法について個別的な質問が出されたほか、このような研究が実用法学にとって実際にどれほど役立つのか、法解釈における最後の決断は、このような研究ではとらえられないところでなされているのではないか、などが議論された。

○昭和五九年三月二三日（金）

「規範的正当化のシステムについての若干の考察」

報告者 長谷川 晃氏

（北海道大学助教授）

まず、報告の内容は概略以下のとおりである。

(1) はじめに——基本的な問題関心

(i) 法的正当化の合理性の条件への問いの一つのステップとしての認識論的戦略、および「法的特殊性」論の否定。

(ii) 法的正当化のシステムの分析から「法」の解明へ。

(II) 法的正当化の問題に関する予備的注意——非生産的なオルターナティブ

(i) 方法論的なもの——①理論志向的か実務志向的か、②抽象的か具体的か。

(ii) 対象に関わるもの——①非形式論理か形式論理か、②発見の文脈か正当化の文脈か、③認識か実践か。

(III) 既存の法的正当化のモデル

(i) モデルⅠ——a 内容——判決三段論法とフィード・バック。b その哲学——①シロジズム原則、②法実証主義的前提、③発見と正当化との区別。c その批判。

(ii) モデルⅡ——a 内容——R・アレクシィ (Alexy) のモデル。

bその哲学—①具体化、②実践的正当化との関連性。cその批判。

(IV) 規範的正当化のシステム—モデルⅢ

A 若干の一般的考察

(i) 正当化における isomorphism —①実践的正当化、②科学的説明。

(ii) フィード・バックの性格—①負のフィード・バック、②階層性と全体性。

B モデルⅢとその哲学

(i) 内容—アナキスティック・モデル。

(ii) その哲学—①シロジズム原則の拋棄、②連続性、③「支点」、④「方向性」。

(V) 規範的正当化のメタ・システム

(i) いくつかの事例—①運動、②「免疫化」、③行為。

(ii) 「目的定位的階層構造」とその意義。

(VI) おわりに—残された問題と見通し

①メタ・システムの内幕、②「法的」正当化の再考、③認識論的戦略と合理性の条件との関わり、④哲学的前提への問い。

以上のような報告の後、質疑応答が行なわれたが、そのポイント

はだいたい以下の諸点に絞ることができる。——①論理、言語、思考についての基本的見方についての確認あるいは疑問、②モデルⅢのプラクティカルな意義についての確認あるいは疑問、③正当化における負のフィード・バックという概念の意味についての疑問——以上である。