HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	雑報
Citation	北大法学論集, 35(5), 135-143
Issue Date	1985-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16464
Type	other
File Information	35(5)_p135-143.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

雑　報

北海道大学法学部法学会記事

○昭和五九年四月二七日（金）午後一時半―五時

「表現の場所――パブリック・フォーラム論」

報告者　紙谷　雅子氏

報告では、大衆的な表現活動の場所という視点から、合衆国最高裁判所の判例が歴史的に説明された。すなわち、一九三〇年代後半には表現活動が道路や公園といった「公共の場所」における古来の権利として、一九七〇年代前半には道路と機能的に等しい役割を果たす、一般公衆に公開された場所での、その場所の本来の目的と両立する表現活動が第一修正の保護する表現であるとまで認められるようになった。時を前後して、行動と不可分に結合した表現活動に対する、ゆるやかな、間接的付随的規制の判断基準が、象徴的表現という事実関係を離れて、適用されるようになった。すなわち、表現の場所や方法に関する規制は、表現の内容に対して中立であり、他の利益、目的の達成に伴う付随的な制約にすぎないという見地から、規制利益との衡量、規制の目的と手段との関連性や均衡といった、違憲推定の働かない審査の対象であると判断されるようになった。

このような判例の動向に先立つようにして、積極的な自由の保障の観点から、表現の場所の最小限のアクセスを、あるいは、第一四修正と一体化した平等な表現の自由、平等なアクセスを意味した「パブリック・フォーラム」の概念が抬頭してきた。それは、表現の場所に関する公開、機能的な等しさ、両立といった判断の指標と無関係ではない。「パブリック・フォーラム」は、表現の場所を従来の道路や公園の外に拡張する契機として期待を集めたのである。

「パブリック・フォーラム」の概念が注目を浴びてから二〇年近くたった一九八三年、合衆国最高裁判所はそれを肯定的に用いて、裁判所の周囲の歩道をそれと認定し、そこでは表現の内容について中立な、意味のある利益を促進するため、表現の場所や方法についての合理的な規制が許されると判示した。そこで認知された内容は、一九三〇年代の「公共の場所」に他ならず、しかも表現の規制に対して要求されていた厳格な基準の適用が、表現の内容について中立との判断の下では、緩和されている。他の場所における表現の規制は、その恣意、不合理、差別が明らかにならないかぎり、認められるようにすらなっている。公平で最小限の機械的な規制だけが

課されうる表現の場所の保障をめざした「パブリック・フォーラム」の概念が、空洞化した状態で、最高裁判所の承認をうけたのである。レッテルだけが先行し、内容についての十分な検討が行なわれなかった結果であるのか、それともレッテルによる類型化に依存する判断より具体的な事件ごとの比較衡量が秀れているという方法論上の問題なのかという疑問が、最後に表明された。

質疑応答においては、むしろ、判例理論における規範的アプローチと記述説明的アプローチに、あるいは、概念の名と実について、関心が集まった。

（紙谷雅子）

○昭和五九年五月二五日（金）午後一時半開始

「一事不再理の客観的効力――解釈論のための比較法――」

報告者　札幌学院大学法学部助教授　白取祐司氏

近代的意味での一事不再理原則は、アンシァン・レジムの仮放免を否定するかたちで、一七九一年フランス革命憲法に初めて明定された。その後、一事不再理規定は、中間法期を経て一八〇八年のナポレオン治罪法典三六〇条に受け継がれた。同条は「適法に無罪を言い渡された者は、同一事実（le même fait）のために再び逮捕または訴追されることはない」と規定するが、この「同一事実」の解釈は、一八一二年の破棄院ディフィス判決によって判例上大きく転換する。すなわち、それまでは「自然的事実」と広く解されてきた同一事実は、右判決以降「法的事実」であるとされた。これによると、当初殺人の罪について無罪を言い渡された被告人を、罪名を過失致死に変えることで再起訴できることになる。法的事実とは、このように本来の事実ではなく「罪名（qualification）」のことである。破棄院がなぜこうまでして「事実」を狭めたかといえば、前訴で安易な無罪評決を下す陪審に対する不信感のためだといわれている。しかし、破棄院のこのような解釈は、被告人の再度の手続の苦痛という観点が欠けているだけでなく、無罪の言渡しを受けた者を何としてでも有罪にしようとする姑息なやり方である。学説はこう批判した。これに対して破棄院は、一九五六年、――約一世紀半ぶりに――ようやくその重い腰をあげ、判例変更して「自然的事実説」を採用した。そして二年後、新しい判例の立場は現行の一九五八年刑事訴訟法典によって確認された。すなわち、同法典三六八条は、同一事実に「別の罪名を付したとしても」再訴されることはないというかたちで、明文で法的事実説を排斥したのであった。

翻ってわが国ではどうであったか。周知のように、わが国最初の近代的刑訴法典である治罪法（一八八〇年）及び明治刑訴法（一八九〇年）は、極めてフランス法の色彩の濃い法典であり、フランス

既判力理論も井上正一らの著作を通じてわが国に紹介された。その後ドイツ法の影響も増すが、いずれにしろ一事不再理の客観的範囲を画する基準たる「公訴事実」が大陸法に由来するものである以上、「事実」の解明が問題解決に不可欠のものであろう。ところが、戦後、新憲法下における刑訴法の英米法化の一環として訴因制度が採られ、憲法三九条の一事不再理規定の英訳に「double jeopardy」の語が用いられたことなどから「二重の危険」説が盛行し、「公訴事実」は戦前の大陸型職権主義の遺物として冷遇された。しかし、右にみたように大陸、特にフランス「一事不再理」「(公訴)事実」が、一事不再理原則のもつ自由権としての面で劣っているわけではない。憲法三九条にしても、その成立過程及び同条のフレーズの普遍的性格に照らしてみれば、アメリカ法だけに捉われることは正しくないといえよう。一事不再理も「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」(憲法九七条)のひとつなのであるから、フランス法の成果も視野に入れる必要がある。わが最高裁が、客観的範囲につき「基本的事実関係同一説」を採用し、比較的穏当な解決を示しているのに対し、学説は、刑法の構成要件論に引っ張られるためか「構成要件」「罪名」を基準にしようとする傾きが強い。しかし、訴訟法プロパーの問題として考える場合、やはり「法律を離れた自然的事実」を基準とするのが正しい。そしてこの基準は、訴訟物を訴因と考えることと何ら矛盾するものではないのである。(白取祐司)

○昭和五九年六月一日(金)午後一時半開始

(カナダ法研究会との共催)

「カナダから見たアメリカ・ソ連・アジア」

報告者　カナダ・ヨーク大学教授

ジョーン・T・セイウェル

(John T. Saywell)氏

通訳　古城　誠氏

John Saywell 教授はカナダ York 大学教授。カナダの指導的政治学者の一人。多くの著作のほか、国内国外における政府の顧問、全国テレビ網のコメンテーターなどとしての活躍もいちじるしい。今回の講演も同教授のそのような巾広い経験に裏打ちされて、現実感に満ちたものであった。

戦後カナダの国際政策の第一期は、「中規模国家(ミドル・パワー)」の自覚に立つ「リベラル・インターナショナリズム」の時期としてとらえられる。一九五六年スエズ危機に際してのレスター・ピアソン外相の国連緊急軍の派遣による紛争解決の成功は、その華であった。一九六〇年代に入ってこのような国際政策は第二期を迎える。外ではヨー

ロッパの復興や日本の再登場、内ではケベック・ナショナリズムの抬頭。そして一九六八年、トルードー政権の成立が一時期を画す。国際政策における「第三の道」の選択によって、第一にアメリカ合衆国との関係が縮少する。外国投資審査法の制定と外国投資審査庁（ＦＩＲＡ）の設置など。次にＮＡＴＯ派遣軍の半減、核装備非保有の公表など。これに対して合衆国のがわでも、ニクソン政権の、カナダとの在来の特別関係の解消の公表（一九七一年）、そして一九八一年に成立したレーガン政権のリンケージ政策によるカナダへの圧力の強化をもって応じ、トルードー・レーガン関係は緊張を孕むにいたった。第三にしかし、このようなアメリカ離れをバランスするものとして積極化したのは、環太平洋諸国へのアプローチ――トルードーのいわゆる「新たな西部の発見」――であり、そのかなめは日加関係の緊密化である。一九七〇年の中国承認、一九七六年の日加経済協力大綱・日加文化協定は、そのハイライトといえよう。

講演後の質疑は多岐にわたったが、筆者にとりわけ印象的だったのは、レーガンのリンケージ・ポリティクスによる圧力に抗し、核武装能力を有しながらあえて核非武装を貫こうとするカナダから、同じようにレーガン政権の要求に対する対応に苦しみ、核武装を拒否する日本へさしのべた手に、応えてほしいというセイウェル教授のことばであった。

（松沢弘陽）

○昭和五九年六月一五日（金）午後一時半開始

「現代アメリカにおける法思考の諸傾向」

報告者　アメリカ合衆国・ヒューストン大学法学部教授
ジェームス・Ｅ・ハーゲット（James E. Herget）氏

通訳　長谷川　晃氏

内容については、本号に掲載された右講演の翻訳を参照されたい。

○昭和五九年七月二〇日（金）午後一時半開始

「行政裁判と裁判官」

報告者　東京大学社会科学研究所助教授
宮崎良夫氏

1　戦後のわが国における行政訴訟法理論の展開を大きく規定してきた見解としていわゆる「司法権の限界」論を挙げることができる。わが国の司法権の限界論は、違憲審査の方法、行政裁量の統制方法、訴訟形式、原告適格などさまざまの法的局面に関連をもつ理論であるが、いずれの局面においても、司法裁判所が行政事件を扱う場合には、司法裁判所であるがゆえの限界を守らなければならな

いとする。その論拠としては、三権分立の原則とか司法と行政の性質・目的の相違とかさらには司法の政治的中立性の確保などが挙げられている。しかし、そのような理論的論拠の前提となっているのは、行政に通暁しない司法裁判官は行政事件に深く立入るべきではないとする見解である。あるいは、そうはいわないまでも、行政について素人である司法裁判官は行政事件に深く立入るだけの能力を有しないとみる見解もある。

こうした見解からは、戦後のわが国の司法改革は、行政事件に関するかぎりは、中途半端な改革に終ってしまったと評価され、今後の制度改革の問題としては、「行政審判所」のような行政事件専門の裁判機関の創設が提唱されている。

2　しかし、行政事件についてはいわば専門的な裁判機関である行政裁判所に裁判をさせることがもっとも望ましいのではないかとする見解の当否を検討するためには、行政裁判所についての正確な認識を有していることが必要であろう。

そこで、たとえば戦前のわが国の行政裁判所やプロイセンの上級行政裁判所を検討素材として考察してみると、行政裁判所の裁判官職はけっして行政官によって独占されたわけではないという事実が注目される。戦前のわが国の行政裁判所についてみても、創設時から廃止時までの行政裁判所評定官の総数の約四分の一が司法裁判官出身者であったし、各年度毎の行政裁判所の構成をみた場合には、時として司法裁判官出身者が二分の一を越えたこともあり、おおよその平均は三分の一前後の評定官職を占めたということであった。

わが国の行政裁判所の場合には、評定官の人事に関して立法者がどのようなことを考えていたのかは必ずしも明らかではなかった。これに対し、プロイセンの行政裁判制度においては、素人裁判官制と専門の職業裁判官制の結合のさせ方が重要な問題とされたが、行政裁判法案の立案過程、とくに議会の議事録から明らかなことは、立法者が行政裁判所を「裁判所」たらしめることに大きな努力を払ったということである。そのため、とくに上告審とされた上級行政裁判所については裁判官の身分保障を定め、行政裁判官の半数を高等行政官に割当て、残りの半数を司法裁判官に割当てるという同数配分の原則が採用された。

3　行政裁判所に司法裁判官が加わっていたことが、現実の裁判にどのような影響を与えたのか、その積極的意義、消極的意義を具体的な裁判例から実証的に解明することはおそらく不可能であろうが、しかし、プロイセン上級行政裁判所の判例の展開（たとえば立証責任論について、拙著『行政訴訟の法理論』参照）をみたとき、

判例法理の形成の上で、司法裁判官の果した役割はけっして小さくはなかったように思われる。

現在のわが国の行政訴訟制度の改革をどのような方向で進めうるかは、多面的に検討するべき事柄であるけれども、行政に通暁しない、いわば行政の素人である司法裁判官は行政事件に深く関与すべきではないという見解に、根拠の明確でない予断、先入観がないかどうかよく検討してみる必要があるように思われる。

〔以上の報告要旨の詳細については、田中二郎博士追悼記念論文集（有斐閣）に収録予定の拙稿「行政訴訟と裁判官」を参照されたい。〕（宮崎良夫）

○昭和五九年九月二一日（金）午後二時―午後五時半

「言語と法（Sprache und Recht）」

報告者　西独・ミュンスター大学教授
ベルンハルト・グロースフェルト（Bernhard Großfeld）氏

通　訳　和田卓朗氏

出席者　三四名

本講演は、元来、ミュンスターにおいて、グロニンゲン（オランダ）出身の学生たちを相手に行なわれたもので、既に、Juristenzeitung（1984），SS. 1-6 に発表されている。野田良之教授（Angelo 訳）の „Introduction to Japanese Law" などによりながら、日本語の論理性や日本文化の言語的特性に言及するところがあるため、所論の妥当性をテストしたい、というグロースフェルト教授のたっての希望もあって、敢えて本法学会に於いてあらためて講演して戴いた次第である。尤も、時間的理由から、テキストの三分の一ほどが省略されたほか、聴衆の文化的背景の相違に対する配慮や教授御自身のその後の研究の進展に由来する補充的説明が追加された。総じて、一流の会社法・経済法・比較法学者である講演者の法・法律・法学に対する基本思想が、詩的な迄に美しく磨き上げられた適確な表現の中に浮き彫りにされ、その博識と異文化に対して開かれた知的姿勢とも相俟って、実に感動的な講演会であった（尤も、通訳者がそれをどこ迄伝えることができたか等は、また自ずと別の問題である）。

講演は、二つの考えを柱としている。第一に、聖書・数々の神話・聖餐式典礼・禁忌・その他の日常的言い回しから見て取れるように、言語には創造力がある。言葉は、ものを現在化させ、認識させ、支配させる。同じ様な考え方は、現行ドイツ法律の条文の言葉遣いの中にも生きている。ところで、この言語の創造力は、人間の思考にまで及んでいる。即ち、「言語の中に人間の精神の構造が組み込

まれていて（Jakob Burckhardt）、これが思考を枠付けし、また促すのである。これが Herder や Wilhelm von Humboldt の言語哲学であり、また Sapir や Whorf が定式化した「言語依存の原理」である。それは「言語的相対性原理」でもある。各言語はそれぞれ独自の論理を有しており、そのいずれかが他のものより正しい、ということはないからである（但し、教授御自身は、Einstein の相対性理論ではなく、Heisenberg の不確定性原理との類比を念頭に置かれていた）。

第二に、法は言語の拘束を受けている。単に、成文法律や判決が言語的表現を与えられる、というだけではない。語源的にも、「法〔律〕」と「言語」とは、相互に密接な関係にある観念なのである。例えば、ラテン語の lex は、Lexikon（言葉）とともに、lego, λέγω（言う）を語根としている。「裁判〔所〕」を意味する中世ラテン語の mallus や古高ドイツ語の mahalstat なども、ゲルマン祖語推定形 *mahla（話）や、ゴート語の mapljan・古高ドイツ語の mahalen（共に「語る／話す」）に由来する。また、「律法」と訳される旧約聖書の言葉は、ヘブライ語では実は「言葉」を意味する。「法」と「言語」との言語的結び付きは、更に、Rechtsspruch（判決）とか verdict（陪審員の評決。verum dicere から来る）とか jurisdiction（裁判〔管轄〕。juris dictio から来る）といった表現にも窺われる。因みに、ラテン語の ius も、平愈や加護を祈願する古インド語の呪文 yóh を語源としている。以上のような「法」と「言語」との密接な関係は、言語の創造力の観念を伴うものでもある。即ち、richten（審く）という言葉は、英語の wright（工作者）を介して、wirken（作用する）に繋っている（但し、時間的理由から、講演ではこれらの例証のかなりの部分を省略せざるを得なかったことは、実に残念であった）。

第一と第二の考えから、法の根本的な言語的・文化的制約性が演繹される。それでは、比較法学は不可能なのだろうか。しかし、人間には共通の人間性とでもいうべきものがあり、文法の「深層構造」（Noam Chomsky）がある。比較法学は可能である。但し、従来のような概念レベルでの通り一遍な比較では駄目で、観念・言語の深みにまで入り込まなければならない——このように論ずる本講演は、法言語学的な比較法総論である（即ち、法言語学そのものと取り違えられてはならない）。

比較法学は、言語的・文化的相違と人類共通の人間性との緊張の中に立っている。では、この困難な作業を、具体的にはどのように遂行していったらよいか。この質問に対して、グロースフェルト教授は、まず研究対象を、アメリカの会社法なら会社法という風に、限定することを薦められた。ただ、このような技術的研究とならん

で、地理――教授は、和辻哲郎『風土』に言及しつつ、地理と法との関係を強調された――、言語、歴史の研究も行わねばならない。比較法学は、常にこの二つの軌道を歩むべきである。或る文化の特徴を理解するため、文学もしくは美術史のいずれかを学ぶことは、非常に有効である。

同じ脈絡で、比較法学の課題は何か、という質問が呈せられた。教授曰く、第一の任務は、研究者の国際的対話を可能ならしめることである。第二は、他国を多少なりとも知ること、そして第三に、他国という鏡に映すことによって、自国を更によく理解することである。この二つは同じ比重を持ち、第一のものとともに、いわば三角形を構成する、と。しかし、筆者の見るところでは、実は第三番目に最大の重心がおかれていたようにも思われる。即ち、或る脈絡で、西ドイツの法学者がアメリカ法に関心を寄せる理由を尋ねられたとき、講演者は、このように答えた。現在の政治的状勢や占領経験が背景となって、確かに我々はアメリカ法（それは英法とは全く異なる法文化である。後者は、つまるところヨーロッパ法である）に大きな関心を寄せているが、それに魂を奪われてしまっているわけではない。理解の努力であるにすぎない。また、他の法文化の理解の営為も、徐々に始められている、と。教授は、また別の文脈で、日本文化がいかにコピー文化のような外観を呈しているとしても、日本文化はやはり独自の構造を備えている、それは私がドイツ人であることと同じ位、確かだ、と述べられた。即ち、アメリカを含めて、いかに外国法研究や比較法学に携わろうとも、それは飽く迄、自己を更に良く理解するためなのであって、断固として彼は「ドイツ人」なのである。無力のときにこそ、比較法学は高く評価されねばならない、なぜなら、それは「法」という対象の大きさの証にほかならず、研究者に畏れを教えるものだから、という言葉も、このような強烈な法学者としての自己意識（アイデンティティー）があって初めて可能となったものであろう。

「民法（Zivilrecht）」は「私法（Privatrecht）」ではなく、国家（ポリ）社会（ス）に対して責任を負う公民の法である――法は、天と地の間において、人間に指針を見出す営為である――等々、教授の名言は、枚挙するに暇がない。そこで、筆者の感想を一つだけ述べたい。即ち、講演の末尾に、ドイツ古法の詩的性格を、法の強制的通用力の欠如を以て説明したくだりがある。この美事な歴史的洞察は、次のような見通しをも開いて呉れる。即ち、法ないし裁判は、ドイツでは近世初頭においても、基本的にはなお強制的通用力を欠いていた。だから、かつて詩的言語形式が、感情に訴えかけることによって、法の通用を助けたように、依然として、なんらかのレトリックの補助を必要とした。それが裁判の迅速性・合理性であって、こうして一

七世紀までに、ローマ法の圧倒的影響の下に、略式手続を始めとする手続法や実体法が整備されていったのである（いわゆる「ローマ法の体系的継受」）。そして、これは逆に、中世の裁判が「法」を適用するのではなく、これを設定するものであった、という事情を示唆する。かくして本講演は、ドイツ法史の基本的争点にも触れるものなのである。

今一つ、これは筆者自身の感想ではなく、或る参会者が後に漏らした意見であるが、講演の中で、日本文化において言語の果たす役割が西欧文化に比べて低い、と述べた箇所がある。とすれば、日本文化において法の占める地位もまた軽いことにはならないか、というのである。これもまた、教授が明確にはされていなかった講演の理論的射程の長さを示すことになったはずの指摘である。このように、報告の趣旨を発展させ、膨ませてゆく討論の仕方を、我々は、そろそろ身に着けていかねばならないのではないだろうか。

（和田卓朗）