

# 立命館大学法学部ニューズレター 第34号



## Newsletter

The Faculty of Law Ritsumeikan University

### 目次

#### Sabbatical

ニューヨーク学外研究記 岡野 八代 2

#### Research

日韓共同研究会『米軍と日韓の安全保障・人権』 倉田 玲 5  
刑事司法における被害とその回復（2003年法社会学分科会報告） 葛野 尋之 9  
比較法学会第66回総会：ミニ・シンポジウム「家族の再定義と法の役割」報告顛末記 本山 敦 12

#### My book

人権主体としての個と集団〔立命館大学法学部叢書第2号〕 大久保史郎 14  
刑事立法と犯罪体系〔立命館大学法学部叢書第3号〕 松宮 孝明 17

#### 新任のご挨拶

倉田 玲 20 酒井 一 21 段林 和江 22 中村 康江 24  
本田 稔 25 宮脇 正晴 26

Sabbatical

## ニューヨーク学外研究記

岡野八代

## 「新しい学派」を誇るニュースクール大学

2002年9月より、ニューヨーク市マンハッタンにあるニュースクール大学大学院政治学研究所にて学外研究を始めて、早くも10ヶ月が経とうとしている。

ニュースクール大学は、第二次世界大戦中にはヨーロッパからの多くの亡命ユダヤ人を研究者として迎え、社会科学を政治学・哲学・社会学・経済学を中心に学際的に研究してきたニュースクール・フォー・ソーシャルリサーチという研究所を中心にして、デザインや芸術に関する専門大学などを統合してできた、新しい大学である。マンハッタンのダウントウンに位置し、大学名からも察せられるように、大学というよりも「学派」といったほうが相応しいほど小規模な、キャンパスを持たない大学である。そのために蔵書を保管する場所にも困っており、研究資料を手にするためには同じダウントウンにあるニューヨーク大学の図書館を利用することになる。

その一方で、プラグマティズムの歴史を誇

る合衆国にあって、社会科学を哲学的に思考するヨーロッパの伝統を今なお保ち、ドイツの批判理論を継承しながら、政治学と哲学との密接な連携を重視しているニュースクール大学大学院は、まさに合衆国における「新しい学派」としての自負を、その名前に反映させているとも言える。じっさい、わたし自身も、ヒトラー政権期の1933年にドイツを逃れフランスに渡り、1941年米国に亡命してきたハンナ・アーレント(1906-1975)が最後に教鞭をとっていた、という理由でニュースクール大学での研究を始めたのだった。

## アーレントとニュースクール

アーレントは、『全体主義の起原』(1951)と『人間の条件』(1958)等、日本でもその主著はすべて翻訳されており、そのオリジナルな思想史解釈において、全体主義・帝国主義・反セミティズムを巡る全体主義研究、政治的なもの・権力・革命などを巡る公共性研究の分野で、現在でも政治思想の領域において多大な影響力を持ち続けている女性政治



3月18日世界女性の日を記念して開催された  
ニュースクール大学国際フェミニズム学会での様子(向かって左から2人目が岡野先生)



パート・カレッジにあるアーレントとブリュッハー夫妻の墓石

思想家であり、わたしの重要な研究対象の一人である。

現在の大学院長であるリチャード・バーンスタイン教授やアーレントの最後の研究助手であったジェローム・コーン教授を始め、多くのアーレント研究者が集うニュースクール大学での研究生生活は、とりわけアーレント・センター長を務めるコーン教授からアーレントの思い出話を聞けるだけでも、この上なく貴重で贅沢な時間を過ごさせていただいている。そして、9.11以降、ついに今年に入り対イラク戦争を強硬した合衆国のニューヨークにおける研究という意味でも、おそらく日本においては感じる事がなかったであろう刺激を与えられている。

### 9.11 影響下のニューヨーク

ニューヨークに滞在し始めてすぐの昨年9月11日に、犠牲者を英雄視することによって米国のナショナリズムと愛国心をかき立てようとする政府の追悼式に対する小さな抵抗として、ワールド・トレード・センターで亡くなった一人ひとりの犠牲者たち その中にはもちろんイスラム教徒の人もいたを市民の手によって弔おうとする集会に参加した。イスラム教徒の息子を亡くした母親の嘆きや、9.11以降の政府の対応を合衆国の人種差別主義の歴史と重ね合わせて批判するコロンビア大学教授など、当然の事ながら、9.11に対する市民の反応は、けっして一枚岩的なものではないことは明らかだった。

その後も、イスラム系外国人に対する新しい外国人登録制度の導入に反対する集会や、平和行進、戦争反対デモなど、時間が許す限りニューヨーク市民たちの手による運動に参加することにしていた。全国規模のワシントン D.C.におけるデモ行進ですら、反戦デモが少しずつ広がり始めていた昨年10月には主流メディアからはほぼ無視されたのだが、そうした状態が、イラクの大量破壊兵器に対する国連決議違反について国連安全保障理事会で論じられた今年2月くらいまで続いていた。小さな集会を毎週のように開きながらも、政府からもメディアからもつねに無力感を感じさせられていた彼女たちだったが、それでも世界中の反戦デモの波に支えられたこともあり、「もしかしたら戦争を回避できるかもしれない」という希望を彼女たちが抱き始めた矢先に、戦争は始まってしまったのだった。

ブロードウェイの劇場前に立つ重武装する警官、地下鉄の兵士たち、マンハッタン島を繋いでいるトンネル出口での検問など、テロの恐怖のために皮肉にも、マンハッタンはこの10ヶ月のあいだ、世界で最も「安全な」都市であったように思う。しかし、街に溢れる重武装の警官や兵士は、ただかれらが身近に存在していただけで、わたしには脅威であった。その戦争も終わり、今や合衆国を「新しい帝国」とみなし、その武力による世界平和の構築を正当化しようとする議論が、合衆国の政治思想研究内部からも登場し始めている。「自由のための戦争」といったスローガ

### 現在の米国における思想状況

ンは、今後も利用され続けるに違いない。

じつは、2001年10月に『全体主義の起原』出版50周年を記念し、ニュースクール大学で学会が開催されていた。各報告に関しては、ニュースクール大学出版局が出版する雑誌『ソーシャル・リサーチ』2002年夏号で発表されているが、ほとんどの報告者が9.11に受けた衝撃の中で論文を書いている。

その中で、すでに邦訳もされているアーレントの伝記を著した哲学者・心理学者のエリザベス・ヤング＝ブリューエル教授は、「アーレントであれば、この事態にどのように応えるだろうか」と論文を始めている。そして、アーレントが全体主義を「前代未聞の」統治形態と評した言葉にこだわりながら、当時のマンハッタン住民と米国市民、米国政府の反応（彼女自身もマンハッタン在住）を辛らつに批判している。

今年5月24日、アーレントの夫ハインリヒ・ブリュッヒャーの記念会議が、マンハッタンから電車で二時間ほどのバート・カレッジで開催され、その際、ヤング＝ブリューエル教授に学会の様子を伺う機会を持てた。彼女によれば、主催者から「この学会は、そうした「政治的な」発言のために開催しているのではなく、また、わたしが時間を組んでいるのだから、そうした発言をするのであれ

ば、即刻退場願いたい」と、報告の際に言われたという。

アーレントは、『全体主義の起原』の中で、全体主義研究にとっての「帝国主義」研究の重要性を説いている。帝国主義こそが、国境を越えた普遍的概念であるはずの人権概念の脆さを露呈させ、主権国家の基本である立憲主義を形骸化し、警察・行政国家を強化したと考えたからである。帝国主義が、全体主義への道を拓いた、と。その『全体主義の起原』を記念した学会においてさえ、当時のアフガニスタン攻撃を国家が当然とすべき選択として支持する声が圧倒的であったという。また、同学会では、合衆国のイスラエルへの軍事支援や南米における軍事政権支援を批判し、9.11以後の政府の武力行使を痛烈に批判してきたノーム・チョムスキーを、アーレントの議論を援用しながら反批判するという報告もなされている。

思想史研究の「政治的利用」と批判されるべきなのは、いったいどちらの報告なのか。「政治的に思考すること」とは、いかなる権威や伝統にも頼ることなく、異なる経験をしているひとびとの間で、自らの責任において事態の新しさに注目することである、といったアーレントが生きたマンハッタンで、わたしもまた、国連の威信をも凌駕したかに見える合衆国の新しい時代を経験しているところである。（おかの・やよ 政治思想史）



マンハッタン ワシントン・スクエアで開催された9・11の追悼集会(2002年9月11日)



Research

## 日韓共同研究会

## 『米軍と日韓の安全保障・人権』

倉田 玲

平和祈念公園(沖縄県糸満市摩文仁)の「平和の礎」には238,408人の名前が刻銘されている。これら国籍の如何を問われない沖縄戦全戦没者を追悼する慰霊の日(6月23日)の直前に、大型台風の通り過ぎた沖縄の梅雨は明け、日本平和学会春期研究大会(沖縄大学/6月21日~22日)とも並行するかたちで、日韓共同研究プロジェクト「現代韓国の安全保障・治安法制の実証的研究」による第3回日韓共同研究会「米軍と日韓の安全保障・人権」(6月20日~22日)は開催された。このプロジェクトは文部科学省科学研究費補助金(基盤研究B/2002~04年度)の交付を受けたもので、研究代表の徐勝氏によるプロジェクト開始の報(本誌第30号)には、今回の研究会の予定も明記されている。

今回のために日韓の研究者と実務家が用意したA4版の報告集は総計248頁(日本語版122頁/韓国語版126頁)を数え、研究費節減の観点から韓国で印刷・製本され、別冊資料集(英語版64頁)とともに、韓国側参加者によって持参された。来日した10名の大半は、30歳代(~40歳代)で、80年代に大学の門をくぐった、60年代生まれの人々であり、その台頭が著しい韓国では「386世代」と呼ばれている。日本側参加者には、本学部の8名(うち2名が「386世代」に相当)のほか、山内徳信(前読谷村長



「非核宣言/読谷村」と刻まれた碑  
(読谷村役場)

/前沖縄県出納帳)、水島朝穂(早稲田大学)、阿波連正一(沖縄国際大学)、加藤裕(沖縄弁護士会)の各氏が含まれ、研究会のテーマにふさわしく現地を知る参加者の発言には、それぞれの実感から滲み出る説得力が感じられた。そして、辛貞和(松阪大学)、巖敬俊(国際関係学部常勤講師)、南裕恵(本学部非常勤講師)の3氏が中心となって担い、徐と金昌祿(釜山大学)の2氏も加わった高精度の通訳により、2日間の共同研究会と3日目の共同現地視察は、きわめて円滑に2か国語で進められた。概要を以下に報告する。



基調講演となった山内氏の熱弁

**第1部 (6月20日午後)**

司会：大久保史郎／報告：山内徳信「平和の為の地方自治 沖米相克の歴史」／報告：具甲祐(慶南大学)「韓国の安保環境とアメリカの役割 韓国市民社会の批判的視角から」

は『叫び訴え続ける基地沖縄 読谷24年 村民ぐるみの闘い』(那覇出版社/1998年)などの著書にも記されている自治体首長としての経験に裏打ちされたものである。日本国憲法やアメリカ独立宣言、ゲティズバーグ演説や風水思想などから普遍的な理念を結集した理論武装により、国の末端ではなく先端の村という矜持で度重なる交渉に臨んだ前村長は、読谷飛行場(米軍パラシュート降下演習場)の敷地内に、野球場などの民生施設を少しずつ勝ち取ったという。この「基地の中に文化の楔を打ち込む闘い」によって、ついには村の中心部にある基地の中心部に村の新庁舎を建設して基地の機能を失わせるに至った経緯が、韓国側参加者にも多くを訴えかけ、このは実質的な基調講演となった。は「韓米同盟の構造調整」という近時の動向を捉えて、これを同盟理論の俎上に載せ、国家間の協力の制度化を超えて市民社会相互間の交流の制度化を含み込む「批判的国際理論」の立場から、非対称な韓米関係に対する韓国市民社会の視線を提示した。



日本国憲法第九条の刻まれた碑  
(読谷村役場)

**第2部 (6月21日午前)**

司会：金昌祿／報告：崔哲栄(大邱大学)「韓米相互防衛条約の非対称性と水平化」／報告：水島朝穂「『日米同盟』から地域的集団安全保障体制へ 沖縄が問うもの」

日韓どちらにも2国間「同盟」条約のもとに駐留米軍の地位協定がある。この部で検討されたのは、いわば双生児のごとき条約が共



第1部終了後の集合写真

有する非対称性の限界である。は朝鮮戦争の停戦協定(1953年)の明文に違反し、これを死文化して締結された韓米条約のもとで、もはや象徴的な規模しかもたない在韓米軍の地位は、南北間の軍事的信頼醸成と平和体制構築のためにも変更すべきであり、変更を主張する権利と、これに対して協議に応じる義務こそが事情変更の原則の本質的要素だと説いた。の冒頭では、奄美諸島が日本に返還された1953年から沖縄が返還された1972年までの20年間、北緯27度線は沖縄に対する「放置国家」の「国内国境」として、17度線(ベトナム)、38度線(朝鮮半島)と並ぶ冷戦型の分断線であったことが指摘された。そして、研究会前に発表された論文「地域の集団安全保障と日本国憲法」(『法律時報』75巻7号33頁)の論旨が、沖縄開催の日韓共同研究会というコンテクストにおいて敷衍され、沖縄に集約的に顕現している「日米同盟」から日韓の協



「チビチリガマから世界へ平和の祈りを」  
(非業の死を遂げた人々の名前が左側に、  
その遺族の訴えが右側に刻まれている)

調関係を含むアジア地域の協調的安全保障への脱皮の必要性が語られた。

### 第3部 (6月21日午後)

司会：中島茂樹 / 報告：李正姫(民主社会のための弁護士会)「駐韓米軍地位協定と米軍関連訴訟」 / 報告：加藤裕「日米地位協定の改定に向けて」 / 報告：趙弘植(ソウル大学)「駐韓米軍と環境問題」 / 報告：阿波連正一「沖縄米軍基地と土地問題 土地所有権の本質と構造の観点から」

この部の前半2報告では、前記の別冊資料集のほか、現地で提供された第54回九弁連大会シンポジウム討議資料『日米地位協定を考える 基地被害からの救済をめざして』(2001年10月26日)が活用された。は論文「駐韓米軍地位協定の現況と問題点」(『法律時報』75巻7号53頁)から、さらに踏み込んで、日本でも報じられた女子中学生圧死事件など、地位協定によって歪められた米軍関連訴訟の進行経過を報告し、それらに携わった実感を込めて、地位協定の改正を提起したものである。これに対応した日本側の報告がであり、ここでは刑事裁判権、民事裁判権、環境法規の限界が摘示された後、地位協定に苦悩する人々が国境を越えて密接に交流し、情報交換することが肝要であるとの見識が示された。このうち環境問題については、が韓国内の米軍基地による汚染の被害、韓米間の地位協定の合意議事録に環境条項が盛り込まれた経緯、その少なからぬ効果が得られた現在も残る基地内土壌調査の困難などを紹介し、日本側参加者に示唆を与えた。は土地所有権の

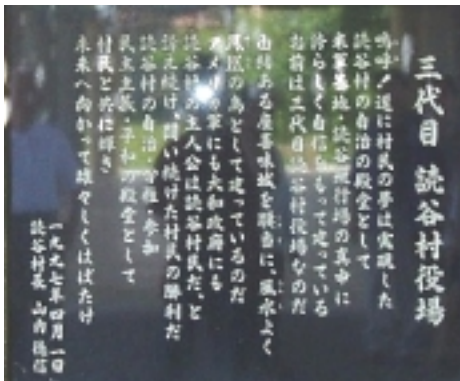


嘉数高台の360度パノラマ展望台から見下ろした日曜日の米軍普天間飛行場





読谷村役場を訪れた参加者 中央の石に刻まれた前村長の筆は「嗚呼！遂に村民の夢は実現した / 読谷村の自治の殿堂として / 米軍基地・読谷飛行場の真中に / 誇らしく自信をもって建っている」と書き出されている。(下に碑文拡大図)



本質を、国家(土地収用法と駐留軍用地特措法)、地域(条例と住民投票)、個人(民法第206条)の3側面に、それぞれの含意をともなって現れる「公共性」におき、自由かつ平和に生存するための市民間の了解可能性として指定される土地所有権の「公共性」が、沖縄米軍基地の土地問題についても本来の3重構造において実現されるべきという観点から、駐留軍用地の継続使用に係る知事の代理署名をめぐって争われた職務執行命令訴訟と、その上告審判決(1996年8月28日)の直後に実施され、その判示とは異なる民意を示した県民投票(9月8日)との関係を批判的に問い直した。

### 現地視察 (6月22日)

山内榮氏(琉球大学)によると、沖縄本島の米軍基地と滋賀県の琵琶湖は、占有面積の比率が同程度である。この比の含意は、万事に的確な表現を駆使した同氏の案内で、キャンプ・ハンセン、読谷村役場、楚辺通信所、チビチリガマ、佐喜眞美術館、嘉数展望台などを訪れた参加者全員によって確認された。再確認の機会を得た参加者も、認識の充実に成果があったという。見所を押さえた説明については、水島氏のHP([www.asaho.com](http://www.asaho.com))の「バックナンバー」コーナーを参照願いたい。なお、初訪沖の筆者は嘉数の小学校前で「ヘルプ・ミー / そのひとことで / 救われる」という標語の書かれた看板に嘆息した後、翌23日も現地に残り、平和祈念公園の追悼式典で正午に鎮魂の黙禱を捧げてから、復路を急いで衣笠に帰着、7時限目の講義に臨んだ。携行した講義ノートの余白を埋めた見聞録は、午後を費やした移動中の編集作業により、同夜の冒頭15分間の挿話となった。

(くらた・あきら 憲法)



# 刑事司法における被害とその回復 (2003年法社会学分科会報告)

葛野尋之

## 1 「法と情動」

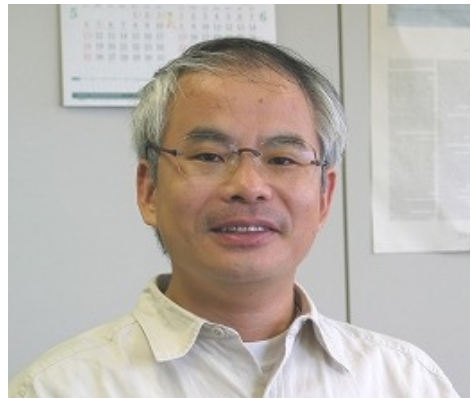
2003年度法社会学会は、全体シンポジウムのテーマ「法の声1：法と情動」の下、全体会に加え、3つの分科会がもたれた。人の情動ないし感情が法をどのように動かし、また、法が人の感情をどのようにコントロールしているか。なにがくみ取られ、なにが切り捨てられているか。法と接することで人の感情はどのように変化するか。これらの関心に法社会学的にアプローチしようというのである。第3分科会のテーマは、「被害のナラティブと法---救済と情動」であり、私はこの分科会で報告者となった。

法社会学会はもともと学際性の強い学会であったが、最近は解釈法社会学の台頭もあってか、ますますそれが強まっているようで、全体会の報告者は、臨床哲学の鷲田清一氏、感情社会学の山田昌弘氏、第3分科会の私以外の報告者も、矯正教育実務家であった藤岡淳子氏、ナラティブ・セラピー研究の野口裕二氏であった。

## 2 刑事司法における「被害」

近時、刑事司法において「被害」への関心が顕著に高まっている。被害者への配慮に基づく刑訴法・少年法の改正、被害者の要求・期待に応えるための一連の厳罰化立法や実務における量刑・処分決定の厳格化が進んでいる。池田小学校事件の死刑求刑も被害者の要求・期待と関連づけられていた。これらの一連の動きは「被害者のルネッサンス」と呼ばれることがある。

「被害者のルネッサンス」における「被害」が犯罪被害を意味していたことは明らかである。しかし、近時、幼少期の被虐待経験などから「暴力の連鎖」という視点が提起されているように、犯罪・非行に至までの生育



歴における深刻かつ複雑な「被害」の蓄積にも注目すべきであろう。

また、被疑者・被告人が刑事手続のなかで、検察官、裁判官から、あたかも人間性を否定されるかのような厳しい言葉で、「なぜこのような残虐な犯罪をしたのか。被害者にすまないと思わなかったのか」と犯罪行為に及んだことを責め立てられ、しかも「自己の犯罪行為について『反省』ができていない」とさらに非難されることが少なくないようである。公判廷で被告人がたどたどしく自己の心情を語ったときも、「それで被害者が納得できると思うのか」とはねつけ、検察官の主張事実と異なる形で犯行状況を説明すると、「刑責から免れるために汲々としている」と断じられるのである。人間としての尊厳、人格の尊重という観点からすれば、このような人格非難も一つの「被害」といってよい。このことは、改正少年法の運用実態に関する弁護士聞き取りと事件記録の調査からも、少年の刑事手続、あるいは少年に対する刑事処分の適用の弊害として明らかになった。

## 3 「被害者のルネッサンス」と三つの「被害」

「被害者のルネッサンス」は、これら三つの「被害」のうち犯罪被害に焦点を合わせていた。しかし、それが被害者への情報提供、意見陳述などを超えて厳罰化と結びついたとき、犯罪被害に対する加害を強調し、それに対する法的・社会的非難を増幅させることにつながる。これにともない、犯罪行為者・非行少年の被害者としての側面、あるいはその生育歴における被害への関心は低下する。

また、検察官や裁判官が被告人の犯罪行為の残虐さを強調し、その無反省と謝罪意思の薄さを厳しく非難するさい、それは「犯罪被害者の苦しみ・怒りへの共感に発する」、あるいは「被害者の厳罰要求に応えるため」であるといわれてきた。刑事手続において、これらはもっぱら量刑を重くする事情として位置づけられてきたから、「被害者のルネッサンス」が厳罰化と結合するとき、被告人に対するその人間性を否定するかのような人格非難はいっそう厳しいものとなるであろう。被告人からみれば人格非難の「被害」は一段と深まるのである。

#### 4 刑事司法における「被害」の回復

「これだけの重大犯罪により被害者を苦しめたのだから、犯罪行為者は心から反省し謝罪すべきである。そうするのが当然である」との意識が、これまでの懲罰的刑事司法を支配してきたように思われる。それゆえ、反省と謝罪の態度が示されないことは、厳しい非難に値することとされた。

その一方で、犯罪被害の現実的救済への関心が高まるなか、これとは異なる見解もみられるようになった。たとえば、矯正教育の実務家である浜井浩一は、「非行少年を処遇したところのある者であれば、彼らの多くが、その成育過程においてどこに何らかの傷を負い、周囲の大人から常に非難され続けており、そのため激しい叱責を受ければ、反省するどころか、反発してところを閉ざす傾向が強いことは常識だと思われる。罪の重大さを認識させるためには、十分な時間をかけて、

少年に罪の重さを受け入れるだけのこころの準備をさせ、それを支えていくことが不可欠である」と論じている。

犯罪被害の救済という観点から、伝統的な懲罰的刑事司法に対しては、国家に対する法違反の責任や象徴的な「償い」だけが問題とされ、事件について真実を知りたい、とくに犯罪行為者の口から語ってほしい、犯罪行為者に直接疑問や思いをぶつきたい、深い悔悟とともに真摯な謝罪を受けたい、誠実な損害賠償の約束を得たいなどの被害者の現実的ニーズを実際には満たそうとしてこなかった、との批判がなされている。たしかに犯罪被害者における応報感情とそれに基づく厳罰要求は、それ自体自然なものであろう。しかし、伝統的刑事司法において被害者の現実的ニーズが満たされず、被害の現実的救済がなされないなか、結局、被害者の癒しは得られなかったのである。

#### 5 三つの「被害」の同時回復

悔悟と謝罪を「当然なすべきもの」として強要しても、実際には、犯罪行為者においてそれらが得られないことが多い。伝統的刑事司法に対する批判は、このような事実認識に基づくものであった。たしかに、「当然なすべきもの」としての強要から導き出される反省や謝罪は、その実体において、犯罪行為者における国家権力を背景にした権威への屈服とそのような自己に対する無念の感情を映し出したものにすぎないであろう。非行少年や受刑者の処遇において、少年や受刑者自身が虐待、社会的疎外など深刻な被害経験を有する場合、その被害自体を真摯に受け止め、その回復を進めるなかでこそ、自己の加害行為の意味を深く理解し、被害者の痛み・苦しみに対する共感も育まれるという。悔悟と謝罪を強要し、それが十分でないとして人間性を否定するかのような厳しい人格非難を行うことは、犯罪行為者における「被害」の否認と結びつき、両者相俟ってかえって深い悔悟や真摯な謝罪意思を妨げることになる。

かくして、犯罪被害の現実的救済は、犯罪行為者における「被害」の回復プロセスと同時に成し遂げられるべきものであり、そのプロセスにおいて、犯罪行為者の人間性を否定するような人格非難は避けられなければならない。被告人・少年の主体性の尊重と手続参加が支援・促進され、適正手続を逸脱した人権侵害は排除されなければならない。本来、犯罪被害以外の二つの「被害」の認識とその予防・回復は、犯罪行為者の人間としての尊厳、その人格の尊重から要請されるはずのものであり、厳しい人格非難は適正手続の本質として保障されるべき被告人の手続参加を妨げることになるであろう。しかし、同時にそれは、犯罪行為者における深い悔悟と真摯な謝罪を媒介として、犯罪被害の現実的救済の条件づくりのためにも必要とされるのである。三つの「被害」の同時回復である。

## 6 「被害者のルネッサンス」と新自由主義の厳罰

修復的司法は、犯罪被害者と犯罪行為者双方の癒し、すなわち犯罪被害の現実的救済と犯罪行為者における「被害」回復が、両者の関係再構築に向けた直接対話のプロセスにおいてこそ達成されうるとする。また、この直接対話のプロセスにおいては、犯罪被害者から犯罪行為者への疑問、怒り、要望がストレートに伝達されうるにせよ、その人間性を否定するような厳しい人格非難は回避されなければならないとする。「被害者のルネッサンス」として広がった法と実務は、たしかに情報提供、意見陳述、証人としての保護などを認めたが、このような直接対話プロセスを用意するものではなかった。被害者参加としては限られたものでしかない。

また、犯罪被害の現実的救済としては、もちろん、刑事司法プロセスのなかで犯罪行為者との関係において追求可能なもの以外に、被害直後から始まる精神的サポート、十分な経済的支援、さらには捜査・司法関係機関やマス・メディアからの二次被害の予防などが

必要であるといわれてきた。「被害者のルネッサンス」は、現在に至るまで、これら法的・社会的支援の現実的強化にも向けられていない。

他方、「被害者のルネッサンス」が刑事司法の趨勢としての厳罰化と結びつくとき、犯罪行為者における「被害」の否認、そして悔悟・謝罪の強要とその人間性を否定するかなのような人格非難を通じて、結局、犯罪被害の現実的救済をいっそう困難にしてしまうことは上述のとおりである。

むしろ、「被害者のルネッサンス」の法と実務が広がるなか、それが有する被害者配慮の象徴的意味のゆえにか、犯罪被害の現実的救済に対する法的・社会的支援の要求はかねてより強かったにもかかわらず、その現実的強化への関心は後退し、それに向けた方策は講じられていない。あたかも国は、犯罪被害の現実的救済に向けた法的・社会的支援を提供し、その基盤整備を行う責任から解放されたかのようなのである。

また同時に、犯罪行為者における「被害」を否認することによって、その人格を十分尊重したプロセスのなかでこの「被害」回復に向けて福祉的・教育的性格を有する法的・社会的支援を提供する、という責任からも解放されようとしている。犯罪行為者に対しては犯罪行為についての「自己責任」として厳罰こそが相応しいのであり、犯罪行為者には福祉的・教育的支援を提供する必要はない。このような傾向こそがまさに厳罰化の法と実務である。

「被害者のルネッサンス」は、厳罰化という現代刑事司法の趨勢の枠に取り込まれ、それと結合することによって、加害者に対しても、そして実は被害者に対しても、その「被害」の現実的回復の責任から国を解放した。この意味において、「被害者のルネッサンス」は、福祉・教育を削ぎ落とした厳罰という新自由主義国家の刑事司法政策を具現している。

(くずの・ひろゆき 刑事訴訟法)



## 比較法学会第66回総会：ミニ・シンポジウム

## 「家族の再定義と法の役割」報告顛末記

本山 敦

本年の比較法学会は、6月7日・8日の両日、早稲田大学において開催された。筆者は、学会第二日目のミニ・シンポジウム「家族の再定義と法の役割」に報告者として出席した。ニューズレター編集委員会から学会報告を求められたので、その顛末を記して、埋草とし、責を果たしたい。

### 1. 報告者となる顛末

●◎比較法学会は、法学各分野横断的な学会である。近時、大学法学部において、六法科目を中心とする実定法が専ら重視され、基礎法学、とりわけ比較法や外国法といった科目の削減・廃止に対して、同学会は強い危機感を抱いている。さらに、現在進行中のロースクール構想は、かかる傾向を一層進めるものと捉えられている。

その一方で、比較法・外国法と一口に言っても、学会員の興味・志向は深化・細分化し、従来のような英米法、大陸法（主にドイツ法とフランス法）、社会主義法というような法系内部あるいは法系間の制度比較に止まっているだけでは、学会員の関心を繋ぎ止められなくなっている。また、インターネットによって、世界中の法情報が瞬時で入手可能となり、今まで比較法・外国法研究者が果たしてきた外国法紹介の役割も相対的に低下している。つまり、比較法・外国法研究者は、現在、独自領域としての比較法・外国法の存在意義を問われているのである。

そこで、学会としては、新基軸を打ち出

し、活性化を図らんとして、従来法系ごとに、例えば「英米法部会ミニ・シンポジウム」といった形式で開催されてきたミニ・シンポジウムの形式を改め、今回から、法系横断的にミニ・シンポジウムを試行的に開催することとした。それに加えて、従来の個別報告は若手研究者の登竜門（いわゆる「学会デビュー」）、総会シンポジウムやミニ・シンポジウムは中堅以上の研究者という区分を取り払い、ミニ・シンポジウムに若手研究者を投入することとした。そこで、筆者も若手研究者の一人として、ミニ・シンポジウムで報告を行うこととなったのである。

### 2. 報告全体の顛末

ミニ・シンポジウムのメンバーは、司会：床谷文雄・大阪大学教授、報告：渡邊泰彦・徳島文理大学専任講師、田巻帝子・新潟大学助手、筆者の4名である。ちなみに、司会の床谷教授以外は、全員30歳台である。

テーマは、「家族の再定義と法の役割」というものだが、このテーマから具体的内容はイメージしがたいようにも思われるので、簡単に説明したい。

従来、婚姻は男女間、すなわち異性間で行われることを、世界中の法制度は前提としてきた。しかし、今日、多様な性的志向の顕在化を受けて、同性同士のカップルが、その結合関係の法的承認を求めるに至っている。同性婚とか、パートナーシップ法制などとも呼ばれている。ヨーロッパ各国に目を向ける

と、異性婚と同性婚との垣根を取り払った国（オランダ）、同性カップルの結合に異性婚類似の法的権利義務関係を認める国（北欧各国）、同性カップルの結合を当事者間の契約として取り扱う国（フランス）、法整備を現在検討中の国（イギリス）というように、各国の対応は様々である。

報告では、渡邊がオランダとドイツを、田巻がイギリスを、筆者がフランスを取り上げ各国の法状況を紹介し、それらを通じて、わが国の法制度が得ることのできる示唆を考察する方針をとった。もっとも、「家族」は、民族・歴史・文化・思想・宗教といった、ありとあらゆる人間的現象に関わる事項であり、法制度の分析だけで、「家族の再定義」や「法の役割」の理解が尽せるというものではない。そもそも、「家族」とは何か、「家族の定義」など一義的に可能か、定義が与えられているとしても、その再定義が今必要か、という根源的な問題も存在するのである。

各報告が、既存の、ないしは立法化されつつある「法制度」を前提にしたため、一貫した位相の提示が欠けているといったフロアからの指摘もあった。その批判は真摯に受け止めるとしても、他方で、「家族」なるものを研究する困難さを、報告者としては心底感じ、また、ミニ・シンポジウム参加者全員も共有したのではないかと考えている。

### 3. 筆者の報告の内容

これについては、報告要旨を「比較法研究 65号」（2004年5月頃刊行）に上梓する予定であるので、そちらを参照いただけたら幸いである。正直なところ、筆者の報告ないしミニ・シンポジウム自体が成功したといえるのか、自己評価はいかにも心許ない限りである。若手研究者を中心としたかかる企画が大方に諒とされ、今後、若手研究者の活動の場を広げるための「捨て石」となったのであれば、幸いとしたい、というのが本心である。

（もとやま・あつし 民法）



My book

## 『人権主体としての個と集団』

大久保 史郎

## はじめに

本誌前号の「自著紹介」の欄で、先輩の川上さんが「一冊の本のなかにも最終的には陽の目を見ることのなかったさまざまな意図が浮遊している」と書かれている（33号 川上勉『「国民革命」という幻想」8頁）。本書の場合も同じで、「さまざまな意図」が未消化のままに「浮遊」することになった。

## 表向きの意図

本書の表向きの意図は「戦後人権論史」ということになる。しかし、こうなったのは多分に成り行きであった。「戦後人権史」となれば、半世紀に及ぶ戦後過程のなかで人権がどのように論じられてきたかを描くことになる。この場合、手当たり次第に、人権にかかわる事項をならべても、それは人権論でも、人権論史でないだろう。かぎりなく多様で、かぎりなく個性的な諸人権や人権問題をどのようにあつかうか、その視点や意図が問題となる。本書では、「人権理論史という大それた企てではなく、歴史事実としての人権史でもない」と防戦をはり、あくまで私の関心に沿った、相当に主観的な「人権論史」とであると断った（はしがき）。それが「人権主体としての個と集団」という本書の表題である。

## 戦後人権をどのようにとらえるか

戦後日本に人権なるものが展開したとすれば、これは日本国憲法における体系だった人権条項の登場に始まるということになる。この人権規定のあれこれの特徴、その分析になるのだが、戦後人権がこのような形で出発したことにじたいに多くの検討すべき事柄が伏在している。ここでは省かせていただく。

問題は、その後の半世紀の軌跡をどうとらえるかである。本書では、70年代前半を転機にして、前期を対国家との対抗を主眼にした



立命館大学法学部叢書2号

『人権主体としての個と集団』

戦後日本の軌跡と課題』

日本評論社 2003年3月20

日発行 定価6000円+税

集団的な人権が主役となった時代、後期を企業をはじめとする社会的権力との対抗を主眼にした個人的な人権が主役になった時代と特徴づけた。近代人権が、個々の人間存在の譲り渡すことのできない権利・自由であるとすれば、人権の主役が個人になるのは当然であり、人権の本来の姿 帰結であるというべきことになる。しかし、歴史的、社会現象としては逆な展開である。戦後日本における人権が集団的なものから始まったのはなぜか。そのことによって、戦後日本の人権にどのような特徴が付着し、現在の人権状況を規定しているかである。とくに、私がこだわらなかったのは、戦後人権がいきいきと形成・展開したのが集団主義的であった前期で、後期に、人権主体が本来の個人になるにしたがい、人権論や運動が社会的には勢いを失い、形骸化するようにみえたことである。この後期は日本的な企業社会の成り立ち期であった。

いや、前期の集団主義的な勇ましさは見せ



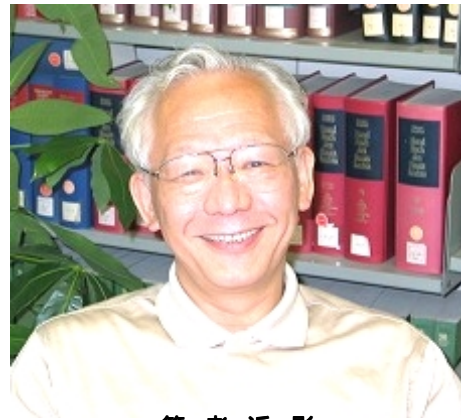
かけで、後期は沈滞ぎみにみえても、人権が個々のにきびしく問われるがゆえに、その人権の真髄が示されつつある、という言い方もできるかもしれない。前期の集団的人権が、多分に、社会的弱者や真の少数者の声を見落としてきたのではないか、という指摘も否定できない。これは経過的な問題か、戦後人権の「体質的」問題かの検討が必要である。問題は「個か、集団か」ではなく、「個も集団も」であり、この個と集団の関係、日本社会におけるそのありようということになる。

今一つの戦後人権の特徴は、対国家から対社会的権力―企業権力へという展開である。ところが、90年代以降の現在では、個人も集団も、社会も政治・国家なるものも、そのすべてが存在意義を問われ、全体が自己漂流しかねない様相を呈している。これをどのように捉えるか。人権論では、人間存在がある歴史段階の社会諸関係の結節点であり、各々が個人的、社会的な背景と歴史、軌跡をもち、今の存在となるという視点をどこまで貫けるか、これが方法的課題となる。こうした人権の社会関係論的とらえ方は、人権が内包する矛盾や対立に着目すべきこと、これを基盤として生成するはずの人権主体からの把握を重要とする。しかし、翻って、お前がいう人権主体はどこにいるのか、どのように形成されるのか、という質問に当面することが避けられない。

さて、どのように応えたらよいのか、途方にくれる。結局は、事実へ、現実へ、歴史へ、に戻るようになる。あらためて、憲法97条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であり、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」の含蓄をかみしめることになった。

#### 戦後人権論の三つの原型とその軌跡

戦後人権論はどのように出発したか。日本国憲法が近代人権も、現代人権も掲げ、ま



筆者近影

た、戦前以来の日本の伝統も内に含んだ条項も挿入していたように、人権論も、その当初から、伝統的な憲法解釈学の人権体系論、集団的団結権論、そして、市民的自由論の三つが並行していたことを強調した。しかし、そのからみあい十分に解けたとはいえないし、現在につなげることもできなかった。

また、戦後人権は人権規定の普及、解釈・適用という形をとったから、裁判所が戦後人権形成の場として、大きな役割を果たすことになった。このことが戦後人権の実際の軌跡を、恐ろしいほどに規定した。戦後人権論における「公共の福祉」論という圧倒的な存在、戦後人権の展開に立ちはだかった「司法反動」の決定的役割、その後の司法による戦後人権の暗転がそれである。

70年代半ば以降に、日本企業社会が形成・確立され、そのもとで主役を担った個重視の人権論は、ある意味で、人権論の本来的な姿であるとしても、多くの弱点や限界を伴っている。日本での個人主義的人権論の本格的な展開は初めてであり、理論としてはきわめて初歩的な水準にあるように思える。本書ではこれを指摘するのが精一杯で、それ以上の分析に至っていない。90年代以降の人権状況と理論的な課題として、この時期に表面化する戦争責任 戦後責任論や、近代人権の歴史的限界を示す少数者の人権を課題として指摘しただけである。

### 浮遊した意図

本書に「浮遊する」あるいは「陽の目を見なかった」未消化の意図にふれないわけにはいかないだろう。きわめて個人的なことからなる。一つは戦後人権論における憲法学と労働法の関係である。ある憲法研究者に本書を贈ったところ、私が「労働法出身とは知らなかった」との返事をもらい、かえって、意外な感にとらわれた。私は大学院修士課程が労働法であり、労働法（当時の、というべきだろう）の強い影響を受けた。しかし、課題との関係から、博士課程で憲法領域に踏み込んでから、すでに30年を超えている。だから、とくに断らないかぎり、一般にはこの私の経歴に気がつかないかもしれない。

他方で、私自身は、ながく憲法学の発想と、私が最初に学んだ労働法学における権利論との発想の違いに困惑してきた。それが一言で説明できないもので、時には、ある種の断絶を感じたほどである。それにいつしか「慣れた」、あるいは「解放された」らしい。本書をまとめる作業を通じて、私のモヤモヤを少しは晴らすことができたかもしれない。端的にいえば、人権を人権主体の希望や要求からとらえ、構成する戦後労働法学と、何らかの秩序を想定する、場合によっては優先する憲法解釈学、その伝統による発想との違いである。もっとも、これは私が学んだ時の労働法理論と憲法学との対比であって、現在は、その双方に相当の変容をみることができるだろう。

憲法学と労働法の関係にかかわって、憲法学では、人権論というと、市民的自由や平等を扱うことが多くて、労働生活関係上の権利・自由を直接の対象とすることが少ない。この意味で、この労働・生活領域に足場をおいた人権論の試みになるだろう。このような本書の副産物として、人権論を戦後社会の全体構造のなかに位置づけようとした場合に、労働・生活の人権論を抜きにして、戦後人権論は成立しないということを確認できたように思う。個人人権論として、実生活に目配りした、すぐれた仕事がないわけではない。し



NYホテル スト勝利の場面

かし、もし、戦後人権史とか、戦後人権論史を名のるとすれば、憲法学が弱い社会権・労働権領域を扱わないわけにはいかない。

今一つの副産物は、これまで憲法学が見過ぎてきた10条国民の要件規定の重大な意義に、少しは立ち入ることができたことである。憲法10条は、「国民の要件」といいながら、日本国憲法の人権保障を行政実務上、「国籍保持者」に縮減する役割を果たしてきたが、それがはじめからの制定意図であり、これが戦後日本の人権実務を支配してきた。最近の歴史的、実証的な研究成果にもとづいたただだが、そこに、戦前以来の「臣民」統治の思想と技術があり、これが解釈学の通説的な人権体系論に通底することがわかった。

しかし、くり返しになるが、本書は90年代以後の現代日本の人権論の動向を正面から扱っていない。その用意がないというのが本音である。少数者の人権がつけつける理論的、実践的課題、その意義を掘り下げることでもできなかった。とくに戦後人権論におけるジェンダー論の位置づけには弱った。その理由・原因をいろいろ考えたが、その扱い方じたいが定まらなかった。まさに、「浮遊する意図」の何物でもない。この十年、関心をもってきたグローバリゼーション論から、今後の課題について手がかりを得られる予感があるが、もっと、もっと「浮遊」しなければならないかもしれない。

(おおくぼ・しろう 憲法)

## 刑事立法と犯罪体系 〔立命館大学法学部叢書第3号〕

松宮孝明

### 具体的帰結と体系

「刑事立法と犯罪体系」とは大げさなタイトル。本書を見てそのように感じた人もいるかもしれない。実際、筆者も少し大きすぎたかなと感じているのだから。

もっとも、このタイトルにしたのには、それなりに理由がある。第1は、筆者の研究領域の拡大。1989年に『刑事過失論の研究』（成文堂）を刊行したように、筆者の研究テーマは、本来、過失犯の領域にある。それが、この分野に収まらなくなったきっかけは、1992年から1年半の最初のドイツ留学である。いわゆる「管理・監督過失」の追及が、ドイツではどのように扱われているのかを研究していたところ、すでにこの問題は1920年代から議論になっており、しかも議論の抽象度が増すにつれて、それは刑法とりわけ犯罪の成否を扱う犯罪論の体系を揺るがすまでになっていたことを、この留学で初めて知ることができた。その結果は、民事



立命館大学法学部叢書3号  
『刑事立法と犯罪体系』成分堂  
2003年5月10日発行5000円+税

不法行為論にも影響を与えた「目的的行為論」の登場である（過失犯を契機とする体系変動の詳細については、本書第4章のほか、続いて刊行を予定している拙著『過失犯論の現代的課題』（成文堂）を参照されたい）。

つまり、従来は、具体的な解釈論的帰結との関係が意識されずに「神々の争い」（憲法解釈をそのように揶揄して、法律学の存在意義を冒涇したどこかの首相がいたが）と感じられてきた犯罪体系論が、具体的な解釈問題を契機にして変動し、再び具体的な解釈論に帰っていくものであるということ、ここで実感したのである。同じ体験は、「法秩序の統一性」と「違法一元論」との関係を調べたときにもした（詳細は、本書第9章を参照されたい）。





以来、個別の解釈問題と刑法体系との相互関係には、否応なく注目せざるをえなくなった。加えて、帰朝後は学界の中堅として様々な共同研究への参加の機会を得、過失犯だけを論じているわけにもいけなくなった。「不真正不作為犯」「緊急避難」「錯誤」「共犯」といったテーマも扱わなければならなくなったのである。そこで、こういう機会には、常に、学説の変遷と具体的な帰結との論理関係、否、むしろ新しい学説の動機となった「目標とされた解釈論的帰結」（および、ついでに言えば、その帰結を要請した社会的背景）を明らかにするように努めた。同時に、このような「問題的思考と体系的思考」との「機能的結合」にあまり意を払ってこなかった従来のがが国の刑法学に、次第に飽き足らなくなってきた。そういう中で、犯罪論全般にわたる論文が少しずつ蓄積されてきた。

### 立法論と体系

しかし、そのままでは立法論を扱う理由にならない。実は、刑事立法論に踏み込んだきっかけは、2001年度前期にある。この時期は二度目のドイツ留学であると同時に、家庭の事情で一時帰国せざるをえない事情があり、ついでに日本刑法学会大会の共同研究で「刑事立法論における自律と自己決定」という報告を引き受けざるをえなくなった（本書第2章を参照されたい）。そこで、留学先でも、刑事立法論を本気で勉強しなければならなくなったのである。その際、「積極的一般予防論」という（日本では、たいてい誤解されているが）刑法の存在意義に関わる理論の検討が中心課題となった。

それまでから、たとえばM・E・マイヤーの「制限従属形式」とかヴェルツェルの「目的的行为論」が、新しい刑法総則のための立法論として主張されていたことに気づいてはいたが、立法論をまじめに勉強する中で、新

しい体系論は新しい刑法総則の要求であるということ、初めて理解するようになった。同時に、個別規定ではなく総則の全面改正となると、そこで前提となる人間観、社会観が問われることになる。それは、決して難しい話ではない。「犯罪者」が「被害者」と同じ社会の担い手つまり統治の主体たる「市民」なのか、それとも、自律的な能力に乏しく統治の客体にすぎない「臣民」なのか、はたまた社会の「敵」なのかによって、作られる刑法も変わってくるということである（詳しくは、本書第1章、第2章を参照されたい）。

他方で、国内に目を転ずれば、「刑法実体法の全面的・体系的な再構築抜きに、刑法の様々な分野での部分改正が進行している」（はしがき 頁）。刑事立法に対する幅広い視野での理論家の発言が必要な時期にきているのである。にもかかわらず、わが国には、一部の例外を除いて、刑事立法論に関する理論的蓄積は広く共有されていない（解釈学者は立法論はやらないものだと思っている学者も少なくない）。

そのような事情で、過失論に関する続編よりも先に、不十分ながらも刑事立法と犯罪体系との関係を扱った本書を刊行することにした。

### 本書の内容

そのようなわけで、「刑法総論とりわけ犯罪に関する総論についてその意義と機能を明らかにし、同時に、現代の刑事立法を見る批判的視点を提示しようとする」（はしがき 頁）ことが、本書の狙いである。全体は3部からなる。

第1部は、刑事立法そのものに関わる論稿を集めている。もっとも、まだ発展途上で、総論的な視点の提示にとどまる。しかし、刑事立法にとっては、前提となる人間観、社会観の把握が重要であることや、とりわけ「積極的一般予防論」に関する誤解を払拭しても

らうことは、最低でも理解してほしいところである。

第2部は、「行為」「不真正不作為」「客観的帰属」「法秩序の統一性」といった、犯罪論の基本概念を扱う。個々の概念が、具体的な問題の解決や他の概念との連携を織り成していることが理解されれば幸いである。

第3部は、「体系論の試金石」と呼ばれる共犯論を扱ったものである。実は、第2部を読まれた方は感じられたと思うが、第2部で扱った基本概念が体系上重要となるのは、たいてい、共犯がからんだときである。言い換えれば、単独犯だけを考えるのなら、体系論は趣味の問題にとどまるのであって、共犯に踏み込まなければ、体系論の真の意義は理解できないのである。わが国の実務でこれらの問題が意識されないのは、起訴便宜主義による問題の非公式な処理と、すべてを「(共謀)共同正犯」に流し込んで処理してしまうことに対する理論的緊張感の低下にある。

詳しくは、本書をお読みいただければ幸いであるが、「はしがき」の末尾に書いたように、刑法総論および総則立法論は、本来、学者にとって実践的で刺激的な作業である。日常業務に追われる実務家的視点でなく、(職業としては実務家もありうるのだが)日常実務を離れて広い視野で諸問題を体系化することこそ、真に学者的な作業といえるように思われる。

### 本書の意義と本書への注文

このような内容を持つ本書は、単なる論文集としてではなく、刑法総論の副読本として、学生さんにも広く読んでほしいものであ

る(もちろん、初学者には勧めないが)。見回せば、教科書・体系書以外で、刑法学とくに犯罪論の体系的鳥瞰をするものが、わが国には意外に少ないことに気づかれる。類書が少ないということが、本書の意義のひとつといえるかもしれない。

もっとも、最後に、一読者としての立場で見ると、重要な既存業績に対する挨拶がいくつか抜けていることに気づかれる。しかも、ゼミ生に指摘されたのだが、緊急避難二分説の採用は、ドイツ1927年草案からである。1925年草案と1927年草案はほとんど同じという先入観に囚われて、1927年草案を1925年草案と見間違っただけだ。そのような誤りが、まだほかにもあるかもしれない。手直しが必要である。そういう意味で、筆者はまだまだ「発展途上」にある。ご寛容を願う次第である。

(まつみや・たかあき 刑事法)



筆者近影

### 新任のご挨拶 後半 (33号に前半)

33号掲載	大垣 尚志	品谷 篤哉	須藤 陽子	西村めぐみ
	高橋 直人	本山 敦	山田 泰弘	
34号掲載	倉田 玲	酒井 一	段林 和江	中村 康江
	本田 稔	宮脇 正晴		

## 古都の西北の11年間

### 新任のご挨拶に代えて

倉田 玲

法学部の学生として4年間、法学研究科(後期課程)の学生として3年間、研究生/非常勤講師として4年間、以上を合算して11年間も通った古都の西北のキャンパスだが、たとえば存心館の教室番号が700番台からはじまる根拠など、依然として解けない謎も多い。今春から法学部で憲法を担当することになり、「平和と民主主義」を思い続けるには絶好の機会に恵まれたが、何年目になっても解らない不思議は残るだろうという予感が現時点における雑感の断片としてある。

まだ冷房教室がなく、チャイムがブザーだった13年前の法学部には、当時の法律コースと政治行政コースを合計して921人の新入生があり、そのうち基礎演習でも畑中和夫先生のクラスで同じだった1人とは5年前に再会して3年前に結婚した。当時の構成比は1対5ほどであったから、ナイーブに倍率を考えると幸運だった。ほかに本誌寄稿の柳原克行氏(第30号)や中田晋自氏(第32号)が同級だった。この2人とは大学院で机を並べることができ、優秀な隣人に恵まれたと思う。

学部3-4回生時には、差別問題をめぐる禁忌と法理の交錯を考えるため、アメリカ法に題材を求めて、故堀田牧太郎先生の英米法演



習に参加した。合衆国の立法過程に関する第1次資料を収集して整理する作業に苦労したが、国際関係学部との混成クラスであったためか、英語に堪能な級友が多く、あの頃は烏丸御池にもあったアメリカン・センターを利用するときなどに随分と助けられた。

大学院進学以後は「代表」(憲法第43条第1項)と「平等」(同第14条第1項)の関係をテーマに据え、具体的には議員定数不均衡事件を裁く法廷の常套句となった「公正かつ効果的な代表」(最大判1976・4・14民集30巻3号223頁、244頁)の定義を探してきた。この文句

のオリジナルは"fair and effective representation"(Reynolds v. Sims, 377 U.S. 543, at 565-566 [1964])であるが、以後の合衆国最高裁の判例は、合衆国議会の制定したVoting Rights Act of 1965 (Pub.L.97-205)と複線的に交叉しながら、"gerrymandering"(選挙区画の歪曲を指す造語)と格闘するかたちで推移してきた。

その展開過程を捉え、まだ日本では調達されない有為の規範を求めて勉強を進めるうち、大統領選挙の帰趨を「平等保護条項違反」(Bush v. Gore, 531 U.S. 98, at 103 [2000])で決した合衆国最高裁判決を見聞き、その政治性または党派性ばかりが強調される直後の状況に違和感を覚えて、憲法訴訟としても吟味すべきだという観点から、これにも若干の考察を加えた。こうした経過のなかで、大久保史郎先生からは綿密なご指導を、市川正人先生からは深長なご教示を、倉田原志先生からは温厚なご鞭撻を、いずれも筆舌

に尽くしがたく多大に拝受した。

いま僅かなりともドイツ語の文献を利用して憲法理論の過去や現在を勉強できるのは、竹治進先生から新入生としてドイツ語の初歩を、大河純夫先生から4回生として独書講読の基礎を、中島茂樹先生から後期課程3回生として憲法分野の文献講読の心得を、それぞれ教授していただいたからにほかならない。語学の選好とは無関係に設定してきた研究テーマを、やがて漸進的にも拡充するなかに3先生から学んだ成果を活かしたいと思うこともある。

ほかにも多くの先生方からご恩誼を受け、多くの"Kommilitonen"を得たことで、学びに倦んで怠惰に堕ちても、自業自得の澱みに沈滞することなく、都度の浮上を繰り返すことができた。いかにも雑駁で誠に恐縮だが、以上のような経験を携えて着任した。これまでにについても、これからも、ご厚誼には研鑽で応えなければならないと思う。

(くらた・あきら 憲法)

## 何から何まで分からない・・・

ご容赦を！

酒井 一

この4月に、甲南大学から、立命館大学法学部に移籍いたしました。法学部以外の方もこれを眼にされる可能性があるようですので、私の略歴と専門を述べたいと思います。

司法修習後、大阪地方裁判所(刑事7部)で判事補を1年経験した後、甲南大学法学部に勤務し、研究者生活を開始しました。専門は民事訴訟法、国際民事訴訟法です。法学部以外あるいは法学部でも六法以外を専門とされる方々は、それはいったいなんだろうと思われるかもしれませんが、説明をすると長くなりそうなので省略させていただきます。

立命館大学との縁としては、かつて学生時



代に家庭教師として教えた子(といっても、すでに - しかも僕よりも早く - 結婚をし、い



までは立派な父親となっているそうですが、立命館大学に入学（もちろん卒業も）したことがあります。ほとんど掴み合わんばかり - というより、おそらく彼は、何度殴られたことか！と怒るでしょうが - の家庭教師でしたが、彼が立命館大学に入学できたときに、彼の母親が非常に喜んでくれたことを思い出しました。

また、立命館大学に赴任すると同時に、大阪弁護士会に登録しました。1年生弁護士として、淀屋橋にある塩見・山本法律事務所の末席を汚しております。山本弁護士は立命館大学のOBで、特許など知的財産関係事件を多く扱っております。実務で経験することを研究・教育に生かせるよう、研鑽を重ねてい

きたいと考えております。

立命館大学に来て未だ間もなく、どこに何があるのやら、よく把握できていないのが実情です。誰もが経験されることでしょうか、たとえば担当部署の名称や建物の呼び名、マイクの使い方など前任校との些細な相違にもいまだ戸惑っている状態です。どこにいけば何があるのか、コピーひとつとることすら、ままなりません。もうしばらく構内を迷い続けることでしょうか。うろろうしていたら、また迷っているのだと笑ってください。

そんなわけで、いろいろとご迷惑をおかけすることと思いますが、よろしくご海容ください。あらかじめお詫び申し上げます。

（さかい・はじめ 民事訴訟法）

## ロイとラウディ

段林和江

この度、特別契約教授ということで就任致しました。本学の卒業生ではありますが、大学にはずっとご無沙汰していましたので、学内のことは何も分かりません。よろしくお願ひ申し上げます。元来、自己紹介とか挨拶文というものは苦手なので、ここはうちのワンちゃんに登場してもらうことにします。というのも、私が職員紹介などの趣味の欄に「ワンちゃんとの散歩」と書いていたのを見た方から、「どんなワンちゃんですか？」と聞かれることもあるので、結構ワンちゃん好きの人からは興味をもってもらっているんだと自己満足しているからでもあります（こういうところがそもそも親ばかならぬワンばかなんですね）。

うちの初代のワンは、その名をロイといい、勇猛果敢な性格といえは聞こえはいいけれども、要は攻撃的な、世間の人から見れば「こわ~い」ワンでした。でも私にとっては可愛い息子であり、また、彼は家をよく守っ



てくれました。うちの近所は結構空き巣被害が多いのですが、ロイや二代目ラウディのおかげか、うちの向こう三軒両隣はいまだ空き巣に狙われたことがありません。もっとも、ロイが玄関で寝ている時に、自転車を盗られたり、車上荒らしでウインドーを割られたりしましたが・・・。ロイが、9歳に1ヶ月満たずして病気のため生涯を閉じた時には不憫



### 威厳のある(?)ロイ

でたまらず、もう二度とワンちゃんは飼いたくないと思ったものでした。でも、縁あって、数ヶ月後に今のラウディがうちにやってきた時には、もう、嬉しくて、いそいそと帰宅したものでした。ラウディは生後4ヶ月で来たのですが、トイレのしつけができていなかったため、夜は私が隣の部屋で寝て、鳴き声や動き回る音を察知して起き、排泄物を片付けてしつけをしました。覚えはよく、数ヶ月できちんとできるようになりましたが、その頃には私の体力も限界で、ほぼ同時期に体調を崩してしまいました。子育てに耐えうる年齢、体力があるように、ワン育てにも同じことが言えるようです。

世の中には「犬好き」と「猫好き」があると言いますが、あれは嘘ではないでしょうか。私はどちらも大好きで、猫を見れば触りたいと思って近づくのですが、猫は概して警戒心が強く、なかなか触らせてくれません。先日、依頼者のお宅に伺ったとき、ソファになんとか古毛布のような塊があると思って見ると、アメリカンショートヘアという猫でした。ここぞとばかりに私は近寄り、背中をなでた時でした。「あ、その子は駄目です！」という叫び声が出たのですが、時遅し。あっという間もなく、みごとに手の甲を鋭い爪で引っかかれていました。目を見るとらんらんと光り、私をにらみついています。何でも、元の飼い主が阪神大震災で被災され

たため、ボランティアで引き取ったということでした。猫にもいろいろ苦勞があったのでしよう。

ところで、名古屋で起きたある事件を御紹介してこの稿を閉じたいと思います。庭で放し飼いにしていた犬が囲いを抜け出して、通行人のふくらはぎに後ろから噛み付きました。通行人は40代の外国人男性でしたが、突然犬に噛まれた恐怖と傷み、そのときに捻った膝の痛み、狂犬病になるのではないかとの恐怖などからパニックになり、事件後は外に出るのも怖く、うつ的になり、仕事もできず、社会生活にも支障を生じるようになったとして、犬の飼い主に損害賠償を求めて訴えを提起しました。名古屋地裁は、男性がPTSD(心的外傷後ストレス障害)を発症していると認め、逸失利益や慰謝料など、合計789万円の賠償を命じました。但し、控訴され、その後の経緯は分かりません。ロイは、その攻撃的性格が禍して、生涯に5回人を噛みました(すみません)。もし、誰か1人でもPTSDを発症していたらと思うと冷や汗ものです。名古屋の男性の症状やワンちゃんの行く末も気になります。世のワンちゃん好きの皆さん、くれぐれも気をつけて下さいませ。(だんばやし・かずえ

民事法リーガルクリニック)



### フレンドリーなラウディ

## 私つくる人？

中村康江

立命館大学法学部スタッフの末席に名を連ねるようになって3ヶ月が過ぎようとしている。現在は最年少ということもあり文字通り「末席」である。この立場をいつまで維持できるかは定かではないが、そう言い張れる期間もそれほど長くないと思われるため、可能な限り言い続けさせてもらおうと凶々しく思っている。

私の大学院生時代の行状（のごく一部）については、以前このニューズレター（32号16-18頁）に寄稿させていただいたところである。その原稿を提出してから数えても既に5ヶ月が経過しているわけだが、学生としてみていた大学と教員としてみる大学とは想像以上に異なり、戸惑うことばかりである。「出身（とはいえ大学院からであるが）」大学の教員になった心境を説明するうまい譬えがないものかと考えていたのだが、先日「レストランで食事をしていたところ急に厨房に連行されたような感じ」という表現をして（これも強引な譬えだが）、某先生よりお褒めのおことばを頂戴した。これまでは出された料理に対して「おいしい」とか「いまいち」とか言いたい放題（失礼）言っていればよかったのだが、にわかに「つくる側」に廻ることになったのが戸惑いの一因であろう。かつて物議をかもしたという、「私つくる人、僕食べる人」というインスタントラーメンのCMのコピー（今回インターネットで検索したところこのCMのオンエア開始は1975年8月25日、放送中止は10月27日らしい。偶然とはいえ生まれた年だったのには驚いた）ではないが、「つくる人」として厨房に入らなければ分からなかったことはたくさんある（勿論まだ分かっていないこともたくさんあるだろう）。単に料理を作るだけが厨房の仕事ではない。見たくないものも見る。もちろんお客さんは厳しい。だが、研究面・教学面



にわたって、先生方とこれまではできなかったような話ができること、学生の間には見ることでできなかった世界が広がってきたこともまた事実である。このような経験は「賄い飯」の旨みに譬えることができるかもしれない。

さて、「つくる人」として一体何を「つくれば」よいのか。教育については、全く初めての経験であり、毎日自らの理解不足に直面するばかりである。多分明日もそうであろうし、明後日もそしてその次の日もそうなる断言できる。考えるだけで気が滅入るが、せめて自らの未熟さと誤魔化しなく付き合っている姿をありのままに見せることが、広い意味での「教育」につながればと思う。

もちろん研究者としても何かを「つくる」立場にある。こちらはまだ歩み始めたばかりではあるが、昨年度末には博士号を頂戴し、これまでの成果に一応の区切りをつけることができた。今後はより広い視野から「企業組織法」のあり方について検討していきたいと思っている。近年では事業を営むためのさまざまな組織体が整備されつつある。それぞれの組織体は、社会・経済的要請に応える形でまず外殻から整備されてきたのだが、その実態がこれまでの組織とどう異なるのか、各組織の特性に応じた規制はどこまで実現されて

いるのか、等、各組織を横断的に検討する必要性は残されていると思われる。微力な自分には大それたテーマの上、具体的な切り口はいまだにおぼろげにしか見えてこない。しかしながら、ひとつひとつの疑問に真摯に向き合い、進むべき方向性を探りながら、小さな

成果を積み上げていきたいと考えている。

いずれにせよ、何につけても経験不足は否めない。これからも何卒あたたかいご指導、ご鞭撻を賜りますよう、ここにお願ひする次第である。今後ともどうぞよろしくお願ひ申し上げます。

(なかむら・やすえ 商法/会社法)

## ドイツ刑法史研究の今後について

本田 稔

フランツ・シュレーゲルベルガーは、商人として成功を収めた父ルドルフ・シュレーゲルベルガーと母ルイーゼ・シュレーゲルベルガーの第二子として、1876年10月23日に旧東プロイセン領のケーニヒスベルクに生まれた。1894年にギムナジウムを卒業した後、ケーニヒスベルク大学法学部に入学し、オットー・フォン・ギールケやハインリヒ・フォン・デルンブルクが商法やローマ家族法を講ずるベルリンでも法学を学んだ。1896年にケーニヒスベルクに戻り、翌年に第一次国家試験を「可」で、1901年に第二次試験を「良」で合格して法曹資格を取得した。同年ケーニヒスベルク区裁判所判事補、1908年にはベルリン上級地方裁判所に配属された後、1918年4月に帝国司法省に入省し、1931年から1941年まで事務次官として勤務した。そして司法大臣フランツ・ギュルトナーの不慮の死後、その後任として1942年まで司法大臣を務めた。

しかしながら(というよりも、そうであったがゆえに)、戦後の彼は法曹の道を歩み続けることを許されなかった。1947年2月17日、シュレーゲルベルガーはニュルンベルクの陪審法廷の刑事被告人になっていた。彼は、司法官僚あるいは司法大臣として、さらには1931年以降はナチ党员として、直接的または間接的に様々な犯罪を計画・共謀し、戦



争犯罪や人道に対する罪に深く関与したと指弾された。ヒトラーの権力掌握後の司法体制の確立に重要な役割を果たし、「夜と霧」命令をはじめとしたユダヤ人とポーランド人に対する排外主義的な法律と命令を起草し、「ユダヤ人問題」の最終的解決に関わったと断罪された。1947年12月に裁判は終了した。判決は終身刑。しかしながら、シュレーゲルベルガーは1951年に健康を理由に釈放され、その後シュレーズヴィヒ・ホルシュタインで非ナチ化の認定を受け、名誉回復こそされなかったが、1959年にはナチス支配下における態度を理由に剥奪されていた公務員年金の受給資格を回復するまでに至った。1970年に他界した。94歳であった。

シュレーゲルベルガーは、戦後は法曹とし



て「活躍」することは許されなかったものの、アカデミズムにおいて貴重な「業績」を残している。釈放された1951年には、1938年以降分冊が出されてきた『注釈商法』(Kommentar zum Handelsgesetzbuch)が第二版として一冊にまとめられて公刊された。1955年には次男のハルトヴィヒ・シュレーゲルベルガー、フランツ・ギュルトナーの息子フリッツ・ギュルトナーとの共著で『現代の法』(Das Recht der Gegenwart)が、1958年には連邦通常裁判所判事ルドルフ・リーゼツェとの共著で『海商法』(Seehandelsrecht)が出版された。1959年には『立法の合理化について』(Zur Rationalisierung der Gesetzgebung)の複製版が31年ぶりに出版された。いずれもその分野では権威ある書として今なお読まれているものばかりである。

私はこのシュレーゲルベルガーという法律家

に非常に興味がある。ヒトラーの権力掌握後の刑法史における彼は、ある意味で典型的な法律家であった。彼は、1933年の国会議事堂放火事件の後に、それまで最高刑が終身刑であった放火罪に死刑を科す大統領命令を起草した司法官僚であり、同命令が放火事件には遡及適用できない事後法であることをヒトラーに諭した法律家であり、また授權法制定後の政治の風向きを察知して同命令に遡及効を付した「ヴァン・デル・ルッペ法」を起草した御都合主義的な法律屋であった。それは、転ばぬ先の杖を持たない法律家が、あれよあれよという間に法の土俵外に転げ落ち、法の論理と言葉を巧みに使いながら不法に仕えることを物語っている。法曹養成制度が新しくなろうとしている現在、改めて考察すべき刑法史のテーマは少なくない。立命館で私なりにその課題に取り組みたいと思う。

(ほんだ・みのる 刑法)

## この2年とこの1月

宮脇正晴

私の専門は知的財産法である。現在「知的財産」といえば、昨年政府に知的財産戦略会議が設置されたことから始まる一連の動き(知的財産戦略大綱の策定、知的財産基本法の成立、知的財産戦略本部の発足など)などもあって、連日新聞をにぎわしている。学部やロースクールの科目として「知的財産法」を新設する大学も多い。要するにブームである。

そのようなブームが本格化する直前の2001年の春、私は東京の麹町にある(財)知的財産研究所に赴任した。特許庁が同研究所に委託した、知的財産法の若手研究者育成事業の第一期生の一人として、「知的財産特別研究員」というポストで1年間同研究所のお世話に



なることになったためである。

知的財産研究所では、知的財産法の中でも商標法などの営業上の標識(ブランド)に関する研究を行った。他にこれといった仕事も

なく、自ら決めた研究計画に従って、のびのびと研究をさせていただいた。また、同研究所は毎年特許庁から多数の研究を委託されており、研究委員を委嘱された多数の高名な研究者や実務家がしばしば研究所に出入りしておられるのであるが、そのような方々とも知り合いになる機会があったということも貴重な経験であった。同時多発テロの影響で海外調査に行けなかったことだけが心残りである。

2002年の春は、京都府木津町の学研都市にいた。今度は(財)国際高等研究所に特別研究員として赴任することとなったためである。こちらは知的財産の専門の研究所ではなく、理工系、文系、あるいは学際的な多くのプロジェクトを走らせているユニークな研究所である。

国際高等研究所では、自分の研究の傍ら、研究所のいくつかのプロジェクトに参加させていただいた。そのひとつは副所長の北川善太郎先生が代表者となって進めておられた、知的財産権のオンライン取引市場モデル「コピーマート」に関するプロジェクトである。このプロジェクトでは、単に知的財産法の領域に留まらない、科学技術と法について幅広く研究する機会をいただいた。また、別の研究機関の研究、多くは企業からの委託研究で

あったが、に研究スタッフとして参加する機会もあった。この研究テーマの多くも「科学技術と法」というキーワードでくることができ、より具体的にいうと、デジタル・ネットワーク化と知的財産権(主に著作権)に関するものが多くを占めていた。そのような研究の過程で、知的財産法関係者だけでなく、理工系の研究者や技術者の方を含む多くの方々と知り合うことができた。

そして今年の春、本学に赴任することとなった。(3年連続の引越である。)私は教歴がなく、本学の教育システムについても無知であったので、はじめはよくわからないことが多かった。(今でもよくわかっていないこともあると思う。)先輩の先生や、学生たちに助けられながら、なんとかやっている次第である。学内行政についても当然初めてで、まだ見習いのような段階で、他の先生にご迷惑をかけることもしばしばである。また、知的財産という専門柄、頼まれる仕事もいくつかある。大学の先生も楽ではない。

当面の課題は、何とか大学での仕事のペースをつかみ、研究者としての自分の研究を再開することである。その手始めとして、向かいの研究室(私のもうひとつの研究室)に放置してあるダンボール20箱(中身あり)を早くなんとか片付けなければ、と思う。

(みやわき・まさはる 知的財産法)



**学術交流・研究活動（2003年6月～8月）**

- 03年6月6日 学位論文公聴会：朱 曄氏「中国相続法の現代的課題」
- 03年6月19日 国際学術交流研究会：Visiting Associate Professor Law The Catholic University of America Columbus School of Law  
James R. Maxeiner氏「Methodenbewusstsein und vergleichende Rechtsmethoden」通訳 出口雅久氏
- 03年6月26日 国際学術交流研究会：M.K. Gandhi Institute for Nonviolence, Christian Brothers University  
Arun Gandhi氏「非暴力とテロリズム」通訳 野口メアリー氏
- 03年7月4日 政治学研究会：西村めぐみ氏「先進国のコーカサスへの援助」
- 03年7月22日 法政研究会：葛野尋之氏 学位請求論文「少年司法の再構築」について
- 03年7月22日 国際学術交流研究会：Professor Florida International University  
Nicholas G. Onuf氏「Late Modern Civil Society」  
コメンテーター 西村めぐみ氏、小林 誠氏、大久保史郎氏
- 03年7月23日 比較政治研究会：テーマ「グローバリゼーションとその課題」  
話題提供 中谷義和氏、文 京洙氏、南野泰義氏
- 03年7月31日 現代取引法研究会：大河純夫氏「『林屋礼二 = 石井紫郎 = 青山善充編・図説判決原本の遺産（信山社1998年）、同・明治前期の法と裁判（同2003年）』の書評を書き終えて」
- 03年8月1日 民事法研究会：村上良恵氏「不作為による欺罔行為と情報提供義務」  
片岡雅世氏「不当利得準拠法の類型化について ドイツ法との比較から」

**法学部定例研究会：法政研究会/公法研究会/民事法研究会/政治学研究会・刑事法研究会  
学術研究プロジェクト：**

- 基盤研究A「現代韓国の安全保障・治安法制の実証的研究」
- 基盤研究B「グローバリゼーション時代の「人間の安全保障」構築に関する憲法学的研究
- 基盤研究C（2）「日韓渉外相続課税の論理的・実際の問題点と改革課題の法的研究」
- 基盤研究S「グローバリゼーション時代における国際犯罪と人間の安全保障に関する総合研究」
- 若手研究B「欧州諸機関・国連による人権条約義務の領域的・時間的拡大と国際法理論への影響」
- 人文科学研究所：近代日本史思想史研究会  
国際地域研究所：東アジアの和解と平和研究会  
国際言語文化研究所：アイデンティティ研究会/日系文化研究会

立命館大学法学部ニューズレター

第34号（2003年8月）

編集：立命館大学法学部ニューズレター編集委員会

発行：立命館大学法学部研究委員会・立命館大学法学会

京都市北区等持院北町5-6-1

TEL. 075-465-1111(代) / FAX 075-465-8294

<http://www.lex.ritsumei.ac.jp/>