

質疑応答

(敬称略)

○佐藤 討議に入りたいと思います。質問票をご提出いただきありがとうございます。それでは、松澤先生に質問内容をまとめていただきます。質問者の方に質問内容を補足していただくことがあるかもしれません。それではよろしくお願いいたします。1時間程度を予定しております。

○松澤 それでは、私の方で質問をまとめさせていただきます。

エルホルム先生に対する質問から始めさせていただきます。非常に基本的なご質問だと思うのですが、まず、「エルホルム先生ご自身は、理論は法曹や学者にとって有益で、必要かつ重要な道具であると考えているということでしたが、他のデンマーク人のように理論を無益と考えるなら、法律問題についてどのように議論ができるのか」という質問です。また、これも似たようなご質問なのですが、「デンマークでは実践を尊重しているということだが、研究者は何をどのように研究しているのか。ちなみに、先生ご自身はどのように研究を行っているのか」というご質問です。

○エルホルム まず、第一のご質問についてお答えします。日本の刑法は、ドイツ刑法に示唆を受けていると聞いて

います。皆さんを拝見していると、ドイツらしい見方をしているように思います。見た目がそうというよりも、行動の仕方がドイツらしいという印象を受けます。非常に素行がしっかりしていて、体系立てられていて、自己規律もしっかりしており、勤勉であって、非常にうまくやっておられると思います。レクサスとメルセデスも非常に似ています。しかし、デンマークはそういった状況ではありません。私は、デンマークのプラグマティックなやり方が気に入っているわけではなく、むしろ苛立ちを覚えています。私は、ドイツ的な、理論的なアプローチを気に入っています。

次に、第二のご質問に関して、私の研究は、まず何らかの理論的な概念を採用して、そこから法律の研究に入っていくというやり方で行っています。そういう意味では、ドイツ的な思考をしています。それに対して、先ほどお話した私の友人は「そうしたやり方はするな。すべての判例法を見たうえで、そこから何が見えるかを検討しろ」といいます。

理論が無益だとするならば、どうやって法律に関する議論ができるのか、という質問について、私は、理論が無益なものとは思っていないということです。先ほど、デンマークは理論が大

嫌いであるといったのは、誇張しすぎたかもしれません。アスプ先生は、先ほどから私が「友人」といつている教授が誰だか、すぐにわかったようです。どうやら、松澤先生も分かったようです。デンマークでは、理論的なアプローチが全く拒絶されているというわけではないのですが、個々の事案に目を向けるプラグマティックで実際的なアプローチがとられていて、理論的な解釈が正しいか否かということはあまり問題としないということです。

お答えになったでしょうか。

○松澤 アスプ先生は、デンマークのプラグマティックな考え方をどう思われますか？

○アスプ 私は、デンマークのプラグマティックなアプローチをとっていません。そして、エルホルム先生の話された研究についても、そうしたアプローチには私は同意しません。しばしば、今回の講演のテーマに関して議論を行っています。

ただ、デンマークのプラグマティズムにも、一つ非常にいいことがあります。エルホルム先生の話されたデンマークの教授ですが、彼は自分のやっていることが重要なことであるのかを常に自問しながら研究しています。事実と価値判断を区別して議論することはやめようとはいつていますが、正しい問題を議論しているのかを常に自問しています。

○エルホルム その教授に関する例を一つ取り上げて、デンマークのプラグマティズムがどのようなものであるのかを理解していただこうと思います。

例えば、私が、松澤先生を殴ろうと思ったところ、間違えてアスプ先生を殴ってしまった、という方法の錯誤の事例を考えてみましょう。この場合に、松澤先生に対しては未遂犯が、アスプ先生に対しては過失犯が成立することを認めることは、日本とドイツの解釈論にフィットする解釈でしょう。

しかし、私の友人の教授は、「そんなバカげたことはやめろ。誰かを殴ったのであれば、それは人を殴ったというただそれだけのことで、未遂犯や過失犯が成立するかどうかという解釈はいらない。傷害罪として処罰するだけでいいのだ」といいます。アスプ先生のおっしゃるような規範的なアプローチによると、裁判官に対して、当該行為者に刑罰を科すべきであるとアドバイスすることになるでしょう。

ドイツの解釈と、非常にプラグマティックなデンマークの解釈の違いを示してみたのですが、明白になったでしょうか。

○松澤 日本の判例も、実はデンマークの判例と同じようにアスプ先生に対する傷害罪を肯定する結論をとっています。

○エルホルム 当然そうでしょうね。

○松澤 もう一つ、エルホルム先生に

対するご質問がきています。「コモン・センスという話題が出たと思うが、それは法律家のみならず国民も共有しているものなのか、国民はそのコモン・センスに基づいて行動しているのか」というものです。

○エルホルム これは大変よいご質問で、私の述べたことの核心を突くものだと思います。これについては、私もまだ考えている最中であって、確定的に申し上げることができません。法律を制定する際にコモン・センスの議論を展開しているということについては、疑う余地はありません。しかし、裁判官や弁護士が使っているコモン・センスと政治家や一般市民のそれが同じか、そういうところはまだわかりません。来年また戻ってきてお答えしたいと思います。

○松澤 エルホルム先生に対するご質問がまだ残っているのですが、アスプ先生にもお話をしていただきたいので、アスプ先生へのご質問をご紹介しますと思います。

これは二つとも似たようなご質問になると思いますが、まず、「様々な材料をベースに解釈する、つまり、ヴァリッド・ローを構成するときにいろいろな材料、例えば、条文や判例法を考慮するというお話だったが、その際に、その中のどれかに重きを置くということはあるのか」というご質問です。

○アスプ 良いご質問だと思います。

この点については、ヴァリッド・ローを構成するための材料の中には、何らかのヒエラルキーがある、という考え方があります。最も重要なものとしては、制定された法律、判例法、法律が制定される前に作成されるレポートや、議会に提出される詳細な法案などの法律制定前の準備作業が考慮されます。

それから、法解釈も一つの法源です。ヒエラルキーで最も重要なのは、制定法であって、最も低くランク付けされるのが、この法解釈です。これが出発点となりますが、先ほど講演の中で申し上げましたように、法律の中に特定の文言があるのに、裁判官が必ずしもそれを適用しない、という場合があります。これは判例法を考えてそうしたり、法解釈を考えてそうしたりするのです。こうしたヒエラルキーがあることは確かですが、それは必ずしも絶対的なものではないということです。

○松澤 もう一つ、アスプ先生に対して、「規範的な判断が重要になってくる」という結論だったと思うが、ある特定の規範的判断が行われるときに、その正当性を根拠づける方法として、どのようなものが考えられるか」というご質問が来ています。例えば、デンマークであれば、裁判官の思考あるいは予測ということが考えられるのですが、アスプ先生は規範的判断の正当性の根拠づけをどこに求められるのでしょうか？

○アスプ その根拠というのは、材料、

すなわち、制定された法律、判例法、法律制定前の準備作業の中にあります。ちょうどパズルをするときのように、一つ一つのピースを付け加えていき、そこへさらにリーガル・ドクトリンを加えて、好ましいシステムを見つけていくわけです。

ある理論が受け入れられない、という場合、その理論に対しては、「この理論が使っているパズルのピースは合っていないのではないか。裁判官が、あるいは立法者が、この法律制定前の準備作業の中でこういていた、ということと整合しないのではないか」というような指摘がなされているということになります。ですから、理論を打ち立てる際には、こうした材料にしっかり根ざした説明をしなければならないのです。

○松澤 先ほどのご質問について議論させていただきたいと思います。

○エルホルム 先ほどの正義のコモン・センスについてですか？

○松澤 はい、お願いします。

○エルホルム 政治家や裁判官が正義に対するコモン・センスを持ち出すことを、私はたびたび批判しました。でも、お察しのとおり、先ほどからお話している私の友人は、正義のコモン・センスの何がいけないのだ、といいます。私は、コンセプトとして明白でないからだ、と説明します。でも彼はこ

ういいます。「それでうまくいっているではないか」と。

○松澤 アスプ先生とエルホルム先生に対して、判例分析についてのご質問が来ています。判例分析の方法や目的をお聞きしたいと思います。

○アスプ スウェーデンでは、法源であるところの判例法としては、最高裁のものが使われます。なぜなら、最高裁は、下級審に対して判例を提示するという役割を持っているからです。下級審は、最高裁の判例に拘束されるわけではありませんが、原則的にはそれを考慮すべきだということです。法律の規範的な解釈として、この最高裁の判例が使われることになります。

ただし、最近は、「下級審がどのような判断をしているか」ということに注目が集まっています。それは必ずしも、ゲルテンデス・レヒトやヴァリッド・ローを解釈しているというわけではなく、一種の法社会学なのだと思います。

○松澤 次にエルホルム先生お願いします。

○エルホルム 判例法の分析と、その目的、特徴ということによろしいですか。

○松澤 はい、お願いします。

○エルホルム まず目的について話します。

目的は、誰が分析しているかによって違ってくると思います。判例法を学者が分析しているとすれば、そこには三つの目的があります。あるいは、もっとあるかもしれません。それは、教育的な立場から法律を教えるという目的、何らかの法的な疑問についての答えを模索するという目的、その法律の適用の仕方が適切であるのか、批判の余地がないかを探る目的、の三つです。

これに対して、特徴については、理論が欠如しており、体系化の努力がなされていないということから、それにお答えするのは非常に難しいです。これはただちにお答えできるような問題ではなく、議論の必要のある複雑な問題です。あるいは後でお話することができるかもしれません。

○松澤 ありがとうございます。

私に対するご質問がいくつかありましたので、少しだけ取り上げたいと思います。これは少し細かいご質問になります。「検察官が起訴するかしないかということが、裁判官による判決とは法的なレベルが違うのではないか、ということをお話だったが、なぜそういうことになるのか」というご質問です。

難しい問題ですが、裁判官によって判決が行われるということは、判例として確立されていくということなり、やはり、「判例法」といわれることがあるように、一つの法として一般に認識されることになると思われます。

私が心理面の分析といったことと若干矛盾しないわけではないと思うので

すが、裁判官による判決には、規範的な理由が書かれていますから、それを分析することで、裁判官の考える、より理論的な法的根拠が明らかになるという側面があると思います。その意味で、判決の場合は、法的な根拠が明らかとなっているように思います。

それに対して、検察官による起訴・不起訴の判断の場合には、そこは今一つ明らかにならないままになっているので、その点で法的なレベルが違うのではないかという印象を抱いています。

ただ、検察官によって起訴されるか否かということによって、日本の場合は有罪無罪がほとんど決まってしまうという現状があり、それがヴァリッド・ローの源泉になっているように見えるところでもあります。私も、そう思ったりするところではあるのですが。有罪率は、日本では99%ですけど、デンマークだとおそらく9割ぐらいだと思います。このご質問の中で、これについてエルホルム先生がどう考えておられるかお尋ねしたいということも書かれていますので、こういった検察官の考え方、慣行というのは、デンマークにおいてヴァリッド・ローとなるのかということをお聞きしたいと思います。

○エルホルム ヴァリッド・ローとなります。ただコメントを付け加えますが、デンマークの場合は、検察庁の長官である法務大臣が事案に介入することがあります。これは法の支配、統治、法的安定性からみて、少し違和感があ

るかもしれません。もちろん、すべての事案に、大臣が介入するというわけではありません。

ただし、少なくとも形式的には、検察庁の長官が法務大臣なのです。その意味で、検察のシステムにおいては、何らかの法政策理論が展開されており、政治的な影響が存在するのです。それに対して、裁判官は、そうした影響を受けることなく、独自の判断を下しています。

○松澤 質問票でいただいたご質問は、以上になります。時間がまだ少しございますので、ご質問がおありであればご自由にどうぞ。

○阿部 外国から来られた先生方にお聞きしたいのですが、日本の学界においては、私の理解するところでは、法解釈学は科学ではない、しかし、有益であると一般的に考えられていると思います。それについてはどうお考えになりますか？

○エルホルム 法解釈論は科学たりうるのかということについて、アスプ先生の指導教授に対して質問をしたことがあります。彼の答えは、「手短に答えるのであれば、イエスだ。長く答えるのであれば、お前は聞きたくないだろう」というものでした。一般的にデンマークでは、法解釈学が科学であろうとなかろうとそんなことは気にしておらず、法解釈学は有益であると認識されていると思います。

○アスプ 大変いいご質問で、非常に興味をそそられます。常に法学の中ではこうした問題に立ち戻らなければなりません。

ただ、講演の中でも申し上げましたように、科学か否かという問題についてはそれほど重要だとは思っていません。それは、科学という言葉をもどどのように使うのかという問題だと思います。

もちろん、私の見解は、法解釈学は確かに科学であるというものです。先ほどのエルホルム先生のお答えの中に、私の指導教授に関する言及がありましたが、彼は、法学が科学かという疑問が出てくる理由の一つとして、あまりにも自然科学を信奉しているためにそういう質問が出てくるのだと言っていました。

○松澤 他にいかがでしょうか？

○佐俣 東北大学助教の佐俣と申します。制定法とヴァリッド・ローとの関係について教えていただきたいと思います。

私の専攻は国際公法なのですが、その中でも、ヴァリッド・ローに似た議論が注目を集めているように思います。国際法の場合、ヴァリッド・ローに似た考え方は、制定法がないところ、制定法から離れたところで、国際社会の行為者を縛る何かを見出すために用いられるものである、と理解しておりました。

質問は、「刑法におけるヴァリッド・ローというのは、罪刑法定主義という

考え方についても、それを相対化するようなヴァリッド・ローは存在するのか、あるいは、罪刑法定主義を弱める形で成立する余地はあるか」というものです。

○松澤 ありがとうございます。これはどなたにお聞きすればよろしいでしょうか。

○佐俣 もしよろしければ、まず、松澤先生にお聞きしたいと考えています。また、アスプ先生、エルホルム先生からもお答えを頂ければ幸いです。

○松澤 わかりました。私の場合は、ヴァリッド・ローというのは裁判官の思考の中にあると考えていますので、制定法もヴァリッド・ローを形成するものの一つだと考えています。当然ながら、裁判官が考えていることだけが、現に妥当している法ということになりますので、こんなことはないだろうとは思っているのですが、仮に裁判官が、罪刑法定主義に反した決断をした場合には、それはヴァリッド・ローになってしまうということになると思います。そういう時には、まさに法政策が必要になってくる場面でありまして、我々がそれに対して批判をしていくということになります。その時にはまさに価値判断が含まれることになります。

先ほどアスプ先生と外で話したりもしたのですが、私自身は、法律学から価値判断をすべて排除できるとは考えていません。最初の段階で、ある考え

方を採用するということ自体が価値判断でありまして、ヴァリッド・ローというある一定の枠の中で、法律学の客観性を保たなければならないということです。価値判断を完全に排除することはできませんが、少なくとも、ヴァリッド・ローという一定の枠の中だけでは、客観的なものを作り出す努力をしたいということです。

話が長くなってしまい申し訳ないのですが、例えば、ロスの理論というのは、実は、南アメリカで有力だったりするらしいです。ハンス・ケルゼンなども、南アメリカで有力だそうです。ある意味、体制側に使いやすいという側面が無きにしも非ずということです。ただ、日本はそうした状況にはないというのが私の認識でありまして、だからこそ、日本ではこれが可能であると考えているところであります。他の国だと少し難しいかもしれません。

○アスプ ご質問を理解できたかどうかかわからないのですが、ヴァリッド・ローという言葉を使うことを私は避けました。なぜなら、あるシステムの中で、制定法がはじめからヴァリッドであるとみられるのを避けたかったからです。

制定法はヴァリッド・システムに属するものであり、一方で、ゲルテンデス・レヒトというのは、ヴァリッド・ローを解釈して構成されるものです。少なくとも、刑法において、ゲルテンデス・レヒトによる禁止が制定法による禁止に含まれないのであれば、罪刑

法定主義に違反することになるでしょう。ただし、コモン・ローの文脈では、罪刑法定主義の要件が違うかもしれません。

○佐藤　　まだまだ議論が尽きないところではございますが、時間が参りましたので、ここでシンポジウムを終わりとさせていただきますと思います。報告者の先生方に改めて御礼を申し上げます。

