

科学研究費補助金・学術創成研究費

### ポスト構造改革における 市場と社会の新たな秩序形成

—自由と共同性の法システム—

科学研究費補助金・学術創成研究費  
(平成19年度～平成23年度)  
研究課題番号 19GS0103

#### 目次

学術創成中間総括シンポジウム	39
学術創成セミナー	41
部会研究会	42
研究分担者交替のお知らせ	46
調査旅行記	46
助教・研究員紹介	48
活動記録	48
編集後記	48



## 学術創成中間総括シンポジウム

日時：平成21年3月13日（金）10:00～17:30  
場所：京都大学百周年時計台記念館2階 国際交流ホールⅢ

### 第1部 公的秩序と私的秩序との交錯+++++

#### 憲法と私法秩序

研究分担者 土井 真一  
京都大学大学院法学研究科教授



【概要】1 憲法と私法秩序の関係は、憲法の私人間効力論に代表されるように、憲法学と私法学の垣根を越えて盛んに議論されてきた。けれども、憲法学における従来の議論は、個別論点において矛盾を内在させており、また、必ずしも基礎理論的考察を踏まえたものともいえない。本報告は、このような問題意識の下、主に、憲法と私法秩序との関係について、基礎理論的問題の整理と提起を試みるものである。

2 (1) 憲法と私法秩序に関する従来の諸論点を振り返ると、相互に矛盾を孕みながら議論が展開されてきた。そうした矛盾は、とりわけ、公共の福祉の解釈論、個別的な基本的人権の解釈論の二つの場において顕在化する。第一の問題点は、公共の福祉の解釈論と私人間効力論が整合的に展開されていない点である。公共の福祉を人権間の実質的衡平の原理と解する通説は、私人相互において人権が対立するという事態を前提にしており、国家と個人の対立を念頭に置いて説かれている私人間効力論の前提とは矛盾を孕むからである。第二に、通説は、総論と各論を二分し、総論においては、私人間効力につき間接適用説を採りつつも、各論では、財産・家族制度という私法秩序の内容についてその根幹を憲法が直接定めていることを当然視しており、今後、その関係についてより踏み込んだ説明を迫られるだろう。

(2) このように矛盾を孕んだかたちで従来の議論が展開されていることを踏まえると、憲法と私法秩序の関係を基礎理論的観点から再検討する必要性が生じてこよう。この点で着眼しておくべきは、森林法違憲判決の判断手法である。同判決は、民法典上の規



定をプロトタイプとして森林法の規制の合憲性を判断する手法を採用していると解することも可能であり、個人間の関係を規律する基本法は民法にほかならないことを示唆したものと考えうる。

(3) 以上のような点を踏まえて、今後、憲法と私法秩序の関係を再検討する出発点としては、伝統的な「公法・私法二元論」を批判的検討の素材とすることが適切である。伝統的な二元論が説くように、公法と私法の存在次元をそれぞれ独立に観念するとしても、現実の生活世界においては、両秩序の抵触が惹起されることから、その調整を図るためには、結局、両秩序を整合させる枠組みという意味での「全法秩序の基本原則」が要請される。そこで全法秩序の基本原則の解明が必要となり、具体的には、①この原理の法的性格は何か、②国家と社会の二分論が規範的要請であるとした場合、その根拠は何か、の二点について掘り下げた検討が要請されるだろう。

①の解明にあたり、超越的な自然法論に与せず、何らかの意味で人間の意思を問題とする限り、国家法人説・社会契約論のいずれを前提とするかが重要な論点となる。全法秩序の基本原則は、国家法人説に立脚した場合、どのように位置づけられることになるだろうか。国家法人説によれば、国家は所与の前提であり、社会は、国家があくまでも権限行使を自己抑制していることにより生じる産物に過ぎない。その意味で国家法人説は、究極的には国家一元論的な色彩を帯び、国家こそが全法秩序の基本原則を司ることになる。これに対して、社会契約論によれば、社会が全法秩序の基本原則を司ることになる。もっとも、ここにいる社会は「統治契約」後に生じる社会ではなく、それに先行して個人間において締結される「社会契約」における社会を指す。ただ、この社会は仮設的社会に過ぎないから、最終的には国家が残り、国家が全法秩序の基本原則を司ることになるのではないのか。このような疑問が残る以上、単純な社会契約論に与することはできず、国家と社会を架橋する理論構成を検討する必要があるだろう。

続いて②の課題、すなわち国家と社会を規範的に区分しなければならない根拠は何か。

国家法人説を採り、かつ、民主主義国家を前提とするならば、このような根拠を求めることには困難が生じる。ここではふたつの説明を想定できる。ひとつの説明として、空間支配の原理が異なるという説明が可能である。国家は権力性の論理が支配するのに対して、社会は合意が支配しているという説明である。しかし、国家による財の再配分の論理を社会に導入することを厭わない「現代立憲主義」を前提にするのであれば、その限りにおいてふたつの空間の連続性を前提としているため、空間支配の原理が異なるという説明が実りあるものとなるか否か、疑問なしとしない。そこで、もう一つの説明として、行為に対する合理性要求の有無を根拠とする説明を想定しよう。国家には、法の支配・法治主義という規範的要請から、その行為について合理性が要求され



るのに対して、私人には自己の行為について合理性は要求されず、全くの恣意も許容されているという説明である。しかし、果たして、国家が合理的であって、社会が不合理であるといえるであろうか。また、本当の意味で恣意的自由なるものを法的に受け入れることができるのであろうか。この点は、人権の基本的理解をめぐる対立にも関連しているが、人権間の調整には何らかの合理的理由が必要となる。しかし、かりに全くの恣意をも許容する一般的行為自由説を採用した上で、かつ私人間においても人権規定を適用するというのであれば、相互の調整はどのような原理に基づいて行うことになるのか。今後、人権の基礎理論とも関連すけながら、更なる検討が必要とされよう。

3 以上のような報告者の主張に対しては、様々な観点からの質疑がなされた。とりわけ、民法典の規定のプロトタイプ化という現象をどのように理解すべきか、憲法と私法秩序の関係を考えるにあたって、恣意的自由を許容する一般的行為自由説をどのように評価すべきであるのか、が議論の焦点となり、活発な討論が展開された。

## 第2部 消費者のための市場秩序形成+++++

### 契約法と法的パターンリズム

山本 豊

京都大学大学院法学研究科教授

### 法と行動経済学からみた消費者法

研究代表者 川濱 昇

京都大学大学院法学研究科教授

【概要】第2部は「消費者のための秩序形成」というテーマで報告が行われた。まず、山本豊教授は、「契約法と法的パターンリズム」という報告において、①ポスト構造改革という大きな政治的動向と、本報告で対象とするミクロ契約法との関係につき、前者が後者を規定する関係は必ずしもないとする立場をとるとのこと、②法的パターンリズムは、自己に有害な選択をすることから個人を保護することとして定義され、特に、虚偽情報提供の場合には、理性的判断それ自体ではなく、その背景をなす情報提供について問題があるので、その場合の介入はパターンリズムに属しないし、また、パターンリズムに基づく介入と言われているも、不当条項規制や過量販売のように、必ずしもそうではないものもあるということ、③適合性原則は、パターンリズムに基づく原則で、情報提供義務とは異なる観点から顧客を守るものであると考えるべきであり、それゆえ、この原則に適用するためには、商品のリスクの情報を提供するだけでなく、顧客が自分自身の判断に疑いをもつ機会を提供することまでしなければならないと考えられるということ、④パターンリズムを人格権の保護によって正当化する考えは、それによれば介入がかなり限定されるので、現行法の正当化理論として成功していないということ等を述べた。



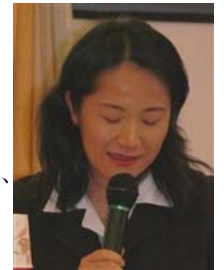
次に、川濱昇教授は、「法と行動経済学からみた消費者法」という報告において、①合理性を追求する個人を前提とする従来の経済学に対して、行動経済学は、システムティックに合理的な意思決定から逸脱していく個人を前提とするものであり、両者の間では、消費者法において正当化される介入の範囲に違いが出る可能性があるということ、②行動経済学における個人の認知能力の限界の問題について、選好の不合理性を示すものとして、一定の局面で個人が危険愛好的に行動する傾向があることが明らかにされ（プロスペクト理論）、また意思力の弱さを示すものとして、現在の利益に対する将来の利益の割引率が指数関数ではなく双曲線であることが広く観察されていること、③行動

経済学によって主張される介入については、介入のコストを正しく反映していないのではないか、また、個人の学習の可能性、市場による淘汰、修復機能の問題を勘案していないのではないかと批判があるが、実際に、介入が主張されるのは、個人の学習や市場の修復が困難な領域に限られるということ、④従来の経済学のように、裸の同意をベースラインとするのではなく、ある程度洗練された意思決定がベースラインであると考えられるのではないかということ等を述べた。



これらの報告に対するコメントとして、まず、山本顕治教授は、①弱者の保護の立場は市場秩序形成の立場をどのように考えるかを示す必要があるのではないかと、②個人の利益の侵害だけでなく、社会的な利益の侵害もまた、パターンリズムを正当化するのではないかと、③行動経済学は、従来の経済学を塗り替えたのか、単なる例外的な事例の指摘にとどまるのかといった問題を指摘した。

次に、高山佳奈子教授は、詐欺罪を例として、詐欺罪は合理的な経済人を想定しているため重い詐欺の場合にしか適用されず、他方、新しく設けられてきた特別の諸規制は、実際に摘発して処罰することが困難であり、全体として実効的な規制が行われていない状況にあるが、この状況に対し、何もしない、又は自己破壊や生命しか守らないというところまで介入のレベルを下げるべきではなく、かつ、刑事罰という手段だけに頼らず、ソフトウェアの開発や広報活動にも費用を使うことが妥当なのではないかということ等を指摘した。



これらのコメントについて、山本豊教授は、市場秩序形成というマクロ的な立場で考えることには踏み切れていないと述べた。

また、川濱教授は、行動経済学と従来の経済学の関係について、第一に、市場による修正が可能かという両者の争点は、経験的に解決されるべきもので、イデオロギー的に解決しようとするリバタリアンの立場には問題があり、第二に、行動経済学には、ウェルフェアを新たに定義し直すという課題があるのであるが、それについては、事実認識を背景としつつ、ある種の形而上学的な判断を下すという考え方が必要なのではないかと述べ、また、パターンリズムの根拠について、個人の利益を根拠とする説も、実はウェルフェアの問題を念頭においているのであり、したがって、いずれの立場でも、意思決定権の質を高めることが問題となるとした。

## 第3部 社会的連帯の行方+++++

### 国際比較にみる福祉レジーム

研究分担者 新川 敏光

京都大学大学院法学研究科教授

### ポスト福祉国家の自由と共同

宮本 太郎

北海道大学大学院法学研究科教授

【概要】〔新川報告〕「国際福祉レジーム変容の構造とパターン」は、先進諸国の福祉レジームについて類型整理を行い、その類型のうちの一つに日本を位置づけるとともに、日本についてはさらに福祉レジーム変容の具体像を明らかにするものである。

まず、エスピノーアンダーセンによる脱商品化指標に基づく福祉レジーム類型（保守主義、社会民主主義、自由主義）を手掛かりにしつつ、この類型によっては日本などが適切に位置づけられないことを批判した。その上で、脱商品化指標に脱家族化概念を組み合わせて、上記3類型に家族主義を加えた4類型モデルを導入し、家族主義の類型のなかに日本を定置した。

1990年代以降、いずれの類型においても商品化と脱家族化を促す圧力が高まってきており、この圧力により福祉レジームの



変容が各国で生じている。特に、給付水準の低下や給付資格要件の厳格化、労働と福祉の関係強化など改革の方向性が共有されているということがいえる。しかし、各類型が商品化と脱家族化が進展した自由主義レジームに収斂するという現象は必ずしも見られず、財政構造・社会支出割合に関する多様性は残存している。



こうした世界全体の福祉レジームの変容を念頭に日本型福祉レジームの変容について見ると、すでに述べた通り、日本は脱商品化、脱家族化がいずれも進展していない家族主義レジームに分類されていたが、1980年代には財政問題の深刻化から企業福祉が再評価されるかたちで自由主義化の福祉見直しが進んだ。1990年代には若干情勢が異なり、介護保険など脱家族化を促進する社民化政策が採用されるなどしている。だが、これには女性の労働市場参加を促進するという狙いがこめられており、商品化をも加速させる措置と見ることができ、社民化政策のかたちを取りつつも全体としては自由主義化の傾向にあるといえよう。

日本を含めた福祉レジームの今後の課題としては、新しいリスクとそれへの社会的対応、高齢化と若年層の大量失業、国際的労働力移動、多様な家族形態の採用などへの対応、労働から独立した基礎所得保障政策（ベーシック・インカム）、新しい福祉供給主体の形成など求められる。



〔宮本報告〕「ポスト構造改革における自由と共同」は、新川報告でも明らかにされた日本の福祉、とりわけ生活保障の問題に対し、さらに具体的な検討と提言を行おうとするものである。

ポスト構造改革の現状を見ると、「荒涼たる自由」と「鬱屈した共同」の二つのパターンが併存・対立した状況に陥っている。前者は疎外された状況を指し、後者は集団のための自己犠牲を強迫されている状況を意味する。しかも、人々は二つのパターンのどちらかに属するが、相互に嫉み合い、自らの状況を改善するよりも相手の状況を自分よりも引き下げることによって満足を得ようとする「ひきはがしのデモクラシー」と呼ぶ状況に陥っている。

このような状況に陥ったのは、これまで有効に機能していた日本型生活保障が逆機能を起こすようになったためである。そもそも日本型生活保障とは、社会保障支出を比較的抑制しつつも、雇用保障によって一次所得段階で格差を抑制する仕組みであった。雇用保障は実に巧く成功しており、日本の失業率は北欧型レジーム並みに低い水準にあった。そして、現役世代の生活保障は企業に委ね、政府の社会保障支出は中高年齢層向けに集中していたために抑制が可能だったのである。他方、日本型生活保障には、雇用保障の対象となるのがほぼ男性稼得者に限られ、女性は家事労働か家計補完型・低賃金水準の労働にしか従事できないこと、社会全体の他者への信頼感が（一般に広く共有されるかたちの架橋型社会関係資本としてではなく）企業・業界をユニットとする拘束型社会関係資本としてしか形成されないことなどの問題点があった。

日本型生活保障が機能不全を起こし、逆機能を生じるようになったのは、1990年代から不況と財政問題が生じるなかで日本型経営が解体したために雇用保障が維持できなくなったことを契機にしている。各世帯に男性稼得者がいれば生活保障は実現されるが、その存在が前提にできなくなり、男性稼得者が不在の世帯では医療保険にしろ年金にしろその他の生活保障のための制度にもアクセスすることが難しくなっているのである。もっとも、男性稼得者がいる家庭が必ずしも恵まれた状況というわけではない。国際競争力の維持のために企業が労働コストを引き下げる方向に走ったために過重な労働負担を余儀なくされ、心身の不調を訴えるケースが増えている。状況改善の一つの方法としては、政府による生活保障の範囲を拡大することが挙げられるが、拘束

型社会関係資本としてしか他者への信頼感が形成されていない日本社会にあっては政府に対する不信感が根強く、財源確保のために必要な国民の負担増を行うことは極めて難しい。

このように困難な状況をどうすれば乗り越えることができるか。そのための施策としては、就労の義務づけ（ワークシェアリングとセット）、就労の見返強化（負の所得税、最低賃金制度の改善、キャリアラダー形成）、就労支援強化（職業訓練、保育サービス提供、職業カウンセリング）、持続可能な雇用の創出（公共事業改革）、雇用労働からの一時的離脱の容認（参加所得・市民手当、無償労働税額控除、ワーク・ライフ・バランス政策）という5つのアプローチが提言された。国民全体を選別せず包括する制度を導入することが、架橋型社会関係資本の醸成にもつながると指摘された。

以上の二報告に対して、コメンテーターからは、両報告が主に市場と福祉との関係に着目して分析を行っているのに対し、規制の役割が軽視されており、その観点をどのように議論に組み込んでいけばよいか、また、新川報告で指摘された脱家族化という概念は、脱商品化との間に重複する部分が存在するのではないかと、さらに、宮本報告に対しては家族の役割に関する議論を組み込むべきではないかなどの諸点が指摘され、報告者との間で議論が交わされた。

## 学術創成セミナー

### 平成20年度 第5回学術創成セミナー

#### 近時の労働立法と法政策

研究分担者 村中 孝史  
京都大学大学院法学研究科教授

日 時：平成21年1月28日（水）13:30～15:30  
場 所：京都大学法経本館4階 大会議室

【概要】本報告は、近時の労働立法と法政策を、戦後の労働政策の展開に位置づけるものである。

まず、戦後労働法の基本枠組みとして、集団主義的労働法、最低労働基準の保障、雇用政策の展開の三つが、ヨーロッパやILOの制度を参考に拡充されたことが確認された。

次に、労使関係の展開として、企業別労使関係の形成、終身雇用・年功処遇の形成、正規社員・非正規社員の区分といった日本的労使関係の特徴が指摘された。我が国の労働法は、枠組みこそ輸入したものの、1950年代から1960年代にかけて形成された日本の労働実務に合わせて、特殊な発展を遂げたというのである。

つづいて、行政改革と労働法として、いわゆる第二臨調以降の労働法の展開が概観された。第二臨調の時期には、三公社五現業の労働基本権が最大の問題であり、労働法の基礎が掘り崩されるようなことはなかった。男女雇用機会均等法の成立や労働基準法の改正など、外圧による規制強化の方向に進んでいたと言える。ところが、バブル崩壊後の行政改革によって、規制緩和が議論されるようになった。職業紹介事業・労働者派遣・有期労働契約・労働時間制度の規制緩和などがそうであり、これらの問題意識は小泉政権へと引き継がれることになった。小泉政権下では、人口高齢化と競争激化による企業淘汰サイクルの短期化が終身雇用を困難にするとともに、経済のサービス化や雇用形態の多様化に伴って工場労働者を前提とした労働基準法の規制が必ずしも適格的ではなくなっていることが認識された。そのため、職業紹介事業の規制緩和や、有期労働契約の拡大、裁量労働制の拡大といった改革が行われた。

さらに、構造改革時における労働立法の特徴として、規制緩和



と機会の平等、紛争予防・処理の強化、少子高齢化対策、規制手段の変化が指摘された。総体として、取締法規による労働者保護から契約による保護への移行が生じており、事後的な紛争の処理手段が整備されるとともに、規制手段としても「指針」が多用されるようになってきているというのである。

最後に、将来の展望として、労働者の政治力が不十分であるため、規制緩和の全面的な巻き戻しは予想できないこと、機会均等はかなりの程度達成されておりこれ以上の進展は望みにくいこと、労働紛争の増加傾向はなお継続すること、規制手段としては契約が中心になる傾向が続くことなどが述べられた。

質疑応答においては、指針の法的効力やエンフォースメント手段としての評価、公務員の労働基本権、集団主義的労働法の基礎を成す労働組合の再生の可能性などについて活発な議論が行われた。

## 部 会 研 究 会

### 平成20年度 第6・7回市場秩序形成部会研究会

◇日 時：平成21年1月10日(土) 9:00~12:00

平成21年2月17日(土) 10:30~13:00

◇場 所：キャンパスプラザ5階 第1演習室

◇テーマ：「コマーシャルスピーチ研究会 第1回」

「コマーシャルスピーチ研究会 第2回」

#### 【概要】コマーシャルスピーチ研究会の活動について

「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成—自由と共同性の法システム」という研究課題は、自律としての自由を尊重しつつ、共同性を確保することを可能とする法のあり方を明らかにすることを目的とします。市場の秩序形成に関して考察する際には、自由で競争的な市場と公正な取引を確保するための制度がその中心的な課題の一つです。

市場において取引をするというときには、取引をすることを考えている者は、取引の対象となる物やサービス及び、取引の相手に関して情報を集め、その情報を手がかりとして取引をするかそれともしないかということを決め、取引をするとなればその取引の内容を決めます。取引の対象となる物やサービス及び取引の相手に関する情報には、物やサービスを提供する者から提供されるものもあれば、それ以外の者から提供されるものもあります。取引の相手に関する情報についても同じことである。このような情報の健全な流通があって、このような取引の場として市場がうまく機能することになります。

コマーシャルスピーチ研究会は、市場に資する情報流通の基盤に関する法的枠組みの望ましい形態を探求するために必要な研究を進めようとするために組織されました。コマーシャルスピーチとは、アメリカ合衆国憲法修正第1条にいう言論の自由による保護が及ぼされる商業に関する情報を含む言論を指示する用語です。このような憲法による保護が及ぼされると、商業的情報伝達に対する政府規制がその限りで適用されなくなります。研究会では、このような意味のコマーシャルスピーチに限定することなく、商業的取引を提案又は勧誘する情報伝達の政府規制だけではなく、評判を含む取引に関する情報伝達を規制することになる制度をも取り上げることにします。

第一に、合衆国憲法修正第1条による保護が及ぼされるコマーシャルスピーチは、適法な活動するものであり、誤解を招くものではないことが求められることから、情報の受領者にとって意思形成に有益な情報の伝達を保護するという観点から、商業的取引を提案又は勧誘する情報伝達に対する政府規制を一定の範囲で制限するという理論が形成されています。人々は、情報のなかから決定に必要なものを取捨選択の上で利用して、自分自身についてみずから欲する姿を描きだし、それに向けて自己を発展させていくことができると考えられます。しかし、このように行動する

ことは理想像であり絵に描いた人の姿であり、現実の多数の人間の生活を描写していると考えすることはできず、そのようにしないことから生じることがある不利益を負担すべきであるということでは現実を見失っているのではないかということが示唆されます。第二に、様々な制度が真実である情報の伝達を抑制するように作用することはよく知られています。評判を保護する制度は、真実を内容とする情報が伝達されるときにその自由な流通を抑制する効果があることから、真実が伝達されそれに基づいた決定ができる制度とすることが求められます。

考察対象は以上紹介したことに関連する事項も取り上げて、研究を深めていくことにしたいと思います。研究会は当初、紙谷雅子(学習院大学教授)、金原恭子(千葉大学教授)、・博行(京大文科大学教授)及び木南敦(研究分担者)で組織されます。平成21年1月10日に開催された第一回の会合は「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成—自由と共同性の法システム」という研究課題について理解を図るために開催し、この課題におけるコマーシャルスピーチに関連する事柄について意見を交換した。平成21年2月17日の会合では、第一回に引き続いて研究課題とコマーシャルスピーチにかかわる事項の関連について意見を交換し、この研究会において今後取り上げて考察すべき事項についても意見を交換した。

\* \* \*

### 平成20年度 第4回社会秩序形成部会研究会

◇日 時：平成21年2月11日(水) 14:00~18:30

◇場 所：京都大学法科大学院棟2階 第4演習室

◇報 告：御幸 聖樹氏(京都大学大学院法学研究科学生)

「イギリス権力分立構造の中における立法過程」

【概要】Hilaire Barnett CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW (seventh edition) を素材に、イギリス憲法における「権力分立」と「立法過程」に関する問題について、御幸聖樹氏(京都大学大学院法学研究科院生)より報告があり、活発な議論が行われた。

「権力分立」については、執行府と司法府との関係を中心に報告がなされたが、Barnettが立法府・執行府・司法府といった機関相互の関係を中心に権力分立を記述しており、立法権・執行権・司法権という作用を厳密に定義してはいない点の意義と射程について議論が行われた。今後、イギリス憲法学における権力分立の考え方が、基本的にBarnettのような立場であるのかどうか、さらなる調査・検討が必要であるように思われる。

また、「権力分立」については、1998年人権法のもとでの司法審査のあり方について議論が行われた。1998年人権法はヨーロッパ人権条約上の権利(Conventional right)を保護しており、当該権利を侵害する行政立法を違法とすることができるが、行政立法が授權法律を忠実に執行しているような場合にも、あくまで行





政立法が違法になるだけで授權法律が違法とならないのか、またその理由はなぜか、といった点について検討が行われた。

「立法過程」については、立法概念・法案の分類を中心に議論をし、以下のような点について検討を行った。①委任立法 (delegated legislation) については secondary legislation と表記することもあるが、両者は完全に同じ概念であるのか、②「議会立法」を primary legislation と表記するが、primary legislation と secondary legislation の語は授權関係に着目して名づけられたものであるのか、③立法 (legislation) の定義は権利義務を前提としているのか、議会が創る法規範という機関に着目した定義であるのか、④公私混合法案 (Hybrid bill) とは具体的にどのような法案を指すのか。

今回の研究会では、時間の制約から、「立法過程」については、ついても精査した上で、次回研究会において、議論を続けること主として基礎概念が議論の対象となったが、再度、これらの点となった。

イギリス憲法は英米法として一括りにされがちであるが、アメリカ憲法とは異なる点も多く、それ自体として独自の思考様式を備えている。本報告全体を通して、その独自性が強く意識されることとなった。

\* \* \*

### 平成20年度 第5回社会秩序形成部会研究会

- ◇日時：平成21年2月16日(月) 15:00~17:30
- ◇場所：京都大学百周年時計台記念館2階 会議室IV
- ◇報告：山本 敬三氏 (研究分担者、京都大学教授)
- 土井 真一氏 (研究分担者、京都大学教授)
- 「ポスト構造改革における憲法と私法秩序」

【概要】本会合では、まず、山本敬三教授から学術創成研究の趣旨について詳細な説明が行われた後、「ポスト構造改革における憲法と私法秩序(仮題)」についての研究会の開催と概要が提示された。具体的には、2か月に1回程度の割合で研究会を開催し、各参加者が報告を分担するとともに、必要があれば外部から講師を招聘するなどして議論を深め、3年間のうちに共同研究の成果を書籍として公表する計画であることが示された。



つづいて、土井真一教授から、本研究会において検討されるべきテーマのうち、憲法に関係するものについて、具体例を挙げた説明が行われた。ここでは、①憲法と私法秩序、②石川健治教授の財産権論の考察、③憲法上の財産権とベースライン論、④土地所有権における自由と共同性、⑤債権に対する憲法上の保障、⑥国家賠償・損失補償と特別の犠牲を強いられない権利、⑦社会権の財産権構成、⑧高齢者の権利保障と憲法、⑨政府の積極政策と憲法、⑩生命、身体と財産権、⑪憲法と家族、⑫財産権と持続可能な社会の実現、⑬財産権をめぐる政治と司法(ニューディール革命とレーガン革命)といったテーマが挙げられた。

その後、本研究会の参加者各位から、自己紹介を兼ねて、それぞれの専門領域と問題関心の説明が行われた。

休憩を挟んで、研究会の具体的な進行方法が議論された。ここでは、本研究会の参加者の専門領域が憲法と民法という二つの法領域に分かれていることに鑑み、憲法と民法の二つの研究会が共催されているかの如き進行を行うべきではなく、むしろ両者の統合を促進すべきことが提案された。

また、共同研究の柱として、セーフティネット関係の規制、権利の団体性・共同性、財産権の時間軸、契約の自由の位置づけなどが挙げられた。

というのも、一方では、従来、憲法上の財産権としては、典型

的には土地所有権が念頭に置かれていたところ、近時、学納金不返還条項事件判決(最高裁平成18年11月27日第二小法廷判決、原審東京高裁平成17年2月24日判決)が消費者契約法9条1項が憲法29条に反しないとの判示を行うなど、土地所有権以外の財産権の保障が問題となりつつある。他方では、森林法共有林事件判決(最高裁昭和62年4月22日大法廷判決(民集41巻3号408頁))に代表されるように、最高裁の判例理論と憲法学における支配的見解との齟齬が意識されるようになっている。そのため、消費者契約法、信託法、相続法、家族法、知的財産権法といった領域を憲法の視角から分析する差し迫った必要があり、前述した各テーマはこうした分析に好適であるとして議論の俎上に上ったものであった。

その後、次回及び次々回の研究会の日程と報告担当者を決定し、盛会のうちに終了した。

\* \* \*

### 平成20年度 第5回エンフォースメント部会研究会

- ◇日時：平成21年2月23日(月) 14:00~17:30
- ◇場所：京都大学百周年時計台記念館2階 会議室III
- ◇テーマ：「多元論的リベラリズムをめぐって」
- ◇討論：濱 真一郎氏 (同志社大学法学部准教授)
- 玉木 秀敏氏 (大阪学院大学法学部教授)
- 平井 亮輔氏 (京都工芸繊維大学大学院工芸科学研究科教授)

【概要】本研究会は、濱真一郎氏を迎え、同氏の近著『バーリンの自由論 多元論的リベラリズムの系譜』の検討を通じ、バーリンおよびその系譜に位置する現代自由論の意義を探ろうとするものである。本書は、近時研究が深められているバーリンの自由論を題材に、ジョン・ロールズに代表される現代正義論とは異なる、自由論の系譜を再構成するとともに、その背後にあるバーリンの「価値多元論」と「最小限に品位のある社会」の概念に遡ることで、バーリンの思想の現代的意義を明らかにしようと試みるものである。理想の追求に積極的な現代正義論に対し、本書が提示する価値多元論的リベラリズムは理想の追求には禁欲的で、絶望的な状況の回避に力点がある。このような試みは、国家が個人を主導して理想を追求する福祉国家のあり方が強い批判にさらされる中で、ポスト構造改革における自由と共同性を鍛え上げようとする学術創成研究のテーマと密接に関連するものである。



まず、濱氏の基調報告においては、ジョセフ・ラズ研究から出発し、その背後にある自由論の系譜の研究へと進み、グレイを経て、バーリン研究に展開したという本書の生成過程が振り返られ、その過程で、価値多元論とリベラリズムがいかに調和しうるのかについてのバーリンの議論の概要が提示された。

次に、玉木コメントは、ロールズに代表される正義論とは異なる流れに注目した点に本書の意義があるとしつつも、価値多元論的リベラリズムの系譜にいかなる論者が入るのか、またロールズの政治的リベラリズムにおける包括的教説と価値多元論とはどんな関係に立つか等の点で、価値多元論の意味と位置づけに関して本書に曖昧な部分が残ると指摘した。

次いで、平井コメントは、バーリンにおいて妥協が可能である範囲はどこまでか、愚かな振る舞いを許容するのがリベラリズムの本義だとする観点からみてバーリンはリベラリストであると言えるのか、寛容と妥協とはいかなる関係にあるのか、等の問題を提起した。



質疑応答においては、本書は政治思想的アプローチと法哲学的アプローチの双方を

含むが、前者による探求の方がバーリン理解として実りが多いのではないか、ハイエクと比較するとバーリンには権利の観念が見られず、むしろ非リベラルなのではないか、価値多元論は規範的相対主義に位置づけられるのではないか、といった問題をめぐり活発な議論が行われた。

\* \* \*

**平成20年度 第8回市場秩序形成部会研究会**

◇日時：平成21年2月23日(月) 10:00~12:00

◇場所：京都大学法経本館3階 第13演習室

◇報告：松尾 陽氏(学術創成研究員)

「法解釈の制度論的アプローチの意義と限界」

【概要】法的判断を明らかにするためには、判断の実体のみならず、その判断が形成される過程を分析しなければならない。この判断形成過程としての制度への関心(制度的アプローチ)は、アメリカの公法学者ヴァーミュールの「制度論的転回」論によってますます高まっているといえる。本報告は、1950年代から1960年代にかけてアメリカの法学説・教育に多大な影響を与えたとされる『リーガル・プロセス』(Hart & Sacks 著)という教科書をアメリカの学説史(リアリズム法学・社会学的法学・フラーの学説・近時の制度論的転回との比較)の中に位置づけることによって、制度的アプローチがどのように形成されてきたのかを明らかにしようとするものである。



「リーガル・プロセス」の軸にあるのは「制度的解決の原理」と呼ばれるもので、それは、社会に生じる紛争を、それぞれの制度(私的秩序形成、立法、行政、司法など)に適切に割り振ることによって解決していこうとするものであり、紛争解決の実体ではなくそのプロセスに着目するアプローチである。

学説史的にみれば、リーガル・プロセスは、リアリズム法学における実体とプロセスの分離を継承しつつも、プロセスの規範化を試みる点で、リアリズム法学と異なる方向へと展開する。しかしながら、プロセスの規範化といっても、プラグマティックに紛争を解決していく必要性が説かれるばかりで、プロセスがどのような価値に資するのかという問題については曖昧な点を残し、その点は1970年代以後において、例えば「新リーガル・プロセス」の論者(Eskridge Jr.)によって批判されることになった。また、後の制度論的転回との関係では、リーガル・プロセスの制度理解は、制度が固定的に把握され、制度についての人々の理解が黙示的に共有化されるという限界があるという特徴があると分析された。

報告では、このようなリーガル・プロセスの意義は、社会に存在する多元的な利益が多元的な形で吸い上げられる制度メカニズムを探求した点にあると評価しつつも、その限界は、多元的な利益を吸収する制度メカニズムそのものがどのように正統性をもっているのかという問題を扱っていない点にあると指摘した。

報告に対しては、さまざまな質問や批判が提起され、教科書をどのように学説として扱うのか、「リーガル・プロセス」を可能にした時代状況は何かという問題をめぐって議論が交わされた。



**平成20年度 第6回社会秩序形成部会研究会**

◇日時：平成21年3月6日(金) 16:30~18:30

◇場所：京都大学法経本館3階 小会議室

◇テーマ：「構造改革後の労働法の諸問題」

◇報告：皆川 宏之氏(千葉大学法経学部准教授)

「労働と公共性—労働をめぐる法的状況」

木南 直之氏(新潟大学法学部准教授)

「団体交渉をめぐる法的問題」

【概要】〔労働と公共性—労働をめぐる法的状況〕

2008年以降の世界的な金融不安に端を発する経済不況の下、現在の日本では、雇用情勢の悪化をめぐる事象、とりわけ派遣労働者に代表される非正規従業員の不安定な雇用環境や低劣な労働条件に注目が集まり、対処が焦眉の課題となっているが、他方、正規従業員をみても、長時間労働をはじめ労働条件に関する問題は少なくない。今後、より望ましい雇用社会のあり方を構想し実現していくには、単に個々の課題への対症療法を行うのみならず、社会的存在である人間の活動全般とのかかわりの中で労働に対する法規制の意義を改めて検討し、現況において看取される問題点を認識し、改善のための社会的な取り組みを方向づけていく必要があると思われる。

本報告では、上記の関心に従い、労働法制の意義と課題を考察する手掛かりとして、労働と「公共性」とのかかわりに着目し、主に以下の2つの観点から検討を行った。

第一に、人間の労働と、それ以外の諸活動との調和を図る観点から、労働法制の意義を明らかにする必要がある。現在の日本でも、仕事と家庭生活や趣味などの調和を図る「ワーク・ライフ・バランス」の必要性は指摘されているが、労働以外の活動は私生活の領域にとどまるものではなく、公共的な性格を帯びた諸活動(政治参加、地域社会における活動、NPO活動等)にも留意が必要である。この点で重要なのはとりわけ労働時間規制であるが、日本における現行の法制の下では、36協定締結下の事業場において時間外・休日労働の上限を画する規制に罰則がないため長時間労働抑制の実効性に乏しく、また、判例においても使用者の時間外労働命令の可能性が広く認められるといった点に問題があり、労働からの解放を重視した法規制のあり方が求められる。

第二に、現代社会において、公共的活動を含めた人間の多様な活動の可能性を現実に保障するには、労働者の場合、労働を通じて持続的に生計に足る収入を得ることが条件となる。人間の尊厳を確保するための労働条件は、正規・非正規を問わず目指されるべきものであり、そのためには、労働者の職務能力への適正な評価などを通じた公正な労働条件の設定が必要となる。欧州諸国の経験が示唆するところによると、こうした方向性を実現するには、最低賃金や労働者間の均等待遇を法令によって規制するのみでは不十分であり、企業の枠を超える社会的な次元での集团的労使自治を通じた幅広い取り組みが必要である。

〔団体交渉をめぐる法的問題〕

日本国憲法はその28条で勤労者に団体交渉権を保障し、労働組合法はこれを具体化している。すなわち、労組法6条は、「労働組合の代表者又は労働組合の委任を受けた者は、労働組合又は組合員のために使用者又はその団体と労働協約の締結その他の事項に関して交渉する権限を有する」と規定し労働組合の団体交渉権限を明確化した上で、同7条2号は、「使用者が雇用する労働者の代表者と団体交渉をすることを正当な理由がなくて拒むこと」を不当労働行為と定義しこれを禁じている。この団交拒否は大きく分けて二つの形態がある。ひとつは、いわゆる窓口





拒否であり、もうひとつは誠実交渉義務違反としての団交拒否である。このうち、後者は使用者の誠実さという曖昧な主観的要素を孕むため、この判断は大きな困難を伴う。

この誠実さという主観的要素の客観化を従来から判例は試みてきたが、この集大成といえるのがカール・ツアイス事件（東京地判平成元年9月22日労判548号64頁）である。この判決では、誠実団交義務の内容を次の様に定式化した。すなわち、①自己の主張を相手方が理解し納得することを目指し、合意達成の可能性を模索すること、更に具体的には②相手方への回答や自己の主張の根拠を具体的説明し納得を得よう努力すること、③自己の主張を裏付ける必要な資料を提示することである。しかし、その一方で、誠実団交義務とは、④労働組合の要求に対し、これに応じたり譲歩したりする義務まで含むものではないことも確認している。本判決は、具体的説明と資料提示の要求を手掛かりに、誠実団交義務の客観化を試みたものといえる。しかし、同時に、それら客観的指標の前提として、合意達成の可能性の模索という主観的かつ相対的な要素をも要求しており、これらの相互関係も曖昧である。誠実団交義務の客観化は、それが可能であるのかも含めて、更に検討を進めていく必要がある。

質疑応答においては、カール・ツアイス事件を題材に誠実団体交渉義務の客観化の可能性について多角的に意見を交換した。また、誠実団体交渉に関連して、使用者は組合に対し労働条件変更の際に交渉を申し入れる義務はあるのか、交渉が合意に達した場合に協約を締結することは交渉義務の一内容となるのか等についても、検討がなされた。

\* \*

#### 平成20年度 第6回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成21年3月10日（金）13:00～18:00  
平成21年3月11日（土）14:00～17:00

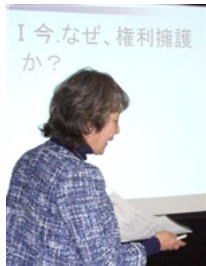
◇場所：京都大学法経本館4階 大会議室

◇報告：大塚 晃氏（上智大学総合人間科学部社会福祉学科教授）

- 「障害がある人の自立支援とは」  
名川 勝氏（筑波大学大学院人間総合科学研究科講師）
- 「介助者関係の形成と意思決定の起始」  
梶山 玉香氏（同志社大学法学部教授）
- 「発達障害者の自立支援～民法で「できる」こと・民法学者が「考えるべき」こと」  
上山 泰氏（筑波大学法科大学院准教授）
- 「成年後見制度による権利擁護機能」  
池田 恵利子氏（いけだ後見支援ネット）
- 「自己決定を基礎にした権利擁護の関わり」  
石本 傳江氏（青森中央短期大学看護学科教授）
- 「看護倫理概念としてのNursing Advocacy」  
佐藤 彰一氏（法政大学法科大学院教授・弁護士）
- 「総括」

【概要】本研究会では、「自立支援と権利擁護」をテーマに、実務・実践もふくめて、成年後見・障害者福祉・看護などの分野でご活躍の方々にお集まりいただき、高齢者・障害者・患者などの自立支援・権利擁護の制度の現況とその問題点について、研究報告および相互の意見交換を行った。

まず、厚生労働省の元障害福祉専門官で、障害者福祉が専門の大塚晃氏は、障害者自立支援法の目指すものという観点から、障害者の自立・自己決定とそれを支える権利擁護の在り方について、理念と制度の両面から検討を行った。次に、同じく障害者福祉が専門で、佐藤彰一氏とともに、成年後見の利用促進と相談・支援等を目的と



するNPO法人の運営にも携わる名川勝氏は、障害者の介助場面における会話分析の手法を通じて、知的障害などのある人の支援の在り方について考察を加えた。さらに、民法学者の梶山玉香氏は、従来の障害観になじまない発達障害を民法上どのように処遇すべきかという問題関心から、発達障害者支援の動きをふまえた上で、発達障害者に対する教育的支援や民法上の支援の可能性とその限界について論じた。同様に民法学者で、



成年後見制度に造詣の深い上山泰氏は、成年後見制度に社会保障法的性格を容認する立場から、低所得・無資産の反応力不十分者に対する成年後見利用の可能性や、民法の外部における成年後見人の地位の拡張可能性について、具体的制度をふまえて検討を加えた。また、高齢者の自立支援システムの拡充に大きな役割を果たしてこられた社会福祉士の池田恵利子氏は、当事者の自己決定権と選択権の保障を自立概念の規定に据え、本人を権利主体として捉えた上で自立支援の在り方と、ソーシャルワーカーが果たしうる役割およびその価値前提とを明らかにした。最後に、基礎看護学の専門家で、長年にわたり看護師養成に携わってこられた石本傳江氏は、専門職としての看護師にとっての倫理規範の意義を指摘した上で、とくに看護師によるアドボカシーの重要性に注目し、英米の論者らによるその理論的展開の現状を紹介しつつ、教育および臨床の場での看護アドボカシーの意義を説いた。

以上の報告ごとに参加者間で意見交換を行い、最後に、民事訴訟法学者・弁護士で、成年後見の利用促進の活動にも携わってこられた佐藤彰一氏が、全体の総括を行った。



\* \*

#### 平成20年度 第7回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成21年3月25日（水）14:00～16:00

◇場所：京都大学法経本館4階 第1演習室

◇テーマ：「行政による民事執行と行政制裁  
——フランスにおける新動向——」

◇報告：福重 さと子氏（学術創成研究員）

【概要】本報告では、行政上の義務の強制執行について、行政自身による強制を原則とする行政的強制型と、裁判所による執行を原則とする司法的強制型があるが、後者が採られていると考えられてきたフランスにおいて、近年新しい動向があることを示すため、行政による民事執行と行政的制裁の問題について検討が行われた。第一に、動向として、①裁判所による強制型によれば、行政による民事執行は問題なく認められるものと考えられるが、従来も、様々な理由で裁判所はそれを許容しないことがあったのであり、また、近年、立法が行政自身による強制執行を認め



る例が増加しており、憲法院もそのような立法を合憲と認める傾向があること、②民事執行が認められる場合でも、裁判所が行う行政行為の適法性の審理を希薄化させている例があり、それについて、裁判官は行政の行為に実際上羈束されており、国民の権利の保護において期待された役割を果たしていないと述べる者もいること、③行政制裁が一貫して増加する傾向にあるということが指摘された。第二に、このような動向に対する学説の態度が検討され、一方で、このような動向は、国民の権利保護の要請を犠牲にするもので望ましくないものであると述べる学説もあるが、他方で、従来とは異なる枠組みにおいて、この動向を国家の役割の変化の中に位置づけ、国家は、かつてのように「権力者」ではなく、「調整者」として、複数の利益間の調整を行うようになっており、手段として交渉と説得を基本とするようになっておりと述べる学説もあるということが示され、後者の学説によれば、裁判官の統制を強化することは必ずしも望ましいことではないのではないかとされた。

質疑応答においては、①行政による民事執行を認めることについて、日本では、この訴えの根拠となる権原をどのように構成したら良いかについて議論があるが、フランスでこのような議論はあるか、②行政が民事執行を求めるのが、フランスのように行政裁判所である場合と、わが国のように司法裁判所である場合について、同じように議論することは妥当か、③民事執行についての裁判官の審理が希薄であるとしても、それは、後に行政行為が訴訟によって取消されることを留保して行われるものであり、また、問題となっているのは、レフェレ手続という仮の審理手続であるから、その時点で審理が希薄であることは問題とならないのではないかとといった点について議論が行われた。

## 研究分担者交替のお知らせ

森本滋教授（京都大学名誉教授、平成21年4月より同志社大学大学院司法研究科教授）に替わり、前田雅弘教授が新たに研究分担者となりました。以下、前田教授の紹介です。

研究分担者（市場秩序形成部門担当）

前田 雅弘

京都大学大学院法学研究科教授



【専門領域】商法

【研究活動】京都大学大学院法学研究科および法学部において商法を担当し、特に株式会社の管理運営に関する法のあり方について、アメリカ法を参考にしながら研究を進めてきた。

最近では、平成17年に制定された会社法の検証作業の一環として、定款自治のあり方について関心を有し、研究を行っている。具体的には、平成17年制定の会社法は、機関設計、権限分配、種類株式の内容など、さまざまな領域において定款自治を拡大したと言われているが、一口に定款自治といっても、認められる定款自治の範囲については、会社法の規定から一義的に明確といえる場合もあれば、会社法の下でも、なお解釈によってその範囲を決しなければならない場合も少なくない。一方では、定款自治を許容する明文規定はなくても、定款自治を認めて差し支えない場合があり、他方では、限定なしに定款自治を認めるかのような文言が用いられてはいても、定款自治を認めるべき趣旨に照らし、限定を加えて解釈すべき場合がある。会社法が明確に定款自治を認めた事項についても、恣意的な選択がされるおそれはないか、不必要な制約が課せられていないか等の観点から、立法論として、そのような定款自治を認めたことが適切であったかどうかについての検証が必要である。

学術創成研究との関係では、企業活動の活性化のための適正な

企業組織の柔軟化・自由化を実現するために、法律、取引所規則、定款などの種々の規制手段がどのように役割分担をし、何をどこまで規律すべきかという問題について研究を進めたいと考えている。

【研究業績】「発行可能株式総数の定めと株主保護—四倍規制の再検討」川濱昇ほか編『企業法の課題と展望（森本滋先生還暦記念）』25頁（2009年、商事法務）、「取引所の自主規制—自主規制法人と自主規制委員会」法学論叢164巻1～6号245頁（2009年）、「意思決定権限の分配と定款自治」浅木慎一ほか編『検証会社法（浜田道代先生還暦記念）』79頁（2007年、信山社）、『会社法事例演習教材』〔共著〕（2007年、有斐閣）、『会社法1・2〔第5版〕』〔共著〕（2005年、有斐閣）

## 調査旅行記

◇今回、ドイツ及びオーストリアの各国において、九名を数える外国人研究者とお会いする機会を得た。いずれも印象深い経験であったが、紙幅の関係もあり、個別の会談について詳述することは差し控えたい。ここでは、渡欧から得た印象について語ることにしよう。

前提として、筆者には、伝統的なドイツ著作権法の特徴が現在もなお維持されているのかどうか、という疑問があった。

ここでドイツ著作権法の特徴というのは、例えば精神的所有権論であるとか、創作者主義といった考え方を指している。「精神的所有権論」とは、著作物の支配権を自然法を根拠として承認するという思想である。啓蒙の世紀に提唱されたが、その当時から、自然法を著作権の基礎づけに用いることには批判があった。ましてや、現在では、自然法が自明の前提たり得なくなって久しい。たしかに、ドイツの教科書などでは、今でも精神的所有権論への言及がある。しかし、現在もなおこのような考え方が広く受け入れられているのかどうか、文献から得た情報だけでは把握し難いものがあった。

また、その帰結の一つである「創作者主義」についても、似たような疑問があった。創作者主義とは、著作権が創作者に原始的に帰属するという考え方である。しかし、労働関係において創作される著作物に対して、創作者主義を貫徹することは容易ではない。著作物に対する権利が多数人に分属することになりかねず、著作物の流通を妨げることになりかねないからである。例えば、日本法では、職務著作において、創作者主義の原則が破られている。このような原則の妥当性は、ドイツにおいて、どこまで自明視されているのだろうか。

こうした疑問について取材したところ、精神的所有権論が現在もなお維持されていること、例外はあるものの、一部に創作者主義がほとんど自明視されていることが明らかになった。ただし、ドイツにおいても英米法の影響は抜きがたく、創作者主義に反対







する論者も存在しているとのことである。大陸法と英米法の相克という日本法に特徴的な事象が、大陸法の典型とされるドイツ著作権法学にも顕在することを再確認した瞬間であった。

また、筆者の問題関心である憲法と著作権法の交錯領域については、憲法学者の思考様式と著作権法学者の思考様式が少なからず異なっており、そのために議論がうまく噛み合っていない可能性があるという指摘を受けた。この点は、当職が事前調査において感じていたところと一致しており、異なる法領域の議論を止揚することの難しさを再認識させられた。

その他、ウィーンでは、ヘルムート・コツィオール教授に歓迎していただき、プロイセン一般ラント法をはじめとする稀観書のコレクションを直に拝見する機会を得た。言葉の本来の意味で「原典に触れる」ことの出来た経験は、著作物を研究対象とする身として余りある幸運であった。特筆して感謝したい。

今回の紀行では、モーリッツ・ベルツ教授（ゲーテ大学）にゲーテ大学の構内及び図書館を案内して頂き、ハラルド・バウム主任研究員（マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所）の厚意で同研究所附属図書館の利用許可を得て、日本国内では入手困難な資料の収集に当たることが出来た。同研究所は知的財産法を専門とするものではないが、なお貴重な文献を収集し得たことを付言しておきたい。また、利用自由であったハンブルク大学法学部図書館からも、主にローマ法に関係する文献を収集することが出来た。さらに、オーストリアにおいては、ヘルムート・コツィオール教授の厚意で、同教授が所長を務めるヨーロッパ不法行為法研究所の書庫から文献を収集することが出来た。

今回の渡欧は、筆者にとって初めての在外研究の試みであったが、彼地で親身になって下さった中田邦博先生、若林三奈先生、右近潤一先生のご助力もあり、極めて実り多いものとする事が出来た。渡欧前後も含め、関わった全ての方に感謝を捧げたい。

(平成20年度助教 栗田 昌裕/平成21年4月記)

\* \*

◇今回の訪問は、3月14日から22日までの一週間強であり、訪問先は、フランクフルト大学、ザールラント大学、ケルン大学、ヴェルツブルク大学、連邦政治教育センター、マックス・プランク外国・国際刑法研究所などであり、訪問の目的は安全な社会を目指した法的・非法的対応の関連文献資料を閲覧・収集し、ドイツ人研究者の意見聴取であった。また、可能な限り、大学や研究所近くの専門書店にも立ち寄っていた。

まず、市民刑法と敵刑法という二層化することによって現代の刑法を捉えようとするギュンター・ヤコブス Jakobs 教授の敵対刑法という新しい理論に関して尋ねると、若い研究者を含めて一応その学説を知っているが、否定的な態度であった。その中でも、マックス・プランク外国・国際刑法研究所の所長であるエーザー Eser 教授は、ヤコブス教授がこの概念をはじめて提示したシンポジウムのオーガナイザーであり、エーザー教授からこの概念についての様々な知見を聞くことができた。「敵」と「市民」を二つに分ける基準が明確ではないという批判、また、こちらが提示した事例（爆弾の鍵の所在を知っているテロリストに拷問してその所在を聞き出すこと）につ



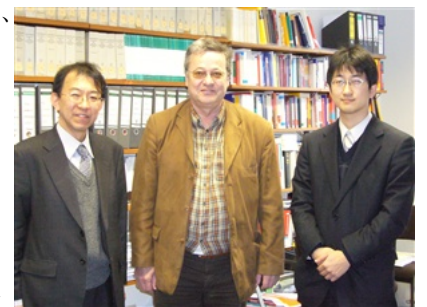
いては従来の刑法理論（正当防衛）で対応でき、かつ、従来の理論による対応の方が、基準が明確で望ましいという見解を伺うことができた。また、エーザー教授から敵刑法に関する多くの文献を教えていただくことができた。

ただ、この理論が記述理論としては正しい側面があることを、エーザー教授はじめ認めていたことは、この理論が無意味ではないことを示している。また、ヤコブス教授の「市民」「敵」概念が複雑であり、この概念を正確に理解することが今後の課題として残された。

エピソード的ではあるが、議論の中で印象に残ったのは、エーザー教授が、このような理論を安直に認めることはできない理由としてドイツにおけるナチスの経験を強調されていたことである。エーザー教授との面会は、ドイツ滞在の実質的最終日の前日であり、ドイツ到着からその面会までに、60年以上経て随所に残るナチスの傷痕を見聞きしてきただけに、感慨が大きかった。ドイツ法学において規範的考察の出発点としてナチスという出来事が大きく思考の枠組みを今なお規定しているのである。

次に、非法的な対応（例、アーキテクチャによる規制）の法学に与える意味について、法史学かつ法情報学を専攻するヘアベルガー教授（ザールラント大学）と意見交換し、ロボットの権利を含めて新しい技術がもたらす法学への影響を議論した。また、話はヘアベルガー教授自身が行うプロジェクト（インターネットを利用した法学の学習など）にまで及び、その中身のみならず、計画から実行へのプロセスにいたる苦労を含めて、丁寧に説明してくれ、こちらは、法情報学の意義を単に理論上のそれのみならず実践上のそれをもあわせて知ることができた。

次に、非法的な対応（例、アーキテクチャによる規制）の法学に与える意味について、法史学かつ法情報学を専攻するヘアベルガー教授（ザールラント大学）と意見交換し、ロボットの権利を含めて新しい技術がもたらす法学への影響を議論した。また、話はヘアベルガー教授自身が行うプロジェクト（インターネットを利用した法学の学習など）にまで及び、その中身のみならず、計画から実行へのプロセスにいたる苦労を含めて、丁寧に説明してくれ、こちらは、法情報学の意義を単に理論上のそれのみならず実践上のそれをもあわせて知ることができた。



資料収集としては、各大学・研究所・専門書店を巡り、法哲学・刑事法・国法学関係の棚を集中的に調査し、テロ対策をめぐる犯罪政治の状況をめぐる状況を知るための文献、「法治国家から予防国家へ」「刑罰の廃止？」という論題をめぐる法的対応を検討する文献など、さまざまな関係資料を閲覧するとともに集めることができた。自らの関心であるテーマの資料を探すことも重要であるが、今回の訪問では、図書館にはどのくらい揃っているのか、どのような本が多く読まれているのか、とにかく何でも見てとにかく頭の中にイメージを焼き付けるといふことに意を払った。特に、興味深かったのは、連邦政治教育センターにおける政治教育のための市民への書物の配布である。最低限の手数料のみをとって政治を考えるための素材としての書物・パンフレットを配布し、また、それらの書物の中には論争的なものを含まれているところをみると、ドイツが政治教育に国家として大きく関与している一方で、しかし、市民の思考力に期待していることを肌で感じることができた。

なお、今回の出張については、現地での資料収集・面会のみならず、海外出張にともなう様々な手続についても、ご同行下さった服部高宏教授のお世話になった。ここに感謝を記したい。

(平成20年度研究員 松尾 陽/平成21年4月記)

## 助教・研究員紹介

栗田 昌裕 京都大学大学院法学研究科  
特定助教



【専門領域】民法  
【研究活動】前年度においては、1970年代におけるドイツ連邦憲法裁判所の判例を中心として、著作権の憲法による保障に関するドイツ法の議論を参照した。憲法上の財産権保障に反するとして著作権法の規定を違憲と判断しており、我が国の従来の議論にはなかった示唆を有すると考えられたからである。現在、その成果を論文として公表すべく、準備を進めている。今年度は、問題関心を拡張し、一つには、著作権の憲法による保障という争点を巡る最新のドイツ法の議論をフォローし、学説の対立状況について立ち入った検討を加えたいと考えている。いま一つには、同争点を巡る見解の対立が先鋭化する問題領域として、職務著作の問題を取り上げ、より具体性の高い議論の構築を試みたいと考えている。その際には、異なる著作権法制を有するドイツ語圏諸国の議論、とりわけ、1990年代の著作権法改正にあたって、創作者主義の放棄が議論されたスイス法の議論をも参照したいと計画している。

\* \*

加藤 正明 京都大学大学院法学研究科  
研究員 (科学研究・学術創成)



【専門領域】刑法  
【研究活動】刑法における客観的帰属論を研究している。客観的帰属論とは、発生した法益侵害(または危険)結果に対する刑事責任の判断枠組を「行為者の創出した危険が結果に実現したか否か」に求める、ドイツ発祥の理論である。ドイツの議論を見ると、客観的帰属論における「危険」とは、問題の状況下で行為者が為すべき行為義務(刑法上の禁止・命令に限らない)を踏まえ、規範的に構成されるべきものであり、したがって、諸々の「社会規範」に目が向けられることになるが、わが国では、この点の意識が希薄なように思われる。そこで、本研究では、「行為者」と、行為者の行為によって損害を被る可能性のある「潜在的被害者」との間の「関係」において、一定の社会規範に行為者が行為の時点で違反したことが、事後、すなわち、結果発生後の、(結果に対する)刑事責任を基礎付ける理論構造の解明を目指す。それは、「個人間の自律的な秩序形成」の刑法における展開のありかたを探ることでもある。

\* \*

川瀬 貴之 京都大学大学院法学研究科  
研究員 (科学研究・学術創成)



【専門領域】法哲学  
【研究活動】法哲学の一分野である現代正義論では、一方において個人が究極的な価値観を伴う問題に関して自ら選択する自由を享受すべきであり、そのような個人の選択に対して他者は寛容にならねばならないと論じられてきた。他方で個人が自律能力を行使するためには一定の共同性が前提にされなくてはならないという見解も有力に主張されている。個人の自由と共同性が、哲学的にどのように調和可能なかは、長く論じられてきた問題であり、本研究もこのような議論と関心を同じくするものである。そこでここでは、特にナショナルな文化に基づく共同性に注目し、個人の自律とナショナルリズムの和解を目指すリベラルナショナリストと呼ばれる論者の見解を検討する。そして、基本的にはリベラルナショナリズムを支持するという立場から、ネイションという共同体が文化的に多元的であるという事実を重視する多文化主義や、グローバルな視点から移民の

受け入れや途上国への援助を主張するグローバルな正義の議論に対して、リベラルナショナリズムがどのように応答できるのかを明らかにすることを試みる。

\* \*

重本 達哉 京都大学大学院法学研究科  
研究員 (科学研究・学術創成)



【専門領域】行政法  
【研究活動】わが国の戦後行政法学において一般的に行政過程の最終段階として位置付けられてきた、伝統的な行政上の義務履行確保手法をはじめとするいわゆる行政強制の現代的意義を探るべく、さしあたり、それと淵源を同じくすると言われることがあり、関連判例・学説が比較的豊富でもあるドイツ行政執行法制の現況を分析することが、従来より自己の研究の主眼であった。行政過程におけるエンフォースメントの再構築という本研究の課題をより精緻に検討するためにも、従来の自らの研究を更に推し進めることが有用であると思われる。そこで、今年度は、わが国において当該法制の研究がほぼ停滞していたここ30年余の間、(1)行政執行の請求権その他の執行根拠がいかに多様化しつつあるかという点、そして、(2)直接的な行政執行手段である代執行・直接強制・即時強制それぞれの法的性質が法制度上いかに変容し、判例・学説がそれにどう対応してきたかという点を中心に、日本法との比較も視野に収めながら研究を深める予定である。

## 活動記録 (対象期間：平成21年1月1日～平成21年3月31日)

平成21(2009)年  
 1月10日(土) 平成20年度 第6回市場秩序形成部会研究会  
 1月28日(水) 平成20年度 第5回学術創成セミナー  
 2月11日(水) 平成20年度 第4回社会秩序形成部会研究会  
 2月16日(月) 平成20年度 第5回社会秩序形成部会研究会  
 2月17日(火) 平成20年度 第7回市場秩序形成部会研究会  
 2月23日(月) 平成20年度 第5回エンフォースメント部会研究会  
 " 平成20年度 第8回市場秩序形成部会研究会  
 3月6日(金) 平成20年度 第6回社会秩序形成部会研究会  
 3月10日(火) 平成20年度 第6回エンフォースメント部会研究会  
 11日(水) "  
 3月13日(金) 平成20年度 中間総括シンポジウム  
 3月25日(水) 平成20年度 第7回エンフォースメント部会研究会

## 編集後記

学術創成研究も今年度で3年目となりました。昨年度末には中間総括シンポジウムを開催し、これまでの研究を総括することができました。さらに、4月には平成21年度の新研究員を迎え、また、学術創成研究支援室も2名が新メンバーとなり、気持ち新たに活動しております。

学術創成研究通信 第5号  
 平成21年10月31日発行  
 科学研究費補助金・学術創成研究費  
 ポスト構造改革における  
 市場と社会の新たな秩序形成  
 ―自由と共同性の法システム―  
 研究代表者：川濱 昇

発行者：川濱 昇  
 編集・製作：学術創成研究支援室  
 連絡先：学術創成研究支援室  
 〒606-8501 京都市左京区吉田本町  
 京都大学大学院法学研究科  
 Tel/Fax 075-753-3204  
 gakuso@mbox.kudpc.kyoto-u.ac.jp  
 http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/

