

国際ワークショップ	105
部会研究会	107
活動記録	112
編集後記	112



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

国際ワークショップ

平成23年度 第3回 国際ワークショップ

トーマス・チェン氏

(Ass. Prof. Thomas Cheng : 香港大学准教授)

競争法の国際的収束をめぐる一批判的検討

A Critical Look at the Phenomenon of Convergence of
Competition Laws

日時:平成24年2月24日(金) 14:00～17:00

場所:コンソーシアム京都2階 第2会議室



【概要】本報告は、近年のグローバルな競争法の収束を批判的に検討するものである。まず、収束現象を手続き的、実体的、規範的なレベルに分け、それぞれの収束のあり方が議論された。また、収束のメカニズムとして、モデリングやキャパシティービルディング、相互的調整や一方的調整があることが先行研究を中心に紹介された。このような収束現象の費用と便益は、収束が起こる規制のタイプや規制受け入れの可能性によって変化すると指摘された。以上のような収束についての基本的な分析を踏まえて、グローバル化によって収束が進展するという一般論に対し、疑問が提示された。特に、競争法分野では、競争概念の相違、消費者厚生と社会的厚生の対立などによって、各国内部でも分散の傾向があり、国際的な収束にはさらなる困難が生じると言える。また、途上国では、排除行為規制よりも参入者の保護が、産業振興や貧困克服のためにも必要とされるなど特徴的な問題がある。以上のような考察から、カルテルや談合の禁止といった基本的な競争政策については合意が可能でも、欧米先進諸国が求めるような、それ以上の国際的収束は難しく、少なくとも競争法の役割ではない、と結論付けられた。質疑応答では、中国や日本の現状を中心に規制の受け入れにかかわる問題が議論された。

* *

平成23年度 第4回 国際ワークショップ

【1日目】+++++

アンドレアス・M・フレックナー氏

(Dr. Andreas M. Fleckner : マックス・プランク
外国私法 国際私法研究所 上級研究員)

株式会社の概念上および歴史的基礎について

Die konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft

マルクス・ロート氏

(Prof. Markus Roth : マールブルク大学教授)

ドイツのコーポレート・ガバナンスの近時における展開

Recent Developments in German Corporate Governance

日時:平成24年3月15日(木) 15:00～16:00

場所:京都大学法経本館3階 小会議室

【2日目】+++++

アンドレアス・M・フレックナー氏

(Dr. Andreas M. Fleckner : マックス・プランク
外国私法国際私法研究所 上級研究員)

取引所法 — その基本理念、歴史、挑戦

Stock Exchange Law - Concept, History, Challenges

マルクス・ロート氏

(Prof. Markus Roth : マールブルク大学教授)

私的年金とコーポレート・ガバナンス

Private Pensions and Corporate Governance

日時:平成24年3月16日(金) 13:30～16:45

場所:芝蘭会館別館2階 研修室1

【概要】アンドレアス・M・フレックナー

博士は、15日には、株式会社制度の制度的な基本要素および歴史上の起源について報告した。同博士は、株式会社が有する大規模な資本の集積機能に着目した上で、このような機能を果たしうる制度は、所有と経営の分離、出資者の個人財産の(事業にかかる債権者からの)保護、事業目的に使われる共有財産の(出資者の債権者等からの)保護および出資者たる地位の自由譲渡可能性という4つの要請に答えるものである必要があるとした。古代ローマにおいて資本集積機能を有する法制度としては、societas, societas publicanorum, peculiumが挙げられ、モムゼン等はこのうちsocietas publicanorumに株式会社の起源を求めるが、同博士の調査によれば、これらのいずれにも近代以降の株式会社に匹敵する規模で資本集積機能を果たしているものは見当たらず、このような意味において、古代ローマに株式会社の原型があったとはいえない。



続いて16日には、フレックナー博士は、株式会社の大規模な資本集積機能を下支えする(株式)取引所の意義、歴史的沿革および現代の課題について報告した。取引所の機能的な意義は、対象商品の取引可能性を高め、交渉過程の標準化を促進し、株式の譲渡可能性を担保することにより、低コストの長期的な資金調達を可能とすることにある。現代の取引所がかかえる課題として、株式会社化後の営利目的の追求と提供するサービスの公共性の衝突、とりわけ利益相反の問題、サービスのグローバル化と外国における参入障壁の存在、代替的取引システムの普及による市場の断片化、コンピュータ発注の増加に伴う市場として機能の歪曲化などがある。

マルクス・ロート教授は、15日には、ドイツのコーポレート・ガバナンスにおける近時の展開について、報告した。まず、ドイツの企業の株主構成の特徴に関する基本データを披露し、株式会社の二層制について整理した。続いて、現在、上場会社のコーポレート・ガバナンスのほとんどが、法律ではなくコーポレート・ガバナンス・コードで規律されているところ、近時は、監査役員が必要な専門性を備えるべきことの強調されていること、ドイツにおいてはコングロマリットが多く、また共同決定制度を採用しているという特殊性から、監査役員に大株主からの厳格な独立性を要求することには困難が伴うこと、多様性確保との関連で女性役員の登用促進が政策課題に挙がっているものの、その根拠および態様については意見が分かれていることなどが報告された。



続いて16日の研究会においては、ロート教授は、私的年金制度とコーポレート・ガバナンスの関係について、報告した。同教授によれば、ドイツの(企業)私的年金の多くは、貸借対照表上に年金債務を負債として計上するという形で存在してきたため、企業年金基金がコーポレート・ガバナンスに関する議論の重要な促進役となることはなかった。これに対して、英米の国々においては、年金基金がコーポレート・ガバナンスに関する法改正や実務的対応を促してきており、近時では特に、企業経営の長期的な利益の重視、取締役の報酬の適正さ確保、取締役会の独立性の促進などを求めている。しかしながら、年金基金の投資先の重点も株式市場から代替的投資市場にシフトしつつあり、これにより年金基金のコーポレート・ガバナンスの監視役としての機能も相対化される可能性がある。

両日とも、報告に続いて活発な質疑応答がなされた。



* *

平成23年度 第5回 国際ワークショップ

アンスガー・オーリー氏

(Prof. Ansgar Ohly : バイロイト大学教授)

ヨーロッパ不正競争防止法

—消費者保護の調和と競争事業者保護の多様性

Das europäische Recht gegen unlauteren Wettbewerb

— Harmonie im Verbraucherschutz, Vielfalt im Konkurrentenschutz

日 時 : 平成24年3月21日(水) 14:30~17:30

場 所 : 芝蘭会館別館2階 研修室2

【概要】本報告では、ヨーロッパにおける不正競争防止法の平準化とその問題点が議論された。今日、EUでは、知的財産法等多くの領域で平準化が進んでいるが、その中で不正競争防止法は、法秩序間の著しい差異によって、平準化の試みは頓挫していた。本報告では、ドイツに代表される一元的システム、フランスに代表される二元的システム、イギリスに代表される懐疑モデルに区

別することで、公正取引法の平準化がどれほど困難なものであるかが指摘された。そうした状況は2000年頃まで続いたが、2005年に不正取引方法に関する指令が採択されたことで、現在、平準化の試みが進展しつつあることが紹介された。ヨーロッパにおける公正取引法の平準化は、消費者保護のための不正取引に関する指令と競争事業者保護に関わる誤認惹起広告及び比較広告に関する指令という二つの指令を中心に展開されている。



本報告では、消費者保護については3段階モデルによって調和が進展しつつある一方で、競争事業者の保護については、現在もまだ各国の法秩序が大きく異なることを指摘し、ヨーロッパにおける公正取引法の平準化への期待とリスクが示された。

以上のような報告を受け、質疑応答では、特に一元的システムと二元的システムについての差異や法典化との関係が議論された。また、そうした議論の基になる争点として、消費者と事業者の区別の問題についても指摘があり、議論が深められた。



* *

平成23年度 第6回 国際ワークショップ

トーマス・ヴュルテンベルガー氏

(Prof. Thomas Würtenberger : フライブルク大学教授)

ドイツにおける安全法制(テロ規制)の展開

Entwicklungslinien des Sicherheitsverfassungsrechts

日 時 : 平成24年3月21日(水) 15:00~17:00

場 所 : 京都大学法経北館3階 第6演習室

【概要】フライブルク大学ヴュルテンベルガー教授による、治安法制のありかたについての講演。ドイツ国内の治安維持は政治的・法的伝統において高い位置づけを有しており、立法者は新たな危険に対処するための技術的可能性を広く活用する諸規定を制定してきたが、他方で連邦憲法裁判所はそのような立法に対し基本権の観点からの限定を積極的に加えてきた。この点に、ドイツ治安法制の特徴が見て取れる。コミュニケーション監視、治安にかかわる情報の処理、生活領域コントロールとい



った、脅威に対応する予防技術の進歩に関連して問題となる自由と安全のバランスにつき、連邦憲法裁判所は、基本権保護を目的として多くの形式的・実質的基準と衡量ルールを発展させている。基本権保護のための手続保障としては、a)警察の秘密捜査の際の裁判官留保、b) データの収集段階と利用段階の分離、c) 公安官庁の活動に対する議会による統制、d) 秘密裡の警察的措置の事後の開示、e) 技術的基本権保護(捜査目的に不要なデータの即時抹消)、があげられる。秘密裡での基本権介入につき、連邦憲

法裁判所は法律上の介入根拠の明確性、予測可能性および統制可能性を広範に要求している。

警察によるデータ収集およびデータ処理に関し、連邦憲法裁判所は継続的に基本権保護を拡大してきた。警察の措置に不特定多数の人々が含まれてしまう集積的基本権介入や、特定人が多数の監視措置の対象となる累積的基本権介入につき、連邦憲法裁判所は、市民を全体的に記録する監視措置が手続的に阻止されることを要求している。従って公安官庁の活動が憲法上許容される閾値の決定は、危険に晒される法益の重大さ、基本権介入の強度、損害発生および損害回避の蓋然性によって規定される。情報テクノロジーの発展で可能となった情報監視の可能性に対し、連邦憲法裁判所は治安法に関する決定的なアクターとして、個人々の自由および社会の自由を保護し、情報取得および情報処理についての判決基準を継続的に発展させてきた。ヴェルテンベルガー教授は、基本的にはこの法展開を是認しつつ、同裁判所の判例が基本権擁護に傾きすぎ、新たな技術を用いた治安への危険に対処するには適合性を欠く面があるのではないかという批判も加えられた。

質疑応答では、連邦憲法裁判所の存在ゆえに立法者による法形成の余地がなくなっているのではないか、テロ対策としての航空機爆撃に関する法自体、日本では制定が考えられないのではないか、連邦憲法裁判所の治安に関する判例について国民は賛成しているのか、個人情報取得に関し、人格全体を把握されない基本権といったものがあるのか、といった疑問が投げかけられた。

* *

平成23年度 第7回 国際ワークショップ

グナール・ドゥットゲ氏

(Prof. Gunnar Duttge : ゲッティンゲン大学教授)

正当化事情の錯誤 —故意説と責任説の間で—

Der Erlaubnistatumsstandsirrtum zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie

日時：平成24年3月27日(火) 15:00~17:30

場所：京都大学法経北館3階 第1演習室



【概要】違法性を阻却する事実についての錯誤を犯罪論体系上どのように位置づけるかは、ドイツにおいても日本においても学説が多岐に分かれ、現在まで一致をみない問題である。ドゥットゲ教授は、学説の多くがこの論点についてだけの理由づけを試みている現状を批判し、問題の解決は全犯罪論体系から導かれなければならないことを強調する。こうした体系性の要請には、論理的・合理的な判断過程を確保することによって、アドホックで恣意的な法運用を防止するという実際上の意義がある。

問題解決の出発点たるべき体系論上の前提としては、(1)「構成要件」「違法性」「責任」という3段階の区別、(2)「事実の錯誤」と「法律の錯誤」との区別、(3)不法・責任の程度に応じた処罰の程度、があげられる。これらをふまえると、従来、違法性を阻却する事実の錯誤の場合にも故意犯による処罰を肯定する(厳格)責任説は、(1)を正しくとらえているが(2)(3)の扱いに問題を有しており、他方、(厳格)故意説は、(3)において正しいが(1)(2)の点で疑問がある。

違法性を阻却する事実を誤信した場合にも構成要件該当事実の錯誤と同じ効果を与える見解は、従来「制限」責任説と呼ばれ、単に結論の妥当性を図るために厳格責任説を制限したにすぎないものとされてきた。しかし、この問題は、客観的不法要素が備わるが主観的不法要素が完全でないというその実質から解決されるべきである。故意不法が充足されていない以上、故意犯によ

る処罰は否定されなければならない、その考え方は「不法」説として積極的に根拠づけられる。

講演後のディスカッションでは、不法説と違法性を阻却する事実のないことを構成要件要素とする「消極的構成要件の理論」との相違について質問があり、不法説は構成要件段階と違法性段階との体系的な区別を必須とする点に特徴があるとされた。また、故意犯の違法性が否定された後に過失犯の成立を認める見解は日本で「ブーメラン現象」と批判されているが、過失犯における構成要件該当性と違法性阻却とをどのように分けて判断するかとの質問に対しては、過失犯での両者の区別は故意犯の場合と異なるとされた。すなわち、過失犯では、事実的問題としての注意義務違反はすべて構成要件段階での判断対象であり、違法性段階では事実に対する評価が問題になるとされた。さらに、不法説では誤想防衛の場合に故意犯の不法が否定されるにとどまることから、これに対する相手方の正当防衛がなお可能であるとされた。



部会研究会

平成23年度 二部会合同研究会

(第2回市場秩序形成部会研究会、第6回社会秩序形成部会研究会)

◇日時：平成23年10月7日(金) 14:00~17:00

◇場所：京都大学法経本館3階 小会議室

◇報告：長久 明日香氏(京都大学大学院法学研究科研究員(学術創成))

「規制調和とWTO—食品安全規制をめぐる問題—」

西村 邦行氏(京都大学大学院法学研究科研究員(学術創成))

「社会民主主義の個人像—E・H・カーの諸論から—」



【概要】長久報告：本報告は、95年に成立したWTO(世界貿易機関)における規制調和の問題について食品安全規制を事例に考察している。そもそも規制調和とは、「国によってまちまちな規制や政策を調和し、その違いをなくすこと、あるいは少なくともより小さくすること」であり、こうした取り組みの背景には、相互依存の認識の高まりや、グローバル化によって共通の問題に対する共通

の対応が要請されていることが挙げられる。そのような規制調和のための場としてWTOが機能していると考えられるが、その中でも特に食品安全規制に関わるSPS協定は、WTOと同時に成立し、現在、既に実際の紛争解決が行われているという点で注目される。SPS協定をめぐっては、その科学性の原則が予防原則という異なる価値からの抵抗を受け、アメリカ、EU間の対立が注目されている。さらに、そうした規制調和をWTOが担うことに関して正当性の観点から疑問が提示されている。こうした現状を踏まえ、本報告では、これまでのSPS協定に関する紛争を事例研究することで、WTOが規制調和を行うよりもむしろ各国間の調整の場として機能していることを指摘し、その正当性の問題も調整の観点から再考されるべきことを指摘した。

以上の報告に対する質疑応答では、調和と調整の定義について

より明確に議論することが求められた。また、本報告での課題を広くガバナンスの問題として捉え、より積極的にWTO成立の意義を提示する必要性があるという指摘があった。

西村報告：本報告では、20世紀イギリスの知識人E・H・カーの政治理論を社会秩序一般に関する議論として読み解き、その個人観が社会民主主義に投げかけている示唆について検討が加えられた。

従来、カーは、国際政治学の古典的理論家として読まれてきた。しかし、近年、彼の視点が国内社会と国際社会とを必ずしも峻別しないものであったこと、彼が積極的に代替的な秩序の構想に取り組んでいたことが論じられるようになってきた。こうした潮流に倅差しつつ、カーの名著『危機の二〇年』へと目を向けるならば、彼が言う理想主義と現実主義との間には、独特の文明史的な視点が埋め込まれていたことが注目される。つまり、カーが理想主義という言葉で意味したのは、アダム・スミス以降の自由主義の流れであり、この思潮が支配的であった時代には、私的利益と公的利益とが自然に調和するとの想定が、社会の倫理的基盤を提供していた。他方、現実主義というのは、この世俗化された形での啓蒙思想が、実践において、格差や収奪といった事態を正当化する中で、理想主義の内在的批判として現れてきた歴史主義的な立場であった。そのとき、現実主義は、歴史の法則性に個人が翻弄される決定論的な世界像として現れてくるが、これは個と全体との調和が崩壊した後の危機の兆表に他ならない。カーが社会民主主義的な秩序構想を提示した時、その背景にあったのはこうした歴史認識であり、だからこそ、彼の解決策においては、構造の中で再び自律的な活動を行い得るようなより強靱な個が想定されることとなった。こうしたカーの理解からは、政治への関与という側面において、国家による生活の保障を目指す福祉国家的な社会像の方が、実のところ、自己責任の論理を説く自由主義的な社会像の方よりも強い個人を想定しているという逆説的な結論が導き出されることになる。以上のように論じて、本報告では、社会民主主義の連続性・断絶性を見る際、複数の軸が必要となることを指摘した。これに対し、参加者からは、社会民主主義とはそもそも何かといった定義の問題や、その中に置いて敢えてカーを取り上げる意味について、活発に議論が交わされた。

* *

平成23年度 第3回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成23年12月16日(金) 14:00~17:30
平成23年12月17日(土) 9:30~12:00

◇場所：国際高等研究所 セミナー1

◇報告：近藤 圭介氏(京都大学大学院法学研究科講師)
「承認のルール」概念の記述的意義の再検討
豊田 幸宏氏(弁護士、京都大学特別教授)
「弁護士自治と綱紀・懲戒制度について」
大西 貴之氏(立命館大学大学院博士後期課程)
「法的判断の正当性と討議理論」
若松 良樹氏(成城大学法学部教授)
「ロールズと確率」

【概要】国際高等研究所研究プロジェクト「法と倫理のコラボレーション—活気ある社会への規範形成—」との共催企画である。

近藤圭介講師は、ヨーロッパ統合が生み出した欧州連合(EU)の法と加盟諸国の法から構成される新たな法秩序の構造を把握するための法体系モデルを得る手掛かりとして、H.L.A.ハートの法理論を検討した。具体的にはハートの提唱した「承認のルール」の概念に着目し、ジョン・ガードナーの解釈を手掛かりに、それを



公職に就く人々による個別的な法実践のなかから形成される究極のコンヴェンションを表現するものとして理解したうえで、ヨーロッパ統合前後に展開された英国の憲法実践、とりわけ1991年のファクタタイム事件における貴族院の判決を具体例として取り上げ、EUの法を取り込むことで引き起こされた英国憲法の構造変容を、この究極のコンヴェンションが本来的に孕んでいる動態性という観点から説明することができることを指摘した。



弁護士の豊田幸宏氏は、弁護士自治の観点から綱紀・懲戒制度の趣旨と仕組みおよびその一般的な運用状況について報告を行った。具体的には、まず弁護士自治の意味と制度の仕組みを確認した上で、弁護士自治との関係における綱紀・懲戒制度の制度的な位置づけ、綱紀委員会が果たす役割、懲戒委員会と綱紀委員会の手続上の関係、懲戒事由の種類、弁護士職務に関する規定、懲戒処分の種類などが検討され、さらに最近公表された具体的な懲戒事案がいくつか紹介された。報告の後、制度の仕組みに関する質問の他、弁護士にとって専門職倫理がどのようなものとして意識されているのかといった質問も出され、活発な意見交換が行われた。

大西貴之氏は、J.ハーバーマスとK.グンターによる法適用、討議およびその法的制度化の捉え方について、彼らとR.アレクシーとの間で1990年代以降に展開された論争を素材にしつつ検討を加えることを通じて、法的討議と実践的討議のそれぞれの性質および両者の関係について、民主主義や権力分立といった制度的な視点を交えつつ考察した。結論として、アレクシーによる批判に拠りつつ、規範の基礎づけとその適用を厳格に区別することは討議形式としての区別に対応するか疑問であるとの見方に立ち、規範の衝突問題の解決には法適用者による基礎づけが必要となる以上、ハーバーマスのように基礎づけ討議と適用討議の区別をするのは立法と司法の区別として適さないと説いた。



若松良樹教授は、J.ロールズが正義原理の正当化の際に用いる原初状態において確率に関する一切の情報を排除した理由を、彼が平均効用理論に対して提示する批判のはるか背後にまで遡ることにより、彼に対する批判者である経済学者のJ.ハーサニも想定する、期待効用理論では自明であるところの「事象の独立性」という前提に、社会における正義の問題に関する決定を下す上で重大な問題があると指摘した。事象の独立性がない場合には、ある時点で起きた事象がそれ以降の事象を決定づけるが、そのことは正義論の主題である社会の基本構造にも該当し、それゆえにロールズは事象の独立性を前提とする標準的確率論の使用に慎重となり、マキシミン・ルールを用いたのである。

* *

平成23年度 第4回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成24年1月23日(月) 15:00~16:30

◇場所：京都大学法経本館3階 小会議室

◇報告：小泉 明子氏(京都大学大学院法学研究科研究員(学術創成))
「家族形成を考える
—アメリカにおける議論を手がかりに—」

【概要】本報告では合衆国における家族形成に関する議論が整理・検討された。1950年代には戦後の疲弊と経済的好況により家族主義が強まるが、60年代以降は家族形成の背景の心理的・社会的要因が変容し、世帯構造が大幅に変化した。現在は婚姻率・離婚率の高さ、婚外子率の高さ、同棲の多さ等に特徴が見ら



れ、その原因として、(a)個人主義の強まり、(b)女性の経済的自立、(c)家族法改正(婚外子差別の撤廃や破綻主義の導入)が指摘される。



1990年代から本格化する同性婚訴訟を契機に、国家がなぜ婚姻制度により特定の親密な関係に正当性と法的保護を与えるのかが問われ、この点に関し、①同性カップルも婚姻制度に含めるべきとする見解、②伝統的な異性婚のみを認める見解、③婚姻制度自体に反対する見解が対立している。

①を説くヌスパウムは、ある集団が社会的には家族として機能しても、それが法的保護を受けるには国家の承認が必要であるとする一方、国家の介入は生命・身体的健康・感情等の中心的ケイパビリティを守るために限定すべきだと主張する。

②に与する新自然法論は、(1)当事者の包括的結びつき、(2)子を持つことが前提、(3)子育てには一夫一婦制が最適、を理由に伝統的婚姻の維持を説く。伝統的婚姻の維持を目指す草の根運動(marriage movements)は、1996年の福祉改革やルイジアナ州他でのcovenant marriageの導入、離婚率低下を目的とした離婚法改正等に影響を及ぼしている。

③には、フェミニズムに依拠して婚姻制度に潜む権力性を批判してその廃止を説くものや、国家による関係性の承認と法的保護の付与に疑問を投げかけるものなどがある。

さらに、「家族の価値」等のスローガンの下で家族形成が政治議論の対象とされる背景には、ネオリベラリズムやグローバル化の進行が家族等の親密圏を脅かすことへの危機意識(渋谷)や、個人の自由と親密性の重視という両立しがたい理念が共に強い点(Cherlin)が指摘されている。

質疑応答では、日本の家族形成をめぐる議論との関連で、家族法改正や夫婦別姓の文脈で婚姻の重要性や家族を重視する表現が見られる等の指摘があった。

* * *

平成23年度 第5回エンフォースメント部会研究会

- ◇日時：平成24年1月27日(金) 11:00~16:50
- ◇場所：国際高等研究所 セミナー1
- ◇報告：高山 佳奈子氏(京都大学大学院法学研究科教授、研究分担者)
「ドーピングの刑罰的規制」
小久見 祥恵氏(日本学術振興会特別研究員/京都大学大学院法学研究科)
「フェミニズム法理論における
平等概念をめぐる議論の展開について」
平野 仁彦氏(立命館大学大学院法学研究科教授)
「自己決定権とソフトロー—生命倫理問題との関わりで」

【概要】国際高等研究所研究プロジェクト「法と倫理のコラボレーション—活気ある社会への規範形成—」との共催企画である。



高山佳奈子教授は、主にドイツにおける議論を参考にし、スポーツにおけるドーピングに刑事規制を及ぼすことは可能か、可能であるとすればその根拠は何かについて考察を行った。ドーピング規制の理由としては、①スポーツ固有の価値を損なうこと、②フェアプレイに反すること、③教育的害悪、④競技者の健康を害すること、がよく挙げられる。しかし、高山教授は、刑事罰導入の可否には

保護法益論が不可欠である以上、ドーピング物質を、(a)もっぱら競技成績を向上させる物質、(b) 競技成績の向上と健康被害をもたらす物質、(c) 競技成績を向上させない物質、に分けて各々について刑事規制の可否を検討する必要があると説き、結論として、(a)については競争を概して不正な利益を得る行為の規制に刑事罰が適切かは疑問であり、(b)については原則不可罰である同意傷害を処罰するだけの根拠をドーピングに見出すことは難

しく、(c)については一般の薬物規制を超える規制は必要ない、と主張した。



小久見祥恵氏は、フェミニズム法理論における平等概念をめぐる議論の意義を検討した。まず、米国のフェミニズム法理論の論者として、M. ミノウ、D. コーネル、M.A. ファインマンの議論を紹介した上で、三者を各々「関係的権利」、「イマジナリーな領域」、「脆弱性」という概念を用いて平等概念の捉え直しを試みるものと捉えた。その一方で、これら三者について、議論の出発点は異なるものの、多様な差異を生じせしめる人々の「身体性」に注目し、そこから生じる「脆弱性(傷つきやすさ)」を備えた主体を平等論の前提に据えようとしている点では共通すると説いた。最後に、脆弱性をめぐる個別の問題への対処法と、近年わが国でも論じられている脆弱性の普遍性がどのように関連しうるのかという点を、三者をめぐる研究の今後の課題として指摘した。

平野仁彦教授は、現代の複雑な困難な生命倫理問題についてコンセンサス形成の手段としての重要な役割を期待されているソフトローに照準を合わせ、今日の法体系論においてソフトローがどのような構造上の位置を占めるかについて検討を行った。平野教授は、法体系の構造において法的整合性と法の応答性という2つの要請を充たしながら法の自立性を確保していくのに、二重のバランス—すなわち法原理バランスと法システムバランス—をとることが重要であると具体例を挙げつつ指摘した。その一方、リベラル・リーガリズムやメタコンセンサスとしての自己決定権を基底に据えながら、かような法システム全体が存立作用する礎をなすコンセンサス—公正な合意—を形成していく上で、ソフトローがフロンティアとして重要なはたらきをすることを指摘した。



* * *

平成23年度 二部会合同研究会

- (第3回市場秩序形成部会研究会、第7回社会秩序形成部会研究会)
- ◇日時：平成24年1月27日(金) 15:00~17:00
- ◇場所：京都大学法経北館3階 第8演習室
- ◇報告：西村 邦行氏(京都大学大学院法学研究科研究員(学術創成))
「『新しい社会』再読
—E・H・カーとP・F・ドラッカーの比較から—」
長久 明日香氏(京都大学大学院法学研究科研究員(学術創成))
「国際経済交渉における消費者の役割
—日本のEPA交渉を事例に—」

【概要】西村報告：2011年10月の研究会において、報告者は、国際政治学の祖E・H・カーの理論に通底する社会民主主義的思想基盤について検討を行った。その際、参加者から、そもそも社会民主主義とは何かといった概念規定の問題が提起されたが、今回の報告では、その点も踏まえて、カーをより広い思想的な附置関係の中で捉えることが試みられた。



具体的には、経営学の祖ドラッカーとの比較が行われた。二人の知識人は、専門とする対象も、思想的な方向性も、大きく隔たっていたように思われる。しかし、第二次世界大戦前後の時期、両者は共に、来たるべき秩序に関する政治思想的な考察を展開していた。こうした知的な交錯を繰り広げていた時期の各々の思索は、奇しくも同名の著書『新しい社会』(カーは1951年、ドラッカーは1950年)において一定の到達を見たが、その点、この二冊の書においては、両者の思想の異同が特に明瞭と言える。

まず、自然調和の思想に体现された合理主義の精神が同時代に

なっていよいよ行き詰まりを示していたこと、そこにこそ二つの世界大戦の時代の危機が存在していることが、いずれの作品においても基本的な認識として横たわっていた。その上で、この危機の解決策においても、二人の立脚点は似通っていた。確かに、一方のカーが主要企業の国有化を、他方のドラッカーが中間団体としての企業の独立性の担保を説くとき、両者の立場は対極にあるようにも思われる。しかし、これらの策は共に、労働者の意欲と個の自律性を取り戻すことに向けられており、その基礎には、民主主義に基礎を置いた一九世紀後半の原初的な社会主義が想定されていた。

こうして、カーとドラッカーの間には、方法面での差異と同時に、思想基盤の共通性が存在した。ここからは、現代の政治でもしばしば問題となる政府の規模といった対抗軸が、単純に過ぎるものであることも浮かび上がってくる。今後は、カーに批判を投げかけたハイエク、ドラッカーと親交のあった K・ポランニーらとの関係についても検討を進めていくことで、この四半世紀、世界的に再編が進んできた戦後福祉国家体制をめぐる思想的な軸に、非従来の視点からアプローチする可能性が考えられる。報告後、参加者からは、二人の思想家を今取り上げることの意義、とりわけ政治学の中で取り上げることの意義などを中心に、有益な問題の提起やそれに対する示唆の提出が行われた。

長久報告：本報告は、国内政治における消費者の役割や地位の改善を受け、国際政治、特に経済交渉における消費者の役割を検討するものである。まず、これまでの日本の EPA 交渉研究では、協定締結の経済効果の分析が中心であり、包括的な交渉研究が十分でないことを指摘した。また、より政治的な文脈からの分析でも、かつての日米交渉研究を援用した 2 レベルゲーム等による分析が中心であり、そこでは、政府と輸出産業・保護産業といった利益集団のみがアクターとして取り扱われている。しかし、今日の EPA 交渉はそのような利益集団間の相互作用だけでは十分分析できない。そこで、本報告では、これまで国際経済交渉で見逃されてきた消費者という新たなアクターを分析に加えることで、今日の国際経済交渉の新たな側面を描写した。

具体的には、メキシコ、タイとの EPA 交渉を事例として取り上げた。その結果、一般に指摘されているような輸出産業界から農業分野への圧力が強かったわけではなく、消費者一般の交渉決裂に対する批判的な反応が、交渉締結に一定の役割を果たしたことが示された。しかしながら、今回の報告では、消費者の間接的な影響力しか認められず、今後、行われるオーストラリアとの EPA 交渉や TPP 交渉といったより消費者の注目度の高い事例との比較によって経済交渉における消費者の役割についての理論を発展させることが課題とされた。

* *

平成 23 年度 第 8 回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成 24 年 1 月 28 日 (土) 10:00~12:00、14:00~17:00
 ◇場所：京都大学百周年時計台記念館 2 階
 ◇テーマ：「ヨーロッパ私法共通参照枠草案 (DCFR) の検討」

【概要】本研究会では、ヨーロッパ私法に共通すると考えられる準則の一部を成文化した、共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference, 以下、DCFR とする) の内容について、意見を交換し、討論を行った。

DCFR は、第 I 編 (General provisions)、第 II 編 (Contracts and other juridical acts)、第 III 編 (Obligations and corresponding rights)、第 IV 編 (Specific contracts and the rights and obligations arising from them)、第 V 編 (Benevolent intervention in another's affairs)、第 VI 編 (Non-contractual liability arising out of damage caused to another)、第 VII 編 (Unjustified enrichment)、第 VIII 編 (Acquisition and loss of ownership of goods)、第 IX 編 (Proprietary security rights in movable

assets)、第 X 編 (Trusts) の全 10 編から成る。各編の条文の量は膨大であるため、各編を更に細分化し、それぞれの部分につき事前に担当者を決定しておいた。初めに担当者の側から DCFR の内容について議論が必要と思われる部分につき、問題提起がなされた。その後、各担当者の問題提起を受けて、研究会全体で意見の交換及び討論を行った。

* *

平成 23 年度 第 6 回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成 24 年 2 月 23 日 (金) 13:30~18:00
 平成 24 年 2 月 24 日 (土) 10:00~12:00

◇場所：キャンパスプラザ京都 2 階 第 3 会議室

◇報告：佐藤 彰一氏 (法政大学法科大学院教授)

菊本 圭一氏 (NPO 法人埼玉県障害者相談支援専門員協会代表)

「障害者の成年後見利用の現状と課題」に関する調査報告

上山 泰氏 (筑波大学法科大学院教授)

「任意後見契約と自己決定支援の概念上の関係性について」

佐久間 毅氏 (京都大学大学院法学研究科教授、研究分担者)

「私法上の行為の支援」

名川 勝氏 (筑波大学人間総合科学研究科講師)

「Capacity Toolkit に関する簡単なまとめとコメント」

菅 富美枝氏 (法政大学経済学部准教授)

『自己決定支援 (supported decision making)』

を保障するイギリスの成年後見制度」

池田 恵利子氏 (東京都福祉保健財団 高齢者権利

擁護支援センター アドバイザー (前センター長))

「自己決定の尊重と公的介入の必要性」

【概要】成年後見制度利用の現状および課題について、佐藤彰一教授から、成年後見制度や日常生活自立支援事業の活用状況に関する小樽市・横浜



菊本氏 佐久間氏 名川氏 佐藤氏→

市等での調査結果が、また菊本圭一氏から、成年後見利用支援事業に関する仙台市でのインタビュー調査の結果が、各々報告された。その上で、自己決定支援に関する理論的考察と、成年後見制度の利用をめぐる制度上・実践上の問題点についての検討を行った。

上山泰教授は、任意後見契約と自己決定支援の概念上の関係を検討した。リビング・ウィルや任意後見の法制化が進む EU 諸国では、それらが自己決定の尊重に親和的と理解される。わが国でも、自己決定の保障を理由に任意後見契約による保護が優先される。しかし、本人の客観的保護により法定後見の優先を説く主張もあり、任意後見契約の締結能力につき解釈論上の問題も指摘される。また制度上の問題として、事前的自己決定の拘束力の限界や、自己決定支援と事前的自己決定との抵触が議論となりうる。上山教授は、任意後見制度・事前指示書等が自己決定の尊重に最も整合的であるとする一般的理解の批判的検討が必要であるとされた上で、法定後見の枠内での自己決定の尊重の可能性を追求する一方、本人の理念型 (認知症高齢者と知的・精神障がい者) の再整理が必要であると説いた。

佐久間毅教授は、主に高齢者の財産保護に念頭に置いて私法上の行為の支援の在り方に考察を加え、日常生活に関する行為のように成年後見制度の利用が適切とはいえない部分について、法定後見開始後も任意代理権を継続的に認めることの意義を説いた。そのためには、代理人に関しては、選任時の本人の意思能力確認方法の確立、本人の能力変化に左右されない代理権の存続、適切な選任監督の確保が必要であると、また、財産保全に関しては、代理人による本人財産の管理を限定するため、信託の利用を例として挙げた上で、代理人が受託者を兼ねるのを禁止し、本人が受

益者とする必要があると指摘した。

名川勝講師は、オーストラリア New South Wales 州法務省発行の意思決定能力判断のための手引書である Capacity Toolkit (2006) について、これをイギリス意思能力法と基本的に同じ思想に立つものと捉えた上で、そこで展開される基本原則、意思決定能力判断の手順、決定の支援の在り方などを整理・紹介した。その上で、この Toolkit が日本の福祉現場で具体的に適用することが可能か、日本では「支援された意思決定」に代行決定が混用される懸念はないか、といった疑問点が提示された。



名川氏 菅氏 上山氏 池田氏

名川報告に関連して、菅富美枝准教授からイギリスにおける判断能力不十分者をめぐる代行決定制度について紹介がなされ、日本の成年後見概念とイギリスにおけるそれとの違い、特に、自己決定支援を優先させる成年後見制度のあり方について、各国による制度枠組みの相違などが議論された。また、イギリスでは、本人の意思であれば客観的に不合理と思われるものでも最終的に尊重すべきであると考えられており、そのために、本人が意思を真に自ら形成したと言えるための支援が重視されていることが紹介された。

池田恵利子氏は、認知症高齢者を念頭に置いて、本人の自己決定の尊重と、虐待等の危機介入時における公的介入の必要性の両面から、成年後見制度に期待される役割につき検討した。人は認知機能・判断力が低下すると、権利行使ができず権利侵害を受けやすい一方、他者の支援を拒否しやすく危機的状況でも SOS を出しにくい。池田氏は、高齢者虐待防止法が虐待対応では本人意思を尊重し、成年後見制度の利用を規定することをもふまえ、本人に適切にかかわるキーパーソンが不在の場合は、高齢者のとくに身上監護に関し本人の価値観・幸福感を実現する支援・保護を行う上で成年後見制度が重要であると主張した。

* *

平成 23 年度 第 9 回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成 24 年 2 月 24 日 (土) 14:00~17:40

平成 24 年 2 月 25 日 (日) 9:30~12:00

◇場所：国際高等研究所 セミナー 1

◇報告：笹田 昌孝氏 (滋賀県立成人病センター総長・病院長)

「変遷する医療とケアの将来」

佐藤 恵子氏 (京都大学大学院医学研究科特定准教授)

「がん進行期の患者のケアに必要なこと」

齋藤 有紀子氏 (北里大学医学部医学原論研究部門准教授)

「療養生活と倫理・人権：身体拘束・胃ろうをめぐる問題」

【概要】笹田昌孝氏は、団塊世代が日本人の平均寿命を迎える 2025 年後頃を一つの目安に、複数の疾病を抱える高齢者 (後期高齢者) の急激な増加への対応が必要となる今後の医療やケアの在り方について、患者の納得のいく生涯につながり、高齢でも自立して生きることを促すものであることが求められると説いた。そしてそのためには、高度先進医療の徹底した推進や三大病の予防の推進、さらには医療需要の減少と診療の合理的削減が必要とされる一方、医師、薬剤師、看護師、保健師など広義の医療者の相互の協働と、さらには高齢者の自立的生活を可能にする都市作りが求められると主張した。

佐藤恵子氏は、自らの臨床での経験から、患者に対して求めら

れる 2 つの対人援助、すなわち客観的な苦しみの緩和・除去という意味での「ケア」と、主観的な苦しみの緩和・除去という意味での「ケア」の両方が患者に対しては必要であると説いた上で、本報告ではとくに後者に着目して、傾聴に基づく共感的理解という方法に拠るスピリチュアル・ケアの意義と、これを技法化することでの医療者の負担軽減の重要性、さらにこの技法を医療者の教育プログラムに組み込む形で制度化する必要性を強調した。

齋藤有紀子氏は、生命倫理や倫理の捉え方にふれた上で、医療における身体拘束について、尊厳という言葉に込められる意味も含め、人によって問題の捉え方が微妙に異なることに注意しつつ、厚生省ガイドラインの言葉遣いや裁判所の論理を視野に入れながら、身体拘束を必要とする理由とそれに反対する理由とを丹念に拾い上げることで、問題の所在を探った。また、胃ろうについても、平成 23 年末のガイドライン試案のあらゆる場合を想定した規定ぶりなどをふまえ、この問題の難しさを示唆する一方、本人の死生観等のきれいな言葉でこれに決着が付けられることの危惧も指摘した。

* *

平成 23 年度 第 7 回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成 24 年 3 月 2 日 (金) 14:00~17:30

平成 24 年 2 月 3 日 (土) 9:30~12:00

◇場所：国際高等研究所 セミナー 1

◇報告：中村 直美氏 (熊本大学名誉教授)

「自立の支援と侵害の狭間

—医療におけるパターナリズム管見—

【概要】国際高等研究所研究プロジェクト「法と倫理のコラボレーション—活気ある社会への規範形成—」との共催で、わが国のパターナリズム研究の代表者である中村直美教授をお迎えし、研究会を開催した。

中村教授は、もっぱら非難の対象とされていたパターナリズムについて、それを事実的なタームで定式化することでパターナリズムについての客観的な議論を可能にしようとし、さらに定式化



とは区別される正当化の問題については、被干渉者の自律を支援 (実現・補完) するパターナリズムは正当化可能であると説き、自律を侵害するか支援するかによって正当なパターナリズムと正当でないパターナリズムは区別できると主張した。その際、ここでいわれる「自律」とは、「中核的自己」—自分らしい自分—が外的要因 (自分の外にある力) の支配・統制を免れつつ、かつ「周辺の自己」—自分らしくない自分—をも支配・統制することと理解され、またここで「自律の実現・補完」といわれるのは、抽象的・普遍的に捉えられた理性的個人の自律ではなく、まさに個々別々の具体的な個人の自律を指すと説明された。

他方、中村教授は、医療におけるパターナリズムにおいて、自己決定 (権) 思想の行き過ぎ・肥大化への批判・反発、見過ごされた視点の指摘などがなされていることをふまえ、そこに、①個の主張とともに求められる関係性・共同性への配慮、②抽象的な個人から具体的な個人、強い個人から弱い個人への視点の移動、③価値多元主義の中での合理性 (事実的な合理性ではない)、④真の意味での個の尊重、⑤人と人との相互依存性、⑥正義の思想に対するケアの思想、などを見出すことができると説いた。その上で、中村教授は、自分自身はリベラリズムの立場に立つことを確認した上で、個の解体への回帰、人と人との関係性の回復、行き過ぎた合理主義・普遍主義の是正などの文脈にパターナリズムを位置付けることができると主張した。

報告の後、中核的自己とは何かという点や、パターナリズムの根拠となる合理性やパターナリズムの射程をめぐる問題を中心に、活発な意見交換が行われた。

また、本研究会では、高等研プロジェクトとの合同で行ってきた

3年間にわたる計7回の研究会を振り返り、専門職倫理の在り方と意義、専門領域固有の倫理規範の形成、法と倫理の関係といった観点から問題点を整理し、総括的な意見交換と課題の確認を行った。

* *

平成23年度 第10回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成24年3月17日(土) 15:00~17:00

◇場所：京都大学法経本館1階 第11教室

◇報告：吉田 克己氏 (北海道大学大学院法学研究科教授)

「権利・利益・帰属

—「財の法」の基礎論構築に向けての一試論—

【概要】今回の報告では、財の法の再構築を企図した原理的な考察が展開された。出発点として紹介されたのは、「二重性のアポリア」と呼ばれる問題である。19世紀フランスの物論・財産論においては、物が客体であり、そのうち人間にとって有用な物が財産とされた。この財産には、無体財産として所有権をはじめとする権利が含まれたが、他方、主体と客体の間に成立する帰属関係もまた所有権とされた。所有権の概念は、客体自体と主体・客体関係とに重複する形で現れていた。財産を主体と客体との間の帰属関係で定義したボワソナードの理論も、他方では客体たる物の中に権利としての無体物を含めていた点で、このアポリアを克服するものではなかったし、他方、彼の影響下に起草された明治民法では、無体物を権利の客体に含めないという形で理論上の整合性は確保されたものの、結果として現実社会における無体物の重要性は過小評価されることとなった。



こうした経緯からは、権利・利益・帰属という基本概念の整理・再検討の必要性が浮かび上がってくる。その最初の手がかりとなるのが、オストの権利利益論である。その特徴は、利益と権利とを連続的なものと捉えたところにあるが、ここにおいて、不法利益、法が無関心な利益、法が保護する利益、特別な保護が付与される利益＝権利という形で、両者の関係は段階発展的なものと把握される。

では、ここでの利益と権利を客体とみるか帰属関係とみるべきであろうか。報告者によれば、利益は客体に、権利は帰属関係に位置づけ、利益の法的保護の態様が権利とするのが適切という。そうすると次に必要となるのが、帰属概念についての検討である。この点、所有権を物と主体との帰属関係と捉えるジノサルとゼナチの説は示唆的であるが、帰属関係は専ら所有権によって一元的に構成すべきではなく、客体(媒体・価値)に関する抽象的一般的帰属関係であるところの所有と、この所有関係の具体的な内容を表現する具体的帰属関係であるところの所有権とは、分けて捉える必要がある。そうすることによって、財の実体を価値(有体物の場合、その具体的な存在物は価値の媒体)と解しつつ、主体とその価値との帰属関係を権利とする論理構成は、先述のような利益と権利の段階発展的な理解の下に維持されることとなる。

報告の末尾では、以上の総論的な議論を基に、金銭債権、物のパブリシティ、身体のそれぞれをめぐる各論的な考察が試みられ、理論のさらなる深化に向けた方向性と課題が提示された。対して、参加者からは、利益と価値の関係、帰属概念の境界、価値の有無の判断をめぐる基準など、論理・概念の精緻化にかかわる諸論点の他、価値と帰属を軸にした論理構成が現実の財の多様化への対応をかえって阻害するのではないかとといった疑問も提出され、刺激的な議論が交わされた。

- 10月7日(金) 平成23年度 第2回市場秩序形成部会研究会
- 平成23年度 第6回社会秩序形成部会研究会
- 11月10日(木) 平成23年度 第4回学術創成全体会議
- 12月16日(金) 平成23年度 第3回エンフォースメント部会研究会
- ~17日(土)
- 平成24(2012)年
- 1月23日(月) 平成23年度 第4回エンフォースメント部会研究会
- 平成23年度 第2回市場秩序形成部会研究会
- 1月27日(金) 平成23年度 第7回社会秩序形成部会研究会
- 平成23年度 第5回エンフォースメント部会研究会
- ”
- 1月28日(土) 平成23年度 第8回社会秩序形成部会研究会
- 2月23日(木) 平成23年度 第6回エンフォースメント部会研究会
- ~24日(金)
- 2月24日(金) 平成21年度 第3回国際ワークショップ
- 2月24日(金) 平成23年度 第9回社会秩序形成部会研究会
- ~25日(土)
- 3月1日(木) 平成23年度 第5回学術創成全体会議
- 3月2日(金) 平成23年度 第7回エンフォースメント部会研究会
- ~3日(土)
- 3月15日(木) 平成23年度 第4回国際ワークショップ
- ~16日(金)
- 3月17日(土) 平成23年度 第10回社会秩序形成部会研究会
- 3月21日(木) 平成23年度 第5回国際ワークショップ
- ”
- 平成23年度 第6回国際ワークショップ
- 3月27日(火) 平成23年度 第7回国際ワークショップ

編集後記

「学術創成研究通信」第12号をお届けいたします。平成19年よりはじまりました学術創成研究も本年度で終了となり、学創通信も本号が最終号となります。



これまで多くの方々のご支援・ご教示を頂きまして、学術創成研究における記録の一部として発行を重ねて参りました。ご講読頂きました方々には、5年にわたってご高覧を賜りましたこと、この場をお借りして厚く御礼申し上げます。

* *

24年3月後半に行われた国際ワークショップや研究会については、印刷の都合により「学術創成研究通信」第12号に掲載できませんでしたので、それらに関する記事を含め、第12号(最終号)増補版を電子データ版限定で作成いたしました。

学術創成研究通信 第12号(最終号)増補版
平成24年3月30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@kaken.law.kyoto-u.ac.jp
http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/



活動記録 (対象期間:平成23年10月1日~平成24年3月31日)

平成23(2011)年
10月6日(木) 平成23年度 第3回学術創成全体会議