
2009年度
日本法哲学会
学術大会・総会 案内

日時 2009年11月14日(土)・15日(日)
会場 関西大学(千里山キャンパス)
第1学舎5号館 E401、E502、E503、E601、E602、E603
統一テーマ 「リスク社会と法」

1 プログラム

1.1 第1日午前の部 <個別テーマ報告>

| A分科会 (第1学舎5号館5階 E502)

- 9:00 ~ 9:45 中村 隆文(鹿児島工業高専)
「ヒュームは契約論者でありうるのか?
ゴティエのヒューム分析を通じて」
- 9:50 ~ 10:35 浦山 聖子(日本学術振興会特別研究員PD)
「移民の正義論概観
Joseph Carensの開放的国境論の検討を中心に」
- 10:40 ~ 11:25 川瀬 貴之(京都大学研究員)
「文化批判の作法
ジョセフ・カレンズの議論をてがかりに」
- 11:30 ~ 12:15 宮崎 真由(玉川大学助教)
「危害原理の限界をめぐって
「法による道德の強制」再考」

| B分科会 (第1学舎5号館5階 E503)

- 9:00 ~ 9:45 西村 清貴(早稲田大学博士課程)
「19世紀ドイツ国法学における方法と国制」
- 9:50 ~ 10:35 宮澤 弘(立教大学兼任講師)
「ミッドフェアとは何か
G・A・コーエンにおける平等の概念」
- 10:40 ~ 11:25 鈴木 慎太郎(愛知学院大学)
「臓器をめぐる所有と交換の法理
臓器売買はなぜ許されないのか」
- 11:30 ~ 12:15 松島 雪江(日本大学)
「法化論によるポジティブ・アクションの評価」

1.2 第1日午後の部 <ワークショップ>

| Aワークショップ (第1学舎5号館6階 E601)

「ドゥオーキンの法哲学と政治哲学」

開催責任者 宇佐美 誠(東京工業大学)

開催責任者 濱 真一郎(同志社大学)

13:30 ~ 15:10 「第1部 基礎理論 反アルキメデス主義をめぐって」

宇佐美 誠(東京工業大学)

「企画趣旨説明」

濱 真一郎(同志社大学)

「法哲学・政治哲学における記述と実践」

高橋 秀治(三重大学)

「メタ倫理学はどこまで規範倫理学なのか？」

平野 仁彦(立命館大学)

「コメント1」

15:10 ~ 15:20 休憩

15:20 ~ 17:00 「第2部 個別論点 平等・憲法・原理」

井上 彰(東京大学助教)

「ドゥオーキンは平等主義者か？」

小泉 良幸(関西大学)

「政治的義務と憲法」

早川 のぞみ(桃山学院大学)

「ドゥオーキンの法解釈論 原理思考の系譜から」

長谷川 晃(北海道大学)

「コメント2」

| Bワークショップ (第1学舎5号館6階 E602)

13:30 ~ 15:10 B-1 「動物の法的地位についての法哲学的考察」

開催責任者 古澤 美映(千葉大学博士課程)

開催責任者・司会 嶋津 格(千葉大学)

Pamela Frasc (Lewis & Clark Law School)

「A Moral Dilemma: Why the Link between Animal Abuse and Human

Violence Demands a New Approach to the Treatment of Farm Animals」

長尾 亜紀(元大阪大学博士課程)

「コメント」

Kathy Hessler (Lewis & Clark Law School)

「Animal Testing: Concerns and Consequences」

古澤 美映(千葉大学博士課程)

「コメント」

青木 人志(一橋大学)

「総括コメント」

15:10 ~ 15:20 休憩

- 15:20 ~ 17:00 B-2 「要件事実論と審査・起案技術 法理学からの検討」
 開催責任者 樺島 博志 (東北大学)
 樺島 博志 (東北大学)
 「趣旨説明」
 トーマス・シェーファー (Thomas B. Schäfer) (東北大学)
 「ドイツ法学教育における事例問題解決の方法論」
 陶久 利彦 (東北学院大学)
 「コメント Abduktion の観点から 」
 青井 秀夫 (岡山商科大学)
 「コメント 法学学方法論の観点から 」

| Cワークショップ (第1学舎5号館6階 E603)

「アダム・スミスの現代的意義」

開催責任者・司会 中村 浩爾
 (大阪経済法科大学名誉教授)

- 13:30 ~ 15:50 「第1セッション」
 中谷 武雄 (京都橘大学)
 「法学博士：アダム・スミス」
 井上 匡子 (神奈川大学)
 「道徳感情論と法学講義
 近代的自我と制度構築の関係の観点から 」 (仮題)

15:10 ~ 15:20 休憩

- 15:20 ~ 17:00 「第2セッション」
 太子堂 正称 (東洋大学)
 「スミスの競争論と市場基盤としての信頼」 (仮題)

1.3 第1日午後の部 < 総会 > (第1学舎5号館6階 E601)

- 17:10 ~ 17:40 I V R日本支部総会
 (1) 会計・会務報告
 (2) I V R日本支部の活動について
 (3) その他
 日本法哲学会総会
 (1) 会計・会務報告
 (2) 2009年度法哲学年報編集について
 (3) 2010年度学術大会について
 (4) その他

18:00 ~ 20:00 懇親会 (於 第1学舎1号館1階レストラン)

1.4 第2日午前の部 <統一テーマ報告> (第1学舎5号館4階 E401)

- 9:00 ~ 9:25 中山 竜一(大阪大学)
「リスク社会と法 提題・論点整理・展望」
- 9:25 ~ 10:00 愛敬 浩二(名古屋大学)
「リスク社会における法と民主主義」
- 10:00 ~ 10:15 平井 亮輔(京都工芸繊維大学)
「愛敬報告へのコメントと質問」(仮題)
- 10:15 ~ 10:50 浅野 有紀(近畿大学)
「リスク社会における私法の変容」
- 10:50 ~ 11:05 福井 康太(大阪大学)
「浅野報告へのコメントと質問」(仮題)
- 11:05 ~ 11:15 休憩
- 11:15 ~ 11:50 大塚 直(早稲田大学)
「リスク社会と環境法 環境法における予防原則について」
- 11:50 ~ 12:05 松本 充郎(高知大学)
「大塚報告へのコメントと質問」(仮題)

1.5 第2日午後の部 <統一テーマ報告およびシンポジウム> (第1学舎5号館4階 E401)

- 13:20 ~ 13:55 松原 芳博(早稲田大学)
「リスク社会と刑事法」
- 13:55 ~ 14:10 大屋 雄裕(名古屋大学)
「松原報告へのコメントと質問」(仮題)
- 14:10 ~ 14:45 瀧川 裕英(大阪市立大学)
「グローバル・リスクと世界秩序」
- 14:45 ~ 15:00 森元 拓(北海道医療大学)
「瀧川報告へのコメントと質問」(仮題)
- 15:00 ~ 15:20 休憩
- 15:20 ~ 17:00 シンポジウム「リスク社会と法」
司会 酒匂 一郎(九州大学)・中山 竜一(大阪大学)
- 17:00 閉会の辞 日本法哲学会理事長 嶋津 格(千葉大学)

2 役員選挙のお知らせ

今年度は、役員選挙の行われる年です。学術大会第1日目の会場受付で投票用紙と名簿をお渡ししますので、同日午後の部の開始(13:30)までに投票をお済ませください。

3 会費納入のお願い

普通会员の年会費は6,000円(ただし『法哲学年報』の配布を希望しない場合は3,000円)となっております。同封の「会費請求書」をご確認の上、同封振込用紙にて会費をお振り込み下さい。なお、学術大会・総会にご出席になる場合には、会費の納入が確認できた会員には会場受付にて『法哲学年報』をお渡しすることができます。

4 担当校からのご案内

4.1 学術大会・総会会場

関西大学（千里山キャンパス）

〒564-8680 大阪府吹田市山手町 3-3-35 Tel:06-6368-1121（代）

受付：第1学舎 5号館（E棟） 1階入口

会場：第1学舎 5号館（E棟） E401、E502、E503、E601、E602、E603

*会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご覧ください。

4.2 懇親会

日時：11月14日（土） 18：00～20：00

会場：第1学舎1号館 1階レストラン

会費：5,000円（大学院生は4,000円）

懇親会会場において、本年度の日本法哲学会奨励賞の授賞式を行う予定です。

4.3 昼食

昼食はご用意いたしません。大学周辺の飲食店をご利用下さい。

大学周辺の飲食店については、大会当日ご案内いたします。

4.4 宿泊

各自でご手配下さい。なお、大学最寄りのホテルの「ホテルマーレ南千里」（阪急関大前駅から2つ目の南千里駅前）で、予約の際に「関西大学の学会参加」とお申し出いただきましたら10パーセントの割引となります（割引価格：朝食付7000円、朝食なし6500円）。

ホテルマーレ南千里：<http://www.nitto-cs.co.jp> Tel：06-6872-1911

5 お問い合わせ先

5.1 担当校

〒564-8680 大阪府吹田市山手町 3-3-35 関西大学法学部

角田 猛之 研究室 E-mail：ttsunoda@gold.ocn.ne.jp Tel:06-6368-1316

市原 靖久 研究室 E-mail：ichihara@kansai-u.ac.jp Tel:06-6368-0352

5.2 日本法哲学会事務局

〒263-8522 千葉県稲毛区弥生町 1-33

千葉大学法経学部 嶋津格研究室内 日本法哲学会

Tel/Fax：043-290-2362

E-mail：jalp@wwwsoc.nii.ac.jp

<http://wwwsoc.nii.ac.jp/jalp/>

6 資料コーナーについて

本学術大会では、会員のための資料コーナーを設けますので、資料の配付をご希望の会員は、日本法哲学会事務局まで氏名と配布物を届けて下さい。なお、当該会員は、配布について全般的な責任を負うこと、また、金銭の授受を行わないこととなっております。

学術大会・総会のご出欠、懇親会のご出欠について、同封の出欠葉書にて、

10月31日（土）までにお知らせ下さい。

報告要旨

< 個別テーマ報告 >

| A分科会

ヒュームは契約論者でありうるのか？ ゴティエのヒューム分析を通じて

中村 隆文（鹿児島工業高専）

ヒュームの正義論では「共感」が重視されていることは周知のとおりである。そうした共感においては、他者にとっての快 = 利益の共通理解が可能となっており、共感によって得られる「共通の理由」を動機としながら数々の社会的行為がなされるものと考えられる。このため、ヒュームの正義論について、それを「正義問題において我々は他者の快・不快を共感によって理解しながら、社会全体の効用のために各自は判断・行為する」というような功利主義的正義論と解釈する方向性が存在する。

ヒュームを自らの側に加える功利主義者にとっては、社会的規範を遵守したり個々人同士が協力し合う理由は、共感に基づいた功利主義的価値観として理解されるのであって、まったく共感を欠いた利己の人間は社会的規範に従って行為するような動機付け理由を持つことはできない。正義の基礎たるコンベンションすらも共感ぬきで実現できるはずはないので、共感能力が欠落した利己の人間同士が同意・合意によって社会的規範を作って、自発的にそれに従うといった契約論は説得力をもたないとされる。ヒューム自身、「社会的規則について、契約論者がというような同意が存在するという事実は疑わしい」と述べていることもあって、ヒュームと契約論の間には大きな隔たりがあるようにも見える。自然法の理念こそ継承され続けてはきたものの、ヒューム以降のスコットランドやイングランドにおいては契約論そのものの哲学的意義はあまり注目されることなく、社会的正義に関する議論において、ヒューム哲学を部分的に継承する形での功利主義思想が台頭してきたという経緯からも、ヒューム思想のうちに契約論的要素、さらにはその意義を見出すことはなかなか難しいように思われる。

しかし、ロールズが社会契約論を復活させた 20 世紀以降、社会的規範（もしくは正義の原理）が利己的個人の合理的判断から導出可能であることの可能性が多いに論じられ、本報告で取り上げるデイヴィッド・ゴティエもその可能性を大いに協調してきた。この文脈においてゴティエは興味深いことに、ホブズ、ロックなどの契約論を正面から批判したヒュームの正義論 とりわけコンベンション論 が、実は功利主義などではなく、むしろ契約論（20 世紀以降の合理主義的契約論にちかいもの）として解釈されるべきである、と論じている。

本報告では、ゴティエのヒューム解釈を説明・分析し、その意図や本質がどこまでヒューム自身の正義論と一致しているのかを検証する。そして、コンベンションにおいて諸個人を動機付ける「合理的な理由」がどのようなものであるのかを、あらためてヒューム主義的観点から問い直してゆきたい。

移民の正義論概観 Joseph Carens の開放的国境論の検討を中心に

浦山 聖子（日本学術振興会特別研究員 PD）

人は自身の国籍国において、居住が自由であり、国民としての完全な権利・義務を享受・負担し、基本的にいかなる活動にも制約がない。しかし、国籍国以外の国家において、一定期間滞在するためには、滞在国による許可が必要であり、滞在中可能な活動の範囲も国民と同一ではない。そもそも、国籍を持たない者への入国の規制は、各国家の裁量に委ねられている。なぜ、国家はこのような出入国や在留を巡る規制をなしうるのだろうか。英米現代法哲学・政治哲学において、グローバルな正義論への関心の高まりと共に、このような国境を越えた人の移動・移住規制の正当性の問題が注目を集めている。移民の正義論 immigration justice, justice in immigration とは、このような問題領域に取り組もうという学問的試みである。

移民の正義論における議論は、二つの立場に大別できる。第一に、リベラルな平等主義に基づくもの、第二に、ナショナリズムに基づくものである。リベラルな平等主義に基づく議論とは、行きたいところに行く自由がそれ自体重要な自由であるという基本的自由としての移動の自由や先進国による途上国労働者の受け入れの経済的再分配の手段としての活用可能性を説き、移民・外国人の積極的な受け入れを主張するものである。このような立場の理論的精髓は、Joseph Carens による開放的国境論 open borders に見られる。また、ナショナリズムに基づく議論とは、移民・外国人の受け入れは、国内の労働市場や社会保障制度、教育や公共財の需要、人口規模、年齢構成や民族文化的構成などへ大きな影響を与えることから、政治共同体ないしナショナルな共同体による移民・外国人受け入れの決定権・選別権を主張するものである。このような議論は、Michael Walzer や David Miller によって提起されている。

本報告の第一の目的は、移民の正義論における二つの基本的立場の関係をどのように理解すべきか、論点は何かを明らかにすることである。本報告では、リベラルな平等主義かナショナリズムか、もしくは、開放的国境か閉鎖的国境かといった点に理論的な対立があるのではなく、以下の三点に、現在の移民の正義論における論争の対立点があることを明らかにしたい。基本的自由としての移動の自由の存否、移民・外国人の受け入れの経済的再分配の手段としての適切さ、リベラリズムにとって許容可能な移民・外国人の選別方法である。本報告の第二の目的は、移民・外国人の受け入れを経済的再分配の手段として活用しようという立場に対し、以下のように、その問題点を指摘することである。移動・移住能力の格差の存在、高度な技能労働者の移動に伴う頭脳流出問題、先進国政府や医療機関などによる引き抜きの問題である。

文化批判の作法 ジョセフ・カレンズの議論をてがかりに

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))

本報告では、文化的に多元的な社会において、我々とは異なる規範にコミットしている他者に、どのように対応すべきか、とりわけ我々の道徳的・文化的規範の観点からは受け入れられないような文化的実践に従事している者に対して、果たして批判ができるのか、できるとしてどのように批判すべきなのかという問題に取り組む。文化的な価値の対立は、単に、発展途上国では経済発展のために一時的に人権の抑圧が許容されるとか、外から強制的に押し付けられたリベラルな文化はたとえ価値があるとしても、決してその文化に根づかないという、リベラルな民主主義の価値を前提にした上での効率性の問題というよりも、究極な複数の価値が文化間で通約不可能であるときに生じる問題においてより深刻になる。そこで、このような究極的な価値対立に対処するために、カナダの政治学者であるジョセフ・カレンズの多文化主義に関する議論を参考にして、文化批判の作法について一定の指針を示したい。

一方で、共同体主義的な立場をとるマイケル・ウォルツァーは、文化的・社会的実践に対する批判は集団の内側からの解釈の問題であるとし、文化的実践が存在する集団の参加者ではない者による外側からの批判の可能性に対して懐疑的である。他方で、マイケル・イグナティエフは、人間の主体的行為能力に根ざした人権が、文化を超えて普遍的に支持されるものと主張し、そのような人権を支持しない文化への批判を肯定的に見ている。私見によれば、カレンズの立場は両者の中間に位置するものである。

カレンズは、同心円としての正義という図式を採用し、正義の内容が、我々が位置づけられる社会的・文化的文脈に依存していると主張する。これは、彼の主張する、文脈主義や公平性 (evenhandedness) アプローチの所産であり、この点でカレンズの議論は、ウォルツァーから大きな影響を受けているといえる。他方で、カレンズはアフリカ等における性器切除、あるいは一夫多妻制・家庭内暴力・ヒジャーブなどに関する具体的考察の中で、社会的弱者が負わされている身体的危害を回避することの重要性に言及している。これは、イグナティエフの主体的行為能力の保護という考えに通じるものである。

カレンズは、他者の文化的実践への批判を決してためらうものではないが、同時にその慎重さを強く要求している。というのも、彼は自称リベラルな民主主義者が、リベラルな民主主義にコミットしないとされる他者を批判する際に、自らの内部に密かにあるいは歴然と残っている非リベラルあるいは非民主的な実践を棚に上げて、独善的な批判を繰り返していることを憂慮している。そこで、独善的な批判に陥らないためにも、他者の文化そして自らの文化の実態に関する十分な知識 (地域知) を前提としてはじめて批判が許容されると主張する。

危害原理の限界をめぐって 「法による道徳の強制」再考

宮崎 真由（玉川大学助教）

「法による道徳の強制」の是非をめぐるデブリン＝ハート論争において、J. S.ミル以来の古典的リベラリズムの側に立つ H. L. A. ハートは、刑罰による法的強制の正当化根拠を危害原理とそれに密接に関連する若干の原理に限定し、行為が反道徳的であることそれ自体は、刑事立法の根拠としては一切考慮すべきでないとして主張した。その後一般的な支持を得ることになるこの見解においては、法的強制の正当化根拠としては「危害原理」に中心的な位置が与えられ、それを補完する原理として「不快原理」や「パターンリズム」の是非が問題にされる一方、法によって道徳を強制する「リーガル・モラリズム」は、法的介入の正当化根拠として不適切だとして排除された。

しかし近年、リベラリズムの議論枠組みではもっぱら批判対象とされてきた P. デブリンの主張について、これを理論的に見直そうという動きが英米の法哲学・刑事法学において見られる。そこでは、法的強制の正当化根拠として確固たる地位を保持してきた危害原理に対して、処罰すべき行為類型とそれ以外のものとの間に明確な境界線を引くことができるのかという疑念が突き付けられているのである。

興味深いことに、日本における先端医療技術への刑罰による規制についても、これと類似の問題状況を見ることができる。例えば、ヒト・クローン等の個体産出禁止に関しては、同じく危害原理に依拠して犯罪行為の違法性の実質を捉える法益保護説に立つ論者の中で、刑事法規により保護すべき法益があるとの理由でかかる禁止に賛同する者がいる一方で、そこに保護法益はないとして法による禁止に反対する論者もあり、危害原理そのものが十分な区別基準として機能していないと思われる現実がある。

本報告は、「法による道徳の強制」論を再検討し、デブリンの主張を理論的に見直そうとする最近の英米の議論に注目することにより、刑罰の正当化根拠のリベラルな限定、すなわち、刑罰の正当化根拠を危害原理とその補完原理である不快原理やパターンリズムに限定し、行為の不道徳性を外すべきであるとする見方の適否について検討しようとするものである。

まず議論の起点として、デブリンのリーガル・モラリズムおよびそれに対するハートの批判を振り返ったあと、リベラルな刑事立法論の枠組みの基礎を提示したミルと、このミルの主張を現代において精緻化した論者である J. ファインバーグの理論を概括する。そして危害原理に基づくミルとファインバーグによるリベラルな「線引き論」に対して批判を展開する G. ドゥオーキン、J. G. マーフィー、M.ムーアらの見解を紹介・検討し、法哲学的な観点から若干の考察を加えたい。

19世紀ドイツ国法学における方法と国制

西村 清貴（早稲田大学博士課程）

近年の研究においては、19世紀ドイツ法学、とりわけ「概念法学」に対する見直しが進んでいるといえるだろう。このような研究においては、概念法学に属する論者をもっぱら論理一辺倒の形式主義者と見る従来の通説的見解が斥けられている。本報告はこのような研究動向を背景として、19世紀ドイツ国法学における主流的学派であり、概念法学を国法学へと転用したとされる、実証主義国法学、とりわけその代表的論者であるカール・フリードリッヒ・フォン・ゲルバーおよびパウル・ラーバントの議論の検討を行う。

このような検討に際し、本報告が最も着目するのは、彼らの法学的方法と国制像との連関である。従来の研究は、彼らの法学的方法をしばしば形式主義的であると評し、この形式主義と現状保守的性格(すなわち親君主主義的性格)との結びつきを指摘してきた。これに対し、本報告は、従来においては十分注目されてこなかった、彼らの方法の背景に存在する国制論的志向を確認したうえで、彼らの法学的方法に再び取り組むことによって、彼らの法学的方法が強い実践的志向を有していたことを明らかとしたい。

具体的には以下の二点を述べたい。

1.前期ゲルバー(『公権論』、1852年)と後期ゲルバー(『ドイツ国法綱要』、1865年)の間に存在する国家有機体論から国家法人論への改説が、前期において存在した身分制的国制像への志向と後期におけるこのような国制像への無関心化を背景としたものであることを指摘したうえで、前期ゲルバーの法学的方法が、世論に流されず、法という確固とした基盤に基づいて政治がなされることを確保しようとしたものであること、そして後期ゲルバーにおける法学的方法の体系化、形式化がゲルバー国法学における国制論の地位低下と密接にかかわっているものであることを示すこと。

2.近年公刊されたラーバントの講義録に基づきつつ、ラーバントの法学的方法は、ラーバントが、社会契約論や身分制的国制論、多元主義的国家理論から意識的に離反しつつ、国家と社会の分離、公と私の峻別といった(とりわけドイツに特有の)いわゆる近代的国制観に対する強いコミットメントを有していたことを前提としている点を示すこと。

最後に、本報告では、このような実証主義国法学の再読解が現代の法学にとっていかなる思考の糸口を示してくれるか、という点についても若干ながら触れたい。

なお、本報告は『法哲学年報 2008』(2009年)に掲載される同タイトルの論文をベースとしたものである。あわせてご参照いただければ幸いである。

ミッドフェアとは何か - G・A・コーエンにおける平等の概念 -

宮澤 弘 (立教大学兼任講師)

分析的マルクス主義を代表する論者である G・A・コーエンは論文「何の平等か？ 厚生、財、潜在能力について」("Equality of What? On Welfare, Goods and Capabilities", in M. Nussbaum and A. Sen (eds.), *The Quality of Life*. Oxford University Press, 1993, 竹友安彦監修・水谷めぐみ訳『クオリティ・オブ・ライフ 豊かさの本質とは』里文出版 2006 年)において興味深い主張を展開している。当該論文は平等理論のいくつかの論点を取り上げて考察しており、特に A・センが展開した潜在能力アプローチについて多くを費やしているが、それと同時にコーエン自身が擁護する平等の概念、すなわちミッドフェア (midfare) の平等を提示してその優位性を説明している。本報告ではコーエンが主張するこのミッドフェアの概念について、ある方法論上の条件のもとで一つの解釈を与えたいと思う。そして二番目の目的として、J・E・ローマーによるこの平等概念に対する批判に反論したい。ローマーによってなされた批判は以下のようなものである。コーエンの主張する平等の概念は、広範囲にわたる平等の実現をその理論の帰結として意味するが、この結論を導く理論的な説明は不十分であり直感に過度に頼っており、それゆえ平等理論として主張するにはもっと洗練させる必要がある。ローマーはこのように指摘するが、私見では、コーエンの主張する平等概念を適切に解釈することによってこの批判には応答できるように思われる。

ミッドフェアの平等は、おおまかな図式で表わせば、資源の平等を満たしながら福利の平等をも同時に満たすことを意図する。当該平等概念に従えばこのような状態は矛盾とはならず、潜在能力アプローチが意図するものとも部分的に一致する。ミッドフェアの平等論は二つの平等理論(資源の平等と福利の平等)の長所を保持し短所を補う性質を有するものである。敷衍すればミッドフェアの平等論は部分的にこの二つの平等理論の構造を保存しており、それはコーエンが必要と考える平等を適切に捉えているのではないかと考えられる。

報告では以下のように議論を進める予定である。まず当の概念について、コーエンが用いたテキストの意味に忠実に従った理解を試みる。当該論点に関連する他の論文についても必要に応じて言及する。次にこのように理解した当の概念を数理論理的な手法を用いて取り扱う。そしてミッドフェアの概念を集合論における対応関係を利用して説明する。この説明に依拠すれば、ローマーの批判は誤解に基づくものであることが明らかにされる。

臓器をめぐる所有と交換の法理 臓器売買はなぜ許されないのか

鈴木 慎太郎（愛知学院大学）

臓器売買はなぜ許されないのか。臓器売買の是非を論じることを通して、臓器に対する適切な所有と交換のルールを探究することが、本報告の目的である。

わが国では、臓器移植法 11 条によって、臓器売買は明示的に禁止されている。海外においても、臓器売買禁止が大勢である。例えば、アメリカでは、National Organ Transplant Act (NOTA)に臓器売買禁止の規定がある。また、WHO も、Guiding Principles on Human Organ Transplantation において、臓器売買は禁止すべきものとしている。このように、臓器売買の禁止は、実定的なルールを見る限り、世界的なコンセンサスであるといつて過言でない状況にある。

しかし、なぜ、臓器売買は許されないのだろうか。臓器売買全面禁止の説得的な根拠を見出すことは、思いのほか難しい。管見の限り、臓器売買禁止の論拠として通常挙げられるもので、立ち入った検討を経てなお説得力を有するものを見つけることはできなかった。

他方で、臓器売買は容認されるべきだ（あるいは、禁止を正当化できない以上容認せざるをえない）という議論が存在する。例えば、自分の体は自分のものだ、という自己所有権論からの臓器売買の正当化が考えられる。また、近時、例えば、Epstein、Volokh、Goodwin といったアメリカの法学者によって、臓器売買容認論が有力に唱えられている。

本報告では、臓器売買の禁止論と容認論の双方の議論を紹介・検討する。この検討を通して、双方とも決定的な議論を提出できていないことを確認する。次に、なぜ、双方とも決定的な議論を出せていないのかについての分析を行う。この分析を踏まえ、禁止か容認かのいずれについても決定的な論拠を持ち合わせない中で、臓器売買に対する制度的な対応を決定しなければならないときに、どのように問題を捉え、どのような決定を行うのが正しいのかについて私見を述べる。

臓器売買を認めるのか否かの問題の核心は、臓器をどのような財と考え、それに対してどのような権利を設定し、どのような交換ルールを採用するのが、私たちの社会にとって望ましいのか、という点にあると考える。臓器というこれまで所有や交換の対象とは考えられてこなかったものが、所有と交換の対象となりえた時、どのようなルールをどのように設定すべきなのかについての検討が必要である。

本報告は、臓器売買という実践的な問いに答えつつ、所有や交換のルールに対する基礎的な理解の再検討を行うことをめざす。「臓器は物なのか」、「所有の対象なのか」、「臓器の譲渡は許されるのか」、「無償ならよいのか」といった、臓器をめぐる所有と交換の法理を探究することを通して、近代的な所有権概念や契約概念の見えざる一面を明らかにしたいと思う。

法化論によるポジティブ・アクションの評価

松島 雪江（日本大学）

かつて 80～90 年代に議論された法化論のパラダイムでは、社会国家が内包する諸々の問題点を十分に解明・解決する事ができなかつたと考えられる。当時の法化論は日本において法意識と関連させながら論じられることが多く、法化、非法化、反法化といった文脈で説明されてきた。そこではいわゆる自立型法の法化が説かれると同時に、管理型法から自治型法への移行が推進され、管理型法の法化が進むことには否定的な態度が取られていた。しかし昨今ジェンダーに関する領域で積極的に進められ、また法文中でも実態化してきたポジティブ・アクションは、かつて否定的に捉えられてきた管理型法の法化ではないのだろうか。そうであるならば、現在のポジティブ・アクションをどのようなものとして法的に把握し、評価することが可能であるだろうか。本報告はこうした視点に基づき、法化論によるアプローチを用いて、ポジティブ・アクションの法理論的な評価を試みようとするものである。

まず、かつての法化論がどのようなものであったのかの検討を行う。80～90 年代に日本で行われた法化論は主にドイツで交わされた議論に基づくものであり、Luhmann、Habermas、Teubner らの主張に依拠しながら展開された。そうした議論が特殊日本的な文脈で継承・評価されたことを確認する。

次いで、現在のポジティブ・アクションの現状を把握し、それに対する評価と問題点の指摘とを行う。ポジティブ・アクションの導入と、ガラスの天井、スティグマといった問題とが無関係であるとは考えられない。こうしたポジティブ・アクションの光と陰をいかに捉えることが可能であろうか。

法システムが法・不法を問題とする一つのコミュニケーションと捉えられるならば、ジェンダー領域で提起される「もう一つの声」をポジティブ・アクションで汲み取ることは可能であろうか。その際に法化論は、ポジティブ・アクションに対してどのような判断を下すことになるだろうか。またその一方で、ポジティブ・アクションに基づく Rights talk が強まった場合、法化論はそれに対していかに応答し、包摂していくことが可能だろうか。さらには、ポジティブ・アクションにはよらず、「放っておいて貰う」権利を法化論で構成することは可能であろうか。

こうしたポジティブ・アクションに対する諸々の問題点と評価を、法化論を通じて検討していきたい。

< ワークショップ >
| Aワークショップ

ドゥウオーキンの法哲学と政治哲学

開催責任者 宇佐美 誠（東京工業大学）

演 真一郎（同志社大学）

ロナルド・ドゥウオーキンは、30 年余にわたり英語圏の法哲学・政治哲学において最も注目されるとともに論争を喚起する理論家の 1 人であり続けてきた。彼が行ってきた先行学説への批判および代替学説の提示は、法実証主義批判と解釈的理論の唱道から、原意主義批判と憲法の道徳的解釈の提唱、功利主義批判と権利論的理論の展開、厚生平等主義批判と資源平等主義の擁護、そして懐疑論への応答にいたるまで、きわめて多岐にわたる。このようなドゥウオーキンの多面的な学説を、その最新の理論展開や国際学界での批判者たちによる解釈・応答を踏まえつつ包括的に検討することが、本ワークショップの目的である。

ワークショップは 2 部に分かれる。第 1 部では、ドゥウオーキンが法哲学での H・L・A・ハートの理論と政治哲学でのアイザイア・バーリンらの学説の双方に対して近年行っている、アルキメデス主義という性格づけおよびそれへの批判を 1 つの焦点としつつ、法哲学・政治哲学・メタ倫理学の基本性格はどのようなものかを主題とする。第 2 部では、資源主義の視角からの平等主義の擁護、憲法の道徳的解釈、原理による法解釈という 3 つの重要な個別学説を順次精査してゆく。これらの作業を通じて、ドゥウオーキンの理論の解明・評価のみならず、彼が渉猟してきた諸論点をめぐっても活発な意見交換が行われることを期待している。

| Bワークショップ

動物の法的地位についての法哲学的考察

開催責任者 古澤 美映（千葉大学）
嶋津 格（千葉大学）

奴隷や女性、子供に法的権利が認められない時代は長かったが、パラダイム・シフトが起こってしまった今から見れば、それは不思議に見える。奴隷というカテゴリー自体が不当だし、女性や子供が人権の主体であることは当然だからである。同種の認識枠組みのシフトが動物についても起こる（予言）または起こるべきだ（規範的主張）とする見解が一部に広がっている。立法の面で見れば、これまでペット（companion animals）についての保護は比較的手厚だったが、食肉用家畜と実験動物については、動物の犠牲（sufferings）と人間の利益との相克があり、動物の利益は後回しにされがちであった。だがこの点でも、最近のEUや米国では大きな変化が見られる。家畜の保護や動物実験の制限を目的とする立法が相次いでいるからである。動物に権利があるかをめぐっては、P・シンガーやS・ワイス（擁護論）とR・ポズナー、R・エプスタインなど（否定論）の間に論争があり、議論が継続中である。一方、特に虐待禁止について動物法の分野は現在立法が活況を呈しており、動物法は法システムの一分野を確実に占めるに至っている。また、米国では122を超えるロースクールで動物法の講義が行われている。

報告者の二人は、動物法の分野で米国の先端を行くルイス・クラーク・ロースクール（オレゴン州ポートランド市）で教授として授業を行い、動物法研究センターを運営している、この分野の専門家であり、フラッシュ教授はケースブック（Animal Law: Cases and Materials, 3rd edn., 2006, Carolina Academic Press）の共著者でもある。

コメントを担当する長尾亜紀と古澤美映は、法哲学の中で動物の権利問題をテーマ（の一つ）にしてきた研究者であり、青木人志はこの分野で複数の著書を出している日本におけるパイオニアである。

時間表

13:30- テーマの概要と報告者の紹介など 嶋津 格 (千葉大学)

13:35- 報告 1 : Pamela Frascch (Lewis & Clark Law School) , "A Moral Dilemma: Why the Link between Animal Abuse and Human Violence Demands a New Approach to the Treatment of Farm Animals"

14:00- コメント:長尾亜紀 (元大阪大学博士課程)

14:05- 報告 2 :Kathy Hessler (Lewis & Clark Law School), "Animal Testing: Concerns and Consequences"

14:30- コメント 古澤美映 (千葉大学博士課程)

14:35- 総括コメント 青木人志 (一橋大学)

14:45-15:10 質疑応答

使用言語 : 英語、司会 : 嶋津 格

報告は英文と和訳を用意し配布します。日本語での質問も受け付けます。

参考文献

青木人志 『日本の動物法』2009年、東京大学出版会

Cass R. Sunstein and Martha C. Nussbaum eds., ANIMAL RIGHTS; Current Debates and New Directions, 2004, Oxford UP

Steven M. Wise, Rattling the Cage; Toward Legal Rights for Animals, 2000, Basic Books

「要件事実論と審査・起案技術 法理学からの検討」

開催責任者 榊島 博志（東北大学）

kabashima@law.tohoku.ac.jp

今般、民事要件事実論と法理学・法哲学の理論的協働を試みる議論が活発に行われている（参照、「（特集）要件事実論と基礎法学」法学セミナー639号2008年8頁以下）。要件事実論は、民事訴訟手続における証明責任の分配にかかわる理論として、実務において司法研修所を中心に精緻に展開されたものであり、今日では、法科大学院教育において実務基礎科目のなかで重要な位置を占めるものとなっている。このように一方では、要件事実論は民事訴訟の手続論としての性格を有するものの、他方、要件事実それ自体は民事実体法に規定される構成要件にかかる事実であることから、民事実体法の解釈・適用に関わる法解釈方法論とも関連性を有するものと考えられうる。ところが、法科大学院教育においては、要件事実論は、主に実務家教員により担当されているようであり（たとえば筆者の本務校では裁判官派遣教員が担当している）民事裁判実務の争点整理や準備書面・判決文の起案の前提となる理論という位置づけを与えられているものと思われる。その反面、民事実体法・手続法と法解釈・適用方法論との有機的連関の可能性という観点からみれば、理論的発展の余地が残されているかもしれない。今般の活発な議論もこうした可能性を探求する試みとも捉えることができ、本企画も、そのなかでひとつの問題提起を試みるものである。

本企画で取り扱う議論の対象は、ドイツにおける審査技術（Gutachtentechnik）ないし起案技術（Klausurtechnik）である。ドイツの法学教育においては、初学者に対して、民事実体法に関する事例問題につき、事案解決（Falllösung）のための起案技術の教育が施される。ドイツにおいては、審査・起案技術を習得することが、民事実体法の解釈・適用の前提とされており、かつそのなかには、実体法上の請求権の審査方法として、請求原因の類型化と権利障害ないし抗弁とのブロック・ダイアグラムの構造理解が含まれる。これに対し、わが国の法科大学院教育においては、民事実体法の解釈・適用方法に関する審査・起案技術を習得することぬきに、実定法解釈学の（双方向）授業と平行して、要件事実論が講じられている。ドイツにおける法解釈・適用技術の段階的習得と比べれば、わが国においては、ある意味で裁判手続に偏重した実務基礎教育がなされているものと見ることもできよう。

ドイツの審査・起案技術を取り上げることにより、見通しとして、次のような問題提起ができるのではないかと考えている。

第一に、わが国の要件事実論は、一見したところ、ドイツの理論に淵源を有するようである。基本用語である請求趣旨（Antrag）、請求原因（Klagegrund）、訴訟物（Streitgegenstand）、抗弁（Einrede）、再抗弁（Replik）といった概念にはすべてドイツ語が当てられている。そしておそらく要件事実論は、ドイツにおける当事者関係構成の技術（Relationstechnik）に由来すると思われる。ところが、ドイツにおいては、先に見たように、初学者の段階から第一次司法試験までは、審査・起案技術を習得することを要求される。そして、当事者関係構成の技術は、司法修習の修了試験たる第二次司法試験においてはじめて要求されるものである。すなわち第二次試験では、Relationstechnikにもとづき、裁判官の立場からの判決起

案と、弁護士の立場からの審査結果起案ないし準備書面起案が求められる。これに対しわが国においては、第一次司法試験の段階ですでに要件事実論の習得が求められている一方で、法科大学院教育において、審査・起案技術を習得する機会に欠けている。本企画は、果たしてこのような形での学説継受が正当性を有するのか否か、検討の端緒を開くことを目指している。

このことと関連して、第二に、法学教育の初期段階においては、要件事実論より先にまず、審査・起案技術を習得するほうが重要であるとも考えられる。というのも、近代ローマ学説法を継受したわが国においては、ドイツと同様、実体的請求権の存否にかかわる民法実体法の適用方法を習得することが、手続法的要素を加味した要件事実論より、習得の順序としては先行するものと考えられるからである。そうだとすれば、授業方法も、ソクラテス・メソッドではなく、教師が学生を誘導する問答形式たる教理問答法（Katechismus）の方が適している。というのも、学生の側で問題となるのは主に、事案解決の前提となる実定法と判例に関する知識の欠如であって、論証過程における実践理性の適切な使用方法を習得する以前のことだからである。この点においてもドイツの法学教育は参考となろう。

第三に、要件事実論とドイツにおける審査・起案技術（Gutachtentechnik）および当事者関係構成技術（Relationstechnik）との間には、請求権の存否にかかわる審査手順に関して、少なからぬ相違を指摘することができる。たとえば、請求趣旨（請求の経済的目的）と請求原因の關係の捉え方、請求原因内部での基礎となる事実と根拠規定との区別、といった点において、ドイツの理論において分析的な構造化が見られる。とくに請求原因については、処分権主義（民訴 246）の範囲あるいは上訴理由（民訴 312、318）との関係で、実体法上の請求権の審査の段階で分析的な検討が求められるところである。あるいはまた、ドイツの理論においては、請求権の根拠規定の類型化と審査手順の構造化、権利障害と抗弁との区別、といった詳細な分析が施され、きめ細かな請求権審査に適したものとなっている。そしてこの分析的な請求権審査にもとづき、立証責任の分配をふまえた当事者関係の構造化を行っている。わが国の要件事実論が自足的であり得るか否か、比較検討の端緒を提供するものといえよう。

さいごに、わが国の法科大学院教育への一定の示唆を期待することができる。法科大学院においては、理論と実務の架橋という名の下に、実務基礎科目が選択必修として設定されている。しかし、人的な交流は別段、理論面での法解釈学と法実務の架橋は十分といえるだろうか。法科大学院発足後、アメリカのモデルに従い、さまざまな分野でケースブックの刊行が活況を呈している。しかし、成文法主義を採るわが国においては、ケースとのアナロジーが事案解決の主たる方法ではなく、建前としては包摂モデルが主な法律学方法論であるはずである。そうであるならば、法的三段論法を用いて事案の妥当な解決に導く技術を習得することは、法律家にとって不可欠のはずである。しかしながら、実務家教員によっても、この意味での法的三段論法の技術伝達は、必ずしも活発になされていない嫌いがある。ドイツでは研究者教員のみが授業を担当するにもかかわらず、審査・起案技術の習得は、不可欠の教育目標として設定されている。無論、日本法においては判例の占める比重が高く、ドイツの技術をそのまま移植できない面もあるが、現在の理論と実務の架橋という理念を反省的に検証するためには、比較検討するに値するものと思われる。

| Cワークショップ

アダム・スミスの現代的意義

開催責任者 中村 浩爾（大阪経済法科大学名誉教授）

現在、スミス・ルネサンスと呼んでもよい状況がある。田中正司によれば、政治学や哲学など経済学以外の分野からの参入の一般化とスミスの中に現代社会の当面する課題への解答の手がかりを求める動きが活発化したことによるものであり、その背景には1980年代以降のケインズ主義の行き詰まりと社会主義の破綻に伴う市場経済の「勝利」がある。しかし、欧米と日本、経済学と法学、また学界と一般社会とでは、事情が異なっている。すなわち、欧米では、多くの研究書が出されている（1990年末には2年足らずの間に、英語圏だけで8点の研究書と11冊の資料集が刊行されている）が、日本では、一般社会ではしばしばスミスが引用されるが、学界では欧米ほどの関心の強さが見られないように思われる。スミス研究にふさわしい学会の一つである法哲学会も例外ではない。その原因は、一つには、経済学にとっては、スミスに真新しさを感じない、あるいは社会思想史学の場合は学が存在自体が法人化などの影響によって危うくなっているという事情も関係しているかもしれない。また、法哲学にとっては、スミスは、経済学や社会思想史学の対象ではあっても、正義論以外は自らの対象ではないという思いこみがあるからかもしれない。

しかし、水田洋による「法学講義Bノート」の新訳、堂目卓生の一般読者向け『アダム・スミス』（中公新書）さらにまた、非経済学者による『国富論』の新訳が出されるなど、日本でもスミス研究の幅と深みが増しつつある。問題は、日本においては、『法学講義』の意義が、一般社会はもちろん、学界でも十分認識されていないことにある。堂目の著作においても、『法学講義』についての言及はほとんどない。今や、『法学講義』抜きにはスミスを語ることはできない時代になっているにもかかわらず、である。

そこで、このワークショップでは、スミスの『道徳感情論』、『国富論』はもちろん、「法学講義」を含むスミスの多彩な業績に、異なった分野から多角的に迫り、スミスの全体像を明らかにし、その現代的意義を明らかにしたい。

< 統一テーマ報告 >

統一テーマ「リスク社会と法」について

中山 竜一（大阪大学）

「リスク社会」という表現がしばしば耳にされるようになって久しい。この言葉は、地球温暖化をはじめとする環境危機、BSE、SARS、新型インフルエンザ騒動のような食品衛生や健康をめぐる諸問題、グローバル化の進展とともに不安定化する世界経済、国際テロや犯罪のボーダーレス化等々、多様な文脈で用いられるが、共通するのは、予測不可能な新たなリスクが出現し始めた結果、M・ウェーバーを範とするかつての近代化論の想定とは逆に、知識の増大がかえって不確実性を増大させつつあるという意識、そして不安である。

文明論的な視座からすれば、法はつねに様々な「危険」に対処すると同時に、様々な「不運」の結果を人々に割り振るための制度的な手だてとして機能してきたと言える。ただ、ある時点から法は意識的に、「リスク」の予測と配分という視点からそれを行い始めたのではないだろうか。もちろん、こうした法制度史の捉え方それ自体、思想史的検証を必要としているが、仮にこうした捉え方が許されるなら、「リスク社会」において法が直面しつつある新たな事態は、次のような仕方でも描き出すことができるように思われる。すなわち、被害の甚大さや波及効果の見通しが立たないような新しいタイプのリスクの出現により、リスク計算が困難となり、それゆえ、リスクに基づく費用=便益計算にはこれまでのように全幅の信頼を置くことができなくなった結果、法制度はもはや、これまでのように予測可能性を担保し、確実性をもたらすものではなくなってしまったのではないかということ、そして、「安全」や「安心」すなわち、広義の「セキュリティ」を直ちに保証してくれるものでもなくなりつつあるのではないかということである。

このように、「リスク社会」という新たな現実の下で、法をめぐる制度と思考は大きく変質しつつある。あるいは、こうした時代診断がたとえ勇み足であったにせよ、「リスク社会」という言葉をインデックスとすることによって、初めて掬い上げることのできる新たな問題群は、多くの法分野で見出すことができる。たとえば、そのような問題群には次のようなものがある。

(1) まず、「リスク社会」では、立法や公共的決定における費用=便益計算の地位が相対的に低下し、それにともない、テクノクラートによる決定から、開かれた情報に基づく、ステイク・ホルダー間の民主的な「討議」の重要性が高まりつつある。しかし、こうした方向とは裏腹に、予測不能なリスクに対する人々の「恐怖」を解消するという名目で、過剰な「予防的」介入が正当化されるという危険も同時に存在している。（憲法にかかわる問題系）

(2) また、「リスク社会」にあっては、「自由に賢明な自己決定を行う主体」としての個人や企業の立場が不確かとなるため、事後的な救済よりも事前の差止の重みが増し、それと同時に、契約法による事後的なリスク配分、不法行為法による事後的な帰責構造の変容、さらには挙証責任の転換が観察される。このように「リスク社会」は、民事法にも根本的な変化をもたらしつつあるように思われる。（民事法にかかわる問題系）

(3) 個人や企業による自由な行為の限界がとりわけ鮮明となるのは、それが環境や人々の健康といった

価値と衝突する場合である。「予防=事前警戒原」は、まさに環境法の分野で、計算不可能なリスクに対処するための法的な手立てとして誕生し、いまでは国際条約や各国の憲法文書にも書き込まれ、新たな法原理として実定化しつつある。この原則は従来の「未然防止」型アプローチを超え、潜在的な災厄とその原因の因果関係が明確でなくとも、一定の不可逆的な潜在的リスクに対し何らかの施策の実施を要求する。それは科学・産業・経済にいかなる影響をあたえるであろうか。また、このような事前的介入を環境や健康といった領域だけにとどめ置くことができるだろうか。(環境法にかかわる問題系)

(4) 「リスク社会」における個人は、ある日突然に犯罪被害者となる可能性に敏感である。しかし、失われた「安心」と「安全」への信頼回復のためと称し、予防=事前警戒的な手法を刑事司法にもストレートに持ち込もうとすれば、予防拘禁の濫用や、新技術の利用を通じた過剰なコントロールが、憲法上の人権の諸原理と衝突するといった事態も容易に想像できる(「予防国家」や「敵刑法」をめぐる諸問題)。「リスク社会」における刑事司法は、社会統制の手段としてどのような姿をとるべきであろうか。(刑事法にかかわる問題系)

(5) テロリズム、伝染病、金融恐慌、等々 「リスク社会」における新たなリスクの多くは、いわば「グローバル化」する傾向を有する。それゆえ、リスク社会における法を考えるためには、国際法の制度や原理にまで足を踏み入れる必要がある。「世界リスク社会」の法は、各国民衆の緩やかな協働の枠組となるのか、あるいは、たとえばカントが批判したような一元化された世界国家をもたらすのか。(国際法・国際政治にかかわる問題系)

このように「リスク社会」において法が直面する問題群には多様な水準があり、各々について重層的な検討を行うことがまず不可欠となる。それゆえ、本企画は、冒頭で「リスク」や「リスク社会」をめぐる概念や論点の整理と総体的な展望を行った後、次のようなかたちで進められる。(1) 憲法学を専門とする愛敬浩二会員の報告と、討議と正義の問題に取り組む平井亮輔会員によるコメントと質問、(2) 民法法の変容をめぐる浅野有紀会員の報告と、紛争処理と裁判制度にかんする福井康太会員のコメントと質問、(3) 環境法を専門とする大塚直教授による報告と、環境法政に原理的次元から取り組む松本充郎会員のコメントと質問、(4) 刑事法学者の立場からする松原芳博教授の報告と、新たな社会統制と自由の問題に取り組む大屋雄裕会員のコメントと質問、(5) 法と正義のグローバル化にかんする瀧川裕英会員の報告と、法思想史な視座も収めた森元拓会員のコメントと質問。

だが、ここであらためて強調しておくべきことは、各法領域における様々な取り組みを、新たな事態に対する散発的な対応として拾い集めるだけで満足するわけにはいかないということである。たとえば、リスクに対する「予防」や「事前警戒」といったものが、環境法における場合と、刑事政策や国際政治における場合とでは、全く異なる含意と帰結をもたらすことを考えても、個々の法領域を横断する視点から、概念とその使用の異同を明らかにし、纏れ合った糸を解きほぐすことが重要となる。法哲学の使命の一つは、様々な法実践に対し有用な工具箱を提供することである。本企画の目的は、こうした分野横断的な作業のための場所と道具を提供し、新たな協働に向けた最初の一步を踏みだすことにほかならない。シンポジウムでは、フロアーからの質問と応答も含め、活発な議論を期待したい。

リスク社会における法と民主主義

愛敬 浩二（名古屋大学）

報告の課題

立憲民主政(Liberal Democracy)において、法と民主主義の問題を考える前提になっていたのは、自律的に情報を取捨選択し、自らの行動を決定する人間像であった。しかし、リスク社会の到来は、このような人間像そのものの問い直しを求めているのかもしれない。本報告では、リスク社会における法と民主主義の問題を憲法学の立場から考察することを課題とする。

報告の概要

「9・11」以降、「安全・安心」をテコにして、様々な分野における国家権力の拡大・伸張が進められている。日本の公法学でも、ドイツの議論を参考にしつつ、「安全の中の自由」論の導入が試みられるに至っている。

憲法学においてドイツの基本権保護義務論への関心が高まっており、「安全の中の自由」論を受入れる理論的土壌が出来つつあるのではないかという懸念もある。ただし、憲法学者は「リスク社会」の理論的インパクトを適切に評価した上で、市民的自由の保障に関する従来の議論（警察比例の原則など）の再構成（再正当化）を行うべきであろう。

「リスク社会」の理論的インパクトを相対化（緩和）する有力な議論が、サンステインの予防原則批判である。サンステインの議論に対しては、予防原則を地球環境問題以外の領域（とりわけ安全保障問題）にまで適用するのは妥当ではないとの批判がある(中山竜一)。ただし、予防原則の支持者が、リスク管理における専門家支配を批判し、市民の直接参加を論ずる以上、現実の政治決定の際、予防原則の適用対象をいかに限定するかという問題が残るように思われる。憲法学・政治学における討議民主主義の議論が、この問題をしかるべく受け止めているのかを検討する。

予防原則をめぐる議論は、「パニックの際、立憲主義的諸制度は機能するのか」という問題に接続する。コモンロー・システムの下では、パニックの際にも司法的統制が機能しうることを論証しようとするダイゼンハウスの議論を参考にしつつ、この問題を考察する。

主な参考文献

愛敬浩二「『予防原則』と憲法理論」森英樹編『現代憲法における安全』（日本評論社、2009年）

中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望』（有斐閣、2004年）

Cass R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (Cambridge U.P., 2005)

David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge U.P., 2006)

リスク社会における私法の変容

浅野 有紀（近畿大学）

本報告では、契約、成年後見制度と自己決定権、不法行為の三分野について、リスク社会における対応の私法の変容をみる。

契約においては、国際金融など私的自治が拡大されている領域の現状をみる。ここでは、リスクへの対処を当事者の意思決定に委ねることによって、期待されるような規範形成ではなく、業界団体による一方的なマネジメントが進み、それにより無規制の担保執行などに対する懸念が生じていることを紹介する。

次に、成年後見制度と自己決定権においては、自己決定能力の不十分な人に自己決定をさせる困難から、エンパワーメントの理念に基づく決定環境の整備が要求されることを論じる。環境整備としては介護保険制度などが存在する。ここでは、このような環境整備のあり方からまた新たなリスクが生じることを論じる。

最後に、不法行為法においては、市場的意思決定への不信がみられ、情緒的なものも含めた生活の平穩を守るための新たな権利観＝人格権の思想が生じていることをみる。しかし、このような権利観の拡大には、差止めという強力な救済手段と相俟って、行為の自由を制限する危険があることが懸念される。

これらの検討から導き出されと思われることは、契約においても成年後見制度においても、人々の意思決定は社会的な構造の下でなされており、意思決定者の自由を必ずしも促進しないということである。ここには常に、他者による支配の危険が存在している。

これに対して、不法行為法における人格権論では、意思決定によるコントロールそのものに対して懐疑的な目が向けられている面があるようにみえる。ここでは、他者の意思決定に影響されることなく既存の生活の基盤を守ることが実質的自由であると考えられている。変化のめまぐるしい現代リスク社会において、このような人格権的な実質的自由の価値が見直されるべきではないか。飽くなき利益追求や、意思決定に継ぐ意思決定の必要に追われることや、行動範囲の拡大よりも、多くの人々にとって、生活を営んでいく、特にその生活の中で将来の世代を育てていく場の確保として、このような保守的な自由が必要なのではないかと考えられる。しかし、それにつきまとうのは、既存の自己の生活を守ろうとするあまり、感情的なリスク判断をし、自己の利益と共通の利益を有する者とのみ結合し、他者を排除する閉鎖社会の危険であろう。

リスク社会と環境法 環境法における予防原則について

大塚 直（早稲田大学）

はじめに

環境法における危険とリスク

予防原則の最大の特徴：不確実性を伴うリスクを対象とする

予防原則の適用領域：環境、食品の分野 / 予防原則の発展・国際法上の位置づけ・特色

予防原則に関する個別の論点

（１）予防原則に対する疑問とそれに対する反論

証明責任の転換による憶測に基づく政策が採用されることの懸念 証明責任が転換されるのはごく一部のケースに限定される

不確実なリスクのために資源が投入され、より大きなリスク等に対する資源が投入できなくなることに
対する懸念 予防原則の要件として、リオ宣言があげる「重大な又は回復不可能な」環境損害を掲げる
ときは、要件が限定されること、比例原則や費用効果分析の適用を前提とする

行政が予防原則に従い、科学的な不確実性のある状態で介入した後に、介入の対象となったリスクが極めて
小さいか、存在しないことが判明した場合、行政の行為が適法とされれば、被規制者の補償が問題とな
ることに対する懸念 法律に特別の定めがある場合以外は、介入に伴って生ずる負担は特別の犠牲となる
ときに補償が認められる

（２）予防原則は「原則」か、法原則か。

(a)「原則」か / (b)法原則か 生物多様性基本法 3 条 3 項

予防原則と基本権保護義務の関係

（３）予防原則の２つの内容と、適用例

調査（リスク評価）が行われていない（ゆえに科学的に不確実な）場合 化学物質のリスク評価、遺伝
子組換え生物のリスク評価、外来種のリスク評価、廃棄物の海洋投入処分のリスク評価、環境影響評価な
ど

調査の結果なお科学的な不確実性が残る場合 地球温暖化、オゾン層破壊など地球環境問題、VOC による
大気汚染防止など

（４）予防原則の要件

- ・ 重大又は不可逆の損害のおそれ / 科学的な不確実性
- ・ 純粹の仮定的リスクは排除される

（５）予防原則と比例原則、費用便益分析

- ・ 比例的予防原則 / 費用便益分析の検討（EU コミュニケーション・ペーパー）

（６）予防原則と証拠の提出責任、証明責任の転換

- ・ 制度としての証明責任の転換はありうる（ロンドン条約議定書） / ・ 証明責任の転換は一般的ではない

（７）予防原則と意思決定：討議民主主義（deliberative democracy）

（８）予防原則の効果 手法 / （９）予防原則と訴訟

予防原則の課題：明確化の必要と討議民主主義

予防原則の適用領域の拡大の問題

- ・ 食品・環境の予防と予防拘束・戦争等との相違。対立する利益についての大きな相違。

リスク社会と刑事法

松原 芳博（早稲田大学）

近時、「体感治安」の低下に伴って、立法上の犯罪化・重罰化、量刑上の重罰化の傾向が顕著である。しかし、日本の犯罪は増加・凶悪化しているわけではなく、むしろ凶悪犯は減少している。また、インターネット犯罪、外国人犯罪等の新たな犯罪形態が見られるものの、総体としての犯罪現象は、予測・制御不可能で壊滅的な被害をもたらすというリスク社会特有の危険を示すものではない。もちろん、個々の犯行は予測不能であり制御困難なこともあるが、犯罪現象全体は統計的に予測可能であり、刑事司法を含めた法制度によって一定の範囲に制御されてきた。近時の刑事法をめぐる動きは、むしろ、人々の意識や行動様式がリスク社会の影響で変容したところによるところが大きい。「被害者への注目」により被害者と自己を同一化した国民は、犯罪被害をわが身に降りかかるものとして認識する。自分に降りかかる犯罪リスクは、個人にとって予測不可能で壊滅的である。しかも、「自己責任論」によれば、個人がこのリスクに対処しなければならない。そこで、国民は、刑事立法、刑事裁判、防犯活動といったリスクコントロールの場への「参加」を求めようになる。こうして、専門家が決定権を握ってきた刑事立法が民意で動かされるようになった。しかし、多くの国民は被害者になっても加害者にはならないと思っている点で立場の互換性を欠く。現実の政治過程・立法過程でも、被害者・遺族団体が強力な発言権を持つのに対して、(潜在的)犯罪者はまったく発言権をもたない。それゆえ、刑事法に関しては通常の政治過程による「熟議」に期待しにくい。一方、国民の求める立法や施策は、しばしば、一定の現実的な効果を目指した「現実的リスクコントロール」ではなく、自己満足のための「象徴的リスクコントロール」となっている。被害者参加制度は「リスクコントロールの失敗に対する代償」という性格が強い。近時の重罰化も、一般予防・特別予防の効果というより応報感情に支えられたもので、象徴的性格が強い。奈良県声かけ禁止条例等の早期処罰規定もその実効性は疑わしく、安心・安全を演出する象徴立法といえる。もともと「刑罰」には象徴的な側面があることに加えて、「リスク」も人々の意識の中で構築された存在である。しかも、予測可能性に対する信頼が失われたリスク社会では、合理的・実証的な予測に基づく犯罪予防効果への関心は薄れ、人々の感情の充足が主要な関心事になっていく。こうして、人々の意識の中で構築されたリスクを刑罰という象徴によって擬似コントロールするという国民の意識の内部で自己完結した刑罰システムが誕生する。「刑罰による規範の回復」とは、このような国民の自己満足と国家の自己演出を内容とするものではないか。このような象徴的リスクコントロールないし擬似リスクコントロールは、はたして侵害原理や比例原則、責任主義といった近代社会の基本的な価値を犠牲にしてまで追求されるべき価値を有しているのだろうか。また、国民は、それが自己満足にすぎないことを認識した後にも、象徴的リスクコントロールを求め続けるのであろうか。

拙稿「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界 7612 号、「刑事立法と刑法学」ジュリ 1369 号、「刑事責任の意義と限界」法時 76 巻 8 号、「被害者保護と厳罰化」同 75 巻 2 号参照

グローバル・リスクと世界秩序

瀧川 裕英（大阪市立大学）

ベック(Beck 1986)によれば、リスク社会の特徴は計測不可能性である。ウェーバーがいうように、近代化は合理性の増進 = 予測可能性の向上を志向したのに対し、リスク社会では逆に予測不可能性が蔓延する。リスクは計算不可能である。計算不可能だということは、理性によって把握できないということである。つまり、リスクは非理性である。こうしてみると、リスク社会の問題とは、非理性に対していかに対応するかという問題である。

ロールズの理解(Rawls 1993)では、いわゆる理性には二種類ある。他者との共生に関わる the reasonable と、自己の目的追求に関わる the rational である。したがって、非理性にも二種類あることになる。グローバルなリスク社会で問題となるのは、二つのリスク主体、すなわち、unreasonable な主体と、irrational な主体である。前者は自己利益を追求することで他者との共生を拒む。後者はそもそも自己利益に反するように見える行動をする。この二つリスク主体にいかに対処するかが問題である。

unreasonable な主体の問題は、ゲーム理論的にいえば、チキン・ゲーム、あるいはシカ狩り・ゲームとして記述できる。これはつまり、リスク主体の問題であるというよりは、世界の構造の問題として理解できる、ということである。そうであるならば、世界の構造を変化させることで、unreasonable な主体の問題に対処することが可能である。これに関連して、Kant は、自然状態では各人は悪だと推定されるという(Kant 1797)。そのため、自然状態では先制攻撃が正当化される。先制攻撃が禁止されるのは、法的状態に至った後である。まり、いわゆる先制攻撃論が「悪の推定」から導出されかねない。したがって、グローバルな世界秩序を考察するためには、カントの「悪の推定」にまつわる問題を避けて通ることはできない。

irrational な主体の問題は、Hobbes が Fool の問題として提示したものである(Hobbes 1651)。irrational な = 計算能力を欠く主体に対する Hobbes の応答には疑問が提示されてきた。ただ、この問題は、相手が Fool であるという問題ではなく、相手が Fool であるように見なすという問題である。つまり、相手の irrationality は現実であるというよりは構築される。リスクは存在するのではなく構成される（リスク構成主義）。つまり、グローバルなリスクは、我々の認識枠組に向けられた問題でもある。

大会報告では、上記の基本理解に基づいて、グローバル・リスクに対処するための世界秩序を構想したい。