

# 立命館大学法学部ニューズレター

## 第18号



## Newsletter

The Faculty of Law

Ritsumeikan University

### 目次

1999年度日本刑法学会分科会 「少年司法改革の諸問題」報告	葛野尋之	2
1999年度日本刑法学会第77回大会分科会 「共犯論の総合的検討」 「正犯」と「共犯」－その根拠と限界－	松宮孝明	4
日本労働法学会シンポジウム報告を終えて	山下眞弘	6
日本法社会学会での個別報告－医療過誤訴訟にみる医療と法－	渡辺千原	8
米国ピッツバーグ大学での在外研究について	堀 雅晴	10

## 1999年度日本刑法学会分科会

## 「少年司法改革の諸問題」報告

葛野尋之

1999年5月24日、早稲田大学で日本刑法学会が開かれ、分科会「少年司法改革の諸問題」がもたれました。これは、現在提起されている少年法改正に、さまざまな角度から理論的検討を加えることを目的としたものです。

現在の少年法改正は二つの流れから成っています。一つは、山形明倫中学のマット死事件など非行事実の激しく争われる事件を契機にするもので、「非行事実認定手続の適正化」を掲げ、裁定合議制の導入、検察官の審判関与、検察官への抗告権付与、観護措置期間の延長などを柱とするものです。もう一つは、神戸市須磨事件や黒磯北中学教師刺殺事件などを契機にして、少年非行の「凶悪化」を前提としながら、政府自民党が主導し一部マスコミなどが積極的に提案しているもので、少年法の定める刑事処分適用年齢を16歳以上から14歳以上へと引き下げることと柱とする、いわば厳罰指向の改正案です。

前者については、1998年7月の法制審議会への法務大臣の諮問から、1999年1月の法制審議会答申を経て、同年3月、法案として国会に提出されており、近々、本格審議入りが予定されています。後者についても、議員立法による早期実現が目指されています。これら両者が、相対的に独立しながらも、密接に関わり合いながら進んでいるのが、現在の少年法改正の動きです。

今回の分科会は、以下のメンバーによる共同研究の成果を報告し、参加者によって討論するという形で進められました。報告の後に、所一彦・立教大学教授と守屋克彦・仙台高裁秋田支部長からコメントをいただきました。

斎藤豊治・甲南大学教授

オーガナイザ、進行と企画の趣旨

服部 朗・愛知学院大学教授

司法福祉からみた少年法改正

福井 厚・法政大学教授

非行事実の認定手続の適正化について

新倉 修・國學院大学教授

少年審判の情報公開と被害者の保護

葛野尋之・立命館大学助教授

厳罰論的少年法改正の批判的検討

福田雅章・一橋大学教授

少年の成長発達とデュー・プロセス

報告者の顔ぶれからか、一部会員より、「少年法改正を全面批判する偏った共同研究なのか」という声も聞かれたようですが、分科会に参加していた小田中聡樹・専修大学教授は、「全員が明確に批判的立場をとっていて、とてもまとまりのある共同研究で聞いていて小気味よかった」と話していました。

報告全部について、刑法学会の学会誌である刑法雑誌39巻4号(1999年)に、論文が掲載される予定です。また、私と、これと同じ課題についてより詳細に、「厳罰指向の少年法改正案・批判」という論文にして、刑法読書会の機関誌である犯罪と刑罰14号(1999年)に掲載する予定です。

私は、報告のなかで、次のような点について述べました。

- 1 問題の所在
- 2 「非行事実認定手続の適正化」を掲げる改正案との関係
- (3 少年非行は「凶悪化」しているのか?)
- (4 刑法の刑事未成年規定との関係)
- 5 厳罰は重大非行抑止に効果的か?
- 6 少年非行のリアリティ
- 7 厳罰が生み出す矛盾
- 8 真の改革課題はなにか?

ここでは、5~7の部分について、簡単に紹介しておきます。

厳罰論を基調とする少年法改正は、その標的とする重大少年非行の抑止を目的として提起されることが常です。刑事制裁についての威嚇抑止論の前提には、犯罪行動に関する合理的選択のモデルがあります。しかし、経済犯罪などと異なり、重大非行も含めて、少年非行の多くは合理的な利害得失計算に基づき選択された行動とはいえません。非行少年の多くは、行為が被害者やその家族、地域社会等に与える心理的な傷や被害、その行為が自分に対してどのような社会的制裁を引き起こすか、そうした制裁が自分の一生や自分の家族に対してどのような害を与えるのかについて、少年は社会的精神的な未熟さのゆえに理解せず、あるいは知識としては知っていても、行動を抑制できないで行われます。このような特徴は、年少であるほど、そして重大非行であるほど強いでしょう。

少年非行は、一部報道にあるように、「格好をつけてナイフを持ち歩き、理由もないのに突然にキレて凶悪犯罪に及ぶ」などという単純なものではありません。一九九八年六月に国連子どもの権利委員会が発表した日本政府報告に関する審査の最終所見は、「極度に競争的な教育制度によるストレスのため、子どもが発達上の障害にさらされていること」を指摘し、「余暇、スポーツ活動および休息が欠けていること」を指摘しています。

現代において、非行少年だけでなく子どもたちは皆、強い抑圧的・疎外的状況に追い込まれています。子どもたちは一人一人に分断され、家庭でも、学校でも、地域社会でも、互いに信じ合い愛し合う関係を剥奪されています。あらゆる社会関係を競争原理によって支配され、競争の結果に対しては、「自己決定」によるものと擬制されて、「自己責任」を冷厳に問われようとしています。

このような抑圧的・疎外的状況に対して、子どもたちは、いじめ、不登校、怠学、神経症、自殺などさまざまな反応を見せています。非行もその一つであるように思われま。弁護士の津田玄児の言葉によるならば、「『突発』的な『凶悪』な非行の背景には、

子どもを追い詰め、そのSOSを受け止める余裕を失った、無慈悲な現実がある」のであって、「子どもが『キレル』のは、非人間的な現実に耐え、ひたすら「透明な存在」になることを強いられ、当然の抗議・批判・抵抗が許されない現実とも無関係で」はないのです。

このような少年非行のリアリティを直視したとき、厳罰による非行抑止を期待することはできないように思われます。

厳罰による対処に頼ることは、どのような法的・社会的意味を持つのでしょうか。

少年非行に厳罰をもって対処しようとすることは、国と少年とのあいだの関係を信頼に基礎をおく教育的関係ではなく、不信に依拠した威嚇による統制の関係として規定することとなります。上述しましたように、子どもたちは深刻な抑圧的・疎外的状況に追い込まれていて、非行もまた、そのことに対する子どもたちの反応の一つであるならば、厳罰による対処は、子どもたちから自己と他者に対する信頼と尊厳の意識をさらに奪うことになって、子どもたちをますます深く抑圧的・疎外的状況に陥れることになるのではないのでしょうか。九州大学の内田博文氏が、子どもたちは人間不信の状態に追い込まれ、自尊心を奪われていて、「大人に不信をもっている子どもに対して、大人が不信で応えても、不信の悪循環のなかで、不信が増大していくだけ」である、と述べているとおりです。

日本の学校教育がかつて、校内暴力に対して体罰と徹底した管理教育をもって対処した後には、表面的な平静がもたらされたものの、その裏側では、いじめ、不登校、自殺などが拡大していったといわれています。厳罰による対処が生み出す矛盾は、非行行動とのかかわりでは、大阪の「ホームレス襲撃事件」を扱った北村年子氏の著書『「ホームレス」襲撃事件--“弱者いじめ”の連鎖を断つ--』（太郎次郎社・1997年）が指摘するように、さらなる社会的弱者に対する攻撃の連鎖的拡大という形で現れるのではないのでしょうか。

家庭、学校、地域社会など社会のあらゆる場において抑圧的・疎外的状況に立たされ、本来なされるべき全面的な成長発達への保障がなされず、人格の発達を支援するあらゆる教育的機会を十分に与えられなかった少年たちが、このことと強く関連して行方不明に至った非行を理由にして、厳罰に処せられる。少年たちはこうして、社会において与えられなかった教育的機会を再配分されることもなく、社会の周縁に追いやられることになる。このことは、「競争による適者生存」の原理に立った苛酷な社会ダーウィニズムの結果であって、紛れもなく社会的不正義であります。「自己決定-自己責任」という近代法原理の単純な適用や、応報という法的正義の名の下に正当化できるものではないように思われます。むしろ、厳罰による対処は、一見したところ効果的であるかに見える対処がなされたとの外観を呈することによって、真に取り組むべき改革課題を隠蔽することにもつながります。

やはり必要なことは、少年に対して、その非行を契機にして、一般社会においてこれまで十分に与えられてこなかった教育的機会をあらためて手厚く提供して、少年の人格の尊重に立ってその全面的な成長発達を援助する

ことです。この点にこそ、少年法の存在意義があります。中国帰国者の子どものボランティアをされている衣川由喜江氏が、「学校からも社会からも排除され、家庭裁判所が唯一の教育の場となる子どもたちがいることを忘れないでほしい」と述べている所以です。

精神科医の小此木啓吾氏は、処罰恐怖型の罪悪感と内発的な償い型の罪悪感とがあり、少年の主体的非行克服をともしながら成長発達にとってだけでなく、被害者（遺族）の被害回復にとっても真に意味あるものは後者であることを指摘しています。このような償い型の罪悪感を現実化することは、親子関係を含む、少年のあらゆる人間関係の全面的な再構築を必要とする場合が少なくないでしょう。他者に対する信頼と尊厳の意識を再生するためには、少年が自己に対する信頼と尊厳の意識を回復することが不可欠であり、そのためにもまず、少年の持つ痛みと共に感じ、少年を受容する関係を構築することが必要になるでしょう。このような困難な課題に取り組むためにも、家庭裁判所のケース・ワークを中心とする少年法の教育的機能を発展的に再生しなければなりません。

(くずの・ひろゆき 刑事訴訟法)

## 1999年度日本刑法学会第77回大会分科会

### 「共犯論の総合的検討」

### 「正犯」と「共犯」 - その根拠と限界 -

松宮孝明

昨年に引き続き、5月に開催された日本刑法学会大会の分科会「共犯論の総合的検討」の報告を分担した。報告の概要は、以下のとおりである。

1. 問題の所在 - 日本の共犯論の現状をどう見るか？ -

近年の司法統計年報に現われた共犯規定の運用状況を見ると、教唆規定の適用が共犯者ありの事件の中でわずか0.3パーセントしか占めておらず、しかもそのほとんどが、犯人蔵匿・証拠隠滅に集中している。幫助においても、その大多数は賭博関係の罪に集中してい

る。つまり、一般の犯罪では処罰すべき関与行為はほとんど(共謀)共同正犯で処理されており、教唆・幫助はほとんど死滅状態にある。

このような現状を念頭に置きつつ、わが国の共犯学説を検討すると、とくに佐伯千仞(本学名誉教授)、故植田重正(元関西大学教授)の描いた図式が、その後の共犯学説を支配していることがわかる。それは、現在の通説が、狭義の共犯の「従属性」を従属性の有無(実行従属性)や程度(要素従属性)に分けて論じたり(植田)、従属性の程度と間接正犯の成否を裏腹の関係で捉えたり(佐伯)、「限縮的正犯概念」の正犯原理を「自手実行」に求めたり(佐伯)する点に現われている。しかし、その図式は、実務の現状と問題点を分析する「概念装置」として、本来、もっとクリティカルに継承されるべきものである。

## 2. 個別的検討

### 2-1. 共犯の従属性

まず、「制限従属形式」という形での、共犯の従属性緩和については、わが国では「間接正犯」を教唆に解消するためのものだという理解が一般である。ところが、実際には、ドイツで従属性緩和を提唱したM.E.マイヤーは責任無能力者への従犯的関与が処罰できないことを問題視していたし、ドイツの判例には幫助者が正犯の責任無能力を知らなかったケースを無罪としたものまであった。つまり、従属性の緩和は、まずこの「処罰の間隙」を共犯の拡張によって埋めるという意味を持っていたのであり、その際、教唆・幫助は正犯に対して補充関係にあった。

同時に、「極端従属形式」が「制限従属形式」という意味での共犯の「従属性」は、「誇張従属形式」と異なり、共犯成立の必要条件を論じるものであって、極端従属形式が責任能力の連帯を意味しないように、制限従属形式も違法の連帯を意味するものではない。

### 2-2. ふたつの正犯概念

つぎに、「間接正犯」で問題だったのは、

「規範的障害」をもつ「故意ある道具」を用いた「間接正犯」もまた、「道具理論」で説明できるかということであった。これを否定するパーリンクやフランクなどは、領得目的のない者を介しての窃盗は「間接正犯」ではなく占有離脱物横領であり、直接行為者はその従犯にとどまるという見解を主張していた。逆に、責任のない者を利用する「間接正犯」は、通説的な限縮的正犯概念とは必ずしも矛盾していなかったのである。

むしろ、実務において「拡張的正犯概念」展開の嚆矢となったのは、1920年代末の「故意正犯の背後の過失正犯」のケースであった。というのも、「限縮的正犯概念」を支持する当時の通説は、共犯規定を根拠にして、「遡及禁止」論により故意正犯の背後の正犯を否定していたからである。要するに、これらふたつの正犯概念は、「狭義の共犯は正犯の処罰を拡張する事由か制限する事由か」という形で、正犯と狭義の共犯との論理関係を分析する概念なのである。

さらにいえば、故意作為犯では限縮的正犯概念、過失犯や不作為犯では統一的正犯概念を採用するヴェルツェルの二元主義は、「目的的行為論」の帰結ではなく目的・動機であった。彼はまさに過失犯が「行為」でないことを理由として、正犯・共犯の区別は「行為」でない過失犯には妥当せず、したがって「故意正犯の背後にも過失正犯が成立する」と説明したのである。

### 2-3. 共犯の処罰根拠

つぎに、狭義の共犯の処罰根拠における「惹起説」の要点は、「構成要件」は「他人の死」とか「他人の負傷」といった結果については関与者ごとに相対化する、ということである。つまり、囑託殺人では、殺害者は「他人の死」を惹起することで構成要件を実現するのであるが、囑託者は間接的に「自己の死」を惹起するだけなので、間接的にも構成要件を実現することにはならず、したがって、囑託者はたとえ囑託殺人が未遂に終わっても、その共犯として処罰されることはないのである。

逆に、自殺関与の場合には、関与者は自殺者の手を介して「他人の死」を惹起したことになるので、純粋な惹起説では通常の殺人罪の共犯となる。しかし、これは、総則共犯の成立には正犯の不法が必要だとする「共犯の従属的性格」と相容れないので、ロクシンなどの「混合ないし折衷的惹起説」では、「正犯の不法を介すること」も必要だとされる。また、わが刑法202条の自殺関与も、総則共犯には正犯の不法が必要だからこそ、そのような規定が置かれたと解することができる。

ところで、「惹起説」によると、特定の身分者でなければ正犯になれない身分犯では、非身分者は共犯にもなれないという結論になる。これを避けるために、通常の共犯と異なり、身分者の犯罪を誘発・促進することを内容とするあらたな構成要件の実現に身分犯の処罰根拠を求めたのが、リュウダーセンの「共犯構成要件」という考え方である。

#### 2-4. 共謀共同正犯

最後に、「共謀共同正犯」については、肯定説と否定説の線引きを、共同正犯になるには「共謀」プラス「重要な役割」が必要か（実質的客観説）それとも「共謀」のみで足りるか、というふうに分類すれば、近年の学説でも、純粋に「共謀」だけで共同正犯を認

める見解はごく少数になる。

#### 3. 共犯論のパラダイム転換

これ以外にも、たとえば、売春宿へのパンの供給がなぜ管理売春の共犯にならないのか、あるいは、売主が「軽油引取税」を徴収せずに安売りしていることを知りながら軽油を買った者がなぜ無罪となるのか（熊本地判平成6・3・15判時1514-169）といった問題がある（「日常取引と共犯」）。さらに、切腹をあくまで武士の名誉を尊重する自殺なのだと思わなければ、切腹の介錯者は致命傷を与えていても自殺幫助だと見るべきことになる（「被害者の自己答責性」）。この議論の実益は、過失による関与の場合は自殺幫助の処罰規定がないので無罪になることにあ

る。これらの答えは、因果論的な発想でも目的性という心理主義的な発想でも出てこない。そうではなくて、このような関与は「社会的に見れば」犯罪を促進する性格のものと思われず、出来事の主演は被害者自身であるといったような「社会的解釈図式」に着目すること（＝「客観的帰属論」）が必要なのである。

（まつみや・たかあき 刑法）

## 日本労働法学会シンポジウム報告を終えて

山下真弘

1999年5月9日、早稲田大学において第97回大会が開催された。商法専攻の私が、労働法学会で報告することになったのは、私の主たる研究テーマが、営業譲渡であったことによる。このニューズレター10号（1997年10月）で、研究報告として紹介したとおり、営業譲渡は労働関係と深く関わり、これについて著書『会社営業譲渡の法理』にまとめたものが、労働法学会会員の

目にとまったようである。それ以来、名古屋大学で数回の研究会を行い、今回の報告となったわけである。このような機会を与えて下さった名古屋大学の石田・和田両教授および労働法学会の会員の皆様にお礼を申し上げたい。

当日、ミニ・シンポジウムは3本用意されたが、私どもの第2分科会には、おそらく120名を超える大勢の参加者が集まって、活

発な討議が展開され、充実した意見交換がなされた。名古屋大学の和田肇教授の司会で、はじめに同大学の石田眞教授から報告の趣旨説明がなされ、私の報告に続いて、小樽商科大学の本久洋教授がフランス法の報告を行い、國學院大学の武井寛教授が労働法の立場から報告したあと、質疑応答に入った。労働法学会での議論は運動論が中心となると予想していたが、実際は予想に反して、解釈論が活発になされた。私の報告内容は、およそ以下のとおりである。詳しくは、日本労働法学会誌94号（1999年10月）を参照願いたい。

#### 「営業譲渡と労働関係

##### - 商法学の立場から - 」

一 本報告の目的 - 労働法学と商法学の調和  
営業譲渡と労働関係の問題については、特に法規制があるわけではない。しかも、営業譲渡の概念について、商法学上、広く解する見解と厳格な立場との対立がある。商法上の企業は、資本と労力が有機的に結合されたものと理解されている。企業の構成要素は、物的要素たる資本と人的要素としての「経営首脳および経営補助者」とから成り立ち、それぞれが商法の規制対象とされる。一般の労働者は、当然には、ここでいうところの企業の人的要素であるとは把握されない。それは、一般の労働者の行為が、原則として、企業の権利義務関係に影響を及ぼすことがないからである。労働者を企業の人的要素とするには、その者の行為が企業の権利義務関係に影響を及ぼすことが前提条件となる。商法学では、伝統的に、以上のように理解されてきており、ここに、労働者保護を目的とする労働法学との衝突の芽がある。

この問題を解消するためには、新しい商法学を展望する立場から、労働者一般を企業法たる商法の枠組みの中に置く方向で、検討する必要がある。すでにこれまで、商法と労働法の交錯する領域に関して、企業と労働者の法律関係はいろいろな局面において問題とされてきた。「営業譲渡と労働関係」の議論は、包括承継を前提とする会社の合併以上に

問題となる。本報告では、近代的市民法原理を出発点に、労働法原理を踏まえた商法学の可能性を追究してみたい。

#### 二 営業譲渡と労働関係に関する商法学説 - 労働法学説との対比

譲渡会社での労働契約に反する場合は労働関係の承継を除外することはできないが、そのような契約がなければ、合理的な理由のあることを条件に代替性のある労働者の除外はできるが、代替性のない労働者は当然に移転する、とする見解がある。営業の同一性を問題とする立場と合わせて、このような考え方は、基本的には商法学における営業譲渡の法的性質に沿うものといえる。

#### 三 労働法原理による商法理論修正の試み

次のように考えてみてはどうであろうか。営業の全部譲渡と一部譲渡とを分けて、その「全部譲渡」の場合は、実質的に合併と同様に解して、労働者は一体として移転するものとし、移転に異議のある労働者の意思を尊重する。営業の全部譲渡の結果、譲渡会社は消滅するか、あるいは存続していても大幅な変更を余儀なくされるから、労働者は営業の移転先へ移る方が従来の労務内容を維持する上で有利となるのではなからうか。

「営業の一部譲渡」については、従来と同様の業務内容を有する営業部門が残存している場合は、残っている営業部門への配置転換を可能な限り実施することで労働者保護を図る。一部譲渡の場合は移転先へ移ることが常に労働者の保護になるとは限らない。そして、いずれにせよ労働関係を移転するにあたっては、一体として移転するのを基本とすべきである。労働関係は、単なる債権関係と同一視できない特殊性を有するからである。「営業の賃貸および狭義の経営委任」についても、以上に準じて考察すれば足りるのであろう。

最後に、労働関係が移転する場合に、労働者の同意を要するかという点につき、仮に同意を要件としても、同意の有無について緩や

かに認定すれば別段の不都合もない。むしろ、営業譲渡に伴い移転した結果、労働者が不利な立場に追いやられることも考えられるので、移転に同意を要件とすることで、その保護が図られるということも期待できる。

#### 四 おわりに

国際化の進んだ現在の企業環境および今日の経済状況を直視すれば、企業あるいは事業の統廃合（分割、合併等）が益々盛んとなる。とくに今後、企業再編の手段として、営業の譲渡が一層その重要性を増してくる。それに伴って、従業員の流動化も加速度的に進行し、すでに、特定の企業に帰属するという

意識を変えなければならない時代が来ている。

営業譲渡は企業倒産と深く関わる。経営の状態が悪化したとき、生き残りをかけた企業変動がみられるのが通常である。営業の譲渡側に整理解雇の有効要件が備わっていると同時に、譲受側においても、労働関係を承継しない合理的理由のある場合が予想される。そのような場合にあっては、たとえ譲受側で労働関係が承継されても、時を置かずに解雇が待ち構えている。これは、いずれの側で解雇するのが、僅かながらも労働者の保護となるか、というぎりぎりの問題でもある。

（やました・まさひろ 商法）

## 日本法社会学会での個別報告 - 医療過誤訴訟にみる医療と法 -

渡辺 千原

はじめに

本年度の日本法社会学会学術大会は、五月二一日、二二日、二三日に、北海道大学法学部・文系講義棟で開催された。私は、二日目、二二日の午前中の分科会のうち、「法行動・法意識・法変動」と題する第一部会の第一報告をつとめさせていただいた。法社会学会の個別報告は、大学院生をはじめとする若手研究者の自由報告をいくつかの分科会に分けて、質疑応答を含めて一人約一時間の持ち時間で行う、というスタイルを取っている。中には毎年のように自由報告をされる方もおられ、他の法学系の学会のように、一生に一度の晴れ舞台、といった感はない。私の報告は、朝一番の報告であったこともあり、参加者もまださほど多くなく、司会の南方先生（新潟大学）のリードで、なごやかな雰囲気の中報告させていただいた。

ちなみに、本年の法社会学会は、「構造変容と法社会学」という三年つづきの大きなテーマの最終年にあたり、個と共同性（共同体ではない）の理論とその発展、という副題で総括がなされた。具体的には、調停制度、日本の多文化社会化、権利主張の問題などが取り上げられた。

#### 個別報告の概要

本報告は、名古屋にある医療事故情報センターの発刊している医療過誤訴訟鑑定書集掲載の鑑定書、そしてそれら鑑定書が証拠として採用された判決の判決文をデータとして、法が医療という専門領域にかかわる、その関わり方の特質を探ろうとするものである。

#### 1 医療過誤訴訟への視角

近年、医療過誤訴訟の提起は増大する一方であるが、この現象は限定的な意味ではあるが、医療化と法化の接点としての意味を持つ。それは、医師、法律家といった専門職の担う領域の拡大と、専門領域間の管轄争いの可能性をも示唆するものである。つまり、医療過誤訴訟という場において、法と医療という二つの専門領域に対してともに素人である原告当事者が二重に専門家支配を受ける危険性がある一方、医療専門領域にかかわる事柄について、どこまで法律家が専門知識を取り入れた上で判断しうるのか、又、しなければならぬのか、という問題を提起するのである。そして、特に後者の問題については、医療専門家も無視できる問題ではない。そこで、医事鑑定を申請する際に裁判所や当事者が立てる鑑定事項、それに対する鑑定人の回答、そして、その鑑定結果の判決での引用の仕方に注目し、医療過誤訴訟において医療鑑定人や裁判官が、どのように医療や法を描こうとしているのか、そして原告当事者にとって医療過誤訴訟は、専門家からの二重の支配を受ける場に過ぎないのか、ということを検討した。

## 2 医事鑑定・判決の分析

まず、典型的な医事鑑定では、鑑定事項は、一般的な医学的知識を問うものよりも、当該患者に対して被告医師が行った治療の是非といった個別のかつ評価を伴う事項のほうが圧倒的に多い。それに対して、鑑定人は、明確な回答を避ける傾向にある。その原因は、医学が厳密な科学的証明を要する領域であることも勿論だが、むしろデータ不足や専門違い、臨床医が不確実な状況の中行った治療に対して回顧的に判断を加えることに対する抵抗、といった問題の方が大きいように思われる。このように、求めた鑑定事項に対して必ずしもダイレクトに回答されていない鑑定が多いが、判決においては、鑑定結果を尊重、依拠しているものが多い。中には、ほとんどの結論を「鑑定によれば」という枕詞の

みから導いているものまでである。しかし、多くの場合は、「鑑定結果によれば」の言葉の後には、鑑定書の中で指摘された一般的な医学知識に言及し、そのあと、その一般的知識を当該事件の事実にあてはめて結論を導いた、という表現をとっている。つまり、鑑定を申請する段階では、個別的な評価を求めているのに対し、判決では鑑定結果を尊重していても、実際に鑑定結果のうち判決の根拠として用いたのは、一般的な医学的知識の部分のみであるような書き方が採用されているのである。これは、いわゆる法的三段論法に合致する推論形式であり、医療という専門領域の知識を用いる場合も、なおこの推論形式をとることで、法的判断の正当化をはかろうとしていると言える。しかし、それが実際の鑑定事項 - 鑑定 - 判決の訴訟プロセスを反映しておらず、当事者の、医療や訴訟プロセスの理解を促すものとは言いがたい。

さて、このような典型的な鑑定 - 判決のパターンとは若干違いを見せるテーマがある。「インフォームド・コンセント」である。インフォームド・コンセントないしは説明義務違反に関しては、たとえ裁判で争点となっても、鑑定事項に挙げられることは少なく、逆に、鑑定を求められていないのに、鑑定人が言及する例がしばしば見られる。そして、この点に関する鑑定人の意見に対して、判決において直接の言及がないことはやむを得ないとしても、その結論付けに対してほとんど影響を与えていない、という特徴がある。インフォームド・コンセントは、医療の側も法の側も、自分の領域の問題として定義づけようとする、管轄権に争いのある問題であることが見て取れる。他方、しばしばインフォームド・コンセントの必要性に対する医師の反応としては、医師にとって過大な要請である、あるいは逆に医師は免責を与える道具として有用な面があるといった両極端の意見が提示されている。しかし、鑑定人である医師が鑑定書の中で、自ら必要なものとして指摘するインフォームド・コンセントは、医師と患者の信頼関係づくりといった意味あい

も強いのである。医療と法の管轄争いが、患者を疎外する形にだけ働くわけではなく、場合によっては患者を力づけていく可能性もありうるのではないか。そのわずかな光を指摘

することで、報告の結びに代えさせて頂いた。

(わたなべ・ちはら 法社会学)

## 米国ピッツバーグ大学での在外研究について

堀 雅晴

### ・渡米までの準備

98年8月24日から99年9月18日まで、約13か月にわたる海外での研究生活について、おおよそのことを述べてみたいと思います。

まず、スポンサー教授探しですが、97年秋にたまたま来日されていたB.Guy Peters教授に直接アタックして、快諾していただきました。そして、98年3月には、妻と共に訪米し、教授に研究室の提供とコンピュータのアカウントの交付等について約束していただきました。あわせて、アパート探しと子どもの通う現地の小学校の選定もしてきました。その際、当地に住む日本人と顔見知りになったり、「ピッツバーグ便利帳」のホームページを教えてもらったりと、大変有益でした。特に、便利帳のメーリングリストに登録したおかげで、ムービングセールの情報を日本でも容易に知ることができ、日本からの荷物を身の回りの品物だけに縮減することができたことはラッキーでした。また、当時アメリカン大学に留学中の市川教授夫妻には、ピザ取得でのアドバイスをはじめ海外生活のイロハを教えていただき、妻ともども大いに不安が解消されたものでした。

### ・研究の成果

今回の研究目的は、当初「世紀転換期アメリカにおける現代行政国家の形成過程と行政理論形成史」ということで時期を限定していました。しかし、当地で研究を進めていくうちに、そうしたテーマで研究するためにもア

メリカ行政学の全体像を明らかにしておく必要があることと、またそのための研究が蓄積されていることがわかり、基本文献の収集から始めるにしました。その結果、日本に紹介されていることは、当然のことかもしれませんがその中のごくわずかであり、つまみ食いの紹介しかされていないことがよくわかりました。

あわせて、行政改革に関する研究状況についてもフォローするように努めました。30年代のブラウンロー委員会から最近のゴア副大統領が中心になって進めているNational Partnership for Reinventing Governmentに至るまでの経過や、80年代以降、OECD諸国で推進されている行政改革の新しい考え方、いわゆるNew Public Management (NPM) に関する欧米諸国の最新の文献の収集にも力を入れました。

以上が学内での研究の概要です。それ以外に特記すべきは、ストックホルム市、コペンハーゲン市、ケベック市、トロント市への訪問とアメリカ政治学会への出席とロンドン経済政治学院(LSE)のChristopher Hood教授の訪問があげられます。NPM研究の権威であるHood教授にお会いすることができたことは、貴重な経験でした。また、LSEの図書館での資料集めも順調にできました。

### ・毎日の生活

私の場合、家族といっしょの渡米ということもあり日本とあまりかわらない毎日をおくることができました。毎日の生活は、8時過

ぎに子どもを小学校に送った後、バスで通勤し、午前8時40分ごろ到着、その後、午後6時(冬)から7時(夏)まで大学で過ごすというワンパターンの生活をずっとおくりました。

しんどかったことは、子どもの日本語補習校への登校援助でした。日曜日の午前10時15分より午後3時30分まで、国語と算数の2教科が学習指導要領に沿っておこなわれています。子どもたちは日本人の友達に会えるので楽しみなのですが、日本と同じ分量の宿題がまとめてだされるので済ませるのが大変でした。もちろん、現地校でも、算数と国語等の宿題が週何度か出されるので、親子ともどもイライラ続きでした。

しかし、こうしたことのおかげで、保護者同士仲良くなり、家族ぐるみで釣りやスキーを楽しんだりできましたし、日本企業に勤める保護者から最新のマネージメントのことやリストラの様子を伺えたことは大変勉強になりました。また、日本語補習校を支える長期滞在の家族の皆さんのご苦勞も知ることができました。昨年秋の大学審答申を中心に日本の大学改革の様子を話す機会をいただいた折に、情報不足での悩みを肌身で感じた次第です。



言葉の問題では、もちろん不自由をしたわけですが、そこは無料の英会話レッスンだとおもって、トライしてきました。英会話教室にも通い、各国に友人ができました。

#### ・帰国後のこと

まず第一に、Peters教授に英文論文を書いてもらおうお願いをしてきたので、遅くならないうちにやりあげなければなりません。また、近い将来にアメリカ政治学会で発表の機会が持てればと希望をふくらませております。当面、引き続き来年の学会に是非とも出席しようと考えています。

当面、むこうで研究を続けていたアメリカ行政学の現状と課題に関する研究の一端を形にして、発表の第一歩にしたいと考えています。

最後になりましたが、私の研究生生活にとって極めて重要なインパクトとなった今回の留学の機会を与えて下さった学部スタッフの皆さんにこの場を借りて感謝いたします。ありがとうございました。

(ほり・まさはる 政治・行政学)



—@šw• "šÖ" A, ĩ• ä, ěšw• pĕđ→ ěck tš"~@i1999"N7E..`9E..j

- 99年7月2日 立命館百年史公開大研究会（『ポレミック』戦後前半期の立命館の諸発展段階をめぐって）：畑中和夫氏「戦後転換と『立命館民主主義』への模索」
- 99年7月2日 現代史研究会・国際化社会研究会共催：豊下楯彦氏「安保再定義とNATO再定義 - 『一極支配』下の安全保障 - 」
- 99年7月9日 21世紀東アジアの安全保障と人権研究会：中島茂樹氏「韓国の憲法裁判所 - その制度と機能 - 」
- 99年7月9日 民事法研究会：中林啓一氏「depechage（分割指定）について - 契約準拠法の分割を中心に - 」；本間学氏「民事手続きにおける当事者の濫用的行為について」；高田恭子氏「子どもの財産管理制度」
- 99年7月15日 金融法研究会：OECD競争法政策部会・規制改革問題コンサルタント Michael Wse氏：「規制と競争：アメリカその他の国際比較」司会・コメンテーター 根岸哲氏（神戸大学法学部教授）
- 99年7月16日 金融法研究会：OECD競争法政策部会・規制改革問題コンサルタント Michael Wse氏、埼玉大学経済学部教授 本城昇氏：「韓国の独禁法：日本との比較」
- 99年7月16日 法政研究会：周生氏「発展途上の地球温暖化対策のあり方」
- 99年7月19日 公法研究会：野澤充氏「ドイツにおける中止未遂の歴史的展開について」；玄守道氏「刑法における未必の故意について - 戦後ドイツにおける判例・学説の展開を中心に - 」
- 99年7月29日 金融法研究会（旧消費者法プロジェクト）：「人文研叢書へ向けての構想報告会」
- 99年7月29日 政治学研究会：岡野八代氏「シティズンシップ論の再考」
- 99年7月30日 フランス法研究プロジェクト：北村和生氏「フランスにおける行政の自然災害防止義務」
- 99年9月9日 現代ヨーロッパ政治研究会（比較政治研究会・政治学研究会共催）：カナダ・ブリティッシュコロンビア大学教授 フィリップ・レズニック氏「カナダにおける多元主義政策の現状」 通訳 大橋克洋氏
- 99年9月10日 国際学術交流研究会：ブタペスト大学講師 イストバン・バルガ氏「ハンガリー憲法裁判所の現状」 通訳 出口雅久氏
- 99年9月14日 国際学術交流研究会：ドイツ・ザラント大学法学部 Michael Martinek氏「ドイツにおける比較法の展開」 通訳 出口雅久氏
- 99年9月17日 政治学研究会（現代ナショナリズム論研究会・プロジェクトA 共催）：大阪外国語大学教授 巢山靖司氏「A. スミスのナショナリズム論について」
- 99年9月17日 金融法研究会：帝塚山大学法政策学部助教授 常岡史子氏「ヨーロッパ契約法原則 - 1995年版第1章 - 」
- 99年9月24日 21世紀東アジアの安全保障と人権研究会：吉田美喜夫氏「韓国の労働法 - 争議権の問題を中心に - 」

法学部部門別定例研究会：法政研究会・公法研究会・民事法研究会・政治学研究会  
学術研究プロジェクト：/人文科学研究所プロジェクト/国際言語文化研究所/

立命館大学法学部ニューズレター

第18号（1999年11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56-1

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

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