

〈資料〉

2009年度 島根大学法政研究会実施報告

島根大学法政研究会は、島根大学人文社会科学研究科法経専攻法政コースの院生・研究生、並びに法経学科及び法務研究科の教員を主な参加者とし、年5～6回のペースで開催されている。2009年度の活動状況は以下のとおりである。なお、報告要旨は、報告者自身が作成したものと、事務局の責任で研究会の事前案内に多少の改編を加えたものがあるため、文体上の不統一がある点をお断りしておく。（法政研究会事務局・植松健一）

第1回 2009年4月22日

田坂 晶（刑事法）

「刑法における治療行為の正当化」

【報告要旨】われわれが健康な日常生活を営むうえで、医療が不可欠であることはいうまでもない。かつては、医療の規制は「医の倫理」に委ねられており、医療の現場への法的介入については、消極的な声が支配的で、ましてや刑法の適用など論外であったといえよう。しかし、近年では、医療をめぐる状況は大きく変化し、こうした変化は医療と刑法との関係に少なからず影響を及ぼしている。なかでも、かつては聞かれなかった「インフォームド・コンセント」が今日頻繁に取りざたされるようになったという点は、特に注目すべき変化であろう。このような変化に加えて、医療技術の高度化や多様化などもあいまって、国民の生命や身体を保護するために、刑法も医療に関して無関係な分野ではなく、一定の役割を担うことが期待されるようになったのである。ただし、医療の現場への刑法の過度の介入は、医療行為の萎縮を招くおそれがある。したがって、医療の世界に刑法がどこまで介入するべ

きかという問題は、犯罪論において、極めて検討の必要性が高い今日的な課題なのである。医療をめぐる刑法上の課題は多岐に亘るが、これらの課題に取り組む第一歩として、医事刑法の基本問題である治療行為への刑法上の評価について考察することが求められる。

こうした問題意識から、医事刑法に関する問題の足場を固めるため、治療行為の正当化根拠と、そのための要件について明らかにするべく検討を加えた。

医師による治療行為の多くは、患者の身体への直接的な侵襲をとまなうものであるにもかかわらず、一般に、正当なものとして受け入れられている。この点については、異論はみられない。しかし、医的侵襲が正当化される根拠や、そのための要件については、これまで、わが国の刑事判例は沈黙を貫いており、学説においても、統一的な見解が示されるにはいたっていない。治療行為の正当化に関する問題は、医事刑法の根幹となる重大な課題であるにもかかわらず、わが国の刑法学の分野では、十分に議論が尽くされてこなかったのである。そこで、まず、わが国における議論の状況を整理したうえで、こうした現状を脱却すべく、比較的古くから治療行為の正当化について議論が戦わされてきたイギリス、アメリカ合衆国、ドイツにおける議論の動向を整理・検討した。これらの諸外国では、学説のみならず、判例、立法なども治療行為の正当化に関する問題に取り組み、示唆に富む議論を展開している。こうした諸外国の議論から示唆を得つつ、治療行為の正当化根拠と正当化要件について考察を加え、一定の方向性を示した。

出席者

(教員) 江渕武彦, 奥谷健, 居石正和, 田坂晶, 長谷川一年, 毎熊浩一, 吉利用宣

(院生・研究生) 佐川直也, 陳敬舒, 村田恵梨奈

第2回 2009年6月24日

長谷川一年（政治学）

「フランス『共和国』モデル再考」

【報告要旨】 フランスはアメリカ合衆国と同じく移民大国でありながら、アングロ・サクソン型の「多文化主義」とは一線を画するかたちで国民統合を進めてきた。フランス共和国憲法の冒頭に掲げられている「単一不可分の共和国」の理念は、移民の人種的・宗教的・文化的属性をいわば括弧に入れて、単なる個人として迎え入れることを要請する。フランス国民の構成要件を各人の自発的意志に求める「共和主義」の思想は、一八世紀の啓蒙主義を一つの淵源とし、一九世紀にはエルネスト・ルナンによって「日々の人民投票」として定式化され、現在でも思想的主流派を形成している。しかし二〇〇五年のいわゆる「フランス暴動」を契機として、こうした共和国の理念が形式的なものにすぎず、移民差別の実態を覆い隠すイデオロギーとして機能しているとの批判が一定の説得力を持ち始めている。そこで本報告では、同化圧力と排除圧力の板挟みにあるムスリム系移民の現状を確認したうえで、共和国の理念の問題性を政治思想史的に検討した。

出席者

（教員）江溯武彦，奥谷健，加藤克夫，佐川直也，每熊浩一

（院生・研究生）佐川直也，陳敬舒，村田恵梨奈

第3回 2009年7月29日

每熊浩一（行政学）

「カナダ寄付事情管見—バンクーバーでの生活実感から」

【報告要旨】 カナダにおける年間寄付総額は約1兆円。対し、日本のそれは約7,000億。人口は約4倍，GDPも約3倍，にもかかわらず…，である。一

人当たりの額にいたっては、4万円強と3千円弱、文字通り、桁違いと言わねばならない。いったい、この差異は何に起因するのだろうか。

巷間よく指摘されるのは、文化（と税制）である。けれども、この説明は、一年間現地で過ごした実感からすると、どうもじっくりこない。結論を急ごう。彼の地の寄付は、豊かなアイデアと巧妙な仕掛けによって支えられている、というのが、私の体感的仮説である。報告では、大きく5点にわけて説明を試みた。

第一に、言うなれば、寄付が日常に溶け込んでいる。まちで時折みかける「入場料（admission）は寄付（donation）で…」という粋な計らいは、一つの象徴と言えよう。例えば、バンクーバー美術館では、週に一度、夕刻からそういう時間帯が設けられている一因みに、これ自体、ある企業のCSR活動の一環である。また、バンクーバーっ子に大人気の「スタンレー・ナイト」、その入場料も寄付であったし、大型モールにあったカートやアトラクションの使用料もそうであった。

第二に、「カネ」だけではなく「モノ」の寄付も盛んである。クリスマス期、私の目をひいたのは、無論、まちを彩るイルミネーション。が、それだけではない。ところどころにイベント会場のみならず、一般の商業ビルにさえ！—おかれた「ボックス」である。人々はそこに、玩具や食料品等を入れていく。そして、これらのモノは、NPO等を通じ、貧困層の子どもやホームレス等に届けられるというのである。

なるほど、このルーツ（の一つ）は、「ボクシング・デー（Boxing Day）」（クリスマス翌日）というキリスト教の習わしに求められそうである。やはり文化（ないし宗教）の力は大きい。が、実は、このような仕組みはこの季節に限られたことではない。普段から、スーパーのレジ近く、コミュニティ・センター内、さらには住宅地の屋外に、食料品や洋服等を入れるための大きな容器（bin）が常置されているのである。さらに特筆すべきは、その行き先であろう。これらの「モノ」を商品として売り、「カネ」にかえたうえでNPO等にまわしているチャリティ・ショップまでであるのである（個人的には、

そこで購入したラグが後に厄介なトラブルの原因となったため、いい思い出はないが…).

第三に、寄付を募る側の、積極的・能動的な姿勢を指摘しなければならない。現地で生活してみると、様々な機会に様々なところで、寄付活動の「あの手この手」を拜むことができるが、ここでは、NPOのHPを一瞥するにとどめよう。ほとんどのトップページに「Donate!」という（あるいは、それに類する）文字を見つけることができるはずである－最近変化の兆しはあるものの、日本ではいまなお例外的であると言わざるを得ない－。付言するに、寄付をする側の寄付しやすさに配慮した多様な「Donate」法があわせて紹介されているのもまた大きな特長とっていいだろう。

第四に、一方的に募るばかりでなく、いわば「見返り」が用意されている。卑近な例を二つだけ挙げておこう。寒い冬の日の夕刻、（ごくたまにしか利用しない）高級スーパーの前で、募金活動を行っている小学生に出会った。その手に握られているのはチョコレート。原価はおそらく1ドルもしないはずである。が、売値は3ドル。この差額は、難民の子ども達に寄付されるのだという。私は、快く募金に応じた。半ばチョコ欲しさという動機を隠しつつ…。いま一つの例は、馴染みのスーパーから。ある日、その一角にケーキ販売の特設コーナーが出現した。娘にせがまれるまま、ショートケーキを2ドルで購入。勿論、彼女は大喜び。私も満更ではなかった。売り上げは、障がいを持つ子ども達のために使われるそうだからである－それを知ったのは、購入後だったが－。

第五に、－「見返り」の一種ともいえようが－「場」の演出である。例えば、電話会社ロジャース主催の「サンタ・パレード」。企業はむろん、市民活動団体から市議会議員団まで、実に多くの団体が、それぞれ趣向を凝らした格好で、目抜き通りを練り歩く。私は、何の予備知識もなく、沿道に並び、家族一同（各団体が配るシールやアメなどを大量にゲットした子ども達は別して）存分に楽しんだ。そのなかで、特に気を惹かれたことがあった。パレードの最中、奇妙なミニチュア電車に、人々が何かを放り込んでいるのである。

どうやら食料品らしい。実は、このパレード自体、「フードバンク」というNPOへの寄付を募る趣旨で開かれていたのである—バンクーバー経済新聞[2007.11.27]によると、私の参加した2007年は、1万5千ポンド(6,750kg)をこえる食料品と、約7,500ドルの寄付金が集まったという—。ともあれ、自らのフリーライドを反省しつつ、寄付—そして、やや大袈裟に言えば、その前提ともいべきアドボカシー—をエンターテインメントのなかに組み込むアイデアにいたく感心したのであった。なお、感覚的ながら、このような「場」は決して少なくない。例えば、「下着マラソン」、「ゲイ・パレード」、「ジャスティス・ロック」などがそうである。

最後に、報告の“トリ”は、「〇〇 in the City」—〇〇には、旧い順に、「Orcas」、「Spirit bears」、「Eagles」が入る—という取り組みに委ねた。縷々述べてきたようなアイデアと仕掛けが見事に集約された—そしてまた、一つのまちづくり実践としても—格好の事例であると観念されたからである。

【補足】後に、ここ松江の地で、“現物”寄付を募る実験的事業を行った。その結果、多くの「モノ」が集まり、本報告にいうところの体感的仮説もいくらか—学術的ではないにせよ、それこそ体感的には—立証されたのではないかと思われる。詳細は、島根大学法文学部行政学ゼミ編『GDP（ギフト・デイズ・プロジェクト）2009報告書—子どもたちにギフトを—もっと身近に寄付を！』（平成22年3月）を参照されたい。

出席者

（教員）江渕武彦，奥谷健，居石正和，長谷川一年，毎熊浩一
（院生・研究生）佐川直也，陳敬舒，村田恵梨奈

第4回 2009年11月11日（大学院生修士論文中間報告）

張歌（人文社会科学研究院院生・労働法）

「外国人研修・技能実習制度について」

【報告要旨】外国人研修・技能実習制度は、日本の技術、技能を発展途上国等への移転を図り、当該発展途上国等の経済発展を担う「人づくり」に寄与することを目的として創設された制度である。「高度な能力と技能を要する労働者を積極的に受け入れ、単純労働者については慎重に対応する」というのは日本政府の従来から堅持している基本方針である。しかし、労働力不足の日本中小零細企業の要求に応えるために、研修・技能実習制度は単純労働者受け入れのルートになった。研修生は法律上には労働者ではないのに、実際は労働者として働かせて、こういう矛盾のなかで、研修生の人権は全く保護されていない。こうした状況に対して、これまでも一定の改善施策が試みられてきたが、根本的な問題解決には至っていなかった。しかし、2009年に入出国管理及び難民認定法等の改正が行われ、新たな実習制度がスタートすることになった。この新制度の下、新たな在留資格「技能実習」を創設し、実習生について労働関係法令を実習2ヶ月後から適用できるようになった。

報告では、研修・技能実習制度の沿革、従来の実習制度の実態、制度に起因する問題点を指摘した上で、今回の制度改定の法構造を財界や学説の評価を参考に検討した上で、今次改定が持つ一定の意義と、なお克服すべき多くの課題の存在を明らかにした。

出席者

(教員) 植松健一、奥谷健、遠藤昇三、田坂晶、リチャード・グラディング
(院生・研究生等) 佐川直也、張歌、郭素寿、揚彩霞

第5回 2009年12月24日

植松健一（憲法）

「『国家』が“Hacker”になるとき!?——ドイツ連邦憲法裁判所“オンライン検索”違憲判決とその周辺——」

【報告要旨】2006年の「反テロ・データベース」の稼動と、連邦刑事局（BKA）に対する国際テロ防除権限を付与する基本法改定によって、ドイツの治安・「テロ」対策法制の強化は新局面を迎えている。他方、この間、ドイツ連邦憲法裁判所は、こうした治安・「テロ」対策立法や措置に対して、積極的に違憲判決を下しており、治安強化を目指す政治部門との緊張が生じている。

報告では、まず、報告者のドイツ在外研修の見聞も踏まえた、ドイツにおける「自由と安全」をめぐる議論の現段階を概説した。その上で、報告では、法解釈論上及び法政策論上の大きな反響をもたらした、「オンライン検索」（Online-Durchsuchung）をめぐる連邦憲法裁判所の2008年の判決（BVverfGE 120, 274）を取り上げた。「オンライン検索」とは、警察や公安調査機関が被疑者・調査対象者のパソコンに侵入ソフトなどを用いて秘密侵入し、データや通信記録を取得する情報収集措置であり、「公権力によるハッキング行為」として警戒されてきた。2006年の連邦内務省の治安強化方針を受けて、ノルトライン＝ヴェストファレン州はいち早く州憲法擁護法を改定し、公安調査機関たる州憲法擁護局に「オンライン検索」権限を付与していた。この法改定の違憲確認を求める憲法異議において、連邦憲法裁判所は、「情報技術システムの秘密性と完全性に対する基本権」（IT基本権）なる新たな基本権概念を根拠に、当該権限付与規定が規範明確性・規範特定性を有しておらず、かつ比例原則の要請も充たしていないとして、違憲と判断したのである。報告では、本判決の争点を確認しながら、判決の意義と課題を明らかにした。とりわけ研究会出席者の専門性の違いを考慮し、この判決が、①IT基本権の成立可能性やその根拠となる「人間の尊厳」概念の拡大傾向の是非という憲法上の争点、②比例原則や「危険」概念法理に関する警察行政法の争点、③判決の枠組みが犯罪訴追目的の「オンライン検索」にどの程度妥当するかといった刑事訴訟法の争点、④さらにはIT基本権の保護義務論的側面から導き出される私人のハッキング行為に対する保護立法の制度設計といった問題、など多様な側面からの検討に資する素材であることも指摘した。なお、報告

の内容は、拙稿「連邦刑事庁（BKA）・ラスター捜査・オンライン捜索（1）～（3・完）」本誌52巻3・4号1頁以下、53巻2号1頁以下、同3・4号85頁以下、の一部として公表している。

出席者

（教員）植松健一，奥谷健，居石正和，田坂晶，永松正則，長谷川一年
（院生・研究生）佐川直也

第6回 2010年2月3日（特別報告）

牟憲魁（山東大学〔中華人民共和国〕法学院副教授・憲法）
「台湾における違憲審査制の改革方向」

【報告要旨】台湾における大法官憲法解釈制度は、1946年中華民国憲法に淵源を持ち、その後の台湾の政治体制や司法制度の変遷の中で、その機能と位置づけを変容させながら、現在に至っている。報告では、この大法官憲法解釈制度が、単なる憲法秩序の保障機関にとどまらず、人権保障の担い手として発展することへの期待を前提に、当該制度の生成過程と展開、及びその性格等を概述した上で、今後の発展方向に関する見解が提示された。

<事務局付記>

2010年1月31日から2月6日まで、鳥根大学法文学部と交流協定を結んでいる山東大学法学院との交流事業の一環として、牟憲魁（MOU Xiankui）副教授が鳥根大学を表敬訪問された。松江滞在中は、法経学科及び法務研究科教員との意見交換、授業見学、学生を対象とした中国民法に関する特別講義等、多忙なスケジュールをこなされる中、法政研究会におけるご報告も快くお引き受けいただいた。

牟副教授は、2001年に山東大学大学院法学修士課程修了後、同大学法学院助手を経て、2005年には日本の山口大学大学院東アジア研究科博士課程にお

いて博士（学術）を取得し、同年4月より現在の地位にある。牟副教授は、民事法にも精通されているが、主たる研究は憲法であり、とくに中国と台湾に関する違憲審査を専門とされ、2009年には成文堂より『中国における違憲審査制の歴史と課題—大法官憲法解釈制度を中心として』を公刊されている。

ご報告後の質疑応答では、台湾の違憲審査の基本的仕組みや、外国法からの影響等について、参加者から様々な質問が出され、充実した学術交流の場になった。事務局として、あらためて牟副教授に謝意を表したい。

出席者

（教員）磯村篤範，江溯武彦，植松健一，永松正則，奥谷健，居石正和，田坂晶，長谷川一年
（院生）佐川直也，陳敬舒