2010年度学術俯瞰講義

法と現代社会
― 見える法と見えざる法 ―
まとめ：法と社会秩序の相互作用

立論者：清水　剛（Takashi SHIMIZU）
討論者：太田 勝造(Shozo OTA)

これまでやってきたこと

- 「見える法と見えざる法」 太田勝造（法学部）
  - 第1回（4/7） 見える法と見えざる法：ユビキタスな法と社会秩序―俯瞰講義への導入を兼ねて
- 「法と市民生活」 大村敦志（法学部）
  - 第2回（4/14） いま、法と法学は
  - 第3回（4/21） 児童虐待への法的対応
  - 第4回（4/28） 児童虐待防止の社会的背景
- 「法と科学」 畔柳達雄（弁護士）／大渕哲也（法学部）／濱田純一（総長）
  - 第5回（5/12） 裁判と科学（畔柳）
  - 第6回（5/19） 発明と法（大渕）
  - 第7回（5/26） 法と情報（濱田）
- 「法と経済学」 八代尚宏（ICU）
  - 第8回（6/2） 法と経済の接点－市場の役割はなぜ重要か
  - 第9回（6/9） 都市・住宅問題への適用
  - 第10回（6/16） 雇用問題への適用
- 「法と文化」 寺尾美子（法学部）
  - 第11回（6/23） 日本の法と日本的公私構造（1）都市計画を題材に
  - 第12回（6/30） 日本の法と日本的公私構造（2）ジェンダー問題を題材に

- 見える法と見えざる法（太田）
  - 法による社会の制禦
    - 国家法は関係が緊密な社会（部分社会）を完全には制御できない
    - 関係が緊密でない社会であれば法は制御可能
  - 社会による合理的な法創造
    - 社会からの働きかけ→法創造
      - E.g.)被害者保護
    - 合理的な法発展

- 法と市民生活（大村）
  - いま、法と法学は
    - 第3の法制改革期(第1　1890年代、第2　1945-50年)　司法制度改革、裁判員制度
    - 法は社会の変化（社会問題）に応じて変化しようとする
  - 児童虐待への法的対応
    - 児童虐待相談件数は増え続けている
    - 「親権の壁」
    - こどもの権利を守るための法整備＝「こども法」という法分野の形成（機能的な法体系）

- 児童虐待防止の社会的背景
  - ▶立法の多元化＝議員立法の増加←メディア
  - ▶支援システムの構築の必要性
  - ▶原理の探索＝家庭に口出しをしない？

	第171国会（H21）		第145国会（H11）	
	提出件数	両院通過	提出件数	両院通過
内閣提出	69	62	124	110
議員提出	84	18	60	18
うち衆議院	55	17	38	13
うち参議院	29	1	22	5

出典：衆議院『衆議院の動き』7号，17号

- [コメント]法は人々の行動の変化に応じて変化しようとする。ただし、行動の変化と規範意識の変化は常に連動するわけではない。

- 法と科学
  - 裁判と科学（畔柳）
    - 科学的証明における立証の限界
    - 裁判は法的紛争に関するさしあたりの（暫定的）判断＝科学的な真実の追究ではない
  - 発明と法（大渕）
    - 発明の法的保護＝なぜ法的に保護するのか？
    - 守らないわけにはいけないが、守りすぎてもいけない

- 法と情報（濱田）
  - 技術変化のひとつとしてのインターネットが法にもたらす影響
  - インターネット上の名誉毀損＝more speech と匿名性
  - 公権力からの自由とその権利の行使可能性

- [コメント]インターネットのような技術の変化が規範意識の変化、さらには法の変化を引き起こす。このような法の変化は、裁判の中でも法的紛争に対する判断の形で発生する。

- 法と経済（八代）
  - 法と経済の接点：市場の役割はなぜ重要か
    - 市場の利用によりパレート改善（みんなが幸せになれる）
    - ただし、外部性の存在
  - 都市・住宅問題への適用
    - 近視眼的な（あるいは情緒的な？）「弱者」保護＝必ずしも適切な対策になっていない
      - 借地借家法＝借家人の追いたて防止＝かえって市場による資源配分をゆがめる（良質な借家が供給されない）
      - 建築基準法＝容積率規制

- 雇用問題への適用
  - 解雇規制＝解雇の具体的な基準はなお不安定。金銭賠償はなお容認されていない（「解雇権を金で買う」？という認識）
  - 派遣社員＝派遣社員の多様な働き方は多様なニーズに答える意味がある

- [コメント]弱者を保護しなくて良いという話ではなく、問題には適切な対応が必要であるということ。市場を適切に機能させることは全ての人にとって好ましい。「目の前の人を救う」という意識にとらわれすぎると返って長期的には悪い効果をもたらしうる。

- 法と文化（寺尾）
  - 日本の法と日本的公私構造（1） 都市計画を題材に
    - 日本の「公（おおやけ）」と「私（わたくし）」はアメリカのpublic-privateと異なる（公ー私の入れ子構造）
    - 緩い計画規制と公共事業による開発利益還元制度の不在＝publicという観念の不在？
  - 日本の法と日本的公私構造（2） ジェンダー問題を題材に
    - 新しい言葉が生まれることで現実が「認識」され、法概念となる
  - [コメント]公ー私に関する規範意識の違いが異なる結果を生み出している可能性がある。また、社会を記述する言語の生成が法を創造する。

まとめ：法と社会秩序の相互作用

- 法と社会の相互作用
  - 法による社会の制禦
  - 社会による合理的な法創造

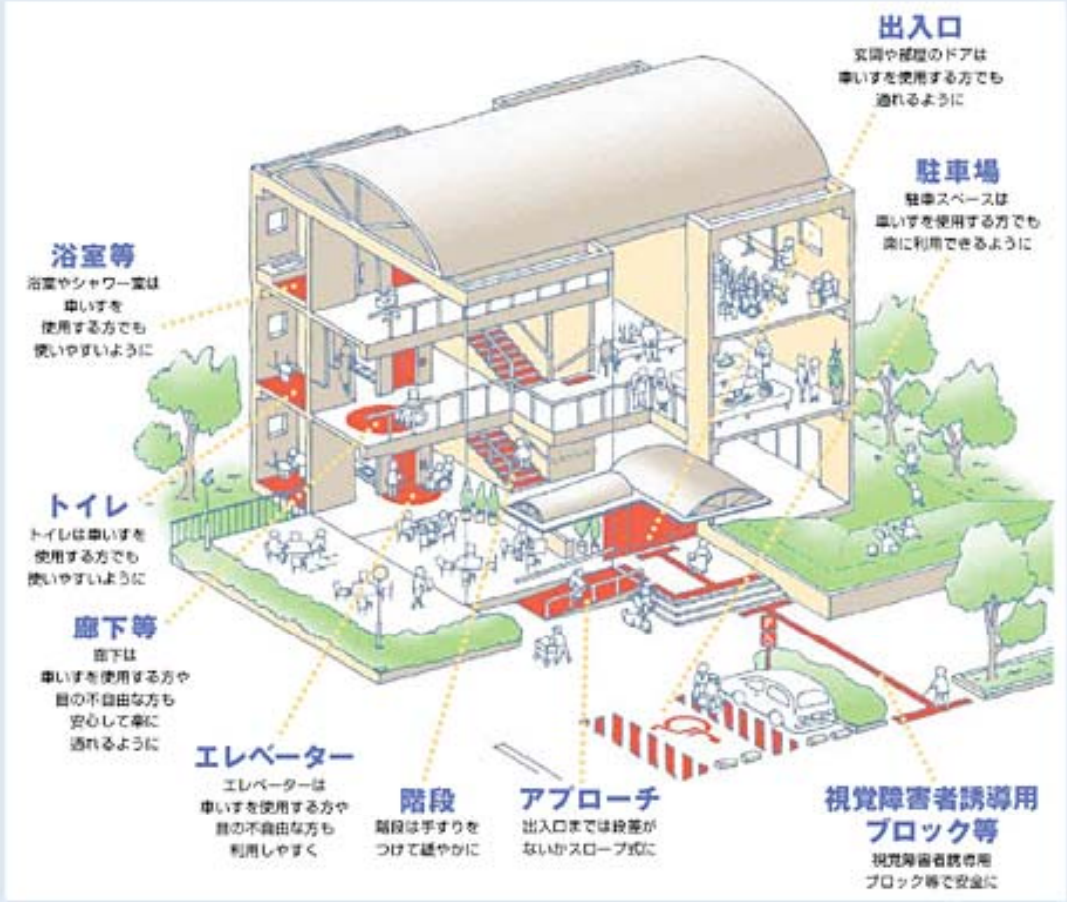
- 法による社会の制禦は常にうまくいくわけでもない
  - E.g.)開発利益還元制度
  - 法による社会制禦＝合理的な個人が政策目的にしたがって行動するように働きかけること

- 社会による法創造
  - 社会の変化に応じた法創造
  - しかし、社会の変化に応じられるのであればあらゆるほうが可能というわけではない＝「合理的な」法創造が必要
- 合理的な法創造？
  - 「法による社会制禦」が効果的にできるような法の創造（目的に照らしてその目的を効率的に達成できる）

- 法による効果的な制禦
  - (1)社会における共有された規範意識と整合的であること
    - 「良心」と「評判」という2つの経路
    - 規範意識:「こうすべきではない」「こうすべきである」ということに関する認識
      - ただし、共有された規範が全ての分野にわたって存在するわけではない
    - E.g.)「親権」、・開発利益還元制度
  - (2)人々が合目的的に行動するようなインセンティヴを与えること
    - E.g.) 借地借家法

- 共有された規範意識とずれた法は（他のインセンティヴがない限り）遵守されない
  - E.g.)スピード違反（特に深夜で人のいない場所での）、最近までの独占禁止法（後述）
- インセンティヴによる制禦が行われる場合でも、共有された規範意識とインセンティヴとの衝突が起こる
  - E.g.) 石油カルテル事件

- 規範意識と法の変化
  - 規範意識と法とは相互作用する
    - 共有された規範意識の変化が法の変化を引き起こす
      - E.g.)独禁法強化
    - 法の変化が規範意識の変化を促す
      - E.g.)旧ハートビル法（高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律）、バリアフリー新法


出入口
玄関や部屋のドアは
車いすを使用する方でも
通れるように
駐車場
駐車スペースは
車いすを使用する方でも
楽に利用できるように
浴室等
浴室やシャワー室は
車いすを
使用する方でも
使いやすいように
トイレ
トイレは車いすを
使用する方でも
使いやすいように
廊下等
廊下は
車いすを使用する方や
目の不自由な方も
安心して楽に
通れるように
エレベーター
エレベーターは
車いすを使用する方や
目の不自由な方も
利用しやすく
階段
階段は手すりを
つけて緩やかに
アプローチ
出入口までは段差が
ないかスロープ式に
視覚障害者誘導用
ブロック等
視覚障害者誘導用
ブロック等で安全に

資料：国土交通省

- 独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）
  - 1947年制定時（原始独禁法）には影響が軽微なものを除くカルテルの全面禁止（旧4条）、競争相手との間に事業能力の格差がある場合の是正措置（旧7条）のような規定がある厳しいものだったが、1953年改正で上記のような条文が削除され、一方で、適用除外規定の追加などの「骨抜き」化が進んだ。特別法によるカルテルも認められ、「独禁法冬の時代」と呼ばれた。

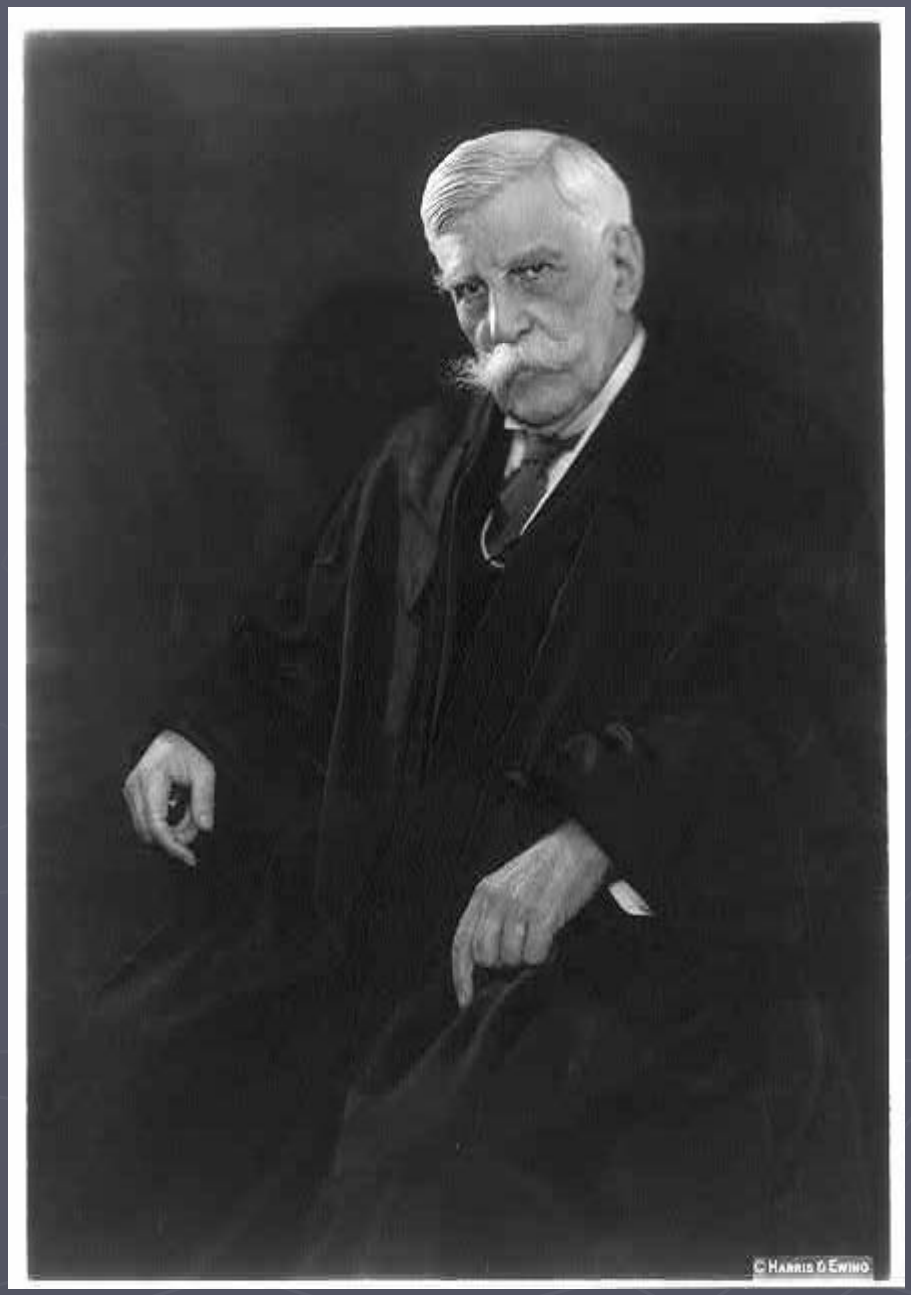
- 独占禁止法制定時にも（そしてその後も）企業が協調して生産し、適正な利潤を得ることが望ましいとする「良いカルテル論」（稲山嘉寛など）が主張されており、実際に鉄鋼業界や石油業界での生産調整は1960年代半ばまで行われている。この意味で、カルテルが「悪いもの」という意識は1950年代、60年代の日本にはなかったものと思われる。独禁法の「骨抜き化」も平行して起こっていることから、独禁法を支える規範意識の弱さが「骨抜き化」を生み出した可能性を指摘できる。

- 1960年代に公取委は「消費者保護」を強調して消費者団体の支持を得る。1973, 4年のオイルショック時には積極的にカルテルに対応し、石油会社に対して刑事告発まで行う（石油カルテル事件）。しかし、通産省との調整の下で行われた生産調整については結果的に無罪となり、同じく通産省との調整の下で行われた価格調整は最終的に有罪となったものの、場合によっては無罪になりうる可能性が指摘されている。

- 共有された規範意識の形成と変化
  - 人々を取り巻く環境や人々の行動が変われば人々の規範意識も変化する
  - ただし、環境や行動の変化と共有された規範意識の変化は常に連動はしない。
    - 一部の人々のみの規範意識が変化した場合
      - E.g.)「こどもの権利条約」、虐待増加と「親権」意識、
    - どちらかが急速に変化し、タイムラグが生じる場合もある
      - E.g.) 環境の変化が先行した例…相撲協会？ 規範意識が急速に変化した例…被害者保護、談合に対する認識

- 規範意識と法の変化
  - 規範意識と法とは相互作用する
    - 共有された規範意識の変化が法の変化を引き起こす
      - E.g.)独禁法強化
    - 法の変化が規範意識の変化を促す
      - E.g.)旧ハートビル法（高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律）、バリアフリー新法

- 法創造のプロセス
  - 立法によるもの
  - 裁判によるもの
    - 環境変化→規範意識の変化→法創造という経路も、環境変化→法創造→規範意識の変化という経路もありうる　いずれにせよ、規範意識の変化と法によるインセンティヴの付与を通じて人々の行動が変化する



Oliver Wendell Holmes, Jr. http://hdl.loc.gov/loc.pnp/cph.3a47967

The life of the law has not been logic: it has been experience.…The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.

法の本質が論理であった試しはない．法の本質は常に経験である。…法は何世紀にも亘る国家の発展の歴史を具現したものであり、数学の本のように公理や系のみからなるものであるかのように扱ってはならない。

Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* (1881)