

Local self government of a period of decentralization (3)

USUI, Kazunari

Since *Dartmouth college v. Woodward* (1819), municipal corporations have been considered as public corporations. They were agencies instituted by the sovereign for the purpose of carrying out the objects of government having no vested right to any of its powers or franchises and therefore fully subject to the control of the legislature.

However, in the late nineteenth century there was a political challenge to the state control of cities launched under the rallying cry of "home rule." "Home rule" meant both the ability to enact legislation without specific state permission and the ability to prevent certain state invasions of local autonomy. Late nineteenth and early twentieth century reformers in fact achieved the enactment of a bewildering variety of constitutional amendments designed to protect local autonomy. These constitutional amendments, however, failed to achieve their objective of local autonomy. The reason for their failure lies in the continuing liberal unwillingness to tolerate an intermediate entity that appears to threaten the interests of both the state and the individual. Since Madison's *Federalist X*, there have been warnings that local democracy may be destructive of important values and municipal council is not necessarily the equivalent of the state legislature even though the impact of its actions is wholly intramural.

Die neue Bedeutung und die Zulässigkeit von Beweismittelverträgen -In Zusammenhang mit der außergerichtliche Streiterledigung

SUGIYAMA, Etsuko

Die Beweismittelvertrag ist eine Vereinbarung, bei der die Beweisführung auf ein einziges oder mehrere konkret benannte Beweismittel beschränkt wird oder umgekehrt einzelne Beweismitteln ausgeschlossen wirt.

Eine solche Vertragsgestaltung kann durch verschiedenen Interessen motiviert sein, etwa den Prozeß zu beschleunigen oder die Kosten der Beweisaufnahme zu einsparen. Für die Praxis besonders wichtig sind Beweismittelverträge, die den Inhalt des außergerichtliche Verfahren oder die Beweismittel, die in solche Verfahren vorlegt ist, zu erbringen verhindern sollen, bei denen die Parteien freiheraus disputieren und die geeigneten Grundlage für Streitbeilegung bilden können.

Mit der heute herrschenden Meinung ist die Zulässigkeit der Beweismittelverträgen grundsätzlich zu bejahen, weil im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes der Beweisanztritt im Belieben der Parteien stehen.

Um die Zulässigkeit der Beweismittelverträge zu urteilen ist es jedoch wichtig, nicht allein die Dispositionsfreiheit der Parteien, sondern auch die Absicht der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. In dieser Hinsicht, zulässig ist beispielsweise der vertragliche Ausschuß von Beweiserhebung von Amts wegen, wenn der Gesetzgeber solche Beweiserhebung zugelassen hat, um den Prozeß zu beschleunigen. Und in jener Beziehung darf die Vertrag nicht zu viel die Entschluß-freiheit der Parteien einschränken. Erforderlich ist es somit, daß sich die Beweismittelvertrag auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezieht, und daß die Beteiligten die Benachteiligung, die aus die Verträge ergibt, überblicken können, etwas dadurch, daß die Beteiligten die Gegners bei Vertragsabschluß den Inhalt der Beweismittel zeigen.

The Lockean Theory of Property at the Beginning of the 21st Century

MORIMURA, Susumu

Contrary to Michael Oakeshott's dismissive evaluation made in the tercentenary year of Locke's birth (1932), John Locke's theory of property, which was expounded in his *Two Treatises of Government* (1689), has not yet lost its relevance today ; –, rather it has become a focal point in contemporary discussion on economic justice and property rights. The revival owes much to Robert Nozick's examination of Locke's labor theory of property in his *Anarchy, State, and Utopia* (1974). After briefly reviewing 8 recent books on Locke's political theory, especially his theory of property, published in 1997–2003, I show Locke's remarks on property rights shed light on important problems such as principles of taxation and foundations of intellectual property.

Le crime et la psychiatrie – la critique foucauldienne de la psychiatrie (2)

SASAKI, Shigeko

Michel Foucault a de nouveau abordé la folie et la psychiatrie dans ses cours au Collège de France des années 1973 et 1974. Ces deux cours, où, en se fondant sur une sévère auto-critique des approches utilisées dans son *Histoire de la Folie*, il saisit et analyse la psychiatrie comme un “appareil de pouvoir” spécifique situé au sein des “rapports de pouvoir” sociaux, allaient désormais orienter ses recherches vers une analyse entièrement nouvelle des formes de pouvoir propres à la société moderne occidentale : disciplinatio-normatisation et gouvernement de la population. Nous appuyant principalement sur le second de ces cours (*Les Anormaux*) où, à travers la formation historique des “anormaux” (les “individus dangereux”) devenus aujourd’hui les objets principaux de la psychiatisation, est mis à nu l’investissement de la justice, de l’administration et de la famille par le pouvoir psychiatrique, non comme “médecine” des maladies mentales, mais plutôt sous la forme d’une technologie “scientifique” de la santé publique fonctionnant hors de l’asile, nous retraçons dans cet article le processus d’avènement du pouvoir psychiatrique en “expert du danger social” ou “gardien de l’ordre social”, afin de montrer que ce pouvoir demeure aujourd’hui encore une pièce maîtresse du pouvoir disciplinaire-normalisateur.

Ex Post Restrictions on Contractual Freedom in Corporate Law

TAMAI, Toshiyuki

The Commercial Code of Japan has been frequently amended recently and restrictions on corporations and their constituencies have been relaxed. The less stringent *ex ante* statutory restrictions imposed on them, the more *ex post* restrictions by judicial review will be needed. If Japanese corporate law becomes more enabling and affords directors and officers greater discretion, it would rely more on *ex post* judicial restrictions. *Ex ante* “rule-like” restrictions and *ex post* “standard-like” restrictions on corporate contracts have their own costs and benefits respectively. While *ex ante* restrictions give contractual parties greater predictability and may improve contractual parties’ incentives and *ex ante* efficiency, they might prohibit desirable corporate contracts (over-inclusion), and they might permit undesirable corporate contracts (under-inclusion). While *ex post* restrictions by judicial review on corporate contracts may avoid over-inclusion and under-inclusion, they may be too ambiguous *ex ante* and deprive contractual parties of predictability and decrease their incentives and *ex ante* efficiency. How can a lawmaker minimize the costs of *ex ante* restrictions and maximize the benefits of *ex post* restrictions? In order to propose desirable *ex ante* and *ex post* restrictions on corporate contracts, I explored the methods and policies that Delaware courts employ in their judicial review of corporate contracts. Since Delaware courts emphasize *ex ante* efficiency and incentives over *ex post* fairness, Delaware courts are not willing to intervene in the freedom of contractual parties and are reluctant to engage in *ex post* substantial review of corporate contracts. Instead, Delaware courts give contractual parties incentives to improve their own transactional processes. For example, by affording a substantial judicial-review-immunity effect in conflict transactions to safety devices including special committees composed of independent directors and the majority of the minority shareholders’ consent, Delaware courts induce parties to structure their conflict transactions that approximate truly arm’s length transactions.

Die geschichtliche Entwicklung der Lehre von *laesio enormis* —über die Zusammenhang zwischen seinen Rechtsnatur, Tatbestand und Rechtsfolge—

HORIKAWA, Shin-ichi

In der heutigen Rechtsgeschäftslehre ist die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung geachtet. Zum Beispiel ist im Irrtumslehre behauptet, daß die Äquivalenz zwischen Leistungen für die Beurteilung des wesentlichen Irrtums entscheidend ist. Im Bereich des Wuchers ist die Objektivierung des subjectiven Tatbestands erklärt (Mayer-Maly : „Renaissance der *laesio enormis*?“).

Aber die Rechtsgeschäftslehre stellt natürlich die Theorie dar, daß der freier Wille herrscht, den vom objektiven Element getrennt ist.

Diese Arbeit handelt über die Lehre von *laesio enormis*, um den geschichtlichen Ansatzpunkt des Studiums über die Äquivalenzprinzip in der heutigen Rechtsgeschäftslehre zu erklären.

Diese Arbeit behandelt den drei Modelle der Lehre von *laesio enormis* : das Schwächerschutz oder Wirtschaftspolitik Modell, das Gerechte Preis (*iustum pretium*) Modell, und das Irrtumsvermutung Modell. Das moderne Recht stellt sich zum zweiten Modell negativ, aber das erste Modell lässt als Bewegungsfeld des Staats außer Rahmen der Privatautonomie vorbehalten. Ob das dritte Modell die Möglichkeit des Vorbehalten im moderne Recht hat, hängt am Verhältniss zwischen der Irrtumslehre und dem Äquivalenzprinzip.

Die Anwendung dieser Lehre von *laesio enormis* im heutigen japanischen Recht ist künftigen Aufgabe. Dabei ist zum einen die Irrtumslehre und *Causa Le*hre zu arbeiten, zum anderen auch das praktische Problem zu forschen.

Meta-ethics, Legal Meta-axiology and Evolutionary Biology : The Possibility of Overcoming Hume's Law

NAITO, Atsushi

This paper examines the significance of evolutionary biology as meta-ethics or legal meta-axiology. We find that many attempts have been made since the nineteenth century to consider goodness or justice from the perspective of evolutionary theories, but most of them have failed because they infringed Hume's Law, which indicates that a distinction should be drawn between "is" and "ought". We also discover some new attempts to explicate the basis of moral values or justice by means of new theories of evolutionary biology developed in the latter half of the twentieth century. I consider the work of three representative theorists who discussed this issue, namely, Michael Ruse, Soshichi Uchii and Richard D. Alexander, and investigate how evolutionary biology contributes to ethics and legal philosophy by comparing their theories.

Ruse is one of the most eminent scholars in this field and argues that human beings have innate moral sense, which is the ultimate basis of moral values or justice. Evolutionary biology is so significant for ethics and legal philosophy that it can specify the existence and contents of moral sense as the inquiry of facts. While Uchii criticizes Ruse's process of analyzing the grounds for moral values, he accepts that there is innate moral sense in the human mind and it plays a role in endorsing our moral judgments. Thus, we can say their positions regarding the basis of moral values are fundamentally the same. On the other hand, Alexander rejects the existence of innate moral sense and asserts that human beings by nature try to maximize their reproductive profits and moral values arise out of the way of realizing that through indirect reciprocal altruism within each group. All three scholars accept the distinction between "is" and "ought" indicated by Hume's Law, and find, within ethics and legal philosophy dealing with "ought", the significance of evolutionary biology dealing with "is", particularly in the areas of meta-ethics and meta-theory of justice.

La transmission des biens avec charge alimentaire
des vieillards et la rupture des rapports intimes :
une étude s'inspirant du droit français,
qui distingue l'inexécution et la mésentente
entre parties en matière de bail à nourriture

KOHDA, Keï

Jusqu'à maintenant, en droit japonais, quand on parle de «l'aliment des vieillards», il s'agit, en général, de l'obligation alimentaire légale entre parents, mais il s'agit aussi de la transmission des biens avec charge alimentaire des vieillards, qui présuppose l'obligation alimentaire légale, ou consolide celle-ci. Telle transmission des bien a produit, à cause de l'originalité japonaise de la législation concernant la donation (manque de la disposition pour l'ingratitude, par exemple), le plus souvent la controverse doctrinale d'installer l'arrière-plan de la donation dans ce contrat pour permettre la restitution des biens donnés.

En droit français, «l'aliment des vieillards» est connu, d'ailleurs, comme un contrat innommé, bail à nourriture. Quant à la restitution des biens transmis, il y a des possibilités de la révocation pour cause d'inexécutions des charges, ou pour cause d'ingratitude. Au surplus, la jurisprudence française, dans le cas de la mésentente entre parties, a encore trouvé une autre solution, c'est-à-dire la conversion du bail à nourriture en rente viagère, en supposant «l'impossibilité d'exécuter» qui est évidemment distincte de l'inexécution.

Dans cette étude, nous donnons, d'abord, la vue d'ensemble de la situation du droit japonais dans le domaine de ladite transmission, en examant la jurisprudence et la doctrine (I), ensuite, nous étudions la jurisprudence et la doctrine du droit français en matière de bail à nourriture, notamment celles concernant sa résolution et sa conversion (II), et enfin, nous proposons, en mettant les circonstances du droit japonais en comparaison avec celles du droit français, une possibilité de considerer, dans droit japonais aussi, «l'aliment des vieillards» comme un contrat (III).

Neue Gedanken zum gerichtlichen Geständnis im Zivilprozess

KAWANO, Kenichiro

In der Zivilprozessordnung (ZPO) gibt es nur einzige Vorschrift über das gerichtliche Geständnis (g. G.), danach das Gericht keines Beweises bedarf, um die gerichtliche geständene Tatsache festzustellen (§179 ZPO). Dabei hat es zwei verschiedenen Bindungswirkungen : Beweisausschlusswirkung an das Gericht und Widerrufsverbot zwischen den Parteien. Herschende Meinung rechtfertigt diese Wirkungen mit zwei verschiedenen Begründungen : die Bindungswirkung an das Gericht durch das Verhandlungsmaxime und Widerrufsverbot zwischen den Parteien mit *Estoppel*. Diese Rechtfertigung hat meines Erachtens nach deshalb keine Überzeugungskraft, weil das g. G. ein rechtliches Instrument ist und als solche begründet werden muss, das im gerichtlichen Verfahren die Streitpunkte zwischen den Parteien durch Verfügungsakt redziert und die Beweisaufnahme über die geständigen Tatsachen ausschließt. Dogmengeschichtlich wurde das g. G. unter den Wechselseitigenverhältnisse als eine Willensakt zur prozessualen Verfügung einer Partei ausgestaltet.

Nach geltender ZPO gilt ein konzentrier Verfahrensbetrieb (§182 ZPO). Dazu muss man im Verfahrensablauf zwischen der Behauptungsphase und der Beweisaufnahmephase unterscheiden. Dabei bezieht das g. G. sich mit einer gerichtlichen Handlung einer Partei in der Behauptungsphase und nicht in der Beweisaufnahmephase.

Das g. G. muss man als ein Verfügungsakt der Partei mit Selbstverantwortung ansehen. Damit kann man dem g. G. die Prozessförderungsfunktion ansehen.