

学術創成セミナー	13
国際シンポジウム	14
部会研究会	15
活動記録	20
編集後記	20



科学研究費補助金・学術創成研究費

ポスト構造改革における 市場と社会の新たな秩序形成

—自由と共同性の法システム—

科学研究費補助金・学術創成研究費
(平成19年度～平成23年度)
研究課題番号 19GS0103

学術創成セミナー

平成19年度 第3回学術創成セミナー

強制・制裁・サンクション—行政法学の観点から—

研究分担者 高木 光
京都大学大学院法学研究科教授

日時：平成19年11月2日（金）14:00～16:00

場所：京都大学法経本館4階大会議室



【概要】ポスト構造改革の社会秩序構想にあたっては、法の遵守を実効的に確保するためのメカニズムをどのように設計すべきかが重要な課題となる。本報告ではその基礎作業のひとつとして、行政法学—法の実効性をいかに確保するか体系的に検討してきた学問分野—の観点から強制・制裁・サンクションをどのように概念的に整理するか、具体例として独占禁止法における「課徴金」をどう理解すべきか、また「行政強制」と「行政上の義務履行確保」をどう理解すべきかを中心に報告が行われた。

報告者はまず、行政法学者の視点を法律学のアプローチと国家学のアプローチからなると特徴づけた上で、近年の独占禁止法研究会措置体系見直し部会への参加経験をふまえ、課徴金制度がどのように位置づけられるかを検討した。ここでは論点が二点ある。第一に、「課徴金は利益剥奪なのか制裁なのか」という二者択一の議論がある。この論点について宇賀克也氏は、混乱を避けるためまず「制裁」を定義し、その上で課徴金が「制裁」に該当するかどうかを検討する、という手順を唱えている。同氏の定義（広義・狭義）にしたがえば、この二者択一論では「制裁」が狭義のそれ（違法行為前よりも不利益な状態に置くこと）として扱われている点に留意しなければならない。

第二に、「課徴金は憲法で禁止されている二重処罰にあたるのではないか」という議論が出てくる。つまり、民事ならば不当利得（例えば、カルテルで得られる利得）より大きな金額は課されないはずであるところ、課徴金でそれより大きな金額が課されるのであれば刑事罰にあたるのではないか、という主張である。報告者はこれに対して、大陸法的な法体系論（憲法・民事法・刑事法・行政法の分類のもと行政法独自の領域を認める）の観点から、「制裁的機能」は刑法の専管事項ではなく行政法も重疊的に関与しうる（むしろ社会統制機能の多くは行政法システムが担っている）と主張する。

報告では次に、より一般的な概念整理が試みられた。「行政強制」は「行政上の強制執行」と「行政上の即時強制」からなると理解できる。他方、「行政上の義務履行確保」は、「行政上の強制執行」と「行政罰」からなり、さらに分類すれば「強制徴収」「直接強制」「代執行」「執行罰」「行政罰罰」「秩序罰」からなる。「行政罰」と「執行罰」は、一回かぎりの制裁か否かという点で相違

がある。このほか、義務履行を確保するための手法として、課徴金のほか、公表・給付拒否・環境税・排出賦課金が登場している。このように多様な展開を前にして、どのような捉え方ができるか。報告者は、「強制」でも「制裁」でも整理しきれない側面を視野に入れる試みとして、「実効性確保」という観点から山田武道氏のサンクション論を、「法執行システム」という観点から曾和俊文氏の論考を紹介した。

報告の最後では、90年代以降のドイツにおいてキーワードとして規制緩和や自主規制などが登場していることが紹介された。ここにはアメリカからの影響がみられ、日本はドイツ経由のアメリカ化をたどりうるのではないかと試論が提示された。

報告後の討議においては、刑事法・民事法や比較法（ドイツ法・アメリカ法）の観点をまじえて活発な意見交換がおこなわれた。主な論点としては、課徴金の額（カルテルで得られる利益よりも大きくなければ抑止力として機能しない）、現行独禁法における罰金額の少なさ、秩序罰の性格、Steuerungの概念理解、個人—行政—個人の三面関係モデル、エンフォースメントにおける裁判所の重要性の是非などが議論された。

* *

平成19年度 第4回学術創成セミナー

会社法のもとにおける株主平等原則の機能について

研究分担者 森本 滋
京都大学大学院法学研究科教授

日時：平成20年1月24日（木）13:00～15:00

場所：京都大学法経本館4階大会議室

【概要】本報告は、株主平等原則を規定したとされる会社法109条1項とその問題点について検討するものである。会社法制定に際して、同原則の法理的基礎ないし機能について十分に検討することなく109条1項の規定が設けられたため、2項（株主平等原則の例外を規定）との関係、株主の具体的な権利の平等にかかる規定との関係（両者を一般法と特別法として整理することができるか）、109条1項の解釈論としての株主平等原則と理論上の株主平等原則の関係など、様々な解釈上の問題点が惹起される。

会社法109条1項は、株主の基本的権利に限定して適用されるのではなく、広く一般的に、会社と株主間の法律関係の処理一般の基本原則として、株式会社が株主を平等に取り扱わなければならないものと理解されている。このように同規定の適用範囲を広範なものとする、その運用は、公正（正義衡平）の理念から弾力的柔軟に対応せざるを得なくなる。しかも109条を全体として見たとき、その重点は2項にあるのであって、1項に実質的な意義を認める必要はなく、公開会社については、従来の株主会社における株主平等原則が妥当すると解することが合理的である。

会社と株主の権利関係は、出資者としての株主の持分権を保護



するため持株に比例した厳格な平等原則、株主民主主義の理念と関連する株主の監督是正権、及び正義衡平の理念からの一般的な株主平等原則の三つに区別して整理される。持分権の平等及び監督是正権については、具体的な規定が設けられており、当該規定の趣旨を基礎に処理される。したがって、株主平等原則に関する会社法 109 条 1 項適用の中心問題は、法定事項以外の会社と株主の間の法律関係ということになり、原則として「株主処遇の公正さ」の問題であり、正義衡平の理念から公正妥当な取扱いを求めようとするものであると解するのが適当である。

なお、憲法学説においては、法の下での平等原則は、相対的な平等原則（実質的公平）を定めるもので、同一の事情・条件の下では均等に取り扱うことを意味するとされており、恣意的差別が禁止される一方、社会通念上合理的な差別・区別は認められている。また、平等原則に違反するかどうかの審査基準として、必要不可欠な公共的利益基準、合理的根拠基準、実質的な合理性関連基準の三段階説が主張されている。このような憲法上の「平等原則」にかかる議論が「株主平等原則」とどのように関わるかについて検討する必要がある。例えば、伝統的に株主平等原則は、定款ないし株主総会の特別決議によっても変更できないと解されていたが、株主総会の特別決議ないし株主の圧倒的支持を基礎に必要性を推定することが認められるのであろうか。

討論において、109 条 1 項と個別具体的に平等原則を定める規定は、プリンシプルとルールの関係として理解することが合理的ではないか、憲法上の平等原則と私法上の平等原則を比較する際、慎重さが求められるのではないか、公正さを一般的に強調するのではなく、その具体的判断基準ないし手続を明確化することが必要ではないか等の意見が出された。

国際シンポジウム

平成 19 年度 第 1 回 国際シンポジウム

カナダ・日本・韓国の市民社会と社会政策を考える

Rethinking Citizenship in the Post-Neo Liberal Era

日時：平成 20 年 2 月 19 日（火）9:00～17:15

場所：京都大学医学部創立百周年記念施設芝蘭会館山内ホール

◇開会の辞

初宿 正典（京都大学法学研究科長）

川濱 昇（京都大学大学院法学研究科教授、研究代表者）

◇はじめに

新川 敏光（京都大学大学院公共政策連携研究部教授）

◇カナダにおける社会政策、ジェンダー、多文化主義の現況とオンタリオの立場

報告：Vasanthi Srinivasan 氏（カナダ・オンタリオ州保健省保健 P&R 室長）

コメント：Hyekyung Lee 氏（韓国・延世大学大学院社会科学研究科教授）

◇韓国のジェンダーと社会政策

報告：Eunyoung Choi 氏（韓国・清州国立大学児童福祉学部教授）

コメント：Ito Peng（カナダ・トロント大学社会学部教授）

◇日本のジェンダーと社会政策

報告：落合 恵美氏（京都大学大学院文学研究科教授）

コメント：Susan A. McDaniel 氏（米国・ユタ大学公共・国際関係研究所兼高齢化問題センター教授）

◇帰属：カナダにおける多文化主義と社会統合

報告：Keith Banting 氏（カナダ・クイーンズ大学政策学部教授）

コメント：Soonman Kwon（韓国・ソウル国立大学保健学部教授）

◇韓国の移民政策と市民権

報告：Dong-Hoon Soel 氏（韓国・全北国立大学社会学部教授）

コメント：Susan A. McDaniel 氏（米国・ユタ大学公共・国際関係研究所兼高齢化問題センター教授）

係研究所兼高齢化問題センター教授)

- ◇グローバリゼーション、高齢化、多文化主義：日本の場合
報告：新川 敏光（京都大学大学院公共政策連携研究部教授）
コメント：Ito Peng 氏（カナダ・トロント大学社会学部教授）

シンポジウムの概要

開催責任者 新川 敏光

小泉構造改革は既得権益や規制ネットワークを打破し、市場メカニズムを最大限活用しようとするものであった。



いわゆる「55 年体制」下における利益誘導や仕切られた競争、護送船団方式などといわれる調整システムは、その手続き的不透明性・不公正を批判されてきたが、それがまた西欧先進諸国の福祉国家とは異なる、わが国特有の社会的保護・救済システムを提供してきたことも事実である。しかしながら、グローバル化のなかでそのようなシステムを維持することは、わが国政治経済にとって桎梏となるとの認識・危機感が強まり、それが構造改革を推進する大きな力となったといつてよい。

構造改革のこうした歴史的意味と意義は正しく評価されねばならないが、他方市場のみによって社会統合の調達が不可能であることも事実である。ロック流所有自由主義をバックボーンとするアメリカ合州国のような市場モデルは、他国において見られないものであるし、また今日アメリカ社会が深刻な社会統合の危機に直面し、社会資本やコミュニティの再建が活発に論じられていることは周知の事実である。

カナダはアメリカと同様自由主義の国と見なされることが多く、それは概論としては間違っていないが、加米には無視できない違いがある。たとえば、アメリカがいまだに全国民をカバーする公的医療保障を持たないのに対して、カナダでは全国民をカバーする普遍主義的な医療保険が確立されて 40 年近く経つ。また年金においても、貧困者への補足年金が存在し、これがカナダ社会の二極化を和らげているといわれる。カナダにおいては、社会政策は国家・社会統合両面において重要であった。世界で最も分権的といわれる連邦制システムをもつカナダでは、連邦政府の支出権に支えられた社会政策が各州の分離傾向を抑制し、求心力を高める不可欠の手段となった。またカナダは、アメリカ同様移民国家であるが、アメリカ以上に少数民族の独自性や権利保護に熱心であり、多文化主義が揺るぎない原則として確立している。

スウェーデンのような社会民主主義原則を確立することが難しく、アメリカのような反政府的個人主義・自由主義原則に拠って立つこともできないわが国が、カナダの社会保障モデルに学ぶべきところは少なくない。またわが国がカナダのような多文化主義社会になることは想像し難いにして、グローバル化、さらには高齢化のなかで、マクロ経済パフォーマンスを維持しようとするならば、避けられないアジア諸国からの大量移民労働力の受け入れを考えると、その移民統合政策は、大きな教訓となるはずである。

オンタリオ州はカナダ最大の州であり、かつ民族的文化的多様性を示す国際都市トロントを抱えるが、Vasanthi Srinivasan 報告は、同州における移民・ジェンダー・社会政策、各々への取り組みを、具体的に紹介し、社会主義政策が多文化主義、ジェンダー平等実現にどのような役割を果たしているかを検討している。これら三つの関係は、単純ではない。たとえば、社会政策によって少数民族の価値観の尊重を実現したとしても、それが結果としてその民族内部におけるジェンダー的抑圧を保護してしまう結果になることもありえる。こうした緊張関係を踏まえ、取り組みが遅れているジェンダー平等実現のために社会政策が果たすべき、果たしうる役割に関する研究の必要性が指摘された。また Keith Banting 報告は、カナダにおける帰属感の問題を取り上げ、多文化主義が社会的絆、社会資本を弱めるとする通説を退け、むしろ少数民族においてカナダへの帰属感が強い場合も見られ、複数集団への帰

属が直線的ではないにしろ、螺旋的にカナダへの帰属感を高める可能性を示唆した。

他方韓国をみれば、通貨危機に対する IMF 勧告の受け入れとその後の急速な自由主義化は、日本の構造改革の比ではない。また出生率の急激な低下により、今世紀中葉にはわが国と同じレベルの高齢化率に達すると考えられる。このように韓国は日本と同じような問題を抱えるが、問題がより深刻かつ急速に進行した／しているため、対応が日本よりも迅速かつ包括的に行われている。またアジア経済発展のなかで、両国の経済的相互浸透が今後一層進むであろうことを考えれば、韓国の経験は、わが国のポスト構造改革の秩序形成を考える上でも、大いに示唆に富むものといえる。

Eunyoung Choi 報告は、過去5年間の間に、女性を保護すべき(したがって男性とは対等ではない)か弱い存在とみなす男性稼得者モデルからの政策的離脱が見られ、ジェンダーの平等を基本とする女性労働市場参画政策および子育て支援策が展開されてきたことを紹介し、しかしながら社会的にはジェンダー平等の考えがなお十分に受け入れられているとはいえない現状、さらには近年増加傾向にある外国人労働者や移民の中での女性の低い地位という新たな問題が浮上していることを指摘した。Dong-Hoon Seol 報告は、ソウルオリンピックが開催された1988年を大きな転換点として韓国では移民労働力が増加するようになり、1990年代には国際結婚の急増によって、韓国が他民族化、多文化社会化していると指摘し、移民およびその家族の社会的包摂が大きな課題として浮上してきている現状を、個別事例を盛り込みながら説明した。

落合報告は、長年にわたる東アジアの家族像の変容に関する共同研究に基づくものであり、西欧における Pre-modernity、Modernity、High Modernity という三段階が、アジアでは2段階に圧縮されていると指摘し(日本は短期の Modernity を持つ)、そのような歴史的パースペクティブから東アジアの人口構成、女性労働力化、ケア問題の特徴を明らかにし、今後必要となる社会政策の方向性を示唆した。新川報告は、日本が生産年齢人口を維持していくために、今後移民労働力を受け入れていくと仮定した場合に、どのような移民政策が必要となるかを、いわゆる在日朝鮮・韓国人の市民権問題を事例に検討し、国籍=市民権という狭隘な理解が実は戦後平和国家日本を支えた同質性神話の裏面であり、排除の論理となっていることを指摘し、これを超えるために多層的市民権概念が求められるとした。

* * *

なお本シンポジウムはカナダ大使館の協賛を得て行われた。その経緯を、最後に簡単に紹介しておきたい。日韓加の社会政策比較研究の構想は、2007年3月カナダ大使館参事官(広報部長)の Christine Nakamura、トロント大学 Ito Peng 教授の呼びかけに応じて、韓国ソウル大学の Soonman Kwon 教授、国立社会保障人口問題研究所の金子能宏氏、そして新川などが参集した準備会議の場で提起され、2008年2月に東京で第一回国際シンポジウムを開催することが決定された。その背景を辿れば、1999年カナダのクレティエン首相が訪日の折、小渕首相との間に両国の社会政策上の協力を謳ったコミュニケが作成され、それに沿って両国での実務家や研究者が集う会議が開催されてきたことがある。またこの間、加韓の二国間会議も立ち上がり、今回これら二つの流れが合流し、三カ国共同研究体制が生まれたわけである。

東京会議を準備する段階で、その趣旨が本学術創成研究のテーマと重なるところが大きいことから、新川個人ではなく、創成研究として組織的にこの会議を支援し、さらに京都でのシンポジウムを開催することが決定された。したがって、2008年2月16日にカナダ大使館において開催された「多様化する高齢社会にける医療、仕事と家庭の両立および所得再分配のあり方」は、カナダ大使館・京都大学大学院法学研究科・国立社会保障人口問題研究所の共催であり、本シンポジウムではカナダ大使館が協賛団体として、人的物的な援助を提供してくれた。カナダ大使館の支援がなければ、本シンポジウムは成功しなかったであろう。記して、深謝したい。

部 会 研 究 会

平成19年度 第4回エンフォースメント部会研究会

(愛知法理研究会(幹事: 南山大学 高橋広次教授)と共催)

◇日 時: 平成19年12月8日(土) 16:00~18:00

◇場 所: 南山大学A棟(法科大学院棟)5階54番ゼミ室

◇報 告: 金澤 孝氏(お茶の水女子大学非常勤講師、早稲田大学大学院法学研究科学生)

「Cass R. Sunstein 教授の憲法論

—Judicial Minimalism と Deliberative Democracy—」

【概要】憲法の作用を最善の正義理論の体現ではなく機能的な民主的秩序(すなわち市民の自己統治)を作り出すメカニズムだと考える Sunstein 教授にとっては、司法の役割もまた民主主義の促進という観点の下で評価されねばならず、裁判所は民主的出自に欠け、価値対立解決能力にも劣るがゆえに、とりわけアメリカに関しては熟議民主政を目指すうえで「従たる地位」に立たねばならない。裁判所の役割は主として、政治によっては矯正不可能な領域(投票権)や政治的熟議を保障する権利(表現の自由)の執行に存する。このような裁判所の活動を含めて憲法秩序が価値対立を決着させていく形態として彼が(記述的にも規範的にも)主張しているのが、「完全には理論化されていない合意 Incompletely Theorized Agreements」、すなわち、類推的推論を活用しそれによって比較的低位の正当化理論のみにとどまる合意形成が可能だというものである。そして高度な原理形成は、より民主的な政治部門に委ねられねばならない(ただし Sunstein 教授は、ポピュリスト的理論とは一線を画している)。



かかる裁判所の地位規定は、一方で裁判所の決定手法に関して、決定対象を「狭く」かつ理由付けを「浅く」限定すべきことを帰結し、他方で熟議民主政における裁判所の役割としては、裁判所はそのようなミニマルな決定によって民主的政治過程における熟議を促進するべきだという(広義の)「司法ミニマリズム」(Judicial Minimalism)を意味する。さらに Sunstein 教授は近時の議論において、一方では卓越主義、多数決主義、原理主義といった対抗モデルと対比しつつミニマリズム的裁判官像の優位性を論じ、また他方で自己の立場を新たに「パーク流ミニマリズム」と称し、司法ミニマリズムのいっそうの精緻化を試みている。しばしば漸進主義的側面を強調するこうした議論展開は、教授が近年とみに実証的行動科学への関心を高めその知見を意欲的に吸収した成果と推察され、より実効的な政治的熟議のための条件整備を目指すものと理解できる。

* * *

平成19年度 第3回市場の秩序形成部会研究会

◇日 時: 平成19年12月15日(土) 10:30~13:00

◇場 所: 京都大学法経本館4階大会議室

◇テーマ: 「形成過程の規制について」

◇討 論: 北村 雅史氏(京都大学大学院法学研究科教授)

松尾 健一氏(同志社大学法学部准教授)

加藤 貴仁氏(神戸大学大学院法学研究科准教授)

松中 学氏(大阪大学大学院法学研究科助教)

【概要】まず、松中学氏が、アメリカ法における企業結合の形成規制について報告した。企業結合の形成の方法が、州会社法上の企業結合の方法による場合と、株式の取得による場合に分類され、前者について、資産の譲渡、合併、後者について、支配株式の取得、新株発行、公開買付けについて、関連する法規制の紹介がなされた。さらに、少数株主に与えられた救済とし

て、制定法上の株式買取請求権と、エクイティ上の差止め、損害賠償責任等の比較がなされた。

次に、北村雅史氏が、イギリスにおける企業結合の形成規制について報告した。イギリスの TOB 規制は EU の第 13 指令のモデルになったが、EU の第 13 指令の国内法化による従来の TOB 規制がどのように改正されたかが確認され、合併、分割規制の概要が説明された。ただし、イギリスにおいては、企業結合の手段として、合併の事例が少ないことも指摘された。

続いて、神戸大学准教授の加藤貴仁氏が、ドイツの企業結合の形成規制について報告した。企業買収法の構造および公開買付けの規制が紹介された後、新株発行規制における決議内容の実質的要件と、事業譲渡に関するホルツミュラー判決の今日的意義、組織変更法上の会社分割の規制について説明がなされた。

最後に、松尾健一氏が、フランスにおける企業結合の形成規制について報告した。まず、EU 第 13 指令国内法化後の公開買付け規制が概観された後、フランスの規制の特徴として、いわゆるブレイクスルー規制が採用されたこと、ある上場会社の支配権を取得した場合にはその会社の上場子会社についてもいわゆる強制的公開買付制度が適用されること、株主総会の承認を得て防衛策としてライツプランを導入できることなどが指摘された。

* * *

平成 19 年度 第 5 回エンフォースメント部会研究会

- ◇日 時：平成 20 年 1 月 22 日 (火) 14:00~17:00
- ◇場 所：京都大学法経本館 4 階第 4 演習室
- ◇報 告：深町 晋也氏 (北海道大学大学院法学研究科准教授)
「財産犯を規定する要素としての追求権侵害
—財物罪の理論的体系化のために—」



【概要】本研究会は、法的規制の実効性を確保するうえで、とりわけ刑法を通じたエンフォースメントのあり方について、民法及び法哲学といった各法領域との関わりの中での意見交換を企図して催された。

窃盗罪に代表される財産犯に関しては、主にその保護法益に関する議論が熱心に展開されており、被害者の事実上の所持 (占有)

自体が保護法益でありその侵害が問題となるという占有説と、その占有の基礎を成す法律上の権利を保護しているとする本権説とが唱えられてきた。しかし従来の保護法益論は、占有侵害要件と占有移転 (行為者の占有取得) 要件とを要求する占有移転罪における保護法益の基本構造を、必ずしも具体的解釈論に際して説明するものではない。

盗取罪における法益侵害としての占有侵害の本質は、所有者が自己の手許に置いて財物を利用する可能性の侵害である点に見出される。他方で行為者の占有取得と保護法益との関係については、盗取罪の成立に際して占有移転要件を不要とする立場や、占有移転を保護法益とは関連させず既遂時期を画する機能のみを見出す立場も存在する。しかるに利用可能性侵害としての占有侵害理解と併せて考えるならば、占有取得は財物に対する追求可能性の侵害を顕在化させるという点において法益侵害を基礎づけていると捉えることができる。

占有移転罪としての盗取罪の保護法益をこのように構成することにより、盗取罪のみならず交付罪及び盗品等関与罪をも含む財産犯全体の構造を一貫したかたちで理解し、かつ従来論議されてきたいくつかの事例を説明することが可能になる。第一に、親族相盗例を含む事例「B の財物を盗んだ窃盗犯人 A から、さらに A の子 X がその物を盗んだ場合」について、① X は、A が B に財物を返還するために有している占有を侵害したことにより B の所有権に基づく追求権を侵害しているが故に窃盗罪の成立を認めることができ、かつ② A の占有はあくまでも

B のためのものであって独自の利益とは言えないため、親族相盗例の適用においては、A-X 間の親族関係は不要であって、B-X 間に親族関係があれば足りる。第二に、一項強盗罪において行為者が占有侵害時に被害者を殺害してから占有取得までの間に時間的場所的懸隔がある事例については、被害者殺害によって被害者の占有を侵害し、かつ、占有取得によって (被害者の) 相続人の追求権を侵害するものと考えれば、強盗罪の成立を認めることが可能になる。第三に、交付罪 (詐欺罪) に関して、交付罪は窃盗罪とは性質を異にするものであって法益侵害ではなく行為者の利得時期に着目して既遂時期を論じるべきだとする見解がある (例えば自己名義のクレジットカードの不正使用の事例)。しかし、このような交付罪の事例に対しても、追求権侵害として構成することによって窃盗罪と交付罪とを一貫したかたちで理解することが可能になる。さらに第四に、盗品等関与罪についても、盗品を被害者からいっそう遠ざけることにより被害者の追求可能性を妨げているという意味において、窃盗罪との連続性が見出される。

* * *

平成 19 年度 第 6 回エンフォースメント部会研究会

- ◇日 時：平成 20 年 1 月 28 日 (月) 14:00~17:00
- ◇場 所：京都大学百周年時計台記念館会議室 III
- ◇テーマ：「高齢社会対応のための民事信託の活用可能性」
- ◇報 告：折原 誠氏 ((社) 信託協会調査部長)
- ◇報 告：田中 和明氏 ((株) 中央三井信託銀行法務部長)

【概要】本研究会は、国家による従来型の社会保障が力を失いつつある状況にあつて、個人の自律をいかに



して支援するか、または個人単位では解決できない問題に対しては新たな担い手をいかにして組織しそれをいかにして支援するかという視座からの、一連の研究会を開始するものである。

各国の信託制度の発展過程、個別形態、利用実態は様々であり、日本においては明治期以来、商事信託が信託の大部分を占めてきた。それに対して、一昨年に全面改正され昨年施行された新信託法は、民事信託と商事信託とを包括的に規定しつつ、一方では金融のグローバル化に対応した商事信託を整備し、また他方で成熟社会における高齢者のための民事信託活用に対応し得るものとなっている。具体的な特徴としては、受託者の義務の合理化 (とりわけ委託の柔軟化)。受益者保護制度の整備 (受益者代理人制度の創設など)、多様な信託制度の整備 (併合及び分割、新たな信託類型の創設) の三点が挙げられる。

とりわけ少子高齢社会を迎えた日本においては、公的社会保障制度の先行きに大きな不安があるため、高齢者が保有している不動産資産をフロー化して、老後生活資金の確保の手段として有効活用させることが考えられる。これを実現するものとして、一時期、リバースモーゲージの活用が盛んに説かれた。リバースモーゲージとは、居住用資産を担保として契約期間にわたって分割融資を受け、契約終了時 (借入人の死亡時または借入期限時) に融資元利額を担保不動産の売却等によって一括返済するというローン制度である。しかしながら、リバースモーゲージには、その運営上の課題として、利用者の長生きによる担保割れのリスク、不動産の価格変動リスク、金利変動リスクがあり、また法律上の課題としては、とりわけ相続問題への対応があった。そして、バブル崩壊による不動産価格の著しい下落のため、この制度は立ちいかなかった。

この経験を踏まえて、現在、新信託型リバースモーゲージが構想されている。新信託型リバースモーゲージとは、多数の者 (加入者) がその所有する不動産を信託財産に供し、受託者がこれを運用する。受益権は、加入者に老後の生活に必要な資金または住居・医療等のサービスを給付する利用受益権と、証券化し

て運用益を投資家に配当する価値受益権に二分する、という形をとる。長生きリスクに対しては、受託財産をプール化することにより、大数の法則の下で回避され得るものとし、また価格変動リスク及び金利変動リスクに対しては、受益権の分割及び証券化によって回避され得るものとするわけである。また、法律上の問題としては、高齢者の行為能力低下に対しては新信託法の受益者代理人制度を利用し、また利用者の相続人との関係においては、利用受益権を一身専属権とすることが考えられている。ただし、遺留分の問題を完全に解決しているとは言えず、また運用上の問題として中古住宅市場及び価値受益権市場の整備が求められる。

* * *

平成19年度 第3回社会の秩序形成部会研究会

- ◇日時：平成20年1月30日(水) 13:30~16:00
- ◇場所：京都大学法経本館1階第11番教室
- ◇報告：浦坂 純子氏(同志社大学社会学部准教授)
「NPOで「働く」ことを考える—精神的充足から有能な人材が定着する環境整備を—」



【概要】本報告は、有能な人材がNPOでの労働から精神的充足を獲得するだけでなく、そこに定着できる環境整備を図るため、現在のNPOでの労働の在り方を明らかにするとともに、その問題点と処方箋について検討しようとするものである。

まず、アンケート調査をもとにした集計データを分析し、NPOの担い手の満足度や働き続ける意志に寄与している要因を検討した。これによれば、NPO活動に対する継続意志や満足度が、精神的充足・ボランティア精神・利他心のみならず、むしろ賃金水準や賃金決定方法も含めた処遇全般(労働条件)への満足度に左右されるという仮説が実証された。

この点について、(NPOに振り向けられる資源の乏しさを前提としつつ)そこから引き出される政策的含意を考えれば、次の通りになる。NPO労働者については、活動への動機付けはさほど特殊なものではなく、人的資本蓄積や処遇改善に向けての努力が活動継続に有効となる。NPO自体については、財政的基盤を固めて賃金面にしわ寄せをせず、また、公平性・透明性・納得性を担保しながらの賃金支給が望ましく、さらに、本人が望む形態での活動を保障することが大切である。そして行政については、社会的意義や需要があっても、対価が得られにくい事業を手がけるNPOに委託事業等を通じた働きかけを行う必要がある。

次いで、個別調査をもとに、個人・団体の状況変化に伴う労働条件の変化と今後の見通しを検討するとともに、個人のキャリア形成におけるNPO活動の位置付けを抉出した。すなわち、(1)有給職員雇用の経緯及びその後の変化、(2)調査対象者のキャリア及び労働条件、(3)経済的処遇の決定要因、(4)経済的処遇に仕事ぶりや成果を反映させるか、(5)労務管理上の工夫、(6)行政等との協働関係及び事業委託の6項目について分析した。

その結果、(1)有給職員需要増と実績アップが(因果関係の特定は難しいものの)強い相関関係にあること、(2)長時間勤務に対して十分な経済的処遇がなされていないこと、(3)生計費を斟酌した分配が行われており、また活動者より労働者を優先した分配がなされていること、ただし、職員数の増加に伴って各自が抱える事情や労働条件の透明性が減少し、納得性の保持が困難になること、(4)仕事ぶりや成果が経済的処遇に十分に反映されているとは言い難いこと、その原因として個人に成果を帰する査定が困難であることその他、人件費に割ける資源が乏しかったり、就業の場を提供することがミッションの一部になっていたりする場合はなじまないなどの理由があること、

(5)教育訓練の充実、勤務時間の柔軟性、自主性の尊重などが労務管理上の工夫として取られていること、(6)行政からの助成金や事業受託が各団体運営の節目で大きな役割を果たしており、しかも行政側のわずかな努力により協働関係の大幅な改善が見込めること、ただし、行政による下請けに甘んじざるをえない状況にあることも多く、行政に対して主体的に対峙できるか否かが問われていること、などが明らかにされた。

総じて言えば、職場としてのNPOは経済的処遇の不十分さが目に付き、NPOしか行き場のない人の生活保障が危うい。そのため、対価が得られにくいNPOにおける様々な工夫、とりわけ行政の支援体制が重要であり、福祉的な意味合いにおいてそれらを行うことも考慮される。

以上の報告に対しては、(1)労働法の対象者となる労働者については指揮命令関係があることが要件となるが、報告に挙げられた人々には指揮命令関係があるのかどうか、(2)NPOにおける正規職員と非正規職員の区別はどのようになされるのか、(3)NPO団体において行政や政治に対して処遇改善を求める運動などはないのかなどの質問のほか、(4)NPOで働く人々が、行政からでさえ最低賃金以下で使用できる存在と見なされがちである現状には、大きな問題があるなどの意見が出された。

* * *

平成19年度 第4回社会の秩序形成部会研究会

- ◇日時：平成20年2月2日(土) 13:30~17:30
- ◇場所：京都大学百周年時計台記念館会議室IV
- ◇報告：阪本 昌成氏(九州大学大学院法学研究院教授)
「プライバシーと個人情報の財産権的な理論構成」

【概要】本報告は、プライバシーの権利を中心に、個人情報保護およびパブリシティ権(肖像権)をLaw & Economicsの観点から捉えてみる試みであった。

プライバシーに関する不法行為は、異例の法制となっている。具体的には、①法益の内実外延が明確ではないこと、②「権利侵害」「損害の発生」「因果関係」が厳密に問われないこと、③抗弁が定型的でないことが挙げられる。そのため、アメリカにおけるプライバシー権は、あくまでも2次の権利として扱われる傾向が強い。R.ポズナーによれば、不法行為プライバシー権は財産権を原則として認めないとされる。なぜなら、Law & Economicsでは、社会的効用の増大が最も重視されるのであり、もし財産権を認めるとすれば自由な情報の流通を阻害することになるからである。ただし、プライバシー権を全く否定するわけではなく、会話を円滑にする場合には認められる。プライバシーの保護法益は、日本特有の判例・通説において人格的価値を認めているのに対し、アメリカにおいては明確に定義されているわけではない。

一方、個人情報保護については、個人情報、公共財としての性格を有するとともに、非排他性、非競争性という性質を持つ。個人情報取引においては、「市場の失敗」が顕著であり、社会的費用を消費者に押し付けている(外部化している)側面がある。そのため、消費者(情報主体)が、情報の効用を事前に見積もることは困難であり、財産権として認めることはできない。他方、タレントセレブリティの肖像権は、財産権として認め、また、パブリシティ権についても、財産権として認める。なぜなら、そのように財産権を認めることは、十分な経済的理由があるからであり、たとえば特定の人物の写真を広告目的に利用する際には、その写真に最も値打ちを見出す広告主にそれを購入することができるようにする必要があるのである。

最後に、以下で3つの学派からのアプローチを述べることによって、プライバシー権を再度、根底から考え直すための契機とした。法哲学学派からは、不法行為プライバシー権ですら、



その法益には実体がない。まして個人情報となると中身がないといえ、権利論をしっかりと構築することが必要である。また、表現の自由擁護学派からは、輪郭不明なプライバシー権は、表現の自由にとって危険であるとされる。上記二者に比べて Law & Eco. 学派からは、情報主体に排他的な管理権を法認すれば、影響を受けるのは表現の自由だけではない。つまるところ、人々の社会的交渉・接触における取引費用を高めてしまうことになるとする。

質疑では、表現の自由とプライバシーの権利との関係、個人にとって秘匿しておきたい真実情報を暴露した場合の対応、名誉とプライバシーの関係、刑法での名誉毀損とプライバシー保護の関係、民法 709 条、710 条で保護される範囲、「人格」概念の定義について等、大変白熱した議論が繰り広げられた。

* * * *

平成 19 年度 第 4 回市場秩序形成部会研究会

- ◇日 時：平成 20 年 2 月 9 日 (土) 14:00~16:30
- ◇場 所：京都大学百周年時計台記念館会議室 I
- ◇テーマ：「消費者保護と取引の公正—国際的動向を中心に—」
- ◇報 告：本城 昇氏 (埼玉大学経済学部教授)
- ◇報 告：井畑 陽平 (京都大学法学研究科研究員 (科学研究))
- ◇コメント：泉水 文雄氏 (神戸大学大学院法学研究科教授)

【概要】わが国では、構造改革以降の市場による調整機能を重視する環境の下で、消費者が損害を被る案件が多発しているのが現状である。消費者が損害を被るパターンは、従来からの古典的な消費者利益を毀損されるものから、近年の技術的發展を背景とした新たなものに至るまで多種多様である。ところで、そもそも、市場の調整機能を重視する経済とは、消費者利益を重視 (最大化) する経済のことであって、規制緩和・構造改革の元来の目的は消費者利益の実現にある。消費者利益を実現するため、政府は、自由放任なる御旗を振りかざすだけではならず、少なくとも、消費者に対する欺瞞的な行為を規制する必要がある。この点、米欧では、従来から欺瞞的な行為のみを規制するだけでは消費者利益の実現に不十分であって、市場における公正な行為・慣行の涵養が重要であると認識されてきた。



本研究会は、米欧における対消費者政策の動向と、米国連邦取引委員会法 (FTC 法) 5 条にいう「不公正」概念の展開とを検討することで、近年の消費者政策の研究および実務状況を紹介し明らかにすることを目的とする。なぜなら、近時、米欧で消費者の自律を促す政策展開と市場における「不公正な」行為・慣行概念について新たな展開がみられるためである。

本城報告 (写真右が本城氏) においては、FTC が FTC 法 5 条を根拠として行う消費者保護政策の現状と問題点とについて取り上げられ、特に、FTC による消費者保護行政の実態が詳細に示された。まず、FTC 法 5 条にいう「不公正な行為・慣行」と「欺瞞的な行為・慣行」との相違について簡潔な説明が行われ、続いて FTC 法 13 条(b)を根拠とする差止命令の運用実態について、時系列的にかつ代表的な事案の概要とともに紹介・検討が行われた。欧州の動向については、時間の関係上、EC 委員会による消費者支援政策の動向についてのみ、紹介された。

井畑報告においては、FTC 法 5 条にいう「不公正な行為・慣行」の「不公正」概念の展開と現状とに着目し、特に、FTC 法 5 条 n 項に掲げられた消費者損害にかかる 3 段階テストをカギとして、FTC が消費者利益を毀損する行為であると近時考えている行為の類型化が試みられた。その結果、インターネット関連技術の進展に伴い、ネット関連技術の悪用や金融機関向け個人用 ID・パスワードの不当利用行為等が消費者損害を惹起する新たな行

為類型として取り上げられている現状が明らかにされた。

両報告に対しては、競争の観点に基く規整を重視する立場から数多くの質問やコメントがなされ、活発に議論が繰り広げられた。議論がなされた主なテーマは、①FTC が損害を被った消費者に成り代って違反行為者に賦課する制裁金を分配することで生じる実務の問題点とは何か、②ネットの個人用 ID 等を本人の承諾なく集積した行為が問題とされた事案における消費者損害とは何か、③連邦裁判所に提訴することで直ちに同意命令に持ち込まれる事案にはどのような特徴があるのか、そして、④FTC が FTC 法を根拠して課しうる高額の民事制裁金 (civil penalty) はいかにして算定されるのか、また、民事制裁金が課せられる行為類型のうちが国独禁法で規制出来ないものはあるか、などである。

平成 19 年度 第 5 回市場秩序形成部会研究会

- ◇日 時：平成 20 年 2 月 16 日 (土) 10:30~13:00
- ◇場 所：京都大学法経本館 4 階大会議室
- ◇テーマ：「親会社株主の保護」
- ◇討 論：中東 正文氏 (名古屋大学大学院法学研究科教授)
釜田 薫子氏 (大阪市立大学大学院法学研究科准教授)
河村 尚志氏 (龍谷大学法学部准教授)
清水 円香氏 (九州大学大学院法学研究科准教授)
船津 浩司氏 (同志社大学法学部助教)

【概要】「親会社株主の保護」をテーマとし、特に①子会社資産の譲渡についての親会社株主の関与、②親会社株主による子会社情報の収集手段、および③親会社株主による子会社取締役等に対する責任追及について、各国の対応を紹介・議論された。



I. アメリカの状況 (釜田薫子氏) ①について、MBCA は、会社に重要な事業を残さないような資産の処分には株主総会の承認が必要であり、その際、連結子会社の資産は親会社の資産とするとしているが、デラウェア州法等にはそのような規定がない。②については、MBCA は株主への年次財務諸表の送付を要求するのに対し、デラウェア州法等にはそのような規定がない。MBCA および大多数の州法は親会社株主による子会社の帳簿閲覧請求権を明定していないが、デラウェア法等はその点についての定めを有している。親会社株主による子会社の帳簿閲覧を認めるか否かについて判例の見解は統一されていない。③について、ALI 原則は親会社株主に多重代表訴訟を認めるが、州法には規定がない。判例には多重代表訴訟を認めるものが多い。同時所有の要件との関係で問題が生じる。

II. イギリスの状況 (河村尚志氏) 親会社株主の保護については、会社法上は開示と親会社取締役を通じた間接的な子会社コントロールが中心となっている。①については、親会社株主の承認を必要とするとの議論はなされていない。②については、株主は制定法で定められた範囲を超えて、会社の帳簿・記録を調査する権利を有しないとの判例があるが、他方で、登記がなされる書類 (計算書類や取締役報告書等) については、一般公衆に公開されるものであることから親会社株主も閲覧することが可能である。また、会計監査人の情報収集権は子会社の帳簿等に対しては及ばないとされているが、会計監査人は、一定の者に対し、職務遂行に必要な情報の提供を求めることができ、その請求の相手方には、子企業や子企業の役員等も含まれる。それらの者が情報の提供を怠った場合等には罰則が設けられている。さらに、少数株主の請求による検査役の会社 (子会社も含む) 調査の制度が存在するが、少数株主によってこの制度が利用されることはまれである。③については、1997 年に二重代表訴訟・多重代表訴訟制度の導入が法律委員会では検討され

たが他の制度で対応可能である等の理由で立法化が見送られた。このほか、内部統制に関し、企業グループを前提にしたものでなければならないとする統合規定原則の規定がある。

Ⅲ. ドイツの状況 (船津浩司氏) ②について、親会社株主は、コンツェルン決算書およびコンツェルン状況報告書からコンツェルン全体に関する情報を得ることが可能である。子会社の情報を得るのに有力な手段として、親会社株主による総会における株主の解説請求権について議論がある。①については、親会社株主総会が子会社に関する事項について決議をする権限があるとした Holzmueller 判決と、そのような親会社株主の権限を限定した Gelatine 判決がある。③については、2005年まで株主代表訴訟が認められていなかったことから、十分な議論がなされていない。親会社株主の利益処分権限の保護について議論がある。

Ⅳ. フランスの状況 (清水円香氏) ①については、活発な議論が見られない。②については、親会社株主は、総会に提出される連結決算書類や、子会社の業務の状況も記載される業務報告書、およびグループ業務報告書を通じて子会社やグループ全体に関する情報を取得できる。親会社の少数株主が業務鑑定人の選任を裁判所に請求し、その者に子会社の業務執行について調査をさせる制度が存在し、フランスでは親会社株主の保護の手段としてこの制度がもっとも重視されている。会計監査役は子会社の帳簿等を閲覧することができ、そこから親会社株主が子会社に関する情報を取得できる場合がある。③については、二重代表訴訟等を認める明文規定は存在しないが、判例の中にはこれを認めるものがある。学説はこれを認めるべきであるとするものが一般的であるが、その理論的根拠は分かれている。

* * *

平成19年度 第5回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成20年2月20日(水) 13:30~16:00
 ◇場所：京都大学法経本館1階第11番教室
 ◇報告：皆川 宏之氏 (千葉大学法経学部准教授)
 「有償ボランティアの法的検討」

【概要】本報告は、非営利組織(NPO)においてさまざまな立場で作業に従事する人々のうち、主として近年増加しつつある有償ボランティアを対象に、彼らを労働法上の労働者として認定することが可能かどうかを検討するとともに、併せて現行法上の有償ボランティアの取扱いにおける問題点について明らかにすることを意図したものである。有償ボランティアとは、近年NPOにおいて増加している就労形態であり、非正規職員ではないが何らかの対価を得ており、一概に無償ボランティアと言い切ることもできない人々を言う。彼らと非正規職員との境界は非常に曖昧であり、それゆえ労働法の適用対象となり得るし、もし現行のまま労働法の適用を免れている状態を放置すれば「仮装労働者」として労働法適用の潜脱に利用されるおそれがある。そのため、有償ボランティアへの労働法適用可能性を検討する必要がある。

ところで、そもそもある労働従事者が労働法の適用対象、すなわち労働法上の労働者に認定されるための要件は、一般にその労働が指揮監督下の労働であり、かつ報酬と労働との間に対償性が存在することである。NPOにおける有償ボランティアがこうした要件を満たしているかどうかについてはこれまで判例の蓄積がないが、その手懸りとして、有償ボランティアと類似した就労形態をめぐる判例を見ると、関西医科大学事件判決に端的に示されているように、たとえ自発的意志をもって研修プログラムに参加していると主張される存在であっても、担当する労働が使用者のための労働の遂行という側面を不可避免的に有し、その指揮監督の下にこれを行い、しかもそこで支払われる対価が給与の性格を有していれば、労働者として認定さ



れている。このような事例もあるため、有償ボランティアが労働者的性格を有すると解される可能性はあるが、そのためには、上記二要件が満たされているかどうかを実態に即して見極める必要がある。

最後に現行労働法体系における有償ボランティアの取扱いにあたって、シルバー人材センターで生じた問題を参照しつつ、労働の危険に対する保護が十分になされておらず、活動中の事故により傷病等の損害を被った場合の賠償責任が曖昧であることなどの問題点が示された。

本報告の内容について、参加者の間では以下のような意見が出された。すなわち、(1)報告では有償ボランティアを含めたNPO団体での働き方が固定的だと想定されているように見受けられるが、実際には変化が激しく、同一人物が職員、有償ボランティア、無償ボランティアの立場を繰り返し移動していること、(2)問題関心の所在が労働法適用の潜脱に利用される可能性の回避にあるが、NPOの現場では、むしろ適当な処遇をしたいのにそれができず、やむをえず有償ボランティアとして処遇していることへの悩みがあり、両者の間の乖離が大きいこと、(3)有償ボランティアは法的概念ではないので、法的に取り扱う範囲を明確にしなければならないこと、などである。

* * *

平成19年度 第7回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成20年2月22日(金) 13:00~17:00
 ◇場所：京都大学法経本館4階第3演習室
 ◇報告：奈須 祐治氏 (佐賀大学経済学部准教授)
 「キャス・サンスティーン憲法論の全体像」
 松尾 陽氏 (京都大学大学院法学研究科学生)
 「C. サンスティーンの『不完全に理論化された合意』の意味とその論拠に関する一考察」

【概要】本研究会は、アメリカの代表的な憲法学者キャス・サンスティーン教授の憲法理論・法理論の検討を通じ、海外研究の動向を紹介し明らかにすることを目的とする。

奈須報告(写真左が奈須氏)

においては、憲法学の観点から、多岐にわたるサンスティーンの憲法理論の重要論点が余すところなく取り上げられ、それぞれの論点におけるアメリカ憲法学におけるサンスティーン教授の見解の位置づけが簡潔明瞭に示された。まず、サンスティーンの憲法理論の全体像(現状中立性批判、熟議民主政論、司法ミニマリズム、法解釈論)が紹介検討されたうえで、それが、彼の統治機構論、権利論(特に、表現の自由、平等)でどのように具体化されているのか(表現の自由の二層理論・反カースト原理など)が明らかにされた。

松尾報告(写真右が松尾氏)においては、法哲学の観点から、「ウォーレン・コート」期に支配的であった法思想とサンスティーンの法思想を対比させるという目的のもと、彼の司法ミニマリズムの基礎にある「不完全に理論化された合意」という概念を手がかりとして、(i) プリュラリズムから熟議民主政へ、(ii) 原理に基づいた司法判断から不完全に理論化された合意へ、(iii) 政治と司法の非対称な問題設定から対称的な問題設定へという3つの理論展開が示された。

両報告に対しては、憲法学・法哲学のみならず、行政法学・刑法学・法社会学をも含めた多様な観点から、数多くの質問やコメントがなされ、活発に議論が繰り広げられた。議論がなされた主なテーマは、①サンスティーン憲法理論の核となる部分はあるか否か、具体的には、ニューディールを擁護するという目的によって彼の理論を説明できるのか、それとも、核となる部分はなく、ケースに応じてさまざまな理論を用いるプラグマティストであ



るか否か、②ミニマリズムの射程の問題、つまり、ミニマリズムの発想は司法を超えて通常の政治過程にまで拡張されるのか、③ベースライン論と現状中立性批判とはどのような関係を有するのか、すなわち、彼の現状中立性批判はベースライン論を全面的に否定するものなのか、あるいは、彼の現状中立性批判の眼目はニューディール以前の財産権理解を否定し、また、現在の表現の自由論を批判する目的でなされたのであり、一般的にベースラインを否定するものではないのか否か、④民主政論の内容の問題、具体的には、「市民」の境界をどのように確定していくのか、行政過程における人々の参加をどのように評価しているのか、⑤比較法の問題、具体的には、日本の判例の実践（法令違憲の多用）はミニマリズムの観点からどのように評価されるのか、東欧への憲法輸出の問題についてどのように評価しているのか、⑥リスク評価の問題、具体的には、予防原則が否定されてどのような対案が示されているのかなどである。

* * *

平成19年度 第6回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成20年2月28日(木) 14:00~18:00
 ◇場所：京都大学法経本館4階大会議室
 ◇報告：窪田 充見氏(神戸大学大学院法学研究科教授)
 「不法行為法の役割と機能
 —法秩序の一部としての将来像を考える—

【概要】不法行為法学における従来の議論は、(1)不法行為法の目的は損害填補であって制裁を目的とするものではないという思考、(2)近代法において民事法手続と刑事法手続は峻別されるべきであるという認識、(3)被害者救済に関心が寄せられ責任(非難可能性)の側面は重視されなかったという歴史的経緯、を前提として展開され、そしてこれら一連のドグマからいくつかの解釈論上の原則を提起してきた。すなわち、(I)責任原因の如何を責任効果と結びつけないという原則(民法709条の解釈論)であり、(II)実際に生じた損害を超える損害賠償は認めないという原則(判例の立場)であり、(III)民刑事の責任追及手続は徹底的に分離されるという原則(制度上の切断)である。



しかし、比較法的視座から検討するとき、(1)については英米法の懲罰的損害賠償が挙げられ、(2)については両手続が融合した制度(フランス法における附帯私訴)または損害賠償の範囲乃至種類が刑法上の評価に依存する制度(イタリア法、スペイン法)があり、(3)については近時のドイツにおいて不法行為法が被害者救済のための制度としては不徹底かつ非効率であることが指摘されており、これらの前提は必然的なものではないことが判る。また、上記の諸原則に関して日本の法律状態を見ると、原則(II)は判例上厳格に維持されているが、原則(I)には慰謝料額決定を初めとしていくつかの例外がすでに存在し、また原則(III)については損害賠償命令制度や被害者参加制度などの動きが刑事法領域に見出される。

このような状況に鑑みて不法行為法の基本的性格を再考するとき、上記の諸前提はもはや自明ではない。不法行為法の民事責任規範としての側面を考慮しつつ、それらをなんらかの統一性を持った所与としてではなく各責任規範の原理、目的、機能を多角的多元的に把握し、なおかつそれらを法秩序の一部として他の法制度との関連において検討することが考えられる。とりわけ損害概念に着目して論じることにより、いくつかの示唆が提供される。第一に、従来の損害論においては差額説が通説であったが、近時の判例を検討すると、損害とその金銭的評価とを同一視しない損害事実説に親和的な説明を行っていることが指摘される。第二に、慰謝料(非財産的損害賠償)に関してこれまで厳密な「損害」概念を伴わずに裁判官の裁量によ

って決定されてきたことをいっそう詳細に検討する手掛かりが与えられる。第三に、利益吐き出しの損害賠償に関しても、上記原則(II)の制約を克服するための視角がもたらされる。

近時の不法行為法理論に対して、秩序アプローチと権利論アプローチが大きな刺激を与えている。秩序アプローチの論者においては、不法行為法を複合的多元的な民事責任規範のセットとして捉える点が共有され、また行為規範形成機能とともに被害者のイニシアティブが重視されている。他方で権利論アプローチは、被害者の保護法益のみに着目するのではなく加害者の行為自由との間の権利間衡量として要件を再編する点にその固有の意義が見出される。

質疑においては、利益吐き出し損害賠償と帰責原因との関係、責任範囲と連動させた場合の賠償範囲(損害の金銭的評価)の指標、慰謝料が制裁的機能を発揮し得る事例、利益侵害型不当利得との関係、他の法的手段(例えば差止め)とのバランス、カルテルなどによる利益侵害と不法行為との関係、制裁の内容を決定する価値基準、等について緻密な議論が行われた。

活動記録 (対象期間:平成19年12月1日~平成20年2月29日)

- 平成19(2007)年
 12月8日(土) 平成19年度 第4回エンフォースメント部会研究会
 12月15日(土) 平成19年度 第3回市場秩序形成部会研究会
 12月20日(木) 平成19年度 第7回全体会議
 平成20(2008)年
 1月22日(火) 平成19年度 第5回エンフォースメント部会研究会
 1月24日(木) 平成19年度 第8回全体会議
 1月24日(木) 平成19年度 第4回学術創成セミナー
 1月28日(月) 平成19年度 第6回エンフォースメント部会研究会
 1月30日(水) 平成19年度 第3回社会秩序形成部会研究会
 2月2日(土) 平成19年度 第4回社会秩序形成部会研究会
 2月9日(土) 平成19年度 第4回市場秩序形成部会研究会
 2月16日(土) 平成19年度 第5回市場秩序形成部会研究会
 2月19日(火) 平成19年度 第1回国際シンポジウム「カナダ・日本・韓国の市民社会と社会政策を考える」
 2月20日(水) 平成19年度 第5回社会秩序形成部会研究会
 2月22日(金) 平成19年度 第7回エンフォースメント部会研究会
 2月28日(木) 平成19年度 第9回全体会議
 2月28日(木) 平成19年度 第6回社会秩序形成部会研究会

編集後記

初年度2冊目となる「学創通信」第2号をお届けします。平成19年12月から平成20年2月末日までの活動を対象とします。部会研究会が活発に開かれ、シンポジウムなど国際企画も始まって、盛りだくさんの内容となりました。右の写真は3月初旬に撮った京都御苑の白梅です。まもなく京都も桜の季節を迎えます。



学術創成研究通信 第2号
 平成20年3月28日発行
 科学研究費補助金・学術創成研究費
 ポスト構造改革における
 市場と社会の新たな秩序形成
 —自由と共同性の法システム—
 研究代表者：川濱 昇

発行者：川濱 昇
 編集・製作：学術創成研究支援室
 連絡先：学術創成研究支援室
 〒606-8501 京都市左京区吉田本町
 京都大学大学院法学研究科
 Tel/Fax 075-753-3204
 gakuso@mbox.kudpc.kyoto-u.ac.jp
 http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/

