

学術創成セミナー	21
国際シンポジウム	22
国際ワークショップ	23
部会研究会	26
助教・研究員紹介	29
活動記録	30
編集後記	30



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5回学術創成セミナー

高齢社会と信託

研究分担者 佐久間 毅  
京都大学大学院法学研究科教授

日時：平成20年3月21日（金）13:00～15:00

場所：京都大学法経本館4階 大会議室



【概要】わが国は、他国に類をみない高齢社会を迎えようとしている。たとえば、2030年には、75歳以上の老人単独世帯が、2005年のその倍以上になるとする推計もある。このような高齢社会では、とりわけ、(公的年金等の公的扶助に頼らない形での)老後の生活資金の確保が問題になる。なぜなら、その頃にはわが国の年金制度は実質的に破綻し、加えて子供に依存した老後生活の保障も望めないと考えられるからである。

ところで、老後の生活資金を確保する術が残されていないわけではない。たとえば、現在有効に利用されておらず放置しておく無駄なものとして、老人単独世帯には大きすぎる居住用不動産がある。この資産を流動化し生活資金の原資とする良策はあるか、そして、なお残された問題点は何か。

従来から行われてきた居住用不動産の流動化のための代表的な手法として、根抵当権担保借入方式のリバースモーゲージがある。バブル崩壊による不動産価格の顕著な下落による担保割れが続出したこともありリバースモーゲージはわが国で普及しなかったが、それ以外にも制度に内在するリスク——たとえば、長生きすることで生ずるリスクや金利変動リスク等——が高すぎる、商品としての魅力に乏しいといった問題点が、夙に指摘されていた。

上で述べた従来型リバースモーゲージの問題点を克服するべく工夫された資産流動化の手法として、新信託型リバースモーゲージなる構想がある。制度の概略を述べると、次のようになる。まず、多数の委託者が居住用不動産を信託し、その見返りとして受益権を取得する。受益権は、利用受益権と価値受益権とに分割され、委託者たる利用者が利用受益権を取得する。価値受益権は証券化され、投資家に売却されて資金化され、制度運営資金に充当される。受託者は受託した財産等を合同管理・運用し、収益から費用・報酬等を差し引いた後に、利用受益者(たとえば介護サービス等の現物給付)・価値受益者(実績に基づいた配当)双方に受益させる。なお、利用受益者は、一度加入したら、自由に脱退できない——脱退の自由を認めれば、制度が立ちゆかなくなる——ものとする。

新信託型リバースモーゲージには、受託財産のプール制を導入し利用受益権を一身専属化することで利用者が長生きするリス

クを回避でき、さらに、価値受益権を証券化することで不動産価値下落リスク・金利変動リスクを軽減できるという利点がある。ただし、問題点も多く残されている。たとえば、法的な問題として、契約が過度に射的的なものとなるのではないかと、脱退の自由がないとすれば契約への不当拘束といえるのではないかと、利用受益者に子供がいる場合に新信託型リバースモーゲージに加入したら当該子供との関係で遺留分の侵害という問題が生じるのではないかと。法的なものの以外の問題として、価値受益権を取引する場合は整備可能か、委託者が多数になることで機動的運営は阻害されないか、利用受益権の内容を現物給付とした場合はサービスの個別化が困難となったり契約締結時の説明義務が過度に重くなったりするのではないかと、利用受益権の内容を金銭給付とした場合は単なる個人年金となるのではないかと、等である。総じて見通しは明るくないが、しかし、新信託型リバースモーゲージを機能させるための処方箋を考えていく必要はあるだろう。

引き続き行われた質疑応答については、本セミナーが今後展開しようとする研究のプロローグであるという性格に鑑みて、出された質問の項目のみ掲げる。①新信託型リバースモーゲージが一貫して供給しようとする諸種の役務をアンバンドルした商品設計するという手法もありえるのではないかと。②老夫婦が自分の生活資金を融通するために信託を設定する行為は、現行法上、子供の遺留分を侵害するものであると本当にいえるか。③遺留分を侵害する行為だといえるとして、減殺の対象となる行為はどれか。④信託するのではなく、全財産を拠出して老後の生活資金の面倒をみてもらう保険に加入した場合、遺留分侵害という法的評価に変化が生じるか。⑤信託銀行に、利用受益権の現物給付を行う能力はあるか、等である。

\* \* \*

平成20年度 第1回学術創成セミナー

Lochner, 自律と自立

研究分担者 木南 敦  
京都大学大学院法学研究科教授

日時：平成20年5月29日（木）14:00～16:00

場所：京都大学法経本館4階 大会議室

【概要】1905年の合衆国最高裁の判決、Lochner v. New Yorkは、重要であるが規範的に承認されないテキスト(アンチ・カノン)として扱われてきた。判決当時には社会改革運動の推進者によって、後にはニューディール期の改革者にとって批判の対象とされた。そればかりか、1937年までの期間をLochnerの時代と呼び批判することはニューディール期以降の正統派の見解とまでなった。と



ころが近年、この判決を再考し、こうした Lochner 判決の扱いに疑問が投げかけられるようになった。

1895年、ニューヨーク州はビスケット、パンおよびケーキ製造を規制する法律を制定した。この法律は、製造所において使用者が被用者を週60時間(一週一日で平均10時間)を超えて働かせてはならないという労働時間規定のほかは、1863年制定のイギリスのパン工場規制法を範とする製造所の衛生環境を規制する規定であった。この法律は翌年に一部修正のため改正された。この改正後の法律は1897年の同州の法律整備法によって、労働法(Labor Law)と題するニューヨーク一般法律の第32編第8章として編纂された。

Lochner はニューヨーク州ユチカ(Utica)市でパン製造所を営んでいた。彼はこの法律の労働時間規定に反して被用者を働かせたとして州裁判所に起訴されたところ、製パン業者の団体がこの刑事事件をこの規定の効力を争うテストケースとして利用した。Lochner は第一審によって有罪判決を受けて控訴したが、控訴審も州最上級裁も有罪を維持したので、Lochner は合衆国最高裁に上訴した。これが Lochner v. New York である。この事件では、ニューヨーク州の立法部によるポリスパワーの行使としてこの労働時間規定は有効であるかについて、合衆国最高裁が判断することになった。

ポリスパワーは、州が公益を実現するため州の内部の事項(州内の人と物)を規制する権限のことである。ポリスパワー行使により制定された法律の効力は前から州裁判所において争われてきた。そこでは、自由労働(free labor)という考えに由来する契約の権利を恣意的に干渉することを理由として、立法がポリスパワーの行使として無効であるという主張が認められていた。自由労働(free labor)は、奴隷制度廃止論者が唱えた理論であり、年季奉公労働や奴隷労働を否定し、自由労働こそが自律と選択を確保し保障するという考えであった。共和党の選挙スローガンであり、自由労働観は奴隷制度を禁止する合衆国憲法修正13条に盛り込まれたと解され、その修正14条もそれを前提としていると解する立場が強かった。これが、修正14条のいう自由は自由労働が予定する自立や選択が含まれるという発想につながった。合衆国最高裁では、州のポリスパワーを行使して制定された法律が修正14条のデュープロセス条項が使う自由を干渉すると論じた。

Lochner では、最高裁は、労働時間制限規定は契約の権利に干渉するとし、その規定はポリスパワーによって達成される公共の目的の達成に関連があるという主張を認めず、規定の効力を否定した。Lochner のアプローチでは、裁判所がポリスパワーの行使によって契約の権利と言う自由(基本的権利)が干渉されていると認めると、干渉をもたらす規定が達成するという目的を特定し、その規定から目的が実際に達成されると認めなければ、手段を採用する規定の効力を否定する。この判定は事例ごとになされ、1917年には、Bunting v. Oregon で、最高裁は Lochner での結論を事実上覆した。しかし1923年以降、最高裁は、裁判官構成の変更があり、基本的権利とする権利を拡張し、このアプローチ自体を活性化させ、州の各種の規制を無効とした。これが Lochner の時代である。その時代の構想では、ポリスパワーによる権限が及ばない領域を裁判所が画定し、そのような領域ではコモンローは立法によって修正されず、裁判所がコモンローの内容を確定して、コモンローによって自由が保障される。

社会改革運動は、Lochner の時代の裁判所のアプローチと親和性を持たない。立法を通じて改革しようとする、立法部が目的と手段を独自に選択することができなければならない。レッセ・フェールであろうが社会ダーウィン主義であろうが、このアプローチ自体が立法による社会改革の妨げとなっていた。ニューディールという改革は、法による市場と社会の構造改革であるから、最高裁がこのアプローチを手放した1937年以降、裁判所がなんでも基本的権利を承認するアプローチは回避が努められ、立法部が目的と手段を独自に選択することを認めるアプローチが正

統派の地位を占めるようになり、この過程で Lochner がアンチ・カノンの地位を与えられた。

社会生活の広範な規制が始まって規制を受け入れる範囲を自由の観点から論じて、関心は Lochner のアプローチによって追求された自由に向かった。法による市場と社会の構造改革が定着して政府の再分配機能が増大すると、関心は平等に向かうことになった。平等な市民の地位を確保し、市民に等しく政府が提供する便益が提供されることを確保することが課題となった。この課題の転換が定着するまで、Lochner はアンチ・カノンとして扱われるけれども、新しいアプローチが定着すると、そのような扱いは必要ではない。

社会と市場に秩序形成は、社会と市場を改革する立法が実現し、自由という憲法上の基本的権利に依拠する裁判所によるコントロールがもたらすものではなからう。しかし、共同性は、共同性を確保する範囲で構想される共同体において、人間が平等な共同体の構成員であると扱って論じることができることであろう。選択と自律は尊く、軽んじられてはならないが、自律から自立は必ずと生じるものではない。自立は、互いに平等な市民(構成員)であると見て、その間で便益が分配されることと必要とする。Lochner がアンチ・カノンでなくなってきたとすれば、それには、平等と自立の実現も関わりがあろう。

## 国際シンポジウム

### 平成19年度 第2回 国際シンポジウム

(日本銀行金融研究所と開催)

#### 間接保有証券に関する法制度の過去、現在及び将来

Legal Systems for Intermediated Securities: Past, Present, and Future

日時：平成20年3月11日(火) 13:30~17:25

場所：キャンパスプラザ京都 第1会議室

【概要】我が国では、平成21年1月より、上場会社が株式に発行している株券をすべて廃止し、株式の譲渡及び質入れ(担保権設定)や株主権の管理が証券保管振替機構及び証券会社等の金融機関に開設された口座を使って管理されようとしている。



これは、一部の社債及び国債に関して生じている状況である。現在でも、上場会社の株券は約8割が証券保管振替機構において保管されているといわれ、そのような株券に表されている株式は金融機関に開設された口座を使って譲渡され質入れされている。このように証券を現実に引き渡すことなく、金融機関に開設された口座を利用して証券に表される権利を譲渡及び質入れすることは上場会社の株式だけでなく、国債や社債その他の金銭債権のほか各種の権利にも及び、また、このような方法はこの種の権利の譲渡及び質入れに関して世界の各国で観察される共通の傾向である。

本シンポジウムで取り上げている間接保有証券では、証券という言葉は株式や社債その他の権利のことを指すことばとして使用され、金融機関に開設された口座を利用する方法で譲渡及び質入れがされることを前提にして、権利者が保有している株式や社債その他の権利のことをいうことばである。間接保有とは、権利を証券に係る義務者と権利者の間で、金融機関がそこに開設された口座を利用して、権利の譲渡及び質入れやその管理のために媒介することを言う。この媒介によって、権利を表す証券は現実に引渡す必要がなくなり、発行されても集中して保管され、また、発行されることもなくなる。我が国の現状はこのうち前者であり、平成21年1月より発行済の株券は意義を失わされることになる。世界の諸国において、このような金融機関の媒介を利用するために株券など証券の扱いは、個々の国における経緯の違いが現れて

いる。さらに、金融機関に開設された口座によって譲渡や質入れができるようにするために用いられる法も諸国において異なり、それにも各国の経緯の違いが反映している。

しかし、株式や社債その他の権利に投資する者は、国境とは無関係に、それが望ましいと判断したポートフォリオを実現するためこのような権利を売買し、保有している権利を担保として提供するために質入れする。このような投資者がクロスボーダー取引をする場合、同じく金融機関に開設された口座を使って譲渡及び質入れをするとき、それに適用される法は国を単位に異なることになる。国々の間で、取引に適用される法を決定するルールも、取引に適用されるルールもなるべく一律であるよう希望されることになる。このような希望に応じるように二つのプロジェクトが企画されてきた。その一は、ハーグ国際私法会議における作業の産物であり、適用される法を決定するルールを扱う条約の提案である。もう一つは、ユニドロワ (UNIDROIT) における作業の産物であり、取引に適用されるルールを扱う条約が提案されようとしている。本シンポジウムはこれらのプロジェクトを我が国の法制の評価の手がかりを得ることも狙って扱った。

本シンポジウムの第一部では、ペンシルヴェニア大学ロースクール教授の Charles W. Mooney が、ユニドロワにおける作業について報告した。Mooney は、アメリカ合衆国を代表してユニドロワにおける作業に加わり、草案起草に深く関わっている。アメリカ合衆国で株式や社債その他の権利を金融機関に開設された口座を使って譲渡及び質入れする法制の整備にも関与した経験から、Mooney は、ユニドロワにおける作業の経緯、主要な内容の諸国間の意見の相違点及び今後の課題を紹介した。第二部では、東京大学大学院法学政治学専攻教授の神田秀樹が、ハーグ国際私法会議における作業からできあがった法適用に関する条約を中心に、ユニドロワにおける作業と日本の対応について報告した。神田は、日本国を代表してハーグ国際私法会議における作業にもユニドロワにおける作業にも加わってきた。社債、株式等の振替に関する法律の立案やハーグ国際私法会議の提案した条約に関する法制審議会部会における審議にも関与した経験から、神田は、我が国における扱いをユニドロワの作業の枠の中で説明しつつ、ハーグ国際私法会議の提案した条約が我が国にとって持つ意味合いについて報告した。

本シンポジウムには、ユニドロワにおける作業を現在ヨーロッパ委員会を担当している Philipp Paech が出席した。彼は以前ユニドロワにおいてこの作業の担当者であった経験もあり、金融機関に開設された口座を使って譲渡及び質入れする法制の整備に関してEU加盟国が直面している課題を論じた。また、スイス連邦を代表してユニドロワにおける作業に加わっているジュネーブ大学法学部教授の Luc Thévenoz も出席し、スイスを中心とするヨーロッパの状況とユニドロワにおける作業の課題を論じた。

本シンポジウムには、中華人民共和国において間接保有証券を扱う中国証券登記結算有限責任会社の法務部で法制整備を担当する牛文婕も出席した。牛は、中華人民共和国が、間接保有証券についてすべての投資者の口座が中国証券登記結算有限責任会社に開設され、投資者の取引の結果がその取引を実行した証券会社によってこのような口座に記録されるという制度を採用して



いることを紹介した。そして、牛は、この仕組みを前提として法制整備をするに当たって、ユニドロワにおける作業が有益である点、それが中華人民共和国で採用されている制度の中で用いにくい点や調和させ難い点を個別に論じた。

なお、本シンポジウムに先立ち、平成20年3月10日午後1時30分から午後5時30分まで、日本銀行本店において、日本銀行金融研究所と共同で同名の集会を国際ワークショップとして開催した。ここでは、Mooney 報告につき、Thévenoz、牛、Paech がコメントを提供し、ユニドロワにおける作業内容について意見を

表明した。神田報告について、木南敦 (京都大学大学院法学研究科、研究分担者)、森下国彦 (アンダーソン・毛利・友常法律事務所パートナー、弁護士)、西向一浩 (証券保管振替機構)、浜野隆 (日本銀行) がコメントを提供し、我が国の状況について意見を表明した。

冒頭で述べたとおり、我が国では、すでに、社債及び国債について金融機関に開設された口座を使って取引されている。来年1月からは上場会社の株式はそのようにしてのみ取引されるようになる。個人の投資者にとっても、株式等に投資しようとするれば、この環境で取引するほかないことになる。ここで生じることが予想される各種のリスクが周知され、それを最小限に食い止め、食い止められないリスクについてそれを適切に分散する方策をとることが、投資を促進するほか、この仕組みから生じる便益を高めるためにも欠かすことができないことであろう。

## 国際ワークショップ

### 平成19年度 第1回 国際ワークショップ

#### 第一部：「不公正な取引方法に関するEU指令—ドイツ不正競争防止法への転換 (国内法化) 問題」

Die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken - Probleme der Umsetzung in das deutsche UWG

#### 第二部：「消費者法に関する共同体法の蓄積：ヨーロッパ契約法の準備作業とヨーロッパ消費者保護法の見直しとの関係について」

Der verbraucherrechtliche Acquis Communautaire: Über das Verhältnis zwischen den Vorarbeiten für ein Europäisches Vertragsrecht und der Überarbeitung des Europäischen Verbraucherschutzrechts

日 時：平成20年3月19日 (水) 14:00~18:00

場 所：京都大学法経本館4階 大会議室



【概要】アーレンス氏の報告は、2005年5月11日のEU指令を国内法に転換する際の2007年6月20日の参事官草案に関する紹介であった。

不正競争防止法は、成立当初の1900年前後において、事業者保護のための施策であったが、現在においては消費者保護の施策となっている。

2004年現行ドイツ不正競争防止法 (UWG) によれば、保護される主体の範囲は、競争事業者、消費者およびその他の市場参加者と規定されている (同法1条1項)。ここでいう消費者概念は、ドイツ民法の消費者概念と同じであり、職業上の目的で契約を締結する自然人も消費者とされている (ドイツ民法13条)。この消費者概念は、後述の指令のそれに対応する概念よりも広い対象を捉えている。また、不正競争防止法上の取引方法は、競争行為という概念を用いており、それがドイツ民法823条以下の一般不法行為と、不正競争防止法という特別不法行為との境界を定めている。この概念によって、不正競争防止法によって保護される者には、市場で不正な行為を行う事業者の競争事業者も含まれることになる。さらに、不正競争防止法は、どのような競争行為が不正となるかを定義していなかった。

これに対し、2005年EU指令では、一般条項として不公正な取引方法の禁止を定め (EU指令5条1項)、消費者とは、2条a項の定義によると、職業としてあるいは業として行為しない自然人に限られる。つまり、営業上の購入者は、最初から除外されているが、このことを、アーレンス氏は、法政策的には明らかに誤っていると批判する。次に取引方法については、その2条d号において「事業者またはその代理人が、広告及びマーケティングを

含むコマーシャル・コミュニケーションの過程でなく、消費者への製品の販売促進、販売もしくは供給に直接結びつく、あらゆる作為または不作為」と定義し、指令の規定が適用される対象の範囲を確定している。なお、この取引方法は、取引において想定されている平均的な消費者の経済的行動に本質的な影響を与えるものでなければならぬとされる。不正に関しては「職業上の注意義務が求められるところに違反すること」と定義している。指令では、不正となりうる重要な場面として、誤認惹起的行為、誤認惹起的な不作為を規定するとともに、攻撃的取引方法についても不正とされる。

これまでの考え方に拠れば、不正競争防止法は、それが市場参加者の決定環境を不正な影響から保護する限りで、契約締結の時間的段階を捉えることになる。それは、とりわけ、契約準備段階における市場での情報の伝達の場面で規律してきており、その具体例として広告が挙げられる。契約締結および契約の履行は、伝統的な理解によれば、契約の準備段階とは法的に分離されている。契約の履行は、契約の相手方の個別的な契約法上の保護に服しており、競争法上の市場行動規制のもとには置かれぬのである。つまり、不正競争防止法は、契約締結以前の契約準備段階を取り扱っているのに対し、指令は、「取引行為の前の、その途中の、またその終了後の」不正な取引方法に適用されるのである。連邦司法省の見解によれば、こうした判断については、指令に基づいて変更する必要性は何ら無いものとされている。しかし、これについては、アーレンス氏は、たいへん疑わしいと考えている。学説上でも、契約の締結や履行の際における取引行為を取り込むために、むしろ不正競争防止法の法文を変更し、競争行為の定義を拡張することが求められている。

続いて、マクガイア氏の報告に移る。

ヨーロッパ私法の成立過程は、2つの発展によって特徴づけられている。ひとつは、ヨーロッパ共同体による命令、とりわけ消費者保護法の領域における数多くのEU指令である。もう1つは、共通参照枠 (GGR) という形態で、あるいは、将来、ヨーロッパ契約法典となるかもしれない形態で、ヨーロッパ一般私法の平準化を達成しようとするものである。

前者の消費者保護に関しては、70年代中旬以降、ヨーロッパ共同体によって展開されており、それは指令という方法を用いて行われてきた。しかし、多数の指令がヨーロッパ共同体によって出されるようになった結果、消費者保護を目的とする諸指令に、相互的内容的不整合が生じたり、個々の指令の適用領域が部分的に重なってしまう場合が発生した。さらに、各種指令によって、規制の下限を平準化することにつながったことも見逃せない。

一方、ヨーロッパ一般私法の平準化については、80年代初頭からヨーロッパ私法の統一を目的としてランドー委員会が設立された。同委員会は、ブラックレタールール、すなわち制定法の規定を比較的簡潔に表現した基本的諸原則、解説付きのコメント、および比較法的見地に基づくコメントの3つからなる「ヨーロッパ契約法原則 (PECL)」を作成した。このPECLは、経済界および実務界に広く受容されており、当該原則が欧州連合における契約法の平準化にとって有する意義は大きい。しかし、PECLは、現存のアキ〔ヨーロッパ法〕に適用しておらず、また消費者保護法とも全く別のものとして体系立てている。

そこで、ヨーロッパ委員会は、ヨーロッパ契約法のための報告書およびこれに続くアクションプランを持って、一般契約法を平準化するという理念を取り込み、さらに、上記アクションプランおよびこれに基づく共通参照枠プロジェクトによって、一般契約法と消費者保護法についての問題を全面的に解決しようとした。しかし、その後、委員会は、消費者保護法に関するアキ・コミュニテールの見直しのための2007年グリーン・ペーパーによって、この全体計画から消費者保護法の現代化を取り出し、まずは、この目的をアキ・コミュニテールの現代化作業として追求している。

質疑応答においては、とりわけ、消費者概念についての認識や消費者保護法とヨーロッパ契約法との位置づけに関する質問に基づいて、活発な議論が行われた。

\* \*

## 平成19年度 第2回 国際ワークショップ Can Consumers Direct Health Care?

ーヘルスケアにおける自己決定と規制ー

日 時：平成20年3月24日(月) 14:00~17:00

場 所：京都大学法経本館3階 小会議室

日 時：平成20年3月26日(水) 14:00~16:30

場 所：京都大学東京連絡事務所 会議室A



【概要】第2回国際ワークショップは、ミシガン大学ロースクール教授であるカール・E・シュナイダー教授を迎え、平成20年3月24日は京都、平成20年3月26日は東京において開催した。両日とも、ヘルスケアにおける自己決定と規

制という題目のもと、医療のサービス市場における消費者としての患者の選択を推進し医療の質を確保しながら医療コストを抑制するという現在アメリカ合衆国で提唱されている方策を扱った。ここでは、患者が消費者として行動することが期待される医療サービス市場像と、社会にとって望ましい医療の内容と政策を取り上げた。

医療のコストの上昇をコントロールしつつ、医療の質の向上をはかることはいずこでも重要な課題である。医療コストの上昇をコントロールするためにアメリカ合衆国において試みられたことは、最初に、医療コストの上昇に大きく寄与している要因と見られた高価な機器の導入を制限し、その利用によるコストの増大を抑制することであった。提供する医療サービスを決定する立場にある医師が、新しいテクノロジーを利用することを制約することから、この方法はうまく行かなかった。次に試みられた方策はマネジド・ケア (managed care) の導入であった。この方法は、患者が選択できる医療サービス提供者と、提供者より受けることができる医療の内容を限定することによって患者の選択を限定し、さらに、提供者に対してコストを低減する動機を与える報酬体系を定め、低価格で良質の医療を提供することであった。患者が受けることができる医療に関する選択を失ったと感じ、また、医師もその仕事の一部を失ったと感じたことから、これもうまく行かなかった。

医療機器導入の制約でも、マネジド・ケアでも、医療サービス市場におけるサービス提供者側を通じてコストを抑制するという方策であった。提供者はサービスを提供し、その対価として報酬を受け取り、サービス提供高が大きいと報酬が多く、報酬が多いと収入が多いという構図のなかで、提供者側はサービスを決定していたことから、コスト抑制は、提供者に影響を及ぼし達成されようとした。いずれもうまく行かなかったことから、医療サービス市場における購入者側に影響を及ぼしてコストを抑制しようとする試みが始まった。この試みは、患者を消費者として扱おうとする。

これは消費者主義の導入である。消費者である患者は、みずから支払おうとする価格のみずからが好むサービスを選択して購入するので、こうしてできる市場では競争が生じ、それによって患者の選択の幅が広がりコストも低減されるという考えである。この考えによると、第一に、消費者である患者はその必要と懐具合にもっとも適した健康保険を選択して購入することが求められる。そこで、健康保険提供者の間に競争が生まれる。第二に、患者は医師や病院など医療サービス提供者を選択することが求められる。ここで、患者は質とコストを考慮して選択することが期待される。第三に、このような患者は検査と治療を購入する。この際に、患者が儉約を旨として選択することが期待される。そ

ここで、患者は費用を相当額まで自己負担することになり、高額医療費は保険により支払われるとして、このような選択の誘因が作り出され、所得課税上の優遇もはかられる。この考えは、市場による価格の規制と質の確保を好む立場にも、患者が医療をコントロールする原理を好む立場にもなじむ。

この消費者主義によれば、患者が、インフォームド・コンセントにおいてするとされる決定に加え、検査や治療に要する価格を考慮し選択の上、購入するサービスの内容を決定することが期待されることになる。これは、患者が治療を受けるときに、みずからの選好に応じて治療に関して決定するだけでなく、その値段も考慮に入れて受ける治療について選択することを期待する。インフォームド・コンセントが唱えられているようにうまく行っていないことはよく知られたことである。そうすると、この消費者主義に成功の見込みがあると考えられるのか。患者の必要と懐具合に応じた健康保険、提供者および治療に関して十分な選択が可能な状態にあるということを前提にする。提供されているサービス、その質およびその値段が信頼できるところから入手できるのか。

選択ができるということと、選択をするのに必要とされる情報が存在し、それが利用可能な状態にあることは別のことである。病院の診療報酬は charge master として定められている。ここには現在、45000 以上もの項目が含まれている。この charge master を見ることができ、その内容を理解することができたとしても、それを当てはめることが必要である。それから値段を導くには、患っていると考えられる病気が分かって、それに対する治療を予想しなければならない。アメリカ合衆国の現状では、利用する健康保険ごとにまた病院ごとに charge master は内容が違う。これが示唆するように、価格は複雑であり、それに関する情報はほとんど存在しない。質に関する情報は価格情報と同様に、信頼でき、利用できるものはないに等しい。

しかし、治療の価格と質に関して必要な情報が役に立つ形で提供されていて、消費者である患者が治療をその価格と質に基づいて購入する決定をするのに利用できるとしよう。患者は、診療を受ける医師と、診断のための検査と治療の内容について会話し、その際にそれぞれの値段について話をする必要はある。医師と患者の間では、医師が会話を支配することはよく知られている。患者は値段の話を持ち出しにくい。医師と患者が値段の話をするということになるとしても、それに割かれる時間には限度がある。

消費者である患者は、診断のための検査と治療について、医師をはじめとして各種の情報源から情報を得て、そのリスクと利点を理解するだけでなく、その費用も理解することが求められることになる。このような理解には入手した情報を分析する能力が必要とされる。インフォームド・コンセントの実際が示唆するように、患者がこのような能力を備えていることは期待できない。このような患者に能力が備わっているとすると、そのような患者がいつも決定することを欲し、うまく決定するということがない。普段と違って病気になったときには、普段は決定をしようする者でも決定を避け、また、決定をしようとしてうまく決定しにくいことが指摘されている。消費者である患者は、このような決定のなかで、さらに、費用のことまで決定に取り入れることが求められる。

市場は良質の商品やサービスを良い価格で提供できる仕組みである。そこからもっとも裨益するする人たちは、みずからやっつけられる人であり、最善の取引を求めて交渉することができる人である。患者に消費者として行動するよう求める方針からは、教育を十分に受けられなかった人たち、年齢の高い人たち、そして、病気にかかっている人たちは得るところがほとんどない。

しかし、医療のように、それが人の生活にとって基本的な資源であり、多くの人々にとって資源であるからには、社会の責任について幅広く考慮しなければならない。市場や情報提供の強制を通じてみずからのヘルスケアのコントロールを個人にもたらそうとすることは道徳上望ましいとしても、それがヘルスケアを支配する原理とされると、市民の間で相互の責任感を発展させるこ

とを妨げることになる。それはまた、良き医療と良きヘルスケアの重要な要素を促進することにもならない。インフォームド・コンセントと同様に、患者に消費者として行動するよう求めることは、社会が求めることに応じるにつながらないことになる。

## 平成 20 年度 第 1 回 国際ワークショップ

ユルゲン・パゼドウ教授講演会

Civil Liability for the Infringement of European Competition Law

ヨーロッパ経済法違反に対する民事責任

日 時：平成 20 年 4 月 16 日 (水) 17:00~18:30

場 所：芝蘭会館別館 研修室 II

【概要】EC 競争法 (EC 条約 81 条・82 条) 違反行為の被害者による損害賠償請求訴訟を考える上で、どのような問題があるのか。

そもそも、これまでの EC では、EC 競争法違反行為に対する損害賠償請求は、EC 法上認められた請求権ではないと考えられてきた。

しかし、1990 年代の EC 拡大の動きや一連の欧州司法裁判所判例——2001 年 Courage 対 Crehan 事件、2006 年 Manfredi 事件——を受け、今では、EC 競争法違反行為に起因する損害の賠償を求める請求権が EC 法上認められていると考えられるようになり、具体的な訴訟制度の設計について、EC 委員会を中心に議論が行われている。

制度設計にあたっては、第一に、EC 競争法違反だとして訴訟を提起する民事訴訟当事者のインセンティブに与える影響を考慮に入れるべきである。民事の損害賠償請求訴訟を活用することで EC 競争法のエンフォースメントを強化しようとするのであれば、EC 競争法違反行為の被害者が、訴訟を提起しようと思えるような期待利益を (潜在的な原告に) 付与する制度にしなければならない。

その他の問題点として、EC 競争法違反行為による損害額をいかにして算定するか、「損害転嫁の抗弁」——EC 競争法違反行為に起因する損害の金銭的賠償を求める原告が、(原告が) 需要者である市場の供給者が行なった価格協定により引き上げられた費用分を自らが供給者である市場 (downstream market) の需要者に転嫁できた (から原告は損害を被っていない)、という (被告による) 抗弁——を認めるか否か、損害賠償請求訴訟の当事者適格をどのような要件で認めるか等があげられる。

まず、損害額の算定についてである。算定手法はいろいろ考えられるものの、いずれにせよ、違法な価格協定により生じた厚生損失を全て把握することはできない。協定された高価格では商品役務の供給を受けない、という需要者は必ず生じる。しかし、何も買わなかった需要者が訴訟を提起しようとしても、(価格協定がなければ当該商品役務を) 購入したであろうということについて裁判所を説得するのは現実には極めて困難であり、結果として、損害賠償請求が可能な範囲は、違法な価格協定が総厚生にもたらす現実の損失全てに及ばない。したがって、実損の 2 倍額損害賠償を認めるのが適当であろう。

次に、損害転嫁の抗弁についてである。不法行為法の目的は、違法行為——ここでは競争制限行為——が持つ外部効果を内部化するところにある。とすると、損害転嫁の抗弁を認めないとする方が、損害転嫁の抗弁を認めるとするよりも価格協定の被害者はいくらかの賠償を得られるという意味で、不法行為法の目的に沿っている。損害転嫁の抗弁は、EC 競争法のエンフォースメントの実効性を確保——訴訟を提起する原告のインセンティブを確保——するためにも斥けられなければならない。

最後に、損害賠償請求訴訟の当事者適格についてである。商品役務の流過程の最終段階に近づくほど需要者の数が増加するので、引上げられた価格分を転嫁されることで下流市場の間接的



な購入者(最終消費者)が被る損害はどんどん小さなものとなる。したがって、間接の購入者に当事者適格が認められたとして、複雑な独禁訴訟を提起しようというインセンティブはごく限られたものである。この問題への対処法として、消費者団体に損害賠償請求訴訟の当事者適格を拡張したり、あるいは、オプト・イン式団体訴訟を採用したりすることを検討すべきである。

報告を受けて、次のような問題について質疑が行われた。第一に、訴訟提起のインセンティブを促進するために、EC レベルと加盟国レベルとそれぞれについて、具体的にどのような制度を構想しているのか。第二に、ある商品役務の価格が引き上げられたことにより消費者が当該商品役務を購入しなかったという「資源配分に対する効果」を損害と観念できるか。かりに観念できたとして、私人によるエンフォースメントを促進するためにインセンティブを付与するという政策的目的のみでは、私人の一方から他方への財産的利益の移転を正当化するには不十分でないか等である。



に基づいて親会社が責任を負うることとかかる責任の判断基準が紹介され、また、利益相反取引規制・信任義務違反を根拠に従属会社取締役(とりわけ兼任取締役)の責任が追及されることが説明された。子会社の債権者保護制度としては、詐欺的譲渡規整、内部者に対する偏波行為、衡平的劣後化、法人格否認、実体的併合の制度が紹介され、このうち法人格否認がもっとも頻繁に用いられる法理であることが指摘された。

最後に、京都大学准教授の齋藤真紀氏がフランスにおける子会社少数株主・債権者保護について報告した。子会社の少数株主保護制度として、連結計算書類による開示、親子会社間の一定の取引について取締役会・株主総会の承認を要求する利益相反取引規制、資本多数決濫用の法理による決議無効・損害賠償の制度が紹介された。また、上場会社については、支配株主が95%以上の議決権を保有した場合に、少数株主に株式買取請求権が与えられることが説明された。子会社の債権者保護制度としては、会社財産の濫用に関する罪に関連して Rozenblum 判決が示したグループ会社指揮者の義務内容が紹介され、それが企業結合に関するヨーロッパ・フォーラムの提案に取り入れられた旨が指摘された。また、親会社が事実上の指揮者として、債務填補責任や財産濫用責任を負うことが説明された。

\* \*

## 部 会 研 究 会

### 平成 19 年度 第 6 回市場秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 20 年 3 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：「子会社の債権者・少数株主保護」

◇討 論：中村 康江 氏(立命館大学法学部准教授)

伊藤 靖史 氏(同志社大学法学部准教授)

森 まどか氏(神戸学院大学法学部准教授)

齋藤 真紀 氏(京都大学大学院法学研究科准教授)

### 平成 19 年度 第 8 回エンフォースメント部会研究会

◇日 時：平成 20 年 3 月 18 日(火) 14:00~18:00

◇場 所：京都大学法経北館 3 階 第 13 演習室

◇報 告：瀬戸山 晃一氏(大阪大学大学院法学研究科講師)

「Cass R. Sunstein と行動心理学的『法と経済学』—反—反パターナリズムの主張に注目して—」

中林 良純氏(京都大学大学院法学研究科学生)

「サンステーン/セイラー『Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron』について」



【概要】平成 20 年 3 月 15 日の第 6 回部会研究会では、子会社少数株主および子会社債権者の保護がテーマとされた。

まず、立命館大学准教授の中村康江氏がイギリスにおける子会社少数株主・債権者保護について報告した。はじめに、イギリス法独特の取締役概念とかかる取締役が負う義務について説明された。子会社少数株主の保護制度としては、不公正侵害に対する救済制度と代表訴訟制度が紹介され、とくに前者の重要性が強調された。子会社債権者の保護制度としては、法人格否認の法理、詐欺的取引規制、不当取引規制などが紹介され、とくに不当取引規制に関連して、親会社が子会社の影の取締役となるための要件が説明された。

次に、同志社大学准教授の伊藤靖史氏がドイツにおける子会社少数株主・債権者保護について報告した。まず、株式法のシステムとして、コンツェルン法上の契約コンツェルンと事実上のコンツェルンに分けて、被支配会社・従属会社の少数株主・債権者保護制度が紹介された。ただし、契約コンツェルンは必ずしも多くはなく、事実上のコンツェルンについても支配企業に対する損害賠償請求権が行使されることは稀である旨の説明がなされた。次に、従属有限会社のルールとして、支配社員の誠実義務、変態的事実上の有限会社コンツェルンの法理、会社の存立を破壊する侵害の法理などが紹介された。さらに、少数株主の縮出制度における金銭代償の決定がすべての少数株主に及ぶことが説明され、最後にドイツ法からの示唆として、必ずしもコンツェルンに着目しない一般的な法理活用の可能性が検討された。

続いて、神戸学院大学准教授の森まどか氏がアメリカにおける子会社少数株主・債権者保護について報告した。子会社の少数株主保護制度として、子会社およびその少数株主に対する信任義務

【概要】本研究会は、平成 20 年度第 2 回国際ワークショップに際して主要テーマの一つとなるリバタリアン・パターナリズムに関して検討するために催されたものである。

中林良純氏の報告は、主として「リバタリアン・パターナリズムは撞着語法ではない(Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, The University of Chicago Law Review, vol. 70, No. 4, 2003)」の議論を紹介するものである。それによれば反パターナリズムの主張は、(1)本人がみずから決定し得ることに価値があり、(2)パターナリズムは回避可能であり、(3)パターナリズムは常に強制によって本人の選択の自由を失わせるのだという。しかしそれに対する反駁としては、第一には限定合理性の認識から、選択の自由を認めつつもその厚生を促進することの意義が説かれる。また第二に、デフォルト・ルール の定立やフレーミング効果にみられるように、選好形成に対するパターナリスティックな影響は不可避的である(これに関して、介入のいくつかの類型化が試みられる)。さらに第三の論点に関しては、リバタリアン・パターナリストの構想を精緻化することによって応えている。すなわち、費用便益分析をつうじて各制度の結果を計測し比較することと、それが困難な場合にはいくつかの経験則的手法によるというものである。

瀬戸山晃一氏の報告によれば、伝統的な「法と経済学」においては、合理的行為者モデル及び固定化された選好概念(顕示選好充足をもって効率的とするアプローチ)の下ではパターナリズムの必要性を考慮する余地がアプリオリに否定され、それゆえ反パ



ターナリズムという批判的な知的態度が帰結していた。他方で、認知心理学や行動経済学の洞察を取り入れた90年代後半以降の行動主義(行動心理学)的「法と経済学」は、従来の人間の合理性、意志力、自己利益の強い想定に対する限定性を実証データにより浮き彫りにすることによってこれらのモデル(理論前提)を修正し洗練させ、それによって法と経済学を法現実の記述としても実用的にも規範的分析においてもより有益な分析ツールにする。そしてその重要な帰結の一つとして、被介入者側の決定に対するバイアスのみを考慮するのではなく、介入者側のバイアスをも考慮して経験的に検証することから、反ターナリズムが必ずしも自明でないことが示唆される(反-反ターナリズム)。また、法理論一般に対しても、経験的分析の導入や自我観の洗練化に際してさまざまな知見をもたらしている。これらの洞察は、任意性確保の外部での介入がどこまで正当化されるか、選好の動的变化をいかに評価するのか、生命倫理等の各論においてどのような含意を有するのか、といった新たな検討課題を提示していることなどが報告者によって問題提起された。

質疑においては、従来のリパタリアニズムの議論との比較、とりわけ自律(選択の自由)の内在的価値、帰結乃至社会的厚生への関心の有無、計画者の能力への不信乃至楽観、について議論された。また、危害原理の議論との関連、介入範囲に基準が設けられず拡大しがちになる可能性、ターナリズムにおける動機乃至意図をいかに評価するかの問題、介入の正当化に関する難解事例、自然権の想定の有無とベースライン問題、などが活発に論じられた。

\* \*

#### 平成20年度 第1回社会秩序形成部会研究会

◇日時:平成20年4月18日(金)14:00~17:00  
 ◇場所:京都大学法科大学院棟2階 法科第3演習室  
 ◇報告:浦坂 純子氏(同志社大学社会学部准教授)

「NPOにおける有給職員とボランティア-NPO活動への関わり方の実態」

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活動と法」

【概要】本報告は、NPO法人における有償ボランティアの法規制を論じるものである。浦坂報告においては、労働政策研究・研修機構(JIL-PT)による「NPOの『就労』に関するプロジェクト(2003~06年)」で実施されたNPO法人および活動者に対する4調査を用いて、NPO法人の活動実態について客観的データを提示すると共に、従来の法的枠組みの適用における問題点が提示された。皆川報告においては、主として労働法制・社会法制の適用の是非という観点から、有償ボランティアに対する法規制の現状と今後について、理論的な分析が行われた。



浦坂報告においては、NPO活動に関わる人々を、試験的に正規職員・非正規職員と有償ボランティア・無償事務局ボランティア・無償その他ボランティアとに分類した上で、上記調査の内容紹介が行われた。具体的には、「NPO法人に見る制度と処遇」と題して、NPO法人対象の調査票調査から、①有償ボランティアへの支払い実態、②有償ボランティアの属性、③有償ボランティアへの説明、④有償ボランティアに関する取り決め、⑤個人請負・委託・トライアル雇用の実態が紹介され、⑥最低賃金のNPOへの適用、⑦NPOへの最低賃金適用が難しい理由、といった意識調査の結果や、⑧各種保険への加入状況が報告された。また、「労働条件の実態」として、個人対象の調査票調査から、①回答者のプロフィールを概観した上で、②年代・性別ごとのNPOからの収入、③勤務形態ごとのNPOからの収入、④ボラン

ティアへの支払いの是非、⑤ボランティアへの支払い実態、⑥活動内容の相違、⑦「労働者」だと思うか、⑧各種保険への加入といった事項に対する回答が報告された。

本報告に対しては、(1)職員とボランティアで壁があるとは言えないのではないか、(2)労災保険や雇用保険には法定要件があり、要件を充足していないために加入できない場合と、充足しているにもかかわらず加入していない場合とを区別すべきではなかったか、(3)最低賃金の適用は職員の場合にしか問題にならないのではないか、といった質疑が行われた。

また、皆川報告においては、有償ボランティアを「有給労働」と「ボランティア」にまたがる中間領域と位置づけた上で、有償ボランティア活動の促進のための法規制が論じられた。ここでは、①「有償性」の意義が雇用・請負・委任といった典型契約との関係で検討され、②労働基準法の適用基準となる労働者性との関係では、有償であることが労働者性の基本的前提であることが確認されると共に、③労災保険法の適用がないことや、④契約法上の安全配慮義務や不法行為法上の使用者責任といった規定では、ボランティア活動のリスク管理としては不十分であることが指摘され、⑤「中間領域」としての意義を尊重するために、労働法制で対処するよりは、より幅広い社会福祉の中に位置づけるべきことが提言された。

本報告に対しては、(1)職員と有償ボランティアを截然と区別することは可能なか、(2)義務の濃淡や拘束の強弱にかかわらず有償ボランティアを一様に扱ってよいのか、(3)法的義務がないにもかかわらず使用従属関係があるといふてよいのか、といった諸点について議論が行われた。

以上のように、本研究会では、何れの報告についても活発な質疑応答が行われ、盛会の内に終了した。

\* \*

#### 平成20年度 第1回市場秩序形成部会研究会

◇日時:平成20年4月19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:「税法」

◇討論:渡辺 徹也氏(九州大学法学研究院教授)  
 岡村 忠生氏(京都大学大学院法学研究科教授)  
 手塚 貴大氏(広島大学社会学部准教授)

【概要】平成20年4月19日、平成20年度第1回市場秩序形成部会研究会(テーマ「企業結合税制」)が開催された。

まず、岡村忠生教授(京都大学)より、企業結合にかかる税制の総論的説明があった。企業結合に税法が特別の考慮を払っている領域として、企業グループ内の損益取引における取引価格の取扱、一定の法人間の事業(まとまった資産)の移転における課税繰延、連結納税制度がある。岡村教授によると現在の所得課税の基礎にある実現主義は、価格評価の客観的検証可能性という執行上の観点から、納税者と資産との関係(interest)の変化が一定の程度を越えれば(materially different)課税を行う原則へと変化した。これは法人・株主それぞれの段階における課税の仕方にも影響を与えるものである。また、課税単位の決定における私法上の法人格の意義は、企業結合に対する課税において基本的な問題であるにもかかわらず明示的な議論がない。さらに、株主法人間取引の範囲や概念、損益取引との切り分けの各国間の相違は、国際取引における移転価格税制の適用において、実際上の問題として顕在化する。最後に、会社法制・企業会計と税法との関係につき、逆基準性の問題が言及され、税法が企業会計や会社法制が実務に与えている選択



の余地を狭めているところがあるが、税法の理念、執行上の問題等がさらに検討されるべきであると指摘された。

続いて、渡辺徹也教授(九州大学)が、イギリスにおける結合企業税制について報告した。具体的には、グループ形成時における課税ルールとして、法人設立、法人取得、とりわけ株式を対価とする取得、会社の人的分割および組織再編成における課税繰延の法的根拠、その内容、租税回避否認原則(Ramsay原則)、形成されたグループ内の取引における課税上の特別な取扱として、グループ内で損失の移転を認めるグループ・リリーフ(group relief)(これに類似するものとして、コンソーシアム・リリーフ(consortium relief))およびグループ内の資産移転(intra-group transfer)における課税繰延について解説がなされた。

手塚貴大准教授(広島大学)からは、ドイツにおける企業結合税法の法構造と諸問題が報告された。ドイツの法人税法が、私法上の法人格の有無をベースに課税方式を識別する私法準拠主義をとっていることが指摘された後、連結納税制度である機関会社制度(Organshaft)、組織再編成制における簿価引継の要件、外形取引(Mantelkauf)の制限・禁止が解説され、企業結合の国際化に伴ってドイツの課税庁が直面する問題として、Marks&Spencer事件のドイツ租税政策の影響、ヨーロッパ株式会社(SE)設立における課税問題が指摘された。

最後に、岡村教授から、アメリカの企業結合税制の特徴について簡潔な説明がなされた後、今後の企業結合税制の課題として実質主義の検討の必要性が指摘された。

ディスカッションにおいては、企業の節税対策と取締役の善管注意義務との関係、否認の基準等が議論された。

\* \*

#### 平成20年度 三部会合同研究会(法理学研究会と合同開催)

(第2回 市場秩序形成部会研究会、第2回社会秩序形成部会研究会、第1回エンフォースメント部会研究会)

◇日時:平成20年4月19日(土)14:00~18:00

◇場所:同志社大学光塩館 第二共同研究室

◇報告:川濱昇氏(京都大学大学院法学研究科教授、研究代表者)

「認知能力の限界とパターンナリズム」

土井真一氏(京都大学大学院法学研究科教授、研究分担者)

「C.Sunsteinの「司法的最小限主義」(Judicial Minimalism)の意義と射程」

【概要】本研究会は、キャス・R・サンスティーン教授の見解を紹介検討するものであり、土井報告においては、社会の秩序形成における司法の役割(サンスティーン司法最小限主義)の問題、川濱報告においては、市場の秩序形成と関わる行動法と経済学の意義(サンスティーンのリバタリアン・パターンナリズムの理論的背景)の問題が扱われた。



土井報告において紹介検討された論点は、具体的には、(1)司法判断最小主義の手法(判断の射程、判断の理論的正当化の程度、不完全にしか理論化されていない合意、類比)、(2)その歴史的背景(レーンキスト・コートにおける保守派・中間派・リベラル派の均衡)、(3)司法最小限主義の前提条件と正当化論拠(多元性、限定合理性、熟議民主政論における司法の役割)、(4)ロールズの議論との比較(政治哲学と憲法学の役割の相違)、(5)司法最小限主義とBurke主義との関係(「伝統」と「合理主義」との関係の問題)、(6)その意義(プラグマティズム)と限界(ルールが妥当する領域、漸進的改革の限界)である。

本報告に対しては様々な質疑応答がなされ、そこで議論された

主題は、(1)サンスティーン熟議民主政はそれが生み出す結果の観点から望ましいとされるのか、結果の如何に関わらず望ましいとされるのか、(2)司法最小主義は抽象化の問題を扱っているが、体系化、概念化の問題を扱っているのか、扱っているとすればどのように取り組んでいるのか、(3)欠缺の問題を取り扱っているか否かなどの問題である。

また、川濱報告においては、リバタリアン・パターンナリズムの理論的背景にある行動法と経済学を中心にそのサーベイと検討がなされた。そこで取り扱われた問題は、具体的には、(1)行動法と経済学の位置づけ(伝統的法と経済学に対抗して登場した点、個人の相互的インタラクションをも取り扱う実験経済学とオーバーラップする点と相違する点)、(2)合理性からのシステムティックな乖離を引き起こす認知能力の限界(情報処理能力における不合理性、選好の非整合性、意思力の弱さ)、(3)認知能力の限界が市場で是正されるか否か(鞘取り、Money Pumpの可能性)(4)認知能力の限界とパターンナリズム(選択肢を排除することなく厚生を増大させる形での介入の問題、ベースライン問題、厚生評価の困難)である。

本稿に対しては様々な質疑応答がなされ、そこで議論された主題は、(1)合理主義的ではない人間は淘汰されるのか否か、(2)認知能力の限界が学習によってカバーされるか否か、(3)リバタリアン・パターンナリズムは従来のパターンナリズム研究においてどのように位置づけられるか否かなどの問題である。

\* \*

#### 平成20年度 第2回エンフォースメント部会研究会 (愛知法理研究会と合同開催)

◇日時:平成20年5月17日(土)14:00~18:00

◇場所:南山大学J棟1階 特別合同研究室

◇報告:稲葉一将氏(名古屋大学大学院法学研究科准教授)

「行政法学から見たサンスティーン

—civic republicanismの意義と限界」

◇準備会:Cass R. Sunstein教授 名古屋セミナーの打ち合わせ

大屋雄裕氏(名古屋大学大学院法学研究科准教授)

大森秀臣氏(岡山大学大学院社会文化科学研究科准教授)

瀧川裕英氏(大阪市立大学法学部准教授)

松尾陽氏(京都大学大学院法学研究科研究員(科学研究))

【概要】本研究会は、サンスティーン教授の見解を紹介検討するものであり、稲葉報告においては、行政法学の観点からの位置づけとその評価についての報告がなされ、準備会においては、6月の名古屋セミナーに向けて、教授の「司法ミニマリズムを超えて」という講演に対する、4人のコメントの概要が報告された。



稲葉報告においては、行政機関の法解釈に対する司法審査の謙抑の問題に対するサンスティーン教授の見解が紹介され、その意義と限界が指摘された。まず、アメリカ行政法学・実務できわめて重要な地位を占め、かつ、その理解が分かれている1984年のChevron判決に対するサンスティーン教授の理解が取り上げられ、連邦議会における熟議を重視している点、行政の専門性を重視している点が指摘された。次に、20世紀の行政法学における「行政」理解の展開の中におけるサンスティーン教授の位置づけが問われ、教授の見解が参加を重視している点で多元主義的理解と共通点があるものの、その質を問うている点で相違するという点、また、公私の峻別論に立つことによる限界があるのではないかとということが指摘された。本報告に対しては様々な質疑がなされて、



そこで議論された主題は、(1)公私の協同的統治を唱え、近時注目されているJody Freeman教授の見解とどのような異同があるのか、(2)立法過程における熟議と行政過程における熟議との異同とりわけ司法審査の謙抑の対象となるべき行政固有の専門性、(3)日米の相違を前提としてもサンスティーン教授の主張に含まれている価値が日本においてどのように反映されているのかなどである。

準備会においては、名古屋セミナーのコメンテーター予定者からその概要が紹介され、大森報告においては、ミニマリズムにある二つの制度的前提「司法不信」と「立法信頼」が抽出され、「狭い」「浅い」判決が立法と司法という二つの機関を上手く機能させるのかという問題が、大屋報告においては、①サンスティーンという agreement と disagreement というものが本当に存在するのかという問題と②日米における司法の役割についての理解の相違の問題が、瀧川報告においては、サンスティーンの法理論が司法ミニマリズムを超えてどこへ向かうのかを考察するために彼の理論前提は何かという問題が、松尾報告においては、アメリカ憲法理論からの司法ミニマリズムがどう位置づけられるのかという問題(理由付与との相違、司法の優越性の問題)が批判的に紹介され、四人を含む研究会参加者の間で意見が交換された。

\* \*

#### 平成20年度 第3回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成20年5月23日(金) 14:00~17:00

◇場所：京都大学法経本館3階 小会議室

◇報告：原田 大樹氏(九州大学大学院法学研究院准教授)

「規制手法の多様化と規制システム間調整」



【概要】本研究会ではまず原田氏の報告が行われ、それによれば、(1)「規制」概念を、「法主体に対して外部からのインパクトを与えることにより、公的利益の実現に適合的な行動がとられるようになること」として、すなわち、一方で誘導のような直接的な行為命令を含まない行動促進も含み得、また根拠として一定のルールに裏打ちされているかを問わない点で広く、他方で、限られた資源の調達と配分の目的である給付を含まないものとして定義し、広く「規制」をめぐる現象の変化を捉えていくべきである、(2)「規制」の分析には、行為形式のレベルを超えて、政策目的との関係で行政が採り得る手段の類型を示す「規制システム」のレベルでの検討が有益である、(3)「直接規制」、「間接規制」、「枠組規制」といったように規制が「多様化」している現状がある、さらに、(4)公的セクターの内部においてさえ、国際機構・国家・自治組織というように規制主体が「多元化」しており、またこのため、各主体の定立する法規範の間での調整の問題が生じている等といった分析が行われた。終わりに、この最後の問題を解決する手がかりとして、国際人権・国際立憲主義、或いは、グローバル・ガバナンス論が示唆された。

続いて、主に以下のように、氏の見解をめぐって質疑応答が行われた。(1) 民主的統制を及ぼしにくい構造のEU法の議論を事情が異なる国内の法にあえて適用する意義があるかという質問に対しては、問題が共通している場合に限ってではあるが適用することができると考えられ、そのためEU法の全体像を明らかにする必要があると思われるという答えがなされた。(2) 氏の立場と従来の公法理論との関係については、できる限り従来の理論で処理しようとする立場であるとした。(3) 税法の分野では、国際会計基準は公平な課税を実現するという目的での客観的な指標として課税においても従来重視されてきたのであるが、氏の述べるように、国際会計基準がそのようなものではなく、利害の

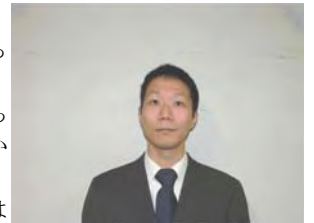
調整のための「規制」であるならば、もはや課税を国際会計基準に依拠させることは困難になるかという質問に対しては、アングロ・サクソン系の国においては、国際会計基準の税とは異なるものとして扱いが確立してきており、客観的指標としての性質は次第に認められなくなるのではないかとした。さらに、(4)「規制」の定義に行政主体の関与の要素を入れない場合、民法も「規制」の手段であることになるかという質問に対しては、「規制」は何らかの形で行政の関与を想定しており、かなり遠い関与も含むことになるが、民法は遠すぎると考えられるとした。

## 助教・研究員紹介

栗田 昌裕 京都大学大学院法学研究科助教

【専門領域】民法

【研究活動】近時、様々な立場から権利論が主張されているが、「権利の制限」の判断構造については立ち入った検討が為されていない。しかし、「権利の制限」が無制約に認められるのであれば、権利論の主張は意味を失うことになる。そこで、本研究では、「権利の制限」の判断構造を分析することを通して、権利論の意義と射程を裏面から明らかにしたい。このような作業は、新しい「権利」が問題となっている知的財産権法・医事法・人格権法・環境法といった諸領域において、新たな秩序形成を行うための基盤を提供するものである。現在は、著作権の制限において、自然権論とインセンティブ論という基礎理論の対立がいかなる意味を有するかを、自然権論と憲法による著作権の保障という異なる対立軸から問題を捉えるドイツ法の議論と対比して分析し、論文としての公表を準備している。この作業は、直接的には、著作権法の領域における「正義としての法」として権利論を措定しようとする試みである。



福重 さと子 京都大学大学院法学研究科  
研究員(科学研究・学術創成)

【専門領域】行政法

【研究活動】行政過程を通じたエンフォースメントの再構築という本研究の課題に関連して、①法規範のエンフォースメントにおける行政の役割について、及び、②この行政によるエンフォースメントの過程の中で課された義務の履行確保の手段について、フランス行政法との比較において研究を進める予定である。①の点については、特に、フランス公物法における所有権的観念の意義を明らかにしたい。この観念は、19世紀末以降に有力になったものであって、伝統的な理論である反所有権的観念、すなわち、公物の管理権能を行政に独占させることを主眼とする観念と対立するものであるとされるが、実際にこの観念の下で公物法制度がどれほど変化したのかという観点から研究を進めている。②の点については、フランスにおいて近年問題となっている行政上の制裁及び行政による民事的執行の概念に関する議論を通して、フランスの行政上の義務履行確保手段の全体的な構造をより明らかにすることを課題としている。



\* \*

松尾 陽 京都大学大学院法学研究科  
 研究員 (科学研究・学術創成)

【専門領域】法哲学

【研究活動】これまでの研究で、アメリカの憲法解釈方法論の展開の検討を通じてその背後にある「裁判と政治」観の展開を抽出すること（「裁判と政治」の視角）と、広く社会に遍在する規制の性質とその意義を分析すること（「ポスト規制国家」の視角）とを進めてきており、この二つの研究を通じて秩序形成の理念と手段を探求してきた。学術創成のプロジェクトのひとつの目的は、中央集権的な国家を要請した福祉国家と分権化を徹底しようとした新自由主義との止揚を図るものと理解できる。この止揚の意義を明らかにするために、「裁判と政治」の視角においては、近時登場した「民主的実験主義」の理念とその制度論を研究し、「ポスト規制国家」の視角においては、近時提唱されるアーキテクチャによる規制を、法または社会規範による規制と比較しながら、研究していく。いずれの視角からの研究も、論文を公表予定であり、また、さらなる論文執筆のための研究をしているところである。



## 活動記録 (対象期間：平成20年3月1日～平成20年5月31日)

平成20(2008)年

- 3月11日(火) 平成19年度 第2回国際シンポジウム  
 間接保有証券に関する法制度の過去、現在及び将来
- 3月15日(土) 平成19年度 第6回市場秩序形成部会研究会
- 3月18日(火) 平成19年度 第8回エンフォースメント部会研究会
- 3月19日(水) 平成19年度 第1回国際ワークショップ  
 第一部：「不公正な取引方法に関するEU指令—ドイツ不正競争防止法への転換(国内法化)問題」  
 第二部：「消費者法に関する共同体法の蓄積：ヨーロッパ契約法の準備作業とヨーロッパ消費者保護法の見直しとの関係について」
- 3月21日(金) 平成19年度 第5回学術創成セミナー  
 " 平成19年度 第10回全体会議
- 3月24日(月) 平成19年度 第2回国際ワークショップ
- 3月26日(水) Can Consumers Direct Health Care?  
 —ヘルスケアにおける自己決定と規制—
- 4月16日(水) 平成20年度 第1回国際ワークショップ  
 ユルゲン・バゼドウ教授講演会  
 Civil Liability for the Infringement of European Competition Law  
 ユーロッパ経済法違反に対する民事責任
- 4月17日(木) 平成20年度 第1回全体会議
- 4月18日(金) 平成20年度 第1回社会秩序形成部会研究会
- 4月19日(土) 平成20年度 第1回市場秩序形成部会研究会  
 " 平成20年度 3部会合同研究会(法理学研究会と合同開催)(第2回市場秩序形成部会研究会、第2回社会秩序形成部会研究会、第1回エンフォースメント部会研究会)
- 5月17日(土) 平成20年度 第2回エンフォースメント部会研究会(愛知法理研究会と合同開催)
- 5月23日(金) 平成20年度 第3回エンフォースメント部会研究会
- 5月29日(木) 平成20年度 第1回学術創成セミナー  
 " 平成20年度 第2回全体会議

## 編集後記

早いもので、学術創成研究は2年目を迎えました。昨年6月に支援室が発足しましたが、当初は、慣れないことばかりで、何かにつけあふたしていた記憶があります。ですが、そんな状況も束の間、7月から連続的に研究会が開催されるようになりました。初年度から多くの研究会、学術創成セミナー、国際シンポジウムや国際ワークショップを開催することができ、「学術創成研究通信」第1号、第2号を発行出来たことを嬉しく思っています。

また、この度、平成20年度最初の「学創通信」第3号をお届けいたしますが、本号には、平成20年3月から平成20年5月末日までの活動記録を掲載しています。

新年度がスタートし3ヶ月、学術創成研究支援室は、研究支援センター調査部門の新しいメンバーとともに、日々活動を続けています。年度が変わると、メンバーの入れ替わりがあり寂しくもありますが、それぞれが新たな気持ちを持って、前進していくことができると思っています。



学術創成研究通信 第3号  
 平成20年6月30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/