

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

### 目次

国際シンポジウム	49
国際ワークショップ	51
部会研究会	52
活動記録	58
編集後記	58



## 国際シンポジウム

### 平成21年度 第1回 国際シンポジウム

日壇比較法セミナー：家族構造と社会的給付システム

国際シンポジウム 家族の変容と社会

日時：平成21年9月7日（月）～9日（水）

場所：芝蘭会館別館2階 研修室2

### 第1部 家族と国家 ++++++

#### 日本における家族と国家

イングリッド・ゲトロイヤー＝カーグル  
ウィーン大学教授

#### 家族の多様化と家族法の役割

——離婚問題を手がかりとして——

木村 敦子

京都大学大学院法学研究科准教授

【概要】第1部では、日本における家族と国家の関係について、近代化以降現代に至るまで、理論的あるいは判例・学説上どのような変容が見られたのかに関して報告がなされた。

まず、ゲトロイヤー＝カーグル教授は、明治期の日本において民法の制定以来、国家による家族への介入が行われてきたことを指摘した。これは戸主制度を採用した父権主義的なものであると共に、妾を容認する性差別的な制度でもあった。刑法においても姦通罪の適用に関して男女差が設けられていた。これに対して自由主義的な観点から福沢諭吉や森有礼らによる批判がなされたことにも言及がなされた。しかし当時の家族国家観によれば、家族は個人ではなく国家のものであり、女性は家庭においては夫に仕え社会においては国家に仕えるべきであり、同時に良妻賢母としての男性への服従と家庭の維持の理想化がなされた。自由主義・社会主義・個人主義の隆盛に対抗して国家権力を維持する必要性から、家族と国家が結び付けられたのである。そして、このような状況で母性保護論争を展開した4人の対照的な女性が紹介された。与謝野晶子は国家や社会に依存しない自立的な女性像を主張したのに対し、平塚らいてうは母性を社会的なものと捉え、むしろ国家による保護を要求した。山川菊枝は社会主義の立場から資本主義社会では母性が実現されないと主張したのに対し、保守主義者の山田わかは母性こそ社会的秩序の基礎と考えた。戦後の新民法は相当進歩的で現実的なものになったが、彼女らの主張は、たとえば仕事と家庭の両立のように現代における家族に伴う問題に対しても大きなレパンスを持っていることが指摘された。



次に木村准教授は、現代における家族の多様化が、家族法の変

容に与える影響を、離婚問題とそれに伴う財産分与制度の観点から考察した。第一に離婚問題については、判例および学説が、消極的破綻主義から積極的破綻主義へと移行してきた過程が検討された。消極的破綻主義の背景には、有責者からの離婚請求は、婚姻・離婚の倫理観に反するという考え方があり、これは、性別役割分担という家族観に基づいていたが、積極的破綻主義において愛情に基づいたより個人主義的な家族観への移行が見られた。第二に、財産分与制度に関して、清算・扶養・離婚慰謝料という3つの要素から検討がなされた。清算の割合は経済的な寄与にかかわらず2分の1ずつにする見解や、扶養の意義を、婚姻を終生の結合とする見方から婚姻生活に伴う損失の補償として再構成する見解のように、家族法が家族の保護から個人の保護へ、女性の保護から自立の支援へと軸を移してきたことが確認された。

質疑応答においては、離婚の調停や裁判において依然として良妻賢母的な発想が押し付けられる可能性について、日本の伝統的な家族観は必ずしも男尊女卑的あるいは儒教的なものではなかったことなどについて指摘がなされた。



### 第2部 家族と刑法 ++++++

#### 家族と刑法

ズザンネ・ラインドル＝クラウスコプフ  
ウィーン大学准教授

#### 刑事規制における家族関係の「法化」

研究分担者 高山 佳奈子  
京都大学大学院法学研究科教授

【概要】ラインドル＝クラウスコプフ准教授の報告では、オーストリア刑法典を中心に、①刑法が家族関係自体を、民法が制度として認める限りで保護していること、②犯罪現象が家族の内部で生じた場合に、刑法は親族特例など諸々の特別扱いを認めていること、最後に、③家族内の上下関係に基づく不当な干渉に対応すべく、近年、様々な刑事立法がなされていることが報告された。オーストリア刑法には重婚罪があること、扶養義務の懈怠が処罰されること（以上、①）、家族間で財産犯罪が行われた場合の親族特例が内縁関係にも認められていること（②）、近親相姦に刑事罰が科されること、家庭内におけるハラスメントに「権威的関係の濫用罪」が適用されること、いわゆるドメスティック・バイオレンスには2009年新設の「継続的暴行罪」が適用されること（以上、③）など、同国における刑事規制の概観が得られた。

高山教授の報告では、わが国の刑法が家族をめぐる現代的諸問題にどのように対処すべきかについて、判例の変遷を紹介しつつ、問題ごとの検討が加えられた。主なものでは、①夫による性交の強制を強姦として処罰せず、且つ、夫が留守中に妻が招き入れた





愛人を住居侵入とするなど、従来の判例の立場は、事実上夫の利益のみを擁護しているに等しいものであった。②わが国では、近親相姦を処罰する規定はなく、13歳以上の者を対象に保護者の地位を濫用して性交に応じさせる行為は不可罰とされている。③近年の判例は親族間で行われた財産犯に積極的に介入する姿勢を見せており、例えば内縁関係への親族特例の適用を否定したり、後見人となった親族が被後見人の財産を横領した事例で親族特例の適用を否定したりしている。しかし、親族特例が現状に合わないのならば、法改正すべきである。④親族が子供を奪い合う場合、判例上、奪ったほうの親族に未成年者略取罪が成立するとされているものの、その後、このような紛争に刑事司法が介入することに慎重であるべきだとの見解を示した最高裁判決も出ている。高山氏の見解では、親族による未成年者略取は、子供の安全を危うくする場合にのみ認めればよいとされた。

ディスカッションでは、13歳以上の未成年者を相手とする近親相姦につき、オーストリアでは近親相姦罪が成立するのに対して、わが国では、せいぜい青少年保護育成条例による処罰にとどまるという両国間の相違が話題となった。ほかにも、オーストリアでは、非ヨーロッパ系移民が自らの価値観に基づき、嫁ぎ先から逃げ帰った女性をその親族が殺害するという「名誉殺人」のように、家族に対して犯罪を行うことが社会問題となっており、外国の価値観をオーストリア法がどこまで尊重すべきか、同国法の基本的な価値観が問われていることなどについて、多方向から活発な議論がなされた。

### 第3部 家族と国民経済 ++++++

#### The value of the household production and family policy

グートルン・ビッフル  
ドナウ大学教授

#### 日本における家族政策の発展

瀧 敦弘 広島大学教授

#### Family Policies, Family Structure and Labor Force Participation in Japan

荒山 裕行 名古屋大学教授  
杉浦 立明 拓殖大学准教授

【概要】第3部では、国民の経済活動あるいは経済理論において、家計や家事労働あるいは家族政策がどのような役割を果たしてきたのかが検討され、さらに経済的な視点から今後の家族のあり方に関して討論が行われた。

まず、ビッフル教授の報告では、国民経済計算(SNA)では市場(例外として公的部門)によって生産され価値づけられた経済活動のみが含まれ、家庭内部で消費される家事労働は排除されていたことが指摘された。家計は、財やサービスの消費あるいは労働力の提供者としては考慮されていたが、それ自体で独立した部門ではなかったのである。そこで、GHP(gross household production)の指標が示された。家事労働の価値づけの基準は機会費用や専門家が提供するサービスの価格などによって判断され、それによればオーストリアではGHPは全経済規模の44%を占めている。しかしこのような家庭内労働は、伝統的には多くが女性によってなされ、それは現代にも続いていることが指摘された。また家族政策が家族形態にどのように影響するのか、他の政策分野とどのような関係にあるのかについても考察された。そして、社会が産業化するにつれ、



家事は市場部門へと移転され(アウトソーシング)、それがGDPの成長や家事労働の機会費用の上昇をもたらし、さらに社会の生産性を高め経済成長を促進し、あらゆる技能レベルの人に雇用の機会を提供すると主張された。

次に瀧教授の報告では、日本において家族政策という概念が従来あいまいであったこと、しかし家族形態の変容を伴う少子高齢化社会においてその重要性が高まっていることが示された。

さらに荒山教授は、膨大な統計的データを駆使して家族の形態・離婚・平均寿命・高齢化・子育てに関する国際的な比較を行い、さらに日本における労働形態と男女間役割分担のあり方が近年どのように変化してきたのかを詳細に検討した。また男女の時間使い方の変遷を紹介することで家族生活が具体的にどのように変容してきたのかが紹介された。最後には経済学理論において家庭の経済がどのように説明できるのかが示された。

質疑応答においては、教育政策と家族政策の関連について、また非正規雇用と正規雇用という労働形態の違いの重要性について、さらに理論と経験的な調査との非対称性などについて、家族政策にとどまらず労働政策や人口政策・社会保障政策など幅広い観点から指摘がなされた。



### 第4部 家族と労働法 ++++++

#### 家族と労働

ミヒャエラ・ヴィンディッシュ＝グレート  
ウィーン大学教授

#### 日本における家族の変化と労働法

研究分担者 村中 孝史  
京都大学大学院法学研究科教授

【概要】ヴィンディッシュ＝グレート教授の報告は、労働者の家族の利害がオーストリア労働法でどの程度考慮されているかを概説するものであった。

すなわち、その「家族」概念が家族法より広範な場合もあることを前提として、①家族状態等に関連した性差別の禁止(性的志向への差別含む)が歴史的反省から均等待遇法によって徹底されていること、②妊婦へのいかなる差別も性差別として禁止され、時に極端な保護が判例によって与えられていること、③育児休暇又は子どもが一定年齢に達するまでの労働時間短縮等(育児パートタイム)のみならず、死に瀕した家族に付き添うための休暇等も、その間の報酬請求権なしに(別途社会保障法上の措置あり)、特別解雇保護付きで法定されていること、④家族行事への参加等によって短期間労働できない場合には報酬請求権を保持できる場合もあること、⑤通常の労働時間帯の決定等に際しても、子どもの学校への送迎等家族としての義務に配慮しなければならないことが紹介された。



その上で、以上の制度を利用することに伴う不利益への懸念が特に男性側に見受けられること、労働者の満足度が高い企業の業績は高いという事例の存在が併せて指摘された。

他方、村中教授の報告は、高度成長に伴い確立したいわゆる日本的労使関係が労働者の家族の生活にも多大な影響を及ぼしたが、当該関係が近年変化しつつある中で、家族がいかに変化し、これに対して労働法がいかなる対応を示してきたかを検討するものであった。

その趣旨を要約すると、まず、労働者の解雇を強く制限してきた判例は終身雇用慣行に一種の社会規範を見出したと言える。他方、例えば夫の配置転換に際して妻側の事情を重視しないというように、判例は、夫は会社で働き、妻は家庭を守るという家族を前提にしたルール形成を結果として行ってきたとも言える。しかし、そのような判例の動向は、夫婦がともに非正規従業員であったりする家族が必ずしもイレギュラーであるとは言えなくなっている現在、必ずしも妥当でない。また、男女雇用機会均等法、育児・介護休業法等によって労働者の家族状況への使用者の配慮が義務付けられるようになっている。もっとも、

家族の変化に対する労働法の変化は始まったばかりであり、労働法の議論において「家族」という視点はなお中心的な役割を演じるものではないが、家族の多様化が進展する中で、今後無視できない考慮要素になると考えられる。

以上の報告に対しては、日本における配置転換、オーストリアにおける結婚女性の退職慣行や通勤スタイル、育児パートタイムの詳細等に関する活発な質疑応答が行われた。



監督に服するかの選択肢が与えられることになった。また、市場区分の設置についても、証券取引法の改正により従来以上の広範な裁量が認められることになった。

金融業の監督体制について、ドイツにおける金融業（銀行・証券・保険）は、州と金融横断的な監督機関である連邦金融サービス監督機構による並立的な監督の下に置かれている。ヨーロッパ・レベルにおいては、これまで中央集権的な監督機関は存在せず、欧州中央銀行が支払決済の監視等一部の権限を有し、他方で、銀行・証券・保険についてそれぞれ設けられた委員会（証券部門については、欧州証券監督者委員会）が金融監督の統合および調整のプロセスを促進することが予定されている。しかし、たとえば、欧州証券監督者委員会はアメリカ合衆国の SEC のような影響力を有する機関とはほど遠いものである。ヨーロッパ・レベルの機関は、一定の政策を諸構成国に実施させる意図で、法的拘束力を有しないガイドライン、勧告等の「ソフトロー」を用いることが多いことが観察される。このような状況は、金融危機に直面して一変し、既存の諸委員会は、欧州監督機構（European Supervisory Authorities）と呼ばれるより強力な権限を有する機関に改変され、併せて欧州システミック・リスク委員会が設置された。これらの機関による直接の介入権限はいまだ乏しいが、将来的に EU が欧州資本市場の監督を先導する第一歩となる可能性がある。



次に市場の透明性については、上場における透明性（目論見書）、大量株式取得に関する通知義務、適時開示等が問題となる。目論見書の正確性を担保する手段としては、民事責任が重要である。古くからドイツの判例は、契約締結上の過失の法理を基礎に、潜在的な証券取得者に対する発行者の情報提供義務を導き出していたが、その後、責任を負う者の範囲、請求権者の範囲、因果関係の有無の判断基準および損害の算定方法等の論点につき、一部は判例法理が発展し、一部は立法により解決された。大量株式取得に関する通知については、ヨーロッパ法により課される通知義務があるが、2008年に制定されたドイツのリスク制限法が、通知義務違反者の議決権停止という追加的な規制、および仏・米にならった大量保有報告書制度を導入した。適時開示については、目論見書責任と同様、民事責任に関連する諸問題が存在する。この領域につき、ヨーロッパ・レベルにおける統一的な規制は存在せず、ドイツの判例法理が若干存在するものの、その内容は、目論見書責任に比べて原告である投資家の側の負担が多いものである。

市場仲介者については、金融危機を契機としてその監督方法およびインセンティブ構造が問題視されている。格付会社については、国際通貨基金および証券監督者国際機構の勧告をモデルに、勧告が起草され、また、登録制の導入を目的とする規則案を策定した。一方、ヘッジ・ファンドについては、空売りの制限・報酬システムの適正化が目下の主な関心事であるが、国際的な活動を展開するファンドの監督権限の所在も議論の対象となっている。

質疑応答においては、証券販売会社の関係者が負う責任の法的構造、日本における企業経営者の報酬規制、ドイツと日本の経営



## 国際ワークショップ

### 平成21年度 第1回 国際ワークショップ

#### ゲラルド・シュピンドラー教授 講演会

##### 金融危機と欧州資本市場法の展開

Die Entwicklung des Europäischen Kapitalmarktrechts vor dem Hintergrund der Finanzkrise

日 時：平成21年10月31日（土）14:00～17:30

場 所：京都大学東京オフィス 会議室1

【概要】ゲラルド・シュピンドラー氏（Prof. Gerald Spindler、ゲッティンゲン大学）の講演は、第1に、EUの構成国における国内規制の内容は、ヨーロッパ・レベルの規範形成の動向に大幅に依存していること、第2に、規制の運用につきEUが直接介入しうる程度が高まってきていることを欧州およびドイツの資本市場規制を例にとり、描写するものであった。まず、市場組織について、伝統的にドイツにおいては、証券取引所は公法上の機構として規律されてきたが、EUの金融商品取引指令の国内法化により、市場運営者には、証券取引所としての認可を得て各州の監督に服するか、私法上の運営形態をとり、連邦金融サービス監督機構の

者の気質の相違、外国法の遵守義務等、多様なテーマにつき、活発な議論が展開された。

## 部会研究会

### 平成21年度第1回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成21年5月23日(土) 13:00~17:00

◇場所：京都大学百周年時計台記念館2階 会議室IV

◇報告：山本 敬三氏(京都大学大学院法学研究科教授、研究分担者)

「憲法・民法関係論の展開とその意義

—民法学の視角から—

栗田 昌裕氏(京都大学大学院法学研究科特定助教)

「基本権による著作権法の正当化とその意義」

【概要】山本報告：本報告は、憲法と民法がどのような関係に立つかという問題の展開を、民法学における議論状況を中心に概観するものである。

まず、本報告は、従来の議論状況を概観した上で、これを憲法と民法を異質なものと考える「異質論」、両者を質的に区別せずに連続的なものとしてとらえる「融合論」、憲法が上位法であり民法が下位法であるという「規範階層的重層論」の三つに分けて整理した。

次に、1993年以降の憲法・民法関係論の展開が、以下のように整理された。

第一は、民法も国家法としての性格を有する以上、憲法の拘束を受けるという立場(憲法基底的重層論)であり、報告者自身の見解がこれに位置づけられる。

第二は、憲法と民法は共通の基盤をもちつつも同格のものとして並立しているとみる考え方(並立論)であり、星野英一と高橋和之の見解がこれに位置づけられる。

第三は、民法を全法体系の根本法とし、憲法を能動市民を対象とした特別法と位置づける水林彪と、社会構成原理のうち、無意識的・生成的側面が民法であり、意図的・固定的側面が憲法であるとする大村敦志であり、民法基底的重層論と呼ばれる。

続いて、憲法・民法関係論の意義として、体系構成の論理構造(体系論)と、その基礎に置かれている原理(原理論)が論じられた。ここで、体系論は、①国家・社会二分論の採否、②規律の対象、③両者の関連性の三つの問いによって構造分析されるとともに、憲法観によって、①国家内部法としての憲法観、②市民社会法としての憲法観、③国家構成法としての憲法観に分類されている。

最後に、原理論として、憲法を手がかりとして民法のあり方(存在意義と基本原理)を方向づけようとする実践的な意図が指摘されている。そのかぎりでは、報告者の発想は、我妻栄の立場と共通しているというのである。ただし、我妻栄が日本国憲法から協同主義の思想を読み取るのに対して、報告者はこのような理解を否定する。日本国憲法は、各個人が自己のアイデンティティを求めつつ、自らが善いと信ずる生き方を等しく追求することがまず何よりも保障されなければならないという、リベラリズムの採用を宣言しているというのである。そのため、個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認めるといった権利論の思想によって、民法のあり方を枠づけることが要請される。

ここでは、権利論と秩序論(法の目的を秩序の形成と維持に求める考え方)の対比によって、論争が切り分けられている。例えば、高橋和之は自然権によって憲法を枠づけようとする点で権利論に属するが、星野英一は事物に内在する「正しい価値秩序」を前提とする点で秩序論に属するとされている。また、大村敦志は、共和主義に依拠して権利論と秩序論を架橋しようとするが、自律した市民が共通価値によって統合されると考えるため、共通価値

の捉え方によっては秩序論に傾く可能性を有しているとされる。質疑応答においては、憲法の改正限界と保護義務の関係、国家法と市民法との関係、国による国家観の相違との関係、保護義務の裁判規範性などについて、活発な議論が行われた。

栗田報告：本報告は、著作権法の領域における権利論の意義と射程を、基本権によって著作権を正当化しようとするドイツ法の議論を素材として検討しようとするものである。

本報告では、まず、著作権法前史として、現行ドイツ著作権法の制定前の議論が①著作権の正当化原理としての精神的所有権論と②著作権の正当化原理としての社会的拘束の二点に絞って紹介された。

次に、1970年代から1980年代にかけて形成されたドイツ連邦憲法裁判所の判例理論が、主要な裁判例である教科書事件判決・教会音楽事件決定・刑務所事件決定の判示を軸として整理された。ここで示された判例理論は、以下のようなものである。

まず、著作権の制限については、基本法14条の財産権保障を主たる審査規範とした違憲審査が行われる。一方で、立法者は、「財産権保障の基本的内容」を護り、かつ、その他のあらゆる憲法規範とも調和するようにしなければならない(基本法14条1項前段)。他方で、立法者は、作者の権利に公共の利益から要請される限界を設定することも委ねられている(基本法14条2項)。そのため、著作権の制限の合憲性は、それが公共の利益によって正当化できるかどうかによって判断されるというのである。

また、連邦憲法裁判所は、排他権の排除と補償請求権の排除を区別し、前者は「公共の利益」によって正当化できるが、後者は「高められた公共の利益」によってしか正当化できないと判示していた。

つづいて、学説の展開が自然法論と憲法的著作権法論に分けて紹介された。

ここで自然法論とは、自然法から直接に著作権を正当化しようとする見解である。本報告では、「正しい」価格の決定方法として排他権を正当化しようとするトロラーの見解と、契約自由を実現する制度として排他権を正当化しようとするノルデマンの見解が、それぞれ紹介された。

これに対して、憲法的著作権法論とは、自然法に直接に依拠することはせず、基本権によって著作権を正当化しようとする見解である。本報告では、財産権保障の内容として「ルール」を志向する立場と、「法原理」を志向する立場とに分けて、これらの見解が紹介された。

このうち、「ルール」を志向する立場は、いかなる権利を前提とするかによって、所有権に対する保障を原型と想定する立場(所有権モデル)・労働と給付に対する報酬の割当てが保障されているとする立場(補償請求権モデル)・経済的独占の限度でのみ保障が認められるとする立場(経済的独占モデル)に分類されている。

これに対して、「法原理」を志向する立場は、権利者の利益と公共の利益の原理間衡量を要請する見解に触れた上で、著作権の正当化原理として功利主義をも取り込む新しい動向が紹介されている。



最後に、以上の分析から、我が国の著作権法学における伝統的な自然権論の立場に見直しが必要であることが指摘された。

質疑応答においては、本報告が我が国の憲法学において有する意義や射程などについて活発な議論が行われた。

\* \* \*

### 平成21年度第1回市場秩序形成部会研究会

◇日時：平成21年7月11日(土) 15:00~17:30

◇場所：京都テルサ西館3階 カルチャー室

◇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)  
「独禁法私訴の理論的課題」

◇コメンター：山本 顯治氏(神戸大学大学院法学研究科教授)

中川 寛子氏(北海道大学法学研究科法学部准教授)



【概要】本研究会は、規制緩和に伴う事後規制強化という潮流の中で、諸外国において独禁法に係る私訴、特に損害賠償請求訴訟が見直されつつある近年の状況を踏まえ、独禁法の主要規定に違反した者は誰のいかなる利益に対して損害賠償義務を負うのかという、従来解明作業が不十分であった基礎的問題を中心に検討するものであった。

すなわち、川濱報告においては、第一に、競争秩序は競争法を離れて問題とならないとする基本認識及び米国反トラスト法に係る議論の精確な理解の下、上記違反に対して無過失損害賠償請求権を認める独禁法25条という被害者とは、公正かつ自由な市場の成果を享受する利益を侵害された者をさすが、これにはEC競争法及び米国反トラスト法と同様に、公正かつ自由な市場に参加する利益を侵害された関連市場の競争主体も含まれるとの見解が示された。第二に、独禁法違反行為による損害として、価格カルテルに対する需用者の損害を典型とする超過請求型損害のみならず、市場支配力による社会厚生上の損失を意味する厚生損失型損害も理論的には包含可能である。しかし、たとえ後者の推計に計量経済学的手法が利用可能であるとしても、その帰属の立証困難性から、米国の三倍額賠償制度と異なる通常の民事訴訟システムにおいて独禁法違反に係る損害賠償は常に過少とならざるを得ない旨が指摘された。第三に、上記被害者の損害を十分に填補しつつ、加害者側に過度の負担とならないルールを構築するためには、独禁法違反行為によって生じた価格引上等の下流市場への転嫁の抗弁及びそれと表裏の関係にある最終消費者等の間接購入者による損害賠償請求の検討が、転嫁の発生及び程度の立証困難性にも拘らず不可避であるという認識の下で、両者を否定する米国の連邦法に係る判例法理、その修正を提案した米国反トラスト法現代化委員会及び両者を肯定した上で転嫁額の全面的推定を認めたEC委員会の最近の動向等が紹介された。それらを踏まえた上で、第四に、転嫁は損益相殺に類似し、損害額を減少させるべき事情として斟酌するにとどめるのが望ましく、転嫁についての立証責任は被告に、立証すべきは転嫁の事実及び程度と考えるべきこと、違反行為が行われた文脈を無視した転嫁額の全面的推定は、それを支える経済的経験則もなく、その効能にも限界があるため、一律に行う必要はないこと等が、日本法の解釈として示された。

以上の報告に対しては、概念枠組構築の問題と計測の問題は厳に区別すべきことを強調しつつ、個々の填補賠償原則による損害賠償を議論するには、独禁法学が従来扱ってこなかった個々の消費者の需要行動分析等も必要ではないかという問題提起等を行った山本コメント、わが国の独禁法学において活動の自由に関する言説がしばしば抜け落ちていることに主たる関心を抱く中川コメントが付された。

その他、民法学における損害概念に係る諸説の関係等をめぐる活発な質疑応答も展開された。

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21年度第2回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成21年7月26日(日) 14:00~17:00

◇場所：京都大学法経本館4階 第1演習室

◇報告：白水 隆氏(京都大学大学院法学研究科博士後期課程)  
「イギリス憲法における平等保障  
—条約適合的解釈に関する判決を素材に一—」

【概要】本報告では、イギリスにおける平等原則を概観する手がありとして、Ghaidan v. Godin-Mendoza 判決を取り上げた。

本判決の事実の概要は次のとおりである。被告 Mendoza は、原告 Ghaidan からアパートの法定賃借権を取得していた訴外賃借人 WJ と、約30年に渡る安定した同性愛関係を結んでいた。WJ の死後、原告は当該アパートの所有権を主張した。被告は、Rent Act 1977 附則1の第2条(以下、当該条項とする)を理由に、当該アパートの法定賃借権の承継を主張した。第一審は、被告は WJ の家族の一員ではあるが配偶者に当たらず、よって法定賃借権の承継は認められないと判示した。第二審は、当該条項は、家族生活を尊重する旨を定めた欧州人権条約第8条に関するところにおいて、差別の禁止を定める条約第14条に違反するとして、当該条項に条約適合的解釈を行った。その上で、当該条項における「妻または夫」の文言を、「彼ら/彼女らが彼または彼女の妻または夫であるかのように」を意味するよう解釈できるとし、同性愛関係を結んでいた被告に対し法定賃借権が承継されると判示した。これに対し、原告が貴族院へ上訴したのが本判決である。

貴族院は全員一致で本件法律による欧州人権条約上の権利侵害を認めた。もっとも条約適合的解釈については四対一で意見が分かれ、上訴を退けた。従って、本判決では、条約上の権利侵害のうち、条約第8条に関連しての条約第14条解釈、すなわち平等原則の解釈と、人権法第3条による当該条項の条約適合的解釈の可否(あるいは程度)の二点が主に議論された。

まず平等解釈にあたっては、専ら当該条項が、その保護対象に同性愛カップルを含めないことが合理的であるかが焦点となった。そこでは主に次の二点が問題となった。第一に、同性愛カップルは異性愛カップル同様に長期的に安定した親密な関係を築くことができるのか、そうであるならば両者を区別する合理的理由がないのではないかという点である。第二に、性的指向に基づいて異性愛カップルと同性愛カップルを区別することは、伝統的家族を形成することと関連するのか。すなわち、同性愛カップルを除外することで異性愛カップルが増える、あるいは奨励することになるのか、という点である。多数意見は第一の点に関して、同性愛カップルは異性愛カップル同様に共に家庭を築いているため、両者同様の関係を有している。そのため、両者は類似の状況下であり、同性愛カップルを当該条項の保護対象から除外する合理的理由は見当たらないとした。第二の点に関して多数意見は、伝統的家族の維持は当該条項の保護対象から同性愛カップルを除外することで達成できないとした。

次に当該条項の条約適合的解釈であるが、この点に関し貴族院はこれまでの人権法第3条の解釈を再確認した上で、多数意見は



条約適合的解釈を行った。すなわち、①問題となっている文言に曖昧性がなくとも、すなわち明快であっても、更に踏み込んで条約適合的解釈を行うことができるということ②全体的構造アプローチとされる、より広範な観点から条約適合的解釈を行うということ③議会主権に照らして、大幅な社会的結果をもたらすような解釈は司法府と言えども許されないということ、の三点ある。本判決では、これらの点をさらに議論を深めた点で注目される。すなわち、人権法第4条の不適合宣言を例外とし、その適用を避けるために、第3条を展開させ司法府が更に議会意思へ踏み込めるように解釈した点である。つまり、議会意思の範囲の特定に際して、より広い観点から見るべきか否か、見るのであればどの程度まで見るのかが改めて本件で問われたのである。これに対し反対意見では、婚姻とはその内容(すなわち親密性など)に関わらず男女によるものという点に重きを置いているのであるから、司法府が制定法の基本的特徴に反するような条約適合的解釈を行うことは不可能であるとされた。

本判決は、イギリスの平等解釈並びに条約適合的解釈の現在の貴族院の見解を整理する上で示唆に富むものである。前者においては、合理的区別か否かを判断する際に、同性愛カップルと異性愛カップルの関係性の実質的側面を重視した上で両者に区別がないことを重視した。本報告の中では、そのような観点の重要性と共に、そもそもなぜ Rent Act 1977 の保護対象において両者を分ける必要性があったのかについて貴族院が踏み込んでいないこと(すなわち、例えば当該事例が同性婚であったならば貴族院はどのように判示していたのか)に関しても議論された。また条約適合的解釈については、貴族院が不適合宣言を例外とするために第3条による条約適合的解釈を積極的に行う姿勢に対して、それがイギリスの伝統でもある議会主権とどのように整合するののかという点が議論された。もっとも本判決においては、Rent Act 1977 のその後の修正や他の制定法との兼ね合いで、貴族院は当該条項の一部分を拡張解釈した上で我が国における合憲限定解釈のような解釈をしたに過ぎない、すなわち司法府による議会主権への侵害とまでは言えないのではないかと報告者は結論付けた。

\* \*

### 平成 21 年度 第 3 回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成 21 年 8 月 2 日 (日) 13:00~17:00

◇場所：京都大学百周年時計台記念館 2 階 会議室 IV

◇報告：尾形 健氏 (同志社大学法学部教授)

「社会権の財産権的構成をめぐって—アメリカにおける「新しい財産 (New Property)」論を手がかりに」

田中 秀一郎氏 (岩手県立大学社会福祉学部講師)

「ドイツ年金保険における財産権保障の展開」

【概要】尾形報告：本報告は、アメリカ憲法における政府給付の財産権的保障を巡る議論、チャールズ・ライク(Charles A. Reich)の「新しい財産(new property)」論を軸として整理し、分析するものである。

まず、本報告では、政府給付の財産権的保障の略史が概観された。ここでは、政府給付が適正手続条項(連邦憲法修正第5条・同第14条1節)の保障範囲に含まれるかどうかの問題となる。

本報告によれば、当初、政府給付は政府が随意に与えずにいたり、条件づけたりできる「特権」であり、法的に保障された「権利」とは異なるという、「権利/特権」区分論が支配的であった。財産権は、コモン・ローで形成されたものと人身に限られ、政府給付のような特別な利益は含まれないというのである。

このような「権利/特権」区分論には、戦後、「福祉国家」の進展と政府給付の社会的意義の変容を背景として、批判が高まった。判例は、1970年の Goldverg v. Kelly, 397 U. S. 254 において、



後述するライクの影響を受けて福祉の受給資格を財産と考える余地を認め、1972年の The Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U. S. 564 において、「権利/特権」区分論を斥けている。

つづいて、「新しい財産」論が紹介されている。その背景となったのは、所得保障・公的雇用・資格・特許などの政府からの支給物の増大と、政府給付への依存と主体性の喪失による公益国家の顕現と、これを憲法的に統制しようとする理論の登場であった。例えば、ブラック判事の権利章典における絶対的権利規定を重視する憲法観や、動態的社会に応じて権利章典の適用は絶えず変化していくべきだとする「生ける憲法」観が、ライクの思想の背景にあるとされる。

ライクの「新しい財産」論は、「財産」の個人の独立・尊厳・多様性を保持する機能を重視し、これを自然権ではなく、社会によって熟慮された構築物であるとする。そのため、政府給付の場合、それが政府に由来するという事実は決定的にならない。問題は、それが、どのような社会的機能を有しており、また有すべきかどうかであるということになる。この視点からすると、政府給付も、「財産」として憲法的保障を受け得ることになる。

そこで、ライクは、政府給付の憲法的保障として、以下のものを提示する。すなわち、①政府は、政府給付支給に当たり、憲法が保障する権利を「買い上げる (buy up)」機能を有してはならない。②政治部門の裁量への司法的統制を強化し、規制手段と目的の関連性を厳密に審査する。③政府給付の支給・拒否・廃止等は、公正な手続を遵守しなければならないというのである。このようなライクの「新しい財産」論は、判例にも影響を与えたが、財産の機能的把握については、客観的基準を立てられないという問題点も指摘されている。

最後に、生活保護の廃止や保健医療機関指定の取消といった現代日本の諸問題にもライクの提起した視角を応用する余地のあることが示された。

質疑応答においては、財産権、ひいては私法秩序を人為的な構築物とする思想などについて議論が行われた。

田中報告：本報告は、ドイツ年金保険における財産権論の展開を参照することによって、年金給付の引下げに関する立法裁量を枠づけようとするものである。

本報告では、まず、日本の年金制度の概要が紹介され、年金給付水準の引下げや社会保険方式か税方式かの選択などについて議論の余地があることが示された。

次に、日本の年金保険における財産権論の展開が概観されている。第一に、財産権の内容を変更する場合には、①財産権の性質、②内容変更の程度、③変更により保護される公益の性質を考慮することが最高裁判例として確立されているものの、年金額の引下げについて適用された事例がないことが指摘された。第二に、年金給付引下げについての社会保障法学上の議論として、堀勝洋、菊池馨実、太田匡彦の議論が紹介され、憲法 25 条による保障では政治的に不安定であることが指摘された。そのため、社会保障制度の縮減を妨げる方法として、憲法 29 条の財産権保障を考えるべきだということである。

つづいて、ドイツ年金保険における財産権論の展開が参照された。第一に、ドイツ年金保険の特徴が簡単に説明されている。第二に、裁判例の歴史の変遷として、連邦憲法裁判所が社会保険法上の法的地位を財産権保障に含めるようになった過程が確認された。ここでは、連邦憲法裁判所 1981 年 7 月 15 日判決が、財産権の三要件として①排他的に帰属する私的有用性、②少なからぬ自らの貢献、③生存保障に役立つことを挙げたことが強調されている。第三に、年金保険における財産権保障に関する学説が検討された。ここでは、社会保険法上の法的地位を財産権保障の適用範囲に組み入れるかどうかに関する議論が紹介された上で、前述の三要件に関する学説の議論が紹介されている。すなわち、①私的有用性要件に対するデーペンホイヤーの批判、帰属要件に対す



る配分参加に着目する理解(ハーミッシュ)と行政裁量への抑制に着目する理解(バック)、②自らの貢献要件において対価性原理が重視されていること、③生存保障要件に対するブリュネックの見解、同要件に批判的なリュフナーの見解、同要件に消極的な意味しか認めないオッセンビュールの見解がそうである。さらに、ドイツ法上、年金期待権について、(1)一度でも保険料を支払えば発生する(有力説)、(2)五年間の待機期間を満たせば発生する(連邦憲法裁判所及び一部学説)、(3)五年間の待機期間を満たし、満27歳以上で年金情報を取得すれば発生する(連邦社会裁判所)という見解の相違があることが指摘され、年金期待権を認めることには基本権としての保護を与えるなどの意義があることが示された。

最後に、日本法への示唆として、三要件を判断指標とし得ることや、年金期待権の承認によって財産権保障を適用する可能性が生じることなどが指摘された。

質疑応答においては、財産権保障の要件と保障内容との関係、三要件の射程、年金期待権の内容、公的年金と私的年金の役割分担の可能性など多岐に亘る論点について、活発な議論が行われた。

\* \*

### 平成21年度 第1回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成21年9月17日(木) 14:00~18:00

◇場所：京都大学法経北館3階 第13演習室

◇報告：栗田 佳泰氏(富山大学経済学部講師)

「憲法とリベラル・ナショナリズム」

川瀬 貴之氏(京都大学大学院法学研究科研究員(科学研究))

「ジョセフ・カレンズの多文化主義

——文化批判の観点から——」



【概要】栗田報告においては、リベラル・ナショナリズムを憲法学の観点からどのように理解することができるのかが示された。まずは、長谷部恭男・佐藤幸治らの議論を参考にして、グローバル化の時代において人権保障や帰化制度・公教育に見られるナショナルな特徴が憲法学においてどのように論じられているのか、リベラリズムが憲法学者によってどのように理解されているのかが検討された。

次に、リベラル・ナショナリズムの論者として、ウィル・キムリッカ、ヤエル・タミール、デイヴィッド・ミラーが紹介され、それらの理論の憲法へのインパクトとして、国籍・幸福追求権・政教分離原則・公教育と信教の自由・公教育と価値教育という論点について、判例を取り上げながら、リベラル・ナショナリズムの観点からの評価がなされた。そして、このようなリベラル・ナショナリズム論は、ネイションという概念を利用することによって、憲法学により現実的な理論展開をもたらすという含意が示され、ネイションへの所属感覚が自由・平等・民主主義のような諸理念とどのように密接な関係を持ちうるのかが確認された。

質疑応答においては、個人的権利と集团的権利を区別することの可能性について、移民を受け入れる条件について、ネイション概念の不明確性などについて議論が交わされた。



川瀬報告では、カナダの政治学者であるジョセフ・カレンズの議論を土台として、文化的に多元的な世界において、我々に固有の規範に基づいて、それを共有しない他者の文化的実践を批判することの是非が問われた。そして、社会内在的な解釈的営為としての道徳を主張する共同体主義者のマイケル・ウォルツァーが、他者への批判に対して消極的であり、コスモポリタンの立場から普遍の人権を説くマイケル・イグナチエフが他者への批判に積極的であるのに対し、カレンズは両者の中間的な立場を取っていることが確認された。そして、同心円としての正義というモデルを提唱するカレンズの文化批判の作法が、特にイスラム社会と西欧社会との対立という具体的文脈に即した事例において、文化規範の尊重・身体的危害防止の重視・独善性の回避という指針として現われていることが説明された。



質疑応答においては、カレンズの理論の法哲学的な意義について、文化批判と人道的介入の関係について、それらの問題を多文化主義の文脈において位置づけることの問題性などに関して討論がなされた。

\* \*



### 平成21年度 第2回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成21年9月23日(水・祝) 9:00~12:00

◇場所：京都大学法経北館3階 第13演習室

◇報告：エリック・ヒルゲンドルフ氏(ヴェルツブルク大学教授)

「グローバル化と法—今日の比較刑法の課題と方法」

【概要】ヒルゲンドルフ教授は、刑法学・法哲学が専門であるが、今回の報告においては、比較刑法の課題と方法という観点から、現在我々が直面しているグローバル化の時代における比較法の共同研究の在り方について詳細な検討と具体的提言とを行った。ヒルゲンドルフ教授によると、ドイツにおける比較法は民法に関するしれが席卷してきたが、それでもフォイエルバッハ、コーラー、ラートブルフ、イエシエクらにより比較刑法が試みられた。そうした比較刑法の課題のうち、とくに学術面でのそれとしては、自国の法秩序が抱える問題を解決するうえで、自国と類似の経済的・社会的発展状況に他の法文化での取組みを参考にし、そこから学ぶということが重要な点として挙げられる。しかも今日では、国家の刑法システムの同化と調和が試みられ、国際刑法やEU刑法など、国際的な刑法規範が創出されており、比較刑法はますます大きな意義を持つようになっている。

他方、比較刑法の方法としては、ドイツではイエシエク、ペロン、ジーバーらによって提唱されてきたものがあるが、そうしたなかで、外国の刑法典の文言のみを解釈論的に分析するだけではなく、それが現実に及ぼす作用や機能の方に注目する機能主義の見方がとりわけ重要である。以上のようにドイツにおける比較刑法に関する従来の議論を整理した上で、ヒルゲンドルフ教授は、比較刑法の意義がますます高まっている今日、その視座をよりいっそう拡大し、またその学際的性格を強化するためにも、法を文化の一部としてみるという見方を重視しつつ、外国の法文化から学

ぶという東アジア諸国の伝統的な姿勢にも触発されて、各法文化の代表者の参加も得ながら共同研究を進めていくことの重要性を強調した。

質疑応答では、国家を越えた刑法規範と法文化ごとに制定されるべき刑法規範とを実際にはどのように区別するのか、比較刑法が法理論全体の中でどのような位置をもつのか、法の統一は偶然的なものでよいか規範的正当化を必要とするのか、などの点について活発な意見交換を行った。

また、ヒルゲンドルフ教授の報告に先立って、川瀬貴之研究員が「法と政治のグローバル化——土着語における政治と多極共存型民主制」という題目で、また加藤正明研究員が「残余危険と責任倫理」という題目で、それぞれ自己の研究に関する短い報告を行い、ヒルゲンドルフ教授から有益な意見と助言をいただき、意見交換も行った。

\* \*

### 平成 21 年度 第 4 回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成 21 年 11 月 14 日 (土) 13:00~17:00  
 ◇場所：京都大学法経本館 4 階 大会議室  
 ◇報告：吉永 一行氏 (京都産業大学法学部准教授)  
 「違法行為の抑止を目的とした制裁としての利益吐き出しの検討—受託者の忠実義務違反を中心に—」  
 桑岡 和久氏 (甲南大学法学部准教授)  
 「ドイツにおける私法上の差別禁止と契約締結の自由」

【概要】吉永報告：本報告は、違法行為の抑止という観点から、信託における受託者の利益吐き出しを基礎づける見解について論じるものである。

まず、平成 18 年の信託法改正において、受託者の利益吐き出し責任が提案されつつも採用されなかった経緯が説明された。

改正要綱試案では、「信託財産に影響を与えない場合であっても、その地位を利用して不当な利益を取得する行為」(利益取得行為)の禁止が提案されたが、①禁止される利益取得行為のメルクマールが明確ではない、②受益者に損失が生じないにもかかわらず、受託者が利益を変換しなければならない理由が不明確である、③他の制度によって対処が可能である、といった理由から採用されなかった。

次に、違法行為の抑止という観点から利益吐き出し責任を基礎づけようとする見解が紹介された。最初に紹介されたのは、忠実義務違反を抑制するための法政策的判断として利益吐き出し責任を基礎づける樋口範雄の見解である。つづいて、法政策的判断による基礎付けを補強するために、不法行為の目的を「損害の最適な抑止」と捉える森田果及び小塚荘一郎の見解が紹介された。ここでは、不法行為法が設けられたのは、「加害者に対して被害者に発生したコストの内部化を要求することにより、加害行為を抑制するインセンティブを創出するためである」とされる。そうすると、損害賠償金を被害者に与えるのは、被害者に提訴インセンティブを与えるためであるとも考えられるというのである。

さらに、このような「違法行為抑止論」への評価が示された。ここでは、①「民刑峻別」というドグマだけでは説得的ではないこと、②「不当な」という一語によって、損害賠償を超えた制裁を科すための要件として必要な明確性を満たすか疑問であること、③社会的に非難の対象とならないか、非難の程度が低い行為が制裁の対象となることにより、罪刑均衡や責任主義といった原則との関係が問題となることが指摘された。

また、法政策的判断による基礎付けのような目的=手段思考様式と、「正義」という視点すなわち法的思考様式とに緊張関係にあることが指摘された。例えば、①受益者が利得を保持することが正義に合うか、②違法行為の最適な抑止という観点からは、損失の填補すら否定される可能性があるが、これは正義に合うか、と

いった問題である。

くわえて、利益の吐き出し責任を導入することによって本当に効率性が達成されるのかについて、他の現行法上の制裁制度との関係にも配慮しつつ、疑問が呈された。

本報告に対しては、目的手段モデルと正義モデルの区別、正義内容の把握、信託法の独自性、効率性との関係などについて活発な質問が行われ、盛会のうちに幕を閉じた。

桑岡報告：本報告は、ドイツ一般平等取扱法 (AGG) に基づく契約締結の強制の可否を巡る議論を素材として、差別禁止と契約締結の自由との関係を論じるものである。

まず、本報告では、AGG の内容と立法理由が紹介された。

立法理由としては、EU 指令の国内法化という直接の動機のために、基本法三条の差別からの保護の実効化という理由があること、契約自由制度との衡量のために、適用範囲の限定・適用除外・差別正当化の可能性が規定されていることが指摘された。

次に、AGG に先行する反差別法草案の締結強制規定が AGG では削除されたこと、その点について立法理由は触れておらず、AGG が締結強制を認めているかどうかについては解釈が分かれ得ることが指摘された。

つづいて、締結強制に反対した論者のうち、ピッカー Eduard Picker の見解が紹介された。ピッカーは、契約自由を起源とする自由な区別・評価・選択の自由は根幹的なものである



とし、差別の禁止を、締結強制が認められる先行行為矛盾と、慰謝料の支払いが認められる良俗違反の人格権侵害の場合に限定する。ここでは、差別禁止立法による締結強制は認められない。

これに対して、締結強制に賛成する論者として、ノイナー Jörg Neuner の見解が紹介された。ノイナーは、差別保護は社会参加権であるとし、これは契約法の不可欠な構成要素であるとする。もともと、多元的な秩序を維持するため、差別保護は、①許されない差別メルクマール、②保護の必要性、③差別する側の差別の利益という三つのファクターによって判断される「著しい排除の危険にさらされている場合」に限定される。また、差別保護の内容としては、基本法に依拠する社会的参加権に基づく締結強制、補償請求権などの二次的義務が想定されている。

最後に、両者の見解が締結強制の認められる場面を厳しく限定する点では結果的に接近しているものの、両者の思考様式には根本的な相違があることが指摘された。

本報告については、ノイナーの見解における社会的参加請求権の範囲、契約自由の制約根拠、労働契約との関係、差別禁止規範の内容及び根拠、社会権の効力などについて極めて活発な質疑応答が行われた。

\* \*

### 平成 21 年度 第 5 回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成 21 年 11 月 21 日 (土) 13:00~17:00  
 ◇場所：京大会館 220 号室  
 ◇報告：松尾 陽氏 (京都大学大学院法学研究科助教)  
 「イギリスにおける障害者差別判例の検討」  
 内野 広大氏 (京都大学大学院法学研究科博士後期課程)  
 「イギリスにおける間接差別法制」

【概要】松尾報告：本報告は、Lewisham London Borough v Malcolm のイギリスの貴族院の判決を検討することを通じて、間接差別の問題を考察するものである。本件は、障害者差別が問題となった事案であり、統合失調症を患った者 (X) が借りているアパートを転貸してしまい、その転貸を理由にして貸主 (Y) が X に対して明け渡しを求められる訴えが提起されたものである。そして、X は、転貸行為は自己の統合失調症に起因するものであり、明け渡しの訴えは差別行為であると主張した。この Y の行為が障害者差別禁止法第 24 条 1 項にいう「差別」に該当するのか、とりわ



け、どのような者と比較して不利に扱っているのか(「比較対象者」の規準の問題)ということが問題となる。

ところで、イギリスの差別法制は、人種、性、性的志向、宗教・信条、年齢に基づく差別に関しては、間接差別を明示的に規定しているのに対して、障害者に基づく差別に関しては——差別を直接差別に限定していないもの——間接差別を明示的に規定していない。「比較対象者」をどのように規定するかによって、当該規定を直接差別より解釈するか、間接差別より解釈するかが決まる。

Yの明け渡し請求が認められる点については全員一致しているものの、この「比較対象者」の規準については意見が分かれた。多数意見は、「比較対象者」を、転貸行為をしたが障害を有していない者としたのに対して、Haleは転貸行為をしなかった者とした。多数意見は、24条の「差別」を直接差別に限定したのに対して、Haleは間接差別を含める形で解釈したのである。

重要なのは、その理由である。まず、多数意見側のBinghamが文言上の自然さを多数意見の解釈の根拠としたのに対して、Haleは立法経緯などを理由にその解釈を批判した。次に、Haleは、障害者差別の解決には、他の差別と異なって、その障害を無視することのみならず、障害に伴う特別な困難を除去する合理的な調整を手当てすることも必要とされるのであり、間接差別を含めるべきだとしたのに対して、多数意見側のNeubergerは、間接差別を含めることはその差別の正当化事由を広く認めないと——差別禁止法は私人間をも規律するものであるから——社会に過度の負担を課すのであるが、24条の差別規定は広い正当化事由を認めていないゆえに、Haleのような解釈はできないとした。

このような意見の対立の背後には、障害者差別禁止法の目的を、障害者の自立を支援していく実質的平等の確保にあると考えるのか、あるいは、不当な差別を禁止することにあるのかのどちらにより解釈するかという問題が控えている。

このような問題のほか、雇用の事案にも本判決の基準が適用されるのかなどが、研究会では、意見交換がなされた。

**内野報告：**一 本報告は、イギリスにおける間接差別法制を、法令の規定(二)および判例法に着眼し(三)検討することにより、間接差別を、わが国の憲法学における「平等」理論に接合する手がかりを得ることを目的とする。

二 (1) イギリスの差別法制にいう間接差別は、属性を明示せず、一見中立的な措置を掲げながら、実質的には当該属性に所属する集団に対して差別的効果が及ぶものをいう。かかる間接差別を禁止する法制の基本構造は、外見上中立的な措置の存在に加えて、三つの要素——①措置による、特定の属性集団に対する不利益および②申立人に対する不利益の存在、さらに③抗弁事由としての正当化要件——から成る。

(2) もっとも、成立要件は個々の制定法等により異なる。それは「旧定義」と「新定義」に大別できる。近時採用されつつある新定義は、申立人に対して難しい立証を要求する旧定義に対して、措置に関する広範な概念の採用にみられるように、申立人の立証の困難を緩和するものである。審議中の平等法案第19条においても新定義が採用される見通しであり、法令上は申立人の立証の困難を緩和する方向性にある。

三 (1) 他方、判例法上、正当化の判断基準は徐々に変容してきた。それは、枠組みの変化、審査密度の厳格化といったかたちで現れている。

(2) 当初、控訴院は、比例原則を採用するECJ判例(Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz [1986] E. C. R. 1607)を引用しつつも、比例原則ではなく、衡量アプローチという枠組みを採用し(Hampson v. Department of Education and Science [1989] I. C. R. 179)、貴族院もそれを承認した(Webb v. Emo Air Cargo (U. K.) Ltd. [1993] I. C. R. 175)。ところが、近年、比例原則の採用が顕著である。「必要な」措置か否かを問題とした高等法院判決(R v. Secretary of State for Defence [2005] I. R. L. R. 788)、手段の「適合性」「必要性」までも審査した高等法院判決(R(E) v. Governing

Body of the Jews Free School [2008] E. L. R. 445)がそれである。

(3) さらに、審査密度にも変化が生じつつある。高等法院は、間接的な人種差別は「厳格な」又は「綿密な」審査が必要であり、「極めて重要な理由」によって初めて正当化することができるという判示に続いて、措置が「現実の必要」に対応するものであることの立証を要求し、目的と手段との間に「現実的一致」がなければならぬとした([2008] E. L. R. 445)。さらに、控訴院も、類別の実質が出身国を理由とした直接的な類別形式に極めて密接に関連していることを理由として、厳格な審査基準を採用した(R v. Secretary of State for Defence [2006] 1 W. L. R. 3213)。今後の検討課題として、審査密度を決する因子に注目し、各判例の射程を見極める作業が必要となろう。

四 上記報告に対して、旧定義・新定義の適用領域、比例原則採用の背景について疑問がなされた。さらに、判断枠組み、審査密度を決する因子について、アメリカの審査基準論との比較対照がなされた。

\* \*

### 平成21年度 第6回社会秩序形成部会研究会

◇日時：平成21年11月30日(月)13:30~17:30

◇場所：京都大学法経本館3階 小会議室

◇報告：安 周栄氏(京都大学大学院法学研究科博士課程)

「韓国における労働政治と労働政策の変化」

篠田 徹氏(早稲田大学社会科学総合学術院教授)

「オバマ政権の労働政策」

**【概要】**本研究会では、韓国及び米国における労働政治・労働政策に関して2本の報告があった。

まず、安周永氏(京都大学大学院法学研究科博士課程)より、韓国における労働政治と労働政策の変化に関する報告があった。安氏によれば、雇用慣行をはじめとする韓国の労働政治の特徴は、日本と共通する面も多く、90年代中盤以降、日韓両国の政府はともに労働市場の規制緩和を推進してきた。それにもかかわらず、日本に比べて韓国においては、日本ほど労働市場の規制緩和が成功しなかった。安氏は、その理由として労働組合の戦略の違いを挙げている。韓国では、日本以上に労働組合が政策決定過程に関与する機会が限定的であったため、労働組合はゼネストをはじめとする抗議運動を組織し、政権に圧力をかけるという戦略(アウトサイダー戦略)を採った。安氏によれば、結果的にこのようなアウトサイダー戦略が政府による労働市場の規制緩和と政策に歯止めをかけることに成功したのである。また現在の李明博保守政権は、与党が議会多数派を占めているため、労働組合や野党が政策決定過程で政権の決定を阻止することは困難な状況である。それゆえ、今後も労働政策や労働市場政策においては、労働組合のアウトサイダー戦略が重要になることを指摘していた。

続いて、篠田徹教授(早稲田大学社会科学総合学術院)より、オバマ政権の労働政策に関する報告があった。オバマ政権は成立以来、矢継ぎ早に新たな労働政策を打ち出した。篠田教授は、その狙いが使用者側に圧倒的に有利な状況にあった労使関係を修正することであったことを指摘した。オバマ政権は、連邦政府との公共事業契約を締結する企業における労働組合活動を促進し、既存労働組合を保護する政策を打ち出した。その一方で、これまで労働条件の面で不利な状況に置かれていた女性やマイノリティの賃金差別の是正を意図したリリー・レッドバタール公正給与法のように、女性やマイノリティなどの労働組合に加入していない労働者にも配慮した政策を採った。そして現在、オバマ政権は、被用者自由選



択法や医療保険改革のような重要課題に取り組んでいる。それに対して、共和党内中道右派が台頭し、オバマ政権の医療保険改革に対する批判によって政権に揺さぶりをかけている。その一方で、オバマ政権の中心的な支持層であった都市部のマイノリティ(黒人、ヒスパニック)は、世界的な不況の影響で失業率が深刻化している上、景気刺激策の恩恵も薄いため、オバマ政権に対する批判を強めている状況である。それゆえ篠田教授は、彼らの動向には今後も注目すべきであることを指摘した。

両報告の後、日韓米におけるネオ・リベラル改革以後の政策取り組みやそれに対する労働組合の対応について、活発な議論が交わされた。

\* \* \*

### 平成21年度 第3回エンフォースメント部会研究会

◇日時：平成21年11月30日(月) 14:30~16:30  
 ◇場所：京都大学百周年時計台記念館2階 会議室IV  
 ◇報告：森田 果氏(東北大学大学院法学研究科准教授)  
 「支払決済法——手形法小切手法の再構築」

【概要】本報告は、手形小切手法を、伝統的な手形法理や有価証券法理から解放し、法理論の背後に隠されていた政策判断を明らかにした上で、機能的に説明しようとするものである。

まず、本報告では、手形小切手法を含む上位概念として支払手段法という視点が示され、その機能として、現金代替機能・リスク配分・信用機能が指摘された。

次に、支払い手段の機能的分類として、①紙ベース or 電子ベース、②universal or network、③open loop or closed loop という三つの視点が示された。

このうち、②"universal"とは誰でも使えるものを言い、貨幣が代表例である。これに対して、"network"とはネットワークに加盟している者だけが使えるものを言い、電子マネーやクレジットカードが代表例である。

報告者によると、約束手形や小切手は universal 型なのに、裁判例を含めた運用は network 型に限りなく近い。手形要件を満たしていても、統一手形用紙を用いていなければ、無効とした裁判例があるのはこの例である。もっとも、手形は universal 型の側面も有しているために、例えば、手形法40条3項(支払免責)が規定されている。これに対して、小切手は network 型であり、常に契約や約款によって規律し得るのだから、そのような規定を類推する必要はない。

つづいて、手形小切手関係の無因性について機能的な説明が試みられ、大量の取引を行う銀行振込の場合と、調査コストを誰が負担するかが問題となる手形小切手の場合とでは、「無因」といっても実質は異なることが示された。

また、無権限取引についても機能的分析が行われ、預金取引と同様に、リスクの支配領域に応じて法的処理を分けるべきことが示唆された。さらに、交付欠缺についての日本とアメリカの銀行取引実務の相違が参照され、何れがリスク配分として効率が良いかという機能的分析によって、異なる法系を比較できることが示された。

さらに、③決済機関に1回1回戻す"closed loop"と、決済機関に戻さず当事者の間で転々流通する"open loop"の相違に関して、信販会社が決済機能的な役割を果たすクレジットカードの名義貸しと決済当事者として現れる可能性のある融通手形で取り扱いが分かれることが説明された。

以上のように、本報告では、手形小切手法の伝統的な争点が、手形法理を使わずに説明された。本報告に対しては、アメリカ及び日本の法実務との関係、経済分析に基づく規範的主張の範囲とそれを裏づけるデータの存否などについて活発な議論が行われた。



## 活動記録 (対象期間：平成21年4月1日~平成21年11月30日)

平成21(2009)年

- 4月30日(木) 平成21年度 第1回全体会議
- 5月23日(土) 平成21年度 第1回社会秩序形成部会研究会
- 6月30日(火) 平成21年度 第2回全体会議
- 7月11日(土) 平成21年度 第1回市場秩序形成部会研究会
- 7月26日(日) 平成21年度 第2回社会秩序形成部会研究会
- 8月2日(日) 平成21年度 第3回社会秩序形成部会研究会
- 8月11日(火) 平成21年度 第3回全体会議
- 9月7日(月) 平成21年度 第1回国際シンポジウム  
 ~9日(水) 日韓比較法セミナー「家族の変容と社会」
- 9月17日(日) 平成21年度 第1回エンフォースメント部会研究会
- 9月23日(祝) 平成21年度 第2回エンフォースメント部会研究会
- 10月31日(木) 平成21年度 第1回国際ワークショップ
- 11月2日(月) 平成21年度 第4回全体会議
- 11月14日(土) 平成21年度 第4回社会秩序形成部会研究会
- 11月21日(土) 平成21年度 第5回社会秩序形成部会研究会
- 11月30日(月) 平成21年度 第6回社会秩序形成部会研究会  
 " 平成21年度 第3回エンフォースメント部会研究会

## 編集後記

平成21年度も中盤に入り、学術創成研究は折り返し点を過ぎました。学術創成研究のコアである市場秩序形成、社会秩序形成、エンフォースメントの各研究会に加え、今年度も国際シンポジウムや国際ワークショップ、海外の研究者を招いた研究会を開催し、幅広く活動を致しております。

振り返れば、平成19年度の国際シンポジウムでは、カナダ・日本・韓国の市民社会を取り上げ、20年度はアメリカ合衆国やドイツから多彩な研究者・実務家を招いて数々の国際ワークショップが開催されました。今年度は、第一面以下に掲載致しました第1回国際シンポジウムにおいて、「家族の変容と社会」をテーマに活発な議論が交わされました。また、第2回エンフォースメント部会研究会では、ヒルゲンドルフ教授から学術創成研究員へ数々のご助言を頂き、活発な意見交換を行うなど、若手研究者にとっては有意義な機会となりました。10月には新しくオープンしました京都大学東京オフィスの会議室において、第1回国際ワークショップが開催され、活発な議論が展開されました。

今年度は、今後もさらに多くの研究会・国際ワークショップが控えております。これからも実りある学術創成研究のため、学術創成研究支援室は、一丸となって支援業務を行って参ります。学術創成研究へのご意見・ご感想などがございましたら、当支援室までお寄せください。



学術創成研究通信 第6号  
 平成22年3月19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  
<http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/>

