

平成 19～21 年度の研究活動報告	67
国際ワークショップ	68
部会研究会	72
助教・研究員紹介	75
活動記録	76
編集後記	76



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

平成 19～21 年度の研究活動報告

研究代表者：川濱 昇

1. 研究開始当初の背景

バブル崩壊後の長期停滞から脱却すべく、「構造改革」が推し進められた。そこでは、従来、多くの分野で共同体的な関係に根ざした不透明な制度や慣行が存在し、様々な保護行政により効率の悪いシステムを温存してきた構造に長期停滞の主因があり、この構造的要因を除去し、人々の創意工夫を生かす自由な活動の促進が社会・経済の再生に不可欠と考えられた。しかし、単純に規制をなくすだけでは、不公正な取引が横行し、企業の組織形成においても、強者による不公正な支配に歯止めが効かなくなる。そのため、規制緩和の一方で、市場の公正さを確保し、自由な競争を保障するための規制の拡充・強化が要請される。また、そうした自由で競争的な市場に委ねることは効率性の追求に役立つとしても、それにより私人間の関係形成が歪められ、社会の存立基盤を崩すような結果がもたらされる危険性もある。構造改革は、人々を他律から解放しようとした。が、今求められているのは、自律としての自由を尊重しつつ人々の共同性を確保することを可能にする法システムであると考えられる。

2. 研究の目的

従来型の規制でも自由放任でもなく、自由を尊重しつつ共同性の確保を可能とする法システムのあり方を検討することが目的である。次の3つの側面から検討を進める。(1) 市場の秩序形成。自由で競争的市場と公正な取引を確保する制度、企業活動を活性化しつつ逸脱行動を防止する企業組織を検討する。(2) 社会の秩序形成。自律と信頼を確保する制度として契約・責任・家族制度を再検討し、効率性原理の浸透が社会と個人の存立基盤を脅かさないようにするセーフティネットを検討する。(3) エンフォースメント。個人や自律的団体のイニシアティブの活用も含めた実効的法的執行システムのあり方を検討する。これらの検討を通じ、将来整備を進めるべき法的規制のプログラムを提言する。

3. 研究の方法

研究の中心的な課題として、市場秩序と消費者支援、個人の自立と社会保障、これらに相応しい規制・執行システムに焦点を合わせる。研究期間を3つの期に分け、第1期(平成19・20年度)を現状の把握と問題点の整理、第2期(平成21・22年度)をそれに基づく新たな法モデルの検討、第3期(平成23年度)をこの法モデルを基礎とする具体的法的規制のプログラムの検討にあてる。

4. これまでの成果

(1) 市場の秩序と消費者の支援

企業間秩序(競争法)：競争法の目的は消費者厚生の上にあるというコンセンサスはあるが、その内容と実現方法については争いがあり、消費者厚生の上昇が真に実現できているか問題があった。そこで、「競争法の介入は、規制対象たる行為が消費者厚生

に及ぼす直接的影響のみによって評価する」という手法が、所期の目的に照らし機能不全に陥る状況を明らかにし、競争プロセスへの影響を第一次的判断基準とすることによりその難点を回避でき、そして競争ルールの公正さに注目するこの考え方が、当事者にとっての法の遵守可能性・予測可能性の点等で望ましいことを明らかにした。

企業・消費者間の秩序(消費者法)：契約規制が他律型規制と自律保障型規制に分かれ、自律保障型規制には自律を侵害から保護する規制と自律を支援する規制が含まれ、前者には契約時にすでに意思決定の自由が侵害される場合の規制と、契約時に侵害はなくみずから同意した契約に拘束され将来の自己決定が拘束されることにより侵害が生ずる場合の規制に分かれるという分析枠組みを設定した上、構造改革期の立法及び判例は全体として、他律型規制から自律保障型規制にシフトしてきていること、自律を支援するための規制が不十分であることも示した。

企業内秩序(企業組織法)：企業結合形成過程及び結合企業内の取引につき不公正の是正・防止メカニズムを解明し企業内ガバナンスにつき株主平等原則を素材にその形式的理解が保護を希釈化し、利益衡量を硬直化させたことを明らかにした上で、公正かつ効率的なルールを提案した。

(2) 個人の自立と社会保障・労働環境

グローバル化、高齢化、家族の多様化のなかで従来の福祉国家像が揺らいでいること、一般に自由主義化といわれる現象が共通してみられるものの、単純な収斂ではなく、各国の制度遺産を反映して、異なったタイプの自由主義化がみられることを明らかにした。このなかから、社会保障の新たな枠組みとしてどのような可能性があるのかという課題を探究した。構造改革期に規制緩和の進展に伴い、非正規従業員の増加が進み、同時に、正規従業員についても成績主義が強化され、濃密な人間関係に支えられた日本の労使関係の弱体化を明らかにし、今後の規制の方向性を検討した。

(3) 規制・執行システム

独禁法及び法人処罰の現状と問題点を明らかにし、いっそう実効性の高い規律の実現には、刑事罰を廃止して課徴金制度への完全な移行を図るべきであるという方向性を示した。行政強制論から義務履行確保論への大きな流れを確認し、刑事規制の方向性とおおむね符合することを示した。さらに、これらの規制との相互関係及び相補関係に留意した民事規制のあり方も明らかにした。

(4) 法モデルの検討と提示

以上の個別領域における検討を通じ、自律を尊重する個人保護



のあり方として、認知能力の限界を踏まえ学習可能な状況を作成する法の整備と、学習不能な状況への対処としての直接的な介入という構造を持つ法モデルをポスト構造改革の法モデルとして有力視した。認知能力の限界等を意識しつつ個人の自由を尊重する法的介入の構想としてリバタリアン・パターナリズムが世界的に著名であるが、この法モデルは、多くの法が狭義のパターナリズム型介入を有し、かつそれが機能しているという実態に適合する利点がある。このモデルは社会保障・健康・安全規制など認知能力の限界が焦点となる領域で近時の行動経済学の成果を生かす規制を考える際の法的枠組みとして汎用性がある。

5. 今後の計画

(1) 上記の法モデルの妥当性を各領域（消費者法、金融商品取引法、競争法、商業言論、自立支援、社会保障、企業組織等）にフィードバックして検証する。(2) 上記法モデルに基づく、競争法、消費者法、自立支援、社会保障等の領域において、新たな規制プログラムを例示する。

※これまでの研究成果については、本学術創成研究ホームページ (<http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/>) の「研究成果」のコーナーをご覧ください。

国際ワークショップ

平成21年度 第4回 国際ワークショップ

フランツ・ユルゲン・ゼッカー氏

(Prof. Franz Jürgen Säcker : ベルリン自由大学教授)

ヨーロッパ労働法のドイツ労働法への影響 — 国家の労働法とグローバルな 企業主決定との衝突について —

Die Auswirkungen des europäischen Arbeitsrechts auf das deutsche Arbeitsrecht? – Zum Konflikt zwischen staatlichem Arbeitsrecht und globalen unternehmerischen Entscheidungen

日 時 : 平成22年3月5日 (金) 15:30~17:30

場 所 : 京都大学法経本館4階 大会議室



【概要】本報告は、ヨーロッパ労働法のドイツ労働法への影響について概観するものである。

第一に、本報告では、オープンな市場経済におけるヨーロッパ労働法とドイツ労働法の役割が論じられた。まず、ヨーロッパでは、競争的で効率指向の市場経済と、強固な解雇制限及び共同決定による社会国家的平等という「非両立のプログラム」のために、投資が妨害されており、経済成長の障害となっているという。こ

こで、報告者は、労働法によって効率性を指向する市場経済システムの目標を阻害してはならないと指摘する。労働法は、世界的な経済秩序に適応したものでなければならないというのである。報告者は、労働者保護法制が雇用創出を阻害したり、企業の競争力を殺いだりする例として、ドイツポストや自動車産業を挙げ、EU労働法は外国の投資家が事業所をヨーロッパに設置することを困難にせず、ヨーロッパの企業が他地域に逃げ出さないようなものでなければならないと指摘する。

第二に、本報告では、経営上の理由による解雇が規制されている結果、従業員の構成が悪化することが指摘された。

第三に、本報告では、反差別ルールが成績重視型の昇進に対するブレーキとなっていることが指摘された。ドイツ国内法とヨー

ロッパ裁判所の判例によって蓄積された反差別ルールによって、採用と昇進に成績を考慮することは困難になり、「官僚主義的」になっているというのである。報告者は、硬直的な反差別ルールの適用が、かえって画一的な社会をもたらす危険があると警告する。むしろ、従業員との目標合意によって、報酬を、個々人の業績に結びつけた個別的報酬へと変えていくべきだということである。

第四に、本報告では、ドイツ法では、労働保護の多くの基準、有給休暇期間、病気時の賃金継続支払いが、ヨーロッパ共同体の基準よりも改善されていることが指摘された。そのため、ドイツの社会給付移転は非常に大きなものになり、社会保険料を通じて、間接的に企業に大きな負担をかけているというのである。このように、高止まりの失業状況・高額な賃金継続支払い・短時間就労手当のコスト・失業者に対する再教育コストにより、ドイツでは、賃金外の付随的的人件費がヨーロッパでも最も高くなっている。その上、同一労働同一賃金 equal pay の原則によって、これらの負担は外国人労働者の場合にも生じる。そのため、競争力を維持するためには、賃金の上昇を抑えるしかないというのである。最後に、報告者は、公務員の賃金を民間に近づける方策として、目標合意の達成度を基準とした賃金決定システムを示唆した。

本報告に対しては、差別禁止、とりわけ障害者の雇用義務や目標合意などについて質疑が行われ、盛会のうちに終了した。

* * *

平成21年度 第5回 国際ワークショップ

ジョセフ・ホフマン氏

(Prof. Joseph L. Hoffmann : インディアナ大学教授)

アメリカ合衆国における陪審制度と刑事手続

The Jury System and Criminal Procedure in the United States

日 時 : 平成22年3月11日 (木) 14:30~16:30

場 所 : 京都大学法経本館1階 第11教室

【概要】ホフマン教授は、アメリカの陪審制度の根底にある考え方と日本法への示唆について述べられた。米国における司法手続への市民参加には長い歴史と様々な制度がある。そのうち一般市民のみで有罪判断を行う刑事陪審制度は、ほぼすべてのアメリカ人によって支持されている。これには3つの興味深い理由がある。

第一は、国家権力に対する不信である。米国の独立は、人々が武器を取って国家権力と闘い勝ち取ったものだという歴史があり、「権力は危険である」という基本的発想がある。そのため、検察官は公選で裁判官のコントロールに服するものであり、裁判官自身も権力を濫用しないようコントロールされる必要があると考えられている。不当に拘禁されている(手続違反の場合も含む)者の身柄釈放のための人身保護令状 habeas corpus 制度もその一つの手段である。陪審裁判は刑事事件全体のうち2%程度についてしか実施されていないが、陪審が不当な権力行使から人々を守る砦になるという「神話」はなお広く共有されている。

第二に、陪審は不当な制定法に対する歯止めにもなると考えられている。大陸法がエリートの制定法であるのに対し、コモンローは平均的市民の判断の積み重ねにより形成され、「法は自分たちのものだ」という意識を生んでいる。陪審は理由を付さず有罪・無罪の評決を下しうるため、書かれた法の内容を無効化することもできる。陪審は評議の前に裁判官から、法に従って判断するように教示を受けるものの、不当な制定法に該当するよう見える事件で、無罪の判断ができる(検察側からの上訴や再起訴は不可能)という伝統がある。

第三に、映画「12人の怒れる男」のイメージに代表される、正義の実現における市民個人の役割の理解がある。100人の犯罪





者を無罪としても1人の無実の者を有罪にしてはならず、そのためには権力に対抗する責任を果たすべきだとの信念がある。

これらから得られる日本への教訓は、第一に、裁判員制度などの法的ルールが社会的文脈をふまえて形成されなければならないこと、第二に、新しい制度は意図しなかった帰結をももたらさうということである。たとえば裁判員制度導入により対審構造が強化され、刑事司法における伝統的な社会復帰志向が弱まる可能性がある。社会の変化が司法制度を変化させ、また司法制度の変化が社会の変化につながることに留意する必要がある。

以上の講演を受けた討論では、陪審裁判では実体的真実発見が必ずしも最優先ではないこと、しかし犯罪事実の認定は陪審員の専権事項であって職業裁判官による量刑の領域へと恣意的に移されてはならないこと、被害者から陪審への不当な影響を防ぐという観点からは日本の被害者参加制度には疑問があることなどが活発に論じられた。

* *

平成21年度 第6回 国際ワークショップ

クリストフ・シェーンベルガー氏

(Prof. Christoph Schönberger: コンスタンツ大学教授)

主 権—フーゴ・プロイスによる根本的な批判について—

Souveränität – Zur Bedeutung eines klassischen staatsrechtlichen Grundbegriffs und der Grundsatzkritik von Hugo Preuß

ディアン・シェーフオルト氏

(Prof. Dian Schefold: ブレーメン大学教授)

多層システムにおける同質性

—フーゴ・プロイスをとくに顧慮した議論発展の連続性と整合性—

Die Homogenität im Mehrebenensystem
– Kontinuität und Kohärenz der argumentativen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung von Hugo Preuß –

日 時: 平成22年3月16日(火) 13:00~17:00

場 所: 京都大学法経本館4階 大会議室



【概要】シェーンベルガー氏は、フーゴ・プロイスによる主権概念批判の問題点を指摘した上で、主権概念の現代的意義について論じた。国家が国民に対して包括的な支配権限を有し、内政問題について他国から介入を拒絶できるとする主権思想が、法を国家の生産物とみる公法実証主義の思想的基盤をなすことを見抜いたプロイスは、師ギールケの仲間団体論に立ち、人間の共同生活がこそ法を生みだすと考えた。それゆえ、そもそも

様々な層の法が併存し入り組みあうのであり、連邦制のなかで主権が国家と各邦のいずれにあるかという議論は彼には不要であった。だが、彼の主権概念批判には、(1) 君主制官憲国家のみならず民主制国家のそれも併せ、国家が法を強制する契機を説明できない、(2) 各層の法形成をいかに調整するかが明らかでない、(3) その法生成理解が虚構と思えるほど調和的すぎる、という問題点があった。EU法は自律的か、加盟国の法から導かれるのかという問題は、主権をEUに認めるか、加盟国に認めるかという

問いに構成でき、現代の国際法は国家が自国を包括的に統治することを頼みにしている。法形成層の間で亀裂が生じた場合にも、問題を主権をめぐる紛争と捉えるのが便宜であり、それゆえ主権概念はなおも意義を失わないとシェーンベルガー氏は主張した。

シェーフオルト氏の講演「多層システムにおける同質性」は以下のようなものであった。システムをサブシステムと上位システムに階層化する多層システムは、国家と自治行政、国家とEUなど超国家組織、国家と国家の関係で問題となるが、主権論のもとでは、国家に主権者としての特別な地位を与えてきたため、国家より下位の自治行政は間接的な国家権力の行使として、国際法による任務遂行は関係各国の自己規制としてみるしかなく、各層の同質性は否定される。しかし、システム間の構造を同質化する動きは、歴史的には、連邦制のもとでの個別邦国の政治体制、群・県レベルでの自治行政制度の改革、国際法主体の民主化にみられた。支配の契機を個々の人格が総体人格へと協力し、結びつくことだと解したフーゴ・プロイスは、国際法共同体を特定の領域内で国家とは別個の総体人格が形成されたものと捉え、国内においても地方自治を基盤とした人民国家を構想した。プロイス理論の帰結は、同質な階層的システムによる民主制である。ハンス・ケルゼンは、プロイスの批判者であったが、根本規範による法秩序の統一的な形成の構想は、総体人格の意思形成を法ではなく政治の問題としたことを挙げ、多層システムによる民主制を志向するものといえる。シェーフオルト氏によると、多層システムは民主的同質性を要請するのであり、国際的および超国家的領域においても民主的同質性が必要である。ヨーロッパにおいて1975年以来EU市民により直接選挙された議会が存在し、その権限が増大していることや、リスボン条約がEUレベルへの民主制原理の適用を詳細に、欧州人民発議の可能性や各国議会のEUレベルでの決定への関与に関する規定に至るまで定めていることは、同質性の要請に沿うものと解される。とはいえ、EUの改革は各加盟国による批准が必要であり、そのかぎりでも、EU条約も各加盟国の主権性を認めている。それはEUレベルでの決定構造の民主化が十分でないことを補うものだとみる向きもあるが、個別国家へと民主制を撤退させても、超国家のおよび国際的レベルの民主化の代替にはならず、問題の解決はEUレベルでの民主化によるしかない。

以上の2報告のあと、質疑応答が行われ、仲間団体(Genossenschaft)とローマ法に由来する「抽象的な法人格の集まり」たる社会(Gesellschaft)との違い、プロイスとケルゼンの相違点、主権の概念と高権(Hoheitsrecht)概念の違い、ハイエクの思想との違いについてなど、活発な意見の交換があった。

* *

平成21年度 第7回 国際ワークショップ

＝第1部＝

リューディガー・クラウゼ氏

(Prof. Rüdiger Krause: ゲッティンゲン大学教授)

ドイツにおける派遣労働の法規制
—自由化と労働者保護の狭間にある
雇用促進手段としての労働者派遣—

Die Regulierung der Leiharbeit in Deutschland
– Die Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur Förderung des Arbeitsmarktes im Spannungsfeld von Liberalisierung und Arbeitnehmerschutz –

日 時: 平成22年3月27日(土) 15:30~17:30

場 所: キャンパスプラザ京都6階 龍谷大学サテライト講習室
(関西労働法研究会共催)



【概要】本報告は、ドイツにおける労働者派遣の法規制とその変遷を概観するものである。

まず、本報告は、シュレッカー事件（労働者に不利な条件で雇用するために、従業員を一旦解雇し、同社幹部が設立した派遣会社を通して雇い入れた事件）を素材として、派遣労働には、基幹労働者を安価な派遣労働者で代替する、単なる賃金ダンピングになる可能性がある」と指摘した。

次に、労働者派遣の禁止を違憲とした連邦憲法裁判所の判断を契機とした規制緩和の流れや、1972年の労働者派遣法の施行と改正が説明された。

つづいて、本報告では、連邦雇用庁の不正発覚を契機とした2003年1月1日の労働者派遣の改革が紹介された。第一ハルツ法から第四ハルツ法の制定によるこの改革は、①派遣可能期間の上限の撤廃、②1日目からの均等待遇原則の適用、③パーソナル・サービス・エージェンシーの導入を骨子としたものである。ただし、③は、成果がなく廃止された。

本報告によれば、これらの改正の結果と折からの好況を受け、労働者派遣は劇的な増加傾向を見せた。しかも、派遣労働は安定した雇用への橋渡しとして機能し、労働者派遣法に関する第11次報告書も、組合の批判はあるものの、派遣労働の増加は基幹労働者の減少を伴わない雇用創出的効果を有すると結論づけている。

ところが、2008年の金融・経済危機によって、派遣労働者が激減することになる。そこで、2009年の景気対策協定は、経済危機における派遣労働者の保護のために、①操短手当を派遣労働者にも適用し、②派遣労働者の継続訓練を支援する可能性を創設するなどの改革を行った。

さらに、本報告では、以下のような現今の課題が指摘された。一つは、第一ハルツ法が、派遣労働に特有の保護規定を廃止したために、パートタイム労働・有期労働契約法に基づく期間設定に関する一般規定が適用されるようになったことである。いま一つは、法律が前提とする均等待遇原則が労働協約と協約開放条項によって、ほぼ一律に排除されていることである。このような問題は、派遣労働者が独自の労働者集団とは見なされておらず、組織率も極めて低いことに起因する。そのため、各産別組合は協約団体を形成し、派遣労働が適用される可能性のある分野をカバーしている。また、この領域の特徴として、協約団体にドイツ労働総同盟（DGB）とキリスト教労働組合（CGZP）の二系統があり、後者が前者に対して下方競争を行っていることが挙げられる。

最後に、本報告は、現行規制には、賃金の引き下げと常用労働者の代替に利用される危険があることを指摘し、フランス法における安定した雇用の存続が得られない場合の不安定手当のような制度の導入を示唆した。

本報告に対しては、労働協約を中心として極めて活発な質疑応答が行われた。

＝第2部＝

リューディガー・クラウゼ氏

(Prof. Rüdiger Krause: ゲッティンゲン大学教授)

ドイツ労働法における雛型契約の規制

Die Kontrolle von Standardarbeitsverträgen im deutschen Arbeitsrecht – Grundfragen und aktuelle Probleme der gerichtlichen Klauselkontrolle–

日 時：平成22年3月29日（月）15:00～17:30

場 所：芝蘭会館別館2階 研修室2

けでなく、BAGによる契約規制の相当性にまで及ぶ内容コントロールにも服する。被用者と使用者とのあいだで契約の対等性がこわれているというのがその理由である。1976年に制定されたAGBG（＝約款規制法）は当初、労働契約には適用がないものとされていたけれども、2002年の債権法現代化法はAGBGを民法典に組み入れるとともに、労働契約の雛型には、集团的協定（労働協約、事業所協定、公務員事業所協定）を除き、原則としてAGBGの適用があることを定めた。この改正は、個別的労働法分野において1951年の解雇保護法以来の影響力の大きな法変更であるといわれている。報告者は、労働契約の雛型のコントロールの基本的な考え方が、約款内容に関する当事者間の情報の非対称性というよりも、むしろ、交渉力の対等性の欠如にあるとする。ゆえに、裁判所は被用者の側に情報の欠如が存在するか否かにかかわらず不相当な労働条件を規制すべきだということになる。

以上の基本的な考えのもと、約款のコントロール体系をみれば、以下ようになる。まず、約款コントロールが適用されるのは、使用者が多くの労働契約のために契約条件を事前に作成し、かつ、労働契約締結の際に被用者にこの条件を提示する場合だが（民法305条1項1文）、当該約款が問題の被用者に対してのみ用いられたものであっても、彼が消費者（民法13条）として評価されることに伴い、約款コントロールに服する。約款の組み込みコントロールとしては、不意打ち条項は、その内容がどのようなものであれ、最初から契約内容とはならないとされている（民法305c条1項）。具体的には、契約内容が契約締結時の事情により根拠づけられた被用者の具体的な期待に明らかに矛盾する場合はこれにあたる。内容コントロールに服するのは、法律規定とは異なる、あるいは、それを補完するルールが合意される約款条項にかぎられ、給付と反対給付の直接的な確定には私的自治の原則が妥当する。また集团的協定（労働協約、事業所協定）は、307条3項にいう法規定と同視される。特別に禁止される条項として問題となるのは、被用者の契約違反に対する契約罰であり、これについての約款条項は一律に禁止される（民法典309条6号）。さて、約款規定が信義誠実の原則に反して約款使用者の相手方に対して不相当な不利益を与える場合、その約款規定は無効である（民法307条）。テストされるのは、当該条項は契約相手方に不利益を与えるか、与えるとして、被用者利益の侵害が根拠のある首肯しうる条項使用者の利益によって正当化されるか、あるいは、被用者に対し特別な利益が供与されることにより補償されるか、である。さらに、約款条項は明確かつ特定性がなければならない（透明性の要件、民法典307条1項2文）。BAGによれば、契約条項は十分に特定されていなければならない、構成要件と法律効果が、使用者に不当な裁量的判断の余地が生じることのないように詳細に定められていなければならない。—以上のコントロールが労働条件柔軟化の場面でなされた例として、週30時間と定められた労働時間を一方的に週40時間まで延長する権利を使用者が留保した条項や、賃金支払請求について被用者に撤回や任意性を留保する条項の有効性に関するBAGの判断の紹介があった。債権法改革によって導入された雛型労働契約の約款法の原則による内容コントロールは、集团的協定の低下する意義を間接的に強化する立法者の試みと理解することができるというのが、報告者の結論である。

質疑応答では、条項が無効となった場合の補充解釈の方法、違約罰の取り決めが許される場合とはどのような場合かについての質問があり、前者については、交渉力の非対称性がなければどのような約定となるのかという仮定的判断がなされるということ、



【概要】労働契約上の合意は、労働者保護法により制約されるだ

後者については、故意による場合、被用者が競争的取引を行った場合、営業秘密を漏洩した場合であり、もともと、違約金の額は解雇予告期間分の賃金である旨の説明が報告者からなされた。

* *

平成21年度 第8回 国際ワークショップ

トーマス・チェン氏

(Ass. Prof. Thomas Cheng : 香港大学准教授)

中国独禁法の展開

Recent Development in Competition Law in China and Hong Kong

日 時 : 平成21年3月27(土) 14:00~17:00

場 所 : メルパルク京都4階 研修室1



【概要】本報告は、中国の独占禁止法を中心に、香港における競争法関連の諸問題を補足的に検討するものであった。

2007年に制定、2008年に施行された中国独禁法は、価格法等における既存の競争関連規定の影響を受けつつ整備された。同法は、①独占協定、②市場支配的地位の濫用、③企業結合の3規制を基礎に、④行政独占(行政機関による競争阻害行為)をも規制するものである。執行機関としては、最上位に独占委員会が置かれて

いるが、①②④を工商総局が、③を商務部が、①②のうち価格に関するものを中心とする一部は発展改革委員会が担当するという三執行体制で行われており、これまでのところ、①②④について申告例はあるもの行政による執行例はほとんどない。これに対して、③の企業結合規制は活発に行われている。

まず、④の事件で、行政による利用強制が行政独占に該当する疑いが強かったものの裁判所がそれを認容するには至らなかった中国国家質量監督検査検疫総局(AQSIQ)事件等に係る行政独占(administrative monopoly)規定の例が説明され、ついで、企業結合の事例について説明された。特に電池市場に係るパナソニックと三洋の企業結合事例については、市場画定の方式や反競争効果の認定方法などが初期のコカコーラ事件等と比して急速に洗練されたものとなってきたことが指摘された。

また、実際に独占禁止法違反とされた例はないものの②の事例として、行政申告と私訴が並行した Baidu 事件が説明された。ここでは、検索エンジンサービスは市場を構成すると解しつつもその供給者の支配的地位の濫用を否定された。ついで、著作権の行使に関連して支配的地位の濫用を否定した Sursen Electronic Technology v. Shanda Interactive Entertainment 事件、支配的地位の濫用事例を和解調停で解決した Zhou Ze v. China Mobile 事件、それから支配的地位自体が否定された Li Fangping v. China Netcom 事件等もある。

このように、中国独禁法においては、証拠手続に問題があるため、原告にとって負担が多く勝訴率は少ないものの、私訴が大きな役割を果たしている。

そのような中国独禁法の諸規定が、一国二制度下の香港に適用されるのかもひとつの課題である。報告者は、裁判管轄の違い等を理由として中国独禁法の適用には否定的であり、オーストラリア法の参照可能性やスイス法に基づく競争審判所または英国法もしくは香港消費者委員会に基づく競争委員会の制度構想等が検討された。

以上の報告の後、私訴に依存する中国独禁法のエンフォースメントの背景事情、独占禁止法の発展過程からすると発展段階で規制例が見られるはずの企業結合規制が活発であるのに、なぜ独占禁止法の原初形態である価格協定事件等の規制例がないのか、AQSIQ 事件の証拠手続の詳細、中国の裁判所の証拠認定の基準、

倍額損害賠償制度導入の是非、市場支配的地位の判断基準、知的財産権の濫用等に関して活発な質疑応答が繰り広げられた。

* *

平成21年度 第9回 国際ワークショップ

アネ・レーテル氏

(Prof. Anne Röthel : ブツェリウス・ロースクール教授)

高齢者と自律

—比較法的視点からみた将来の世話を目的とした代理権の事前付与、患者による処分および臨死介助—

Autonomie und Alter: Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung
—Reformtendenzen in Deutschland und ausgewählten europäischen Rechtsordnungen

日 時 : 平成22年3月28(日) 15:00~17:30

場 所 : 京都大学百周年時計台記念館2階 会議室IV

【概要】本報告では、まず、ドイツで高齢化が進行し、自律能力の減退した者にもなお自己決定を保障しつつ、かつ、医療に関する患者の処分や自己の将来の世話に関する代理権の事前付与のように、事前の処分を可能にする制度が要請されているという前提が述べられた。

ドイツにおいては、1992年の成年者保護法で、要支援成年者を保護するための世話制度と、将来の世話を目的とした代理権の事前付与の制度が導入されていたが、2009年秋の民法改正により、諸制度の明確化と変更が図られた。将来の世話を目的とした代理権付与は口頭でも可能であるが、医療的決定(一定の措置の不実施も含む)についての代理権付与には内容を特定した証書を要するとされ、少額の手数料で公証可能になった。これは成年者によることを要する。連邦通常裁判所の判例は、開眼昏睡状態にある患者について、本人のかつての意思表示に基づいた治療中止が認められるとしていたが、2009年改正法はこの内容をも盛り込んでいる。ただし、囑託殺人など刑法法規に反することは、そもそも本人の処分権の対象でないため、認められない。意思表示の基礎が維持されていることも必要である。内容について、病気の種類や段階による制限はできない。あらかじめ助言を受ける義務は登録・改訂の義務はないが、証書の作成にあたって不当な圧力がかかった場合には無効である。ここでは、劣位に置かれた配偶者による保証が無効だとされるのと同様の考慮が必要となる。

イギリス法においても、身上の事務をも内容とする代理権の事前付与が認められてきたが、ドイツとは異なり、方式要件が厳格になっている。ドイツ法の影響を受け、スイスでも、将来の世話を目的とした代理権の事前付与および患者による処分の制度を導入する民法改正が予定されている。オーストリアではすでに両者に関する法改正が成立しており、方式要件が厳格である。なお、積極的臨死介助を不処罰とする余地は、オランダ、ベルギー、ルクセンブルク、スイスで認められている。

こうした自律の促進は家族を個人から切り離す傾向を有するが、家族の負担も増大しており、本人と家族との間の利害対立も問題となる。今般のドイツの法改正は自己決定能力について樂觀的な評価を示しているが、家族の影響力が大きい日本などでは直



ちに同じ制度が機能するとはいえないと考えられるとされた。
報告を受けて、本人の真の意思に従った処分を可能にするためにはいかなる方式が望ましいか、時間が経過したときに必要な措置は何か、また、日本においては家族の影響の大きさにどのように対処していくべきかなどの問題について、活発な議論が行われた。

部会研究会

平成21年度 第9回エンフォースメント部会研究会

(国際高等研究所研究プロジェクト「法と倫理のコラボレーション—活気ある社会への規範形成—」との合同研究会)

◇日 時：平成22年3月5日(金) 14:00~17:30
平成22年3月6日(土) 10:00~15:00

◇場 所：国際高等研究所 1階 セミナー1、応接室

◇テーマ：桂木 隆夫氏(学習院大学法学部教授)

「商人道における自由」

毛利 透氏(京都大学大学院法学研究科教授)

「市民社会から国家権力へのインプットの諸類型」

吉岡 剛彦氏(佐賀大学教育学部准教授)

「宗教的理由にもとづく「医療ネグレクト」を考える—確証的行為者をめぐる法と倫理のコラボレーションに向けて—」

瀧川 裕英氏(大阪市立大学大学院法学研究科准教授)

「組織倫理から組織の道徳へ—組織倫理への責任アプローチ」



【概要】まず、桂木氏は、西洋化=近代化とみる発想や、個人の自律を中核とする原理的正当化、さらにその帰結としての相互尊重ないし無関心としての寛容という通説的な考え方に対し、多様な近代という発想や、様々な思想の習合または加上、さらに相互変容としての寛容という見方を対置した上で、後者の見方を解明する手がかりを日本の徳川幕藩体制の社会構造に求める。その上で、徳川幕藩体制をある程度の流動性を前提とする柔軟性の高い身分制度とみる桂木氏は、その時代において鈴木正三、石田梅岩、白隠慧鶴、富永仲基、海保青陵らによって展開された商人道における自由の概念に着目することにより、そこに見出される世俗倫理としての「正直」の概念とその様々な展開が、多文化状況や市場平和に適合的なバランスのとれた自由概念を提示していると説いた。

次いで、憲法学者の毛利氏が取り上げたのは、市民社会の諸結社が本来は私的な性格をもつその諸活動を通じ、国家への正当な影響力を行使する可能性を認める市民社会論である。毛利氏は、現存国家の正当性を前提にしつつ「もう少し多くの民主主義」を求めるものとして市民社会論を捉えた上で、市民社会論の視点から今以上の改革を要しないとするハーバーマスの議会制民主主義論に一定程度肯定的な評価を与えつつ、どのような形で市民社会から国家権力へのインプットがありうるかについて検討を加え、具体的には、行政権の開放との関連ではパブリックコメントの導入について、また立法府の改革との関連で政党活動の公開や委員会の開放等について、「もう少し多くの民主主義」の観点からそれぞれの適切な在り方を探った。

吉岡氏は、宗教的理由に基づく医療ネグレクトの事例として、最近福岡で起きた「新健康協会事件」をその思想的淵源にまで遡って詳細に分析した上で、医療ネグレクトへの法的対応として親権停止および保護責任者遺



棄罪の有効性について批判的に考察を行った。その上で、「正しい」と信じてなされたこのような行為を罰しうるのかという観点から、確信犯論を糸口にして、ドイツにおける「法から自由な領域」の理論や、ケアの倫理の考え方も参照しながら、かかる確信的行為者に対し、いきなり警察や刑罰を動員する強硬な対応策をとるのではなく、それ以外・それ以前にいかなる対応策を取ることができ、また取るべきなのかについて原理的な検討を行った。

最後に、瀧川氏は、機能分化した現代社会における専門職倫理の意義と法の役割という本共同研究の趣旨に関して、倫理・道徳や責任といった基礎的概念に分析を加える。瀧川氏は、全体主義や官僚制との関連から組織倫理の病理的特徴を指摘した上で、恥と罪の観念の分析に基づいて、人が自己の所属集団から準拠集団を拡げることの重要性を説き、さらに、人が善き性格を持つことを問題にする倫理に対し、正しい規範に則して他者をどう扱うかを問う道徳の意義を強調する。その上で、問責者や正当化の在り方の観点から責任の構造を明らかにして、通常は裁量を含む専門職については責任アプローチをとるべきだとし、それが組織内部に対する責任のみ強調する組織の倫理から、外部への責任をも考慮した組織の道徳への転換の必要を強調し、法の役割はそうした責任を保証する点にあると主張した。

各報告について活発な質疑応答や意見交換を行った。

* *

平成21年度 第10回社会秩序形成部会研究会

◇日 時：平成22年3月19日(金) 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：上田 健介氏(近畿大学法科大学院准教授)

「イギリスにおける『私人間効力論』

—1998年人権法とコモンローとの関係—

片桐 直人氏(近畿大学法学部講師)

「金銭債権の名目性と国家の通貨価値安定義務」

【概要】上田報告：本報告は、欧州人権条約および同付属議定書の一定の権利を「条約上の権利」として保障したイギリス人権法の解釈を中心に、我が国の私人間効力論に相当するイギリス法の議論を紹介するものである。

まず、本報告では、予備的知識として、人権法によって法律に優位する効力が人権条項に与えられ、成文憲法的な考え方が導入されたため、人権条項が私人間でどのように作用するのか、という私人間効力論に似た議論がイギリス法でも成立するようになったことが指摘された。

次に、イギリスにおける学説として、以下のような立場が紹介された。第一に、無効力論に相当するものとして、垂直的效果説が挙げられた。この見解は、条約上の権利は国家に対するものであるとして、私人の義務を否定するものである。第二に、直接効力説に相当するものとして、直接的水平的效果説が挙げられた。この見解は、条約は国家を拘束するものであるが、人権法として国内法に「変型」された以上は、国家の拘束に限定する必要はないというものである。第三に、間接的効力説に相当するものとして、間接的水平的效果説が挙げられた。この見解は、Huntによれば、人権侵害を訴訟原因とした訴訟提起は認めないが、コモンローを形成する際に人権の趣旨を読み込むものである。Phillipsonによれば、人権法6条1項は名宛人を公的機関に限定する一方で裁判所をも含んでいるため、イギリス法は間接的水平的效果説を採るものとされる。さらに、同人は、条約上の権利の機能を、①ルール、②基本的な強制原理、③通常的な強制原理、④許容原理、⑤禁止原理に分け、イギリス法は、権利に現われている価値を考慮する義務を負う(②・③)という点で「弱い型」に属すると主張する。



つづいて、判例の展開が、プライバシーの権利を例として、以下のように紹介された。すなわち、人権法施行以前は、私生活の事実の公表型のプライバシー侵害は不法行為法の範囲外とされていた。しかし、本人と侵害者との間に何らかの潜在的関係があることを前提として、秘密保持義務違反構成の下に部分的な保護が与えられていた。これに対して、人権法施行後は、当初は、潜在的関係の要件を緩和することによって実質的にプライバシーの権利を認める方向で推移していたが、Campbell v MGN Ltd 事件において、秘密保持義務違反の枠組みを維持しながらも、情報が私的かどうかを問題とし、私生活の尊重に対する権利と表現の自由を比較衡量するという立場に転じたというのである。

最後に、以上の検討から、日本国憲法 81 条、同 98 条、同 99 条から私人間効力を基礎づける可能性があること、私法上の規定を離れた、人権侵害だけを理由とする救済を認めるか否かで私人間効力論にも強弱があること、人権が私法上の具体的な事案の解決において果たす役割は限定的なものであり、個別の事案に即した判例法理の積み重ねが重要であることなどが指摘された。

本報告については、欧州人権裁判所との関係、訴訟原因を中心とした法制度の相違などについて活発な質疑が行われた。



片桐報告：本報告は、名目主義の原則と貨幣概念の分類を手がかりとして、貨幣の法的承認における国家の裁量を制限する可能性について論じるものである。

まず、本報告は、名目主義の実質的根拠として、①当事者の意思のほか、②強制通用力又は金銭の名目的性格、③経済活動への影響を挙げ、名目主義の厳格な適用が公平を失する場合には、事情変更の法理による救済なども考えられるものの、立法による対応が本来とされていることを指摘する。本報告によれば、名目主義は公法上の根拠 (②・③) に依存しており、金銭債権に関する理論は、問題の何らかの部分の公法理論に委ねられているというのである。しかし、公法としての通貨法については、ほとんど議論がない。

次に、基本概念の整理として、金銭債権の基本構造が示された上で、①経済的意味での貨幣と法的意味での貨幣との区別に関連して、法的意味での貨幣は貨幣固定説を基本としながら貨幣社会説的な観点からの修正が必要とされること、②「通貨・貨幣」概念について、価値単位・支払単位/通貨媒体・通貨手段を区別する森田宏樹説と、制度的貨幣概念・即物的貨幣概念・具体的機能的貨幣概念の三分類を行うカールステン・シュミット説、③名目主義にも幾つかの種類が区別されることなどが確認された。

つづけて、国家と貨幣と金銭債権の関係として、「貨幣」が金銭債権に関する法の機能前提であり、貨幣を法システムに取り込むためには、必然的に国家の関与が必要であることが指摘された。その上で、本報告は、「貨幣」が何かを決定する国家の権能 (通貨高権) が、全くの自由裁量ではないことを、ドイツ法の議論を参照しつつ、論証しようとする。すなわち、ドイツでは、基本法制定当初から通貨価値安定が問題とされていたとして、①初期の議論では、通貨価値安定義務を認めることの法的意義が探求されたが、根拠条文を示すまでに至らなかったこと、②発展期では、通貨価値安定義務を認めることを前提として、その根拠として財政憲法・基本法 88 条・社会的法治国原理・財産権保障が論じられたこと、③「安定した通貨に対する基本権」を巡る論争として、基本法 109 条 2 項に基づく主観的権利の保障と基本法 14 条 1 項による保障が論じられ、後者による通貨価値に対する客観的保障が認められつつあることなどが指摘された。もっとも、基本法 14 条から主観的権利や通貨制度の安定義務そのものが含まれているかについては、異論もあるものの、総じて否定的であることが示された。

最後に、経済政策について憲法は中立的であるものの、国家が通貨制度について全くの自由裁量を有しているとすべきではないことが指摘され、何らかの形で特定の場合には通貨価値安定義務を認めるべきことが示された。

本報告については、貨幣概念の理解の相違、財産権保障と通貨価

値安定義務との関係、名目主義の多様性などについて活発な議論が行われた。

* *

平成 21 年度 第 10 回エンフォースメント部会研究会

◇日 時：平成 22 年 3 月 19 日 (金) 15:00~17:00

◇場 所：法経本館 4 階 第 1 演習室

◇報 告：加藤 正明氏 (学術創成研究院)

『「他者に配慮する」とはどういうことか

—客観的帰属論の基本構想・その 2—

【概要】 報告者は、刑法上の因果関係の判断に関し、まず、事後的に判明した事情をもとに行為による結果発生の予測可能性を問う相当性説における、予測可能性の判断資料に限定を加えるか否かの争いを取りあげる。問題を整理すれば、行為者の主観を顧慮すべきかどうかにつき、行為時に存在する事情を、結果発生後にはじめて判明したものも含め、すべて相当性の判断資料とする客観説には、結果に対する刑事責任を行為者に負わせることが今後、法益侵害を抑止するのに有効か否かで結果帰属の判断を決める犯罪抑止の重視がある。これに対して、行為時に存在する事情のうち、行為の時点では行為者にも通常人にも認識できなかったであろう事情は相当性の判断資料に加えない折衷説の背景には、行為の反倫理性をもって、客観的世界における、行為から結果、さらに進んで行為者への刑罰賦科へと至る一連の因果連鎖を理解する応報の重視がある。さらに問題なのは、折衷説が行為者に認識できない事情でも、通常人に認識あるいは認識可能ならば、これを相当性の判断資料に加えてよいとすることであり、その説明が従来なされていたとは言い難いと述べられた。



報告者は、前回 (第 6 回エンフォースメント部会研究会) での知見を踏まえ、他者への配慮を欠いた行為は徳のなさゆえに称賛を得どころか憤慨の対象となり、これが行為の結果反価値性を基礎づけるとして、他者への配慮がどのようにして実践されるかについて、アダム・スミスの同感判断論を参考にしながら検討した。報告者によれば、スミスの同感判断論は、(1) 当事者 (行為者または行為の相手) が行為に対してどのような感情を抱くべきかを判断するためには、観察者は想像力により彼の立場にわが身をおくこと、(2) 観察者には、当事者の感情をできるかぎり汲むべく「感受性」を発揮することが要請されること、(3) 当事者においては、観察者の立場にわが身をおくことにより、観察者が抱くであろう感情を想像し、自らの感情が、利害の対立する当事者のどちらにも与しないという意味で「公平な」観察者の同感を得られるよう自己規制を働かせる必要があることを説くものである。

その欠如が結果反価値を基礎づけることの「配慮」とは、相手の立場に立ち (行為者から被害者への視座転換)、彼が憤慨しないよう行動することである。これを相当性説に引き写せば、相手が憤慨するのは、行為により相手が害を蒙ることが予測可能な場合であり、相手の危険状況をどこまで汲むかが相当性の判断資料の問題となる。

この図式のもとでは、客観説は、問題の行為によって相手が損害を蒙るかもしれない危険状況をすべて汲むこと、したがって、自己犠牲 (博愛) の精神を行為者に要求する見解であって、市民社会においては過剰な期待だとの批判が向けられる。また、行為者の主観を顧慮する理由としては、問題の行為による損害発生を行為者が具体的に予見もしくは予見しうる場合、通例、当該行為は国家により禁止されることがあげられる。それと同時に、行為者は、義務者という役割ないし地位をもった者として他者に応対することが考えられる。行為者が被害者の危険領域に直面する前に予め義務が形成される場合、たとえ行為者に具体的に認識できなくとも、彼が義務者として想定しなければならぬ典型的な事情は、判断資料に加えるべきである。—以上により、折衷説が基

本的に支持されるというのが、報告者の結論である。

報告のあとの質疑応答では、徳論は市民としての卓越性を要求するものでその欠如を刑法における制裁賦科の契機とすることができるのか、むしろ、報告者の立場はヒュームやスミスの道徳科学に近く、「徳」という言葉の使用はミス・リーディングではないのかとの指摘があった。また、前回の報告と同様、他者への配慮を義務ではなく「責務」と解さなければならないのか、それは、行為反価値・結果反価値二元論をとるという結論の先取りではないのかという指摘があった。

* * *

平成 21 年度 第 5 回市場秩序部会研究会

◇日 時：平成 22 年 3 月 20 日 (土) 14:00~17:00

◇場 所：キャンパスプラザ京都 6 階

京都大学サテライト講習室 (第 8 講習室)

◇報告 I：萩原 浩太氏

(公正取引委員会経済取引局企画室室長補佐・弁護士)

「間接侵害 (特許法 101 条) と競争政策、
抱合せ規制 (独禁法) について」

◇コメントーター：泉 克幸氏 (徳島大学総合科学部教授)

◇報告 II：和久井 理子氏 (大阪市立大学大学院法学研究科准教授)
「非係争条項 (NAP) の検討」

◇特定質問者：高倉 成男氏 (明治大学特任教授)

西村 元宏氏 (公正取引委員会経済調査室

・競争政策研究センター)

【概要】萩原報告は、特許権のいわゆる間接侵害を定める特許法 101 条 (①) と独禁法上の抱合せ規制 (②) の関係について検討するものであった。

特許権侵害につながる蓋然性の高い予防的・助長的行為を特許権侵害とみなす①は、現行特許法制定時には客観的要件のみを判断基準とするものであった。しかしその後、欧米の同趣旨の規定に倣い、緩和された客観的要件 (a) とともに行為者の主観 (b) も判断基準とする新たな間接侵害類型が追加された。

本報告では、以上の経緯等が紹介された後、①に係る判例のうち、②と関連しうる事案であったが間接侵害を否定した一眼レフレックスカメラ事件 (東京高判昭和 58 年 7 月 14 日判時 1095 号 139 頁)、a について詳細に判示したものの間接侵害を否定したプリント基板メッキ用治具事件 (東京地判平成 16 年 4 月 23 日判時 1892 号 89 頁)、b を認めたものの結局間接侵害を否定した上に特許権の無効事由まで認めた一太郎事件 (知財高判平成 17 年 9 月 30 日判時 1904 号 47 頁) が詳細に検討され、日本の判例は独禁法の観点を表に出さないものの競争制限的となる過度の権利主張を抑止していると結論付けた。

これに対して、特許権の不当な拡大だけでなく特許法と競争法の関連も比較的意識されている米国とその関連があまり意識されていない日本を比較する泉コメント、特許権侵害に係る裁判所の総合考慮の観点の間接侵害の判断のみならず独禁法違反の判断にも影響しうるとする西村コメントとそれに対する疑問等が付された。

萩原報告の後、高倉成男氏 (明治大学特任教授) により、特許庁産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会における検討の視点と主な検討事項が詳細に報告された。特許法の解釈に競争政策の視点を加味する裁判所の姿勢を歓迎するとともに、特許権侵害を認めても直ちに侵害行為の差止請求を認めない近時の米国の判例 (e-Bay) 等に言及した上で、わが国では権利濫用法理の活用によって同種の帰結をもたらせるのではないかという見解が示された。これに対して、わが国の一般条項の利用形態からすると立法的手当が必要ではないかという意見が示された。

引き続き行われた和久井報告は、マイクロソフト事件 (平成 21 年 9 月 16 日公取委審判審決) 及びクアルコム事件 (平成 22 年 1 月 5 日公取委審判開始決定) を素材として、いわゆる非係争

条項の競争法違反性を検討するものであった。

すなわち、両事件における非係争条項は通常と異なり、ライセンサーが自己の特許権をライセンサーからライセンスを得ている者に対して主張しない旨まで定めるものであった。そして、当該条項を含むライセンス契約を締結することを余儀なくさせたこと、締結の検討のための十分な時間を与えなかったこと、さらに、当該条項は自己の技術を用いて製品を差別化することを困難にさせることにより研究開発意欲を低下させたことから、関連市場における自由競争の減殺を招いた結果、特許ポリシーに反するとともにいわゆる公正競争阻害性を充たして独禁法が禁止する不公正な取引方法に該当すると公取委は判断しているように思われる。しかし、そもそもこれらの審決等での「自由競争の減殺」や「公正競争阻害性」の意味内容が不明確であり、かならずしも反競争的でない行為や場合によっては競争促進的でさえある行為が規制されるのではないかという懸念が表明された。

本報告の後、自由競争減殺の認定要素、非係争条項採用戦略の意図及び合理性等に関して活発な質疑応答が行われた。

* * *

平成 21 年度 第 6 回市場秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 22 年 3 月 24 日 (水) 15:00~17:00

◇場 所：京都大学法経北館 3 階 第 13 演習室

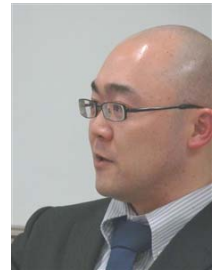
◇報 告：重本 達哉氏 (学術創成研究員)

「ドイツ行政法執行システムの『例外』の諸相
—いわゆる即時強制を中心に—」

【概要】本報告は、わが国におけるいわゆる行政強制と淵源をともにする、ドイツの行政執行における即時強制の体系的位置付け等を検討するものであった。

まず、日独両国において行政強制又は行政執行自体がエンフォースメントの手法として例外的にしか用いられていないことが指摘された後、特に行政執行における通常の手続は一定の時間を必要とするため、急迫の危険に対応するためには例外的に手続の省略が必要であることが示された。そして、このことを前提として立法化されている「即時執行」は、連邦及び州の一般行政執行法において一般的に「先行する行政行為なき強制手段の適用」として規律されていることはともかく、概念自体に対する批判が従来有力に存在していること、警察法上の類似の概念として「直接執行」があるものの、それは歴史的にも現行法制度上も一般行政執行法における上記の例外的手続と機能的に同種の存在であることから、これらをまとめて即時強制として考察することが適切であるという観点が示された。次に、そのドイツにおける即時強制の要件が整理検討された上で、その法的性質に関して、かつて私人の権利保護の観点から行政行為の擬制を肯定する見解が支持を集めていたが、現在では行政訴訟法制の進展及び行政手続法との整合性を踏まえて端的に事実行為と解する見解が支配的地位を占めていることが紹介された。その帰結として、即時強制は、行政執行の例外的かつ最終的な手続であるとともに、先行する行政行為を発することができるのか又は発する意味があるのかの判定が困難な程度の時間的切迫性が必要不可欠であることも指摘された。さらに、近年、州の一般行政執行法において明文で規律されつつあり、また、即時強制に係る規定の勿論解釈により許容される略式手続の要件及び法的性質が検討され、わが国の行政代執行法上の緊急代執行と類似する略式手続との関係においても、即時強制は例外的存在であることが示された。結局、即時強制はエンフォースメントにおける例外中の例外の手続であって、わが国においてもその立法化には慎重であるべきこと、行政庁の勧告に従わない私人に対する即時強制を認める実定法の勿論解釈として、先行する行政行為の発付権限を導きうること等が示唆された。

本報告の後、公衆衛生行政における基本権の制約、強制概念等



に関する質疑応答が行われた。

* * *

平成 21 年度 第 11 回社会秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 22 年 3 月 30 日 (火) 13:00~17:30

◇場 所：京都大学法経本館 第 1 演習室

◇報 告：岸野 薫氏 (香川大学法学部准教授)

「間接差別正当化の構造

—Hampson テストの意義と射程」

【概要】本報告は、間接差別の成立の有無が問題となった *Hampson v. Department of Education and Science* [1989] I. C. R. 179 (以下、*Hampson* と表記) を分析することにより、主に、間接差別の正当化の構造を明らかにし、その射程を探るものである。

本報告では、まず、正当化の構造の検討に先立って、事実の概要、判旨の検討が行われた。*Hampson* において示された判例理論は、以下のようなものである。

主な争点は、①教育科学大臣は人種関係法 41 条 1 項 b 号の免責を主張できるか、②いかなる基準によって、間接差別の成立阻却要件 (同法 1 条 1 項 b 号) の充足を判断するか、の二点である。①については、控訴院は二対一に別れ、免責の主張が認められた。②について、*Balcombe* 裁判官は、成立阻却要件たる「正当であること (justifiable)」の充足に関して、*Ojutiku* 判決における *Stephenson* 裁判官の意見に依拠し、justifiable 要件は、条件のもたらす差別的効果と条件を課す者の合理的な必要性 (reasonable needs) との間に、客観的な均衡を求めるとであると判示した。

つづいて、正当化の構造の検討が行われた。検討に先立ち、*Hampson* テストの置かれた歴史的文脈に注目がなされた。合衆国・EC の諸判例がイギリスの間接差別禁止に及ぼした影響のみならず、イギリスの国内判例の変遷にも目が向けられ、それぞれの判例・決定中の「必要」という語の意味について検討が加えられた。こうした歴史的文脈を踏まえた上で、*Hampson* テストの位置づけがなされ、その厳格度については慎重な評価が必要であること、同テストは、EC 判例 (*Bilka* 事件) ほど厳格なものではないが、間接差別の正当化に関する国内判例の中では、一つの転機となった判決であること、が示された。

上記報告に対しては、日本法でもしばしば用いられる「必要」という語の有する意味、「比較衡量」と「目的・手段審査」の関係、さらには、間接差別につきまとうコストを違憲審査基準論においてどう定位するのかといった諸問題について、議論がなされた。

* * *

平成 21 年度 二部会合同研究会

(第 7 回市場秩序形成部会研究会、第 11 回エンフォースメント部会研究会)

◇日 時：平成 22 年 3 月 31 日 (水) 14:00~17:00

◇場 所：キャンパスプラザ京都 2 階 第 2 会議室

◇報 告：佐藤 勤氏 (南山大学法学部教授)

「信託目的達成のために必要な行為をする者の責任について—東京地判平成 21・6・29 判決を題材として—」

◇コメンテーター：福井 修氏 (富山大学経済学部教授)



【概要】現代の商事信託においては、信託法上の受託者以外の専門家の能力を利用して信託目的を達成する種類の信託が多く、これらの者は場合によっては受託者と同等、あるいはそれ以上の役割を果たしている。佐藤氏の報告は、このような現状を踏まえ、信託目的を達成するために重要な役割を果たす受託者以外の者についても、一定の場合には、信託法上の受託者概念を拡張し、信託法が定める受託者と同等の義務を課すべきである、との解釈論ないし立

法提言を行うものである。

本報告では、まず、東京地判平成 21 年 6 月 29 日 (金判 1324 号 18 頁) が紹介され、証券投資信託に関する現在の法制度および法解釈の不十分性が示された。次に、証券投資信託においては、専ら投信委託会社が信託財産の処分を決定しているのが実態であるとの紹介があった。佐藤氏は、このような証券投資信託の実態に鑑みると、信託銀行とともに投信委託会社も信託目的を達成するための権限を本源的に有し、両方で権限の分掌がされているとみるべきだ、とする。また、信託における受託者の本質は、信託財産の名義ではなくその管理権を有することにあると解すべきであるとされる。以上に基づき、佐藤氏は、投信委託会社を信託法上の受託者とみなし、投信委託会社と信託銀行は職務分掌のある共同受託者である、したがって投信委託会社もまた受託者としての義務や責任を負うと解すべきである、とされる。さらに、このような考え方を、証券投資信託に限定することなく、信託目的を達成するために重要な役割を果たす者一般に、すなわち信託法一般に妥当させるべく解釈論ないし立法を行うべきであると主張され、その際に受託者と同等の義務を課すべき者の範囲を画するための要素が提示された。

続いて、本報告に対して、福井氏によるコメントがされた。コメントでは、1. 投資信託スキームを投信委託会社と信託銀行との権限分掌と見ることは是非、2. 受託者が複数の場合における信託財産の所有形態が合有とされていることは是非、3. 証券投資信託における証券取引の実態を踏まえたときに証券取引の法律関係をどのように捉えるか、の三点が指摘された。

その後に行われた質疑応答では、投信委託会社を共同受託者と捉えるという報告者の主張の妥当性ないし必要性や、証券投資信託においてはどのように捉えうるとしても、これを信託法一般に妥当する解釈論ないし立法提言として展開することの是非、さらに、現在の証券投資信託スキームにおける信託銀行の役割や、証券投資信託における関係当事者間の法律関係、たとえば証券投資信託における証券取引について誰にどのような根拠で法律効果が帰属するのか、など、きわめて活発かつ多岐にわたる質疑がされた。



助教・研究員紹介

栗田 昌裕 京都大学大学院法学研究科 特定助教

【専門領域】民法

【研究活動】前年度は、憲法による著作権の保障に関するドイツ連邦憲法裁判所の判例と 1990 年代までの学説の議論をまとめ、これを「著作権法における権利論の意義と射程」という題目で公表した。また、この内容に、憲法による著作権の制約に関して、連邦通常裁判所の判例の展開と 1990 年代以降の学説の議論を付け加え、学位論文 (博士) として上呈した。本年度は、学位論文中未公表の部分について論述を補足し、論文として雑誌等に公表するための準備を進めるほか、



ヨーロッパ域内に広がりつつある議論の展開をフォローし、「著作権法の憲法化」にまつわる現代的課題をも検討したいと考えている。

石塚 武志 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】これまでの自身の研究では、近年のドイツにおける行政手続法制の変容について、立法・裁判例を素材として検討してきた。本研究では、「環境法における執行の欠缺と、法執行における公私の役割の変容」をテーマとして、公法上の環境規制を素材に、伝統的な公法的規制の実現（エンフォースメント）の態様の変化を明らかにし、とりわけ、規制目的を実現するための私人の役割について考察したいと考えている。近年、環境規制の執行にあたっては、従来型の規制監督手法に依拠する法執行の限界が認識され、事業主体による自主的な取り組みや公衆による監視を重視する公私の主体の協働的な法執行へと移行してきているとされている。国家と社会の二元性を前提としてきた従来の公法理論と緊張関係に立ち得るこのような法現象に対して、今後いかなる規範的要請が構築されていくべきかについて、ドイツ法における議論をも参照しながら検討していきたいと考えている。



小石川 裕介 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】日本法史

【研究活動】近代日本における公益事業の法的枠組みについて研究を行っている。歴史的に、ある事業が公益事業であるという理解は、決してアプリオリになされるものではない。その事業が開始され、これが普及するにつれて、当該事業は公益的である、ひいては公益事業であるという認識がなされる過程が必要である。



本研究では、これを法史的に把握することを目的としている。すなわち、当該事業の、いわば公益性の表出といった事象に対して、どのような法的対処がとられてきたかを、実証的に捉えることを目指すのである。現在は、日本においてその事業主体が対照的な経緯をたどった、ガスおよび水道事業を中心として、近代日本における公益事業の法的秩序がどのように形成されてきたか、考察を進めている。その法的枠組みに対して、当時どのような問題点が認識され、また解決への提案がなされていたかということを検討することによって、より多面的に本研究を深めていきたい。

野々上 敬介 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】民法

【研究活動】民事上の財産管理制度においては、本人以外の者（財産管理人）によって財産管理が行われる。このとき、いかなる場合に財産管理人の行為の効果が本人（の財産）に帰属するとされるのか。財産管理人は、自らの自由意思により自己の生活関係を形成しうる、すなわち私的自治を享受する主体でもあるが、他方で、財産管理人として本人のために行為すべきであるという地位を占めている。このような地位から、財産管理人は、私的自治の享受主体として自らの生活関係を形成する意思決定の自由が制約されることはないのか、あるとして、それはなぜ、またどの範囲に及ぶのであろうか。このよう



な考察を通じて、財産管理制度における効果帰属の仕組みを明らかにするとともに、私的自治原則の尊重とそれに対する制約のあり方、すなわち、本学術創成研究の目的である「自由と共同性の法システム」の一端を明らかにすることを、研究対象としている。

活動記録 (対象期間：平成22年3月1日～平成22年3月31日)

- 平成22(2010)年
- 3月5日(金) 平成21年度 第4回国際ワークショップ
 - 3月5日(金) 平成21年度 第9回エンフォースメント部会研究会
～6日(土)
 - 3月11日(木) 平成21年度 第5回国際ワークショップ
 - 3月16日(火) 平成21年度 第6回国際ワークショップ
 - 3月19日(金) 平成21年度 第10回社会秩序形成部会研究会
 - ” 平成21年度 第10回エンフォースメント部会研究会
 - 3月20日(土) 平成21年度 第5回市場秩序形成部会研究会
 - 3月24日(水) 平成21年度 第6回市場秩序形成部会研究会
 - 3月25日(木) 平成21年度 第7回学術創成全体会議
 - 3月27日(土) 平成21年度 第7回国際ワークショップ(第1部)
 - ” 平成21年度 第8回国際ワークショップ
 - 3月28日(日) 平成21年度 第9回国際ワークショップ
 - 3月29日(月) 平成21年度 第7回国際ワークショップ(第2部)
 - 3月30日(火) 平成21年度 第11回社会秩序形成部会研究会
 - 3月31日(水) 平成21年度 第7回市場秩序形成部会研究会
 - ” 平成21年度 第11回エンフォースメント部会研究会

編集後記

「学術創成研究通信」第8号をお届けいたします。平成22年3月の研究活動を掲載しております。今回は、海外から研究者をお招きし、数多くの国際ワークショップを開催いたしました。

また、新年度の開始とともに3名の新研究員を迎えました。学術創成研究も中盤を過ぎましたが、これからも実りある研究活動を続けていけるよう、学術創成研究支援室では、技能向上に努め、研究の支援体制をより一層充実させていく所存です。

なお、研究会・国際ワークショップ等につきましては、順次、学術創成研究のホームページに掲載いたします。研究会への参加をご希望される場合には、ホームページをご確認の上、支援室までご連絡を頂きますようお願い申し上げます。



学術創成研究通信 第8号
平成22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@kaken.law.kyoto-u.ac.jp
http://kaken.law.kyoto-u.ac.jp/gakuso/

