

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 | 77 |
| 国際ワークショップ | 79 |
| 部会研究会 | 81 |
| 活動記録 | 86 |
| 編集後記 | 86 |



国際シンポジウム

平成22年度 第1回国際シンポジウム

日澳比較法セミナー：家族構造と社会的給付システム
国際シンポジウム 家族と個人

日時：平成22年9月13日(金)～15日(日)
場所：ウィーン大学法学部

第1部 家族と経済 ++++++

Generational Accounting and Intergenerational Equity

ゲートルン・ビッフル氏 (ドナウ大学クレムス教授)

Family Type and Labor Force Participation in Japan

荒山 裕行氏 (名古屋大学経済研究科教授)
杉浦 立明氏 (拓殖大学政経学部准教授)

日本におけるファミリーフレンドリー施策の展開と評価

瀧 敦弘氏 (広島大学社会科学部研究科教授)

【概要】ビッフル教授は、「世代会計と世代間平等」と題する報告で、財政政策がどのような世代間効果をもたらすかを教える「世代会計」が、財政赤字の伝統的計測方法を強力に補完し、持続可能な経済発展の指標としてより優れたものだとして評価する。オーストリアでは、1970年から1995年にかけて社会保障支出等の増加により公債発行額が増えたが、その後はEMU加盟基準を満たすため減少に転じた。他方、日本はGDP比で192%の公債発行額となり、世界でも最高水準である。さらに、ビッフル教授は、オーストリアの歳出・歳入の現状を分析した上で、同国の財政政策の世代間・世代内効果について判定を下すために世代会計に検討を加える。そして、結論として、同国の財政政策が現代世代に有利な方向でバランスを欠いており、そしてこのアンバランスを課税により是正するならば、将来世代は今日の新生児に比べ83%も高い生涯課税負担が課せられることになる、と分析した。



次いで、杉浦准教授は、荒山教授との共同報告において、過去数十年の日本における労働と家族生活の変化を各種統計資料、とりわけ労働市場における女性の状況を表わす統計や、時間配分についての人々の合理的選択に関する統計を用いて明らかにした。現在の日本社会のキーワードは高齢社会であり、戦後急速に高齢化したこと及びそのスピードが欧米諸国に比べて著しく速かったことを提示して、家族関係の変容を説明した。家族関係の変容として、男女別・年齢別の未婚率の変化、構成員数にみる家族タイプの変化、家族関



係にみる家族タイプの変化、結婚希望年齢や結婚後の妻への就労継続希望にみる男女の違いとその変化、デートか残業かの選択にみる男女の違いとその変化、既婚・未婚別にみる年齢別就労状況(パート労働か否かの差異も含む)に関する男女の違いと年齢による変化などを統計資料から提示し、分析を行った。また、共同報告者の荒山教授は、本シンポジウムのテーマ全体に関連づけて、家族を労働供給の要素として加えた市場均衡に関する一般理論の可能性と展開について、自らの見解を提示した。



さらに、瀧教授は、家族の変容と社会・経済の変容の相関関係が企業にも影響を及ぼすとの観点から、企業活動における女性労働力の活用がどのように目指されてきたかという問題を取り上げ、とくに近年の重要な政策課題となっているワークライフバランスの実現という課題に政府や企業がどのような取組みを見せているかを整理し、分析を行った。瀧教授は、長期的人材育成を重視する日本の雇用制度が女性を基幹的職種から排除してきたことを指摘した上で、ワークライフバランスの概念とその歴史的変遷に検討を加え、その上で、わが国のファミリーフレンドリー施策とその影響を整理する一方、その中でも女性のキャリア形成にとって重要とされる育児休業制度と短時間勤務制度を取り上げて、制度概要とその活用実績を確認し、検討を加えた。

第2部 刑法における家族 ++++++

Kindesentführung durch einen Elternteil

(親権者による未成年者略取罪)

中森 喜彦氏 (近畿大学法科大学院教授、京都大学名誉教授)
酒巻 匡氏 (京都大学大学院法学研究科教授)
高山佳奈子氏 (京都大学大学院法学研究科教授、研究分担者)

【概要】高山教授は、中森教授・酒巻教授との共同報告において、国際的にもしばしば問題となる親による子の連れ去りを取り上げ、最近の3件の最高裁判例をふまえて、日本の刑事法がいかに対応すべきかについて考察を行った。澳・独・仏の類似の刑事立法と比べれば、日本の刑法224条「未成年者略取罪」及び226条「所在国外移送目的略取罪」は、未成年者を一律に扱っている点、親族等による行為も条文上特別の扱いをしない点、法定刑が重い点に特徴がある。子の連れ去りに関する近年の3つの最高裁判例(平成15年3月18日決定、平成17年12月6日決定、平成18年10月12日判決)では、一方の親が他方の親から子を奪取した場合に原則として未成年者略取誘拐罪の構成要件該当性が肯定された。しかし、未成年者略取誘拐罪の保護法益については、未成年者に対する監護権とともに、あるいはそれに代り、未成年者の自由もしくは安全またはその両方とする近時の有力説がある。高山教授らによると、かかる見解も



ふまえれば、判例理論のように、子の所在が一方の親のもとから他方へと移されることで直ちに法益侵害があったと見ることはできない。また、刑法と民法の関係から見ても、連れ去りが親子の情愛に起因することも珍しくなく、家庭裁判所による民事的解決を排除する仕方での刑法・刑罰の使用には疑問が残るとされた。

第3部 家族と社会保障システム+++++

生命医療倫理における家族の扱いをめぐる —日本の現況についての批判的覚書—

田中 成明氏 (国際高等研究所副所長、京都大学名誉教授)

Kinder und Ehe im Sozial(versicherungs)recht

(社会(保険)法における子と夫婦)

ミヒャエラ・ヴィンディッシュ＝グレース氏 (ウィーン大学准教授)

Familie und Pflege - Überlegungen zur Rechtsgestaltung

(家族と介護一法改革に関する検討—)

ヴォルフガング・マーツァール氏 (ウィーン大学教授)



【概要】田中教授は、生命医療倫理をめぐるいくつかの代表的な問題における家族の扱いについて、日本の現状をふまえ、問題点を指摘した。まず、臓器移植については、今般の臓器移植法改正により、本人が書面で提供意思がないことを表示していない限り、家族の同意での脳死判定・臓器提供が可能になったことなどを挙げ、家族・親族の責任・負担を一段を重くするもので、適切かどうか疑問であるとした。また、延命治療中止については、医師の刑事責任の問題としては、「患者の最善の利益」方式に基づく家族と医師の共同行為という構成を評価しつつも、終末期医療全体の適正化にはそれでは役立たず、たとえば成年後見制度の医療への適用領域の拡大を検討すべきではないかと説いた。さらに、生殖補助医療については、法的規制・ルールがなく、関連医学会等の自主的規制が必ずしも実効的でないという実情をふまえ、「脳死臨調」に匹敵する組織を内閣か国家に設置し、法的対応体制の整備が避けられない段階に達していると指摘した。



次いで、ヴィンディッシュ＝グレース准教授は、オーストリアの社会保険システムにおける家族、とくに子と夫婦の位置づけについて整理・検討を行った。同准教授によると、民間保険と比べた場合の社会保険システムの特徴は、所得を基礎とし、家族との関係する点にあり、保険料は所得の一定割合で算出される。もっとも、給付について所得を基礎とするのは、年金保険と失業保険のみであり、再分配の視点をもつ医療保険では、保険料額や個々のリスクにかかわらず、すべての被保険者が必要な現物給付の請求権を持つ。他方、家族の特権については、医療保険では、子ならびに配偶者および登録パートナーも、家族として費用負担なしに共同保険の適用を受ける。年金保険においては、子と配偶者に対する遺族給付が定められている一方、生活最低費の保障に関しても、子とパートナーの存在が請求権の存否や額に影響する。

さらに、マーツァール教授は、在宅医療看護の公的医療保険上の義務的給付化(1991年)、税を財源とする介護手当の導入(1993年)といったオーストリアの介護・世話給付制度の現状をふまえ、そこに見られる問題に鑑みて、社会の変化に対応した介護給付保障の制度改革について検討を行った。マーツァール教授は、人口や医療の予想される展開、連邦制をとる同国の憲法上の枠組み、さらに財政面の事情も考慮した上で、介護保険制度の導入を否定し、むしろ資金調達の仕事としては連帯に基づく確保の意義を強調する。そして、州による前提状況の相違に注意を払いつつ、一方では介護給付の組織や質における多



様性と選択の自由を強調し、他方では要介護度の認定と管理機関・資金調達についてはオーストリア全土で統一すべきだとし、介護基金の創設などを具体的に提言した。

第4部 家族と個人+++++

日本の家族法における非法律婚と非嫡出子

木南 直之氏 (新潟大学法学部准教授)

日本の社会保障法における家族と個人

皆川 宏之氏 (千葉大学法経学部准教授)

家族の変容と家族モデルの再検討

木村 敦子氏 (京都大学大学院法学研究科准教授)

Aktuelle Fragen des Familienrechts in Österreich

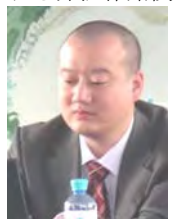
(オーストリアの家族法の現代的問題)

ブリギッタ・ツェヒリンク＝ユート (ウィーン大学教授)



【概要】皆川准教授は、日本の社会保障制度における家族の位置を説明した。まず、年金・医療・介護保険等には、負担と給付を「世帯」を単位に設計・実施する制度があり、これについては片働き・共働き・単身世帯との間の不公平感も指摘され、ライフスタイルの選択に対して中立的な制度となるよう、個人単位の制度への転換を説く見方も主張される。また、児童や障害者の場合のように、個々の家族構成員の特性・事情を考慮し、当該構成員の権利・利益の実現を家族の共同生活のみに委ねるのではなく、社会連帯の原理から当該構成員のために一定の保障を行うべき場合もあると指摘した。

次いで、木南准教授は、現代の日本の家族法において、家族の中における個人の保護という問題が顕出する2つの典型的事例を紹介した。一つは、内縁または事実婚などと称される非法律婚関係であり、これを民法上の位置づけ(準婚理論を含む)、法的効果における法律婚との違い(氏、相続)等の点から説明した。もう一つは非嫡出子であり、下級審の裁判例や近時の最高裁の動向もふまえ、とくに憲法14条が定める法との下の平等との関係における問題点を指摘した。



さらに、木村准教授は、夫婦と未成年子からなる性別役割分業型の婚姻家族が、日本の家族法や社会保障法などにおける家族モデルとされてきたという指摘を挙げる一方、家族の多様化・個人化や個人のライフスタイルの尊重によって家族像が揺らいでいる今日の状況をもふまえ、近時の日本法学における家族像についての3つの見解、すなわち、(1)婚姻家族モデル、(2)個人主義的家族観、(3)契約的家族観を紹介し、これらに見解に対し、とくに、①婚姻家族モデルを維持するか個人に焦点をあてるか、②家族関係に対して法はどんな役割を果たすか、という2つの観点から検討を加えた。さらに木南報告を受け、各見解による事実婚の扱いについても考察を行った。

最後に、ツェヒリンク＝ユート教授が、夫婦財産契約とパッチワークファミリーに関する2009年のオーストリア家族法改正を取り上げ、新制度の内容と背景を説明し、未解決の問題点を指摘した。まず、夫婦財産契約に関する規定の改正により、婚姻住居に関する形成の自由が上げられ、また事前の合意が夫婦の蓄財のみならず夫婦の使用財産にも許されることになった。他方、パッチワークファミリーについては、実親と婚姻したパッチワーク親(継親)には、その配偶者に対する補佐義務が課された。またパッチワークファミリーで家族生活を営んでいるすべての成年は、子の福祉を保護するために子に対する補佐義務を負うこととなった。これにより、夫婦財産契約における夫婦の形成の自由の拡大と、現代的な家族生活のあり方への



配慮が進んだが、立法者のもともとの願望が完全に実現されているわけではないため、判例がこの問題に取り組む際にその立法者の願いを見失わないことが肝要であるとした。

国際ワークショップ

平成22年度 第1回 国際ワークショップ

アルマンド・イリザリー氏

(Armando Irizarry : 米国連邦取引委員会、知的財産専門官)

米国における「知的財産権と反トラスト法」：近時の動向

Antitrust, Competition and Intellectual Property
Developments in the United States

日時：平成22年4月9日(金) 15:00~18:00

場所：キャンパスプラザ 6階 第8講義室



【概要】本報告は、米国の連邦取引委員会 (FTC) における初の知的財産専門官として活躍されている Irizarry 氏による、米国における FTC の活動、ならびに米国における反トラストと知的財産権をめぐる近時の動向を紹介するものであった。

まず、知的財産に関わる FTC の活動について紹介された。FTC の活動内容は、大きく分けて、反トラスト法の執行、政策分析、ガイドラインの作成、裁判所やその他の機関へのアドボカシー (唱道)、

の4つに分けることができる。FTC は、これらを通じて、ともにイノベーションや消費者厚生を増大させる反トラストと知的財産につき、両者の調和的な政策の発展を図っている。

続いて、知的財産に関する FTC の主要な活動分野につき紹介がなされた。その中でも、近時 FTC が非常に重要視している問題の一つとして、リバース・ペイメントの問題について特に詳説された。リバース・ペイメントとは、製薬の分野において、先発医薬品の特許を有している製薬会社が、後発医薬品開発会社に対して、後発医薬品の市場への不参入ないし参入時期を遅らせる合意とともに和解金を支払うことをいう。このような合意は反競争効果を持ちうるが、他方で先発医薬品開発会社の有効な特許権の保護という観点で交錯することが、この問題を困難なものにしている。これまでの多くの裁判例ではリバース・ペイメントが必ずしも反トラスト法に違反しないとされてきたが、FTC はこれが反トラスト法に違反するという立場を取っており、またこれを法律によって規制する道を模索している。

次いで、N-Data 事件が紹介された。本事件の特徴は、特許の有効性判断に踏み込むことなく反トラスト法違反を認定したことと並んで、その認定に当たり、シャーマン法 (1・2条) に依拠することなく、FTC 法5条 (「不正な競争方法」) のみが適用されたことである。本件において FTC の取った措置自体は概ね好意的に受け止められたが、この「不正な競争方法」という要件を限定する原理が何であるのか、という懸念が同時に惹起されることとなった。Irizarry 氏は、この説明は今後の課題である、と指摘された。

さらに、近時の注目すべき一連の連邦最高裁判例が挙げられ、特に KSR 判決 (2007) と eBay 判決 (2006) がその重要なものとして紹介された。KSR 判決は、特許要件の一つである自明性の有無の認定につき、それまでの連邦巡回控訴裁判所 (CAFC) の判断基準よりもより柔軟なアプローチを採るべきであるとした。また、eBay 判決は、特許権侵害に対する救済として恒久的差止を認めるかどうかにつき、CAFC の従前の基準よりも厳格な、伝統的なエクイティ法上の四要素テストを適用するとした。これら一連の判決に対して、これらは米国のプロパテントの時代の終焉

を意味するものではなく、これまでの CAFC の行き過ぎを調整するものである、との Irizarry 氏の評価が示された。

引き続き行われた質疑応答では、特許と標準化機関の問題に関するラムバス事件における、米国の審決と欧州委員会の審決の相違、などに関して質問がなされた。

* *

平成22年度 第2回 国際ワークショップ

クリストフ・H・サイプト氏

(Prof. Christoph H. Seibt :

弁護士、ブツェリウス・ロースクール特別教授、京都大学招聘教授)

ドイツにおけるコーポレート・ガバナンス

—二層制ボードシステムと60年間にわたる従業員参加—

German Corporate Governance:

Two-Tier System with 60 years of Employees' Representation

<京都セミナー>

日時：平成22年6月30日(水) 14:45~17:30

場所：京都大学百周年時計台記念館 2階 会議室IV

<大阪セミナー>

日時：平成22年7月6日(火) 17:30~19:30

場所：大阪市立大学 梅田サテライト教室



【概要】2010年6月30日京都において、また、同年7月6日大阪において、ドイツにおける株式会社の経営機構を素材にワークショップを開催した。

ドイツの株式会社においては、会社の経営を担当する取締役は、監査役に選任されるが、この監査役会の構成員の一部は株主総会により、一部 (3分の1、従業員が2000超の企業においては半数) は従業員により選任される (いわゆる企業レベルの共同決定制度)。

このようなドイツの共同決定制度に関しては、ドイツ国内においても賛否両論ある。共同決定制度の長所としては、事業遂行上のノウハウや (産業別労働組合から派遣される従業員代表により) 当該企業を超えた各産業部門全体を眺める視点が監査役会にもたらされること、従業員代表は監査役会でなされる決定を従業員に伝える仲介役として機能する結果、国際的にみてドイツにおいてはストライキの割合が非常に低いことなどが挙げられる。一方、その短所としては、ドイツの監査役会は、人数が法定されていることにより規模が大きすぎることで、共同決定制度はドイツ国内の従業員の保護のみを目的としており、今日の国際企業の実情に合わないこと (従業員代表の選挙権および被選挙権はドイツにおいて従事する従業員にのみ与えられる)、従業員代表は、従業員の利益代表として、人事や社会保障に関する事項にのみ関心を見せること、監査役会の決定に時間がかかること、従業員代表と取締役の間のなれ合いから、兼任が禁止されることにより担保されるべき監査役会による取締役の監督が徹底できないこと、諸外国になじみのない制度であるため、外国の投資家にされにくく、有利な資金調達を妨げることなどが挙げられる。

このような観点から、講演者のサイプト氏は、日本の株式会社の経営機構について、以下のように言及した。日本の会社法改正論議においては、従業員により選出される役員導入の可否が議論される際に、従業員の経営参加の代表例としてドイツの共同決定制度が引き合いに出されることが多いが、適法性監査を職務とする日本の監査役 (会) と、重要な経営上の戦略的判断を行うドイツの監査役会は、全く異なる地位にある。また、日本における従業員代表監査役に関する提案をする論者は、その目的として、従業員による情報提供機能も挙げる。しかし、議論すべきなのは、

経営者から独立した者による監視の確保である。ドイツにおける共同決定制度のメリットとして、前述のように従業員の有する知見の獲得や従業員との仲介の確保が挙げられるが、これらは、取締役会がほとんど当該会社の従業員出身者で占められる日本においては、遙かに小さな意味しか持たない。日本の企業内労働組合の位置づけを見ると、従業員の利益が経営上の判断に反映される仕組みを確保されているように思われる。

京都におけるワークショップにおいては、日独における経営者のリクルート方法の違い、報酬の額を立法で規制することの困難さ、ドイツにおけるコーポレート・ガバナンスの規範形成における主なアクター等について質問が出された。一方、大阪においては、ドイツ法学の様々な分野を専攻する研究者の参加を得て、日独の私的・公的団体における制度設計の考え方やリーダー像の違い、従業員の社会的地位の違いなどについて熱心に議論がなされた。

＜東京セミナー＞

エンプティ・ボートینگと隠れた株式保有

—『忍び寄り』企業買収に対処するためのヨーロッパの最近の立法—

Empty Voting and Hidden Ownership Structures:
New Legislation in Europe to Counter Stealth Takeovers

日 時：平成 22 年 8 月 9 日（月）18:00～19:45

場 所：京都大学東京オフィス 会議室

【概要】この 10 年ほどの間にデリバティブ市場における流動性が高まったため、投資銀行やヘッジファンドは、上場会社における株式における、議決権を行使しうる地位と経済的実質（株式投資より得られる収益およびそれに伴うリスク）を享受する地位を実質的に分割し、それぞれ異なる主体に帰属させることを可能とする技術が発展し、米国や欧州などで盛んに利用されるようになってきた。これらの技術は、①株主総会において、それに先立つ特定の日（基準日）に株主であった者に、（たとえその者が後日株式を売却し、総会期日に株主でなかったとしても）議決権行使を認める制度が存在すること、および②多くの国においては、株式の議決権を保有する者が株主として扱われ、株式保有の開示義務の要件は議決権の帰属先を基準としている、という 2 つの法的側面に着目して考案されたものである。

これらによって引き起こされる諸問題は、①議決権を行使しうる地位を有する者の行動が問題となる場合、すなわち株主として議決権を行使している者が、当該株式保有に伴うリスクを負担していないことが問題視される場合には、エンプティ・ボートینگ（empty voting）と呼ばれ、②経済的実質を享受する地位にある者の行動を問題視する場合、すなわち株式保有に伴うリスクを引き受けつつ、他の主体に議決権を帰属させることにより、開示義務その他ブロック株式の保有に伴う法的規制を回避しようとする場合は隠れた株式保有（hidden ownership）と呼ばれる。

エンプティ・ボートینگを行う者は、経済的リスクの負担に比べて不均衡に大きい割合の議決権を保有することにより、会社の行為（株式買取り、特別の配当等）による特別の利益の引出し、合併等における裁定行為等を行い、会社の利益や会社の他の株主の利益を害する結果をもたらすことが多い。隠れた株式保有が行われる主な動機には、企業買収規制の適用を免れ、秘密裏に株式を買い集めることにより、対象会社の対抗措置の発動や競合する買収者の登場を防ぎ、企業買収に必要な買収プレミアムの支払総額を節約すること、外国人による直接投資に対する規制のような企業への資本参加にかかる法律上の制限を回避することなどがある。

講演者のサイプト氏は、ドイツにおける実質的に最初の隠れた株式保有のケースである、シェフラー（Schaeffler）によるコンティネンタル（Continental）の買収劇において、対象会社である後者側の弁護士として、直接この問題に関わった。同事案において採用されたのは、シェフラーが、コンティネンタルの株式を買い集めるにあたり、メリル・リンチとトータル・リターン・エクイティ・スワップ（TRES）の合意をし、メリル・リンチがさらに 9 つ

の金融機関とトータル・リターン・エクイティ・スワップを締結し、実質的にこれらの 9 つの金融機関が小口で（3%未満）買い集め、スワップの決済を通じて、買い集められた株式（合計約 28%）がシェフラーのものになるという仕組みであった。このようなデリバティブ取引の法的な取扱の難しさは、上記のスワップ契約には、金銭による決済が定められており、9 つの金融機関が株式を買い集め、決済においてシェフラーに引き渡す法的な義務を負わない点にある（シェフラーが法的な引渡請求権を有する場合には、シェフラーに開示義務を負わせることは、法技術上（解釈によっても、立法によっても）、難しくない）。ただ仕組み全体を見れば、当該取引を実施すれば、金融機関は経済的な要請から株式を取得してリスクをヘッジするであろうし、金銭決済ではなく、株式の引渡しによる決済が選ばれるであろう、と予測できるにすぎない。取引は非常に複雑な仕組みで作られているため、最終的に株式引渡しによる決済がなされることが予想される場合と金銭決済が期待される場合を類型化することは難しい。実際にドイツにおいても、本件においてシェフラーが開示を行うことなく買い集めを行った行為は、適法であるとされた（その後、ドイツにおいては、類似の問題の一部につき立法的手当がなされつつある）。

本報告は、創造的な商品設計が進められる資本市場においては、その法規制も新しい技術を視野に入れて複雑化せざるを得ない事態を例示し、画一的な事前規制の構築の難しさを認識させ、事前規制と事後規制の望ましい連携を考える素材を提供するものである。報告の後、シェフラー／コンティネンタルのケースの事後処理の仕方、ドイツにおける企業買収規制等について活発な議論が行われた。

* * *

平成 22 年度 第 3 回 国際ワークショップ

シルヴェヌ・ペルツェット氏

(Prof. Sylvaine Poillot-Peruzzetto: トウールーズ第一大学教授)

EU 競争法の私的執行—経済法および国際私法的視点から—

Private enforcement of competition law in Europe

日 時：平成 22 年 8 月 20 日（金）14:00～17:00

場 所：キャンパスプラザ京都 2 階 会議室 3



【概要】本報告では、私訴 private action による EU 競争法の執行に関する経済法および国際私法上の問題について全般的な解説が行われた。

競争法違反行為からの被害者の保護（全額の賠償）の実現、反競争法行為の防止等の観点から、競争当局による公的執行を補うものとして EU 競争法の私的執行の重要性が認められるべきであるが、構成国間での関連する実体法・手続法の不統一、私的執行と公的執行の関連性が未だ明確化されていないこと等から、これは必ずしも容易ではない。

以上の序論に続き、EU 競争法の私的執行に関して議論されている点として、消費者が被害者である場合等の集団的な権利救済方法の必要性、証拠へのアクセス、競争法違反に関する各国の競争当局や各国裁判所の判断の私訴に対する拘束力、過失要件や損害の算定に関する構成国間での統一、転嫁の抗弁、時効、訴訟費用、リニエンシー・プログラムと私的執行の関係について、委員会提案の内容を含めて解説が行われた。

次に、報告では、EU 競争法の私的執行について生じる国際私法上の問題について、設例を交えて詳細に解説が行われ、この問題に関する国際私法上のルールを再検討する必要が指摘された。裁判管轄及び準拠法は、事件が契約に関するものか不法行為に関するものかに応じて、基本的に次のように定められる。裁判管轄については、ブリュッセル I 規則 (Council Regulation (EC) 44/2001)

により、当事者間に管轄合意がない限り、契約に関する事件については被告の住所地（同2条）又は問題となっている義務の履行地（同5条1項）、不法行為に関する事件については被告の住所地（同2条）又は不法行為が行われ又は行われ得る場所（同5条3項）において訴訟を提起することになる。準拠法について、契約に関する事件においてはローマ I 規則（Regulation (EC) 593/2008）が適用され、当事者間の合意がない限り、契約類型に応じて準拠法が定められる（同3条、4条）。不法行為に関する事件においてはローマ規則 II（Regulation (EC) 864/2007）が適用され、影響を受けた又は受けるかもしれない市場地の法が適用される（同6条）。このような裁判管轄・準拠法の決定について問題となる点として、被告が複数いる場合に forum shopping が生じ得ること、EU外の裁判所がEU競争法の私的執行の管轄を担う場合にヨーロッパ的な問題の解決をできないこと、契約に関する事件における準拠法に関してどの程度までEU法が強行法規（ローマ I 規則9条）として適用されるのか（例えば補償の範囲や要件についてもEU法が適用されるのか）が明らかでないこと等が挙げられた。

報告後には、名誉毀損事件の国際裁判管轄に関する Shevill 判決の競争法違反行為への適用可能性、EU競争法におけるADRの意義付け、欧州の現実において私的執行が行われる事案が未だ多くないことの原因、報告において懸念が示された forum shopping の意義等について質疑応答が行われた。

* *

平成22年度 第4回 国際ワークショップ

グンター・トイプナー氏

(Prof. Gunther Teubner: フランクフルト大学名誉教授)

「それでも私はベルゼブブでもって悪魔を追い 払うのだ、…」—ネットワーク機能不全の悪魔学—

"So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...":
Zur Diabolik des Netzwerkversagens

日時：平成22年9月3日（金）14:00~17:00

場所：京都大学法経本館東棟4階 大会議室

【概要】本報告では、ネットワークの機能不全に対する、法的な問題解決へのアプローチについて論じられた。

ヒエラルキーの機能不全問題に対して、ネットワークの内的自律性は有効に機能し得たと評価される。しかしそのネットワークノードの自律性の調整に関して、私法学はその利点ばかりを強調するのみで、その問題点を主題的に取り上げることは今までしていなかったといえる。ネットワークの機能不全に対しては、分権的なその性質を保持したままで統合性を強化するような、ネットワークのための法が必要となる。

その規範化に関して、ネットワークとその法のポテンシャルとして、以下の4点が指摘された。

第1は、自生的な秩序形成である。ネットワークは、契約か組織かというような二者択一的なものではなく、事実行動による社会的コンタクトに基づくものである。そのため、その法的な拘束については、事実的行動に基づきネットワーク化された複数アクターに対し、効果を及ぼすことが必要である。

第2は、カップリングの二元性である。ネットワーク利益は、たとえば組織間ネットワークのように、緊密なカップリングとゆるいカップリングの同時性によって、明白になるものである。この二元性は、その法的義務に関しても考慮されるべきであり、契約領域における厳密に特定された交換義務と、ネット領域におけるむしろ未規定な協力義務と情報義務という二元論として理解される。



第3は、決定の反復である。特に法的なネット行為の反復は、(1) 時間的には法的行為の時間化、(2) 内容的には義務の状況特定の具体化、(3) 社会的にはネットによる分権的な決定の相互的受容、といった各次元において、ネットワークの不確実性を吸収しうるのである。

第4は、集合体なき集合体志向である。ネットワークは、超主体的な集合ポテンシャルとして、集合的人格の行為能力とその代表単位との結合が切り離される。「多体的アクター」として、個々のノードのみを通じて行動するが、集合的アクターとしての特性を失うことはない。これに対して、法は、各ノードの環境とネット全体に対する反省的自律性を高めるために、法的義務をノードとネット全体に課す必要があり、それは規制ネットワークによるネットワーク規制という形式が望ましく、また、内部の調整の失敗に対しては、関与するノードの連帯債務に類似する責任規範で対応するという、インターフェース責任が適切である。

このように、ネットワークとその法におけるポテンシャルを現実化していく際、機能不全となりうる不確実性は、その存在を受け入れ、またそのコントロール可能性を高めるように、目的志向的に対処すべき必要があると論じられた。

報告後、質疑応答においては、ネット契約のメルクマールやその利点、契約結合との差異、インターフェース責任のネット性、ネットに対する外部関係の基準性など、盛んな議論が行われた。また、トイプナー教授自身からは、本報告におけるネットワークの、(1) 法律学的意義、(2) 時代性的把握、(3) 非全体主義的性質が、その補足として述べられた。

部会研究会

平成22年度 第1回市場秩序部会研究会

◇日時：平成22年5月22日（土）14:00~17:00

◇場所：キャンパスプラザ京都6階 第8講習室

◇報告：和久井 理子氏（大阪市立大学法学部特別研究員）

「著作権と独禁法・競争政策」

◇コメンテーター：松村 信夫氏（大阪市立大学法学部特任教授、
弁護士、日弁連知的財産制度委員会委員長）

竹田 透 氏（文化庁長官官房著作権課

著作物流通推進室室長補佐）

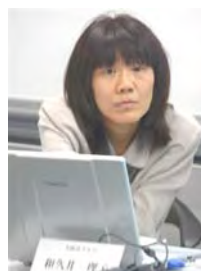
川濱 昇 氏（京都大学大学院法学研究科教授、研究代表者）

宮井 雅明氏（立命館大学法学部教授）

【概要】知的財産権は、その権利の性質上、競争政策と密接に関連し、必然的に独占禁止法との関係が問題となる。本報告は、知的財産権のうち著作権を取り上げ、これと独禁法との関係を検討するものである。本報告では、両者の関係を検討するに当たり、著作権の利用につき独禁法の適用が問題となりうる領域においていかなる実態があるか、そのような実態の下でどのような問題が生じる可能性があるか、ということ进行を明らかにすることを主眼に置いて、まず、これまで問題となった著作権の利用に係る独禁法違反行為につき、その概要が紹介された。また、時間の関係上あまり触れることができなかったが、公正取引委員会のガイドライン「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を参照し、著作

権と独禁法との関係が問題となりうる点を詳細かつ網羅的に分析した資料が紹介された。

著作権の利用に係る独禁法違反行為の概要では、公取委が法的措置をとった事件、及び公取委の事業活動相談に対する回答がされた事例が紹介され、報告者による分析が加えられた。前者については、公取委による『平成21年度下半期総合評価書』中の「知的財産権の利用に係る独占禁止法違反行為（概



要)で取り上げられた著作権に関する事例を中心に、計8例が紹介された。また後者については、著作物再販対象商品と非適用除外品のセット販売に関するもの、音楽配信サービスにおけるコンテンツプロバイダーによる価格の指定に関するもの、事業者団体による音楽著作権情報の集約化及び集中処理に関するもの、の3件が紹介された。さらに、以上と異なり公取委が関わったものではないが、キャラクターの著作権をめぐる行政と原案者の間で民事調停が行われた事案が紹介された。

報告の後、コメンテーター及び研究会参加者を交え、活発な議論が行われた。報告者により紹介された従来の事件との関係では、著作権の権利行使と独禁法の適用が正面から問題になった事件はそれほど多くはないこと、特に、そこで問題となった行為が著作権の権利行使として法的に認められる範囲内の行為であったかが疑わしいものがあること、などが指摘された。また、同じく知的財産権である特許権に関わる問題として、著作権と特許権の間には独禁法の適用に関して、著作権と特許権の性質の違い、特に市場支配力の形成のあり方に起因する相違があることが指摘された。具体的事件を離れた議論としては、近時利活用が進んでいるデジタル化された出版物について、著作権の保護とデジタル化された出版物の円滑な利活用との調整の問題、などが取り上げられ、議論が交わされた。

* *

平成22年度 第1回社会秩序形成部会研究会

- ◇日時：平成22年6月13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Ⅰ：石田 剛氏(同志社大学大学院司法研究科教授)
「財貨獲得をめぐる競争秩序
—背信的悪意者排除論を手がかりに—」
- ◇報告Ⅱ：青竹 美佳 氏(広島修道大学法学部准教授)
「相続権の根拠について」



【概要】石田報告：本報告は、不動産物権変動法における背信的悪意者排除論を、憲法上の原理間衡量の問題として分析するものである。

まず、本報告では、憲法29条3項の公用収用規定から「社会全体の利益増進のために、個人の財産権を、金銭による正当な補償と引き換えに剥奪することは、許される」という一般原理を抽出し、これによって私法規範の解釈を方向付ける可能性が示された。

その上で、民事立法のルールについて、以下のような評価が行われた。

第一に、不動産二重譲渡の事例では、排他性のない所有権に対して、譲渡人の行為自由と第二譲受人の競争利益が対抗利益となっている。後者は、私的利益と公共の利益の二重性を有しているため(競争秩序の重層性)、財産権の保障に優越し、悪意であっても登記を先取得した第二譲受人に所有権の帰属を認めるべきだという結論が導かれることになる。これに対して、第一譲受人の財産権の保障は、譲渡人に対する損害賠償請求権によって図られることになる。

第二に、動産二重譲渡の事例では、占有改定による引渡し認められているため、外部的な変化なしに対抗要件を具備し、排他性ある所有権を取得できる。そのため、第二譲受人は、通常、そもそも競争秩序に入らないものとして処理され、その保護は、民法192条の善意取得によって図られることになる。しかし、ここでは、第一譲受人は排他性のある所有権を取得しているのだから、書かれざる要件として有償性を読み込むことによって、損害賠償請求権の実効性を担保すべきである。

次に、本報告は、最高裁判所による民法177条の解釈を概観した。

第一に、判例は、変動原因を問わず、全ての物権変動に民法177条の適用を認め、およそ物権変動は登記しなければ対抗できないというルールを確立することによって、民法制定時の競争秩序の維持という姿勢を貫徹している。

第二に、判例上、一貫して差押債権者・配当加入債権者は「登記欠缺を主張する正当の利益」ある者に含まれている。ここでは、責任財産の担保利益と登記を起点とする不動産強制執行秩序の安定性確保の要請とが対立しており、前者が公益性を帯びるため、差押債権者の保護が図られたものと言える。

第三に、背信的悪意者排除論は、個別規定では網羅的に不正な競争者を排除できないために、矛盾行為の禁止という信義則を通して、許されない競争行為の排除という思想を具体化したものである。

第四に、背信的悪意者排除論は、相対的無効と同様の効果を発生させるため、信義則違反を理由として属人的に権利主張を阻止するという構成を採ったものであり、公序違反に対処する点では公序良俗則と変わらない。

第五に、詐害行為取消権の被保全権利に特定物債権が含まれるという判例も、財産権保障の文脈で理解することが出来る。

以上のように、背信的悪意者排除論は、個別に事後的に財貨の有効利用を阻害するような行為をチェックし、社会全体の利益増進を図る理論装置として機能している。

本報告に対しては、憲法上の保障として、いかなる基本権からどこまでの要請を想定するかを中心として活発な質疑応答が為された。



青竹報告：本報告は、ドイツ法との比較法を素材として、相続権の根拠を論じるものである。

まず、法定相続権と遺留分権が区別され、前者については①紛争解決や②新しい相続制度を構想する上で、後者については③遺言の自由の制約という観点から、それぞれ根拠を考察することに意義があると指摘された。

第一に、法定相続権の根拠として、意思説、生活保障説、死後扶養説及び潜在的持分の払戻し説が紹介され、最後の見解が現在の民法学説で最も支持を得ているものの、批判があることなどが指摘された。また、取引の安全や無主物化回避の要請が補強的な論拠として挙げられるが、中心的な論拠とはなりえないこと、血縁説は法学的に不合理な主張であることが指摘された。

第二に、遺留分権の根拠は、法定相続権の根拠とも重なるところも多いが、意思説は妥当しないこと、各見解に対する批判も同様に当てはまることが指摘され、遺留分権に特有の見解として親族連帯説が紹介された。

続いて、遺言の自由の意義については、民法上、遺言自由と法定相続のいずれを原則とするかについて対立があるのに対して、憲法上は、遺言の自由は財産権保障や私的自治に位置づけられ、遺留分はその制約とされているが、批判もあることが指摘された。

その上で、相続権の憲法上の根拠として、憲法24条2項の文言が挙げられ、同規定が法定相続権や遺留分権の保障については中立的であることが指摘された。これに対して、遺言の自由は、前述のように憲法上保障されているため、遺留分権を憲法上維持できるかどうかの問題になるとされた。

さらに、本報告では、ドイツにおける相続権の根拠が紹介・検討された。

まず、ドイツ相続制度の基本的構造として、遺言の自由が民法上規定されていること、法定相続人の地位の保障はないこと、遺留分権が保障されていることなどが紹介された。

次に、基本法上の相続権の根拠として、基本法14条1項の財産権保障と同6条1項の婚姻及び家族の保護が挙げられ、日本との相違として、相続権の主たる内容が「死者の側の相続させる権利」と理解されている点が指摘された。そのため、第一に、財産権保障との関係では、遺留分権は、学説上も、遺言の自由に対する制約と捉えられる傾向にあること、第二に、家族の保護との関係では、家族内の連帯を支援する制度として、家族の保護につながる限りにおいて、遺留分が廃止できないとされていることが指摘された。

そのため、連邦憲法裁判所は、基本法14条及び同6条により遺留分権が保障されると判示した。ただし、学説では、遺留分権の根拠として、家族の生活保障、家族内の連帯、家族内の財産分

配及び公平性維持のそれぞれを主張する見解があり、論争がある。

最後に、本報告では、ドイツ法からの示唆として、遺言の自由を私的自治の死後への拡張とみなし、財産権保障に含める可能性が示された。

本報告に対しては、遺言自由と法定相続の何れを原則とするか、遺留分権は許容されるだけなのか要請されるのか、などの点について、主として日本法の理解に関わる質疑が行われた。

* * *

平成 22 年度 第 1 回エンフォースメント部会研究会

◇日 時：平成 22 年 6 月 18 日 (金) 14:00~18:00

平成 22 年 6 月 19 日 (土) 9:30~14:30

◇場 所：国際高等研究所 セミナー1

◇報 告：松尾 陽氏 (京都大学大学院法学研究科助教)

「ポスト規制国家の犯罪予防-状況的犯罪予防論を手掛かりとして」
佐藤 彰一氏 (法政大学法科大学院教授)

「成年後見と自己決定支援-日本の司法と福祉の現状」

霜田 求氏 (京都女子大学現代社会学部教授)

「脳・心・行動-自由意志と責任概念の再構築に向けて」

田中 成明氏 (国際高等研究所副所長、京都大学名誉教授)

「生命倫理学における Principlism 論争から何を学ぶか?」



【概要】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-」との共催で研究会を開催した。

松尾報告：松尾氏は、近年イギリスで犯罪予防手段の一つとして注目される状況的犯罪予防論を取り上げ、それが前提する人間観・秩序観に着目することで、規範的秩序の変遷を読み解いた。犯罪原因の特定と治療というリハビリテーション・モデルの衰退を契機に、

より実効性のある犯罪防止策を目指すこの考えは、犯罪の原因・素質でなくその機会に着目し、犯罪機会を操作によって犯罪減少を達成しようとするものである。かかる見解の背後に非道徳的人間観を看取する松尾氏は、これが福祉国家の理想である人間の完全可能性の断念と関連すると説く一方、互いの自律を目指す積極的尊重型リベラリズムから互いの内面に立ち入らない消極的尊重型リベラリズムへの移行をそこに見て取った。

佐藤報告：佐藤教授は、認知症高齢者や知的障害者等を措置対象から契約当事者とする社会福祉基礎構造改革に種々の問題点があることを指摘した。日常生活自立支援事業は、予算的裏付けの不十分さや制度上の矛盾から十分に活用されておらず、また成年後見制度には、被後見人になると選挙権がなくなる等の転用問題があるほか、取消権を行使できるため銀行口座が事実上持てない等の問題も生じている。しかも、後見人選任の任を負い選任後もそれに引続きかわる裁判所の負担も増大し、当初の趣旨に叶った運用が困難である。海外での取組みとも比較しながら佐藤教授は、後見支援のディレンマにつき、本人の思いを本人の生き方にどう活かすか、その人らしく生きる自己決定とは何か等の点で検討を加えた。

霜田報告：霜田教授は、脳神経科学関連文献に見られる、脳状態と心的活動・性向と身体活動の関係をもつば因果的な関係として捉える思考を、「脳心身因果説」的思考と名付け、その背後に物理主義・還元主義・行動主義があると指摘する一方、遺伝子中心主義・優生学的社会学・心理主義との関連性も説いた。そして、脳心関係、道德脳、社会脳、犯罪脳、遺伝子と脳などの点につき、脳心身因果説的な言説を具体的に検討した上で、かかる見方の問題点として、外部環境世界との相互作用や各関係の相互往還性を副次化する点などを挙げた。最後に自由意志と責任の問題に関して、



<原因-結果>でなく<根拠-帰結>という視点の重要性に言及しつつ、脳が他者との関係の中でネットワーク化する結節点であり、それが自己変容するという人間理解をすることで、自由意志を守られるのではないかとの見方を示唆した。



田中報告：田中教授は、T. L. Beauchamp & J. F. Childress 著『生命医学倫理』が採用する principlism が、同書が版を重ねる中で、①K. D. Clouser, G. Gert ら単一共通道徳理論、②A. R. Jonsen, St. Toulmin の決疑論、③H. S. Richardson, D. DeGrazia の specified principlism、以上 3 方面からの批判や修正提案を受け、どのように変容してきたかを検討した。田中教授は、従来決疑論との対比で問題にされてきた principlism について、むしろ単一共通道徳理論との関係をどう捉えるかが重要であると示唆する一方、specified principlism については、J. Rawls の反省的均衡の発想を具体的ケースに下ろし、討議的合理性を確保する一種の整合性基準を説くものとして、その主張内容に関心を示した。その上で、Beauchamp らがどのような仕方でも反省的均衡や共通道徳理論を導入し、principlism に修正を加えたかを検討し、それをふまえて、Bioethics の学問的性質や正当化の方法に関して残された課題を指摘した。

* * *

平成 22 年度 第 2 回市場秩序部会研究会

◇日 時：平成 22 年 6 月 18 日 (金) 13:00~17:00

◇場 所：メルパルク京都 4 階 研修室 2

◇報 告：黒沼 悦郎氏 (早稲田大学大学院法務研究科教授)

「投資者保護のための法執行」

前田 雅弘氏 (京都大学大学院法学研究科教授)

「インサイダー取引規制」

潮見 佳男氏 (京都大学大学院法学研究科教授)

「虚偽記載等の損害賠償責任」

【概要】平成 22 年度日本私法学会シンポジウム準備会を兼ねて研究会が開催され、金融商品取引法の現在の課題について報告および質疑応答が行われた。

I. 黒沼悦郎氏の報告では、市場外で行われる投資詐欺事件の防止と救済に金融商品取引法を役立てるための解釈論と立法論が展開された。

具体的には、第 1 に、集団投資スキーム持分の定義を柔軟に解釈することにより、どこまで投資詐欺事件の被害者に金融商品取引法による保護を与えられるかの可能性が検討された。

第 2 に、課徴金の制度を被害者救済に役立てるため、課徴金を被害者に分配する制度を構築することが考えられるが、その場合にどのような問題が生じるかについて、立法論的な検討が行われた。すなわち、公的な目的のために導入された課徴金を投資者の利益保護という私的な目的のために使用してよいか、金融商品取引法に定められていない違反行為についても分配の対象としてよいか、課徴金の額を引き上げる必要はないか、課徴金の適用範囲を拡大する必要はないか、行政手続のまま被害者に分配してよいか等である。

第 3 に、違反行為の早期の発見と是正のためには、どのような法整備が必要かについて、立法論的な検討が行われた。緊急差止命令の制度の改善等である。

II. 前田雅弘氏の報告では、現在の金融商品取引法によるインサイダー取引規制は、要件の客観性・明確性を重視した結果、きわめて形式的な規制となっているところ、このような規制枠組みを見直すべきではないかが検討された。

まず、現行法が形式的な規制枠組みを採用したのは、昭和 63 年の証券取引法改正時に、予測可能性と規制の運用可能性が至上命題とされたからであるという歴史的背景を確認したのち、現行法のままでは、適用範囲の十分性が確保できないという問題が指摘された。すなわち、不公正取引の一般規定である 157 条の規定は現実には活用できず、重要事実に関する政令指定の制度および包括条項の制度

も規制漏れを防ぐことができないことが明らかにされた。

改善の方向としては、現行法の形式的な規制枠組みに代えて、法律では一般的・抽象的な規定だけを定めることとする方法も考えられるが、現実に運用可能かについての疑念を払拭できないことから、従来の刑事制裁を伴うインサイダー取引規制とは別に、課徴金制度との関係で、インサイダー取引規制は、すっきりとした一般的・抽象的な規制枠組みに改めることを目指すのがよいのではないかという立法論的な提言がなされた。

Ⅲ. 潮見佳男氏の報告では、虚偽記載等により有価証券取得者に生じた損害の賠償に関する効果論がとりあげられた。その際、金融商品取引法における議論と民法における損害論との間に齟齬がないかを検証する等の必要から、不法行為損害賠償の法理についても言及がなされた。

有価証券届出書等に虚偽記載等があった場合には、不法行為の要件を満たせば、当該虚偽記載等により有価証券取得者に生じた損害の賠償が認められるが、この場合の損害の捉え方としては、複数の考え方を観念することができることが明らかにされた。すなわち、①原状回復的損害賠償と捉える考え方、②取得前後における利益状態の差額賠償と捉える考え方、③「高値取得損害」の賠償と捉える考え方、④取得後の「財産総体」に生じた損害（総体財産損害）と捉える考え方である。そしてこれらは、前記②を除けば、いずれも成り立ちうる考え方であることが示された。

以上の損害論の分析を踏まえ、発行市場・流通市場における発行者の損害賠償責任について、金融商品取引法上の規律の意義と問題点が明らかにされた。

* * *

平成 22 年度 第 2 回エンフォースメント部会研究会

◇日 時：平成 22 年 6 月 27 日（日）14:00～16:00
 ◇場 所：法政大学 現代法研究所会議室
 ◇報 告：田中 弥生氏（独立行政法人大学評価・学位授与機構准教授）
 「公共をめぐる葛藤 ～官と民の狭間で～」

【概要】法政大学現代法研究所との共催で、非営利組織論・評価論が専門の田中弥生氏を迎え、非営利組織の抱える現代的問題について意見交換を行った。

田中氏によると、近年の政権のマニフェスト等の分析から明らかなように、歴代政権は公共の担い手を多様化・活性化すべく方針を出し、「市民が担う公共」への関心を高め、NPO を政策上重要な担い手として位置づけてきた。

NPO は市民が担う公共の重要な受け皿であるが、P ドラッグが説くように、社会変革と市民性創造というその二つの役割のうち、後者が今後はより重要となる。というのも、政治とは異なり、そこでは各人が世の中を変える満足感・実感が得られるからであり、その意味で NPO におけるボランティアと寄付の意義は大きい。

わが国では、NPO 法が施行され 10 年が経ったが、その現実はどうか。田中氏によると、要件緩和により数を増やす施策が進められた一方、小さな政府・財政支出削減の時流の中、NPO 法人が安い行政先委託先となり、ビジネス化支援の対象となっている。経営基盤も脆弱で、市民とのつながりも築けず、何を指すべきかを見失っている。寄付金ゼロの NPO 法人すら多数あり、行政の下請け化とともに寄付開拓に人を割けないことが、新しいニーズの発見の減少、ボランティアの疎外などの問題も生んでいる。社会的起業の中には、非営利組織であるのに、市民参加を断ち切った収益事業を自認し、社会参加の意識が薄いものも少なくない。NPO 法人のうち 3 割は自治体、社会福祉法人、公益法人が作ったもので、玉石混淆である。

こうした現実をふまえ、田中氏は、NPO が活動する公領域を、行政から民間に委託された領域から、租税をベースにせず市民が自発的に担う領域へとシフトすべきと説く。自助努力をするとこ



ろにインセンティブを与える仕組みにして、NPO セクターの質向上をめざしつつ、市民と同セクターの間に良循環を構築すべきだとして、NPO 側の発想、制度的な発想の双方についてパラダイム転換が必要であるという見方を提示した。

田中氏の報告後、社会貢献のイメージをどう捉えるべきか、営利・非営利の線引きをどう考えればよいか、非営利組織の社会的責任をどのように考えるべきか、などの点について参加者より意見が出され、討論を行った。

* * *

平成 22 年度 第 3 回エンフォースメント部会研究会

◇日 時：平成 22 年 7 月 4 日（日）16:00～17:10
 ◇場 所：同志社大学寒梅館 5 階 教員共同研究室
 ◇報 告：小石川 裕介氏
 （京都大学大学院法学研究科研究員（学術創成））
 「近代日本における水道事業の「公営原則」と「衛生」」



【概要】本報告では、1890 年水道条例第 2 条に定められた、いわゆる、水道事業の「公営原則」規定の成立過程について検討がなされた。

水道事業は、現在でも市町村が優先してその事業主体である。これは 1890 年水道条例から、いわゆる、水道事業の「公営原則」として変化していない。しかし、報告者は、同条例が、当初、水道の「私設」を推進するための立案であったことを指摘する。

明治初期のコレラ・パンデミーに対して、衛生警察による罹患者の隔離という対処的方法がとられていたのがあったが、これは必ずしも有効に機能しなかった。これに対して、内務省衛生局は、江戸期以来の「旧水道」システムを更新するため、私設による近代水道の建設によって、大幅な環境衛生の向上を目指そうとする。衛生局等による閣議提出案「水道敷設ノ目的ヲ一定スルノ件」（1887 年）は、公設水道を「原則」と定めることにより、「変則」としての私設水道をも認め、さらには水道事業の目的として「衛生」を強調することで、内務省への（私営）水道事業の監督権を確保することを企図したものであった。私設水道が推進された理由としては、近代水道導入へのコストの問題から、私設にて上水道を、公設にて下水道の建設を図るといふ、上下水道を一体として把握する衛生局のブランド・デザインがその背景にあったと指摘された。

しかし、私営事業は本来的に、農商務省の管轄であったため、立法上、その権限の衝突が懸念される。これは、1887 年私設鉄道条例に同様の事態が確認されるのであるが、このような議論を予想していたと考えられる衛生局は、水道条例中の規定に関して、内務省衛生局が管轄を主張しうる「衛生」についてを強調し、また農商務省の管轄権と重ならない、建築法制に特化させていく。しかし、法制局や元老院による反対によって、最終的には現在まで続く水道事業の公営原則（市町村優先主義）を強調する内容へと変化することとなったのであった。

以上のような立法過程を持つため、水道条例中に運営規定等については定められなかった。そして、実際の運営についての疑義や、供給条件の不備等は、その都度、行政措置により解決されるというような傾向を有していたのであったと、報告者は指摘した。

本報告においては、政策的観点からの公営主義導入の可能性や、長与専斎が近代日本に初めて導入したとされる「衛生」概念の語義等について、活発な質疑が行われた。

* * *

平成 22 年度 第 3 回市場秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 22 年 8 月 28 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
 ◇報 告：上杉 秋則氏（一橋大学大学院国際企業戦略研究科客員教授）
 「独禁法 21 条一回顧と展望」



【概要】知的財産権と独禁法の関係につき、独禁法 21 条は、知的財産権の権利の行使と認められる行為については独禁法を適用しない、と規定している。本報告は、同条をめぐる議論を顧みること、およびそれを通じて、知的財産権と独禁法の関係の捉え方に関する将来の展望を明らかにするものであった。

本報告では、まず、公取委における独禁法 21 条の解釈論の変遷が紹介された。1980 年代までは、同条にいう権利の行使を、法律により付与された権利の行使である本来の行使とそれ以外の非本来の行使に形式的に二分し、本来の行使について同条の適用がある、というのが公取委の解釈であった。しかしながら、このような解釈では、知的財産権に関しては、不公正な取引方法に該当する場合についてしか独禁法を適用できない、という問題があるとして、いかにして本来の法的用が可能になるかが長年の課題とされてきた。そして、公取委は、1989 年ガイドライン、1999 年ガイドライン、2007 年ガイドラインの策定を通じて、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には独禁法の適用がありうるという 21 条の解釈論のガイドライン化と、独禁法 3 条の適用可能性および 3 条違反の考え方のガイドライン化を図ってきた。

続いて、独禁法 21 条の解釈の変化に見られる、知的財産権と独禁法の関係の捉え方の変化について論じられた。日本においてこのような捉え方の変化をもたらしたのは、米国と EU の動きであることが指摘された。米国については、合理の原則の採用と 1995 年の知的財産権ガイドラインが、EU については、一括適用除外規則が取り上げられ、紹介がされた。

さらに、知的財産権と独禁法をめぐる議論が及ぼした影響について論じられた。報告者によれば、最大の影響は、市場・競争の捉え方に現れた。競争関係の捉え方に及ぼした影響として、具体的には、ダイナミック・エフィシエンシーの評価の高まりとスタティックな競争概念への反省や、競争の実質的制限の判断に当たりライセンサーのライセンスへのインセンティブとライセンサーのイノベーションのインセンティブの観点を導入すること、などが挙げられた。

最後に、知的財産法と独禁法の関係の捉え方に関する今後の課題が挙げられた。具体的な課題として、2007 年ガイドラインが指定している、セーフハーバーから除外されるハードコア制限の捉え方の問題点が取り上げられるとともに、わが国において、知的財産権に対する独禁法の適用に関して不公正な取引方法を中心に考えてきたという歴史的経緯もあり、競争制限の判断力が弱い、ということが指摘された。また、従来、独禁法サイドは知的財産権を所与のものとして検討する傾向が強いのに対して、知的財産権サイドは権利の成否に関心があるがその行使には関心が低い傾向があるとして、独禁法サイドと知的財産権サイドの双方からの一層の議論が今後望まれる、との指摘がされた。

報告の終了後、参加者を交えて活発な質疑応答が行われた。

* *

平成 22 年度 第 4 回市場秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 22 年 9 月 3 日 (金) 13:00～16:00

◇場 所：京都大学東京オフィス 会議室 3

◇報 告：舟田 正之氏 (立教大学法学部教授)

「独占禁止法と取引の自由 その 2」

【概要】本報告は、独占禁止法における「取引の自由」の意義を、隣接諸領域との関係も視野に含めながら論じるものである。

まず、独占禁止法の保護法益として、①「公正かつ自由な競争」秩序と②その中で「比較・選択」を行う市場参加者の権利＝「取引の自由」の二つが挙げられた。その上で、取引の自由が主観的権利と客観的・秩序的性格の両面を有しており、他者の自由との衝突の場合には、自由そのものの意味内容ではなく、競争制限・阻害の除去 (= 公正かつ自由な競争の促進) という目標と客観的

な実定法秩序から解決が図られるべきであることが指摘された。

次に、「取引の自由」が市場力によって侵害される場合について、競争事業者からなされる場合 (ヨコの濫用) と取引の相手方からなされる場合 (タテの濫用) の両方があることが指摘された。例えば、有力事業者の専売店制を例にとると、実体法の解釈として、競争メーカーが「公正かつ自由な競争」の下で享受したであろう取引のチャンスの重要部分を失う蓋然性があれば、「競争の滅殺」があるとされる (解釈レベル)。また、ここには、理論上、競争メーカーの「取引の自由」を侵害する側面 (ヨコの濫用) と取引の相手方の比較・選択を妨げる側面 (タテの濫用) の両方が存在することになる (理論レベル)。本報告の立場では、この両者から濫用の有無を判断することになるが、「取引の自由」を道具概念として用い、これを不当に侵害するかという問題の立て方はせず、解釈を裏付ける説明概念に止めるため、結論は通説と大きく異なるという。

また、このような「取引の自由」は、財貨を獲得できることの保護であり、民法の保護法益を獲得された財貨の保護であるとすれば、この両者を併せたものを「私法社会」と見る可能性があることも指摘された。

さらに、基盤侵害型の不公正な取引方法における保護法益について、実体法上の要件とされている「不利益」とは、①「将来における不確実な、実体的な不利益・利益」ではなく、『公正かつ自由な競争』秩序の中で判断・行為するチャンスないし可能性の侵害であって、②当該行為に限って判断され、取引の成立または取引条件が強制されたことの徴表としてとらえるべきことが、例を交えつつ、説明された。例えば、相手方の同意があったから「契約の自由」だと言うならば、民法上の公序良俗違反も成立しないことになるし、事後的に利益が出たことまで考慮すると規制の実効性が失われるというのである。

本報告に対しては、「取引の自由」が評価基準にならないということの意味や、卸売事業者の「不利益」をどのように評価するのか、民法上の競争秩序との関係、社会公共目的の制限の位置づけ、憲法上の保障との関係などについて極めて活発な議論が行なわれた。

* *

平成 22 年度 第 2 回社会秩序形成部会研究会

◇日 時：平成 22 年 9 月 6 日 (月) 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 I：松本 哲治氏 (近畿大学法科大学院教授)

「契約の自由」

◇報告 II：稲葉 実香氏 (金沢大学人間社会学域法学類准教授)

「リプロダクティブ・ライツの保障と家族法」



【概要】松本報告：本報告は、アメリカ法・ドイツ法との比較を素材として、契約の自由を憲法の側面から考察するものである。

まず、本報告では、アメリカ法における「契約の自由」の源流として、Lochner 時代には、修正 14 条を根拠として、かなり強力な保護が与えられていたことが確認された。ここでは、Lochner 事件の他に、初めて経済的実体的デュー・プロセス理論を採用して違憲判決を下した Allgeyer v. Louisiana 事件の判旨が取り上げられた。

ところが、経済的実体的デュー・プロセス論は、ニュー・ディール期に、コート・パッキング・プランによって崩壊していくことになる。ただし、プライバシーを保護する形の実体的デュー・プロセス論は、1960 年代頃から盛んになり、現在に至るまで発展を続けている。

いずれにせよ、現在では、契約の自由を裁判所が介入して実体的な保護を与えるという考え方は、アメリカ法では採られていない。

これに対して、日本法では、日本国憲法 31 条の規定こそ実体的内容を欠く表現にとどまっているものの、経済的自由権を保障する実体的な規定がアメリカ法よりも充実している (同 22 条、29 条、13 条)。そのため、我が国では、契約の自由は同 22 条及び同 29 条に根拠を有すると論じられて来た。

例えば、憲法上の契約締結の自由について正面から言及する判例は、憲法 22 条、同 29 条との関係で問題をとらえているし、学説も、契約の自由を、教科書などで節を設けて論じる際には 22 条、29 条の経済的自由権の問題として論じて来た。

これに対して、ドイツ法では、「私法上の契約の締結あるいは非締結」は基本法 2 条 1 項の問題とされた上で、「財産に関連する契約」については、「個別的な基本権」が関係するためにそこから除外されるという構造が採られている。

これを踏まえた近時の学説として、例えば、石川健治は、契約の自由を「自己決定権」系列の自由として憲法 13 条に根拠を求め、「事業者を少なくとも一方当事者とする財産法上の契約」のみを 29 条の問題としているように読める。この見解については、凡そ 22 条は問題とならず、事業者を当事者とししない契約は 29 条の問題とならないのは疑問であるとの指摘が為された。

また、山本敬三は、契約の自由を、私的自治と同じく憲法上の自由として理解し、その根拠を憲法 13 条の幸福追求権に求めている。この見解に対しては、①保護義務論・裁判を受ける権利論・幸福追求権論について特定の立場をとることを前提とするか、とりわけ、一般的行為自由説を採ることは必然なのか、②財産権に関する契約の自由も 13 条で処理するのか、13 条の補充性のようなのは想定していないのか、③国家の承認と強制によって「当事者の権利・自由を過度に制約してしまう場合」には「好意的約束」として処理すると言うが、それは一般的行為自由説と相容れない議論ではないか、などの疑問が呈示された。

本報告に対しては、契約の自由の憲法上の位置づけ、特に表現の自由、結社の自由及び財産権保障との関係について活発な質疑が行われた。



稲葉報告：本報告は、リプロダクティブ・ライツ (自分の子供を持つ権利) の法的規制について論じるものである。

まず、本報告は、この権利には、①妊娠・出産、自らの身体の処分、②自らの遺伝子を受け継ぐ子供をもうける、③家族形成・子の養育といった異なる側面があることを指摘する。しかし、従来の議論には、①～③の何れを含むのか権利の射程が不明確である、②③について男性が権利主体たり得ることに無自覚である、家族形成の観点が欠如しているといった問題があった。とりわけ、家族法は、親子関係について血縁親子論と婚姻親子論の対立があったものの、生殖補助医療によって得られた子供の親子関係をどのように規律するかについて、十分な議論が為されていなかったというのである。

つづいて、本報告は、具体的事例の分析を行なう。(A)人工妊娠中絶については、妊娠・出産によるリスクを考えれば、産む・産まないの選択権が女性のみ認められるのもやむを得ないが、夫に無断で妻が妊娠中絶を行なった場合などでは問題が生じ得ることが、(B)配偶子提供型・胚提供型の生殖補助医療については、AID (非配偶者間人工授精) に嫡出推定が及ぶことを前提として、不妊原因のある夫ないし妻からの嫡出否認の可否や夫婦ともに不妊原因がある場合の生前養子縁組の可能性、子の出自を知る権利などについて議論の必要があることが、(C)凍結配偶子・凍結受精卵による死後生殖については、現行法では死後懐胎子と死亡した父との親子関係は想定されていないが、父方親族との関係や相続権を一律に否定してよいかの問題があることが、(D)代理母出産については、伝統的に出産者が母とされた理由について(ア)確実性論法と(イ)母性適格性論法の二つが有り得ることが指摘された上で、懐胎出産者＝母ルールには、外国籍代理母の場合の子の国籍の問題、法律上の父が代理母の夫になる、養子縁組が解消された場合の処理などの問題があること

が、それぞれ指摘された。

最後に、本報告では、今後の展望として、各生殖補助医療を認めるかどうか、認める場合の要件について生命倫理立法・家族法改正の必要があることが指摘され、違反した場合の制裁、子の保護、親子関係における血縁主義から意思主義への変遷、子の福祉に関する問題などを議論すべきことが確認された。

本報告については、憲法との関係、とりわけどのような権利を憲法上の権利として認め、あるいは認めるべきではないかについて、活発な質疑応答が行なわれた。

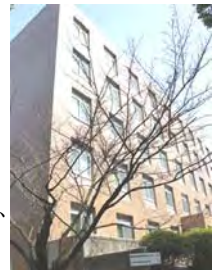
活動記録 (対象期間：平成 22 年 4 月 1 日～平成 22 年 9 月 30 日)

平成 22 (2010) 年

- 4 月 9 日(金) 平成 22 年度 第 1 回国際ワークショップ
- 5 月 20 日(木) 平成 22 年度 第 1 回学術創成全体会議
- 5 月 22 日(土) 平成 22 年度 第 1 回市場秩序形成部会研究会
- 6 月 13 日(日) 平成 22 年度 第 1 回社会秩序形成部会研究会
- 6 月 18 日(金) 平成 22 年度 第 1 回エンフォースメント部会研究会
～ 19 日(土)
- 6 月 18 日(金) 平成 22 年度 第 2 回市場秩序形成部会研究会
- 6 月 27 日(日) 平成 22 年度 第 2 回エンフォースメント部会研究会
- 6 月 30 日(水) 平成 22 年度 第 2 回国際ワークショップ (京都)
- 7 月 4 日(日) 平成 22 年度 第 3 回エンフォースメント部会研究会
- 7 月 6 日(火) 平成 22 年度 第 2 回国際ワークショップ (大阪)
- 7 月 8 日(木) 平成 22 年度 第 2 回学術創成全体会議
- 8 月 9 日(月) 平成 22 年度 第 2 回国際ワークショップ (東京)
- 8 月 20 日(金) 平成 22 年度 第 3 回国際ワークショップ
- 8 月 28 日(土) 平成 22 年度 第 3 回市場秩序形成部会研究会
- 9 月 3 日(金) 平成 22 年度 第 4 回国際ワークショップ
- 〃 平成 22 年度 第 4 回市場秩序形成部会研究会
- 9 月 6 日(月) 平成 22 年度 第 2 回社会秩序形成部会研究会
- 9 月 13 日(月) 平成 22 年度 第 1 回国際シンポジウム
～15 日(水)

編集後記

「学術創成研究通信」第 9 号をお届け致します。本号の活動記録は、平成 22 年 4 月から 9 月の研究活動を掲載させて頂きました。今年度も国際ワークショップ・研究会では著名な研究者・先生方をお招きすると共に、全国各地から多くの皆様にご参加頂き、ますます活発に活動を展開致しております。ご登壇、ご参加頂きました先生方には、改めて御礼申し上げます。



今後も学術創成研究支援室は、研究活動の支援業務に、より一層励んで参ります。ご感想を支援室にお寄せくだされば幸いです。

学術創成研究通信 第 9 号
平成 23 年 3 月 31 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/

