

**東西大学院**  
**法学研究科院生研究交流会**  
**第 13 回 報告書**  
(報告レジュメ・報告要旨)

**2023 年 12 月 23 日**

**同志社大学今出川キャンパス扶桑館 103 教室**

## 第13回 東西大学院 法学研究科 院生研究交流会

開催日時：2023年12月23日（土）10：00～15：20

会場：同志社大学今出川キャンパス扶桑館103教室（1階）

10：00 開会の辞

10：10 第Ⅰ部 憲法・基礎法分野

古木 凌（明治大学）

「憲法学におけるレファレンダムの研究」

飯野 友香理（明治大学）

「明治日本における外国商標偽造事件—対処の方針とその変化に着目して—」

（休憩 11：10～11：25）

11：25 第Ⅱ部 民法分野

梶山 寿昭（同志社大学）

「物権法定主義の歴史と構造」

→当日、体調不良のため欠席

星山 琳（明治大学）

「民法95条3項における重過失の性質と程度について

—生成史的アプローチによる重過失概念の解明と我が国民事法へのインパクト—」

（昼食・休憩 12：25～13：40）

13：40 第Ⅲ部 商法・経済法分野

後藤 彰子（同志社大学）

「海外子会社の人権侵害に関する親会社の義務及び責任—イギリス法を中心に—」

山田 結稀（明治大学）

「上場会社法制における規制手法の展望

—ソフトロー活用の可能性とその正統性について—」

尾崎 りお（明治大学）

「反競争性認定基準としての他者排除の再検討」

15：10 閉会の辞

15：20 終了

憲法学におけるレファレンダム（国民投票）をめぐる問題状況

- 憲法96条1項 この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする。
- 国民投票法（日本国憲法の改正手続に関する法律）成立（2007）、施行（2010）  
引き続き国民投票法改正は懸案事項
- 井口秀作の指摘：これまで憲法学者は「国民投票のような直接民主制に対する懐疑的な態度」を相当程度共有してきた。また、国民投票法もなく憲法改正の実現性の乏しい状況が「護憲」の立場にとって好ましかったために、国民投票はまともに検討されてこなかった。そのため、「日本国憲法に明示されている直接民主制、とりわけ憲法改正国民投票制に対して、憲法学はあまりに無防備であった」。国民投票法の成立から憲法改正国民投票の実現の可能性は一層高まっており、「国民投票に向かい合わなければならない状況」はさらに切迫したものとなっている。

レファレンダムの憲法論上の位置づけ

- レファレンダムの形態による類型

A.対象	B.効力	C.付託手続	D.発案者	E.議会の関与
1. 憲法	1. 決定型	1. 義務的		
		2. 任意的	1. 議会	1. レファレンダム
			2. 議会以外 ①大統領、②政府、③首相 ④一定数の議員、⑤一定数の有権者、⑥一定数の議員と有権者の合同	2. 直接イニシアティヴ
	2. 諮問型	1. 義務的		
		2. 任意的	1. 議会	1. レファレンダム
			2. 議会以外 (①～⑥)	2. 直接イニシアティヴ 3. 間接イニシアティヴ

- 統治形態の類型のなかでの位置づけ  
主権論（ナシオン主権とプーブル主権の区別）を基礎とする統治形態の類型  
→ 純粋代表制、半代表制、半直接制、直接制

- レファレンダムの機能論 (Francis Hamon)
  - 一般的機能——世論に能動的または熟議的性格を与える。
  - 正当化機能——被代表者から代表者への委任
  - 信任投票機能
  - 裁定機能——人民の受任者間の紛争解決のための介入
  - 対抗権力機能
- 発案（発議）が国会に限られる日本国憲法上の国民投票は、「上からの国民投票」のみのいわばブレーキが欠けた状態
- レファレンダムにおける投票部分と発案部分の区別
  - 国民発案 (Volksbegehren) と国民表決 (Volksentscheid) は本質的に異なる (カール・シュミット)
  - 国民発案は、多くは有権者の 10 分の 1 や 20 分の 1 を発案の要件とし、それゆえ通常「国民」という語が意味する多数派ではなく少数派が主体であり、さらにその作用は発案 (initiative) であって、当然最高かつ最終的な決定ではなく、議会が介入することもしばしば
  - シュミットは、国民投票の機能を主に、国民から委任を受けた国家機関同士の紛争を解決する裁定機能に求めており、また国家意思の統一を重視することから、国民発案において国民が法律案を作成する立法・行政の国家機関に競合しつつ立法作業を行うことを批判
  - 採択すべき法律案の内容を形成していく国民表決に至るまでの段階は、deliberation 熟議・審議の過程であり、民意それ自体が形成されていく、あるいは民意が段階的に反映されていく過程

#### 報告者の主な研究対象

- フランス第五共和制憲法における合同発案レファレンダム (référéndum d'initiative partagée)
- 2008 年 7 月 28 日の憲法の大改正
- 国会議員の 5 分の 1 と有権者の 10 分の 1 による発案
- 合同発案によって提出された法案は、両議院で 6 か月間審議されない場合にしか国民投票に付託されえず、逆にいえば合同発案がなされても両議院がただ一度でも審議をすれば国民投票に付さなくてもよいという制度
- 拒否権的に合同発案が用いられる傾向
  - パリ空港民営化阻止のための合同発案レファレンダム (成功)
  - 年金改革反対の合同発案レファレンダム (失敗)
  - 発案の対抗権力機能が示されている

## 第13回 東西大学院 法学研究科 院生研究交流会 報告要旨

### 憲法学におけるレファレンダムの研究

明治大学法学研究科博士後期課程 古木凌

報告ではまず、レファレンダムが日本国憲法では96条1項で憲法改正国民投票が定められており、漸く2007年に国民投票法が成立し、公布から3年後の2010年に施行されたが、依然国民投票実施手続は論争的になっており、またこれまでも憲法学界でも護憲の立場から国民投票のような直接民主制に対する懐疑的な態度が相当程度共有されていたために、レファレンダムはまともに検討されてこなかったことを指摘した。その上で、憲法改正国民投票が実現する可能性が一層高まっている状況があり、直接民主制的制度である国民投票制度の研究の必要性があるところから、第一に憲法学においてどのようにレファレンダムが捉えられてきたか、また第二にそこで発案という視点が欠けていたことを確認し、そして第三に研究対象としているフランスの合同発案レファレンダムを参照しつつ代表制民主主義におけるレファレンダムのあり方、あるべき方向性を示した。

第一に、レファレンダムの位置づけを、形態による区別と統治形態の類型における区別、機能による区別において説明した。形態による区別では、国民投票への付託手続に関して、国民投票が当然に実施されると法的に規定されている義務的国民投票と、任意の発案による任意的国民投票が存在するところ、後者の場合には発案者が問題となる。すなわち、発案者が大統領であるのか、政府か、首相、議会、一定数の議員、一定数の有権者であるのか、さらには一定数の議員と有権者の合同なのかである。そして、機能的な見方は従来憲法学において欠けていたものだが、機能による区別では、一般的な機能と個別的機能の5つの機能があることを整理し、そこでは特に、統治権力を正当化する諸機能、いわば国家におけるエンジンに対して、正当化した権力の行き過ぎに対してレファレンダムがブレーキとして作用し権力を抑制する対抗権力機能が重要であることを主張した。この対抗権力機能においては、統治権力に対抗する自律した機関、すなわち一定数の市民や議会少数派などが発案を行うことが前提となる。

第二に、従来憲法学で欠落していたレファレンダムにおける国民投票と発案の区別を紹介した。後者は立法手続きの開始である一方、前者はその終結であり、つまり決断の機能を有する。国民投票は、国家機関同士の紛争を解決するなどして、国家意思の統一を追求するが、発案は国民が立法・行政に競合しつつ立法作業を行うことから国家意思の統一に反して、むしろまさに国家権力、特に議会多数派に対抗する対抗権力機能を果たすことになる。

最後に、フランス第五共和制憲法における合同発案レファレンダムが、制度設計上、国民投票に至る蓋然性が極めて低いものである一方で、合同発案により法案の採択を引き延ばし反対の世論を集めることで拒否権的に機能しうること、すなわち対抗権力機能を果たすことを指摘し、この方向にレファレンダムの代表民主制におけるあるべき形があると思われることを示した。

## 明治日本における外国商標偽造事件 —対処の方針とその変化に着目して—

明治大学法学研究科 博士後期課程

飯野友香理

### 1. 背景

- ・産業財産権を含む知的財産権は、明治期の各国との条約改正交渉において、重きが置かれていたが<sup>1</sup>、先行研究が乏しい（先行研究が多いのは領事裁判権、関税自主権の議論）。  
→知的財産権のうち、商標関連事件の史料が多く見受けられる<sup>2</sup>。  
→条約改正交渉前における外国人の産業財産権の実態を探るため、各国との間に起こった商標偽造事件について調査。
- ・英→開国当初、交易が最も盛んであり、日英間の商標関連事件の史料が最多である<sup>3</sup>。
- ・独→日本国内の産業財産権は、諸外国に先駆けて、ドイツに対して最初に認められた<sup>4</sup>。

### <これまでの研究>

英・独の商標の偽造事件については、

特許庁編『工業所有権制度百年史』上巻（発明協会、昭和 59 年）、

靄岡聡史「近代日本の産業財産権政策 一パリ条約加盟をめぐる日英米の政治過程の分析—」

（特許庁委託 平成 22 年度産業財産権研究推進事業（平成 22 年～24 年度）報告書）、

靄岡聡史「国際社会における近代日本の産業財産権政策—パリ条約加盟と日清・日露戦争—」

（特許庁委託 平成 23 年度産業財産権研究推進事業（平成 23 年～25 年度）報告書）、

靄岡聡史「近代日本の産業財産権と条約改正 一外交と内政—」（特許庁委託 平成 24 年度産業財産権研究推進事業（平成 24 年～26 年度）報告書）

等の一部で言及されているが、事件の内容、事件に対する政府の対処の方針について、詳しく扱われているわけではない。

これまでのところ、「英国商標偽造事件と条約改正交渉」（明治大学法学研究科論集、第 59 号、2023 年）、「明治期日本におけるドイツ商標偽造事件」（明治大学法学研究科論集、第 60 号、2024 年 2 月刊行予定）にて、英・独商標偽造事件の実態や、政府の対処の方針、また、それらの事件が条約改正交渉に与えた影響について考察した。

<sup>1</sup> 外務省監修・日本学術振興会編纂『条約改正関係 日本外交文書』第 4 巻（日本国際連合協会、1950 年）。

<sup>2</sup> 『商標偽造関係雑件 第一巻』（外務省外交史料館、アジア歴史資料センター）。

<sup>3</sup> 同上。

<sup>4</sup> 外務省監修・日本学術振興会編纂『条約改正関係 日本外交文書』第 4 巻（日本国際連合協会、1950 年）、靄岡聡史「国際社会における近代日本の産業財産権政策—パリ条約加盟と日清・日露戦争—」（特許庁委託 平成 23 年度産業財産権研究推進事業（平成 23 年～25 年度）報告書）。

## II. 調査結果

開国当初より、日本国内において、日本人による外国商標偽造行為が多発

ex.石鹼、ビール、金巾、薬品、マッチ、重曹、石油...

### (1) 旧刑法施行以前（明治4～15年）

×旧刑法 ×商標条例

この当時、日本においては、商標偽造に関して、法令の明文規定が存在しなかった。

しかし、これらの外国商標偽造に対して、政府は外交上の関係性を考慮し、明文規定の有無にかかわらず、数十日の懲役、商標を添付した商品の販売によって得た利益、偽造に使用した木版の没収等の措置により、偽造者の取締まりを行っていた側面もあった<sup>5</sup>。

### (2) 旧刑法施行以降～商標条例施行以前（明治15～17年）

○旧刑法 ×商標条例

明治15(1882)年に旧刑法が施行され、罪刑法定主義が採られるようになった。旧刑法では、商標偽造罪の取締まりについて規定されることはなかった<sup>6</sup>。また、日本国内においては、商標条例が存在しない段階であった（→罪刑法定主義の影響は？）

当時の日本政府は、法令の定めがない状態で、各国の要求に応えることは、日本の司法裁判上の信用を失墜する事態となりかねないが、条約改正交渉における国際関係を重視し、商標偽造を禁止させるための措置をとることは致し方ないとした。結局、偽造者を捕縛し、事情聴取を行い、偽造を停止させるなど、法令の定めによらずに商標偽造者を取締まることとなった<sup>7</sup>。

### (3) 商標条例施行以後（明治17年～）

○旧刑法 ○商標条例 ※外国人は保護の対象外

大隈重信が外相に就任して以降は、事件の対処の方針に変化がみられる。

#### ① 大隈外相就任以前

明治17(1884)年10月1日には、商標条例が施行されたが、本条例施行後も、外国人に対して商標登録が日本国内で許可されることはなく、外国人の商標は本条例の保護の対象外とされた。しかし、日本人の行為を不問としてしまっただけでは外交上大きな差支えが生じるとし、商

<sup>5</sup> 「神戸ニ於テ英国ヘース商社麦酒商標廣造発見ノ件」 JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091527900、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)、「東京府平民山田武一郎英国人ブロンズ製薬コロタイン商標廣造ノ件」 JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528000、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)。

<sup>6</sup> 英、米、独などでは、商標法制定以前は商標を偽造する行為について、詐欺罪などが適用されていた。また、明治27(1894)年に日独間に起こった「緋金巾商標偽造事件」の際には、当初、偽造者の行為が旧刑法392条の詐偽取財に当たるとして、処罰が可能であるとの意向を示したことがあった。

<sup>7</sup> 「新井國太郎在横濱英國コッキング商社商標廣造ノ件」 JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528100、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)、「長野県平民堀田善助仏蘭西国『キルシー、アデー』会社及英吉利国『ワーゲン、フレール』『ヘンネッシー』両会社商標廣造一件」 <4.1.4.22>、両会社商標廣造一件(外務省外交史料館)。

標条例を根拠に外国人の商標を保護することはなかったが、再び不都合が起こらないよう偽造者を厳罰し、偽造差止め、偽造商標の削除、包装に添付する商標の原板、模型等を処分させるなどの方法で、関係者の取締まりが行われていた<sup>8</sup>。

## ② 大隈外相就任以降

明治 21 (1888) 年 6 月の大隈が外相に就任して以降、英国「パース」並びに「カメロンソールドルス」商会の事件を契機に政府の対処の方針に変化がみられた。

当事件の対処にあたった大隈は、過去の事件において政府は、法律の範囲外の手段を用いて、偽造者を取締まる方向で対処することがあったとした。しかし、本件において、大隈は「緊急切迫ノ事情」は認められないと述べ、最終的には、政府は干渉せず、偽造者を処罰するという措置は取らないと判断を下すこととなった<sup>9</sup>。明治 27 (1894) 年、独国との間に起こった緋金巾商標偽造事件<sup>10</sup>の際にも日本政府は偽造者を処罰しない方針を買いた。

## III. 考察

- ・大隈外相就任以前、当時の商標条例では外国人の商標を保護できないとしながらも、法令の明文規定の有無に関わらず、偽造者を取締まるという措置を取ることがあった。
- ・大隈外相就任以降、法令の定めによらず、偽造者を取締まるという措置を取るとは減り、英・独の要求に応えず、事件について政府は干渉しないなど、諸外国に対して態度を硬化させた。
- ・これらの度重なる商標偽造事件や、それらに対する日本政府の対応を受け、産業財産権が各国との条約改正交渉にて、重要な論点の一つとなった。

## IV. 今後について

これまでのところ、英・独の商標偽造事件の実態や、政府の対処の方針、また、それらの事件が条約改正交渉に与えた影響について取り扱った。

今後においては、条約改正交渉以前の外国人商標権の保護の実態（英・独以外を含む）、諸外国との交渉における商標権を含む産業財産権の取り扱い、そして、交渉中、交渉以後の外国人商標権の保護の実態について検討していきたい。

<sup>8</sup> 「大阪府平民吉岡直一英国『ペヤルス』商会製造石鹼及商標偽造ノ件」JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528200、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)、「東京府薬舗島田久兵衛英国コッキング商会ノ重炭酸曹達商標偽造ノ件」JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528500、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)、JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528400、商標偽造関係雑件 第一巻/独乙国フランクホルド、アムマイン府住製造石鹼商標ヲ大阪ボクシン社ニ於テ偽造販売ノ件、明治十九年 (外務省外交史料館)、JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528300、商標偽造関係雑件 第一巻/東京府平民伊部猪三郎独乙国ストックピヤー商会名標模造ノ件附我商標条例ニ違犯処刑ノ件、明治十九年 (外務省外交史料館)。

<sup>9</sup> 「本邦人兩名英国『パース』並『カメロンソールドルス』両商会製造麦酒商標模造差止方同公使ヨリ請求ノ件」JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528600、商標偽造関係雑件 第一巻(外務省外交史料館)。

<sup>10</sup> 「大阪ニ於ケル日本商店ニテ『イルリス』社ノ商標偽造ノ義ニ付独乙公使ヨリ照会ノ件、明治二十七年」JACAR (アジア歴史資料センター) Ref. B11091528900、商標偽造関係雑件 第一巻 (外務省外交史料館)。



<報告要旨>

日本は幕末において諸外国に対して開国し、その際に結んだ条約は不平等なものであった。19世紀および20世紀初頭の日本外交の主要なテーマが、この不平等条約の改正であったといえる。そして、井上、大隈、青木、榎本、陸奥といった各外務大臣の交渉の末、明治27(1894)年締結、明治32年(1899)年発効の日英通商航海条約によって、領事裁判権が撤廃され、明治44(1911)年には関税自主権の回復が実現した。

条約改正といえば、上記の通り、領事裁判権の撤廃、関税自主権の回復に重きが置かれることが多いが、交渉過程において、知的財産権に関わる問題が大きく取りざたされていたことは、あまり知られていない。当時の日本においては、条約改正交渉が開始される以前より、諸外国との間で知的財産権をめぐる紛争が相次いでいた。とりわけ、日本人が英、米、独、仏、清等、外国企業の商標を偽造する事案が多発し、在外公館から日本政府に対して訴えが寄せられていた。そして、明治28(1895)年から開始された日独交渉の結果、知的財産権のうち産業財産権の保護については、明治29(1896)年より、外国人に対して正式に認められることとなった。

近代日本が、それまで馴染みのなかった産業財産権を含む知的財産権保護の問題と折り合いをつけながら、どのように諸外国と交易を行い、産業を振興していったのかといった側面からも日本資本主義の興りを捉えることができる。19世紀から20世紀初頭にかけては、国内において、新たな分野で数多くの企業が生まれるなど、資本主義の土台が形づくられた時期といえる。このような時期において、諸外国と対等に渡り合うべく、わが国はいかにして殖産興業の促進を図ったのか。知的財産権を含む、国家の商業政策的な観点から、近代日本資本主義の淵源を辿ることは、戦前の過ちを見直し、今後の日本経済や貿易、国際情勢等を考える上で、必要な取り組みの一つなのではないかと考える。

昨今において、企業のグローバル展開が進む中、経済成長が予想される新興国との交易は、今後より重要になるといえる。そのため、企業が製品開発競争や市場獲得競争を勝ち抜くため、特許権で技術を保護することに加え、付加価値や差別化を目的に、商標権、意匠権等を活用し、複合的に保護することにより一層重きが置かれる。そういった際に、明治期とは打って変わって、海外に進出していく立場としても、知的財産権に関わる問題に直面する機会が増えていくことが予想される。したがって、過去の諸外国との知的財産権に関する事案に関して詳細を明らかにすることで、時代や制度が違うため、過去の事象をそのまま当てはめることは難しいが、後に起こりうる変化を予測する材料、引いては、人間活動における一つのモデルケースを提示することはできるのではないかと考える。

明治期の諸外国との条約改正交渉において、知的財産権、産業財産権に関する取り決めが大きなテーマであったと推測されることから、今回は条約改正交渉以前における外国人の産業財産権保護の実態を探るため、知的財産権のうち、とりわけ史料が多く見受けられる商標関連事件について検討を行った。

民法95条3項における重過失の性質と程度について  
ー生成史的アプローチによる重過失概念の解明と我が国民事法へのインパクトー

星山 琳(明治大学・博士後期課程)  
hoshiyamarin415@gmail.com

1. はじめに

(1)前提について

- ・ 錯誤は私的自治の現れとも考えられる規定 → 私的自治は民法の根本的な原理
- ・ 錯誤の重過失は私的自治の重大な例外 → 程度が不明では法的安定性の確保は困難

(2)研究手法

2. わが国の学説状況について

(1)重過失一般の学説状況

- ①重過失は訴訟手続き上の構造も含めて悪意と同質であるとする見解(主に錯誤)
- ②軽過失も含むような緩やかな判断によるべきであるとする見解(末弘博士なども含む)
- ③重過失は性質として過失に類するが、その非難の程度として悪意と同等であるものと著しい過失に過ぎないものがあるとする見解

(2)道垣内教授による重過失の2分類とその振分

- ・ ①ほとんど故意に近い過失(判例)と②著しい注意義務違反(学説)による2分類
- 具体的な注意義務を設定するか否かに違いがあり、①は設定せず、②は設定する
- ・ 各条文の趣旨を(i)「被害者と義務違反者との関係」、(ii)「公益的観点からの行為の奨励」、(iii)「行為者として一般に予定される者の属性」、(iv)「モラルハザードの防止」、(v)「保護の例外性」に分けて、各個注意義務を設定するか否か判断する

(3)問題点

- ・ 重過失の程度が定まっておらず、不法行為法上の議論にのみに依る傾向がある

3. ローマ法・16世紀人文主義法学者による重過失の程度に関する理解

(1)ローマ法

e.g. 学説彙纂第26巻第10章「信用に値しない後見人と保護人(Pfleger)について」第7法文(ウルピアヌス「裁判官全集注解」第1巻)第1節  
「悪意(Arglist)はないが重大な過失がある場合、重大な過失は悪意にほとんど等しい」

(2)後期注釈学派(主にバルトルスの見解)

- ・ 過失を、最軽過失(culpa levissima)、軽過失(culpa levis)、重過失(culpa lata)、より大きな過失(culpa latior)、最重過失(culpa latissima)に分類

→重過失を著しい過失、より大きな過失を推定的悪意、最重過失を悪意それ自体と理解

### (3)16世紀人文主義法学者(主にウルリッヒ・ツァジウスの見解)

- ・重過失を「怠惰の過失(culpa ignaviae)」と「策略の過失(culpa versutiae)」に分類
- ・怠惰の過失:「怠慢による不注意が重要であり、あるいは十分な認識のない性質の過失であり、またあるいは邪な教育により締結された契約である」
- ・策略の過失:「策略的かつ悪意ある企てや意思から生じる不誠実であり、また、自らの物に関しては慎重であり、注意深いにもかかわらず、害された他者に属する物あるいは事務をある程度望んで行った不注意により、悪意をもって、いい加減に取り扱い、あるいは無視すること」

## 4. 19世紀ドイツの重過失の程度分類と振分

### (1)重過失2分類の継承

- ・グスタフフーゴー(第二次人文主義)、サヴィニーを介した16世紀とのつながり

### (2)2分類された重過失の振分について

- ・契約(+ $\alpha$ )の場合には「悪意と同等に非難される重過失」
- ・不法行為の場合には「単に著しい過失としての重過失」

## 5. 現行ドイツ法との比較可能性について

### (1)わが国における「過失」の訴訟手続上の構造

- ・規範的要件としての「重過失」
- 「重」の程度が分からなければ規範的評価としての重過失は判断不能なはず

### (2)ドイツにおける「過失」の訴訟手続上の構造

- ・規範的要件に対応する「一般条項」、「不確定的な法概念(unbestimmte Rechtsbegriffe)」が存在 →「規範的事実(Normentatsachen)」の評価で重過失を認定
- わが国と同様の判断構造があると思われる

## 6. 現時点の確認と今後の展望について

### (1)本来的な重過失の理解から判断される95条3項の「重過失」

### (2)ドイツ法との比較と体系的整合性の確認

### (3)訴訟実務の場で活用できるようアウトリーチする

## 7. 本研究が我が国民事法(+ $\alpha$ )に与えるインパクトについて

### (1)会社法 e.g. 429条 役員等の第三者に対する損害賠償責任

### (2)国家賠償法 1条2項 公務員に対する求償請求

## 報告要旨

本報告は、報告者が2023年度に提出させていただいた論文を足掛かりとして、博論およびその先の研究に関するいわばグランドデザインを示すものである。本報告の構成は大別して①わが国における重過失の程度に関する現状と問題点の明確化、②わが国民法95条の母法であるドイツ民法典第一草案、そしてローマ法の検討を通じた我が国重過失の本来的程度・性質の確認、③現行ドイツ法との比較に関する前提の確認、そして④本研究の展望である。以下、各部分の詳細について触れておく。

まず、そもそも過失とは、訴訟手続き上「規範的要件」という概念であらわされ、過失それ自体はあくまで裁判官による評価である。その評価のために、当事者は、過失の評価を基礎付ける事実である「評価根拠事実」、そして過失の評価を妨げる事実である「評価障害事実」をそれぞれ主張立証してゆくことになる。重過失の場合には、さらに「重」過失であることの評価が必要となる。しかし、わが国では、とりわけ学説において「重」に当たる程度やその性質に関する解釈には大きな相違がある。そのことから重過失の判断は、裁判官はもとより当事者にも多大な困難を課している。

そもそも、わが国の「重過失」という概念はローマ法における *culpa lata* にその起源を有し、それがドイツの *grobe Fahrlässigkeit* につながり、わが国へと継受されている。そこで、これらを確認することにより、わが国の本来の重過失の程度・性質を明らかにすることは意義がある。初めに *culpa lata* は、悪意の立証困難を回避するため法務官により悪意と同等に非難されるものとして生み出された。その後、後期注釈学派では過失のより細かな分類がなされたが、16世紀人文主義法学者によって重過失は悪意と同等に非難される「策略の過失」と単に著しい過失である「怠惰の過失」に区別されることになった。この重過失の2分類は19世紀ドイツに受け継がれており、不法行為法に関して規定される重過失は単に著しい過失のことであり、契約法他に関しては重過失の原則的な理解である悪意と同等に非難されるものであるとされていたのである。

次いで、わが国の本来の重過失と現行ドイツ法との比較についてである。わが国はドイツ法の継受にあたり選択的に第一草案から多大な影響を受けたが、ドイツでは第二草案以降起草メンバーの逝去などによりその内容が大きく変化している(例えば錯誤の重過失規定の削除など)。ゆえに、重過失の比較にあたっては、その比較可能性に関しては、とりわけ訴訟上の機能に関して慎重な検討を要する。結論としては、わが国が過失を規範的要件として判断していることは既に述べたが、ドイツにおいても「不確定的な法概念」と理解されており、事実に基づく評価である点に変わりはない。重過失の評価につき、その「重」の評価が難しいという問題点も共有するため、比較が可能である。

最後に、本研究の展望についてであるが、重過失は民法だけでなく保険法や会社法、国家賠償法など広い法分野にわたって規定されている。それゆえ、本研究の最終的な目標は民事法全体にわたる重過失の体系的説明を成すことであり、裁判実務で円滑に活かせるようにアウトリーチすることである。

海外子会社の人権侵害に関する親会社の義務及び責任  
ーイギリス法を中心にー

同志社大学大学院法学研究科 博士後期課程  
後藤彰子

1. 問題の所在

(1) 「ビジネスと人権」問題への注目

→とりわけ、サプライチェーンにおける企業による人権侵害に関心が集まる。

・ サプライチェーンのグローバル化

⇒先進国の多国籍企業による人権侵害がグローバルに展開

強大な力を得て、広範囲に影響力を及ぼす存在

統治システムの範囲を越えて拡大し、「規制の間隙」で活動

・ ビジネスに関する生産国の規制なし/規制が弱い。

⇒結果として、生産国において劣悪な労働環境、地域環境の汚染が生じる。

(2) 「ビジネスと人権」問題に関する議論の現状

・ 「人権」を企業は守るべきか？

←伝統的な見解：「人権」は、公権力の濫用に対する特定の法的手段

=企業に直接的な責務なし

・ ビジネスと人権に関する指導原則（UNGP、ラギー原則）・多国籍企業行動指針（OECD  
ガイドライン）

→企業も「人権」を尊重すべきとした。

⇒これらのガイドラインは世界的な参照点となっている。

⇨これらは「ガイドライン」であって、法的拘束力を有するものではない。

⇒各国（とりわけ欧州）で、法整備が活発に

(3) 問題意識

・ 親会社はどこまで義務及び責任を負うべきなのか？（子会社・サプライチェーン等）

・ どういった義務及び責任を負うのか？（開示義務・不法行為責任等）

・ 親会社の取締役はどのような義務及び責任を負うのか？（善管注意義務・忠実義務、対会社責任・対第三者責任等）

## 2. イギリスにおける親会社の義務及び責任—開示規制 海外子会社に関する開示規制は以下の2つ。

### (1) 現代奴隷法による開示規制 (2015年現代奴隷法 54条、TISC条項)

- ・奴隷労働に対する伝統的なアプローチ=犯罪行為として定め、刑事責任を問う  
⇒現代奴隷法における企業へのアプローチ=奴隷労働に関する開示を要求
- ・対象となる企業の閾値=3600万ポンド
- ・「推奨」される6つの開示項目 (①組織構造、②方針、③デュー・ディリジェンスプロセス、④リスク及びリスクを評価・管理する手段、⑤対応措置の有効性、⑥研修)

### (2) 会社法による開示規制 (2006年会社法 414A条-414D条)

- ・対象企業=大会社
- ・戦略報告書において会社の環境問題及び社会問題(人権問題を含む。)を報告する必要がある (①会社の方針、②方針の有効性、③リスク、④リスクの管理方法)。

### (3) 開示における取締役の責任 (2006年会社法 493条)

- ・戦略報告書の内容について、悪意又は重大な過失により不実開示を行なった場合のみ
- ・会社に対する取締役の責任を引き起こす(第三者に対する責任は排除)。  
⇒責任の範囲が限定的(取締役が戦略報告書に対して積極的に取り組むことを促すため)

### (4) 社会的・環境的考慮に関する取締役の信認義務 (2006年会社法 172条)

- ・会社法上の取締役の信認義務として、株主利益最大化を維持しつつも、非財務的、社会的及び環境的考慮を検討事項に含めることを要求している。
- ・非財務的考慮を検討事項に含めているかは、戦略報告書を確認することによって可能

## 3. TISC 声明と戦略報告書の関係

### (1) 対象企業及び記載内容

3600万ポンド=大会社に相当する閾値=現代奴隷法と戦略報告書の対象企業はほぼ同じ。  
記載内容についても、TISC 声明と戦略報告書は重なり合う部分がある。

### (2) TISC 条項違反の会社法上の効果

- ・現代奴隷法に基づく人権問題に関する TISC 声明=戦略報告書における開示  
→TISC 声明の内容によっては、会社法の開示規制に違反

## 報告要旨

### 海外子会社の人権侵害に関する親会社の義務及び責任 ーイギリス法を中心にー

同志社大学大学院法学研究科 博士後期課程  
後藤彰子

近時、グローバルなサプライチェーンにおける人権侵害が問題視され、関心が高まっている。企業は、安価な労働力を求め、高い社会的コストを回避するためにコストを外部化し、それにより利益を最大化している。その結果、生産国の人々の人権は侵害され、地域の環境が破壊される事態を招いている。これらの問題状況から、人権侵害の問題解決のため、多国籍企業に対して一定の義務及び責任を負わせるべきではないかという議論が世界的に行われている。

もっとも、そもそもの疑問として、「人権」を企業が守るべきかという疑問がある。伝統的な見解によると、人権は、人間に固有の道徳的権利としてではなく、公権力の濫用に対する特定の法的手段として、個人の自由を保護していると考えられてきた。しかし、国連の「ビジネスと人権に関する指導原則(UNGP)」や経済開発協力機構(OECD)の「多国籍企業行動指針(OECD ガイドライン)」において、民間企業も人権に対して責任を負うと明示された。これらのUNGPも OECD ガイドラインも、国際的な参照点にはなっているが、正式な法規範ではなく、むしろ、ソフトローとして扱われている。ソフトローは強力な執行メカニズムを持たないため、普遍的な参加を確保することができない。そういった理由から、ソフトローのみによって、貧困国における人権状況を改善できるかどうかは疑わしい。

そこで近年では、ハードローによる規制が増えつつある。実際に最近の動きの中で、人権侵害の防止や是正が期待されるものとして、企業の人権デュー・ディリジェンスに関する法律の制定が挙げられる。例えば、イギリスにおける「現代奴隷法(Modern Slavery Act 2015)」等、欧州での制定が活発である。これらの諸外国の動きは、対応の方法は様々であるものの、サプライチェーンにおける人権侵害について、多国籍企業はどこまでの範囲でこういった義務及び責任を負うのか、当該企業の取締役はどこまでの範囲でこういった義務及び責任を負うのか、が最大の関心事となっている。

この報告では、イギリスにおける開示規制について取り上げた。イギリスにおける開示に関連する規制としては、現代奴隷法による開示規制(2015年現代奴隷法54条、TISC条項)、会社法による開示規制(2006年会社法414A条-414D条)、開示における取締役の責任(2006年会社法493条)、社会的・環境的考慮に関する取締役の信認義務(2006年会社法172条)が挙げられる。こういった開示規制を含めた様々な規制が、海外子会社を擁する多国籍企業にどこまでの範囲でこういった義務及び責任を課すのか、当該企業の取締役がどこまでの範囲でこういった義務を課すのかについて今後検討していきたいと考えている。

# 上場会社法制における規制手法の展望 —ソフトロー活用の可能性とその正当性・正統性について—

第 13 回東西大学院法学研究科院生研究交流会

2023 年 12 月 23 日土曜日

明治大学法学研究科博士後期課程

山田結稀

## 一 自己紹介・研究テーマ

### ➤ これからの社会

- VUCA 時代<sup>1</sup>：複雑かつとても速い速度で変化し続けているため予測しづらい
- SDGs：持続可能な開発目標

→企業法制の議論：「国による取組みだけでは解決できない社会的な課題への対応を、企業も共に取り組まなければならない」

- サステナビリティ開示基準への対応

2023 年 6 月国際サステナビリティ基準審議会 (ISSB)

「サステナビリティ関連財務情報の開示に関する全般的な要求事項 (IFRS S1)」

「気候関連開示 (IFRS S2)」

→**これからの社会：取締役会が情報管理とリスクマネジメントを行う必要が高まっている。**

- CSR ではない、長期的な稼ぐ力の向上
- 本来資本主義社会において：どのように効率的に稼ぐかということを法律で規定する必要はないはず
- コンプライアンスに加えて社会課題の解決まで将来的には目指さなければならない

### →**企業法制におけるパラダイムシフト**

- リスクマネジメントを実効的に行うために以下の 3 つの課題がある

A 取締役の情報収集権がないこと

B 取締役の多様性・スキルに欠ける

C 法体系の整理が不十分である

→金商法と会社法、ソフトローとハードローの関係を含めて、新たな時代の企業法制の在り方について論じていきたい

- Society5.0、アーキテクチャと法：政府が一方向的に課す法律には限界があるのではないか

## 二 会社法と金商法の関係

---

<sup>1</sup> Volatility(変動性)、Uncertainty(不確実性)、Complexity(複雑性)、Ambiguity(曖昧性)の頭文字をとって、予測が難しく変化が激しい社会や経済情勢を表す。



➤ 会社法の目的

「企業をめぐる関係者の利害関係の法」

◇ 企業をめぐる関係者：株主、経営者、債権者・取引先、従業員、消費者、地域社会

◇ 対象会社：主に株式会社(持分会社についても言及あり)

➤ 金商法の目的

「第一条 この法律は、企業内容等の開示の制度を整備するとともに、金融商品取引業を行う者に関し必要な事項を定め、金融商品取引所の適切な運営を確保すること等により、有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の**公正な価格形成等**を図り、もつて国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資することを目的とする。」

◇ 対象会社：上場会社等<sup>2</sup>

➤ 両法を別個のものとして解する通説への問題提起

### 三 ソフトローとは

➤ ここでのソフトローの定義

「国が直接制定・強制するものではないが、対象者の行動に影響を与える規範」

➤ コーポレートガバナンス・コード(CGC)

◇ 2015年策定(2018・2021年改訂)

◇ 金融庁と東京証券取引所を共同事務局とする有識者会議にてとりまとめられた

◇ 有価証券上場規程の別添とされ、その「企業行動規範」<sup>3</sup>の中で引用されている

◇ 東証すなわち金融商品取引所は金商法上の監督に服している

→ソフトローの中でもCGCは異質なものである

➤ ハードローとの違い：民主主義的正当性に欠けるのではないか

◇ 正当性：この方法が正しいのだろうか

◇ 正統性：誰がどのように形成するのが正しいのだろうか

### 四 まとめと展望

ハードローとソフトローを、有機的な関連性をもって活用させるべき

必須の存在であるソフトローの正当性・正統性について議論を深めるべき

<sup>2</sup> 有価証券報告書の提出が義務付けられる会社(金商法24条1項)を指す。上場会社(同条1号)に加えて、2~4号に当たる会社についても提出が義務付けられるため、上場会社等としている。

<sup>3</sup> 有価証券上場規程第436条の3、第445条の3で言及されている。後者の第445条の3は有価証券上場規程にコードの趣旨・精神の尊重を定めている。これは企業行動規範のうちの「望まれる事項」であって、違反しても実効性確保措置の対象とはならない。また、第436条の3は、コードの各原則を実施しない理由の説明義務を定めている。これは企業行動規範のうちの「遵守すべき事項」であって、違反すれば実効性確保措置の対象となる。

## 【報告要旨】

変化の速い現代社会において、企業法制についてもその変化に対応することが求められている。特に、国による取組みだけでは解決しきれない重大な社会問題への対応は喫緊の課題である。そこで近年は「ESG 投資」が盛んに行われている。つまり、法令を遵守することはもちろんのこと、環境・社会問題等に対応できる企業でなければ投資を受けることができないという考え方が広まりつつある。その際、どのような企業情報を開示するか、取締役会における情報管理とリスクマネジメントが重要となる。

本来資本主義社会において、いかに効率的に稼ぐかということは法律で規律する必要はないはずであるが、現代社会においてはそれを企業法制で行うべきであるというパラダイム転換期にあると言えるのではないか。

かつての企業法制は過去の事象に着目しており、過去情報の開示や生じた損害への事後的な填補について規定を置いてきた。しかし、今後は企業はどのように中長期的に価値を高めていくかという将来的な企業の在り方に着目しなければ投資は受けられず、存続していけない。そこで企業法制の抜本的な改革が必要なのである。制定法の改正にはどうしても時間がかかるため、近年活用されている「ソフトロー」という手法が注目されている。

代表的なソフトローとして「コーポレートガバナンス・コード(CGC)」が挙げられる。金融庁と東証が事務局となった有識者会議が策定した本コードは、法律とは異なり、自主規制という位置付けとなっているものの、東証上場会社の重要な規範となっており、強力な拘束力を有している。確かに、CGCによる規制は効果的で、制定法よりも速く先進的なテーマを取り扱い、最終的にハードローである会社法や金商法の改正にも影響を及ぼしてきた。しかし、その取扱いには注意が必要である。なぜなら、制定法には本来あるはずの民主主義的正当(統)性に欠ける可能性があるからである。すなわち、①この方法が本当に正しいのだろうか(正当性)、②誰がどのように形成するのが正しいのだろうか(正統性)、という点が十分に議論されていない可能性がある。これらを十分に議論した上で、これからの企業法制の在り方を模索すべきではないか。

なお、現行の制定法(ハードロー)とソフトローがどのような関係になるかということも検討しなければならない。またそもそも、企業法制の代表として会社法と金商法が挙げられるが、それらはいかなる関係にあるのか。これらについて議論を深めることで、より良い企業法制の在り方が見えてくるのではないか。

ソフトローは企業法制において今や必須の存在であり、これを活用しない術はない。これらをどのような関連性をもって活用させていくべきか、長期的に探っていきたい。

# 独占禁止法における他者排除型の反競争性の再検討

明治大学 尾崎りお

## 1. はじめに—本報告の主題—

公正取引委員会は、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（「流通・取引慣行ガイドライン」）において、公正競争阻害性には、価格等支配型の反競争性と他者排除型の反競争性の二つの類型が存在することを明らかにしてきた。流通・取引慣行ガイドラインにおいて示されるこのような解釈は、競争の望ましさを「競争によってもたらされる一定の良好な結果」に求める、いわゆる帰結主義的理解に基礎を置くものである。しかしながら、そのような帰結主義的理解から、独禁法上の「害」の一態様として、他者排除型の反競争性が導かれることについては疑問が残る。本報告では、流通・取引慣行ガイドラインにおいて示される上記の一連の解釈は妥当でないことを論じるとともに、同ガイドラインの記述がどのように改められるべきかについて、若干の検討を行う。

## 2. 問題の所在

### (1) 独占禁止法（独禁法）とは？

独禁法1条：「この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な取引制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」

- 私的独占をはじめとする一定の行為の禁止を通じて、「公正且つ自由な競争」の促進を目指す法律。
  - 「公正且つ自由な競争」はなぜ望ましい？（参考：徳力 23 頁以下）
    - ◇ 帰結主義 …… 競争は良好な結果をもたらす（商品等の供給量の増大・価格の低下・品質の上昇等）
    - ◇ 非帰結主義 …… 競争は、それ自体、（実質的な）経済活動の自由を可能とする前提である。
  - 競争の望ましさをどのような点に認めるかは、独禁法の目的の捉え方に違いを生じせしめる。

### (2) 違反行為が成立するための要件

- ① 行為要件 …… 問題となる行為の態様が条文に規定される行為に該当すること
- ② 効果要件 …… 問題となる行為に一定の競争阻害効果が認められること
  - 競争阻害効果 → 自由競争減殺（反競争性）・競争手段不公正・自由競争基盤侵害
    - ◇ 反競争性が問題となる要件：「競争の実質的制限」、「公正競争阻害性」
- ③ 正当化事由不存在の要件 …… 問題となる行為に正当化事由が存在しないこと

### (3) 独禁法秩序における反競争性の態様

- 反競争性 → 以下の状態をもたらすこと。
  - 価格等支配型の反競争性：価格や品質等の諸条件をある程度自由に左右することができる状態
  - 他者排除型の反競争性：市場の開放性が妨げられている状態（既存の事業者の排除・新規参入阻害）
- 各効果要件の解釈
  - ◇ 競争の実質的制限 → 価格等支配型の反競争性
  - ◇ 公正競争阻害性 → 価格等支配型の反競争性・他者排除型の反競争性

- 「他者排除型の反競争性」を認めるかどうかの違いは他者排除型行為の規制場面で現れる (e.g.共同ボイコット、不当廉売等)。

#### (4) 反競争性の解釈と競争法目的論の関わり

- 各効果要件における反競争性の解釈は、競争法目的論から導かれる (※例外もある)。
  - 帰結主義を前提とする競争法目的論 → 価格等支配型の反競争性・他者排除型の反競争性
  - 非帰結主義を前提とする競争法目的論 → 価格等支配型の反競争性・他者排除型の反競争性
    - ◇ 流通・取引慣行ガイドラインは、「帰結主義」の立場から公正競争阻害性の解釈 (上述) を導く。
    - ◇ しかし、帰結主義を前提に他者排除型の反競争性を導くことは妥当でない。

### 3. 帰結主義を前提とする競争法目的論から導かれる他者排除型の反競争性の妥当性

- 帰結主義は以下の経済学上の議論を念頭に置く。
  - 完全競争において、各経済主体は、価格に対する影響力 (価格支配力) を持たない「価格受容者 (プライス・テイカー)」として行動することになり、これにより、総余剰の最大化がもたらされる。
    - ◇ 完全競争：「多数の経済主体から成る市場で、取引量の小さい個々の経済主体が市場価格を所与として行動する状況」(西村 444 頁)
    - ◇ 完全競争市場が成立するための複数の条件のうちの一つ → 「あらゆる参入障壁の欠如」(荒 32 頁)
  - 他方、完全競争の反対概念である「独占」は、総余剰の低下、価格の上昇等の悪影響をもたらす。
  - もっとも、現実の市場において、完全競争の条件がすべて満たされることはほとんどない。
    - ◇ 競争法の目的を帰結主義的に解する者は、「独占禁止法が目的にしているのは、できうるかぎり有効な競争を確保することである。」と考える (丹宗=厚谷 81 頁)。
- 帰結主義の立場から他者排除型の反競争性を導くことは、帰結主義の本来の趣旨から外れるものである。
  - 帰結主義の立場から他者排除型の反競争性を導く立場は、「あらゆる参入障壁の欠如」に論拠を求める。
    - ◇ 「……事業者が競争者や取引先事業者等と共同して又は事業者団体が、新規参入者の市場への参入を妨げたり、既存の事業者を市場から排除しようとする行為は、競争が有効に行われるための前提条件となる事業者の市場への参入の自由を侵害するものであり、原則として違法となる。」(流通・取引慣行ガイドライン第 2 部第 2 の 1)
  - 「あらゆる参入障壁の欠如」は、あくまでも、完全競争が成立する前提でしかない。
  - 他者の排除は確かに価格支配力の増大をもたらす得るが、他者排除それ自体を競争法上の「害」とすべきではない (同旨を述べるものとして、川浜 128 頁)。
- なお、公正競争阻害性の独自の観点から帰結主義に基づく他者排除型の反競争性が導かれることもある。
  - 公正な競争を阻害するおそれ→(価格等支配型の反競争性のみを認める)競争の実質的制限より「広い」
    - ◇ しかし、価格等支配型の反競争性と他者排除型の反競争性は縦並びの関係に立たない(根岸 8 頁)。

### 4. 結語—報告のまとめと残された課題—

- 帰結主義の立場から他者排除基準を根拠づけることは妥当でない。
  - 現行の流通・取引慣行ガイドラインは、他者排除型の反競争性に関する記述を改めるべきである。
    - ◇ 強度の排除から価格支配力への影響を推定する？ (川浜 128 頁)
- 非帰結主義の立場から他者排除型の反競争性を根拠づけることの妥当性についてはどうか？
  - 妥当であるが、「他者排除」を直ちに反競争性の認定の目安とすることができるとについては疑問。
    - ◇ 他者排除基準の短所 → 過剰保護・規制のおそれ (林 141 頁 (山部発言)、白石 123 頁)
    - ◇ 非帰結主義の立場から他者排除基準を導く場合のセーフハーバーの設定について検討する必要。

参考文献：荒井一博『ファンダメンタル ミクロ経済学』（2008）、荒憲治郎ほか編『経済学3 産業組織論』（1976）、川浜昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」（1999）、今村成和『独占禁止法入門』（1993）、丹宗昭信＝厚谷襄児『新版独占禁止法の基礎』（1985）林秀弥「『不公正な取引方法規制の再検討』平成21年度シンポジウムの記録」（2010）、根岸哲「独占禁止法における現代的諸論点」（2018）、白石忠志『独占禁止法〔第4版〕』（2023）、徳力徹也「競争の基礎付け—帰結主義対非帰結主義—」（2018）、西村和雄『ミクロ経済学入門』（1995）

## 報告要旨

本報告では、競争法の目的について帰結主義の立場を採る場合に、他者排除型の反競争性を競争法上の「害」として扱うことの妥当性を論じるとともに、流通・取引慣行ガイドラインの記述のうち、競争法上問題となり得る反競争性の態様について述べた部分に関して、一定の改訂案を提示した（参照、「1. はじめに—本報告の主題—」）。

「2. 問題の所在」では、独禁法の目的に関する基本的理解を確認するとともに、独禁法上問題とされ得る競争阻害効果の解釈を、とりわけ、自由競争減殺型の競争阻害効果（＝「反競争性」の解釈）を中心に整理した。独禁法とは、要約すると、「私的独占をはじめとする一定の行為の禁止を通じて、『公正且つ自由な競争』の促進を目指す法律」であるところ、「公正且つ自由な競争」がなぜ望ましいとされるかについては、見解が分かれる。すなわち、①競争は一定の良好な結果（商品等の供給量の増大など）をもたらすことから、これを望ましいと考える立場（「帰結主義」）と、②競争はそれ自体望ましいものであると考える立場（「非帰結主義」）の対立である（なお、帰結主義と非帰結主義は両立し得るものであり、これらを折衷した立場も存在するが、議論の簡略化のため、本報告では取り上げていない。）。また、競争法の目的の捉え方は、競争法上問題となり得る反競争性（＝自由競争減殺型の競争阻害効果）の解釈に影響を及ぼすところ、帰結主義を前提とする場合にも、非帰結主義を前提とする場合にも、少なくとも理論上は、「価格や品質等の諸条件をある程度自由に左右することができる状態」をもたらすこと、という意味の「価格等支配型の反競争性」と、「市場の開放性が妨げられている状態（既存の事業者の排除・新規参入阻害）」をもたらすこと、という意味の「他者排除型の反競争性」の両方が、競争法上の「害」として導かれ得る。

しかしながら、報告者は、帰結主義の立場を採る場合に他者排除型の反競争性を競争法上の「害」とすること（流通・取引慣行ガイドラインや一部の学説に見られる理解）は、帰結主義を採る場合に想定されることになる競争法の目的、すなわち、「できうるかぎり有効な競争を確保すること」から乖離するものであり、妥当でないと考える。「3. 帰結主義を前提とする競争法目的論から導かれる他者排除型の反競争性の妥当性」では、このような報告者の主張を、「完全競争」に関する経済学上の議論を手がかりとしながら論じた。

以上の論証を踏まえ、「4. 結語—報告のまとめと残された課題—」では、流通・取引慣行ガイドラインにおける他者排除型の反競争性を競争法上の「害」とする旨の記述は改められるべきであることを述べ、具体的な改訂案として、「強度の排除から価格支配力への影響を推定する」とする推定ルールを採用すること、あるいは、競争法の目的について「非帰結主義」の立場を採ることを示すこと（ただし、その場合、他者排除型の反競争性を競争法上の「害」とすることには、それ自体、過剰保護・過剰規制のおそれがあるため、一定のセーフハーバーを設ける必要がある。）を挙げた。

他者排除型の反競争性、言い換えれば、「市場の開放性が妨げられること」を競争法上の「害」とし、これを競争法執行のメルクマールとすることについては、わが国の経済法学において、長年に渡り、その適否が論じられてきた。本報告は、これを、他者排除型の反競争性を競争法の目的論との関わりという観点から捉え直し、再検討したものである。

2024（令和6）年2月15日発行

明治大学大学院学内GP  
《他大学院との研究交流プログラム》  
第13回東西大学院法学研究科院生研究交流会報告集

発行：明治大学大学院法学研究科  
〒101-8301 東京都千代田区神田駿河台1-1  
編集責任者：中空壽雅（法学研究科長）