

## 成熟市民社会型企業法制の創造

### —企業、金融・資本市場法制の再構築とアジアの挑戦—

Creating New Corporate Legal Systems for Mature Civil Society

- Restructuring Legal Systems of Corporation,

Finance and Capital Market, and Asian Challenges -

## 平成 20 年度活動報告

平成 20 年 (2008 年) 6 月末にグローバル COE として採択されることが決定してから初年度約 9 ヶ月間の研究活動期間、本研究拠点では、研究企画グループを再構成し、第一期 COE (21 世紀 COE) の成果を踏まえ、新しい目標設定を目指してさらなる飛躍を実現するために充実した活動を行うことができた。特に、法分野横断的な法理論の創造ならびに日本の新しい法律学の創造という重要な拠点形成目的については、会社法を専門とする拠点リーダーが労働法学会のコメンテーターとなり、企業と労働に関する論文を積極的に公表することで大きな問題提起を行なってきた。また、憲法規範が各実定法分野において生きているとの目標から、憲法学と会社法学の対話が実現しているが、この方向は今後とも日本の新しい法律学創造の要の問題になるとと思われる。こうした活動は平成 21 年度も継続していく。

本拠点では、喫緊の課題に関し、真に独立性の高いオピニオンリーダー、シンクタンクとして先端理論の提示を行うということを目指しているが、平成 20 年度は、各分野の第一線の関係者を招聘し行った「緊急シンポジウム」 「アメリカ発金融危機の総点検-日本からのメッセージ」 (2009 年 1 月) や、労働法・社会保障法分野のシンポジウム「貧困の拡大とセーフティーネットの役割」 (2009 年 1 月)、また、国際会計基準の統一をテーマとした「会計基準のコンバージェンス」 (2008 年 9 月) といった時流にかなった内容のシンポジウムを行い、多くの関心を集めた。国際シンポジウムとしては、ベルリンの日独センターで開催された「成熟市民社会創造に関する法の役割と法整備支援の役割」は、法整備支援にとって不可欠な比較法の役割を巡る大規模な会議となった。また国際資本市場における自主規制をテーマとするロンドン・フォーラムは、アジア資本市場のルール作りにつき国際資本市場協会との協力関係を再構築した。他に、金融危機を巡る北京金融会議が開催され、さらにこうした成果は、本年 7 月に予定される中国証券監督管理委員会・韓国金融監督院・日本の金融庁等と

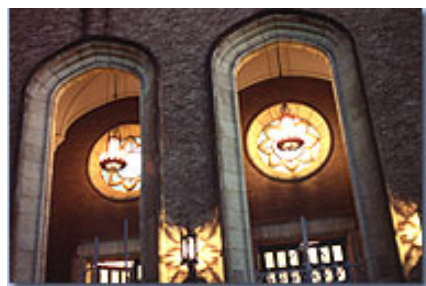
GCOE によるアジア域内の資本市場の規制監督と自主規制の方向性に関する初めての三カ国シンポジウムへと成果が拡大している。

第一期 COE より実施している中国の最高立法機関である全人代常務委員会法制工作委员会、中国の証券規制機関である中国証券監督管理委員会(CSRC)と東京証券取引所の三者協定による研究交流は、さらに継続しており、20 年度には中国側から日本の地震対策法制に関する調査団が来日し研究調査が実施された。さらに本年 7 月末には国家賠償法の制定に関する研究交流が北京で予定されている。

知的財産法制研究グループによる、英文によるアジア 6 か国を対象とした世界初の知財判例データベースの構築は、さらに欧州判例を射程に入れており、またさらに (財) 知的財産研究所が、本研究所知的財産センターとワシントン大学の協力により構築した日本判例の英文データベースも、今後取り入れる情勢となっている。これにより、世界の知財判例の検索窓口は早稲田大学 GCOE となりつつある。

英国モデルを重視した金融仲介業者の principles-based 規範の提言などを含め横断的・包括的資本市場法制の具体化と金融・資本市場改革への貢献も行ってきたが、企業買収ルールについてもアメリカ一点張りであった従来の日本の議論の方向性は変わりつつあり、英国 M&A 法制研究会が発足を見ている。ここには従来の本拠点の実績を反映し、拠点リーダーを始めとして GCOE で研究活動を行ってきた若手研究者が参加している。また、我々が主張してきた日本版金融 ADR の提言は、今般の金融商品取引法等改正により、ついに金融 ADR 法の創設として結実した。

ほかにも、多くの研究会、シンポジウムが行われ、着実な成果をあげている。その一部は、本年度 3 冊刊行された機関誌「企業法制と法創造」(通算全 17 巻)に公表され、学問上の大きな財産となっている。21 世紀 COE の成果の全体を集約する叢書全 8 巻シリーズ「企業社会の変容と法創造」も一巻を残し刊行されたのでぜひご一読頂きたい。



早稲田大学大隈講堂

## 研究企画紹介（第2回）

本研究拠点では、異なる法分野の多数の研究企画が独立して活動を推進しています。本紙面では、順次、各研究企画概要を紹介します。（HP記載内容よりの転載）

### 2 憲法と経済秩序 グループ

#### A2-1 憲法と経済秩序

日本国憲法は、経済秩序に関する明文規定をもたない。もっとも、憲法29条は財産権を保障しているので、資本主義経済を前提とするものと理解されてきてはいる。しかし、ひとくちに資本主義といっても、新古典派的な自由市場を基調とするものから福祉国家的再配分を組み込んだニューディールの市場経済まで、そのありようは一様ではない。いかなる資本主義を選択するかについて、憲法は明言していないのである。この点に関する従来の憲法学の対応は、経済秩序の構築を政策問題とし、法的判断の対象から除外するというものであった。これはしかし、二重の基準論的思考、すなわち討議を通じて経済秩序を構想するという考え方を前提としている。必ずしも国家の撤退や市場の自由放任までを正当化する意図は含まれていなかった。

たしかに、憲法は経済秩序のあり方について明言せず、経済政策の当否は法的判断になじみにくい面をもつ。しかしながら、経済秩序は、国のあり方と無関係であるわけではない。その意味で、国の基本構造を定める憲法が経済秩序と無縁であると考えべき理由はないはずである。とはいえ、グローバル化が進展する今日の世界では、一国のみで経済秩序のあり方を構想しても、有効性に欠ける面があることを否定できない。冷戦崩壊後の世界秩序の再編という状況の下で、国民国家の枠組みを前提とする憲法ならびに憲法学が、経済秩序について語り得ることはあるのか。それを考えるためには、主権や人権、平和主義といった日本国憲法の基本原理からの検討が不可欠となるであろう。

例えば、日本国憲法9条の掲げる平和主義は、経済秩序のあり方を全く制約しないのか。財政均衡の要請は、憲法上の権利保障といかなる関係があるのか。さらには、国家の撤退と憲法、社会保障と経済秩序、地方自治と経済秩序、あるいは憲法と市民社会等々の問題に至るまで、本企画の主題は、経済的自由権論や法人の人権論といった既存の論点にとどまらず、多様な拡がりを持つものである。

企画責任者：中島徹、戸波江二、今関源成 金澤孝

### 3 企業と市場の民事法 グループ

#### A3-1 民事法制研究・全般

#### A3-2 民商法体系の再構築

従来民事法とりわけ民法は市民法型ルールの提供を第一の使命としてきた。もとよりその使命の重要性は今後とも揺ぐものではない。しかし他方で企業ないし市場を支えるよ

うな商事民事法のあり方が真剣に探求されなければならない状況となっている。市場と不法行為、市場に対する責務の不履行、金融商品の説明義務・適合性原則、市場を経由する消費者・投資家損害の賠償、金融商品設計に係る民事法の意義、商事信託法制、受託者責任、市場取引の客体たるモノとしての権利、財団・法人・中間法人・組合といった事業の受け皿法制等々の研究は、主として民法学者に委ねられてきたが、そこで生じている現象は企業・市場を担い支える民事法という視点を必要とする場合が多い。ある意味では、民法学者はこの限りで商法学者であったとすら言える面がある。本企画はこうした総合分野を共同研究することによって、新たな学問的地平を切り開こうとするものである。新会社法の制定は商法総則・商行為法の位置づけを困難なものとしているが、この部分を民法に移管し、一般社団法人・財団法人を会社法として位置づける等、民法と商法の境界を見直し、再構築する機運も見られつつある。本企画では、そうした観点から従来の民商法を総合する新しい法律学の創造を目指す。

企画責任者：鎌田薫、上村達男

#### A3-3 企業と市場と民事責任

企業活動に対する民事責任法が、新たな役割を担う時期にきている。近年進められてきた事前規制の緩和によって、事後的な段階で働く不法行為法の制裁的側面が重要になるとともに、事前の救済手段である差止請求の役割が増大している。そこでは、民事責任の機能自体の再考が要請される。同時に、安全性や公正な取引環境の確保の観点から、企業活動に対する適正な規制のあり方が、重要な検討課題となっている。安全性や取引の公正性は、すべての取引において前提とされる課題であるが、とりわけ企業と消費者が対峙するとき、この二つが不可欠の現代的要請である。安全性には、生命・身体・財産の安全性だけでなく、平穏な生活環境やプライバシーの保護といった意味も含まれる。取引の公正性には、取引当事者の公正性だけでなく、競争秩序に支えられた健全な取引市場の確保といった意味も含まれる。企業と市場と民事責任というテーマを掲げているが、企業活動に対する公法的規制のあり方や、企業と消費者の間における適正な取引ルール、市場ルールの形成の検討が、このテーマを考察する上での不可欠な前提である。これらの課題を含めて、広くこのテーマを扱う。

企画責任者：後藤卷則、藤岡康宏、浦川道太郎、淡路剛久

#### A3-4 企業・市民と土地法制

企業が市民的基礎に基盤を置くものである以上、企業の土地保有と個人の生活のための土地保有の関係を、欧米のケースを参考に検討することは非常に重要である。とりわけ、コモモンズないし社会的共通資本と私的所有の関係を考察す

ることで、公共性と土地所有の制限のあり方に関するとりわけ欧州の発想を十分に理解し、それを日本の土地政策に生かしていくことが必要である。土地政策は、企業間、所有観という基礎法的基盤の上に確立されるべきであろう。

企画責任者：内田勝一、田山輝明

### A3-5 市場のグローバル化と担保法制

サブプライム問題がアメリカの大手金融機関の倒産を招き、世界の資本市場を揺るがしている。この問題の出発点は、アメリカ国内の固有の住宅・不動産担保制度にある。これまで、不動産担保制度は、一国の固有の問題とされてきた。しかし、「担保」方法を制度して成立させている基盤は「金融」問題であることを忘れてはならない。金融「市場」というのは、グローバルの性質を有することも注意しなければならない点である。今回の上記問題は、この2つの制度の密接不可分性に対する法的配慮の欠如が露呈したともいえるのである。そうであれば、担保と金融という不可分性に対する再検討と、金融市場が「市場」である以上は競争原理を前提とするが、その適正な競争原理を働かせるべく、政府による適切な市場政策が必要となるところである。この経済的な問題を意識しつつ、もう一度、今回の欠点を露呈した全世界のグローバルスタンダードになっている欧米の金融担保制度を根本から研究し、21世紀の新たな金融の発展形態に大いに寄与すべき制度を構築する必要があると考えている。とりわけ、アメリカUCCの発展方向の模索、EU統一規範の発展方向の模索と参加各国の個別金融事情との関係、欧米のアジア市場へのアプローチの方法などは、必須の研究課題である。

企画責任者：近江幸治

### A3-6 信託法制の比較法研究

本研究は、信託および信託類似制度に関する法制の比較法研究を通じ、各国の私法に関する基本的な枠組みの理解と英米法のtrustに関する対応から見た法意識調査を展望したものである。また、欧州の周辺・辺境部分や各オフショア法域の法制・法意識を調査研究することで、様々な角度から「ヨーロッパ」の深層に根源的に迫ることを最終的な目的としている。主たる対象は以下の三つに分類される。①「欧州を中心とする大陸法諸国における信託類似制度と信託そのものの受容」、②「スコットランド・南アフリカのようないわゆる混合法域(mixed legal system)における信託の受容」、③「オフショア法域における信託法の展開と信託の限界、および抵触法的観点からの他国でのオフショア信託の受容」。

国際的ジャーナル等、英語による研究成果の国際発信と問題提起を積極的に行う。

企画責任者：渡辺宏之

### A3-7 ヒト由来物質をめぐる法的課題

近代社会においては、生物としてのヒトは等しく出生という事実のみをもって権利の主体として位置づけられる。権利主体としての人は、他人がこれを勝手に処分したり、取引の対象とすることはできない。個体としての人の身体から分離された身体の構成部分や、死亡した人の身体(死体)は人格性を失い、処分の対象となりうるとされてきたが、その処分の目的と内容は、毛髪など一部を除いて、埋葬であったり、廃棄であったり、あるいはせいぜい標本としてのためであったりしたにすぎない。しかし、今日、医学、生物学、生命科学など、自然科学および技術の発展が、人の身体やその構成部分を医療や創薬その他の場面で利用する道を切り開き、それら廃棄や埋葬の対象でしかなかった身体構成部分や死体が有する意義を大きく変化させた。

現在、人の身体や身体構成部分は大別して三つの形態で利用されてきている。第一は、輸血や臓器移植など、それら組織や臓器の機能をそのまま利用するものであり、精子や卵子を利用した出産などもこの類型に含まれる。第二は、採取された身体部分を原料とし、それに加工をして利用されるものである。医薬品や、場合によって化粧品としても利用されているし、さらに現在大きく話題となっている幹細胞(胚性幹細胞にしても、IPSにしても)を樹立し、再生医療に役立てようというのもこの類型に属するであろう。さらに第三の類型は、人のDNAを採取し、そこから諸種の遺伝的情報を取り出して利用しようとするものである。この分野は、いわゆるヒトゲノム解析計画が完了し、ポストゲノム時代を迎えているわれわれの社会において、今後大きく発展するであろう領域である。

これら諸種の分野とも、その利用の客体はヒト(=人)に由来する物質であるが、その利用の自由度、処分の可能性などについて、法的にそれを正当化する確実な理論形成がなされているわけではない。身体構成部分はいかなる権利の客体か、所有権か、人格権か。その処分は誰が決定できるのか、また取引の対象となるのか。加工された製品、抽出された情報に関する権利は誰にあるのかなど、検討されなければならない問題点は多い。ヒト由来物質の利用は人類の福祉に寄与するところが大きい。そのこと自体は疑いが無いが、ことは、近代社会が大きな犠牲の上に掴み取った権利の主体である人そのものにかかわる問題である。本研究は、従来の物権理論だけでも、取引法の理論だけでも、あるいは人格権の理論だけでもない、ヒト由来物質に関する法的理論構成を探ろうとするものである。

企画責任者：岩志和一郎、甲斐克則

A3-8環境を中心とした企業の民事責任と公法上の責任  
環境問題を適切に解決するためには、民事法上および公法  
(行政法上)の両者からの相補的なアプローチが重要であ  
る。本企画では、「(環境を中心とした)企業の民事責任と  
公法上の責任」というテーマのもとで、民事責任(主に訴  
訟)を柱として、公法上の責任との関係も踏まえながら、  
以下に掲げる個別の問題に関わる訴訟および訴訟制度のあ  
り方のほか、責任関係や費用負担について研究・議論を進  
めることを目的とする。具体的には、企業と排出枠取引、  
オース条約(環境団体訴訟)、環境損害論、土壌汚染の回  
復、アスベスト・薬害・BSE・水俣問題をめぐる訴訟、な  
どの論点があげられる。また、その際には、国内環境法の  
個別的な論点にとどまらず、諸外国の法政策との比較を視  
野に入れた研究を目指す。

企画責任者：大塚直

主な参加者：

(ICMA)

Rene Karsenti, Executive President

Paul Richards, Head of Regulatory Policy

A. Lachlan Burn, Partner, Linklaters LLP

(早稲田GCOE)

上村 達男 早稲田大学 法学学術院長・法学部長

犬飼 重仁 早稲田大学 法学学術院 教授

青木 浩子 千葉大学 専門法務研究科教授

鈴木 裕彦 バークリズ・キャピタル証券株式会社 Director

鈴木 克昌 森・濱田松本法律事務所 弁護士

ヒョン・ソク 国際協力銀行 アジア大洋州ファイナンス部

債券市場スペシャリスト

小田 博 ロンドン大学教授・早稲田大学客員教授

河村 賢治 関東学院大学准教授

## 活動報告

### 国際資本市場の自主規制に関するロンドン・フォーラム

2009年1月27日、ロンドンにおいて、欧州を中心とする  
国際的金融資本市場の自主規制団体である国際資本市場協  
議会、ICMA (International Capital Market Association) の  
幹部3名を迎えて、「Learning from the experience of ICMA's  
self regulatory policy making」と題する国際フォーラムを  
開催しました。早稲田GCOEと、アジア域内の資本市場の  
自主規制のあり方を研究するアジア資本市場協議会

(CMAA: Capital Markets Association for Asia, 会長 出井  
伸之氏【前ソニー会長】、代表兼事務局長 犬飼重仁【早稲  
田大学教授】 2007年6月設立)は、2008年7月以降、相互  
に協力し、日本とアジアに共通する資本市場の法規制シス  
テム・自主ルール等に関する研究を継続的に行うこととし  
ていますが、今後、本GCOEは、CMAAと共に、関係団体  
との交流をさらに深め、アジア共通のプロの資本市場に適  
用可能な「(早稲田版)CMAAルールブック」の策定に向け  
た研究を、2009年度から行う予定です。



### 衆議院財務金融委員会参考人出席(金融ADR制度部分)

4月16日に開催された衆議院財務金融委員会(審議中の  
金融商品取引法等の一部を改正する法律案(内閣提出第49  
号)の金融ADR制度部分)の参考人として、当GCOE 総  
合研究所専任の犬飼重仁教授が意見陳述を行いました。昨  
年11月28日発表の金融ADR制度に関する提言の概要及  
び今回国会提出法案の位置づけ等について、説明と意見の  
表明を行ったものです。なお、この提言は、金融庁の立法  
担当者によって詳しく参照され、今回の金融ADR法の創  
設に繋がりました。

### 平成20年度奨励研究費

平成20年度奨励研究費は、グローバルCOEの研究企画  
の趣旨に合致する個人研究を奨励するため、若手研究者  
(RA、博士課程学生、オーバードクター、本学助手)を対  
象に公募、選定の結果、実施しました。概要は以下のと  
おりです(調査タイトル、調査地)。

- ①張 睿暎 「フランスにおける著作権制限規定と著作  
物使用者の権利」 エクサンプロバンス、パリ
- ②志賀 典之 「カナダにおける著作者人格権 ブリテ  
イッシュコロンビア大学」カナダ、バンクーバー
- ③小川 明子 「豪州における追及権制度創設課程と美術  
品取引市場への影響」 Art Law Centre(豪州、シドニー)
- ④黒岩 容子 「EC法における性差別禁止及び性平等に関  
する法制度の形成と展開」イギリス(バーミンガム、オッ  
クスフォード、ロンドン)
- ⑤小野上 真也 「複数関与者間における刑事責任の態様  
—特に共犯論との関係において」アメリカ、ニューヨーク  
州

## Symposium & Seminar

### ■＜緊急シンポジウム＞

#### アメリカ型金融危機の総点検—日本からのメッセージ

(2009年1月31日開催)

昨年来、アメリカに端を発し世界へ波及した金融危機の状況について、各分野からの専門家をお招きし、多角的な視点から鋭く分析、日本から世界へ向けてのメッセージを提起するシンポジウムを開催しました。

まず、金融最前線から、菅野雅明氏(JP モルガン証券チーフエコノミスト)が、『100年に1度の危機』の展望と政策対応」と題する講演を行いました。講演では、世界、アメリカ、ヨーロッパ、中国、日本で何が起きているのかについて、さまざまな経済指標、データを駆使して説明し、100年に一度の危機がどのように起こったのかを概観した後で、出口戦略が大きな政府へむかっていることに警鐘を鳴らし、小さな政府のもとで、もう一度規制の在り方を考え直すべきであるとししました。

格付け機関から、原田靖博氏(株式会社格付投資情報センター(R&I)会長)が、「格付会社総点検—米国と日本」と題し、講演を行いました。米国については米系格付会社3社に関するSECの調査報告が、日本については公的規制をいれるべきという金融庁の報告書が紹介されました。また米国SECの監督導入と強化の動きなどについても言及がありました。格付会社は「financial gate keeperとして、(中略)資本市場の発展に貢献する」もので、「利益優先であってはならず(中略)信頼を重視するとの考え方に基づき経営されるべき」であり、公正・妥当な格付けを確保するためには十分に競争的でなければならないとの考え方が示されました。

次に、国際弁護士の立場から、築瀬捨治氏(長島大野常松法律事務所)が「アメリカ発金融危機をもたらした法的基盤」と題し講演を行いました。アメリカ社会と法の特徴に言及した後、金融危機を再起させないためとして、新たな金融規制による「自由」の制約の受け入れ、行動規範としてのプリンシプルの確立、新たな金融規制を設けるに際しての国際的な協調、連携が提言されました。

次に、アメリカを知り尽くした経営者からとして、原丈人氏(デフタ・パートナーズグループ会長)が「公益資本主義と新基幹産業再生」と題する講演を行いました。基幹産業、コア技術の変遷を振り返って、米国で長期間新しい技術を作るという考え方が次第になくなり、短期的なリターンを求め、次の基幹産業を金融業だとしたところに勘違いがあった、結果として破たんがおこったと解説されました。「会社は株主のものだ」という間違った考えを正し、短期志向な考え方を見直すべきである、そして、利益の4割を初めから教育や医療に使うというバングラデシュのBRAC

(Bangladesh Rural Advancement Committee)というNGOを例にとり、利益を上げてからCSRなど社会に役に立つことをやるというのではなく、社会に役に立つことをやって利益を出す、このような長中期的な公益資本主義の立場にたった会社群を作り、新基幹産業としていくべきでないか、としました。



金融当局からは、大森泰人氏(金融庁)が「市場型金融システムの再構築」と題する講演を行いました。日本の金融システムの歴史を振り返った後、破たんの原因が、証券化であるという説と、銀証融合であるという説の解説を行いました。なぜ返済できない人に貸してしまったかという問題点については、やはり法制度として、収入から返済できる範囲でしか貸せないようにする来年施行の日本の貸金業法が有効な制度選択肢ではないかと言及がありました。そして、企業買収に関する法制度の根底にあるコーポレート・ガバナンスの強化を推進し、市場型金融システムを再構築していくというお話がありました。

最後に、上村達男 GCOE拠点リーダー・早稲田大学法学部長が、比較法の観点から「法的問題としての金融危機」と題し講演を行いました。最初に、GCOEが問題意識として言っている「成熟市民社会型企業、金融・資本市場法制」というのは、基本的人権や、自由、文化を、維持しながら、それを発展させていく、あるいは、個人が尊重される、富が公正に配分される、といったさまざまな価値があり、それを捨て去った成功は尊敬しない、という理念的に構想している社会像、それを守り抜く金融資本市場を目指している、ということの説明がありました。そして、欧州の原則禁止制度を守る方式に対し、「アメリカ的な行き方」というものは、極めて原則が自由で、魅力は最大だけれども危険も最大なシステムであり、アメリカ自身はそうしたアメリカ法制の特殊性を認識していない、と指摘がありました。また、企業価値というものとは規範概念でなければならない、企業ミッションの最大実現に貢献するのが資本であり、その選別の資格は主権国である国、国益論ということになる、



としました。資本市場法制の純粹型理論モデルと同時に資本市場活用型株式会社制度モデルを構築し、また、市民社会論と一体の理論を考えてい

くべきであると結びました。そして、ヨーロッパの、ジェントルマンズルール、プリンシプル、ベストプラクティスといった、制定法の形をとらないルールを理解し、日本の制度論に生かさなければならぬ、という提言がありました。シンポジウムは、早稲田大学国際会議場井深ホールで行われ、多くの聴衆が参加しました。

#### 【司会】

上村達男(GCOE拠点リーダー・早稲田大学法学部長)

犬飼重仁(GCOE専任教授・早稲田大学法学学術院教授)

### ■「基本的概念のクリティーク」 研究会 「古典経済学から何を学ぶかー人間と経済と社会ー」 (2009年2月14日開催)



現代社会構造の理論的把握のための一つの方法として古典経済学説を題材として、経済史・経済学史の泰斗である毛利健三 東京大学名誉教授を迎え、講演を行っていただきました。講演では、古典経済学説(特にアダム・スミス及びJ.S.ミル)の内容を、人間観・労働観といった観点から検討し、現在の新自由主義的政策がその淵源として依拠しているアダム・スミス等の経済理論について、そのテキストを時代的背景とともに再検討することで、スミス等が想定した人間や労働のあり方は、本来的には、合理的経済人の存在を前提する新自由主義の思潮とは異なった内容をなしていたことなどの知見が得られました。ひいては、スミス等のテキストの正しい理解が現代社会の批判的分析にあたって有用であることなどが明らかにされました。現代の経済政策等を支える経済理論に対する分析と批判的見地獲得のためには、古典経済学説の再検討が不可欠であることが議論されました。

(レポート協力 亀岡鉦平)

### ■早稲田大学=マックス・プランク外国・国際刑法研究所 共同ワークショップ (2009年3月17日開催)

ウルリッヒ・ズィーバー氏(マックス・プランク外国・国際刑法研究所所長)、マルク・エンゲルハルト氏(マックス・プランク外国・国際刑法研究所研究員)をお招きし、講演を開催しました。エンゲルハルト氏からは、「企業の刑事責

任に関するドイツ刑法とアメリカ刑法との比較」と題し、ドイツにおける企業犯罪の取組みを、ドイツ刑法とアメリカ刑法との比較の観点からご報告いただきました。同報告は、企業犯罪について、従来の体系論を超えて新たな犯罪成立要件の定立を目指すという画期的な内容でした。ズィーバー教授からは、「ヨーロッパ刑法の将来ーヨーロッパ刑法システムの目的およびモデルへの新たなアプローチ」と題し、ヨーロッパ全体を見渡した刑事法学の展望という観点からご報告をいただきました。その後、フロアから多数の質疑が出され、活発な議論が行われました。(レポート協力 小野上真也)



### ■国際知的財産セミナー 中国新特許法の注目点と留意点 (2009年3月18日開催)

第一部は基調講演として、中国全人代常務委員会法制工作委員会経済法室副室長 袁杰氏、中国人民大学教授 郭禾氏、天津大学法学学科学科長 劉曉純氏よりそれぞれ講演をしていただきました。袁杰氏は、「新特許法策定過程における議論の焦点」というテーマで、特許法改正の四つの目標と改正点を概説しました。続いて郭氏は「新特許法におけるエンフォースメントと権利濫用の制限」というテーマで講演していただきました。最後に、劉氏から「特許法改正案の国際ルール適用について」をテーマとして、公衆の健康の観点から、新特許法の意義及びその留意点について説明がありました。第二部では、早稲田大学グローバルCOE研究員の兪風雷氏が進行役とコメンテーターを兼任し、基調講演の講演者をパネリストに、活発な議論が行われ、シンポジウムの模様は日中新聞(日本版人民日報)でも報道されました。本シンポジウムの内容については、「企業と法創造」第18号に掲載される予定です。



## ■ 「ヒト由来物質をめぐる法的課題」研究会

(2009年3月18日開催)

マックス・プランク外国国際刑法研究所（医事法）のハンス＝ゲオルグ・コッホ博士（Dr. Hans-Georg Koch）をお招きし、講演会を行いました（科学技術試験研究委託事業「先端医科学研究に関する倫理的・法的・社会的課題についての調査研究」との共催）。テーマは、「法的問題としての幹細胞研究と再生医療（Stammzellforschung und "regenerative Medizin" als Rechtsprobleme）」であり、幹細胞を用いた医学研究に伴う倫理的問題への対応を考えるために、ドイツの胚保護法、幹細胞法を中心に、法規制の在り方について検討しました。講演では、ドイツがEU内の一国として、EUの指令や規制とのバランスを考慮する必要があることや、背景に存在するドイツの社会的・宗教的・歴史的特性についても示唆を得ることができました。



## ■ 特別セミナー「競争法の国際的適用に関する諸問題（管轄権、執行協力等）」

(2009年3月21日開催)

経済法・国際経済法の総合研究グループでは、松下満雄東京大学名誉教授をお招きし、「競争法の国際的事件への適用」という内容で講演していただきました。



講演では、米反トラスト法、EC/EU 競争法の域外適用、管轄権について、最新の事例を含め実際の様々な国際的事例を示しな

がら、その背景や経緯について詳しく説明がありました。また、日本独占禁止法の域外適用についてもふれられ、各国当局による相互協力と並行調査が行われた最近の国際カルテル事件として、マリンホーズ事件（2007年 米、EU、日、英の当局が協力）の経緯などについて説明がありました。

## ■ 『雇用と社会保障をめぐるセーフティーネットの再構築』

(2009年4月25日開催)

本研究会は、講演者に、駒村康平教授（慶應義塾大学）、島田陽一教授（早稲田大学）、コメンテーターとして山田篤裕准教授（慶應義塾大学）を迎え、雇用形態について経済学および労働経済学立場から、また雇用形態の変動にかかる法的問題については労働法学の立場から現状における問題点を抽出し、これをもとに、法学と経済学との架橋に取り組み、多様な分野からの議論を重ね合わせることで、雇用と格差の問題に対して法学（社会法）が取り組むべき課題を浮き彫りにすることを目的として開催しました。

駒村教授による第一報告では現状として、非正規雇用労働者ならびにワーキングプアの増加、同時に社会保険料における事業主負担の減少が示され、いわゆる日本型雇用を守られている正社員と、非正社員の格差が問題点として指摘されました。これに対し、駒村教授は、最低賃金の引き上げや現役期最低所得保障などを組み合わせた重層型所得保障システムを提案し、非正規雇用労働者がキャリア形成できる仕組みを提示しました。

島田教授による第二報告では、非正規労働者の中でも主婦パートのように賃金を主たる家計の柱としない層の存在が示され、またこれまでの労働法学・判例が日本型の雇用慣行を是認してきたことを指摘し、正規・非正規の格差のみならず正社員の多様化に注目すべきだと述べました。その上で労働者概念の見直しや、パッケージではなく個々のニーズに応じた労働法が求められているとしました。

山田准教授のコメントでは、特に最低賃金の引き上げの効果について、経済学の観点から賃金以下の生産性しかない部門の撤退等が挙げられ、生産性の上からサービス業や介護・教育などについての議論の発端となりました。この後の議論の中で、特に最低賃金については、賃金を家計の柱としていない労働者に対しいかほどの効果があるのかという疑問が島田陽一教授から提起され、最低賃金は現状では低すぎるし、価格への転嫁という流れも考えられるとの応答が駒村教授からなされました。これは非正規労働者の家計負担を政府が給付として負うのか、企業が賃金として負うのかという問題でもあり、研究会の中心的論点となりました。また非正規雇用者のキャリア形成について、経験値をどのようにつけさせるかについて、企業内訓練を主としながらも、特に優秀な非正規雇用者のステップアップが欠かせないとの意見が島田陽一教授から提起されました。このほか、議論は多岐にわたり、労働法学、社会保障法学、経済学の立場から多様な見解が示されました。

(レポート協力 法学学術院助手 常森 裕介)

## コラム

## 「株主利益最大化」と「会社の目的」

早稲田大学 GCOE《企業法制と法創造》総合研究所・法学  
 学術院教授 渡辺宏之

近時、「株主利益最大化」が会社法の根本原則であるとの見解がしばしば主張される。また、会社法自体にそうした規定を創設すべきとの見解も存在するが、「株主利益最大化」はアプリアリな会社の目的として会社一般にあてはまるものなのであろうか？

株主利益の追求は、投資家の観点からは合理的な行動である。しかし、会社法では、「会社の目的」が最優先される構造となっており、あくまでその範囲内において株主利益の追求が行われるべきであらう。たとえば、安定的な電力の供給を目的とする会社は株主利益の追求よりその目的が優先されるように、それぞれの会社はそれぞれ「固有の目的」を有しているはずである。これは、特別法に基づき設立された会社にものみ当てはまることではない。それゆえ、会社の目的追求の過程により株主利益が実現されることが望ましいあり方であり、支配株主たることを企図する場合は、株主利益の追求だけではなく、当該会社の目的を意識し、その達成に貢献すべき責任を有するはずである。

「会社の目的」とは信託における信託目的に相当するものである。信託においては、受託者が信託目的に従って信託財産を受益者のために運用する。受益者は信託財産の管理・運用・処分が適正に行われているか、目的に従って行われているかを監督する。株式会社における会社財産の運用の法的構造も、基本的に同じである。信託では、「信託目的の達成」が受託者の根本的義務であり、信託行為で定められない限り、受託者が“受益者利益の最大化”を義務として負うことはない。

昨今では会社の目的の範囲は柔軟に解釈されているが、これらは取締役等の権限違反の前提としての「会社法の目的の範囲の外延」の解釈を柔軟に行うということであり、議論のレベルが異なる。定款の絶対的記載事項の筆頭（会社法27条1号）としての、「会社の目的」の根本的な重要性は変化していない。それゆえ、会社法上、「株主利益の最大化」は当然の命題ではなく、1円でも配当を多くしないといけなとか、株価を少しでも上げなければならないということがアプリアリに最大の命題としてあるわけではない。それゆえ、買収者をもつばら株主への利益還元のみを主張した場合、その主張を「フリー・キャッシュフロー理論」（余剰資金の有効活用）等によって正当化することは適切ではない。あくまでも「会社の目的」に合致する範囲での「株主利益の最大化」である。

出資者すなわち株主の利益の最大化が会社の目的であること（たとえば投資ファンド）はありうると思われるが、その場合、本来的には、株主利益最大化を「会社の目的」として掲げるべきであらう。なお、そのような目的を有する会社が他の事業会社の支配株主になることを企図する場合には、株主利益の追求だけで一貫できないはずである。このような見解に対しては、「条文解釈（or理論）として正当であっても、経営者の行為規範として不明確なものとなり望ましくない」との批判があるかもしれないが、「株主利益の最大化」や「将来キャッシュフローの最大化」等もまた、実際にそれらを実現するために何が最適であるかについては、一義的な明確な回答を見出すことは困難であり、行為規範として具体的に明確なものとはいえない。

たとえば、企業買収の局面では、本来的には、当該会社の「目的」達成のためには買収者が支配株主となったほうがよいか否か、あるいは買収者が新たな望ましい当該会社の「目的」を提示してその実現のために買収者が支配株主となったほうがよいか否かという枠組みで判断すべきであらう。たとえば、英国では、サッカークラブを運営する会社が経営不振となり、そこに現れた買収者が、会社の事業をより収益性のある他の事業に転換しようとしたところ、クラブのサポーター達が出資して、サッカークラブに関する事業の継続を図ったケースもあるようである。仮に、当該会社の目的が一義的に明確でない場合にも、買収者によって提示された会社の方向性の受け入れの可否、および、その達成のために当該買収者が支配株主となることの可否を、買収者への株式の売却の有無により株主が判断するというかたちで、その枠組みは同じく機能する。企業買収（公開買付）に際して、買付価格は非常に重要ではあるが、価格のみが買付の成否の決定要因となるのではない。

株主に対して必要な情報開示が行われ、さらに買収の局面における不公正な行為を徹底して禁止し十分なエンフォースメント態勢を備えたうえで、それを前提に「株主による真正な判断」により支配権移転の帰趨が決められることが、望ましい企業買収と規制のあり方であらう。



渡辺宏之（わたなべ・ひろゆき）  
 早稲田大学 GCOE《企業法制と法創造》総合研究所・法学学術院教授



## 日本の共犯論—とくに従犯(幫助犯)の成否—をめぐる近時の議論動向

早稲田大学法学学術院研究助手 小野上真也

わが国の刑法典の共犯規定は、刑法60条に共同正犯を、61条に教唆犯を、62条に従犯をそれぞれ規定しているが、近時、わが国の共犯論においてはドイツ刑法学の影響を受け—とくに従犯(幫助犯)の成否をめぐって、新たに活発な議論が展開されている。ここでは、「一見すると犯罪を助けているように見える行為を、常に従犯とすべきか」という視点が用いられ、これらのことは「中立的行為による幫助」ないしは、「日常的行為による幫助」という表題の下に議論されている。

たとえば、金物屋Xが、ナイフを購入しにやって来たYに対してナイフを販売したが、その際Xは、「もしかすると、こいつはこのナイフで人を殺すのではないだろうか」と思っていたところ、実際にYはそのナイフを用いてZを殺害したという場合、—Yの殺人行為を幫助したとして—Xに殺人罪の従犯が成立するか否か、ということが典型例として挙げられる。ここでは、ただ業務としてナイフを販売したに過ぎないXの行為は、結果としてYの殺人行為を助けており、故意も(簡単には)否定し得ないことから、従犯を成立させる要件を全て満たすことになるが、果たして本当にそれで良いか、という懸念が存在している。

このような典型例を用いて議論されるのみならず、刑法学説においては、実際に、近時の裁判例を引き合いに、以上の議論を展開するものもある。平成18年に下されたWinnie提供事件第一審判決(京都地判平成18.12.13判タ1229号105頁)は、概要、次のような場面を問題としていた。すなわち、被告人は自己の運営するホームページ上に、ファイル共有ソフト(Winnie)をアップロードしたところ、Yらは当該ソフトをダウンロードのうえ利用し、音楽・映像データを、著作権者の許諾を得ずに他者との間で交換し合った、というものである。

ここでのYらの行為は、著作権法違反(公衆送信権侵害罪)の正犯となるが、自己のホームページ上にファイル共有ソフトをアップロードして提供した被告人の行為は、Yらの著作権法違反行為に対する従犯となるのであろうかが問題となる。裁判所は、被告人の行為が、Yらの著作権法違反行為を容易ないし促進したこと、また、その故意があったことを理由に、被告人を著作権法違反幫助とした。

ここでは、Winnieが、それ自体ファイル共有ソフトとして「価値中立的」なものであることから、そのような共有ソフトを提供することが、結果としてYらの著作権法違反行為を援助したこと(さらに、そのことを認識していたこと)を理由に処罰の対象となるとすると、上述のナイフ提

供事例に対するものと同じ懸念が妥当するのではないか、ということが議論され得る。

Winnieは、中央サーバを介さずに各利用者間で個別に情報を交換できるシステムを有していることから、大規模ネットワークを構築できるという利点が存在する一方で、本件のように違法に情報交換を行なう場合にも、その行為者を特定し難いという側面もある。この点を被告人自身十分に認識していたことから、当該利用者をして、物理的に情報交換を容易ならしめ、かつ、犯行が「発覚しにくい」として心理的にも当該違法行為の実行が促進されたと認定され、結果として、Winnieの価値中立性から無罪の結論は導かれることなく、被告人に従犯が成立することが認められた。

幫助行為者である本件被告人はWinnieの開発者自身であったこと、また、被告人には正犯をして著作権法違反行為を行うであろうことの認識は十分にあった、という事情が認められることから、その意味において「開発者である」被告人について従犯の成立を認めた本判決の結論には賛同し得る(刑法上の問題点や私見について、詳しくは、小野上真也「ファイル共有ソフトの提供につき公衆送信権侵害罪の幫助が認められた事例——Winnie提供事件第一審判決」法律時報80巻1号(2008年)114頁以下参照)。

もっとも、「一見すると犯罪を助けているように見える行為を、常に従犯とすべきか」という問題点について、従犯を「不可罰」とする領域を広げることで対処しようとする場合、とくに、そのことを、幫助行為者が正当行為・業務行為を行っていたかという点にかからしめて考える場合には、一定の注意が必要となろう。さきのナイフ販売事例について、仮にXを不可罰とする理由を「Xは、ただ単に『販売行為』という正当な業務行為を行っていたのだ」という点に求めると、たとえば、Xが販売行為の名を借りて、友人Yが殺害を実行するにあたって、その助けとなるようにナイフを販売したというような場合でさえも(極端な事例ではあるが)、Xを不可罰としなければならないことになる。

他方で、「中立的行為による幫助」の問題自体、現在のところ、いかなる事例がそのような議論枠組みにあてはまるか、それに対していかなる対処を行うかについて、必ずしも明確な指針が出されているものでもない。また、以上のような場面で、幫助行為者を不可罰と考えるのか、可罰的と考えるのかは、その議論枠組みの犯罪論に対する影響を慎重に見極める必要がある。その意味において、この議論枠組みがいかなる発展を遂げるかも、今後の議論の展開によるところが大きいといえよう。これまで概観した視点ないし議論は、処罰拡張事由である従犯がいかなる範囲で処罰の対象となり得るか、従犯の議論をさらに詳細に発展させる契機となり得るかもしれない。

## イベントのお知らせ

本COE主催イベントの最新情報は、ホームページをご覧ください。<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org>

### ■第4回 「企業と市場と民事責任」研究会

【時間】2009/06/20 14:00～17:00

【場所】早稲田キャンパス9号館5階第3会議室

【報告者】角田光隆 信州大学法曹法務研究科教授

【テーマ】「ヨーロッパ私法の動向」

【お申し込み】事前手続はとくに必要ございません。

### ■研究会「貧困・差別問題と憲法（学）～自律・社会的包摂・潜在能力」

【日時】2009/06/22 18:00～20:00

【場所】早稲田キャンパス8号館3階 会議室

【講演者】西原博史 早稲田大学社会科学総合学術院教授

【コメント】菊池馨実 早稲田大学法学学術院教授

【司会】笹倉秀夫 早稲田大学法学学術院教授、比較法研究所研究員

【主催】比較法研究所

【共催】グローバルCOE《企業法制と法創造》総合研究所（基礎法関係グループ）

【お申し込み】事前手続はとくに必要ございません。

### ■RCLIP国際知財戦略セミナー「欧米特許判例の最新動向」

【日時】2009/06/26 17:30～19:50

【場所】早稲田キャンパス小野記念講堂(27号館地下2階)

【テーマ】欧米特許判例の最新動向：ビルスキ・シーゲートCAFC判決に基づく特許戦略

【共催】早稲田大学国際産学官連携本部

第一部：ビジネス方法・ソフトウェア関連発明の特許保護

司会：竹中俊子 ワシントン大学ロースクール教授

講演者

米国：Doug Stewart氏 Dorsey&Whitney,SeattleOffice

欧州：Matthias Bosche氏 BoscheJehle,Munich,Germany

パネルディスカッション：比較法的検討及び実務戦略

第二部：シーゲート判決後の特許侵害鑑定書実務

司会：竹中俊子 ワシントン大学ロースクール教授

講演者 Paul Meiklejohn氏 Dorsey&Whitney,SeattleOffice

コメント：Matthias Bosche氏

(同時通訳有(日本語・英語))

【お申し込み】当研究所Webページよりお申し込み下さい。

### ■RCLIP第28回研究会

【時間】2009/07/17 18:30～20:30

【場所】早稲田キャンパス8号館3階大会議室

【テーマ】スペアパーツの意匠保護に対する権利制限の可能性とその妥当性—主として米国における議論の状況とその内容を中心に—

【報告者】今村哲也（明治大学情報コミュニケーション学部専任講師）

【お申し込み】当研究所Webページよりお申し込み下さい。

## 編集・発行

早稲田大学グローバルCOEプログラム

成熟市民社会型企業法制の創造 —企業、金融・資本市場法制の再構築とアジアの挑戦—

<<企業法制と法創造>>総合研究所

〒169-8050 東京都新宿区西早稲田1-6-1 早稲田大学1号館308-1

TEL: 03-3208-8408 Fax:03-5286-8222

メールアドレス: [webmaster@21coe-win-cls.org](mailto:webmaster@21coe-win-cls.org)

ホームページ: <http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org>

拠点形成責任者: 上村達男

編集: 伊原美喜 (グローバルCOE<<企業法制と法創造>>総合研究所 事務局)