

資料

I
研究報告要旨
(二〇〇六年一月八日)

(1) 第一 部 会

(ア) ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題

大阪大学 田 中 宏 治

一 目 的

ドイツで二〇〇二年に新債務法が施行されるに際して最大の難問とされた課題を紹介することを通して、今日のドイツ民法学の姿を示すことが、本報告の目的である。

二 問 題

「特定物の代物請求」と呼ばれる問題である。債務法改正前は、瑕疵担保責任としての特定物買主の権利は代金減額と解除だけであった。ところが新債務法では——目的物が特定物か不特定物を区別せずに——追完（修補又は代物）請求が認められることになった。そこで、瑕疵ある物を引き渡された特定物買主が——特定物買主であるにもかかわらず——代物請求できるのかどうか、が問題となったのである。

三 否定説と肯定説

特定物買主の本来の履行請求権と追完請求権は全く同一だと考えるのであれば、追完されるのは当該特定物の瑕疵に他ならないから、その特定物の修補しかあり得ないことになり、代物請求は否定されざるを得ない。これに対して、追完請求権は、瑕疵ある物の引渡しを理由に法律が（約定の）履行請求権を変化させた法定の請求権だ、とも考えられよう。そうだとすれば、追完の内容は、当事者の意思ではなく法律が定めるのであるから、当事者の合意した特定物以外の物を代物請求することも認められよう（*Canaris, JZ2003, 1156*）。

四 当事者意思との関係（肯定説の中の対立）

では、買主は代物として何を請求できるのだろうか。代物請求権が法定の請求権であることからすると、その特定物と（客観的に）代替可能な物を請求できる、という考え方もなり立つであろう。しかし仮にそうだとすると、契約当時の「この物に特定する」という当事者の意思は、全く無視されることになりそうである。それは妥当ではなく、あくまでも当事者の意思を尊重し、それを基準とすべきであろう。ところが、当事者の現実の意思は、「他の物でもよい」ではなく、「この物に特定する」だったのである。基準にされるべき当事者の意思は、現実のそれではあり得ない。むしろ、「仮に瑕疵を知っていたとすれば、他の物でもよいとしたであろう」という仮定の意思が認められるときは、他の物について代物請求できる、と考えられるのではないか。そして、現在のドイツの多数説はこのような論理を用いることによって、当事者意思を尊重しつつ特定物売買においても代物請求を肯定することに成功しているのである（*Canaris, JZ2003, 831*）。

参考文献

拙稿「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商法雑誌一三三巻一号（二〇〇五）一頁、同「ドイツ新債務法における引渡前の代物請求」阪大法

(イ) 民法における土地利用の調整規範の現代的意義

—— 囲繞地通行権と建築法規との関係を手がかりにして

早稲田大学 秋山 靖 浩

囲繞地通行権と建築法規との関係をめぐっては、建基法四三条一項本文の要件（以下「接道要件」と呼ぶ）を満たしていない土地の所有者が、土地上の建物の建築・建替えをするにあたり、隣接地の所有者に対して接道要件を満たすべき内容の囲繞地通行権を主張することができかどうか争われてきた。ここでは従来、接道要件も囲繞地通行権の通路の幅員を決定する際に考慮されるべきか、その考慮のあり方はどのようなものか、といった議論がなされてきた。

しかし、従来の議論は再検討される必要がある。第一に、囲繞地通行権も土地利用の調整規範であるところ、土地利用の調整の場面では今日、行政法上の制度が中心的な役割を果たしている。したがって、囲繞地通行権と接道要件という規範が交錯している状況において、土地利用を適切に調整するために、土地利用の調整規範を全体としてどのように構築していくかという視点が求められよう。第二に、囲繞地通行権における土地利用の調整は従来、隣接する土地間の利益の調整という意味で理解されてきた。しかし、土地は連続して一定の空間を構成している以上、土地利用の調整のあり方は、当該土地にとどまらず周辺地域の生活環境にも影響を及ぼす。したがって、囲繞地通行権の解釈が地域の生活環境の保全・形成にどのように関与しうるか、という視点も不可欠であろう。

そして、これらの視点は、土地利用の調整を必要とする場面において様々な問題が生じている今日の状況をも考慮するならば、囲繞地通行権に限らず、民法における土地利用の調整規範のあり方全般にも課題を突きつけているように思われる。

そこで、本報告は、囲繞地通行権と建築法規との関係を手がかりにしなが、民法における土地利用の調整規範の現代的意義を探ることを目標にする。具体的には、まず、囲繞地通行権と建築法規との関係をめぐるドイツ法の議論に示唆を得ながら、囲繞地通行権の解釈における建築法規の趣旨・目的の位置づけを明らかにする。次に、接道要件を満たしていない土地をめぐる各種の行政法規の不備、建築法規の実現しようとする公共的利益と囲繞地通行権の確保しようとする私的利益との連続性・交錯を指摘して、土地利用の調整の場面において囲繞地通行権の制度が果たすべき役割を考察する。最後に、以上の検討を踏まえて、民法の土地利用の調整規範を再検討するための一定の方向性を示すことにしたい。

参考文献

拙稿「囲繞地通行権と建築法規（一）（二）（三・完）——ドイツ法における議論を素材として——」早稲田法学七七卷四号一頁、七八卷二号七七頁、七八卷四号一頁（二〇〇二～二〇〇三年）、拙稿「ドイツにおける都市計画と併存する地役権——都市空間の制御における地役権の意義を探るために——」早稲田法学八一卷一頁（二〇〇五年）。

(ウ) 複合契約の法理

三重大学 都筑 満雄

現代においては複雑で高度な取引が頻繁になされるようになり、必然こうした取引は民法典や商法典が想定する契約一つでもって完遂することができず、複数の契約が締結されることで始めてその完結をみる。この現代型取引の典型ともいえる複合取引の出現もまた従来の契約法に対し少なからぬ問題を提起する。本報告が扱うのはこの複合取引の一類型たる複合契約である。

複合契約は典型的には以下のような問題を提起する。すなわち、二当事者またはそれ以上の者の間で複数の契約が結ばれ併存するこの複合契約においては、各契約が履行されることで全体としてのこの一つの取引が達成されるという構造が存在する。ここでは形式的に見れば複数の独立した契約が結ばれているのであるが、これら契約は単一の取引の達成という目的のために密接に関連し相互に依存する関係にあるため、各契約を全く別個独立に扱うのではなく、様々な局面でこれらを一体的に扱うことが求められているのである。例えば、ある契約が消滅したことで全体としての取引の達成が不能に帰した場合、たとえ他の契約はそれ自体として消滅させるべき理由を欠くとしても、取引を達成するための手段としてのその存在意義を消失した以上、これを消滅させるといふ扱いを認めることが事態適的な解決であるといえる。本来契約は他の契約の消滅等によって影響を受けることのない自立した存在であることが原則であるが、ここではこの原則が修正を迫られているのである。

そこで本報告においては、近時我が国においても活発な議論が展開されつつあるこの複合契約の提起する法的問題について、一九七〇年代から今日まで興味深い展開を示してきたフランスの特に消滅の局面における契約間の影響関係に関する立法、判例、および学説上の議論を参照し、その解法を探求することを通じて、複合契約における契約間の影響関係一般を規律する法理の本質を明らかにすることを試み、今後の我が国の複合契約の議論の枠組みを得るようその序論的考察をおこなう。また我が国においては、これまで契約間の影響関係に関する議論の大半は第三者与信型消費者信用取引における抗弁の接続に関するものであったが、本報告はあわせてこの抗弁の接続の制度の複合契約論に解消しえない独自の要素を明らかにし、複合契約論のなかでのその位相の再定位も試みるものである。

参考文献

拙稿「フランスにおける契約の相互依存性の展開——契約の消滅の局面を中心に——」早稲田法学会誌五三卷一九三頁（二〇〇三年）、拙稿「抗弁の接続と複合契約論——我が国における抗弁の接続の再定位と複合契約法理の構築に関する一考察（一）（二）（三・完）」早稲田法学七九卷四号一〇七頁、八〇卷一号一三二頁（以上、二〇〇四年）、八〇卷二号七五頁（二〇〇五年）。

(エ) 法的評価としての因果関係と不法行為法の目的

東北大学 米村 滋 人

平井説の提唱以降、不法行為成立要件の因果関係を「事実的因果関係」とする理解が急速に一般化した。しかし、「事実的因果関係」の概念内容は論者間に大きな隔たりが存し、さらに近時は、因果関係判断が事実的判断か、何らかの法的評価を含む判断かという点で、因果関係の概念理解に関する論点として注目されている。これに関連して、因果関係が不法行為要件として要求される根源的な正当化根拠も重要であるが、この点も学説上の理解は一樣でなく、因果関係概念に関する理論的考察の必要性は依然として高い。他方で、因果関係に關し従来問題とされてきたのは、環境訴訟や医療過誤訴訟などの現代型不法行為訴訟における因果関係の「立証」の困難性であり、実務・学説とも証明度の軽減や表見証明などによる対処を試みてきたが、なお理論的基礎も実効性も十分とは言いがたい。このような中、立証の「対象」すなわち主要事実を再検討する見解（確率的心証説や因果関係の証明対象を「蓋然性」であるとする見解など）も見られるが、その前提として実体概念の改変が許容されるか否かはまさに因果関係概念の理論的検討によって明らかにされるべき問題である。

本報告では、現代型不法行為訴訟における因果関係判断を主たる問題場面として想定しつつも、因果関係の一般的概念構成に関するドイツおよびわが国の学説を理論的視覚から分析し、検討を加える。具体的には、①因果関係の概念構成を、没価値的な関連性判断（事実的因果関係理解）、評価的な価値判断に基づく関連性判断（評価的因果関係理解）のいずれとして把握すべきか、②因果関係概念はいかなる不法行為法の目的に基づき成立要件として要求されるか、の二点を検討することにより、適切な因果関係理解に基づく判断構造の定式化を試みる。①に関しては、ドイツにおける通説的因果関係理解への批判説である規範目的説と評価的因果関係理解を提唱する学説の判断構造を分析した上で、わが国の学説の検討を行う。②に関しては、不法行為法一般の目的・機能として個別的正義の実現を重視する立場と一般的な法規範の実現を重視する立場の対立を取り上げ、これが因果関係判断においても重要な意義を有することを示した後、適切な根拠原理の理解の方向性と法技術的な概念構成のあり方につき検討を加える。ただし、いずれの点も時間内に紹介できる部分は限られるため、詳細については後掲論文をご参照願いたい。

参考文献

拙稿「法的評価としての因果関係と不法行為法の目的（一）（二・完）」法学協会雑誌一二二巻四号五三四頁、五号八二二頁。

(オ) 監督者責任の再構成

小樽商科大学 林 誠 司

本報告は、過失責任主義の観点から、わが国の民法七二四条又は同七〇九条に基づく、子の加害行為についての親の不法行為責任（本報告ではこれを「監督者責任」と呼ぶ）、特にその帰責根拠、並びに、親の監督義務の内容と構造の再検討を試みるものである。

監督者責任の帰責根拠に関するわが国の学説の理解は、既に一部の学説で指摘されているように、必ずしも一致したものではない。他方、わが国の裁判例を分析すると、帰責根拠に関する理解の曖昧さが監督義務の内容・構造に関する理解にも影響を及ぼし、若干の混乱を招くと共に、監督義務の内容・構造に関する学説の理解と現実の裁判例のそれとの間に齟齬が生じているようにも見受けられる。さらに、特に民法七一条に關する裁判例において親が免責される公表裁判例がほとんど存在しないという現実からは、親が免責される事案は存在しないのか、あるとすればそれはどのような場合かとの疑問が浮かび上がる。

本報告は、右の問題の解決を試みるにあたり、起草者の見解に立ち返り過失責任主義に着目する。そして、これらの問題の根底にあり、わが国の監督者責任の厳格化の一因である一般的監督義務（平井宜雄教授の言われる「第二種監督義務」にほぼ対応する）の成立根拠は何か、及び、この義務が不法行為法上どのように位置付けられるかという点を分析視角の中心に据え、解決のための示唆を、ドイツ民法典（BGB）において監督者責任を規定する八三二条一項に関する学説・裁判例の検討に求める。ドイツにおいてはBGB八三二条一項が有責性原理に基づく責任と解され、また、同条が、わが国の民法七一条と同様、監督義務懈怠に関する立証責任を転換するにもかかわらず、裁判例は監督義務に関し詳細な説示をしている。さらに、ドイツの学説は同条の監督義務を有責性原理との緊張関係が指摘される「社会生活上の義務（Verkehrspflicht）」の一種と解する一方で、社会生活上の義務は有責性原理に直ちに反するものではないとの理解が一般的だからである。これらの点に鑑み、同条に関する学説・裁判例の検討は前記の問題の解決に有益な示唆を提供しよう。

以上の検討を通して、わが国の監督者責任を過失責任主義の観点から基礎付ける可能性、及び、それにより監督義務の内容・構造を多元的に理解する必要がある点などを明らかにしたい。

参考文献

拙稿「監督者責任の再構成（一）」（七）北大法学論集五六卷六号五五頁、五六卷二号二〇九頁、同三号一五九頁、同四号九五頁（以上二〇〇五年）、五六卷五号二一九頁、同六号一五九頁、五七卷一号二二七頁（以上二〇〇六年）。

(2) 第二部 会

(ア) 射倅契約におけるコーズの法理

神戸学院大学 西原 慎 治

ボワツナードによって起草された旧民法典にあつては、契約の分類のひとつとして実定・射倅契約の定義規定をおいていた。しかしながら、現行の民商法典中には、こうした概念は存在しない。このような事情もあつてか、従来、射倅契約に関しては、民法九〇条所定の「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為」に該当するか否かを、著しく射倅的な法律行為であるか否かという基準によって判断する中でのみ登場する概念

であったといえる。こうした民法学の状況に対して、保険契約法の分野にあっては、保険契約（商法六二九条・同六七三条）は、一般に、射倅契約であることが認識され、それを前提とした議論が繰り返されている。しかしながら、保険契約がおおよそ民法九〇条によって無効となることはない。このことから理解されるように、射倅契約に関して、その有効・無効を判断する基準は、必ずしもこれまで体系的に論じられてこなかったといえよう。このような問題意識のもと、本報告では、フランス法を素材として、主に次の二点の検討を行う。まず第一に、射倅契約を実定契約から切り離す実益として挙げられてきた「偶然性はレジオンを追い払う (l'alea chasse la lésion)」という法格言が、フランス一九世紀の判例法の中でどのような展開を遂げていったのかという点についてである。次に、その後二〇世紀に至り、カピタン、ペナバン等の学説によって、射倅契約独自の合意構造を明確に意識した理論が提唱されるが、とりわけ本報告では、コース論のもとで射倅契約固有の無効原因を説明する理論の分析を行う。

そうして、右の検討から、実定契約においても法律行為の有効要件が存在するのと同様に、射倅契約にあっても、これに対応する形での法律行為の有効要件が存在することの可能性を探ることとする。その上で、日本法におけるいくつかの例を挙げて、射倅契約にあつては、一般条項に依拠することなく、その法律行為の有効・無効を説明すべきであることの論証を試みたい。

参考文献

拙稿「射倅契約における損益の不確実性」法学政治学論究〔慶應義塾大学大学院法学研究科〕第五一号（二〇〇二年）、同「射倅契約における主観的偶然性と客観的偶然性」法学政治学論究第五三号（二〇〇二年）、同「射倅契約におけるコースの法理」神戸学院法学第三四卷三号（二〇〇五年）、同「商法六四二条論」『商法の判例と論理』（倉澤康一郎教授古稀記念論文集）（二〇〇五年）、同「瑕疵担保免責特約と民法五七二条の類推適用（判例研究）」神戸学院法学第三五卷二号（二〇〇五年）、同「破綻状態にある債務者のために締結された保証契約の効力（判例研究）」法学雑誌タートンスマン第八号（二〇〇六年）、「生命保険契約者の地位の譲渡」神戸学院法学第三五卷四号（二〇〇六年）。

(イ) 近親者保証の実質的機能と保証人の保護

小樽商科大学 齋藤 由起

物的担保となる資産を充分にもたない中小企業や個人事業主が融資を受ける際には、主債務者と密接な関係にある者（家族、親戚、友人）による保証が用いられることが多い。このような場合、過大な保証債務を負った保証人が履行請求を受けて経済的破滅に追い込まれるという事態が生じやすく、一定の場合に保証人を保護する必要性があるという点については、共通の理解が得られている。しかし、契約自由の原則および保証が人的担保であることに基づき債権者は保証人に全額請求できるのが民法の原則であることに照らすと、問題は、保証契約の効力をいかなる根拠に基づいて、いかなる法的構成によって制限することができるかにある。そのためには、保証人と主債務者との関係性に着目し、近親者保証における保証人の意思決定の自由の有無、また、近親者保証の果たす実質的機能いかなるを検討する必要があると考える。

この点、わが国では、実際に問題となるケースのほとんどが根保証の事案であることに鑑み、根保証人の責任の広汎性や責任範囲の予測困難性等に

着目した信義則による責任制限法理が中心的に論じられてきたため、保証人と主債務者との関係性に着目した議論は必ずしも深化してこなかったように思われる。

これに対してドイツでは、根保証契約を一部無効とする法理のほかに、主債務者の近親者である保証人にとって著しい過剰債務となる保証契約を良俗違反に基づき全部無効とする判例法理が確立している。これは、主債務者との密接な感情的結びつきのために意思決定の自由を事実上奪われた保証人に過大な保証債務を負わせることを債権者の（準）暴利行為と構成するものである。ここではさらに、私的自治・契約自由の原則や契約当事者の対等性、裁判所の契約内容への介入権限といったわが国においても考慮すべき諸原理および破産免責制度といった他の法制度との関係についても詳細な検討がなされている。

本報告では、このようなドイツの議論を整理・分析し、良俗違反の枠組の構造およびそれを支える根拠を検討する。そのうえで、わが国における最近の保証制度の改正および下級裁判所の裁判例の動向、他方で近時の公序良俗論の議論を踏まえたうえで、わが国において近親者による保証契約を公序良俗違反により無効とする可能性も提示したい。

参考文献

齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護——ドイツ法の分析を中心に——」（一）（二）（三・完）北大法学論集五五卷一号一一三頁、五五卷二号六五七頁、五五卷三号一一一九頁（以上、二〇〇四年）。

(ウ) 労務サービス契約法について

——イギリス法からの示唆

駒沢大学 向田正巳

近年、労働契約法の制定に向けた議論が労働法学者を中心に盛んに行われているが、本報告の検討対象である労務サービス契約法というのは労働契約を結ばないで、労働やサービスを提供する契約に適用される法であり、研究対象としては未だ開拓の不十分な分野である。この労務サービス契約法の適用される契約は今日、業務委託契約、業務請負契約、アウトソーシングなどさまざまな言葉で呼ばれながら急速に広がりがつつあり、わが国の経済環境の変化、特に経済のグローバル化と情報化のなかで企業は熾烈な競争に打ち勝たねばならず、終身雇用と年功序列を特徴とする日本の雇用システムが変更を余儀なくされ、雇用の流動化が生じているという状況のなかで重要性を増してきているものである。

このような労務サービス契約法について法規制の動きを見た場合、ILOにおいて近年、「契約労働」条約案の討議や「雇用関係の範囲」についての討議がなされており、「雇用関係」に関する勧告が本年、出されている。イギリス法では雇用契約を結んでいる被用者の概念のほかに労働者という概念を設けており、被用者には日本の労働者と同様に労働法が適用されるが、被用者以外の者でも、ILOで議論されたような従属した地位で労働を供給している者が存在していることから、このような者が個人的に労働を供給している場合に彼らを被用者とは区別して労働者と呼び、彼らに労働法

による保護を与えようとしている。わが国の労働契約法制研究会報告でも、このようなILOやイギリス法の動きなどを受けて、従属的自営業者に対する保護が言及されている。

本報告ではこのような法規制とそれについての議論の展開を受けて、雇用契約、労働者の範囲とそこから外れる労働サービス契約法についての検討を行う。従来の雇用、請負、委任などの労働供給契約の分類をめぐる議論をふまえて労働サービス契約法の特徴を明らかにし、従属的地位に立つ中小企業の結ぶ請負契約、業務委託契約など商事契約の従属性や、今日、共同体の崩壊や社会保障の削減のなかで大量に発生している労働から放逐され社会的に排除された者の結ぶ契約の極端な従属・野蛮性を明らかにする。これらを通じて労働サービス契約法について法整備の必要性があること、契約の適正化と契約当事者の保護のための将来の立法化のための手がかりを示したい。

参考文献

向田正巳「雇用契約、労働者の範囲と労働サービス契約法の基礎、沿革についての素描——雇用、請負、委任の区別と労働者でない者の結ぶ労働供給契約について——」(一)(二)九州国際大学社会文化研究所紀要五六号三三一—三三三頁、同五七号五七一—四二頁(二〇〇五年)。

(エ) 求償権の基本構造

——統一的求償制度の展望

関西学院大学 渡邊 力

民法における各種の求償権は、周知のように、その根拠ないし要件・効果に関して様々な問題を抱えている。従来、これらの問題は、各種の求償権が生じる個別の場面ごとに考察されてきた。たとえば、連帯債務者間の求償権(民法四四二条)と保証人の求償権(四五九条以下)とは、それぞれ個別の求償権として検討されてきた。しかし、負担部分が〇対一〇〇の連帯債務を想定するならば、そのような連帯債務と連帯保証とは区別がつかず、両場面には極度の類似性が認識される。このような類似性からすると、「連帯債務」と保証の一種である「連帯保証」の両場面で生じる求償権がまったく別物であると理解することには疑問が生じる。他方で、物上保証人が債務者の債務を弁済した場合には、保証の求償権規定が準用(三五一条または三七二条)されると同時に、この場面は利害関係を有する第三者の弁済にも該当する。そうすると、物上保証の求償権と第三者弁済の求償権とは同種のものという予測が立ちうる。これに加えて、物上保証に保証の求償権が準用されることからすると、物上保証と保証の求償権、または保証と第三者弁済の求償権も同一の性質を有するといえるのではなからうか。

このような問題意識から、本報告では第一に、これまでの日本の議論を題材として、各種求償権の成立根拠面に絞って、求償権が問題とされる場面の類似性ないし共通性を明らかにする。第二に、不当利得による求償権(求償型不当利得)に関する判断枠組を分析するという視点から、求償権全般についての実質的根拠および機能に関する一定の示唆を得る。後者の点を敷衍するならば、求償型不当利得論においては、他人の債務の弁済事例が広く共通の枠組で捉えられていること、さらには、不当利得の機能的類型化の視点から「不当利得による求償権」の実質的根拠および機能の点が議論さ

れていることから、求償型不当利得論に見るべき点があるといえよう。なお、その際に、ドイツの議論を比較対象とする。なぜなら、不当利得規定に関する日独間の条文構造上の類似性に加えて、不当利得の類型論はドイツから日本に持ち込まれた理論だからである。さらにいえば、不当利得を実質的かつ機能的に分析するという類型論の視点は、ドイツにおける不当利得論の特徴といえるからである。

以上の二つの視点から、求償権の基本構造についての検討を試みる。

参考文献

渡邊力『求償権の基本構造——統一的求償制度の展望』（関西学院大学出版会、二〇〇六年）。

(オ) 贈与契約の性格と類型化

桐蔭横浜大学 小島 奈津子

本報告は、大陸法には好意の施し (Liberalität) を基礎とする贈与観があるという来栖説の指摘に示唆を受けて、「道徳上の義務の履行」に関する規定 (ドイツ民法五三四条) についての判例・学説、立法過程を手がかりに、日本贈与法の問題点を浮き彫りにするとともに、その打開策を探ろうというものである。

ドイツ法の特徴は、Liberalitätという贈与観の下に忘恩行為に関する規定等を置き、贈与契約の拘束力を著しく弱めていること、また、他方で、Liberalitätの要素を欠く場合、即ち、道義的圧力を免れるために為される「道徳上の義務の履行」を特殊な贈与として、一部の贈与規定の適用を排除していることにある。のみならず、「出捐」という概念を機軸とした有償無償の判断基準は、取引目的、行為基礎を含めた柔軟性の高い枠組みであって、無償性の範囲は限定的なものとされうる。その結果、一見贈与に該当しそうな契約であっても、有償契約と評価されうる構造になっている。要するに、Liberalitätたる贈与を原則に据えた上で、それ以外のものは特殊な贈与ないし有償契約として、その特性に応じた扱いをされているのである。

日本法を見ると、無方式で未履行の贈与契約は撤回可能であるものの、書面等の要件は判例により緩やかに解されている。しかし、一方で、忘恩行為の制度を導入しようとの見解も多い。これらは法的拘束力の強弱という観点からは相反する動きのように見え、全体としてみると贈与の扱いは不安定かつ未整理の状態にあるといわれている。本報告は、統一的な基準をもってこの問題に対処するため、Liberalitätという要素を基礎として構築されたドイツ法の仕組みを取り入れることを主張するものである。

また、「道徳上の義務の履行」は、実質的には贈与者の動機に着目して設けられた特殊の贈与類型ともいえるが、ある客観的な状況、明確な事実に基づいて、一定の類型を考へうることを示唆するものといえよう。今後の課題であるが、交換取引でないゆえに贈与の約束に契約としての拘束力を認めないアメリカ法においても、過去に受益を受けた者がなした支払約束が拘束的であるとされていることが興味深い。特に、第二次契約法リストイットメント八六条においては、過去の受益に着目して、実質的観点からの規制が模索されており、参照に値する。

参考文献

小島奈津子『贈与契約の類型化——道徳上の義務の履行を手がかりとして——』信山社（平成一六年九月）。

(3) 第三部会

(ア) 船舶金融に関する二条約変遷論

——わが国の法制への示唆

富山大学 志津田 一彦

海上先取特権および抵当権に関する国際条約（一九二六年条約、一九六七年条約、一九九三年条約）は、商法八四二条以下、国際海上物品運送法、船主責任制限法、油濁損害賠償保障法などとの関連性が、船舶アレスト条約（一九五二年条約、一九九九年条約）は、民事執行法、民事保全法などとの関連性が、問題となる。本報告は、これら二系列の条約の変遷を眺めながら、わが国の法制のあり方について、論及しようとするものである。

海上先取特権および抵当権に関する国際条約に関し、基本的方向性としては、先取特権の被担保債権を解釈論または立法論としてできるだけ制限しようとする傾向にある（商法修正案理由書・二二二頁（明治三二年））。二六年条約では、被担保債権を限定し、米国の制度を参考に船舶抵当権に劣後する先取特権というカテゴリーを設け、六七年条約（未発効）は、契約債権に先取特権を認めず、さらに限定し、九三年条約は、前の二つの条約の批准状況が思わしくなく、できるだけ多数の国家の同意が得られる条約を作成すべく検討された（二〇〇四年九月五日発効）。最大の論点は、いかなる債権に船舶先取特権が賦与されるかであり、従来から、①担保の原因をなす債権、②公益的・社会政策的意味のある債権、#責任制限の対抗をうける債権、という分類が、一般的である。

船舶アレストに関する国際条約については、国際的にも統一されていることが望ましいが、英米法系、特にイギリス法系と大陸法系のルールは大きく異なる。五二年条約は、対立点で一定の歩み寄りをはかり、アレストに関する基本ルールを示す（一九五六年二月二四日に発効）。九九年条約は、荷主国対船主国、先進国対発展途上国の対立も反映されたと言われており、基本的には涉外関係に適用されるルールである（未発効）（八条）。

九九年条約一条一項では、海事請求権リストは限定列举で、現代的なものとなり、海上先取特権・抵当権条約上の先取特権の被担保債権は、アレスト条約上の海事請求権リストで十分カバーされている。九九年条約は、船舶抵当権・先取特権等により担保される海事請求権については、義務者所有の船舶でなくともアレストが可能である（第三者所有船舶のアレスト、三条一項）。五二年条約、九九年条約は、姉妹船のアレストを認めるが、九九年条約では、「関連船のアレスト」は、「支配」の概念を規定することの困難から結局挫折した。わが国の法人格否認の法理（東京地判平成一〇年四月三〇日など）参照。

九九年条約では、海事請求権の「義務者」を、船舶所有者の場合のみならず、船舶賃借人、船舶管理人または船舶運航者も含めて規定する。五二年条約三条一項は、発航準備あるいは航行中の船舶もアレストされうるが、九九年条約では、この条項は削除され、各国国内法に委ねられた（なお、商六八九条参照）。担保提供とアレストの解放につき、条約とわが国の法制との乖離は少ないと言われている。この報告では、ベルリンジェリ教授、テ

トレイ教授、アルカンタラ氏の見解なども参考にしながら検討する。

参考文献

- 拙稿「船舶先取特権・抵当権をめぐる統一契約変遷論序説——統一3条約の比較研究——」（一）（二・完）「富大経済論集四八巻三号一頁、四九巻一号一〇一頁（二〇〇三）、同「船舶アレスト条約変遷論序説——一九五二年条約、一九八五年改正案、一九九九年条約の比較検討——」（二）（二・完）「富大経済論集五〇巻二号一頁（二〇〇四）、五一巻一号二七頁（二〇〇五）。

(イ) 旧商法下における公開会社法制について

徳島大学 西川 義 晃

近年、商法の改正が相次ぎ会社法典が制定されるに至ったところ、これらの改正には閉鎖会社向けの改正に加え、証券市場を有する株式会社を対象とするものも多く含まれるように思われる。証券取引法も改正を重ね、金融商品取引法に改組された。現代においては公開性の株式会社に関心が寄せられているといえる。これと同様に、昭和二五年商法改正前において、学説は明治二三年商法当時から一貫して（以下、「旧商法下」という。）株式会社を大規模な公開性の会社であるとしてこれを論じていた。しかし旧商法下における判例・学説は従来、十分に評価されていないように思われる。本報告は旧商法下における公開会社法制の検討を通じて、現代の公開会社法制に対し示唆を得ようと試みるものである。

まず、設立規制に関して、旧商法下においては泡沫会社が濫設されたことから、基礎が安定した株式会社の新規設立促進が課題とされた。例えば、明治二三年商法及び昭和一三年改正前商法は資本金の低減と会社の解散・破産宣告を関連させ、一定額の資本金の維持を求めた。会社法典は最低資本金を撤廃するなど設立規制を大幅に緩和したが、これに伴う弊害を抑制できるのか検討を要しよう。

第二に、発行市場規制について、明治三二年商法は株式申込証を採用したが、事実上目論見書が作成され、その不実開示が問題になっていた。大審院は、隠秘不明の目論見書の記載と投資家が株式を引受けたこととの間に因果関係を認め、かつ発起人の過失を推定した（根拠規定不詳）。ここには証券取引法一八条（金融商品取引法一八条）と同様の発想が見られるのである。また、発行市場における相場操縦が流通市場でのそれと別に論じられていた。

第三に、流通市場での情報開示についてアメリカにおける「市場に対する詐欺理論」と類似の構成が示されていた。虚偽の貸借対照表を開示していた銀行が破綻し、預金者が取締役の不法行為責任または商法上の第三者責任を追究した事例ではあるが、諸判例は不実開示と預金契約との間に因果関係を推定して取締役の責任を肯定した。学説は株主も「第三者」に当たるとして、その保護を求めたのである。また、インサイダー取引規制と評価しうる立法提案も明治四四年商法改正及び昭和一三年商法改正の際になされている。

こうした諸問題の検討を通して、旧商法下の判例・学説は現代的に極めて高い意義を有することを明らかにしたい。

参考文献

拙稿「旧法下における取締役責任事例の分析——大規模公開株式会社取締役責任論への回帰——」（二）（四・完）法学研究（立教大学大学院）二五号一—三六頁（二〇〇〇年）、二六号三七—七五頁、二七号一七一—六一頁（以上、二〇〇一年）、二八号二五—五四頁（二〇〇二年）。

(ウ) 募集株式の発行等における公正な払込金額

尚美学園大学 杉田 貴洋

本報告では、募集株式の発行等における公正な払込金額の意味を検討する。具体的には、公開会社を前提に、取引市場の相場のある株式について考えていく。

公正な払込金額について、学説は、原則として市場価格を基準とすべきとの結論で概ね一致している。しかし、その趣旨やなぜ市場価格が基準となるのかについては、議論が錯綜している。払込金額をめぐる個別的な問題においても、例えば、募集株式の消化可能性による割引を認めるべきか、資本提携のための第三者割当の場合をどのように考えるか、市場価格が高騰している場合にどう考えるべきかなど、議論も結論も多岐にわたる。

この問題を考えるには、まず、会社法が、払込金額の公正性を求める（二〇一条一項、二二条一項一号）のは何故か、その趣旨を解明することが先決であると考ええる。そもそも、有利発行は、会社自体に損害を与えるわけではなく、会社債権者の立場を害するものでもなく、専ら既存株主と新規株主との公平性の問題である。すなわち、希釈化作用により株式価値を介して富の移転を生ずることが問題の本質である。そうすると、公正な払込金額とは、新旧株主間で富の移転が起きないような水準に決定されることを求めるものがわかる。取引市場のある株式でいえば、原則として、市場価格と同じ金額に定めれば、希釈化による富の移転は避けられる。公正な払込金額とは、このような意味であると解される。

従来 of 学説では、例えば、既存株主と新規株主との資本的寄与（負担）の平等性を求めるものとされたり、既存株主の持株の価値低下を防止するものであるとされたり、あるいは、流通市場で株式を取得する者と募集株式引受人との平等性を求めるものである、などの理由付けがなされてきた。しかし、そうした理解では、有利発行による新規株主の利得の側面を忘れることになり、富の移転という不正義な事態を見失うことになる。また、会社法は、ここでは、新規株主と既存株主との利益調整を図っているのであって、それ以外の利益を持ち込むのは適切でないと考える。富の移転は、事後の市場価格が払込金額を上回る場合にだけ起こることであり、事後に市場価格が下落したとしてもそれが払込金額を下回るのであれば富の移転は起きていないことになる（後者は単なる株価の下落であって会社法が調整すべき問題ではない）。

以上のような視点から、公正な払込金額の意味を検討し、払込金額をめぐる若干の論点について考察する。

参考文献

杉田貴洋「募集株式の発行等における公正な払込金額」法学研究七八巻九号（平成一七年）一頁以下。

(4) 第四部会

(ア) 株主間の議決権配分

——一株一議決権原則の機能と限界

神戸大学 加藤 貴 仁

株主間の議決権配分を規制する基本的な考え方として、一株一議決権原則が存在する。種類株式の利用が必ずしもさかんではなかった日本において、一株一議決権原則とは異なる議決権配分は理論上も実務上も例外的な存在であった。しかし、平成十三年・十四年商法改正によって、議決権配分に関する定款自治の範囲は格段に広がった。平成十七年成立の会社法においても、この流れは基本的に変わってはいない。利益配当や残余財産分配を受ける権利の多様化に加えて、議決権配分も多様化したことは、一株一議決権原則の存在意義・維持可能性に重大な疑義をもたらすことになる。本報告は一株一議決権原則の現実社会における機能を、比較法的考察（アメリカ法とドイツ法）を通じて明らかにし、議決権配分に関する法規制の必要性について検討するものである。

アメリカ法の検討では、二十世紀初頭に誕生したNYSEの上場規則（無議決権普通株と無議決権普通株を発行する会社の普通株式の上場禁止）と一九三四年取引所法の委任状規則の背景にある諸事情の探求を通じて企業統治における議決権の存在意義を明らかにする。また、一株一議決権原則と金融機関による産業界支配に対する疑念や革新主義の思想との関係にも触れる。次に、議決権売買の法規制の変遷の検討を通じ、議決権の存在意義の変遷を追うことにする。ドイツ法の検討では、一九三七年株式法と一九九七年KonTraGの検討を中心に、一九三七年株式法の検討では、複数議決権株をめぐる判例・学説・立法過程の検討を通じ、複数議決権の濫用に対する規制の多様性を明らかにする。一九九七年KonTraGにより、ドイツ株式法では、証券取引所の上場されている株式会社については、無議決権優先株式を除き、一株一議決権原則にしたがった議決権配分が強制されることになった。同法の立法過程の検討を通じ、また、EUの企業買収指令の影響も念頭に置きつつ、会社支配権市場の設計と議決権配分に関する法規制との関係について明らかにする。

以上の考察から、一株一議決権原則は議決権と事業活動のリスク負担の比例関係を要求することで、濫用的な議決権行使を事前規制する機能を果たしていたことが明らかになる。ただし、このような機能は一株一議決権原則でしか達成できないものではなく、同原則を根拠に議決権配分を規制するためには追加的な根拠が必要と考えられる。

参考文献

加藤貴仁「株主間の議決権配分——一株一議決権原則の機能と限界——」(1)(2)「法学協会雑誌一二三巻一号一二二—二〇四頁、一二三巻七号掲載予定(二〇〇六年)。

(イ) インサイダー取引規制のあり方について

関西大学 上田 真 二

本報告は、インサイダー取引規制の根拠について検討し、インサイダー取引規制の範囲や民事救済のあり方に対する指針を示すことを目的とするものである。

会社関係者等が有価証券の価値に影響を及ぼす重要な未公表の情報に基づいて行う証券取引を一般にインサイダー取引という。インサイダー取引に対しては、主として、証券取引法一六六条において規制がなされている。同条は、会社関係者等が、上場会社等に係る業務等に関する重要事実を知って、その重要事実が未公表の間に、当該会社の株券等の売買を行うことを禁止している。

インサイダー取引がいかなる根拠により規制されるか、学説においては従来から、証券市場の公正性およびそれに対する投資者の信頼という観点、会社・株主に対する信任義務違反という観点からの説明が試みられてきた。また、証券取引法一六六条は、その制定に際して、証券市場の公正性と健全性に対する投資者の信頼を確保するために設けられた規定であると説明される。しかし、「証券市場の公正性」「投資者の信頼」といった概念での説明はやや曖昧であり、インサイダー取引規制の範囲や民事救済のあり方を考えるうえでも、さらに踏み込んだ説明が必要であるように思われる。

そこで、まず、本報告では、インサイダー取引規制の根拠について、アメリカにおける議論や近年の立法の状況を参考に検討を行い、証券市場の機能維持という観点から説明することを試みる。インサイダー取引が、証券市場の有する機能に対していかなる影響を与えるかという観点からの説明は、従来必ずしも数多く行われていないと思われる。なお、アメリカでは、インサイダー取引を規制する理論が判例によりいくつか示されているが、本報告との関係では、いわゆる情報の平等理論に焦点を当てて検討する。

次に、証券市場の機能維持という観点から、インサイダー取引規制の範囲について、対象となる主体・情報の範囲を画定する指針を示し、インサイダー取引が行われた場合の投資者の民事救済のあり方については、インサイダー取引という行為に原因を求める救済方法が困難であるとの考えを示したい。

参考文献

拙稿「アメリカにおけるインサイダー取引の民事救済——因果関係を中心として——」阪大法学五〇巻四号一〇五頁（二〇〇〇年）、同「インサイダー取引における「開示または断念」の原則について——アメリカ法を参考として——」彦根論叢三四〇・三四一—三四二頁（二〇〇三年）、同「インサイダー取引規制の法理に関する一考察（仮称）」関西大学法学論集五六巻五・六合併号（二二〇周年記念号）（近刊予定）。

(ウ) 信用格付機関をめぐる法的規制のあり方について

南山大学 高橋真弓

近年、証券・金融市場では、専門的知識を基礎に金融商品に関する情報の分析・評価を行うプレーヤーの機能が注目を集めてきているが、中でも、債券等の信用リスクについて、第三者の立場から独自の分析を行い、その意見を簡易な文字または記号からなる格付として投資者に提供する信用格付機関の存在は顕著である。投資判断指標として簡明であり、かつ比較的低いコストで情報の偏在を緩和しうる格付は、金融商品の複雑化とともにその存在価値を高め、広く世界の金融市場に浸透してきている。

しかし、その一方で、信用格付機関ないしその格付評価に対する批判も跡を絶たない。特に近時は、個別銘柄の評価に対する不満だけでなく、格付事業市場の寡占性や、格付の精度ないし中立性を担保するための法的規制がほとんど存在していないことなど、構造上・規制上の問題を指摘する声が少なくない。格付制度の先進国である米国でも、エンロン社等一連の不正会計事件における信用格付機関の対応の遅れを重くみて、二〇〇二年企業改革法 (Sarbanes-Oxley Act of 2002) 第七〇二条の指令に基づき、格付機関に対する法的規制の強化を含めた様々な規制改革案が検討されてきたところである。

いわゆるゲートキーパー (gatekeeper) の一〇に挙げられる信用格付機関は、市場の監督機能を通じて蓄積した評判資本 (reputational capital) を担保に格付事業を行うものであり、このため、自らの行動を自発的に規律するインセンティブを本来的に有しているとの議論がある。信用格付機関に対する法的規制の強化に消極的な見解の多くは、この議論に依拠している。しかし、近年特に米国では、ゲートキーパーについてこうしたインセンティブを期待することには限界があるとの見解も有力に主張されており、更に格付については、その公的な利用が格付の精度に対する市場の監督を弱め、評判資本の機能を阻害しているとの指摘もある。評判資本による規律が十分に機能しえないのであれば、これを阻害している要因を排除するか、あるいはその機能を補う仕組みを置くことが必要となるが、その手法は必ずしも実体的法規制の強化に限られず、様々な選択肢が考えられる。本報告は、米国における議論を手がかりに、信用格付機関に対する法的規制強化の是非を論じ、信用格付機関および格付をめぐる法規制のあり方を検討する。

参考文献

高橋真弓「格付をめぐる法規制のあり方について」南山法学第二五巻第一号五一頁(二〇〇一年)。

(エ) 我が国における証券化法制の立法過程

横浜国立大学 高橋正彦

資産流動化・証券化は、米国で先行して発展した、新しい金融技術・取引である。一九九〇年代以降、証券化が我が国でも定着・進展してきた経緯

は、法と経済または制度と実務との間で、相互作用ないしフィードバックのメカニズムが働くなかで、新たな金融技術・取引が一国の金融システムに受容されていく過程として、典型的な事例といえる。それは、法と経済学的な観点からの研究対象としても、極めて興味深い題材を提供している。

我が国の流動化・証券化関連法制の整備を跡付けると、①実務的・政策的な要請によって、個別の特別法が整備され、②それらがより一般的な法理に影響を与え、③各特別法の一段の整備をもたらし、④続いて、基本法の見直しにまで波及し、⑤さらに、既存の特別法が逆に影響を受け、または基本法に取り込まれていく、というダイナミックな立法ないし法形成過程が進行してきている。

こうした立法過程は、当初から、中長期的なシナリオに沿って進行してきたわけではない。むしろ、歴史的な経路依存性に制約されながら、流動化・証券化市場の発展・高度化と並行・往復するかたちで、モザイク的發展ないしテーマ追及型ともいうべき、試行錯誤的なプロセスを辿ってきたといえる。

一方、バブル崩壊後の我が国の経済状況のなかで、間接金融から直接金融、または市場型間接金融への移行を志向する、前向きの金融システム改革と、後向きな不良債権処理や、金融機関の破綻処理等のプルーデンス政策とが、互いに影響・交錯し合いながら、進められてきた。流動化・証券化法制の整備も、こうした大きな政策の枠組みに取り込まれながら、進行してきた面がある。

現在、金融法制は、単なる証券化対応等の個別整備の段階から、民事一般法レベルを中心に、「大立法時代」を迎えている。新・破産法、会社法や金融商品取引法の制定、信託法の改正、電子債権法の立法準備などが進んでおり、こうした大きな流れは、民法（債権編）の改正にもつながっていくものである。

本報告では、この十年余りの証券化関連等の金融法制整備の過程に関して、この間の経済・金融情勢との相互作用や、金融システム改革等との関連も踏まえながら、法と経済学的な視点から分析する。また、債権譲渡等の對抗要件立法や、商事信託法制などが、証券化との深い関わりをなかで整備されてきた経緯についても、検証を行うこととする。

参考文献

高橋正彦『証券化の法と経済学』（NTT出版、二〇〇四年六月）、同「我が国における証券化法制・税制の整備」、リース事業協会『資産流動化に関する調査報告書』第二号（二〇〇六年三月）。