

資料

I
研究報告要旨
(二〇一一年一〇月九日)

(1) 第一 部 会

(ア) 慰謝料の現代的課題

兵庫県立大学 齋藤 修

慰謝料の状況について、近時の判例及び学説の動向を見ながら、慰謝料の理論的実証的問題点を整理し検討を加える。①慰謝料の本質に関する学説及び判例、②慰謝料の内容、③慰謝料の現状と課題についてそれぞれの要点を中心に整理し、これまでの私の慰謝料に関する研究の総括として報告することにしたい。齋藤修編『慰謝料算定の理論』（平成二二年ぎょうせい）の要点についても紹介する。本書では、近時までの最新の法状況を整理し、裁判官が慰謝料額を決定する際の判断原理と評価要素を把握し、慰謝料額の決定における理論の構築を目指して研究を行った。

我が国は激動の真直中にあり、損害賠償法の理論にも大きな変革をともなう社会的経済的変化が生じている。とりわけ、団体及び個人の行動原理として、①ガバナンス、②コンプライアンス、③アカウンタビリティの原理が要求され、民主主義が国民に根付いてきた状況を背景に、権利意識及び正義感覚の高まりと権利侵害行為に対する適正な賠償を求める傾向が強くなっている。慰謝料に対する関心が高まり、慰謝料が果たすべき役割の重要性が今後ますます大きくなる。各種の事故（原発事故を含む）によって生じる人身損害のほか、人格権の保護については、インターネットの普及に伴い、プライバシーの保護及び名誉毀損との関連において重要な問題が生じている。また、経済状況の悪化に伴い、今後の所得の減少傾向が顕著になると予測され、逸失利益の減少による損害賠償額の低下に対処するためにも、適正な慰謝料額が認められるように対応することが必要である。我が国の慰謝料を再検討し、人格価値の再評価を行うとともに、慰謝料額を適正化する努力が必要である。

判例理論によれば、慰謝料額は、裁判官が諸般の事情を考慮して、裁量により算定し、算定の根拠を明らかにする必要はなく、原告が損害額を証明する必要もないとされてきた。明治以来、裁判所は絶大な国家権力と権威の象徴であり、優秀な裁判官は一般国民に対して、判決することについても、優越的地位にある立場として対応でき、また国民も裁判所に対して畏敬の念から裁判官の判断に従ってきた。

判例理論は、精神的損害という観念的な損害に対して、適正な賠償を決定するためには、裁判官の合理的な判断に委ねることが適切であるという観念に基づく。しかし、これらの判例理論の結果、被害者の代理人である弁護士は、裁判官の専権事項に属する問題として、被害者が被った精神的苦痛を強く主張せず、主張しないが故に精神的苦痛に対する認識が弱くなり、慰謝料額が低額にとどまることになった。さらに、裁判官が認める慰謝料額が低額であったために、あえて主張しないという悪循環が生じていた。このような実務における取り扱いを再検討し、適正な慰謝料を決定するために必要な理論の構築が必要であり、その一里塚になれば幸いである。

参考文献

- ①齋藤修編『慰謝料算定の理論』（ぎょうせい・二〇一〇年）、②齋藤修「慰謝料の現代的課題」神戸商科大学創立八十周年記念論文集（兵庫県立大学 平成二二年）、③同「総論・交通事故慰謝料の理論と展望」『交通事故と慰謝料』『交通法研究』三三三号（平成一七年）、④同「交通事故と慰謝料」インシチュアランス四〇

九二号（平成一六年）、⑤同「人身損害と慰謝料」商大論集五六卷二号（平成一六年）、⑥千葉県弁護士会編『慰謝料算定の実務』（ぎょうせい・二〇〇二年）、⑦齋藤修「慰謝料の諸問題」『新・現代損害賠償法講座』第六卷（日本評論社・一九九八年）。

(イ) 損害賠償調整の法的構造——過失相殺における「損害軽減義務」概念の導入に関する一考察

近畿大学 長谷川 義 仁

法制審議会民法（債権関係）部会において、債務不履行における過失相殺への「損害軽減義務」概念の導入が検討されている。損害軽減義務は、従来、多くの学説によって過失相殺の枠組みでとらえられてきたが、最近小判平成二一年一月一九日民集六三卷一号九七頁によって民法四一六条一項の通常生ずべき損害の枠組みでとらえられた。そのため、損害軽減義務の位置づけは、なお混迷した状況にある。また、債務不履行における過失相殺への損害軽減義務の導入は、主たる検討対象ではない民法七二二条二項には影響しないことが前提とされている。しかし、民法四一八条と民法七二二条二項とを同じ趣旨に解する立場に従えば、損害軽減義務の導入による不法行為の場面への影響が生じる可能性は少なくない。

ところで、損害軽減義務を従来の過失相殺の領域設定に基づいてとらえることは適切ではない。過失相殺理論は、従来、請求者の過失によって損害が発生または拡大した場合を問題領域ととらえ、損害の発生部分と拡大部分との区分に基づいて妥当領域を設定してきた。しかし、損害軽減義務は被害者の権利侵害によって被った損害を軽減するために請求者が合理的な措置をとるべき義務ということができるのであるから、損害軽減義務の妥当領域は、請求者が被害者の権利侵害による損害を軽減することのできる時期以後と考えることができる。そうであれば、過失相殺の領域設定は、損害を基準とした区分ではなく、時期を基準とした区分に依拠するべきではないだろうか。

そこで、本報告では、「損害軽減義務」概念の射程を明らかにし、債務不履行における過失相殺にのみ損害軽減義務が導入された場合に生じる問題を明らかにしたうえで、わが過失相殺に請求者の過失をその行為時に応じた区分に基づいて評価する法理論を形成することが可能であるのかについて検討したい。なお、本報告は、イギリス法が最初に「損害軽減義務」概念を形成したこと、請求者の行為時に応じた過失の評価に基づいた損害賠償額調整制度を有すること、また、損害軽減義務と妥当領域が交錯する民法四一六条がイギリス法の影響のもとに起草されたことに一定の合意があることに鑑みて、イギリス法についての比較法的研究を基礎とした。

参考文献

長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造——請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』（日本評論社・二〇一一年）。

(ウ) 事業遂行者の責任規範と責任原理

——使用者責任とその周辺問題に関する再検討

東北大学 中原 太郎

民法七一五条の使用責任及びその周辺問題に関しては、従来から多くの議論が積み重ねられてきたものの、なお理論的に安定した状況が形成されているとはいえない。従来のわが国の議論は、次の二点において不備があったように思われる。

第一に、責任の基礎付けの不明確性。判例・学説上、使用者責任は、条文の文言に反する形で代位責任として運用され、その正当化根拠が無過失責任原理に求められる一方、その不備を一般行為責任により埋めるべきことが主張されている。しかし、使用者責任を古典的な無過失責任論に定位することには根本的な不自然さがあり、他人の行為による責任という使用者責任の構造に即した考察が必要である。この観点からは、わが国の使用者責任論の二大潮流をなしてきた代位責任規範及び過失責任規範という二つの責任規範に着目し、それぞれの正当化根拠と具体的規律を明らかにする必要がある。従来の議論においては、両者がその時々々のニーズに合わせて援用されつつも、その積極的基礎付けがなされないまま相互批判を繰り返すという（ある意味で不健全な）状態が生じていたように思われる。

第二に、具体的な規律の不十分性。使用者責任とその周辺問題の具体的規律（要件・効果）は不透明さを残している。一方で、個々の責任規範の基礎付けとその相互関係を整理することにより、具体的規律レベルでの理論的明確性を高める必要がある。他方で、こうした作業は、これまで十分に検討されることのなかった問題にも目を向けることにつながる。とりわけ、事業遂行のための人的結合関係の多様化を前に、各責任規範の人的適用範囲（活用可能性）を探ることは重要かつ有用な作業であろう。また、使用者の事業遂行の枠内における行為についての被用者等の個人責任の問題は、従来から重要問題として認識されてはいるが、現在でも未解決のまま残されている。

本報告は、それぞれの実定的前提のもと以上の二点につき自覚的に議論を積み重ねてきたフランス法及びドイツ法という二つの外国法の検討・参照を通じて、わが国の使用者責任とその周辺問題について再検討を行うことを目的とする。

参考文献

拙稿「事業遂行者の責任規範と責任原理（一）」（八）——使用者責任とその周辺問題に関する再検討——（未定）法学協会雑誌二二八巻一〜八号（二〇一一年）。

(エ) 市場秩序と消費者保護

——断定的判断の提供法理をめぐる思想のねじれ

新潟大学 牧 佐智代

消費者契約法と金融商品の販売等に関する法律（以下「金融商品販売法」とする）が施行されてから一〇年が経過した。並行して立法作業が進められたこの二つの法律は、「事前規制から事後規制へ」・「業法的規制から民事法ルールへ」の転換を具体化するものとして、ともに規制改革の流れの中に位置付けられてきた。

本報告は、両法にともに規定されている「断定的判断の提供」規定（消費者契約法四条一項二号、金融商品販売法四条）を素材として、規制緩和時代における市場の環境整備のための「両輪」として注目されてきた両法が、しかしながら、その基盤においては、異なった思想および思考様式を有していることを明らかにすることを目的としている。

まず、両法の立法過程および改正過程をたどることにより、各法に胚胎している思想および思考様式がいかなるものであり、かつそれが各規定にどのように具現化されているかを明らかにする。ここでは、消費者契約法がその基盤に「消費者保護」という思想を、金融商品販売法が「市場秩序の法」という思想ないし思考様式を有していることが明らかにされる。

続いて、両法はかかる異なった思想を立法時に有していたところ、「市場秩序の法」を基盤とする金融商品販売法に、「消費者保護」の思想が接ぎ木される形で同法の平成一八年改正がなされたことにより、かかる思想の相違が幾つかのねじれ・矛盾として顕現していることを明らかにする。その典拠例として、本報告は、「断定的判断の提供」規定を採り上げるものである。

もちろん、「消費者保護」と「市場秩序の法」という両者の思想は、単純な対立関係に立つものではない。しかしながら、断定的判断の提供規定をめぐって、解釈論的に両者は一定の緊張関係を孕むものであることが明らかにされる。すなわち、一方では、「消費者保護」という思想に基づき救済の「拡張」が目指されることとなる。他方、「市場秩序の法」という思想からは、救済の拡充にのみ目を奪われるならば、例えばルールの不明確さに起因したコストの高騰、顧客におけるモラルハザードの発生という問題が生じ得ることが指摘でき、これらの要因に着眼するならば、むしろルールの一定の「限界付け」が目指されることとなる。

本報告は、このような両法の原理的基盤における相違を明らかにし、それが、具体的解釈問題としていかに顕現しているか明らかにしたい。

参考文献

拙稿「市場秩序と消費者保護——断定的判断の提供法理をめぐる思想のねじれ（一）」（七・完）NBL九二三～九二九号（二〇一〇年）、拙稿「断定的判断の提供法理について——投資取引をめぐる我が国裁判例を素材として（二）」（二・完）北大法学論集六一巻一号・二号（二〇一〇年）。

(オ) 三角関係型不当利得における事実上の受領者の保護

香川大学 瀧 久 範

意思に基づく財産移転の過程（基礎的法律関係）それ自体に瑕疵がある場合、当該財産移転は不当利得法に基づいて巻き戻される。類型論のもとでは、この巻き戻しの内容は基礎的法律関係その他の事情（以下、基礎事情とする）の影響を受けるということが一般に承認されている。そして、多数当事者間、とくに、単に財産移転が連鎖する場合ではなく、履行関係に独立した第三者が（少なくとも履行関係当事者の間では）給付仲介者として介入するといわゆる三角関係型の事例（指図・債権譲渡など）では、不当利得返還関係の当事者決定の問題、すなわち、いかなる基礎事情がどのように評価されて当事者が決定されるのかがまずもって問題となる。

本報告は、この問題のうち、仲介者A（被指図者・債務者）が支払原因を欠くにもかかわらず債務者B（指図者・譲渡人）の債権者C（指図受領者・譲受人）に対して支払った場合における、AのCに対する不当利得返還請求権（以下、直接請求とする）の成否について検討する。例えば、振込委託が撤回されたにもかかわらず銀行（A）がこれを看過して振込を実行した場合、銀行は受領者（C）に対してその返還を求めることができるのか。また、債権譲渡が行われたため債務者（A）は譲受人（C）に支払ったが、債権が存在していなかった場合、債務者は譲受人に対してその返還を求めることができるのか。この問題については、当事者の原因関係の設定（A B間・B C間）により倒産リスク・抗弁リスクがその当事者間で分配されるという価値評価から、直接請求を原則として否定するという考え方が支持を集めている。しかし、原因関係の設定によるリスク分配が利得調整の場面でも妥当なのかについて、議論の余地がある。そして、仮に妥当しないとすれば、何をもって直接請求の成否を決すればよいのかを明らかにする必要がある。本報告はこの順序で検討を加え、ドイツにおける議論から、①直接請求の成否については、原因関係の設定ではなく、Bの誘因（AがBでなくCに対して支払う原因となる行為のこと。指図・債権譲渡がこれにあたる）およびAのCに対する支払いの内容を基礎事情として判断する、②無因性を有するBの誘因が存在しなければ、原則として直接請求が認められる、③例外的に、AのCに対する支払いが、BのCに対する債務の第三者弁済と評価される場合には、直接請求が遮断される、という示唆を得る。

参考文献

「三角関係型不当利得における事実上の受領者の保護——「財産移転の対価関係 Valutaverhältnis」の効果帰属」の観点から——（一）～（三・完）」法学論叢一六三巻四号一〇四—一三〇頁（二〇〇八年）、一六五巻四号一七—二三頁、一六六巻一号一四六—二五九頁（以上、二〇〇九年）。

(ア) 法律上の親子関係の構成原理

——ドイツにおける親子関係法の展開を手がかりとして

京都大学 木村 敦子

日本の実親子関係法は、生物学上の親子関係を基礎とした法的親子関係の成否に関する制度（嫡出推定・否認・認知）を定めている。これらの制度では、生物学上の親子関係と法的親子関係を一致させるという要請（血縁主義）が考慮されているが、家族の平和や子の利益の保護等の要請も考慮されている。しかし、嫡出推定の及ばない子や認知無効に関する議論の対立状況をみる限り、法的親子関係の成否を定めるにあたってどのような要請をいかに考慮すべきかという点について、見解の一致をみているとはいえない。具体的には、次の問題点を指摘できる。第一は、法的親子関係の成否を基礎づける要請として、血縁主義のほかにもどのような原理や価値を考慮するかという問題である（構成要素の問題）。ここでは、論者や問題によって、考慮される価値や原理にばらつきがあるだけでなく、「家族の平和」等の要素に関しては、その意味の理解からして一致していない。第二は、考慮されるべき血縁主義やその他の要素をいかに衡量するかという問題である（衡量基準の問題）。この衡量の基準にも、同様にはばらつきがみられる。このように法的親子関係の構成要素や衡量基準について意見が分かれるのは、そもそも法的親子関係の意義をどのようにとらえ、そこで婚嫁家族の役割や各当事者の利益をどう位置づけるかという点について、根本的な理解の対立があるからだと考えられる。そこで本報告では、こうした根本的な理解の対立に遡って従来の議論を再検討し、その対立軸を分析することを通じて、それらの議論の基礎にある法的親子関係の構成枠組みとでもいうべきものを明らかにすることとしたい。

報告では、検討の素材としてドイツの親子関係法を取り上げる。ドイツでも、法的父子関係の成否は、日本法と同様に、血縁主義のほか様々な要素を考慮して定められている。しかし、ドイツでは、BGBの制定以降、例えば嫡出と非嫡出の区別が廃止されたり、否認権に関する規定が幾度も改正されたりするなどして、法的父子関係の成否に関する諸制度は大きく変遷してきた。報告では、こうしたドイツ法の変遷をたどり、その背景にある法的親子関係の構成要素とその衡量基準の変化を明らかにし、その基礎となった婚嫁制度や子の福祉の意味、自己の出自を知る権利の位置づけに関する議論を検討することを通じて、日本法を分析し検討するための手がかりを得ることとしたい。

参考文献

木村敦子「法律上の親子関係の構成原理——ドイツにおける親子関係法の展開を手がかりとして——」（二）（三・未完）「法学論叢」一六七巻一号一頁、二七二—三頁（以上、二〇一〇年）、一六八巻六号一頁（二〇一一年）。

(イ) 可分債権の相続と遺産管理

金沢大学 宮本 誠子

遺産は遺産分割までの間、共同相続人間の共有になる。判例はこの遺産共有を物権法上の共有と異ならないと解し、可分債権の相続の解決方法にみられるように、共有説を前提に理論を組み立てている。このような判例の理論は、問題となった財産の法律関係を明瞭に解決する一方で、遺産が後に遺産分割によって各相続人に配分されることを想定していないようにみえる。遺産分割では相続人間の平等が求められ、そのためには遺産全体を総合的・統一的に把握することが欠かせない。そこで、家裁実務は、上記判例理論にもかかわらず、共同相続人の合意を根拠に可分債権も遺産分割の対象としている。

これに対して、フランス法では、一八〇四年当時には遺産共有の規定がなかったものの、判例・学説が共有理論を形成し、遺産共有と物権法上の共有を区別した。この理論は遺産共有中の財産管理に関する規定として立法化され（共有の規律に関する一九七六年二月三二日の法律）、さらに、遺産管理をより容易にし、遺産分割を迅速かつ単純になすための法改正（相続及び恵与の改正を定める二〇〇六年六月二三日の法律）も経て、遺産共有・遺産管理・遺産分割については、洗練された理論が確立されている。

本報告では、このようなフランス法の理論を、近時わが国で問題となっている可分債権の相続に着目して分析・検討する。フランス法は、遺産分割の遡及効規定等を維持した上で、遺産共有の状態が継続することを前提に、遺産共有中の法律関係を遺産管理の問題と捉え、相続人間及び相続人と第三者との法律関係を明確にしつつ、その遺産管理の内容は遺産分割の計算の中で考慮し、最終的に相続人間の平等が実現されるようにしている。可分債権の相続については、遺産共有中の債権回収を遺産管理の視点から捉えることで、可分債権を当然分割することと遺産分割の対象とすることを両立させている。本報告の分析・検討は、遺産共有中の財産管理と遺産分割とを連動させておこなうことで、遺産を構成する財産に関して遺産共有中に生じた問題を遺産分割を待たずに解決し、かつ、遺産分割時には遺産全体を相続人間の平等を図りつつ分配するための理論を探る。

参考文献

拙稿「フランス法における遺産の管理（二）（二・完）」阪大法学五六巻四号（二〇〇六年）一〇〇七頁、五六巻五号（二〇〇七年）一一一九頁。

(ウ) 詐害行為取消権に関する試論

——外国法による債権法改正案の検証

岡山理科大学 中西 俊 二

二〇〇九年に相次いで、民法改正研究会から『民法改正試案』（以下『改正試案』と略す）が、そして、民法（債権法）改正検討委員会からは『債権法改正の基本方針』（以下『基本方針』と略す）が公表された。いずれの改正案も、明治四四年三月二四日の大審院民事連合部判決を嚆矢とする判例法の採用する「相対的取消し」すなわち「相対的無効」理論につき、目的財産に対する執行適格を与えていないとの責任説からの理論的批判に対する解決を意図して提示されたものと解される。

ところで、『基本方針』は、取消訴訟の相手方として、債務者および受益者または転得者とを被告とするとし、取消訴訟が認容された場合には、取消被告は取得した財産を債務者に返還しなければならない旨定めている。これに加えて、「詐害行為取消しの効力は、債務者のすべての債権者に及ぶ」と規定している。これらの条文案を総合すると『基本方針』は、詐害行為取消権の性質について詐害的法律行為の遡及的無効をもたらす形成権と解しているように思われる。現に、本試案は、判例の採用する「相対的取消し」の構成をとらず、債務者の行為が実体的に取り消されるという構成を採用しているという有力な私的解説がなされている。『基本方針』が提示する試案が、果たして法理論的に妥当な立法案と言えるのであろうか。また、『改正試案』も詐害行為取消しの効果について、詐害行為取消権の規定による責任の拡張は、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる旨規定している。すなわち、『基本方針』『改正試案』ともに現行民法四二五条の趣旨を存置させている。しかし、同条は、そもそもポワソナードの独創条文に基づくものであつて、本来民事破産を意識し、その処理を意図したものと考えられるのである。破産法において一般破産主義が採られる今日、民法四二五条は改正案においてもなお維持・固守されるべきであらうか。

本報告は、かかる問題意識に立つて、ローマ法・フランス法・ドイツ法の外国法の観点から債権法改正案の検証を行い、自己の試論を展開しようとするものである。

参考文献

拙著『詐害行為取消権の法理』（信山社、二〇一一年）、拙稿「詐害行為取消論試論」岡山理科大学紀要第四六号B（二〇一一年）、同「債務者破産における債権者の法的救済手段としての actio Pauliana」岡山理科大学紀要四五号B（二〇一〇年）。

(エ) 売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定

——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして

神戸大学 田中 洋

売買契約において買主に引き渡された目的物に瑕疵がある場合に、買主が売主に対して当該目的物の修補や瑕疵のない代物の給付を請求することができる権利は、一般に、買主の追完請求権と呼ばれる。本報告は、こうした買主の追完請求権に関して、次の二つの問題を検討することを目的とする。第一は、買主の追完請求権の基礎づけの問題である。これは、買主の追完請求権（修補請求権・代物請求権）がそもそも認められるか、認められるとすれば、どのような考え方に基づいて認められるのかという問題である。

第二は、買主の追完請求権の内容確定の問題である。これは、買主の追完請求権が認められるとして、その規律内容はどのようなものであるべきか、また、そうした規律内容はどのような要因・考慮に基づいて確定されるべきかという問題である。ここでは、例えば、買主は具体的にどのような追完をどこまで請求できるか、複数の追完方法が考えられる場合にその選択を誰が行うことができるか等が問題となる。

以上の検討のために、本報告では、立法およびその解釈を通じてこれらの問題に取り組んできたドイツの議論を取り上げる。ドイツ法においては、従来、買主の追完請求権は、種類売買の場合の代物請求権のみが法定されるにとどまり、買主の修補請求権についても、これを解釈論として認める見解は学説上少数であった。しかし、その後、ドイツ債務法の改正にかかわる議論を経て、二〇〇二年に施行された債務法現代化法により、買主の追完請求権（修補請求権・代物請求権）は、ドイツ民法典に包括的な形で——特定物売買と種類売買を区別することなく——規定されるにいたった。さらに、その規律内容に関わる具体的問題については、現在に至るまでなお激しい議論が展開されてきている。

本報告は、こうしたドイツの立法・解釈をめぐって行われた一連の議論の検討を通じて、上述の問題がドイツにおいてどのように考えられてきたかを明らかにする。そのうえで、そこで得られた結果を参照軸として、わが国における従来の議論の特徴と問題点を明らかにするとともに、現在行われている債権法改正に関わる立法論レベルでの示唆を含め、今後、以上の問題を考えていくための議論枠組み、ないしはその際に顧慮されるべき観点の提示を試みることにしたい。

参考文献

拙稿「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして（二）」（三・完）神戸法学雑誌六〇巻一頁一頁、二号一頁（二〇一〇年）、三〇四号一頁（二〇一一年刊行予定）。

(オ) 米國契約法理論におけるフォーマリズムの展開と日本の企業間取引契約

三菱商事株式会社法務部 小林 一郎

法と経済学のアプローチから古典的契約法への回帰をはかるフォーマリズム (Formalism) は、契約の背後にある当事者の関係やコンテキストを重視する文脈主義 (Contextualism) に対するアンチテーゼとして登場し、米國契約法を支える基礎理論として有力に主張されている。フォーマリズムは、経済学の不完備契約理論を応用した契約理論であるが、単に当事者の事前の契約合意の重要性を指摘したのみにとどまらず、完備な契約は存在しないという前提の下、事後の再交渉における当事者や裁判所の行動を交渉理論の見地から解析した点にその意義を見出すことができる。当事者が契約に際して考慮する要素は多岐に亙り複雑である。そのため、契約規範として合意できる事項は両当事者の意思も含めた取引の全体像の一部にすぎず、第三者である裁判所が、事後の事情変動をも考慮に入れながら全体を紐解いて、その衡平性を評価することは困難であるという仮説が提起される。

フォーマリズムのこのような仮説は、契約解釈において以下のような指針を付与する。第一に、現実の取引は複雑かつ不均一なものである以上、任意規定の多くは対象取引の一部としか親和性を持たず、必ずしも契約解釈の羅針盤として機能するとは限らない。第二に、取引社会で実践されている慣習や継続的取引関係から形成された取引慣行が、特段の明示的合意なくして、法的拘束力のある規範として認識・共有されることはむしろ例外的であり、裁判所がこれらを規範として安易に取り込むことは、当事者が契約で創設した均衡を崩すおそれがある。第三に、裁判所が信義則や条理を用いて契約に介入すると、当事者の契約合意形成における柔軟性が失われ、契約実務が硬直化するおそれがある。そして第四に、任意規定、慣習、取引慣行、信義則などを契約解釈に持ち込むことの弊害を考慮した場合、契約条項の解釈は、できる限り契約文言に忠実であることが望ましい。

伝統的な日本の取引慣行は、事後の再交渉への依存度が高く、契約規範とそれ以外の峻別を曖昧にすることで衡平な結果を求めてきたといわれている。しかし契約実務が進化するとともに、契約合意の実現を重視する古典的な契約観の重要性が再認識されているのではなからうか。本報告では、このような視点から、日本の企業間取引の背景にある契約観を、米國で展開されているフォーマリズム理論にあてはめて説明していきたい。

参考文献

- 拙稿「日本の契約実務と契約法——関係的契約とドラフティング・コストの考察から——」NBL九三〇号一一一七頁、九三一七〇—七六頁、九三三二七六—八三頁、九三三三〇八—八九頁、九三四四九—五五頁、九三五九六—一〇三頁 (いずれも二〇一〇年)、同「再交渉義務をめぐる判例法理の分析」金融・商事判例二二六三三—二八頁 (二〇一一年)、同「ウィーン売買条約における書式の戦い——なぜCISGはラスト・ショット・ルールを採用したのか(上)(中)(下)」JCAジャーナル五八巻六号二〇—二八頁、五八巻七号四二—四九頁、五八巻八号 (いずれも二〇一一年)。

(ア) わが国における敵対的買収と防衛策に関する法ルールの形成について

名古屋大学 松 中 学

バブル経済崩壊後の経済環境の変化に伴い、わが国でも、少数ではあるがインパクトの大きい敵対的買収が生じ、平成一六年頃より敵対的買収に関する法ルールの形成が盛んに行われるようになった。ここでは、法令および関連する裁判例にとどまらず、官庁のガイドライン、証券取引所による自主規制が複雑に絡んだ法ルールの形成がなされている。本報告は、このような状況を背景に、わが国における敵対的買収と防衛策に関する法ルールの形成過程を明らかにし、その評価について検討するものである。検討の概要は以下のとおりである。

まず、それぞれの法ルールがなぜ今あるようなものとして形成されたのかについて、関係するアクターの合理的な行動の帰結として法ルールが形成されるという観点から分析する。ここでは、第一に、裁判例による法形成について、ニッポン放送事件を境にした主要目的ルールの変化を中心に、裁判所の合理的な行動という観点から分析する。第二に、裁判例に影響を与えたと考えられる企業価値研究会の提言、経産省・法務省共同の指針について、アクターが利害にもとづいて合意して形成されたことを示す。第三に、東証の規制について、前二者との異同を踏まえつつ、東証が先行する法ルールの形成と市場環境の変化に反応して形成したことを示す。

次に、わが国の買収法制の形成過程の特徴を明らかにする。ここでは、アメリカ、特にデラウェア州における敵対的買収に関する法ルールの形成過程も参照する。わが国の買収法制の形成過程の特徴としては、支配的な影響力を持った利益集団が存在しないこと、複数の法ルールの形成主体が相互作用を及ぼしながら法ルールが形成されていることが指摘できる。このため、法ルールの修正に向けた行動が頻繁にとられ、他方で利害やエンフォース手段において異なる複数の形成主体が重複して同じ法ルールを採用することを通じて、法ルールの選別が行われる。その一方で、株主と取締役会の「いずれが決めるのか」という基本的なモデルの選択が行われにくいため、空白の多いルールが形成される。

そして、法ルールの形成方法としての評価は、以上の要素に加えて、わが国では現在のところ敵対的買収と防衛策に関して立法が大きな役割を果たしているとはいえないものの、立法がなされる可能性が現実的なものとして残されている点を考慮する必要があることを論じる。

参考文献

拙稿「主要目的ルールの検討(一)(二・完)——主要目的ルールとは何か、そしてなぜ裁判所はそれを採用したのか」阪大法学五七巻六号一〇一一頁、同五八巻一号八七頁(二〇〇八)。

(イ) 企業買収と対象会社従業員との関係

京都学園大学 原 弘明

企業コントロール権移転としてのM&Aは、日本法上、合併・事業譲渡（資産買収）・株式買収など、異なった法的取扱いを受ける現象にまたがっている。また、合併・事業譲渡を含む企業組織再編法制と労働契約承継法制とは、日本法上、前者の形態から演繹的に後者が決定される構造になっているが、株主構成が変わるにすぎない株式買収では、労働法上特段の配慮は払われていない。そのため日本では、とりわけ敵対的な株式買収については、防衛策の論拠のひとつとして対象会社従業員の保護が唱えられていた。もともと、当該論調は、理論面・実証面の双方から批判を展開した、田中巨「敵対的買収に対する防衛策についての覚書」によって沈静化した。

本報告では、対象を友好的な企業買収まで含めて、対象会社従業員との関係を再検討する。検討に際しては、比較法研究に加え、労働経済学やいわゆるステークホルダー論など、隣接領域・分野も援用・参照することとする。

まず、当該論点を他の関連する諸論点から相対化して抽出し、従来の議論の経過を追う。次に、労働経済学の観点から、企業にとって従業員はいかなる地位にあるかを見、日本の雇用市場・法制の経済分析とあわせて検討する。また、いわゆるステークホルダー論が本論点にどのような影響を与えるかを考える。以上をもとに、比較法研究における重点的な要検討事項を洗い出すこととする。

続いて、比較法研究をなす。具体的には、対象会社従業員への手続的配慮が種々見られるイギリス法と、企業買収先進国とされるアメリカ法を検討対象とする。特に前者においては、対象会社従業員への配慮がみられる規律の運用実態を、後者においては、雇用法制の日本との相違や反企業買収立法の関連規定の実効性を中心に、検討を加える。

以上をふまえて、日本法における当該論点の位置づけを明確にし、従来の議論と異なった帰結を採用する必要があるか、また、その理由は何かを検討し、報告することとする。

参考文献

原弘明「企業買収と対象会社従業員との関係（一）（二・未完）」京都学園法学六三号六七頁、六四号九三頁（以上二〇一一年）、原弘明「企業価値と株主の評価」法政研究七六巻一・二号六一頁（二〇〇九年）（いずれもインターネット上で入手可能）。

(ウ) グループ再編に関わる取締役の経営判断と「会社の機会」

大阪府立大学 古川 朋雄

本報告は、グループ再編、とりわけ株式の買収や合併により新たにグループ関係を形成する局面における経営判断に際して、取締役が要求される行動と負うべき責任の態様を、米国法における議論を元に検討を試みるものである。

M & A取引が会社と取締役との間に生じる構造的な利益相反に対する対処の必要性は広く認識され、様々な研究がなされているところであるが、他方で、M & Aに際して取締役が会社の価値を高めるためにどのように行動すべきかについて議論の必要があることも指摘される。この点については、わが国の判例上、M & Aに関する判断につき、取締役に広い裁量を認めていると解されるものの、米国の経営判断原則とは異なり、裁判所は取締役の経営判断の合理性を審査することに必ずしも消極的でなく、どのような場合に取締役の責任が肯定されるのかを読み取るのは困難である。

米国では特にデラウェア州を中心に、敵対的買収における買収防衛策や、友好的買収における取引保護条項 (deal protection provision) の有効性を判断するにあたり、複数の審査基準を事案に応じて使い分けて買収対象会社取締役の行動を審査する判例が多く見られる。これらの判例においては、取締役の利益相反性の排除に加えて、取締役の交渉過程や株主への開示の状況が着目されており、あまりに威圧的な買収防衛策や取引保護条項が策定された事例においては、裁判所は厳格に審査する姿勢を示す傾向にあるといえる。その背景には、信認義務との関係上、会社の将来の選択肢を取締役が過度に制限することは許されず、少なくとも眼前に提示された買収機会について、より株主価値を高めうるものか検討すべきとの考慮が働いているものと考えられる。

また、米国には古くから、取締役の競業取引などの事案について、会社に属する機会とは何かという観点から取締役の行動を規律する「会社の機会の理論 (corporate opportunity doctrine)」と呼ばれる判例法理が存在する。適用される状況は異なるものの、利益相反性のある取引に関して、取締役が保護すべき「会社に属する機会」の定義や、機会の確保や放棄において要請される手続などをM & Aに関する判例法理と比較することにより、本報告の検討対象であるグループ再編について、我が国における買収対象会社取締役の行動準則に対する示唆を見いだしたい。

参考文献

「グループ再編に関わる取締役の裁量と『会社の機会』(一・未完)」大阪府立大学経済研究五六巻四号四九頁(二〇一二年)。

(エ) 友好的買取の場面における取締役に対する規律

東北大学 白井 正和

本報告では、支配・従属関係のない当事者間の友好的買取の場面对象に、買取対象会社の取締役に対するべき規律づけの仕組みを模索する。近年ではわが国でも企業買取は大幅に増加する傾向にあり、その大部分は友好的な買取である。そして、友好的買取の場面における現行の法制度は、買取対象会社における判断権限の分配という観点から捉えれば、同社の取締役に強力な権限を与えるものと評価できる。買取条件をめぐる交渉は取締役に一任されており、株主は取締役によって形成された買取条件を受け入れるか否かの判断しかできないからである。こうした強力な権限は、取締役が与えられた権限を最大限活用し、株主の最善の利益に合致するよう行動していると評価できるのであれば、無条件で正当化することが可能である。しかし、現実には、買取対象会社の株主と取締役との間には潜在的な利益相反問題が存在することが、最近の理論・実証の両面にわたる研究によって明らかにされつつある。

こうした問題を認識したうえで、それでも買取対象会社の取締役に強力な権限を与える現状を正当化するためには、何らかの方法で、買取対象会社の取締役に對する十分な規律づけが確保されていると評価できることが必要となる。もともと、買取対象会社の取締役の行為を規律するための仕組みとしては、株主による判断権限の行使を通じた仕組みと、裁判所による介入を通じた仕組みとが考えられるが、わが国の現行の法制度の下では、いずれの仕組みも十分には機能していないといわざるをえない。

そうであるとすれば、友好的買取の場面において買取対象会社の株主と取締役との間に潜在する利益相反問題の深刻さに比して、わが国では買取対象会社の取締役に對する規律づけが大幅に不足していることになりそうである。本報告では、こうした問題意識に基づき、買取対象会社の取締役に對するあるべき規律づけの仕組みを模索するのであるが、まずはそのための手段として、企業買取に関する歴史が古く取引事例も豊富な米国において、買取対象会社の取締役に對して実現されている規律づけの仕組みについて検討する。そのうえで、米国法からの示唆を踏まえ、株主による判断権限の確保という観点、および、取締役の行為の差止めを通じた裁判所による介入の実現という観点を軸に、わが国の友好的買取の場面において、買取対象会社の取締役に對する規律づけを実現するための解釈論・立法論を試みる。

参考文献

拙稿「友好的買取の場面における取締役に對する規律(二)」(五・未完)「法学協会雑誌」二七卷二二号一九三五頁(二〇一〇年)、二二八卷四号一〇〇二頁、五号一二五九頁、六号一五三三頁、七号一八三〇頁(二〇一一年)。

(オ) 株主の会社経営者等に対する直接的な責任追及

神戸学院大学 宮崎 裕介

我が国の会社法のもと、株主が訴訟によって取締役をはじめとした会社経営者等の責任を追及する場合、株主代表訴訟あるいは役員等の第三者に対する責任に基づく損害賠償請求が多く用いられている。これらはいずれも会社経営者等に対する責任追及のための制度と位置づけられているが、このとき株主個人の救済の面に注目し、彼らが会社経営者等に対して直接請求をすることの可否については、判例・学説ともに議論が錯綜しているのが実情である。そのため、株主代表訴訟や役員等の第三者に対する責任に基づいて訴え提起をしたとしても、株主個人が被った実体的損害の回復に直結しているかは、現状では明らかとは言いがたい。本報告では、以上の問題点を踏まえ、株主に対する個人的な救済の可否に重点を置き、会社経営者等に対する責任追及手段について整理するとともに問題点を抽出し、検討を加える。その際、会社経営者等に対する直接的な責任追及を制度として認めているアメリカ法を参照し分析を行う。

アメリカ法では、株主が損害を被った場合に、その損害の回復を求め、株主自身の利益のために取締役、役員、支配株主をはじめとする会社経営者等に対して直接訴訟 (direct action) と呼ばれる訴えを提起することが、判例法上認められている。このような訴えが認められているのは、アメリカ法のもとでは、会社経営者等はフィデューシヤリー (fiduciary) の位置づけにあり、会社のみならず株主との関係でも信認関係が存在するという理論的な背景があることに基づく。本報告においては、アメリカ法において直接訴訟が判例法上認められた制度であることに鑑み、判例法の分析に基づき、直接訴訟の概要と意義を明らかにする。判例法を検討するにあたり、直接訴訟の提訴要件に関するリーディングケースである二〇〇四年のデラウェア州最高裁判所の Tooley 判決を軸として、同判決に至るまでの直接訴訟をめぐる判例法の変遷、ならびに、同判決がその後及ぼした影響を検討する。また、会社経営者等に対する責任追及手段という点では、直接訴訟と目的を同じくする派生訴訟 (derivative suit) を比較の対象とし、相互の制度のアメリカ法での位置づけも考察を行う。

本報告では株主の会社経営者等に対する直接的な責任追及の可否という命題を、アメリカ法から得られた示唆を手がかりとして、日本法における会社経営者等に対する責任追及手段の制度設計のありかたも加味して、検討を加えるつもりである。

参考文献

宮崎裕介「アメリカ法における直接訴訟制度——株主のフィデューシヤリーに対する直接的な責任追及——」神戸法学雑誌五八卷三号一六三頁(二〇〇八年)。

(4) 第四部会

(ア) 内部統制に関する情報開示制度の意義と課題

——米国SOX法における認証に伴う経営者の責任を中心として

流通経済大学 梅村 悠

わが国では、二〇〇六年に成立した金融商品取引法において、上場会社等は「内部統制報告書」の提出を義務づけられ、米国 Sarbanes-Oxley (SOX) 法に類似した制度が導入されるに至っている。

そもそも、内部統制を構成する五つの要素が有効に機能してさえすれば、当該システムは有効と判断されうるのであって、外部報告の有無は有効性の判断に影響を与えることはないが、外部報告には「経営者が内部統制に関する報告書の発行を念頭に置くようになれば、内部統制を一層注意して調査するようになるであろうし、また、率先してその改善を図ろうとするであろう」(COO 報告書) という機能が存することが指摘されている。

内部統制システムに関する情報開示制度が、右の機能を適切に果たすためには、内部統制システムが「有効」と開示する会社が真に有効な内部統制システムを備えていることが、開示を通じた関係者の責任によって法的に裏付けられている必要がある。

そこで、本報告では、経営者認証の沿革にも触れつつ、SOX法において創設された認証制度によって経営者の責任がどのように変化しうるか検討する。また、経営者認証が会社法上の取締役の信託義務に及ぼしうる影響についても考察することによって、その意義を明らかにしたい。

これらを踏まえて、日本法への示唆について言及する。米国法と日本法との間には、多くの相違点が存在するが、特に大きな違いの一つとして、SOX法三〇二条に基づく「開示統制・手続 (Disclosure Controls and Procedures)」に相当する概念がなく、わが国の金融商品取引法が規定する内部統制は財務報告に限定されている点が挙げられる。

しかし、近年のわが国の企業不正は財務報告に係る内部統制でカバーされない領域から生じているものが少なくなく、リスク情報の信頼性確保の重要性が指摘されている。さらに、地球環境問題の深刻化に伴う法規制の厳格化を背景として、投資家にとって環境情報の重要性も高まっているところである。

かかる非財務情報の信頼性が投資判断において重要であり、よって、公正かつ円滑な価格形成を軸とする市場機能を確保し、市場の信頼性、透明性や効率性を高めるといふ法の目的に資するとすれば、財務報告にのみ焦点を当てた内部統制規制は片落ちであると評価せざるを得ず、これが日本法における課題の一つであることを提示したい。

参考文献

拙稿「内部統制に関する情報開示制度の意義と正確性の確保」上智法学論集五三巻三号一〇一頁(二〇一〇年)。

(イ) 企業不祥事と取締役の民事責任

——法令遵守体制構築義務を中心に

小樽商科大学 南 健 悟

本報告は、取締役の法令遵守体制構築義務とその周辺問題について理論的検討を加えるものである。とりわけ、第一に、法令遵守体制構築義務と経営判断原則との関係を、第二に、法令遵守体制構築後、違法行為等が発覚した場合の取締役の義務について考察するものである。そして、これらの検討を通じて、企業不祥事に伴う取締役の任務懈怠責任に対する司法審査の方法について検討する。

取締役の法令遵守体制構築義務は、裁判例や立法化も相次ぎ、理論的にも実務的にも重視されてきた。しかし、法令遵守体制の内容について取締役に広い裁量が認められてきたため、当該義務違反を理由に取締役の責任が認められた裁判例は少ない。そこで、本報告では、米国法を参照し、取締役の法令遵守体制構築義務が争われた事案について、どのような司法審査がなされているのかということを参照し、日本法への示唆を得たい。

第一の点について、米国法においても、Caremark 事件判決等によって、取締役の法令遵守体制構築義務は承認されてきた。そして、同判決によれば、当該義務違反の基準について、義務違反を構成するのは「誠実性の欠如」の場合であり、それは「取締役の継続的又は組織的な懈怠」があったときであると、このことは後の最高裁判例でも承認されている。しかし、この判示により、「誠実性の欠如」の意義や「継続的又は組織的な懈怠」という基準とその理論的背景が問題となった。米国法上、法令遵守体制構築義務は肯定されているが、当該義務が問題となる事案において、取締役の責任が認められる可能性はほとんど存在しないといわれている。本報告では、裁判例や学説の検討を通じて、その理論的背景を検討することで、日本法においても、裁判所が、ほとんど取締役の責任を認めてこなかったことの妥当性について一定の示唆を得る。

第二の点について、米国法においては、取締役の Red Flag 対処義務（社内の違法行為等を認識した場合にそれを是正すべき義務）に係る判例や学説が、当該義務違反を理由に責任を認めることの重要性を指摘する。そして、米国法においては、法令遵守体制構築義務違反があったか否かよりも、Red Flag 対処義務違反があったか否かを中心に審査をすべしとの見解もある。

そこで、本報告では、米国法における判例や学説の検討を踏まえ、日本法における法令遵守体制構築後の取締役の行動に対する司法審査のあり方について考察したい。

参考文献

- 南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任（一）——（四・未完）——法令遵守体制構築義務を中心に——」北大法学論集六一巻三号一—七三頁、六一巻四号五三—一三三頁（二〇一〇年）、六一巻五号一—五三頁、六一巻六号九九—一五五頁（二〇一一年）、同「リスク管理と取締役の責任——アメリカにおけるAIG事件とCitigroup事件の比較——」商学討究六一巻二・三号二〇九—一三三頁（二〇一〇年）。

(ウ) 会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ

日本大学 松嶋隆弘

デット・エクイティ・スワップ (Debt Equity Swap: DES) は、債権者と債務者との合意に基づき、債務を株式に振り替えること(貸借対照表の負債の部に計上されていた借入金と、資本の部の資本金(ないし資本準備金)に振り替えること)である。DESについては、債権放棄と並ぶ不良債権処理スキームの1つとして高く評価する声がある一方、その危険性に対し懸念する声も多く聞かれる。DESに関するこのような毀誉褒貶は、その大部分が、当該スキームそのものの当否というよりも、出資対象である債権額の評価に関する、いわゆる券面額説(債権の実価が券面額未満であつても券面額を基準としてよいとする見解)の評価にかかっていると思われる。

もともと債務を株式に振り替えるスキーム自体は、平成二年商法改正において導入された最低資本金を達成するための実務上の工夫である「借入金と資本組み入れ」のように、前から存在したものであるが、DESは、それを対象企業の債務超過時において実施しようとするところに特性があり、DESをアウト・オブ・コート型の柔軟な不良債権処理スキームとして、わが国の会社法及び実務に定着させていくためには、DESの目玉ともいえる券面額説が妥当する領域を確定する必要があると考える。

本報告は、このような問題意識に基づき、DESの会社法における位置づけを考察していききたい。具体的には、DESにつき、①当該スキームがわが国において導入された経緯について紹介した上で、②類似のスキームであるデット・デット・スワップ (Debt Debt Swap: DDS) 実質的に債務者の財産状態あるいは信用状態を改善し、債権可能性を高めるとともに、既存融資(特に通常ローン)の回収可能性を高めるスキーム)と対比し、両者の優劣を検証しつつ、その特徴を明らかにするとともに、③租税回避に関する近時の裁判例(東京地判平成二十一年四月二十八日(平成一九年(行ウ)第七五八号)及びその控訴審である東京高判平成二十二年九月十五日(平成二十一年(行コ)第二〇六号))を素材として、券面額説が妥当する領域について考えていく。

参考文献

「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」日本法学七五卷三号

(エ) 株主平等原則の謎

——会社法一〇九条一項の解釈論として

立命館大学 村田 敏 一

会社法（以下、法）は、株主平等原則につき一般規定（法一〇九条一項）を置いた。同法は、種類株式制度や自己株式に関する規整を大幅に整備したが、こうした個別規定の整備・充実と、一般規定の明文化が同時に行われたため、一般規定の固有の守備範囲は縮減することとなるはずである。しかし、一般規定の解釈や個別規定との関係、その理念的意義を巡っては、旧法下にも増して振幅のある議論が展開される。また、近時の敵対的買収防衛策を巡る議論の活発化は、適法な設計のための株主平等原則との抵触回避という観点から、同原則に関する実務的・理論的な関心を一層高めた。こうした中で、ブルドックス事件に関する最高裁決定（最決平成一九年八月七日）が出現したが、特に株主平等原則の例外につき、株主共同の利益が害されるような場合に例外取扱が許容され、それは株主自身により判断されるべきものとされた点は、定款自治の限界を画し多数決の濫用から一般株主を保護する機能を同原則に求める立場からも批判を受けた。この決定により、同原則を巡る謎は一層深まったものと言える。本報告では、会社法における文言と同法の全体的構成との整合性を重視する立場から、一般規定（法一〇九条一項）の具体的解釈を行い、その固有の機能を明確化したい。

一般規定の解釈として、「数に応じて」とは、個別規定（例えば剰余金配当に関する法四五四条三項）の解釈との整合性から、持株数に正比例しての意に解され、また「その内容に応じて」とは、同様に個別規定の解釈との整合性から同一の種類株式にあつては、持株数に比例して取り扱われるものと解される。一般規定の固有の（個別規定と重畳しない）射程範囲は、株主の経済的利益に限局される。個別規定中の株主総会での議決権を例外として、経済的利益以外の範囲では比例取扱いが要求されるべき事項が見出せないためである。なお、法一〇九条二項は株主の三基本権に限定して一般規定の特例を認めており、その意味で、個別規定の特例を定めるに過ぎない。一般規定は、株式会社を名宛人とする規範であり、その違反の効果は差止事由を構成し、また法四二九条一項責任を基礎づける場合が多く、要するに違反の効果は多様である。こうした解釈と射程の限定により、一般規定の理念的意義は、株主の経済的利益を株式数比例で保障することに求められる。

差別的行使条件等の付された新株予約権無償割当ての問題につき、最高裁が、株主平等原則の趣旨が及ぶものとした点は、株主の経済的利益に直接関わる事項として妥当であるが、一般規定の解釈としては、ブルドックス事件で申立審（東京地裁）が採用したように、支配権面での被差別者への交付対価の適正性と株主総会特別決議の有無のみを基準として司法審査すべきであった。また、株主優待制度は、株主の経済的利益に関わる事項として、一般規定の固有の射程内に収まる。従って、その設計に当たっては細心の注意が必要となる。

参考文献

拙稿「会社法における株主平等原則（一〇九条一項）の意義と解釈」立命館法学三二六号四〇〇頁（二〇〇八年）。

資料

Ⅱ ワークショップ資料（二〇一一年一〇月九日）

ワークショップ

A 担保法の新しいパラダイムとその教育

司会者 名古屋大学教授 千葉 恵美子
報告者 明治学院大学教授 加賀山 茂

担保法を構成する保証、連帯債務（人的担保）、および、担保物権（物的担保）は、民法を学習する者にとって理解が困難であり、苦手科目の筆頭に数えられている。その原因は、一般的には、担保法が技術的な性格が強い点に求められているが、第一に、担保法の理論が未発達であり、「原則よりも例外が圧倒的に多い」という現状こそが、学生にとって担保法の理解を困難としている原因ではないのだろうか。第二に、担保法の全体を整合的に説明するためには、担保法を債権と物権とに分断するのではなく、両者を統合する新しいパラダイムが求められているのではないだろうか。これが、このワークショップの報告予定者の問題意識である。

担保法の新しいパラダイム 報告者は、統一的でわかりやすい担保法の理論を構築するためには、担保法を債権（保証と連帯債務）と物権（担保物権）とに分断するのではなく、担保法全体を「債権の担保力の強化」として、債権の側に引き寄せて一元的に捉え、「人的担保」は、債権の担保力の量的強化（責任財産の個数の拡大）であり、「物的担保」は、債権の担保力の質的強化（優先弁済権）であると考えて、担保法の新しい理論体系を構築し、従来の担保法のパラダイムを転換することが、担保法の教育にとって必要となっていないかと考えている（加賀山茂『現代民法 担保法』信山社（二〇〇九））。その理論の特色は、第一に、保証債務は、他人の債務を弁済する責任であって、債権以外に別の保証債務が存在するわけではない（保証「債務」は存在しない）。第二に、担保物権は、債権の効力としての優先弁済権に過ぎず、債権の他に別の物権が存在するわけではない（担保「物権」は存在しない）。第三に、対抗力のある賃貸借は、抵当権設定登記の前後を問わず、常に、抵当権者および買受人に対抗できる（抵当権は適法賃貸借を破らず）という過激なものである。

担保法の新しいパラダイムの教育 このような考え方は、これまで整合的な説明がなされていなかった物的担保の優先順位の法則を明らかにしているとか、抵当権と利益権との調和を新しい形で実現する可能性を有しているとか、理論的な体系化の試みとしては、その有用性が認められるとしても、大学教育のカリキュラムとして見た場合に、民法学界としては認めるものかどうか綿密な批判と検討に晒されるべきであると考ええる。そこで、今回のワークショップでは、報告者が、新しい担保法のパラダイムを簡単に説明し、従来の理論と比較しながら、新しいパラダイムの特色、教育カリキュラムとした場合の功罪等を議論し、この理論が、従来の理論からの反論に耐えうるものかどうか、教育カリキュラムとして適切なものであるかどうかを検証することを通じて、担保法の理論の深化に貢献したいと考えている。

配付資料 ワークショップ当日に会場で配布する資料としては、「担保法の新しいパラダイムとその教育——担保法革命二〇〇九とは何か——」の抜刷りを準備している（以下のサイトにアップロード済み）。http://lawschool.jp/kagayama/material/civi_law/how2study/rhetoric/security_revolution2009.pdf

参考文献

加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社・二〇〇九年）七〇四頁、加賀山茂「法科大学院のコア・カリキュラム作成のための到達目標の客観的な選定方法について」明治学院大学ローレビュー二二二号（二〇一〇年三月）一一二七頁、加賀山茂「担保法の新しいパラダイムとその教育——担保法革命二〇〇九とは何か——」明治学院大学法科大学院ローレビュー第一四号（二〇〇二年）一一四六頁（私法学会当日、レジュメとして、ワークショップ会場にて配布する予定）、加賀山茂『担保法講義』（日本評論社・二〇一一年九月出版予定）。

B 非営利法人に関する法の現状と課題

司会者・報告者 京都大学教授 佐久間 毅

平成一八年のいわゆる公益法人制度改革関連三法の制定により非営利法人に関する法に大きな変革が加えられて、5年になる。また、この新たな制度のもとで、旧公益法人から新制度下の公益法人または一般法人への移行期間とされている五年の、ちょうど半分が経過したことになる。この間に、新制度下での非営利法人の創設、新制度下の法人への移行の事例が徐々に蓄積され、新たな法とそれに基づく制度について、意義と問題点が具体的に明らかになりつつある。そこで、本ワークショップでは、新たな非営利法人制度の現状を確認したうえで、①非営利法人に関する法の体系上の問題（とりわけ、非営利法人の類型による法規制の不整合）、②一般法人設立に関する問題、③公益認定上の問題、④旧公益法人の一般法人移行上の問題等について浮き彫りになった課題を検討することを通じて、今後のあるべき非営利法人法制を考察することにした。

参考文献

特集「公益法人の移行・廃止とその問題点」ジュリスト一四二二号八頁以下、佐久間毅「非営利法人法のいま」法律時報八〇巻二二二頁以下。

C 商法・会社法の立法過程に見られる基本的な考え方の変化について

——機関・資金調達をめぐる改正を中心に

司会者・報告者 立教大学教授 松井秀征

わが国では、平成一七年（二〇〇五年）に会社法が制定され、商法から独立した単行法となった。そもそも平成期に入って以降、とりわけいわゆる「ストック・オプション立法」がなされた平成九年以降、株式会社制度について立法を必要とする状況が継続的に生じ、商法の株式会社の規定もめまぐるしく改正がなされてきた。その中でも平成一三年・一四年になされた一連の改正——自己株式取得規制をめぐる改正、新株予約権制度の導入・種類株式制度をめぐる改正、あるいは委員会（等）設置会社制度の導入など——は、会社の機関及び資金調達をめぐる制度について、その基本的な考え方を変更しうるものであった。

では、この株式会社制度をめぐる立法を必要とする事情はどのような背景で生じ、当該背景からなされた立法にはどのような利害関係者の意向が反映しているのか。わが国における現在の会社法について、前提となっている考え方や思想——それが何であるかはア・プリオリには明らかにならない——を理解するには、以上の背景や意向を把握しておくことが必要不可欠である。

報告者は、現行会社法に至るまでの株式会社制度をめぐる法改正について、問題意識を共にする研究者六名とともに、当該制度をめぐる法改正の背景事情やその立法過程で立ち現れた利害関係者のありようを明らかにしてきた（参考文献①参照）。当該研究においては——対象領域により多少の差異はあるが——平成期に入って以降、立法を必要とする事情、そして当該立法を働きかける（あるいはこれに歯止めをかける）利害関係者のありようが昭和期のそれとは大きく異なることが明らかにされた。それは現在の会社法に至る過程で、個別の規定を支える考え方や思想に変化がもたらされたことを示唆する。

本ワークショップでは、ひとまず機関の領域と資金調達の領域を手がかりに、松井が一定の事実認識を明らかにする。ワークショップの場には、以上の共同研究者にも参加してもらい、各自の事実認識を適宜提供してもらおう予定である。ワークショップの議論の中では、昭和期の立法として昭和五年改正、昭和五年改正、場合によってはそれ以前の改正にも遡り、立法の背景や利害関係者のありようについて、平成期のそれとの比較を行うことになる。これによって、わが国の現在の会社法を支えている考え方や思想が何であるのかを浮き彫りにできれば、これより有意義なことはない。

参考文献

①中東正文Ⅱ松井秀征編『会社法の選択』（商事法務・二〇一〇年）、②稲葉威雄『会社法の解明』（中央経済社・二〇一〇年）、③松井秀征『株主総会制度の基礎理論』（有斐閣・二〇一〇年）。