

資料

I  
研究報告要旨  
(二〇一二年一月一四日)

(1) 第一部会

(ア) 両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能の効果論に関する一考察

神戸市外国語大学准教授 坂口 甲

双務契約において債務者の責めに帰すべき事由により履行不能が生じた場合、債権者は、履行に代わる損害賠償を請求することができるほか（民法四一五条）、契約を解除することができる（民法五四三条）。これに対して、債権者の責めに帰すべき事由により履行不能が生じた場合には、債権者は、履行に代わる損害賠償を請求することも契約を解除することもできない。この場合、債権者は、給付を獲得することができなにかかわらず、危険負担制度により反対給付の履行義務を免れない（民法五三四条、五三六条二項）。では、債務者と債権者の責めに帰すべき事由が協働して履行不能が生じた場合に、いかなる法的効果を認めるべきだろうか。従来、この問題は、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能を出発点として議論されてきた。すなわち、債権者が債務者に対して履行に代わる損害賠償を請求することができ、この損害賠償請求権が債権者の過失割合の分だけ過失相殺される（民法四一八条）。しかし、日本における従来の議論では、このように債権者の帰責事由が過失相殺レベルで考慮されるにとどまり、債権者の帰責事由が債権者の解除権や債務者の反対給付請求権に及ぼす影響について、十分に検討されてこなかったように思われる。

以上のような議論状況を踏まえて、本報告では、双務契約において債務者と債権者の帰責事由が協働して履行不能が生じた場合に、いかなる法的効果が認められるべきかについて、検討する。具体的には、以下の二点に絞って検討を進める。第一に、債権者が契約を解除することができるかどうかである。第二に、解除することができるとして、債務者が反対給付を受ける利益をどのように扱うべきかである。

この点について、ドイツ法では、従来から、双務契約における履行不能の一形態として、両当事者の責めに帰すべき事由による不能の法的効果が議論されてきた。しかも、二〇〇一年の債務法現代化法によって、危険負担制度の一部が変更され、さらに、債務者の帰責事由を要件としない解除制度が導入されたことにより、この問題が活発に議論されるに至っている。ドイツのこうした一連の議論を手がかりとして、この問題に考察を加えたい。

参考文献

拙稿「双務契約における両当事者の責めに帰すべき事由による履行不能——ドイツ法における効果論の一考察——」神戸市外国語大学研究年報四八号一三七頁以下（二〇二二年）。

## (イ) 契約不履行に基づく損害賠償の理論

三重大学准教授 白石友行

債権法改正の議論においては、契約（債務）不履行に基づく損害賠償のあり方が一大争点となっている。言うまでもなく、具体的な制度を設計する際には、前提となる基本構想を検討しなければならない。今日では、不法行為法との共通性に着目する伝統的理論と、合意を基点に据えた理論との対立構図が描かれており、こうした帰責の根拠を出発点とする争いが議論の中心に置かれている。しかし、この議論だけでは、契約（債務）不履行に基づく損害賠償の基本構想の全貌を浮かび上げられ、従来の理解に内在する課題を明らかにすることはできない。そのためには、帰責の問題をより緻密に分析し、その背後にある思考プロセスを抽出することを前提に、根拠の問題とは別の次元で、契約（債務）不履行に基づく損害賠償の本質をどのように捉え、これをどのような論理構造の下で捉えるのかという視点を持つことが重要である。

こうした問題関心から見ると、従来の議論では、損害賠償の根拠をどのように理解するのにかかわらず、不履行によって生じた損害を賠償するための制度として理解する発想が当然の前提とされてきたことが分かる。しかし、契約（債務）不履行に基づく損害賠償を賠償の論理の中で捉える構想は必然的なものではなく、実現されなかった契約（債権）の履行を確保するための制度として捉えることも十分に可能である。このように、根拠の問題とは独立した形で、問題を捉える際の思考プロセスに着目したモデルを立てることは、従来の議論を相対化してそこに内在する諸問題を明らかにし、それらを新たな視点から捉え直すことにも繋がる。そして、後者の視点からの議論は、実体法の理論化・正当化という点のみならず、契約不履行法、民事責任法の体系化に際しても有用な視座となりうるであろう。

本報告は、フランス法との対比を通じて、契約（債務）不履行に基づく損害賠償の問題を考える際に考慮すべき二つの異なるレベルに属する問い、すなわち、損害賠償の根拠、本質という問いを提起し、それぞれの問いの意味と相互関係を整理しながら、従来の議論を各問いの中に位置付けた上で、ありうる基本構想を整理しつつ、あるべき基本構想を探索しようとするものである。

### 参考文献

拙稿「契約不履行に基づく損害賠償に関する二つの理論モデル」法学政治学論究七〇号、「契約不履行に基づく損害賠償の範囲の理論的基礎」同七一（以上、二〇〇六年）、「契約不履行に基づく損害賠償における「帰責」と「実現」」同七二号、「契約不履行に基づく損害賠償に関する理論モデルの変遷」同七四号、「契約不履行に基づく損害賠償の対象」同七五号（以上、二〇〇七年）、「契約不履行に基づく損害賠償の原理と体系」池田真朗他編『民法（債権法）改正の論理』（新書出版・二〇一〇年）、「契約不履行に基づく損害賠償の理論（一）」（三・完）法学研究八五巻一、二、三、三、三、「契約（債務）不履行による損害賠償の基本構想」法律時報八四巻九号、「契約不履行に基づく損害賠償の解釈枠組み（一）」法経論叢三〇巻一、「契約不履行に基づく損害賠償と契約（債権）の関係」同三〇巻一（以上、二〇一二年）

(ウ) 死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序

——ドイツにおける本人死亡後の代理に関する議論を手がかりとして

明治学院大学准教授 黒田 美亜紀

民法六五三条一号は、委任者の死亡を委任の終了事由として規定している。同条同号につき、学説・判例は、当初より、これを任意規定と解し、特約がある場合など、委任者の死亡後も存続する委任類型を一定の場合に認めてきた。しかし、こうした委任契約については、委任の本質や委任者の地位の相続性との関係、さらには解除できない委任の承認可否など、そこでの法律関係につき、なお議論が十分に尽くされているようには思われない。また、近時、超高齢化・核家族化・少子化の進展、相続や葬儀に対する人々の考え方の変化などを背景に、もっぱら委任者死亡後の事務処理を委託する委任類型（死後事務委任契約）が登場し、これに対する社会的ニーズが高まっている。しかし、このような委任契約類型は、民法典および従来の学説が想定していなかったものであり、それが現行法上の解釈として認められるか否かも定かではない。本報告では、このようなわが国の現状に直面して、死後の事務処理にあたっては故人の意思を尊重する必要があるとの問題意識のもと、ドイツにおける議論を参照しつつ、わが国において、死後の事務処理に際して故人の意思を尊重することが、相続法秩序との関係でどこまで認められるのかについて、検討を試みることにする。

ドイツでは、本人の死亡後も存続する代理のみならず、本人の死亡後にはじめて発効する代理（死因代理）が認められ、これらと贈与などの他の法制度を組み合わせることに、死因処分と同じ結果をもたらす行為を生前行為として実行することができる。そして、このような手法を一概に遺言の潜脱とはせず、故人の意思を尊重する一方で、相続人の利益に対しては、相続人による代理権の撤回を広く認めることで配慮している。もともと、一定の場合には事実上相続人の撤回権行使が難しく、また撤回し得ない代理権を授与することも可能であることから、故人の意思を及ぼすことのできる範囲が広く認められている点は注目に値する。こうした故人の意思の尊重と相続法秩序とのバランスの取り方は、わが国における死後事務の委任に関する問題を検討するに際して、有益な示唆を提供するものと思われる。

そこで、本報告では、右ドイツ法の議論を参考にして、わが国の裁判例において実際に問題となった死後事務のケースを取り上げ、どの範囲まで故人の意思を尊重することができるのかにつき、その根拠付けと限界を明らかにしたい。

参考文献

拙稿「イギリスの成年後見制度改革——任意後見法の改正を中心とした考察——」早稲田大学法学会誌五一巻二三二頁（二〇〇一年）、拙稿「オーストリアの成年後見制度」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』一八九頁（日本評論社、二〇一一年）、拙稿「成年後見制度の現状と課題の検討——死後の事務委任契約の発展可能性を中心に——」月刊登記情報五二巻一号九頁（二〇一二年）、拙稿「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明治学院大学法学研究九三号五五頁（二〇一二年）

## (エ) 医療契約論——その典型的なるもの

西南学院大学准教授 村山淳子

医師と患者が契約関係にあるとすれば、その実体的な内容はいかなるものか。医療訴訟において債務不履行構成が定着した今日、裁判規範としてもより、おそらくは医師の行為規範を考へるうえでも、これは重要な問題である。

従来の法性決定論争では、証明分配の点のみが取り出して論ぜられ、医療契約とは何かという内実を問う議論が等閑視されてきた。この論法を批判し、準委任契約説に懐疑的な学説も相当数ある。

本報告は、「現代の日本において、通常的能力を備えた私人が、緊急事態ではなくして、医療を受けに行く」場面を一般形として設定し、少なくともその場面においては、医師患者間に特別な法的関係、なかならず契約関係が成立すると仮定したうえで、その内実を解明して——多彩な非典型的なる関係を留保しつつ——独自の典型契約類型として定立しようとするものである。

契約である以上、その内容究明のプロセスには、契約法の基礎理論の応用的継承が含まれるべきである。民法学説は、主に法的思考枠組の提供という点から、契約の典型化に積極的意義を見出ししており、関連諸学説の蓄積もある。本報告は、伝統法学の応用的継承をもって、後続研究にたしかな礎を与えらるとともに、典型化の有効な方法論を提示する点において、他の契約各論研究——典型化途上の新種の契約の典型化に活用可能な成果を、再び民法学に還元しようとするものである。現時点で、左記のような結論を予定する。

典型医療契約類型は、委任を下層に据え、本質的要素（治療義務）を中央頂点に、本性的要素（情報関連諸義務）がそれを取り巻くピラミッド型であり、周辺から多くの契約外在規範（公法諸規範）が取り込まれて協働するといふものである。偶有的要素をどこまで付加しうるかは、特に責任レベルで厳しい内容規制を受ける。

右モデル、そして現在不文であることと密接不可分の、この契約類型の個性として、社会規範への強度の依存（関係的契約論へ接近）、家族関連利益という保護法益の人間関係の拡張（契約責任拡張の新展開）、そして、公共性ゆえに社会全体への潜在的配慮が求められること（制度的契約論に進み得る）を指摘できる。契約法の革新の動因を含意する個性である。

### 参考文献

拙稿「医療契約論——その典型的なるもの——」（1・3・完）西南学院大学法学論集四二巻三・四号、四四巻二号、三・四号（二〇一〇—二〇一二年）

## (2) 第二部会

### (ア) 宗教活動による不法行為と宗教法人の責任

東京基督教大学特任教授 櫻井 圀郎

宗教法人とは、宗教の教義を広め、儀式行事を行い、および信者を教化育成すること（宗教活動）を主たる目的とし、礼拝の施設を有する神社、寺院、教会等の団体等（宗教団体）（宗教法人法二条）が礼拝の施設等を所有・維持運用すること等に資するため、宗教団体に法人格を付与したものをいい（一条一項、四条）、代表役員が宗教法人を代表し、宗教法人の事務を総理するものとされており（二八条三項）、代表役員がその職務を行うについて第三者に加えた損害は、宗教法人が賠償する責任を有するものとされている（一一一条一項）が、代表役員がその職務に関する権限には、宗教上の機能に関するいかなる支配権その他の権限も含まれてはいない（一八条六項）。

宗教法人の代表者である代表役員の選任・任命等は、宗教法人の規則（法人規則）に定めるところによるものとされている（二二条一項五号）が、法人規則では、宗教団体の憲法（団体憲法）で定めるところによるものと規定されているのが通例であり、団体憲法においては、宗教活動を主宰する神主、住職、牧師、司祭、教祖、総裁、管長、貫主、会長等（宗教主宰者）を代表役員とする場合のほか、宗教主宰者の指揮監督下にある者を代表役員とする旨の規定が置かれている。実際の選任の形態や形式は各宗教団体において千差万別であり、一概に論じることができないが、世俗の事務を扱う宗教法人の代表者である代表役員が宗教活動を主宰する宗教主宰者の上位に位置することは共通している（宗教法人の特殊性）。

宗教法人は宗教団体の財産管理等の世俗的事項に関わるもの（通説、行政通達）であり、代表役員の職務も世俗的事項に限られている（同）ところ、宗教団体が行った宗教活動により、または、信者が宗教団体の宗教活動の一環として行った行為により、第三者の権利や法的利益を侵害し、損害を与えた場合（宗教活動による不法行為）、当該行為は宗教主宰者の指揮監督下にあつて、代表役員の職務権限の及ぶ限りではないから、宗教主宰者が責任を負うのは当然としても、宗教法人が責任を負うことはないことになる。これは被害者の救済という点では大きな問題となる。

そこで、本報告においては、宗教法人の特殊性を認識しかつ宗教法人法の趣旨を尊重した上で、近時の、宗教活動による不法行為による損害賠償請求訴訟判決を検討し、その問題点を指摘しつつ、現実問題としての被害者の救済策についても一考したい。

#### 参考文献

櫻井圀郎「宗教法人法における宗教団体と宗教法人」『宗教法』二四号（宗教学学会・二〇〇五年）、櫻井圀郎「宗教活動による不法行為と宗教法人の責任」『法政論集』二二七号（名古屋大学・二〇〇八年）

## (イ) 『利用型』侵害利得の構造

香川大学准教授 村田大樹

不当利得法における類型論によれば、一般に、不当利得とは実定法秩序が定める財貨移転・財貨帰属・負担帰属の各秩序に反する利得であるとされる。それらの秩序に対応して類型化された不当利得返還請求権は、各秩序を補完する性質をもち、同時に補完先の法制度から影響を受けて別個の要件・効果を与えられる。このような制度理解によれば、法秩序が特定人に排他的に利益を割り当てている場合、その割当内容に反して他人が権原なく利益を得ていれば、その利得は財貨帰属秩序に反するものとして不当利得と評価されることになる。これは一般に侵害利得と呼ばれ、その典型的な場面とされるのは、ある者の所有物が無権限者によって処分または消費された場合である。このとき、侵害利得返還請求権は、失われた所有権を補完する機能をもち、物権的返還請求権との連続性が考慮される。

しかし、侵害利得返還請求権のこのような性質を一般化することには問題がある。利得を生じさせた侵害行為が処分や消費ではなく使用や収益である場合には、補完すべき権利本体が失われるわけではないため、異なる考慮が必要になると考えられるからである。一般には、このような「利用型」の侵害利得の効果としては、当該利用行為の客観的対価（市場価値）に相当する額が支払われるべきであると考えられている。しかし、なぜそのような結論が導かれるのかについては十分な議論が行われていないと言え難い。

本報告は、利用型侵害利得の構造について、不当利得類型論の発祥の地であり一定の議論の蓄積があるドイツ法を参考にして検討するものである。ドイツにおける議論は、主に次の二つの点に向けられてきた。第一に、どのような権利ないし地位であれば割当内容をもつと言えるのかについてである。所有権や特許権・著作権のように割当内容の存在に疑いがない権利がある一方で、人格権や競争法上保護された地位などに関してはその限界が争われ、判断基準が模索されてきた。第二に、割当内容をもつとされる権利や地位への侵害があった場合に、侵害者の返還すべき内容がどのようにして定まるのかについてである。ドイツにおいても、通説は日本と同様に利用の客観的対価を返還すべきとするが、これには異説もある。以上の議論に見られるドイツの諸見解の分析を通して、利用型侵害利得の実質的意義を考察したい。

### 参考文献

村田大樹「侵害利得論における『割当内容をもつ権利』の判断構造」同志社法学六〇巻七号六一頁（二〇〇九年）、同「侵害利得における返還内容の多様性」同志社法学五六巻五号三五五頁（二〇〇五年）。

## (ウ) 民法七一条における法益保護の構造

専修大学専任講師 大澤 逸 平

本報告は、民法七一条が、不法行為法の原則規定である七〇九条とは別個に規定されていることに着目し、その構造を明らかにすることによって、七一条の理論的意義や法的構造を再評価し、その構造が内包する発展可能性を明らかにしようとするものである。

このような課題設定は、従前、七一条の沿革的背景や理論的基礎が十分に明らかにされたとはいえないことによる。同条については、従来、生命侵害による慰謝料請求権が死者自身に発生し得ないことの「代償」として認められた、とされ、また、同条所定の賠償請求権者の範囲は「政策的に決せられた」とされる。しかし、この二つの説明がどのような理論的関係に立つのかは明らかではない。また、同条はいわゆる扶養構成の根拠として援用されることも多いが、起草委員会の原案においては同条が用意されていなかったことをふまえると、そもそも同条がなぜ必要とされたのか、その理論的根拠を明らかにする必要がある。

もともと、起草過程における七一条をめぐる議論には不透明な点も多い。そこで、本報告は沿革的・比較法的考察の対象としてフランス法をも参照しつつ、同条の構造を明らかにすることを試みる。フランス法は、ボワソナード、あるいは梅謙次郎・富井政章を介して日本法へ大きな影響を及ぼしているものと見られ、沿革的検討に際して欠くことが出来ない。また、フランス法は、死者の近親者に生じる精神的損害の賠償を認める点で「帰結」レベルにおいて日本法と類似する一方、不法行為の原則規定であるフランス民法典一三八二条によってかかる請求権を規律し、かつ、同条は権利侵害要件を設けていない、という点で「条文構造」レベルでの相違がある。このような特徴を持つフランス法と対比することによって日本法の構造や特徴を浮き彫りにすることが可能となろう。

このような作業を通じて明らかにされた七一条の内包する構造は、被侵害利益の帰属主体と賠償請求権の行使主体が分離することを認めたものとして、近時問題となっている、いわゆる「集合的利益」等の不法行為法上の取り扱いについて検討する際の手掛かりともなり得よう。

### 参考文献

拙稿「民法七一条における法益保護の構造——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」(一)～(二・完)「法学協会雑誌」二二八巻一号一五六頁、二二号四一五三頁(二〇一一年)



## (エ) 抵当権の本質論について

千葉大学准教授 鳥山泰志

抵当権に基づく賃料債権への物上代位は許されるのか。抵当権者は抵当不動産の占有者を排除することができるのか。近年、これら二つの問題を巡って抵当権の本質が論じられてきた。抵当権の本質は、通常、**A** 価値権性や**B** 非占有性に求められる。もともと、**A****B**は、右の二つの問題を解決するために唱えられたものではない。むしろ、問題解決にとつて、乗り越え難いドグマとして存在し続けている。

かつては、**C** 売却権（換価権）、**D** 付従性、**E**（債務なき）責任に抵当権の本質が求められることがあった。また、今でこそ注目されるのは、抵当権に関する本質だけであるが、時代を遡ると、本質は、質権等を含む担保物権全般が念頭に置かれて論じられることもあった。我妻栄博士による**A**の提唱は、**C****D****E**を前提にするものであり、また、博士の主張の射程は、抵当権に限られるものではなかった。検討は、**C****D****E**を通じて解決が目指された問題や抵当権以外の権利にも留意してなされる必要がある。このため、冒頭に掲げた二つ以外の問題も、解決すべき問題として浮かび上がってくる。

我妻説は、ドイツのいわゆる近代抵当権を前提とする特殊ドイツ的なコーラーの見解に由来する。これが共通認識である。しかし、実際には、価値権説と同じ内容の理解は、既に普通法学説で提唱されていた。また、前記**C****D****E**も、ドイツの学説に由来する。そこで、本報告は、ドイツ法学説の展開を比較対象とする。

ドイツでの議論は、一貫して、**①** 抵当権等が物権と債権のいずれか、**②** 付従性は抵当権等の本質をなすか、との問いを巡るものであった。

抵当権等について価値を論じるドイツの見解は、基本的に、**①**に関する折衷説であり、抵当権等が金銭債権と類似する権利内容を有することを肯定しながら、それらが物権であるとの通説を維持するために唱えられた。日本には債権説がなかったにもかかわらず、価値権説が導入された。**⑦** 価値権説という日独共通の理論が違う目的の下では異なる作用を果たす可能性はないのか。

また、**②**の問いは、現行ドイツ民法典の下では、土地債務という付従性なき権利が存在するため、否定に解されている。付従性が抵当権の本質をなさないとの日本の理解は、その影響による。**④** 日本の抵当権の考察にあたって、土地債務という存在しない制度を視野に入れた議論形式は許されるのか。

本報告は、**⑦****④**を視角の中心に据え、**A**～**E**に纏わる諸問題に検討を加えていく。

### 参考文献

拙稿「抵当本質論の再考序説（一）」（六・完）千葉大学法学論集二三巻四号一頁、二四巻一号三三頁、二五巻二一〇頁、二五巻三三七頁、四号四五頁（二〇〇九～二〇一一年）、同「担保権存在条件としての『債権』（一）」（三・完）一橋法学三巻一号一九一頁、二号二〇七頁、三号一九一頁（二〇〇四年）。

(3) 第三部会

(ア) 適合性原則に関する基礎的考察

徳島大学准教授 王 冷然

米国で考案され、日本に導入された「適合性原則」は、主に投資取引領域に適用される勧誘規制ルールであるが、一人一人の投資者である「個人」に焦点に合わせてその保護を図ろうとする点で、投資取引の領域だけではなく、消費者取引の領域においても極めて重要な意義を有する。

日本では、適合性原則に関する業法上の規定が存在しているものの、現段階まで同原則は直接の私法的効果を伴う民事ルールとしては確立せず、業法ルールたる性質が変わりがない。ところが、適合性原則に関する行政執行活動が皆無に近い状態であることもあり、適合性原則違反の判断は司法に委ねることを余儀なくされている。にもかかわらず、裁判所（最高裁判所を含め）は、適合性原則違反の民事責任を認定する際、適合性原則違反の判断とそれによる民事責任の成立の判断とを明確に区別していないため、その判断構造は未だに不明瞭である。

さらに、同原則の意味に対する学説上の理解が極めて多様であり、説明義務との関係に関する認識にも影響を与え、適合性原則の運用に、一層の混乱をもたらしている。適合性原則に対する理解の違いは、単なる学理上の認識の差異にとどまらず、同原則が、投資者保護の局面においていかなる役割を果たすべきかという問題に対する根本的考え方の違いにも繋がっているように思われる。

適合性原則の運用上の問題を解決するためには、まずもって適合性原則の本来の意味を明らかにし、私法秩序における同原則の役割を解明することが必要である。

本報告は、日本での問題状況を踏まえつつ、「適合性原則」のオリジナルな姿を明らかにし、同原則を生み出した米国での運用状況を検討することを通して、その意味を明らかにし、私法秩序における同原則の役割とその限界を考える視座を得ようとするものである。

参考文献

王 冷然『適合性原則と私法秩序』（有斐閣・二〇一〇年）

## (イ) 投資市場における責任配分法理

姫路獨協大学講師 永田泰士

我が国投資市場は、二〇世紀末に、「フリー・フェア・グローバル」を掲げて断行された「日本版金融ビッグバン」によって、かつての事前規制型投資市場から、競争型投資市場へと大きく変容を遂げた。

本報告は、投資市場における説明義務を法定する「金融商品の販売等に関する法律」における説明義務の範囲についての検討を通じて、構造変革を遂げた投資市場における説明義務論の今日的役割を模索することを目的とする。

従来の投資市場における説明義務論は、その生成期から今日に至るまで、投資者と投資仲介者との間に存在する格差を是正しない限り、劣後者たる投資者の自己決定権は実質的なものとはならないという民法学において共有された問題意識のもと、この格差を是正するための法理として説明義務をとらえ、同義務の高度化を志向してきた。

しかしながら、法定の説明義務の過度な高度化傾向は、例えば、投資者から自ら情報や知識を獲得するインセンティブを削いだり、投資仲介者に過剰支出を課したりするなど、市場の効率性を阻害する諸問題を惹起する。本報告では、説明義務の高度化傾向が内包する諸問題のうち、「履行費用と転嫁問題」に焦点をあてる。

説明義務の履行には、費用が伴い、この費用は、義務水準に比例して高まる。この費用は、一次的に投資仲介者側に帰属するが、終局的には委託手数料を通じて投資者側に転嫁される可能性を有している。このことは同時に、法定の説明義務を過度に高めれば高めるほど、規制緩和がもたらしたサービスの多様性を縮小させ、投資者の選択肢を後見的に狭める可能性があることを意味している。

従って、真に投資者の自己決定権擁護を志向するならば、説明義務論の今日的役割は、後見的に説明義務の水準高度化を模索することにあるのではなく、サービスの多様性の維持、増進を図ることによって投資者の自己決定権の機能領域を尊重するとともに、各人の選好に合ったサービスとのマッチングを支援し、ミスマッチの予防を図ることにあるとすべきである。換言するならば、後見的説明義務論から、市場志向型説明義務論へと、その発想の転換が求められている。本報告を通じてその一例を明らかにしたい。

### 参考文献

拙稿「投資市場における責任配分法理（1・未完）——投資者自己責任と投資勧誘者配慮義務との相克——」姫路法学五二号二二六頁（二〇一二年）。

(ウ) サービス付き高齢者向け住宅における居住の保障と法的課題

——高齢者専用賃貸住宅等における契約書等に関する実態調査結果をてがかりとして

日本大学准教授 矢田 尚子

サービス付き高齢者向け住宅（以下、サ付き住宅という）は、最期まで住み慣れた地域で高齢者が安心して暮らせるよう、昨年四月の「高齢者住まい法」の改正により創設された制度に基づく。この制度では、介護・医療とも連携しながら、生活支援等のサービスの提供がなされるバリアフリー構造の民間型住まいをその登録対象とする。サ付き住宅も、基本は一般賃貸住宅と変わらない。したがって、借地借家法が適用され、居住空間の継続性という観点では、入居者は居住が保障される。しかし、サ付き住宅の入居者と事業者との間には、情報格差も交渉力格差も存在する。そのような入居者が、自らの必要とするサービスを的確に把握し選択することができるのかどうか。サ付き住宅では、居住空間にサービスが付帯することで、はじめて入居者は生活の安心を得ることが可能となる。そのためには、サービス内容及びその質につき正確でわかりやすい情報提供と、質の高いサービスを継続的に確保しうるような契約締結が求められる。

本報告では、まず、サ付き住宅の前身である高齢者専用賃貸住宅の契約書（建物賃貸借契約書、サービス契約書、サブリース契約書等）における実態調査及び事業者、入居者らへのインタビュー調査の結果から、サ付き住宅における契約締結場面での実態と契約書の実態を明らかにする。次に、本報告では、かかる実態調査とその分析結果を踏まえ、サ付き住宅の入居契約について、その契約構造及び法的課題を明らかにすることにしたい。サ付き住宅の入居契約は、契約上では、居住の提供とサービス（役務）の提供が別個であっても、実質的には、両者が密接に結びつき一体化しているため、その法的性質や契約の個数も問われなければならない。また、このことは、当然のことながら、サ付き住宅の入居契約の効力にも大きな影響を与えるように思われる。そして、最後に、居住の保障という観点から、改正高齢者住まい法が目指すところの契約にかかる情報環境整備を行うだけで、入居者の居住の保障が十分に図れると見えるのかどうかという疑問も残されている。これからの高齢者向け住宅の標準型となることが期待されるサ付き住宅について、新たに導入された登録制度のもとで必要とされる一定の質と水準、及び、それを担保するための方策と今後の課題を示すことにしたい。

参考文献

拙稿「サービス付き高齢者向け住宅における契約上の課題」週刊社会保障二六七号五十頁（二〇一二年）、同「高齢者向け住宅をめぐる現状と居住の保障」実践成年後見三七号四頁（二〇一一年）、同「高齢者円滑入居賃貸住宅における契約書のあり方」『高齢者円滑入居賃貸住宅に係る情報提供方策検討調査報告書』二六七頁（国土交通省住宅局・二〇一〇年）、同「高専賃契約の現状と課題——生活支援サービス契約書分析を中心として」『平成二二年度老人保健健康増進等事業改正高齢者住まい法施行後の高齢者専用賃貸住宅におけるサービスの付帯のさせ方と事業実態の把握、及び情報提供のあり方に関する調査研究報告書』八二頁（財）高齢者住宅財団・二〇一一年）

(エ) パートナリーシップ型事業体の法理論——アメリカの議論を参考にして

信州大学准教授 井上能孝

本発表における米国のパートナリーシップ型事業体とは、①パートナリーシップの原型である General Partnership (GPs) とその派生形である Limited Liability Partnership (LLPs)、②GPs にリミテッド・パートナー (LPs) が加わる Limited Liability Partnership (LLPs) とその派生形の Limited Liability Partnership (LLPs)、および③ Corporation とパートナーシップの混合形態として登場し、現在、中小企業の主流となっている Limited Liability Company (LLC) の三類型五種類の事業体をさす。

これらをめぐる議論は、大枠、①集合体理論から独立体理論への移行 (Farway 判決を契機に、集合体理論に基づく一九一四年 G P 法から独立体理論に基づく一九九三年 G P s 法への改訂、および同様の一九一六年 L P s 法・一九七六／八五年 L P s 法から二〇〇一年 L P s 法への改訂により、パートナーシップが独立体である旨を明記)、②有限責任化の推進 (業務執行を行った L P の責任限定と、L L P s ・ L L L P s における有限責任ジェネラル・パートナーの誕生)、③税法規定からの解放 (永続性や経営集中等を重視してパススルー課税であるかを判断したキントナー規制が一九九七年に廃止され、事業体自らが税務上の扱いを選択できる C T B 規制へと変わったことにより、二〇〇六年改訂 L L C 法では税務上の扱いを意識した規定を削除) に大別される。

わが国のパートナリーシップ型事業体である持分会社や各種組合契約は、近時、改訂や新設が相次いだ。米国の場合と最も異なる点は、有限責任型の債権者保護の手法として、米国では貸借対照表テストと支払能力テストによるが、わが国では株式会社類似の資本維持の手法によることである。また、米国では業務執行権のある出資者への報酬の支払いにつき資本取引と認識するが、わが国では原則雇用契約上の対価の支払と認識することは、債権者保護の実効性に大きく影響する。その一因として、米国ではパートナリーシップ型事業体に独自の持分法的会計が慣習的に行われているのに対し、わが国ではこうした会計手法が認知されておらず、株式会社と同じ会計手法によることが考えられ、労務出資の可否に関する議論にも影響を与えた。

参考文献

拙稿「NCCUSL (統一州法委員全米会議) におけるパートナーシップ型事業体の変遷と主な論点の分析——集合体理論から事業体理論への移行——」中村学園大学流通科学研究第一〇巻一号一頁 (二〇一〇年)、拙稿「米国改訂統一リミテッド・ライアビリティ・カンパニー法の概要と分析」中村学園大学・中村学園短期大学部研究紀要第四三三号一六三頁 (二〇一〇年)、拙稿「アメリカのパートナーシップ型事業体における利益分配と退出の仕組みと法理」中村学園大学流通科学研究第一二巻一号一頁 (二〇一二年)

#### (4) 第四部会

##### (ア) 株式買取請求権の構造と買取価格算定の考慮要素

神戸大学准教授 飯田 秀 総

平成一七年改正の合併対価柔軟化に伴って株式買取請求権においてシナジীর分配が可能になった。その理論的な根拠としては、支配・従属会社間での合併では、支配株主の影響力によって合併比率が不公正になるおそれがあるところ、現金合併の場合にはこの利害対立が顕在化するという点が強調されていた。そして、現在の株式買取請求権の解釈においては、支配株主の影響によって合併比率が不公正になるおそれは対価が現金以外の場合も同様に存在するので、対価が現金であるか否かにかかわらず、独立当事者間の企業再編なのか、支配・従属会社間の企業再編なのかで場合を分けて考えるのが支配的である。要するに、シナジীর分配も認められるようになった株式買取請求権を、利益相反的な要素のある企業再編において不当な利益を被った少数株主を救済する手段として位置づけようとする思考が、わが国の解釈論を支配しているように思われる。この背景には、わが国の会社法では、企業再編の法的規律が強くないので、株式買取請求権でシナジীর適切な分配まで行うことによって規律の補強をしようとする考え方が存在すると思われる。

しかし、株式買取請求権でシナジীর分配するというところで、規律の弱さを補強できるのだろうか。また、利益相反的な要素のある企業再編において、不当な不利益を被った少数株主を救済するという目的の実現手段として、株式買取請求権の買取価格においてシナジীর分配を認めるという立法を選択したことは適切だったのだろうか。株式買取請求権の構造は、利益相反的な要素のある企業再編における少数株主の救済という目的と必ずしも整合する作りにはなっていないのではないかと疑問がある。すなわち、株式買取請求権は、支配・従属関係の有無にかかわらず、そしてまた、企業再編によってその株式の価値が下落するか否かにかかわらず、反対株主が望めば会社にその株式を買い取らせて会社から退出することを認めるものである。この点について、利益相反の要素に着目した議論からは説明できない部分があるように思われる。

そこで、本報告では、デラウェア州法と比較して、日本法の現状の相対的な位置づけを明らかにするとともに、株式買取請求権の構造と買取価格算定の考慮要素について検討し、その特質を分析することとする。

##### 参考文献

「株式買取請求権の構造と買取価格算定の考慮要素(一)～(四)」法学協会雑誌二二九卷三号五〇五頁、四号七六二頁、五号九六五頁、六号一二二九頁(二〇一二年)

## (イ) 定款自治の拡大と限界——フランス簡易株式組織会社の社員権を中心として

佐賀大学准教授 小西 みも恵

二〇〇五年に制定された会社法においては、大幅な定款自治の拡大が認められた。しかし、定款自治の拡大がどこまで認められるのか、定款自治に限界があるのか、限界があるのであれば限界を決する根拠は何かについて、いまだ明確になっていない点も多い。そこで、本報告では、有限責任社員のみで構成される一方、定款自治の範囲が広いという点でわが国の合同会社および閉鎖型株式会社と共通するフランスの簡易株式組織会社 (*société par actions simplifiée* (以下SASという)) 制度における社員権を取り上げ、定款自治の拡大と限界について、フランスの法制度および判例・学説上の解釈に関する研究成果を発表するものである。

まず、SASにおける株式の譲渡に関する条項について検討した。株式譲渡に関する条項には、①株式の譲渡禁止条項、②株式の譲渡承認条項、③社員の除名条項、④株式の先買条項、⑤株式数の上限条項、⑥社員の退社条項があり、いかなる手続・要件等を定款に定めうるか、その具体的な内容について各条項ごとに検討を行った。そして②および③の条項に関しては、株式の買取価格の決定方法を定款に定める場合には公序(強行規定)である獅子条項に反してはならないとする学説が多数を占め、この点において定款自治に限界があることを明らかにした。

次に、SASの社員の議決権について検討した。SASには一株一議決権の原則が適用されないため、議決権の数を一人一票とするほか、複数議決権の付与、議決権数の上限設定等を定款に定めうる。ここで、定款による議決権の剥奪の可否が問題となるが、二〇〇七年一月二三日破毀院判決は、「社員は合議による決議に参加する権利を有する」と規定する民法典一八四四条は公序(強行規定)であることを根拠として、SASにおいても、定款をもってしても社員の議決権を奪うことはできないと判示した。

以上のことから、SASにおいては広範な定款自治が認められているものの、定款自治には限界があり、限界の根拠の一つが公序、すなわち強行規定であるとの結論に至った。

最後に以上の結論をふまえ、わが国の会社法における定款自治の範囲について検討した。わが国の合同会社および閉鎖型株式会社においては、従来の株式会社と比べて定款をもって社員ごとに異なる取扱いを行うことができる事項は多くなるものの、定款自治には限界があり、限界の根拠の一つを公序(強行規定)とすることが可能であると思われる。

### 参考文献

「フランス簡易株式組織会社(SAS)における株式譲渡に関する定款自治の拡大と限界(一)(二・完)」佐賀大学経済論集第四二巻四号一〜二六頁(二〇〇九年)、第四三巻一号四七〜七一頁(二〇一〇年)

(ウ) 少数派株主の縮出し取引における外部機関の意見について

——フェアネス・オピニオンの意義と問題点の検討を中心に

金沢大学准教授 永江 亘

平成一七年会社法制定により、我が国ではいわゆる組織再編対価の柔軟化及び略式組織再編制度が導入された。これにより、既存少数派株主へ現金を交付して強制的に縮出す取引が可能となり、株式交付を原則としていた平成一七年改正前商法下に比べ、組織再編取引における交付対価の公正性の保障を巡る問題はより先鋭化したといえる。

ところで、わが国では近年、第三者機関が当該取引の交付対価の公正性について意見表明を行う、フェアネス・オピニオンないしは企業価値・株式価値算定書を取得する事例が現れている。これは米国の企業買収における実務傾向を踏襲していると考えられるが、わが国における議論は未だ萌芽段階にあると言える。そこで、本報告ではわが国の法理の下でのフェアネス・オピニオンないしは企業価値・株式価値算定書の位置付けを試みる。

米国では、Van Gorkom 事件判決によって、企業買収を巡り買収対象会社取締役にも多額の損害賠償責任が課されたことを契機に、フェアネス・オピニオンの取得が普及したとされる。これを受けて、米国の学界・実務界ではフェアネス・オピニオンの意義・問題点を巡り議論が活発化し、初期段階においては肯定派と否定派の理論対立が生じていた。本報告では、まず米国におけるこれらの初期段階の議論を整理し、両者の理論的対立軸を明らかにする。そして、その後の議論の展開、および判例法を分析し、フェアネス・オピニオンの意義及び問題点を明らかにする。

その後本報告では、これら米国の議論の検討を手掛かりに、我が国の会社法の下での、フェアネス・オピニオンないしは企業価値・株式価値算定書の位置付けを試みる。とりわけ、米国では取締役の信認義務違反に係る責任を回避する効果からフェアネス・オピニオンの取得が普及したとされる点に鑑み、わが国の取締役の責任法理に係る議論及びこれに関連する諸制度の中で、フェアネス・オピニオンないしは企業価値・株式価値算定書をどのように位置付けられるかについて検討する。

参考文献

拙稿「Going-Private 取引における外部機関による公正性に関する意見書（フェアネス・オピニオン）の機能と問題点——米国法の検討を中心に——」神戸法学雑誌六〇巻三・四号二七三—四三四頁（二〇一一年）



## (エ) 株主平等の原則の機能と判断構造の検討

京都大学准教授 山下徹哉

株主平等の原則は、一般にその存在が承認されている法理であり、現行会社法も株主平等の原則に関する規定を置く(二〇九条一項)。しかし、具体的事案への適用となると、判断が微妙となる場合が少なくない。特に、議論の蓄積のない事柄に株主平等の原則が関係する場合(会社法制定前後に議論になった、敵対的買収に対する買収防衛策としてのライツ・プランがその典型である)に、どのように解決されるかは、不明確である。これは、従来、株主平等の原則という法理の趣旨、機能が抽象的なレベルで理解されていたことに起因するものと思われる。本報告では、株主平等の原則の具体的適用の指針を見出すべく、株主平等の原則の意義・内容や判断構造について検討する。

具体的には、第一に、株式の内容の定め方を株主平等の原則の対象とすべきかについて検討する。この問題は、株主平等の原則という法理の位置付けに関わるものであるが、会社法制定後の議論では、立案担当者はこれを否定する一方、学説では肯定的な傾向にある。第二に、不平等取扱いでも株主平等の原則に違反しない場合を肯定するか否か、そして第三に、それを肯定する場合に、株主平等の原則違反か否かを審査する裁判所の判断枠組みと考慮要素について検討する。この二点は、ブルドックス事件前後に論じられるようになり、株主平等の原則の具体的な適用上の重要問題であるが、同事件最高裁決定の判断の是非については、議論の余地が残る。

以上の検討にあたり、本報告では、ドイツの株式会社・有限会社法の平等取扱原則(Gleichbehandlungssatz)に関する議論を参照する。日本法の株主平等の原則は、ドイツ法の平等取扱原則に淵源を有し、その後の発展でもドイツ法の影響を受けているが、日独の両法理の内容面には相当の違いがある。その差異を明らかにしつつ、その差異が何に基づくかを検討・分析する。さらに、ドイツでは、株主総会・社員総会決議に関する限り、平等取扱原則は、多数決濫用への対処法理として機能し、株主総会・社員総会決議の内容の正当性を裁判所が審査することとなる。そのため、種々存在する多数決濫用への対処法理の中での平等取扱原則の位置づけや、株主総会・社員総会決議の内容の正当性を裁判所が審査することの是非をめぐり議論が展開されている。この議論を紹介し、それを通じて、日本法を分析する手がかりを得たい。

## 参考文献

拙稿「株主平等の原則の機能と判断構造の検討(一)(二・未完)」法学論叢一六九巻三号一頁、一七〇巻二号一頁(二〇一一年)



資料

Ⅱ  
ワークショップ資料  
(二〇一二年一〇月一四日)

## ワークショップ

### A 許害的な行為に対する私法上の法規制——一般法理としての「フロード (fraude)」法理の意義

司会者・報告者

慶應義塾大学教授

片山直也

報告者

慶應義塾大学助教

高秀成

本ワークショップでは、フランス法における「許害行為取消権 (action paulienne)」および中世ローマ法以来の法諺「許害はすべてを無にする (Fraus omnia corrumpit)」に基礎を置く「フロード (fraude)」法理をめぐる法発展を踏まえて、参加者とともに、許害的な行為に対する私法上の法規制のあり方について多角的かつ総合的な討論を行いたい。具体的には、(1)許害行為取消制度における「偏頗行為」や「濫用的組織再編行為」の位置づけ、一般債権に限らず広く特定の権利の保全を可能とする許害行為取消制度の制度設計について議論を行うが、その際に、(2)隣接法理としての「脱法行為論」や「権限濫用論」との比較を行うことにより、許害行為に対する法規制の独自性を解明するとともに、(3)不動産物権変動における背信的悪意者排除論や法人格否認の法理も視野に入れつつ、実定規定 (民法四二四条、(旧) 三九五条但書、五八一一条二項但書など) の背後にあり、それら実定規定を基礎づける一般法理としての「フロード (fraude)」法理 (許害行為の一般法理) を観念することの意義についても検討を行う予定である。時間に余裕があれば、より広く(4)実定規定 (制度) の背後にある法原理・一般法理を基礎とする法認識のあり方について方法論上の議論ができればと考えている。

#### 参考文献

片山直也『許害行為の基礎理論』(慶應義塾大学出版会・二〇一一年)

高秀成『フランス法における権限 (pouvoir) と財産管理制度』慶應法学二三号八五頁以下 (二〇一二年)

## B 巨大リスクに対する私法的アプローチ——同時多発テロが提起した問題

報告者 神戸大学准教授 榎 素 寛

東日本大震災で明らかになったように、巨大リスクが現実化し、人的・物的に甚大な損害が発生した場合、複数の新たな法律問題が提起される。このような巨大リスクには、環境汚染、原子力、戦争など、多くの種類があるが、従来の私法学においては、巨大リスクは例外的な事態と位置づけられていたためか、これらを正面から意識して解釈論・立法論等が展開されることはまれであった。

日本における東日本大震災同様に、米国における同時多発テロにおいては、主として保険と不法行為の両方の側面にわたり、それまで認識されていなかった、複数の新たな問題が提起された。その代表的な問題として、①潜在的な巨大不法行為責任の可能性、②テロ保険の性質、③巨大リスクに対する保険の成立と国家・市場の役割、④巨大リスクが現実化した場合の被害者救済、⑤不法行為責任・私保険・公保険・社会保障等が競合する場合の給付の調整、⑥抑止が問題とならない文脈での不法行為責任のあり方、等が挙げられる。

このような、同時多発テロが提起した問題を研究することで、テロという巨大不法行為について日本では十分に考えられていない問題に対する知見を得られると同時に、そのアプローチは、他の巨大リスクに対するアプローチにおいても、有益な分析の視点を提供すると思われる。

本ワークショップは、上記のような視点を提供した同時多発テロを手がかりに、特に保険と不法行為が交錯する問題に関する議論を行うことで、巨大リスクに対する研究を深めることを目的とするものである。

