

資料

I  
研究報告要旨  
(二〇〇七年一月七日)

(1) 第一 部 会

(ア) 受託者破産時における信託財産の処遇

東京大学 加 毛 明

信託という法制度の主要な特徴の一つとして、しばしば倒産隔離機能の存在が指摘される。信託財産の帰属主体たる受託者が破産した場合にも、信託財産が破産財団に含まれず、信託が破産の影響を受けないことが、理論的・実務的に重要な意義を有するとされるのである。しかしながら、いかにして倒産隔離が達成されるのかということは必ずしも明らかではない。信託法が、受託者破産後も信託関係が継続することを前提として、破産管財人を中心とする信託承継の規律を設けるのに対して（大正信託法四二条二項、新信託法六〇条四項）、学説上は、委託者・受益者が信託財産に対して取戻権を有するとする見解が有力であるが、信託法の規定との関係については十分な説明がなされてきたとは言い難いのである。

この問題の背後には、明治期以来のわが国信託法学に影響を与えてきた二つの「信託」概念——イングランド法の「信託 (Trust)」とドイツ法の「信託 (Treuhand)」——の交錯を看取することができる。信託法の規律がイングランド法の「受託者の欠缺によって信託は終了しない」という法諺に基づいて設けられたのに対して、大正期以降の学説はドイツ法の議論を参照して、信託財産に対する委託者・受益者の取戻権を基礎づけたからである。そしてここから二つの問題が惹起される。第一に、信託法の規定と信託財産に対する取戻権が整合的に理解されるのかである。わが国の学説が信託法の解釈論にドイツ法学の議論を取り込んだ背景には、ドイツにおいても「信託 (Treuhand)」を通じて「信託 (Trust)」を理解しようとする見解が有力であるという事情が存在する。そこでドイツ法に立ち戻って、そのような議論の当否を検討する必要がある。第二に、大正信託法起草者以来の、受託者破産後も信託関係が継続するという理解は、イングランド法の実相を捉えているのかが問題となる。この点に関するイングランド法の検討は、日本法の比較法的位置づけを明らかにするとともに、破産の局面における信託法理の適用を示唆する近時の最高裁判例（例えば最判平成一四年一月一七日民集五六卷一号二〇頁）の理解にも一定の示唆を与えるものと考えられる。

以上の問題意識を前提としつつ、本報告では、受託者破産時の規律に焦点を当てて、二つの信託概念の比較検討を行うこととした。

参考文献

拙稿「受託者破産時における信託財産の処遇——二つの『信託』概念の交錯」法学協会雑誌二二四卷二号（二〇〇七年）三九四頁。

(イ) 法定解除制度の歴史的基礎とその現代的意義

大阪市立大学 杉 本 好 央

民法五四〇条以下に定められた法定解除制度は、従来、その効果ないし法的構成の側面を中心に議論が展開されてきた。しかし近時は、要件面への

関心が高まり、それを契機に、解除制度全体を捉え直す見解が現れている。解除は契約違反者に制裁を加えるものではなく、契約違反の被害にあった当事者を契約から解放するための制度である、とする見解である。この見解によれば、従来、損害賠償と同様に必要とされた帰責事由は解除の要件としては不適当とされ、それに代わって重大な不履行(あるいは義務違反)という要件枠組みが相応しいとされる。

この見解の登場により、解除制度の理解は深化したが、新たな問題も生じている。例えば、民法五四一条が定める要件である債務不履行は重大なものでなければならぬか、あるいは同条が定めるいま一つの要件である履行の催告をどのように位置づけるのか、という問題である。これらの問題をめぐる様々な議論の背後には、解除制度のあり方を規定するものは何か、との問いが控えている。

本報告では、この問いに対する手がかりを得るために、一九世紀を中心とした、フランスおよびドイツにおける法定解除制度の生成・展開過程に立ち返る。一九世紀初頭にそれまでの伝統を受け継いで現れたフランス民法典では、原則として、解除は裁判上請求されねばならず、裁判所が契約を解除する。それに対して、一九世紀末に成立したドイツ民法典(旧規定)の解除制度は、履行遅滞と相手方への催告を要件とし、当事者による裁判外での解除権の行使を認める。その形成過程では、契約を解除することなく、しかし解除が認められたのと同様の帰結に至るために損害賠償の亜種として構成されるドイツ普通法上の解除制度と、一九世紀中葉の商取引の要請を色濃く反映し、契約からの迅速な離脱を認める一般ドイツ商法典上の解除制度とが対立・交錯する。また、裁判所による解除を原則とするフランス民法典には、裁判外での解除を例外的に認める規定も存在する。多様な姿を見せるこれらの解除制度に対して、歴史的な展開軸と相対性を意識しつつ、そのあり方を規定するものは何かとの観点から検討を加え、解除制度と契約の拘束力との関係、解除制度が主たる取引の対象とする取引の性格等の諸要素を析出する。そして、以上の検討で確認された法定解除制度の歴史的基礎をもとに、わが国における近時の議論状況に対して、若干の考察を試みる。

#### 参考文献

拙稿「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察(一)」(五・完)「東京都立大学法学会雑誌四二巻二号二二九頁、四二巻一号二六七頁、四二巻二号一六五頁、四三巻一号四六三頁、四三巻二号二五七頁(二〇〇一〜二〇〇三年)」、拙稿「仏民二六五七条小論(一)」「法学雑誌五四巻一号(二〇〇七年九月刊行予定)。

#### (ウ) 契約改訂規範の構造

名古屋大学 吉政 知 広

契約が締結されると、その内容は変更されることがなく効力をもち続けるというのが原則である。この原則は、私的自治の原則から導き出される帰結の一つとして位置づけることができる。すなわち、当事者が合意した契約の内容を第三者である裁判所が勝手に変更してしまうならば、当事者は、自らの意思に基づかない契約に拘束されることになってしまう。その意味で、この原則は、当事者が自らの意思に基づいて契約規範を形成し、国家がそれに対して法的な拘束力を与えるという契約制度の意義そのものから要請されるものだということができる。

この原則に関して、近時改めて注目されている問題として、契約締結後の事情変動を理由として、裁判所が契約の改訂を行なうことは認められるのかという問題がある。周知のとおり、この問題については、古くより「事情変更の原則」が一般法理として承認されてきた。しかし、近時は、「事情変更の原則」の背後にある古典的な契約観が、契約締結時における当事者意思のみに着目してきたことを批判し、契約関係をより柔軟かつ動的に把握しようとする契約理論が提示されるなど、議論状況は流動的になっていくことができる。

本報告は、私人に対して自らの意思に基づいて規範を設定する権限を与える点に契約制度の意義が存在するという基本的理解に立脚し、裁判所による契約の改訂が、どのような場合に、どのような根拠から認められるべきかという問題について検討を加えるものである。検討の手がかりとして、ドイツおよびアメリカにおける議論を素材として分析を進める。多様な議論を分析するにあたっては、次の二点を分析視角として設定することにした。すなわち、本報告では、第一に、契約締結後の事情変動という問題局面において、法律、および、それを適用する裁判所による契約の改訂がどのように正当化されるのかという点に着目して分析を進める。さらに、近時の問題提起を踏まえるならば、当初の契約規範との関係で契約の改訂がどのように正当化されるのかという課題と、契約の改訂が認められるべきだとして、新たな契約関係の形成へ向けて、法律がどのような形で介入するべきかという課題を意識的に区別して検討を進めることが要請されると考えられる。これら二つの視角から議論を整理・分析し、裁判所による契約の改訂を正当化する契約改訂規範の構造を明らかにすることを目指したい。

## 参考文献

吉政知広「契約改訂規範の構造(一)——契約改訂プロセスにおける法の介入と支援」名古屋大学法政論集二一六号二九頁(二〇〇七年)、同「契約締結後の事情変動と契約規範の意義(二)(二)——事情変更法理における自律と他律」民商法雑誌二二八巻一号四三頁、二号三頁(二〇〇三年)。

## (エ) 事情変更の顧慮とその妥当性

成城大学 中村 肇

わが国の「事情変更の原則」理論は、大正末期にドイツ法学の影響のもとで形成されたものであるが、*clausula rebus sic stantibus* 理論(契約には事情が変わらなければという条項が含まれているとする理論。以下 *clausula* 理論とする)に関して、導入期以降必ずしも注目されていなかった。しかしながら *clausula* 理論の展開過程では、事情変更が生じた場面で現れる種々の問題が論じられている。そこで、本報告では、わが国の「事情変更の原則」理論の淵源理論として *clausula* 理論を位置づけ、その展開過程から *clausula* 理論の「事情変更の原則」理論としての到達点およびその理論的問題点を確認し、現在の議論との関係において再評価を試みる。

本報告では、一八世紀における法典編纂に際して「事情変更の原則」の一般規定が採用されたことを *clausula* 理論の到達点と位置づけ、註解学派により一六世紀には確立したとされる一般法理としての *clausula* 理論以降、法典編纂に至るまでになされた議論を整理する。学説は、*clausula* 理論の濫用を回避しつつ事情変更を顧慮することを試み、あるいは *clausula* 理論の適用に批判的である。そして、かかる学説の影響のもとで事情変更

関する規定を採用した、バイエルン・マクシミリアン市民法典（一七五六年）、プロイセン一般ラント法（一七九四年）につき、事情変更に関する一般規定を中心に検討し、どのように事情変更問題を規律することが試みられたかを明らかにする。以上の *clausula* 理論の展開からは、すでに適用判断に関する実質的な議論が行われていたことを確認でき、*clausula* 理論が単純な黙示条件理論にとどまらないことが明らかになる。

翻って一九〇〇年のドイツ民法典は *clausula* 理論の一般規定を採用しなかったが、学説、判例における前提論、行為基礎論の展開を経て二〇〇一年の改正で三一二条に行為基礎の障害規定が定められた。これにより事情変更を顧慮する一般規定が定められたことになる。本規定がどのように事情変更問題を規律するかを確認した上、現在の議論との関係において *clausula* 理論の展開から得られた示唆を示すこととしたい。

## 参考文献

拙稿「ドイツ行為基礎論における期待不可能性概念の機能について」一橋研究二四巻二号一頁（一九九九年）、同「後発的事情変更の顧慮とその妥当性」（四・完）—*clausula rebus sic stantibus* 理論の展開を中心に—富大経済論集四六巻二号一五七頁、同四六巻三号九三頁、同四七巻二号二八七頁、同四八巻一号一五三頁（二〇〇〇年—二〇〇二年）、同「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能—ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に—」成城法学七二号三九頁（二〇〇四年）、同「事情変更の顧慮とその判断過程について（一・未定）」成城法学七五号五九頁（二〇〇七年）。

## (2) 第二部会

### (ア) 「人格権に基づく差止請求権」の批判的検討

神奈川大学 上北 正人

差止請求権は、損害賠償請求権と並んで、権利救済手段の一つとして重要性を有している。知的財産法においては差止請求権が明文をもって規定され、また、独占禁止法二四条、消費者契約法十二条においては新たに差止請求権が認められた。他方、民法上の権利又は利益の侵害に対しても差止請求権による保護が認められてきた。しかし、民法典においては差止請求権に関する規定が存在せず、その根拠・要件については、判例・学説による解釈に委ねられてきた。とくに、根拠論に関しては絶対権を差止請求権の根拠と考えるべきであるとの理解が判例・学説上生成されてきた。しかし、こうした理解は、独占禁止法、消費者契約法等に規定された差止請求権、あるいは、その他の「権利とまではいえない利益」の侵害に対する差止請求権の実質的な説明原理として十分な理論的受け皿足り得ているのであろうか。

この点、わが国においては、とくに「人格権に基づく差止請求権」という理解が支持されているが、この理解に対しては、生命・健康侵害と精神的利益侵害という異質の侵害類型を同一の権利の下に説明するものであり妥当ではないなどと批判されている。そこで、本報告では、ドイツ法、とりわけ、絶対権以外の権利・法益の保護のために判例上認められてきた「準ネガトリア的差止請求権」の根拠論を分析することにより、差止請求権を絶対権に基礎付ける理解がなお維持されるべきか否か、さらに、いかなる根拠論が構築されるべきかについて検討する。具体的には、準ネガトリア的差止

請求権を所有権侵害に対する差止請求権の規定である BGB 一〇〇四条に基礎付ける通説的理解に対する批判として、学説においては、義務違反を差止請求権の根拠と考え、「保護の価値」と「保護の必要性」を判断要素とすべきとする立場や、法の欠缺という側面から問題を捉え、「損害を填補するよりも予防するほうが優れている」との一般命題を差止請求権の根拠とする立場などが主張されており、差止請求権の絶対権からの解放を志向する議論として、先の問題に有益な示唆を提供しうる。ただし、絶対権という枠組みを放棄する場合、要件論を通じて一定の基準を明らかにすることが求められ、この点についても検討を加える。

以上の検討を通して、絶対権を基礎とする「人格権に基づく差止請求権」という理解に対して再考を迫ると共に、新たな差止請求権の枠組みの構築を試みるものである。

## 参考文献

拙稿「いわゆる「人格権に基づく差止請求権」の再構成」神戸法学雑誌五十五巻二号一四一頁（二〇〇五年）。

## (イ) 遺留分制度の再検討

上智大学 西 希代子

本報告は、現代社会における遺留分制度の存在意義及び在り方を問い直す突破口を切り開くことを試みるものである。

近年、遺留分関係の最高裁判決が急増しており、ここでは、遺留分権の弱体化、その結果としての遺言者意思の尊重という傾向が見られる。このような判例や公証人実務などに対して、遺言中心の遺産承継を推奨し、平等な無遺言（法定）相続の砦である遺留分制度を無力化するものであるという批判が向けられている。この有力な見解は、家督相続廃止後の遺言が家族主義的な遺産承継の機能を担っているという認識の下、遺言の偏重はイエ制度の復活につながると警戒し、遺留分制度が共同相続人間の形式的平等を図り、無遺言均分相続を保障する装置として設けられたと言われている「母法」フランス法の制度趣旨にたちかえり、それに沿った解釈を行うことを提唱する。しかし、今日では、扶養と相続をめぐる問題の複雑化の大きな原因の一つであり、所有権の絶対性の制限に他ならないとも言える遺留分制度を、右見解が意図する強い制度として維持する積極的理由を見出すことは困難であると考ええる。

本報告では、現代社会における遺留分制度の限られた存在意義を遺族の生活保障に求め、遺言の有する、あるいは、遺言に期待しうる、実質的平等の実現という機能を活かせる相続制度の構築を主張する。具体的には、①有力な右見解を支えている前提としてのフランス法理解、②日本遺留分法の沿革理解を再検証し、①ナポレオン法典における遺留分の趣旨は、無遺言相続の趣旨とは異なり、生活保障にあり、平等という視点は一九世紀後半に探し出されたものであること、②日本遺留分法は、この一九世紀後半のフランス遺留分法学を輸入したものであるものでも、ナポレオン法典を母法とするものでもなく、従来、家族立法法には関与していないと考えられてきた、フランス一九世紀を代表する遺留分法学者ボワソナードの強い影響のもと、生活保障を第一の趣旨として、遺言の自由ないし自由分による実質的平等の実現に一定の価値を認めるものであったことを示す。次に、①②で明らかになっ

た日本遺留分法の沿革及び起草者意思をふまえると、将来的には、遺留分の扶養債権化や遺留分制度廃止論も視野に入ってくることを示唆するとともに、③遺留分算定の基礎財産及び減殺対象財産、遺留分の事前放棄制度などを例として取り上げて現行法の下での解釈論を提示する。

#### 参考文献

拙稿「遺留分制度の再検討（二）―（八）―」法学協会雑誌二二三巻九号一七〇三―一七五二頁、同巻二〇号一九四五―一九九三頁、同巻一二号二五四三―二五七九頁、一二四巻四号八一七―八九八頁、同巻六号二二五七―二五七二頁、同巻七号一五三―一五七二頁、同巻八号掲載予定、同巻九号掲載予定（二〇〇六―二〇〇七年）。

#### （ウ） 精神的人格権侵害とその救済方法

専修大学 須加 憲子

本報告は、プライバシー権ひいては精神的人格権について、権利の本質と付与されるべき救済方法の明確化、救済規準の再構築に一定の方向付けをすることを試みるものである。

近年、景観利益侵害やプライバシー権侵害等の救済方法（損害賠償・原状回復・差止）に対する関心が高まっている。これらの新しい権利（ないし利益）は、人格権の中でも精神的側面にかかわる部分を保護対象としているので、生命・身体等に関する人格権と区別して「精神的人格権」と呼ばれる。しかし、人格権が多義的概念であることに加え、これらの法益の要保護性が相手方の所有権や表現の自由といった対抗価値との衡量に左右されるため、人格的生存にかかわる重大な法益であると認識されにくいという難点を抱えている。これは、利益衡量手法と、所有権の持つ排他性を媒介として人格権に基づく差止構成を發展させた生活妨害・名誉毀損の判例法理が、いわゆる人格権の意義のうち差止の根拠となる点を重視し、相対的に人格権の本質の議論を重ねてこなかったためでもあり、精神的人格権侵害の救済方法の理論を構築するにあたっては、次の問題点を考察することが必要であると考えられる。第一に権利の本質の明確化（精神的人格権について所有権を起点とする法理が妥当なのか）、第二に付与されるべき救済方法の種類とその諸救済方法の民法体系上の振り分け（従来は、現行の民法体系を前提として、損害賠償と差止のどちらが原則的救済方法であるのか、また、差止は物権規範で損害賠償は不法行為規範の問題である、という議論がなされてきたが、いまだ名誉毀損・プライバシー権侵害における損害賠償・原状回復と差止とが現実を果たす（べき）機能の相互関係は十分考察されていないと思われる）、第三に救済を付与すべき判断規準の再構築、である。

そこで、本報告では、議論の焦点を絞るため、精神的人格権の中でも世界的に権利としての地位を獲得しつつあるプライバシー権を主たる題材として取り上げ、我が国の理論状況とイギリス・フランスのプライバシー権・私生活尊重権に関する判例および学説の議論状況を調査し、権利存否の判断と救済方法選択の判断枠組み作りを行なって、事案適切的な救済方法を新たに構築するための基盤作りをしたいと考えている。なお、この過程においては、諸救済方法の受け皿として、所有権概念を中核とする民法体系の問い直しも視野に含まれるのである。

## 参考文献

「プライバシー侵害と名誉毀損」田島泰彦・山野目章夫・右崎正博編著『表現の自由とプライバシー』（日本評論社、二〇〇六年）一二〇～一二三頁、「人格的利益と不法行為——権利・救済・制度的思考からの脱却」法時九七二号（二〇〇六年）四九～五三頁、「精神的人格権侵害とその救済方法に関する問題意識」専修法学論集一〇〇号掲載予定（二〇〇七年）。

## (エ) 情報の収集と錯誤の利用

### ——契約締結過程における法律行為法の存在意義

学習院大学 山下 純 司

契約締結過程において、契約の当事者が収集すべき情報の限界をどのように画すべきか。また相手方が広義の錯誤に陥った場合に、そこから反射的な利益を上げることとはどこまで許されるのか。本報告はこうした観点から、法律行為法の再整理を行うことを目的とする。具体的には錯誤・詐欺の解釈論を扱うことになるが、錯誤は表意者の「情報の欠如」として、詐欺は相手方の「情報の操作」として定義した上で、錯誤無効について「どのような情報が欠けた状況で意思を表示したときに、意思表示が無効となるのか」、詐欺取消について「どのような情報操作がなされた場合に、意思表示は取り消しうるのか」という観点から、考察を加えていく。

このように錯誤・詐欺の議論を「情報」の観点から考察するという研究は、契約締結過程における情報提供義務の議論の一部としてわが国でもすでにポピュラーなものであり、情報提供義務による錯誤・詐欺の拡張や、消費者契約法の一般理論構築という観点からも議論されてきたところである。そうした研究では、情報提供義務が現代において語られるようになった背景として、想定される契約当事者の変化がよくあげられる。すなわち従来の民法では、合理的な契約当事者同士の対等な関係が抽象的に問題とされていたのに対して、現代では事業者や消費者といった非対等な関係が、より具体的問題とされるようになったのであり、この非対等な関係を生み出す一つの要因が、情報の不均衡であり、情報提供義務はこうした非対等な関係を是正するための義務として出現したというわけである。

しかしそもそも、従来の民法が想定していた契約当事者とは、いったいどのような情報をどこまで収集して契約交渉に挑み、契約を締結する者としてイメージされるのであろうか。またそれは時代と共に変遷し、錯誤・詐欺の解釈論に、影響することはなかったものであろうか。こうした点は従来の研究では必ずしも明らかでなかったように思われる。そこで本報告では、フランスの錯誤・詐欺をめぐる議論を、民法制定当初から考察していくことで、各々の時代で想定されている契約当事者像とそれを前提に構築された契約交渉過程の規律を明らかにしていくことにする。

## 参考文献

「情報の収集と錯誤の利用（一・二）——契約締結過程における法律行為法の存在意義——」法学協会雑誌一一九巻五号七七九頁（二〇〇二年）、一二三巻一号一頁（二〇〇六年）。

(3) 第三部会

(ア) 現在および将来の債権の包括的譲渡

——その有効性をめぐる理論的諸問題の考察を中心に

大阪市立大学 藤井徳展

債権譲渡による資金調達（債権の証券化・流動化、または担保化による資金調達）を行おうとする場面では、第三債務者不特定の将来債権を含む、現在および将来の債権を包括的に譲渡することができてはじめて、その目的を達成することができる。しかし、日本では、最近になるまで、その有効性をめぐる問題を中心として、十分な議論があるとはいえなかった。そこで、諸法を比較法研究の対象として、これをめぐる理論的諸問題を把握すること、諸法における価値判断を分析しこれを検討すること、それをふまえて規律のあり方について日本に固有の議論を展開することが可能であると考えて、本研究を開始した。このうち、ドイツにおける状況を中心に、近時のヨーロッパの動向をまじえて、報告する。

ドイツをみれば、連邦通常裁判所は、現在および将来の債権の包括的譲渡（担保）の反良俗性を審査することで、譲受人（与信者、担保権者）と、譲渡人（受信者、担保設定者）や譲渡人の他の債権者の利益競合について、判例により価値判断を示してきた。そして、反良俗性が問題となる諸相および反良俗性の内実に応じた、予防的法技術（例えば、解放条項や物権の一部放棄条項の約款への挿入）や、契約解釈準則（担保契約内在的な一般的な解放請求権の存在）を、判例により承認した。これは、制定法の規律の存在しないこの領域において、適切な規律を模索する過程にほかならないものと、評価できる。

また、近時のヨーロッパの動向をみれば、新たな立法または新たな国際的取引原則の起草・制定にあたって、将来債権の譲渡の有効性（譲渡性）を承認すること、それを前提に、債権発生時点において目的債権として識別できるような指標を定めることを要件とすること、将来債権その他の一定の金銭債権について譲渡禁止特約に反する譲渡を有効とすることなどの、特徴がある。これは、債権譲渡による資金調達の円滑な利用を視野に入れた制度設計（の試み）と、評価できる。

もつとも、諸法それぞれに、債権譲渡法制のその他の部分での制度設計の違い、および、債権譲渡による資金調達の手段の違いがある。それゆえ、諸法における経験をたどって知見を得たとしても、これを日本の議論にそのまま取り込むことはできない。規律のあり方をめぐって日本に固有の議論を展開するにあたって、ここで得られた知見を素材とすること、そして今後検討すべき課題を提示することができるならば、幸いである。

参考文献

藤井徳展「将来債権の包括的譲渡の有効性——ドイツにおける状況を中心に——」（二）（二〇一〇年）「民商法雑誌」二七卷一号二二—五八頁、一二七卷二号一九〇—二二〇頁（二〇〇二年）、同「ヨーロッパ契約法原則（PECL）における債権譲渡法制——債権譲渡による資金調達という観点を中心に据えて——」（二）・未完「大阪市立大学法学雑誌」五三卷四号一—四七—一一八頁（二〇〇七年）。

(イ) ドイツ債権譲渡制度における譲渡契約の効力と対抗要件

熊本県立大学 古屋 壮一

日本民法四六七条（以下、「日民四六七条」と表記する）は、その立法時においては、以下のようなフランス民法一六九〇条の対抗要件主義を採用していたと理解することができる。すなわち、同条は、「譲渡債権は、譲渡人・譲受人間の債権譲渡契約締結のみによって、譲渡人から譲受人へと移転するが、債務者および債務者以外の第三者に対する関係では、譲渡人から譲受人へと移転せず、譲受人が通知または承諾を具備することによってはじめて移転する」という、譲渡契約の効力を相対効と捉える考え方に立脚していた。しかし、フランス民法施行後約一〇〇年を経て施行されたドイツ民法における債権譲渡制度は、右に述べたような対抗要件主義を採用せず、譲渡契約の効力について絶対効を認めている（ドイツ民法三九八条）。ドイツ民法起草者は、対抗要件主義を明確に意識していたにもかかわらず、なぜこれを採用しなかったのか。本報告は、この理由を同条の立法過程から明らかにし、日民四六七条に対する示唆を得ることができないか考察することを目的としている。

ドイツ民法の起草者は、どの草案段階においても、「譲渡債権は、譲渡人・譲受人間の譲渡契約締結のみによって、譲渡人・譲受人間のみならず、債務者および債務者以外の第三者に対する関係でも譲渡人から譲受人する」という債権の特定承継の原則（Das Prinzip der Sondernachfolge in die Forderung）を貫徹していた。その趣旨は、①譲渡契約の効力をめぐる論理的矛盾の不存在、②譲渡につき善意で旧債権者に無効な弁済をした債務者の保護は、その弁済を特別に有効とすれば足りること、③譲受人が通知を具備することは、譲渡人の信用危殆を惹起し、原因行為における信義則上の義務違反となること、④したがって、通知は一般的になされないから、債務者を譲渡債権帰属についての公示機関（インフォメーション・センター）とすることはできないこと、という四点に集約できる。もちろん、この四点の趣旨全てが日民四六七条に示唆を与えるとはいえず、また、示唆を与えらるるとしても、その示唆は、ストレートな形で与えられるものではない。しかし、この四点の趣旨のいくつかは、日民四六七条に対する示唆への道標となりそうである。本報告は、この道標に従い、日民四六七条に対する示唆を得たいと思う。また、ドイツ債権譲渡制度における対抗要件についても、日民四六七条に対する示唆との関係で触れることにしたい。

参考文献

拙著『ドイツ債権譲渡制度の研究』（嵯峨野書院、二〇〇七年）。

(ウ) ドイツ強制管理制度と担保不動産収益執行

—— 抵当権Ⅱ 価値権論の再検討と執行妨害排除効

大阪学院大学 新井 剛

平成一五年の担保物権および民事執行法に関する改正により、担保不動産収益執行制度が民事執行法の中に新たに創設された。このことは、法が抵

当権者に対し収益からの債権回収を正面から認めたものと評価できる。と同時に、抵当権者が設定者から目的物の利用権限を奪って、それを管理人に委ねることを法が認めたことをも意味する。とすると同制度の創設は、改めて抵当権Ⅱ価値権論の再検討を促すものといえるのではないだろうか。

抵当権Ⅱ価値権論は、抵当権に基づく妨害排除請求等を否定した最判平成三年三月二二日民集四五卷三三二六八頁との関連で特に問題とされた。しかし同最判は、最大判平成一年一月二四日民集五三卷八号一八九九頁のなお書きで、実質的に判例変更されていたところ、最判平成一七年三月一〇日民集五九卷二五三五六頁がその変更を正面から認め、抵当権者への明渡まで肯定した。これらの判例の動向は、一方で抵当権Ⅱ価値権論の勢力を弱める方向で機能するであろうが、他方で特に最後の点は抵当権の非占有担保性と抵触しないかが問題となりうる。

さらに、担保不動産収益執行制度それ自体も、平成一五年改正法の施行（平成一六年四月一日）から三年以上が経過し、その利用状況と実務上の諸問題が裁判所関係者等から複数報告されている。各報告者は同制度の活用のため、異口同音にこの分野における議論の活発化、進展を期待している。担保不動産収益執行制度やその実務は如何にあるべきかを、更に詳しく検討する必要があるだろう。

そこで、これらの課題に対する比較法的示唆を求めて、価値権論の母国であるドイツの抵当制度並びにドイツ強制管理制度を研究した成果を紹介するのが本報告である。ドイツ抵当制度に関しては、抵当権の本質に関する諸説と個別・具体的な問題に関する解釈論との関係、抵当権に基づく妨害排除請求と妨害排除手段の一つとしての強制管理等について検討する予定である。

次に、ドイツ強制管理制度については、その歴史、強制競売との関係、その意義、利用期間、廃止理由、賃料に対する物上代位との関係、申立件数、管理人の法的地位、管理人の報酬等について考察する予定である。そして以上のドイツ法の考察から、抵当権Ⅱ価値権論に対する現在の評価や、担保不動産収益執行制度のあり方、および抵当権の賃料に対する物上代位の改善策について、日本法への示唆として得られたものを指摘することにした。

## 参考文献

拙稿「ドイツ強制管理制度論——担保不動産収益執行制度のための比較法的考察（一）（二・完）」大阪学院大学法学研究三〇卷一―二号二四五頁、三一巻一―二頁（二〇〇五年）、同「ドイツ強制管理制度における管理人の報酬——担保不動産収益執行制度の実務運用のために」稲本洋之助先生古稀記念『都市と土地利用』所収四一―頁（二〇〇六年）、同「抵当権の物上代位・収益・執行」内田貴Ⅱ大村敦志編『民法の争点』所収（近刊、二〇〇七年）。

## (エ) 信託宣言

### ——米国信託法の現状からの示唆

米国においては、信託宣言により設定された預貯金信託において、その倒産隔離機能が制限されている。信託財産は、委託者の債権者の債権の引当となってしまうのである。それが日本法にどのような示唆を与えるのであろうか。

改正信託法二五条は、受託者が倒産手続開始の決定を受けた場合であっても、信託財産に属する財産は倒産財団に属さない旨を規定する。この規定

によれば、自己信託（信託宣言）においても、受託者が倒産した場合には、信託財産は倒産財団に属さないことになる。しかし、自己信託の場合、委託者と受託者は同一であるから、管財人は受託者の管財人としての地位と、委託者の管財人としての地位をとにもち、それぞれの地位に伴う権利を選択行使できると考えられる。すなわち、管財人が委託者の管財人として信託財産に影響力を行使しようとした場合には、それは二五条の問題ではないということである。

私はこのように、自己信託において、管財人の対応によっては、二五条が空文化する可能性があると考えている。では、管財人が委託者の管財人としての地位を選択した場合はどのように考えればよいのであろうか。従来の議論は2つに分かれる。すなわち、信託は委託者の倒産からの隔離機能をも持つのだとする説（第一説）、売買における *true sale* の議論が信託の場合にも適用され、担保目的の信託の場合、担保としての制限を受ける可能性があるとする説（第二説）である。自己信託の場合、こうした従来からの議論がそのまま当てはまるわけではない。すなわち、従来からの *true sale* の議論は、委託者と受託者の間に財産権の移転があることをその前提として、その移転が *true sale* にあたるのか否かを問題にしていた。しかし、自己信託の場合、財産の移転はないのだが、法制審における多数説であるとのことである。一方、AからAへの財産の移転があるのだと考える説も存在する。

どの説を採るかによって、信託財産にはどのような影響が及ぶのであろうか。あるいは及ばないのであろうか。そうした錯綜した関係を解き明かしていければと考えている。

#### 参考文献

「信託宣言について」清和法学研究一二巻二号（二〇〇五年）一五頁、「信託の倒産隔離機能」清和法学研究一三巻一号（二〇〇六年）一五頁、「信託の設定——自己信託と目的信託を中心に」新井誠編著『新信託法の基礎と運用』日本評論社（近刊）。

## (4) 第四部会

### (ア) ヨーロッパ会社の設立と組織再編

札幌学院大学 笹川 敏彦

EUにおいては、ヨーロッパ会社 (*société européenne, European Company, Societas Europaea: SE*) 法が二〇〇一年一月八日に成立し、二〇〇四年一月八日に施行された。同法は、EU加盟各国の会社法によってではなく、超国家法としてのEU法にもとづいて設立されるEUの超国家的会社法である。

ヨーロッパ会社は、超国家性という要請から、既存の会社のみが発起人となることができるという点で、一般にいう会社の設立とは大きく異なる。すなわち、ヨーロッパ会社は、①合併方式、②持株会社方式、③共同子会社方式、④組織変更方式の四つの方式によって設立される。したがって、

ヨーロッパ会社の設立とは、「設立」とはいうものの、結局、企業の「組織再編」の問題に帰着するのである。それゆえ、本報告においては、ヨーロッパ会社法とわが国法制の「組織再編」に関する比較検討を行うこととしたい。

ヨーロッパ会社法における設立（＝組織再編）には、次の三つの特色がある。すなわち、①合併方式においては、事前に適法性の検査を義務づけることで、事後の合併無効を排除していること、②持株会社方式においては、持株会社の設立に際して、当事会社の株主がその意思にもとづいて、自己の株式を持株会社に出資するか否かを決定できること、③多くの方式に共通して、組織再編の対価の公正を確保するために、鑑定人による割当比率の鑑定を義務づけていることである。本報告においては、これらの特色のうち、①と②の点について焦点をあててわが国法制と比較検討し、同法制への示唆を得ることを目的とする。

平成一七年六月に成立したわが国の会社法は、組織再編の領域についても、大幅な規制緩和を行った。とりわけいわゆる「対価の柔軟化」は、主として、アメリカ政府およびわが国の経済界からの要請に応えたものといわれるが、かかる規制緩和は果たして適切であったのかという問題意識をその検討の背景の一つとしている。

また、フランスにおいては、ヨーロッパ会社法を適用するための法律およびデクレが成立している。本報告では、これらについても若干の言及を行いたい。

#### 参考文献

拙稿「組織再編におけるヨーロッパ会社法制の特色（上）（下）——わが国法制と比較して——」国際商事法務三五巻三号四号（二〇〇七年）三三三頁—三三三頁、四五〇頁—四五六頁、同「会社法における組織再編対価の公正確保——札幌学院法学二三巻二号（二〇〇七年）一頁—四七頁、同「ヨーロッパ会社法における設立——合併方式による設立を中心に——」法と政治五五巻二号（二〇〇四年）四七頁—一三三頁、同「持株会社方式によるヨーロッパ会社の設立」法と政治五五巻三号（二〇〇四年）五五頁—一一五頁など。

#### (イ) 支配株主の交代に対する規律と「効率性」

神戸学院大学 小松 卓也

いわゆる支配株の取引に関する問題は、支配株主と少数株主との利害の抵触を伴いうると同時に、企業グループの組織再編として経済社会的にも重要な意義をもちうる。それゆえ、支配株取引それ自体を特別な問題として扱う意義が存在する。

少数株主が存在する上場会社において、支配株主が交代する局面に関する原則的な法制度としては、第一に、買取者は、買取対象会社の支配株主のみならず、その少数株主の持株に対して買付けを申し出なければならぬ、とするもの「非平等処遇規律」。第二に、買取者は、対象会社の支配株主のみならず、その少数株主の持株に対して買付けを申し出なければならぬ、とするもの「平等処遇規律」。第三に、買取者は、支配株主および少数株主から、同じ条件の下で按分比例の数量で買付けなければならない、とするもの「按分比例処遇規律」、に分類できる。

本報告では、経済社会における企業資源をより有効に利用する結果を導くという意味での、いわゆる効率性を高める機能という観点に、焦点を当てることにする。とりわけ、非平等処遇規律がそうした効率性の点で優位にあるとする命題の是非に着目する。制度それ自体を検討するにあたっては、その局面において基本的などのような行動がとられるであろうかを、勘案する必要がある。本報告では、その点についての議論を対象とする。

ひとつには、Jigen Reul によれば、買収者にとって合理的に予測される行動とは、買収後に被買収会社の資産ないし利益を略奪して、買収者自身の利益を上げることであって、そうした略奪行為はいわばコストの外部化であり、企業資源の誤分配であるという。また Reul は、非平等処遇規律の下で行なわれるいわゆる部分的買収が、「企業支配についての市場」であるのに対して、平等処遇規律は「企業そのものについての市場」をもたらす、という。

そして、按分比例処遇規律については、従前からの支配株主におけるインセンティブ、買収プレミアム、公開買付けその他の取引にかかるコスト、さらには株式市場の機能性、といった側面について、議論を展開する。

結論としては、法制度は多様な企業行動をカバーするべきものであるから、効率性の観点から法制度の優劣を決することは、容易でない。

#### 参考文献

小松卓也「支配株主の交代に対する規律と『効率性』」神戸学院法学第三十五巻第四号（二〇〇六）。

#### (ウ) 株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任

##### ——自己資本の水準から株主のインセンティブへ

学習院大学 後藤 一元

最低資本金制度を廃止した新会社法の下では、債権者保護のため会社が過少資本である場合には株主の有限責任を否定すべきであると主張される可能性がある。しかし、過少資本による責任の肯否・要件については、学説上、意見の一致は見られない。この一因は、従来の議論が、会社の資本水準の適切性が株主有限責任の条件であることを半ば所与として、過少資本がなぜ問題であるのかということ十分に検討してこなかったことにあると思われる。

そこで本報告では、従来の日米独の議論が過少資本という状況にどのような問題があると考えてきたのかを分析し、過少資本による責任という自己資本の水準に着目した構成がその問題に対する適切な解決となるのかを検討する。

わが国においては、まず株主の対会社債権について倒産直前の回収、高額利息による会社搾取、会社財産存在という外観の作出を問題とする見解があるが、これら是否認権、詐害行為取消権、資本維持規制、外観保護法理等による対処を検討すべき問題であろう。また、適切なクッションの維持を要求する議論や、株主が倒産法の枠組内で対会社債権を回収することを問題視する議論に対しても、いくつかの問題点を指摘する。以上に対し、会社の自己資本が少ないと企業倒産の危険性が高い事業や不法行為発生の危険性が高い事業が株主によって実施される可能性が高まるという問題意識は、資

産代替・不法行為コストの外部化に伴う株主のインセンティブのゆがみという経済学においても論じられている問題として捉えることができる。

またアメリカについては、不法行為発生の危険性が高い事業の実施に際して株主が貸借等の活用により事業用資産を隔離するという状況を責任回避目的での会社利用は適法であるという前提を維持しつつ捕捉するという当初の問題意識が見失われていく一方で、近時は過少資本による責任という構成によらずに不法行為コスト外部化への対処が論じられていることを明らかにする。他方、ドイツについては、当初の学説は不法行為責任からの資産の隔離、近時の学説は会社倒産直前の無益な事業継続・再建行為を問題としているが、これらの問題意識が理論構成の背後に隠れてしまっていることを指摘する。

以上から、無用な困難を招く過少資本による責任という構成は採用すべきではなく、株主のインセンティブという要素をより意識して株主の責任を検討すべきであることを明らかにしたい。

#### 参考文献

後藤元「株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任——自己資本の水準から株主のインセンティブへ——（一・未完）」法学協会雑誌一二四卷二五号二九三頁（二〇〇七年）。

#### (エ) 環境経営とコーポレート・ガバナンス

熊本大学 山口 幸代

利益追求と環境への配慮を両立させる企業経営（環境経営）は、環境問題が深刻に議論される現代社会においてまさに地球規模での課題となっており、わが国においてもこのことは例外ではない。本課題を会社法制におけるコーポレート・ガバナンス・システム——とりわけ会社と株主との関係——から考えることには、これまであまり注意が向けられてこなかった。会社法の規制対象とされる当該関係が企業を環境経営に志向させることに資すると仮定する場合、はたしてどのようなアプローチ法が考えられるか。一例として株主権の利用が活発である米国においてみられるアプローチを検証すると、概ね次の特徴が得られる。

米国におけるアプローチにみられる特徴の第一は、連邦証券諸法が擁する投資家に宛てた環境情報開示制度である。企業に一定の環境情報の開示を求めることで、投資家が市場の力によって企業をより積極的な環境経営に向かわせ、企業による環境に対する経営活動の自律という効果が期待される。第二の特徴として、企業に対する当該基準より高い環境情報開示基準の採用の要請をはじめとする、株主による積極的な働きかけ——提案権等の株主権の活用による——が挙げられる。双方の特徴は相互に補完的な関係にあり、また、当該アプローチを支えているのは、米国型コーポレート・ガバナンスの特性ともいべき株主の積極的な関与である。

今日わが国においては環境問題への企業の取り組みに対する社会的関心はきわめて高い。同時に、コーポレート・ガバナンスにおける株主の役割が強く意識されるにつれ、企業は、その運営において株主の意向を尊重することをより強く求められている。そのような状況下においては、企業の環境

への配慮が株主の意向でもあることが必要である。株主が、環境問題に対する取り組みの向上に努める企業姿勢を積極的にサポートすれば、会社はより合理的に環境パフォーマンスの向上をはかることが可能となる。本研究では、このような意識を出発点として米国にみられる右アプローチを検討した上で、わが国における会社法（および金融商品取引法（証券取引法））上の観点から、企業の環境経営をコーポレート・ガバナンス問題の一環として捉え、株主の役割のあり方を考察する。

#### 参考文献

山口幸代「環境経営とコーポレート・ガバナンス」民商法雑誌一三五巻四・五号六八二・七二三頁（二〇〇七年）。

#### (オ) 会社財産に生じた損害と株主の損害賠償請求権

専修大学 伊藤 雄 司

取締役が会社に対して損害を与えた場合、株主は、株式価値の減少として把握される損害を被る。このとき、株主は、取締役に対する損害賠償請求をなし得るであろうか。これまで、この問題は、取締役の対第三者責任の規定（会社法四二九条一項）の解釈として論じられてきた。通説は、①株主は代表訴訟によって損害を回復すれば足りること、②仮にこのような損害賠償請求を認めると株主が会社財産を割取することになり資本維持原則に反する結果となること、を根拠として、株主の損害賠償請求権行使に否定的である。しかし、これに対しては、いくつかの疑問を投げかけることができる。

第一に、代表訴訟制度の存在を指摘することで株主の請求を否定することは、株主の正当な利益を損なうことにならないだろうか。代表訴訟制度が株主による直接の損害賠償請求権の行使と同等の保護を株主に提供するものであるかは、疑問である。第二に、上記の場合についての株主の損害賠償請求権を、事案の性質を問わず一律に否定するのは、硬直的ではないだろうか。一口に取締役の行為によって会社の損害が生ずる場合といっても、その中には、単なる過失によるものから、特定の株主への加害を意図するものまで多様なものがあり得る。第三に、資本維持原則を指摘して、株主の損害賠償請求権を否定する論理は、どのような意味を持ち、どの範囲で妥当するものなのだろうか。仮に、論者の「資本維持原則」を株主が会社財産を割取してはならないとの原則として捉えらるるとして、会社財産の犠牲における株主への財産給付がすべて不当視されるわけではないであろう。また、逆に、「資本維持原則」の妥当しない人的会社においては、論者が指摘するような考慮は本当に不要なのであるだろうか。

本報告では、以上のような疑問について、ドイツ法を手がかりに検討することとしたい。ドイツにおいては、株式価値の減少による損害についても、一定の要件の下で、不法行為に基づく損害賠償請求を行うことが認められている。また、この場合には、原則として株主は賠償の給付を会社財産に対して行うよう求めなければならない。このような取扱いの沿革や法的根拠を探ることは、我が国における問題解決にとっても有益であろう。

## 参考文献

拙稿「会社財産に生じた損害と株主の損害賠償請求権（二）」（四・完——ドイツにおける反射損害の議論との対比において——）法学協会雑誌二二三卷九号一七五三頁（二〇〇六年）、一二三卷一一号二二〇九頁（二〇〇六年）、一二四卷一頁一頁（二〇〇七年）、一二四卷三三六四九頁（二〇〇七年）。



資料

Ⅱ ワークショップ資料（二〇〇七年一〇月七日）

## ワークショップA

### 代理母

司会者	東京大学	道垣内	弘人
報告者	明治大学	石井	美智子
報告者	神戸大学	窪田	充見

生殖補助医療をめぐる問題については、その立法的な対応の必要性がすでに強く認識されており、それに対応するものとして、厚生科学審議会生殖補助医療部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に関する報告書」(二〇〇三年四月)、法制審議会生殖補助医療関連親子法制部会「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する要綱中間試案」(二〇〇三年七月)が発表されている。

しかし、その後、立法作業が進まないまま、生殖補助医療の利用が広がり、訴訟事件も起きている。その一部については、すでに最高裁の判断も示され、その中でも、立法的な対応が求められている。

本ワークショップでは、生殖補助医療をめぐる問題の中でも、特に、代理母に焦点を当て、立法措置を含む今後の法的な対応について、親子法の問題を中心に検討する。

なお、ワークショップは、これまでの議論等をまとめた後掲石井論文をふまえ、石井と窪田が簡単に問題を提起したうえで、それについての自由な議論を行う。

### 参考文献

石井美智子「代理母」ジュリスト二三四二号(掲載予定)、特集「生殖補助医療の規制と親子関係」法律時報七九卷一一号(掲載予定)。

## ワークショップB

### 企業における動機付け交渉と法制度の役割

報告者

成蹊大学

宍戸善一

司会者

同志社大学

川口恭弘

コメントーター

東京大学

柳川範之

企業活動は、物的資本の拠出者（株主・債権者）が提供する資金を、人的資本の拠出者（経営者・従業員）が運用して、付加価値をあげ、それを、各資本の拠出者間で分配するものと捉えることが可能である。これら四当事者は、企業活動に不可欠な資源の提供者であり、かつ、企業活動の果実の分配に与る者であるが、各資源の拠出者がその拠出を躊躇すると、企業活動は成功し得ないので、四当事者は、各自の利益を最大化するために、他の資源の提供者との間で動機付け交渉を行う必要がある。

これら四当事者は、企業活動が成功することに共通の利益を有しているものの、類型的な利害対立関係にあり、各当事者は、その資源を拠出するに当たって、他の当事者の機会主義的な行動によって、自ら提供した資源が無駄にされるのではないか、あるいは、企業活動の果実が生じても搾取されるのではないか、という不安を抱くことになる。このような不安を放置すると、各自の資源を拠出するインセンティブが阻害されてしまうので、各当事者は、自らの不安を緩和するとともに、他の当事者の不安をも緩和し、さらに、積極的なインセンティブを付与し合う必要がある。

以上のように、企業を動機付けの仕組として捉えた場合、法制度は、企業活動に不可欠な資源の提供者間の動機付け交渉に影響を与える重要な要因の一つである。会社法や証券取引法のみならず、労働法、倒産法、租税法等の動機付け交渉に影響を与え得る法制度を、広く「企業法」として捉え、法分野横断的な検討を行うことが重要である。

ワークショップにおいては、川口恭弘同志社大学教授の司会のもと、報告者として宍戸が以上のような趣旨の提言を行い、その後、柳川範之東京大学助教教授によるコメントを経て、参加者一同による討議を行うこととする。

### 参考文献

宍戸善一『動機付けの仕組としての企業・インセンティブ・システムの法制度論』（有斐閣、二〇〇六年）、柳川範之『法と企業行動の経済分析』（日本経済新聞社、二〇〇六年）。



資料

Ⅲ 拡大ワークショップ資料（二〇〇七年一月七日）

## 拡大ワークショップ

### ウィーン売買条約（CISG）

担当者・司会者・報告者	慶應義塾大学	山手正史
報告者	法務省民事局	曾野裕夫
報告者	京都大学	潮見佳男
コメンテーター	学習院大学	岡孝
コメンテーター	神戸大学	齋藤彰

国際物品売買契約に関する国連条約（ウィーン売買条約、CISG）は、国境を越える売買契約につき、全世界の法を統一しようとする条約である。二〇〇七年七月一五日現在七〇カ国が加盟しており、全世界の貿易取引の三分の二がウィーン売買条約の適用を受けるものであると言われている。ウィーン売買条約はこのような国際売買契約法規範として極めて重要なものであるだけでなく、国家法や、国際的な契約法の一般原則などにも大きな影響を与えている。日本は未加盟であるが、すでに新聞等でも報道されているように、法務省および外務省は同条約への加入に向けた検討作業を進めている。

本ワークショップでは、まず、「総論と適用範囲」、「契約の成立と解釈」、「契約違反があった場合の救済」という表題のもとに報告を行う。そこでは、ウィーン売買条約の概要を示したうえで、その理論的特徴を提示し、日本の民法・商法との関連づけをはかろうと考えている。それに基づき、広く意見交換を行いたい。

#### 参考文献

曾野和明・山手正史『国際売買法』（青林書院、一九九三）、シュレヒトリウム（内田貴・曾野裕夫訳）『国際統一売買法——成立過程からみたウィーン売買条約』（商事法務研究会、一九九七）、甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法1・2』（法律文化社、二〇〇〇、二〇〇三）などを参照。