

資料

I
研究報告要旨
(二〇〇九年一月一日)

(1) 第一部会

(ア) 不法行為法における名誉概念の意義及び機能について

成蹊大学 中島 雅

名誉については、民法七一〇条がその保護を明示し、民法七二三条が名誉侵害の場合に認められる特殊な効果を定めている。さらに、名誉概念に対して一定の定義が支持されてきただけでなく、名誉毀損による不法行為責任の成否を判断するための枠組みに関する議論が戦後の一時期から盛んになされるようになり、「真实性・相当性の法理」や「公正な論評の法理」と呼ばれる名誉毀損法理が確立されていった。そのため、多くの新たな権利については明確な定義や不法行為責任の成否を判断するための枠組みが確立されていないのは対照的に、名誉については条文上の根拠や定義のみならず、その保護のための法理も確立されており、名誉概念を対象とした議論を行う意味はないとも考えられる。

しかし、名誉概念や名誉毀損法理の形成過程で行われてきた議論及びその際の論拠に着目すると、名誉概念の定義や名誉侵害に分類される事例は変容しうるものであり、かつ名誉毀損法理の射程を明らかにする機能を名誉概念が明示的に担ってきたわけではないことが分かる。また、新たな不法行為法上の保護法益が承認されるにつれて、それまで名誉毀損事例として処理されてきた事例が別の権利侵害事例に分類されるようになっていったが、既存の名誉毀損事例と新たな権利侵害事例とを区別するための基準等については未だ明確な理解が確立されているとはいえない状況が存在する。そればかりか、伝統的に名誉毀損事例に含まれてきた信用毀損事例についても現在では、当事者の利害関係や損害の性質に鑑みるならば、名誉毀損から信用毀損を区別する必要性があるという指摘がなされるようになってきている。したがって、既存の名誉概念についての定義や名誉毀損法理が重要な役割を果たしてきたことは事実であっても、それを無批判に維持して現実の事例に対処し続けることは妥当でないといえる。

そこで本報告は、名誉概念の定義及び名誉毀損法理が確立されていった過程を概観し、実際の事例解決にあたって名誉概念が果たしてきた機能を明らかにすることにより、既存の名誉保護のための枠組みを所与のものと考えることの不当性を示すことにしたい。そのうえで、名誉毀損法理と不法行為法的一般理論との関係を再検討して、新たな権利保護に資する判断枠組みの一環となるように名誉毀損法理を構築しなおす作業の必要性を明らかにしていくことにしたい。

参考文献

拙稿「不法行為法における名誉概念の変遷（一）」（五・未完）法学協会雑誌二二四巻九号二〇二七頁、一〇号二二八頁（二〇〇七年）、一二五巻四号六九七頁、一二号二七五九頁（二〇〇八年）、一二六巻八号（二〇〇九年）。

(イ) 不法行為法における「傷つきやすい被害者」

——損害分担における「公平（衡平）」の実現

東京経済大学 城内 明

不法行為の被害者は様々であり、大多数の人が傷つかないことに傷つき、大多数の人は軽微な損害にとどまる場面で深刻な被害をうける被害者が存在する。不法行為法において、こうした被害者の「傷つきやすさ」に起因するリスクを誰が負担すべきか。これが、報告における基本的な問いであり、本報告は、この問いに対して「損害の公平（衡平）な分担」の観点から応答を試みるものである。

加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない。これが原則としても、責任の所在が一義的に明らかとはいえない帰責判断の限界事例において、被害者の「傷つきやすさ」に起因するリスクをいかに分担させるべきかを決するにあたっては、原則の明確化に加え、原則を適用する際の、具体的事案に即したきめ細かな対応が不可欠となる。日本法において、従来、こうした裁判実務は「損害の公平な分担」の名の下に正当化されてきた。学説史を紐解くならば、ここでの「公平」は、「衡平」(equity)の意味で理解される。適法的正義の要請を破る衡平法を、日本法に見いだそうというのではない。日本法において論じられる衡平とは、法解釈の枠の内側において具体的妥当性を志向する原理である。「傷つきやすい被害者」が問題となるのは、解決の具体的妥当性を担保するため、まさにこうした衡平判断が必要とされる場面なのである。

日本法において、以上の「傷つきやすい被害者」への対応は、交通事故訴訟を中心とした、いわゆる素因減額の実務で実践されてきた。この実務において、裁判所は「加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失うとき」、損害賠償の額を定めるにあたって過失相殺規定を類推適用し、損害の発生・拡大に寄与した被害者の素因（＝「傷つきやすさ」）を斟酌することができるとしている。リスク分担の原則がいわゆる首長判決（最判平八・一〇・二九）等に明示される一方、素因の斟酌について最終的な決定は、寄与度とは別に観念される「公平」（＝衡平）判断に委ねられているのである。では、衡平判断の基準とは何なのであろう。こうした実務は、「傷つきやすい被害者」の救済に、どのような役割を果たしているのであろうか。

本報告は、実務における衡平判断の実際を批判的に検討し、被侵害利益の主観化が指摘され、被害者の精神的な「傷つきやすさ」（＝心因的素因）への対応が大きな課題となっているセクシュアル・ハラスメント事案等の解決に向けての示唆を得る。

参考文献

「拙稿「不法行為法における『傷つきやすい被害者』——セクシュアル・ハラスメント訴訟の分析——」早稲田法学八四巻三三四頁（二〇〇九年）、拙稿「判例における『損害の公平な分担』概念（一）——（六・完）」早稲田大学大学院法研論集一一四号三二六頁、一一五号三二八頁、一一六号三四二頁、一一七号二九八頁、一一八号一六八頁、一一九号八五頁（二〇〇五年）、二〇〇六年）、拙稿「不法行為法における『傷つきやすい被害者』——被害者の脆弱性の心因的素因としての斟酌について——」『民法学の古典と革新 藤岡康宏先生古稀記念論文集』（成文堂、二〇〇九年刊行予定）所収。

(ウ) 不法行為法における損害要件の意義

——フランス法における賠償原理と損害要件の関係から

神戸学院大学 加藤 雅之

不法行為責任の成立要件として、当然のように損害の発生が必要とされている。もっとも、不法行為法において損害要件が有する意義については明確であるように思われる。第一に、他の責任成立要件としての権利ないし利益の侵害との関係である。かかる要件の中に損害発生の実事が包含される結果、損害の発生を要件とする積極的な意義に対して疑問を呈する見解も存在する。第二に、効果論上の損害概念との関係である。従来の損害概念に関する議論はこの点を主に対象としていたと思われるが、これが損害要件とどのような関係に立つのか。事象的因果関係と損害賠償の範囲を区別する現在の通説の見解のもとでは損害要件は前者の問題とされ、賠償の対象としての損害とは切断されることとなる。そうであれば、第一の問題点とも関連して、損害要件独自の意義はますます乏しくなるように思われる。こうした状況において、損害要件を掲げる積極的意義は見出しうるのだろうか。反対に現在の損害要件の理解では、事実として発生した損害を超える賠償をなし得ないという問題点を生じさせる契機とすらなっているようにも思われる。

かかる問題意識に基づいて、本報告では、損害要件の意義を改めて問い直し、積極的な意義を与える余地について検討する。比較法研究の対象としてフランス法をとりあげ、フランス民事責任法における賠償原理と損害要件との関係に着目する。フランス民事責任法の基本原則としての全額賠償原則は、発生した「損害」全部が賠償の対象となるというものであるが、同原則の内容を確認することによって賠償法理における損害要件の位置づけを確認する。その上で、損害要件の内容を構成する利益侵害に関するフランス法の議論を参照することで、フランス民事責任法における損害要件が有する意義について、フォート (faute)、因果関係といった他の責任要件との関係も含めて明らかにすることが可能であろう。近年、フランスでは「損害」に関する研究関心が高まっており、このような議論状況を踏まえて、改めてフランス民事責任法の構造を検証する契機と思われる。

以上の検討を通じて、フランス法における損害要件の積極的意義を確認することにより、わが国の議論への示唆を得ることが目的である。本報告は総論的検討に留まるものではあるが、近時の不法行為法上の諸問題についても一定の展望を提示することとしたい。

参考文献

拙稿「損害要件の再定位(1)」(未完) 神戸学院法学第三八卷三・四号(二〇〇九年)、拙稿「規範的損害概念への展望」法学政治学論究第六一号一九五頁(二〇〇四年)。

(エ) 差止請求権の発生根拠に関する理論的考察

——F. Pickerの物権的請求権理論を手がかりとして

明治学院大学 根本尚徳

伝統的に、我が国において、差止請求権は私人の「権利」（排他的支配権）の侵害に基づいて、右「権利」それ自体より派生する効力である、と解されてきた。

しかし、近時、差止請求権をめぐる、このような伝統的理解によっては解決しえない新たな問題が生じている。そのため、右伝統的理解に代わる新たな差止請求権理論、特に、私人の「権利」侵害を要件とせずに差止請求権の発生を認めることのできる新たな発生根拠論を構築する必要がある。そのような発生根拠論の開拓を目指して、まず行われるべきことは、日本の現行民法典における差止請求権の発生根拠について（再）検討し、それを明らかにすることである。

そこで、本報告では、この点について「物権に基づく差止請求権」、すなわち物権的請求権の発生根拠に関する分析を通じて考察し、私見を提示することとした。

具体的には、①差止請求権の（形式的）発生根拠は差止請求権制度とでも呼ぶべき一つの法律制度に求められること、②右法律制度は、物権その他の「権利」のみならず、あらゆる法益を保護すべきものであること、③ある法益への侵害が違法と評価され、差止請求権により排除されるべき場合（右請求権の発生要件の内容）は、当該紛争をめぐる諸事情の総合衡量を通じて、右法益の性質に最も適合するように決定されること（それゆえ、被侵害法益の性質に応じて、それらを保護すべき差止請求権の発生要件の内容は異なりうること）、④右差止請求権制度は、法益にその外から差止請求権という保護手段を付与するものとして、また不法行為法のそれとは異なる固有の機能を担った法律制度として、民法体系上に独自の位置を占めていること——以上①～④は、いわゆる違法侵害説の主張するところである——について、それらが日本の現行民法典に関する解釈論として支持されるべきであることの論証を試みる。

また、右論証を行うための手がかりを求めて、E. Pickerの物権的請求権理論、特に①物権的請求権と不法行為損害賠償請求権との異同、②物権的請求権が物権に認められるべき理由、③妨害排除請求権等によって保護されるべき法益の種類（それは物権に限定されるか否か）及び④（もし物権以外の法益も妨害排除請求権によって保護されるべきであるとして）右保護が認められるための要件の内容（それは保護法益の性質に応じて異なりうるか否か）などに関する彼の主張を分析する。

参考文献

根本尚徳「差止請求権の発生根拠に関する理論的考察——差止請求権の基礎理論序説——」（二）（九・未完）『早稲田法学』八〇—二一〇九、八〇—四—二〇九、八一—一二五（以上、二〇〇五）、八一—四—三三二、八一—一—一六五（以上、二〇〇六）、八三—三—二六七（二〇〇七）、八三—二—九三三、八三—四—一〇九、八四—一—八一（以上、二〇〇八）、同「差止請求権理論と不法行為法——独禁法二四条の解釈論に寄せて——」『法律時報』七八—八—一六〇（二〇〇六）、同「競争秩序と差止——課題の整理と展望——」藤岡康宏編『民法理論と企業法制』（日本評論社、二〇〇九）一九一頁以下。

(2) 第二部会

(ア) 締結強制論の理論構造

東海大学 谷江陽介

近代私法の根幹をなす契約自由の原則によれば、誰とどのような内容の契約をどのような形式で締結しようと自由であるのが原則である。しかしながら、現代社会において、この原則は様々な形で制限されている。本報告で検討する締結強制論も、契約自由に対する制限場面のひとつに属するものであり、特に、契約締結の自由に対する制限を伴うという性格を有する。それでは、当事者の一方が契約の締結を拒絶している場合に、その者に対して契約の締結を強制するための正当化根拠をいかなる点に求めるべきであろうか。

新規契約の締結を強制する場面については、電気事業やガス事業などの公益事業を対象に議論が行われてきた。これらの場面では、新規契約の締結に対する制限は、公益性の強い契約に対する規制を根拠づけるといふ目的のもと、一方の契約当事者である事業者の独占性や契約内容の公共性といった観点から正当化されてきた。しかしながら、近年にみられる規制緩和と政策の影響のもと、公益事業に対しても競争原理が導入されつつあり、規制の枠組みは大きく変容している。こうした近年の状況のもとでは、独占性や公共性などを根拠とする従来の締結強制論には限界が生じており、これらは、契約の締結を強制する根拠とはいえない。近時の契約自由と契約規制という規範が交錯している状況においては、契約締結の自由と締結強制との相互関係をどのように位置づけていくのかが問われているということができる。それにもかかわらず、契約締結の自由と締結強制との内在的関係は必ずしも十分に解明されているとはいえないように思われる。

本報告は、以上のような問題意識のもと、締結強制という観点から、契約締結の自由に対する制限の理論枠組みについて検討を加えるものである。締結強制論につき、ドイツでは、民法の枠内において、判例によって締結強制論が形成され、学説によって契約締結の自由に対する制限根拠の具体化が試みられている。また、制定法によってどのような範囲で契約締結の自由に対する制限ができるのかについて、締結強制論との関係から議論が行われている。これらの検討を踏まえて、契約締結の自由と締結強制の法的な位置づけを明らかにした上で、新規契約の締結に対する制限の枠組みを構築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「締結強制論の現代的展開(一)」(五・完)——契約締結自由の原則の意義と限界を求めて——「名古屋大学法政論集二一四号一二七頁、一二五号二五頁、二二八号一八一頁、二一九号三三九頁、二二〇号一一七頁(二〇〇六～二〇〇七年)。

(ウ) 法律行為論再考

——法体系における法構造と思考原理

横浜桐蔭大学 中野 邦保

当事者が自律的に決定した契約内容につき、契約遵守原則を貫徹すると、取引の対価的均衡が崩れ、必ずしも衡平とはいえない場合に、契約の拘束力を制限するための正当化根拠をいかなる点に求め、どのようにして給付と反対給付の等価性を確保すべきであろうか。わが国のように、個人の自由意思を基調とした法律行為論を中核におくパンデクテン方式による権利の体系のもとでは、法律行為の当事者の「意思」に基づいて解決することが困難な「法律行為論の限界の問題」は、いかにして克服すべきであろうか。このような給付と反対給付の等価性を確保すべく、当事者の意思を補充ないし規制するための正当化根拠は、法体系における自律と他律（契約自由と契約正義）の構造理解、さらには個人の自由と法による強制の関係をどのように捉えるべきかといった法の根本的な問題へと連なるものでもある。

歴史的に、啓蒙期自然法体系から近代私法体系への展開は自由と平等が段階的に確立されていく過程と評価でき、「義務・他律」の啓蒙期自然法体系が、カントによって権利概念が自律によって基礎づけられ、サヴィニーが、それを前提にパンデクテン方式による「権利・自律」の近代私法体系へとパラダイム転換し、当事者の自律的意思を中心に私法理論を構築したがゆえに、当事者の「意思」からだけでは解決することが困難な問題（「自律的意思論のジレンマ」と呼ぶべき事態）が生じた。そして、後期普通法の時代に、表示主義の台頭に伴い、「効果意思」という概念が析出され、サヴィニーのような、法律家が自律的意思の外部的事情をもふまえて法体系・法制度・法律関係の有機的本性・全体的直観によって解釈した結果である意思（「自律的・規範的意思概念」）から、ヴィントシャイトのような、当事者が法的効果を意欲したという事実的な次元に属する意思（「自律的・事実的意思概念」）へと自由意思概念が変質した結果、そこに現れない当事者が当然の前提とした事実等が法律行為論の枠内では顧慮しえなくなったため、問題が一層顕在化した。

本報告は、以上のような問題意識のもと、私法体系の法構造とその基底にある思考原理（私法体系を支える基本概念、構成原理、法典編纂方式等）と密接に関係する法律行為論を再構築すべく、体系的・原理的観点から、わが国の法律行為論をめぐる学説状況を概観し、法体系のもつ意義を含め、法律行為論を再考しようとするものである。

参考文献

- 拙稿「啓蒙期自然法体系の法構造と思考原理——給付と反対給付の等価性確保の問題から——」法政論集二二七号二七頁（二〇〇八年）、同「行為基礎論前史（一）（二）——後期普通法における『意思』概念の変質を中心に——」法政論集二〇四号一頁（二〇〇四年）、二〇八号二二五頁（二〇〇五年）。

(エ) 瑕疵担保と債務不履行責任

立教大学 野澤 正 充

本報告は、瑕疵担保責任の本質を危険負担の法理に求め、従来の判例法理を再構成するとともに、法定責任説と債務不履行責任説の対立を止揚し、瑕疵担保責任に関する現行法の解釈とその立法論的な展望を明らかにするものである。

周知のように、瑕疵担保責任の法的性質をめぐっては、法定責任説と債務不履行責任説とが対立してきた。すなわち、法定責任説は、原始的一部不能論と「瑕疵ある特定物の履行は瑕疵なき履行である」との特定物のドグマを前提とし、瑕疵担保責任の適用領域が（不代替的）特定物の売買に限られるとした（鳩山・末弘・我妻・柚木等）。これに対して、一九六〇年代以降に有力に主張されたのが、アメリカ統一商法典（一九五二年）やハーグ国際動産売買統一法（一九六四年―特に五六年草案）などの国際的動向を背景に主張された、瑕疵担保責任も債務不履行責任であるとする見解（債務不履行責任説―五十嵐・北川・星野等）である。この二つの見解は、当初は、特定物のドグマを認めるべきか否かを主要な論争点としていた。しかし、特定物のドグマを否定し、売主が瑕疵のない目的物の給付義務を負うとしても、その違反は、債務者の帰責事由を要件とする債務不履行責任の問題となる。そうだとすれば、無過失責任である瑕疵担保責任と過失責任主義に立脚する債務不履行責任とは、なお異なる原理に服し、両責任を一元化することはできない。この点は、債務不履行責任が過失責任ではないとする近時の見解によっても同様である。なぜなら、この見解も、債務不履行責任では不可抗力による債務者の免責を認めるが、瑕疵担保責任においては、売主がたとえ不可抗力による瑕疵であることを立証しても、その責任を免れることができないからである。

ところで、大審院と最高裁が採用した見解は、右のいずれでもなく、法定責任説が登場する以前の通説的見解であった、瑕疵担保責任を危険負担と解する岡松らの見解であった。すなわち、岡松は、瑕疵担保責任が売主の無過失責任であって、その「唯一又ハ主要ナル」根拠は、「危険支配ニ基ク危険負担」であるとす。しかし、その具体的な適用は、現行民法の文理解釈には合致しているものの、やや非現実的なものであった。

本報告では、瑕疵担保責任の本質が「物の所有者が危険を負担する」との危険負担の法理にあると捉え、このような本質論から従来の議論を整理するのみならず、大陸法と英米法における契約法の考え方の違いを明らかにするものである。

参考文献

①野澤正充「瑕疵担保責任の比較法的考察——日本・フランス・EU（二）」（四）〔未完〕立教法学七三号三三頁、七四号八三頁（二〇〇七年）、七六号一八八頁（二〇〇九年）、七七号（同七月刊行予定）、②同「瑕疵担保責任法の課題と展望」法律時報八〇巻八号四頁、③同「瑕疵担保責任の法的性質（一）——法定責任説の三つの考え方」同一〇頁、④同「フランスにおける瑕疵担保責任の法理」同三八頁（二〇〇八年）、⑤同「契約法の道案内」法学セミナー六五号九頁（二〇〇九年）、⑥同「契約法——セカンドステージ債権法Ⅰ」（日本評論社、二〇〇九年）一一五頁、⑦同「民法（債権法）改正の意義と課題」、⑧同「売買―瑕疵担保責任と債務不履行責任の一元化に対する評価」（⑦⑧は、法律時報二〇〇九年九月号掲載予定）。

なお、②④および⑧は、野澤編「瑕疵担保責任と債務不履行責任」（日本評論社、二〇〇九年八月刊行予定）に収録。

(ア) 事業と遺留分の対立構造

広島修道大学 青竹美佳

近年、遺留分については、被相続人の関与する事業を妨害するという消極的側面に注目が集まっている。二〇〇八年には、事業承継を遺留分から守ることを目的の一つとして掲げた「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律」が成立した。このように事業の存続のために遺留分を制限する動きが出てくると、どのような原理に基づいて遺留分の制限が正当化されるのか、また遺留分の存在意義は何であるのかということが重大な関心事になってくる。

本報告は、このような動向を踏まえて、被相続人の関与する公益事業および営利事業と遺留分の対立構造を明らかにすることを目的としている。具体的には、公益財団法人の設立および営利企業の事業承継を、遺留分が妨害する局面を想定し、背後にある価値の対立構造および基礎原理をあぶり出し、あるべき遺留分権論の方向性を検討することとする。その際、ドイツにおける遺留分権論を比較検討の対象とする。ドイツでは、遺留分権が遺言の自由を制限するものと捉えられ、遺言の自由と遺留分権それぞれの、憲法秩序を伴った議論が行われている。議論の状況からは、基本法上の価値秩序において、遺留分権は、生存権を保障する機能を果たす場合以外には、私的自治の死後への拡張と捉えられる遺言の自由と比して、補助的に位置付けられると理解することができる。この理解に基づいて遺言の自由の制約を正当化するためには、遺留分に関して、生存権を保障する機能をはじめとする積極的な存在意義が認められなくてはならないにもかかわらず、遺留分の機能をめぐる議論の中では、遺留分の機能局面が非常に限定的であるという現実が描き出される。遺留分の機能と基礎原理をめぐるとこのような議論状況を前提にして、遺留分が事業を制限する局面では、より一層先鋭化した議論が展開されている。

本報告ではまず、ドイツにおける遺留分の機能と基礎原理についての議論状況の概要を紹介した上で、公益財団法人の設立と遺留分の関係について、ドイツ民法二三二五条によって遺留分の対象となる相続開始前一〇年間になされた第三者への贈与に、財団設立者による財産の出捐が含まれるか否かについての解釈論を検討する。次に、営利企業の事業承継に関して、主に遺留分権利者の配慮義務を提唱するドイツの有力説に焦点を合わせて考察を加える。以上の検討を通じて、わが国における事業と遺留分の対立構造の解明を試みる。

参考文献

拙稿「遺留分制度の機能と基礎原理——ドイツにおける遺留分権論の憲法論的基礎付けによる新展開——」(二・完)「法学論叢」一五五巻一—二〇一—五二頁、同巻三—四七頁(二〇〇四年)、同「制限規定にみる遺留分権者の地位——ドイツにおける制限的解釈論を参考にして——」香川法学二四巻三—四号一〇—一三三頁(二〇〇五年)、拙訳「遺留分法の憲法適合性と遺留分剥奪」香川法学二六巻一—二号一六九—一八五頁(二〇〇六年)、拙稿「相続法における権利の弾力性について——ドイツの遺留分とイギリスの家族供与——」(二・完)「香川法学二五巻三—四号三七—六七頁(二〇〇六年)、二六巻三—四号一四五—一九二頁(二〇〇七年)。

(イ) ドイツ信託法理

駒澤大学 中田 英 幸

信託は英米法で育成された制度であり、大陸法系に属するわが国の私法体系上、異質な存在であるという考えは、四宮和夫を代表的論者として有力に主張されてきたものである。それに対して、信託法を私法の一つと位置づける限り、他の法理と全く異質なものとすることはできないという理論的批判がある。また、近年では公共工事前払金に信託の成立が認められたほか、弁護士の預り金や相続的財産管理などに信託の利用が考えられ、信託と他の私法制度との接近が生じており、両者を位置づける必要が実際に生じている。信託を単に異質なものとするならば、信託の拡大は他の私法制度との解決されえない衝突を招くからである。

信託が異質な存在とされてきた原因として、信託法が信託の法律構成からは導き得ない特殊な効果を信託財産に関して認めていることがある。そのような効果として、信託財産の受託者の相続財産からの排除、相殺の制限、受託者の権限違反処分を取り消しなど、さまざまものが指摘されているところ、本報告は、信託財産が受託者の固有財産に属さず、受託者固有の債権者の強制執行が排除され、受託者の破産財団にも属さないことについて、ドイツ法を検討素材として比較法的検討を行う。それは、そのような効果がわが国において公共工事前払金や弁護士の預り金について信託が成立する場合に重要視されるものであり、ドイツ法において最も重視され判例・学説上争いになったもので、信託の体系的位置づけを探る上で欠かせないからである。

ドイツ法の信託 (Treuhand) は、英米法の信託と類似の機能を持つとされ、受託者の債権者の強制執行があったときに第三者異議権が、受託者が破産したときには取戻権が委託者 (兼受益者) に古くから判例・学説上認められてきており、実質的に見て信託財産は受託者の責任財産を構成していない。もつとも、信託財産と認められるのは、原則的に委託者から受託者に直接移転した財産のみに限られるという直接性の原則があり、例外的に信託口座のみそれが緩和されている。学説は、第三者異議権・取戻権と直接性の原則の根拠について議論を積み重ね、信託の特殊な規律と体系との整合性を検討してきた。このようなドイツ法の信託法理を参考として、信託の体系的位置づけを明らかにしたい。

参考文献

拙著『ドイツ信託法理——日本信託法との比較——』(東北大学出版会、二〇〇八年)。

(ウ) アメリカ動産担保法の生成と展開

——購入代金担保権の優先の法理を中心として

立教大学 藤澤 治 奈

バブル崩壊後の不良債権処理の過程で、不動産担保偏重の融資のあり方が見直され、近年、動産担保融資が注目を集めている。ところが、動産担保に関しては、未解決の法的問題が少なくない。その一つが、動産の信用売主との関係である。

在庫担保融資の場面を考えてみよう。在庫には、当該在庫もしくはその原材料を供給した売主が存在するはずである。ここで、売主が在庫を信用で供給していたとすると、売主は自らが供給した物に代金の担保を期待するであろうが、このことは、売主と担保権者との競合という問題を生じさせる。この問題の一つの現れである動産売買先取特権と譲渡担保との競合に関して、最高裁は、動産売主を保護しないという立場に立っている（最判昭和六二年一月一〇日民集四一巻八号一五五九頁）。その後も、この問題につき立法的手当てがなされたわけではないので、在庫担保融資が盛んに行われればそれだけ、信用売主の代金債権は脅かされることになりそうである。そこで、動産担保融資を活性化する一方で、動産の信用売主のために何らかの手当てが必要なのではないかが問題となる。

では、動産担保が盛んに行われているというアメリカにおいて、この問題は、どのように処理されているのであろうか。アメリカ統一商事法典（UCC）第九編は、広範囲にわたる動産担保権の設定を認める一方で、購入代金担保権の優先の法理によって、信用売主の有する担保権を通常の動産担保権者に優先させている。このルールは、一見したところ、動産売主の保護のためのものである。

しかし、先述のような場面において、購入代金担保権の優先が認められる要件は厳格であり、実は、このルールは、売主保護の役には立たない。そこで、アメリカ動産担保法の生成過程を見ると、この法理は、動産売主と担保権者とが競合する場面の優劣決定のルールというよりはむしろ、こうした競合が生じること自体を避けるための制度として発展してきたことが分かる。ここには、担保権の優劣についてのルールを、競合が生じた際の調整のルールとして位置づけるのではなく、どのような融資が行われるべきかについての構想と位置づける発想が現れていると考えられる。このことは、日本における動産担保法制度を考える際にも、参考になるかもしれない。

そこで、本報告においては、UCC第九編成立までの動産担保法の生成および展開の過程を分析した上で、こうした考察を行いたい。

参考文献

拙稿「アメリカ動産担保法の生成と展開——購入代金担保権の優先の法理を中心として——」（二）——（七）」、法学協会雑誌一二五巻一号一一六四頁、同巻二号三九二―四五三頁、同巻三号五四一―六一三頁、同巻四号七二六―七八四頁、同巻六号一七三―二四九頁、同巻七号一五三―一五九六頁（以上、二〇〇八年）、一二六巻一号九九―一四〇頁（二〇〇九年）。

(エ) 間接被害者の損害賠償請求権

——直接被害者の近親が精神疾患を発症した場合を中心に

中央大学 山口 成 樹

不法行為の被害者（＝直接被害者）の死亡または負傷に起因して第三者に損害が生じた場合、第三者（＝間接被害者）はいかなる要件の下で加害者に対して損害賠償を請求できるか。この点につき、①直接被害者に対する加害行為が七〇九条により不法行為と評価される以上は、その効果たる損害賠償の範囲の中に、間接被害者に生じた損害が含まれるか否かを問えば足りるとする立場（賠償範囲説）と、②直接被害者であれ間接被害者であれ、自己固有の損害賠償を請求する以上は、自ら自身について独立に七〇九条の要件をすべて満たさなくてはならないとする立場（独立構成説）が対立している。法典調査会での質疑応答や、その後の大審院・最高裁の判例に照らせば賠償範囲説に傾くが、ドイツ学説の圧倒的影響の下で独立構成説も有力に唱えられてきた。この対立は近代損害賠償法の二大立法主義に由来するものであり、わが民法がそのいずれの系譜に位置するかを解明することは解釈学上の課題であるが、立法による決着も考慮に入れるべき状況にある。

最近、九歳の男児が普通貨物車に轢過され死亡した事故において、その状況を十数メートルの距離から目撃した母親が、精神的ショックのあまり PTSDを発症し、自己固有の損害として休業損害と近親者慰謝料の賠償を請求した事件につき、独立構成説の立場から休業損害の請求を棄却する地裁判決が出た。①間接被害者の請求権は原則として認められないところ、母親は衝突事故の危険が及ぶ範囲外にいたのであり、運転者が男児に対して有していた注意義務は母親に及ぶものでないから間接被害者である。②間接被害者たる母親には例外的に七一条により慰謝料が認められるにすぎない、というのがその理由である。確かに、独立構成を採るのであれば、右のように過失の擬制を拒否するのが整合的な解釈態度と言えようが、治療費や休業損害・逸失利益が多額に上る場合は、慰謝料の増額では対処し切れないことも考えられ、独立構成を採ること自体の妥当性が疑われるところである。こうした事案においては母親からの治療費、休業損害、逸失利益といった財産的損害の賠償請求を認めるのが、わが民法が影響を受けた主要国の法でもある。

そこで、本報告では、賠償範囲説および独立構成説からのこの種の問題へのアプローチを比較法的に検証し、冒頭に記した課題についての解釈上あるいは立法上の議論に資することとしたい。

参考文献

拙稿「不法行為に起因する PTSD等の精神疾患と損害賠償責任（一）」（六）——間接被害論・賠償範囲論の一掃納的考察——」都立大法学会雑誌四二巻二号～四四巻二号、法学新報一一三巻一・二号（二〇〇二年～二〇〇六年）。

(4) 第四部会

(ア) 相殺の担保的機能

——優先権付与の理論的構成

東洋大学 深川裕佳

本報告では、いわゆる「相殺の担保的機能」の理論的根拠について検討を行う。

判例・学説は、当初は、相殺の遡及効に基づいて相殺の担保的機能を認め（相殺適状説、相殺適状修正説）、漸次、相殺権者の「相殺の期待」に基づいて（合理的期待説）、相殺の担保的機能が認められる場面を拡大してきた（弁済期先後基準説、無制限説）。

相殺の担保的機能については、私法学会においても、いく度か議論されている。しかし、本報告では、従来議論とは異なって、フランスにおける相殺の担保的機能に関する有力な学説である相殺先取特権（*compensation-privilege*）説に示唆を得て、相殺の担保的機能をわが国の民法の条文において認められた「法定の担保権」として再構成することを試みる。この理由は以下の通りである。比較法的には、近年、相殺の遡及効を否定する立場が有力となっており、また、わが国における債権法改正でも遡及効を否定する規定が提案されている。しかし、遡及効が失われると、従来学説が依拠してきた相殺の担保的機能の理論的基礎が失われることになる。そこで、相殺の担保的機能を認めるには、民法に根拠を持つ優先弁済権（一種の先取特権）として再構成する必要がある。また、このように再構成することによって、民法五一一条の解釈を通じて拡大されてきた相殺の担保的機能の限界も明らかにすることが可能になると考えられる。

従来、フランスにおいては、相殺の担保的機能は「先取特権」であると説明されてきた。デュボック（*G. Duboc*）は、このことを理論に解明し、相殺の担保的機能は、起草者によって定められた先取特権に類似する法定の担保制度であるとして、対立する債務の牽連性（*connexité*）から生じることを証明している。相殺の担保的機能を対立する債務の牽連性に基づく先取特権として構成するデュボックの見解は、相殺の優先的回収機能、その第三者効を根拠づけるためだけでなく、競合する他の債権者との利益調整を合理的に行うためにわが国の民法五一一条および四六八条二項の解釈論を展開する上でも、示唆に富むものと考えられる。

本報告では、以上の検討を踏まえて、相殺の担保的機能の法的性質を一種の先取特権であると考え、その要件と効果を明らかにする。

参考文献

深川裕佳「フランスの相殺制度における牽連性の役割について」法学ジャーナル（明治学院大学法学研究科紀要）二四号（二〇〇八年）四五—一一頁。その他の研究も含めて、深川裕佳「相殺の担保的機能」（信山社、二〇〇八年）に所収。

(イ) 平成一六年保証法改正に関する一考察
——経営者保証と第三者保証の区別を中心に

九州大学 遠藤 歩

平成一六年法一四七号は、貸金等根保証契約という新たな概念を用いて、根保証契約に対する重要な規制（極度額の定め要件化や期間制限など）を行った。立法による規制は、法的判断の予測可能性を高めるという意味においては、歓迎すべきものであろう。

さて、従来より、根保証契約の責任制限は、主として、保証人の不測の損害を防止するという観点から行われてきた。他方で、今般の法改正は、その経緯に鑑みると、中小企業等の起業を促進し、廃業における障害を除去するという新たな観点から行われたものと考えられる。

そこで、本報告では、まず、関連資料を通じて、平成一六年の法改正が起業の促進等の観点から行われたことを確認し、我国の現在の保証人保護法理には、不測の損害の防止と起業の促進等の二つの異なる視座が存在することを明らかにする。そして、保護に値する保証人は、それぞれの観点において異なること、つまり、不測の損害の防止では第三者保証人が、起業の促進等では、主として経営者保証人が保護の対象であることを併せて指摘する。なお、ここにいう経営者とは、被担保債務を自ら決定しうる者を指し、第三者とは、経営者ではない者を指す。

次に、経営者保証人を保護することが、起業の促進や廃業における障害の除去という目的にとって有効適切であるかを検討する。この点に関して、少なくとも現在までのところは、経営者保証人の保護が起業の促進等の目的にとって有効かつ適切であるとの積極的な証明はなされておらず、むしろ有限責任に伴う弊害が懸念される。

そうだとすれば、現在求められているのは、不測の損害の防止という観点からの保証人保護法理の精緻化であろう。このような認識の下、同様の観点からの保護法理たるドイツの判例法 (Anlaufsprechung) を参照しつつ、若干の解釈論的提言を行う。具体的には、極度額の定めを必要とするのは第三者保証人であって、経営者保証人ではないこと、また、第三者保証人には、被担保債務を発生させる取引の種類を精確に認識させるべきであり、さもなければ保証意思の不存在を理由とした責任制限が認められるべきことなどである。また、その他、保証人の死亡を元本当然確定事由とすること（四六五条の四 第三号）の当否についても、経営者保証と第三者保証を区別して考えるべきである。

以上より、今後の保証人保護法理は、経営者保証と第三者保証の類型化の方向に進むべきといえよう。

参考文献

拙稿「平成一六年保証法改正に関する一考察——経営者保証と第三者保証の区別を中心に」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法——ゲルハルド・リース教授退官記念論文集』四五三頁（日本評論社、二〇〇九年）。

(ウ) 区分所有者に対する団体的拘束の根拠と限界

愛知学院大学 伊藤 栄 寿

所有権者は、原則として、所有物の使用・収益・処分を自由に行うことができる。すなわち、所有権者は、所有物の使用・収益・処分について、自己の意思に反し他人により拘束されることはない。このことは、専有部分に対する単独かつ独立の所有権を有する区分所有者にもあてはまる。ところが、区分所有者は、共用部分の管理・変更、建物の復旧、規約の設定・変更・廃止、義務違反者の区分所有権の競売請求、区分所有建物の建替えなどの様々な事項について、多数決議に服さなければならず、団体的拘束を受けている。そのため、区分所有者に対する団体的拘束の根拠が何に求められ、その限界がどこにあるのかが問題となる。

この問題は、区分所有において所有法と団体法がいかなる関係にあるのかという問題と密接に関連する。この点、従来の通説的な見解は、共同所有関係を狭義の共有・合有・総有の三つの理念型に分類し、主体の団体的結合関係が財産帰属関係を規律すると考えてきた。なぜなら、団体構成員の「意思」が、団体の財産帰属関係を決定する根拠となると考えられてきたからである。しかし、区分所有関係において、物理的に一体である建物の一部を所有していること以上に、区分所有者間に主体の団体的結合関係を形成しようとする意思はない。そのため、このような見解を採用することは困難である。そこで近年、区分所有者に対する団体的拘束の根拠を、区分所有関係が特殊な共同所有であることに求める見解が登場しているが、区分所有の特殊性がいかなる点にあるのかは十分には明らかにされていない。

本報告は、区分所有者に対する団体的拘束の根拠および限界を明らかにし、区分所有関係における所有法と団体法の関係を説明することを試みるものである。この検討の手がかりとして、近時、管理問題に関する判例の展開および法改正によって、同様の問題を理論的に乗り越えようとするドイツ法を素材として分析を行う。本報告では、区分所有者に対して団体的拘束を行う規定が多様であり、それぞれの規定の沿革が異なることから、個別の規律に着目して、その根拠枠組みを抽出することを試みる。そして、区分所有者に対する団体的拘束を行う規定の中でも、反対者の区分所有権を剥奪するという重大な結果をもたらす建替え決議規定の根拠と限界を明らかにし、区分所有における所有法と団体法の関係を説明することを目指したい。

参考文献

伊藤栄寿「ドイツ住居所有権法における団体的拘束の根拠と限界(一)(二・完)」民商法雑誌一三四卷六号一五〇頁、一三五卷一号一〇二頁(二〇〇六年)、伊藤栄寿「ドイツ新住居所有権法における共有と団体」名古屋大学法政論集二二七号二八九頁(二〇〇八年)。

(5) 第五部会

(ア) イギリスにおける影の取締役制度

沖繩国際大学 坂本 達也

本報告は、イギリスにおける影の取締役制度について、従属会社の債権者保護との関連で考察を加えるものである。

イギリスにおいては、支配会社および従属会社間の問題にかかわらず、現実的な解決を得るために業務執行機関を柔軟にとらえる傾向がある。影の取締役の規定の対象者を業務執行機関に含めることにより規制の趣旨の強化を実現する点は、イギリス法の特徴である。しかし、影の取締役制度を結合企業法制度の問題解決または従属会社の債権者保護のためにそのまま用いるのかについては検討の余地がある。

影の取締役の規定は、一九一七年会社法により会社法に導入され、現実の会社支配者を規制の対象に含める趣旨で設けられた。一九一七年会社法は、取締役について登記および開示の規制を加え、これに併せて、影の取締役もその規制の対象者とした。歴史的には、一九一七年の改正当時、同規定が採用された分野は、前記の規制の分野に限られていたが、現在では、同規定が採用される分野は増え、例えば、影の取締役は一九八六年支払不能法二一四条不当取引の規制を受け、また、支配会社は従属会社の影の取締役とされうると解されている。

本報告では、主に、第一に、影の取締役としての責任の基礎づけ、第二に、支配会社に対する従属会社の影の取締役としての責任の基礎づけ、第三に、影の取締役と取締役の信認義務ないし一般的義務の関係について、第四に、日本法への示唆として、従属会社の債権者保護と関連して規制案について考察をする。

本報告者の考察によると、第一および第二の点については、取締役会の意思決定に対する支配等の支配的要素にその基礎づけの根拠が求められる。第二の点に関しては、実際に支配会社が従属会社の影の取締役とされているのかという点も問題である。第三の点は、現在のイギリスにおいては難しい問題として残る。第四の点に関しては、結合企業法制度が確立していないイギリスにおいては、影の取締役制度がその代替として機能することを期待されている。しかし、影の取締役制度を結合企業法制度に用いることに関しては、業務執行機関をどの程度まで拡張するのかという問題があり、これは、支配会社を従属会社の影の取締役とする点、および影の取締役とされる支配会社とその従属会社に対する取締役の義務の関係の点に関する問題でもある。本報告では、主に前記四つの点について若干の考察をしたい。

参考文献

拙稿「英国における影の取締役——従属会社における債権者保護の視点からの考察——」産大法学三六卷二号一九五頁（二〇〇二年）、拙著『影の取締役の基礎的考察——イギリスにおける会社法形成史および従属会社の債権者保護の視点からの考察——』（多賀出版、二〇〇九年七月刊行予定）。

(イ) 英国における取締役資格剥奪制度の生成と展開

立命館大学 中村 康 江

英国における取締役の資格剥奪 (disqualification) とは、会社の取締役等としていったん経営に関与したが、その後一定の事由により会社にかかわることがふさわしくないと判断された者に対し、一定期間にわたり、裁判所の命令等により、会社の経営に関与することを禁止する制度である。この制度は、現在では、一九八六年会社取締役資格剥奪法 (the Company Directors Disqualification Act 1986) に基づいて運用されている。資格剥奪の対象に、会社の業務執行に関する犯罪行為や会社清算時の詐欺による有罪判決が含まれている点は、日本法における取締役の欠格事由 (会社法三三一条一項各号) に類似するが、裁判所の命令または主務官庁大臣に対する誓約によって、個々の事案に応じた期間にわたり対象者の資格が停止される点は欠格事由と異なる。

資格剥奪制度の中核は、会社の倒産に関連して会社経営にかかわることが「不適任 (unfit)」であると認められた取締役に對し、一定期間会社に関与することを禁ずる「不適任による資格剥奪」であり、その数は年間一〇〇〇件近くにのぼる。取締役の不適任を示す指標として、資格剥奪法の附則は、会社が支払不能により清算手続に入った場合に、取締役に信認義務違反、会社財産の不正利用、開示義務への違反、会社が支払不能に陥ったことへの帰責性、倒産処理への非協力等の行為があったことを挙げている。裁判例においては、取締役の無能、支払不能状態を認識してなされた取引、財務諸表等の作成義務違反、過大報酬、小切手の乱発、過少資本、等の行為が不適任を示すものと認められている。これらの行為は、単に資格剥奪の可否を認定する材料となるに留まらず、会社倒産時の取締役の債権者に対する民事責任の有無の認定にも関連している。

報告においては、資格剥奪制度の成立過程と概要について述べたのち、その適用対象、とりわけ「不適任による資格剥奪」の対象となる取締役の行為につき、判例等から読み取ることができるその類型および基準を明らかにする。そして、資格剥奪制度が英国会社法に及ぼしてきた影響や、当制度に対する評価のみならず、資格剥奪制度を含む英国における取締役の倒産責任の枠組みから、日本法における「取締役の倒産責任」に対して得られる示唆についても述べることを予定している。

参考文献

中村康江「英国における取締役の資格剥奪(一)(二・完)」立命館法学二七三号四一六―四七三頁、二七七号二四〇―二八五頁(二〇〇一年)、同「英国取締役資格剥奪制度の展開」立命館法学三〇四号一八四―二〇三頁(二〇〇六年)。

(ウ) 取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任

中央大学 宮本航平

昭和二十五年商法改正以降、取締役の注意義務違反に基づく責任に関して、アメリカ法における経営判断原則を参照し、取締役の責任を軽減すべきであるとの主張がなされている。また、経営判断原則を採用したと言われる判決も多数存在する。しかし、日本法とアメリカ法では現実の責任制度には差異が見られる。本報告は、その差異がなぜ存在するのかを検討し、さらに、日本における望ましい責任制度のあり方について考察する。

第一に、アメリカ法においては、会社の取締役が注意義務違反を理由として会社に生じた損害を負担するリスクはほとんど存在しない。これに対しては、日本の裁判所は、注意義務違反に基づく取締役の責任をより頻繁に肯定しており、責任負担のリスクが現実には存在する。アメリカ法の学説においては、取締役が責任のリスクにさらされないことを正当化する際には、責任のリスクは取締役の意思決定を過度に消極的なものとするもののほか、選解任メカニズムやインセンティブ報酬、社会規範など、責任の脅威以外に十分な規律メカニズムが存在することが、その根拠として指摘されている。そのような規律メカニズムの有効性は、責任の要否に関する議論における主要な争点となっている。本報告は、この規律メカニズムの観点から、日本法において裁判所が取締役に対して注意義務違反に基づく責任を課すことの妥当性を考察する。

第二に、取締役の注意義務違反を審査する際の審査基準について、デラウエア州の裁判所は、取締役の経営上の判断についての意思決定過程における具体的な行為を、取締役による意思決定が合理的根拠に基づくものであったか否かという観点から審査している。それにより取締役が期待される行為を明確化することで、裁判所は取締役の適切な行動を促す機能を果たしていると指摘されている。これに対して、日本の従来の裁判例は、取締役の意思決定の内容が意思決定当時の状況に照らして特に不合理であるか否かを審査してきた。もともと近時、裁判所は取締役による意思決定が合理的根拠に基づくものであったか否かを問題とし、取締役の意思決定の過程を審査する傾向にあり、アメリカ法における司法審査への接近が見られる。本報告は、取締役の適切な行動を促すという観点から、望ましい司法審査のあり方を考察する。

参考文献

宮本航平「取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任（一）・（二）」法学新報一一五巻五・六号三七—八七頁（二〇〇八年）、一一五巻七・八号四九—一六頁（二〇〇九年）。

(6) 第六部会

(ア) 商法における会計規範の決定について

中央大学 久保大作

本報告は、商法・会社法会計法における会計規範がどのように決定されるべきかについて、基本的な視座を獲得すること、とりわけ、最近の日本における企業会計制度の変化が商法会計法にどのような影響を与えているかを解明し、そのなかにある問題点について検討を加えることを目的とするものである。

日本法における従来の考え方では、商法会計法における会計規範の決定において、会計慣行が相当の影響力をもつ存在として考えられてきた。これに対して、近時、包括規定を通じた会計規制において決定的だった会計慣行の意義が後退し、替わりに会計基準が独自の位置を占めるものとして重要になってきた。本報告はこの変化が妥当なものであるかどうか検討することとした。すなわち、法律でも商慣習でもない会計基準が、法としての拘束力を持ちうるのか、特に民間の会計基準設定主体によって言明される会計基準が商法・会社法上も一定の拘束力を持ちうるのかといった問題である。

以上の問題を検討するための足懸かりとして、アメリカ法およびドイツ法における会計規制のあり方について検討する。

アメリカ法については、証券規制における会計基準設定制度、および会社法上の配当規制における会計原則の認識のされ方についてその歴史的展開を検討する。まず、証券規制における会計基準設定制度の展開についてみることによってなぜ民間機関による会計基準設定がなされるようになったのかを概観する。そのうち、会社法上の配当規制に関する会計原則の内容決定に関して、一九三三年ニューヨーク州株式会社法を解釈した *Randall v. Bailey* 判決、および同判決の立法への影響を検討する。

ドイツ法については、第一に、商法典における会計規制上の一般概念たる「正規の簿記の諸原則」概念に対する解釈論の変化を検討する。その後、一九九八年商法典改正によって導入された民間会計基準設定機関によって制定される会計基準が「正規の簿記の諸原則」概念を中心とした商法会計法の中でどのような地位を得るものとして制度設計されたか、そしてその背景にある考え方を検討する。

最後に、これらの検討からどのような示唆を得られるか、検討したい。

参考文献

久保大作「商法上の会計規範の決定に関する一考察（一）」法学協会雑誌一二四卷一二号二六二九頁以下。

(イ) 合併の対価と企業組織の形態

北海道大学 川村 力

二〇〇五年に成立した会社法では、合併等における対価として、従来の存続会社株式に加え、「金銭等」をも認めることとされた（合併等の対価柔軟化）ことは、周知の事柄である。しかし、これに伴っていかなる法的規律が必要となるかということは、まったく明らかではない。

第一に、新たに三角合併や少数株主縮出しが行いいうところとなったことは著名であるが、とりわけ後者が認められる場合の限界が不明であることが論じられる。このことは、同じ合併の語によりながら、それらがまったく性質の異なる組織再編行為であること、それにもかかわらずその基礎付けを——立法後現在に至るまで——欠いたままであることに、起因する。

かかる組織法上の問題のみならず、第二に資本市場法上の問題がある。組織再編行為は、二段階公開買付（の二段階目）として用いられる場合と、支配権取得後に独立した行為として用いられる場合に、公開買付に異なる問題を生ぜしめる。ところが、会社法が前記改正を被る一方で、二〇〇六年に成立した金融商品取引法では、組織再編行為との接続を図らないままに全部買付義務が導入されるに至った。そのために、少数株主保護と支配権移転規律の双方の観点から、さらには資本市場のあり方について、制度として一貫した見通しがまったく利かない状況にある。

本報告では、日本の現状が抱える以上の問題の認識に出て、アメリカを素材とした検討を行う。第一に、アメリカで合併の対価柔軟化が実質的に定着する、一九七〇年代までの企業結合取引について検討する。取引のあり方を具体的に認識した上で、それが、背景とする社会的な実態、判決（判例法理）や学問的言説との間に、いかなる連関を結んでいたかということを論じる。合併等の対価柔軟化を指示する社会のあり方を認識するためである。第二に、一九八〇年代以降のアメリカの企業結合取引について検討する。合併の対価柔軟化及びそれをもたらす背景が前提された上で、判決（判例法理）がいかに分岐し展開したかを論じる。加えて、実証データさらには法学及び経済学の知見に基づいて、これら判決に対して具体的な取引がまたいかに分岐して展開したかを分析する。合併等の対価柔軟化に伴い生じ得る具体的な諸取引類型について、各取引が成立する前提と問題とを明らかにし、もって法的位置づけと法的対処のあり方を明らかにするためである。

参考文献

川村力「合併の対価と企業組織の形態（一）（二・未完）」法学協会雑誌二二六巻四号七九五頁、二二六巻七号掲載予定（二〇〇九年）。

(ウ) 欧州国際会社法

—— 会社従属法・実質法のありかたをめぐる ——

静岡大学 上田 純子

本報告は、欧州における越境的な企業活動や企業立法の調整に関する経験に学びつつ、わが国の法制度設計に対する示唆を得ることを目的とする。欧州におけるさまざまなツールを駆使した内国会社立法の調整や越境的企業事項に関する立法あるいは司法の介入による調整の状況は、わが国においてもよく研究されている。本報告は、先行研究に負いつつ、最近の欧州の動向をもとに、会社従属法および実質法に対するいくつかの提言を行う。

欧州に類似する状況はより古くは米国の州際コーポレート・チャーター競争に見出される。むしろ、米国の議論を基軸に米国との比較において欧州の状況を分析する文献も少なくない。本報告が欧州に焦点を当てるのは、とりわけ欧州連合を通じた越境企業問題への手当てには、主権国家が主権の一部を共同体に移譲するというかつて類をみない超国家関係において既存の加盟国法の統合を一から探るといふ壮大な経験が蓄積されており、一定の範囲では国家間の紐帯を前提としない国際企業事項の調整に有益な枠組みを提示しうるであろうからである。本報告では、まず欧州におけるハードおよびソフトさまざまな調整のツールについて一瞥したのち、共同体立法を通じた内国会社法制の調整、共同体立法外立法を通じた越境企業事項の調整、共同体立法を根拠として設立される汎欧州企業体、司法による共同体立法の解釈を通じた越境企業事項の調整、および、共同体立法に基づく越境企業再編に目を転じ、その内容を本報告の目的に関する範囲で取り上げ検討する。

実務的には、類似の効果を伴いかつ煩わしい法解釈問題を避けうる他の選択肢の模索により、また、理論的には、その学際性ゆえに、かつては「国際会社法」なる分野に関しては、限られた範囲で先駆的研究が見出されるにすぎなかった。しかるに近年、その議論は成熟しつつあり、本報告における検討および提言は決して目新しいものではなくなっている。平成十七（二〇〇五）年会社法成立の過程においても、多くは採用されなかったもの（内国親会社の外国子会社やわが国において起債する外国会社へのわが国会社法の適用などの問題を含め）外国会社や国際的な株式交換に関するわが国の会社法上の手当てについて興味深い議論がなされている。欧州における越境的企業法調整からの示唆のいくつかは、これらの実質法上の議論の一部に関するほか、従属法のありかたにも及ぶ。

参考文献

- 森田果「ヨーロッパ国際会社法の行方（一）（二・完）」民商法雑誌二二〇〇四年・五号（二〇〇四年）一七五頁以下、一三五卷六号（二〇〇四年）一三五頁以下。
上田廣美「共同体法における会社法の基本的問題とその課題——ヨーロッパ会社と開業の自由を中心に——」慶應法学三二（二〇〇五年）一頁以下、上田純子「会社法・関連立法の成果と国際会社法」浅木慎一・小林量・中東正文・今井克典編『検証会社法』（浜田道代先生還暦記念、信山社、二〇〇七年）五九九頁以下。

資料

Ⅱ
ワークショップ資料（二〇〇九年一月一日）

ワークシヨップ

A ABLにおける担保設定者の担保目的財産の処分権について——流動動産・債権の譲渡担保を中心として

担当者・報告者・司会者 立命館大学教授 小山 泰 史

一九九二年の第五回私法学会において、千葉恵美子助教（当時・現名古屋大学教授）により、「集合動産譲渡担保をめぐって」と題するワークシヨップが開催された。最判昭和六二年一月一〇日民集四一卷八号一五五九頁が提起した問題点、例えば、集合物論と分析論の関係や個別動産の譲受人と譲渡担保権者との関係について、活発な議論がなされた（判タ八〇五号四頁以下参照）。

その後、最判平成一八年七月二〇日民集六〇巻六号二四九九頁は、「構成部分の変動する集合動産を目的とする譲渡担保においては、集合物の内容が譲渡担保設定者の営業活動を通じて当然に変動することが予定されているのであるから、譲渡担保設定者には、その通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限が付与されており、この権限内でされた処分の相手方は、当該動産について、譲渡担保の拘束を受けることなく確定的に所有権を取得することができる」として、右の一九九二年当時の議論に一定の方向性を示した。

けれども、二〇〇五年の動産・債権譲渡特例法により動産譲渡登記が導入された後は、不完全ながら流動動産の譲渡担保についても、その設定が対外的に公示される可能性が確保された。また、流動債権譲渡担保に関する一連の最高裁判決や、第三債務者不特定の債権譲渡登記の導入等により、実質的に流動する動産と債権を一体として担保の目的とすることが、実務上可能になっている。その結果、近時では、動産・債権を担保とした融資は、「ABL」（アセット・ベースト・レンディング）と呼ばれ、実務においても珍しいものではなくなっている。一九九二年のワークシヨップの時点と現在を比べてみると、「動産・債権担保は添え担保に過ぎない」という担保実務は、かなりの変化を生じているといえよう。

以上の前提を踏まえて、本ワークシヨップは、一九九二年以降の立法や判例等の発展を踏まえて、同種の問題につき再度の検討を試みるものである。ただ、右のような動産・債権の一体の担保化という現状を踏まえて、単に流動動産譲渡担保の処分のみを取り上げるのではなく、流動債権譲渡担保についても同時に検討の俎上に載せることとしたい。既に流動動産譲渡担保と流動債権譲渡担保につき、一九九二年のワークシヨップ以前から、両者を個別に考えるのではなく統合化を視野に入れて議論をすることが提言されている（伊藤進「集合動産譲渡担保の法律構成」『明治大学創立百周年記念論文集』一一七頁（一九八〇年））。すなわち、譲渡担保の目的物が在庫商品である場合には、それが売却されることが予定されており、その結果、売却債権に転化すること、原材料の場合には加工され加工製品が売却されて売却債権に転化することが想定されているわけであるから、これら将来の売却債権をも想定しての担保化を考えるとすれば、両者は一体的に結びついたものとして検討することが必要不可欠である、というのである。

本ワークシヨップでは、このような指摘を踏まえて、とりわけ、それぞれの譲渡担保の設定に際して、流動動産譲渡担保設定者の「通常の営業の範囲内」における処分権限と、流動債権譲渡担保の設定者の債権取立権を、他の抵当権設定者の抵当不動産上の従物の処分等と対比し、かつ、担保設定者の「担保価値維持義務」の性質の異同に着目して、議論の整理を試みることにする。その際、次の四つの視点からの分析が重要であると考えられる。すなわち、第一に、キャッシュフローを発生させる在庫商品自体をめぐる権利関係の優劣とその判断基準。第二に、在庫商品とその転売から生じる売却

債権、その取立換価金と債権者たる銀行の預金勘定への預け入れ、その預入金の払い戻しとその資金による新たな在庫商品の購入という、キャッシュフローの各形態の変化とそのサイクルへの着目。第三に、キャッシュフローの形態の各段階で、債務者（担保設定者）にどのような、また、どの範囲で担保目的財産の処分権限が認められるか。第四に、その処分権限の範囲が、第三者との関係に対してどのような影響を持つか、である。これらキャッシュフローの各プロセスに着目した分析を試みることで、ABLの特性に応じた議論が可能になると考えられるからである。

参考文献

拙著『流動財産担保論』（成文堂・二〇〇九年、近刊予定）、拙稿「流動財産担保における『通常の営業の範囲内の処分』と固定化・再流動化」立命館法学三一
五号（二〇〇八年）一頁以下（<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/07-5/2007-5.htm>）、拙稿「流動財産担保における『通常の営業の範囲内の処分』」立命館
法学二八四号（二〇〇二年）一頁以下（<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/02-4/02-4idx.htm>）。

B 保険法における解釈論上の諸問題

担当者・報告者 北海道大学教授 山本 哲生
司会者 首都大学東京教授 潘 阿憲

保険法が制定されてから一年余りが経過し、保険法における解釈論上の問題がいろいろと指摘されており、また、保険法の施行も迫りつつある。本ワークショップでは、保険法における解釈問題のうちのいくつかをとりあげ、議論することとしたい。とりあげる問題は、次のようなものが考えられる。

- ・告知義務における因果関係不存在特則について。因果関係不存在特則が片面的強行規定とされたこともあり、自動車保険における免許証の色のよ
うな事項と保険事故の因果関係の有無についてどのように考えるかが問題となっている。因果関係を認めるような解釈は適切であるといえるか、
仮に解釈で因果関係を認めることはできないとして、因果関係不存在特則を外すような約款が有効となりうるか、約款が有効となるにはどのよう
な点が問題となるかなどの点について考える。
- ・危険変動のルールについて。保険料増額請求、引受範囲外に増加した場合の処理など約款に委ねられた部分について、約款はまったく自由に定め
ることができるのかという問題がある。また、解除の効力が片面的強行規定であることも絡んで、これらの場合にどのような内容の定めを置く
ことが許されるかが問題となる。
- ・保険金受取人の変更をめぐる諸問題について。受取人変更は遺言による場合を除いては、保険者に対する意思表示によるという形で法的安定性に
配慮した立法がなされたが、発信の有無、受取人の解釈、変更方法に関する約款の効力等についてはいろいろな議論がありうるどころであり、こ
れらの点について考える。
- ・保険金受取人先死亡の場合の解釈論について。受取人の相続人のうち生存中のものに限られるか、相続人≠被保険者のときに被保険者が受取人と

なるのか、受取割合はどうか等の点で最判平成五・九・七民集四七卷七号四七四〇頁との関係がどうなるかという問題は残っている。

ワークショップでは潘教授の司会のもと、報告者による簡単な報告の後（生命保険に関する問題点については、ペーパーの配布で報告に代えることもありうる）、参加者による自由討議を行う。時間があれば新たな問題点の指摘も歓迎する。

C 英国企業買収規制からの示唆について考える

担当者・報告者	早稲田大学教授	渡辺宏之
コメンテーター	東京大学客員教授	松尾直彦
司会者	早稲田大学教授	上村達男

最近、「英国企業買収規制」への注目が高まっているが、本ワークショップでは、英国における企業買収規制の実像と運用の在り方について確認しつつ、その示唆について考察する。「まず英国ありきのスタンスではなく」、他の欧州諸国等の法制やルール運用も視野に入れ、わが国の企業買収法制にとっての示唆が何であるのかについて、徹底して議論する場としたい。

資料

Ⅲ 拡大ワークショップ資料（二〇〇九年一月一日）

拡大ワークショップ

民法（債権法）改正問題の検討

担当者・報告者	京都大学教授	山本 豊
司会者	京都大学教授	松岡 久和
司会者	京都大学教授	潮見 佳男
報告者	慶應義塾大学教授	平野 裕之
報告者	大阪市立大学教授	高橋 眞

報告① 「本拡大ワークショップの狙い、債務不履行法および約款法」（山本豊）

報告② 「法律行為法・契約の成立および消費者法・商法」（平野裕之）

報告③ 「契約各則の規律・売買及び役務提供を中心に」（高橋眞）

私法学会では、一九九八年に「民法一〇〇年と債権法改正の課題と方向」と題するシンポジウムが、昨年（二〇〇八年）には、「日本民法典財産編の改正」、「消滅時効法の改正に向けて」と題する両シンポジウムが行われ、民法改正についての論議を積み重ねてきたところ、本年（二〇〇九年）四月には、「民法（債権法）改正検討委員会」による「債権法改正の基本方針」が公表され、さらに、これに先立つ本年一月には、「民法改正研究会」のまとめた「日本民法典財産法改正試案・仮案（平成二十一年一月一日案）」も提示され、民法（債権法）の抜本改正に向けての機運が一気に高まってきた。

このような状況の進展を受け、学会レベルでも一層の議論の進展・深化が期待されると考えられる。本ワークショップでは、三名から成る報告者グループが、「債権法改正の基本方針」の取り扱っている領域のうちの主要な分野を対象として、すでに公表されている諸提案へのコメントや各人の提案をまじえた報告を行うことにより、学会員・参加者の実り多い議論のきっかけを提供できればと考えている。

当日のスケジュールとしては、まず、報告者グループによる報告を行った後、会場の参加者全員での討論に移り、最後に指定発言者からのコメントにより討議を締めくくることを予定している。

参考文献

民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針（別冊NBL二二六号）』（商事法務、二〇〇九年）、民法改正研究会「日本民法典財産法改正試案・仮案（平成二十一年一月一日案）」判例タイムズ二二八二号（二〇〇九年）五頁以下、椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える（法律時報臨時増刊）』（二〇〇八年）。