

改正民法管見

— 財産法を中心として —

山田 恒夫

- 1 はじめに
- 2 成年後見制度について
 - (1) 民法第7条の表現上の問題
 - (2) 要介護者の財産管理の重要性
 - (3) 成年後見制度見直しの必要性
- 3 動産譲渡に係る公示制度
 - (1) 譲渡される動産に関する問題
 - (2) 被譲渡動産の管理・処分に関する問題
 - (3) 動産・債権譲渡に関する民法特例法第1条に係る問題
- 4 民法第709条に関すること
 - (1) 従来権利侵害の考え方
 - (2) 今回の改正と今後の不法行為訴訟への影響
 - (3) 最近の不法行為の成否に係る司法判断
 - ① 条理上の義務違反が違法性を有し、不法行為が成立するとした事例
 - ② 検察官の不起訴処分と国家賠償責任
 - ③ 婚姻外の男女関係の一方的解消による不法行為の成否
 - ④ オプションの売り取引の勧誘と適合性原則違反その他を理由とする不法行為の成否
- 5 むすびにかえて

1 はじめに

民法（明治29年4月27日法律第89号、明治31年6月21日法律第9号）は、明治31年7月16日に施行されて以来30回の改正を経て今日に至っている¹⁾。これらの改正の中で、民法すべてに亘って改正されたのは今回がはじめてである。したがって、内容はともかくとして、形式的にみれば、平成16年法律第147号による改正は大改正といえることができる。

今回の民法の現代語化にあたっては、片仮名混じりの文語調表現が、平仮名混じりの口語体に改められただけでなく、条文見出しがつけられて、目次に条数が加えられた。このことは、民法が市民生活の中に浸透し、法律の専門家だけでなく、誰でもが容易に民法と相談しながら日常生活を送れる方向に向かうことができるようになったという点で、その意義は大きい。

民法典だけでなく、関連した法律も改正された。高度情報化社会の進展とそれに伴う経済活動の目まぐるしい程の変化への対応という必要性から、止むを得ないことかもしれないが、矢継ぎ早な法改正は、実務上若干の混乱を生じさせる懸念なしとしないし、従来の理論との整合性に問題が残る心配もある。

本稿においては、このような点のうち、平成11年改正の成年後見制度、今回改正の動産譲渡に係る公示制度及び民法第709条の不法行為による損害賠償規定について若干の考察を試みた。

その結果、成年後見制度については、条文表現に“精神上的の障害により”という言葉が用いられていることが、この制度利用に対する大きな障害になっていることがわかった²⁾。

動産譲渡の登記制度については、会社法改正との関係で、個人破産者が多発する危険性が生じることが明らかとなった³⁾。

不法行為についての民法第709条については、従来の違法性論への影響が、今後の注目点であることが審らかとなった⁴⁾。

2 成年後見制度について

成年後見制度が民法に規定されたのは、平成11年の法律第149号によってである。これと併せて「任意後見契約に関する法律」平成11年法律第150号、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」平成11年法律第151号、「後見登記等に関する法律」平成11年法律第152号が一括して2000年4月から施行された。

成年後見法施行後約1年間の運用状況は、共同研究チームによって調査・研究され報告もされている⁵⁾。この研究報告は、上記改正法等を是とし、それらをより普及せしめていくにはどうすれば良いかという点に対する考察が根底にあるように見受けられる。けれども、例えば任意後見契約は、実の親子関係であって、その必要性があると思われる状況においても、実際に締結されているケースは極めて少ないように見受けられる。この原因は被後見人、被保佐人または被補助人となる本人が任意後見契約に同意しないケースが多いからに他ならない。いわゆる任意後見契約の委任者になることを拒絶するので、契約が成立せず、受任者となるべき者が委任者となるべき者の財産管理に多大の労力と時間を割かなければならないという状況は、高齢者を抱える家族にあっては、一般的になってきていると言っても過言ではない。このような状況になってきている原因の一つは、任意後見契約に関する法律第2条第1号に任意後見契約を定義して「委任者が、受任者に対し、精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況における自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部または一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約であって、第4条第1項の規定により任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずる旨の定めのあるものをいう」と規定していることにある。この定義規定の問題点は、“精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況にある”という表現にある。任意後見受任者となるべき者が委任者となるべき者に任意後見契約の締結を申入れたとしても、委任者となるべきものは、“受任者となるべき者は自分を気狂い扱いしている”という認識を抱くことになる。そこで、任意後見契約を拒絶するという状況になるとと思われる。任意後見契約に関する法律がこのような表現を用いた所以は、民法第7条以下の規定に依拠して作られたからである。

(1) 民法第7条の表現上の問題

後見開始の審判について定めた民法第7条は「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人または検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる」と定めている。従来、心身喪失の常況にある者と表現していた点を“精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者”と言いかえただけであって、精神障害者の行為能力に関する、家庭裁判所の審判開始について定めていることに変わりはない。従来は、禁治産者と準禁治産者の2段階であった規定を、被後見人、被保佐人、被補助人の3段階に分けて、精神障害者についての行為の能力について定めたとはいえ（第11条、第15条）、その法律上の取扱方に大差はない。

個人の尊厳と本質的平等を基礎として、権利能力をすべての自然人に認めた近代法においては、個人の活動は個人の意思によってのみ決定されるべきであるとする意思理論は、私的自治の原則あるいは自己決定の原則として民法の基本を形成している。

私的自治の原則が妥当する権利義務の変動においては、個人の意思が中心的要素となる。だとすれば、正常な意思を持たない者の行為は、権利義務の変動という法律的效果が認められるべき基礎を欠くものである。加えて、正常な意思を持たない者に単独で行為を行わせると、自由競争における犠牲者となる危険性も存する。そこで民法は、法律的效果を生じる行為につき正常な意思、つまり自己の行為につき判断するだけの能力、あるいは行為の結果を弁識する精神能力が必要であるとし、この精神能力のことを意思能力と呼んでいるわけである。民法の立法者は、スイス民法（18条）、あるいはドイツ民法（104条、105条）におけるような意思能力の規定をおこなったが、この能力の存在を自明のこととし、意思能力を欠く者の行為は無効であるという立場を採った⁶⁾。

つまりわが民法は、意思能力はあるが、精神上の障害によって事理を弁識する能力を欠くかまたは著しく不十分なしは不十分な者を制限能力者として、その行為能力に制限を加えたのである。

(2) 要介護者の財産管理の重要性

人間は、加齢に伴って生ずる心身の変化を避けることはできない。老後の健康保持と適切な医療の確保を図ることは、国の責務でもある。このような見地から国は老人保健法を昭和57年に定めて、施行してきている（昭和57年8月17日法律第80号、施行昭和58年2月1日）。

同法の基本理念は、1. 国民は、自助と連帯の精神に基づき、自ら加齢に伴って生ずる心身の変化を自覚して常に健康の保持増進に努めるとともに、老人の医療に要する費用を公平に負担するものとする。2. 国民は、年齢、心身の状況等に応じ、職域もしくは地域または家庭において、老後における健康の保持を図るための適切な保健サービスを受ける機会を与えられるものとする。というものである（老保法第2条）。

このような健康保持と適切な医療の確保を図っても、加齢に伴って生ずる心身の変化は、介護を要する状態を生起せしめることは避けられない。そこで国は平成9年に介護保険法を制定し、平成12年4月1日から施行してきている（平成9年12月17日法律第123号）。この法律の目的は、加齢に伴って生ずる心身の変化に起因する疾病等により要介護状態となり、入浴、排せつ、食事等の介護、機能訓練並びに看護及び療養上の管理その他の医療を要する者等について、これらの者がその有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができる

よう、必要な保健医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行うため、国民の共同連帯の理念に基づき介護保険制度を設け、その行う保険給付等に関して必要な事項を定め、もって国民の保健医療の向上及び福祉の増進を図ることである（同法第1条）。

そして、要介護認定については、その審査判定基準を、要介護認定等に係る介護認定審査会による審査及び判定の基準等に関する省令（平成11年4月30日厚生労働省令第58号）で示している。要介護認定は、入浴、排せつ、食事等の介護、その他同省令第3条に掲げる行為に要する1日当たりの時間を厚労省告示平成12年3月24日厚告第91号に示す方法で推計した結果によって行われている。その中には被介護者の財産管理に要する時間はまったく含まれていない。

要するに、高齢者に対する国の行っている措置は、老人の保険に関することと介護保険に関することだけであって、高齢者の財産管理に関することは何の措置も施されていないのが現状である。強いて言えば、本人が判断能力のある間に、判断能力が不十分な状態になった時に備えて契約によって任意後見人を選任し、その任意後見人に財産管理に関する権限を付与しておくという方法があるかもしれない。さりながら、この任意後見制度を利用するかどうかは、本人の選択にまかされている。任意後見制度は自己決定権を最大限に尊重する制度であり、私的自治の原則に適う制度であるから、その性質上、原則として法定後見制度に優先して適用され、本人が任意後見制度を利用しない場合または任意後見制度では本人の権利や利益を擁護することが困難な場合に法定後見制度が適用されることとなる。

法定後見制度にしても任意後見制度にしても、いずれも被後見人となるのは精神上的の障害により判断能力が不十分であるため法律行為における意思決定が困難な者についてその判断能力を補う制度であるから、身体的行動能力が不十分なために、自らは法律行為を行えないが、判断能力は十分あるという者の財産管理をどのように行うかについては、等閑に付されているのが現状である。

(3) 成年後見制度見直しの必要性

任意後見契約に関する法律施行後1年間における概況については、註5) に記した文献に詳しい。全体的に、任意後見制度がより多く利用され、普及させていくことが望ましい状態であるという認識であるように見受けられ、その背景には高齢化社会への対応ということも存するように推察できる。けれども、任意後見法が、精神上的の障害により判断能力が十分でない人々を対象にしているという点において、法定後見法（民法第7条）の延長線上にある限り、高齢者の財産保護に、ある程度以上（高齢者で財産保護・財産管理に他人の

助けを必要としている人の少なくとも半数以上、近未来的に1,000万人程度と予測できる)機能していくとは到底考えられない。この点に対する対策を国が講じなければ、各種詐欺事件がますます増加し、被害を被る高齢者が増えていくことになる。

現行任意後見契約法は、代理人に対する監視監督制度にはある程度意を用いられているが⁷⁾、任意後見制度を用いる人に対しては、安易に民法第7条等を準用したの誹りは免れない。もし、成年後見制度には補助制度を設けたから、実務上のニーズにも応えているというのであれば、それは全く高齢者の実情を知らない人の、机上の空論にしか過ぎない。民法上の規定としては、従来⁸⁾の禁治産および準禁治産よりは、補助制度も導入したことは、進歩であると言える。けれども、軽度の精神上の障害(痴呆・知的障害・精神障害等)により判断能力の不十分な者を対象とした制度であり、法定後見という枠内において、自己決定の尊重の理念を最大限確保することを目指した補助制度であるならば、高齢者の財産保護という観点からは、ほとんど機能しない制度であると断じざるを得ない。

高齢者の財産保護・管理の問題は、成年後見制度の領域というよりも、相続法上の問題とも関連させて、場合によっては高齢者介護との関係において論ずることが必要であり、わが国の喫緊の問題であると思料する。

3 動産譲渡に係る公示制度

わが国は、民法施行以来、今回の改正までは、物権変動、就中、所有権の移転について、当事者間では意思主義に基き、契約成立と同時に譲渡人から譲受人に所有権は移転するが(民第176条)、第三者に対抗するためには、不動産にあつては登記、動産にあつては引渡しを必要とするということが、当然のこととして定着してきていることは否定できない。そして、今回の民法改正でこのことに変更が加えられたわけではない。ただ、債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律(平成10年法律第104号)の一部を改正する法律(平成16年法律第148号)が施行されて、法律の題名が「動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律」に改められて、動産譲渡の公示制度としての登記が導入されたのである。

この動産譲渡の登記と民法第178条との関係は、指名債権の譲渡における民法第467条と債権譲渡特例法との関係と同様に、当事者が引渡し(占有改定による引渡しも含む)または登記を自由に選択することができ、二重譲渡のような場合は、いずれの方法でも、先行した方が優先することになったのである⁸⁾。

動産譲渡の登記制度が設けられた所以は、動産譲渡担保の安定性・実効性を図ることである⁹⁾。また、その背景は、金融実務における不動産の資産価値の継続的下落による資金調達・融資手法の行き詰まり脱却策として、事業のキャッシュフロー・収益性に着目した新たな融資手法の模索である¹⁰⁾。この融資手法の検討に当っては、当初からアメリカ統一商事法典（Uniform Commercial Code—UCC）第9編を参考にしてきたものと思われる¹¹⁾。つまり、従来のがが民法の担保物権法に抵触することなく使える担保方法をUCC第9編の中から抽出してアレンジした結果が、動産の譲渡担保を登記するというやり方である。

施行されて間もない現在、このことによってどのような解決されなければならない問題が生じ、それに対して裁判所がどのように判断していくかは今後の問題であるが、現在考えられる問題点を2点だけ以下に挙げておく。

(1) 譲渡される動産に関する問題

特例法第3条の定める、登記できる動産には、貨物引換証、預証券及び質入証券、倉荷証券または船荷証券が作成されているものは含まれない。すなわち、信用状発行に際して担保となった輸入品は、登記の対象とはならない。最高裁は平成11年5月17日の第二小法廷決定で、

① 銀行甲が、輸入業者乙のする商品の輸入について信用状を発行し、約束手形の振出しを受ける方法により乙に輸入代金決済資金相当額を貸し付けるとともに、乙から右約束手形金債権の担保として輸入商品に譲渡担保権の設定を受けた上、乙に右商品の貸渡しを行ってその処分権限を与えたところ、乙が右商品を第三者に転売した後、破産の申立てをしたことにより右約束手形金債務につき期限の利益を失ったという事実関係の下においては、右商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、転売された右商品の売買代金債権を差し押さえることができる。

② 動産譲渡担保権に基づく物上代位権の行使は、右譲渡担保権の設定者が破産宣告を受けた後においても妨げられない。

旨、判示している¹²⁾。この判示事項は、動産譲渡担保登記制度が施行されても、何ら変わることはない。

本決定は、本件のようなTRという特殊の取引形態の下においてではあるが、譲渡担保権について物上代位を認めたはじめての最高裁決定であり、理論上も実務上もきわめて重要な決定である¹³⁾。本件で物上代位が認められたということは、船荷証券等の船積書類の差入れによって、輸入商品の引渡しを受け、譲渡担保権者が対抗要件を具備したことを認めたことになる。したがって、仮に動産譲渡の登記がなされていたとしても、結論には何の変りも生じない。

理由はともかく、動産の譲渡担保に物上代位権を認めることは、動産譲渡担保制度の利用を促進することになり、今回の動産譲渡に係る登記制度創設を意義あるものにするには間違いない。

さりながら、動産譲渡担保権者は、まず占有改定により引渡しを受け、さらに動産譲渡登記をすることが、競合する譲受人などに対し、立証を容易にすると料する。

本件にあつては、船荷証券等の船積書類による譲渡担保の設定であるから、登記の対象とはならないが、登記の対象としても特に支障があるとは考えられない。特例法第3条第1項については、今後さらなる検討を要すると思われる。

(2) 被譲渡動産の管理・処分に関する問題

前掲最高裁決定の判例は、輸出入に係る動産の譲渡担保の問題であつて、殊に本件はTRの方法により、金融機関に譲渡した輸入商品を、その管理・処分を目的として金融機関から借り受ける取引である。形式的には従来不動産の譲渡担保で行われてきたのに類似している。だとすれば、動産の譲渡担保を活用した資金調達の実務においても、TR類似の取引が活用されるであろうことは、想像に難くない。実務は理論に先行するのが通常であり、今回の特例法改正が当事者の意思を尊重して、契約自由の原則をできるだけ規制しないようにとの配慮に基づいていることからすれば、想像に難くないことは明らかである。このような観点から動産の譲渡担保を考えると、当該動産の担保価値の減少について金融機関側は、担保契約締結時に配慮しなければならないことになる。

さらには、本件のごとく、債務者倒産のような場合に、倒産した債務者がTRにより担保動産を売却して、物上代位権行使によって金融機関が売却金を取得するということがなれば、少しでも高く売却されることが金融機関にとっては望ましいことになる。

このように見てくると、動産の譲渡、就中、担保目的の譲渡の場合には、担保動産の最低評価額を登記事項の中に入れておくことが望ましい。そして、登記が10年間存続し得るのであるから、適時に評価を見直して修正できるようにでもしておけば、債権者側は安心かもしれない。

(3) 動産・債権譲渡に関する民法特例法第1条に係る問題

特例法第1条は「この法律は、法人がする動産及び債権の譲渡の対抗要件に関し民法（明治29年法律第89号）の特例等を定めるものとする」と定め、動産譲渡の登記ができるのは法人に限られることを明記している。この条文の文言からは、譲渡人は法人である必要があるが、譲受人も法人でなければならないのか、自然人でも良いのかが明瞭でない。この

点について「動産・債権譲渡に係る公示制度の整備に関する要綱」（平成16年9月8日法制審議会総会決定）は、登記の対象について「法人が譲渡人である動産譲渡を登記の対象とするものとし、登記の対象となる動産譲渡に係る動産は個別動産であるか集合動産であるかを問わないものとする」ことを明示している。したがって、譲渡人（動産譲渡担保権設定者）は法人でなければならないが、譲受人（動産譲渡担保権者—通常、金融機関等）は法人であるを要しない。

以上のことから、個人は動産譲渡担保制度を利用して、金融機関あるいは場合によっては個人から融資を受けられないように見受けられる。けれども、個人が実質一人会社のような法人を設立すれば、自己の有する動産を譲渡担保にすることは可能であることになるので、譲渡人を法人に限定することが、無意味化しかねない懸念が残る。例えば、全く普通の個人が「社団法人 株式会社 民事法学研究所」を設立して、自己の有する書籍・資料等の所有権を研究所に移して法人の財産としておけば、これら総てを一括して譲渡担保に供し、金融機関あるいは場合によっては古書店等から融資を受けることは可能となる。その後、当該個人が譲渡担保たる書籍・資料等を第三者に売却した後に、自己破産をしたというような場合には、債権者は全くの不良債権を抱え込むこととなる。

動産譲渡担保は不動産譲渡担保に比してはるかに担保物の処分が容易であるから、登記の有無に関わらず、このような事態は発生しやすい。のみならず、企業（例え一人会社であっても）に、動産譲渡の登記を経て融資することは、融資側に法的地位が安定化したような錯覚を抱かしめることとなる。法務省民事局では、“今回の法改正により、動産・債権譲渡の譲受人の法的地位が安定化することになり、動産・債権を活用した資金調達の円滑化のための法的な環境が整った”と考えているようであるが¹⁴⁾、全く逆に、新たな金融不安を抱きかねない危険性も孕んでいることにも思いを致す必要がある。もし、制度を一応整えておけば、後は民間の自助作用で何とか機能し、解決してゆくであろう、放置できない状態になったら、またその時に対策を考えれば良いというような考えが根底に潜んでいるとすれば、国家の大計を誤った方向に導きかねない。

4 民法第709条に関すること

改正民法第709条は「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定している。従来は、単に“他人の権利を侵害した者は”となっていたが、“又は法律上保護される利益を侵害した

者”が付加された。つまり、一般不法行為の要件の中で、従来権利侵害となっていたところに利益侵害が加わったわけである。このことによって、不法行為の範囲は広がるのか、実質的に従来と変わらないと考えて良いのか、あるいは狭くなるのかを検討しておかなければならない。

(1) 従来の権利侵害の考え方

民法施行初期の段階においては、権利侵害要件は、古典的な自由主義思想を背景にしたもので、活動の自由、特に経済的自由競争を裏面から保障する機能を担うことを予定されていた¹⁵⁾。判例も、初期の判例は、おおむね、この立法者の意思に従い、権利侵害なきところに不法行為責任なし、としてきた。例えば「桃中権雲右衛門事件」(大判大3.7.4 刑録20輯1360頁)においては、明治32年に制定され、明治43年に改正された旧著作権法のもとで、実演家もレコード製作者も著作権が認められなかった。レコードの海賊版を製造販売することは、正義の観念には反するが、権利がなければ、当然にこの侵害ということもないので、不法行為は成立しないということである¹⁶⁾。要するに709条の「権利」を、法律上権利としての地位が確立しているものに限ったのである¹⁷⁾。この初期の判例を変更した判決が「大学湯事件」(大判大14.11.28 民集4-670)である。本判決理由によれば、不法行為とは「法規ノ命ズルトコロ若ハ禁ズルトコロニ違反スル行為」であり、これによって生じた悪結果を除去する手段として債務不履行としてのまたは絶対権にもとづく請求権による救済のほか、損害賠償請求権による救済があり、これが民法上の不法行為である。

何を不法行為とするかについては立法も多様であるが、わが民法709条は、「故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出デ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ」という広汎な意味に解すべきであり、その侵害の対象は、所有権、債権、無体財産権、名誉権等の具体的権利のほか、これと同一程度の厳密な意味ではまだ権利といえないが法律上保護すべき利益すなわちわれわれの法律観念上、その侵害に対して不法行為にもとづく救済を与えることが必要だと思われる利益でもよい。民法第709条の「他人ノ権利」を具体的権利と解し、何権が侵害されたかのせんさくに腐心し、われわれの法律観念に照らして大局から考察する容易を忘れ、不法行為の救済を局限することはきわめて不当である¹⁸⁾。

この後、学説的には、違法性理論が抬頭し、通説となってきたわけである。これに対して判例は、おおむね大学湯事件の判旨に依拠してきたとみることができよう。ただ、科学技術の進歩発達による社会状況の変化は、各種の新たな不法行為の態様を現出してきたために、個々の形態における権利侵害と違法性の関係、違法性の判定等の点で多くの議論が

なされ、研究がなされてきたといえる。その中であって、違法性論を明示的に採用したのが国家賠償法である。

(2) 今回の改正と今後の不法行為訴訟への影響

今回の民法第709条の改正により、従来権利侵害に加えて、“又は法律上保護される利益”の侵害が明定された。このことにより、今後の不法行為にもとづく損害賠償請求訴訟提訴に当って、原告は、自らが侵害されたのは権利なのか、利益なのか、権利と利益の両方なのかを明らかにしなければならないと考えられる。従来権利侵害のみが定められていた時は、権利侵害は法秩序を破る最も典型的な場合であり、違法性の徴表であるとして、権利侵害を違法性と解し、違法性有無の判断にあたっては、被侵害利益の種類と侵害行為との相関関係を考慮すべきであるとされてきた。この論理は判例においてもかなり取り入れられてきたと見ることができよう。いわば、通説・判例といって良いかもしれない。さりながら、違法性理論には多くの批判もあり、理論状況はかなり不安定であった¹⁹⁾。

今回の改正で、権利侵害とは別に利益侵害を加えたことは、違法性理論に若干の変化をもたらすことになる。例えば、違法性理論では利益侵害も権利侵害の一態様と考えられてきたわけであるが、金銭的な被害を被らない権利侵害もあるわけであるから、権利侵害と利益侵害を違法性で一括することは困難ではないかと思われる。

また、損害の発生が不法行為の要件であることは従来と変わらないから、被った被害が権利侵害によるものなのか、利益侵害によるものなのか、あるいはこれらの併合によるものなのかによって、損害額の算定は著しく変わってくると思われる。要件論的に言えば、権利侵害はあっても、財産的損害の面からは、積極的損害・消極的損害を問わず、損害要件に欠ける場合であっても、精神的損害の賠償を請求することになる²⁰⁾。いずれにしても、損害額の算定にあたって、権利侵害と利益侵害を明らかにしておくことが必要になる。

不法行為の成否の判断に当っても、違法性のある作為・不作為によって侵害されたのは権利なのか、利益なのかを明らかにしなければならない。そのことによって、過失の有無の判断も影響を受けることはないとは言えないので、挙証責任の分担の問題も含めた要件事実論も、場合によっては見直さなければならないのかもしれない。

(3) 最近の不法行為の成否に係る司法判断

最近の不法行為の成否に係る判決を、権利侵害あるいは違法性の面で、どのように下しているかを若干観察する。

① 条理上の義務違反が違法性を有し、不法行為が成立するとした事例

東京高裁平成15年11月12日判決

(平15(ネ)第2595号、平15(ネ)第3097号 損害賠償請求控訴、附帯控訴事件)²¹⁾

[事案の概要]

- i) 本件は、証券会社が顧客に対し、新株引受を紹介するに際して、当該会社の財務状況を具体的に説明しなかったことが説明義務違反として不法行為の成否が認められるか否かが争われた事案である。
- ii) X(一審原告、被控訴人、附帯控訴人)は、大手証券会社であるY会社(一審被告、控訴人、附帯被控訴人)との間で、従前から証券取引を行っていたところ、Y会社の従業員であったY2名(一審被告、控訴人、附帯被控訴人)がXに対し、A社が増資をするので、新株を引き受けてはどうかという話をした。A社は、財務状況が良くなく、Yらも認識していたが、Xに対しては、A社の代表者を伴って、A社の事業内容等の一般的な説明をただけで、財務状況等の問題性についての具体的な説明はしなかった。Xは、大手証券会社のY会社が推奨する以上、間違いはないだろうと考え、A社が発行する新株3000万円分を引き受けた。その後、A社は、事実上倒産状態で、引き受けた新株は無価値であることが判明し、Xが損害を被った。Xは、A社が業績が悪く、新株を引き受けると損害を被る可能性が高いことを知りながら、Xに真実を告げずに投資させたとして、Y2名に対して民法第709条により、Y会社に対して民法第715条に基づき、引き受けた3000万円分の損害賠償を請求した。
- iii) 一審では、Yらには、Xに投資を勧める際には、Xが利害損失を判断することができるような資料の提供及び適切なアドバイスを行う条理上の義務があったところ、財務状況の資料や問題性のアドバイスもしなかったことは、上記義務に違反して不法行為責任を負うと判断し、他方、X側も、従来から証券取引の知識と経験があり、損害発生については8割の寄与責任があるとして、過失相殺し、600万円の限度で認容した。
- iv) 控訴審では、Yらは、Xに対して勧誘を行ったものではなく、A社を紹介したに過ぎず、紹介行為について、Xとの間で、契約等の法律関係も存在しない以上、一審が指摘する適切なアドバイスを行う条理上の義務が発生することはなく、新株の引受は、Xの判断で行ったに過ぎないので、Yらに不法行為が成立することはないなどと主張して争った。

これに対して、控訴審では、本件判決において、Y会社とXとは、従前から継続的に証券取引を行っており、一定の信頼関係が存在し、それを前提に新株引受を紹介する以上、Xが投資することが相応しいとX側が受け取るのが当然予想され、Y会社が

義務として、継続的取引関係に関連して株式取引をXに紹介するという実態を具備する行為といえ、個別具体的な契約関係の成立に至っていなかったとしても、Xが十分検討しないで投資について判断することがないよう、Y会社には、Xが誤った判断をしないための必要な情報を伝える継続的な取引関係に付随する条理上の義務があったと認め、Yらが、A社について当時相当悪化していた財務状況の問題点を具体的にXに説明しなかったことは、上記義務を怠ったもので、Xに対して不法行為責任を負うとし、また、X側にも8割の過失責任があるとして、一審の判断を支持し、控訴及び附帯控訴をいずれも棄却した。

本判決は、条理上の義務違反を、過失と違法性の両方の要件を満たすと判断していることを見ることができる。

② 検察官の不起訴処分と国家賠償責任

和歌山地裁平成16年8月24日判決

(平15年(ワ)第144号損害賠償請求事件)²²⁾

本事例は、国家賠償法に関する事件であるが、原告主張の利益が法律上の保護に値する利益とは認められないから、国家賠償法上の法益侵害があったとは言えないとして、国家賠償法第1条の違法性を否定した事案である。

[事実の概要]

- i) 本件は、交通事故により傷害を負い、約4か月後に死亡した被害者A(92歳)の遺族X(Aと同居の二男)が、同事故の加害者Bの業務上過失傷害被疑事件につき、これを不起訴処分とした検察官の処分は不当である旨の検察審査会の議決がなされたにもかかわらず、検察官が補充捜査をせずに放置し、Xの問い合わせにも誠実な対応をせず、事前に何らの説明もせずに不起訴処分にしたのは違法であると主張して、国に対し国家賠償(慰謝料)の請求をした。
- ii) Xの請求の根拠は、検察官が、犯罪被害者保護法等に基づき、捜査・公判の過程において、被害者及びその遺族の心情や安全に十分配慮し、その尊厳に敬意をもって処遇する法的義務を負い、検察審査会の不起訴処分不当の議決に対し、適切な期間内に適正な捜査をし、必要な措置をすべき義務があるにもかかわらず、これに違反したというものである。
- iii) これに対し、和歌山地裁は「検察官は、国家及び社会の秩序維持という公益を図ることを目的として捜査権及び公訴権を行使しているのであって、犯罪被害者やその遺族に対して捜査状況を開示する法的義務は認められないことや、検察審査会の議決後の

捜査も、公益の実現を目的として、検察官や捜査官がその裁量的な判断に基づいて実施するものであることを考えると、犯罪被害者らが捜査状況の開示を受けたり、一定期間に捜査が遂げられるといった期待は、一般的にみて法的根拠に裏付けられたものではない事実上の利益にとどまるものと言わざるを得ない。したがって、原告が主張する利益は法律上の保護に値する利益とは認められず、原告主張の義務違反を根拠に、国家賠償法上の法益侵害があったということはできない」旨、判示した。

この判示は、国家賠償法1条1項の“違法に”の文言の内容を具体的に“法律上保護に値する利益”に限定し、法律上の根拠に裏付けられたものではない事実上の利益は、仮に侵害したとしても、違法ではないことを明示した点が注目に値する。

今回の改正709条における法適用と法解釈の面で、地裁レベルの判決とはいえ、示唆に富む判示であると思料する。

③ 婚姻外の男女関係の一方的解消による不法行為の成否

最高裁平成16年11月18日第一小法廷判決

(平15(受)第1943号損害賠償請求事件)²³⁾

本事例は、婚姻外の男女関係の存続に関する法的な権利侵害ないし利益を有するものとはいえないとして、不法行為の成立を否定したものである。

[事実の概要]

- i) X女(原告・控訴人・被告人)とY男(被告・被控訴人・上告人)は昭和60年11月に結婚相談所を通じて知り合い、その1ヵ月後には婚約し、翌年3月に婚約を解消したが、「お互いにとって大切な人であることにはかわりはないため、スープの冷めないぐらゐの近距離に住み、特別の他人として、親交を深めることに決めました」との書状を関係者に発送した。XとYは互いの家を行き来していたが、同居をしたことはなく、合鍵を持ち合うことも、YがX宅に泊まったときに一緒に食事をすることもなく、また生計も全く別で、それぞれが自己の生計の維持管理をしており、共有する財産もなかった。Xは出産には消極的であったが、Yが子どもを持つことを強く望んだため、Yが出産に関する費用及び子の養育について全面的に責任を持つという約束をした上で(長男出生前の平成4年11月17日にその取決めを記載した書面に公証人の確定日付を受けている)、平成元年6月6日に長女を、平成5年2月10日に長男を出産し、Xは相当額の出産費用を受け取ったが、子の養育に一切かかわることなく、長女はYの母が養育し、長男は施設に預けられた。XとYは2回の子の出産に際して、婚姻届を提出し、まもなく離婚届を提出した。

ii) 平成12年ころYと知り合ったA女は、平成13年4月30日、Y宅を訪れ、YとXとの間に2人の子どもがいることを理解した上で、Yとの結婚を決意したので、同年5月2日、YはAとの結婚をXに告げてXとの関係を解消した。YとAは、同年7月18日、婚姻の届出をし、XY間の長男は、平成14年3月、Yらの下に引き取られた。Xは、Yが突然かつ一方的に両者の間の「パートナーシップ関係」の解消を通告し、Aと婚姻したことが不法行為に当たるとして、慰謝料を請求した。

第1審（東京地判平成14年12月25日）はXの請求棄却、原審（平成15年8月27日）は、請求を一部認容して100万円の慰謝料請求を認めたが、Y上告受理申立て。最高裁は、原審のY敗訴部分を破棄し、次のとおり自判した。

iii) YとXとの間の上記関係については、婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を認める余地がないことはもとより、上記関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、Xが上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとはいえない。そうすると、Yが長年続いたXとの上記関係を前記のような方法で突然かつ一方的に解消し、他の女性と婚姻するに至ったことについてXが不満を抱くことは理解し得ないではないが、Yの上記行為をもって、慰謝料請求権の発生を肯認し得る不法行為と評価することはできないものというべきである。

本事例にあつては、婚姻外の男女関係の存続に関し、男性側が女性側に対して何らの法的義務を負うものではないから、女性側が男女関係存続に関する法的な権利ないし利益を有さないの、男性側が突然かつ一方的に男女関係を解消しても、慰謝料請求権は発生しない、すなわち不法行為は成立しない旨を判示した。ここで注目すべき点は、法的義務を負うものではないから、法的な権利ないし利益を有さないとして、従来 of the いわゆる違法性を否定していることである。

④ オプションの売り取引の勧誘と適合性原則違反その他を理由とする不法行為の成否

最高裁平成17年7月14日第一小法廷判決

(平成15年(受)第1284号 損害賠償請求事件)²⁴⁾

本件は、新聞紙上で、最高裁が「証券会社の顧客に対する助言義務」を肯定する新判断を示したかのように報道された事案である。

[事案の概要]

i) 上告人(被告・被控訴人引受人) Yは、平成13年10月1日、原告脱退被控訴人Aから証券業務に関する営業を承継して、本件訴訟を引き受けた証券会社である。

ii) 被上告人（原告・控訴人）Xは、広島市中央卸売市場の水産物卸売業者として、卸売市場法所定の農林水産大臣の許可を受けて、水産物及びその加工品の中央市場整備計画に基づき、既存の卸売業者5社を統合する形で、昭和59年4月21日に設立されたものであり、資本金は1億2000万円、水産物卸売業に係る取引高は200～300億円であった。Xは、開業の際、経営安定資金として計26億円の公的低利融資を受けたことから、当面使用する予定のない資金を証券取引で運用することとし、証券会社のA社に運用資金5億円を預託して、Xの計算においてする証券取引をA社に委託する取引（本件取引）を昭和59年9月に開始した。

Xにおいて、本件取引に係る意思決定は、当初は代表取締役のBが行っていたが、次第に、専務取締役であるCが当たるようになった。Bは、昭和59年のXの設立に伴い、代表取締役に就任したが、その時既に、自分なりの証券取引の知識と判断基準を身につけていた。また、Cも、X設立後数年の間に一般的な証券取引の知識と経験を有するに至っていた。

iii) 本件取引の中心はオプション取引であって、4回に渉るオプション取引でXは計3億円程の損失を被ったので、Aの担当者の行為につき、オプション取引に係る適合性原則違反、顧客にできる限り損失を被らせないようにすべき義務違反、説明義務違反等があったと主張し、Yに対し、不法行為による損害賠償を請求した。

iv) 原審は、オプション取引に係る適合性原則違反に関し、次のとおり判断してYの不法行為責任を肯定した上、過失相殺（5割）をするなどして、Xの請求を1億2500万円強及びこれに対する遅延損害金の支払いを求める限度で認容した。

ア：オプションの買い取引に関しては、ある程度の証券取引の経験と判断力を有する者であれば、いわゆる一般投資家であっても、証券会社の担当者がこれを勧めることが直ちに適合性の原則に違反することになるとはいえない。しかし、オプションの売り取引に関しては、それがコール・オプションであれ、プット・オプションであれ、利益がオプション価格の範囲に限定されているにもかかわらず無限大またはそれに近い大きな損失を被るリスクを負担するものであるから、そのようなリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有しない顧客にこれを勧めて行わせることは、特段の事情のない限り、適合性の原則に違反する違法な行為となるというべきである。

イ：本件で、B及びCの経歴等を考慮すると、この両名は通常の証券取引を行うことに関しては十分な知識と能力を有していたと認められるものの、オプションの売り取引のリスクを限定し、または回避するための知識、経験、能力を有していたとは

到底認めることができない。そして、被上告人にオプションの売り取引を勧めることが適合性の原則に違反しないこととなる特段の事情もうかがえないから、Aの担当者であったG及びHが、Xにオプションの売り取引を勧誘して、それを行わせたことは、適合性の原則に違反する違法な行為であり、Yは、不法行為に基づく損害賠償責任を免れない。

- v) これに対して、最高裁は、原審の上記判断は、下記理由により、是認することはできないとして、破棄差戻した。

ア：平成10年法律第107号による改正前の証券取引法54条1項1号、2号及び証券会社の健全性の準則等に関する省令（昭和40年大蔵省令第60号）8条5号は、業務停止命令等の行政処分的前提要件としてではあるが、証券会社が、顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘を行って投資者の保護に欠けることとならないように業務を営まなければならないとの趣旨を規定し、もって適合性の原則を定める（現行法43条1項）。また、平成4年法律第73号による改正前の証券取引法の施行されていた当時においては、適合性の原則を定める明文の規定はなかったものの、大蔵省証券局長通達や証券業協会の公正慣習規則等において、これと同趣旨の原則が要請されていたところである。これらは、直接には、公法上の業務規則、行政指導または自主規制機関の定める自主規制という位置付けのものではあるが、証券会社の担当者が、顧客の意向と実情に反して、明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である。そして、証券会社の担当者によるオプションの売り取引の勧誘が適合性の原則から著しく逸脱していることを理由とする不法行為の成否に関し、顧客の適合性を判断するに当たっては、単にオプションの売り取引という取引類型における一般的抽象的なリスクのみを考慮するのではなく、当該オプションの基礎商品が何か、当該オプションは上場商品とされているかどうかなどの具体的な商品特性を踏まえて、これとの相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状況等の諸要素を総合的に考慮する必要があるというべきである。

イ：Xの大きな損失の原因となった売りオプション取引は、決算対策を意図するXの側の事情により行われたものであることが明らかであるから、Xが、およそオプションの売り取引を自己責任で行う適性を欠き、取引市場から排除されるべき者であったとはいえないというべきである。そうすると、Aの担当者（G及びH）において、Xにオプションの売り取引を行わせた行為が、適合性の原則から著しく逸脱す

るものであったということはできず、この点についてYの不法行為責任を認めることはできない。これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があるというべきである。

vi) なお、本判決には、裁判官才口千春の補足意見がある。その要旨は次のとおりである。オプションの売り取引は、きわめてリスクの高い取引であるから、適合性原則の要求水準も相当に高いと解さなければならない。けれども、本件にあっては、Xの証券取引経験、知識等に照して、結論的に適合性原則の違反は否定される。しかしながら、本件取引の適合性が認められるXについても、証券会社がオプションの売り取引を勧誘してこれを継続させるに当たっては格別の配慮が必要であるという基本的な原則が妥当することは言うまでもない。

このような観点から本件を見ると、売りオプションにより損失が増大して、Xがリスクをコントロールすることができなくなるおそれが認められる場合には、証券会社はこれを改善、是正させるため積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務を負うものと解するのが相当である。

本件にあっては、この点についての主張、立証も尽くされていず、異常ともいえるべきほどオプションの売り取引に偏った取引状況を見ると、Aがこのような義務を果たしていたといえるか疑問の余地があり、差戻審においては、このような点についても十分な検討がなされるべきである。

本事例は、オプション売り取引に適合性原則違反があったか否かをめぐる事件であって、本稿においては、このこと自体を問題とする心算ではない²⁵⁾。

問題としたい点は、最高裁の判旨において、「・・・適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となると解するのが相当である」と述べている点である。

ここで、“不法行為法上”というのは民法第709条を指していると考えられる。709条は、損害賠償請求権の発生原因として、不法行為を定めているのであって、その不法行為成立の要件に、従来は“権利侵害”、今回の改正後は“権利または法律上保護される利益の侵害”が定められていて、この権利侵害を“違法性”におきかえてきたわけで、原則的に今後もこの“違法性”へのおきかえは、そう大きく変わることはないと考えられる。

だとすると、709条は、ある行為が違法か否かを判断する基準たり得ない。適合性原則違反の勧誘は、証券取引上違法であるから、不法行為の要件としての違法性を満たすということになる。

単なる表現上の問題かもしれないが、若干の疑問を感ずるところではある。

以上4つの事件における不法行為の成否について、権利侵害または利益侵害に言及して判断した判例と、違法性をもって判断した判例を例示した。まず、①事件にあっては、条理上の義務違反によって、被害者が被らなくて良い損害を被った、すなわち、利益を侵害されたから、不法行為成立のための違法性があるということになる。結局、従来の709条の権利侵害の要件を違法性に置き換えていると判断できる。すなわち、条理上の義務違反は違法ということである。証券会社が新株引受を顧客に紹介するに当たって、例え継続的取引関係にある顧客であっても、新株発行に際しての目論見書以上の情報をどこまで顧客に伝えなければならないかは、判然としていない。どこの証券市場に公開されているかによって、ある程度危険性は判断できるし、目論見書によっても、当該新株発行会社の財務状況によっても、相当程度危険性を予測できると考えられる。顧客にどの程度の証券取引の知識と経験があるかによって、証券会社側の顧客に対する説明義務は異なってくるが、原則的には、新株引受の意思決定については、自己判断であり、例え損害を被っても自己責任で処理すべきであろう。ただ、新株発行後すぐに事実上倒産状態に陥るような会社の新株取引を新株発行会社から引受けたことに対する証券会社の顧客に対する責任は免れない。

したがって、2割の過失責任を認めたことは妥当かもしれないが、条理上の義務をその根拠としている点は妥当性に欠けると思料する。今回の709条改正によって、権利侵害を違法性におきかえて、その中に、何らかの利益侵害も含ましめていた点が、権利または法律上保護される利益侵害に改められたので、本件のような倒産の危険性のある会社の新株引受によって生じた損害が、法律上保護される利益に当るか否かも問われることになる場合も生じるかもしれない。

②事件は、違法性を明文規定に定めている国家賠償法に係る事件である。本件にあっては、①事例と異なり、原告主張の利益が法律上の保護に値する利益とは認められないから、国家賠償法上の法益侵害があったとは言えないとして、違法性の要件は満たされないとしている点が注目に値する。検察官は、犯罪被害者等に捜査状況等の説明等をする義務があり、犯罪被害者等が検察官の違法な権限行使によって受ける不利益は法律上の不利益であるとも考えられるので、一応の説明で事足りりとするのではなく、被害者あるいはその遺族がある程度納得できる説明がなされるべきであろう。殊に、本件にあっては、不起訴処分とした検察官の処分は不当である旨の検察審査会の議決がなされているのであるから、単に時間をかけて不起訴処分の理由等を説明するだけでは、被害者あるいはその遺族は救済されないのみならず、検察官、裁判官、場合によっては弁護士も含めた司法に対する不信の念を抱かせることにもなりかねない。

③事件は、婚姻外の男女関係にある男性が、一方的に男女関係を解消しても、相手の女

性に対して何らの法的義務を負っていなければ、女性側は男女関係存続に関する法的な権利ないし利益を有さないので、不法行為成立の要件たる違法性はないとして、慰謝料請求を認めなかった事件である。本件の内容はともかくとして、不法行為成立の要件たる従来の違法性を、法的な権利ないし利益を有するか有しないかにかからしめている点が問題である。16年間続いた男女関係を、突然かつ一方的に解消し、他の女性と婚姻するに至ったことについて、当該関係を解消された女性が不満を抱くことについては、最高裁も認めながら、その心情を癒す条理上の義務までは認められないということと解せられる。

いずれにしても、法的な義務がなければ、法的な権利ないし利益を侵害することは生じ難いということの判示は、改正709条の適用・解釈に参考となる。

④事件は、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為法上も違法となることを、一般論として判示した上で、本件にあっては、Xの知識・経験と売りオプション取引を行った意図とを総合的に判断して、適合性原則からの著しい逸脱は認められないから、不法行為は成り立たないと判断したもので、この判断自体は首肯し得るものである。さりながら、才口裁判官の補足意見において、顧客がリスクをコントロールすることができなくなるおそれが認められる場合には、証券会社はこれを改善、是正させるため積極的な指導、助言を行うなどの信義則上の義務を負うものと解するのが相当である旨を述べている。差戻審においては、X側から、この点についての主張、立証がなされると考えられる。補足意見は、さらに、本件にあっては、異常ともいふべきほどオプションの売り取引に偏った取引状況を見ると、本件被告であったA社がこのような義務を果たしていたといえるか疑問の余地がある旨を述べている。差戻審においては、この信義則上の義務 — 顧客にできる限り損失を被らせることのないようにすべき義務（X主張の義務）、指導、助言義務（補足意見の示す義務） — について、その違反の成否を中心に審理されるものと考えられる。

仮りに、信義則上の義務違反が認められるとした場合、そのことによって顧客が侵害されるのは権利なのか、法律上保護される利益なのかの問題が生ずる。リスクの大きい権利の取引、就中、オプションの売り取引によって被る損害は、権利侵害によるものでもないし、法律上保護される利益の侵害でもない。この点に関して、不法行為を成立させようとするれば、やはり違法性で括らざるを得ないことになる。

本件判決が、あえて“不法行為法上も違法”と表現しているのは、このような点の示唆かも知れない。

5 むすびにかえて

本稿において取り上げて、私見の一端を述べたのは、平成11年改正の成年後見制度、平成16年改正の債権譲渡特例法の中の、動産譲渡に係る公示制度、平成16年改正の民法第709条の3点だけである。前の2点については、いろいろ解説などが出されているが、3点目の不法行為についての条文改正については、今までのところあまり論じられていないように見受けられる。もちろん、事件としては709条改正前のものではあるが、改正後に出された最高裁の判決の中で、“不法行為法上の違法”という表現を用いていることには、若干の疑問を感じる。これからの判例評釈等で、諸家の見解に注目したいところではある。

動産譲渡の登記制度の新設は、担保制度全般に関わる大問題であり、これを債権譲渡特例法の中に包含せしめたことに問題なしとしない。わが国の債権譲渡特例法は、国連国際商取引法委員会の条約作成に先駆けてできた素晴らしい法律であると思い、密かに誇りを抱き、池田真朗教授に感謝していたところではあった。譲渡担保の面では債権譲渡も動産譲渡もかなり似かよっているとはいえ、債権と物権を明瞭に峻別するパンデクテン方式に慣れ親しんできた者にとっては、どこか違和感を禁じ得ない。契約自由の原則を重視して、譲渡担保法の成文化は、現在のところ、あまり考えられていないようであるが、一方で、UCC第9編をモデルとして、在日米国弁護士の意見も聴きながら、かつ、現行民法の物権法就中第178条と抵触しないようにという配慮の下に作られた動産譲渡の登記制度は、会社法の改正と相俟って、大きな経済不安を招きかねない危険性が潜在しているようにも考えられる。事が起きる前の予防策を講じる必要があるように思える。

既述のことではあるが、高齢者の財産管理の問題も喫緊の問題であり、実体を良く把握した上で、処置を講じておかなければならない。リフォーム詐欺、振込め詐欺等は既に多発しているが、高齢者の財産管理が不十分であることは、新手の詐欺の温床となりかねない。

以上の3点以外にも、改正民法では全く触れられていない「留置権」の問題、「損害賠償請求権競合」の問題等も、今後に残されている課題ではある。特に、不法行為にもとづく損害額の算定は、今回改正された不法行為成立の要件と損害論との関係で、民法第416条とは別の規準でなされる方が、社会情勢に合うように考えられる。大隈健一郎判事の少数意見を等閑に付すことは、適切でない²⁶⁾。

[脚注]

- 1) 明34-法36、明35-法37、大14-法42
大15-法69、昭13-法18、昭16-法21
昭17-法7、昭22-法61、法222
昭23-法260、昭24-法115、法141
昭25-法123、昭33-法5、法62
昭37-法40、法69、昭38-法126
昭39-法100、昭41-法93、法111
昭46-法99、昭51-法66、昭54-法5、法68
昭55-法51、昭62-法101、平1-法27、法91
平2-法65、平3-法79、平8-法110
平11-法87、法149、法225、平12-法91
平13-法41、平15-法109、法134、法138
平16-法76、法124、法147
なお、改正に至る経緯については、中田裕康「民法の現代語化」ジュリストNo.1283 (2005.2.1) 87頁参照。
- 2) 梶村太市「成年後見制度5年の実績と課題」ジュリストNo.1296 2005.9.1 2頁以下に任意後見制度の利用状況についての分析結果が書かれているが、法条文そのものの欠陥については全く触れられていない。さらに、東京都は50人の成年後見人を公募するということであるが、結果にそれ程大きな期待はもてない。
- 3) 債権譲渡、債権担保については、判例タイムズ1185号2005.10.1に池田真朗、加藤新太郎、加藤雅信鼎談「債権譲渡、債権担保の新動向を語る」4頁以下で検討されているが、動産譲渡の登記のことについては、ほとんど触れられていない。
- 4) 大塚直「民法709条の現代語化と権利侵害論に関する覚書」判例タイムズ1186号 2005.10.15 16頁以下は、拙稿脱稿後に筆者の眼に触れたものであるが、拙稿よりはるかに良く検討されているが、意とするところはほぼ同旨である。
- 5) ジュリストNo.1211 (2001.11.1)
新井 誠「成年後見法施行後の1年間を振り返って」
原 司 「成年後見制度の実務上の諸問題」
岡田伸太「成年後見制度の運用の実情及び家庭裁判所と関係機関との連携」
上山 恭「身上監護をめぐる諸問題について」
玉上信明「金融機関取引と成年後見の実務」
赤沼康弘「成年後見制度定着のための課題」
前田 稔「リーガルサポートと成年後見」
石渡和実・延命政之「社会福祉協議会の取組み—横浜生活あんしんセンター」等
- 6) 山田恒夫編「民法講義—財産法—」酒井書店2001.5.25 21頁
判例・学説に関しては、別冊ジュリストNo.159 民法判例百選 I 総則・物権 第5版18頁掲載の河上正二「意思能力なき者の行為」大審院明38.5.11民事部判決 (明38 (オ) 第189号約束手形金請求ノ件 民録11輯706頁) の解説及び同稿掲載の参考文献参照。
- 7) 前掲註5) 新井 ジュリスト13頁参照。
- 8) 西野宣幸「動産・債権譲渡公示制度の整備」
金融法務事情No.1738 (2005.5.5) 37頁参照。
- 9) 法務省民事局参事官室「動産・債権譲渡に係る公示制度の整備に関する要綱中間試案 補足説明」
平成16年3月3日 1頁参照。
- 10) 直接的な融資手法ではないが、平成16年の民事執行法改正により導入された担保不動産収益執行の方法 (民執第180条) も、このような背景から出てきていると言えよう。内田貴「民法Ⅲ〔第2版〕債権総論・担保物権」東京大学出版会 (2004.1.30) 454頁以下参照。

- 11) 今回の「動産・債権譲渡特例法」の試案作成の基となった「企業法制研究会（担保制度研究会）報告書」を作成した同研究会構成メンバーによる座談会からも、この点は明らかである。ジュリスト No.1238（2003.2.1）2頁以下参照。
- 12) 最二小決平成11年5月17日（民集53巻5号863頁、判時1677号45頁、判タ1003号155頁、金法1555号48頁、金判1071号17頁）。この事件の概要は次のとおりである。
銀行甲は乙社との間で信用状取引契約を締結し、同契約に基づき乙に対して取得する債権（本件債権）の担保として、輸入にかかる商品について船積書類の差入れを受けることにより譲渡担保権の設定を受けていた。しかし、甲は、乙からの依頼により、本件債権の弁済を受ける前に、いわゆるトランス・レシート（TR）の方法により、乙に対して船積書類を引き渡して、輸入商品を貸し渡し、その管理・処分権を与えた。乙は、これに基づき輸入商品を第三者丙に売却した。その後、乙は破産宣告を受け、丁が破産管財人に選任された。そこで、甲は、丁を債務者とし、譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、乙の丙に対する輸入商品の売買代金について大阪地方裁判所に対して差押命令の申立をした。
大阪地裁は、この申立を認めて差押命令を発したため、丁が執行抗告の申立をしたが、原審の大阪高裁は、抗告を棄却した。丁が許可抗告の申立をし、これが許可された。
- 13) 湊 光昭 取引法判例研究「動産譲渡担保権について物上代位が認められた事例」NBL No.692（2000.7.1）66頁以下。
- 14) 植垣勝裕、高山崇彦、中原裕彦、坂田大吾「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部改正」ジュリストNo.1283（2005.2.1）46頁以下参照。
- 15) 山田卓生、藤岡康宏編「新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益」日本評論社（1998.3.10）3頁。
- 16) 15) 及び土井輝生「知的所有権法基本判例<著作権>」同文館（昭63.1.20）197頁参照。なお、実演家、レコード製作者にも著作権が認められるようになったのは大正9年の著作権法改正以後のことである。
- 17) 内田貴「民法Ⅱ債権各論」東大出版会（2003.7.17）332頁。
- 18) 乾 昭三、徳本鎮編「不法行為法の基礎〔実用編〕」青林書院新社（昭56.2.25）38頁。
- 19) 批判の一つは、違法性論を過失との関連で考え、両者を一元的・総合的に把握しようとする立場からの攻撃あるいは問題提起であり、他の一つは、利益衡量論一般に対する批判を基礎とした権利概念の拡張や新設を重視する立場、とくに違法性論の延長線上にあると思われる受忍限度論の批判・克服をめざす環境権論の主張である。上掲（15）39頁参照。
- 20) この点については、従来どおりの規定であっても、同様ではある—内田、上記（14）352頁以下参照。
- 21) 判時1881号83頁、判タ1169号 144頁
中嶋 功「証券会社には、顧客との間で個別具体的な契約が成立していなくとも、顧客が誤った判断をしないよう必要な情報を伝える継続取引に付随する条理上の義務があり、紹介した会社の財務状況の問題点を説明せずに、顧客が新株を引き受けて損害を被った場合、証券会社は、上記義務違反として不法行為上の損害賠償義務を負うとされた事例」
判例タイムズ臨時増刊No.1184（2005.9.25）84頁
- 22) 判時1870号78頁
山下満「検察官の不起訴処分と国家賠償責任」
判タNo.1184平成16年民事判例解説72頁
- 23) 判時1881号83頁、判タ1169号144頁
水野紀子「婚姻外の男女関係の一方的解消における不法行為の成否」ジュリストNo.1291（2005.6.10）78頁
- 24) 清水俊彦「オプション売り取引の勧誘と適合性原則違反その他を理由とする不法行為の成否」NBL No.817（2005.9.15）11頁
最高裁判例速報 金融・商事判例No.1222（2005.8.15）29頁
- 25) 敢えて、この点について若干私見を述べるならば、結論としては、上告審判決を妥当と考える。何となれば、Xは水産物加工卸売業者であり、基本的に、商品の先物取引について知識は十分に有していな

なければならないことは当然であって、商品が権利にかわれば、リスクは一段と大きくなるのであって、オプション売り取引のリスクは百も承知していて、決算対策として売り取引におけるプレミアムを目的にあえてリスクを背負ったわけであるから、証券取引法第43条第1項（現行）の適合性はあったと見なければならないからである。

オロ裁判官の補足意見については、主張、立証のなかった点についての内容であるので、釈明権との関係を考えなければならない。内容的には、オプション売りと同時に買いオプションでヘッジさせておいた方が、Xの被る損害が少なくすんだとも考えられる。このような点については、差戻審の判断が待たれるところではある。

26) 最高裁昭和48年6月7日第一小法廷判決

（昭和43年（オ）第1044号 損害賠償請求事件）

民集27巻6号681頁、別冊ジュリストNo.160「民法判例百選Ⅱ債権〔第五版〕」184頁。