

# 筑波ロー・ジャーナル

8号

2010年9月

## 論 説

- 成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—  
.....上山 泰・菅 富美枝 1
- 動産担保取引の発展と国際私法(上).....藤澤 尚江 35
- 商事法における会計基準の受容(10)—イタリア(1)—  
.....弥永 真生 73



# 目 次

## 論 説

成年後見制度の理念的再検討——イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—— .....	上山 泰・菅 富美枝	1
動産担保取引の発展と国際私法(上) .....	藤澤尚江	35
商事法における会計基準の受容(10) ——イタリア(1) —— .....	弥永真生	73

# 成年後見制度の理念的再検討

——イギリス・ドイツとの比較を踏まえて——

上 山 泰  
菅 富 美 枝

- 1 はじめに——「小さな成年後見」を目指して——
- 2 理念的課題
- 3 政策論的課題
- 4 おわりに

## 1 はじめに——「小さな成年後見」を目指して——

2010年、現行成年後見制度は施行10周年の節目を迎えた。本稿は、この10年間に、「自己決定（自律）の尊重」、「残存能力（現有能力）の活用」、「ノーマライゼーション」という、新しい成年後見の基本理念が、社会における法の運用の中で現実にとどこまで達成され、旧禁治産制度からの脱却がどこまで図れたのかについて、あらためて問い直してみたいとの思いから企画された<sup>1)</sup>。

周知のように、2000年に導入された現行制度は、これらの新理念と「本人の保護」という旧来の理念との「調和」を制度設計の基本指針としている<sup>2)</sup>。

---

1) 本稿は、実践成年後見34号（2010年）57-76頁に発表した、上山泰・菅富美枝「成年後見制度のグランド・デザイン——イギリス・ドイツとの比較を踏まえて——」に加筆修正を加えたものであり、同稿と多く記述が重複することをお断りしておく。なお、大原社会問題研究所雑誌622号（2010年）の特集企画に寄せた、上山泰「成年後見制度における『本人の意思の尊重』——ドイツ世話法との比較から——」同誌2-17頁、および、菅富美枝「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆」同誌33-49頁も、本稿の企図と軌を一にするものである。

しかしながら、「本人の主観的意思・意向の尊重」と「本人の客観的保護」とは、成年後見の実務上、しばしば正面から衝突し、ときに激しい緊張関係をもたらす。とりわけ、本人と成年後見人<sup>3)</sup>の価値観とが対立する場合には、「本人の客観的保護」の美名のもとに、実際には成年後見人側の価値観に依拠した、本人の管理・支配が行われるリスクすら生じうる。この意味において、現行制度は、運用次第（すなわち、先の「調和」のさじ加減次第）では、旧禁治産と同レベルのパターナリスティックな制度として、本人の自由を過剰に抑圧してしまう恐れがある。さらに、本人に対する過剰な干渉という意味では、類型論に起因する成年後見人の職務範囲（法的権限）の包括性と画一性のデメリットを見落とすこともできないだろう。しかも、現行制度は、旧制度と同様、法定後見による支援の開始と本人の能力制限とを、原則として機械的に連動させているため、職務範囲の包括性と画一性はそのまま本人の能力制限にまで反映している。いわば、わが国の現行制度は「大きな成年後見」だといえる。

こうしたわが国の現状とは対照的に、欧米諸国における先進的な成年後見制度は、「小さな成年後見」（「必要性最小限の範囲における介入」）という視点を制度設計の基本としているように思われる<sup>4)</sup>。なぜなら、この制度は、本来であれば成年者の自由な決定に任されるべき領域に他者が介入するという点で、本質的に権利侵害の危険性を内在しているからである。

---

2) 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要項試案補足説明」（1998年）1頁、4頁参照。なお、立法担当官はこの補足説明の中で、「残存能力の活用」と「ノーマライゼーション」は、広義の「自己決定（自律）の尊重」の理念に含まれると説明している（前掲4頁）。これに対して、これら3つの基本理念の関係について、広い射程を持つ社会政策上の基本原理である「ノーマライゼーション」を、成年後見法の領域において具体的に表現した法的な基本原理が「自己決定の尊重」であり、さらに、後者の派生的原理として「残存能力の活用」が導かれると考える見解もある（上山泰『専門職後見人と身上監護』（2008年、民事法研究会）39-41頁参照）。

3) 以下、本稿でわが国の現行制度に関して「成年後見人」というときは、原則として、成年後見人、保佐人、補助人、任意後見人の全てを指すものとする。また同様に、「本人」というときは、成年被後見人、被保佐人、被補助人、任意後見契約の本人（委任者）の全てを指す。

近年、専門職後見を担う職能団体等から、制度の運用改善や、民法をはじめとする関連法規の再改正を目指す提言<sup>5)</sup>が相次いでいるが、これらの大半は現行制度の大枠を維持したうえでの微修正を求めているにすぎない。しかし、今、真に必要な作業は、旧制度の基本構造を大筋で引き継いでいる現行制度の枠組みそれ自体を根底から批判的に検討し直し、制度設計の基本理念の次元までを視野に納めたうえで、その再構築（新たなグランドデザイン）の可能性を探っていくことではないだろうか。そこで、本稿では、イギリス<sup>6)</sup>法上の「ベスト・インタレスト原則」やドイツ法上の「必要性の原則」等を参照しながら、判断能力不十分者が社会生活を継続するにあたって、成年後見を通じて「過不足のない支援」を提供すること、すなわち「小さな成年後見」という理念に基づく、新たな制度設計をめぐる課題について論じてみたい。

## 2 理念的課題

### (1) 本人を中心に据えた最善の利益の尊重

#### (a) わが国の現状

現行法上、成年後見人には「本人意思尊重義務」（民法858条、876条の5第1項、876条の10第1項、任意後見契約に関する法律6条）が課されている。

---

4) たとえば、欧州評議会閣僚委員会が1999年2月23日に採択した「判断能力不十分な成年者の法的保護に関する基本原則」（Recommendation No.R (99) 4）は、こうした視点を明確に打ち出していると思われる。加えて、ここでは、①「本人を中心に据えた」発想と、②そのために実践される「エンパワーメント」の姿勢が重要であり、さらに、③こうした良質な支援を提供する成年後見人に対する公的支援体制の構築（「二重の支援」の発想）が制度成功の鍵を握っていると思われる。

5) 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」（2005年5月6日付）、同「任意後見制度に関する改善提言」（2009年7月16日付）、社団法人成年後見センター・リーガルサポート「成年後見制度改善に向けての提言——法定後見業務に携わる現場から——」（2005年10月1日付）、同「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見業務に関する提案」（2007年2月16日付）、日本社会福祉士会「成年後見制度・地域福祉権利擁護事業の見直しに関する意見」（2006年3月3日付）、日本成年後見法学会「法定後見事務改善と制度改正のための提言」（2008年7月）等。

もっとも、立法担当官によれば、この義務の本質はあくまでも、後見人が一般的に負う「善管注意義務」（民法644条、869条、876条の5第2項、876条の8第2項。なお、任意後見契約は委任契約の特殊類型とされるため、任意後見人は当然に644条の義務を負う。）を敷衍したものにすぎず、本条によって特別な内容の義務が新たに創設されたわけではない<sup>7)</sup>。このため、現行法上、本人の意思は、あくまでも成年後見人がその職務執行に当たって、考慮すべき要素の1つにすぎず、特に優越的な地位が与えられているわけではない<sup>8)</sup>。

こうした事情もあり、わが国の実務上、成年後見人による法定代理権等の権限行使（さらには、この論理的前提となる、本人に代わる意思決定行為）は、

---

6) 本稿において、イギリスとは、スコットランド、北アイルランドを除いた、イングランドおよびウェールズを指す。

7) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（2002年、財団法人法曹会）259頁。これに対して、固有の身上監護権限・義務肯定説の立場から、民法858条を一定の範囲内で身上監護に関する決定権限（医療同意権、居所指定権等）の根拠規定として捉える見解として、上山泰『成年後見と身上配慮』（筒井書房、2000年）54頁以下、及び、前掲上山『専門職後見人と身上監護』56頁以下がある。このほか、四宮和夫・能見善久『民法総則（第七版）』（弘文堂、2005年）55-56頁も、民法858条を根拠に医療同意権等の「身上に関する意思決定」、及び、「身上監護に関する事実行為」についての権限を肯定する。なお、少なくとも医療同意権については、近時では肯定説が有力になりつつある（肯定説として、床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻4・5号（2000年）547-548頁、新井誠「成年後見制度の現状と展望」民事法情報173号（2001年）38頁、須永醇「成年後見制度について」法と精神医療17号（2003年）22-35頁、同「成年後見制度の解釈運用と立法課題」成年後見法研究2号（2005年）6-12頁及び14頁、赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」自由と正義54巻11号（2003年）76頁、小賀野晶一「医事法と成年後見制度」古村節男・野田寛編『医事法の方法と課題』（信山社、2004年）81-82頁、岩志和一郎「医療契約・医療行為の法的問題点」新井誠編『成年後見と医療行為』（日本評論社、2007年）80頁、二宮周平『家族法（第3版）』（新世社、2009年）241-242頁、平田厚『ロースクール家族法（第3版）』（日本加除出版、2009年）162頁等がある。ただし、医療同意権を認める要件やその対象範囲は様々である。）。必ずしも明確ではないが、その大半は解釈論上の根拠として、民法858条を想定しているものと思われる。なお、医療行為に関する成年後見人の権限・義務をめぐる課題の詳細については、上山泰「医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」前掲新井編『成年後見と医療行為』85頁以下を参照されたい。

もっぱら「成年後見人の視点から客観的に見て本人のためになると思われる意思決定」を実行するという姿勢に依拠してきたかに見受けられる。しかし、ここには、いくつかの問題がある。まず、そもそも成年後見人の決定が本人の真摯な意図や意向に反している恐れがある。また、その決定が真に「客観的な」判断であることが必ずしも制度上担保されていないため、実際には、単に成年後見人の主観的価値観に基づく決定（主観的価値観の押しつけ）にすぎない可能性がある<sup>9)</sup>。このように、現行実務における成年後見人の意思決定は、二重の意味において、「本人のため」に行われているとはいえない可能性がある。

さらにいえば、この背景にある、わが国の後見実務における問題の捉え方を見直すことが重要であるように思われる。これまでの実務では、こうしたリスクが最も鮮明に現れる場面、すなわち、本人と成年後見人との意見（価値）が対立する場面において、「自律と保護のいずれを優先させるべきか？」という、究極の二項対立的な思考枠組み<sup>10)</sup>に基づいて、判断を行おうとしてきたように思われる。しかし、こうした問題の建て方は、この問題の構図をいささか単純化しすぎているのではないか。ここで重要なのは、「自律と保護とを本来的に対立・拮抗し合う概念としてのみ捉える理解」の限界について省察することである。我々が新しい成年後見制度の構築に当たって目指すべき課題は、従来

---

8) ただし、日本法でも、原則として「事理を弁識する能力」がある者を対象とする保佐及び補助類型では、「本人の意思」に一定の優越的地位が与えられている。たとえば、保佐人及び補助人への代理権付与や、補助人への同意権付与の要件として、本人の請求または本人の同意が求められているのは、その一例である（民法11条、876条の4第1項、15条1項、876条の9第1項、876条の4第2項、876条の9第2項、15条1項、17条1項、民法17条2項）。

9) この点で、保佐人及び補助人の同意に代わる裁判所の許可制度（民法13条3項、17条3項）は重要な意義を持つ。立法担当官は、この趣旨として、保佐人または補助人の不当な同意権の不行使によって、「本人の自己決定が不当に制約を受けるときは、家庭裁判所の関与の下に、本人が自ら確定的に有効な法律行為をする途を開いておくことが必要である」（前掲小林・原116頁）と指摘しているが、この制度によって、支援者と本人との価値観の対立が生じた場合、少なくとも本人の利益が著しく損なわれない限りでは、本人側に意思決定のイニシアチブがもたらされることになるだろう。

の実務にみられる「自律か保護か？」という単純な二項対立図式を超えて、「自律支援の成果としての保護」を実現していくことではないだろうか<sup>11)</sup>。

(b) イギリス法の対応

それでは、成年後見人による他者決定を、真に「本人のため」の決定として機能させていくためには、どうすればよいであろうか。最も重要な点は、本人のために行われる意思決定について、その客観的な正当性を担保するために、判断手続を明確化することであり、加えて、この手続の中で、本人の主観的価値の優越性を確認して、その中心的要素としての位置づけを明瞭に示すことである。逆に言えば、こうした判断の手続的正当化（適正な手続を通じた客観性の担保）等のセーフガードを整備しないままに、「本人の客観的保護と本人の自己決定尊重との調和」や、「身上配慮義務と本人意思尊重義務の調和」といった抽象的な判断指針のみが指し示されたとしても、こうした基準は一種のブラックボックスとしてしか機能しないおそれがある。つまり、成年後見人による単なる恣意的決定が、本人のための客観的判断を僭称してしまうリスクを回避することはできないのではないだろうか。

---

10) この問題をめぐる後見実務の関心は、まさに自律と保護が、見かけ上、正面から対立するように感じられるような重大な意思決定（たとえば、「在宅生活の継続か、あるいは、施設入所か？」といった意思決定）の場面に向けられてきたように思われる。しかし、本人の意思あるいは自由と、本人に加えられる制約との緊張関係は、成年後見人による他者決定をその本質的要素として含む成年後見制度にとっては、むしろ恒常的な問題とみるべきである。すなわち、この緊張関係は、先のような重大な意思決定についてのみ生じているわけではなく、日常生活における些細な意思決定においても、常に両者の仮想的ないし潜在的な衝突がある（他者決定による本人の自律に対する制約可能性がある）と理解すべきであろう。この意味でも、「自律か保護か？」という単純な二項対立的な問題の捉え方は不正確であると思われる。

11) イギリスにおける2005年意思決定能力法は、まさに、財産管理の「後見」でも、身上監護の「後見」でもない、本人自身による決定を実現するための支援（自己決定支援）を目的とした立法（自己決定支援法）として位置づけることができる。菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（ミネルヴァ書房、2010年）参照。



この点については、イギリスの成年後見制度における「ベスト・インタレスト」概念の発展が、貴重な示唆を与えてくれるように思われる。かねてより、イギリスの判例法においては、意思決定プロセスに関する手続的な正当化を通じて、決定の客観性を慎重に担保する試みが重ねられてきた。すなわち、従来から、判断能力不十分者のための意思決定に際しては、現に提案されている決定から生じうる本人にとっての利益と不利益を順に列挙したうえで、これらを丁寧に比較衡量していくという、いわゆる「バランスシート」方式<sup>12)</sup>がとられてきた。当初こそ、ここでの衡量の対象となる利益と不利益の内容は、医学的な効果などに限られていたが、時がくだるに従い、次第に宗教心や信念といった本人の主観的な価値要素が含められていくようになる<sup>13)</sup>。さらに、2005年意思決定能力法（The Mental Capacity Act 2005）体制下では、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の尊重が、法の趣旨として明確に掲げられるとともに（2005年意思決定能力法1条5項、4条等参照）、先の「バランスシート」の中で、本人の希望、意向、感情を利益として、本人のストレスや不本意な決定を押し付けられることによる無力感や不快感を不利益として、それぞれ衡量の対象とすることが、判例法上、ほぼ確立されるに至った<sup>14)</sup>。このように、イギリス法においては、本人のベスト・インタレストの探求に当たって、その判断手続を明確化するとともに、本人の主観的要素の意義を当該手続の中に明

---

12) *Re A (Medical Treatment : Male Sterilisation)* ([2000] 1 FLR 549, 560) における、ソープ判事の見解を参照。

13) *Ahsan v University Hospitals Leicester NHS Trust* ([2006] EWHC 2624 (QB)) ; [2007] PIQR P19 271.

14) 客観的にみれば、どれほど本人の利益にかなう選択肢であったとしても、本人の希望や心情に明らかに反するものであるならば、そのこと自体が「不利益」として考えられなければならないことを判示したものと、*R (Wilkinson) v Broadmoor Special Hospital Authority and others* [2001] EWCA Civ 1545, [2002] 1 WLR 419, para 64 参照。こうしたイギリス判例法における「ベスト・インタレスト」概念の変遷については、菅富美枝「イギリス2005年意思決定能力法におけるベスト・インタレスト論」小林一俊・村田彰編『須永醇先生傘寿記念論文集 高齢社会における法的問題』（酒井書店、2010年）343頁、及び、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』の第3章を参照。

瞭に位置づけることによって、「主観的要素を重視した客観的判断」を実現しているといえる。まさに、ここでは、本人を中心に据えた「ベスト・インタレストの尊重」が追求されていると評価できるだろう。このような発想を、「主観的福祉主義」<sup>15)</sup>と呼ぶことにする。

(c) ドイツ法の対応

ドイツ法の場合、本人のための判断の客観性について、イギリス法ほど明確な手続的保障があるわけではない。しかし、成年後見の運用において、本人の主観的価値をできる限り尊重し、その主体性（意思決定への本人の関与可能性）を最大限に保障していこうとする姿勢については、イギリス法と共通するところが大きい。ここでは、法定後見人である世話人の権限行使に当たって、本人の意思を最大限に反映させる機能を持つ義務（世話人の職務遂行基準となる義務）が、明文によって詳細に規定されていることが重要な意味を持つ。

その第1は「福祉適応義務」である。すなわち、世話人には、被世話人の福祉（Wohl）に適うように職務を遂行すべき義務（ドイツ民法1901条2項1文）が課されているのだが、本条にいう福祉の中には、「本人がその現存能力の範囲内において、自分の希望（Wünschen）と考え（Vorstellungen）に従って、生活を形成できる可能性」が含まれることが、あえて明文によって示されている（同2文）。ここで留意すべきは、たとえば本人が裕福な場合には、ある種の浪費を求める希望であっても、そうした行為が単に財産を減少させるというだけでは、直ちに本人の福祉に反することにはならないと考えられている点である<sup>16)</sup>。

第2は、「本人の希望実現義務」である。すなわち、世話人は、本人の希望の実現が、本人の福祉に反せず、世話人に期待（要求）できるものである限り、それに応じなければならない（ドイツ民法1901条3項1文）。この要請は、重

---

15) 「主観的福祉主義」は、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』におけるオリジナルの重要な鍵概念の1つである。

要な事務の処理に限定されるものではなく、原則的に世話人の全ての職務遂行に妥当すると考えられている<sup>17)</sup>。しかも、ここでは被世話人の行為能力の有無は問題とされていないため、仮に本人が自然的行為無能力の状態にある場合であっても、その希望が本人の福祉に反しない限りは、真摯に対応すべきものと評価されているわけである<sup>18)</sup>。さらに言えば、そこでの被世話人の希望に合理的な根拠があるか否か、あるいは、それが世話人から見て、分別のあるものか否かも、ここでは問題とはされていない<sup>19)</sup>。本人の希望が、社会の一般的な価値観からは消極的な評価を受けるものであったとしても、原則的には本人の希望が優先されることが重要である。

第3は、被世話人との協議義務である。すなわち、世話人が重要な事務を処理する場合、本人の福祉に反しない限り、当該案件について、本人と事前に協議しなければならないものとされている（ドイツ民法1901条3項）。先の2つ

---

16) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4.Aufl., 1999, S.56. ここにいう「本人の福祉」は被世話人の視点から主観的に理解される必要がある（Vgl. BGH BtPrax 2009, S.290.）。このため、世話人の職務基準として、適切な生活のあり方に関する世話人自身の価値観や考え方をを用いることは決して許されず、被世話人のアイデンティティーを護るために、被世話人の視点から判断を行うように努めるべきであり、世間一般の視点から判断を行うように努めるべきであり、世間一般に通用しているスタンダードや「正常性（Normalität）」に関する何らかの理解が、被世話人の福祉の評価に際して考慮されるわけではない（Jürgens, Betreuungsrecht, 4. Aufl, 2010, S.233.）。

17) Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2.Aufl., 2005, S.248.

18) たとえば、Jürgens, S. 234. は、ドイツ民法1901条3項の「希望」については、それが合理的な根拠を持っているか否か、被世話人に行為能力があるか否か、世話人がこの希望を理性的なもののみとしているか否かといった事情は重要ではないと指摘する。わが国の本人意思尊重義務の解釈としても、当該義務の対象が「事理を弁識する能力を欠く常況にある（民法7条）」成年被後見人を含んでいることから考えて、そこで尊重されるべき意思は、意思能力の存在を前提とするような、理性的・合理的意思に限定されるべきではないことは明らかである。

19) Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, S.58. また、イギリスの2005年意思決定能力法1条4項が、単に賢明とはいえない決定（unwise decision）を行ったという理由のみで、本人の意思決定能力がないとみなしてはならない旨を明示していることも同旨によるものと思われる。

の義務で要求されている本人の希望の優先が実行に移されることを、この協議義務の存在が制度的に担保しているという点が重要というべきであろう。このように、ドイツ法上では、「客観的評価」を隠れ蓑とした成年後見人の意思の優越を回避するために、「本人の意思の原則的な優越性」を制度上、担保するための仕組みが明文によって置かれている。ここには、本人の主観を成年後見人の職務遂行基準における優越的要素として、明確に位置づける姿勢が見て取れるであろう。

(d) 自己決定支援の優越性

さて、ここまでは、成年後見制度における支援手法について、あくまでも成年後見人が「本人のため」に他者決定を行うという形式（代理・代行決定〔他者決定型〕）を取ることを前提に、話を進めてきた。しかし、先述した主観的福祉主義の立場からみると、成年後見人が、本来、まず第1に行うべきことは、本人がその意向を自ら表現できるように支援すること、すなわち「本人自身による自己決定のための支援」である。言葉を代えれば、我々が、成年後見制度の枠組みの中で、真に本人の自己決定の尊重を重視しようとするのであれば、「代理・代行決定〔他者決定型〕」に対する「自己決定支援〔自己決定型〕」の優越性（エンパワーメントの最優先という視点）を確認すべきではないだろうか。たとえば、近年では、障害のある人の権利に関する条約12条3項が規定する「障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置」として、いわゆる「supported decision-makingの仕組み」を位置づけたうえで、これと、「支援者による代理・代行決定（substituted judgement）や、本人の法的能力制限からなる従来型の成年後見（adult guardianship）の仕組み」とを対立的にとらえ、後者を前者に置き換える（後者から前者へのパラダイムシフトを図る）ことが国際的に議論されている。本稿もこうした動きと基本的には同様の方向を目指している。もっとも、生来的な重度知的障害のケースや遷延性意識障害状態の患者のケースのような極限的な事例では、代理・代行の必要性もなお残ると思われることから、従来

型の成年後見制度を全て廃止して、supported decision-makingの仕組みへと完全に置き換えてしまうのは、あまり現実的ではないだろう。むしろ、支援手法としての前者の優越性を明定したうえで、（支援者が本人の主観的要素を重視した客観的判断を行うことを制度的に担保した）代理・代行決定の仕組みを必要最小限の範囲で補充的に組み込んでいき、統合的な成年後見制度（後見的支援制度）の構築を図る方が好ましいのではないと思われる。

いずれにせよ、こうした自己決定支援の優越性という視点から、成年後見人の職務遂行の優先順位を整序し直すならば、成年後見の実践にあたって、最初に試みられるべきことは、「本人には能力がある」という前提（「意思決定能力存在の推定の原則<sup>20)</sup>（2005年意思決定能力法1条2項参照）」に立ったうえで、本人が自ら決定を行えるように支援することである。すなわち、「エンパワメント」の理念に基づく自己決定支援である（2005年意思決定能力法1条3項<sup>21)</sup>も参照）。まずは、この点にこそ、最大の努力が尽くされなければならない。そして、こうした自己決定支援について、あらゆる努力を尽くしたとしても、本人自身による決定が現実的ではない場合にも、例外的に、支援者である成年後見人による他者決定のステージへの移行が許されることになる（2005年意思決定能力法1条5項、4条4項参照）。「本人のベスト・インタレスト」の模索は、この段階において、初めて問題となることにも留意する必要がある。この際、確かに本人が意思決定できる状態にはないとしても、それでもなお、本人の希望や心情を汲み取る努力を怠ってはならない（2005年意思決定能力法4条6項参照）。たとえば、「本人が提案された決定を喜んでいるのか、それ

---

20) 人は、意思決定能力を喪失しているという確固たる証拠がない限り、意思決定能力があると推定されなければならないという原則。2005年意思決定能力法を規律する5大原則の1つである。

21) 2005年意思決定能力法では、そもそも、本人による意思決定ができない（unable to make a decision）と法的に評価されるのは、本人自身による自己決定に対する可能な限りの支援を受けた上で、それらが功を奏さなかった場合に限られることに留意する必要がある。

とも、逆にストレスを感じているのか」といった点について、本人の表情等から看取できる可能性も残っているという視点を忘れるべきではない。なぜなら、こうした作業の積み重ねによって、本人の主観的価値要素を、本人のベスト・インタレスト確定のための客観的判断枠組みである「バランスシート」へと、過不足なく載せていくことがはじめて可能になるからである。判断能力不十分者への意思決定支援について、こうした支援のための手順が丁寧に踏まれていくとき、「自律か保護か？」という単純な二項対立図式を超えて、「自律支援の成果としての保護」という新しい理念も実現可能になるのではないだろうか。

## （2）必要最小限度における介入の原則——支援者の権限面について——

本質的に権利侵害の危険性を有している成年後見制度の利用は、本人にとって常に諸刃の剣となりえる<sup>22)</sup>。この点を自覚するとき、成年後見の機能は、常に本人の支援にとって必要最小限の範囲に留めることが望ましいというべきことになる。ここでは、こうした「必要最小限度における介入の原則」という視点から、成年後見人の職務範囲（介入・干渉範囲）について論じてみたい。

周知のように、現行の日本法では、成年後見人及び保佐人の権限について、非常に画一的な制度設計が採られている。特に、成年後見人の権限はきわめて広範に及ぶうえ、硬直性が強く、本人の実際の判断能力やニーズに応じた調整は一切できない構造になっている。たとえば、本人が事理弁識能力の回復時に行った法律行為であっても、それが「日常生活に関する行為」（民法9条但書き）に該当しない限りは、成年後見人が専断的に取消権を行使して、本人の自己決定を覆してしまうことができる。ここには、明らかに過剰な自己決定への干渉可能性が認められるだろう。

これに対して、ドイツの法定後見制度（法的世話制度（Rechtliche

---

22) Teaster/Schmidt Jr./Wood/Lawrence/Mendonado, Public Guardianship, 2010,p.3. は、成年後見を両刃の剣、すなわち「半身はサンタクロースで、半身は人食い鬼でありえる」と表現する。

Betreuung) では、世活法全体を貫く基本原理である「必要性の原則 (Erforderlichkeitsgrundsatz)」の帰結として、利用者に対する法的干渉は、常に必要最小限の範囲に留めるべきことになっている。まず、そもそも世話人の基本職務範囲 (世話人の法定代理権の対象範囲) が、必要最小限に限定されている (ドイツ民法 1896 条 2 項 1 文)。これを可能としているのが、一元化された世活法の基本構造である。すなわち、ドイツでは、日本型の類型化システムとは異なり、世話を一元的なシステムとして構築しているため、世話人の職務範囲を具体的な事案のニーズに応じて、個別的に設定することができるわけである (オーダーメイド型)。加えて、ドイツ法上の例外的な能力制限制度である「同意権の留保 (Einwilligungsvorbehalt)」についても、必要性の原則が適用されている。すなわち、同意権の留保は、世話人の職務範囲 (世話人の法定代理権の範囲) のうち、特に被世話人の身上または財産に対する著しい危険を回避するために必要な範囲に限って命じることができるにすぎない (ドイツ民法 1903 条 1 項)。そして、ここでもオーダーメイド型の制度設計がされているため、その範囲は、たとえば、「不動産の管理」、「居所指定」、「500 ユーロ以上の債務を負担することになる意思表示」といったように、能力制限の必要な領域を具体的に特定した形で明示すべきことになっている。こうした同意権の留保に基づく能力制限の例外性は、運用上も厳格に維持されており、同意権の留保が命じられるケースは、世活全体のわずか 5% 程度にすぎない<sup>23)</sup>。

なお、ドイツ法の場合、「小さな成年後見」の設計という視点からは、必要性の原則と並ぶ、世活法の基本原理である「補充性の原理 (補完性原理: Subsidiaritätsgrundsatz)」の機能も重要である。すなわち、任意後見やその他の支援によって、本人を世活によるのと同程度に適切に支援できる場合には、世活を開始することはできないとされている (ドイツ民法 1896 条 2 項)。わが

---

23) ドイツ連邦司法省のデータによると、たとえば、2008 年の場合、世話人の新規選任総数が 237,955 件あったのに対して、同意権の留保が命じられたのは 13,306 件と、全体の約 5.6% に留まっている。



国の法定後見制度が、任意後見優先の原則（任意後見契約に関する法律10条1項）の適用場面を除いて、一定の能力低下がある場合には、常に法定後見による支援の必要性があるとして、当該事案における具体的な後見ニーズの必要性には踏み込むことなく<sup>24)</sup>、法定後見を開始する姿勢を示していることは対照的といえる。

さらに、「小さな成年後見」を制度設計全体の基盤に置くイギリスの場合、当然のことながら、こうした権限面についても必要最小限への抑制という視点が明瞭に示されている（2005年意思決定能力法1条5項及び6項等<sup>25)</sup>参照）。すなわち、イギリス法は、本人の生活全般に関わる各々の意思決定を行うにあたり、本人が自己の判断能力だけでは実現できない部分（具体的には、個々の場面における意思決定行為）に限定して、周囲が関与することを法的に許容する（問題ごとの対応）という姿勢をとっている。このため、イギリスの法定後見類型においては、その原則形態である保護裁判所による意思決定の場合をはじめとして、必要最小限度の介入という姿勢が、制度全体を通じて貫徹されているといえる（後掲3(2)参照）。

---

24) この点については、大阪高裁平成18年7月28日決定（家裁月報59巻4号111頁）の評釈である、上山泰「申立権濫用とした原審判を取り消し保佐を開始した事例」民商法雑誌137巻6号（2008年）611-619頁、及び同「親族による保左開始の申立てと申立権の濫用」実践成年後見31号（2009年）119-125頁も参照。

25) 「意思決定能力がないと法的に評価された本人に代わって行為をなし、あるいは、意思決定するにあたっては、本人のベスト・インタレストに適うように行わなければならない」という規定（2005年意思決定能力法1条5項）に続き、「さらに、そうした行為や意思決定をなすにあたっては、本人の権利や行動の自由を制限する程度がより少なくてすむような選択肢が他にないか、よく考えなければならない」と規定している（同法1条6項）。



### (3) 後見人に対する支援の重要性

#### ——「支援者を支援する」メカニズムの構築——

次に、支援者側である成年後見人を取り巻く環境整備ともいうべき問題に目を向けよう。現行法上、成年後見人等の職務遂行基準となる規定としては、民法858条（成年後見類型）、876条の5第1項（保佐類型）、876条の10第1項（補助類型）、任意後見契約に関する法律6条（任意後見類型）が定める身上配慮義務及び本人意思尊重義務、民法644条の定める善管注意義務（民法869条、876条の5第2項、876条の8第2項により、法定後見3類型の全てに準用。なお、任意後見契約は委任契約の特殊類型とされているため、任意後見人は当然に644条の義務を負う）がある。

しかし、少なくとも従来の実務<sup>26)</sup>は、これら成年後見人の職務義務違反を認定する基準（注意義務の程度や義務違反の認定要素等）について、必ずしも明確にはしてこなかったといえる<sup>27)</sup>。このため、その理解の仕方によっては、成年後見人に過度の委縮効果を与える可能性が危惧される。

たとえば、本人財産の支出例として、不動産、旅行、衣服、靴、美容院、理容などに関する出費を考えてみよう。本人意思尊重義務の存在にもかかわらず、従来、本人の意向や希望、気持ちの把握については、あまり注意深い考察がなされないままに、成年後見人が必要と考える介入が行われてきたきらいがあるように思われる。すなわち、出費の「質」（当該出費による本人の生活や人生の向上可能性や、その向上の質）よりも、出費の「量」（外部から簡単に把握

---

26) 後見人の善管注意義務に関連する判決例はきわめて少ない。近年では、東京高判平成17年1月27日判時1909号47頁（旧禁治産後見人に関する事例）、さいたま地判平成19年5月30日判例地方自治301号37頁の2件がわずかに挙げられる程度である。

27) この点について、民法858条の身上配慮義務の要請を、「本人の生活の質（クオリティ・オブ・ライフ：QOL）の維持・向上を目的とした活動」を求めることにあるとしたうえで、後見人等の財産管理も、本人の生活の質の維持・向上のために積極的な財産支出を行なうこと（「資産活用（消費）型管理」）が必要であると主張する学説がある（前掲上山『専門職後見人と身上監護』65-70頁参照。於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法<sup>(25)</sup> [改訂版]』（2004年、有斐閣）406頁〔吉村朋代執筆〕も同旨。）。

可能な財産の減少の量的度合い）に目が向けられてしまうという傾向である。これまでの実務では、当該出費がもたらす厚生よりも、出費の量的抑制<sup>28)</sup>に、成年後見人の注意の多くが払われてきたように思われるのである。

しかし、本人の従来 of ライフスタイルの維持を、精神面においても、物質面においても確保することは、本来、成年後見の重要な内容を構成しているはずである。それにもかかわらず、財産管理に際して、後見人が、出費の質よりも量に注意を向けてしまうのはなぜか。この背景には、同様に、成年後見人の財産管理の適否を、財産管理の「質」ではなく、「量」で評価する社会の姿勢があるように思われる。そうした社会においては、当該出費の「本人にとっての」意味合いや、本人の従来 of ライフスタイルとの適合性を重視した上で、本人の全財産や他の必要経費（医療費、食費など）とのバランスを調整するという「主観的福祉主義」（前述2(1)参照）の視点がとられることはない。単に、財産目録上の費用項目とその収支とが、「客観的標準」に照らして、表面的に注目されるのみである。言い換えるならば、成年後見人の財産管理方法が硬直化してしまうのには、成年後見人の職務を評価する、社会の側にも原因があるように思われるのである<sup>29)</sup>。

当然のことながら、経済的虐待や業務上横領があってはならないことは言うまでもない。だが、新たな成年後見制度をデザインするにあたり、「本人を中心に据えた」制度設計を行うならば、適切な財産管理とはどのようなものであるかを考えるにあたって、あらためて、「誰のための財産管理なのか？」という点を意識して再考することが必要であろう。同様のことは、身上監護面の職

---

28) 前掲上山『専門職後見人と身上監護』67頁が指摘する「資産保全型管理」の傾向である。

29) たとえば、家庭裁判所による後見人等の財産管理に関する後見監督実務が書面中心の形式主義であることも、この一因と思われる。そこでは、後見人によって提出された財産管理報告書の収支計算に関する表面的な監査に重きが置かれており、支出の「質」がプラスに評価されることは少ない。また、そもそも、わが国の家裁は、後見人による積極的な財産支出に対して、一般に否定的な姿勢を示すといわれている。

務遂行方法に関してもあてはまる。

それでは、制度をデザインするにあたり、どのような発想が必要なのだろうか。ここでは、「支援を提供する成年後見人」を支援する点に目を向けたい。判断能力不十分者が、支援を受ける状況になっても自律的存在であり続けることができるような、本人のベスト・インタレストが真に尊重され、追求される社会を築くためには、支援する成年後見人自身が過度に委縮させられてしまうような制度は望ましくないと考え、成年後見人が適切に支援される法体制が求められているという見解である。そこで着目されるのが、「二重の支援構造」である<sup>30)</sup>。すなわち、支援者を管理する（支援者の責任追及を主目的とする）のではなく、「支援者を支援する」という法体制によって、要支援者の自律を確保するメカニズムの構築である<sup>31)</sup>。

たとえば、先述の通り、イギリス2005年意思決定能力法においては、本人にとってのベスト・インタレストの追求を図ることが成年後見人の職務であり、ベスト・インタレストに反するような行為は、「職務」の遂行とはみなされず、その結果、そうした成年後見人の行為は、本人に対する違法な権利侵害として、法的責任を追及されうる。だが、その一方で、成年後見人に対する責任追及をあまりに形式的に行うことは、かえって後見人の柔軟な職務遂行を妨げかねないとの社会認識のもと、後見人の慎重な判断に基づいた行為が、後から見て結果的に本人にとってのベスト・インタレストに適わないものであったとしても、当該行為時に成年後見人が、ベスト・インタレストに適っていると合理的に信じたことを立証できれば、その法的責任を免れうることが保障されている（2005年意思決定能力法5条1項(b)(ii)、2項参照）。そのため、成年後

---

30) 「二重の支援構造」概念の詳細、及び、こうした法体制に基づく支援型社会の基本構想に関する理念的考察については、菅富美枝『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』（2006年、武蔵野大学出版会）を参照されたい。

31) 前掲菅『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』第1章、第2章、及び、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章、並びに、菅富美枝「高齢者介護・成年後見とエンパワーメント」『法の理論26』（成文堂、2007年）177-204頁参照。

見人は、日常的に後見職務をこなす中で、絶えず自らの行為の正当性、合理性について自問自答し続けるとともに、周囲からの疑問に対しては即座に応答し、説明責任を果たせるよう、常日頃から用意しておくべきことを自覚しながら職務を行っている。そして、こうした責任を果たしていると自覚できている限り、成年後見人には比較的広範な裁量が与えられるのである<sup>32)</sup>。

以上から、将来構築されるべき成年後見制度は、成年後見人の「責任ある裁量行使」を担保する法制度であることが望ましいと考える<sup>33)</sup>。成年後見人の行為の正当性を判断するにあたって、単にその行為の「結果」のみが注目され、当該結果が「本人にとってのベスト・インタレスト」に適切であったか否かという点だけから事後評価されるとすれば、それは成年後見人に対して過度の萎縮効果を与えることになるだろう。この場合、成年後見人は、事後的な非難を恐れるあまり、結果の妥当性を確保すべく管理する（すなわち、後見人が後から非難されずにすむように、無難な決定を本人に押し付ける）という姿勢で臨まざるを得なくなるからである<sup>34)</sup>。しかし、ここから生じるのは、「本人を中心に据えた」姿勢（すなわち、本人に対するエンパワーメントや、本人の権利や行動の自由に対する制限を最小限にしようという姿勢）ではない。むしろ、成年後見人に対する過度の責任追及を伴う管理体制が、今度は、成年後見人による本人の管理を強めてしまうという悪循環の構造が作り出される危険性がある。こうした負の連鎖を断ち切るためには、本人に対するエンパワーメントに

---

32) 前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章参照、及び、前掲菅「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度」参照。

33) 現行法上、成年後見人等がその職務指針として負っている、善管注意義務、身上配慮義務、本人意思尊重義務は、いわゆる手段債務と解される。したがって、これらの義務の解釈にあたって、本文で触れたような「本人を中心に据えた」姿勢を取り込むことによって、現行法の下でも「責任ある裁量行使」を解釈論レベルで実現することもある程度までは可能であるだろう。

34) たとえば、イギリスでも、旧レシーバーシップ制度においては、レシーバー（法定財産管理人）たちは、事後的な批判を恐れて、本人たちに日常生活に必要な金銭管理すら自由にさせることに躊躇し、管理態勢で臨んでいた。

加えて、支援者である成年後見人に対するエンパワーメントを促進すること、すなわち、二重の支援体制の構築が最良の処方箋なのである<sup>35)</sup>。

### 3 政策論的課題

#### (1) 制限行為能力制度に関する課題

「小さな成年後見」という視点から、現行法の枠組みを見直してみたとき、いくつかの重要な立法政策論的課題が浮かび上がってくる。本稿では、このうち特に重要性が高いと思われる課題を抜粋して、以下に触れることとする。

まず第1に挙げられるべきは、成年後見の利用と本人の能力制限との分離である。現行法上、成年後見及び保佐の法定後見2類型においては、本人は当然に制限行為能力者とされ、その能力制限の範囲も原則として画一的である<sup>36)</sup>。しかし、「小さな成年後見」の理念からすれば、能力制限に伴う本人の権利侵害可能性をできる限り回避することが望ましい<sup>37)</sup>。とすれば、むしろ成年後見の利用と能力制限とは原則的に分離すべきであり、本人の能力制限を伴わない後見的支援の可能性を模索していく必要があるのではないだろうか<sup>38)</sup>。たとえば、イギリス法では、成年後見による支援と能力制限とは、制度上、完全に分離されており、成年後見が開始されても、契約能力は何ら影響を受けない構造となっている。また、ドイツ法でも、法定後見である世話が開始されても、原則的には、本人の私法上の能力は制約されない仕組みとなっている。さらに、本稿では、紙数の制約もあり詳述はできないが、現行法の制限行為能力制度については、わが国が批准を予定している、障害のある人の権利に関する条約<sup>39)</sup>

---

35) 前掲注1) 菅「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度」、前掲注11) 菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章参照。

36) 保佐類型については、能力制限の個別的拡張（同意権の対象範囲の拡張）は認められるが（民法13条2項）、逆にこれを縮小することは許されない。後者については、補助人に適切な範囲の同意権を付与することで対応することが想定されているわけだが、実務上、補助の活用が低調であることを考えると、被保佐人に対して、過剰な能力制限が行われている可能性は否定できないだろう。

12条が定める「法的能力（legal capacity）の享有の平等」との整合性の観点からも、その合理性及び正当性について慎重な検証が求められているというべきであろう<sup>40</sup>。

第2に、類型論からの離脱である。上述のように、そもそも成年後見の利用と能力制限とは原則的に分離することが望ましいといえるが、仮に、本人の適正な支援のために、何らかの形で成年後見の開始と連動した能力制限が、なお

---

37) ただし、単純に、能力制限が代理・代行と比べて、本人にとって、より侵害的な支援手法であるというわけではない。むしろ、両者は、本人の意に沿わない法律効果を押しつけるリスクがあるという点では共通しており、本人の自己決定に対して同質の侵害性を持っているとみるべきである（だからこそ、既述のように、代理・代行による支援に先だって、まずは本人自身による自己決定に向けた支援＝エンパワーメントが行われなければならない）。後述の障害のある人の権利に関する条約12条との関係で、オーストラリアが同条約の批准時において、同条約が意思決定の代行制度を、最後の解決手段として、セーフガードの下で、やむを得ず用いることを許容していると了解するとの宣言を行ったこと（川島聡「障害者権利条約の概要—実体規定を中心に—」法律時報84巻4号（2009年）14頁参照）も、こうした理解を前提としたものと考えることができる。いずれにせよ、ここで重要な点は、いかなる形態の支援手法であろうとも、本人にとって最も干渉的でない形で行われなければならないということである。

38) たとえば、前掲四宮・能見42頁は、従来の日本の成年後見制度が、行為能力を制限することで判断能力不十分者を財産の散逸から保護するという「消極的保護」の側面に重点があったと指摘したうえで、次のように主張する。『しかし、制度の設計としては、行為能力の制限をすることなく本人の保護のための措置を充実することも考えられる。たとえば、本人の行為能力を制限することなく、特定の者に代理権を与えて必要な行為をせよ、ということもありうる考え方である。ドイツの世話人制度はこの方向をめざすものである。この方が、「本人の意思尊重」「ノーマライゼーション」という思想にはより合致するであろう。』

39) 本条約に関する邦語の紹介として、長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本 概要と展望』（生活書院、2008年）、松井亮輔・川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）、及び、法律時報81巻4号（2009年）における特集「障害者権利条約と日本の課題」に収録された諸論文がある。

40) 前掲『概説障害者権利条約』188頁以下〔池原毅和執筆〕は、本条約12条2項と女性差別撤廃条約15条2項との連続的理解等を前提に、本条約における法的能力には行為能力が含まれると理解したうえで、『現行民法のこうした類型的な行為能力の制限は差別的な類型として同条項が許容しないものというべきであろう』と主張する。



必要であると考えとしても、その範囲は常に必要最小限に留められるべきであろう。この点で漆喰となるのが、現行制度が採る類型論である。本来、本人の個別具体的な意思決定能力には無限の多様性があるにもかかわらず、類型論による限り、その能力を有限個の（現行法なら3種類の）鑄型に振り分けて、押し込めていく作業が必要となる。その結果、本人の個別具体的なニーズには釣り合わない、過剰な能力制限が生じる恐れ（自ら意思決定できる能力がある対象まで、能力制限の範囲に含まれてしまうリスク）は否定できないだろう<sup>41)</sup>。この点では、ドイツ法における同意権の留保の範囲について、必要性の原則から、個別の事案ごとに、いわばオーダーメイドの形で徹底した絞り込みがかけられている点が参考になるだろう。

第3に、いわゆる成年後見制度の転用問題<sup>42)</sup>がある。すなわち、民法上の制限行為能力制度が選挙権制限を始めとする種々の公法領域での資格制限等に機械的に拡張されており、法定後見による支援の代償として、何らのデュープロセスも保障されないまま<sup>43)</sup>、二重、三重に過剰な自由の制約が生じてしまっているという問題である。

このように、「小さな成年後見」という視点から見る限り、現行の制限行為能力制度には種々の問題があるように思われるが、これを根本的に見直そうという動きは必ずしも目立ったものとはいえない。むしろ、実務的には、日弁連による任意後見人への同意権及び取消権付与の提言<sup>44)</sup>に見られるように、本人の保護を目的として、能力制限の範囲を拡張すべきであるという見解が、強

---

41) いわゆる「まだら惚け」の場合に典型的に見られるように、人の意思決定能力の程度は時間的な揺らぎを持つ性質のものであることに留意する必要がある。また、イギリス法が明確に打ち出しているように、ある事項についての意思決定能力の有無は、本来、支援者のエンパワーメントによって、本人の意思決定能力を最大限に高める努力が尽くされたうえで、はじめて判断されるべきである。類型化のために人の能力を固定的・形式的に把握する傾向が強い類型論的思考は、この意味でも、本稿が志向する「小さな成年後見」の理念との親和性が低いといえる。

42) 成年後見制度の転用問題については、上山泰「身上監護に関する決定権限—成年後見制度の転用問題を中心に—」成年後見法研究7号（2010年）41-52頁を参照。

力に主張されている状況にある。おそらく、この背景には、能力制限による取消権型の保護こそが、判断能力不十分者の支援にとって必須の手法であるという、わが国の実務家たちの率直な皮膚感覚が潜んでいるものと思われる。

しかし、他方において、取消権型保護の実効性については、実務的にも、理論的にも、これまで必ずしも十分な検証が行われてきたとはいえないのではないだろうか。たとえば、「日常生活に関する行為」については、法定後見全類型に渡って、取消権が排除されている（民法9条但書き、13条2項、17条1項）。いわゆる悪質商法事案の一部も含めて、現実には本人自らが結ぶ売買等の契約対象の多くは、少なくとも形式的には日用品に該当するものであることが多いため、取消権による原状回復の可能性は、少なくとも形式的に考える限り、かなり制約されることになる。また、本来、取消権が機能するのは、本人による法律行為が少なくとも外形的には存在する場合であるので、本人が遷延性意識障害の状況にあるなど、そもそも現実に法律行為を行える状況にないときは、その射程外である<sup>45)</sup>。こうしてみると、取消権が機能する領域は、一般に想像されているほど大きくはないのではないかという疑問が生じるであろう。さら

---

43) 選挙権制限を始めとする転用問題に起因する、利用者の欠格事由や支援者の権限拡張（精神保健福祉法上の保護者としての義務等）については、通常、現在の後見等審判手続の中では、ほとんど告知されていない。また、現行制度は私法上の財産管理制度にすぎないという位置づけが与えられているため、鑑定及び診断書における利用者の能力判断は、利用者の財産管理能力のみを対象に実施されており、各種欠格事由に関する能力（たとえば、選挙に関する判断能力）については、何ら個別の評価が行われているわけではない。たとえば、最高裁判所事務総局家庭局による「成年後見制度における鑑定書作成の手引」と「成年後見制度における診断書作成の手引」では、後見開始の要件となる事理弁識能力を、「自己の財産を管理・処分する能力」と明確に位置づけており、選挙に関する判断能力等が少なくとも正面から問われることは全くない。

44) 掲掲日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」参照。本提言の解説として、高江俊名「日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」の解説」実践成年後見33号（2010年）109-117頁がある。

45) ただし、この場合でも、実務的には、当該契約に関する本人の不関与に代えて、取消権の行使を主張することによって、事実上、立証責任に関する負担軽減を図れるという役割を果たす可能性は残るかもしれない。



に、取消権の持つ中核的機能である原状回復機能についても、その実効性には疑問がないわけではない<sup>46)</sup>。確かに不動産取引における登記回復請求のような場面では、取消権による原状回復が有効に機能する蓋然性が高い。しかし、計画的な悪徳商法による被害事例などの場合では、加害者の捕捉自体が困難であったり、あるいは、加害者の取得した財産が既に消尽あるいは隠匿されていたりするために、法的に取消権を行使したところで、現実の被害回復を十分に達成できないという事案は珍しくないのではないかと。逆に、良識的な契約相手方であれば、法的な取消権行使を待つまでもなく、インフォーマルな交渉を通じて、十分な原状回復（合意による契約の解消と交付した財産の取り戻し等）を図ることが可能であるように思われる<sup>47)</sup>。さらにいえば、後見的支援において本人を中心に据えた発想を推し進めていくなれば、濃密な社会的支援や環境整備による被害予防という観点こそが重視されるべきであって、取消権による原状回復はむしろ次善の支援手法というべきではないだろうか<sup>48)</sup>。

---

46) たとえば、医療同意のような身上監護に関する代行的決定権限（本人の身体の自由に関する決定の領域）が問題である場合、当該決定に基づいていったん履行されてしまった事実行為（たとえば、手術等の身体に対する侵襲行為）それ自体を、完全に原状回復することは物理的に不可能に近い。したがって、この領域では、取消権の持つ原状回復機能には必ずから一定の限界があることに留意する必要があると思われる。

47) 前掲『概説障害者権利条約』191頁以下〔池原毅和執筆〕も、『成年後見実務の中で取消権が実際に行使された事例はほとんど聞かれない。少なくとも成年後見人や支援者が十分に日常的なコミュニケーションをとっていれば取消権を行使しなければならないような事態は起こりにくい。取消権を行使しなければならないような場合は成年後見人が成年被後見人とのコミュニケーションを怠っていたか、悪意のある相手方が成年被後見人を食い物にしようとして接近してきているような場合がほとんどであろう。前者は支援の充実によって解決されるべき問題であり、後者はむしろ障害のある人に対する搾取や虐待の防止、あるいは、消費者保護の法律によって解決されるべき問題である。・・・成年後見制度と行為能力の制限は論理必然的な関係に立つものではなく、成年後見の実務においても有効性があるのは日常的なコミュニケーションであって取消権や同意権が多大な効果を発揮しているわけではない。』と主張する。

## （2） 後見的支援の時間的限定

「小さな成年後見」が求める必要最小限度の介入という視点は、既述した成年後見人の権限範囲についてだけではなく、後見の継続期間についても当てはまる<sup>49)</sup>。たとえば、ドイツ法では、世話の設定期間、及び、同意権の留保の設定期間とも最長7年間に限定されている（ドイツ家庭事件及び非訟事件手続に関する法律295条、297条）。すなわち、世話の必要性について、本人の判断能力の審査も含めて、遅くとも7年ごとに再審査を行わなければならないわけである。また現実の運用でも、世話開始から1年目で10%が、7年目までには30-40%が終了しているという報告もある<sup>50)</sup>。

他方、イギリス法においては、まず、日本の法定後見制度と同質の機能を有する仕組みとして、3種設けられている点に留意しておく必要がある。第1に、保護裁判所自らが本人に代わって本人のために決定を行う「保護裁判所後見（公的後見、国家的後見）」（2005年意思決定能力法16条2項(a)）である。第2に、わが国にも見られるような、保護裁判所によって選任・任命された法定後見人（deputy）が本人に代わって本人のために意思決定を行う「（狭義の）法

---

48) 後見人の職務評価に当たっては、適切な見守り等を通じて、悪徳商法の被害自体を回避するような支援こそを高く評価するべきであって、たとえばマッチポンプ的な状況（見守りの不備に被害が起因したような状況）の場面で、取消権行使による被害の事後的回復を賞賛するのは、むしろ本末転倒の感さえある。もっとも、残念ながら、現実の家裁実務の報酬算定に当たっては、後者のみが評価され、前者はほとんど無視される傾向にある。「二重の支援」について論じた場面（前述2(3)）でも触れたが、ここでは、後見職務に対するわが国の社会による評価それ自体に、問題の一因が潜んでいるように思われる。

49) 障害のある人の権利に関する条約12条4項は、法的能力の行使に関連する措置が、可能な限り短い期間に適用されること、並びに、権限のある、独立かつ公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを求めているため、現行成年後見制度は、この点でも、本条約との整合性を検討する必要があると思われる。

50) 芳賀裕「ドイツにおける成年後見制度」月報司法書士434号（2008年）74頁参照。また、芳賀裕「ドイツ再訪報告（成年後見法会議組織委員会会議）」月報司法書士459号（2010年）94-95頁は、トレットクーベニック世話裁判所の場合、世話人選任の必要性について、2-3年で見直す事件がほとんどであったとのヒアリング結果を紹介している。

定後見」(2005年意思決定能力法16条2項(b))である。第3に、後述の「5条行為 (Section 5 acts)」(2005年意思決定能力法5条)である(3(3)参照)。

こうしたイギリスの法定後見制度の最大の特徴は、まず第一義的には、保護裁判所<sup>51)</sup>が、「問題ごと」に意思決定を行う(one-off, single order)ことを原則とする点である(保護裁判所による意思決定の優先性:2005年意思決定能力法16条4項(a))。この典型例としては、意思決定能力を欠く者のために賃借権を解除したり、重大な治療に関する決定を行うなど、一回限りの判断で事が足りるような場合が挙げられる。これに対して、法定後見人が任命されるのは、特別な必要性が認められる場合のみであり、そうした場合であっても、法定後見人に授権する範囲をなるべく小さくし、また、できるだけその期間を短期間に留めるべきであると規定されている(2005年意思決定能力法16条4項(b))。法定後見人には、必要最小限の権限(power)しか与えられないわけである。さらに、後述の5条行為は、特定人に対して、一定の決定権限を事前に授権する仕組みではなく、先行する特定の個別具体的決定(事項特定の決定)を事後的に免責するにすぎないという構造を持っているため、先述の保護裁判所による意思決定の場合と同様、そもそも権限の時間的継続性という問題自体が生じないことになる。このように、イギリスの法定後見の場合、問題ごとの対応が原則であるため、法定後見に関する権限が時間的に継続することの方が、むしろ例外であり、そうした例外にあたる場合でも、その期間は必要最小限に留められることになる。

これに対して、わが国の法定後見制度の場合は、審判時において、当該後見期間について明確な限定が付されることはないため、全ての後見が無期限のものとしてスタートすることになる。むしろ、制度上は、本人の判断能力が回復するなどして、成年後見による支援の必要性(後見等開始の審判の原因)が消

---

51) 新法施行により、従前の保護裁判所は名称をそのままに、管轄の拡大(財産管理に加えて、これまで家事審判部で行われてきた社会保障サービスや健康をめぐる問題についても扱う)という形で、生まれ変わるようになった。

減した場合には、本人等の申立てによって、後見等開始の審判を取り消さなければならないことになっている（民法10条、14条1項、18条1項）。しかし、これら後見取消の審判についても原則的に申立主義<sup>52)</sup>が採られていることも手伝い、現実には、いったん成年後見が開始されてしまうと、ほとんどの事案では、本人が死亡するまで、成年後見が終了することはないといわれている<sup>53)</sup>。この結果、たとえば、遺産相続のために成年後見が開始され、その終了後の日常生活支援の場面では、ほとんど成年後見による支援のニーズがないような事案であっても、通常は本人死亡まで、成年後見が継続していくことになる。現行の成年後見類型の権限等の包括性を考えたとき、ここには明らかな過剰干渉の危険性があることが見て取れるであろう。

### (3) 財産管理制度から包括的権利擁護制度へ

ここまでは、わが国の成年後見制度の過剰性に着目して、議論を展開してきた。しかし、「小さな成年後見」という視点は、単に干渉の過剰性をそぎ落とすことのみを要求するだけでなく、真に必要な支援を提供することをも要求するものである。冒頭にも触れたように、「小さな成年後見」が目指す政策目的は、成年後見を通じて、「過不足のない支援」を提供することにあるからである。この点から言えば、わが国の制度には、諸外国と比較して、支援対象の

---

52) たとえば成年被後見人について、保佐開始の審判が申し立てられ、保佐開始の審判が行われる場合のように、既に成年後見が開始されている者に対して、別類型の開始の審判が行われるときには、旧類型の開始の審判（先の例なら、成年後見開始の審判）を職権で取り消すことができる（民法18条）。しかし、この場合も、あくまでも別類型の開始の審判に関する申立てがあることが前提であり、家裁の職権のみで現在の後見を取り消すことはできない。つまり、わが国の現行法上、家裁のイニシアチブのみによって、既に不要となった成年後見を終了させることはできないわけである。ここにも、後述する申立主義の弊害が現れているといえることができるだろう。

53) 同様に、能力の回復に伴い、より軽度の類型への変更が必要な場合についても、実際には、ほとんど後見類型の変更が申し立てられることは少ない。この点について、解釈論として、身上配慮義務の一類型としての「後見内容変更義務」を導くことで、一定の対応を図ろうとする見解として、前掲上山『専門職後見人と身上監護』76-79頁がある。

不足という面も残されているということができる。

その典型は、医療同意や居所指定等の身上監護に関する代行的決定権限に関する規律の欠缺である。この点については、既に数多くの文献<sup>54)</sup>や提言によって、立法的手当ての必要性が指摘されているが、ここでは、従来のこうした議論とは少し視点を変えて、「決定主体」の所在という視点から、この問題を捉えるイギリス法の立場を簡単に紹介しておこう。

日本法の通説的な理解からは成年後見の射程範囲から除外されている一方で、イギリス法においては重要な事柄として考えられているものとして、日常生活上のケア（personal care）、健康維持のためのケア（health care）の提供をめぐる問題がある。ここで、「ケア（care）」について、事実行為としての側面にのみ着目するならば、わが国の通説的立場からは成年後見の射程範囲に入ることはない。わが国の通説は、成年後見法が原則的に法律行為のみを対象とすると考えているからである。

しかし、「決定主体」の所在に着目するイギリス成年後見法においては、ケアのような一見単なる事実行為の提供にみえるものについても、その提供を受けるか否かについて「決定が行われた」点が見逃されることはない。すなわち、「日常生活上のケア」については、提供を行う前提として、どこに住むか、誰と休暇を過ごすか、どんな服装をするか、どんな食事を採るか、どのように休暇を過ごすかに関する「決定」がなされるであろう<sup>55)</sup>。同様に、「健康維持のためのケア」についても、提供を行う前提として、どのような治療を受けるか否かに関する「決定」が行われるのである。

具体的には、「日常生活上のケア」には、以下のようなものが含まれる。①洗顔・着替え・身だしなみを整える行為の介助、②飲食の介助、③意思伝達の

---

54) たとえば、医療同意については、前掲新井編『成年後見と医療行為』に包括的な検討がある。近年では、学説や専門職後見人側からだけでなく、ついに裁判所側からも医療同意に関する立法的手当ての必要性が主張されるようになってきたことが注目される（坂野征四郎「家庭裁判所における成年後見事件の10年の運用と展望」実践成年後見33号（2010年）55-56頁参照）。

介助、④移動の介助、⑤教育やソーシャルプログラム、レジャーへの参加の手伝い、⑥買い物を届けたり、様子を見に訪問すること、⑦本人からお金を預かって買い物をすること、⑧ガスや電気器具の修理を依頼すること、⑨掃除や料理の提供、⑩デイケア、介護施設や養護施設でのケアの提供、⑪転居の手伝い、などである。また、「健康維持のためのケア」としては、①検査の実施、②医療や歯科治療などの実施、③薬の投与、④検査や治療のために病院に連れていくこと、⑤養護ケア（nursing care）の提供、⑥血液検査や、理学療法（physiotherapy）、手足療法（chiropony）などの実施、⑦緊急事態における処置などが含まれる<sup>56)</sup>。これらはいずれも本人のためになされるものであるが、先述の通り、そこに「決定する」という要素が含まれている以上、本人以外の者が関与する場合には法によって正当な権限が与えられなければならないのである。

そこで、先述の通り、同意能力を有さない本人のために、まずは保護裁判所が決定を行ったり、一定の事柄に限って法定後見人が決定を任されるということが考えられる。だが、2005年意思決定能力法は、より適切かつ迅速な支援の提供を可能とすべく、本人の周囲にいる介護者（carers）（家族、ヘルパー等の介護被用者の両者を含む）や医療従事者に対して、決定権限を「消極的に」与えるという規定を置いた（2005年意思決定能力法5条）。

ここで「消極的に」という表現を用いたのは、決定主体を明確にした上で決定権限を与えるという手法ではなく、結果として本人に代わる決定を行った人々に対して、実際に行われたケアの提供行為が本人のベスト・インタレスト

---

55) この点について、水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号（2000年）99頁は、「夕食の献立の決定が家事労働に含まれる事実上の判断・決定であるように、介護労働も、ロボットの行うような機械的な単純な作業ではないから、当然にさまざまな事実上の判断・決定を含む」と指摘して、「タンスの中にある服のどれを着るのか、どこに散歩で出掛けるのかという決定」も事実上の意思決定ではあることを認める一方で、こうした決定は「決して身上監護に含まれるものではなく、内容的には介護労働そのものである」として、「意思決定の代行制度としての後見制度」の対象には含まれないと主張する。

56) 以上、Code of Practice of the Mental Capacity Act 2005, paragraph 6.5を参照。



に適うものである限り「責任を問わない (protection from liability)」という方法で、一定の人々に決定権限を与えるという構造になっているためである。条文の規定から「5条行為」とよばれるこれらの行為は、免責規定に裏打ちされた (legal backing) 範囲で、決定権限を与えられたのと同様の効果を付与している。その結果、当該行為は、意思決定能力をもつ本人による同意を得て実施された場合と同様に扱われる (2005年意思決定能力法5条2項)。

2005年意思決定能力法5条は、これまでコモン・ロー上曖昧に認められてきた「必要性の原理 (doctrine of necessity)」の明確化を図ったものである。この規定によって、わざわざ保護裁判所に判断を仰がなくとも、また、法定後見人を任命せずとも、同意能力を有さない本人に対して、必要な支援の提供が可能となったわけである。ただし、重大な医療行為については、法的義務とまではされていないものの、保護裁判所の判断を仰ぐことが奨励されている。

以上で述べてきたように、「5条行為権限」は、免責を基本としており、積極的な授権を予定した権限ではない。だが、「他者」(ここでは、本人の周囲にいる介護者や医療従事者等) が本人の意思決定能力の有無を判断し、意思決定能力がない状態であると結論した場合に限り、当該本人の「ベスト・インタレスト」が何かを捜し出し、そこから導き出された必要な支援を提供していくという一連の行為は、他の形態の法定後見 (先述の保護裁判所による法定後見形態、及び、裁判所の任命した法定後見人による形態) や、2005年意思決定能力法全体を貫く「後見」と異ならないというべきだろう<sup>57)</sup>。

#### (4) 申立主義と職権主義

わが国の現行制度は、成年後見の開始について、申立主義を採り、かつ、この申立権者として、本人と配偶者等の親族との地位を原則的に<sup>58)</sup> 等置している。ここにもまた、「本人を中心に据えた」発想からのズレを確認できる。親

---

57) 5条行為をめぐる法理論の詳細については、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第4章を参照。

族等に独自の申立権を認め、これを本人の申立権と同列に置く形式は、現行制度の利用が、あくまでも本人の利益のために行われるべきであるという基本理念と整合していないのではないかとの疑念を生むからである。たとえば、近時の家庭裁判所実務における鑑定省略や審理期間短縮の傾向は、確かに、「申立人」の経済的・時間的コスト削減に向けた家裁の努力として評価できる側面もあるが、他方において、親族申立等、本人以外が申立てを行った事案では、結果的に、本人に対する過剰な干渉（不要な成年後見開始）のリスクを高めてしまうことに留意する必要があると思われる。

さらに、これとは逆に、現行の申立主義は、成年後見による支援の「不足」の面にも影響を与えている可能性がある。すなわち、現行法では、法律上に明記された一定範囲の申立権者による申立てがない限り、家庭裁判所が成年後見開始の審判手続に入ることはできない。たとえば、ある人に対する成年後見ニーズをケアマネージャーや行政職員、隣人らが発見したとしても、このニーズを家庭裁判所につないで、後見を開始するためには、法律に明示された申立権者の協力が必要になる。ところが、①現行法上、鑑定費用等を含む申立費用の負担者が原則的に本人ではなく、申立人とされている（家事審判法7条、非訟事件手続法26条）等の理由から、申立権を持つ親族が申立てに消極的な場合が少なくないこと<sup>59)</sup>、②検察官申立が実務上はほとんど機能していないこと、③市町村長申立が必ずしも十分に機能していないこと<sup>60)</sup>などの事情もあり、家庭裁判所が実際に把握できている成年後見ニーズは氷山の一角にすぎないのではないかという懸念がある。

この点について、イギリスにおける2005年意思決定能力法では、判断能力

---

58) この重要な例外として、補助開始の審判の要件（民法15条2項参照）と、保佐人及び補助人への代理権付与の要件（876条の4第2項、876条の9第2項参照）、及び、補助人への同意権付与の要件（民法17条2項参照）については、本人自身の申立てに優越的地位が認められている。

59) 精神障害事案では、親族がそもそも本人との関わりを持つこと自体を拒絶することも珍しくない。



の不十分な人々の財産管理について保護裁判所の判断を仰ぐ必要があると考えられた場合（財産管理法定後見人の任命についての申立てを含む）、申立権者に法律上の制限はなく、事実上、誰であっても申立てを行うことができる（Rule 51(2)(a) of the Court of Protection Rules 2007による、Section 50(2) of the Mental Capacity Act 2005の適用の例外）。一方、身上監護については事情が異なり、保護裁判所に判断を仰ぐ必要があると考える者（身上監護法定後見人の任命についての申立てを含む）は、まずは、申立てにあたっての許可（permission）を保護裁判所から得る必要がある（Section 50(2) of the Mental Capacity Act 2005）。これは、身上監護に関する決定については、保護裁判所の判断を仰ぐまでもなく、IMCAなどの助言を得ながら関係者間で解決することが望ましいという立法政策の表れである。この結果、身上監護をめぐる保護裁判所に申立てがなされるのは、緊急の必要性があるにもかかわらず医療現場において治療をめぐる見解の対立が解消できない場合や、本人が身体的あるいは性的虐待を受けていたり、あるいは、行動の自由を制限されている恐れがある場合など、本人の迅速な保護のために裁判所の判断が特に必要な場合に限られることが予想される。

なお、「許可の申立て」自体は全ての者が行うことができ、許可もしくは不許可の判断に際しては、申立人と本人との関係、申立ての理由、申立てがもたらす本人への利益、その利益を実現するにあたって他の方法の有無など、本人の利益からみた実質的な判断が行われる（Section 50(3)(a)-(d) of the Mental

---

60) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況——平成21年1月～12月——」によると、市町村長申立ては年々増加してはいるものの、直近の平成21年でも2471件（全体の約9.0%）にすぎない。また、市町村長申立ての活用については、基礎自治体間に大きな温度差がある。平成21年10月15日付の社団法人成年後見センター・リーガルサポート「地域支援事業実施に関する実態調査結果報告書」（<http://www.legal-support.or.jp/notice/detail/id/282/>）によれば、平成17年度から19年度の3年間の累計で、196の自治体が市町村長申立件数を0と回答している。さらに、そもそも市町村長申立ての前提となる申立要綱を未整備と回答した基礎自治体も188（回答のあった基礎自治体の25.6%）にのぼっている。

Capacity Act 2005)。また、申立ての許可を得て、たとえば法定後見人の任命を申立てた場合、実際に法定後見人を任命するか、また誰を法定後見人とするかについては、保護裁判所の専権事項である<sup>61)</sup>。

他方、ドイツ法の場合も、いわゆる申立権者を本人に限定する一方で<sup>62)</sup>、裁判所の職権発動を促す提案は誰でもできる形式になっている（ドイツ民法1896条1項）。したがって、イギリス法との形式面での違いはあるものの、成年後見手続の開始の間口が非常に広く、ニーズの取りこぼしがほとんど生じない制度設計となっている点は同じである。

こうしてみると、成年後見の開始については、むしろ裁判所のイニシアチブによって決定できる職権主義<sup>63)</sup>の立場を基礎に置く方が、好ましいのではないかと思われる。すなわち、ある人に対して、成年後見による支援のニーズがあると考えた者は誰であっても、裁判所に対して、成年後見開始の是非を職権で判断すべきことを提案できる仕組みであれば、社会における成年後見ニーズの取りこぼしを最小限に押さえることができるのではないだろうか。むしろ、ここから生じる本人への過剰な干渉を回避するために、裁判所が、上述の「小さな成年後見」（必要最小限度での介入）の視点に立った厳密なニーズ判定を行うことが大前提となることはいうまでもない。

なお、この議論は、後見関連の国家予算の効率的な支出方法に関する議論にもつながっていく。現行法の構造を前提とする限り、成年後見ニーズの適切な

---

61) TERRELL, M., *A Practitioner's Guide to the Court of Protection* (Tottel Publishing 3rd edn 2009) at 138.

62) 職権主義で統一せずに、本人による申立てのルートを残した理由は、本人申立ての事案では、事件本人が世話の利用を理解し、受容しているため、世話開始後の世話人との協働がスムーズに進み、リハビリテーションの可能性にも有益に作用するという実際上の利点にあるとされている（ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革（一）」民法雑誌105巻4号（1992年）152頁参照）。

63) 田山輝明『成年後見法制の研究 上巻』（2000年、成文堂）31-3頁は、ドイツ法と同様、申立権者の本人への限定と、これを補完するための職権主義の併存的導入をつとに主張している。

すくい上げに対する最も効果的な手法は、市町村長申立ての義務づけ等を通じた市町村長申立ての活性化ということになるだろう。この場合は、市町村長申立てに関わる基礎自治体の予算について、国が間接的な財政的支援を行う形式となる。他方、既述の職権主義型へと、現行制度の根本的な転換を図るならば、家庭裁判所の人的資源充実を中核とする国家レベルの司法予算拡張というスタイルを採ることになる。この場合、少なくとも基礎自治体間での格差が生じないというメリットは指摘できるだろう。国家レベルで、いずれの形態がより財政面で効率的となるかを断定することはできないが、成年後見のグランドデザイン再構築にあたっては、このように現行制度の枠組みをいったん外した上で議論を行う必要があると思われる。

#### 4 おわりに

以上、本稿では、「小さな成年後見」という視点から、イギリス法及びドイツ法との比較を視野に納めながら、現行制度の枠組みに対するラディカルな見直しの可能性について論じてきた。もとより、日英独の成年後見制度には、その基本構造に加えて、関連する法制度の枠組みや背景となる社会事情等、種々の要素について、少なからぬ差違がある。この点で、本稿での比較には、必ずしも厳密性を欠いている箇所が残ることは否めない。しかし、他方で英独の制度を例に触れたように、現代の成年後見制度の1つの方向性として、「小さな成年後見」という視点を括り出すことには、一定の理解を得られるのではないだろうか。本稿をきっかけとして、わが国において、あらためて現代型の成年後見制度の理念型を問い直す試みが生まれてくることを期待したい。

\* 本稿は、科学研究費補助金（平成20－22年度基盤研究(C)課題番号20530066「成年後見人の身上監護権に関する体系的研究」（研究代表者上山泰））、及び、科学研究費補助金（平成22－24年度若手研究(B)課題番号22730009「現代社会における「支援型法」の可能性と限界——自己決定を実現させる法的枠組みの構築」（研究代表者菅富美枝））に基づく研究成果の一部である。



# 動産担保取引の発展と国際私法(上)

藤澤尚江

- I. はじめに
- II. 米国UCC
- III. フランス(以上本号)
- IV. ドイツ
- V. UNCITRALの担保取引立法ガイド
- VI. 検討
- VII. むすびにかえて

## I. はじめに

近年、担保に求められる機能に変化している。従来型の担保の機能は、「担保権を設定した財産を換価・処分し、そこから優先弁済を受ける権利」を有するものとしてとらえられていた<sup>1)</sup>。この機能ゆえに、担保物は物として安定的な価値を有するものが望ましく、不動産が理想的な担保物として考えられた<sup>2)</sup>。一方、動産や債権の担保は、不動産担保を補完する「添え担保」としての機能しか果たさず、反対に、動産や債権に担保を設定することは、債務者の経営が危ないというシグナルになっていた<sup>3)</sup>。

変化が生じたきっかけは、バブル経済の崩壊である。不動産価格の低迷によ

- 
- 1) 森田宏樹「事業の収益性に着目した資金調達モデルと動産・債権譲渡公示制度(シンポジウム動産・債権譲渡公示制度の整備に向けて)」金融法研究21号(2005年)82頁参照。
  - 2) 森田・前掲注81頁参照。
  - 3) 松岡久和「譲渡担保立法の方向性」法学論叢164巻75頁(2009年)参照。

り、抵当権者は不動産担保の実行による被担保債権の回収が困難となった<sup>4)</sup>。一方で債務者は、貸し渋り等から銀行借り入れによる資金調達が困難となり、多様な資金調達方法を模索するようになった。これを背景に、日本の担保制度は、担保目的物を売却してその交換価値から債権を回収する制度から、担保目的物の有している収益価値を担保するという方向（事業収益型担保）へ移転している<sup>5)</sup>。事業収益型担保の目的物は債権や動産であり、たとえば動産・債権担保融資（ABL）がその一例としてあげられよう。つまり、担保の機能が変化するとともに、担保の目的物も、不動産から動産へと重心を移転することとなった。

この流れは実体法にも反映され、1998年には債権を対象とする「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」が制定され、2004年に「動産および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」へと改正され、法の対象に動産が加えられた。

債権や動産に対する担保への注目は、日本のみにとどまらない。UNCITRAL（国連商取引法委員会）では、2000年に国際債権譲渡条約（以下「債権譲渡条約」とする）<sup>6)</sup>が、2006年に担保付取引の立法ガイド（以下「立法ガイド」とする）<sup>7)</sup>が制定され、米国では1999年にUCC（米国統一商事法典）の担保取引分野の大改正が行われた。そして、フランスでも2006年3月25日に担保関連の法制を改正するオルドナンス<sup>8)</sup>が制定された。UNCITRALの国際債権譲渡条約・立法ガイド、米国のUCCには、それぞれ国際私法規則が含まれ、特に、UCC上の抵触規則は、資産を担保とする取引円滑化の要請から大幅に原則を変更した。

一方、日本の国際私法では、近年、担保機能の変化や不動産から動産への重点の移転を踏まえた議論はほとんど見当たらない。国際私法に関する制定法は、

---

4) 松岡・前掲注75頁参照。

5) 道垣内弘人「<講演録>担保法改革元年」金融法務事情1682号17頁、20頁（2003年）参照。

2006年に、かつての法例から「法の適用に関する通則法」へと改正された。改正時には、資産を活用した金融取引を促進させるため、動産に対する約定担保権・債権譲渡のそれぞれの規定を見直すべきではないかとの意見も出された<sup>9)</sup>。しかしながら、検討は将来の課題として先送りされ、特に動産に対する約定担保権についてはほとんど議論されることなく、「目的物の所在地法」に従うという原則が維持されることとなった<sup>10)</sup>。

担保権の機能や動産担保権に関する実質法が変化する中、日本の国際私法は、明治以来の「目的物の所在地法」原則を維持したままでよいのであろうか？動産担保取引の円滑化を考慮するとき、米国UCCのように国際私法の原則を

- 
- 6) United Nations Convention on The Assignment of Receivables in International Trade. UNCITRALの条約等に関しては、UNCITRALのHPにて入手可能である。また、本条約については次を参照。池田真朗「UNCITRAL国際債権譲渡条約草案——草案の紹介と完成までの経緯付・「国際取引における債権譲渡に関する条約」草案(対訳)」NBL722号27頁(2001年)、星野英一＝池田真朗「個別報告 UNCITRAL国際債権譲渡条約について〔含資料・国際取引における債権譲渡に関する条約草案試訳(抄)〕」金融法研究 資料編17号150頁(2001年)、早川真一郎「UNCITRAL債権譲渡条約について」国際私法年報3号1頁(2001年)、池田真朗＝北澤安紀「<資料>UNCITRAL国際債権譲渡条約草案 作業部会最終案試訳(抄)」法學研究74巻3号232頁(2001年)、池田真朗「国連国際債権譲渡条約の論点分析と今後の展望(上)(下)」旬刊金融法務事情50巻10号22頁、11号13頁(2002年)、池田真朗「債権連鎖譲渡論——UNCITRAL国際債権譲渡条約草案と民法・債権譲渡特例法」法曹時報54巻1号1頁(2002年)、池田真朗ほか「UNCITRAL国際債権譲渡条約について」金融法研究18号63頁(2002年)、池田真朗ほか「<資料>注解・国連国際債権上条約(1)～(4・完)：UNCITRAL総会報告書をもとに」法學研究75巻7号158頁、8号138頁、9号162頁、10号198頁(2002年)。
- 7) UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, Supplement on Security Rights in Intellectual Property. 文献等については、詳細に触れる際に後述する。
- 8) Ord. n° 2006 - 346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.
- 9) 小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法 法の適用に関する通則法の解説』88頁(2006年、商事法務)、小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法』168頁(2009年、商事法務)、法例研究会編「法例の見直しに関する諸問題(2)」150頁(2003年、商事法務)、法制審議会国際私法(現代化関係)部会第8回会議事録(平成15年12月16日)参照。
- 10) 前掲注参照。

変える必要はないのだろうか？

本稿ではまず、米国UCCにおける動産担保取引に関する実質法を概観した後<sup>11)</sup>、米国UCC第9編の抵触規則が、物の所在地法から債務者（debtor）の所在地法へと原則を移した経緯を明らかにする。次に、日本と同様に物権が所在地法に従うことを原則とするフランス、ドイツについても、動産約定担保に関する実質法と国際私法規則とを示す。そして、最後に、動産に対する約条担保権の国際私法について、UNCITRALの立法ガイド策定時になされた物の所在地法と担保権設定者の所在地法との間の議論をみていく<sup>12)</sup>。以上の比較から、近年の担保権の機能や実質法の変化の中、動産担保取引に関していかなる準拠法を選択するのが妥当か考察したい。

なお、本稿で動産担保取引として念頭におくのは、当事者の合意にもとづき動産に設定される担保、つまりは動産に対する約定担保であり、具体的には、前述したABLのような場合を考える。

## II. 米国UCC

動産（personal property）<sup>13)</sup>に関する担保取引（Secured Transactions）については、UCC（米国統一商事法典）の第9編<sup>14)</sup>に規定される。UCC自体はモデル法であるが、第9編はアメリカの全州で採択される<sup>15)</sup>。UCCでは、動産取引の種類に関わらず、債務を担保する目的で動産に設定された権利は一括し

---

11) 本稿において実質法に言及するのは、動産担保取引に関する国際私法は実質法と深く関連しており、国際私法を考える上で実質法の仕組みを知ることが大切だと考えるからである。そのため、実質法に関しては、詳細な内容には踏み込まず、概要を示すのみにとどめる。

12) 本稿は、拙稿「動産約定担保と抵触規則」国際私法年報11号126頁（2010年）の問題意識を引継ぐものであり、特に、米国、UNCITRALの立法ガイドに言及する部分については、これによるところが大きい。

13) ここでは「動産」という言葉を用いるが、“personal property”には、日本法にいういわゆる「動産」だけではなく、実体を有さない無体物（債権等）も含まれる。See BLACK'S LAW DICTIONARY, (9<sup>th</sup> 2009), “personal property” .



て「担保権 (security interest)」とされ (UCC § 1-201(35))、UCC 第9編に従うことになる。第9編には売掛債権の譲渡等も含まれ (UCC § 9-109(a)(3))、これは、債権の担保と譲渡とを区別することが困難であり<sup>16)</sup>、第9編の登録による対抗要件具備や優先順位の規定は、債権譲渡にも適用することが妥当であることを理由とする<sup>17)</sup>。一定の取引にはUCC 第9編の規定が適用されないが (UCC § 9-109(c)(d))、その理由は、起草者が金融取引でないものを適用除外しようとしたことによる<sup>18)</sup>。従って、アメリカでの金融取引を目的とした担保取引は、債権譲渡も含め、原則としてUCC 第9編に従うことになるといえる。

## 1. 実質法

以下では、UCC 第9編において、担保権の設定、対抗要件具備、優劣の決定がいかに関定されているかを抵触規則の参考の範囲でみていく。

### (1) 設定 (Attachment)

UCC § 9-203(a)によれば、債務者に対して担保権が強制可能 (enforceable) となるときに、担保権はattachする。つまり、attachという言葉は、財産が担保権に服するにいたった時点をのべるために用いられる<sup>19)</sup>。この趣旨からすると” attachment” は担保権の「設定」にあたるものと考えられる。

---

14) UCC 第9編について解説した文献は数多くあるが、最近の書籍として、小山泰史『流動財産担保論』(成文堂、2009年)、田島裕『UCC コメントリーズ 第3巻 担保付取引』(レクシスネクシス・ジャパン、2009年)、森田修『アメリカ倒産担保法』(商事法務、2005年)、國生一彦『改正米国動産担保法』(商事法務研究会、2001年)等を参照。

15) See WILLIAM D. WARREN & STEVEN D. WALT, SECURED TRANSACTIONS IN PERSONAL PROPERTY, 19 (7<sup>th</sup>ed. 2007).

16) See U.C.C. § 9-109 cmt. 4 (2001).

17) See WARREN & WALT, *supra* note 15, at 149.

18) See 4 JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE, § 30-8, at 58 (5<sup>th</sup> ed. 2005).

担保権が設定（attachment）されるための要件としては、次の三つがあげられる（UCC § 9-203(b)）。第一に、担保合意（security agreement）があり、担保権者による担保物占有（possession）があるか、または、債務者（debtor）による担保合意書への認証（authenticate）があること、第二に、担保権者から対価の支払いがなされていること、第三に、担保権設定者が担保物に権利を有することである<sup>20)</sup>。つまり、担保権設定者が担保物の権利者であり、対価が与えられることを前提に、占有によらない非占有担保権の場合には担保合意と認証された担保合意書<sup>21)</sup>により、占有担保権の場合には担保合意と担保物の占有により、担保権が設定される<sup>22)</sup>。このとき、担保権者は、債務者（debtor）および担保権設定契約の当事者以外の第三者<sup>23)</sup>（以下では単に「第三者」とする。）に対して自らの権利を主張できるようになる<sup>24)</sup>。

## （2）対抗要件具備（Perfection）

UCC第9編は、担保権を”perfect”することで第三者に対抗できると定める（UCC § 9-317）。ここでの第三者とは破産管財人や担保物の購入者、その他の債権者等をさす。担保権が”perfection”となることで、担保権について公示がなされ、第三者から保護されることから、”perfection”とは日本法にいう対抗要件の具備と同様の機能を有するものと考えられる<sup>25)</sup>。

UCC第9編の対抗要件具備（perfection）とは、①担保権を設定し（attachment）、②UCC § 9-310から9-316までの要件を満たした状態をいう<sup>26)</sup>。②

---

19) R・ブラウカー、道田信一郎『アメリカ商取引法と日本民法Ⅱ担保権』562頁（東京大学出版会、1961年）参照。

20) See WARREN & WALT, *supra* note 15, pp. 21-22.

21) 当該担保合意書には、担保物の記載がなされていなければならない。See U.C.C. § 9-203(b)(3)(a) (2009).

22) 森田・前掲注14) 90-91頁参照。

23) 後述「(3)」のとおり、担保権を設定したのみでは、権利を主張できる第三者は限定される。

24) See 4 WHITE & SUMMERS, *supra* note 18, § 31-1, at 97.

のUCC § 9-310から9-316まではいわゆる公示の方法について規定し、原則は、貸付証書 (financing statement)<sup>27)</sup> の登録である (UCC § 9-310(a))。しかし、通常之物 (goods)<sup>28)</sup>、動産抵当券 (chattel paper)、有価証券 (instrument) に関しては、占有 (possession) または引き渡し (delivery) による対抗要件の具備 (perfection) も認められる (UCC § 9-312, 313)<sup>29)</sup>。

このような登録制度を構築した目的は次の二つであるとされる。第一に、債務者 (debtor) の担保物に担保が付されているかどうか、これから債務者と取引しようとする第三者に情報を与えるため、そして、第二に、登録をした者に、債務者の担保物に対する優先権を与えるためである<sup>30)</sup>。従来は、調査のための情報を与えるという第一の目的に重点をおいて理解されていたようである<sup>31)</sup>。しかし、第9編により公示されている文書は、貸付証書のみであり、この貸付証書が担保の有無を調査している第三者に与える情報は、非常に少ないといわれている<sup>32)</sup>。そのため、今日では、登録の目的は、担保物につき正確

---

25) 日本の対抗要件とUCCの“perfection”の主たる違いとして、日本法では対抗要件を具備した担保権どうしの優先順位は対抗要件具備の先後で決まるが (内田貴『民法Ⅲ [第3版]』532頁 (東京大学出版会、2006年))、UCCによれば担保権の優劣は登録または対抗要件具備 (perfection) のいずれか早いほうの先後によって決まる (U.C.C. § 9-322(a)) 点があげられる。債権譲渡における“perfection”と日本の対抗要件制度を比較したものとして、拙稿「債権譲渡金融における米国と日本の対抗要件具備制度の比較」クレジット研究 35号157頁 (2005年)。

26) See U.C.C. § 9-308(a) cmt. 2 (2009).

27) 貸付証書の必要的記載事項は、債務者・担保権者の氏名、担保物である。U.C.C. § 9-502(a) (2009).

28) 物 (goods) とは、定着物 (fixtures) や立木等を含む動産 (movable) の一般を指す。See U.C.C. § 9-102(a) (44) (2009).

29) このうち動産抵当券、有価証券については、たとえ登録による対抗要件具備が占有による対抗要件具備より先になされていようとも、後からなされた占有による対抗要件具備が優先することになる (See U.C.C. § 9-330(d), U.C.C. § 9-331(a) (2009))。

30) See WARREN & WALT, *supra* note 15, at 52.

31) 日本のUCC解説では、角紀代恵「債権流動化と債権譲渡の対抗要件(3)UCC登録制度を参考として」NBL598号54頁 (1996年) 等にも同様の趣旨。

かつ完全な情報を得るためというよりもむしろ、州法上及び破産法上、競合する他の債権者に対して自らの優位性を確立するという目的のため、明確かつ一定のルールや形式を設けることにこそ重点がおかれているのではないかと説くものもある<sup>33)</sup>。

### (3) 優劣の決定

同一の担保物に設定された担保権の優劣の決定は、大きく三つの場合に分けて考えられる<sup>34)</sup>。第一に、いずれも対抗要件を具備していない担保権については、先に設定 (attach) された担保権が優先する (UCC § 9-322(a)(3))。第二に、対抗要件を具備した担保権と対抗要件を具備していない担保権とが競合するときには、対抗要件を具備した担保権が優先する (UCC § 9-322(a)(2))。第三に、競合する担保権がともに対抗要件を具備しているときには、先に対抗要件を具備するか、登録するかした担保権が優先する (UCC § 9-322(a)(1))。

第三の場合は、多少補足が必要となる。日本では、対抗要件を具備した担保権どうしが競合する場合、先に対抗要件を具備した担保権が優先する<sup>35)</sup>。一方、UCCでは、必ずしも対抗要件を先に具備した (perfectedとなった) 担保権が優先するわけではない。具体例をあげれば次のようになる。Aは4月1日に貸付証書 (financing statement) の登録のみを行い、4月10日に担保権を設定したとする。このとき、登録は4月1日に、対抗要件の具備 (perfection) は4月10日になされたことになる。一方、Bは、4月5日に同一の担保物に対し担保権を設定 (attachment) し、同日、登録を行ったとする。このとき、Bの登録・対抗要件の具備 (perfection) は、4月5日になされたことになる。この例では、Aの登録 (4月1日) がBの登録及び対抗要件具備 (4月5日) よりも先

---

32) See WARREN & WALT, *supra* note 15, at 53、森田・前掲注14) 171頁参照。

33) See NIMMER ET AL., *COMMERCIAL TRANSACTIONS, SECURED FINANCING: CASES, MATERIALS, PROBLEMS*, at 123 (2003).

34) See U.C.C. § 9-322 cmt. 3 (2009).

35) 内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』532頁（東京大学出版会、2006年）参照。

に行われたため、AはBに優先することになる。当然、Aが登録のみで担保権の設定を行わない場合には、Aの担保権は、対抗要件を具備していないものとなり、先にあげた第二のルールに従い、対抗要件を具備したBに劣後することになる<sup>36)</sup>。

次に担保権者と担保物の買主との優劣についてであるが、原則として、担保契約は、担保物の買主に対しても効力を有する (UCC § 9-201)<sup>37)</sup>。しかし、これには、例外が存在する。

問題となる担保権が対抗要件を具備する以前であれば、担保物の買主は、①対価の支払いを行い、②担保物の引渡しを受け、③担保物の購入時に当該担保権の存在を知らなかったのであれば、対抗要件を具備していない担保権を切断し、当該担保物を取得することが可能となる (UCC § 9-317(b))<sup>38)</sup>。また、担保権が対抗要件を具備した後であったとしても、当該買主が「通常の営業の過程における買主 (buyer in ordinary course of business)」<sup>39)</sup> であれば、担保権の存在を知っている場合でも当該担保権から解放される (UCC § 9-320(a))。

## 2. 抵触規則

担保付取引に関するUCCの抵触規則<sup>40)</sup>は、担保権設定の当事者間の関係を規律するものとそれ以外の第三者との関係を規律するものとに分けられる。

当事者間の関係については、総則を定めるUCC第1編の抵触規則に従い、諾成契約の有効性の問題としてUCC § 1-301による<sup>41)</sup>。UCC § 1-301は、当事者間で準拠法に関する有効な合意があれば、当事者の選択した地の法を適用

36) See U.C.C. § 9-322 cmt. 4 (2009).

37) See WHITE & SUMMERS, *supra* note 18, § 33-8, at 310.

38) See *id.* at 311.

39) 「通常の営業の過程における買主」とは、①在庫品からの購入を行い、②新たな対価 (new value) を与え、③信義誠実な買主をいう。U.C.C. § 1-201(b)(9) (2009).

40) ここで「抵触規則」という言葉を用いるのは、米国では、国際間のみならず州際間でも、ある問題にいずれの地の法が適用されるかという問題が生ずるからである。以下では、米国の国際私法をあらわすとき特に「抵触規則」という言葉を用いる。

する（UCC § 1-301(c)）。そして、当事者による合意がない場合には、その州の抵触法によるとする（UCC § 1-301(d)）。

第三者との関係については、UCC第9編に抵触規則がある。UCC第9編は1999年改正により、原則を担保物の所在地法に従うルールから、債務者（debtor）の所在地法に従うルールへと変えた。以下、改正によりどのようにルールが変わったか、1999年の改正前のルール、1999年改正後のルールそれぞれを概観しながら明らかにしていく。

なお、本論稿の対象は、有体物である動産に対する約定担保権であるが、1999年の改正には、債権に対する担保・債権譲渡の抵触規則が影響を与えていたと考えるため、以降、説明に必要な限りで債権を対象とするものにも言及する。

#### (1) 1999年改正前 UCC

改正前 UCC 第9編では、担保物の所在地法によることを原則としていた<sup>42)</sup>。つまり、対抗要件具備（perfection）および対抗要件具備の効果（effect of perfection）は、原則として担保の対象となる物の所在地法によるとされていた（「担保物の所在地法原則」）。

しかしながら、担保物の所在地法原則を全ての動産に対する担保権に適用す

---

41) See RUSSEL J. WEINTRAUB, COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS, § 8.30 at 610 (5<sup>th</sup> ed. 2006); EUGEN F. SCOLES ET AL., CONFLICT OF LAWS, § 19.29, at 1103 (4<sup>th</sup> ed. 2004).

42) 改正前 U.C.C. § 9-103(1)(b) :

本条に別段の定めがある場合を除き、担保物の担保権に関する対抗要件の具備（perfection）および対抗要件を具備または対抗要件を具備しない効果は、当該担保権に対抗要件を具備または対抗要件を具備していないことの主張の原因となる最後の事実（last event）が生じた当時におけるその担保物の所在地法による。

UCC第9編の日本語訳については、米国商事法・金融法実務研究会「米国統一商事法典第9章（1998年度改正版）の紹介 [1] - [10]」国際商事法務27巻6号、7号、9号-12号、28巻1号-4号（1999-2000年）、アメリカ法律協会＝統一州法委員会全国会議編（田島裕訳）『UCC 2001：アメリカ統一商事法典の全訳』387頁-532頁（2002年、商事法務）を参照。

ると不具合が生じる。そこで、改正前UCCは、担保物の所在地法原則に主として次の補完を行った。

第一の補完は、債権、可動性物品等 (mobile goods) に対する担保権に関して、債務者 (debtor)<sup>43)</sup> の所在地法へ準拠するというものであった。可動性物品とは、移動が可能 (mobile) で、ある法域から別の法域へと移動されることが通常であるものを指す (UCC § 9-103(3)(a))。

可動性物品に関し担保物の所在地法によることには次の問題があげられる。第一に、可動性物品は、一か所に長くとどまることができない。UCC第9編の目的の一つは、後続の債権者が債務者の信用状態を判断できるよう貸付証書を登録すべき場所を特定することにあるが、可動性物品の担保権について目的物の所在地法を指定するのでは、可動性物品の性質からこの目的を達成できない<sup>44)</sup>。次に、複数の地で利用の予定される可動物品について利用されるすべての地で登録を行うのは煩雑であり、またすべての地で登録を行うことが不可能な場合もある<sup>45)</sup>。最後に、可動性物品の所在は、偶発的 (fortuity) なものでしかないというものである<sup>46)</sup>。そこで、債権、可動性物品等 (mobile goods) に対する担保権に関しては、債務者の所在地法へ準拠させることとした。

第二の補完は、購入代金担保権 (purchase money security interest)<sup>47)</sup> に関して、担保物の移転先の法 (仕向地法) を準拠法とすることを可能としたこと

---

43) 改正前UCCでは、債務者 (debtor) を「担保物に権利を有しているか否かに関わらず、被担保債権に対する金銭債務または行為債務を有する者を意味し、売掛債権または動産担保証書 (chattel paper) の売主を含む。債務者と担保物の所有者が異なる者である場合、債務者 (debtor) という用語は担保物に関する条文では担保物の所有者を意味し、義務に関する条文では義務者 (obligor) を意味し、文脈によっては双方を含むこともある」と定義する (U.C.C. § 9-105(1)(d) (1972))。必ずしも被担保債権の債務者に限られるわけではなく、日本の文献でも「担保物提供者」、「担保権設定者」、「債務者」等その訳語はさまざまであるが説明の便宜のため本稿では"debtor" の訳語として「債務者」を用いる。

44) SCOLES ET AL., *supra* note 41, § 19.20, at 1092.

45) U.C.C. § 9-103, cmt.3 (1962).

46) U.C.C. § 9-103, cmt.5 (1972).



である<sup>48)</sup>。これにより、担保物がA国にある間も将来移動が予定される仕向地B国の法にもとづき、対抗要件具備を行うことができるようになり、所在地変更による対抗要件具備のリスクが幾分か軽減された。

第三の補完は、9-103(1)(d)の猶予期間の定めである<sup>49)</sup>。A国に所在する物に対して担保権を設定し、A国法に従い対抗要件を具備した場合、その担保物がB国に移動した場合、B国法上、A国法に従い設定した担保権の効力が認められなくなるおそれがある。そこで、UCC § 9-103(a)(d)により、担保物がB国に移動してからも4ヶ月間は、A国法に従い具備された対抗要件の効力が認められ、さらにB国法に従い当該担保権につき対抗要件を具備すれば、4ヶ月が経過して後も対抗要件を具備した状態であることが認められた。

以上のルールをまとめると、次の表のとおりとなる。

担保物		担保権の種類	準拠法
物	通常のもの (ordinary goods)	購入代金担保権以外	担保物の所在地法
		購入代金担保権	仕向地法
可動性物品 (mobile goods)		債務者 (debtor) の所在地法	
債権			

47) 購入代金担保権とは、「物の売主がその売買代金を担保するためその売却物について取得した担保権、および債務者が担保物を取得するための資金を提供した者がその担保物について取得した担保権」をいう。柏木昇「ビジネスマンのための米国における動産担保の設定とその効果(4)」国際商事法務6巻400頁（1978年）。

48) 改正前 U.C.C. § 9-103(1)(c) :

ある法域の物品に対し購入代金担保権を生じさせる取引の当事者が、当該物品が別の法域で保管 (keep) されるであろうことを担保権設定 (attach) 時に了解しており、当該物品を債務者が受領してから30日以内に担保権を設定し、当該物品がその30日以内に当該他の領域に移動した場合、担保権の設定時からの当該担保権の対抗要件の具備、対抗要件を具備した効果、または対抗要件を具備しない効果は当該他の法域の法による。

同様に、スイス国際私法101条でも、移動中の物 (Sachen im Transit) については仕向地国法 (Recht des Bestimmungsstaates) によるものとされる。

49) 4 WHITE & SUMMERS, *supra* note 18, § 31-16, at 191.

(2) 1999年改正後UCC

それでは、次に1999年改正後にUCC第9編がどのような抵触規則をおいたかを見ていく。

① 債務者所在地法

1999年改正後、第三者との関係については、原則として債務者 (debtor)<sup>50)</sup> の所在地法によることになった (UCC § 9-301(1))<sup>51)</sup>。つまり、改正後のUCC第9編の原則は、それまでの担保物所在地法原則を離れ、対抗要件の具備 (perfection)、対抗要件を具備した効果、対抗要件を具備していない効果、そして優先順位を、債務者 (debtor) の所在地法に準拠させるとした。

債務者 (debtor) の所在地がいずれを指すかについては、UCC § 9-307 に規定される。原則として、債務者 (debtor) が個人の場合には主たる居所 (principal residence) が、債務者 (debtor) が組織 (organization) であり事業地 (place of business) を1つしか有さない場合にはその地が所在地とされる。一方、債務者 (debtor) が組織で複数の事業地を有する場合、その債務者 (debtor) が州法または連邦法に基づき設立された登録組織であれば、設立地または設立準拠法の指定する地を所在地とし (UCC § 9-307(e)(f))、それ以外は、主たる事業所 (chief executive office)<sup>52)</sup> の所在地が債務者 (debtor) の所

---

50) 改正後UCCは、債務者 (debtor) を「義務者 (obligor) であるか否かに関わらず、担保物に対して担保権以外の権利 (interest) を有する者」と定義する (See U.C.C. § 9-102 (a)(28) (2007))。ここでいう「義務者 (obligor)」とは被担保債権の債務者を意味し (U.C.C. § 9-102 (59) (2007))、前掲注43) で示した改正前UCC同様、「債務者 (debtor)」とは必ずしもこの被担保債権の債務者 (obligor) と同じではなく、担保物になら権利 (interest) を有していない債務者 (obligor) は「債務者 (debtor)」に含まれない。しかしながら、改正前UCCと同様、以降では説明の便宜上、“debtor”を「債務者」とする。

51) U.C.C. § 9-301(1)：

本条に別段の定めがある場合を除き、担保物の担保権に関する対抗要件、対抗要件を具備し、または対抗要件を具備しない効果、および優先順位は、債務者 (debtor) が所在する法域の法による。

在地となる（UCC § 9-307(b)）。

以上から、債務者（debtor）の所在地法として米国以外の法が適用される場合としては、債務者（debtor）が個人であり米国外に主たる居所を有する場合（①）、債務者（debtor）が米国以外の法を準拠法として設立した法人であり、唯一の事業地を外国に有するか（②）、複数の事業地のうち主たる事業所が外国にある場合（③）が考えられる。しかしながら、これらの①～③の場合にも、米国以外の法が準拠法として適用されるとは限らない。UCC § 9-307(c)はさらに、UCC § 9-307の規定により債務者が所在するとされた法域が、担保権に優先権を与える条件または結果として、登録（filing）、記録（recording）、または登記（registration）といった非占有担保権の公示方法を有している場合にのみ、UCC 9-307(b)は適用されるとする（UCC § 9-307(c)）<sup>53)</sup>。そして、これらの公示方法を有さない場合には、債務者（debtor）はワシントンD.C.に所在するものとみなされる（UCC § 9-307(c)）<sup>54)</sup>。つまり、債務者（debtor）の主たる居所または主たる事業地が非占有担保権の登録等の公示方法を有していないとすれば、その債務者（debtor）は、ワシントンD.C.に所在するものとされ、米国法が準拠法となるのである。

## ② 債務者所在地法原則への補完

改正前UCCで、動産に対するあらゆる担保権を担保物所在地法によらせることに問題があったように、すべての動産に対する担保権について債務者の所在地法によることにも問題があった。そこで、まず担保の態様によって別途規定を設け、さらに猶予期間を設けることで、債務者所在地法の原則を補完した。

---

52) 「主たる事業所（chief executive office）」についてはUCC中に定義はないが、債務者が自らの事業およびその他の活動の主たる部分を行う場所とされる。See U.C.C. § 9-307, comt. 2 (2009).

53) Warren & Walt, *supra* note 15, at 107 (7<sup>th</sup> ed. 2007)

54) *Id.*

第一の補完は、譲渡担保のような非占有担保権 (non-possessory security interest) についてである。具体的な問題として、次の場合を考える。担保物はA州に所在し、債務者 (debtor) はB州に所在していたとする。債務者 (debtor) は自らの所在するB州法に従い対抗要件を具備する。もし、優先順位についても債務者所在地法であるB州によるとするならば、A州に所在する担保物の優先順位をB州で立法された法により判断するという不都合が生じる<sup>55)</sup>。同一の担保物につき占有担保権や法定担保権を有する者と非占有担保権を有する者とが存在する場合、これらの者が有する権利の優先順位は担保物の所在地法と債務者 (debtor) の所在地法という異なる準拠法によって判断されるおそれがあるからである。

この不都合を回避するため、非占有担保権について対抗要件具備 (perfection) は原則に従い債務者 (debtor) の所在地法によりながら、対抗要件具備の効果・対抗要件を具備していない (nonperfection) 効果、優先順位は目的物の所在地法によらせたのである (UCC § 9-310(3))<sup>56)</sup>。改正第9編の起草者は、優先順位については、第9編による担保権者どうしの争いだけでなく、法定担保権者や担保物の譲受人等の第9編によらない請求権者との争いについても視野に入れていたと考えられる<sup>57)</sup>。

第二の補完は、質権のような占有担保権 (possessory security interest) につ

55) See U.C.C. § 9-301, cmt.7 (2007); Ryan E. Bull, *Operation of the New Article 9 Choice of Law Regime in an International Context*, 78 TEX. L. REV. 709 (2000); WHITE & SUMMERS, *supra* note 24, at 106

56) U.C.C. § 9-301(3);

(4)に別段の定めがある場合を除き、流通証書 (negotiable documents)、物、証券 (instruments)、金銭または動産証書が所在する法域の法が、次のことを規律する。

(A)(B) [省略]

(C) 担保物に対する非占有担保権 (nonpossessory security interest) の対抗要件を具備した効果、または対抗要件を具備しない効果、および優先順位。

57) Neil B. Cohen and Edwin E. Smith, *International Secured Transactions and Revised UCC Article 9*, 74 CHL.-KENT. L. REV. 1191, 1205 (1999).

いてなされた。前述「1-(2)」のとおりUCC第9編は、登録による対抗要件具備(perfection)とともに、物(goods)については、占有により対抗要件を具備することを認める(UCC § 9-313)。コモン・ローでは、動産に占有(possession)を有することで、唯一動産に対する担保権を有効に設定することができる。そのため、占有担保権について、担保物の所在地法を離れることは当事者の期待に反することになる。そこで、UCC § 9-301(2)は、質権のような占有担保権については、対抗要件具備(perfection)、対抗要件具備の効果、対抗要件を具備していない(nonperfection)効果、優先順位のいずれについても目的物の所在地を連結点とした<sup>58)</sup>。

第三の補完は、債務者(debtor)も、担保物と同様に所在地を変更する可能性があることからなされた。債務者(debtor)が所在地を変更する場合として、まず、①債務者(debtor)がA州からB州へと所在を移す場合が考えられる。このとき、A州法に従って具備した対抗要件がB州法上の効力を有さないとすれば、債務者(debtor)の移動を知らない担保権者は害されることになろう。次に、②担保物がA州に所在する債務者(debtor)からB州に所在する別の者に譲渡されたときが考えられる。B州に所在する譲受人が債務者(debtor)<sup>59)</sup>となるため、同様にA州法に従って具備した対抗要件がB州法上効力を有さなくなるおそれが生じる。

そこで、UCCは、①の債務者(debtor)自身が移動した場合には、別の州(B州)に債務者(debtor)が移動してから4か月の間、②の担保物が別の州(B州)に所在する者に譲渡された場合には、B州に所在する者が債務者

---

58) U.C.C. § 9-301(2):

担保物の占有担保権(possessory security interest)に関する対抗要件、対抗要件を具備し、または対抗要件を具備しない効果、および優先順位は、担保物が所在するその法域の法による。

59) 前掲注50)のとおり、UCC第9編の「債務者(debtor)」とは、被担保債権の債務者か否かに関わらず、担保物に対し担保権以外の権利を有する者を意味する。U.C.C. § 9-201(a)によれば、担保契約(security agreement)は原則として担保物の購入者に対しても効力を有する。この意味で担保物を譲り受けた者も「債務者(debtor)」となる。

(debtor) となってから1年間の間、移動および譲渡前の債務者 (debtor) の所在地であるA州の法に基づき具備した対抗要件 (perfection) が有効であるという規定をおいた (UCC § 9-316(a))。これらの期間内に、B州法に従い対抗要件を具備することで、期間経過後も対抗要件具備の効果は継続することになる<sup>60)</sup>。②の担保物が譲渡により債務者 (debtor) の所在地変更が生じる場合のほうで、①の場合よりも猶予期間が長いのは、担保権者が、異なる地に所在する者に担保物が譲渡された事実を知ることは困難だからである<sup>61)</sup>。

以上のルールをまとめると、次の表のとおりとなる。

担保物		準拠法
債権		債務者の所在地法
物	非占有担保権 (non-possessory security interest)	
	占有担保権 (possessory security interest)	

### (3) 債務者所在地法原則への経緯

以上「(2)」および「(3)」で、1999年改正を契機にUCC第9編の抵触規則がいかに変化したかを示した。そこで次に、UCC第9編が、抵触規則の原則を「担保物の所在地法」から「債務者 (debtor) の所在地法」への準拠へと変更したのはなぜか、その理由を明らかにしていく。

#### ① 1999年改正前UCCの問題点

UCC第9編の1999年改正は、情報技術の発展による経済の変化や技術革新に対応し、より円滑な担保取引を可能にするために行われた<sup>62)</sup>。より円滑な取引を目指すための障害として、改正前UCCの次の2点が問題とされた。

60) U.C.C. § 9-316, cmt.2 (2009).

61) *Id.*

第一の問題は、通常物（ordinary goods）と可動性物品（mobile goods）について、準拠法が異なることである。通常物に対する担保権であれば担保物の所在地法に服する一方、可動性物品に対する担保権は債務者（debtor）の所在地法に服する。可動性物品が通常物品かで準拠法が異なるにも関わらず、これら2つを区別することは困難であった<sup>63)</sup>。

第二の問題は、動産と債権とについて、準拠法が異なることである。在庫を担保にして金融を行う者は、通常、在庫とともにその在庫が売却されることで得られる売掛債権にも担保をつける。1999年改正前のルールによれば、在庫についてはその所在地法に、売掛債権については債務者（debtor）の所在地法（改正前UCC § 9-103(3)）にと、それぞれの地の法に従わなければならなかった。

準拠法が異なることは、すなわち具備しなければならない対抗要件が異なるということであり、UCCでは登録（filing）すべき場所が異なることを意味する。これは、担保について登録を行う者、債務者（debtor）の信用調査を行う者の双方にとって負担となるため、可動性物品と通常物、そして動産と債権とを単一の法域の法によらせることが目指された。

## ② 債務者の所在地選択の理由

以上の理由から準拠法の統一を試みた結果、1999年改正後のUCC第9編では債務者の所在地が連結点として採用された。しかし、一方で、担保物の所在地法を連結点として統一をはかる選択肢もあったはずである。1999年改正で、債務者（debtor）の所在地が連結点として選択されたのはなぜか。理由は、主として次の3点である。

第一に、無体物の所在地確定の困難さである。債権のような無体物には現実

---

62) PEB STUDY GROUP, PERMANENT EDITORIAL BOARD FOR THE UNIFORM COMMERCIAL CODE ARTICLE 9, 2 (Dec.1 1992). 以下では、“PEB Report” とする。

63) U.C.C. § 9-301, cmt.4 (2007); PEP Report, *supra* note 62, 75; WHITE & SUMMERS, *supra* note 18, § 31-16 at 191.



の所在がない。そこで、担保物の所在地を連結点とすると、無体物について所在を擬制しなければならないが、その確定は困難であった<sup>64)</sup>。

第二に、担保物所在地の変更可能性である。動産は、その名のとおりに移動するものであり、その所在は複数の州（法域）に考えられうる<sup>65)</sup>。担保物所在地法に準拠するとすれば、担保権者は動産が所在すると考えられるすべての州（法域）の法に従って登録等の対抗要件を具備しなければならない。また、複数の州（法域）に所在する動産を一括して担保に取るような場合にも、同様にそれぞれの動産の所在地の法に従わなければならない<sup>66)</sup>。一方、債務者（debtor）の所在地は、担保物の所在地ほどには変更がないとされる<sup>67)</sup>。債務者（debtor）が組織（organization）の場合は、所在地が原則として設立地または主たる営業地とされるためになおさらである。これにより、準拠法の変更により対抗要件が具備されていない状態（unperfect）になる可能性が減り、債務者（debtor）と新たに取引を行う等の理由で勤勉に債務者（debtor）の信用調査をしている者が担保権の公示がいずれの地でなされているのかを見つけることも容易になる<sup>68)</sup>。

第三に、移動中の物への適合性があげられる。前述のように（「(2)①」）、

---

64) PEB Report, *supra* note 62, at 75; Steven L. Harris and Charles W. Mooney, Jr., *Choosing the Law Governing Perfection: The Data and Politics of Article 9 Filing*, 79 Minn. L. Rev. 663, 665 (1994).

65) PEB Report, *supra* note 62, at 75; Harris & Mooney, Jr., *supra* note 64, at 665; Steven L. Harris, *Choosing The Law Governing Security Interests in International Bankruptcies*, 32 BROOK. J. INT'L. 905, 913 (2007). ただし、Harris は動産が移動した場合の問題を認めながらも、動産の多くは移動しないし、たとえ移動したとしても、担保権者の予測可能範囲内での移動であるとする。

66) Cohen & Smith, *supra* note 57, at 1201.

67) Patrick J. Borchers, *Selection II: Choice of Law Relative to Security Interests and Other Liens in International Bankruptcies*, 46 AM. J. COMP. L. 165, pp.191-192 (1998); WHITE & SUMMERS, *supra* note 49, § 31-16 at 194.

68) PEB Report, *supra* note 62, at 75; Harris & Mooney, Jr., *supra* note 64, at 665; WHITE & SUMMERS, *supra* note 18, § 31-16 at 194.

1999年改正前UCCでは、債務者（debtor）が担保物を受領してから30日以内に担保物が別の地に移動する場合、担保取引の当事者の合意があれば担保権は移動した地の法による<sup>69)</sup>との規定が設けられていた。しかし、この移動中の物についても、債務者（debtor）の所在地法が準拠法となれば、担保物の所在の変更により準拠法が変更されることもないため、特則を設ける必要がなくなる<sup>70)</sup>。

### 3. 小活

米国UCCの第9編は、取引の種類によって区別せず、包括的な担保権（security interest）の概念を認める。この担保権は原則として登録により対抗要件を具備し、登録の先後によって競合する担保権との優先順位を判断される。（以上「II-1」）

抵触規則に関しては、担保権設定契約の当事者間の関係とそれ以外の第三者との関係とを区別し、前者は当事者自治によることを、後者は債務者（debtor）の所在地法によることを原則とする。しかしながら、質権のように占有を伴う占有担保に関する問題、そして譲渡担保のように占有を伴わない非占有担保に関する問題のうち対抗要件具備の効果と優劣の決定については、改正前と変わらず担保の目的物の所在地法に従うとされる。その結果、債務者（debtor）の所在地法に従うのは、非占有担保権の対抗要件具備の部分に限られる。（以上「II-2-(2)」）

改正前UCC第9編には、通常物（ordinary goods）と可動性物品（mobile goods）、動産と債権とそれぞれを区別し、異なる準拠法に服させなければならないという問題があった。そこで、これらを単一の法域の法に服させようとした結果、債務者（debtor）の所在地法が選択された。その理由は、第一に、債権のような無体物につき所在地を確定することは困難であったこと、第二に、

---

69) U.C.C. § 9-103, cmt. 1 (1972).

70) PEB Report, *supra* note 62, at 75.

担保物が移動した場合、その所在地は変更のおそれがあること、反対に、債務者 (debtor) の所在地は変更の可能性が低いこと、第三に、移動中の物についても特則を設ける必要がなくなることがあげられる。(以上「II-2-(3)」)

### III. フランス

続いて、フランスでは、動産に対する約定担保権に関していかなる法選択がされているのかを見ていく。まず、国際私法の参考の範囲で、動産担保取引に関する実質法の概要について触れておく。

#### 1. 実質法

##### (1) 担保に関する法の改正

フランスでは、2006年3月25日に制定されたオールドナンス<sup>71)</sup>によって、民法典の担保関係の規定が改正され、商法典に新たな規定が挿入された<sup>72)</sup>。この背景には、①フランスでは、担保に関する規定がさまざまな法律に分散して存在していたこと、②担保に関するフランス民法典中の規定に硬直的すぎる場合があること、③ヨーロッパをはじめ世界的にも担保法に関する関心が高まっていることがあると言われる<sup>73)</sup>。当該改正による特徴はいくつかあるが、特に動産担保取引を念頭においた本稿と関係があるのは次の2点であろう。まず、「占有を移転しない質権を認めることにより、債務者に質権を設定した物の使用を可能とし、動産担保物権の設定を簡易化した」こと、次に、「在庫商品の使用(処分)を可能としながらそれを担保として融資を受けられるようにする

---

71) Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

72) 改正の経緯等については、山野目章夫「2006年フランス担保法改正の概要——企画趣旨の説明及び今般改正の評価」ジュリスト1335号33頁(2007年)、平野裕之「改正経緯及び不動産担保以外の主要改正事項」ジュリスト1335号36頁(2007年)、ピエール・クロック/野澤正充(訳)「フランスにおける担保法改正の評価——成功か失敗か」ジュリスト1365号94頁(2008年)を参照。

73) クロック/野澤・前掲94頁参照。

ために、在庫商品について占有を移転しない質権の設定を可能にした」ことである<sup>74)</sup>。

以下、近年、フランス実質法において、担保に関する扱いがいかに変化したかを示すため、特に改正前の民法典における動産質と改正後の民法典における動産質とを比較しながら概観し、商法上の非占有質にも触れる。

## (2) 民法典上の動産質

### ① 改正前

改正前フランス民法典<sup>75)</sup>の2076条は、「すべての場合において、先取特権 (privilege) は、質物 (gage) を債権者の占有又は当事者間で合意される第三者の占有のもとに置き、かつ、そこにとどめる限りでなければ、質物の上に存続しない<sup>76)</sup>と規定する。当該条文は、質権設定契約が要物契約であることを示し、質権設定契約が有効 (validité) となるためには質物の引渡しが必要となることを定めたものと解釈される<sup>77)</sup>。つまり、質権の設定者が占有を喪失することを動産質 (gage)<sup>78)</sup>の有効要件と考えていた<sup>79)</sup>。ただし、特別法では、占有移転を伴わない動産質、または擬制的な占有移転を伴う動産質も認められていた<sup>80)</sup>。

また、改正前民法典では、「先取特権 (privilege) は、第三者に対しては、支払うべき金額の申述 (declaration) 並びに動産質に付す財産の種類及び性質、

---

74) 平野・前掲注72) 37頁。動産に対する約定担保権として、他に所有権留保も、民法典の改正により担保として明記されることとなった (フランス民法典2367条)。所有権の留保は書面によってなされる (フランス民法典2368条) が、公示は要求されていない。

75) 以下では、特に言及しない限り、引用条文はフランス法のことを指す。また、改正前民法典の動産質について解説したものとして、下村信江「フランスにおける動産質(1)(2)」法科大学院論集創刊号181頁 (2005年)、3号47頁 (2006年) を参照。

76) 旧民法典の条文訳については、法務大臣官房私法法政調査部編『フランス民法典 物権・債権関係』[稲本洋之助訳] (法曹会、1982年) を参照。

77) AYNÈS (L.) et CROCC (P.), *Les sûretés la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Defrenois, 2009, n° 507, p.231.

又は、その品質、重量 (poids) 及び大きさの付属一覧表 (etat annexe) を含む、適法に登録した公署証書 (acte authentique) 又は私署証書 (acte sous seing privé) がある限りでなければ生じない」と規定される (改正前民法典 2074 条)。すなわち、特に担保権を担保権設定契約の当事者以外の第三者 (以下では「第三者」とする) に対抗するためには、担保物の内容を記載した証書が要求されていた。当該証書が対抗要件として要求されるのは、そもそもは高利貸しからの債務者の保護のためであったとされるが、債務者が自らの資産を守るために擬制的な質権を設定することを防ぐことが目的となっていたともされる<sup>81)</sup>。

## ② 改正後

質権の設定<sup>82)</sup> について、改正後の民法典で、質権は設定者と担保者間の合

78) 1804年の改正前民法典2072条において、「質 (nantissement)」とは占有移転を伴うものを意味し、「動産に関する動産質 (gage)」と「不動産に関する不動産質 (antichrèse)」とを指していたが、改正により、占有移転ではなく目的物によって分類されるようになり、動産については「動産質 (gage)」の呼称を、無体財産には「質 (nantissement)」の呼称が用いられることになった。SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, les sûretés la publicie foncière*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 608, p.532; CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PETEL (Ph.), *Droits sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., Litec, 2007, n° 557, p.376.

79) 一方で、当該規定は公示要件を定めたものであり、動産の引渡しがなければ第三者に対して効力を生じないだけだとする学者も多くいた。V. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 507, p.231; CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 725, p.376.

80) 自動車、船舶、設備類に対する質権、動産抵当権等がその例である。

81) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 771, p.503.

82) 本稿では、質権の設定 (constitution) と質権の対効力 (opposabilité) を分けて説明するが、AYNÈS (L.) et CROCQ (P.) は、「民法典は、質権の設定 (constitution du gage) を、担保権者と担保権設定者間の関係と第三者に対する質権の対効力とに区別」して考える。V. AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 509, p.233. 本稿のような構成をとるものとしては LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du credit*, 7<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 2009がある。

意（covention）であるとされ（2333条）、「被担保債権、動産質に供された動産の数量、種類、および性質を記載した書面」の作成により動産質（gage）は設定（parfait）<sup>83)</sup>されるとする（民法典2336条）<sup>84)</sup>。質権の有効要件が物の引き渡しから書面の作成へとなることで（要物契約から要式契約への転換）、占有移転を伴わない動産質も一般法により認められることになった<sup>85)</sup>。あわせて、現在ないし将来取得する予定の動産の集合体（un ensemble bien）への質権設定、そして、将来の不特定多数の債権の担保に関する合意も有効とされた<sup>86)</sup>。

一方、質権（gage）を第三者に対抗するための方法は2種類存在する。第一に、担保権者は、公示（publicité）により第三者に対抗することが可能となる（2337条1項）<sup>87)</sup>。公示は、コンセイユ・デタのデクレ<sup>88)</sup>に定められた方式で登記することによりなされる（2338条）<sup>89)</sup>。当該登記は、設定者の登録地、または住所ないし居所のいずれかになされる<sup>90)</sup>。第二に、質権の対象物を、債

---

83) UCCにおける“perfection”が、担保権設定契約の当事者以外の第三者に対抗できる状態、つまりは日本法上の対抗要件具備に類似の状態であったのに対し（前掲Ⅱ-1-(2)、フランス民法典中の“perfection”は契約が有効（validité）となった状態を指し、第三者に対抗するためにはさらに公示または引渡しを要する。

84) 改正後のフランス民法典等の条文訳については、平野裕之＝片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号163頁以下（2006年）を参照。

85) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 273, p.497.

86) V. CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 727, n° 728, p.501; AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 504, p.226; SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), *op. cit.*, n° 615, p.536-37.

フランス民法典2333条

①質権〔設定契約〕は、設定者が債権者に動産財産（biens mobiliers）又は現在ないし将来の有体財産の集合体（un ensemble de biens mobiliers corporels）について、他の債権者に優先して支払を受ける権利を付与する合意である。

②被担保債権は、現在のものでも将来のものでもよい。〔ただし〕将来の債権は特定可能（determinable）なものでなければならない。

権者ないし合意された第三者へ引き渡す (depossession) ことでも、質権を第三者に対抗することができる (2337条2項)。当該引渡 (remis) は現実の引渡し (tradition) でなければならず、擬制的な引渡しでは質権を第三者に対抗することはできない<sup>91)</sup>。一方、目的物を質権者ではなく、当事者間で合意された第三者に保管させる第三者占有委託 (l'entiercement) による場合には、占有移転がなされたと認められ、質権を第三者に対抗することができる (民法典2337条2項)<sup>92)</sup>。改正によって、改正前に成立要件と考えられていた引渡しは対抗要件となり、新たに登録による対抗要件具備も認められるようになったのである。

そして、当事者間の優劣は次のように決まる。まず、同一の財産上に複数の

---

87) V. SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, n° 616, p.538.

フランス民法典2337条

① [有体動産] 質権 (gage) は、それにつきなされた公示 (publicite) により第三者に対抗できる。

②同様に、目的物とされた財産 (biens) が、債権者又は合意された第三者に引き渡されることにより、[有体動産] 質権 (gage) は第三者に対抗できる。

③ [有体動産] 質権 (gage) が適式に (regulierement) 公示された場合には、設定者 (constituent) の特定承継人は2279条を援用することはできない。

88) Décr. n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession.

89) SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, n° 616, p.538; CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 746, p.497. 担保権設定証書 (acte constitutif de la sûreté) が公正証書の方式で作成されている場合には、当該証書を商業裁判所に交付または送付することになるが、当該証書は一覧表と一体にされ、一覧表には次の内容が表示されなければならない。設定者と債権者、担保設定証書の日付、被担保債権の金額、請求可能な時期、金利、担保物を特定可能にする要素等。Décr. n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 2. なお、債権質に関しては、対抗要件具備のための登録はない。

90) Décr. n° 2006-1804 du 23 décembre 2006, art. 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup>.

91) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 733, p.505; AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 508, p.232.

92) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 735, p.506; AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 508, p.232.



動産質が設定されている場合には、質権の登録の先後により優劣関係が決まる（民法典2340条1項<sup>93</sup>）。次に、同一の財産について、最初に占有移転を伴わない質権の設定を受けた債権者と、後に占有移転を伴う質権の設定を受けた債権者との間の利害が対立している場合である。このとき、占有移転を伴う質権には留置権が生じるはずであるが、最初の債権者が正式に公示をしていれば占有移転を伴う質権の債権者にも対抗することができる（2340条2項<sup>94</sup>）。つまり、先に正式な公示がなされていれば、占有移転を伴う質権、占有移転を伴わない質権の双方に対抗することができるのである。同様に、同一の財産を質権設定者から譲り受けた者に対しても、質権を登録することで対抗でき、当該譲受人は、即時取得を定めた民法典2276条の適用を当該質権に対して主張できなくなる（2337条3項<sup>95</sup>）。

### （3）商法典上の非占有質

フランス商法典は、在庫商品への占有移転を伴わない質権について規定しており、その被担保債権は金融機関（*établissement de crédit*）の与信債権（*crédit*）にかぎられる（商法典L.527-1条1項<sup>96</sup>）。一方、債務者は、すべての私法人及び事業活動をしている個人である（商法典L.527-1条1項<sup>97</sup>）。

在庫商品の質権の設定にも、民法典と同様に書面が要求される（商法典L.527-1条2項<sup>98</sup>）。当該書面には、当事者、火災や滅失に対して在庫商品を保

---

#### 93) フランス民法典2340条

同一の財産（*bien*）が、相前後して占有を奪わない複数の〔有体動産〕質権の対象とされた場合には、債権者の順位は、その登録の順序によって決められる。

占有を奪わない質権を設定された財産（*bien*）が、その後、占有を奪う質権の対象とされた場合には、先行する質権債権者の優先権は、それが正式に公示されているならば、その後に質権を取得した債権者に、その留置権（*droit de retention*）に妨げられることなく、対抗することができる。

94) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 748, p.513-14.

95) SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *op. cit.*, n° 624, p.544.

証する保険者、被担保債権、担保物、担保物の保管場所等が記載されなければならない(商法典L.527-1条3項)<sup>99)</sup>。商法上の質権にも登記が要求される<sup>100)</sup>が、民法上の質権の登記が第三者への対抗要件であったのに対し、商法上の質権の登記は効力発生要件でもある(商法典L.527-4)<sup>101)</sup>。従って、質権の設定行為がなされてから15日以内に登記がなされなければ、当該質権は無効とな

96) LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 483, p.376.

フランス商法典L.527-1条

①金融機関により、私法人又はその事業活動の範囲内における自然人に対してなされた与信は、これらの者が保持している在庫商品についての占有を奪わない質権によって担保することができる。

②在庫商品の質権は、私署証書(acte sous seing privé)によって設定される。

③この質権の証書には、以下の記載がされなければならない、さもなければ無効である。

1 「在庫商品の質権」という表題

2 当事者の確定

3 その証書が527-1条から527-11条の規定に服するという言及

4 火災や滅失に対して保証をする保険者の名称

5 担保される債権の確定

6 担保に供される現在ないし将来の財産、品質及び価値をわかるようにする記述、並びに、保管がされている場所の確定

7 拘束を受ける期間

④ 民法2335条の規定が適用される

⑤ 保管者を質権証書において指定することができる

97) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 752, p.517; LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 483, p.376.

98) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 753, p.517; LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 485, p.377.

99) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 752, p.517; LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 485, p.377.

100) 民法典の質権の場合と同様、保権設定証書(acte constitutif de la surete)が公正証書の方式で作成されている場合には、当該証書を商業裁判所に交付または送付することになるが、当該証書は一覧表と一体にされる。一覧表には、設定者と債権者、担保設定証書の日付、在庫商品の指定、被担保債権の金額、現在または将来の在庫商品の記述、性質、品質、価格、在庫商品の保管場所等が含まれる。V. Decr. n° 2006-1803 du 23 decembre 2006 relatif au gage des stocks, art.2.

る（商法典L.527-4第1項<sup>102</sup>）。登記をなす場所は、債務者の住所地の裁判所である（商法L.527-4条1項）。

優先順位に関して、同一の財産について複数の動産質権が設定されている場合には、登録の先後による<sup>103</sup>。先に商法上の質権が設定され、その後、占有移転を伴う質権の設定がなされた場合には、登記が占有移転よりも先になされていれば、前者が後者に優位する。民法典の質権と同様に（2-(3)）、所有権留保がなされた動産には、商法典上の質権も設定することができない<sup>104</sup>。

## 2. 国際私法

「Ⅲ-1」でみたフランス実質法の動産質に関する仕組みは、占有を伴わない質権を認める点、登録により第三者に権利を対抗可能な点、登録の先後により権利の優劣を判断しうる点等、米国UCC第9編のシステムに類似する。一方、国際私法については、UCCとは異なり、フランスでも日本と同様に、個別の物<sup>105</sup>は所在地法（*lex rei sitae*）に従うことを原則とする<sup>106</sup>。以下、詳しく見ていく。

---

101) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 753, p.517; LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 486, p.377.

102) フランス商法典L.527-4条

① 在庫商品の質権は、債務者の本社ないし住所の所在地の裁判所の文書課によって管理されている公的な登録簿に登録がされて初めてその登録は、効果を生じる。設定行為がされてから15日以内にされる必要があり、そうでなければ質権は無効となる。

② 質権を有する債権者の順位は、その登録の日付によって決定される。同じ日に登録された債権者は、同順位となる。

103) CABRILLAC (M.) et CABRILLAC (S.) et MOULY (C.) et PÉTEL (Ph.), *op. cit.*, n° 755, p.519; LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 490, p.379.

104) LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 490, p.379.

105) 「個別の物（"biens individuellement" または"biens pris ut singuli" 等）」と夫婦財産制におけるような「総括財産（biens pris en tant qu'universalite）」とは、異なった考慮が必要である。本稿では対象を前者に限定する。V. CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 858, p.459.

(1) 物の所在地法 (lex rei sitae)

物権に関する所在地法主義は、フランス民法典第3条に規定される。民法典3条第2パラグラフは、「不動産は、外国人により占有されるものであれ、フランス法により規律される」と規定する。一見すれば、当該規定は、内国法であるフランス法が不動産について適用される場合のみを定めた規定（一方的抵触規則）のように思われる。しかし、本規定は、まず、外国に所在する不動産についても、その所在地の法に従うことを定めるもの（双方的抵触規則）であり<sup>107)</sup>、次に個別 (ut singuli) の動産もまたその所在地に従うものと解釈される<sup>108)</sup>。

ただし、例外も存在する。移動中の物が物権の対象となるとき、船や飛行機のような輸送機であれば登録国法に従い、運送の途中にあるような物は、仕向地法 (loi du lieu de destination) に従うことになる<sup>109)</sup>。

また、動産に対する権利の設定または移転が法律行為または法的事実から生じ、その法律行為または法的事実を規律する法と所在地法とが一致しない場合には、原因関係の準拠法と所在地法とが競合する可能性がある<sup>110)</sup>。つまり、本稿が対象とするような、動産に対する約定担保権のように物権が契約から生

106) MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007, n° 640, p.479; AUDIT (B.), *Droit international privé*, Paris, 5<sup>e</sup> éd., Economica, 2008, n° 762, p.630 ; CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 421, p.580.

107) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 762, p.630; NIBOYET (M. L.) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELL (G.), *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., L. G. D. J., 2009, n° 41, p.32; BREAU (D.) et WATT (H.M.), *Droit international privé* 2 Partie special, Presses Universitaires de France, 2007, n° 665, p.66.

108) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 762, p.630; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 644, p.480.

本原則の動産への拡張を示したものとして、Cass. Req., 24 mai 1933 (*RCDIP* 1934, p.141, note Battifol, *Rve, crit.* DIP 1934, p.142) 判決がある。破棄院は、ドイツで締結された契約に基づいた、フランスに所在する動産への所有権の主張を、フランス法は「フランスに所在する動産を目的とする物権に対してのみ適用される」として退けた。

109) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 764, pp.631-632 ; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 645, p.481; CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 878-879, p.464.

110) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 772, p.639; CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 888, p.467.

じる場合には、契約の準拠法と所在地法とが競合するおそれがある。そこで、別途考慮が必要になる。以下、通説とされるものと、契約準拠法説と解されるものをそれぞれみていく。

## (2) 通説

### ① 契約上の問題と物権的問題の区別

物権が契約により生じるとき、通説は、動産に関する問題を契約上の問題（question contractuelle）と物権的な問題（question réelle）とに分け、それぞれに準拠法を選択する。まず、契約の有効要件や契約から生じる効果は、原因関係の準拠法である契約の準拠法に従う<sup>111)</sup>。一方で、物権の内容<sup>112)</sup>や物権的な効果及び態様（modalité）<sup>113)</sup>は、物権の対象物の所在地法に従う<sup>114)</sup>。ただし、契約上の問題であったとしても、債権者または権利の特定承継人のような善意の第三者の利益が害される場合には、契約の準拠法に従うことは難しく、物の所在地法により保護される<sup>115)</sup>。

方式に関する国際私法の原則は、周知のように、ある行為はそれがなされた地の方式（forme）の要件を満たす限り有効とするものである（場所は行為を支配する（*Locus regit actum*））<sup>116)</sup>。厳密な意味での方式（forme）に関する規則は、当事者を第一に考え、書面の作成など明確な合意の保証を目的とす

---

111) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 888, p.467. 多数の判例で、当事者は自らの契約（convention）に適用される法として所在地法（lex rei sitae）を選択しているため、契約法と物法との境界の画定はさほど困難を生じさせないとされる。LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) et PASCAL (V.-D.), *op. cit.*, n° 422, pp.590-581.

112) 物権がいかなる内容を有するか、たとえば、ある物権が権利者に付与する優先権とはいかなるものかをいう。CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 889, p.467.

113) フランス法では、[不動産の]占有（occupation）、占有（possession）、従物取得（accession）があげられる。MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 648, p.482.

114) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 888, p.467; LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) et PASCAL (V.-D.), *op. cit.*, n° 422, pp.590-581.

115) AUDIT (B.), n° 772, p.639.

る<sup>117)</sup>。一方、物に関する行為の方式 (forme) には、対抗要件 (forme d'opposabilité) も含まれ、これは、第三者に情報を与える機能を有する<sup>118)</sup>。そのため、原則は行為地法によるとしても、第三者の利益が問題となるときには、第三者が当然に信頼する物の所在地法に従うべきとされる<sup>119)</sup>。

## ② 動的抵触 (conflict mobile)

最も問題が生じるのは、ある国で担保権を設定された動産が別の国に移動したとき、いずれの国の法に従うべきかという動的抵触 (conflict mobile) の場合である。

動産に対する権利の設定・取得の準拠法は、通常、物権が設定または取得された時点でその物権の対象となる物が所在した地の法となる<sup>120)</sup>。ある物に対する権利が当該物の旧所在地で設定された場合、旧所在地法に従った権利の設定について、新所在地で再び検討されることはない<sup>121)</sup>。反対に、ある物が移転した後に設定された権利は、新所在地法により支配される<sup>122)</sup>。

一方、権利の内容は、現実はその物が所在する地の法による<sup>123)</sup>。原則として、物の所在地では、その地の法が知る (connaître) 担保に限り承認 (reconnaître) されうる<sup>124)</sup>。結果、外国法による動産への約定担保権をフランスで実行するためには、フランス法の知る (connaître) 性質を有しているか、少なく

116) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 772, p.639; BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 671, pp.70-71.

117) *Ibid.*

118) *Ibid.*

119) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 772, p.639, n° 777, p.642.

120) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 885, p.466; AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 778, p.643.

121) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 885, p.466.

122) *Ibid.*

123) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 889, p.467; AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 778, p.643; LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) et PASCAL (V.-D.), *op. cit.*, n° 414, p.574.

124) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 768, p.635.

とも、置き換えることが可能（transposable）でなければならない<sup>125)</sup>。BREAU et WATTは、旧所在地法から新所在地法への準拠法の承継（succession）を、旧準拠法に従い設定された権利に新準拠法に従った効力を展開させるよう求めるという意味で、置換（transposition）と考える<sup>126)</sup>。

また、対抗力（opposabilité）についても、権利の内容と同様に、現実の物の所在地の法、つまりは新所在地法に従う<sup>127)</sup>。これは新所在地の債権者（créanciers locaux）を、未知の物権の効力から保護するためである<sup>128)</sup>。

### ③ 判例

以上の通説の考え方は、判例に沿うものである。DIAC判決（破棄院1969年7月8日判決<sup>129)</sup>では占有を伴わない質権が問題となったが、質権が設定されたとき、質物は流質契約（pacte comissoire）を認めるドイツに所在していた。その後、当該質物がフランスに移転され、所在地となったフランスでは流質契約が禁じられていた。そこで、裁判所は、「フランス法はフランスに所在する動産を目的物とする物権にのみ適用される」として、原告が主張する流質契約の実行を認めなかった<sup>130)</sup>。

本判決は、第一に、フランス法が「フランスに所在する動産を目的物とする物権にのみ適用される」ことを<sup>131)</sup>、第二に、動産が移動した場合、当該動産に対して主張される特権（prerogative）が認められ得るか否かは物の現実の所在地法により判断されることを示した<sup>132)</sup>。また、本判決は、外国で取得され

---

125) *Ibid.* n° 778, p. 643.

126) BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 671

127) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 893, pp.468-469.

128) *Ibid.* n° 893, p.469.

129) Cass. Civ. 1er, 8 juil. 1969, *Rev. crit. DIP* 1971, p.75, note Fouchard (Ph.), *JDI* 1970, p.916, note Derruppe.

130) 本判決を紹介した日本の文献として、相沢吉晴「所有権留保の準拠法について」富大経済論集35巻3号1頁（1990年）がある。

131) note, FOUCHARD (P.), p.77.



た物権、特に抵当権または質権は、フランス法で承認 (reconnaitre) されない限り、物の新所在地であるフランスで、実現 (sanctionner) されえないということを示したものである<sup>133)</sup>。その後の破棄院の判決でも、DIAC判決にならった判決がされる<sup>134)</sup>。

### (3) 契約準拠法説

#### ① 契約準拠法

上記でみたように、通説は、動産に対する物権の設定・取得が契約から生じ、契約の準拠法と物権の対象物の所在地法とが競合するとき、契約上の問題には契約の準拠法を、物権的な問題には対象物の所在地法を適用するというものであった。一方で、契約準拠法説は、「法廷地の国際私法がある法律行為または事実を固有の法 (loi propre) に服させる場合、それらの法律行為または事実から生じる取得は、原則として当該法 (原因関係の法 (loi de la source)) により規律される」とする<sup>135)</sup>。つまり、契約から生じる物権は、原則として契約の準拠法によるとするものである。この考え方は、債権的な問題と物権的な問題とを区別する必要をなくし<sup>136)</sup>、さらには、物権の対象物がある国から別の国に移動するとき、対象物の所在地法によることで生じる動的抵触 (conflit mobile) の解決ともなる<sup>137)</sup>。ただし、第三者の利益のために必要な措置に関しては、契約の準拠法の適用が制限される<sup>138)</sup>。

本説の代表的なものであるMAYER et HEUZÉによれば、物権の方式・内容

132) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 889, p.467.

133) LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.) et PASCAL (V.-D.), *op. cit.*, n° 414, p.574.

134) Cass. Civ. 1er, 3 mai 1973, *RCDIP* 1974, p.100, note Mgzger (E.). 本件では、占有の移転を伴わない質権がオランダで設定され、その後、質物がフランスに持ち込まれた後で差し押さえられたが、所在地法であるフランス法に従った結果、当該質権は、それを差し押さえた債権者に対抗できないとされた。

135) MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 648, p.483.

136) BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 672, p.71.

137) *Ibid.*

の準拠法についても次のとおりとなる。まず、物権の方式についてであるが、物権の設定・取得に関して有効性 (validité) または対抗力 (opposabilité) を備えるには、第三者の利益のため、そして第三者へ情報を提供するために一定の方式 (引渡、公示、文書の作成等) を充足しなければならない<sup>139)</sup>。従って、この方式 (formalité) は、第三者が当然に信頼する地である、物権の対象物の所在地の法に従わなければならない<sup>140)</sup>。また、担保権設定契約当事者間に関する方式であったとしても、第三者に対する効力と切り離せない部分については、物の所在地法により規律されなければならない<sup>141)</sup>。第三者に対する権利の主張は、物権の存在または物権の存在する可能性が簡便な調査で明らかになる場合にしかできない<sup>142)</sup>。それゆえ、原則として物権の対象物の所在地法によらないとされる場合にも、強行法 (loi de police) として、対象物の所在地法が介入することが正当化されるのである<sup>143)</sup>。

次に物権の内容については、原則として契約準拠法である当事者自治の法 (loi de autonomie) によるとする。MAYER et HEUZÉ は次のように述べる。物権が契約により新たに設定される場合、当事者の合意によって、物権は設定され、当事者の期待する特権 (prérogative) が生じる<sup>144)</sup>。物権を設定する法律行為の物権的効力 (effets réels) と債権的効力 (effets personnels) は、ともに当事者が期待するものであり、当事者の意思により形成されるものである<sup>145)</sup>。それゆえ、権利の内容は当事者自治の法によるべきである。ただし、

---

138) Jobard - Bachellier, <<L'apparence en droit international privé>>, 1984, n° 282 s; KHAIRALLAH (G.), *Les surètes mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, n° 342, pp.290 - 202; MAYER (P.) et HEUZE (V.), *op. cit.*, n° 165, p.488.

139) MAYER (P.) et HEUZE (V.), *op. cit.*, n° 651, p.485.

140) *Ibid.*

141) *Ibid.*

142) *Ibid.* n° 644, p.482.

143) *Ibid.*

144) *Ibid.* n° 651, p.485.

145) *Ibid.*

この場合にも、第三者の利益保護に関する部分については、物の所在地法が強行法規 (loi de police) として適用されることになる<sup>146)</sup>。

## ② 動的抵触 (conflit mobile)

ある国で物権が設定・取得され、対象物が別の国に移動した折に生じうる動的抵触の場合、権利の設定・取得については、物の所在地法であれ原因関係の準拠法 (契約準拠法) であれ、設定・取得時点での当該物権の準拠法による<sup>147)</sup>。権利の内容が契約の準拠法によるとき、物の所在地が変更しても準拠法の変更は生じない<sup>148)</sup>。ただし、物の現実の所在地法が第三者保護のため、強行法規 (loi de police) として機能する場合には、その物の所在地法に従うことになる<sup>149)</sup>。権利の内容が物の所在地法によるときには、新所在地法か旧所在地法かという問題が生じるが、契約準拠法説でも通説と同様に現実に物の所在する地の法による<sup>150)</sup>。物法 (loi réelle) により保護される利益は担保権設定者と実際に取引を行う第三者の利益であり、この利益は既得権を上回るとされる<sup>151)</sup>。担保権者よりも第三者を保護することで、内国のシステムの一貫性も同時に保護されると考えるのである<sup>152)</sup>。

理論的には通説と契約準拠法説とは異なる。しかし、現実には、担保権に関する準拠法の問題は、第三者に関する場面でしか生じていないとされる<sup>153)</sup>。第三者の利益が問題となるときには、通説でも契約準拠法説でも、もっぱら物の所在地の法に従うことになろう。現実の場面で、通説と契約準拠法説とにどれほどの差異が生じるのかは疑問である。

---

146) *Ibid.*

147) *Ibid.* n° 657, p.489.

148) *Ibid.* n° 660, p.491.

149) *Ibid.*

150) *Ibid.* n° 659, p.491.

151) *Ibid.* n° 658, p.490.

152) *Ibid.*

153) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 777, p.642.

(4) 所在地法に従う根拠

2-(2)・(3)から、契約により生じる動産担保権のような物権が問題となる場合、通説では物権的な問題と契約上の問題の中でも第三者の関連する問題とが、契約準拠法説では第三者に関連する問題が、それぞれ物の所在地法に従い解決されることになる。これらの問題を物の所在地法へ準拠させる根拠をまとめると、次のとおりとなる。

第一の理由は、内国の債権者等の第三者の保護である<sup>154)</sup>。物が第三者にとって目に見える物であれば、第三者は外見を信頼することができる<sup>155)</sup>。物の所在地法は第三者にとって最も明白であるため、物の所在地法に従うことが最も第三者の保護にかなう<sup>156)</sup>。すなわち、外国から持ち込まれた資産に、内国法上存在しない権利や内国法に規定のない要件によって対抗可能となる権利が存在しているといったリスクから、内国の債権者等の第三者を保護するという理由で、物の所在地法に従うことを正当化するのである<sup>157)</sup>。最も頻繁にあげられる理由がこれである。

第二に、物が所在している国の管轄権（competence）を尊重しているということ<sup>158)</sup>、第三に、物法（loi réelle）は法廷地法（lex fori）と一致することが多いということ<sup>159)</sup>、そして、最後に、所在地法は強行法規（loi de police）として適用されることが多いので、物の所在地法によれば単一の法の適用が保証されるという理由があげられる<sup>160)</sup>。

しかし、第一の第三者保護という理由には、反論もされる。まず、意思主義

---

154) BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 666, p.67; AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 766, p.633;

CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 868, p.461; MAYER (P.) et HEUZE (V.), *op. cit.*, n° 644, p.482.

155) BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 666, p.67.

156) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 868, p.461.

157) AUDIT (B.), *op. cit.*, n° 766, p.633; BREAU (D.) et WATT (H.M.), n°666, p.67.

158) AUDIT (B.), n° 766, p.633.

159) MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 644, p.482.

160) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 868, p.461; MAYER (P.) et HEUZÉ (V.), *op. cit.*, n° 644, p.482;

BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 666, p.67.

の伝統における財産権の自由な処分が、外観の一般的な保護という政策によって無力化するということ<sup>161)</sup>、そして、物法により第三者に与えられる保護の範囲は、一定の第三者、真正の所有者でない者からの善意取得者 (*acqueurs a non domino de bonne foi*)、または債務者の支払い不能により危険にさらされる無担保債権者、に限られるということが指摘される<sup>162)</sup>。さらに、動産に関する物権の分野で最も頻繁に所在地法が機能不全に陥るのは、ある国から別の国に対象物が移動した場合に生じる場合であり、このとき、対象物が移転するとともに所在地法も変化し、それを対象とする物権にも影響が認められるとする(動的抵触)<sup>163)</sup>。また、第二の所在地の主権を理由にするものについても、動産に関しては、主権に関する議論は援用されえないし、伝統的に動産は、所在地法よりも人や人の地位に連結されていたとの批判があり、近年の学説では完全に放棄されたとも言われる<sup>164)</sup>。

### 3. 小活

フランスの動産に対する約定担保権に関する実質法は、近年、占有を伴わない質権を認め、登録により公示を行い、原則として登録の先後によって競合する質権の優劣を判断しうるものへと改正がされた。この仕組みは、前述のUCC第9編(「II-1」)とよく似ている。実際、占有を伴わない質権に関しては、特に米国の担保制度の影響があると言われている<sup>165)</sup>。(以上「III-1」)

一方、国際私法に関しては、フランスでも、日本と同様、物権は、原則、対象物の所在地法に従う。ところが、契約から生じる動産物権については例外的に考慮される。通説は、動産物権に関する問題を、契約上の問題と物権的な問題とに分け、前者は契約の準拠法に、後者は物権の対象物の所在地法に従うも

161) BREAU (D.) et WATT (H.M.), *op. cit.*, n° 666, p.67.

162) *Ibid.*

163) *Ibid.*

164) CLAVEL (S.), *op. cit.*, n° 863, p.460.

165) LEGEAIS (D.), *op. cit.*, n° 468, p.372.

のと考える。一方、物権の対象物の所在地法による場合、動産がある法域から別の法域に移動するとき、旧所在地法と新所在地法の間には抵触（動的抵触（*conflict mobile*））が生じる。このとき通説は、物権の設定に関しては旧所在地法に、物権の内容・方式に関しては、新所在地法によるとする。（以上「Ⅲ-2(1)(2)」）

動的抵触を回避するため、物権の対象物の所在地法ではなく、契約の準拠法に従うことを原則とすべきだとする説もある（契約準拠法説）。この説によれば、契約上の問題と物権的な問題とを区別する必要もなくなる。ただし、契約準拠法説でも、第三者に関する場面では、物の所在地法によるべきとされ、準拠法の問題は多くが第三者に関する場面で生じることを考えれば、通説と契約準拠法説との間にどれほどの差異があるかは疑問である。（以上「Ⅲ-2(3)」）

フランスで目的物の所在地法に従う理由としては、第一に、内国の債権者等の第三者の保護、第二に、動産所在地国の管轄権の尊重、第三に、物法（*loi reele*）と法廷地法（*lex fori*）との一致、最後に、強行法規（*loi de police*）としての適用頻度の高さがあげられる。批判もあるが、最も頻繁にあげられる理由は、第一番目の第三者の保護である。（以上「Ⅲ-2(4)」）

# 商事法における会計基準の受容(10)

——イタリア(1)——

弥 永 真 生

- 1 職業人団体による会計基準の設定
- 2 会計基準の法的地位
  - (1) 適正な会計原則
  - (2) 証券取引委員会などの見解
  - (3) 議会の委員会の理由書
  - (4) 学説と裁判例
  - (5) 慣習(法)としての会計基準

## 1 職業人団体による会計基準の設定

1974年6月7日法律第216号(Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari)の委任を受けて定められた1975年3月31日大統領令第136号(Attuazione della delega di cui all'art. 2, lett. a), della Legge 7 giugno 1974, n. 216, concernente il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle s.p.a. quotate in borsa)(1975年大統領令)により、計算書類の法定監査が定められたことと機を一にして、公認公共会計士全国評議会(Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, CNDC)は、会計基準作成委員会(Commissione per la Statuizione dei Principi Contabili)を設けた。これは、会計監査との関係で、その普及度と権威に照らして、2でみる、「適正な(corretti)」会計原則にあたと考えられるものの総体がイタリアには存在しないという問題意識に基づくものであった。そして、1983年には、会計士全



国評議会 (Consiglio Nazionale dei Ragionieri) の代表者も委員会に参加するようになった<sup>1)</sup>。

1994年以降、これらの基準の開発はより頻繁に行なわれるようになり、会計基準を開発する委員会は、それらを国際会計基準にできる限り近づけるように努力してきた (Colucci e Riccomagno [1997] p.21, Travella [1999] p.44)。

当初、CNDCが作成・公表する会計基準書は、会計専門家の見解を示すものにすぎなかったが (Tomasin [1982b])、徐々に、いわゆるデュー・プロセスが確保されるようになった。正式に手続きを定めたものはなかったものの、以下のような設定過程を経ていた (Caratozzolo [2000] pp.ix-x)。会計基準委員会がテーマを選定し、まず、1人の起草者あるいは10人程度のワーキング・グループ (委員以外の外部の専門家を含めることがある) にその草案の作成を指示する。そして、その草案は、委員会の総会において検討を加えた上で、イタリアの大学の会計または経営の学部・研究所、イタリア証券取引所、イタリア株式会社協会 (Associazione fra le Società Italiane per Azioni (ASSONIME))<sup>2)</sup> などの経済界・産業界団体、イタリア会計監査人協会 (Associazione Italiana Revisori Contabili (ASSIREVI))<sup>3)</sup>、イタリア銀行協会、主要な企業の役員などに意見照会のため送付される (通常は、4か月を下回らない)。また、証券取引委員会のしかるべき代表者と非公式に意見交換するほか、財務省にも非公式の見解を求めて送付される。さらに、法律上の問題について検討するため、顧問弁護士にも送付される。そして、受け取った意見を踏まえて、ワーキング・グループが草案を作成し、委員会の総会において検討した後、公認公共会計士

- 
- 1) これによって、委員会の名称も会計基準作成合同委員会 (Commissione Paritetica per la Statuizione dei Principi Contabili) と改められた。委員長のほか、両団体からの、それぞれ11名の委員 (任期3年) から委員会は構成されていた (cf. Zappalà [1982])。
  - 2) 自らも、法律の解釈上の指針を示すために、通知 (circolari) という形で、会社の計算に関する指針を公表してきた。たとえば、1982年には通知第96号として、会計原則及び計算書類の作成について、1994年には通知第42号として、計算書類の作成について、その見解を公表している。
  - 3) これは、証券取引委員会に登録している監査会社によって組織されている団体である。

全国評議会及び会計士全国評議会において承認を受け、会計基準書が公開される。

このように、イタリアにおいては、会計基準委員会は会計専門家のみによって構成されているが、これは、会計専門家はどのような問題があるかを知っているので、最もよい解決策を示すことができると同時に、バイアスのかからない、客観的な基準を作成するために適していると考えられるからであると説明されている (Caratozzolo [2000] p. x)。

## 2 会計基準の法的地位

### (1) 適正な会計原則

イタリアにおいては、会社の計算は法令の規定によって規律されてきたが<sup>4)</sup>、その解釈にはある程度の柔軟性があったと指摘されている (Di Toro [1996]. See also Zan [1994] p.297)。そして、市民法典に規定されている計算規定の具体化は、省庁が発する通牒<sup>5)</sup>あるいは証券取引委員会 (Consob) の決定という形でなされることも少なくなく (Balzarini [1995] pp. 7 e 16)、職業人団体により開発・公表された会計基準には法的な拘束力は与えられてこなかったし、監査人を拘束するものでもないと考えられてきた。

もっとも、1975年大統領令の4条は、証券取引委員会に登録した監査会社に、上場会社の監査において、適正な会計原則 (corretti principi contabili)<sup>6)</sup>に従って計算書類が作成されていることについて監査証明をなすことを求めたため<sup>7)</sup>、何が「適正な」会計原則なのかの解釈が問題となった。アメリカとは異

---

4) しかも、平成17年改正前商法の下における日本と同様、主として法律家によって、市民法典中の会社の計算に関する規律の内容は検討されてきた (たとえば、会計プランを起草しようとしたUniconti委員会(1942年)やEC会社法第4号指令及び同第7号指令の国内法化を検討したD'Alessandro委員会(1986年))。

5) もっとも、通牒は行政機関の内部的効力しか有しないし、学説や裁判例も間接的な法源であり (Bocchini [1995] p.6. See also Balzarini [2002] p.10)、証券取引委員会の勧告も法的拘束力を有さず、慣行 (prassi) として法的意義を有する (Fantozzi [2003] p.100) にとどまると解されている。

なり、「一般に受け入れられた」会計原則ではなく、「適正な」会計原則という表現を選択したことから、学説においては、この2つの概念は異なると解されていた。すなわち、「適正な」原則とは、必ずしも、作成者の多数派によって適用され、あるカテゴリーの組織によって支持されている必要はなく、むしろ、命令的な規範に含まれている会計に関する法的原則をよりよくみたくす（市民法典2423条が要求する真実かつ適正な表示 [una rappresentazione veritiera e corretta] の原則を実現する）ものをいうと考えられてきた（Caratozzolo [1984] p. 912, Troina [1989] p.150. ただし、Marasco [1982] p. 389は反対）。

## (2) 証券取引委員会などの見解

そして、CNDCが作成・公表した会計基準書との関係では、まず、1981年1月12日に、イタリア会計監査人協会が、CNDCが公表した「会計基準書 (Principi contabili)」を年度監査において適用する旨の決議を行なった。

また、証券取引委員会は、1982年4月8日決議第1079号において<sup>8)</sup>、CNDCが公表してきた一連の「会計基準は上場会社にとって、その計算書類の作成にあたって、監査会社にとっては計算書類の監査証明にあたって「参照すべきもの (punto di riferimento)」であり、「既存の法律に反しない場合には」、適用

---

6) これを背景として、所得税統合法 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi, Decreto del Presidente della Repubblica del 22 dicembre 1986, n. 917) を前提として、州生産活動税を導入した立法命令 (Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446) も「適正な会計原則 (corretti principi contabili)」に言及している (11条2項)。

7) 「適正な会計原則」への言及は、(1990年3月26日法律第69号の授權に基づき制定された) 1991年4月9日立法命令第127号 (Attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e n. 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 26 marzo 1990, n. 69) によって削除された。しかし、これは、規定が過剰で冗長であると考えられたからにすぎず (1991年立法命令第127条に対する大臣の報告書 [Relazione ministeriale al D.Lgs 127/91] 参照)、規律の実質を変更するものではないと考えられている。そして、このような文言の変更にかかわらず、会計原則の適正性、市民法典2423条第2項が要求する真実かつ適正な表示との関係で、ある会計原則が適正であるか否かを判断する必要性は依然として残っている。Cf. Fortunato [1992] p.465.

は強制されないものの、適用が推奨されるものであるという立場を示した<sup>9)</sup>。しかも、イタリアの会計基準がカバーしていない会計上の問題については、国際会計基準を考慮に入れることが有用であるという見解を示した<sup>10)</sup>。その後も、1998年に、証券取引委員会は、通知において、「会計基準」を計算書類の法定会計監査において参照されるべきものとして認知した<sup>11)</sup>。

### (3) 議会の委員会の理由書

1991年4月9日立法命令第127号 (Decreto legislativo 9 aprile 1991, n.127)

- 
- 8) 金融仲介統合法(1998年2月24日立法命令 [Decreto Legislativo] 第58号) 162号2項c (1975年大統領令第136号10条2項cの規定を踏襲したもの)は、証券取引委員会は、「公認公共会計士全国評議会及び会計士全国評議会の意見をまず求めた上で、会計監査の原則と規準を勧告することができる」と定めているが、会計監査の原則と規準の中に会計基準が含まれるという解釈がこの決定の前提にはある。証券取引委員会は行政的機関であり、会計の原則及び規準を「勧告する」権限を有しているが、規範的レベルのものに反し、またはそれにとって代わる会計原則の採用を定める権限は有しない (Cera [1986] p.111)。
- 9) Delibera n. 1079 dell'8 aprile 1982, *Parere e raccomandazione in materia di principi contabili*.
- 10) この結果、ミラノ証券取引所に上場しているイタリアの企業集団が国際会計基準に依拠するようになった。また、証券取引委員会は、1989年5月24日決議第4088号において、特別損益項目、過年度修正及び会計方針の変更については、国際会計基準第8号に従うべきであるとした。さらに、金融仲介統合法117条2項は、法務大臣は、大蔵・予算担当及び経済計画大臣(現在は、経済・金融大臣)と共に、他のヨーロッパ連合加盟国またはそれ以外の国の規制市場に上場されている金融商品のイタリアの発行者が連結財務諸表の作成に用いることができる、ヨーロッパ共同体の会計指令に定められた会計基準と両立可能な国際的に受け入れられた会計原則を、現行の規則からの離脱として、ヨーロッパ連合加盟国以外の国の市場で受け入れられていることを条件として、規則で定めるものとした。しかし、この条項に基づく規則は、結局、定められなかった。当初、証券取引委員会は、国際会計基準を国際的に受け入れられた会計原則として想定していたが、当初、IASCとIOSCOとの間の合意の成立が保留中であり、その後、ヨーロッパ連合が、規制市場に上場している会社に国際会計基準によって連結財務諸表を作成することを要求するという方針を固めたためである。
- 11) Modalità di redazione della relazione della società di revisione ai sensi dell'art.156 del D.Lgs 24/02/1998 n.58, DAC/99088450.

に対する議会の委員会の理由書においては、会計基準は、会計文書の形式と内容を規律する法律上のルールの解釈及び統合において、とりわけ、法律の規定にあいまいな点が存在する場合に、専門的な規準 (criterio tecnico) としての役割を果たすものであることが確認された<sup>12)</sup>。すなわち、会計基準は法源ではなく、法律上の要求事項に劣後するものであり、法律上の要求事項と整合的なものでなければならないので、会計基準は、法律の規定との関係では「創設的」でないと考えられている。

#### (4) 学説と裁判例

通説は、「会計基準」は法的規範を補充し、解釈する、規範の集積機能を有する専門的なルール (regole tecniche aventi anche funzione integrative della norma) であると解している (Colombo [1994] p.210, Balzarini [1995] p.25, Quatraro e D'Amora [1998] pp. 20-21, Pollari e Galdino [1999] p.30)。「会計基準」は法令の規定に劣後し (Caratozzolo [2000] p. xi)、法令の規定が余地を残している場合に用いられる (Quatraro e D'Amora [1998] pp. 20-21)。争いがある場合に、公表された「会計基準」が法令の規定と一致しているかの判断は、民事裁判所に委ねられている (Colombo [1994] p.211, Balzarini [1995] p. 25, Fortunato [1999] p.344)。企業会計をめぐる法的問題について、裁判所が判断を下したものは限られており、しかも、その多くは専門的規定について十分な検討を必ずしも加えたものではないが、判決理由において言及される場合には、「会計基準」のうち適切なものに言及するのが一般的である。たとえば、証券取引委員会が *Gildemeister Italia* 株式会社の 1997 年 12 月 31 日現在の計算書類を承認する 1998 年 5 月 15 日決議の取消しをベルガモ地方裁判所 (Tribunale di Bergamo) に求めたという事件について、1999 年 7 月 8 日判決 (*Società* 2000, 245, 247) は、「会計基準」に言及して、証券取引委員会の申立てを退けたが、2000 年 12 月 18 日ブレシア控訴裁判所 (Corte d'appello di Brescia) も控訴を棄

---

12) Relazione delle Commissioni parlamentari al D.Lgs 127/91.

却した<sup>13)</sup>。

このように、イタリアの会計制度において、「会計基準」は、実質的に、事実上の意義を有する。すなわち、イタリアの会計・監査の専門家が、会計実務において、「会計基準」を広く受け入れ、適用することによって、法律の間隙を埋めるように法律規定を解釈し、イタリアにおける—とりわけ、非上場会社についてのものを含む—企業会計法が形成されてきた (Eikenberg [2008] S.74)<sup>14)</sup>。

#### (5) 慣習(法)としての会計基準

法通則法 (Disposizioni sulla legge in generale [Preleggi]) の1条は、法律 (leggi)、規則 (regolamenti)、協働的規範 (norme corporative)<sup>15)</sup> 及び慣習 (usi)<sup>16)</sup> という序列で、法源を定めている<sup>17)</sup>。ここで、慣習は成文化されていない法源であり、ある集団の人々 (たとえば、商人) によって、相当の期間反復されている統一的な行動であって、その行動が法的に許容されるという確信がもたらされたものである (Torrente e Schlesinger [1985] p.29)。すなわち、慣習は、一般的、継続的かつ統一的な行動の反復という客観的または実質的要素とある社会集団の構成員が裁判上の義務となるように統一を図らなければならないという確信 (*opinio juris ac necessitatis*) という精神的または心理的要素という2つの要素によって特徴付けられる (Torrente e Schlesinger [1985] p.29, Martines [1997] p.90)。そして、慣習は、法律や規則には劣後するが、法に反しない限り、慣習は当事者を拘束し (Torrente e Schlesinger [1985]

13) もっとも、2004年8月28日破棄院判決 (n. 17210) (Foro it., 2004, 1, 2986) は、「会計基準」に言及することなく、証券取引委員会の申立てを認容した。

14) なお、市民法典 2217 条2項第2文は、貸借対照表のための評価にあたって、商人は、株式会社の貸借対照表のために定められた規準があれば、それに従わなければならないと定めている。

15) 法通則法5条が団体 (*corporazioni*) 内の労働関係や労働裁判所 (*Magistratura del lavoro*) の裁判例などを列挙している。

p.29)、特定の法令が適用される領域においては、当事者によって明示的に参照される場合にのみ有効に適用される（法通則法8条1項<sup>18)</sup>。なお、法通則法15条は、法律は後の法律によってのみ、廃されると定めており、これは、黙示的に法律は慣習によっては廃されえない旨を規定していると理解されている（Torrente e Schlesinger [1985] p.30）。他方、慣習法が法律に基づく慣習（*usi secundum legem*）である場合を除き、原則として、当事者は、慣習法（*usi normativi*）の適用を排除し、または修正することができる（Torrente e Schlesinger [1985] p.30）。

そこで、会計基準は、慣習（法）の1つとして位置づけられるという見解が

---

16) 学説上は、慣習はさらに2つの範疇に分けられる（Pavone La Rosa [1978] p.43-44, Cass.civ.sez.lav., 19.4.1980, n.2583, *Massimario della giustizia civile* 1980, fasc.4, Cass., 23.12.1986, n. 7864, *Giurisprudenza italiana* 1987, I, 1, 1368, Cass.civ. sez. II, 11.2.1987, n. 1489, *Massimario della giustizia civile* 1987, fasc.2)。1つは慣習法（*usi normativi, legali, o giuridici*）であり、法令が定めていない領域について補充的な法源（法律を補充する慣習 [*usi praeter legem*]）となり、法令の規定がある場合には、当事者が明示的に適用するものとした場合にのみ適用されるものである（Torrente *et al.* [1973] p.11, Torrente e Schlesinger [1985] p.30）。もう1つは、解釈上の慣習（*usi interpretative, usi negoziali*）であり、これは、当事者の意思が明確に表示されなかった場合に、当事者の意思を解釈する助けとなり（市民法典1368条）、かりに、明示的に当事者が適用するとしても（市民法典1340条）、当該契約が締結された領域において広く用いられ、または特定の範疇の経済主体によって広く用いられている場合には、含められていると推定される条項に当事者の意思を結びつけるものである（Torrente *et al.* [1973] p.11 e 1264）。事業上の慣行は解釈上の慣習の一例であると考えられている（Cass., 4.2. 1954, n. 275, *Foro it. I*, Mass. 1954. Cf. Torrente *et al.* [1973] p.1264）。

17) 法通則法1条では、判例は法源とされていない。もっとも、裁判例にはある程度の有用性は認められる。なぜなら、裁判官は、さまざまな法源である抽象的な規定を解釈し、当該事案に適用するからである（Martines [1997] p.100）。先例拘束性は認められていないが、裁判例、とりわけ上級裁判所の裁判例には説得的価値は認められる。

18) ただし、法通則法8条3項は、慣習法が明示的に参照されている場合であっても、協働的規範は、それ自体に別段の定めがない限り、慣習法に優先すると定めている。もっとも、協働的規範は、ムッソリーニのファシスト政権の崩壊により、もはや法源ではないと考えられている（大内 [2003] 106頁以下参照）。



有力である。たとえば、Caratozzolo は、市民法典 2423 条以下が会計と計算書類について一般的なルールを定めていることから、会計基準書は法律に基づく慣習 (*usi secundum legem*) という面を有し、特に法令の規定がない領域 (たとえば、複式簿記) については法律を補充する慣習 (*usi praeter legem*) であるという見解を示している (Caratozzolo [2000] p. xi)。そして、市民法典 2219 条が「正規の会計のルール (le norme di un'ordinata contabilità)」に言及していることも、会計基準書が法律に基づく慣習に該当することを裏付けていると解している。そして、会計基準は、会計と計算書類に関する法令に含まれる法的概念を解釈し、明確化する機能、計算書類についての法的規律を統合する機能及び離脱規定との関係で計算書類についての法的ルールに代替する機能という三重の機能を有するとする (Fortunato [1985] p.178, Bocchini [1995] p. 10, Caratozzolo [1998] p.879, Caratozzolo [2000] p. xi)。また、市民法典 2219 条の一般規定によって言及されることによって、会計方針は法的なルールとなった専門的基準であり、その遵守が強制されるという解釈も示されている (Panuccio [1964] p. 181, Bocchini [1995] p.10)。

## Bibliography

- Alexander, D. and R. Latini [1995] Italy, in: Alexander, D. and S. Archer (eds.), *The European Accounting Guide*, Academic Press
- Amodeo, D. [1981] Alcune considerazioni sugli standards contabili generalmente accettati, in: AA.vv., *Bilancio di esercizio e amministrazione delle imprese. Studi in onore di Pietro Onida*, Giuffrè: 51-68
- ASSONIME [1982] Compendio di principi contabili per la redazione dei bilanci di esercizio, *Rivista delle società* anno 27: 601-628
- Azzali, S. [1996] *Il sistema delle informazioni di bilancio delle aziende di produzione*, Giuffrè
- Balzarini, P. [1995] La natura giuridica dei principi contabili in alcuni Paesi europei: Italia, Francia, Regno Unito, Germania, in: Provasoli, A. e A. Viganò (a cura di), *Processi di formazione dei principi contabili in alcuni Paesi europei*, Edizioni scientifiche italiane: 7-36
- Balzarini, P. [2002] Introduzione, in: Balzarini, P., O. Cagnasso, M. Irrera e L.

- Quattrocchio (a cura di), *Le società di capitali. Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, G.Giappichelli
- Bocchini, E. [1995] *Manuale di diritto della contabilità delle imprese*, 2<sup>a</sup> ed., UTET
- Bruni, G. [1981] Generally accepted accounting principles e Quarta Direttiva comunitaria: motivi di un confronto sulla dottrina contabile italiana, in: AA.vv., *Bilancio di esercizio e amministrazione delle imprese. Studi in onore di Pietro Onida*, Giuffrè: 69-84
- Bruni, G. [1984] I principi contabili generalmente accettati, in: *L'impresa - economia - controllo - bilancio*, Tomo III, Giuffrè
- Caratozzolo, M. [1984] Principi contabili e bilanci straordinari, Impresa
- Caratozzolo, M. [1995] *Il bilancio d'esercizio negli aspetti contabili e civilistici*, Buffetti
- Caratozzolo, M. [1998] *Il bilancio d'esercizio*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè
- Caratozzolo, M. [2000] Presentazione, in: Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e Consiglio nazionale dei ragionieri commercialisti, *Principi contabili*, Giuffrè: VII-XIII
- Cassandro, P. E. [1982] Sui principi contabili generalmente accettati secondo la normativa nord-americana, in: *Rivista dei dottori commercialisti*
- Cavallo Borgia, R. [1981] *L'impugnativa del bilancio certificato dalla società di revisione*, Giuffrè
- Ceccherelli, A. [1970] *Il linguaggio dei bilanci*, 8<sup>a</sup> ed., Firenze Monnier
- Cera, M. [1986] *La CONSOB*, Giuffrè
- Coda, V. [1968] In tema di principi contabili generalmente accettati, *Rivista dei dottori commercialisti*
- Coda, V. [1983] Trasparenza dei bilanci di esercizio e principi contabili, *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 2: 183-197
- Colombo, G.E. [1977] La disciplina italiana dell revisione, *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 1: 1-37
- Colombo, G.E. [1982a] Il <<Compendio di principi contabili>> dell'Assonime, *Rivista delle società*, anno 27: 597-600
- Colombo, G. E. [1982b] L'impugnativa del bilancio certificato, *Rivista delle società*, anno 27
- Colombo, G.E. [1987] *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni*, CEDAM
- Colombo, G.E. [1991] Il bilancio nella disciplina giuridica, in: Ardemani, E. (a cura di), *L'impresa*, tomo III, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè
- Colombo, G.E. [1994] Il bilancio d'esercizio, in: Colombo, G.E. e G. B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni, vol. 7\* Bilancio d'esercizio e consolidato*, UTET: 23-573
- Colucci, E. e F.Riccomagno [1997] *Il bilancio d'esercizio e il bilancio consolidato*, 3<sup>a</sup> ed., CEDAM
- Corbella, S. [1998] Il processo di armonizzazione contabile nell'U.E., in: Savio, G. (a cura di), *Dalla Comunità Economica Europea verso l'Unione Europea: problemi e prospettive per il*

- futuro*, vol. 4, CEDAM: 81-106
- Corticelli, R. [1981] Carattere specifico della valutazione di bilancio e accoglimento generale di principi contabili: considerazioni, in: AA.vv., *Bilancio di esercizio e amministrazione delle imprese. Studi in onore di Pietro Onida*, Giuffrè: 85-108
- Dezzani, F. [1981] La neutralità del bilancio d'esercizio oggetto della certificazione e i principi contabili generalmente accettati, in: AA.vv., *Bilancio di esercizio e amministrazione delle imprese. Studi in onore di Pietro Onida*, Giuffrè: 151-186
- Di Pietra, R. [1997] Accounting Regulation Models in Italy, France and Spain, in: Flower, J. and C. Lefebvre (eds.), *Comparative Studies in Accounting Regulation in Europe*, Acco: 249-286
- Di Pietra, R., S. McLeay and A. Riccaboni [2001] Regulating Accounting within the Political and Legal System, in: McLeay, S. and A. Riccaboni (eds.), *Contemporary Issues in Accounting Regulation*, Springer: 59-78
- Di Toro, P. e G. Ianniello [1996] Evoluzione storica della politica di redazione del bilancio, in: Di Toro, P. e G. Ianniello, *La politica di redazione del bilancio di esercizio*, CEDAM: 1-66
- Eikenberg, T. [2008] *Der Jahresabschluss deutscher und italienischer Kapitalgesellschaften*, Peter Lang
- Fantozzi, A. [2003] *Il diritto tributario*, UTET
- Ferri, G. [1971] In tema di verità, di chiarezza e di precisione del bilancio di esercizio, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno 69, II: 247-276
- Ferri, G. [1978] Omissione di poste nell'attivo e invalidità della deliberazione di approvazione del bilancio, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno 76, II: 182-193
- Ferri, G. [1983] Le speciali ragioni secondo l'art. 9 della legge n. 72 del 1983, *Rivista delle società*, anno 28: 79-84
- Ferro-Luzzi, P. [1976] *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Giuffrè
- Ferro-Luzzi, P. [1982] Vizi del bilancio e vizi delle delibere di approvazione, *Giurisprudenza commerciale*, anno 9, I
- Fiori, G. [1999] *Il principio della <<rappresentazione veritiera e corretta>> nella redazione del bilancio di esercizio*, Giuffrè
- Fiori, G. [2005] *Corporate governance, regolamentazione contabile e trasparenza dell'informativa aziendale*, FrancoAngeli
- Fortunato, S. [1985] *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Jovene
- Fortunato, S. [1992] Approccio legalistico e principi contabili in tema di strutture e valutazioni di bilancio, *Giurisprudenza commerciale*, anno 19, I: 453-467
- Fortunato, S. [1993] Il diritto contabile e l'impresa, in: AA.vv., *Diritto commerciale*,

Monduzzi: 635-688

- Fortunato, S. [1993b] *Bilancio e contabilità d'impresa in Europa*, Cacucci
- Gazzoni, F. [1996] *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane
- Giordano, G. [1998] Commento sub articolo 117, in: Alpa, G. e F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, tomo II, CEDAM: 1089-1098
- Grippe, G. [1972] Bilancio non chiaro e nullità di deliberazioni assembleari, *Rivista delle società*
- Hagigi, M. and A. Sponza [1990] Financial Statement Analysis of Italian Companies: Accounting Practices, Environmental Factors, and International Corporate Performance Comparisons, *International Journal of Accounting*, vol. 25, no. 4: 234-251
- Jaeger, P. G. [1980] *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Giuffrè
- Jaeger, P.G. [1983] Fine delle speciali ragioni ?, *Rivista delle società*, anno 28: 12-22
- Jorio, A. [1988] Il principio di chiarezza, in: Jorio, A. (a cura di), *Il progetto italiano di attuazione della IV Direttiva CEE*, Giuffrè: 85-94
- Libonati, B. [1970] In tema di invalidità della delibera di approvazione del bilancio, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno 68, II: 193-226
- Libonati, B. [1979] La revisione volontaria: effetti, *Giurisprudenza commerciale*, anno 6, I: 624-646
- Libonati, B. [1980] Bilancio delle società, *Novissimo Digesto italiano Appendice*, UTET
- Marasco, V. [1982] Delibera CONSOB sui principi contabili e di revisione: come si è originata e dove porta, *Rivista dei dottori commercialisti*
- Martines, T. [1997] *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Giuffrè
- Mechelli, A. [1996] Sul metodo del patrimonio netto. Un confronto tra la disciplina civilistica e i principi contabili generalmente accettati, in: *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, anno 96, Fasc. 3/4: 165-181
- Mezzabotta, C. e D.Travella [1995] Il processo di formazione dei principi contabili in alcuni Paesi europei - Italia, in: Provasoli, A. e A. Viganò (a cura di), *Processi di formazione dei principi contabili in alcuni Paesi europei*, Edizioni scientifiche italiane: 40-69
- Minervini, G. [1983] Piccola cronaca di due emendamenti legislativi, *Rivista delle società*, anno 28: 43-55
- Nardi, P. [1987] I principi contabili e la generale accettazione nelle valutazioni per il bilancio di esercizio, in: *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, anno 87, Fasc. 7/8
- Onida, P. [1974] Il bilancio d'esercizio nelle imprese e la sua 'standardizzazione' e 'certificazione', *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 2: 197-239
- Panuccio, V. [1964] *La natura giuridica delle registrazioni contabili*, Jovene
- Pavone La Rosa, A. [1978] Gli usi bancari, in: Portale, G.B. (a cura di), *Le operazioni ban-*

- carie*, tomo I, Giuffrè: 23-58
- Petroni, F. [1992] I principi contabili in Italia e negli Usa: un confronto, *Amministrazione & Finanza*, n° 2
- Pisano, L. [2003] Il ruolo dei principi contabili come fonti del diritto nell'ambito dell'ordinamento giuridico, in: Guardia di finanza scuola di polizia tributaria, *Tecnica revisionale*, Lavori monografici del 31° corso superiore "ENRICO DE NICOLA" <<http://www.gdf.it/repository/ContentManagement/information/N1732785457/Quaderni%2007%20-%20Tecnica%20revisionale.pdf>>
- Poli, R. [1971] *Il bilancio di esercizio. Evoluzione e prospettive nell'economia dei paesi industrialmente progrediti*, Giuffrè
- Pollari, N. e Galdino, S. [1999] *Bilancio di esercizio e reddito fiscale*, ETI
- Pontani, F. [2003] I principi di redazione del bilancio di esercizio, in: Palma, A. (a cura di), *Il Bilancio di esercizio*, 3ª ed., Giuffrè: 47-93
- Potito, L. [1973] I <<principi contabili generalmente accettati>>, in: AA.vv., *La certificazione professionale dei bilanci. Problemi generali e tecniche di esecuzione*, Giannini: 121-196
- Pozzoli, M. [2004] *I principi contabili*, in: Bruni, G. (a cura di), *Revisione aziendale e di bilancio*, UTET
- Quatraro, B. e S. D'Amora [1998] *Il bilancio di esercizio e consolidato*, tomo I e II, 2ª ed., Giuffrè
- Racugno, G. [1973] Regolare contabilità e amministrazione controllata, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, anno 71, II: 240-253
- Riccaboni.A. and R. Di Pietra [1996] Il processo di armonizzazione contabile in Italia dopo il recepimento della IV Direttiva CEE, *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 4
- Riccaboni, A. and R. Di Pietra [2001] *Accounting Regulation of Stock Options: The Italian case*, Serie Interventi, n° 68, Quaderni Senesi di Economia Aziendale e di Ragioneria, Dipartimento di Studi Aziendali e Sociali, Università degli Studi di Siena  
< [http://www.disas.unisi.it/quaderni/int\\_68.pdf](http://www.disas.unisi.it/quaderni/int_68.pdf) >
- Riccaboni.A., R. Ghirri and Institute of Chartered Accountants in England and Wales [1994] *European Financial Reporting: Italy*, Routledge
- Rivola-Clay, A.M. and T.S. Doupnik [1987] The Progress of Italian Accounting: Allegro Ma Nontropo, *International Journal of Accounting*, vol.22, no.2: 87-102
- Rota, R. [1998] Commento sub articolo 117, in: Bedogni, C.R. (a cura di), *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria. Commentario al D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58*, Giuffrè: 631-636
- Simonetto, E. [1972] Recenti orientamenti in materia di bilancio d'esercizio, *Rivista delle società*
- Simonetto, E. [1973] Recenti orientamenti in materia di bilancio di esercizio, in: AA.vv.,

*Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Giuffrè: 1545-1594

- Travella, D. [1999] Il bilancio di esercizio in Italia, in: Vigano, A. (a cura di), *Elementi di ragioneria internazionale*, Egea: 23-90
- Tomasin, G. [1982a] I principi contabili: natura ed importanza per una corretta informazione contabile e per la soluzione di problemi giuridici, civilistici e tributari, in: AA.vv., *La determinazione del reddito nelle imprese del nostro tempo alla luce del pensiero di Gino Zappa, atti della giornata di studio nel centenario della nascita di Gino Zappa*: Ca' Foscari, 4 aprile 1981, CEDAM
- Tomasin, G. [1982b] I principi contabili in Italia, *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 1: 1-17
- Took, L. [1995] The History of Financial Reporting in Italy, in: Walton, P. (ed.), *European Financial Reporting: History*, Academic Press: 157-168
- Torrente, A. e P. Schlesinger [1985] *Manuale di diritto privato*, 12ª ed., Giuffrè
- Torrente, A. e G. Pescatore (a cura di) [1973] *Codice Civile annotato*, 6ª ed., Giuffrè
- Torri, A. [1987] Il processo di statuizione dei principi contabili in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, in: *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, anno 87, Fasc. 11/12
- Troina, G. [1989] *Bilancio di esercizio: Obiettivi e revisioni*, Giappichelli
- Venuti, M. [2001] Principi contabili in Italia, *Contabilità, Finanza e Controllo*, anno 24, Fasc. 10: 954-975
- Venuti, M. [2005] Le deroghe di bilancio alla luce della riforma societaria (I parte), *Le società*, anno 24, Fasc. 11: 1378-1392
- Verna, G. [2000] I principi contabili: norme tecniche d'integrazione e interpretazione della legge, *Giurisprudenza commerciale*, anno 27, I: 147-154
- Visentini, B. [1983] Annotazioni preliminari sull'art. 9 della legge 19 marzo 1983, n. 72: equivoci e omissioni, *Rivista delle società*, anno 28: 1-11
- Zambon, S. [1997] La riconciliazione tra principi contabili italiani e GAAP statunitensi. Riflessioni su alcune evidenze empiriche, in: AA.vv., *Scritti di Economia Aziendale in memoria di Raffaele D'Oriano*, Tomo II, CEDAM: 1403-1425
- Zambon, S. and C. Saccon [1993] Accounting Change in Italy, *European Accounting Review*, vol. 2, no. 2: 245-284
- Zan, L. [1994] Toward a history of accounting histories: perspectives from the italian tradition, *European Accounting Review*, vol.3, no.2: 255-307
- Zappalà, M. [1982] Il lavoro della Commissione per la statuizione dei principi contabili del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, *Rivista dei dottori commercialisti*, n° 1: 18-25
- 大内伸哉 [2003] イタリアの労働と法 (日本労働研究機構)





執筆者紹介（掲載順）

上 山 泰	筑波大学法科大学院教授
菅 富美枝	法政大学経済学部准教授
藤 澤 尚 江	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻助教
弥 永 真 生	筑波大学大学院ビジネス科学研究科 企業法学専攻教授

## 筑波ロー・ジャーナル 8号

2010年9月発行

発行者 筑波大学大学院  
ビジネス科学研究科企業法学専攻  
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1  
TEL 03-3942-5433

筑波大学法科大学院  
〒101-0021 東京都千代田区外神田1-18-13  
秋葉原ダイビル14階  
TEL 050-5518-2645

教授 青山 慶二  
飯守 一文  
池田 雅則  
江口 隆裕  
大野 正道  
潮海 久雄  
平嶋 竜太  
弥永 真生  
山田 務

准教授 大瀨 真喜子  
川田 琢之  
小林 和子

助教 木村 真生子  
藤澤 尚江

教授 青柳 幸一  
新井 誠  
植草 宏一  
大石 和彦  
大塚 章男  
岡 伸浩  
小幡 雅二  
上山 泰  
北 秀昭  
徳本 穰  
藤村 和夫  
藤原 静雄  
宮城 啓子

准教授 照沼 亮介

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会  
制作 株式会社TKC  
印刷所 倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.8 September 2010

## Articles

- Rethinking the Japanese Guardianship Law Theoretically - Suggestions  
from the English and the German Idea  
.....**Yasushi Kamiyama, Fumie Suga** 1
- Developments of Secured Transactions and Private International  
Law (1).....**Naoe Fujisaw** 35
- Legal Status of Accounting Standards(10):Italia(1)  
.....**Masao Yanaga** 73

ISSN:1881-8749

---

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board  
University of Tsukuba, Tokyo, Japan