

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 7 月 31 日現在

機関番号：14301

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2011～2013

課題番号：23330026

研究課題名(和文)私法関係の形成における書面の機能と法律専門職の現代的役割

研究課題名(英文)The functions of documents in creations of private legal relationships and the roles of legal professions

研究代表者

横山 美夏 (Yokoyama, Mika)

京都大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：80200921

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 12,000,000円、(間接経費) 3,600,000円

研究成果の概要(和文)：私法関係形成における書面制度のありかたに関し、以下のことが明らかになった。契約法の領域では、法律専門職を契約書の作成に関与させるのは当事者に過度の負担を課すが、書面による当事者意思を担保するには、書面の媒体や作成方法について検討がされる必要がある。財産管理の領域では、書面により、組織運営の透明性と合理性を向上させるためには、規律内容を、組織の種類ではなく、当該組織の性格と規模など実態に基づいて定める必要がある。企業組織法の領域では、閉鎖企業の社員権の扱いにおいては、書面の作成・維持を団体に委ねず、公証人の介在と商業登記簿への書面提出により、制度の実効性を確保することを検討する余地がある。

研究成果の概要(英文)：Considering the functions of documents on creations of private legal relationships, the reform of law might be taken into account as following. First, in the field of contract law, it is not enough to require the parties to make document on contract to guarantee the intention of each party. In some cases, it is necessary to examine the precise way of drafting the contract, for example, to write particular provisions by hand. Secondly, as to law on management of properties, the rules on documents must be decided not by the type of organization that owns properties, but by its size and nature, to promote transparency and efficiency on management of organization. Thirdly, as for the documentation requirement in the field of the business organization law, it might be sometimes recommendable to let an independent third party like a notary participate and require the document to be submitted to an authoritative entity such as a commercial register.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：民法 書面 法律行為 証拠 法律専門職

1. 研究開始当初の背景

社会の複雑化、高度化に伴い、わが国においては、私法上の法律関係の形成に際して書面（電磁的記録を含む）の作成を求める立法が増加している。しかし、いかなる理由で書面の作成が求められるかが、法律の趣旨として明確でないことも多く、学説も、書面の目的や機能について自覚的に論じることはほとんどない。その結果、書面が要求されている場合のなかには、書面の作成が義務づけられる目的や書面の機能と、具体的制度設計（書面に記載すべき内容、媒体、作成の方式や時期など）が適合していないことがある。また、書面のなかには、公正証書のように、法律専門職が関わるのが要請されている場合もある。しかし、公正証書の作成が要求される場合にも、その理由と目的が公証人の職務と適合的かどうかの問題となり得る場合が存在する。

2. 研究の目的

書面制度が、人々に不合理な負担を課すことなく、効率的に機能するためには、書面が法律関係、とくにその形成においてどのような目的と機能をもって用いられているかを明らかにする必要がある。そこで、本研究は、私法上の法律関係形成に書面がどのような機能を果たしているかを分析し、比較法的・歴史的な観点も加えることにより、目的・機能に対応した書面制度のありかたを提示することを目的とする。

3. 研究の方法

まず、書面制度の目的・機能および、法律専門職との関わりを、歴史的・比較法的観点から明らかにする。

つぎに、わが国の書面制度の問題点を、具体的制度をとりあげて分析する。

以上から導かれる結果を基礎として、わが国において合理的と考えられる書面制度のあり方を提示し、研究の過程で分析をした個別制度につき、法改正又は立法の指針を示す。

4. 研究成果

(1)ローマ法における書面と法律専門職

ローマ法において、「公証人」が作成した文書には公証力・執行力が認められていなかったというのが通説である。そこで、その根拠とされる6世紀段階の法令の分析と、紀元前後以降の書面そのものの機能の変化の跡付け作業を行なった。このうち、

からは、通説によって強く否定されている執行力の存否につき、裁判制度の存在態様からして存在していた可能性があることがわかった。また、からは、紀元前5~4世紀の法律行為における口頭主義・形式主義の存在から慣行として作成されていた書面は、証拠の1つとしてのみの役割しかなかったこと、このことは物証よりも人証に

重きを置くローマ人の発想の反映でもあること、他方、紀元前3世紀以降ローマ国家が大領土、多民族になるに応じて形式主義によらない売買や賃貸借等の法的行為が諾成契約として承認され、かつ契約書や遺言書を作成して生計を立てる文書作成人 *tabularius* が登場してくると、証拠法上書面の果たす役割が変化してくること、が各種史料から看取できた。

つぎに、裁判制度が方式書訴訟から職権審理手続に重点を移す紀元後2~3世紀以降の執行に着目して検討を進めたところ、紀元後3世紀前後以降「判決を経ての執行」を命ずる勅法がしばしばみられるようになる(ex. C. 7, 53, 1.)ものの、その理由・背景について詳細な検討が進んでいないこと、4世紀には流質契約が不使用となり廃止されたといわれる(ex. C. 8, 34, 3.)ものの、当該不使用の理由・背景が充分解明されているとは考えられないこと、同時に、判決を経ずに執行が行なわれたことをうかがわせる勅法も存在すること(ex. C. 8, 13, 3)、4世紀以降、職権審理手続という名称の下で制度としての裁判・執行制度が整っていく一方で、「司教の聴聞 *audientia episcopalis*」の生成と展開に代表されるように、執行を現実に支える国家権力のあり方が変容していくことから、より詳細な検討を要する点が存在するものの、特に「公に作成されたとみられる文書」に基づく執行を国家が黙認せざるを得ない状況を迎えたと推測することが充分可能であると考えられる。

(2)明治前期日本における書面の有する機能の転換

私法上の法律関係形成における書面作成それ自体は、前近代の日本社会においてむしろ当然の要請であった。そこで明治前期においてヨーロッパ諸国の法が影響を及ぼし始めるなかで、それがどのように展開したかに焦点をあてて分析を進めた。その成果は以下の通りである。近世日本の民事紛争処理において、「証文」=書証の価値を最重視し、あるいはむしろこれを偏重する法運用は、明治初年においても当面引き継がれ、とくにそれは、明治6(1873)年7月17日「訴答文例」が訴状への契約証書全文の写載を多く訴訟の要件として扱っていたこと、及び、民事裁判の最初の手続である「目安糺」(=訴状の書面審査手続)において要件を欠く訴状を機械的に却下する実務が行われていたこと、に表れていた。また明治6年には、証書の要件の厳格化に関わって、印紙貼用・実印捺印・年月日記載を欠く証書は裁判上の証拠とならない、とする一連の立法もなされた。しかしこのような法運用は次第に軌道修正が図られる。その一つの要因として、開港場における涉外取引の処理の蓄積の中で、伝統的な紛争処

理のあり方を見直す機運が生まれたことを推定し、さらに違約金・債権譲渡などの局面に典型的に現れるように、とくにフランス法学の受容が影響を及ぼしたことを検証した。書証偏重の運用の決定的な転換点となったのが、明治10(1877)年における、訴答文例の修正と目安糺の廃止である。続いて、明治6年に導入されていた実印押捺を証書の要件とする規範についても、同年5月・7月の法令は、実印を証書の真正性を判定する一元的な基準とする運用を見直し、実印と署名を証書の真正性を判定する重要な徴表としてのみ把握する運用に転換した。さらに同年10月の「契約証書解釈方法」では、フランス民法第1156条から1164条までの翻訳を日本の実定法上の規範として導入して、証書解釈上の指針とさせるに至った。一方、公証人制度・登記制度が導入(1886年)され、民法典編纂が進行した明治20年代には、新しい法観念が登場する。大審院明治25(1892)年5月17日判決は、公正証書上の契約について、これを虚偽の契約であるとしてその執行取消を求めた原告の請求に対し、公正証書の効力は「偽造」の申立がない限り失われまいと判示して、新たな書面制度の位置づけが与えられることになったのである。

以上の過程については、明治前期判決原本の原史料を主要な素材に検討を行った。

(3) 契約法における書面制度の役割

そこで、つぎに、比較法的観点から、フランス法において書面が求められる目的および機能について、検討を行った。

フランス契約法における書面の制度の機能には、証拠の保存、当事者による熟考された意思表示の確保のほか、当事者への情報提供および間接的な内容コントロールの存在がある。これらの機能のうち、当事者への情報提供は、を担保するのみならず、契約内容に関する特定の情報が書面により相手方に提供されない場合に、当該契約の効力を否定するというかたちで、の機能を果たしている。

他方、フランスでは、多くの法令による規律の結果、書面の洪水といわれる現象を引き起こしており、当事者意思形成の適切な支援になっていないとの指摘もある。また、相手方が書面作成者のミスに乗じて契約の効力を否定するなどの濫用事例もみられる。

これらの検討から、必要以上の事項を要求することが書面の意義を損なうことは、わが国において書面の作成が必要と解される場面において何を書面事項とするかの検討に際し、十分に考慮される必要があることが比較法的にも明らかになった。しかし、フランス法における書面の洪水は、他方で、フランスの書面制度が、の役割を果たすために、綿密な法制度をおいていることの

証左でもある。具体的には、書面の記載事項のほか、(a)公証人の関与が必要かどうか、(b)書面の全部または一部を手書きとすることが必要か、(c)書面の媒体は紙である必要があるか、それ以外、とくに電子媒体でも良いか、(d)当事者による書面内容の読み上げが必要か、なども、当事者の意思の真正性に加えて、どの程度熟考された結果としての意思表示を要求するかによって、異なる制度設計がなされている。

わが国では、保証契約および贈与契約について書面の作成が契約の効力に一定の影響を及ぼすが、書面の作成態様については規律がない。これらの契約について、公証人などの専門家の関与を要求することは当事者に過度の負担となるとしても、単に書面性を要求するだけで、その目的を十分に果たすことができるかは議論の余地がある。少なくとも、上記の(b)や(c)の観点から、書面の意義について再検討することが必要なのではないかと考えられる。

(5) 財産管理における書面の機能に関する問題点とあるべき方向性

法人や信託など、一種の継続的な財産管理組織においては、各種の計算書類や報告書等の文書の作成・開示とその保存が法により義務づけられている。

そこにおいて作成・開示と保存が求められる文書の内容は様々であるものの、義務づけの主たる趣旨は、文書の作成については、それを想定して組織の運営をさせることにより、組織運営の透明性と合理性の向上を図る契機とさせることにあると考えられる。これに対して、文書の保存と開示については、虚偽の記載または記録の予防措置であるとともに、組織の活動の利害関係者による監視または監督の実効性を確保することにあると解される。

これらの趣旨は、継続的な財産管理組織一般につき妥当することではある。もっとも、その組織の性格(たとえば、利益追求を目的とするものか否か)や規模(たとえば構成員その他の出現が想定される利害関係者の数、財産規模、活動の規模)により、求められるべき組織運営の透明性や合理性の程度、利害関係者による監視または監督の実効化のために講ずべき措置の程度、それらの要求に応えるための負担に組織が耐えられる程度は大きく異なると考えられる。そうであるのに、現在の法制においては、組織の規模を問うことなく、組織類型ごとに一律の書類の作成、保存および開示が義務づけられる傾向が顕著である。たとえば、計算に関する書類でいえば、会社や一般法人等であれば会計帳簿(会社法432条、一般法人法120条)である。一般法人には、収益事業をほとんど営まず、構成員の数も少ないものも多数存在するが、株式会社と同様の経済活動を展開する潜在的可能性が

あることから、株式会社に準じた規制がされているものとみることができる。しかしながら、多くの小規模一般法人において、この潜在的可能性は現実化することがない。そのため、小規模一般法人にとっては、株式会社並みの規制は過剰規制となることがある。これに対して、たとえばNPO法人においては会計の原則に従った会計簿（NPO法27条）信託においては「帳簿その他の書類」（具体的に作成すべき書類は、信託の内容によって異なる）の作成・保存等が義務づけられている。ところが、NPO法人や信託のなかには、収益事業を含む事業（事務）を大規模に展開し、利害関係者が相当多数にのぼるものもある。そのようなものについては、作成・保存等がされるべき書類が解釈によって定まるとすることは、適当とはいえない面がある。

組織運営の透明性と合理性の向上を図る契機とさせ、組織運営の監視または監督の実効化を図らせるという書類の作成・保存・開示の趣旨をよりよく実現するためには、義務づけの内容および強度を、組織の類型を基準としてではなく、当該組織の性格と規模など実態に基づいて定めることが（法制化にあたっては相当な困難を伴うと考えられるものの）模索されてよいように思われる。

(5) 企業組織法における書面制度の役割

企業組織法については、社員管理における書面の役割に焦点を当てた。伝統的な株式会社法制においては、株主権の流通および会社・株主間の事務処理は、有価証券である株券、および株券制度と密接に関連した株主名簿によって簡便かつ安全に管理されることが予定されている。平成16年商法改正において株券不発行制度が導入されたが、株券との結びつきが断ち切られた株主名簿の免責的効力を否定する見解がみられる。一方、会社法制定に伴い導入された合同会社においては、会社および第三者に対する持分の対抗要件にかかる規律が不整備であることが指摘されている。株券不発行制度や合同会社の社員管理の在り方は、株主名簿や株券の意義を裏から問い直すことになる。

ドイツにおける有限会社法の改正から、これらに関していくつかの示唆が得られる。同国の有限会社法においては、従来、持分の譲渡は公正証書によらなければならない（有限会社法15条3項）、譲受人は、会社に対する通知によって会社に対する対抗要件を備えることとされていたが（同法16条1項）、持分の善意取得にかかる規律がなかった。ドイツにおいては、株式会社数が少なく、産業上重要な大規模な会社の多くを有限会社が占めているが、有限会社の持分を有効に取得しようとする者は、譲渡人の権原を何年も遡って（場合によっては、

会社設立当初から調査しなければならず、そのためのデュー・ディリジェンスのコストが、円滑な持分譲渡を妨げているとの批判があった。2008年の法改正（Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, 2008年11月1日施行）の目的の一つは、ドイツの有限会社法を魅力的な法形態にすることにあつたが、そこにおいて、上記の問題に対処するために、有限会社の持分の善意取得の制度が導入された。

改正後有限会社法16条3項によれば、有限会社の持分の譲渡人が無権利であったとしても、商業登記上の社員名簿にこの者が持分権者として記載されていれば、譲受人は持分を有効に取得する（同項1文）。ただし、不実の記載がなされていた期間が3年未満であり、かつ不実であることにつき真の権利者に帰責事由がある場合、譲渡人が無権利であることにつき、譲受人が悪意である若しくは重過失によりこれを知らなかった場合、または社員名簿に異議が付されている場合にはこの限りではない（同項2文・3文）。不実の記載が3年以上継続していなければならないとすることで、真の権利者に社員名簿の修正期間を確保するとともに、異議の制度により、善意取得を阻止する道を開いている。社員名簿は、現在インターネットで誰でも閲覧ができる。

社員名簿の変更の責任は、一義的には業務執行者にあるが（40条1項）、持分譲渡に関わる公証人には、社員の交代や持分の範囲に変更に関わった場合には、遅滞なく、新しい名簿を登記所に提出する義務が課されている（同条2項）。

持分譲渡契約に条件が付されている場合には、公正証書が作成されたとしても、最終的に持分譲渡の効力が否定されることもあり得るため、公証人の関与が社員名簿の真正さを完全に担保するわけではない。また、提出された社員名簿を登記官、裁判官等が審査するわけでもない。持分に譲渡制限が課されている場合に会社の譲渡承認があつたか否かも、社員名簿からは分からない。さらに、不実記載の3年間の継続という要件が設けられているために、3年以上名義の変更のない持分を譲り受ける場合以外には、従前と問題状況にあまり変わりはない。したがって、改正法は、善意・無重過失の譲受人のリスクを完全に除去するには至らず、一部取り除いたにとどまる。

このように改正法には問題点があるものの、閉鎖的な企業における社員権の扱いにつき、以下のような示唆が得られる。

法律関係の可視化が、取引の安全を促進する。不実の記載の判明などを通じて、真の権利者にも、自己の権利を保全し、紛争を未然に防止する契機が与えられる。ただし、そのためには、権利の保全のための

手続が簡易なものである必要がある。団体内の関係者に作成・管理を委ねず、第三者(例えば、公証人)を介在させ、外部(例えば、商業登記簿)に書面を提出させることを通じて、書面の作成・維持義務の実効性を確保し、また内容の真正さをある程度担保しうる。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計9件)

横山美夏、個人の尊厳と社会通念-事故物件に関する売主の瑕疵担保責任を素材として、法律時報、査読無、85巻5号、2013、11-16頁

横山美夏、約款、法学教室、査読無、394号、2013、4-13頁

齋藤真紀、MBOにおける役員等の注意義務、判例セレクト、査読無、2013、2014、19-19頁

伊藤孝夫、明治初年における契約と証書、法学論叢、査読無、172巻4・5・6号、2012、292-330頁

山本克己、配当表の作成と弁済充当の特約、別冊ジュリスト、査読無、208号、2012、84-85頁

齋藤真紀、不動産投資信託における投資口の発行差止め、別冊ジュリスト、査読無、214号、2013、170-171頁

横山美夏、私法における情報、ICCLP Publications、査読無、12号、2012、115-120頁

佐久間毅、消費者契約法5条の展開-契約締結過程における第三者の容態の帰責、現代消費者法、査読無、14号、2012、52-58頁

齋藤真紀、農業協同組合の理事に対する代表訴訟、民商法雑誌、査読有、144巻2号、2011、47-67頁

[学会発表](計3件)

横山美夏、フランスの公証人の役割に関するコメント報告、公証人の役割に関する日仏比較法シンポジウム、2014年9月22日、発表場所未定

林信夫、帝政後期ローマ西部における著作-Epitome Gaiを手掛かりに、比較国制史研究会(招待講演)2012年7月1日、東京大学

佐久間毅、非営利法人に関する法の現状と課題、日本私法学会、2011年10月9日、神戸大学法学部

山本克己、他、商事法務、「立退料判決をめぐる実体法と訴訟法」伊藤眞ほか編『経済社会と法の役割：石川正先生古稀記念論文集』、2013、1350頁(1192-1217頁)

山本克己、他、金融財政事情研究会、「財団債権・公益債権の債務者」田原睦夫先生古稀・最高裁判所判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論 下巻』、2013、1362頁(64-83頁)

佐久間毅、他、第一法規、「不動産売買・賃貸借等をめぐる最近の重要判例」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題(平成24年度研修版)』、2013、874頁(165-195頁)

[産業財産権]

○出願状況(計0件)

○取得状況(計0件)

[その他]

ホームページ等 なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

横山美夏(YOKOYAMA Mika)
京都大学・法学研究科・教授
研究者番号：23330026

(2)研究分担者

山本克己(YAMAMOTO Katsumi)
京都大学・法学研究科・教授
研究者番号：20191398

林信夫(HAYASHI Nobuo)
京都大学・総合生存学館・特定教授
研究者番号：40004171

伊藤孝夫(ITO Takao)
京都大学・法学研究科・教授
研究者番号：50213046

齋藤真紀(SAITO Maki)
京都大学・法学研究科・教授
研究者番号：60324597

佐久間毅(SAKUMA Takeshi)

京都大学・法学研究科・教授
研究者番号：80215673

(3)連携研究者

なし