

四宮和夫先生古稀記念論文集

民法・信託法理論の展開

加藤一郎・水本浩編

弘文堂



〔編者紹介〕

加藤一郎（かとう・いちろう）

1922年生れ。東京大学法学部卒。

現在、成城学園学園長・東京大学名誉教授。専攻、民法。

水本 浩（みずもと・ひろし）

1920年生れ。東京大学法学部卒。

現在、独協大学教授・立教大学名誉教授。専攻、民法。

民法・信託法理論の展開

昭和61年12月25日 初版1刷発行

© 編 者 加 藤 一 郎
水 本 浩
発行者 鯉 淵 年 祐

株式 弘 文 堂

101 東京都千代田区神田駿河台1の7-13

TEL 03 (294) 4 8 0 1

振替 東京 2 - 5 3 9 0 9

ISBN4-335-35074-0

Printed in Japan

印刷・港北出版印刷

製本・牧製本印刷

はしがき

四宮和夫先生は、大正三年（一九一四年）一月三十一日、香川県にお生れになりました。したがって、昭和五九年（一九八四年）同月同日をもって、めでたく古稀を迎えられたことになります。

先生は、昭和一三年に東京大学法学部を卒業されて、学生生活に入られました。爾来、四八年余になります。その間大半を病身として過してこられました。それにもかかわらず、この間の研究および教育活動を通じてわが国の民法学および信託法学の発展に対して多大の寄与をされましたことは、いまさら改めて申し上げる必要もありません。ことに、近年の精力的な体系書のお仕事にいたっては、学者の多くが筆をおく年齢に達してからのお仕事でありますので、ただただ頭の下がるばかりであります。

先生の古稀に際し、先生のご薫陶を受けた者および研究上親しくいただいた者が相はかつて、記念論文集を捧げ、先生のご業績をたたえるときにも、その学恩に対し、心から感謝の意を表することにしたしました。

先生のご業績は民法および信託法にまたがります。そこで、これにちなんで、「民法・信託法理論の展開」という題名をかかげて、各執筆者にはこの題名に関連のあるテーマを自由に設定していただくことにいたしました。執筆者のかたがたは、ご多忙中にもかかわらず、心のこもったご論稿を寄せてくださいました。これに対して、編集者として深く感謝する次第であります。本書が民法学および信託法学の進展に何ほどかを加えることができたと思えば、それは執筆者一同にとって大きな欣びということができましよう。

おわりに、先生には、なお一層ご健康に留意されまして、ますます燦然たるお仕事をお続けくださるようお祈りいたします。

また、本書の刊行を快くお引き受けくださった弘文堂、およびその編集部の方山邦正課長ならびに北川陽子さんに対し、厚くお礼を申し上げます。

昭和六一年二月

加藤 一郎
水本 浩

目次

民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書……………星野英一…1

一 はじめに 二 議論の前提 三 「利益衡量論」批判における問題点

四 第二期の学説概観 五 第二期の学説の問題点 六 おわりに

授權について……………石田 穰…45

一 問題の所在 二 学説 三 判例 四 検討

五 授權の諸類型 六 結び

子どもを好意で預った場合の保護義務……………瀬川信久…65

——ドイツにおける好意関係論の一斑——

一 本稿の課題 二 ドイツの学説 三 ドイツの裁判例

四 わが国の議論への示唆——むすびにかえて

借家法上の造作買取請求権制度……………水本 浩…93

一 序説 二 判例に現われる造作の具体例

三 造作買取請求権の社会的機能 四 むすび——法政策論の立場から

日米比較原状回復法序説……………	木下 毅……………
127	

一 序——統一的基本観念	二 コモン・ロー上の「準契約」
三 エクイティ上の信託的救済手段	四 結語——事務管理との関係

不法行為における因果関係覚書……………	加藤 一郎……………
165	

一 問題の所在	二 事実上の因果関係	三 法的因果関係
四 因果関係の中断		

不法行為法における相関関係理論の位置づけ……………	林 良平……………
189	

一 序 説	二 問題の起点——権利概念の後退、違法性概念の浮上・
相関関係理論と過失の客観化	三 学説の展開と整理
四 むすび——四宮学説と私見	

寄与度減責……………	能見善久……………
215	

——被害者の素因の場合を中心として——

一 はじめに	二 寄与度減責思想の登場
三 素因競合事例の分析と概観	四 外国法との比較
	五 結 び

いわゆる「身分法」および「身分行為」の概念に関する一考察……………	平井宜雄……………
253	

一 問 題	二 中川理論の内容	三 中川理論に対する批判
四 考 察	五 結 び	

事実婚をめぐる判例法の展開……………	佐藤良雄……………	275
--------------------	-----------	-----

一 はしがき	二 婚姻予約有効判決まで
三 婚姻予約有効判決とその周辺	四 判例法の展開
五 あとがき	

イギリス親子法と子の福祉……………	三田地宣子……………	295
-------------------	------------	-----

一 はしがき	二 一九七五年法三条の制定経緯
三 一九七五年法三条をめぐる判例・学説	
四 一九七一年法一条と Law. Com. No. 133, No. 112	
五 むすび	

権利の救済と著作権法……………	斉藤 博……………	319
-----------------	-----------	-----

一 序	二 差止請求	三 損害賠償の請求	四 おわりに
-----	--------	-----------	--------

信託宣言の解釈論的可能性……………	米倉 明……………	335
-------------------	-----------	-----

——とくに執行免脱の懸念に対して——

一	序——問題の限定・叙述の方針・信託宣言のメリット	
二	従来の学説の状況	三 起草過程における議論の拘束力
四	若干の討論——執行免脱の懸念に対する一般論	
五	若干の討論——最判昭四五・四・一〇の射程	六 結び

集団信託における信託法理論の展開・序説……………松本 崇 367

——集団信託の概念および信託財産の構造を中心に——

- 一 序 論 二 個別信託と集団信託の区分 三 受益者側から見た

- 集団信託の観念 四 委託者側から見た集団信託の特質 五 合同運用

- 信託財産の組成と信託約款 六 集団信託における信託財産の構造

信託の機能的類型化について……………田中 實 389

- 一 はじめに 二 問題の提起 三 信託類型化の二つの方向

- 四 機能的類型化と法的構成 五 むすび

土地信託と借地制度……………本田純一 415

- 一 はじめに——土地信託の背景と仕組み 二 土地信託と借地制度

- 三 土地信託と「定期借地権制度」 四 複数土地所有者と土地信託

- 五 結びに代えて

日米土地信託法の対比……………海原文雄 437

- 一 序 二 構造上の諸問題 三 適用上の諸問題

ラテン・アメリカにおける信託法の展開……………中川和彦 467

- 一 はしがき 二 メキシコにおける展開

- 三 パナマ他、諸国における展開 四 むすび

財産管理制度としての信託に関する若干の比較法的考察	新井 誠	485
---------------------------	------	-----

——とくにドイツ法からの示唆——

- 一 本稿の問題設定
- 二 ドイツ法における財産管理制度
- 三 ドイツ信託法の理論状況と実際の機能
- 四 結語に代えて——ドイツ法からの示唆

西ドイツ都市再開発法における信託法理の利用	広渡清吾	511
-----------------------	------	-----

- 一 問題の設定
- 二 受託者としての再開発担当者の法的性格
- 三 受託者の担当者と事業者の担当者の類型的差異
- 四 どのような事業体が再開発担当者となるか
- 五 おわりに

信託立法史論補遺	山田 昭	531
----------	------	-----

- 一 考察の対象
- 二 信託会社の営業範囲
- 三 受託財産に関する政府見解

四宮和夫先生略歴・主要著作目録

民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書

星 野 英 一

- 一 はじめに
- 二 議論の前提
- 三 「利益衡量論」批判における問題点
- 四 第二期の学説概観
- 五 第二期の学説の問題点
- 六 おわりに

一 はじめに

「法の解釈」をめぐる議論は、一旦「膠着状態に陥った」と評されているが、⁽¹⁾ そのように論ずる学者をはじめとする二、三の学者によつて、新しい視角からの検討に基づくその打開が図られ、注目すべき業績も既にかなり現われてきた。議論は新しい段階に入っていると言うことができよう。他方、従前の議論は、新しい進展がないという意味では、「膠着化」していると言えるものの、議論の前提とされていた点に疑問と思われるものもあり、しかも、当

初からの論点で新しい傾向の学者によって——深化された形ではあるが——再び取り上げられているものもある。

周知のとおり、筆者の小稿は、加藤一郎教授の論文⁽³⁾と共に、一括して「利益衡(考)量論」と呼ばれて、論議の対象とされてきた。それらの批判の若干に対しては答えや反論もし、また筆者の「利益考量論」の具体的な適用例についての小稿も執筆したが、その後この問題について執筆することは控えてきた。学問的論争は、論議を深化させる方向で行うべきものであるが、とりわけ方法論については、自己の立場を繰り返すだけでは好ましくなく、一方でさらに解釈論の実作を進めると共に、他方で、長い蓄積の上に最近も新しい重要な業績が現われている諸外国、とりわけわが国と同じく民法等いわゆる根本法の法典国である西欧の学説の少なくともある程度の研究を経た後でなければ論稿を発表すべきではないからである。

しかし、最近のフランス、ベルギー、ドイツにおける関連文献の膨大さゆえに筆者の研究はなかなか進まないでいるところ、『民法講座』の別巻において「法の解釈」を取り上げることとなった。「別巻」でも、各論稿はまずこれまでの学説を正確にフォローすることとなっている。

この時期にあたり、筆者としても「利益考量論」を中心に一言しておく必要を感じるに至った。その理由の第一は、最近の論稿においてもなお、見解の相違にまで至らない議論のくいちがあるが、これを噛み合わせるためにも、前稿を補充し、なお残っていると見られる誤解を指摘しつつ問題点を明らかにしておくことが望ましいと考えられたからである。第二に、新しい傾向の学説に対しても、問題点を指摘しておくことが、かつて論争に加わった者としてなすべきことではないか、と考えられるからである。

ただ、第二点の作業は、それだけでも困難なものである。最近の論者には、雄大な構想のもとに多くの論稿を発表しておられる方が多く、その考え方を正確に理解するどころか、その論稿に全部目を通すだけでも現在の筆者にとっては不可能である。そこで、本稿では、端的に「法律の解釈」と題された論稿、ないし大きな論文中でそれを

扱った部分を取り上げることしかできなかった。それでも、大きな誤解をしていないかを恐れるものである。本稿は全くのメモにすぎないものであるが、いくらかでも議論の深化に、少なくとも問題点の指摘として、役立つことができれば幸いである。

かくして、本稿においては、これまでの「法の解釈」をめぐる議論について改めてこの時点において注意しておくべき点を挙げ(二)、ついで「利益衡量論」に対する古くからの批判点のうち、立場の差異というよりは前提に問題がありはしないかと思われる点につき論ずる(三)。このさい、できるだけ既に述べたことの繰返しは避けるが、やむをえないと考えた場合もある。続いて、最近の学説について新しい視点と考えられるものを簡単にまとめた(四)後、その問題点を提示すること(五)としたい。

(1) 平井宜雄「法の解釈」論覚書(加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(東大出版会・昭五七)(以下「解釈」と略称)七〇頁・八四頁・八五頁・九四頁などの表現。田中成明「法的思考の合理性について―法解釈論争と関連づけて―」(一)「法学教室二〇号三八頁などもこれを援用される。

(2) 星野英一「民法解釈論序説」法哲学年報(一九六七)「法の解釈と運用」所収(『民法論集第一巻』(有斐閣・昭四五)所収。以下「第一巻」と略して引用)。

(3) 加藤一郎「法解釈における論理と利益衡量」岩波講座『現代法15』(昭四二)所収(さらに、「補論」などを加えて(以下「補論」と略称)『民法における論理と利益衡量』(有斐閣・昭四九)に所収(以下こちらで引用)。

(4) なお、加藤教授は「利益衡量」と書かれ、筆者は「利益考量」と書く。その相違のインプリケーションについては、加藤教授が述べられているところ(補論六六頁(一))が、ほぼ感じを現わしている。本稿では、当初これを批判した論稿には「衡量」の字を用いるものが多かったようなので、加藤教授と筆者とのものをあわせて論評される場合を中心に、一般には「衡量」を用い、筆者の考え方をとくに問題にしたい場合について、「考量」を用いることとした。

(5) 星野「民法解釈論序説」補論」第一巻所収、「民法の解釈の方法について」書研所報二六号(昭五二)所収、「利益考量論と借地借家関係規定の解釈」書研所報二七号(昭五二)「借地借家法」と略称)以上二つは、『民法論集第四巻』(昭五三)に所収(以下「第四巻」と略して引用)。

二 議論の前提

(1) まず第一に注意されるべきことは、ほとんどの論者が「利益衡量論」の名のもとに一樣に扱っている加藤教授と筆者とは、その対象としていた問題の局面が全くといってよいほど異なっていた点である。

両説に様々の点で違いがあること自体は、初めから意識されており、共通の点について「利益衡量論」の名のもとに論じられていたにすぎないことは確かである。⁽⁶⁾しかし、ここで取り上げるのは、そのことではなく、従来全くといってよいほど気付かれていなかった点である。それは、加藤論文が主として扱っていたのは、「抽象的な」「法の解釈」ではなくて、「具体的事件への適用」であつたのに対し、筆者が扱ったのは、もっぱら条文の解釈——および条文のない場合の扱い方——であつた、ということである。

このことは、両論文の論旨の進め方を迎れば明らかである。加藤論文においては、右のように述べられて、「航空機の墜落により地上の第三者が死亡し、その遺族から航空機の運行者ないし所有者(中略)に対して損害賠償の請求がなされた場合」の「法的処理」について検討され、これを例として解釈の手法が論じられている。⁽⁸⁾例として挙げられるのはそれ一つである。これに対し筆者は、「価値判断による民法解釈の方法」と題する段の中で、「解釈の決め手」を「今日においてどのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護すべきかという判断である」としつつ、「より具体的な順序」として、文理解釈以下の手法を論じ、例としては具体的事例でなく、条

文ないし条文のない制度を相当数挙げた。⁽⁹⁾ このことだけからしても、両者の論じている対象の差異は明らかに示されているといつてよい。しかし、加藤論文は、その題名が一般的であり、しかもまず「概念法学と自由法学」といった項目のもとに論じているために、誤解の生ずる余地があつたのであろう。また、筆者については、解釈の「決め手」の部分——さらに「理論」「理論構成」および「中間的な構成」を「できるだけ」排除すべきことを論じた部分——だけが大きく目に映つたのであろうか、もつぱらその点が批判の対象とされた感がある。⁽¹⁰⁾

もつとも、この点は、後述する第二期の批判においてはかなり意識されており、筆者に対し、その提示した、文理解釈・論理解釈、立法者意思・起草者意思による解釈、利益考量を行つた後に行う価値判断による解釈、の最後のものを「決め手」とすることの根拠が問われている。この点は、後述するとおり常に根本問題となるものであり、したがつてこれらの批判がこの点を探り上げたこと自体は、ずばりと中心問題に切り込んだものと評価できる。また、わが国における「法解釈論争」のそもその出発点からすれば、この点が重視されることも、十分理解できることである。しかし、法律解釈の方法論全般という見地からは、これを論ずるにさいしてその部分だけを探り上げるのは、諸外国におけるこの問題に対する論議の長い歴史からも明らかであるとおおり、また——具体的ケースの解釈でなく——民法の規定の解釈を問題にしている筆者に対する論議である限り、一部のみを捉えた議論であつたか評さざるをえないのである。このことをここに取り上げるのは、それが学問的論争のしかたとして適当であつたか否かという観点からではない。問題が「矮小化」したという見方も成り立ちうるかもしれないにせよ、とにかく問題の重点が既に移りつつあり、⁽¹²⁾ そして中心となつてきた問題についてはそれなりに十分な対処が必要であることに對して十分に気付かれていなかったことを改めて指摘したのである。そして、この点は、加藤論文に対する対応についてもほぼ同様に言えるのではないかと思われる。つまり、「利益衡量論」に対する批判は、⁽¹³⁾ 加藤教授、筆者の説のどちらに對しても、やや焦点をはずしたものであつたと言わざるをえないのである。

(2) 利益考量論に対するこれまでの批判には、二つの時期というか段階を区別するのが適當であるように思われる。第一のものは、両論文の後比較的早い時期になされた、広中俊雄、甲斐道太郎、渡辺洋三、水本浩、浦部法穂などの各教授によるものであり、⁽¹⁴⁾第二のものは、最近になって、中村治朗判事、田中成明、平井宜雄、瀬川信久各教授によってなされているものである。⁽¹⁵⁾批判される点は、両段階に共通のものもあるが、第二のものは、利益考量論とこれに対する批判の双方に欠けていた視点を衝くものがあり、その点で新鮮なものを含んでいて、この問題の論議における新時期を示すものと理解したい。以下には、第一期、第二期と略称する。

(6) ジュリスト増刊『法の解釈』中の諸発言において明瞭にされている。第一期の批判者の中では、浦部教授など。

(7) 加藤・前掲書二四頁。

(8) 加藤・前掲書二四頁以下。

(9) 星野「第一卷」九〇三四頁。

(10) たとえば、甲斐教授は、つぎのように言われる。

「両氏とも、法解釈、ないし法的判断をなすに当って、法規・法的構成（理論構成）・法原則などから離れて、具体的事実にそくしたなまの利益衡量あるいは価値判断をなすべきこと、この場合の衡量あるいは判断は法律専門家としてではなく素人と同じ立場で、常識に反しないようになされるべきである、と主張される。」（傍点筆者）（後注（14）所掲書九三頁）、「星野氏の法解釈方法論は、まずなまの利益衡量から結論を出し、ついでそれを法規に結びつけようとするものである。」（同九五頁）、「結論と法規の結びつけ……は事後的に行われるものにすぎない」（同一八九頁）。もっとも、別の所では、別の問題との関係で「星野氏のように一般的な法解釈の方法という形で考えると」云々とされるので（同九六頁）、よくわからなくなるが、「星野氏のように一般的な法解釈の方法という形で考えると、法規の方から出発するのと具体的事実のほうから出発するのとがうまく接合し難いところがあつて、それが同氏の叙述を理解し難いものにしてしているように思える」ともされるので（同九六頁）、やはり加藤教授の考え方と同じものと見ておられるかもしれない。ちなみに、筆者は、具体的事案の検討にあたっては、生の（類型的）事実から出発し、それが現在の法律では

どの条文、どの制度の予想している関係であるかを検討するという手段をまずとるべきもので、いきなりどちらの利益をより保護すべきかの問題を考えるべきものとはしていない（水本教授は、賃借権に基づく妨害排除請求についての拙著の論述（『借地・借家法』（有斐閣・昭四四）四四三頁以下）を引用して、その「判断基準創造」の軽視を批判しておられるが（民商法雑誌六四巻二号二一四頁注（二六八）（この部分は本稿で別の視点からも取り上げた（二六頁）、筆者のその部分全体の論述（四三三五頁以下）は、ここに述べた順序をふんでいる。なお、星野「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題」金融法研究3（昭六二）参照。

（11）長谷川正安「現代法と『法の解釈』」法律時報四六巻一号九頁（昭四九）の表現。

（12）もっぱらこの方向、つまり解釈の系統の使い分け方という面での議論をしているのが石田穰助教教授である（『法解釈学の方法』（青林書院新社・昭五二）所収の論稿）。したがって、同助教教授については、一方で、来栖教授に始まる「法解釈論争」——つまりその提起した問題——に対する「無理解を示している」と評されることになる（平井「覚書」七一頁（一）。同助教教授が、法律の解釈の客観性や法学の科学性をめぐる議論に触れていないことも、右の評価のあたっていることを示しているといえよう。他方で、筆者が既に指摘した問題点（『第四巻』九五—一〇〇頁）のほか、より根本的に立法者意思説・客観説を取り上げるならば、両説の内容やその歴史について相当の研究を必要とすることを指摘したい。かなり異なった思想的背景を持った両者を単に法律解釈の技術の差違としてのみ扱い、軽々に両者を接合することは適切でないとの批判を免れなくなる（甲斐・前掲書「あとがき」八頁が、「民法解釈の手法」としては、石田教授の説かれるところに余り多くの疑問をもたない」とされるのは、むしろ不可解である）。この観点からすると、加藤教授および筆者の論稿は、「法解釈論争」に端を発した議論から法律解釈論の手法とその優先をめぐる議論へのいわば過渡期にあるものと見ることでできると考えられよう。そして、少なくとも後者についての素描を——学説史的検討はないが、実作の経験には立ったうえで——試みた筆者の論稿に対して、前者の論稿としてのみ眺めている、というところに本文に述べたような評者たちの問題があったことになる。

（13）もちろん、反面で、「理念型」としての「利益衡量論」の論点が明らかにになり、その意味で議論が鮮明なものになったことは、否定できないが、論争としてはピントのずれたものとなつたばかりでなく、論稿をよく読まない後の人々、とくに学生に対して、筆者達の考え方に対する無用の誤解を植えつけるという結果をも生んだように思われる。ただし、学生向けの簡単なものだが、おそらく最も正確にこれを理解し説明しているものとして、菅野耕毅「利益考量論の意義」五十嵐清編著『別冊法セミナー「法学ガ