

差止的救済に係る現代的課題

小	櫻	純
田	中	裕
林		昭
増	成	牧
西	原	慎
今	川	嘉
		文

～目 次～

- I はじめに
- II 新信託法と企業年金
- III 市場支配力濫用規制と市場参入障壁
- IV 企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制について
- V 抵当権に基づく妨害的占有の排除
- VI 射俵契約におけるコーズの法理
- VII 敵対的公開買付と差止救済
- VIII おわりに

I はじめに

差止的救済方法は、英米法では、エクイティ上の救済として、法分野を問わず、古くから認められてきた。判例法の世界では、必要な救済方法として確立されたもので、コモンロー上の救済では、不十分な場合、換言すると、差止的救済方法がないと、回復不能な侵害が生ずる場合に

認められる。具体的な、救済方法は、差止という翻訳語からは考えもつかない、人に対する積極的な行動をするよう求める命令や、制度を改革するよう求めるものまで、多岐にわたる。多岐にわたることが損害賠償と異なる点でもある。

差止的救済方法は、我が国に取り入れられると、個別の法ごとに、どこまで許されるかに、議論が矮小化され、多くは、立法を待つ、ということになってしまう。法に対する考えが異なる以上、やむを得ないことではあるが、新しい多くの問題を解決するには、時間がかかりすぎる欠点がある。

わが国で明定されている差止請求権の一例は、会社法の分野で、株主に認められた差止請求権であり、活用されて長い歴史がある。

新しく制定されたのは、消費者団体が、事業者に対し差止訴訟を提起し、消費者保護を図るという制度である。

今回、報告書にまとめたのは、これ以外の分野にも、差止的救済方法が、存在しそれぞれ問題点を有しながら、その存在意義を確認し、さらなる進展を遂げるべきこと指摘するものである。

米国では、立法的にも差止的救済方法が明定されているものがある。その際、差止的救済方法に加え、「その他、適切な衡平法上の救済」(従業員退職所得保障法(エリサ)502条(a)(3)(B))と表現され、差止的救済方法に止まらず、最適な救済方法を採用することができるようになっていることに留意する必要がある。

差止的救済方法の一般化がわが国で広まり、「その他、適切な衡平法上の救済」を実質的に認めるしくみは、受け入れられるであろうか。

II 新信託法と企業年金

1 本稿の目的

新信託法が、制定され、それが一般法となると、特別法に相当する企業年金諸法の一部に、少なからず影響を及ぼすものと考ええる。企業年金

諸法の規定が、任意法規化と受益権の強化という新信託法の基本理念によって具体化された新信託法諸規定を、どう受け止めるべきか、影響を受ける(べき)規定は何か、受けるべきでない規定はあるか等、を検討する。検討する際、米国の従業員退職所得保障法(ERISA)とその規則、及び判例、さらに最近のわが国の年金事例を用いる。

2 企業年金の管理、運営、投資における注意義務・忠実義務の範囲、程度はどうあるべきか？

(1) 新信託法の注意義務および忠実義務の範囲

注意義務と忠実義務は、同じものであるとする法分野もあるが、新信託法は、29条2項で善管注意義務を、続く30条で忠実義務を謳い、両者が明確に異なることを明らかにしている。新法は、両義務を明確に分離し、その程度を定めたという点で画期的な法となった。

(2) 企業年金法の注意義務と忠実義務の範囲

ERISAでは、事業主等を信託設定者として、基本的には制度創設、変更、終了の権限を持ち、年金資産運用の権限を持たない。したがって運用の責任を負わない。年金の運用は、受託者に委ねられ、ERISAが求める信認義務や規約に反する運用は、許されない。受託者の義務を果たす対象は、まず、年金加入者および受給者であり、彼らが受託者に資金運用に関する報告を求め、資金運用を監視し、是正する権利がある。ついで委託者も、受益者のために同等の権限を有すると理解する。この見解に立っても、事業主は、経営不振になった場合、やむなく企業年金制度の廃止に追い込まれたとしても、廃止までの資金積み立ての約束は守らなければならないものの、廃止自体に責任を問われることはない。以上のような米国年金法に習い加入者及び受給者を受益者とし、事業主を委託者、基金を受託者として、それぞれの役割を信託法上のものとする見解を採るべきである。

3 企業年金が保有する株式の議決権は、年金の財産権の一つであるとするなら誰が行使すべきか？

厚生年金基金が保有する株式について、年金積立金管理運用独立行政法人法に基づき、年金積立金管理運用独立法人が、保有している株式の議決権行使をする方法が採られている。

同法人は、平成18年度に特殊法人、厚生年金基金連合会から組織変更したものである。連合会のときに開始された議決権行使を継続するものと思われる。平成14年度で保有する積立金約6兆円の3割以上を株式に投資し発言力を増している。当初、違法行為をして退職した取締役の退職金支給の議案に反対するといった、誰にでも受け入れられる主張を展開していたが、昨今では、あらゆる場面、たとえば、経営者の保身のための定款改正に反対するといった行動も行おうとしている。

29 U.S.C. 1305条(h)によれば、PBGCは、custodial trustees または外部の money managers によって行使される以外は、議決権行使できない。一方、我が国では年金積立金管理運用独立行政法人法上、役員等は、注意義務(11条1,2項)、独立行政法人に対する忠実義務(同3項)を負うものの、両義務違反の場合の制裁規定等はない。通則法である独立行政法人通則法は、役員等を国家公務員であると定める(同法51条)。公務員なら国家賠償法1条2項によって、原則として国民から直接の責任が問われない。

仮にある株式会社などが、吸収合併されようとする場合、判断に、信認義務を負わない国家公務員が議決権を行使し、加入者と受益者の利益を超える国家の利益が優先される可能性があるような仕組みは許されるべきではない。また、企業の乗っ取りの当事者が双方とも企業価値の最大化を異なった内容で競っているとき、その判断に、国家利益が影響を及ぼさないとも限らない。影響を及ぼし、加入者と受益者の利益が害され得た場合、国が責任を負うとでもいうのであろうか。

そもそも、受託者の忠実義務は、相対立する利益を特定の者が判断す

差止的救済に係る現代的課題

る立場に立つべきではないということから始まっている。

これに対し、公的介入のリスクを単に副作用であるとして、防ぐ方法さえ講じておけば、薬は飲むべきであると主張する見解がある。すなわち旧厚生年金基金が、特殊法人で主務大臣の幅広い監督権があるのに対し、法人は、独立行政法人通則法65条で、主務大臣の命令は、違法行為等の是正に限られ、年金積立金管理運用独立法人法27条2項（……法人は、厚生労働大臣から……求めがあったときは、正当な理由がない限り、その求めに応じなければならない）という規定を、「正当な理由」があれば、主務大臣の要求を拒否できると読んで、議決権行使を容認する。

しかし、正当な理由の存否の最終の判断が、誰に委ねられているかを考えると、この見解には、賛成しかねる。法人の議決権行使は、独立した外部の資金管理者の判断に委ねられるべきである。

4 信託法の「先祖帰り効果」

ERISA の判例の中に、法の適用問題のひとつとして、信託判例法が、突然、成文法たる ERISA に優先適用するとの内容を見出すことができる。わが国のように、特別法（企業年金法）が普通法（信託法）に優先するのが前提である世界では考えられないことかもしれないが、今後、わが国で、信託法が定着することになれば、同様に解釈される余地が生まれるかもしれないと思う。この効果を、ずっと昔の信託判例法に帰ることがあるという意味で、仮に「先祖帰り効果」と呼ぶことにする。

このような信託法の理解が、進み、法領域を超えて他の法律分野たとえば金融商品取引法の適合性原則（40条）、投資助言業務における業者の忠実義務、善管義務（41条）などの解釈にも活用されることを期待している。

（小桜 純・2006年度信託法学会で発表し、信託法研究31号に掲載された論文の要約）

III 市場支配力濫用規制と市場参入障壁

1 ドイツにおける法律上の市場参入障壁

ドイツでは事業者が市場支配的地位を有し、その地位を濫用した場合に濫用を禁止する措置がとられるようになっている。これは、わが国独占禁止法24条で認められている、不公正な取引方法に対する差止め請求に類似した制度である。もっとも、わが国の場合、事業者に対して市場支配的地位を有することを要件としていないので、支配的地位の濫用とはいえないが、ドイツでは取引の相手方との相対的な関係での「支配的地位」をも「市場支配的地位」として位置付けており、また、「濫用」概念についても例示的に法定されている。したがって、日独比較法研究を進めていく上で、ドイツ法から有益な示唆を得ることができる。

本稿では法律上容認されている参入制限制度を取り上げ、「法律上の市場参入障壁」が事業者の市場支配的地位形成にどのように影響を与えているか、そしてどのようにして「濫用」の要因を形成しているかを知る手掛かりを得ることを目的としている。

まず、参入障壁をめぐる経済学分野の産業組織論の中での議論を紹介し、市場参入障壁の位置付けを明らかにさせた。次いで、ドイツ競争制限禁止法の中での一般濫用要件を検討し、市場参入障壁は濫用禁止の枠の中でどの程度考慮されるべきかという問題、すなわち市場参入障壁の市場支配的地位の指標としての適性をめぐる問題を取り上げた。

そして、「法律上の市場参入障壁」として、「総説」以下、「潜在的競争者にとり不利な参入制限措置」、「すべての競争者にとっての参入制限措置」、「特許」および「補論——企業結合規制との関わり——」について、ドイツ法上の議論を紹介した。

本稿では「法律上の市場参入障壁」のみを取り上げたが、ドイツにおける事業者の市場支配的地位濫用規制においては、むしろ「事実上の市場参入障壁」の方がより一層検討を要する項目であることを指摘した。

(田中裕明「市場支配力濫用規制と市場参入障壁(1)」神戸学院法学34巻2号に掲載された論文の要約)

2 ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割

近年、アジア各国で制定されている競争法のモデルのほとんどがヨーロッパ競争法である。本稿はヨーロッパ競争法の歩みを振り返り、その過程で大きな役割を果たしたドイツ競争法の関わりを取り上げるものである。

本稿は差止めの救済制度に直接的に関わる研究ではないが、事業者による競争制限的行為を規制する基本理念——競争法をめぐる思想——の変遷等について検討することも、差止め制度に関する基礎研究として意味のあるものと考えた次第である。

まず競争法の歩みとして、ヨーロッパで最初に登場した競争法である1923年のカルテル令を紹介する。同法を貫く理念は、カルテルを含めて、経済力の濫用を規制する弊害規制主義であった。この弊害規制(濫用規制)という考え方は、今日のEU競争法にも基本的に引き継がれているところである。しかしながら、同法はカルテルのような競争制限効果が最も著しい行為についてまで弊害規制で臨むため、経済的な効果としては大規模事業者に有利となる結果とならざるを得なかった。

次に、第二次大戦後、フライブルク大学を中心としたいわゆる新自由主義学派の台頭が目される。同学派によれば、経済的自由、競争が社会の繁栄のみならず、政治的自由の源泉とされた。そして、かかる源泉が社会における経済の基本構造を示すのであり、法がこの基本構造を保護し、これを実現しなければならないとされた。このような考え方が具体的に結実したものが、1957年制定のドイツ競争制限禁止法(GWB)である。この年はヨーロッパ経済共同体(EEC)創設の年でもあり、いわゆるローマ条約の中で定められたヨーロッパ競争法が、GWBと並んでヨーロッパ経済社会にとっての新たな役割を担うようになった。

ヨーロッパ競争の歩みは、まずドイツ法（GWB）が先導する形で進展していったが、それは1980年代までのことであり、EECがECに、そしてEUへとその規模・体制を変容させていくと共に、90年代に入ってから、GWBも改正を通じてヨーロッパ競争法への調和を図るようになっていった。ここにEU加盟国の競争法の独自性を認めつつも、ヨーロッパ競争法への平準化がほぼ達成されたといっている状況になった。

本稿ではさらに、競争法の歩みの背景となる競争法思想についても紹介し、それぞれ第一次大戦後、ワイマール期そして第二次大戦後に分けて検討した。前述のように、第二次大戦後は、ドイツの新自由主義思想がヨーロッパ諸国に大きな影響を及ぼした（その思想の影響に関連して、著名な研究者についても言及した）。

今日の状況としては、ドイツのリーダーシップではなく、EUの指導のもと加盟各国の競争法が運用されていく基盤が整いつつあると見てよかろう。その中で、「超」国家的組織であるEU体制に対して、従来の新自由主義思想に取って代わる新たな考え方も必要となるのではないかと考えるところである。

（田中裕明「ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割」神戸学院法学34巻4号に掲載された論文の要約）

IV 企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制について

本稿は、民事訴訟法分野における証拠方法の確保および散逸の防止に関する法的問題についての比較法研究である。具体的には、企業の日常的な業務活動において生じた文書記録の保存または廃棄に関する企業方針にそって行われた、日常的な記録の廃棄が、これらの企業を一方当事者とする係属中のまたは将来の潜在的な民事訴訟に対して影響を及ぼすのであれば、どのような要件のもとでこのような行為を規制することが適当か、ということ考察するものである。

本稿では、上記のような企業の記録廃棄行為に対して、現行の民事訴

差止的救済に係る現代的課題

訟法上の諸制度が十分な規制を行えていないという問題意識を出発点とする。そのうえで、古くからこのような行為が裁判例においてしばしば現れ、これに対して様々な訴訟法上または実体法上の制裁を課すことが試みられている米国法を比較法の対象として、上記課題を検討する。

企業が採用する記録廃棄計画には様々なものがあるが、記録の保管場所や配置方法、管理者、保存期間、そして、日常的な廃棄スケジュールなどを基本要素とするものが一般的である。その策定目的は、予防的な紛争管理や法令遵守のための記録管理を超えて、相手方に、とりわけ自己に不都合な文書証拠などを開示しないことにある、とされる。つまり、係属中のまたは差し迫った訴訟を意識して、戦略的に証拠廃棄をするよう工夫が凝らされている。その具体的な態様としては、たとえば、開示を妨げる目的で計画を策定したり、記録の発見が時間的、経済的に困難になるような内容上の工夫をすること、計画の実施に必要なスタッフの教育を怠ること、計画の停止を怠ること、そして、計画とは異なった日常的でない廃棄を行うことなどである。

記録廃棄計画を用いた証拠方法の湮滅が以上のような手口によるものであるとしても、中には、クレーム報告書の類別管理のように、企業経営上の効率性判断いかんによっては、計画に沿った管理自体が直ちにとがめられるべきではないとの評価もできる。そこで、裁判例の検討を通じて、具体的にどのような記録廃棄行為が、陪審への不利益な推論の説示やディスカヴァリ上の制裁という法的制裁の対象となるか、または、それによって被害を被ったとされる被害者に不法行為上の救済が認められるかという基準の抽出を試みた。裁判例の検討からまずいえることは、企業の日常的な管理業務の一環として、記録廃棄計画にそって文書の廃棄が行われたということは証拠方法の湮滅に対する様々な法的制裁の回避を正当化するものではない、ということである。言葉を換えれば、企業は記録廃棄計画にそって盲目的に文書の廃棄をすることはできないし、一見「適法な」記録廃棄計画を設置してそれを遵守することで、あわよ

くば法的制裁を回避しようとの期待を抱くことも無意味であるということになる。企業の文書廃棄行為に日常性が認められるからといって、訴訟を侵害する目的という意味での故意が阻却されるというものでもなければ、仮に故意が認められなかったからといって、証拠方法の湮滅の制裁を免れるということでもない。結局のところ、企業の行為が日常的であったという事情は、文書の廃棄に対する法的制裁を課すかどうかを判断するにあたって比較衡量されるべき事情の一つにすぎないといえる。むしろ決定的なのは、文書を廃棄した時点で訴訟係属を知っているかどうか、または、将来特定の訴訟が提起されることが合理的に予見可能かどうかということであるといえよう。そして、この訴訟係属の予見可能性という基準は、将来特定の訴訟が係属するとの認識のほか、ある文書が当該訴訟との関連性を有していることと当該文書が当該訴訟にとって重要性を有していることを湮滅者が認識していることからなる。

以上の検討から、企業が独自のニーズにあわせて記録廃棄計画を作成し、それに従って文書を廃棄したとしても、係属中のまたは将来の訴訟手続との関係では、有責的な行為とみなされ、制裁を課されるおそれがあり、文書の廃棄が日常的に行われており、それが特定の目的を有していなかったとしても、記録廃棄計画自体の運用を中止することが求められることもあるといえる。そして、この結論は、米国企業と日常的に取引活動を行うわが国の企業にとってはいうに及ばず、わが国の国内法のレベルにおいても、程度の差はあれ、妥当するものであると考えられる。一例をあげるとするならば、民事訴訟法224条2項の使用妨害の目的という文言の解釈にあたって、企業の採用している記録廃棄計画に隠された意図はなかったかどうか、企業が係属中の訴訟にとっての文書の重要性をどれほど認識していたか、そして、計画を停止しなかったかことに企業の何らかの意図が働いていたかどうかという事情を斟酌する余地は十分にあるであろう。

(林昭一「企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制」『企業紛争と民事

V 抵当権に基づく妨害的占有の排除

差止請求の理論的根拠ないし法的構成については、大別すれば、次の二つの考え方が対立してきた。ひとつは、物権や人格権といった絶対権に基づいて物権的請求権の一形態として差止請求は認められるとする考え方である（絶対権構成）。もうひとつは、絶対権侵害の場合にだけ差止めが認められるとするのでは不法行為の被害者救済として十分でないとの認識を出発点として、権利とまでは認められていない単なる利益の侵害であっても、それが違法に侵害された場合には、侵害行為の態様をも加味して、その違法行為の差止めが認められるべきであるとする考え方（不法行為的構成）であり、わが国の民法では不法行為の効果としては損害賠償が規定されているだけで差止請求にはふれていないが、しかし、それを否定する趣旨も含んでいないのであり、違法な行為による侵害が継続反復されていたり、あるいはそのような危険が差し迫っているような場合に損害の発生までまって救済を受けなければならないというのは妥当でなく、法の欲しない行為や結果の発生を阻止する手段（差止請求権）を被害者に付与すべきであるというものである。

これまでの判例は、絶対権構成であったといえる。ところが、近時、抵当権に基づく不法占有者の排除をめぐる紛争事例で、最高裁（平成17年3月10日判決民集59巻2号356頁）は、侵害行為の態様をも考慮に入れた判断枠組みを採用したかにもみえる判断を示した。

表題の論考は、差止請求の理論的根拠ないし法的構成に関する判例の考え方に変化がみられるかどうかという問題関心から、上記最高裁判決を中心に、抵当権に基づく妨害排除の問題について検討考察を行ったものである。

（増成 牧「抵当権に基づく妨害的占有の排除」神戸学院法学35巻4号に掲載された論文の要約）

VI 射倅契約におけるコースの法理

本稿は、従来わが国であり論じられることのなかった、契約の分類としての「射倅契約」がわが国の実定法の解釈学の中でどのように理解されるべきかについて論じたものである。

わが国において射倅契約が論じられるのは、民法学における公序良俗論の枠組みと、保険契約の法的性質を巡った議論においてである。このうちの前者にあつては、「著しい」射倅契約を民法90条によって無効とする見解が通説であるといえるが、これに対して単なる射倅契約は一般に有効であるか否かという点では検討を加えていない。むしろ、わが国の学説の状況から鑑みれば、むしろ単に射倅的な契約でさえもが、民法90条によって一律に無効とされてしまいかねない議論状況であるかのように思われる。

この点、射倅契約論のふるさとであるフランス法においては、古くから有償契約の再分類として、実定・射倅契約という契約の分類をおいていた。そうして、こうした分類を置く実益として挙げられてきたのが、実定契約にあつては、暴行行為に基づく取消訴権（レジオン）の規定の適用が認められるのに対して、射倅契約にあつては、契約当初から当事者は相手方に具体的にいかなる具体的な出捐を行うのか否かが明らかではないために、結果的に当事者の間の損益に不均衡が生じたとしても、レジオンの規定によって当該合意を取消すということとはなかった。こうした議論状況をさらに推し進めると、近年のフランスにあつては、実定・射倅契約という契約の分類を、レジオンの規定の適用の有無のみで捉えるだけでなく、射倅契約が実定契約とは異なった法律行為の有効要件の元で捉えられなければならないという機能に着目されるに至る。そうして、フランスにあつては、このことをコース論の枠組みで説明を加えるのが一般的である。

こうしたフランス法の意味するところは、まず、射倅契約とは公序良

差止的救済に係る現代的課題

俗とは切り離された、純粋な契約の分類であるということである。また、実際に、射倖契約が実定契約とは異なった合意の有効要件として機能するのであれば、その実証を日本法において行う必要があるということである。本稿においては、未だ不十分であるものの、たとえば商法642条や、民法572条の規定は、それぞれが射倖契約一般が有する性質を法典上に規定したに過ぎないという結論を得た。このように、射倖契約論は、実定契約に対比する形での契約のひとつのモデルを提供するものであり、その結果、われわれの法的思考に際しての思考経済の発展に寄与するものであるとの結論を得た。

本稿は、射倖契約の基礎理論を取り扱うものであり、本共同研究が目標とする差止的救済とは直接には関係しないという批判はありえるかもしれない。しかしながら、本稿にて論じた権利内容は、本共同研究における新たな視点を呈示するものとして、本研究の一端を担うものであると信じる。

(西原慎治「射倖契約におけるコーズの法理」神戸学院法学34巻3号に掲載された論文の要約)

Ⅶ 敵対的公開買付と差止救済

米国において、株主は公開買付などに係る開示義務違反または相場操縦といった不正な行為により自己の利益が侵害され、または取り返しのつかない損害を被る危険性が存在する場合、公開買付およびその後の合併などの行為の差止めを裁判所に請求することが可能である。

また、SECは裁判所に対して、不正な行為の差止請求だけでなく、当該行為により行為者が獲得した不当な利益を吐き出させる付随的救済請求に基づき、吐き出させた利益を裁判の承認を得た返済計画に従い、被害者である株主または投資家に配分することがある。

差止請求は米国証券取引所法10条b項および同法14条e項に基づき判例上、認められてきた。例えば、Crane判決は欺瞞的な委任状説明書の

発行を理由として、原告に対する補償的損害賠償に加え、被告会社間の合併に対する差止請求を認容している。また、Mutual Shares 判決は、被告が公開買付に関連して、減配などの手段により株価を人為的に下落させたとして、被告による当該株式の売買の差止めを命じている。

とりわけ、敵対的公開買付の対象会社による防衛的手段の不当性に基づく、行為の差止めを求める事例も少なくない。

例えば、敵対的公開買付の対象会社が防衛的手段として友好的公開買付の見返りとして、当該公開買付者に対し、会社の重要資産などの処分に関するオプションおよび有利に授権内未発行株式を購入するオプションを付与するのである。

そこで、公開買付者が、「その行使は他の潜在的な公開買付者の参入による公開買付競争に著しい障壁をもたらす」として、差止めを求めるのである。

Mobil 判決は、「対象会社の経営者が友好的な第三者に当該オプションを付与したことは、証券取引所法14条e項違反である」として、オプションの行使に対する差止めを命じた。しかし、American General 判決および Biechele 判決が指摘するように、ロックアップ・オプションの付与が市場に人為的な影響を及ぼし、重要情報の省略および不開示により、投資家を直接的に欺罔するものではなく、かつ株主に利益をもたらしている場合、差止救済の請求は退けられている。

Britt 判決など、多数の判例を概観すれば、「株主は相場操縦に起因する現実的損害を被っていない」として損害賠償請求が棄却されながら、株価にとり重要事実の不開示が存在することなどを理由に、差止請求が認容されている事例も少なくない。

これらの事例を概観すれば、差止請求は以下のことを立証した場合にのみ認容されている。すなわち、原告が差止救済のメリットを説得できていること。差止救済が認められなければ、原告が取り返しのつかない損害を被る脅威が実質的に存在すること。原告が被る損害が、差止命令

差止的救済に係る現代的課題

により原告と対立する者の損害を上回るものであること。行為の差止めが公共の利益に反しないことである。

(今川嘉文『過当取引の民事責任(補訂版)』信山社に掲載された論文の要約)

VIII 終わりに

差止的救済に係る現代的課題として、つぎの具体的テーマに基づき考察をした。第1に、新信託法と企業年金。第2に、市場支配力濫用規制と市場参入障壁。第3に、企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制。第4に、抵当権に基づく妨害的占有の排除。第5に、射倖契約におけるコーズの法理。第6に、敵対的公開買付と差止救済である。

第1に、新信託法と企業年金では、①企業年金の管理、運営、投資における注意義務・忠実義務の範囲、程度はどうあるべきかについて、②企業年金が保有する株式の議決権は、年金の財産権の一つであるとするなら誰が行使すべきかについて、③信託法の「先祖帰り効果」を、適切な衡平法上の救済の観点から考察する。

第2に、市場支配力濫用規制と市場参入障壁では、①ドイツにおける法律上の市場参入障壁として、事業者が市場支配的地位を有し、その地位を濫用した場合に濫用を禁止する措置について考察し、②ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割として、事業者による競争制限的行為を規制する基本理念—競争法をめぐる思想—の変遷等について検討し、差止め制度に関する基礎研究に資するものである。

第3に、企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制は、企業の日常的な業務活動において生じた文書記録の保存または廃棄に関する企業方針にそって行われた、日常的な記録の廃棄が、これらの企業を一方当事者とする係属中のまたは将来の潜在的な民事訴訟に対して影響を及ぼすのであれば、どのような要件のもとでこのような行為を規制することが適切かについて、証拠方法の確保および散逸の防止に関する比較法研究である。

第4に、抵当権に基づく妨害的占有の排除では、差止請求の理論的根拠ないし法的構成に関する判例の考え方に変化がみられるかどうかという問題関心から考察する。

第5に、射倂契約におけるコースの法理では、近年のフランスにおける射倂契約という契約の分類を、レジオンの規定の適用の有無のみで捉えるだけでなく、射倂契約が実定契約とは異なった法律行為の有効要件の元で捉えられなければならないという機能に着目し、射倂契約とは公序良俗とは切り離された、純粋な契約の分類であるということであり、射倂契約が実定契約とは異なった合意の有効要件として機能するのであれば、その実証を日本法において行う必要があるということを指摘する。

第6に、米国の敵対的公開買付と差止救済では、敵対的公開買付下において差止請求が認容される場合として、原告が差止救済のメリットを説得できていること。差止救済が認められなければ、原告が取り返しのつかない損害を被る脅威が実質的に存在すること。原告が被る損害が、差止命令により原告と対立する者の損害を上回るものであること。行為の差止めが公共の利益に反しないことを指摘する。

なお、本研究は、「差止的救済の共同研究」をテーマとして、文部科学省「平成15年度私立大学教育研究高度化推進特別補助」として、大学院整備重点化経費（研究科共同研究経費）の助成を受けた。本稿はその研究成果の一部である。研究助成金に係る差止的救済の共同研究業績として、以下の論文および書籍を公表した。

①民法では、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開」立命館法学298号（2004）250～285頁。西原慎治「射倂契約におけるコースの法理」神戸学院法学34巻3号（2005）223～278頁、「瑕疵担保免責特約と民法572条の類推適用」神戸学院法学35巻2号（2005）89～105頁、「生命保険契約者の地位の譲渡」神戸学院法学35巻4号（2006）35～72頁、「商法642条論」『商法の歴史と論理』（新青出版、2005）739～759頁、「判例研究」慶応大学法学研究77巻9号（2004）109～119頁、「破綻状態にある債務者のために締結された保証契約の効力」タートンスマン8号（2006）178～193頁。増成牧「抵当権に基づく妨害的占有の排除」神戸学院法学35巻4号（2006）73～117頁。

差止的救済に係る現代的課題

②民事訴訟法では、萩屋昌志「仮処分の方法と民事訴訟法246条」『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務，2005）583～615頁。林昭一「企業紛争における戦略的な証拠廃棄とその規制」『企業紛争と民事手続法理論』（商事法務，2005）445～471頁。

③経済法では、田中裕明「市場支配力濫用規制と市場参入障壁（1）」神戸学院法学34巻2号（2004）61～77頁，「ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割」神戸学院法学34巻4号（2005）53～76頁

④商事法では、小櫻 純「新信託法と企業年金」信託法研究31号（2006）1～12頁。今川嘉文「環境汚染企業に係る融資者の責任（1）——商事法からの考察」神戸学院法学33巻2号（2003）1～33頁，「信認義務と自己責任」神戸学院法学33巻3号（2003）1～39頁，「継続的証券取引と証券業者の責任」消費者法ニュース No. 58（2004）107頁，「企業情報開示と外部監査制度の強化」神戸学院法学34巻2号（2004）1～45頁，「投資に係る損失と損失相殺の法理（1）」神戸学院法学35巻3号（2005）1～15頁，「投資行為と過失相殺（1）～（4）」先物取引被害研究25号（下）（2005）29～34頁・同26号（2006）83～86頁・同27号（2007）41～44頁，「信認関係と過失相殺」消費者法ニュース No. 61（2005）1頁，『新会社法の基本（第2版）』中央経済社（2006）1～370頁，『過当取引の民事責任（補訂版）』信山社（2006）1～564頁，「事業譲渡と環境汚染浄化責任」商事法務 No. 1765（2006）60～61頁。