債権法改正の問題点——中間論点整理の評価と今後の展望

法学部教授 池田真朗

池田でございます。今日は本当に暑いところを多数の皆様にお越しいただきまして、ありがとうございます。法学研究所講演会ということで、このテーマでお話をする機会を与えていただいて、大変うれしく思っております。

まず「はじめに」というところからお話をいたしますが【1】、最初にどういうページが出てくるんだろうとお思いになったかもしれません。私はちょうど一昨日に出た『金融財政事情』という雑誌⁽¹⁾にも、こういう趣旨のことを最初に書きました。国民に最も関係の深い日常生活の最大の基本法の改正審議が、マスコミにもほとんど報道されることなく進行している。こういう意識であります。

申し上げるまでもなく、民法（債権法）というのは一般市民から金融実務家、法曹まで、つまりすべての国民に関係する私法の基本法であります。ことに債権法は契約、債務不履行、保証、債権譲渡、弁済など、金融取引の基礎的分野を網羅する、実務家にも非常に関係の深い重要な法律であるわけです。

I はじめに

国民に最も関係の深い、日常生活の最大の基本法の改正審議が、マスコミにもほとんど報道されることなく、進行している。

(池田真朗「債権法改正の問題点—中間論点整理の分析と対応—」金融財政事情2011年7月11日号)

- ▶ 盛り上がりはまだ「コップの中の嵐」
- ▶ 全国民レベルの法改正を行う機運が熟していない
- これが最大の問題点、そうなった理由から考える

1

この民法（債権法）の改正ということで法務省の法制審議会・民法（債権関係）部会というのがこの全面的な改正を検討して、平成二三年四月一二日に第一段階の審議を終えて、五月一〇日に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を公表しました。そして、これについての意見募集、パブリックコメント募集が六月一日から八月一日までという二カ月の期間で現在行われているわけです。

しかし、この債権法改正作業は最初にも申し上げましたように、現在までほとんどマスコミの報道もされず、一般市民の方々にはほとんどと言っていいほど認識されていらないように思われます。また、他省庁の対応も積極的には見えない。法務省の法制審議会部会での検討というのは二〇〇九年一月から始まっているわけですが、二〇一〇年六月一八日に閣議決定された政府の「新成長戦略」「元氣な日本」復活のシナリオ」というのがありますが、これには債権法改正は一言も触れられておりません。この中で触れられているのは民法あるいは特別法関係では、動産譲渡登記の改良に関して一行触れられているだけです。

本日はこうして多数の皆様方にお越しただいて、債権法改正論議というものが我々の意識の中ではかなり大変な問題であると認識されていると思えるのですが、一方、一般社会に出ると、それがまったくコップの中の嵐という状態であり、例えば新聞の全国紙レベルでは、私がいりろ接触した範囲では、取り上げるだけのニュースバリューがないといった反応です。もちろん今の震災関係のニュースがまず先行することはあるわけですが、そもそも、そういう評価なんですね。この原因がどういふところにあるのか。こういうところから冷静に分析する必要もありそうだとおきことを最初に申し上げておきたいということです。

II 出発点からの問題性

- ▶ 今なぜ民法(債権法)改正か一直さなければならない状況(立法事実)があるのか
- ▶ そもそも検討開始の理由が不明
- ▶ 異例の、学者だけの議論で審議会へ
- ▶ (さらに、一つの学者グループの不透明な主導権)
(加藤雅信教授『民法(債権法)改正』(日本評論社)参照)
—「民法(債権法)改正の『基本方針』」とは？(後述)
- ▶ 震災復興の今パブリックコメントを求めることの是非

I-2 本日の講演の基本姿勢

- ▶ 1. 不偏不党・是是非非
- ▶ 2. 経緯と実態の「絵解き」
- ▶ 3. 学理的論争ではなく「現代日本社会にとっての最適改正」の探求

3

基本姿勢でいることを最初にご了解いただきたいと思ひます。私がしようと思ひているのは学理的論争ではなく、民法典の「現代日本社会にとっての最適改正」の探求ということである、これを最初に申し上げておきたいと思ひます。

まず、この出発点からの問題性ということですが【3】、今、なぜ民法(債権法)改正かというところから、実は法律専門家の間でも、そもそも市民生活の基本法たる民法の大掛かりな改正を今、なぜ行うのか、具体的にそれほど直さなければいけない問題があるのか、いわゆる立法事実があるのか、という疑問が提示されています。また、そもそも検討開始の理由が不明であるとか、学者だけの議論で法制審議会に至ったのは異例である、これは確かにそうなんです、さらには、一つの学者

2

本日の講演の私の基本姿勢ということですが、まずは不偏不党・是々非々と書きました【2】。立法提案を出した学者の主要三グループ、内田グループ、加藤グループ、時効についての金山グループとありますが、このすべてに参加していた学者は実は全国で私一人であります。ですから、どこかの学者グループの立場に立った意見というのではなくて、あくまでも私個人の民法観で話をさせていたいただきたい。また、項目ごとに是々非々の立場で判断したいと思ひます。

強調しておきたいことは、学者の意見だから好き勝手なことを言っているというスタンスは、私は取りませんということです。民法はすべての市民にかかわる法律なので、それを改正する場合はできるだけさまざまな立場の、この法律の使い手であり、適用対象である各界の人々の立場を考えながら発言すべきである、こういう

グループだけが、私的な学者グループの研究会と位置付けをしながら、法務省のメンバーも加わり、そのまま審議会の主力メンバーを構成している等のさまざまな批判もあります。

その代表的なものとして、加藤雅信教授の『民法(債権法)改正—民法典はどこにいくのか』という日本評論社から出た書物⁽³⁾もあります。ここでは審議内容とか審議開始の経緯などについての、そもそも何を直すのか、具体的なプランがないのにやろうとするのはおかしい、と規制改革会議で問い詰められているような議事録なども引いた、根本的な批判がなされているわけです。

加えて、震災復興に取り掛かっている段階のこの時期に意見公募を行うのは適切であるのかなど、さまざまな疑問の声が上がっているのが実情であります。確かに今回の改正作業については、そもそもなぜ始められたのかというのは正直はつきりしません。私も雑誌に、この開始が民意によるものとは私には思えない、ということを書いたことがあります⁽⁴⁾。

かつ、二〇〇九年一月の法制審議会部会の審議開始というのは確かに異例でした。最近の我が国の立法プロセスでは、法制審議会で諮問する以前に法曹界、学界、実務界、市民団体等の代表を集めた研究会を組織して、意見を集約するのが通常の手順です。例えば二〇〇七年に公布された電子記録債権法の立法においては、(私はこれに最初から最後までかかわりましたが)最初に経済産業省で研究会が開催されて基本提案がなされ、その後、最終的に所管省庁となった法務省と金融庁で研究会が開催されてから、法制審議会と金融審議会の部会に進む、といった手順がとられました。こういうのが通常の手順なんです。

しかしながら、今回は民事の基本法の改正でありながら、そのような手順を踏まないで、複数の学者グループの議論を経ただけで諮問に至っております。従って、法制審議会部会の審議に入る前になすべき意見集約というのが明らかに不足しているということは言えると思います。その上で、上述したとおり、学者の私的研究会がいくつあった中で、ひとつだけ法務省の委員が加わっていたグループのメンバーが、そのまま法制審議会部会の

Ⅱ-2『民法(債権法)改正の基本方針』の中味

- ▶ 内田グループの提案『基本方針』は、本当は、加藤グループの『民法改正 国民・法曹・学界有志案』や金山グループの『消滅時効法の現状と改正提言』と等価の一学者グループの提案に過ぎないもの
- ▶ しかしこれがあたかも改正の既定路線のような印象を与えた
- ▶ 多くの論者がこの「基本方針」を分析して書かれた⇒ネーミング「作戦」の成功？

主力になっている、というような批判もここに出てくるわけでありませう。

ちなみに、私自身も、この批判をされている加藤教授も、この民法(債権法)改正検討委員会という、法務省参与の内田貴氏が当時事務局長を務め、法務省の委員が加わっていたグループの全体会議のメンバーでありましたけれども、立案を担当する委員ではありませんでした。

この民法(債権法)改正検討委員会グループの提案に若干触れておきますと、この『債権法改正の基本方針』⁽⁵⁾【4】というものは、学者の自由な議論ということ、かなり先進的かつ個性的な提案も含まれております。しかし、それらはすべてそのまま法制審議会でも検討対象とされておりません。もちろんほかの学者グループの改正提案も検討対象とはされたわけですが、もう一つの包括的な改正試案として民法改正研究会によって作られた『民法改正 国民・法曹・学界有志案』⁽⁶⁾、こちらは判例の取り込み等にも重点を置いた漸進的な内容ですが、

4 これと比べると、この債権法改正検討委員会の『基本方針』の方は現行民法を大きく変えようとする意欲的なものであったわけですね。

この『基本方針』は、上述した『国民・法曹・学界有志案』や、時効限定の立法提案をした金山グループの『消滅時効法の現状と改正提言』⁽⁷⁾などと実はそういう意味では等しい価値を持つ学者グループの一提案にすぎなかったわけなんですけれども、これがあたかも改正の既定路線のような印象を与えたということがあります。

私は法制審議会の審議が始まったところに、何人もの人たちから、「先生、もう基本方針はあれで決まっていますか、固まっていますか」ということを質問されたことがあります。有力な学者グループに法務省メンバーが加わって作った提案が『基本方針』と名付けられているのを見れば、それが既定の方針なのかと考える

その内容—「学者(プラス法務省)グループの意欲的かつ周到な提案」
 ▶ 学者の自由な意見の表出—斬新、意欲的な内容、学理的には優れている
 ▶ しかしあくまでも学者の意見—自分たち(だけ)の価値観(後述)で作られている部分がある
 ⇒ 現代日本社会に最適な内容かどうかは必ずしも考えられていない
 (もともと改正しなければならない紛争状況(立法事実)の有無を考えていない?とところがみられる)
 ▶ 改正提案としての適性は?
 —疑問符のつく部分は当然批判の対象
 ⇒ 提案者たちはその批判も想定しつつ提案している?

5

るのは普通だろうとは思いませんね。

この『基本方針』なるネーミングについては、内田さんご自身から、これは具体的な立法提案の一段階手前のものだから『基本方針』と名付けた、というふうには伺っていますけれども、私の日本語感覚では、なかなかそういう意味には読み取れないのではないかと思います。ただこれは、自分たちの案がイニシアチブを取るための意図的なネーミング作戦だったのではないかと考えれば、非常によくできた作戦であったわけです(私もその委員会の全体会議には参加していましたが、このネーミングにはかかわっておりませんでした)。結果、多くの論考がこの基本方針を分析して書かれました。作戦はこのような意味では大成功だったといえるわけですね。ただ本気で立法提案の一段階手前のものだから基本方針と名付けたと言うのであれば、それはいかがなものかなと思いますけれども。さて、そこはいいことにして、その内容であります【5】。

従って、法制審議会でも重要な、主要な提案とされたこの『基本方針』は、内容としては学者、プラス法務省グループの意欲的かつ周到な提案と申し上げることができます。これは学理的には非常に優れたものでありますけれども、ただ学者の自由な議論ということで、かなり先進的かつ個性的な提案も含んでおります。例えば、公表されている検討委員会の議事録を確認していただければと思いますが、消費者契約法の主要部分を民法に取り込もうという提案がこの委員会で作られた際には、そうすると残りの部分は大したものが残らないから、消費者契約法を廃止する提案をしようという議論までされていたんです。

私はそれに対して、消費者契約法の改正を検討するグループがカウンターパートとして存在しているのならともかく、そのようなものがない段階で債権法改正を目的とする学者グループが消費者契約法廃止の議論までする

のは非常に適切でないという批判をしました。⁽⁸⁾しかし、そのときにある委員から出された意見は、ここは学者グループの自由な意見を出すところだから、そういう議論をしてもいいんだというものでした。

つまり、債権法改正検討委員会は非常に優秀な学者の集まりで、意欲的な提案がなされておりますが、必ずしもこの国にとってなされるべき最適な民法（債権法）改正というものを念頭に置いて常に議論していたとはいえず、もともと改正しなければならぬ紛争状況があるのか、立法事実があるのかという根本を考えていないと思われるるところさえあります。

学者の集まりが自由に考えたことを、一般の人が誤解する可能性のある「改正の基本方針」と名付けて世に送るとするのは、やはり相当の作戦か、相当自信があると思われまます。私は不遜とまで書いたことがありますけれども、⁽⁹⁾そういうふうに取り立てても仕方のない態度であったかということも言えるかと思ひます。

ただ問題は、そういう学者の自由な議論という性質を持った『基本方針』なる提案を作った方々が、そのまま法制審の中心メンバーになり、すべてその法制審でもその自由な、あるいは先進的、個性的な提案が検討対象にされているということなんです。だから、『基本方針』の改正提案としての適性には疑問符が付く部分もともとある。だから、その部分は当然批判の対象になる。けれども、提案した人たちはどうもその批判も十分想定しつつ、織り込み済みで提案しているんじゃないかという気が私はしております。

例えば『基本方針』⁽¹⁰⁾には、ご案内かと思ひますけれども、複数の保証人がいるときはすべて連帯保証と見なすという提案がありますが、これは連帯保証人の負担の重さとその弊害を問題にする世間一般の評価とは逆です。それから危険負担制度はほとんど廃止する⁽¹¹⁾。解除に帰責事由を要件としないことにすれば、危険負担のほとんどは解除で処理できるはずだという、こういう学理的論理です。それから消費者契約法のかなりの部分を民法に取り込む⁽¹²⁾。それから商法のかかわりでも、商法に規定がなければ民法の定めによることを明示した上で、消費者と事業者の概念を民法で定義する⁽¹³⁾など、非常に取引優先の新提案や学理的な新構想も含まれておりました。

7
民法改正の検討範囲

第一編 総則	
章	節
第五章 法律行為	第一節 総則
	第二節 意思表示
	第三節 代理
	第四節 無効及び取消
	第五節 条件及び期限
第六章 期限の計算	
第七章 時効	

第三編 債権	
章・節	節
第一章 総則	第一節 債権の目的
	第二節 債権の効力
	第三節 多数当事者の債権及び債務
	第四節 債権の譲渡
	第五節 債権の消滅
第二章 契約	第一節 総則
	第二節 贈与
	第三節 売買
	第四節 交換
	第五節 消費貸借
	第六節 使用貸借
	第七節 賃貸借
	第八節 雇用
	第九節 請負
	第十節 委任
	第十一節 寄託
	第十二節 組合
	第十三節 終身定期金
	第十四節 和解

Ⅲ 法務省側の説明による改正の観点

契約を中心とした民法(債権関係)の改正

- ▶ 1. 社会・経済の変化への対応
- ▶ 2. 国民一般に分かりやすいものとする

改正の背景

- ▶ (1)判例法理の明文化
- ▶ (2)制度の現代化
- ▶ (3)法発展に伴う整備

→(1)の判例法リストイテはあまり問題がない。問題は(2)(3)に当たる部分。

6

この後、お話しするように、これらについては国連の国際売買条約とか、ヨーロッパの契約法の統一提案などに類似するものがかなり多い、こういうふう指摘されております⁽¹⁴⁾。それと同時にそれらはかなりの部分で、現在の我が国の民法学における多数の見解とも異なっている。

だから、そうすると問題はそれらについてルールを改正しなければならぬような不都合が現実にあるのかということに、もう一回戻ってくるわけです。その代表的な例として、債務不履行の話が今回の法制審で最初に部会で審議されているのですが、こういうところをまた後でお話をいたします。

そういう経緯はございますが、法務省側の説明による今回の改正の観点は、画面にあるように、契約を中心とした民法(債権関係)の改正を扱う。この債権関係とこの後、お話しいたします【6】。その必要性は、一つは社会、経済の変化への対応、それから国民一般には分かりやすいものとする、こういうことが言われています。

改正の背景には、判例法理の明文化、制度の現代化、法発展に伴う整備というのが挙げられているわけです。この(1)の判例法理の明文化というのは、正しくやればそんなに問題はないかと思うんですが、これも細かく言うといろいろ議論が出てくるんです(判例法理の射程距離を正確に理解して条文に反映するということが重要です)。問題はこの(2)(3)に当たる部分をどういう発想でやるかというあたりなんです。

IV 立案の基本的発想— 取引法側面と国際基準対応の重視

ことに内田参与(および『基本方針』グループ)の発想に顕著

- ▶ 中間的「市民」の存在が希薄になり事業者と消費者という「色つき」の人が増えた
- ▶ アジアからの発信—債権法改正は日本の国際プレゼンスの問題
(内田氏の『債権法の新時代』(商事法務)やNBLの論考より)
『基本方針』に見いだされるウィーン売買条約との類似性—「絵解き」のひとつ
(ウィーン売買条約の簡単な解説⇒契約の尊重)
ただ、国際取引と市民の国内取引を同じルールに従わせる理由はない

これが今回考えられている改正の範囲でありますけれども、画面で見えていただく分かるように、債権関係と称しているのは民法総則の意思表示の部分、それから民法総則の時効、これは消滅時効の部分です【7】。改正論議では債権時効とも呼ばれています。こういうものが入ります。期間の計算も入ります。それから第三編第一章、債権総論からは全部入りまして、それから債権各論のところは契約の部分ということで、事務管理・不当利得・不法行為のいわゆる法定債権の部分が除かれています。ただ不法行為の消滅時効などは範囲に入るといふこととなります。

8
こういう立案の基本的発想がどこにあるかということ、取引法側面と国際基準対応の重視ということになるかと思つて、そういう表題を付けました【8】。これはそもそも立案の中心メンバーの、現在も審議会部会を中心である法務省参与をさされて、先ほど申し上げたように民法(債権法)改正検討委員会の事務局だった内田貴氏の『債権法の新時代』などに書かれているものですが、そういうところを見ると、中間的市民の存在が希薄になつて、事業者と消費者という色付きの人が増えた。新しい民法を作つてアジアから発信する、債権法改正は日本の国際プレゼンスの問題である。⁽¹⁵⁾ こういうことが書かれていて、民法を市民生活の法というよりは、国際取引までを念頭に置いた取引法の、あるいは事業者法の性格の強いものが見ているようであります。

アジアからの発信、日本の国際的なプレゼンスの問題として、この先進的な優れた債権法を作るんだということまでおっしゃっておられるわけで、この点についてはまた後に触れますけれども、結局国際基準への対応というところに、今回の改正のかなりの眼目があると言つて過言ではありません。そのことはこの後、お話しす

るウィーン売買条約との類似性などを見ていくとよく分かります。ただ確かに国際基準への対応も大切ですが、民法改正においては市民感覚との乖離があつてはならないと思われるわけです。

この点は、本来は具体的な改正論議に入る前に、民法典そのものの性格付けがやはり広くもう一回論じられるべきものでありました。つまり、民法典はあくまでも市民生活の基本的、一般的な規範と性格付けられるべきものなのか。星野英一先生は「市民生活のコンスティテューション (constitution)」と民法典のことを呼ぶわけですが⁽¹⁶⁾、そういう考えでいくのか。それとも、もはや取引社会を整序するための規範と言ってよい存在になっているんだと、こういうふうに見るのかということなのです。

だから、私の専門の債権譲渡で言うならば、これは現在、さまざまな企業が資金調達のために広く活用している取引になっているわけですが、これは我が国でもっぱら民法およびその特例法が規定しておりまして、商法や会社法等に何か別に規定があるわけではありませんので、民法が全部この問題を引き受けている。

そうすると具体的に言えば、親族間の債権を兄弟間で譲渡するような債権譲渡がありますと、これは市場の取引とは無縁でしょうが、当事者に差押えがかかったりすることも考えられますから、やはり第三者對抗要件は具備しておいた方がいいと、こういう話になるわけですが、そういう債権譲渡も念頭に置いてルールを考えるのか、それともそういうものは捨象して、もっぱら企業の資金調達手段や決済手段としての債権譲渡をイメージしてルール作りをすればいいのか。こういう基本的発想のいずれに立つかによって、個々の立法案というのは非常に大きく異なることになる。また後でもお話ししますが、この辺に難しさがあります。

この債権法改正検討委員会から今の法制審議会につながる中心的な考え方として、契約を中心として民法（債権法）の再構成を図ろうとすることがあります。この考え方自体は一つの世界的潮流であることは間違いありません。また、改正の方向性として間違っているものではない。肯定されると思います。

我が国において、その一つの大きな必然性を裏付けているというか、理由付けているものとして、我が国の

ウィーン売買条約の批准ということがいわれます。そこでウィーン売買条約のことを若干ここでお話をしておきますが、これは英語の略称として、CISG、シスグと呼ばれることもあります。

これは正確にいうと「国際物品売買契約に関する国際連合条約」⁽¹⁷⁾というところで、国際的な物品の売買契約に適用される私法統一条約というものなんですけれども、これを絵解きの一つと書いたのは、一枚目のスライドで、経緯と実態を絵解きするというのを一つの今日の講演の目標にしているということに対応するのですが、必ずしも一般市民の人はこの条約のことを知らないし、この条約を日本が批准したということも知らないだろうと思います。

この条約は、国連のUNCITRAL（国連国際商取引法委員会）、私も内田さんも政府代表として作業部会に参加したところがあるところですけども、そこで一九八〇年に採択されて、一九八八年一月一日に発効いたしました。以来、米中独仏等、主要な七〇カ国以上がその締約国になっていた国際条約なんです。つまり、この条約の定めるルールというのは、もはやほとんどの先進国が適用を受ける世界統一基準になっていたわけですけども、日本は二〇〇八年にようやく七一番目の締約国になりました。二〇〇九年八月一日からその適用を受けることになったわけです。

本来この条約は国際的な、つまり異なる締約国に営業所が所在する当事者間の物品売買契約に適用されるものでありますけれども、そこに示されたルールというのは今や国際的な共通契約法という地位を得るに至っているところまで評価されておりました。各国の国内法にも影響を与え始めている。

そして、我が国での民法（債権法）の改正提案にも、このウィーン売買条約の影響が相当に見て取れます。実際このウィーン売買条約の条文と、先ほどの『基本方針』の提案を契約のところで比べてみると、債務不履行とか解除とかの規定内容に、ずいぶん多くの共通点があることが分かります。

この条約の基礎には、もう一言だけいっておくと、「favor contractus」、つまり契約の優遇、合意の優遇とい

う観念があるといわれます。これは例えば当事者の申込みと承諾の内容が完全に一致しなくても契約の成立を認めるとか、合意した以上はそれを守らなければならず、契約通りの履行がなければ債務不履行として解除や損害賠償の対象となるというように、当事者の合意と、それによる相互拘束を重視する考え方です⁽¹⁸⁾。これは細かいコミュニケーションが取りにくい国際間の契約については、確かに合理性を有するというふうには評価することもできるかと思えます。

具体的に例を挙げると、契約をしたことそれ自体の拘束力を重く見るということから、契約の解除については、現在の日本民法の考え方では債務者に帰責事由があることを解除の要件にするけれども、この条約では、契約通りに履行しないと、そのこと自体が重大な不履行と評価できるものであれば、帰責事由などを問題にせず解除を認める。今、ざっと紹介だけしておきますが、後でみんなもう一回今回の改正のところが出てきます。

また現在の日本民法はいわゆる原始的不能、つまり契約時に目的物がすでに存在しない契約は無効だと考えていますけれども、これもこの条約では有効とした上で、売り主の引渡義務違反の問題として処理する。そして危険負担の制度は存在しない。買い主による契約解除の可否の問題として処理される。

こういうものが先にも触れましたように、そのまま今回の特に債権法改正検討委員会の提案に採用されているということ、一国の民法を考えるのに、ことに契約法の世界では、このように国際条約の影響も勘案しなければならない時代になってきたということを理解しておくべきだということと同時に、国際条約が適用になる国際取引ではない国内取引にまで、なぜ国際取引ルールと同じルールを適用しなければならないのかということも、しっかり考えておく必要があります。

つまり、国際取引には国際取引ならではのそれ向きのルール作りがあるんですね。ということは、普段の国内取引ルールが国際取引ルールと一致していれば、国際紛争に広がったときに混乱が少なく処理ができるというメリットは確かにある。だけど、それはすでに使い手として大企業等を想定している発想なんですね。市民法ルー

VI 中間論点整理の問題点

- ▶ 公表された中間論点整理は、190頁近い膨大なもの
(法務省のウェブサイト
<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900074.html>で見られる)
- ▶ 判例法理のリステイト等も多いが、突出した議論もなお検討対象として盛り込まれている。
⇒これをもとに意見公募をすることの問題点は

V 「中間論点整理」とは？

- ▶ 1. 今回の中間論点整理は、本来は審議会開催前の各界代表を集めた研究会である程度行っておくべきものだった。←異例の進行の必然的帰結
- ▶ 2. 今回の中間論点整理では、論点は一切整理されていない。
←これまでの「すべての議論の整理・紹介」にすぎない
⇒それを整理するためのパブコメ？
しかし、次の段階ですべての論点についての審議が進行する可能性が強い

10

何でこの「中間論点整理」が必要になったかというと、先ほど申し上げたように、本来は審議会開始前に各界代表を集めた研究会をやっているべきだった。そこである議論して、ある程度論点整理を行っておくべきものだったと私は思うんですね。だから、それをやっていない分、今、汗をかかなきゃいけない。これは法務省の、あるいは審議会の委員の先生方には非常にご苦勞なことと思えますけれども、異例の進行をした結果、その必然的な帰結であると思えます。

ということ、今回の「中間論点整理」というものでは、論点は一切整理されておられません。これまでのすべての議論が整理されて紹介されている。そうすると今

9

ル、明らかな国内取引ルールにも国際契約の発想を持ち込まなければならぬのかと言われれば、その必然性は実はまったく存在しない。この辺のバランス感覚です。先ほどの債権法改正検討委員会の考え方は契約を重視するというところで、かなり徹底したもので、それで消費者法の一部も取り込む、商行為の規定の一部も取り込む、うんぬんと、こういう方向にきているというわけです。ちょっと説明が長くなりましたが、次にいきましょう。

それでは今回の「中間論点整理」というのは、どういう意味を持っているものなのか、簡単に申し上げておきます【9】。「中間論点整理」というのは普通あんまり出てこなくて、「中間試案」という、法制審議会が始まってから一定期間たったところで、こういう法律の方向はこういうふうにしたらどうかと考えていますというのは出てくるんですが、今回そうではないんです。

「中間論点整理」法務省担当官の解説文

「中間的な論点整理」では、論点を紹介する文末が、改正要綱のような「～ものとする」ではなく、「～どうか」という問いかけの形とされている。この「～どうか」は、さらに次の3通りに書き分けられている。

- ▶ 第1に、基本形は「～について、さらに検討してはどうか」で、多くの論点はこれによっている。また、部会審議で新たに指摘された論点は、「さらに」を付けず「～について、検討してはどうか」とされている。
- ▶ 第2に、改正の方向性に一定のコンセンサスがあった論点は、「～とする方向で、更に検討してはどうか」とされている。

「中間論点整理」の中味

- ▶ 議論されたことが網羅的に書いてある
- ▶ 反対意見が強く到底まとまりそうにないものから、賛成意見も多く一応の方向性が見いだせたものまで、すべて書き込まれている。
- ▶ 一般人にはその区別が読み取りにくい
⇒ 法務省の説明「文末表現で書き分けている」(その書き分けの説明は、「中間論点整理」自体にはどこにも書かれていない)

12

11

後、論点を整理する、そのためのパブコメになるんでしょうかという話なんです。ただ、この後、お話ししますけれども、次の段階に至っても、すべての論点についての審議が進行する可能性が強いと私は見ております。

「中間論点整理」の問題点【10】。公表された「中間論点整理」は一九〇ページ近い、一八八ページで、非常に膨大なものです。ウェブサイトにあります。今日のレジュメに、ご覧になる方のためにウェブサイトとかもコピーを付けておきました。この「中間論点整理」では、判例法理のリソース等にかかわるものも多いんですけれども、従って突出した議論もお検討対象として盛り込まれております。そうすると、部会のご努力には敬意を表しますが、これを基に意見公募をするかどうかということなるのか、いろいろ問題が多いのではないのでしょうかというのを順番に見ていきましょう【11】。

「中間論点整理」の中身はそういうことで、議論されたことが網羅的に書かれています。反対意見があるものとか、ないものとか、そういうものが全部書き込まれていて、一般の人にはどれがどうなっているのかという区別は非常に読み取りにくいだろうと思います。具体的にはこの「中間論点整理」を読んで理解できる人は結局法曹や学者、それから企業法務等の実務家を含めた法律専門家だけだと思います。一般市民はこのままではほとんど理解できないだろうと思います。

このように一通り議論したけれど、その中に反対意見が強くて、まとまりそうに

「中間論点整理」解説文の解説

(1)「基本形」の意味

第1の「基本形は「～について、さらに検討してはどうか」で、多くの論点はこれによっている」とのみ書かれているところは、第2、第3と読み比べれば、端的に言えば、賛成反対の意見がいろいろ出てまとまらなかった(コンセンサスを得られなかった)パターンを指している。

⇒この点がわかりにくい、そしてこれが大多数。

第3に、より具体的な内容についてコンセンサスが合った論点は、「～としてはどうか」とされている。たとえば、「～という明文の規定を設けることとしてはどうか」といった表現である。

「中間的な論点整理」は、基本的に、次のステージで議論すべき論点の範囲を明らかにすることを目的とするから、今後行われるパブリックコメントの手続きも、各論点で取り上げられている立法提案に対する賛否を問う趣旨のものではない

(筒井健夫「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」NBL952号14頁)。

14

13

ないものがある。それから、賛成意見でまとまりそうだというものまである。それらをすべて書き入れて、それを法務省側は文末の表現で書き分けていると言うんですけど、その書き分けの説明は「中間論点整理」全一八八ページをご覧になっても、どこにも書かれていませんので、以下にお見せする法務省の担当官の解説文を読む必要があります。

「中間論点整理」、法務省担当官の筒井参事官の解説文⁽¹⁹⁾【12】は、このように書かれています。これは読み上げましょう。「中間的な論点整理」では、論点を紹介する文末が改正要綱のような「～ものとする」ではなく、「～どうか」という問いかけの形とされている。この「～どうか」はさらに次の三通りに書き分けられている。「～ここからです」。「第一に、基本形は、「～について、さらに検討してはどうか」で、多くの論点はこれによっている。また、部会審議で新たに指摘された論点は「さらに」を付けず、「～について、検討してはどうか」とされている」。さらっと書いてありますよ。ここは後でまたコメントします。「第二に、改正の方向性に一定のコンセンサスが合った論点は、「～とする方向で、さらに検討してはどうか」とされている」。

続きです【13】。「第三に、より具体的な内容についてのコンセンサスが合った論点は、「～としてはどうか」とされている。例えば、「～という明文の規定を設けることとしてはどうか」といった表現である」。そして「中間的な論点整理」は基本

(2)文章の末尾は四つのパターン

- ① 「～としてはどうか」
 - ② 「～とする方向で、更に検討してはどうか」
⇒これらは法案化のために部会の意見が具体的に、または概ね一致しているもの。
 - ③ 「～について、更に検討してはどうか」
⇒一部に強硬な反対論があったり、または議論が錯綜しているもの。
 - ④ 「～について、検討してはどうか」
⇒議論の中で新たに出てきた論点で議論も尽くされていないもの。
- そして①と②はきわめて少ない。
③と④は今後立法に至らない可能性があるのかどうかは全く不明。

15

的に、次のステージで議論すべき論点の範囲を明らかにすることを目的とするから、今後行われるパブリックコメントの手続きも、各論点で取り上げられている立法提案に対する賛否を問う趣旨のものではない」と、こういうふうに参加官はおっしゃるわけです。

私なりに今の文章に解説を加えます【14】。まず最初の基本形、「第一の基本形は、〳〵について、さらに検討してはどうか」で、多くの論点はこれによっている」とだけ書かれているところは、第二、第三のパターンのものと比較すると分かるんですけど、第一というのは、第二がこういうコンセンサスが得られている、第三がこういうコンセンサスが得られているということを書いてありますから、第一というのとは端的に言えば、賛成・反対の意見がいろいろ出てまともならなかった、コンセンサスを得られなかったパターンを指していることになります。そして、これが大多数なんです。

この点がわざとぼかして書いてあるのかどうか分かりませんが、一般の読者には非常に分かりにくいところとして、「中間論点整理」としてパブリックコメントを求める上で適切な情報提供の仕方かどうかというところまで、ちょっと私は疑問を感じるところであります。整理しましょう【15】。

文章の末尾、つまり文末は四つのパターンがありまして、①〳〵としてはどうか。②〳〵とする方向で、さらに検討してはどうか、これは法案化のために部会の意見が具体的に、または概ね一致しているというもの。③〳〵について、さらに検討してはどうか、というのは一部に強硬な反対論があったり、または議論が錯綜しているというものが現状であるもの。④〳〵について検討してはどうか、というのは、その議論の中で新たに出てきた論点で、ま

(2) 書かれるべきパブコメ

書かれるべきは、学者の意見に対する実務や市民(もちろん法曹も)からの反論
⇒そもそも学者だけが法制審に最初から十分意見を出している
想定される(出されるべき)意見

- ・立法事実がない
- ・単なる学理的な議論である
- ・実務はそんなことを問題にしていない、ニーズは別のところにある
- ・市民はそんなことを考えていない、希望は別のところにある

⇒これらの意見が出るのは当然。

VII 今回のパブコメの出し方

(1) 求められているのは賛否の意見ではなく、「今後論じるべきかどうか」

- ▶(「次のステージで議論すべき論点の範囲を明らかにするのが目的」筒井参事官)
- ▶⇒「こういう理由で大いに論じるべき」「こういう理由で論じる必要はない」という書き方が求められている。
- ▶しかし、何を出しても結局すべて次のステージへ継続する?
- ▶⇒それでも特に「論点とすることを否定する」趣旨の反対意見はなるべく沢山出しておくべき

17

そうすると、今回のパブコメの出し方ではありますが【16】、求められているのは賛否の意見ではない、今後論じるべきかどうかであると、筒井参事官の言葉を受けると、こうなります。そうすると、パブコメとしてはこういう理由で大いにこは論じるべきであるとか、こういう理由から論じる必要はないところなんだというような書き方をすることが求められる。

でも、そうすると結局どんな意見を出しても、結局すべて次のステージに継続することになるのではなからうか。でも、この段階で非常に多い賛成とか、非常に多い反対があったものについては、やはりそれなりに法制審の部会の皆さんも評価してくださるだろうと。だから、特に論点とすることを否定するなんていう趣旨の反対意見は、なるべくここでたくさん出しておくべきだろうと思います。では、書かれるべき意見はどんなものか【17】。

16

だ議論は当然尽くされていないものということになる。そして、この①と②は極めて少ない。

では、非常に多い③と④は今後、立法に至らない可能性があるのかどうかということになると、それはまったく不明です。要するにまだ議論はほとんどまとまっていないけれど、提示するすべての論点を挙げましたということで、すべての論点が継続審議の可能性を持っているということになるかと思えます。後でまた共同保証のところ、一つこういうところの例を出してみましよう。

なぜ当然か

- ▶ ・もともとの提案には現状の立法事実を考えていないものがある
- ▶ ・取引重視で一部の立場にだけ立った提案も目立つ
- ▶ ・国際基準への対応、取引法の色彩強化、が意図されているから
(提案者はもちろん反論を予測しているはず、しかし十分な反論がなければ、原提案が肯定される可能性)
- ▶ ・これは危険ではないか
- ▶ ・やめる、という選択肢が明示されていないアンケート
- ▶ ・その選択肢はパブコメを出す側が作らなければならぬ

当然だろうと思うわけです【18】。

18 これは今までのお話からもしっかりしています。つまり書かれるべき意見の多くは、学者の意見に対する実務や市民、そしてもちろん法曹の皆さんからの反論であります。だって、そもそも学者だけが法制審に最初から十分に意見を出しているんですよ。だから、それに対する反論がほかの世界の人たちから出されるのが当たり前と私は思います。

想定される出されるべき意見というのは、だから今までのお話からもご理解いただけるように、いろいろな優秀な学者たちが考えたんですけど、頭で考えていますから、立法事実がないとか、単なる学理的な議論であるとか、実務はそんなことを問題にしてないとか、ニーズは別のところにあるんだとか、市民はそんなことは考えていない、私たちの希望は別のところにある、などと、こういう意見が出るのが

あまりしつこく言ってもいけません、もともとの提案には現状の立法事実を考えていないものもある。取引重視で、しかも一部の取引の立場にだけ立った提案が実は目立つんですね。その辺も、つまり取引重視の中でも、この種の企業だけがやっている、こういう取引、などというものについて、立法提案をしているというようなどころもある、ちよつと一つ一つには疑問なものがあります。

要するに、こういうものが目立つのは国際基準に対応する取引法の色彩強化というものを意図しているからです。だから、提案者はそういう意味で、意図してやっているんだから反論も予測していると。けれども、十分な反論がなければ現提案が肯定される可能性は高くなるだろうと。これはやっぱりちよつと危険ではないですか。

ある意味、今回の「中間論点整理」は、さきほどお話したように、①から④まで語尾が書き分けられていま

Ⅷ 各論1 いくつかの共通傾向

松本恒雄教授の分析

- ▶ 以下のものを改正論議の中の共通傾向として挙げ、
 - ▶ しかもそれらはほとんど「さらに検討してはどうか」(議論がまとまっていない)ランクで、
 - ▶ 「その多くは民法(債権法)改正検討委員会の提案に由来している」とする(松本恒雄「債権法改正論議の経緯と民法学習におけるその意義」法学セミナー2011年7月号4頁)
- ▶ 1. 合意の強調
 - ▶ 2. 要物契約の諾成化
 - ▶ 3. 二者による三者間関係の構築を認める条文
 - ▶ 4. 民法の商化

(3) まだ間に合うパブコメ

書式と提出先

- ▶ 書式 法務省ホームページから入れる
 - ▶ e-Gov(「電子政府の総合窓口」)のホームページに「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のパブリックコメント回答用紙」
 - ▶ 提出先 法務省民事局参事官室
 - ▶ 郵送: 〒100-8977 東京都千代田区霞ヶ関1-1-1
 - ▶ 電子メール: minji27@moj.go.jp
 - ▶ Fax : 03-3592-7039
 - ▶ 締切 2011年8月1日まで
- (その他パブコメを出すアシストをするグループもあり)

20

19

すけれども、「〜としてはどうか」「〜とする方向で、さらに検討してはどうか」「〜について、さらに検討してはどうか」でしょう。やめたらどうかという問いかけはもともとないんです。

だから、ある意味、今回の「中間論点整理」というのは、やめるという選択肢が明示されていないアンケートなのです。したがって、やめるという選択肢はパブコメを出す側が作らなきゃいけない。そういうところにちよつと私は、いわゆるアンケート学から言うところの問題などもあるという感じはしているわけです。

本日の段階ではまだ間に合うパブコメです。これは皆さんのお手元のものにも、付けてありますが【19】、書式は電子政府「e-Gov」のホームページを見てください。これは法務省のホームページから入れます。そうすると、そこに民法(債権法)関係の改正に関する中間的な論点整理のパブリックコメント回答用紙が入っていますから、それを使って郵送でもファクスでもメールでもいいんだそうです。八月一日までです。こういうパブコメを出そうということをアシストするグループも弁護士さんたちの中に存在したりしています。いずれにしても関心をお持ちでしたら、こういうことにぜひ参加してみたいと思います。

ここまですが総論的なお話です。次に各論的なお話を少し急いでいきましょう。まず第一に、いくつかの共通傾向をお示しします【20】。

これは一橋大学の松本恒雄先生の分析を掲げています。松本先生は以下のものを

Ⅷ 各論2 取引法への傾斜例一

共同保証の「分別の利益」廃止案

- ▶ 保証に関しては、個人の保証(ことに連帯保証)の過酷な結果を問題にするのが社会の一つの傾向 → 2004年現代語化改正参照
- ▶ 逆に『基本方針』では、保証人が複数いれば連帯保証人とみなす提案まであった。
- ▶ その流れで普通保証の共同保証の場合に分別の利益をなくす案が法制審に。
- ▶ 提案理由「債権者は担保力を高めるつもりで複数の保証人を求めているのに、複数にしてかえって回収が不十分になる可能性があるのはおかしいから」
- ▶ これは完全に債権者側からの見方
- ▶ 保証人になるときの一般市民の意識は「万一の場合も複数の保証人がいるなら負担が軽くて済むだろう」
- ▶ 民法はこの意識にも理解がなければならぬはず。
- ▶ 中間論点整理での表現は、留保つきで「さらに検討…」
- ▶ こういふ論点も継続審議に

21

改正論議の中の共通傾向として挙げている。しかも、その共通傾向として、それらはほとんど「さらに検討してはどうか」、つまり議論がまとまっていけないランクであって、その多くは「民法(債権法)検討委員会」の提案に由来していると、こういうふうにお書きになっているわけです。この法学セミナーの文章は学生向けだけれども、非常に適切に書かれています。今回の債権法改正に関しては、松本教授は法制審の段階から入られた方ですけれども、分析が非常に公平で信頼が置けます。以前からお付き合いはありますけれども、私はこの論考を読んでいて、いい学者だと実感しました。

その松本さんの分析では、いくつかの共通傾向として、合意の強調、要物契約の諾成化、二者による三者間契約関係の構築を認める条文、民法の商化、こういう傾向がある。これは例えば要物契約の諾成化なんていうのは、今、要物契約にしてあるものは諾成で認めよう。それから二者による三者関係の構築というのは、受益の意思表示の不要な第三者のためにする契約とか、保証人と債務者の二人だけで保証契約を成立させようとか、債務者と引受人だけで合意して免責的債務引受をできるようにしようとか(流石に中間論点整理では「債権者が承認した場合に限る」とされている)、債務者の意思に反する利害関係を有しない第三者弁済を有効しようとか、いろいろあるわけです。

確かにこれら四つも国際契約を考えると分かりやすいです。物を渡さないと契約が成立しないというのは国際契約では不便でしょうし、二者で三者間の法律関係の構築ができた方が便利でしょうということになる。けれども、法律関係の創設とか移転について、当事者の静的安全を重視するこれまでの立場からすると、かなり危うい印象がぬぐえないというところもあります。従って、これらについて意見が分かれて、コンセンサスを得られないのはある意味当然です。しかも、それらの多くが内田グループの提案に由来していると、こういうわけであり

ます。次に各論です【21】。

取引法への傾斜の一例ということで、あまり難しいことばかり言っても、一般の聴衆の方には分かりにくいと思いますので、分かりやすい例を挙げます。共同保証において、いわゆる分別の利益を認めるか否かという議論があります。一般の方に説明を加えますと、分別の利益というのは普通の保証人が複数いる場合には、それぞれの保証人はその人数で頭割りした額までの保証債務負担を負えばいい。だから、一〇〇万円の主債務に対して二人の普通保証人がいる場合は各人が五〇万円ずつ負えばいい（民法四五六条）。

一方、連帯保証人になりますと、これは市民大学講座などでお話すると、間違って理解している方がおられるんですけども、連帯保証人というのは何人いても、連帯している相手は他の保証人ではありませんで、主たる債務者と連帯しているのです、何人いても各人が法律的には主債務全額の保証債務を負いますから、この分別の利益はなくなる。これが現在の民法の構成です。

この仕組み自体は一般市民にはそれほど問題がないと思われていると思うんですけども、今回、先程来申し上げている民法（債権法）改正検討委員会は、世間一般の保証人の負担軽減という発想とはまったく逆に、保証の原則形を連帯保証に近づけるような取引法的な発想の強い提案を⁽²¹⁾しました。もちろんその分、債権者には有利になるんですね。担保力が高くなるわけです。

これは従来の発想からすると、かなり先鋭なものなんですけれども、その流れというか、共通した考え方で、従って普通保証の分別の利益に関してもそれを認めない。複数の普通保証人がいる場合でも、それぞれ全額を負担を負うという提案をしたわけです。これがそのまま一つの提案として部会に示されました。

その理由は、保証人を複数立てさせる債権者の意識としては、保証人が増えればそれだけ担保力が強まるという意識のほずであるのに、分別の利益があるために無資力になった保証人がその中にいたりすると、かえって反

対の結果になってしまおうという矛盾があるからだと説明するわけですが、完璧に債権者側を向いた論理ですね。⁽²²⁾

つまり、一般市民の側はどう考えるか。保証人になるときに、万一の場合、複数の保証人がいるんなら負担が軽くて済むんじゃないかと、こつちを考えるだろうと思うんですね。そうだとすると、民法というのはこういう場面で偏った発想で立法案を提示することは、私は適切でないと思います。両方の立場の意識、発想を規定にどう取り込むかというところを考えなきゃいけない。

そしてどうなったかというところ、今、申し上げたような提案が『基本方針』から出てきましたので、共同保証の部分の「中間論点整理」は、「複数の保証人が保証債務を負担する場合（共同保証）に各共同保証人は原則として頭数で分割された保証債務を負担するにすぎない（分別の利益）ことを規定する現在の民法四五六条に関し、分別の利益を認めずに、各共同保証人は全額について債務を保証する（保証連帯）」、これは保証連帯という専門用語があるんですけども、「……保証する（保証連帯）ものとするかどうかについて、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないとする意見があることにも留意しつつ、さらに検討してはどうか⁽²³⁾」というふうに出てくるんです。

もちろん公平を期して言うておくと、一方で連帯保証の提案の方では、この「中間論点整理」に、連帯保証人の保護を拡充する方策についてもさらに検討してはどうかというのが出てくるんですけども、つまり先ほど紹介した文末の書き分けからすれば、これは一定のコンセンサスを得られなかった論点。それは当然ですよ。

「中間論点整理」も書いている通り、保証人保護を後退させる方向で現状を変更すべきでないという強い反対意見があったことは当然想定される。というよりも、この債権法改正検討委員会から入ったメンバー以外では、おそらく反対意見が多数ではないかと私は想像するわけですけども、そういうものがしかし結果的には公表された「中間論点整理」の表現では、そういう反対意見があることにも留意しつつ、さらに検討してはどうかとい

Ⅷ 各論3

国民にわかりやすい民法になるのか

債務不履行の帰責事由

「債務者が引き受けていなかった事由」に置き換える提案

- ▶ これは完全に学理の議論（←国際基準対応も）
- ▶ 紛争処理にあまり関係がない（立法事実に乏しい）
- ▶ なにより、日本語が分かりにくい「債務者が引き受けていなかった理由」を読めば、一般市民は「債務として引き受けていなかった」と読むはず。それを「リスクとして引き受けていなかった」と読ませるのは無理。

う問いかけになるわけです。

これは法務省側は先程の基準から言えば、正しく書き分けをしています。けれども、留意しつつ、さらに検討してはどうかと聞かれて、そのままはつきり回答しなければ、さらに検討は継続されるでしょう。その結果、この次のステージでも、この提案は問題なく生き残るでしょう。

ということは、こういう提案を是とするのであればいいんですけども、おかしいと思うのであれば、かなりはつきり、検討するのは不適當だ、検討をやめるべきだ、検討をしてはいけないという趣旨の回答を出さなければいけないように感じるわけがあります。ここは先程申し上げたアンケート調査の方法論から見た場合の隠れた不合理性と私を感じるどころです。

だから、今回賛否を問うのではないと法務省は言っていて、基本的に次のステージで議論すべき論点の範囲を明らかにすることを目的にしている。そうすると、パブリックコメントがどのような結果になっても、この

22

段階ではよほど明瞭かつ説得的な批判意見、検討排除意見が集約されない限り、何も変わらないように思える。要するに、この論点全部が次に段階にいくことになる。保証については、司法書士会の方々は、かなり個人保証の制限をうたった提言などをしておられると思うんですけども、そういうところではこういうことも意識して対応していただいた方がいいのではないかと思っています。

では、今回の改正で国民に分かりやすい民法に本当になるのか【22】。先ほど申し上げた債務不履行の帰責事由を債務者が引き受けていなかった事由に置き換える提言。これは今回の法制審議会の部会で最初に審議された、学者仲間ではかなり大ごとの議論なんです。これはそもそも学理的な色彩の強い議論で、現在一般に使わ

れている債務不履行の場合に、要件として債務者の責めに帰すべき事由があるという、この帰責事由という概念を、いわゆる過失責任主義から説明する言葉だからよくないから使わない方がいい。つまり、契約の拘束力を重視するならば、帰責事由の有無を問わず、原則約束通りの履行を求め、ただその免責事由として、債務者が引き受けていなかった事由があったときには免責されるということは入れておく。「債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときは、債務者は損害賠償責任を負わない」。これが『基本方針』⁽²⁴⁾の案で、これが法制審議会部会ではB案として出てくる。「条文上できる限り具体化、明確化する方向で検討することが考えられるかどうか」という検討事項説明⁽²⁵⁾とともに提示されるわけですね。

ここで、「債務者が引き受けていなかった事由」というのを皆さん、法律の専門家じゃない人がお読みになったら、普通は「債務として引き受けていなかった事由」と読みますよね。けれども、ここではそういう意味で使われていません。「債務者がリスクとして、そういうリスクまでは引き受けていなかった事由」という意味で使われますね。だから、これは完全に学理の勝った議論だと、紛争処理にはあまり必要がないとも批判されているところなんですけれども、この「引き受けていなかった」という表現を使う日本語感覚は私には分かりません。

法務省は、今回の債権法の見直しの観点として、社会経済の変化への対応を図る、国民一般に分かりやすいものとする、例を挙げて説明しているんですけども、国民一般に分かりやすいものに本当になるんですけども、私は心配しております。一応私は、二〇〇四年に現在の民法が現代語化されたときの現代語化の国会提案の原案を作った星野英一先生を座長とする民法現代語化研究会の八人のメンバーの一人なんです⁽²⁶⁾。だから、人並みの日本語力は持っているつもりなのですけども、このグループが本当に国民一般に分かりやすい民法を作ってくれるのかというところは、ちょっと心配しています。

この案については法制審でも弁護士委員の方などから、現在の「帰責事由」の方が誤解がないのではないかとか、改正案は非常にこまごまとして使いづらいなど、かなりの批判が出るんですけども、「中間論点整理」

の八頁では、流石に「債務者が引き受けていなかった事由」という表現は消えています。責めに帰すべき事由という文言を他の文言に置き換える必要があるかどうか、さらに検討してはどうかということで、論点としてはなお生き残っているようであります。いずれにしても学者にとっては大問題だけれども、実務では特に不都合がないという部分について、改正論議の時間と精力をつぎ込むというのは疑問が大きいという感じがいたします。

ただ一点、そうは言っても、これは法学研究科の院生の方なども聴いておられるかもしれないので、この問題を学問的に分析するとどうなるかという話だけしておきます。というのは、この帰責事由をめぐる議論というのは、国際基準への対応の話であると同時に、大陸法、英語の表現で言うところの *civil law* への英米法 (*common law*) の侵入の問題というふうに捉えられます。侵入 (*invade*) という表現はすでに一つの価値判断を含んでいますから、よりニュートラルには、両者の融合という表現をするべきかもしれません。英米法的な考え方が大陸法の中へ入り込んでくる一つの象徴的な議論の表れなんだと考える。これはあくまでも学者の世界での話ですよ。

だけれども、例えば慶應の松尾弘教授の「シビルローとコモンローの混交から融合へ——法改革のためのグローバルモデルは成立可能か」という論文、これは慶應法科大学院の最近の紀要²⁷ですけれども、こういう歴史的な研究成果を踏まえたレベルの高い論文も出ていますから、学者志望の人とか関心のある人は、そういうもので勉強してください。

ただあくまでも、これは学者の世界で高く評価される視点なのであって、民法の使い手である、かつ受け手である一般市民にとっては、シビルローもコモンローもないんだということは、実際の改正に携わる方々はしっかり認識しておいていただきたいと思うわけです。

もう一つ今度は、理屈ではない実務感覚【23】。これで債権者代位権というのを挙げました。この債権者代位権というのは実は内田参与が一番早い時期からやり玉に挙げておられた、こういうものはよくないということを、

VIII 各論4 理屈ではない実務感覚

実務感覚から考えるべき例—債権者代位権

- ▶ 債務名義を要件とする民事執行・保全制度の確立している中でこの制度が実質であるのはその通り。
- ▶ 事実上の優先弁済効を持つてしまうのが理論上おかしいというのもその通り。
- ▶ しかし、では廃止してよいのか
- ▶ ⇒実務で紛争解決にどう使われているかの検証が必要
- ▶ 裁判外で使えるこの制度が使い勝手がよく、また交渉ツールとして機能しているのではないか
- ▶ 質借人の妨害排除請求とか、振り込め詐欺とか、他に手段がないときの妙手としての存在意義
- ▶ (優先弁済効も、実務では回収に努力した見返りとして評価している)

23

『債権法の新時代』などで書かれていたものなのですけれども、それをどういふうに学者たちは言っているかというところ、現在の民事執行・保全制度というのは「債務名義」というものをちゃんと取って、それを要件としてその執行にかかる、こういう制度が確立している中で、債権者代位権はこの債務名義がいららないんですね。異質である、というのはその通りです。

それから、これは責任財産の保全ということで、学部(三)四年生も勉強していると、思いますけれども、そうすると事実上、代位権を行使した人に、金銭債権に関する場合、優先弁済効を与えてしまう。これは理論上おかしい。これも代位権の趣旨を責任財産の保全として疑わなければその通りです。

では、すぐ廃止してもいいのかということなんですけれども、実務でこの債権者代位権は実際紛争解決にどう使われているんですか。立法提案をするときにはそういうことも検証しましょうというのが私の考えです。そうすると、裁判外で使えるこの制度は、実務の皆さんに伺うと、「使い勝手がいい」という表現をされますね。また、これがあるから交渉ツールの一つとして使えているんだと。だから、実際に代位権行使までいなくても、こういうものを手段として持っているということに意味があるというんです。

それから、これは学部生でも知っているように、質借人の妨害排除請求で所有者が何もしてくれないとか、それから振り込め詐欺でどこの人のところに行ったのか分からない、けれども振り込んだ口座は分かっている、まだ引き出されていないというような場面で、これは振り込め詐欺です、すでに立法手当てができましたけれども、いずれにしても妨害排除請求とか振り込め詐欺などの場合に、ほかに手段がないときの紛争解決の妙手として存在している。こういう意味も確かにある。

優先弁済効は現在の通説から見れば理論的にはおかしいんですけど、実務の方々(一)に聞くと、やはり回収に一

Ⅷ 各論5 債権譲渡—最大の争点

債権譲渡

特徴—立場によって立法提案が全く変わるのが顕著

企業の資金調達vs個人・親族間等の債権譲渡

大企業vs中小企業

倒産弁護士vs流動化弁護士

現代では資金調達に不可欠の取引に成長

事業者の重要取引でありながら日本では民法に頼る

(アメリカだったらUCC統一商事法典)

生懸命努力した見返りというところで、こういうものがあってもいいのではないのか、というご意見がかなりあります。この考え方で言うと、優先弁済効を取ってしまったら債権者代位権ってあんまり存在する意味がないねという、こういうご意見も出てくるわけですね。

そうすると、立法というのはやっぱり学理の筋論でばかりするんじゃないでしょうかと思うわけです。今、あるルールがどういふふうにも実務で評価され、使われているんですかと。それが本当にいけないことですかというところまでを確認して提案するべきだろうと私は思います。

次からは債権譲渡なんですが、これは今回の改正論議でもいわば最大の争点ということなんですけれども、私にはあちこちにたくさん論考を書いていますので、⁽²⁹⁾一面を見ていただく【24】。これは先程からお話ししている中でもふれたように、債権譲渡というのは、立場によって立法提案がまったく変わってしまうんです。

24

それは、先にも出した個人と企業とか、そういうレベルの対立だけではなくて、大企業対中小企業もあります。大企業対中小企業ということであれば、例えば譲渡禁止特約なんていうのは、あまり意味や必要性がないのに大企業のほうが付けてしまう場合もあるんですね。私は本当にびっくりしたことがあるのですが、ある立法関係の会議の中で、どなたとは言いませんけれども、そんなに譲渡禁止特約が困るんだったら、中小企業さんも付けられないじゃありませんかという意見が出た。これは付けられないんです、力関係で。力関係の強いところが付けるんです。中小企業が大企業に債務を負って、それで譲渡禁止特約を付けますなんて言ったら、おたくとは付き合わないよと言われかねません。だから、現場を知らなければ立法提案はできるはずがないと思うんですね。

譲渡禁止特約

- ▶ 資金調達の阻害要因たることは確か
- ▶ 力関係で付される譲渡禁止特約も多い
- ▶ 一番簡明なのは債権の種類を限定して譲渡禁止特約の対外効を否定することか(UNCITRAL国際債権譲渡条約などの発想。ちなみにアメリカUCCは譲渡禁止特約は全面的に無効、譲受人は神経を使わなくていい)
- ▶ 提案されている相対的効力説は、複雑で、果たしてうまく機能するかの懸念(例、大手金融機関は債務者との間では譲渡禁止と分かっている譲り受けるか等)

25

それから、同じ弁護士さんの中でも、倒産を扱う弁護士と流動化を扱う弁護士はまったく利害が対立する場面なんですね。将来債権譲渡などで、要するに譲渡した将来債権を破産財団に残せるのか、それとも譲渡は倒産後に発生する部分もすべて有効で債権は投資家のものになるのか、こういうところで完全に利害が対立する。

この債権譲渡は現代では資金調達に不可欠の取引に成長しました。三〇年ぐらい前だと債権譲渡というのは危なくなってきたところが無理やりに二重、三重に譲渡したり、二重、三重に差押えがかかっていたりというので、この中でもある程度のお年の方は、法学部を出になった方は若いころ、債権譲渡の二重譲渡の優劣決定基準なんていう、昭和四〇年代、五〇年代の判決を一生懸命勉強されたかもしれませんが、あれは今となってはレベルの低い紛争解決です。つまり、あのころの債権譲渡

はレベルの高い取引とは言えない。苦し紛れの多重譲渡やそこに絡む多重差押えという、決してほめられない紛争を解決するためにいくつも最高裁判決が出て、またその基準を精緻化して判例法理を完成させたのですが、現在では、正常業務の中での資金調達に不可欠の取引として債権譲渡がある。

これが事業者の重要取引でありながら、日本では、民法の問題になります。アメリカだったらUCC(統一商事法典)なんです。日本では民法に頼る。そうすると例えば債権譲渡禁止特約の規定がある。UCCでは譲渡禁止特約を無効としています。私は自分で論文を書いていますから、あまり詳しく言えませんが、ドイツでも民法で譲渡禁止特約を明記しているのではないかといわれますが、民法にあるけれど確か商法ではその効力を否定しているんです。そういうようなところも見えておかないと、日本が全部それらの問題を民法に頼られて、民法が引き受けていますので、いわばこの債権法改正でもかなり先鋭な議論が対立するところになるわけです。ざっと見ていきましょう。

譲渡禁止特約は今、ある程度申し上げました【25】。一番はつきりしているのは、これが資金調達の阻害要因であることは確かなんですね。譲渡したら禁止特約が付いていた。今の日本の判例だと、条文は禁止特約があっても善意の第三者に対抗できない、つまり譲受人が善意者ならばよろしいと言っているのですが（民法四六六条）、判例は、銀行取引の例で、取引経験があれば預金債権にこういう禁止特約が付いているのは周知のことで、知らなければ重過失であり、重過失は悪意に等しいと言って、譲渡を無効にしています⁽³⁰⁾。そうすると、譲受人は、銀行預金以外でも、重過失ありと言われないために譲渡禁止特約があるかどうか一生懸命調べることになる。そのうちに最近は下級審の判決だと譲受人が調査義務に違反したとき論法で重過失を認定しているものさえある⁽³¹⁾。そんなことは条文のどこにも書いていないんですよ、譲渡禁止特約を調査する義務などということは。だけど、そういうところまで来てしまっているんです。

だから、この資金調達の阻害要因たることは確かなので、といっても銀行預金のように担保貸付で相殺するというような実質的に禁止特約が必要なケースはありますから、一番簡単なのは、（少なくとも債権の種類を限定して）譲渡禁止特約の対外効を否定するということではないかと。ちなみに、これはアメリカでは先程申し上げたように譲渡禁止特約は全部無効なんです。だから、譲受人は神経を使わなくていいんです。だから売掛金債権を担保にした融資がわりと簡単にどんどんできるんですね。

UNCITRAL（国際債権譲渡条約）もUCCの考えを半分入れて、ただどこの国でもそうですが、例えば銀行は預金債権を担保に貸付をしますから、引き当てになる、相殺をする対象が譲渡されてしまうと困るということ、UNCITRALは何を考えたかという、それだったらそういう金融関係の債権だけは除外して、ほかの一般の売掛債権などについては譲渡禁止特約を付けていても効力はないというふうにしていう規定を置いたんです⁽³²⁾。こういうやり方が一番簡明だと思うんですけども、日本ではそういう構造の条文が今までない

債権譲渡の第三者対抗要件

- ▶ 対抗要件の登記一元化
- ▶ 私はかつてその時代が来ると書いた
- ▶ けれどそれが今あるいはこの1, 2年か、は大問題
- ▶ 登記の費用、手間の改良問題
- ▶ 市民のITレベル向上の問題
- ▶ 大企業を中心に「民法通知と登記と二つ見るより一元化が便利」—これは当然の声、しかし
- ▶ 個人までコンピュータ化登記でやるとなると国民総背番号制の問題も。法務省だけでできる問題か？

26

だとか、いろいろいわれています。

法制審議会では、『基本方針』の提案をもとにした相対的効力説というのが今、議論されているんですけど、これは複雑な話で、基本的にはこれまでの少数学説でいう債権的効力説（禁止特約があっても債権譲渡は譲渡当事者間では有効で、ただ債務者は悪意の譲受人に対して抗弁ができる）に近いもので、私は以前からその方向には賛成しているのですが、⁽³³⁾ 本当はうまく機能するのか、つまり実務がちゃんと使ってくれるのか、そういうところまで考えて議論した方がいいということを私は申し上げます。

債権譲渡の第三者対抗要件【26】。これも、民法の規定では、債務者に確定日付のある通知をするか、債務者から確定日付のある承諾をもらうか、ということになります（民法四六七条二項）。確定日付のある通知というのは郵便局の内容証明郵便でもいいんです。それから公証人役場に行ってスタンプを押してもらおうのもいいですけども（確定日付についての詳細は民法施行法が規定しています）、それを代替するもう一つのやり方として、一九九八年にできた債権譲渡特例法登記というのがありまして、これは法人の金銭債権に限定されますが、大量債権を譲渡するときなどに、磁気ファイル、つまり少し前ならフロッピー、今で言うとUSBにたくさんの譲渡データを入れて、法務局のコンピュータにコンピュータ登記をする。そうすると、それで全部第三者に対する対抗要件が取れるというものです。

これについても、現在、すべて登記に一元化する提案が出されています。私はこの債権譲渡特例法（二〇〇四年に増補されて動産譲渡登記も創設した動産債権譲渡特例法になります）の制定にも関与し、もう一〇年以上前の一九九九年に自分の論文で、登記に一元化される時代がそのうち来るでしょうということを書きました。⁽³⁴⁾ けれど

債権譲渡の対債務者権利行使要件

- ▶ 立法提案の発想に大きな疑問点あり
- ▶ 私が「権利行使要件」という言葉を使い始めたのは、いわゆる対抗問題ではないという意味。それだけ。
- ▶ 立法提案の中には「権利行使要件だからそれがないと債務者には対抗できない」から進んで、「通知されるまでは債務者は譲渡人(元債務者)に払わなければならない」とするものがある。—一部の取引形態(サイレントでの債権譲渡で譲渡人が回収したい)に加担
- ▶ そういう取引も一部に確かにある、しかしそのために本則を曲げてルールを作ろうとするのは全く不可解

27

も、それがこの一〜二年なのかは大問題だと思います。現在は、登記の費用の方が内容証明郵便などよりずっと高いんです。登記を受け付けているのは中野にある法務局一局です。オンライン申請ができるようになっていんですけれども、オンラインで申請したりする法人はまだゼロで、証明書をオンラインで取り寄せるケースが若干ある程度と聞いています。

そうすると、それを市民もする債権譲渡までを含めて民法で登記に一元化するといったら、市民のITレベルの問題も出てくる。これについては大企業の法務部の方は、民法通知と登記を二カ所見るよりも一元化の方が便利だとおっしゃる。これは当然の声です。けれども、個人までコンピューター化登記であるとなると、現在議論されている共通番号制、いわゆる国民総背番号の問題も出てくる。これはもう法務省だけでできる話ではないですねというふうに私は自分の論文で書いています。⁽³⁵⁾

今度は債務者に対する権利行使要件です【27】。この辺も学生さんはよく知っていますけれども、一般の方には若干の説明をしましょう。これは要するに二重譲渡の譲受人のような、並び立たない権利を主張する者同士の優劣を決定するのがいわゆる対抗問題で、その優劣を決するために必要な手続きを第三者対抗要件というのですが、債権の場合にはもう一つ、債務者に対して、自分が権利者になったから支払をせよと請求できるための要件、というものがありません。これは、正確には第三者対抗要件とは違うものでしょうというので、私は自分の論文で債務者に対する対抗要件には「権利行使要件」という言葉を使い始めたんです。⁽³⁶⁾ 今回の立法提案は、権利行使要件という言葉を使ってくれているのですが、全然与えている意味が違います。権利行使要件なんだから、それがないと債務者に対抗、つまり支払の請求

提案中最大の疑問点—承諾外し

- ▶ 債権譲渡の第三者対抗要件及び対債務者権利行使要件から承諾を外して通知のみとする提案—これが最も不可解
- ▶ 債権譲渡実務での承諾の重要性を理解していない？
(承諾がなくても通知すればいいのだからという議論があった)
- ▶ 実際には、債務者の承諾が取れたからこそ債権譲渡担保で融資に入るケースもあり、また承諾(さらには異議をとどめない承諾)の有無で担保掛目を変える扱いもある
- ▶ ⇒ 承諾はやはり最も安定的な、重要な対抗要件である。また、債権譲渡で債務者を不利にはおかない

28

ができない。私が使うのは単にその意味で、そこで止まっていればいいんですけれども、今回の提案では、逆に通知されるまで、知らされるまで債務者は元の譲渡人に払わなければいけない、というのがついているんです。⁽³⁷⁾

なぜかという点、これはサイレントつまり債務者に知らせずに債権譲渡をやっている、譲渡人がそのまま回収して譲受人に回金するという、そういう一部の取引形態がありまして、そういうニーズに合わせて、必ず譲渡人が受け取れるようにするため、債務者が譲渡に気がついても自分から譲受人に払ってはいけない、と言っているんですが、これはこの中にもたくさん実務の方がいらつしやると思いますけれども、流動化でも譲渡担保でもこういう取引はありますけれども、必ずいったん譲渡人に払わなければいけない、とまで法律が指定するニーズはそう多くないと思いますし、

一般の、そういう取引ではない債権譲渡でも、民法で決めたら債務者はすべてそうしなければならなくなる。選択肢が制限されるわけです。しかもサイレントでというのは債務者に知られないように債権譲渡をやりたいわけです。そういう取引に便利ないように、という気持はわかりますが、一方で、この何十年か債権譲渡を正常業務の中できちんとコントロールされた形でのルールとして確立することを一生懸命みんな頑張ってきたのが、サイレントでやる取引形態に有利なように、こういうルールを作ろうとするのは、これは非常に不可解です。こういう一部の取引のために本則を曲げてルールを作ろうとするのは立法の基本姿勢として非常におかしいと思います。そもそもその基本的な話からしても、債権譲渡というのは、債務者抜きで、譲渡人と譲受人の二人の合意でできる契約ですから、債務者がそれによって不利になるとか行動を制限されるということ自体が適切ではありません。

次も同じなんですけれども、これは提案中最大の疑問点と書いてあるんですけれども【28】、現在、債権譲渡

の第三者対抗要件は、先程説明したように、民法では債務者に対する確定日付のある通知か、債務者からの確定日付ある承諾です（四六七条二項）。そしてそれを権利行使要件としてするときには確定日付の要件は取ってしまつて方式は自由、という規定なんですけれども（同条一項）、その承諾を全部外して通知に一本化しようという提案⁽³⁸⁾、これが一番不可解です。

つまり、現在の債権譲渡実務において承諾というのは結構重要なんです。債務者の承諾が取れたからこそ、この債権を譲渡担保にして融資してあげようとか、承諾、さらに「異議をとどめない承諾」というルールがあつて（四六八条一項）、それが付いていると担保掛け目が上がって借りられる資金が多くなると、そういうふうに使われているんです。

これも私はびっくりしたんですが、債権法改正検討委員会の議論では、承諾をなくしてしまつても通知すれば同じだからいいんじゃないかと、そんな意見もありました。それはあまりにも実務を知らない学者の議論です。単に債権譲渡があつた後で通知されるというだけのものと、債務者が承諾したらこの債権譲渡をやつて、これらの債権を担保に融資するというスキームを走らせることにしようというのは全然違うんですね。債務者の協力、中にはイニシアチブまでがあつて債権譲渡が実現するケースもあるわけです。そういうところを考えると、やはり承諾というのは一番安定的な重要な対抗要件だということになります。また債権譲渡の場面で承諾という対応策を奪つて債務者を不利にするのはおかしいと、こういう話にもなるわけです。

ただこのあたりも、中間論点整理では、流石に適切な反対論も書き込まれ、多少バランスが取れてはきました⁽³⁹⁾が、私が不適切と考える提案はまだしっかり生き残っており、今後どう転ぶかはわかりません。

ますます専門的になりますから、簡単に申し上げますが、今度は将来債権譲渡の話です【29】。先程申し上げたように、流動化の弁護士と倒産弁護士の利害は真つ向から対立します。こういうところのルールを私は、倒産

異議をとどめない承諾

- ▶ 異議をとどめない承諾は、先述のように、実務ではそれなりの存在意義を認められている
- ▶ 学理的には観念通知で抗弁が喪失するのはおかしいなどとの理由で廃止論があり、私見もそれに賛成しているが、それはあくまでも、異議をとどめない承諾のような説明しにくい規定ではなく抗弁放棄の規定にするべきとの意見。→包括的な抗弁放棄などの規定を置いて、機能を代替することが前提。
- ▶ 承諾外しを実現するための「異議をとどめない承諾」廃止論には注意すべき。

どこまで規定すべきか—将来債権譲渡

将来債権譲渡については、不用意な規定は問題を引き起こす
流動化弁護士と倒産弁護士の利害が真っ向から異なる
ところ
倒産法に譲る、あるいは研究会を作って継続審議とすべきではないか？
公序良俗の観点から包括的な将来債権譲渡を制限する規定を置くのも反対
→包括的将来債権譲渡でもそれを見返りにした融資がなかったら倒産していたケースもある。⇒個別判断にしてこそ一般条項というべき

30

29

法に譲るべきか、あるいは研究会をつくって継続審議とする、つまり今回のものは何年後にまとめられるのか分かりませんが、そこから外してもう少し時間をかけてやるか、そういうことをすべきなのではないかと主張しています⁽⁴⁰⁾。将来債権が譲渡可能であるということの明文規定を置くなどのことはもちろん結構なのですが、具体的に不用意な規定を書く問題を引き起こすと思います。

異議をとどめない承諾【30】、これも先ほど申し上げたように結構実務で使われているのですが、要するに何も抗弁しない、あるいは抗弁ができなくなるという無留保の承諾というのがあるんですね（前出の四六八条一項）。これはフランス民法での相殺の抗弁に限定した規定をボワソナードが抗弁全般に拡大した日本独自の規定で、学問的にはいろいろ議論があつて、意思表示ではない観念通知で抗弁が喪失するという強い効果が出てくるのはおかしいから、こういうルールはやめようとかの意見があるところですから、別の代替できるルールを作るべきです。これは先に述べた UNCITRAL の国際債権譲渡条約などでも、こういう異議をとどめない承諾⁽⁴¹⁾というルールはもろくないですけど、抗弁放棄のルールはあるので、そういう形で包括的な抗弁放棄の規定を置いて、きちんと機能の代替をクリアにすればいいんだろうと思っているところです。

Ⅷ 各論6 消費者契約法の取り込み

- ▶ そもそも何の意味があつての消費者契約法の取り込みか？
- ▶ 民法の取引法化・事業者法化でバランスを取るための消費者保護の民法中でのケアを考えた？
- ▶ 私見ではそれは理論のつじつま合わせに過ぎない。
- ▶ 軽率に消費者法の規定を一般法化すると、企業取引に思わぬ問題を生ずる。
- ▶ それを避けるために消費者契約に限定する特別規定を作るのであれば、そもそも民法に入れなければよかっただけ。→ 慎重・誠実な処理が必要。

それからもう一つ、がらつと変わります、各論六、消費者契約法の取り込みですけれども【31】、最初のほうでお話ししたように、消費者契約法という、事業者と消費者の間の契約をコントロールするための法律があるのですが、この消費者契約を対象にした法律を民法の中に入れてしまおうという提案がされています。しかしそもそも何の意味があつて入れたいのか、入れなければならないのかというのが私は分からない。

一つは民法が取引法化・事業者法化して、先程の内田さんの言い方だと、事業者と消費者という色付きの人が増え、つまりニュートラルな市民というのはもう少ないんだというわけです。⁽⁴²⁾一方が事業者で、他方が消費者で、だから民法を事業者法化したら、バランスを取るために消費者保護を民法中でケアすると、こういう発想なのかなどと思うんですけれども、私はそれは理論のつじつま合わせだと思います。

またこれはそういう理屈だけで批判するわけではありません。軽率に消費者法の規定を一般法化しますと、企業取引に思わぬ問題を生じます。詳しくはお話ししませんけれども、例えば「不実表示」で表示が事実と異なつて

31

いたのだから取消しだという規定を、今、消費者契約法に書いてあるものを民法に入れると、仮にそれが企業間の「表明保証」にも被つてくるとどうなるか。「表明保証」(Representations and Warranties)は、日本法の保証とは全く異なるもので、英米法で行われてきたものが日本でも企業間の契約書で取り込まれてきているものなんですけれども、我が社はこういう負債を負っていないとか、こういう取引をしていないとか、それが事実と違っていたら合併はご破算になるとか、そういう働きをするものがあるんです。そういうものが民法に入ると、全部の表明保証違反の効果が、不実表示が民法に入ったために、先ほどの市民契約と同じで取消しであるということになると逆に困るとか、そういうことが出てきたりします。この消費者契約の規定の取り込みという問題については、住宅ローンとか、割賦販売法での適用

XI. 展望と提言一

債権法改正は時期と規模の見直しを

その1 急ぐ必要はない、国民の納得する時期に納得する内容で

- ▶ 今年の秋から第2ステージ
(法務省は時期を明確にしていないが)2013年国会提出のうさも
- ← 議論が一般に知られていない現状ではそれは無理ではないか
- ▶ 各国の改正論議を見ても一度棚上げになったり廃案になったりしているケースが多い
⇒ それはある意味当然、
- ▶ 国民のコンセンサス、意識形成には必要な「時間」がある
- ▶ 民法のような基本法はそれでよいし、それがよい

32

除外がどうか、専門家からはすでにいろいろご指摘があるところです。ですから、これは規定をうかつに作れない。

そうすると、そういうことを避けるために、民法には入れたけれど消費者契約に限定する(43)という特別規定を作ればいいのではないかと提案も『基本方針』にはあります。しかし、それだったら、そもそも民法に入れなければいけません。単純に思うわけで、流石に中間論点整理ではこの点はだいたい抑えた扱いになっています(44)、法制審部会にはぜひここは慎重、誠実に処理していただきたいと思っております。

ちなみに申し上げておくと、この民法にいろいろな法律を取り込もうというのは、例えばオランダはそうやっています。けれども、EUの中でもフランスはこれまでは、この段階までは非常にあっさりとして民法はニュートラルな形で、消費者法とそれから商法の要素は民法に入らない。フランスは徹底してしまして、消費者法というのではなく、包括的な「消費法典」というのができています。この消費法典の中には消費者契約の関係とか、団体訴訟とか、そういうものが全部入っているんですけれども、そういうふうに分けている国もある(45)。だから、まだ考え方は二つある。消費者法や商法の要素を取り込もうとしている国もあれば、決してそういうものを取り込もうしていない国もあるということです。

展望と提言にまいります【32】。私はまず債権法改正は時期と規模を見直すべきではないかと提言したいと思えます。提言その一は、急ぐ必要はありません。国民の納得する時期に納得する内容でやってくださいという事です。

おそらくこのパブリックコメントの後、今年の秋から第二ステージということになります。これはこういうふ

うに書いていいのかどうか分かりませんが、法務省さんは現段階で時期をまだ明確にしておられませんが、早ければ二〇一三年に国会提出をするのではないかとというわさもすであるということなんですが、全体の議論が一般に十分に知られていない段階で、それをおやりになるのはいかがなものかと思います。

各国の改正論議を見ても、一度棚上げにされたり廃案になったりしているケースが多いんです。それは私に言わせればある意味、当然なんですね。やっぱり国民のコンセンサス、意識形成には必要な時間があります。だから、技術的な業法に関してはスピーディーにやってもいいけれど、民法のような基本法に関しては、その意識形成に必要な時間をかける、それがいいと思います。

ということ、提言その二は、今やるべき改正と、そうでないものを仕分けすべきだということです【33】。どこかで聞いたような仕分けなどという言葉を使いましたけれども、やるべきものとしては判例法リステイト、

33 使い手に分かりやすくする、予測可能性を高める、それが適切に行われる分には判例法を条文にするというのは、そんなに問題ないと思います。これも判例法理の射程距離を正確に見極めて慎重にやる必要がありますけれども、ご質問があれば詳しくお話しします。

それから二番目、紛争解決の必要性という観点から、立法事実のあるものを条文化する。例えば法定利率の問題。日本では民事年五分、商事年六分です。現在の市中の一般の利率と全然違うんです。そうすると債務不履行とか不法行為で紛争になって訴訟が長引いたりすると、それだけで遅延損害金もその法定利率で計算されまますから、非常に偏った結果が出てくることがある。こういうものは現代のヨーロッパの民法典では変動利率化して市中金利に合わせている国が結構あります。これは

提言その2

今やるべき改正とそうでないものを仕分けすべき

①今やるべきもの

1. 判例法をリステイトして使い手にわかりやすくする(予測可能性を高める)(ただしこれも安易にしてはいけない)
2. 紛争解決の必要性(立法事実)のあるものを条文化例、法定利率の変動利率化
3. 各国の民法典で規定が存在する項目の条文化例、債務引受の民法上の承認

②時間をかけても方向性が適切なもの

研究会を組織して継続審議ないし仕切り直しとしてはどうか
 例、先にも述べた債権譲渡の登記一元化
 ▶ IT社会の進展とコストの低減、使い勝手の改善が前提
 ▶ さらに、コンピュータ化された登記を個人にまで使うとすれば、国民総背番号制の問題もクリアする必要
 ⇒ 法務省だけでできる話ではない
 ⇒ 日本学術会議IT社会と法分科会「日本の復興と新しい最適IT社会」の提言を準備中→国のIT戦略においては、費用対効果を十分考えるべき。また情報の流通と保護のバランスを考えるべき

34

積極的に早くやったらいいと思います。

それから各国の民法典で規定が存在するのに日本民法典にないもの、これは是非入れましようとして申し上げたいんです。例えば債務引受とか契約譲渡、こういうものは日本民法上ないわけですが、実際には取引をやっているわけですし、第二次大戦後にできたヨーロッパ諸国の民法典には大抵規定があります。ですから、現在条文がなくても今回きっちり書いて承認するということが必要だろうと思います。

判例法リステイトは、例えばカンボジア民法典は森島昭夫先生たちのグループの支援で、二〇〇七年に公布されましたけど、まさに日本の判例法のリステイト、その判例法で今の日本民法には条文がないけれども、判例が確立しているものをルー化するとこうなるというようなことを、カンボジアの民法典では日本の学者が提案してやっている。こういうところもあります。

次に、時間をかけても方向性が適切なもの【34】。これも先ほどちよつと一つ出てきましたけど、研究会を組織して継続審議とか仕切り直しでやったらどうなんですかということ。例えばさっきもお話した債権譲渡の登記一元化というのは、民法でやるとなったら、いろいろそういう国民総背番号制の問題までもクリアしないといけない。

そのIT化については、これは日本学術会議の「IT社会と法」分科会という、私が委員長をしている分科会では、今、今年九月ぐらいの発出を目指して、「IT社会の法システムの最適化」というタイトルの提言を準備しているんですけれども、この中では、内閣のIT戦略本部が平成二二年五月に出した「新たな情報通信技術戦略」を分析して、震災復興も考えてIT戦略の優先順位を見直す⁽⁴⁶⁾べきと述べるとともに、一国のIT戦略においては費用対効果を十分考えるべきだということを強調しています。お金を掛けて、そのわりに使われないという

X 結びにあたって

1. 震災復興のさなかのパブコメ

生活に余裕のない市民と中小企業者の声が、平常時よりもさらに反映されにくいのではないか—代弁者としての弁護士、司法書士、中小企業対象金融機関等に期待

(一般論として金融機関の皆さんに、「決まったら決まったでそれでやります」ではなく、ニーズとコストを考慮して発言を。)

▶ 債権法改正は「復興後の市民生活のグランドデザイン」であってほしい

③意見の対立がはっきり存在するもの

改正プランから外したほうが良い

▶ これをどちらかにしてしまうというのは、民法が国民の行動を政策的に強制すること

▶ 私の考える民法観からは不適切

結びにあたってということ、まず震災復興のさなかのパブコメについて一言、言っておきましょう【36】。弁護士会の方々が震災地域の声が集約できないので、秋までパブコメを延長して実施してほしいという主張もしていたと聞きます。結局この時期にやることに、それでも二カ月ぐらい遅らせてくださったんですけれども、この時期に意見募集をするというのは、やはり生活に余裕のない市民と中小企業者の声が、平常時にやるよりもさらに反映されにくいのではないかと気がします。ということ、市民や中小企業者を代弁する弁護士さんとか司法書士さんとか、また中小企業を対象にしている金融機関の皆さん等に期待をしたところです。

36

では、意見の対立が今、はっきり存在しているものはどうするか【35】。これは私は今次の改正プランからは外した方がいいのではないかと思っています。これはもともと内田参与も、そういうものも提案の中に入っていることは織り込み済みのはずと私は思っているわけですね。こういうものをどちらかに今、決めてしまうというのは、いわば民法が国民の行動を政策的に強制するということになるので、私の民法観からは不適切だと思えます。

35

のはこれからやってはいけないと。それから、情報の流通と保護のバランスを考えるべきということ、最初に申し上げたように、是非々々でやるべきものはどんどんやった方がいいし、時間をかけて考えた方がいいものは、周辺状況整備まで勘案して、そうしたらいいだろうということ、です。

2. 債権法改正は国際的プレゼンスのためにすることか—カンボジアで考えたこと

(UNCITRAL作業部会で感じたこととはまた別)

ボランティアの法学教育支援からの実感

- ▶ ・それぞれの国にそれぞれの民法
- ▶ ・相手に対する敬意を持った立法支援
- ⇒ 債権法改正は競争でもないし技術輸出でも国際的プレゼンスでもない

▶ そして、常に市民感覚の確認を

『『国際化』の致命的な欠陥は、下から上を見る視点の欠落である』(中村哲『辺境で診る辺境から見る』(石風社、2003年、127頁)

→ 幸福な市民生活の実現が何よりも重要なはず

37

何か一般論として金融機関の皆さんにと書いたんですけど、金融機関の皆さんの中には、あまり波風を立てたくないもので、決まったら決まったで、それでやりますとおっしゃるところも多いようです。けれども、自分たちの金融機関で、こういうルールになったらどうなんだろうということ、例えば民事時効が商事時効の五年よりも短い三年になるということはまずないと思いますけど、今、債権時効(消滅時効)を三年から五年という短期にそろえる提案がされています。現在の債権管理がそれで実務に問題がないのかなとか、やっぱりそれなりに皆さん、お金を掛けてスキームを作っていると思うので、そういうところのニーズとコストを考えて発言をなるべくたくさんしていただきたいと思うわけです。

それから約款の契約内容への取り込みなんていうのも、今回の改正審議に出ています。そうすると、契約後に約款を変更したなんていうときも、それを相手方にしっかり合意を取らないと、その変更が有効にならないとか、そういうことになったらどうするのかとか、いろいろ考えていただきたいことは、金融機関の皆さんにもあります。要はそれぞれのお立場で意見集約・発出を重ねていただきたい。結果的に民意を反映した債権法改正になることが何より望ましいでしょう。私はこの債権法改正を、復興後の市民生活のグラウンドデザインというふうにも位置付けているわけです。

次に、最初の方で出てきた国際的プレゼンスということなんですけれども、私はちょっと別の感じ方を持っております【37】。内田参与は、日本にとって債権法の抜本改正は日本の国際的プレゼンスのかかった国家戦略の問題であると言われた。確かにそういう面もあるかもしれない、と思う一方で、私はそこにいささかの違和感を覚えます。内田参与はユニドロワ(UNIDROIT)とかUNCITRALの国際舞台で大いに活躍をされて

きました。私はそれほどの国際経験はもちろんありませんけど、私もUNCITRALの方では、内田さんが電子商取引の作業部会、私は国際債権譲渡条約作業部会の政府代表を務めました。

一方、私はカンボジアで二〇〇〇年以降、四回ほど講演とか授業をした経験がありまして、そこからはUNCITRALで得たものとはまったく異なった観点を身に付けております。先端に行く素晴らしい債権法を作って、欧米諸国との競争に勝ち、またアジアの諸国にまねされるようなものをとというのも分かるんですけれども、ただ私がかかわったボランティアの法学教育支援、これはJLeague（日本・カンボジア法律家の会）という弁護士さんのグループですけれども、このボランティア団体では、私は違うことを感じました。

これは私の民法入門書⁽⁴⁷⁾と、京都大学の刑法の中山研一先生の本をクメール語に訳して、プノンペン大学などに寄贈して、法学教育支援を行ってきたもので、カンボジアでは教材として今もその本が使われており、JLeagueの先生方は毎年講義に行っておられるようですが、そういうところで授業をしたりした実感からすると、ここに書いたように、やはりそれぞれの国にそれぞれの民法が存在するべきなのであって、立法支援は常に相手に対する敬意を持ってすべきという、こういう認識が大事だと思っています。進みが早い遅いの問題ではない。それから復興、学習のスピードというのは驚くほど速い。私が最後に行ったときには、カンボジア民法の公布を祝福して、これからは共に民法研究の仲間ですよということを申し上げて帰ってきました。

ですから、民法の場合は、結局それぞれの国がそれぞれの国民性とニーズで消化して作り上げていくものだろうと思います。それは我が国でもボワソナード旧民法以来の歴史が証明していると私は思うんです⁽⁴⁸⁾。だから、たしかに、中小企業も含めて企業が海外に輸出する場合などに、債権法の内容が準拠法選択に影響するという指摘もあります⁽⁴⁹⁾が、債権法改正は本質的には、競争でもないし、技術輸出でもないし、国際的プレゼンスでもないという思いが私にはあります。

そして、国外に向けての発信の話でも、国内の話でも、大事なことは国際化ということが上から下への押し付

3. 私の考える民法観と債権法改正

- ▶ 本来、民法は、市民の行動を法が吸い上げる性質のもの。
- ▶ オカミが人民に下げ渡すものでも、政府が業界を指導する法律でもない。
- ▶ 市民をして、市民の法を作らしめよ
- ▶ 明治民法施行以来110年以上たって、学者も成長したが実務も市民も成長している
- ▶ 債権法改正に歩み出した行動自体は正しいこと
- ▶ しかし強引な立法作業はどこかでしっぺ返しが来る
- ▶ 「コップの中の嵐」の状態ではいけない。
- ▶ 国民の間で問題が認識され議論が盛り上がる状況が形成されるまでじっくりと時間をかけるべきである。

38

けになつてはいけないということです。すでにこれは昨年の慶應義塾大学法科大学院で行ったシンポジウム⁽⁵⁰⁾でも述べたことなんですけれども、アフガンで活躍しておられる中村哲さんというお医者さんは、「国際化の致命的な欠陥は下から上を見る視点の欠落である」と、こういうふうに言っておられる⁽⁵¹⁾。これは分野や文脈こそ違え、法の世界でも私は見事に当てはまる名言であると思います。やはり債権法改正は何よりも幸福な市民生活を実現するための改正にならなきゃいけないと思うわけです。

私は、民法というものは、世の中にいろいろな法律がある中で、一般に市民の行動を法が吸い上げる性質のものというふうに考えています。お上がルールを作つて人民に下げ渡すものではないと。もちろん、政府が業界を指導する業法を作る、ああいう種類の法律でもない。だから、民法は市民に作らせてくださいと。市民をして市民の法を作らしめよということを私は申し上げたい

【38】。

明治民法施行以来、一一〇年以上たちました。学者も成長しましたけれども、実務家も市民も成長しているんです。私は債権法改正に歩みだしたその行動自体は正しいことだと思ふ。だけれども、強引に立法作業を「上から目線」で進めるといふのは、どこかでしっぺ返しがくると考えています。

そういうスタンスで今やっているから、まだコップの中の嵐なんじゃないですか。一般市民にまだ全然浸透しない、知れ渡らないんじゃないですかということをお願いしたい。国民の中で問題が認識されて議論が盛り上がる状況が形成されるまで、これはじっくりと時間をかけるべきであろうと思うわけです。

私の悪い癖で、自分の電波時計を見ながら時間いっぱい授業をするというのが癖になつていまして、八時まで

残り二〇秒になってしまいましたけれども、これをもって今日の講演を終わりたいと思います。どうもご清聴ありがとうございました。(拍手)

- (1) 池田真朗「実務軽視で始まった債権法改正作業」金融財政事情二〇一一年七月一日号三一頁以下。
- (2) 内田グループと呼ぶのは、鎌田薫教授を委員長とした内田貴氏が事務局長であった民法(債権法)改正検討委員会である。加藤グループは、加藤雅信教授を代表とした民法改正研究会、時効に関する金山グループは、金山直樹教授を代表とした時効研究会である。これらはそれぞれシンポジウムで改正提案を報告し、活字として発表した(下記注(5)(6)(7)を参照。各グループの比較については、たとえば池田真朗『債権譲渡と電子化・国際化』(債権譲渡の研究第四巻)(弘文堂、二〇一〇年)三九四頁以下参照。
- (3) 加藤雅信『民法(債権法)改正—民法典はどこにいくのか』(日本評論社、二〇一一年)。
- (4) 池田真朗「民法(債権法)改正のプロセスと法制審議会部会への提言—債権譲渡関係規定による例証とともに—」法律時報一〇一九号(二〇一〇年)八八頁以下(池田・前掲注(2))『債権譲渡と電子化・国際化』四一九頁以下所収)。
- (5) 民法(債権法)改正検討委員会『債権法改正の基本方針』(NBL九〇四号、二〇〇九年)。なお別冊NBL二二六号『債権法改正の基本方針』(商事法務、二〇〇九年)も同内容である。
- (6) 最新版は、民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』(法律時報増刊、日本評論社、二〇〇九年)。
- (7) 金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言』(別冊NBL二二三号、商事法務、二〇〇八年)。
- (8) 池田・前掲注(2)『債権譲渡と電子化・国際化』四〇三頁。
- (9) 池田真朗「債権譲渡に関する民法(債権法)改正の問題点—対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会部会資料を基にした検討—」慶應法学一九号(二〇一一年)七〇頁。
- (10) 前掲注(5)『基本方針』二五七頁の【3.1.7.08】〈1〉は、「数人の保証人があるとき、各保証人は連帯して保証する」とする。

- (11) 前掲注(5)『基本方針』一二二頁の【3.1.1.85】を参照。
- (12) 前掲注(5)『基本方針』一八頁の「六 消費者契約法の取扱い」では、「改正民法典は、消費者取引・事業者取引に関する基本ルールを取り込む(一般法化・統合する)ことを前提としている。」という文章から始められている。この発想に基づき、多数の規定が提案されている。ただ、この引用した文章で「改正民法典は」というのは、『基本方針』という名の提案をする学者たちが考える「改正民法典」に過ぎない(法制審議会部会が当然の前提とするわけではない)、部会が当然の前提としたら非常におかしいことである)。こういうところも一般の読者に誤解を与えない表現であることに注意したい。
- (13) 前掲注(5)『基本方針』一二二頁の【1.5.06】、一二三頁の【1.5.07】を参照。
- (14) 角紀代恵「債権法改正の必要性を問う」法律時報一〇一八号(二〇一〇年)七五頁等。
- (15) 内田貴『債権法の新時代―「債権法改正の基本方針」の概要』(商事法務、二〇〇九年)三三三―三四頁。
- (16) 星野英一『民法のもう一つの学び方(補訂版)』(有斐閣、二〇〇六年)二七―二八頁。
- (17) ウィーン売買条約については、たとえば、甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法Iウィーン売買条約』(法律文化社、二〇〇〇年)参照。
- (18) 以上のウィーン売買条約の教科書レベルでの紹介として、たとえば池田真朗『新標準講義民法債権各論』(慶應義塾大学出版会、二〇一〇年)一五一頁。
- (19) 筒井健夫「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」NBL九五二号(二〇一一年)一四頁。
- (20) 松本恒雄「債権法改正論議の経緯と民法学習におけるその意義」法学セミナー二〇一一年七月号四頁以下。
- (21) 民法(債権法)改正検討委員会ではさらに先鋭な議論があったものの、最終的には保証の原則形は普通保証で、連帯保証は例外と位置付ける形で連帯保証の基本規定ができていた(前掲注(5)『基本方針』二六一頁の【3.1.7.13】)、たとえば、現行の普通保証の場合の催告の抗弁権は、あまり意味がないという理由で廃止する提案が多数意見に基づいてされている(前掲注(5)『基本方針』二六一頁の【3.1.7.05】〈1〉)。ただし私は反対の少数意見を主張した。

- (22) 法制審議会部会資料八―二第二、六〔六〇頁〕、前掲注(5)『基本方針』二五七頁。
- (23) 中間論点整理四三頁。中間論点整理は法務省のホームページからも検索できるが、NBL九五三号付録の「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」もある。
- (24) 前掲注(5)『基本方針』一三六頁の【3.1.1.63】(1)。
- (25) 中間論点整理八頁。前掲注(23)のNBL九五三号付録も同頁(法制審議会部会資料は五―二第二、三(2)〔二八頁〕)。
- (26) 二〇〇四年の民法現代語化については、池田真朗編著『新しい民法―現代語化の経緯と解説』(有斐閣ジュリストボックス、二〇〇五年)参照。
- (27) 松尾弘「シビルローとコモンローの混交から融合へ―法改革のためのグローバルモデルは成立可能か(1)(2)―」慶應法学一九号(二〇一一年)一七九頁以下、同二〇号(二〇一一年)一四五頁以下(未完)。
- (28) 内田貴・前掲注(15)一一四頁以下。
- (29) 筆者は民法(債権法)改正の方向性や債権譲渡関係規定のあり方については、すでに以下の各論考で論じている。
- ①池田真朗「債権譲渡論」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』(信山社、二〇〇九年)三〇七頁以下(②池田真朗「民法(債権法)改正論議と債権譲渡規定のあり方」慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集『慶應の法学・民法』(慶應義塾大学法学部、二〇〇八年)二五頁以下を増補)、③同「民法(債権法)改正検討委員会試案の成果と課題」ビジネス法務二〇〇九年九月号五一頁以下、④同「民法(債権法)改正における論点・課題―債権譲渡に係る規定を中心に―」SFJ Journal(流動化・証券化協議会)Vol.2(二〇一〇年)二頁以下、⑤同「民法(債権法)改正のプロセスと法制審議会部会への提言―債権譲渡関係規定による例証とともに―」法律時報一〇一九号(二〇一〇年)八八頁以下があり、以上はいずれも池田真朗「債権譲渡と電子化・国際化」(債権譲渡の研究第四卷)(弘文堂、二〇一〇年)に収録されている。その後のものとして、⑥同「民法(債権法)改正と債権流動化―譲渡禁止特約と将来債権譲渡に関する法制度審議会部会の「検討事項」の分析を基礎に―」『資産流動化に関する調査研究報告書』(リース事業協会)第六号(二〇一〇年)一頁以下、⑦同・前掲注(9)「債権譲渡に関する民法(債権法)改正

の問題点―対抗要件と将来債権譲渡についての法制審議会部会資料を基にした検討―」慶應法学一九号(二〇一一年)六七頁以下、⑧同「債権法改正の問題点―中間論点整理の公表を受けて―」税経通信二〇一一年七月号一七頁以下、⑨同・前掲注(一)「実務軽視で始まった債権法改正作業」金融財政事情二〇一一年七月一日号三一頁以下、がある。

(30) 最判昭和四八年七月一九日民集二七卷七号八二三頁。

(31) 大阪高判平成一六年二月六日金法一七一―号三五頁。批判として池田真朗「判批」金融判例研究一五号(金法一七四八号、二〇〇五年)三四頁以下(池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』(弘文堂、二〇一〇年)二二六頁以下所収、とくに二二九頁参照)。

(32) UNCITRAL 国際債権譲渡条約第九条。池田・前掲注(2)『債権譲渡と電子化・国際化』四四三頁～四四四頁に対訳を収録。

(33) 相対的効力説など、譲渡禁止特約に関する中間論点整理は四五頁以下。中間論点整理の前の段階の「検討事項」を対象にした私見は、前掲注(29)⑥の「民法(債権法)改正と債権流動化―譲渡禁止特約と将来債権譲渡に関する法制度審議会部会の「検討事項」の分析を基礎に―」『資産流動化に関する調査研究報告書』第六号四頁参照。

(34) 池田真朗「債権譲渡特例法の評価と今後の展望(下)」NBL六五七号(一九九九年)二八頁(同『債権譲渡法の展開』(弘文堂、二〇〇一年)一六〇頁所収)。

(35) 池田真朗・前掲注(29)「民法(債権法)改正のプロセスと法制審議会部会への提言―債権譲渡関係規定による例証とともに―」法律時報一〇一九号九二頁(池田・前掲注(2)『債権譲渡と電子化・国際化』四二七頁所収)。

(36) 池田真朗『債権譲渡の研究』(弘文堂、一九九三年)七八頁(同増補二版同頁)、池田真朗「対抗要件・権利保護資格要件・権利行使要件」池田真朗他『マルチラテラル民法』(有斐閣、二〇〇二年)七八頁。

(37) 部会資料九―二第一、三(2)(二二頁)、同(3)(関連論点)一(二六頁)。中間論点整理では四九頁。

(38) 前注(37)で示された問題の提案は、債権譲渡の第三者対抗要件と債務者対抗要件(権利行使要件)を分離したうえで、第三者対抗要件を登記に一元化し、さらに債務者権利行使要件を通知に限定する、というものであるから、

結果として承諾は全面的に対抗要件システムから排除されることになる。

(39) 中間論点整理四九頁では、以下のように書かれている。「これに対して、債務者対抗要件という概念は、本来、それが具備されなくても、債務者の側から債権譲渡の事実を認めて譲受人に対して弁済することができることを意味するものであるとの指摘があった。他方で、現行法の理解としても、債務者が譲受人に弁済できると解されているのは、承諾という債務者対抗要件があるからであって、債務者対抗要件とは無関係に債務者が弁済の相手を選択できるという結論は導けないという考え方もあり得るとの指摘があった。また、承諾によって、債務者対抗要件の具備と同時に抗弁の切断の効果が得られることから、実務上承諾に利便性が認められているとの指摘があった。以上の指摘等に留意しつつ、債務者対抗要件(債務者に対する権利行使要件)を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなければならないとする明文の規定を設けることの可否について、更に検討してはどうか。」

(40) 将来債権譲渡の法制審議会資料「検討事項」に対する私見については、池田・前掲注(9)「債権譲渡に関する民法(債権法)改正の問題点」慶應法学一九号八二頁〜九五頁参照。

(41) UNCITRAL国際債権譲渡条約第一九条。池田・前掲注(2)『債権譲渡と電子化・国際化』四五頁に對訳を収録。

(42) 内田貴「いまなぜ「債権法改正」か? (下)」NBL八七二号(二〇〇八年)七四頁。

(43) 前掲注(5)『基本方針』は二〇頁の【1.5.15】で不実表示を一般法化(消費者契約に限定せずに民法に取り込む)した上で、三四頁の【1.5.18】で消費者契約法にいう「断定的判断の提供に基づく誤認」による取消しを、統合つまり消費者契約限定の規定として民法に取り込み、三五頁の【1.5.19】で消費者契約法にいう「困惑」による取消しを同じく消費者契約限定の規定として民法に統合する。

(44) 流石に中間論点整理では、このような消費者契約法規定の一般法化や統合の提案は表立った形では書かず、ただ九三頁の「五 意思表示に関する規定の拡充」という項目で、「詐欺、強迫など、民法上表意者が意思表示を取り消すことができる」とされている場合のほかにも、表意者を保護するための意思表示の取消しを認める場合があるかどうかどう

かについて更に検討してはどうか」とし、続けて九四頁には「例えば、契約を締結するか否かの判断に影響を及ぼすべき事項に関して誤った事実を告げられたことよって表意者が事実を誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方がある。また、表意者の相手方が表意者にとって有利な事実を告げながら、これと表裏一体の関係にある不利益な事実を告げなかったために表意者がそのような事実を存在しないと誤認し、誤認に基づいて意思表示をした場合（誤った事実を告知されたことに基づいて意思表示をした場合と併せて不実表示と呼ぶ考え方がある。）には、表意者は意思表示を取り消すことができるという考え方もある。これらの考え方に対しては、濫用の恐れを指摘する指摘や（原文のまま）、表意者が事業者であつて相手方が消費者である場合にこのような規律を適用するのは適当ではないという指摘、相手方に過失がない場合にも取消しを認めるのであれば相手方の保護に欠けるとの指摘などもあるが、これらの指摘も踏まえ、上記の考え方の当否について、更に検討してはどうか。【部会資料一―二―二第三、六(1)〔五二頁〕、(2)〔五六頁〕】としていたのである。かなり抑えた書きぶりであるが、そこで「考え方」として示されているのは、前掲注(43)の『基本方針』の内容に他ならない。このように、『基本方針』のかなり問題のある提案でも、今回の中間論点整理では、論点として排除されてはいないことに注意したい。

(45) 民法改正研究会が主催して二〇〇八年三月に開催された民法改正国際シンポジウムの成果を収める、民法改正研究会編『民法改正と世界の民法典』（信山社、二〇〇九年）参照。ことに同書三七五頁以下のピエール・カタラ（野澤正充訳）「フランス民法典―債務法改正草案への動き」を参照。

(46) 日本学術会議「IT社会と法」分科会の提言「IT社会の法システムの最適化」は、二〇一一年八月二九日に発出された。日本学術会議ホームページ参照（URLは <http://www.sci.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-21-t128-1.pdf> である）。

(47) 池田真朗『民法への招待』（税務経理協会、現在第三版補訂）のクメール語訳は、日本・カンボジア法律家の会（桜木和代・木村晋介共同代表）によって、当初分冊でプノンペン大学、カンボジア裁判官養成所、弁護士会等に寄贈され、現在は全訳が国際ドメイン masaikedada.com で自由に読むことができる。なおカンボジア民法典は、二〇〇

七年一二月に公布されたものの、その施行細則ができていないため、少なくとも本年二〇一一年夏までの段階では正式施行に至っていないようである。

(48) 池田真朗『ボワソナードとその民法』（慶應義塾大学出版会、二〇一一年）参照。

(49) 道垣内正人「債権法改正」の国際競争上の必要性」ビジネス法務二〇〇九年八月号一頁は、法の適用に関する通則法の観点から、債権法は、物権法などと異なり、真の意味で国際競争の中にあり、「国際取引に関する契約の当事者が外国法の適用を合意すれば、日本の契約法の出る幕はなくなる」として、日本の債権法が当事者によって選択されるような国際競争力をつけるべきことを主張する。もっともな意見であるが、この点について私見は、「取引法の分野での国際化を推進したい一方で、わが国の現状にふさわしい、国民にとって最適な民法（債権法）をいかに探求すべきかという視点との調整に思案するところ」と書いた（池田・前掲注(2)『債権譲渡と電子化・国際化』四〇六頁）。

(50) 「民法改正シンポジウム・民法（債権法）改正へ向けて―実務と学理の協働」は、慶應義塾大学大学院法務研究科・同法学部・三田法曹会の共催で、二〇一〇年一月二七日に慶應義塾大学三田キャンパスで開催された。その内容は、慶應法字一九号（二〇一一年三月）と同二〇号（二〇一一年八月）に掲載されている。私の報告は、池田・前掲注(9)「債権譲渡に関する民法（債権法）改正の問題点」同一九号六七頁以下である。

(51) 中村哲『辺境で診る辺境から見る』（石風社、二〇〇三年）一二七頁。