
民法（債権法）改正の総論的な論点

— 割賦販売法における消費者保護のあり方も踏まえて —

片岡義広

片岡総合法律事務所：弁護士
中央大学法科大学院客員教授
法政大学法科大学院兼任教授

要旨

- 1 民法（債権法）改正は、世界の潮流にも鑑み、世界に範たるものになるべきものとする。
- 2 実務的には、①定義、②要件、③効果、④立証責任の点で、正確性と明確性の確保が重要である。
- 3 民法は、その私法の一般法たる基底性の観点からは、内容的に価値中立的なものであるべきである。
- 4 信義則等の一般条項に基づく類型別の判例法理の明文化は、規範的要件の構造にも鑑み、慎重に対応すべきである。
- 5 消費者契約法の一般法化及び統合については、取引社会の妥当な利益調整と消費者保護の実効性確保の観点からも賛成できない。消費者保護は、一般的な消費者契約法によるほか、個別法等により木目細かに刑事、行政、民事法を総合した立法で対応すべきである。

【目次】

- I. はじめに
- II. 債権法改正に至る基本的方向性と検討プロセス
- III. 債権法改正の基本的方向性と留意点
- IV. 一般条項に係る類型を明文化することの問題点
- V. 消費者契約法の一般法化・統合等の問題点
- VI. おわりに

I. はじめに

法制審議会は、平成21年10月28日の総会で法務大臣から民法（債権法）改正の諮問を受け、民法（債権関係）部会（鎌田薫部会長）を設置して、その審議を開始した。

これを受け、社団法人日本クレジット協会では、「債権法改正に係る研究会」（後藤卷則座長）を設置し、法制審議会民法（債権関係）部会に平成21年11月24日第1回に示された検討

事項の一例（メモ）（部会資料2）及びその他に考えられる論点の27項目にわたって詳細な意見書¹⁾を作成し、これを法務省及び法制審議会の部会に提出をした。小職は、その研究会の委員として、また、事務局として意見書の起案に関与させていただいたが、本稿では、その意見書を参照しつつも、民法（債権法）改正の総論的及び鳥瞰的な問題について、私見を述べるものである²⁾。

Ⅱ．債権法改正に至る基本的方向性と検討プロセス

1 2つの研究会

民法学界では、まず、民法学者に加え、弁護士その他の実務家等も参加する民法改正研究会（加藤雅信代表、以下「改正研究会」という。）が活動を開始し、その成果は、「民法改正・国民・法曹・学界有志案・仮案の提示」³⁾として公表されている。

他方、有力な多数の民法学者を中心に商法及び民事訴訟法学者を加え、また、法務省民事局中心のメンバーを事務局とする民法（債権法）改正検討委員会（鎌田薫委員長、以下「検討委員会」という。）が平成18（2006）年10月7日に設置され、平成21（2009）年3月31日に「債権法改正の基本方針」⁴⁾が取り纏められた。

いうまでもなく、他にも民法学者からの民法（債権法）改正に関する提言は多々あるものの、大きな流れとしては、この2つの研究会があって、民法（債権法）改正の基本的方向の対立軸についての論点を浮き彫りにしている。

2 基本的方向の相違

すなわち、2つの研究会の基本的方向についても、いくつかの指摘がなされているが、私見によれば、民法（債権法）を現代化するという基本点では一致をし、その展開として、次の2点でも、基本的方向は一致しているものと思われる。

- ① 市民に分かりやすいものにする事。
- ② 確立した判例法理を明文化すること。

しかし、改正研究会が現行民法で社会に支障を生じていないとの認識の下に、「現行民法典との連続性」を理念とするのに対し、検討委員会は、「契約法や債権法の世界的・地域的統一傾向への対処」を理念とし、この点が大きな対立軸であると考えられている。その相違もあって、改正研究会の改正法試案の条文数は少ないのに対し、検討委員会の改正提案は、抜本的な改正であり、条文数、法文量も相当に増加することになる。

3 あるべき改正の基本的方向性

私は、この点に関しては、国際的ハーモナイゼーションを目指す抜本的改正を支持するものである。

すなわち、好むと好まざるとに拘わらず、現実としてグローバリゼーションが進行する中で、我が国ひとり孤立をし、ガラパゴス化⁵⁾をするわけにはいかない⁶⁾。

そのような中で、他の拙稿⁷⁾でも論じたが、平成21（2009）年4月に、我が国政府は、官民を挙げた国際経済協力の重要分野の一つとしてアジアを中心とする法制度整備支援を掲げるに至っている。これには、学界はいうまでもなく、最高裁、法務省そして日弁連も、かねてから各国の法制度整備支援の協力をしてきたところである。世界的に契約法及び債権法の統一の動きもあり、これらの動きを踏まえて、我が国としては、世界に範たる民法を目指すべきである。

ただ、そのことによって、我が国の社会に悪影響を及ぼすことや混乱を生じさせることがあってはならないことはいうまでもない。これから議論すべきは、各論的にどうするかという大作業である。

4 適切な検討プロセス

以上のような基本的な見地に立つとき、法務省及び検討委員会が採られたプロセスは、誠に適切であったと考える。

ちなみに、検討委員会の活動に対しては、今は、陰を潜めたものの、当初は、実務家の意見を聴かないで民法改正の議論をするものとの批判が弁護士界を中心に散見された。しかし、その批判は当たらない。

すなわち、国民の経済活動に多大な影響を及ぼす基本中の基本法というべき民法典の債権法の大改正に取り組むのであるから、相当の事前準備がなされるべきである⁸⁾。前述の国際的な見地に立って抜本改正を目指す以上は、比較法の見地も踏まえ、かつ、体系的な視点が必要である。そして、それを最もよくなしうるのは研究者であって、実務家ではない。また、民法（債権法）改正法案は、極めて技術的なものというべきであるから、いくら国民の声に基づくべきものとしても、議員立法ではなく、内閣提出法案とするべきものである。そうすると、これを担当すべき法務省民事局としては、研究者に論点を提示して調査及び議論を依頼し、また、研究者の議論の動向とその成果を調査するべく、研究会の事務局を勤めることもあるべきことである。そこで、有力な民法学者及び関係する商法及び民事訴訟法の学者を中心とする研究会での議論の成果を得て、それを一つの叩き台として実務界が検討をし、法改正要望を調整していくというプロセスが最も適切である⁹⁾。

そして、検討委員会解散後、法制審議会民法（債権関係）部会の審議開始後は、実務界からの意見聴取と調整のプロセスが現に実行され、また、今後も予定されているものと考えられ、我が国の民法（債権法）改正は、誠に適切なプロセスを辿っているといえることができる。と考える。

Ⅲ. 債権法改正の基本的方向性と留意点

ところで、前述の法改正の基本的方向性であるが、実務法曹としての私としては、法改正に際してなお留意してもらいたいことがある。ちなみに、以下は、本稿の性質上、検討委員会の基本方針に対し、総論的又は各論的に反対し、又は注文を付けることばかりを記すことになるが、基本方針の多くには賛成であることも、ここに付記させていただく。

1 市民に分かりやすいものにするということについて

市民に分かりやすく、読んで分かる民法にするという点は、前述の二つの研究会がともに共通の理念とする。基本的にこの点に異議はない。

(1) 正確性と明確性

しかし、他方で、法は厳格なものであるとともに、奥深きものである。ましてや、基本中の基本というべき民法の各概念は、借用概念¹⁰⁾として、おびただしい他の法律の前提となっている¹¹⁾。したがって、法の基本というべき①概念（定義）、②法律要件、③法律効果の各要素については、正確かつ明確であるべきである。そして、実務法曹としては、民事実体要件としての④立証責任の所在も明確にするべきものと考えられる。すなわち、立証責任の所在は、その規定の適用可能性の結論を左右する重要な要素であるから、その規定の賛否の意見を述べるのに重大な影響のある事項であるからである。したがって、中間試案の意見照会がなされる段階においては、できる限りその点も明らかにしてもらいたいと考える。

ちなみに、現行民法は、これらを正確かつ明確に記述しているとは言い難いから、これらを実現すれば記述量が多くなることは避けられない。また、正確さを重んじて長文になれば、法律学の素養のない一般市民にとっては、読みづらくなるだろう。それは、実は、法律家にとっても同様であろう。しかし、法律家も例えば保険に加入する際に保険約款を熟読する気がしないのと同様に、一般市民が自己の問題と無関係に民法の条文を通読したりはしない。民法を勉強しようと思えば、入門書ないし概説書を読むであろうし、また、そうすべきである。要は、問題となっている部分を読んだときに、法規範を明確に知りうることが重要であ

り、これは、法律家にとっても、一般市民にとっても同様であり、また、その社会すなわち我が国全体の安定にとって重要なことである。

我が国もここ十数年、リーガライゼーション（法化社会化）が進行している¹²⁾。司法改革により、弁護士人口も飛躍的に増大中であるし、司法書士法の改正により、市民に身近な法律家¹³⁾として司法書士も一定の法律相談と訴訟代理権を取得した。市民の各種法律問題に法律家の補助の必要は増すとともに、それに応える環境の整備もなされつつある。

そこで、民法（債権法）の改正に際しては、他の法律への影響にも鑑み、上記4要素が正確かつ明確であることが我が国にとって最も重要なことであると考え次第である。分かりやすさは、平易な文体を用いたり、法命題を分析的に記載する等の工夫で配慮をするべきであろう¹⁴⁾。

（2）一般法としての民法のあり方

法の正確性と明確性の要請に関する問題として、そもそも民法を基本的にいかに捉えるかとの問題もある。

すなわち、私（達）は、民法を「私法の一般法」として捉えてきた¹⁵⁾。しかし、近時、民法学界等では、私法の一般法であるとともに、「市民社会における市民相互の関係を規律する」ものと捉えられるようになってきている¹⁶⁾。「市民」や「規律」という概念には色々議論があるところであるが、民法は、事業者ではない個人相互間のいわゆるCtoCのみならず、BtoC及びBtoBの法律関係にも適用される。民法が私法の一般法であるがゆえの抽象性は、一般に承認されているところと考えられるが、今回の民法（債権法）改正に際しても、その点を貫くべきものとする。そこで、法律にあっては、社会科学の中でも規範的価値判断が入って来ざるを得ない結果、限界はあると思われるものの、民法（債権法）は基本中の基本である一般法であることから、できる限り、数学や論理学の公理や定理のように、価値中立的に正確かつ明確なものであることが望まれる。

2 確立した判例法理を明文化することについて

この点についても、一般論として異論はないものの、各論的には異論のある論点があるし、また、一般に確立した判例法理といわれているものであっても、信義則や権利濫用等の一般条項に係るものについては、本来は当該事案の具体的事例に基づく事例判例というべきものであり、かかる一般条項に係る判例法理を類型化して民法に記載すべきかどうかについては、別個の検討を要する。

(1) 確立した判例法理と異なる改正提案の例

例えば、確立した判例法理と異なる改正提案がなされている例としては、検討委員会の【3.1.3.30】〈4〉がある。すなわち、差押えと相殺の優先関係については、最判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁がいわゆる無制限説を採用したものと評される確立した判例法理というべきであり、実務もこれに依拠して安定した法運用がなされてきたと考えられている。検討委員会の【3.1.3.30】〈4〉の提案の趣旨では、弁済期を操作する濫用的な相殺対抗を禁止する趣旨の提案とされる¹⁷⁾が、正当な相殺の期待を奪う事例の方が圧倒的に多くなり、実務に大きな混乱をもたらすおそれがある。権利濫用の禁止等の一般条項を明文化して取り込むことに関しては、以下に述べるとおり、安易に行うべきものではないと考える。また、確立した判例法理と異なる改正提案をする場合には、その問題点と改正提案の合理性という立法事実について、相当に説得的な主張立証の責任があるというべきであろう。

(2) 一般条項に係る判例法理に関する改正提案の例

また、例えば、一般条項に係る後者の例としては、検討委員会の【1.5.02】〈2〉は、公序良俗違反に関し、その第2項に暴利行為に関する規定を新設することとされている。これは、大判昭和9年5月1日民集13巻875頁の裁判例を参照しての提案とされている¹⁸⁾。これは、必ずしも確立した判例法理を明文化するものではなく、近時の下級審裁判例及び学説を受けての提案とされているが、当該大審院判例が「著しい」「過大な利益の獲得を」「目的」とする場合と厳格な要件を設けているのに対し、単に「不当な利益を取得する」ことと極めて緩やかな要件とする提案となっており、著しく適用範囲を拡大するものとなっている。「不当」という概念は、法的な視点での概念とはいえ、客観的な基準を欠いて法的安定性を害し、濫訴の弊害をもたらすおそれがある。よって、【1.5.02】〈2〉の提案には反対せざるをえない¹⁹⁾。

Ⅳ. 一般条項に係る類型を明文化することの問題点

信義誠実の原則、権利濫用の不許、公序良俗違反の無効等の一般条項は、いずれも要件事実論でいうところの規範的要件²⁰⁾に係るものである。そして、規範的要件に係る主張立証は、まずその規範的要件の規範的評価を根拠付ける具体的事実（評価根拠事実）が主張かつ立証されないと成立せず、その評価根拠事実が認められても、それに対する評価障害事実が主張かつ立証されれば、結局その一般条項の法律効果が障害されるという構造を持つ。

裁判は、そもそも、いうまでもなく個別具体的事例の下における判断である。しかし、最高裁判所の判決で一般化する法理は、狭義の「判例」²¹⁾として、実務上、規範としての価

値を持つ。ただ、最高裁判所の裁判例といえども、記述的な要件に関するものではなく、上記のような一般条項に係るものについては、いわゆる事例判例として、その射程範囲が常に問題となる。

一方、我が国の裁判所は、一般条項の適用に関して比較的慎重な傾向があるようにも思われ、もう少し一般条項を適用してもよいのではないかと思われる場面がBtoBの場面においてもあると感じる。かかる観点からは、信義則違反等の規範的要件に係る事案の類型を明文化して、裁判所に積極的な判断を促すということに意味があるとも考えられる。

しかしながら、相当程度に類型化が行われ、一般的に見える判示がなされた論理であっても、それを明文化することは危険である。すなわち、一定の類型に該当したとしても、具体的な事実関係（事情）の下に、その事情を踏まえて規範的評価が成り立つものであって、規範的評価を基礎付けうるいくつかの要素（事実）があるからといって、異なる事実関係（事情）の下では必ずしも当該規範的評価が成立することにはならないからである。

また、当該規範的評価が成り立つ場合の法律効果も検討する必要がある。請求権等の法律効果が成立した場合に対する攻撃防御方法の法律効果は、「障害」、「消滅」及び「阻止」の3種類であるが、信義則違反の場合は、障害のほかに阻止にとどまる場合もあり、また、権利濫用の法律効果は、障害ではなく、阻止にとどまる²²⁾。すなわち、「障害」は、無効という法律効果をもたらすが、「阻止」は、当該事案において当該攻撃防御方法を主張することができないという法律効果をもたらすにすぎない。すなわち、一般条項違反についての法律効果については、その事案の下における個別性が強いものであるから、これを一般化して強い法律効果を認めるべきものではないのである。そのことにも留意する必要がある。

英米法は、基本法が成文法ではなく、判例法の国であるが、コモン・ローのほかに、エクイティ・ロー（衡平法）の範疇が存する。我が国においても、信義則等の規範的要件である一般条項の領域は、これと同様ではなかろうか。英米においても、エクイティ・ローが明文化されていないのと同様に、一般条項の諸類型の明文化は本来困難であり、かつ妥当な立法手段とはいえない。一般条項に係る規範は、具体的事例に即した例外的救済として、裁判所と訴訟当事者とが主張と判断とを通じて「法の発見」に努めるべき事項ではないかと考える。

V. 消費者契約法の一般法化・統合等の問題点

総論的な大きなテーマとして、検討委員会の基本方針では、消費者契約法の一般法化と統合とが提案されている。

しかし、民法の基底性等の観点から、私は、これには反対である。

すなわち、消費者保護の理念が民法に混入すると、価値中立的であるべき民法の基底性をゆがめるおそれがあると同時に、迅速な立法対応による消費者保護の方策に資することとならないおそれもあるからである。この後者の点に関しては、今後、我が国の民法も頻繁に改正をするべきであるとの反論もなされているが、借用概念として他の多くの法律にも影響を及ぼす民法の改正が頻発するようでは、我が国全体の法的安定性を欠くこととなりかねない。

1 消費者保護の実効性確保

消費者保護は、別途、一般的な消費者契約法によるほか、取引の実情に配慮しつつ、刑事法、行政法及び民事法の各要素を入れた個別の法律で行うことがそのエンフォースメント（実効性確保）に資する。ちなみに、私は、司法研修所の民事弁護教官をしていた時に、実質的意義における消費者保護法の体系を図解して最終講義で話したことがある。すなわち、左に民法を描き、右に刑法を描き（中央が行政法の領域である。）、それにまたがる様々なパターンの消費者保護法を示した。消費者保護は、民法によってその実効性確保が図られているものでは決してない。個別の消費者保護法において、厳密な定義を置き、その他定義除外や適用除外の規定を置くことによって取引の実情等に配慮しつつ、さまざまな木目細かい行為規制を置き、これを刑事罰、行政処分を含む行政罰で担保しつつ、時に必要とされる民事ルールも置いて、その実効性確保が図られているのである。消費者の日々の消費行動ですら、民法の精神が基底にはあるものの、現実に民法によってその保護が図られているというわけではない。例えば、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（JAS法）であったり、工業標準化法（JIS法）であったり、その政省令を含め、実に様々かつ詳細な法令により、消費者の日々の売買取引等の保護の実効性確保が図られているのである。

2 我が国の消費者と消費者保護

私は、我が国の実質的な意義における消費者保護法は、既に相当の充実をみていると見てよいのではないかと考えている。もっとも、今後とも、消費者保護法を充実させて、不断に発生する消費者被害の対応とその防止を図っていく必要があることはいうまでもない。ただ、振り込め詐欺や、いわゆる次々販売等、心痛む消費者被害は、刑事犯の摘発を強化すべきであるという問題であったり、逃げ隠れする悪質な業者から資産を取り戻せないという事実上の問題であったりで、民法自体に欠陥があるからではない。振り込め詐欺に対しては、「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律」の制定で、次々販売に対しては「特定商取引に関する法律」や割賦販売法の改正等、様々な方法で対応してこそ、その防止と被害の回復に実効性を持つ。民法の規制を強化して優良な我が国企業

全般の活動を制約し、又は高いコストを要することになるとすれば、却って消費者の利益を害し、角を矯めて牛を殺す結果となりかねない。実際に、規制が強化された業界では、事業者の廃業や統合が進み、寡占化の傾向が生じる。貸金業法及び割賦販売法の改正で規制が著しく強化された消費者信用の業界では、この傾向が著しく顕著であり、また、利用者を正常な取引社会からヤミ金融に追いやることにもなっている。そして、社会問題となっているクレジットカード・カードのショッピング枠の現金化が頻発するという現象も、その実態は、利用者をヤミ金融業者に走らせるものである²³⁾。民法に規制法的な要素を入れることによって、直ちに深刻な問題を生じさせることになるものとは考えられないが、高コスト体質といわれる我が国の企業にさらにコスト負担を強いることとなって、消費者の利益及び国益を害することになるとと思われる。

3 割賦販売法にみる消費者保護の方策

我が国の割賦販売法は、刑事、行政、民事の各法分野の方策を木目細かく規定して、消費者保護を図る消費者保護法の典型であり、かかる観点から、あるべき消費者保護の方策の立法論を考えてみたい。

(1) 割賦販売法自体の不適用・適用除外

まず、割賦販売法の各種消費者保護の規定については、割賦販売法の複雑な定義規定（第2条各項）により、その適用範囲が詳細に画されている。そこで、一般に「クレジット取引」と言われるものであっても、例えば、次のものは対象外である。

- ① 信用購入あっせん取引につき2か月以内の1回払のもの（割賦販売及びローン提携販売につき2か月未満又は2回以下払のもの）
- ② 指定権利以外の権利に係る取引
- ③ 割賦販売及びローン提携販売の形態であっても指定商品及び指定役務以外のものに関する取引

また、次のものについては、割賦販売法自体の適用除外とされている。

- ① 利用者が営業のために行うもの²⁴⁾
- ② 利用者が国外に在るもの
- ③ 国又は地方公共団体が行うもの
- ④ 一定の組合、その連合会、公務員団体、労働組合等がその構成員に対して行うもの
- ⑤ 事業者がその従業者に対して行うもの
- ⑥ 不動産を販売する契約に係るもの

割賦販売法では、以上のように極めて厳格かつ詳細に建て付けてその妥当性を確保しているが、このような厳密な定義や適用除外を民法に定めるのは適当ではなからう。

(2) 私法上の法律効果がないもの

また、割賦販売法は、様々に詳細な行為規制を定めるが、その違反が必ずしも私法上の法律効果をもたらすものとはされていない。

例えば、割賦販売法は、極めて詳細な書面交付義務を定めるが²⁵⁾、その違反は、50万円以下の罰金刑（53条3号）や極めて限定的な場合に行政処分の対象とはなることはありえても²⁶⁾、直ちに私法上の効果をもたらすものとはしていない。

そこで、検討委員会の【3.1.1.10】（交渉当事者の情報提供義務・説明義務）についてみるに、抽象的かつ緩やかな要件で損害賠償義務を認めており、賛成することができない。すなわち、【3.1.1.10】〈2〉は、一般の債務不履行よりも緩く義務違反行為と損害との因果関係を要件とすることなく損害賠償責任を肯定するかの命題であって、大いに問題である。しかし、仮に、損害賠償の要件が多少厳格になったとしても、一般条項に基づく規定をこのように類型化一般化して民法に規定することは避けるべきである。すなわち、【3.1.1.10】〈1〉は、様々な要素を掲げて「交渉過程で為された当事者間の取り決めの存在およびその内容等に照らして、信義誠実の原則にしたがって情報を提供し、説明をしなければならない。」として、〈2〉で前述の損害賠償の効果を定める。我が国の現状は、消費者が世界一の要求水準を有すると評価されていること、一部でモンスター化する市民の出現が社会問題となっていること、急速な法曹人口の拡大でその就職難も社会問題となっており、以上からは、濫訴が懸念される社会状況が醸成されつつあるということもできる。そこで、交渉過程での些細な交渉担当者の言辞を問題とし、緩やかな要件で損害賠償を認める規定を設けることは、いよいよ濫訴の弊害が懸念されるところである。

(3) 私法上の法律効果を定めるもの

他方、割賦販売法には、私法上の特別な法律効果を定めるものとして、個別信用購入あっせん関係受領契約の申込みの撤回（いわゆるクーリングオフ）等（35条の3の10以下）や信用購入あっせん契約等に係る抗弁の接続規定（30条の4、35条の3の19）等がある。

しかし、これも前述のとおり、厳密に定義された取引類型にしか適用されるものではなく、また、前述の適用除外規定もある。

これらに加えて、クーリングオフには、通常の個別信用購入あっせんの場合のみならず、訪問販売又は電話勧誘販売によるものであっても、次のような木目細かい適用除外があって、

クーリングオフを認めないこととしている（35条の3の60第4項）。

- ① 飲食店、マッサージ、カラオケボックス、葬儀等に係る役務提供取引、自動車の販売及び自動車リース等の取引等
 - ② 食料品及び政令指定の消耗品等の取引
- また、次の取引も同様である（35条の3の60第3項）。
- ④ 株式会社以外の者が発行する新聞紙の販売
 - ⑤ 弁護士法に基づく役務提供
 - ⑥ 金融商品取引業者、宅地建物取引業者、旅行業者等、法令によって消費者保護が図られている取引

また、抗弁の接続についても、支払総額が4万円未満（リボルビング方式の場合は、詳細な充当計算規定を伴って3万8千円未満）のものは、適用除外となって抗弁の接続が認められない。

以上のように、割賦販売法は、実に木目細かく私法上の効果を認める場合の要件を限定的に定義し、適用除外を定め、さらに私法上の効果についても、これを詳細に規定する²⁷⁾。

割賦販売法において、抗弁の接続等という私法効果をもたらす場合について、①定義を厳格にし、②要件（適用除外を含む）、③法律効果を木目細かく定めている観点からすると、検討委員会の【3.1.1.81】（複数契約の解除）や【1.5.50】（複数の法律行為の無効）の提案は、この問題に類似する。割賦販売法のように現実に即して木目細かく検討されず、抽象的な要件の下に、契約解除や無効という強力な私法上の効果を生じる規定を置くことに危惧を感じる。もし、これらの規定を設けるとしても、要件を十分に絞ることを検討するべきであると考えるし、また、割賦販売法にみられるように、当該の法律効果を障害する事由についても、明文化する等してバランスを取る必要があると考える。

VI. おわりに

総論的な問題としては、法律効果のあり方として行きすぎたものであってはならないという問題や約款規制を民法に導入すべきかどうかとの問題もあるが、これは別稿である程度のところを論じた²⁸⁾。

民法（債権法）改正に当たっては、定義、要件、効果、立証責任が正確かつ明確で、またその社会にもたらす作用においても妥当なものとなって、世界に範たるものとなることを願ってやまない。

[注]

- ¹ 平成22年5月18日付けhttp://www.j-credit.or.jp/download/100514_news.pdf
- ² 本稿を執筆するに際しては、当事務所の伊藤亜紀、右崎大輔、高松志直、大橋香名子各弁護士と議論をしていただいたほか、様々な研究会での多くの方の議論に触発されてのものである。しかし、文責は、筆者個人にある。
- ³ 法律時報増刊（2009年11月10日）
- ⁴ 民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」NBL904号（商事法務、2009年5月1日）、なお、同別冊NBL126号（商事法務、2009年5月8日）
- ⁵ 生物のガラパゴス諸島における現象のように、携帯電話を始め、文化、制度、技術、サービスが日本において独自の進化を遂げ、世界標準から掛け離れて（世界に通用しなくなって）しまう現象をいう。
- ⁶ 我が国は、目下、個人情報保護法及び犯罪による収益移転防止に関する法律が法運用体制の見直しや法律自体の見直しを迫られている。その二つの領域において我が国は、実体的には十分に世界水準に達していると思われ、企業はこれらへの対応に相当の負担感を有している。しかし、大胆に言えば、我が国全体の体制整備が不十分である結果、2000年改正ISO9001の序文0.2のPDCAサイクル／スパイラルのプロセス・アプローチに適合的ではないと考えられているものと思われる。
- ⁷ 拙稿「民法（債権法）改正の動向と流動化・証券化—流動化・証券化協議会における対応と今後の課題」SFJジャーナル2号8頁（流動化・証券化協議会、2010年1月）、同「民法（債権法）改正における企業法務からの視点・連載に当たって」NBL934号8頁（商事法務、2010年8月1日）
- ⁸ 実社会や法律実務に支障のあるところだけを修正するという改正の理念であれば、学識経験者のみならず、早期から実務家の意見聴取をするという手続でも対応可能であろう。
- ⁹ かかる位置付けからすれば、検討委員会の基本方針は、法務省関係者が度々発言されるように法務省が提案する叩き台ではないことは明確に認識するべきであるものの、学界を代表する有力な意見として敬意を表すべきものであると同時に、民法（債権法）改正を考えるに当たって最有力の叩き台というべきものである。
- ¹⁰ 金子宏「租税法第15版」108頁（弘文堂、平成22年4月15日）が、租税法に関し、これを詳細に述べる。他の公法の分野ではあまり論じられているのを見ないが、借用概念につき、その法律で特段の定義を設けなかった以上は、特段の合理的な理由がない限り、民法と統一して理解をするべきである。
- ¹¹ 民法（債権法）が改正されれば、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備法」等として、全省庁を巻き込んだ他の法律の部分改正が行われることになるだろうが、その膨大な量を思うに、大変な作業となろう。
- ¹² 私は、この流れは、1996年11月11日、橋本龍太郎総理（当時）の「我が国金融システムの改革」に象徴される同内閣の「変革と創造」に始まると考える。その流れにより、司法改革、政治改革、行政改革が進行していった。なお、公益財団法人日弁連法務研究財団の設立も1998年4月であり、その初年度の最初の法務研修のテーマが「法化社会と法律家の役割」であった。
- ¹³ 拙稿「司法書士の簡裁訴訟代理関係業務」登記情報531号1頁（きんざい、平成18年2月1日）
- ¹⁴ 内田貴法務省参与は、著書の「債権法の新時代『債権法改正の基本方針』の概要」16頁（商事法務、2009年9月28日）で、「日本の立法について長年にわたって蓄積された高度な技法についても、ある程度柔軟な適用を要請することになるかもしれない。」と述べておられる。民法（債権法）改正法案が閣法となつて、内閣法制局の審査を受けることからの記述と考えられる。しかし、そのことによって、概念の正確性と明確性が害されることがあってはならない。確かに、蓄積された立法慣行からは、例えば、一つの法命題は、いくら長くなつても、また、多重に括弧書が入ろうとも、一文で書くような傾向があると思われる。その点は、命題を分析して条項を書き分ける等の工夫によって平易化を図ってもらいたいものとする。この点については、内閣法制局等でも不斷の努力がなされているようであり（山本庸幸「実務立法技術」389頁以下（商事法務、2006年3月27日））、その平易化の努力に期待をしたい。なお、そのような平易化を試みれば、さらに条項数は増えることになると思われる。しかし、それでも正確性と明確性を重んじることが、我が国社会の混乱を防止し、法運用の安定に資するものとする。

- ¹⁵ 例えば、我妻榮「新訂民法総則（民法講義Ⅰ）」1頁（岩波書店、1965年5月31日）等
- ¹⁶ 例えば、法令用語研究会編「有斐閣法律用語辞典」、内田貴「民法Ⅰ〔第4版〕総則・物権総論」14頁以下。なお、民法（債権法）改正検討委員会編「詳説債権法改正の基本指針Ⅰ序論・総則」（以下このシリーズ本を「詳説Ⅰ」等と略記する。）15頁がこの問題を詳しく解説し、「民法の基底性」ともいう。
- ¹⁷ 前掲別冊NBL189頁
- ¹⁸ 検討委員会編「詳説Ⅰ」50頁、とくに58頁
- ¹⁹ 東京弁護士会法友全期会債権法改正プロジェクトチーム編「債権法改正を考える・弁護士からの提言」（鈴木聡執筆部分）18頁、とくに22頁（第一法規、平成23年2月5日）も検討委員会のこの基本方針の提案に反対である。なお、検討委員会の【1.5.15】の不実表示の一般法化に関する提案も問題が多く、同書40頁、とくに44頁（山内隆執筆部分）もこれに反対する。
- ²⁰ 司法研修所民事裁判教官室編「増補民事訴訟における要件事実第一巻」30頁（昭和60年8月15日）
- ²¹ 形式的には、最高裁判所民事裁判例集又は刑事裁判例集の判決（決定）要旨に示された法理を判例という。最高裁判所の裁判であっても、それ以外のものは、裁判例であって、判例ではない。また、近時は、事例判例に近いものも、民集等に掲載される傾向にあるように思われるところ、それは最高裁判所が参考となるべき法理として注意喚起をしようとするものであって、実情に鑑み、あるべきことと考える。ただ、それを参照する者としては、その射程距離の把握に注意をするべきものである。
- ²² 大江忠「第3版要件事実民法(1)総則」6頁、15頁（第一法規、平成17年11月15日）
- ²³ クレジット・カードのショッピング枠の現金化の問題につき、山口厚「クレジットカード・ショッピング枠の現金化への刑法の対応」本誌112頁
- ²⁴ ただし、特定商取引法の連鎖販売個人契約及び業務提供誘引販売個人契約に該当するものは適用除外とされない（割賦販売につき8条1項括弧書各号、信用購入あっせんにつき35条の3の60第1項1号括弧書、同第2項1号括弧書）。
- ²⁵ 消費者保護の実効性が少ないものであって、過剰規制となるおそれのあるものは、行政規制のあり方としても避けるべきであり、そのおそれのあるものについては、法の趣旨に従った柔軟な解釈と法運用が望まれるが、その問題は、ここではこれ以上は触れない。
- ²⁶ 33条の5(改善命令)の対象に間接的になる場合がありうるが、極めて限定的である(33条の2第1項10号)。
- ²⁷ 割賦販売法35条の3の10以下の諸規定。なお、中崎隆「改正割賦販売法におけるクーリングオフ・取消しと三者間清算ルール」消費者信用312号36頁（きんざい、2009年3月1日）
- ²⁸ 拙稿「民法（債権法）改正における企業法務からの視点第1回約款の総論的な問題について」NBL934号9頁（商事法務、2010年8月1日）