

第24回 創業・IT等ワーキング・グループ 議事概要

1. 日時：平成26年5月21日（水）9:30～10:30
2. 場所：内閣府合同庁舎4号館4階共用第2特別会議室
3. 出席者：

（委員）安念潤司（座長）、滝久雄（座長代理）、翁百合、
佐久間総一郎、松村敏弘

（専門委員）川本明、久保利英明、圓尾雅則

（事務局）大川規制改革推進室次長、柿原参事官

（説明者）鈴木仁志弁護士、日本経済団体連合会

4. 議題：

（開会）

事業者等からのヒアリング

「民法（債権法）の改正について」

（閉会）

5. 議事概要：

○大川次長 おはようございます。それでは、定刻でございますので規制改革会議第24回創業・IT等ワーキング・グループを開催させていただきたいと思っております。

皆様方には御多用中、御出席いただきまして誠にありがとうございます。

本日、所用により森下委員、小林専門委員は御欠席でございます。

それでは、議事を進めさせていただきます。なお、本ワーキング・グループにおきましては、議事概要を公開することとなっておりますので、御了承願います。

以後の進行は安念座長にお願いしたいと存じます。安念座長、よろしく願いいたします。

○安念座長 どうもありがとうございます。

本日の議題は民法（債権法）の改正についてです。それでは、関係の方に御入室いただいでください。

（説明者入室）

○安念座長 おはようございます。どうも本日はお忙しいところお運びをいただきまして、まことにありがとうございます。

当ワーキングの座長を務めております安念と申します。どうぞよろしく願いいたします。

それでは、早速でございますが、鈴木先生から資料に基づいて御説明をいただいでよろ

しゅうございましょうか。

○鈴木弁護士 わかりました。私のほうからまず御説明させていただきます。

時間もありませんので、早速御説明をさせていただきたいと思います。

今日はまず、債権法改正とは何なのかというところから、その手続面と実体面・内容面ということで、2つのテーマでお話をさせていただきたいと思っております。特に経済活動という観点で、規制改革に絡めてお話をしたいと思っております。

まずレジユメの2枚目の部分を見ていただきますと、民法（債権関係）改正とは何かということが書いてございます。いま行われている民法（債権関係）改正というのは、民法の第3編の債権という部分と、第1編の総則の非常に重要な部分、法律行為と時効という部分、ここを抜本的に見直すということになっております。

それを資料1-2で見ていただきますと、いま法制審議会で審議されている内容がずっと書いてございます。これをずっと見ていただきますと、民法の債権の部分、それから、総則の重要部分ということで、民法の契約に関する部分を全面的に書きかえるという大変大がかりなものになっていることがわかると思います。

民法という法律は、他の法律の土台になる一般法でございますから、その上にたくさんの法律が乗っている。これを抜本的に改正するということになると、普通の法律の改正とは次元の違う影響が生じることが予想されるわけでございます。

資料1-1の3枚目に行っていただきますと、ではその改正の手続はどうなっているかという話でございます。現在、改正の手続は法制審議会の民法（債権関係）部会というところで審議されておりますけれども、そのメンバーは学者中心、官僚中心という体制になっております。メンバーは全部で38名おられますけれども、そのうち学者の先生が18名、法務省参与はもともと学者ですから、現在も学者と言ってもいいかもしれませんが、その先生を入れますと19名となります。それから、法務官僚が6名ということで、学者・官僚中心の構成です。これに対して、国民やユーザーを代表するメンバーは9名となっております。

もう一点、特徴がありますのは、この法務省の法制審議会での審議が始まる以前に、私的団体という形で民法（債権法）改正検討委員会、通称「検討委員会」と言われていますが、検討委員会というものがつくられておまして、これが実質的な審議をしていたような体裁になっている点であります。私的団体ということで、公的な位置付けは全くないという説明が法務省サイドからなされておりましたけれども、実際には法務省の参与と参事官が、検討委員会、次のページの図ですが、この“私的団体”というところの発起人になっておられて、それから第1から第5までの準備会、幹事会、拡大幹事会、全体会議、事務局というところに関与しておられます。全ての委員になっておられて、法務省民事局の参与はその事務局の事務局長にもなっておられる。事務局には法務省民事局の局付きの職員の方々が大挙して駆り出されていたという状況でございます。ですので、私的団体というふうにはおっしゃっておられますけれども、実態としてはかなり法務省がコミットした

団体になっている。

この私的団体というのが平成 18 年から検討を始めて、平成 21 年まで 3 年間いろいろな検討をして、たたき台をつくるということを目指していました。その一方で、法務省は準備的研究をすることになっておりました。その後に法制審の検討が始まるのが平成 21 年です。そこで、この私的団体が検討を進めている間、法務省自体は準備的研究として一体何をしていたのだろうかというところを探してみますと、これがなかなか見えてこないということでございます。

実はこの規制改革会議の中で、このことが議論になったことがございました。

次のページに行ってくださいますと、規制改革会議での議論というところ、5 ページ目なのですがすけれども、安念先生、福井先生がおられたころの規制改革会議ですが、法務省の参事官をお招きしてヒアリングをされたということがございます。その中では今の問題点についてかなり突っ込んだ議論がされておりました、安念先生も比較的強い論調で御質問されていたということがございます。そのときに委員でおられた福井秀夫先生は、この私的団体の関与というところに関して非常に厳しい目を向けておられまして、このようにおっしゃっています。「情報公開の制約を受けない民間に脱法行為的に検討させて、水面下でコントロールしているような、李下に冠を正す、疑わしい振る舞い」だとおっしゃっておられる。それから、「外部民間組織を隠れ蓑に使おうとしているような印象を持たざるを得ない」という形で、非常に厳しく指摘されております。これは議事録に載っておりますので、今でもご参照いただくことができますと思います。

このような状況を受けて、規制改革会議の中でも議論が行われて、実際に答申が行われております。次のページ、6 ページ目ですけれども、法務省が準備的研究をしているという話になっているが、法務省側は「検討委員会のホームページを見てください」と言うだけで、それ以上の見解を明らかにしていないということで、法務省自らが責任を持って検討を行って情報公開を行うべきであるという答申をこの規制改革会議の方で出しておられます。ところが、法務省がこの答申に従ったという形跡は、私が見る限りでは見当たりません。

次に、債権法改正の内容面に行きたいと思います。7 ページですが、この改正の方向性については、中心人物でおられる法務省の参与が次のようにおっしゃっておられます。「全面的に新しい理念で民法典を起草する試み」だと、「規定の不備を修正するといった通常の法改正を域を超える一大文化事業」だと言っておられます。それから、「原理原則を一旦、根本から問い直してみるという徹底した性格の作業」、「法務省が経験する最大級の改正」だとおっしゃっておられます。

では、実際に改正案はどうなっているかというふうに見てみますと、次のページなのですがすけれども、判例の明文化ということではさしたる影響はないという論調もたびたび聞かれるところではございますが、実際に分析してみると、やはり新しい理念で抜本的に改正するという方向が反映されているように思います。中間試案というものが昨年出されました

が、その内容を見てみますと、民法の体系を根本から変えるものになっていることがわかれると思います。

主なところを気がつく限りで少し拾ってみますと、まず債権編総則というところに該当する部分が実質的になくなってしまうのではないかという気がいたします。といいますのは、債権編の総則に相当する部分が、ここは通常、債権の一般的な性質、共通の性質、通用性というところを示す部分のはずなのですけれども、ところがいきなり契約の話がここからすぐに始まるのです。ですので、債権編が始まってすぐに契約の規律が始まるという体系になっていくのではないかと思います。

それから、原始的不能の契約というのは現在、無効と解されておりますけれども、これを有効とする。3番目は最近、たたき台の議論で修正されておりますので飛ばしますが、4番目としまして、債務不履行による損害賠償制度というものがございます。これは、過失がなければ責任を負わないという過失責任主義を採用したものと一般的には考えられておりますけれども、それをやめて、契約の拘束力で考えるという学説の方に変更していくことが想定されているようであります。次に、解除という制度から、帰責事由という、これも過失に類する要件でございましてけれども、これも撤廃する。危険負担制度は廃止する。それから、瑕疵担保責任という概念ももうやめてしまう。それから、契約の趣旨という新しい概念を導入して、これをたくさん使っていこうという方向性が示されているということでございます。

その特徴というものを9ページ目で見させていただきますと、大きく分けて3つに分類できると考えております。

まず1つ目が、民法、債権法を「債権から契約へ」という発想で変えていこうという点でございます。これは体系、根本発想の大転換になるわけですけれども、このことについては、大村敦志先生という、法制審の中でも中心的に議論をリードされている先生も、「債権から契約へ」という転換をするために債権法改正が行われているという趣旨のことを御著書の中で書いておられます。

もう一つ、それと関連しますけれども、いま形成されている伝統的通説というものから批判学説へ学理的な変更をしよう、学説を変更しよう、批判学説にのっとった民法にしようという動きがあるように思われます。これは山田創一先生という専修大学の教授が書かれていることでもございますけれども、私もこれに同意するものであります。この点につきましては、いまここにおられます経団連の阿部本部長が、この債権法改正を称して「学者の野望」という形で表現しておられます。

3つ目としまして、私的自治・契約の自由が変容を受ける可能性がある。社会的規範というものを重視しようという動きにつながるのではないかという気がしております。それにつきましては、今回、「契約の趣旨」という概念が非常に多用されている点に、その一端を垣間見ることができるのではないかと考えております。この点が恐らく経済活動の規制の改革、規制の適正化という上で最も問題になりそうだなという気がしております。

その点を①、②、③順を追って見てみますと、まず「債権から契約へ」という話と、伝統的通説から批判学説へというところについて、その10ページ目で御説明させていただいております。

現在、通説や実務を形成していると言われていた説と、それを批判して根本的に転換を迫る説というものが大きく分けて観念できるわけでございます。その通説・実務というのは、債権というものを給付請求権というふうに捉えて、それから、損害賠償責任につきましては、過失責任の原則というものを想定しております。この原則は、私的自治、契約自由と表裏一体をなすもので、過失がない限りは自分の行動について責任を問われることはないという意味で、私的な自由を裏面から支えるものと捉えられております。

これに対して、批判学説は、「債権から契約へ」という発想の転換をしますので、契約を中心に考えるということで、その図の下段の左から3番目のボックスにありますとおり、契約の拘束力ということを重視いたします。契約の拘束力を中心にして全てを考えていくということで、この2つの考え方は基軸が違いますので、その図表に書きましたとおり、その後の制度の捉え方が大分変わってくる。批判学説の方からしますと、全て契約で考えていくという体系になっていくということでございます。

その次の11ページ目にいきますと、契約の趣旨の概念というものを図式化してあります。契約の趣旨とは何だろうかということにつきましては、資料1-3を御覧いただきたいのですが、その3ページ目に契約の趣旨の概念という説明のページがございます。これは中間試案の本文と概要というところを抜き出したものですが、契約の趣旨とは何かということがそこに書いてあります。

8-1の概要というところを御覧いただきますと、契約の趣旨とは、合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質、契約の目的、契約締結に至る経緯を始めとする、契約をめぐる一切の事情に基づき、取引通念を考慮して評価判断されるものだという定義がございます。これは短い文章ですが、非常に重要です。もう一回読みますと、「契約の趣旨」とは「合意の内容だけでなく」と書いてあるのです。合意の内容だけでなく、一切の事情、取引通念を考慮して定まるということになっております。ですので、契約の趣旨というのは、合意が定まって、その上に他の一切の事情も認定して取引通念も考慮して、それで初めて出てくる概念でございます。それを図にしたのがレジュメの11ページの図でございます。

そうしますと、これを見ると、合意よりも契約の趣旨の方が上位概念にあるのではないかという気がしてくるわけでございます。合意の内容というのは1つの事情でしかなくて、その他、契約書の記載ですとか、契約の性質、目的、経緯、取引通念ということ全て踏まえて契約の趣旨が定まってきて、その契約の趣旨というところからいろいろな法的な効果が出てくるという構造になっているわけでございます。そうすると、合意が1つの事情ということになりますので、契約の趣旨の方が上位概念になるのではないか。契約の趣旨が合意よりも上位だということになると、その契約の趣旨をさらに合意で覆す、ひっくり

返すということは背理になりますから、そう考えますと、この契約の趣旨ということが盛り込まれた規定というのは、強行規定の色彩を帯びてくるのではないかという気がいたします。

このことがどういう影響を及ぼすかというのと、合意というものよりも、社会的拘束、社会的規範といったものの方が上に来るといふ、個人の意思よりも社会的規範に重きを置くという考え方に至る可能性もあるわけでごさいます、ここは大きな問題に波及する可能性があると考えております。

通常、我々の今の発想ですと、図の現行法というところを見ていただきますと、契約書の文言ですとか、契約の性質、契約の目的や契約の趣旨、契約の趣旨というのは契約をする元々の狙いという意味ですから、合意を探るための下位概念というふうには通常は考えられるわけですが、それから経緯、取引通念、いろいろなものを考えて、当事者の合意はこうだったのであろうということ解釈して認定していく。あくまでも合意を認定するために、契約の趣旨というものをを用いるというふうに捉えてきたわけでありまして、ところが、これを逆にして、今度は合意を先に認定して、そこから契約の趣旨というものを考えていって、その契約の趣旨というところからいろいろな法的効果を出していこうということになるわけでごさいます。

この話は、法務省の中で中心的に動いておられる法務省参与が御自身の学説として関係的契約理論というものをとっておられるということと無関係ではないような気がいたしております。この関係的契約理論というのは、合意を上回る上位の概念がある、それが社会的規範だということ抽象的におっしゃるような説でありまして、私的自治の原則に代わる思想というものを探究する発想の説でごさいます。ですので、このような発想で、合意を上回るものを裁判所が自由に認定できるという制度にしまうと、合意に対するきめ細かな規制の適正化ということをこちらで御議論いただいても、それと整合するのかなのかということも含めて、非常に影響が大きいのではないかという気がいたしております。

もう一点、この契約の趣旨というものは、結局、一切の事情と取引通念で決まってくるということで、あらゆる事情を考慮しましょうと言っているだけのように聞こえなくもないわけです。そうすると、そういった余りにも漠然としたものは、予測可能性の喪失という事態を生じさせるのではないか。予測可能性というものはビジネスにとって大問題ですので、そこがうまく機能するのだろうか。そもそも、要件としてこのような余りに漠然としたものが、実際の使用に耐え得るのだろうか。国民の行為規範として機能するのだろうか。それから、裁判所にルールを縛りかけるという意味での裁判規範として、機能するのだろうかということに疑問が出てくるわけでごさいます。

このように大変な改正が行われているわけでごさいますけれども、この動きは、14ページに書きましたとおり、この7月にも要綱仮案という形で取りまとめられ、来年2月には要綱案が最終決定されて、3月の通常国会には提出されるのではないかとおっしゃっております。

す。しかも、中間試案の後に大分議論がまた変更されてきておりまして、最終的に出てくる要綱案は中間試案とはかなり違うものになる可能性もあります。ところが、現時点では、国民が意見を述べるパブリックコメント等の手続は予定されておられません。

ということで、このまま議論が不十分なまま進んでしまうということにならないように、非常に危惧するところでございます。

私からは以上でございます。

○安念座長 どうもありがとうございます。

それでは、続いて経団連さんからお願いいたします。

○日本経済団体連合会 経団連で民法改正を担当しております阿部でございます。

同じく、私どもの代表として法制審議会の民法（債権関係）部会に出ておられます、東京瓦斯の佐成弁護士にも同席していただいております。

まず、私どもの基本的な考え方は、先ほどの鈴木先生の御説明と同じでございます。理屈、法律学的な議論であれば全くそのとおりでなと思っておりますが、実務の団体でございますので、やや実務の観点から補足的な説明を幾つかさせていただきたいと思っております。

資料2という簡単なものを、裏表1枚だけで恐縮でございますが、お配りしております。まず私ども今回の民法改正自体は否定しておりません。さすがに中身的には100年以上前の法律でございますので、現代の経済あるいは社会の実態に合っていなかったり、確定した判決でありますとか、通説によって法律では乗り越えられている部分が幾つかございます。そういうところの手直し、メンテナンスは必要だと思っております。

そういう意味で何らかの改正はあってもしかるべきだと思っておりますが、先ほど鈴木先生から御説明がありましたとおり、私どもの今の理解では、必要とする改正の範囲を超えた検討が行われているのではないのかと考えております。私はこれを2点、先ほど鈴木先生が御紹介された、いわゆる「学者の野望」と、もう一つ「民法帝国主義」という言葉で説明しているわけでございます。学者の野望というものは改めて説明いたしません。先ほどの鈴木先生の御説明どおりだと思っておりますが、現実に関今、法制審議会の民法（債権関係）部会を仕切っておられます主要な方々は、もともと内田先生を始めとして、債権法、契約法をこのように塗りかえたいと考えていた人たちの集まりでございます。

例えば内田先生あるいは大村先生の教科書を読みますと、非常にわかりやすいのです。実は、私も民法を30数年ぶりに見直してみたのでありますが、非常にすっきりとした体系ができ上がっておりまして、これはこれで図柄としては美しいのだけれども、現実に行っていることとは違うよねというのが私どもの出発点でございます。実務で慣れ親しんできたものについて見比べますと、かなり違和感がある。正直これは全く白地図です。これから民法をつくるという国に持ち込むのであれば、それはそれで結構なことかもしれませんが、100年以上の民法の歴史、それも様々な実務を積み重ねました我が国にとってはちょっと行き過ぎではないかと思っております。学者の理屈の一つ一つは大事なことかなと思っておりますが、これを束にして法律に置きかえるとなるととんでもないことになるというのが、

私どもの率直な印象でございます。

ただ、この法制審議会の議論はもう5年近くやっておるわけでございますが、例えば中間的論点整理、中間試案にいくにつれまして、野望の部分がかなり削られております。実際の法制審議会の議論は学者の野望と実務界での議論のせめぎ合いになっていると私は理解しておるわけですが、さすがにこんなことを言ってもできないよねという話が、例えば私ども産業界のみならず、弁護士会でありますとか、実は裁判所からも出ております。通常、法制審議会に裁判所の方は参加されていても、物を言わないのが原則なのです。他の部会でありますと最高裁の事務総局から出ている方は黙って聞いているというのが普通なのですが、これに限りましてはさすがにたまりかねて発言が何回もございます。

それから、実はこの作業をしております民事局参事官室のスタッフの方は、裁判官から出向してこられる方が多いわけでございますが、例えば私ども幾つかの疑問点をスタッフの方にぶつけまして、こんなことになってあなたは裁判所の実務ができますかと言うと、できませんとはっきり言われる。そういう意味では、実務の世界からはかなり無理がある改正だなということはずっと指摘してまいりました。この議論の中では、私どもを始めとする実務界の主張と、理屈ではこれは正しいという学者のお考えとのそのせめぎ合いが続いているかなと思っております。

もう一つ、民法帝国主義という少し野蛮な言葉で失礼なのでありますが、実は私どもは民法というのは全ての私的な契約の基本法でございますので、登場人物は対等な私人であり、その基本的な法律関係を記述するものであって、それ以外の要素については個別法や特別法で見えていくべきだと思っております。ところが、どうも内田先生たちのお考えは、民法あるいは契約を見れば全部日常の用は足りるようにすべきだと。一言で申しますと、個別の特別法は要らないというような、我々の発想から言うと非常におかしなことになっているかなと思います。

鈴木先生のお言葉を借りますと、民法を社会規範に変えていこうという動きが濃厚にございます。その1つの具体的な例として、この資料2の2番目であります約款の議論。これが山場に来ているわけでございますが、この議論の一端を御紹介いたします。

もともと内田先生たちのグループは、約款というものを非常に重要な契約の中でのパーツだと考えておりまして、これを民法に規律したい。ただ、私どもは日常生活の様々な場面で使われております約款につきましては、とりあえず何不自由なく実務では回っている。あるいは例えば公益事業などで使われております約款につきましては、業法によりますチェックがあるとか、あるいは行政もございますし、それ以外にも様々な場面で使われております約款について、何か一くくりにして議論をする必要はないと思っております。

一番、私どもここで危惧しておりますのは、約款につきましては今、消費者契約法の議論の中できちんと行われており、そこではいわゆる消費者と事業者の関係でございますので、もともと力関係が違うということで議論されておるわけでございますが、それをそのまま民法の方にお引越しをされようとしている。事業者という登場人物、消費者という登

場人物、そこには力の差があつて、単なる契約上の合意を乗り越えて、これを調整しなければいけないみたいな話を民法の世界に持ち込まれる。私ども消費者契約法なり、その他の特別法であれば、そういうことが必要だと思っておりますが、民法は全ての法理的な関係、契約関係の基本法でございますので、そのようなことを書く必要はないと思っております。

実は約款につきまして法制審の議論、実質では4巡目でございますが、かなり民事局としては妥協案的なものを示してきたわけでありましたが、そもそも約款というものを民法の中に置く必要がないというのが私どもの考えでございます。

その他幾つかの論点は裏側の方に出していただいておりますが、いずれも私どもから見ると今の法務省民事局の考え方では実務が回らない、混乱するということでございます。

例えば今の公序良俗の一環として、暴利行為について特段の規定をしようということになっておりますが、私ども現行の民法90条、公序良俗を超えて何か規定を置く必要はないと思っております。何が暴利行為かということ自体は、これは最終的に裁判所がお考えいただければいいわけでありまして、法律で規定しようとする、それだけでまた実務が非常に混乱してくると思えます。

それから、やや具体的な話でございますが、法定利息という考え方を今、変えようと言われております。それ自体はいいわけでありまして、中間利息控除は損害保険なんかで中長期の保険契約の中でどのような形で保険契約、保険料を設定するかということに関わる非常に大事な話でございますが、ここが今、非常に乱暴に変えられようとしております。こんなことをされたら日本の損害保険業界は成り立たなくなってしまうのではないかとこのことでございます。

その他危険負担でございますとか、事情変更の法理等々いろいろございますが、いずれも現行実務で何も問題はない。特段に私ども不自由を感じておりませんし、あるいは消費者、一般市民の場面におきましても、特段に不利益なことが生じているとは思っておりません。日常を平穩無事に過ごしているところに急に規定を変えることによりまして、今まで通常に行えたことができなくなる。正常に進んでいたことができなくなるということ懸念しているわけでございます。

私どもからは、そういう形で今の民法改正については是々非々で臨んでおります。必要な改正は必要としてやっていただきたいし、一方で、こんなことをされたらはっきりいって迷惑だという話が幾つかございます。それについては最後まで反対してまいります。

中身につきましては佐成先生から補足がございましたらお願いします。

○日本経済団体連合会 お時間もございますので、約款についてだけ補足をさせていただきますと思います。

私は議論をずっとやっておりまして、約款の議論はかなり大詰めのところをやっているわけでございます。ただ、我々としては約款規制というのは余り民法になじまないのではないかと考えております。実際に具体的に議論を始めますと、まず定義の部分からして、

皆さん約款というもののイメージがかなりばらばらなのです。この時点でまだ理解がばらばらなものを規律しようというのはなかなか難しい。時間的な制約がある中でやるのは難しい。経団連の中でも議論をしておりますけれども、理解が全くばらばらになっています。

例えば私どもはガス事業をやっておりますが、このような公共サービスみたいなものをイメージされる方がいらっしゃる。これは約款としても非常にわかりやすいと思うのです。ただ、そのような約款は恐らく事業法規制が行われている部分でありまして、あえて民法に規定を置く必要はないというのが現実でございます。では他にはどのような場面で約款があるのかというところなのですけれども、それぞれイメージがばらばらなのです。例えばインターネットでの出店契約のような B to B の契約があります。大きなインターネット業者と個別の事業者がする、そういったインターネット契約は約款なのか。ところが、今、それをもし民法の規制にかけてしまうといろいろな混乱が生じるということになります。そうすると、民法における約款の規制は排除してほしいというのが経済界の意向になるわけです。他方、インターネットは個人でも使えますから B to C でも使うわけです。その場合にはこれは約款の規制をかけたい。そうすると、出店契約と普通の個人が使うインターネットの約款とをどこで区別するのかといった議論も出てきてしまい、非常に議論が混乱をしております。

それから、約款の変更という点については、実務界としては約款を一方的に変更したいという意見ではあるのですけれども、それもまた利害関係者はいっぱいおりますので、公共サービスの部分についてはある程度やむを得ないというところもあるのかもしれないけれども、それ以外のところではみだりに約款を変更されてもらっても困るという意見もありまして、なかなか議論が収拾できない状態であります。

もともとこの約款規制というのは、ドイツで非常に昔、70年代から約款法というものがずっと議論されておりました。日本も2000年の段階で消費者契約法の中に、約款規制ではないのですけれども、個別条項規制という形で約款の法理的なものが入ってきている。今、消費者契約法の議論の中で約款の問題が改めて議論されているということなので、むしろそちらの方でやっていただいた方が筋はいいのかなと思っています。もともと約款規制というのは B to C をかなりイメージした規定でありますので、国際的に見ても非常にガラパゴス化してしまうような危険性もあって、そういう意味でも懸念があります。

もう一つ国際的なことを申し上げておくと、ドイツでは非常に有名な約款規制法というものがありましたけれども、例えば韓国にも約款規制法がございます。ただ、これは韓国の公取が所管官庁になってやっている規制です。日本ではそれは独禁法で規律されている部分でございます。

アメリカでございますけれども、アメリカも今世紀の初めに統一商事法典に取り込むという議論があり、立法提案がなされまして、実際に議論はされたのですけれども、各50州の議会で採択されなければいけないところ、結局、どこの議会も採択せず、2011年の段階で全部撤退してしまったということでございます。我々の最大の貿易相手国といえます

か、同盟国であるアメリカもそういった状況であるのに、7月には仮案をまとめなければいけないという段階で、果たして拙速に約款規制なんかを入れていいのかというのは非常に疑問に感じているところでございます。

以上でございます。

○安念先生 ありがとうございます。

阿部さんはずっと「学者の野望」とおっしゃっていますね。私は「学者の道楽」と呼んでおります。学者が道楽をやる段には、作家志望の人間が同人誌を書くのと同じでして、別に益はないけれども、世の中に害もないということでございますが、どうも私が見るところ、かなり害になりそうであるというところから、今日はお三方、専門家にお集まりをいただいたわけでございます。

私どもはもちろん民法の学理を追求するのを使命にしている組織でございませぬから、この民法改正と称するものが、ビジネスの自由闊達な遂行にとって障害になりはせぬかということを懸念しております。したがって、そういう観点から議論をさせていただこうと考えているわけでございます。恐らく、今日はお三方とも、私どものそういう問題意識に合わせてプレゼンをしていただいたということはあると思うのですが、恐らく問題意識においては皆様と共通しているところがあるだろうと思っております。

○日本経済団体連合会 実は今、法務省がお考えのような形で債権法を全部改正されますと、一番困るのは中小企業だと思うのです。私どもは私どもなりに対応はできます。例えば法律ががらっと変わっても大きな法務部を持っていたり、それなりにレベルの高い契約を日常こなしているような会社であればついていけます。混乱はありますが。ただ、もっと小さいところは世の中が突然変わるような世界に入っていくと思いますので、到底耐え切れなと思います。

そういう意味では経団連会員企業よりは、むしろ中小企業の方に影響が直な形で出てくると思います。

○安念先生 そうでしょうね。

どうぞどなたからでも。佐久間さん、どうぞ。

○佐久間委員 御説明ありがとうございます。

最初に申し上げておかなければいけないのは、私個人的に言えば、今、御説明していただいた経団連の中で経済法規委員会の企画部会長というものをやっております。あともう一つ、法制審議会の委員もやっているということでございます。ただ、この立場と全く離れて、今日は規制改革会議の委員としてコメントをさせていただくということでございます。

今、お話を聞きました。全く同感であります。私も成人になってから30何年間、社会に出て30何年間、あと、私の場合はさらに企業法務に携わって30何年間ではありますが、民法について問題なり不便を感じたことはないということでもあります。ですから、何が問題で、その問題を解決するためにこういう改正が必要だということがはっきり言ってよくわ

からない。立法事実、こういうことになるのかもしれませんが、そういう点がまず根底にあります。

もう一つ言えば、今、阿部さんの方から指摘があった、大企業だったら何とか対応できますという点も、それについては逆の意味で非常に不安を覚えています。例えば暴利行為は私は正確に今の案がどうなっているか覚えていませんが、相手方の困窮だとか経験不足、知識不足、こういうものを利用してある契約を結んだ場合、その契約の有効性がチャレンジされる。こういうふうに理解していて、なおかつ、この民法が強行法規になるということです。つまり大企業が、中小企業でもいいですが、企業が例えば海外の小さい会社、アメリカの小さい会社がキャッシュが回らなくなつてつぶれそう。どうしてもキャッシュがほしい、困窮している。そのときに虎の子の技術を日本の中小企業に売ろう。アメリカの小さい会社ですから日本のことについて何もわからない。経験もない、知識もない。それで結んでやったところ、こんないい民法の条文があったということで後になってチャレンジしてくる。こういうことが起きて、契約書には全部そういうものが排除されているとしたとしても、これは強行法規ですから負けてしまうということが起きるといふことなのです。

つまり、今であればそれは公序良俗とか、一般的な法理で、極端な場合はもちろんチャレンジされる可能性はあるにせよ、明確な条文があればそれは当然英語になればもっとチャレンジできることが明確になると思います。となれば、これは海外の企業から見たときには、そういうものがあつたら非常にいい場合もあるし、また逆もあるということです。海外の企業から見てとんでもない強行法規があるということになります。ということなので、これは一例です。他にもこういうところがありますので、とにかく強行法規だということところが非常に問題だと思えます。つまり契約でありとあらゆる場面を想定して決めても、それがオーバーライドされるということでもあります。

規制改革会議のそもそもの目的として今、座長からもお話があった、つまり、我々としては企業ということでは決してないわけですが、成長を達成する。この大きい道の1つが投資の促進。これはインバウンド、アウトバウンド両方あると思いますが、海外からの投資を呼び込む。こういうときに、こういう法律があるということがわかっていたら、なかなか怖くて日本には来ないだろうということにもなりかねないということだと思えます。

したがって、やはりそういう、より自由な経済活動をやっていくためのレベル、プレイングフィールドをつくるという意味でも、今の改正の方向に関しては非常に懸念を覚えるということがございます。

以上です。

○安念先生 ありがとうございます。

川本さん、どうぞ。

○川本専門委員 ありがとうございます。

こういう大きなプロジェクトが進んでいることを余り存じ上げていなくて、不明を恥じる次第ですけれども、お話を伺っていて、もともとこの大改正をやる大義名分というのは何なのかというところが、明らかでない感じがいたします。

確かに 100 年以上たっているので現実と合わなくなっているところはあるのだと思いますけれども、そういう場合には、役所にいた経験からすれば、普通は今の民法がどういうところで弊害、どういうところで合わなくなっていて、どういうところで問題があるのかということをもとに事実、つまり実際に起こっている現実の契約だとか、紛争の実態について総合的にきちんと報告書をつくって、それをまず国民の前に明らかにして、民法はこういうところに問題があります。したがって、改正をいたしましようという手順で進めていくのが普通の立法の感覚のような感じがするのですけれども、何となくそういう手続がとられていないような印象を受けました。ある意味では 2009 年から、つまり私が役所にいたときから既に始まっていたということのようですね。

○安念委員 もっと前からです。

○川本専門委員 そうですね。勉強会ということからすればですね。どういう形でこれを変えられるのかというのは、私も皆目見当が付きませんが、何かそのお話を聞いていると、まさに取引の基本を律する法律ですから、いろいろ積み上げがあって、蓄積があって、今の慣習なり実務が形成されているので、それを直すには弊害があるところを直していくということの方が良いのではないかと思います。その弊害を直していくときに、もっと上位のコンセプトが変わる必要があるということであれば、その上位のコンセプトを変えるということにする。このように、基本的なそもそもの考え方をきちんと再確認すれば、当然おのずから改正のアプローチという点でプロセス論の議論にいけるのではないかなという感じがいたします。

○安念座長 松村委員、どうぞ。

○松村委員 私が法務省の手先みたいなことを言うのもすごく変な気がするのですが、私は若干同意できない点があります。

まず、白地に絵を描くのだったらこれでもいいけれども、しかし、100 年超にわたって積み上げてきた取引関係などを踏まえれば問題があるという議論は、私は規制改革会議にそぐわないのではないかと思います。内田先生は明確に言っておられるわけですが、これは国家百年の計として抜本的に民法を変えようとしている。そもそも根本的に問題があるので変えようとしている。それは道楽とか野望とか言われてもしようがないのかもしれないけれども、そういう理念を明確に打ち出して、本当によいものにしようと言っているのに対して、今までの経緯からして微修正でいいのではないかなというのは、むしろ規制改革会議が言うことではない。規制改革会議はそもそもこういうものが望ましいということを出し、そんなことをやられたら混乱するからやるべきでないと抵抗する人たちと闘うという側面の方が本来強いはず。したがって、白地に絵を描くのでこれがいいものだけでも、今までの継続性から問題と言われると、私としては心情的にはサポート

するのが難しい。

それから、何か困っていることがあるのかという指摘に対しては、これは債権法だけを変えるプロジェクトではなく、もともと民法全体を書きかえたいという大きなプロジェクトの一環としてここに出てきているわけです。民法全体を書きかえる必要があること自体は、その理由をいろいろな人が明確に何度も繰り返して説明しているわけですから、それに大義がないとか説明不足だとかいう議論は、私は納得しかねます。むしろ目先の小さな困ったことだけに対応する漸進的なことだけに限定しないで、国家百年の計となるような大改革をしたいという試みに対して、もしそれが本当に正しい改革だったらむしろサポートすべきだと思います。

ただ、私は今改正されようとしているものが白地に絵を描くものとしても本当にいいものかどうかに関しては相当に疑問がある。契約自由の原則をここまで踏み越えて、裁判所が勝手に介入できるという状況をつくると非常に不透明な状況になり、予見可能性を失う。仮に白地に絵を描くとしても、とてもよいものだとは思えない。この点私は鈴木先生がおっしゃったことは実にもっともだと思います。具体的にこういう方向に進むというのに対して、よくないということを私たちが指摘し、具体的によりよい改正の方向に持って行けるようサポートしていく必要があるとは思いますが、さすがに白地に絵を描くのだったらこれでもいいと言われてしまうと、サポートするのに抵抗を感じます。

○安念座長 なるほどね。

○日本経済団体連合会 ちょっと言葉が足りずに失礼いたしました。

要は学者の考えていることとしては非常に体系的でわかりやすく、しかも精緻で魅力的だということでございます。実は私も一応、大学は法学部だったのですが、40年以上前、債権法の授業で最初に教えられた言葉は私的自治の原則と契約自由であり、それがスタートだと教わりました。今、内田先生たちが考えておられるのは、その根底が違うんだと思います。民法、債権法、契約法というのは社会的な規範であるべきであって、ある意味、これが日常生活を規律できるものでなければならない。その出発点が違う。違った世界、こんなことを今さら申し上げても仕方ないのでありますが、検討委員会の議論というのは非常に広範な議論が行われておりました。ところが、非常に私どもから言いますと乱暴なまとめが繰り返されて、その過程で検討委員会の中の他の立場の先生方が遠ざかっていったところがある。去っていった。そうしたらまた別の団体をこしらえて、私もそこに所属しているのですけれども、反対運動をやっておられた。そういう意味では学会の通説、大勢でもないのです。非常にある意味で先鋭的だけでも、ある意味で有力な人たちの主張が束ねられて、検討委員会試案となって、今、法制審議会の民法改正に流れ込んできたという理解かなと思います。

○安念座長 どうでしょうか。久保利先生、どうぞ。

○久保利専門委員 久保利でございますけれども、これはかなり最初のころも隠れ蓑を民間の組織ができたころから、このつくり方は本当におかしいなと私も意見を申し上げたこ

とがありました。そのときに、やはり内田先生おっしゃっていたと思うのは、国際的なハーモナイゼーションといいますか、世界中でどんどん新しい民法ができてきていて、それに日本がおいていかれてしまっは大変なんだということを、1つ大きな理由としておっしゃっていたと思います。

そのときに私が思ったのは、この問題というのは実は経団連の問題でもなければ、経済団体の問題でもなければ、実は民法によって生きている日本国民みんなの問題なのです。そのときに日本民法を改正するときに法制審なんかでやっていいのか。ある意味で言うところには私はもっと国民的な論議を徹底的にしなければいけない。まして川本専門委員のようなあらゆることについて該博な知識をお持ちの方が初めて聞いたみたいなおことをおっしゃられると、これはほとんど日本人は誰も知らないのではないかという気になります。

そうなってくると、まずこの民法が仮にできたとして、それは誰がどういうふうに使っていくのかということになります。国民がみずから直接訴訟するよりは、多分、司法を使う、弁護士を使うということだと思いますけれども、実は100年以上、旧来の民法があったせいで、日本の弁護士はほとんどこの民法は知らないわけです。そうすると、法学部の学生も今、習っているのは旧民法といいますか、現行民法でございます。そうなってくると、これを一体いつ、どのように施行して、どのように現実化するかというスキームがないと、それは野望であり、帝国主義に終わってしまうかもしれない。そのためには国民全体で議論した上に、かつ、これを実際に施行するとすれば、どういう司法が必要で、そのためには法曹養成はどうやっていくのか。これを具体的に施行するためにはどんなことを、小中学校の法教育から実は変えていかなければいけないかもしれないという大変な問題があると思うのです。

その意味で、100年たったから白紙に書くのならこれでいいという議論はわからないわけではないのです。なぜなら、そこにはまだ多分司法制度もないような国でつくる話だから、そういう意味ではわかるのですけれども、こういう現行の司法制度がそれなりに何とか動き、ロースクールもでき、いろいろな人たちが現行民法を学んでできている、この中でこれをつくっていこうというものは、実は白紙でやるよりもっと難しいということなのだと思うのです。

そういう意味で言うと、どうもやたら拙速なのではないか。もっとちゃんとした意見を聞いた上でやっていく。そして、国際化におくれてしまうという部分があるならば、それはどこの部分なのか。その部分については大急ぎでフォローしようという部分があってもよいと思いますけれども、これだけの改正、ましてや当事者が合意形成を一生懸命やった結果は契約の趣旨というもので変えられてしまう。契約の趣旨というのはどこに書いてあるのかというと、全てを総合して判断する。本当に裁判官もそう言われても、私が判断してやろうと言って明確な判断が果たして裁判官自身ができるのだろうかというようなことと言うと、司法制度も含め、国民一人一人も含め、全体的な大議論と国民的な大きなテーマとしてこれを取り上げる必要があるのに、私的委員会のようなところからスタートし

て、法制審で解決をするという、この手順の進め方というものが大分違うのではないかと私は思います。

ですから今、松村先生おっしゃったように、この会議は大いにやれやれと言うのだというのはそのとおりなのですが、やる以上はそれはもっと本腰を入れた大改革、極端に言うと改革の大目玉というくらいの感じでやっていかないと、取り組んでいかないと、かえって失敗をするという危険があるので、鈴木先生始め、皆さん方がおっしゃっている意味はよく理解しているつもりでございます。そのときに単に反対というのではなくて、とりあえずハーモナイゼーション等で今、目下の急務なところはそれなりに法制審でやってもいいと思うのですが、全体的な構造については、もう少し落ち着いてやっていただきたいというのが私の意見でございます。

○安念座長 ありがとうございます。

○佐久間委員 1点だけ補足させていただきます。松村委員からお話があったので補足です。

つまり、端的に言えば契約自由の原則に強行法規で規制を加えることが増えるということですから、やはりその規制に合理性がある、もしくはある非常に重要な問題、課題を解決するために必要だということがない限り、これは新たな規制ということですので、規制改革会議の目的に照らしても問題だということでもあります。これは強行法規でなければまだ考える余地は程度問題ですけれども、あるのですが、これは明らかに強行法規という形で、それが明確にしていないというところがまた問題なのですが、適用されるという前提での議論だと思いますので、やはりこれはある意味では規制だと考えます。

以上です。

○安念座長 滝さん、どうですか。

○滝座長代理 法の概念がないと経営は成り立たないというのが原則論です。民法、所有権法というのは東ローマ帝国が1453年に倒れたその日にスタートして、そこからずっと所有権法がたいした変化なく継続し存在している中で、本当にその本質を変えていない、変わっていない。それはすばらしいですし、だから私は法学者の権威を認めているのです。しかし、民法、所有権法などのところを変化させたいとするならば、それは開かれた中で時間をかけて議論し検討すべきであり、密室の中で知的リーダーたちのみで進めていいというものではないと感じます。私の感想でございます。

○安念座長 まだまだ勉強を深めなければいけないのですが、強行規定だと言っているわけではないが、恐らく強行規定として働くであろう契約の趣旨というものについては、非常に強い警戒心を持たなければいけない。少なくともその点ぐらいについては我々、当会議としては共通なのではないかという気がいたしました。もちろんよい方向に変えていただくのは大いに結構なことなのですが、どうもそうではないのではないかと。

率直に申しますと、とても新しい衣装で登場しているように見えて、実は人間って同じことしか考えないものだなとつくづく思います。というのは、実は契約自由の原則、私的

自治というのはいけないという考え方は、1930年代には非常に有力な主張だったのです。それは要するにナチス契約論であった。それは組織においては指導者原理、行動においては、あるいは契約においても公益というものが上にふさがるといいたいでしょうか、なる。そういうものだという考え方でして、日本でもその真似をいたしまして、随分当時はナチス会社法であるとか、ナチス民法であるとか、ナチス契約法というものの紹介が随分なされて、結局、私人間で全く自由なことをやっていたいいわけではなくて、公益によってコントロールされるんだ、それが当然の姿なんだという議論が随分流行ったのです。

私は今行われている議論をナチだと言っているわけではないですよ。でも発想は同じなのです。つまり何というのかな、ある種のエリートイズムなのです。私人が勝手にやっていると何か危ういことがあるので、それを自分たちあるいは裁判官といったエリートが事後的に、あるいはより高い見地から修正する余地を残しておくべきだという発想においては、ナチ契約法と何も変わりません。

ところが、1930年代と今とを比べて顕著に違うのは、そういういわば上から目線で見える学説あるいは考え方が有力になったということは共通しているのですが、違いは1930年代の民法そのもの、会社法そのものは、ナチ法学の影響によって変わらなかったのです。ところが、変わらないどころか、1938年（昭和13年）の有名な商法改正というものがあって、そのときには何と株主総会の権限を拡大するという、むしろ自由主義的な改革がなされた。驚くべきことです。指導者原理と反する逆方向のベクトルの改革がなされた。それから見ると今の学者先生というのは、よほど社会主義的であられるなというのが私の印象です。

悪い言い方、こんなもの話になりませんよ。つまり国際標準になりたいなら、国際標準なんて日々変わるのだから、そんなもの考えたってしょうがないのです。それは私人間の自由をできる限り広く認めると言うことにならざるを得ない。このままやっているとあれではないですか。契約書の中にこの契約書以外の今までのやりとりとか電話とか会話とか、そんなものは一切排除して契約書一本でやりましょうというのがだめになるということですよ。つまり、契約書をせっかく分厚いものを苦勞して書いても、後で踏み越えられるという、こんなばかげた話を丸飲みすることなんかとてもできるものではないと私個人は思っておりますので、道楽もほどほどにしてもらわないとね。どうもありがとうございます。また勉強を深めていきたいと思っておりますので、どうぞ御教示をくださいますよう、よろしくお願いいたします。

（説明者退室）

○安念座長 ありがとうございます。