

# 自由市場（「合意による契約」）を 破壊する債権法改正

～民法典は、国民のものか法務省のものか～

名古屋大学名誉教授

名古屋学院大学教授・弁護士

**加藤 雅信** (かとう まさのぶ)





## 自由市場（「合意による契約」）を破壊する債権法改正 ～民法典は、国民のものか法務省のものか～

名古屋大学名誉教授  
名古屋学院大学教授・弁護士

**加藤 雅信** (かとう まさのぶ)

1946年生まれ、東京大学法学部卒、法学博士。

現在、名古屋学院大学教授、弁護士（アンダーソン・毛利・友常法律事務所）。その間、名古屋大学助教授・教授、ハーバード大学・ロンドン大学客員研究員、コロンビア大学・ハワイ大学・北京大学客員教授、上智大学教授、司法試験委員、法制審議会民法部会委員、国連アジア・太平洋地域経済社会委員会（ESCAP）環境問題専門家、『国際ファイナンス・リースに関するユニドロア条約、国際ファクタリングに関するユニドロワ条約』採択に関する外交会議 日本政府代表代理等を歴任。

著作は、『新民法大系Ⅰ～Ⅴ』（『民法総則』、『物権法』、『債権総論』、『契約法』、『事務管理・不当利得・不法行為』）、『財産法の体系と不当利得法の構造』、『所有権の誕生』等多岐にわたるが、民法改正関係のものとして、『民法改正と世界の民法典』、『民法（債権法）改正——民法典はどこにいくのか』、『民法改正 国民・法曹・学界有志案』等がある。

### はじめに—— 迫りつつある、民法改正法案の国会上程

現在、民法（債権法）の改正が進行中である（以下、「債権法改正」という）。法務省は、平成27（2015）年2月

頃に法制審議会の答申をすることが可能なように、本平成26（2014）年7月末までに「要綱仮案」の取りまとめを行うことを公表しており<sup>1</sup>、改正案を平成27年の通常国会に提出することが予定されている<sup>2</sup>。

## Ⅱ 民法改正法案の慎重な審議・検討は可能か

### 1. 不十分な国会審議への懸念

—— 前川・主意書

本年の国会でも、すでに、参議院議員の前川清成氏が、「債権法は……、範囲も広範である。加えて国民生活の日常を規律するルールであるために改正の影響も極めて大きく、やがて国会審議においても十分かつ徹底した審議を尽くすべきことは言うまでもない」として、「国会審議の範囲及び国民生活に与える影響を考慮するならば、一括して提出された場合、相当長期間の審議は不可避であり、次期通常国会の会期の大半が費やされてしまい、他の法案審議に与える影響も大きい。それ故に、例えば分野ごとに、何度かに分けて提出することは考慮していないのか」という問題提起をしている<sup>3</sup>。

これは、国会法74条にもとづく、議員による内閣への質問であったが、これに対する政府の回答は、「お尋ねの『債権法改正を平成27年の通常国会に一括して提出するか』及び『分野ごとに、何度かに分けて提出することは考慮していないのか』については、現段階ではお答えすることはできない」というものであった<sup>4</sup>。

すでに、このように国会でも問題視されているうえ、後に示すように、今回の改正は、国民の間でも法律家の間でも悪評ふんぷんともいえるような状況にあるので、法務省民事局の思惑どおりにことが運ぶか否かはわからない。ただ、国民の目もつばら憲法の問題に向けられている間に、もう1つの基本法である民法の改正の足音が、来年の国会上程予定としてすぐ近くにまで迫ってきているので、今回の改正が社会にどのような意味をもつのか、考えるべき時期が来ているといえるであろう。

### 2. 国民に、民法改正の内容を検討する機会はあるか

#### (1) 流動的な改正提案の内容

民法改正を考えるべき時期が来ていることは事実ではあるが、改正内容を具体的に検討することは、改正提案内容が流動的であるため、かなり困難である。

かつて、法務省民事局は、平成18(2006)年から民法(債権法)の「抜本的見直し」のための基礎的な研究作業に着手したこと、また、「学界有志による自発的な研究組織」である民法(債権法)改正検討委員会が策定する試案——それは、後に『債権法改正の基本方針』として平成21(2009)年に公刊された——が「法制審議会の調査審議のたたき台になりうるような試案」となることを期待する旨を公表した<sup>5</sup>。

ところが、その後の改正提案内容を子細にみると、法制審議会・民法(債権関係)部会(以下、「民法部会」という)が上記の『債権法改正の基本方針』公刊の2年後の平成23(2011)年に公表した『中間的な論点整理』<sup>6</sup>、さらに昨平成25(2013)年に公表した『中間試案』<sup>7</sup>と、改正提案内容がどんどん縮小してきている。

そのうえ、現在、民法部会で審議されている「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台」をみると、『中間試案』からさらに改正提案内容が変容、縮小してきているのが実情である<sup>8</sup>。

#### (2) 切迫したスケジュールの設定

##### —— 「由らしむべし、知らしむべからず」の パブリック・コメント

上記のような経緯をみると、法務省民事局は、来年の通常国会に、国民のパブリック・コメント(以下、「パブコメ」という)をへることもない、民法典の改正法案を提出する予定のようである。日本と時期をほぼ同じくして、韓国でも民法の改正が進行しており、それを担当していた韓国の「民法改正委員会」は、本2014年2月末で解散した。その「民法改正委員会」が作った草案(財産法の全体)につき、法務



部は、その条文案とその解説を付した冊子を今年中に刊行する予定であり、国会提出の方式をめぐって法務部内で議論されている段階なので、実際の「改正までは相当の時間」を要するであろう、といわれている<sup>9</sup>。韓国の法務部——日本の法務省に相当する——がとっている手続きと、日本の法務省がとろうとしている手続きを比較すると、韓国のほうがよほど民主的である。いつから、日本が民主的でなくなったのか、法務省民事局は、手を胸に当てて考えるべきであるという気がしないでもない。

もちろん、今後、法務省が債権法改正案を公表した後、国民が慎重に考慮するだけの期間を置いたうえで法案の国会提出をすればよいのだが、そうなることはないであろう。前川参議院議員の懸念は、国会の問題であるばかりでなく、国民の問題でもあるように思われる。それは、法務省民事局が行った過去2回のパブコメの経緯が物語っている。

平成23(2011)年の第1回のパブコメについては、元来は、その年の3月29日に最後の民法部会を開催し、4月1日から2か月間行うことが予定されていた。その直前の3月11日に東日本大震災が発生し、被災地ではパブコメの実施どころではない状況に陥ったが、法務省民事局はそれでも4月からパブコメを強行しようとした(しかしこの強行策は、日本弁護士連合会等の反対によって挫折し、結局、6月1日から延期された)。

平成25(2013)年の第2回のパブコメは、4月1日から約2か月間行うことが予定されていた。パブコメの対象である『中間試案』は、民法部会では2月末に決定されたが、公表されたのは3月11日であって、パブコメ開始予定の20日前であった。ところが、3月27日になって法務省民事局は、『中間試案の補足説明』の準備作業の遅れのため」という理由で、このパブコメを延期する旨を公表した<sup>10</sup>。そして、この『中間試案の補足説明』は4月16日に公表されたが、その当日からパブコメが開始された。なお、この日、eガバメントでこそ補足説明を見ることができたものの、法務省のホームページには、正午から何時間

かたってもまだ補足説明がアップされていないという泥縄ぶりであった。

これらのパブコメは、第1回も第2回も、パブコメの対象となる案が公表されるや否や、短期間のうちに行うことが予定されていた。第1回にかんしては、この「短期間性」を維持するために、東日本大震災をも顧慮することなく、当初の予定どおりに強行することが企図された。第2回にかんしては、この「短期間性」が法務省民事局自らにはねかえり、公表すべき文書の準備が間に合わず、パブコメを延期することを余儀なくされた。

なぜ、かくも急ぐのか。理由は簡単である。国民に熟慮期間を与えることなく、パブコメを行う必要があるからである。たとえば、第2回のパブコメが当初の予定どおり公表してから20日後に行われたとしたら、『中間試案』に対する外部の批判等の印刷は間に合うはずもなく、国民は、法務省民事局側の見解だけを聞いたうえで、パブコメに意見を提出しなければならない。しかも、民法部会でもいろいろとなされたであろう議論は、パブコメの段階では議事録が公表されておらず、国民は、法務省民事局の公式見解以外に参照すべき意見をみることができないという状況におかれたのである。このようにしたのは、国民が熟慮すると、反対意見がでてきて、自分たちの案を通すことができなくなる危険性を法務省民事局が感じとっていたからにほかならない(この問題の詳細はIIIで述べる)。

こればかりではない。法務省民事局側だけの見解をみても反対が強いことが予想される改正点については、法務省民事局は、“パブコメ跳ばし”という手法を採用している。具体的にいうと、『中間的な論点整理』がパブコメに付されたさいには、そこには「規定の配置」という項目が設けられ、「債権総則と契約総則の規定を統合するという考え方の当否」が問われていた<sup>11</sup>。しかしながら、『中間試案』がパブコメに付されたさいには、「規定の配置」については、何も問われることはなかった。しかも、このパブコメの「前注」には、パブコメの対象とする民法の規定があげ

られており、「この中間試案では、……現時点で改正が検討されている項目のみを取り上げており、特に言及していない規定は維持することが想定されている」と述べられていた<sup>12</sup>。

これを見て、「規定の配置」の変更はなされないことになった、と理解した者も多かったようである。しかしながら、民法部会は、パブコメ対象資料を公表した後の、かつ、パブコメ開始後の会議において、「民法（債権関係）の改正に関する論点の補充的な検討」を行い、「債権総則と契約総則との関係」という大問題につき、「契約に適用される規定をできる限り一体化するという観点から、両者の関係を見直すべきであるとの考え方が示されている」として、債権総則を廃止するという検討を行ったのである<sup>13</sup>。

かりに、この点をパブコメにかけなかったことの問題性を追及されれば、法務省民事局関係者は、「特に言及していない規定は維持する」とは述べているが、言及していない「項目」は維持する、とは述べていないと、逃げを打つつもりなのであろう。反対されそうな問題についてはパブコメ対象外として、国民の意見を聞くことなく自己の考えを押し通そうとする、今回の債権法改正にさいしての法務省民事局の実に姑息な手法がここにもみられるとの感がある。

### 3. パブコメ反対意見の取扱い

第1回のパブコメは、平成23(2011)年の6月1日から8月1日まで実施された。ところが、そのパブコメ期間のほぼ終わりに近づいた7月26日に民法部会の第30回会議が開催され、1年半後の平成25(2013)年の2月をめどに、『中間試案』の取りまとめを行うという方針が決定された。この点につき、学者出身の法務省参与は、次のようにいう。

「パブコメでは、改正の必要性自体に関しても、疑問を提起するものなど賛否両論の様々な意見が表明されたため、それらの意見を紹介して改めて部会で意見交換を行

なった。その結果、債権関係部会としては、改正の必要性を認めて、審議を今後も継続することが再確認された<sup>14</sup>。

これを読めば、審理手続そのものには問題がなかったとの印象を受けるであろうが、この論稿に書かれたことは事実ではない。この日の議事録をみても、改正の必要性をめぐって「意見を紹介して改めて部会で意見交換を行なった」記録は存在していない<sup>15</sup>。そして、その後の毎回の会議の議事録をみていくと、パブコメ意見が委員・幹事に対して紹介されたのは、その年の11月の民法部会であったが、その日には「改正の必要性」をめぐっては事務局からの説明と法務省参事官からの発言があったのみで、それ以外の民法部会の委員・幹事からの発言は何もなかった<sup>16</sup>。

このような状況のもとで、議長は、「総論的な課題、取り分け改正の必要性という点につきましては、直ちにこの審議を打ち切るべきであるという意見は、部会の中では表明されていないということで、審議を継続させていただきたいと思えます<sup>17</sup>」と総括した。

以上の審議の客観状況を正確に述べれば、ここでパブコメでの総論的な意見が紹介された後、法務省参事官以外の委員・幹事からは、「総論的な課題、取り分け改正の必要性」については、「審議を打ち切るべきである」との意見も「審議を継続すべきである」との意見も述べられることはなく、ただ、ここでパブコメ意見を紹介する3か月半前にすでに決定されていた、1年半後の平成25(2013)年の2月をめどに『中間試案』の取りまとめを行うという方針を既成事実として、審議が継続していったというのが事実によく似た見方であろう。

要するに、パブコメ意見を聞くことなく、1年半後に『中間試案』の取りまとめをすることをあらかじめ決定しておいて、3か月半ほどして、後から「付けたり」的にパブコメ意見の紹介をしてももはや意味がないので、誰も発言しない。法務省参与は、その無意見状態を利用して、「意見を紹介して改めて部会で意見交換を行なった……結果、債

権関係部会としては、改正の必要性を認めて、審議を今後も継続することが再確認された」と書いたのであろう。意見紹介と審議継続決定の時間的先後関係を逆転させて記述し、事実としてはなかった「意見交換」をあったかのように書いたこの記述をみると、もはや故意にパブコメの総論的意見を隠ぺいしたとみられても仕方がないと思われる。

この7月26日はパブコメ期間の終了間際だったので、法務省関係者はこの段階ですでに集まっているパブコメをみることができたはずである。おそらく、そのパブコメ意見をみて、法務省民事局関係者は、このまま行くと、パブコメの結果は総論として債権法改正に反対意見が多く、これを委員・幹事にみせるとどうなるかわからないので、民法部会では、パブコメ結果を委員・幹事にみせることなく、1年半後に『中間試案』を取りまとめることに決めた、というのが真相ではないかと思われる。要するに、パブコメでの総論的な意見は無視され、法務省参与は事実と異なった論稿によって、パブコメでの総論的意見を無視したという事実を糊塗したのである。

### Ⅲ 法務省民事局は、なぜ、かくも無理をするのか——債権法改正の秘められた目的

#### 1. 内閣府規制改革会議の疑問と批判

法の改正が始まったら、「なぜ、改正するのか、何を变えるのか」と聞くのは、ごく素朴な、当然の反応である。法務省民事局が債権法改正に着手することを公表してから3か月後に、内閣府規制改革会議は、法務省参事官らを対象としてヒアリングを行った。

規制改革会議のメンバーが「例えば何を变えるんですか」と質問すると、参事官は「想定しているものはございません」と回答する。再び、規制改革会議側が、「では、一体何をやるんですか。抜本の見直しといっても、普通、立法

を行うときには理由があつてやるわけです。例えばこの条文が現代のこういう課題に対応していないとか、あるいは判例が分かれていて、解決がつきにくいとか、そういうものとして想定しているはずです。今の民法の契約法の規定で、実務に対応できないような具体的な問題が一切ないのであれば、それは法を変えてはいけないということです。あるのだったら、それが何かを想定した上で立法過程の俎上にのせるというのが、立法を担当する行政庁関係者の当然のマナーのほうです。あるいは最低限のモラルといつてもいいかもしれない。それをちゃんと聞かせていただきたいんです」と聞く。法務省参事官が「特に、今、例を挙げて説明するように、特定のものについて、ここの部分を直したいからという形で、今回、見直しの作業に着手しようとしたわけではありません」と答える。このようなやり取りが続くと、規制改革会議側は次のように発言した。「抜本見直しを行うという結論は決めて、それを公文書で公表されているお方が、イメージすら一つも例を挙げられない。それは異常なことでしょう。今、こんなレベルの議論していること自体、公的機関相互でそんなことを議論しているのかというぐらいの由々しき事態です」。「無責任でもあります。政府として見直すんだと言いながら、具体例は一つも申し上げられる段階にないというそんなおかしな話は、どこで通る常識ですか」<sup>18</sup>。

このような強い非難を浴びながらも、法務省参事官は、頑として、改正目的・改正点を明らかにしようとはしなかった。

このヒアリングには続編があった。上記のヒアリングから1年半後に、再度のヒアリングが行われた。そこで、内閣府の規制改革会議は、民法（債権法）改正検討委員会における討議内容を質問した。それに対する法務省参事官の回答は、「民間の有志の団体でどう議論がされているかを御紹介することには、意味がない」というものであった。規制改革会議側が、法務省の役人が「給与のうちで勤務時間中に……仕事の一部」として、民法（債権法）改正検討委員会に「公的機関として参画される以上は、公的機



関としてほかの公的機関や国民に対して説明義務を果たしていただきたい」と述べても、この参事官は、「私は情報収集のために参加している一メンバーに過ぎません」として回答を拒絶した<sup>19</sup>。

ただ、この回答は事実と反する。この参事官は、実際は、「民法（債権法）改正検討委員会設立趣意書」に发起人として名を連ねており、「改正の基本方針（改正試案）（案）とその理由書の原案の作成等を任務とする」<sup>20</sup> 5つの準備会のすべてに参画している中心人物中の中心人物であった。規制改革会議側は、「我々は閣議決定に基づいてこれをフォローする責務があるからやっているわけです。説明をしていただくということは、内閣として決めたことです」と述べているが、官庁間での公式のヒアリングにおいて、会の发起人である中心人物が「情報収集のための一メンバーに過ぎ」ないというような「虚」を述べるのが許されるのであれば、この種のヒアリングは意味を失うであろう。

## 2. 債権法改正の秘められた目的

### ——消費者契約法をめぐる権限争い

#### (1) 民法（債権法）改正検討委員会の果たした役割 ——その「私的」性格の強調

以上に紹介したように、法務省民事局は、今回の債権法改正の目的を頑として明かそうとしなかったが、それは、改正目的に秘匿せざるをえないところがあるためであった。具体的にいえば、今回の改正には官庁間の権限争いがからんでいたのである。

平成13（2001）年に消費者契約法が施行された。その段階で、法務省民事局はそれまで有していた契約法についての所管のうちの相当部分を失った。それは現在消費者庁の所管となっている<sup>21</sup>。法務省民事局は、債権法改正を考えるにさいして、この失われた消費者契約法についての所管を取り戻すことを密かに考えたようである。そして、そのための手法は、実に考え抜かれたものであった。

官庁間の権限争いは、一般にきわめて熾烈なもので、正

面から消費者契約の権限の回復を法務省が消費者庁に働きかけても、成功する可能性はほとんどないといってもよい。そこで、第三者、それも学者にその提案をしてもらい、それを「法制審議会の調査審議のたたき台」<sup>22</sup>にすることを考えた。しかし、そのような都合のよい意見を述べる個人はみつけれられても、それを学界の意見にするのは困難である。そこで、法務省民事局は、大学に在籍している学者を法務省参与に招聘し、その者を中心とした学者集団からこの種の提言をしてもらうことを考えたようである。

ただ、学者集団の意見が最終的にどのようなものとなるかは予測しがたい。そこで、法務省民事局は、前述したように、民法（債権法）改正検討委員会を立ち上げるとともに、その改正原案を作成する「準備会」を法務省の影響下に置くことを考えたものと思われる。民法（債権法）改正検討委員会には、5つの準備会が置かれ、そのすべてに学界から移籍した法務省参与と、内閣府規制改革会議のヒアリングを受けた法務省参事官が参加することとした。それぞれの準備会は5名構成で、他の3名は学者であったが、複数の準備会に参加した学者はいなかった。改正案策定段階で、全体を見渡すことができるのは、法務省参与と法務省参事官の2名だけだったのである。さらに、各準備会には、「準備会幹事として、法務省民事局の局付、調査員及びこれに準ずる者若干名の参加を認める」こととした<sup>23</sup>。

ここで、民法（債権法）改正検討委員会の「私的」性格の強調の問題以外の点にも付言しておこう。民法（債権法）改正検討委員会において、最終的な決定権限は「全体会議」にあった。全体会議のメンバーは、法務省関係者も一部いたものの、学者が圧倒的に多かった。そこで、意見が分かれそうな問題を審議するさいには、審議の前の段階で、「民法（債権法）改正検討委員会規程」には存在していない「拡大幹事会」を招集し、あらかじめ全体会議の過半数を確保したうえで審議にのぞむという手法が採用された。「拡大幹事会」が開催された回数は少なかったが、かりに、民法（債権法）改正検討委員会において27回開催された全体会議

のすべてにおいて「拡大幹事会」を開催したとすれば、すべての会期で過半数を確保できる状況ができたのである<sup>24</sup>。

再度、本題に戻ると、民法（債権法）改正検討委員会は、改正提案として『債権法改正の基本方針』を公表して解散した。その提案内容のなかには、改正民法典のなかに「消費者・事業者の定義規定を一对をなすものとして置くものとする」、「消費者契約法から私法実体規定を削除」したうえで民法典に取り込み、「消費者契約法を消費者団体訴訟を中心とする法律として再編する」という内容が含まれていた<sup>25</sup> <sup>26</sup>。法務省民事局は、この内容を「法制審議会の調査審議のたたき台」<sup>27</sup>にするつもりだったのである。

ただ、消費者契約法にかんする権限を消費者庁から法務省に移管するという提案が、法務省の息のかかった団体から提案されたのでは、役所間の権限争いであることが赤裸々となる。そこで、法務省参事官は、自分たちが改正提案の原案作成に中心的な役割を果たした民法（債権法）改正検討委員会につき、「学界有志による自発的な研究組織」<sup>28</sup>、「民間の有志の団体」<sup>29</sup>と性格づけた。また、法務省参事も、この組織が「実質は法務省の委員会ではないかという方がいるのですが、これは全くの誤解」ですと述べ<sup>30</sup>、さらに、民法（債権法）改正検討委員会の委員長（現在の民法部会部会長）も、「この検討委員会は、法務省関係者が委員に加わってはいますが、法務省の委託を受けて立法準備作業を行うものではなく、まったくの私的で自主的・自発的な委員会である」ことを強調する等<sup>31</sup>、一丸となって民法（債権法）改正検討委員会の私的性格を強調し続けた。

## (2) 民法部会での議論

『債権法改正の基本方針』を公表してから約半年ほどして、民法部会の審議が開始された。そこで、この消費者契約法と関連する問題が審議されたさい、次のような資料が民法部会に提出された。

「総論（消費者・事業者に関する規定の可否等）

従来は、民法には全ての人に区別なく適用されるルール

のみを規定すべきであるとの理解もあったが、民法の在り方についてこのような考え方を採る必然性はなく、むしろ、市民社会の構成員が多様化し、『人』という単一概念で把握することが困難になった今日の社会において、民法が私法の一般法として社会を支える役割を適切に果たすためには、『人』概念を分節化し、消費者や事業者に関する規定を民法に設けるべきではないかという指摘がある<sup>32</sup>。

この部会資料には「指摘がある」と書かれているが、この指摘を前もってしたのは法務省参与であった。この参与は債権法改正に着手してまもなくの平成20（2008）年の論文で、「伝統的な民法が想定していた『人』の概念が消費者をうまく包摂できないことを正面から認め、民法の中にも消費者という概念を使って消費者のための規定を置こう、という立場」<sup>33</sup>がありうると述べた。

あらかじめこのような布石を打っておいたうえで、民法部会の資料を、前々段に紹介した内容にしたのである。要するに、この参与は一人二役を演じて、民法部会に法務官僚として出席する一方で、自分自身が述べたことをあたかも第三者の意見・外部意見であるかのように誤導しうる資料を法制審・民法部会に提出したことになる。このことを正当化するかのように、法務省参与は次のように述べる。

「私は現在、法務省に所属していますが、参与という身分で、担当者の求めに応じて学問的見地から自由に意見を述べる立場にあります。本書もながねん大学教授として民法を研究してきた私個人の考えを自由に述べたものであり、法務省の見解とはかかわりがいいことをお断りしておきたいと思います」<sup>34</sup>。

この叙述を踏まえたうえで前述した議論の過程を振り返ると、同一人物が、法務省所属の官僚と研究者という2つの顔をもち、それを使い分けながら、法制審議会の場では、同一人物の見解であることを秘匿したかたちで議論を誘導



しているといわざるをえないであろう。

上記のような審議をへて、法制審議会の部会での審議の結果が最初にパブコメにかけられた『中間的な論点整理』では、「民法に『消費者』や『事業者』の概念を取り入れるかどうかについて、設けるべき規定の具体的内容の検討も進めつつ、更に検討してはどうか」と述べるとともに、「消費者契約に関する特則……を民法に規定するという考え方」——および、それよりは後退した「個別の規定は特別法に委ね、民法には、消費者契約における民法の解釈に関する規定を設けるという考え方」の2案——が示されていた<sup>35</sup>。ここでは、法務省民事局の当初のもくろみは、なかば実を結びかけていた。

ただ、最初のパブコメと時を同じくして、債権法改正の背後に、官庁間の権限争いがあることが世に明らかにされた<sup>36</sup>。この点の影響か否かはともかく、第2回のパブコメの対象となった『中間試案』では、「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）」にかんして情報格差・交渉力格差を考慮する等の規定を置くことが提示され<sup>37</sup>、その前の『中間的な論点整理』で述べられていた“後退した案”は依然維持されていたものの、最初の『債権法改正の基本方針』にうたわれていた「消費者・事業者の定義規定を一对をなすものとして置くものとする」という提案からは後退したものとなった。

『中間試案』のこの提案が最終的にも維持されるとすれば<sup>38</sup>、民法典に「消費者」・「事業者」という文言を規定することによって、法務省民事局が消費者問題にかかわる橋頭堡を築くことはできるが、最初の『債権法改正の基本方針』に述べられていた、消費者契約法の私法実体規定をすべて民法に移し、それについての所管を全面的に消費者庁から法務省に変更するという大転換は実現できないことになるであろう。

このようにみると、伝統的法務官僚が意図していた消費者契約の所管を取り戻すという目的については、橋頭堡を築くだけで、もはやそれほど大きな成果をあげることは期

待できない。しかし、これまで債権法改正を進めてきたという過去の事実があるので、法務省民事局は、なんとか形だけでも債権法改正を行い、「民法を改正した」という体面を繕って、面子を失わないよう、社会的には不必要であっても改正を実現したいと考えているように思われる<sup>39</sup>。

## IV 債権法改正は、自由市場（「合意による契約」）を破壊するのか

### 1. はじめに——法の「文化的改正」

今回の債権法改正には、大きな2つの流れがあった。1つは、伝統的な法務官僚の考えるところであり、他は、学者出身の法務官僚の考えるところであった。この2つの流れが、呉越同舟ながらも、相互に協力し合ってきたところに今回の債権法改正の特色がある。これまで述べてきたように、債権法改正の主たる動機は、伝統的な法務官僚にとつては、法務省民事局の組織的な権益の拡大であった<sup>40</sup>。しかし、学者から法務省に身を転じた者にとっては、これまで述べてきたように官庁の組織的な権益の拡大に協力をするとしても、それが主たる関心事ではありえない。その者が望んだのは“法の文化的改正”であった。

法務省参与は、債権法改正の性格を「通常の法改正の域を超える、一大文化事業<sup>41</sup>」と評し、次のようにいう。「今回の民法改正は、これまでの法務省が手がけてきた法改正とは全く性格が異なる……。経済界や世論からの不備の指摘に応じて行う立法ではなく、法務省が率先して改正に向けての検討を開始したところに特徴がある<sup>42</sup>」。

この発言から、今回の債権法改正が、社会の声を踏まえたものでも、世論、経済界、法律実務家が問題としている、現実の法の不備を是正しようとするものではなく、大学から法務省に職を転じた学者出身者の——“文化的な”——関心によるもので、日本社会の需要にもとづく法改正では



ないことがわかる。

では、この「文化事業」の内容は何か。それは、詳しくは後述するように、第1は、民法典を自分がこれまで主張してきた「関係的契約理論」に立脚させることであり、第2に、法改正によって、民法典の内容を、現在の法曹実務を支えているといわれる我妻説等に代表される伝統的な法理論に立脚したもものから、自己の考える学説に立脚したものに転換することであり、第3は、日本民法を自分が勉強してきた欧米の法と同化させることであった。これこそが、彼のいわゆる“法の文化的改正”だったのである。

このことを明らかにするためには、個別の論点ごとに問題を明らかにする必要があるが、さきに述べたように、現段階でも改正提案の内容は流動的なので、ここでは大きな方向性に限定して検討することとしよう（個別論点の問題性については、既発表論稿に譲ることとする<sup>43</sup>）。

## 2. 合意が作る「自由市場」と、その破壊

今回の改正の中心となった学者出身の法務官僚は、かねてからアメリカの学者、マクニールの影響のもとに「関係的契約理論」を主張してきた。彼は、「法的判断を可能にする明確な法的ルール」と、「紛争解決の個別的事実的妥当性」の問題とを二元的に対立させたうえで<sup>44</sup>、伝統的な考え方においては、前者が『原則』としての地位を保持しており、後者は『例外』としての地位しか持ちえなかったとする。その理由は、『例外』を『原則』に転化するための理論的な『核』が存在しなかったからである<sup>45</sup>と考える。そして、「関係的契約理論」がこれまでの「例外」に求心力を与える「核」となる、と主張する<sup>46</sup>。そして、彼が「共感を表明したマクニールの理論は、思想的には『共同体主義 (communitarianism)』につながり」と述べる<sup>46</sup>。この「関係的契約」の内容は、「意思を中核とする古典的な契約像に対して、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出す」<sup>47</sup>というものである。

鈴木弁護士は、この「関係的契約理論」が、債権法改正の『中間試案』において、合意を凌駕するかたちで数多く規定されている「契約の趣旨」等の文言に現れていると主張する<sup>48</sup>。民法部会における議論をみると、「契約の趣旨」という文言の理解のしかたは論者により異なっているが、改正提案作成の中心的な立場にいる、この学者出身の法務省参与の主観的意図にかんするかぎり、この指摘は的を射ていると考える。この法務省参与の意図するところによれば、前段に述べたように、これまでの『例外』を『原則』に転化する<sup>49</sup>ことになるので、「契約の趣旨」は「合意」に優先することになるのであろう。

もっとも、本稿の再校の時点で発表された情報にもとづき若干補充すると、このような「契約の趣旨」という文言に対する批判が現れたためであろう、近時、法務省民事局の民法部会事務局は、「要綱仮案」作成の最後の段階で、もっとも目立つ資料である条文改正提案の一覧では、この「契約の趣旨」という文言を「契約及び取引上の社会通念」という文言等に差し替えてきた。これによって、一見、問題が解消されたかのような外観が与えられている。しかしながら、その付属資料には、『契約の趣旨に照らして』との文言からは取引通念が考慮されるべきであることが読み取りにくいとの問題があった。そこで、……『取引上の社会通念に照らして』との表現を加えることとした。ただ、『契約の趣旨に照らして定まる』から『契約及び取引上の社会通念に照らして定まる』に変更されることになるが、規律の内容を変更する趣旨ではないと記されている<sup>49</sup>。法務省民事局の民法部会事務局は、これまでも、自分たちの改正案に批判が高まると、パブコメ直前に、まず、本体的資料で文言変更を発表しておいて、時期をずらしてその後には発表する付属資料で、従来の趣旨を変えないものである、と述べるという手法を採用してきた。このような形だけの文言変更については、私は、「債務不履行の無過失責任化は、断念されたのか、『断念』はカモフラージュか」等と批判してきたところである<sup>50</sup>。今回も、まず、本体的

資料における文言変更によって問題点が解消したかのよう  
な外観をつくり、また、資料本体に記載されている批判対  
象となった文言を、長々しく記憶しにくい——その分だ  
け、批判文献も冗漫にならざるをえない——ものとしつ  
つ、その本体的資料とは別の付属資料で、規律内容は同一  
であるとしているのである。要するに、どちらも、小手先  
の文言変更によって、実をとりつつ、批判の矢をかわそう  
としているのであろう。しかし、実体としての“規律の内  
容を変更しない”のであれば、鈴木弁護士の批判も、本稿  
に述べる批判も、そのまま維持されるべきものとなる。

そのような前提で問題を考えると、従来の考え方のもと  
でも、合意の文言どおりに当事者間の関係を常に規律する  
のではなく、合意の文言どおりに規律すると不都合がある  
と考えられるときには、「信義則」等を用いた調整がはから  
れてきた。ただ、それは例外であり、契約文言によりまず  
当事者関係を規律することを考えたうえで、それではうまく  
機能しないときの補充規範が「信義則」だったのである。

法務省参与が主張する「関係的契約理論」の弱点は、何  
が「関係的規範」であるのか、その規範内容が一義的では  
ない——という以上に茫漠としている——ことにある。  
かりに、この者が主張するように、「核」として原則的規  
範に転じた「関係的規範」が当事者間の関係を律するとし  
ても、その規範内容が明らかでなければ、当事者間の関係  
をどのように律すべきかが不明になってしまう。論者の言  
葉を借りれば、「紛争解決の個別的実質的妥当性」が実現  
されるような「規範」となるのであろうが、そもそも紛争  
が発生するのは、その紛争当事者間で「個別的実質的妥  
当性」があると考えているものが食い違っているからには  
かならない。論者の言葉を借りて、「社会関係そのものが……  
様々な契約上の義務を生み出す」といつてみても、その  
義務の内容に当事者間の共通理解がないからこそ、紛争が  
発生するのである。また、かりに、紛争当事者の「実  
質的妥当性」観は無視して、裁判官の「個別的実質的妥  
当性」観によって紛争解決をはかることを論者が主張しているの

であるとすれば、それは、明治8（1875）年の太政官布  
告「裁判事務心得」の「条理を推考して裁判すべし」の内  
容を現代において主張していることとなる。この太政官布  
告も、全文は「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ  
依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」という内  
容で、法律が「条理」——「個別的実質的妥当性」に近  
いといえようか——に優先するものとされていた。ここ  
には、「契約文言」という言葉はでてこないが、その趣旨  
からすると、「契約文言」は「条理」ないし「個別的実質  
的妥当性」に優先することになるのであろう。そうである  
とすれば、この論者の主張は、この太政官布告が発せられ  
た明治8年以前に帰れ、と主張しているに等しい。

マクニールの「理論は社会学理論としての性格が強く、  
『現実の契約を社会学的に見ると、こういうモデルで分析  
できる』という理論である」かぎり、現実の取引関係は、  
法だけではなく、もろもろの要因のうえに成立しているの  
で、マクニールの分析には傾聴すべきものがある。しかし  
ながら、法務省参与のように、この理論に依拠しつつ「実  
定法の理論としても十分使える規範理論を構築」<sup>51</sup>しはじ  
めると、規範内容の茫漠性ゆえに、この「理論」は明治8  
年以前の世界に帰る時代錯誤の「理論」に化してしまうの  
である。

上記の“規範内容の茫漠性”は、論者自身も認めるこ  
ろであり、「関係的契約という契約モデルの内容は、マク  
ニールにおいても漠然としている。……社会契約は契約  
の種類に応じて多様であり、とうてい古典的契約モデル  
のような形で、明晰に定義することはできない」<sup>52</sup>という。  
さらに、「柔軟性原理」を説きつつ、「柔軟性原理を具体的  
事案の中でどのように適用するかは裁判官に委ねられた判  
断である」<sup>53</sup>とする。

ここでは、“柔軟性”が大事であるという方向性が示さ  
れるだけで、どのように“柔軟”にするのか、どの程度“柔  
軟”にするのかは、裁判官次第とされている。訴訟提起に  
さいして重要となる、「裁判の予測可能性」は、論者の視