

東京弁護士会

会長 山 岸 憲 司 殿

民法（債権法）改正に関する意見書

平成21年10月27日

東京弁護士会法曹親和会

幹事長 坂 卷 國 男

法曹親和会は、民法（債権法）改正問題につき、会務委員会での議論を踏まえ、下記の通り、意見を集約したので、貴会が民法（債権法）改正問題を検討する際には、是非とも、参考にして頂きたく、本意見書を提出する。

記

第1章 総論

第1 民法（債権法）改正問題の動向と法曹親和会における検討

1 平成18年、法務省は債権法を中心とする民法の抜本的改正の要否について本格的な検討に入ることを決定し、それを受けて、民法学界の一部の有志は、「民法（債権法）改正検討委員会」を設立して、「民法（債権法）改正検討委員会」（以下、検討委員会と言う）を立ち上げ、民法（債権法）の改正案の検討を約2年間行った。その成果は、平成21年4月29日に、「債権法改正の基本方針」（商事法務別冊NBL126号 以下「基本方針」という）として公にされたが、同時に、検討委員会も基本方針の発表とともに解散した。

さらに、報道によれば、法務省は、平成21年10月下旬に、法制審議会に民法（債権法）改正を諮問する方針を決定し、改正の審議には2年間程かかる見通しであり、法務省は法制審議会の答申を受け、早ければ平成24年の通常国会への法案提出を目指すとのことである。

「100年に1度の」あるいは「法務省が経験する最大級の改正」などと形容され、全面的に新しい理念で抜本的改正を行うものと言われているが、上記のように法務省はその準備を急ピッチで進めてきているといえよう。

2 法曹親和会は、平成21年3月に、民法（債権法）改正問題の重要性に鑑み、「民法（債権法）改正に関する提言書」を発表したが、上記のとおり、その後の民法（債権法）改正の動向の急速な進展を踏まえ、法曹親和会では会務委員会において民法改正問題対策PTを設置して議論を重ね、その結果を全体委員会で討議し、意見集約をしたので、ここに、改めて意見を発表する。

第2 民法改正問題に対する基本的な視点

1 民法は私法の基本法であり、国民の社会・経済生活を規律する根本となる法規である。そのような法規の改正は、他の私法法規の解釈運用にも影響を及ぼし、国民生活にも多大の影響を及ぼすことは、指摘するまでもない。

したがって、改正を検討するにあたっては、まず改正ありきということを所与の前提として、拙速に進めるのではなく、立法事実の有無に立ち返って、それを精査したうえ、改正の必要性を見極めるとともに、検討の結果、改正が必要とされる場合にも、国民の利益にかなうことを第一の目的として、社会経済上の実務的要請を踏まえ、実質的規律の妥当性と安定性が保たれる改正内容にすることが肝要である。

単なる学術的な見地や理論的整合性のみに偏ることがあってはならないことは、言うまでもない。

それゆえ、改正案の検討にあたっては、法制審議会も国民、法曹関係者等の意見を幅広く、取り入れその意見を実質的に反映させることが強く求められものであって、密室の中で一部の関係者のみが改正案を検討して、法務省に答申するような結果になることは、あってはならないことである。

そのためには、法制審議会の構成員に、学者・法務省関係者以外に、弁護士や国民の各階層を代表するメンバーを多数選出すること、審議を透明化させるため、審議の議事録等をリアルタイムに近い形で公表して、国民が意見を述べる機会を保障することが、特に重要である。

法律の制定にあたり、要綱案、法案等を公表する際、所轄官庁がパブリックコメントを求めることが行われている。それは一定の機能を果たしていることは認められるものの、単に形式的に国民の各階層からの意見を求める機会を与えたに過ぎないというきらいがあることは否定できない。今回の民法改正にあたっては、私法の基本法の改正であり国民へ大きな影響を与えることから、パブリックコメントを求めることで事足りるとものではなく、より実質的に国民各階層の意見を反映させるべき手続を保障すべきことを、法務省に強く求めるものである。

2 かような国民の利益を確保するため、幅広く意見を反映させることが必要との見地から、法制審議会において要綱案作成にあたり有力な候補となりうるであろう、検討委員会により公表された「基本方針」について検討した。

「基本方針」で示された改正法案の内容は多岐にわたるが、そのうち、代表的な問題である債務不履行（損害賠償責任）・契約解除、債権者代位権および債権者取消権、消費者契約について、それぞれ法律実務や国民の利益擁護に関する具体的な問題点を、以下述べていく。

第2章 各論

第1 債務不履行規定の改正案の問題点

1 検討委員会は、債務不履行についての現行の過失責任主義を改め、損害賠償責任の免責事由として「故意、過失またはこれと同視すべき事由（以下「帰責事由」という）の不存在」という要件を廃し、新たに、「契約において債務者が引き受けていなかった事由により生じた場合」という要件を採用するとしている。

その理由とするところは、主として①契約の拘束力が認められる以上、過失責任主義の理論的根拠である「債務者の行動の自由」なるものは本来認められず、過失責任主義の理論的前提が欠けていること、②むしろ、損害賠償請求権が契約の拘束力に基づき発生することに照らせば、当該契約において「債務者が引き受けたか否か」が免責の基準となるべきである、との2点にあると思われる。

2 この点、まず理論的な点について述べれば、確かに検討委員会の指摘するように過失責任主義は債務者の行動の自由を理論的前提としたものではある。しかし、過失責任主義と言えども契約の拘束力を否定するものではないのであるから、あくまで契約内容の実現以外の点での行動の自由を述べていると解すれば、特段の理論的問題点があるとまでは言えないと思料する。

3 また、現行民法の下、後に詳述するように国民の間に定着してきた「帰責事由の不存在を免責事由とする」考え方を全面的に改め、「債務者が引き受けたか否か」を基準とすることは、いたずらに国民の予見可能性を奪い、かえって無用の争訟を招く危険がある。

例えば、「甲が乙に、所有の中古自動車を100万円で売却する契約を交わしたところ、引き渡し前に隣家の火事の延焼によりその自動車を保管していた車庫が焼失し、その自動車も焼失して引き渡しができなくなり、この自動車を転売して利益を得ようとしていた乙が甲に対し損害賠償を請求してきた」場合（以下「本件事案」という）を考えてみると、現行の過失責任主義の考え方では、延焼について甲に帰責性がない場合（ほとんどの場合がそうであろう）は債務不履行責任を負わないという結論が、たちどころに導かれる。これに対して「債務者が引き受けたか否か」という基準では、直ちに結論が導き出されるのであろうか。検討委員会の考え方を前提とすれば、甲が「債務不履行原因を想定せず、かつ想定することも求められるべきではない状況下で契約が締結されたか否か」により決せられることになると思われるが、少なくとも、延焼などの債務不履行原因を「想定することも求められるべきではない」という基準は、甲以外の第三者（最終的には裁判所）による価値判断ないし評価なしには明確化し難い基準と言わざるを得ず、一般国民にとって損害賠償責任が生じるか否かの見通しを立てることが極めて困難となるものと思われるのである。

この点、一般国民は、少なくとも本件のような事故による債務不履行があった場合に、直ちに裁判を起こして紛争を解決する訳ではなく、まず当事者間での協議により解決を図ろうとするのが通常である。その場合、債務者に帰責性があったか否かという基準であれば、当事者は、いわば「過失ないしこれに準じる事由」があったか否か（「過失と同視すべき事由」も確かに評価を要するが、当事者にとっては「過失に準じる事由」と置き換えて考えることが可能である）を検討して結論を出すことになるのであって、比較的簡単に協議が進展することが予想される。これに対し、改正案のような「債務不履行原因を想定することも求められるべきではない状況下で契約を締結したか否か」という、凡そ第三者の評価を聞いてみなければ分からない基準を用いるとすると、協議が紛糾し、無用に裁判等を招く結果となる危険がある。民法は、紛争解決の指針として、広く国民に予見可能性を保障すべきであって、「債務者が引き受けたか否か」というような、抽象的で分かりにくい、ないし大幅な評価を含む概念を極力用いるべきではないと思料する。

4 これに対し、「債務者が引き受けたか否か」を基準とする考え方からは、契約書において、債務として引き受けたか否かを事細かに明記すれば簡単に結論が導かれるという

反論があるであろう。

しかるに、事の当否は格別、民法施行後100年以上を経過し、この間弁護士始め実務家から啓発がされ続けているものの、いまだ日本の一般国民は契約書を取り交わす習慣を身につけていないというのが実態であり、そのような契約書さえ取り交わさない一般国民に、「債務として引き受けたか否か」を具体的かつ詳細に明記せよと求めてもその実現は極めて困難である。その結果、改正案の考え方では、結局は上記のような事故等が生じた場合ですら、「債務として引き受けたか否か」を巡って無用の争訟が起きることになりかねないのである。

また、帰責性の要件については、「帰責性の不存在を理由とする免責を認めた判例、判決が極めて少ない」などの批判もあるが、これも一方的な意見と言わざるを得ない。なぜなら、本件事案のような債務不履行に基づく損害賠償の紛争自体は特異なものとは言えず、むしろこれまでも多く発生しているものと思われるところ、判例が少ないと言うことは、むしろ帰責性の基準が平明で分かりやすいため、紛争当事者の協議や裁判の場合でも裁判所での和解により、そのほとんどが解決されていると見ることもできるからである。いわば、損害賠償の要否については既に帰責性の要件の考え方が十分定着しており、あえて別な基準を用いて混乱を招来させるべきではないと思われるのである。

のみならず、企業が不特定多数の消費者と締結する定型的な契約においては、消費者には契約内容について交渉をする機会が与えられず、いわゆる附合契約となるのが通常である。そして、このような附合契約では、企業側が「債務として引き受けたか否か」について一方的に有利な条項を定め、消費者が損害賠償請求をしても、附合契約を盾に「債務者が引き受けていない」としてこれに応じず、その結果消費者に損害が生じる危険もあるのである。

5 また、債務不履行について過失責任主義を取らないとすると、債務の不履行について債権者に過失があった場合に、過失相殺による公平な解決が図られなくなるのではないかという疑問がある。過失相殺は当事者間の実質的公平を図る制度であるが、このような公平を考える際に、債務不履行の客観的状況のみならず故意、過失等の当事者の主観的要素をも含め総合的に考慮するのが妥当であるので、過失責任主義を放棄する考え方では実質的公平は図れないのではないかと思料する（なお、改正案は、債権者の損害軽減義務を設けることで民法418条を基本的に踏襲することを意図するようであるが、債務不履行についての債権者の過失ないし帰責性を考慮するのではなく、債務不履行による損害の発生または拡大についての債権者の作為の有無を考慮するものであり、従来の過失相殺の制度による場合と同等の実質的公平が図れるかにつき疑問が残る。）。

6 よって、たとえ現行の過失責任主義にいくばくかの理論的難点があったとしても、この点のみから過失責任主義を放棄し、免責事由について大幅に変更して「債務者が引き受けたか否か」という抽象的で分かりにくい、ないし大幅な評価を伴う基準によるものとするとは、国民の間に定着している帰責事由のルールを喪失させ、いたず

らに国民の予見可能性を奪って争訟を引き起こし、あるいは社会的強者にのみ一方的に有利となる結果を招く危険があるばかりか、過失相殺によって当事者間の実質的公平を図る機会も奪うことになりかねず、妥当でないと思料する。

第2 解除規定の改正案の問題点

1 改正案の概要とその趣旨

- (1) 検討委員会は、債務不履行による無催告解除の要件について、債務者の帰責性を求めない一方、現行542条（定期行為の履行遅滞による解除権）、543条（履行不能による解除権）の2つよりも広い定式として、新たに「契約の重大な不履行があるとき」という要件を採用することとしている。

その理由とするところは、無催告解除に関する判例実務等（①賃料不払い等に基づく信頼関係破壊による無催告解除：最判昭和27年4月25日民集6-4-451ほか②付随的義務の不履行に基づく無催告解除：最判昭和50年2月20日民集29-2-99、等）を包摂するため、とされている。

- (2) また検討委員会は、履行遅滞による催告解除の要件についても、債務者の帰責性を求めない一方、催告後相当期間内に履行しないことに加え、「催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる時」という要件を採用することとしている。

その理由とするところは、①債務不履行の態様（全く履行がなかったか、不完全履行か）とその後の当事者の行動態様を契約の内容に照らして評価する余地を設けるため、また②些末な付随義務の不履行につき債務者が催告に応じないだけでは、当然に解除権は発生しないものとする判例法理を維持するため、とされている。

2 問題点1：「契約の重大な不履行」という概念が抽象的であること

- (1) 解除は、契約当事者の一方が他方に対し一方的な意思表示により契約を消滅させるものであり、当事者の意思が合致しない状態で行使されるものであるから、紛争の原因となり易い。したがって、解除権の存否はできるだけ明確な基準で判断できるものにすべきである。そのような性質を持つ解除権の要件に「契約の重大な不履行」といった抽象的な新概念を取り入れることは、解除権の存否に関する予見可能性を欠くことになり、紛争の増加を招くものであるといわざるを得ない。

- (2) 例えば、「甲が乙に自動車を100万円で売却する契約を交わし、乙が丙に当該自動車を転売する契約を交わしたところ、甲の乙に対する自動車の引渡しが遅れたため、乙は別途丁から自動車を購入して丙に引渡し、甲との契約を解除した」といった事案があったとする。現行の民法の規定であれば、解除の有効性は①乙の甲に対する催告及びその後の相当期間経過の有無（541条）②甲乙間で自動車引渡しが定期行為であることの合意の有無（542条）の2点により、容易に判断が可能である。これが、「契約の重大な不履行」という抽象的な要件にとって代わ

ったとき、はたして当事者に解除の有効性を判断することはできるのだろうか。乙丙間の転売契約の内容、転売契約に関する甲の認識、甲の履行遅滞回避努力の程度など、債務不履行の重大性を判断する要素は種々考えられるが、どのような要素が重視され、どの程度の要素が重なれば重大性が認められるのか、およそ不透明といわざるを得ない。

かくなる抽象的な要件を取り入れることにより、解除権の存否に関する予見可能性を欠き、債務不履行規定の章で述べたのと同様、当事者間の協議が紛糾して無用に裁判等を招く結果となる危険がある。

- (3) これに対し、「契約の重大な不履行」という概念は、既に「国際物品売買契約に関する国連条約」(ウィーン売買条約)やUNIDROIT 国際商事契約原則の中で用いられているものであるから、予見可能性を欠く新概念ではなく、またグローバルスタンダードに民法を合致させるためにも必要不可欠な新概念である、という反論も考えられる。

しかし、ここで注意すべきは、ウィーン売買条約も UNIDROIT 国際商事契約原則も、あくまでも商事取引、しかも国際取引を念頭においたものである点である。すなわち、いわゆる「プロ」の取引、商取引に関する過去の蓄積を知る者(または知るべき者)に適用されることを前提としたものである。これをグローバルスタンダードの名のもと、我が国の民法のような一般国民の取引の基本原則に無批判に反映すべきではない。国際的な要求に従って反映が必要なのであれば、商法の「商事売買」の章を変更することで足り、わざわざ民法に取り入れる必要はないはずである。

- (4) 検討委員会は、債務不履行による解除の規定は、現行民法と同様に契約全体に共通して適用されるものとした。すなわち、債務不履行による解除の規定は、狭義の解除の場合(売買型契約)と講学上の告知の場合(貸借型契約)を共通に規律するものとして扱われている。

しかし、売買型のようなスポット取引と、賃貸借型のような継続的取引の間では、解除がもたらす影響は大きく異なる。だからこそ、これまでの判例でも、継続的取引については「信頼関係破壊の法理」により解除権の行使が制限されてきたのである。このような背景があるにも関わらず、検討委員会はあえて各契約における解除の要件を共通に考えることに拘った結果、解除の要件を定める際に「契約の重大な不履行」という抽象的な新概念を取り入れざるを得なくなったものと思われる。

他方、解除の要件は、現行の民法上では各契約類型共通のものに加え、契約類型別(売買、請負、委任など)に定められているものも多い。検討委員会が示した目標である「わかりやすい・透明性のある民法」を実現しようとするのであれば、解除の要件は契約総論では扱わず、契約類型毎に記載した方が、きめの細かい規定が可能であり、かつ条文としても見通しの良いものとなるはずである。

- (5) 解除の要件を契約類型毎に記載すれば、例えば催告解除の要件については、スポット取引である売買契約については現行民法の文言と同様、「代金支払催告+相当期間の経過」により解除権が生じるものとし、一方継続的取引である賃貸借

契約であれば、「賃料支払催告＋相当期間の経過＋信頼関係破壊」により解除権が生じるものとする、といった形に規定することが可能である。このような改正の形こそ、これまでの判例の集積を無理なく反映でき、今日の社会の実情に合った民法といえるものと思料する。

- 3 問題点2：解除の要件を定める規定が強行規定であることが明確でないこと
- (1) 仮に解除の要件に「契約の重大な不履行」という新概念を取り入れざるを得ないのであれば、解除の要件を定める規定は強行規定と解すべきである。なぜなら、もし解除の要件を定める条項が任意規定であるならば、契約に精通した者がさまざまな解除権の発生要件や障害要件を盛り込むことで自己に有利な契約を導き、契約に不慣れな一般国民の保護に欠ける結果に繋がりがかねないからである。
 - (2) 例えば、「甲が乙に建物を月10万円で賃貸する契約を交わした際、『乙が支払期限までに賃料を支払わない場合、これが契約の重大な不履行にあたるか否かを問わず、甲は催告なしに本契約を解除することができる』という合意をした」という事案を考える。「契約の重大な不履行」を解除の要件として要求する規定が任意規定だとすれば、上記合意は有効である、という結論につながる。この結論が妥当でないことは、信頼関係破壊の法理により賃借人に不利な無催告解除の約定を排除してきた判例実務（最判昭和41年4月21日民集20-4-720ほか）に照らしても明らかである。
 - (3) 一方、検討委員会は、契約全般につき、当事者間の合意を重視する方向での改正を指向している。このような方向性をつきつめれば、解除の要件を定める規定を当事者の合意によって排除すること、あるいはどのような項目が「契約の重大な不履行」にあたるかにつき当事者間の合意で定めることを認めることになり兼ねない。このような解釈が妥当でないことは既に述べたところであり、このような解釈を排除するために、解除の要件を定める規定は強行規定であることを明文化すべきものと思料する。

第3 債権者代位権規定の改正案の問題点

1 改正案のポイント

検討委員会が提案している債権者代位権の改正案のポイントは、次の通りである。

- (1) 一般的な責任財産保全のための代位権（本来型）と転用型の代位権とを峻別して要件を明示している。
- (2) 「債権者が代位権行使により第三債務者から金銭を直接受領し、債務者に対する本来の債権と債務者に対する金銭の返還義務とを相殺し、実質的に優先弁済を受ける」という扱いを禁止し、債権者が債権の満足を得るには、さらに債務者に対して債務名義を取得した上で自己を第三債務者として、債務者が自己に対して有している返還請求権を差し押さえるという強制執行の方法による必要がある。

- (3) 直接請求権類似の機能については個別の手当てに委ねている。
個別手当ての例としては、転貸借における賃貸人の転借人に対する賃料請求、下請人の注文者に対する報酬の直接請求、委任者と復受任者との間における直接請求などである。

2 改正案の問題点

検討委員会の改正案には、次のような問題点がある。

- (1) 要件を明確にする意図は理解できるが、改正案では判例による柔軟な法形成の余地がなくなるのではないかと。
例えば、振り込め詐欺事案における振込先銀行に対する代位権行使が許されなくなる可能性がある。

- (2) 実務上、相殺による事実上の優先弁済は、有効な債権回収手段としてとらえられており、改正案による場合には、とりわけ請負代金債権や委任の報酬債権以外の債権については、他の債権者との案分比例による回収しか見込めなくなることから、代位権制度が活用されなくなる可能性がある。

例えば、下請人が建物を完成させて請負人に引き渡した場合は、下請人は注文者に対し、自己の債権額と請負人の債権額とが重なる限度において、直接請求できることになるが、建物の建築資材を請負人に売却した売主や、請負人に資材置き場や駐車場として土地を貸した貸主は、売買代金債権ないし賃料債権について、注文者に直接請求できないこととなり、また債権者代位権を行使しても他の債権者と按分での回収しかできず、比較的少額の債権者は債権者代位権の行使を断念せざるを得なくなる。そうすると、請負、委託の各報酬債権の債権者と売買代金債権、賃料債権の債権者との間で救済の不均衡が生じ妥当でない。

むしろ、債権回収に汗を流す債権者が優先されるのは当然であって、広く債権者代位権による事実上の優先回収を認めるべきである。

なお、債権者代位権と異なり債権者取消権の場合は、改正案においても一定の範囲で相殺できるとし（但し、後述のとおりこの相殺の制限も問題がある）、その差異を設ける理由として、ア) 債権者代位権の場合には、責任財産の逸出を回復するという「ひと手間」がないこと、イ) 債権者代位権が裁判外でも行使できるので、第三債務者の地位を危うくすることが挙げられているが、説得力がない。何故なら、ア) については、債権者代位権においても債務者が怠っている権利行使を代わって行うという「ひと手間」がなされており、かつ、イ) についても債権者代位権を裁判外で行使しても、これに任意に応じる第三者はいないのが実情であり、結局は裁判によって債権者代位権を行使せざるを得ず、被保全権利の存在等について裁判所のチェックがなされ、第三債務者の地位をいたずらに危険にさらすことはないからである。

第4 債権者取消権規定の改正案の問題点

1 改正案のポイント

検討委員会が提案している債権者取消権の改正案のポイントは、次の通りである。

- (1) 詐害行為の一般的な要件を挙げた上で、弁済等の債務消滅行為、担保供与行為、相当な対価をもってした財産の処分行為、無償行為について個別に規定する。
すなわち、
 - ①債務消滅行為に関しては、本旨弁済については詐害行為とせず、期限前弁済等の非義務弁済でかつ通謀がある場合にのみ詐害行為とする（甲案）。
 - ②担保供与は原則として詐害行為にならないが、通謀がある場合にのみ詐害行為とする（甲案）。
 - ③相当な対価を得てなした財産の処分行為については、債務者に隠匿等の処分をする意思を有していたことを必要とするなど極めて厳格な要件を課している。
 - ④無償行為については受益者の主観的要件を不要とする。
- (2) 詐害行為取消の範囲として、取消債権者の債権の額を超えて全部の取消を可能とする。
- (3) 受益者に対する権利行使として現行と同様に自己への金銭の交付を請求できるが、一定期間は交付を受けた金銭を債務者に対して返還する債務と債務者に対する債権とを相殺することができない。
- (4) 転得者の主観的要件については、原則として取消債権者に立証責任を課す。
- (5) 除斥期間を20年から10年に短縮する。

2 改正案の問題点

検討委員会の改正案には、次のような問題点がある。

- (1) 判例上、詐害行為取消権の要件は錯綜しているため、類型ごとに個別に規定をすることは評価できる。特に本旨弁済について詐害行為としないことは債権回収に努力をする債権者を一定程度保護する観点から望ましいと考えられる。
- (2) しかし、債権者が一定期間、取消権行使によって受益者から交付を受けた金銭を債務者に返還する債務と債務者に対する債権とを相殺することができないことは、債権者代位権の場合と同様の問題がある。特に改正案は本旨弁済を詐害行為の対象からはずし、詐害行為となる場合を現行の判例よりも制限しているため、非本旨弁済などの場合に、取消債権者に優先弁済を認めても問題はないのではないか。
むしろ、債権回収に努力をした債権者の努力の成果を認めるという観点からは積極評価をしてよいと考える。
- (3) 又、取消債権者の債権の範囲を超えて「債務者の行為の全部の取消を可能」とすることは、取消債権者による新たな詐害的行為（引渡を受けた金銭のうちの過大部分の隠匿など）を招く可能性があり、責任財産保全のためとはいえ過大な権利行使を認めることとならないか疑問である。

第5 消費者契約法の一般法化（不実表示）の問題点

1 検討委員会は、消費者契約法4条1項1号および4項規定の不実告知ならびに同法4条2項規定の不利益事実の不告知による取消しを一般法化して、民法に不実表示に関する一般的なルールとして定め、同時に消費者契約法の該当規定を削除すべきことを提案している。

その理由としては、事実に関して取引の相手方が不実の表示を行えば、消費者でなくても、誤認をしてしまう危険性は高く、しかも、前提となる事実が違っていれば、それを正確に理解しても、その結果行われる決定は不適當なものとならざるをえないため、事実に関する不実表示については、表意者を保護すべき必要性は一般的に存在し、かつその必要性は特に高いと考えられることにあると説明されている。

他方で、消費者契約法の一般法化と統合によって民法典への完全な取り込みをはかる場合には、消費者契約法に「第2章消費者契約」を存置する必要はなくなり、微妙に表現の異なる規定を重ねて置くことは、むしろ混乱を招く原因となるとして、これは削除すべきであると説明されている。

2 確かに、事実に関する不実表示について表意者を保護すべき必要性が高いことは上記に説明されているとおりであり、これを民法の一般的規範として取り入れること自体は否定されるものではない。

3 しかし、消費者契約法ないし消費者保護法理は未だ発展途上にあり、その発展と拡充を図るためには、法解釈や行政的規律のみならず、法改正によって新たな法理を私法実体化すべき必要性が大きいところ、一般法化に伴う消費者契約法からの該当規定の削除は、改正による消費者契約法理の発展を阻害するおそれがある。

即ち、一般法化によって、当該規定の適用対象が消費者と事業者との間の取引からすべての私法取引へ拡大されることになるため、民法典に一般法化された当該規定を改正することによって生ずる影響の拡大も回避しえず、その影響力の大きさを懸念するあまり、改正を躊躇させる要因として働くことが危惧される。

また、平成21年9月1日に発足した消費者庁には、消費者保護に係わる具体的事例に関する情報および対応の一元化によって消費者保護行政を邁進されることが大いに期待される場所であるが、かかる具体的事例に関して一元化された情報こそが消費者保護法理の将来的発展の基礎たる立法事実になりうるものである。消費者契約法ないし消費者保護法理の改正を所管すべき主務官庁としては、そのような立法事実が集積された消費者庁が相応しいと考えられるところ、消費者庁は民法を所管しないため、かかる観点からも将来の発展に伴う改正に影響を与えることも危惧される場所である。

4 さらに、消費者契約法における不実告知および不利益事実の不告知は、同法1条の目的に沿って消費者保護の見地から解釈、適用されてきたものであるが、これが一般

法化されることによって消費者保護の見地が捨象されて解釈の硬直化を招き、従前との比較において消費者に不利益に働くことが懸念される。

また、反対に、かかる消費者保護の後退を回避しようとして、例えば、事業者間取引においても広く一般的に取消しを認めるとすれば、取引一般に対する萎縮効果を生じさせるといった事態も懸念される。

- 5 ところで、改正試案の規定内容については、現行の消費者契約法よりも消費者保護に手厚い場面も想定される（NBL910号27頁）が、これは民法へ一般法化することの理由とはならない。

消費者保護を推進するための方策としては、民法への一般法化をせずとも消費者契約法を改正することで十分に目的は達成される。

そもそも、不実表示に関して消費者保護の観点から重要なことは、具体的事例における不実表示は口頭で行われることが殆どであり、「不実が表示されたこと」を立証できなければ取消しも認められないのであるから、特に消費者による立証困難を緩和する方策を検討することなしに消費者保護を実現することは不可能である。改正試案には、このような課題は依然として残されたままであり、その規定内容も消費者保護として不十分である。

- 6 以上により、消費者保護の観点からは、民法への一般法化をせずに消費者契約法のまま発展・改正を図っていくべきであり、仮に民法への一般法化を行うとしても消費者契約法の規定は存置させるべきである。

また、改正試案の規定自体にも立証困難緩和策など消費者保護として不十分であり、更なる検討が必要である。

第6 消費者契約法の統合（断定的判断の提供，困惑）の問題点

- 1 検討委員会は、消費者契約法4条1項2号の断定的判断の提供および同法3項の困惑による取消しを、消費者契約に関する特則として位置づけた上で民法に統合し、同時に消費者契約法の該当規定を削除すべきことを提案している。

その理由として、本来的に自己責任の原則が妥当する領域であるため一般法化をすることはできないが、消費者契約法においてこれらの取消しが認められているのは、事業者と消費者の間に判断力の格差が構造的に存在することから消費者を保護する必要があるためであり、そのために民法に統合することが相当であることが挙げられている。

他方で、消費者契約法の該当箇所を削除すべきであると説明されていることは既述のとおりである。

- 2 しかし、「私法の一般法」であると言われ、また、「市民社会の基本法」であるとも言われる民法典のなかに、消費者契約に関する特則を規定する必要性が認められるのか、甚だ疑問である。

この点に関して、検討委員会は、「今日、消費者取引や事業者取引を除外しては、民法典は（理論的にはともかく）実際上は取引一般を規律したことにはならない。」としつつ、他方で「もっとも、このことは取引に関するすべての規範を網羅すべきことを意味するわけではない。細かな特則を含む民法典は、持続性の要請に応えることができないばかりでなく、包括性と表裏一体の関係にある一覽性を欠くことになるからである。それゆえ、この点に関しては「中範囲の民法典」が構想されるべきであろう。」ということをも理由として挙げているが、当初より取引に関するすべての規範を網羅することを念頭に置いていないのであれば、何故、消費者契約の一部だけを取り込むことになるのか、その根拠が明らかでない。取引一般を規律することを目指すのであれば、例えば、今日の社会において重要性、広汎性を有する労働契約を取り込まない理由はどこにあるのか、などの疑問が尽きない。

3 むしろ、統合による消費者契約法からの削除は、上記第5（消費者契約法の一般法化の問題点）の3項において述べたのと同様の理由により、改正による消費者契約法理の発展を阻害するおそれがあると言ふべきである。

4 改正試案の規定内容についても、現行の消費者契約法より消費者保護に手厚い場面が想定される（NBL910号36頁）が、これも民法へ一般法化することの理由とはならないことは既述のとおりである。

また、例えば、断定的判断の提供に関しては、「断定的判断の提供」の定義規定はなくその適用範囲は曖昧である。困惑に関しては、実務において頻繁にみられる断続的な勧誘行為（日にちを跨いで何度も繰り返し行われることによって、消費者が根負けしてしまうような場合）について、これが「勧誘が継続」の文言に含まれるかどうか明らかでなく、消費者契約法4条3項の「退去すべき旨の意思」（1号）、「退去する旨の意思を示した」（2号）については、「もう帰ってください。」「家に帰らせてください。」などの間接的表現でも足りると解されるのに対して、「勧誘の継続を望まない旨の意思表示」の文言はより明確な表現が要求されると考えられるため、適用範囲がより狭義となり、消費者保護の観点からは後退したものと言わざるを得ない。

5 よって、消費者保護の観点からは、民法への統合をせずに消費者契約法のまま発展・改正を図っていくべきである。

また、改正試案の規定自体にも要件の明確化や緩和などの点で消費者保護として不十分であり、更なる検討が必要である。

以上