

Title	行動立法学序説：民法改正を検証する新時代の民法学の提唱
Sub Title	Introduction of the new behavioral study of legislation : a fresh proposal of the civil code jurisprudence to review its recent revision in Japan
Author	池田, 真朗(Ikeda, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.7 (2020. 7) ,p.57- 113
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200728-0057

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

行動立法学序説

——民法改正を検証する新時代の民法学の提唱——

池 田 真 朗

はじめに

一 行動立法学とは

1 行動立法学の基本構想

2 行動経済学との相違

3 従来の民法解釈学との根本的な発想の相違

4 平成二九年改正における学理優先の問題点

5 法律学教育改革との関係——「ルール創り教育」の提唱・実践

6 本論文の構成

二 行動立法学の必要性——明治民法以降のルール制定と市民の反応の実証例

1 買戻し

2 任意代位

3 仮登記担保法

三 わが国における「立法学」の立ち遅れ

四 民法典の変容——市民法から取引法・金融法へ

五 平成二九年民法大改正について行動立法学による検証が有効と思われる具体例

1 債権譲渡制限特約関係

2 詐害行為取消権、債権者代位権関係

3 定型約款関係

4 連帯債務関係

5 代物弁済関係

六 規制法から促進法へ——行動立法学からみた金融取引促進法としての特例法・特別法

1 債権譲渡特例法（動産債権譲渡特例法）

2 電子記録債権法

七 行動立法学の展開の展望

1 立法の意図——立法の成功と失敗の新たな判断基準

2 立法の狙いの置き方

- 3 規制法と促進法
- 4 IT 化立法の「普及学」と行動立法学
- 5 ハードロー・ソフトローの問題と行動立法学
- 6 法整備支援と行動立法学

八 結びに代えて

- 1 豊かな「鉾脈」と若手民法学者への期待
- 2 二一世紀のビジネス法務と民法学の将来

はじめに

「行動立法学」とは、私の知る限り、少なくともわが国では私が初めて提唱するもので、そのような名称の学問分野があるわけではない。既に経済学においては、「行動経済学」という分野が確立しているが、後述するように、私の提唱する行動立法学はそれとは発想も趣旨も異なるものである。

私の「行動立法学」の発想の契機となったのは、二〇〇六年から開始された、民法（債権法）改正の準備作業的な研究会に携わって得た知見や感想からである。既に私は、二〇一五年に総合雑誌に発表した民法改正に関する論考の中で、「⁽¹⁾という法律を作ったら人はどう行動するか、という行動社会学的分析は、立法学に必須のよう⁽¹⁾に思われる」と書いている。つまりそれは、今回の民法の大改正（二〇一七（平成二九）年六月公布、二〇二〇年四月施行）の作業にあたっては、そのような観点が不足している、したがって、出来上がったものが問題をはらむ可能性がある、という問題提起に他ならなかった。

私が法律専門雑誌で「行動立法学」という言葉を用いたのは、二〇一六年の初めからで、例えば二〇一六年一月号の「銀行法務21」において、「（民法）改正法案四六六条は、こういう条文を作れば市民や取引社会はどういう反応をするかという、筆者の言う「行動立法学」の観点が欠落した立法案であると言わざるを得ない」と書き、その後、大学法学部用の教科書、入門書等でも何度かこの言葉を用いた記述をしている。⁽²⁾⁽³⁾二〇一九年三月には、

慶應義塾大学において、卒業生を対象にした「行動立法学序説」という講演も行った。それらの読者・聴衆から、まとまった形での論考を示してほしいという要請を多々受けてきたこともあり、本稿をもつて現時点でのわが「行動立法学」の全体像の概要を示すこととした次第である。

ただ、誤解のないように、最初に述べておきたい。私は、新しい「理論」を打ち立てるとか新しい学問分野を拓くというようなことを考えているのではない。単純に、世の人々をより幸福に導けるような法律学（民事法学）を追究したいと考えているだけである。したがって、この「行動立法学」も、「理論」の提示ではなく、「実証」の提案なのである。

なお、私は、本稿の内容の予告的な部分を含む論考「民法改正の本質と新しい民法学」を、法律専門出版社のウェブサイト⁽⁴⁾に発表している⁽⁴⁾ので、合わせてお読みいただければ幸いである。

一 行動立法学とは

1 行動立法学の基本構想

先に述べたように、「行動立法学」とは、管見の及ぶ限りでは、少なくともわが国では私が初めて提唱するものである。経済学においては、「行動経済学」Behavioral Economicsという分野が確立しており、内外に何冊もの書物が著されているが、これは、従来の近代経済学が前提とする合理的経済人ではない、必ずしも合理的に行動しない市場参加者の影響を加味して資産価格の形成等を説明し直したりしようとするものである。⁽⁵⁾つまり、経済学の場合は、人々の行動を分析してそこから何らかの法則性を見出そうとするのである。

私のいう「行動立法学」の観点は、それとは基本的な発想を異にしている。そして、もともと不合理な行動を

する人間の存在は当然の前提としたうえで、新しい立法をする際には、どういうルールを創ったら、人はどう行動するか(逆に言えば、どういうルールがなかったら、人は何が困り、どう行動するのか)という、その法律の対象となる人々の事前の行動予測の観点から法律というルールを創るべきとするものである。つまり、人間行動を分析して法則化しようとするのではなく、新しいルールを創設する際には、それを創った場合の人間行動の予測をどれだけ十分に行うかが、その立法の成否を決めるという考え方である。そしてその観点から立法というもののあり方を考え、それを踏まえて、誰のためにどういう法を創るのが最も良いのか、という、社会的に最適な立法をするための理念や方法論を考察しようとするものである。

ただ、法律学はもともと規範学としての側面を持っており、その規範性の意味と比重が各法分野で異なるため、私の提唱する行動立法学は、もっぱら民法を中心とした民事実体法の分野に限った考察とする。

2 行動経済学との相違

以上の導入の論理をよりわかりやすくするために、もう少し、経済学的発想との相違について記述を加えておこう。経済学では、人間行動を分析して「理論」を導くことを目的にするように見える。しかし、法律学は、人間行動を理論化することは目的としていない。前述の行動経済学は、従来の近代経済学が合理的な行動をする人間を前提に構築されていたことに対するアンチテーゼとして、人間が不合理な行動を取ることを理解してその不合理行動を組み込んだ経済理論を構築しようとするもののように見える。しかし、法律学においては、もともと人が不合理な行動をすることがありうることは当然の前提なのである(付言すれば、そもそもここが、一昔前の「法と経済学」の論者と筆者の立場とが決定的に異なるところである)。

したがって、とりわけ民法学においては、合理的な行動かどうか、合理的な判断かどうか、をルールの基準に

しているわけでは全くなく（もちろん、民法はたとえば反社会的な行為に対して「無効」という評価を与えて、法が取り合わない姿勢を示しているものの、その行為に対して罰則を用意しているわけではない）、「意思表示」という概念枠組みに乗るレベルの「意思」の表出を基準として、人と人の間の関係構築を法が承認する、ということを中心の目的としているのである（それゆえ民法は、決して人の行動を指示したり強制したりするものではなく、当事者が創るルールを承認して支援する、という性質のものである）。

3 従来の民法解釈学との根本的な発想の相違

私の提唱するこの行動立法学の観点からすれば、言うまでもないことながら、法律は、作ってから解釈を工夫して運用するものではなく、作る前に効果を想定しシミュレーションをして作るものということになる。

わが国のこれまでの民法学は、もっぱら民法「解釈」学であって、既存の条文をいかに解釈するかという学問であった。そのような「解釈」学が全盛となった理由は、明治の時代に作られた民法典が、なかなか本格的な改正に至らなかったから、という説明はもちろんありうるのだが、私は、もう一つ別の理由を見出している。それは、とりわけ民法学の世界においては、学者たち——ことに明治以来学界をリードしてきた学者たち——が、学者の仕事というものは、条文の解釈の中に自分なりの説明の「理論」を作りだすことにこそあると考え、実践してきたことによるというものである。

それらの学者たちは、昭和から平成の時代になっても、それぞれの条文規定をより明快に「説明」できる中間項としての「理論」を編みだすことを生きがいとしてきたように見える（実際、一部の学者からはその「中間項」の確立こそが学者の仕事であるという発言を耳にしたことさえある）。「中間項」というのは、例えばある分野の条文の考え方をまとめて説明できる理論を案出し、その理論に従った解釈によって条文を適用させる、という構成で

ある。このような学者の考えは、例えば自らの体系書で法律の条文の順序を自分流に並べ替える、などというところにも顕著にあらわれる。

しかしながら、それは本当に民法学者のなすべき仕事であろうか。もちろん、学者の「学説」の提示に一定の意義があることは肯定するにやぶさかではないが、「こ(6)ういうふう(7)に解釈すればこれらの規定は明快に「説明がつく」、という考え方は、実際の世の中の紛争解決にどれだけ資するものなのか。まずここに重大な疑問がある。この、「説明がつく」という表現を私は今回の民法改正にかかわった学者たちから頻繁に聞いた。しかし、民法改正というものは、学者の説明がつくようにルールを直すものではない。ルールが人々の幸福につながっているかを検証して、障害があるところを直すべきものである。

4 平成二九年改正における学理優先の問題点

そう考えてくると、法律は、作ってから解釈で運用するものではなく、作る前に考えるものだという、当然の理に改めてたどり着くのである。

本年(二〇二〇年)四月一日から、約一二〇年ぶりの民法(債権関係)大改正(平成二九年公布)が施行されたわけであるが、今回の大改正は文字通りその「作る前に考える」最大の好機だったはずなのである。それなのに、今回の民法改正は、その「考え方」に大いに問題があった。前掲の拙稿「民法改正の本質と新しい民法学」で明らかにしたように、改正作業の中心メンバーを筆頭に、「学理的に」つまり学問的にどう説明がつけられるかを第一義に改正をしようとしたのである。おのずから実務界や消費者団体は反対する。また学者の中でも、私のような、民法学者の使命は理論を作ることではなく、世の人々を幸福に暮らしやすくすることにあるという立場の者は、当然に反対する。しかし、改正作業に当たった民法学者たちの多数派は、その反対の理由が根本的に理解

できていなかったようにも思われるのである。

したがって、今回の民法改正では、結果的に、作る前に考え、施行後の影響についてシミュレーションをする部分が不十分であったところが多く見られるのである。一番わかりやすい例でいうと、改正論議の中で最初から非常に時間をかけて熱く論じられていたのは、債務不履行に帰責事由を要求しないようにするという、市民の幸福な生活とはほとんど結びつかないと思える「学理的な」議論であり、他にも、先に述べたように（経済的な効果の検討などはせずに）大企業と消費者の利害や債権者と債務者の利害を表面的に調整しただけのように見える規定が多い。これらの規定を洗い出して早めに検証すべきであり、それをするところこそが令和時代の民法学の使命である、というのが私の「行動立法学」からの主張なのである。

5 法律学教育変革との関係——「ルール創り教育」の提唱・実践

そしてこの行動立法学は、一方で、法律学教育のイノベティブな変革の理論的基礎となるものである。私は、二〇一四年以来、同年に開設された武蔵野大学法学部法律学科で「ルール創り教育」を実践している。これは、従来の法学教育が、いわゆる条文解釈学に偏して、細かい学説の解説に力点を置いていたものを根本的に改め、法学部の卒業生が、社会人となって入っていくそれぞれの社会集団において、それらの構成員を幸福に導ける最適なルール創りができるようになる能力を身に付けさせることにこそ、現代の法学部教育の要諦があるという考え方に立って、条文の意味、その置かれている意義や意図、をまず基本として教えていくものである⁽⁸⁾。このルールがなかったら、誰がどう困るのか、このルールは、誰のどういう利益を保護し、当事者の利益バランスをどう取っているのか、という、ルールの構造、目的を理解させることによって、自分たちでルールを創る場合の能力を涵養するのである⁽⁹⁾。そこでは、判例によるルール補充を教えることは必要であるが、学説の細かい解釈

上の争いなどはまさに二の次なのである（実際問題として、全国の法学部生の九割以上が、法曹三者などの法律専門家にならないことも想起されたい）⁽¹⁰⁾。

6 本論文の構成

本論文の構成は、以下のようなものである。まず明治期以来の民法関係の立法において、どのような立法がされた結果人々がどう行動したかという実証例を検討し、そこから行動立法学の基礎的な発想を抽出する。そして、わが国におけるいわゆる「立法学」の状況も概観し、民法典の取引法化も論証したうえで、具体的にわが行動立法学による発想からする問題意識を、平成二九年改正民法のいくつかの問題点に当てはめて、行動予測の観点からの分析の必要性を提示する。さらに、その観点を、金融取引における特例法、特別法にも当てはめて分析を加えたうえで、この行動立法学の今後の展開が想定される場面について、取引立法の意図に関する分析視点、規制法と促進法の問題、普及学との関係、ハードローの限界とソフトローの役割、等々を例示して考察を試みる。そして最後に、今後の改正民法の分析・検証の作業を、学者ばかりでなく実務家、市民団体等に等しく開かれた「新しい民法学」として提示したい。

二 行動立法学の必要性——明治民法以降のルール制定と市民の反応の実証例

1 買戻し

行動立法学の視点の必要性は、明治民法制定以降のこれまでの立法例で検証することができる。ここで最初の明瞭な実証例として挙げられるのが、民法の規定する、買戻しの特約（民法五七九条以下）である。明治民法で

は、これに多数の条文をあてて、詳細な規定を置いた。しかしその結果、買主つまり実質的な融資者側にうまみが少なくなり、人々は、制約がない再売買の一方の予約（売買の一方の予約は民法五五六条が規定する）の活用に流れたというのは周知の事実である。

民法学を専門としない読者のために、若干の解説を加えることをお許し願いたい。通常の日本語の用法では、買戻しというと、いったん売ったものを再度買う（二度目の売買をする）ということの意味すると思われるが、民法が規定する買戻しは、そうではなく、不動産の売買契約（この制度の目的物は不動産に限られる）に際して、売主が将来その売買契約を解除しうる特約を付し、それを実行することである。売買契約が解除されれば、当事者は契約関係を原状に回復する義務を負うので、売主はその不動産の所有権を取り戻す結果になる（したがって売買契約は一つしかない）。

何のためにこのようなことをするのかといえば、これは、わが国で古くから行われていた、金融のための手段なのである。⁽¹⁾ 売主は、いわば融資を受ける目的で不動産を売却する形を取り、買主は融資金の担保のつもりで、不動産を買う形でいったん自分の所有物とする。そして売主（実質は借主）はこの売買契約と同時に買戻しの特約をして解除権を留保しておき、融資金を返せるようになったらこの売買契約を解除して、代金（融資金）と契約費用を返して、不動産を取り戻すのである。もちろん、買戻しができなければ不動産は確定的に買主の物になる。買戻しは、こういう、債権担保の機能を果たす取引である。

わが国では古くから行われていた制度ということから、明治民法典は、この買戻しにかなり詳しい規定を置いた（五七九条から五八五条まで）。しかし実はそのために、この制度はあまり頻繁に使われなくなってしまったのである。なぜかといえば、規定が厳密なために、制約が多く、当事者、ことに買主（つまり融資者）にとつてうまみが少ないのである。具体的に言えば、売主が買戻権を行使するには、買主に、買主が払った代金と、その負

担した契約の費用を返還すればよく、代金の利息については、利息の定めをすることは可能ではあるが、とくに当事者が何もと決めないならば、不動産の果実と（実際に果実があったかどうかにかかわらず）、互に差し引いたものとみなされる（五七九条後段）。さらに、売主にこのような買戻権を永く認めることは、不動産の取引関係を不安定にするということから、買戻期間は、売買契約成立のときより一〇年以内に定めなければならず、期間を定めなかったときは、五年以内に買戻しをしなければならぬ（五八〇条）。また買戻しの特約は、第三者に対抗するためには、所有権移転登記に際しその付記登記をしなければならない（五八一条①項）。

このような多くの制約を嫌った人々は、同じ民法典の売買に関する規定の中の、売買一方の予約の規定（五六条）を利用して、「再売買の一方の予約」という構成で、実質的に同様な融資取引を実現しようとしたのである。

つまり、民法の定める売買の一方の予約は、当事者の一方に予約完結権を与え、その者が予約を完結する旨を相手方に通知することにより、契約を当然に成立させるものであるが（本契約をするのに、新たな申込みと承諾という二つの意思表示は不要である）、これを用いて、売買契約に際して、売主、買主間であらためてその目的物について新たな逆方向の売買契約を行うことを予約するのである（したがって、この場合は売買契約は二つ存在することになる）。

この予約完結権を売主が保有すれば、買戻権の留保と同様の目的を達することになる。そして、五五六条は、もともと売買契約について予約から本契約への移行を簡潔にするためだけの規定であるから、買戻しの規定のような制約がない。買戻しとの相違点を挙げれば、再売買予約は不動産に限定されない、予約完結権を行使すべき期間に制限がない（期間を特約することはできる。なお期間の特約がなかったときは、相手方は予約完結権を有するものに、相当の期間を定めて、その期間内に完結するかどうかを催告することができ、その期間内に確答がなければ予約は

効力を失う)。そして、何よりも再売買の契約は当初の売買契約とは別個の契約なので、再売買代金は(最初の売買の代金に制約されずに)自由に定めることができるのである(この差額が、融資者にとっての儲けとなる。学説には、これを利息とみて利息制限法の対象とすべきとの主張もあるが、契約形式からみればその主張も難しい)。また実際、買戻しの場合は、買戻代金を自由に定めることができないので、期間中の不動産の値上りを織り込めない欠陥があるが、再売買の予約にはそれがない。したがって、実務上は買戻しの代わりに再売買の一方の予約が多く行われるようになったわけである(なお、再売買予約の場合も、売主は、その不動産に所有権移転請求権仮登記をしておけば、爾後にその不動産を取得した第三者にも、その権利を対抗できる)。

つまり、金融取引については、ルールをあまり厳密に創ると、その取引形態は使われなくなるのである(もともと、買戻しはまったく使われなくなったわけではなく、今日でも若干の利用がある。平成二九年改正では、改正前五七九条から五八五条の規定を、五七九条と五八一条にごく軽微な修正を加えつつ、すべて維持している)。

そこで私見の行動立法学の観点からこの規定の制定史を再検証する場合には、明治民法の起草者たちが、この「買戻し」という債権担保制度の利用をどの程度抑制する意図があつてこのような詳細な規定を置いたのかどうか、という点が問題とされるべき、ということになろう。

この点について概略を述べれば、当時の法典調査会議事速記録においては、起草者は、買戻しの弊害について諸外国の議論も十分意識しつつ、これがわが国では明治維新以前から行われてきた取引形態であつて、禁止は適当でないことを紹介して、ボワソナード旧民法の規定(そこでは名称は「受戻権能の行使」(財産取得編八四条①項以下)を元に、意図的に右に見たような詳細なルールを置くことを説明している。いわば適正に規制(コントロール)する姿勢を明瞭に示していたのである(ただし、なお行動立法学的にはその限界を指摘できる部分がある⁽¹⁴⁾)。

2 任意代位

さらに、明治民法典においては、明らかにその制度を使われなくする（他の制度を潜脱する使われ方を封じる）ための意図的な立法をしたケースがみられる。それが、平成二九年改正前の旧四九九条に置かれていた、「任意代位」の規定である。これは、「弁済による代位」という、弁済者の求償権を確保・実現するための二種の規定のうちのひとつであるが、弁済に利害関係のある（つまり代わって弁済しないと不利益を被る恐れがある）弁済者が弁済した場合の「法定代位」と異なり、任意代位の場合は、そのような不利益の恐れはない弁済者が、債権者との合意で行うものである。

実はこの任意代位は、明治民法の起草者が参考にしたフランス民法典では、特段の第三者对抗要件等を課さずに規定されていた（二〇一六年改正前の一二五〇条の「合意による代位」*subrogation conventionnelle*である。なお改正後は証明方法等に若干の改正を受けて一三四六条の一になっている）。一方でフランス民法典では（二〇一六年改正までの）一六九〇条が、債権譲渡に関して、執達吏による送達か公正証書による承諾という、非常に厳格な第三者对抗要件を課していたため、当時のフランスでは、債権譲渡の実質を達成するためにこの任意代位の規定を利用するケースが多かったのである。⁽¹⁵⁾

これに対して明治民法典の起草者たちは、この一種の潜脱現象を良しとせず、それを抑制するために、平成二九年改正前の四九九条②項においては、民法四六七条が規定する債権譲渡の第三者对抗要件と同じ对抗要件を任意代位にも課したのである（もともと、日本民法が債権譲渡について四六七条②項で規定した、「確定日付のある証書による通知または承諾」という要件は、フランス民法典と比較すればかなり緩いものであったのだ⁽¹⁶⁾）。その効果は観面で、同じ对抗要件が必要ならば債権譲渡をしたい者は債権譲渡の方を選ぶのは理の当然であるから、任意代位はわが国では格別の存在意義を持たず、ほとんど使われなくなったのである（なお改正前四九九条②項は改正後五〇

○条が承継)。

つまりこの任意代位の場合は、明瞭に「使われなくする」あるいは「使われなくなっても良い」という意図を持つての立法であつたといえるわけである。そしてそもそも「弁済による代位」は、本来、弁済者の求償権の確保実現のためにある制度であるから、法定代位の制度がしつかりと規定されていれば問題がないのであつて、この明治民法の起草者たちの立法姿勢は、適切なものと評価してよい。⁽¹⁷⁾

3 仮登記担保法

次に、本稿の問題意識にかかわる立法例を、民法典制定から時代が下がつて昭和の取引法立法例から取り上げよう。それが、昭和五三(一九七八)年に制定された、仮登記担保法である。

仮登記担保は、いわゆる非典型担保の一つであるが、これを代物弁済の予約あるいは停止条件付代物弁済契約と組み合わせた融資契約が、一時期頻繁に行われた。つまり、債務者(資金調達者)が債務を弁済しない時には債務者に属する一定の目的物の所有権その他の権利を債権者(融資者)に移転する旨を予め契約し、これに関する債権者の権利について仮登記をしておくという方法により債権担保の目的を達成しようとする融資手法である。

もとより、担保のために所有権を債権者に譲渡するという譲渡担保の形式によつても同様の目的を達することはできる。しかし、所有権移転の對抗要件として本登記をするとその登録免許税は高額になるし、債務者自身にとつても(先述の買戻しと同様に)あらかじめ所有権を移転させなければならないのは不利益である。そこでその不都合を解消しつつ、登録免許税もより安価な仮登記によるという方法が考案されたと説明されるわけであるが、何よりもこの融資方法が浸透したのは、その融資者にとつてのうまみがあつたからである。抵当権設定による通常の債権担保の方法によれば、当該不動産を競売にかけて売却し、その代金の中から債務弁済に充て

るのであるから、競売の結果当該不動産の売却額が債権者の債権額を下回る場合もありうるし、逆に上回るのであればその残余代金は債務者に清算されるし、他に債権者がいれば各々の債権順位に基づいた配当がなされることになる。これに対し、代物弁済・仮登記担保は代物弁済として債権者による当該不動産の丸取りを認める非常に強い効力を持ち、また代物弁済では担保目的物たる不動産の価格が担保する債務額を大幅に上回っていることも少なくない。これが債権者（融資者）の儲けになるわけである。

そのためこの代物弁済予約（停止条件付代物弁済）および仮登記という取引手法は、債務者・第三債権者との関係で不均衡な暴利行為になると問題視され、解釈による様々な制限方法が議論され、判例による是正の介入（債権者の清算義務や債務者の受戻権を認める⁽¹⁸⁾）を経て、一九七八年に仮登記担保契約に関する法律（仮登記担保法）が制定されるに至るのである。

そうするとその結果、債権者（融資者）にとって仮登記担保を使うメリットがなくなったため、この取引手法はほとんど使われることがなくなったのである。まさにこれも、金融取引については、ルールを厳密に創ると、その取引形態は使われなくなるという典型例である。

もっとも、先の買戻しといささか異なると思われるのは、この代物弁済予約（停止条件付代物弁済）・仮登記という手法は、もともとが、法を潜脱する取引手法という色彩も強かったので、立法によって意図的に規制されるのも当然という評価も多いというところであろう。

ただし、ここまで意図的に使われなくすることが妥当かどうか（つまりそれが本稿の行動立法学的検証からすると最も重要な点である）については、もちろん議論があり、当時の一部の学者がその点を明瞭に指摘している。その代表例が半田正夫教授（当時）の一九八一年発表の論考「仮登記担保立法と立法学⁽¹⁹⁾」である。同教授は、仮登記担保法制定の前史から説きおこし、判例の展開から立法に至る経緯を丹念に記述した後で、今後の立法のあ

り方に言及して、「仮登記担保に限らず非典型担保一般は、法文上の規制のないところにうまみがあり、利用されるものである。新法は仮登記担保の関係者相互間の利害の調整を十分に配慮したきわめて精巧な法律であり、立法者の努力は大いに評価すべきものと思われるが、はたしてこれが実務界で活用されていくかについては——法制化で妙味が失われたため——疑問が残る。今後は未だ立法化されていない譲渡担保その他の方法への逃避現象が生ずるのではないかとの推測も可能であろう。」と述べている。²⁰

半田教授としては、十分に言葉を選びながらのコメントであつたと思われるのだが、まさに正鵠を射た指摘であり、そして事実はその通りになつたのである。

さらに半田教授は、特に根仮登記担保の利用価値については、この法律の成立によって大幅に減殺され、実質的には「生ける屍」と同様になつたとし、「このような根仮登記担保に対する冷淡な扱いについては既に各方面から強い批判がなされている」と指摘し、根仮登記担保を残存・育成させる立法構成もあつたことを示したうえで、「ところが新法は、右のような方向によつて根仮登記担保の育成を図るという途をとらずに、一挙にこれを「生ける屍」とする方向に持つていったのは、非典型担保をできるだけ使わせまいとする立法者の強い意思がそこに働いていたものと推測される。このような立法態度には疑問を投ずる向きもあり、今後検討を要すべき課題といえよう」と締めくくるのである。²¹

本稿では、この仮登記担保法の立法の是非を論じることはいらない。ただ、本稿の提唱する「行動立法学」の必要性は、この場面で既に明瞭に示されているといえる。そして、この法による規制（それは、本稿七で後述するように、禁止に近いものから、整序の意味までも含めた、まさに「レギュレーション」ということである）と、放任ないしは積極的な取引促進等との選択判断というものが、現代の取引法の立法においては、後述するように、新たな重要検討テーマになってきているのである。

三 わが国における「立法学」の立ち遅れ

先に進む前に、ここで、法律学における伝統的な言葉の意味における「立法学」の展開を押さえておこう。わが国においては、二〇世紀末の段階でも、立法学は十分な進化を遂げているとは到底言いがたい状況だった。ようやく一九八〇年代になって、いくつかの評価すべき業績が現れるのだが（例えば一九八一年の『民事立法学』（法律時報臨時増刊）に掲載された諸論考など）、一九九七年のNBLに掲載された「立法・立法学の現状と課題」と題された座談会でも、その内容は、法制審議会のあり方や議員立法の話題が繰り返される等、省庁やその審議会等にかかわる学者たちの「立法技術論」のレベルの話に終始している。⁽²³⁾その立法の「受け手」からのスタンスでの議論は、ごく一部、鎌田薫教授（当時）の発言中に見出せるものの、全体としてはほとんど見られない。

その中で鎌田教授は、わが国における立法学の当時の状況についての的確に紹介し、「これに対し、どういう立法をなすべきか、どういう形で立法作業を進めていくべきか、あるいはすでに成立した法律の法政策的効果の測定といった側面での研究は、かなり以前から散発的に存在していましたが、まとまった業績は、ようやく一九八〇年代以降に見られるようになってきたといつてよいように思います。」と述べ、「この分野では、むしろ民事法系の学者の活躍がめだつ傾向にあります。この時期の比較的大きな著作物としては、一九八一年の法律時報臨時増刊『民事立法学』、一九八四年のジュリスト八〇五号「特集・日本の立法」、それに、一番まとまった著作である平井宜雄先生の『法政策学』（有斐閣、一九八七年〔第二版・一九九五年〕）等がありますが、アメリカやドイツ等と比べるとまだまだ数が少ないように思います⁽²³⁾と紹介している。

右の引用部分のうち、「すでに成立した法律の法政策的効果の測定といった側面」への言及は、本稿の問題関心に近似性があるようにも見えるが、「すでに成立した法律の法政策的効果の測定」は、まさに既に、立法した

側の「法政策」の問題として把握されているのである。筆者が本稿で問題にしているのは、立法した側の法政策の効果測定よりも、立法段階の市民側の対処対応の想定や予測の問題なのである。さらに、その立法した側の「法政策」についてもあえて言えば、それが明瞭にある場合はその「効果測定」以前にその「是非」や「射程」を検証することが必要なのであり、またその法政策が明瞭に見えない場合は、まさにその政策の「有無」とその「是非」の検証が必要なのである（そもそも、例えば専ら学理的な整合性を図るための民法改正の場合には、いかなる「法政策」が存在するというのであろうか）。

そのような観点からみれば、鎌田教授が一番まとまった著作として掲げる平井博士の『法政策学』にしても、（これがわが国の民法法学界における重要業績であることはもちろん承認するものの）当然ながら「政策学」の枠を前提にした理論であるため、まずその平井博士自身の定義にあるように「諸方策について法的意思決定者に助言し、又はそれを提供する一般的な理論枠組み及び技法」なのであって、せっかくSimonの意思決定理論を採用して個人の意思決定の概念から入りながら、それを国や組織の「政策決定」にそのままスライドして定義してしまうところで、法の「受け手」側の行動分析にはなりえていないのである。²⁴もちろん、そのことは平井博士の法政策学全体を批判するものでは毛頭ない。しかしながら、本稿の立場はそれとは異なる、と述べざるを得ないのである（さらに繰り返して言えば、筆者の関心は平井博士のような「理論化」にも「新しい学問分野の構築」にもない）。

そしてわが国の民事立法学においては、その後の刮目すべき大きな進捗は、残念ながら見られていないようである。なお、鎌田教授はさらに、「特に民法部会に關していえば、審議の対象が市民生活の基本的な部分にかかわりますので、……多くの場合、応援部隊のない広範な市民層がいて、その人たちの利害を考慮しなければならぬ」という要請もありますので、政策立法の場合より時間がかかることはやむを得ない側面がある」と述べている。⁽²⁵⁾これも正しい指摘であるとともに、受け手の市民層の側に言及した、この座談会での稀有な発言となってい

る。さらに鎌田教授は、内閣提出法案と議員立法に関する議論に対して、「経済界がかなり力をつけてきて、経団連等が第三の立法提案グループとして実質的には登場しつつある」とか、「もう一つ、市民立法といわれるような市民運動型の立法提案が議員提案として出てくるという動きもあるようです。そういったさまざまな動きが全体としての立法のスタイルを従来型のものとは違った形に変えつつあるような気がします」⁽²⁶⁾とも述べている。筆者としては、これらの発言を特に摘示するとともに、他の座談会参加者からは、このような視点に立った発言が全くと言っていいほど見られていないことを強調しておきたい。

つまり、この国では、明治期以来、法律はあくまでも統治の術であり、民法においてさえも、その主体、すなわち使い手であり受け手であるはずの市民の立場からの（あるいは市民の立場を考慮した）立法議論がほとんどなされてこなかったのである。

私はこの原因の一端を明治期からの法学教育の在り方に求めて分析したことがあり、またわが国における市民層の形成とからめて論じたこともあるが、ここではわが国の「立法学」ことに「民事立法学」の発達が十分なものではなかった事実のみを論証して、先に進もう。

四 民法典の変容——市民法から取引法・金融法へ

さて、話題を、私の行動立法学が主たる検討対象と措定する民法典に戻そう。行動立法学の構想提示の前提かつ論拠として、現代の民法像、ないしは今回の平成二九年の民法（債権関係）改正のポイントについて一言しておきたい。⁽²⁹⁾

今回の民法改正は、一口で言うと、「市民法の改正ではなく、取引法の改正である」ということである。債権

法中心の改正であったことから、その特質はかなりはっきりと示されている。つまり、これまでは、民法典は「人の一生にかかわる、市民生活の基本法」であり「私法分野全体の基本法で、そこから多数の特別法が派生しているもの」とされてきたのであるが、今回の改正で、そのような民法の基本的なイメージ自体が大きく変容したことがわかる。

今回の改正は、完全に、取引法としての民法の改正であり、中でもいわゆる金融法分野に大きくかわる改正であった。したがって、市民とりわけ「消費者」を名宛てにしたものではほとんどない。すぐれて取引法、ビジネス法としての民法の改正にあったのであり、そこで言う「市民」としては、取引をする市民（ないし企業、とくにビジネスとして取引をする市民（ないし企業）を念頭に置かなければならないのである。

ただこれは、わが国の取引法分野の法構造から見ればある意味で当然のことなのである。例えば、民法債権法の中でこの四半世紀に最も重要度を高めたのは、債権譲渡の分野であることはほぼ異論がない。けれども、債権譲渡という取引は、わが国では、民法に規定されているが商法や会社法には規定がない（これはアメリカ、ドイツ等現代の主要諸外国では必ずしも同じ状況ではないことに注意したい³⁰）。したがって、商人や企業がする債権譲渡も、民法の規定の対象になるのであって、今回の債権法を中心とした改正では、まさにそういう側面がクローズアップされていたのである。

かつては、資金繰りの怪しくなった事業者が苦し紛れにする危機対応型の取引であった債権譲渡は、今や中小企業から大企業までが、資金調達のために、正常業務の中で、非常に広範に行う取引となるに至っている³¹。それなのに、商法や会社法には債権譲渡の規定がなく、債権譲渡プロパーの包括的な特別法も存在しない（動産債権譲渡特別法も対抗要件としての債権譲渡登記に関するだけのものである）。したがって、わが国では、債権譲渡に関する取引の法的整序は、すべて一般法である民法が引き受ける構造になっているのである。

また、保証契約についての規定も、同様の状況で、会社法その他の企業関係法の中に事業債務の保証契約の規定があるわけではない。したがって、今回の民法改正では、保証契約全体に条文を増やしているが、ことに個人が企業等の事業債務の保証をする場合の個人保証人保護に新規の多数の規定を加えるに至っているのである。

さらにいえば、今回の民法改正は、決して、消費者としての市民を主たる対象にした改正ではない。消費者としての市民に対峙する事業者のほうも向いた改正である。したがって、単純に消費者保護が図られているものでもない。例えば、今回、定型約款の規定が新設されたが（改正法五四八条の二以下）、後述するように、これは決して、いわゆる（大企業などが作った）附合契約の約定を飲むしかない消費者を保護するための規定ばかりではなくて、契約条項を作る側である、大企業側に有利な規定も含まれている。

そして、民法は私法の基本法（それだからあまり頻繁に改正されると法的安定性が失われるなどという説明もかつてはなされてきた）であるはずが、逆に特別法に引つ張られて改正された部分もある（具体的には、破産法に合わせた改正がされた詐害行為取消権のところなど）。民法の機能、民法典の位置づけ、というものが基本的なところから変容したということになる。

したがって、以上に見たような今回の民法改正の本質からしても、現代では、民法典が各種の取引にどうコミットするのがあるいはしないのか、という、「民法典の政策的なスタンスの取り方」が重要になってきていると言える。それゆえ、二〇二〇年の改正民法施行後の民法学の喫緊の課題は、一つひとつの規定の解釈を研究して教授することではなく、その前に、このように作られた一つひとつの規定が、どのような意図、どのような趣旨で作られたのかを検証し、その意図なり趣旨なりの形成が不十分であったならば、それらの規定を実際にどう使っていくべきなのかを、使い手であるビジネス法務の担当者や、受け手である一般市民とともに考えるところにあると思うのである。

また、その意図なり趣旨なりというのは、決して学者が「学理的に」どう考えたのかを検討するものではない（つまり、学理的な整合性などの起草理由を探究する作業ではない）。そうではなくて、このルールがなかったら誰がどう困り、人々はどう行動するか、とか、逆に、このルールを作ったら人はどう行動すると想定されるか、などということを立て法段階でどの程度明瞭に意識していたのか、ということを検証するべきということなのである。

そして、その検証作業は当然、学者と実務家や消費者団体などとの共同作業によって行われる（もっと言えば共同作業がなければ行えない）ものになる。最近では、取引実務の中に企業の実務家や弁護士以外に司法書士や不動産鑑定士などの士業資格者も重要なメンバーとして加わってきているので、それらすべてのプレーヤーの行動を分析する作業の中で民法学は発展していくべきなのである。

かような次第で、民法典の取引法への変容は、そのまま行動立法学の必要性の増大につながると言えるのである。

五 平成二九年民法大改正について行動立法学による検証が有効と思われる具体例

以上の前提分析を踏まえたうえで、ここでは今回の平成二九年民法改正について、私見の行動立法学による検証が有効と思われるいくつかの代表的な問題点を例示しよう。

1 債権譲渡制限特約関係

代表的な例は、既に筆者が幾度となく指摘しているところではあるが、債権譲渡制限特約に関する四六六条②項（譲渡制限特約が付いている債権でも譲渡できる）と同条③項（しかし債務者のつけた制限特約も一定の状況で有効

とする)を並置したところである⁽³²⁾。

ここでは詳論は避けるが、譲渡制限特約付きの債権でも譲渡可能として資金調達に使えるという、中小企業者の資金調達を考えた場合には「前進」といえる方向を示したものの、債務者の支払先固定の利益の擁護などという理由で制限特約も有効にしたため、譲受人となるべき融資者の側から、有効な制限特約があるなら、コンプライアンスの観点から融資者としてそういう債権をあえて担保等として譲り受けることはしない、という反応が出てきて、実際に資金調達の円滑化に資する改正になっているのかどうか疑問視されている。また、有効な制限特約があるのにそれを譲渡するのは債務不履行だという、ほぼまっとうな指摘に対して、それを否定する法律構成(解釈論)の検討がすでに国会の審議の答弁中から論じられているという状態である。現実に取引がどう動くかのシミュレーションなしに表面的にステークホルダーの利害の調整を図った規定としか言いようがない(加えて、新しい規定を作りつつ新しい解釈論を要求する立法が不適切なものであるのは言うを俟たない。法改正は学者の論文の種を作るためにするものではないのである)。

つまりこのケースでは、人がうまみのある方向に行動する、という、先述の仮登記担保法制定時の行動判断要素のレベルではなく、債権の譲受人となる融資者が、ことにメガバンクなどの場合は、コンプライアンス(法令遵守)の観点からどう行動するか、とか、譲受人が当該債権の債務者とも取引があるような場合に、顧客に対する取引上の配慮からどう行動するか、などという、現代の金融取引社会における、一段進んだ行動分析基準が問題になっているわけである(なおこの点に関連して、本稿の注⁽³⁰⁾で指摘した、ドイツ商法典HGB三五四a条との対比——その評価、使われ方——についての検討の必要性も付け加えておきたい⁽³³⁾)。

なお、譲渡制限特約関係では、もう一つ、私が問題としているものに、「債権譲渡と相殺」の規定と「差押えと相殺」の規定の関係がある⁽³⁴⁾。これは、従来は判例上も二つのケースを同一レベルの基準にして処理していたと

ころであり、しかも今回立法担当にあたった学者たちの間では、「債権譲渡と相殺」のほうを「差押えと相殺」よりも相殺可能範囲を狭くする「学説」（明治民法の立法趣旨等とは関係のないもの）が有力だったところなのであるが、改正法では逆に「債権譲渡と相殺」のほうの相殺可能範囲を広くする改正がなされたのである。将来債権譲渡の債務者の保護に配慮して、将来発生するかもしれない抗弁事由を採り込めるようにしたという理由のようであるが、「差押えと相殺」よりも広くする理由に必然性があるか（実務では、同一のほうがルールとして予測可能性等の点で優れるという声がある）、またこれが今後の将来債権を活用した資金調達取引の発展にどう影響するか、阻害要因にならないか等について、なんらかの具体的なシミュレーションが行われた事実は、私の調べた限りでは存在しない。

債権譲渡については、立法に関与した学者たちがどれだけ債権譲渡の実務を理解していたか疑問な点もあり、⁽³⁵⁾ 今後の一定期間をかけた実務的検証は必須と思われる。

2 詐害行為取消権、債権者代位権関係

また、詐害行為取消権については、今回膨大な条文増となったところであるが、金銭を受領した取消債権者の事実上の優先弁済効を残す形を取りながら（改正法四二四条の九）、取消訴訟の効果が債務者にも及ぶことにしたので（改正法四二五条）、取消債権者が勝訴した場合、債務者から被告受益者に請求することもでき、勝訴した取消債権者の優先弁済効は必ずしも確保されない。このことは、債権者代位権についても同様である（四二三条の三で事実上の優先弁済が可能になっているが、四二三条の五で、相手方は債務者に履行をすることができ、債務者もその履行を受領することができることとされた）。優先弁済効については、それがあるからこそ代位権や取消権の存在意義があるとする一部の実務の見解と、倒産法の手続きと比較すると異例になる民法の詐害行為取消権等の優先弁

済効を否定して学理的に整理したいという学者委員の思惑のぶつかり合いがあったといえる。この折衷的立法がどう機能するのか。取消債権者が勝訴しても被告受益者が債務者の求めに応じて債務者に支払うというパターンが多発する可能性もある⁽³⁶⁾。これも、紛争解決のシミュレーションはどうなっていたのか、大いに検討されるべきところである。

3 定型約款関係

定型約款についても、約款の規定が初めて民法典に入ったということで報道では消費者保護が進んだようにも書かれたが、実際には、五四八条の四などは、顧客の個別同意を前提としない、約款準備者による約款内容の変更に関する規定（つまり大企業側がいちいち消費者側と合意せずに約款を有効に変えることができる定め）であって、大企業側に有利な規定がされているのである。これも、最終的に、法務省側の意図と消費者団体と大企業との利害の調整を図った規定といえ、大企業がどう使うかの姿勢が問われる（ある保険会社が五四八条の四①項などの謙抑的な利用を表明していたのは、まさに後述する「見識」であろう）。

なお、この五四八条の四については、施行前から早くも学界での議論が多数出てきているが、本稿の立場では、まさに、「理論的にこの条文を正当化する」作業よりも前に、約款準備者側の行動を分析した上で「この条文が正当化されるのか否か」を論じるべきということになるのである（付言すれば、これも先に述べた四六六条と同様の状況にある。施行の前から議論が百出するような法改正は、決して適切なものではない。もちろん、できてしまった条文は、論議を尽くしてより良い解釈を見出していかなければならないのであるが、先に述べたように、ルールは作る前に考えなければいけないものであって、法改正は学者の論文の種を増やすためにするものでは決してないのである）。

4 連帯債務関係

あまり論じられていないが、連帯債務の改正においても行動立法学的には不可解な点が多い。そもそも連帯債務における請求等の絶対的効力事由を減らした理由が、連帯債務には多様なものがある（中には従来言われていた密接な主観的結合関係のないものもある）からということなのであるが、その理由付け自体が、どういう実証分析をした結果なのかがよくわからない。単に多様なものがあるというだけではあまりにも無責任に思われる。⁽³⁹⁾ 連帯債務というものをどういう理由でどうしようというのか（あまり使われないようにするのかそういう意図はないのか）も見えてこない（実際には今次の改正によって、実務的には連帯保証のほうの優位性がより高まったのではないかと思われるが）。そして、免除を絶対的効力事由から外した結果、いわゆる不真正連帯債務という理論構成が不要となったというのだが、改正法では、債権者から免除された連帯債務者は、支払いをした連帯債務者から求償されることを明記した（四四五条）。つまり、交通事故による共同不法行為のケースで言えば、新聞少年のバイクと高級車の接触事故でとぼちちりを受けて怪我をした歩行者が、新聞少年に、君には請求しないと免除しても、新聞少年は結局、歩行者に賠償した高級車の運転者から求償されてしまうのである（このような「免除」概念が一般市民のイメージと異なるものであることは言うまでもなからう）。不真正連帯債務論の要諦は、新聞少年を免除しても、高級車の運転者から全額の賠償を取れるというところにあったわけであり、確かに改正法によって免除しても全額取れることは明らかになったが、免除の持つ意味の（一般市民の感覚とは異なる）小ささも明瞭になっただけである。⁽⁴⁰⁾

以上、連帯債務の部分は、本稿の問題意識からすると、明瞭な「政策」を何も意識せずにばらばらの個別改正を組み合わせた印象があり、その「立法態度」の可否の検証が望まれるのである。

5 代物弁済関係

また、まさに「学理」が先行してかえって論点を増やす改正になっているところもある。例えば、今回の民法改正では、従来要物契約とされていたものを諾成契約に改める（あるいはその方向に近寄せる）改正が目立つ（使用貸借、寄託、消費貸借等の改正を参照）。その一連の改正と整合性を持たせたのか、従来要物契約として規定されていた代物弁済契約を今回は諾成契約にしたのだが（改正法四八二条）、立法に関与した学者によれば、今後は諾成の代物弁済契約をしても債権者はなお「当初の給付」を求めることもできるという⁽⁴¹⁾。

そこだけ見れば、今回の改正の大方針ともいえる「契約（合意）の重視」に反する方向にも思える。代物弁済契約は諾成でできることにはしたが、債権消滅の効果はあくまでも給付によって生じるという改正法四八二条の論理構成からの当然の帰結ということのようであるが、取引実務において混乱を来すことにはならないであろうか（少なくとも、今次改正が標榜した「国民にわかりやすい改正」になっていないことは確かである）。そもそも、代物弁済を諾成契約とした（学理上の理由以外の）実理的な理由やメリットはどこにあつて、それが規定のわかりにくさや疑問を生ずる可能性を超えて大きいものであるという検証が、立法段階でどのようになされていたのかが問われるのである。

以上の諸点はいずれも、当事者がどう行動するかによって、規定の意味や役割が変わり、改正の可否の評価が変わるものとも言える。それゆえ私は、最近の論考で、今回の改正の成否は、全国の取引実務、金融実務に携わる人々の「見識」によって決まる、と書いたのであるが、立法の立案・審議の段階でその人々の行動の「見通し」がどのくらいつけられていたのかが、はなはだ疑問なのである。

もちろん、ここに掲げた諸点について、立法にかかわった学者や弁護士たちから、こういうシミュレーションをした、こういう行動想定をした、という反論が出されるならばそれは大変結構なことで、今度は、立法にかか

わらなかった学者や実務家たちが、こぞってそのシミュレーションの当否を検証すれば良いのである。

六 規制法から促進法へ——行動立法学からみた金融取引促進法としての特例法・特別法

次に、考察の対象を民法からその特例法、特別法に拡げて、ことに近年の金融取引促進法の立法を分析してみたい。従来わが国では、金融取引については多数の規制法や金融庁の金融検査マニュアルその他のガイドラインで厳格な規制がなされてきた。しかし最近では、取引規制だけでなく取引促進を目的とする法律も作られている。その「規制法から促進法へ」の流れを象徴する取引促進法の二つの例を、行動立法学の観点を絡めて紹介したい。

1 債権譲渡特例法（動産債権譲渡特例法）

わが国における、金融取引促進法の代表例として挙げられるのが、債権譲渡の對抗要件を簡易化して債権譲渡による資金調達を促進した、一九九八年の債権譲渡特例法（二〇〇四年から動産債権譲渡特例法）による債権譲渡登記制度の創設である（私はこの立法に立案段階から関与した⁽⁴³⁾）。

日本では債権の譲渡は、フランス民法と同様に、契約は譲渡人と譲受人の二人でできるが、新債権者が周囲の人々に自己の得た権利を主張し対抗するには、法の定める對抗要件を備えなければならないとされ、その第三者に対する對抗要件としては、債務者に譲渡を通知するか、債務者に承諾してもらう、しかもそれらを確定日付のある証書（作成日が法的に証明される証書）でしなければならぬという規定が民法四六七条に定められている（ただしこの規定が当時のフランス民法よりも手続的に緩和されたものであることは前述した⁽⁴⁴⁾）。ちなみにこの規定は今回の民法改正法でも変わらない。

しかしこの第三者対抗要件（多くは郵便局の内容証明郵便で行われてきた）を備えることは、大量の債権を譲渡して資金を調達する債権流動化や、将来の売掛債権までを担保化して資金調達をする将来債権譲渡担保などの資金調達手法が盛んになってきたので、非常に手間とコストのかかる手続きということになった。そこで、この阻害要因を排除して債権譲渡を利用した資金調達を促進するため、主体を法人に限定して、民法の規定する確定日付のある証書による通知又は承諾を、国の法務局のコンピューターに対する登記で代替する制度を創設したのである。これが一九九八年に成立した債権譲渡特例法の主要な「政策的眼目」である。

そしてこれは取引促進法として非常に成功した例となり、現在日本では、企業の債権を使った資金調達においては、リース会社やクレジット会社がいわゆる大量債権の債権流動化をして資金調達をする場合も、中小企業が先に述べたような将来の売掛債権を集散的に譲渡担保として資金調達をする場合も、非常に頻繁にこの特例法登記が使われているのである。⁽⁴⁵⁾

ただこの成功例も、実は当初、まさに行動立法学的な大きな失敗をしている。それは、既に筆者が論文として詳細に公表しているところであるが、一九九八年の当初立法時に、（これは先述の原案起草に関与した我々二名の学者の預かり知らないところであったのだが）この債権譲渡登記をした情報がそのまま商業登記簿上に概要情報をスライドして掲記されるという取扱いを規定したのである（実際には、もう一つ、登記に必要な記載事項として譲渡に係る債権の総額を記載させるところで、見積額として将来債権の累積譲渡額を記載させたことも問題を大きくした）。これはどうも、当時の法務省内で、近い将来のオンライン登記の実現のために、会社番号で紐付けをしておこうと考えたからのようなのであるが、このため、商業登記簿を閲覧した信用調査会社が、この会社は、債権までも、しかも不相応に大きな額で譲渡している、ということ、当該譲渡企業に信用不安ありと情報を流し、風評被害を惹起することになったのである。当時はそれで実際に倒産の危機に瀕した中小企業もあったと言われている。

これは、債権譲渡の歴史を考えてみれば、昭和から平成初期までの二重譲渡判例法理形成でもわかるように、かつての債権譲渡は、資金繰りの危うくなった事業者が苦し紛れにする取引であったのである。したがって、その世間的評価がなお根強く残っている実態を適切に分析したならば、この商業登記簿スライドは、してはいけない立法だったわけである。これはまさに、行動立法学からは失敗の典型例として掲げることができるものである。なお、この商業登記簿スライド掲載については、二〇〇四年の法改正（動産譲渡登記を加えて動産債権譲渡特例法となる）の機会に、誰でも簡単に閲覧できる商業登記簿に概要情報をスライド掲記することをやめて、別に登記事項概要ファイルというものを作り、概要記録事項証明書の発行を申請する形で閲覧可能とする（さらに詳細事項については関係人のみに閲覧可能とする）形で改善したのである。⁽⁴⁷⁾ 合わせて上述の譲渡総額の件も、将来債権譲渡の場合は（既発生債権と合わせて譲渡する場合も含む）、この債権総額を登記事項としないこととした。⁽⁴⁸⁾

なお、この法律は、上記のように二〇〇四年に、今度は動産の引渡しによる対抗要件に代わる登記も創設したので（それまでは占有改定という公示力のない手法が用いられていた）、いわゆる ABL（流動資産一体型担保融資）における売掛債権の譲渡担保と在庫動産の譲渡担保に、民法典よりも簡易で明瞭な対抗要件を与え、ABL による資金調達が法的に推進されることになったこともしつかり述べておきたい。

2 電子記録債権法

次に紹介するのは、二〇〇七年に成立した電子記録債権法である。これも、私が構想段階から立法まで関与した法律であるが、日本が（これはわが国としては非常に珍しいことなのであるが）、文字通り世界で最初に作った革新的な法律である。⁽⁴⁹⁾

要点を言えば、民法上の指名債権でも、手形法上の手形債権でもない、第三類型の、記録機関のコンピュー

ター上の記録簿に記録することによって発生し、同じく記録することによって移転するという、新しい債権形態を創設したものである。

この電子記録債権を創設した趣旨（政策的な理由）は、以下の通りである。

民法上の指名債権の場合は、まず存在の証拠自体が明瞭でなかったり、譲渡禁止特約が付いていたりという、資金調達のための欠点がある。一方、手形の場合は、手形という証券（紙）の発行や保管の手間がかかり、また印紙税がかかるという欠点がある。それらの欠点のいずれをも解消するものとして、電子記録によって発生し、電子記録によって移転する債権を創設したのである（消滅は電子記録が要件ではなく、例えば相手方金融機関の口座に振り込まれた証明ができればそこで消滅する）。そしてこの電子記録債権は、大本は、二〇〇三年の、政府の「e-Japan 戦略Ⅱで「手形の有する裏書や割引機能等を電子的に代替した決済サービス」の普及を図ることが挙げられ、さらに翌二〇〇四年の e-Japan 戦略Ⅱ加速パッケージで「電子的手段による債権譲渡を推進するための制度の見直し」ということが示されて、それらを受けて、最初は同年二〇〇四年に経済産業省の産業金融部会におかれた「金融システム化に関する検討小委員会」で、中小企業の資金調達の多様化という文脈の中で提案されたものだったのである。⁽⁵⁰⁾

具体的には、民間で複数の設置が認可される電子債権記録機関（資本金五億円以上）のコンピューター上の記録簿に、債権者と債務者が共同で申請して電子記録債権を発生させる。この記録機関の認定には、金融庁の厳しい審査があり、二〇二〇年五月現在では、全国銀行協会の全金融機関参加型記録機関と、三つのメガバンクの子会社の記録機関と、二〇一七年七月に認可された独立系の記録機関との合計五記録機関が存在する。

これまで、電子記録債権は、もっぱら手形の代わりの資金決済手段として、利用されてきた。これは多くの大企業も利用しており、事業規模は、二〇一七年一〇月段階で約一四兆円、二〇二〇年五月では約一八兆円と推計

される⁽⁵¹⁾。相当な数字であるが、ただこれも、二〇〇八年の法律施行当時の監督官庁サイドや実務サイドからの大まかな見通しからすれば、まだ十分に大きな数字とは言えないようである。

その理由はどこにあるか。実は、この電子記録債権の普及は、行動立法学からすると、マトリクス的な分析を必要とする、複合・応用問題なのであるが、やはり、各プレーヤーことに納入企業側にとってのうまみが今一つ見えてこないというところにあるのではないかと思われる。

つまり、発出側である発注企業（大企業であることが多い）にとつては、膨大な手形発行の手間や印紙税の負担から逃れられ、かつ、手形以上の可視性、追跡可能性があるという一定のメリットが認められる⁽⁵²⁾。一方、記録機関自体にはもともと手数料収入以外のさしたる利益はない（ただし銀行系の記録機関の場合、タイアップする親金融機関には間接的な利益があるかもしれないが）。これに対して、受け取り側の納入企業には、手形の割引が電子記録債権の事前現金化に代わるだけでは、さしたる新規のメリットはないのである（さらに導入障壁として納入中小企業のITレベルの問題もある）。

私は、日本でのもっとも明確なFinTechの最初の例、しかも非常に手堅いFinTechの実例がこの電子記録債権であると考えているのであるが、しかし、単純な手形代替というだけでは、取引社会に与えるメリットはまだまだ少ない。納入企業側には、これが、より有効な資金調達手段（ことに担保手段）として活用されて初めて電子記録債権の真の価値が創出される、と私は従来から主張している⁽⁵³⁾。

例えば、独立系の記録機関が力を入れている、契約を電子契約（デジタル契約）とし、その発注段階で一定の支払額を電子記録債権化して、それを納入企業が譲渡または担保化して資金調達に活用するという方法がある⁽⁵⁴⁾。これによって、例えば手形の場合よりも早期の資金化が図れる。これは確かに有効な手法であるが、ただ、それによって、納入契約の債権の一部の（早期に電子記録債権化した）部分だけしか活用できず、一定の将来債権の

集合までも担保に取るいわゆる将来債権譲渡担保の方法（これは不確実性の高い手法であることは勿論なのだが）と比べると、数額的には限界がある（電子記録債権は、記録によって発生するので、すべて既発生債権となり、確定性がある代わりにいわゆる将来債権を譲渡担保に供するような場合の規模感は得られない）。しかし、電子記録債権は、価額が記録通りに特定し、エビデンスが確実で、可視性、追跡可能性が高いので、担保活用の適性が高く、電子契約（より正確にはデジタル契約）と結び付けての新たなビジネスモデルの開発が急速に進みつつあるようである⁽³⁵⁾。このような、既存のルールに新たな活用方法を開発して取引需要を喚起することも、行動立法学のなすべき作業として措定されよう。

七 行動立法学の展開の展望

1 立法の意図——立法の成功と失敗の新たな判断基準

以下は今後の行動立法学の展開に関する試論である。

以上の考察からすれば、例えば民法の取引法化を前提に考えた場合、新しい立法に対して検証すべきポイントは、立法者（国）はその取引をどうしたかったのか（規制しなかったのか促進したかったのか）、あるいはあえて取引の趨勢に対してノータッチの姿勢を取ったのか、いずれにしても、立法者のその制度なり規定なりについての自覚的な問題意識を明らかにすることである。それが明らかにならない立法は、立法作業上おそらく何らかの懈怠が認められるのであって、そこから起因する欠陥の有無を検証しなければならない可能性が高い。

もちろん、民法典の場合、取引法化が進んだと言っても、意思自治の原則からして、そもそも法がどこまで政策的な姿勢を盛り込むべきなのか、という伝統的な議論は当然にあつてよいのだが、それは、立法過程で右に述

べた「ノータッチの姿勢」を取る自覚的な議論があったかどうかという検証の問題になるわけである。

具体的に、例えば一定の理由でその規定の利用を抑制しようとした立法をして、それで実務界で使われなくなったというのであれば、（その政策の是非は問われようとしても）立法としてそれなりに成功したといえる。しかし、逆に適正にコントロールしてその取引を定着させたかったのに使われなくなったというのであれば、それは立法の失敗ということになる。したがって、民法のような取引社会の基本法の立法については、学理的な整合性などということよりも、はるかに、このような施行後の利用形態を読んでの立法をすることが重要であると考ええるものである。

2 立法の狙いの置き方

そうすると、行動立法学の観点からする「立法の狙い」の置き方は、大きく①規制、②放置、③促進の三方向があるといえよう。①の規制には二通りあり、やめさせたい規制と、適切なコントロールの実現を目指した規制がある。また②の放置にはおそらく三通りあり、検討自体を看過した放置か、意図的に成り行きに任せる放置か、緩やかなイノベーション支援かという考え方がありうる。そしてもちろん③促進の場合には、規制を積極的に緩和してその取引の拡大支援をはかるとか、新規な取引形態について積極的なイノベーション支援をするということが考えられる。もちろんそれらのどれにあたるかは、実際には評価に迷うようなケースもあろう（最近の実例としては、いわゆる仮想通貨（現在の法律上での表現は「暗号資産」⁽⁵⁶⁾）に関する当初から二〇一八年あたりまでの国側の対応とその後の立法政策の変遷を想起されたい）。

3 規制法と促進法

これまでの考察から明らかなように、今日の取引社会に対する広義のレギュレーションとしては、規制法ばかりではない、促進法の必要性も論じられていることは言うまでもない。もともと、金融取引の世界では従来圧倒的に多かったのは規制法であり、促進法として挙げられる例は、上述の動産債権譲渡特例法や電子記録債権法等、まだ数少ない段階である。

例えば、資金調達の法的ツールに対する法律・規制の適用関係の整理を試みた有吉尚哉弁護士の論考でも、「資金調達のための法的ツールと規制法・促進法」というタイトルの下に、「適用法」と「規制法」とを分析する内容になっている。⁽⁵⁷⁾ もちろん有吉弁護士は、規制を広義のレギュレーション、コントロールの意味で用いているのであり、「規制を適用するからといって必ずしも使い勝手が悪くなるというものではなく、利用者保護が図られることによって利用可能性が高まる面もあり、また私法上の規律が明確に定められていなければ全く使えないというわけでもない。技術の進展などにより新たな法的ツールが登場する場合には、実態と法制度の両面を含めて、利用者保護を確保しつつも、資金調達の円滑化が図られる制度設計や実務運用が求められている」という同弁護士のまとめは傾聴に値する。⁽⁵⁸⁾

4 IT化立法の「普及学」と行動立法学

私は、先に述べた債権譲渡登記について、すでに二〇〇六年の段階で、そのオンライン申請を題材に、「立法普及学」試論を兼ねて」と副題を付けた論文を書いている。⁽⁵⁹⁾ さらにその九年後に、その後をフォローする「債権取引の「電子化」とその「普及」の課題——債権譲渡登記と電子記録債権における「普及学」的検証」という論文を発表している。⁽⁶⁰⁾

「普及学」⁽⁶¹⁾という分野はわが国ではあまり大きな広がりを見せていないようにも思われるが、IT化時代の立法には不可欠の考慮要素であると考えられる。例えば、前述の債権譲渡登記は、結局日本で最初のコンピュータ化された登記となるのであるが、近年までの情報では、登記後の証明書請求はオンラインでの一定の実績があるが、登記自体のオンライン申請例はほとんどないと聞いている（中野の東京法務局への持ち込みあるいは郵送で申請されている）。これも申請主体の電子署名等の手続きの工夫で改善の余地がありそうである。

つまり、わが国では、近年、納税等各種の手続きのオンライン化が進んではいるが、それらの制度を個別にみると、普及率が低いものが多いのである。⁽⁶²⁾当事者の手続きの中の何が煩瑣で（あるいはコスト高で）普及を妨げているのか等を分析するのも、行動立法学の重要な仕事といえる。

民法からは離れるが、その普及遅れの現代の典型例が、マイナンバーカードである。⁽⁶³⁾もちろん、カードに個人情報や過度に紐付けすることにはさまざまな問題があるが、例えばマイナンバーカードに健康保険証を兼ねるという機能を早期に与えていれば、おそらく普及率は相当に上がり、有事の際に行列ができるなどという国民行動を招くことはなかったと思われる。

このように、新しいルール、ことにIT活用の新ルールの普及には、行動立法学と「普及学」の発想は大いに寄与するであろうと考えられるのである。

5 ハードロー・ソフトローの問題と行動立法学

ここでもう一言及を加えておくべきは、ハードローとソフトローの問題である。これも行動立法学の重要な対象領域になる。つまり、法律というハードローでコントロールすることが有効にできるのか、また適切なのか、それよりも例えば官公庁の示すガイドラインやそれに基づく業界団体の自主規制ルールなどでコントロールする

ほうがかえって有効・適切なのか、という問題である。ここに行動立法学の観点の分析を加えるわけである。

近年のソフトローの例としては、中小企業庁と金融庁が指導した平成二五年の「経営者保証に関するガイドライン」の策定などが挙げられる⁽⁶⁴⁾。それに基づく諸施策が一定の効果を上げてきていることが認められるが（中には経営者保証に停止条件を付ける連帯保証契約⁽⁶⁵⁾など、経営者のモラルハザードを考慮した、行動立法学的に高い評価が与えられる施策も含まれている）、それとの対比でいえば、例えば、民法改正で事業債務の保証について個人保証人の保護を強化する規定を置くことが（今回の改正法では四六五条の六以下に新設）、どれだけ取引社会全体の問題解決に対して有効な施策となるのか、かえって事業承継等の今日的問題において障害と化すところはないか⁽⁶⁶⁾、等の検証が必要と思われるのである。

6 法整備支援と行動立法学

最後に、私の提唱する行動立法学の外延とも言うべきものとして、法整備支援の問題を挙げておきたい。二〇二〇年五月一日付の日本経済新聞には、「東南アの法整備 日本が存在感」「ラオスで民法施行、法案の起草支援」という見出しの記事が掲載された。その中で、欧米諸国や世界銀行グループ、アジア開発銀行などの国際機関は、法整備支援において「モデルとなる制度をそのまま相手国に持ち込む傾向が強い」とされ、これに対して、ラオスをはじめ東南アジア諸国で広く法整備の支援にかかわってこられた慶應義塾大学の松尾弘教授の談話として、「海外が効率的な形にする成果優先なのに対して、日本はプロセス重視だ」という指摘を紹介している。そして記事は、日本は相手国との「寄り添い型」が特徴だと書き、ラオスが、日本の支援を受けて（これまでは契約法や財産法が個別に存在していたのを）着手から六年、準備期間を含めて一五年かけて民法典を作成し、今月（二〇二〇年五月）内に施行すると紹介している。記事では、現地で制定作業に取り組んできた入江克典弁護士

「ラオスの文化を踏まえて最新の内容にすることができた」という談話を紹介している。松尾教授らの多年の尽力が実ったうれしい話題なのであるが、本稿が問題にするのはそこから先である。

記事はこう続く。「ただ、法律を起草、施行しても根付くかどうかは別問題だ。深刻なのがカンボジアだ。一九七〇年代の波尔・ポト政権による大量虐殺で知識層がいなくなったため、従来の寄り添い型ではなく日本とほぼ同内容の民法や民事訴訟法を輸出した。「現地で感謝されているが、使いこなせずに無用の長物になっている」(現地⁽⁶⁶⁾の村上暢昭弁護士)」とある。

先にも注(7)で触れたように、私は二〇〇〇年からカンボジアで、政府レベルではなく、日本の弁護士団体(日本カンボジア法律家の会)の法教育支援のボランティア活動に加わり、記事にある、波尔・ポト政権による大量虐殺で法律を教える教員もいなくなった同国で、(旧仏領インドシナの関係で、カンボジアのかつての法制度はフランス民法などと親和性のある部分も大きかったので)民法入門という趣旨で、日本民法の授業等を行ってきた⁽⁶⁷⁾(したがって私は上記記事にある政府レベルで日本の学者たちが起草・指導したカンボジア民法典制定には全く関与していない。ちなみに上記の松尾教授もカンボジアについては起草にかかわっていない)。

その経験から私は、「それぞれの国にそれぞれの民法、それぞれの国民にそれぞれの民法」という思いを強くしたのでが、⁽⁶⁸⁾したがってその発想からは、立法支援は、上記記事の「寄り添い型」であることは必須となるのである。しかし、今回の日本が「輸出」したカンボジア民法典は、記事には「日本とほぼ同内容の」とあるが、実は、これまでの日本民法典にない、学理的に最先端の規定もいろいろ盛り込まれていて、それが今回の平成二九年改正民法に採用されている部分もあるのである(一例として、新設された債務引受の節(改正法四七〇条以下)の、世界的に数少ない、併存的債務引受から規定するやり方など)。軽率な推測は避けなければならないが、上記記事の「無用の長物」というコメントが、日本の優秀な民法研究者たちが「学理的に」工夫して作成した結果とつな

がつていはいしないか、それが行動立法学的には強く懸念されるのである。まさに、そういう立法をしたらその国の人々はどうか行動するのかのシミュレーションはなされていたのか、ということなのである。

八 結びに代えて

1 豊かな「鉱脈」と若手民法学者への期待

以上のように、行動立法学の観点から新しい改正民法典を見ると、多数の、豊潤な「鉱脈」が見てとれる。もっとも、具体的に私自身がそれらを掘り尽くすには、到底時間も体力も足りない。新時代の、若手民法学者に期待するところが大きなのである。つまり、これから少なくとも三、四年の年月をかけてまず研究すべきは、民法の条文の「解釈論」ではなく、それらの条文によって時代にそぐう改正ができたのかどうかの「検証」なのである。そこにおいては、いわゆる実務家と学者とのコラボレーションも広く行われるべきであろう。施行後の取引データ等を分析し、そこから発想する研究がまさに奨励されるのである。

冒頭に紹介した前稿「民法改正の本質と新しい民法学」⁽⁶⁹⁾で述べたところを繰り返したい。「民法学は、少しもその役割を終えておらず、今回の改正を受けてさらに新しいステージに入ったと私は考えている。」「今次の民法改正では、民法学は何ら敗北していないし、⁽⁷⁰⁾何も打撃を受けてもいない。それどころか、このような「時代意思」によって誕生した、すべてのステークホルダーの利害を考察して構成する新しい学問的側面（成長要素）を得たと把握するべきなのである。」

2 二一世紀のビジネス法務と民法学の将来

そして私は、右の前稿の結びに、以下のように書いた。

「市民法から取引法・金融法に変質した民法債権法について今後形成されていく民法学は、したがって、ビジネス法務の進化発展についていけるといっただけでなく、逆にそれをリードする要素も用意できるような、イノベティブなものにならなければならない、というのが私の想定するところである。私法の基本法、という、ある意味ではいわば努力なしに生き残れる横綱のような地位は、既に失われつつある。しかしながら、特別法に規定がなければ一般法たる民法による、という基本ルール自体が失われたわけではない。その意味で、民法学自体の進化発展、民法学からの実務に対する発信、実務とのコラボレーションの展開、民法学の他の法分野へのアプローチ強化等、令和時代の民法学者のなすべき課題は山積している。二〇二〇年四月の改正民法の施行は、まさに民法学の新たなスタートラインを引いたと位置づけるべきものである。二〇二〇年四月の改正民法の施行は、まさに民法学の新たなスタートラインを引いたと位置づけるべきものである。」

スタートラインを引いた、と書いたのは（実はスタートラインというのは和製英語のようなのであるが）、この行動立法学的な検証作業をするにあたっては、すべての民法学者が（あるいは研究を志す実務家等もが）、世代を問わず、立法作業にかかわったか否かも問わず、平等に参加できる、ということを表示しようとしている。二〇二〇年は、まさに横一線の、新しい民法学の始まりの時なのである。

そしてそのことは、もう一段言葉を変えて言えば、わが国の民法学が、今回の大改正が成立し公布された二〇一七（平成二九）年という直近の「過去」を基準に社会を論じる学問になるのか、少なくとも十年、二十年、三十年先のこの国の「未来」を見据えた学問になるのかということなのである。ここで民法学が変われるか、まさに今が民法学にとって分岐の時ともいえるのである。

本稿が、現代の民法学の「イノベーション」に少しでも寄与できることを願う次第である。

(1) 池田真朗「民法（債権関係）改正作業の問題点」世界（岩波書店）八六五号（二〇一五年二月号）二六四頁。

なお、現在筆者は戸籍名真朗で論考を発表しているが、本稿では引用はすべて発表時の表記に従って掲記する。また本稿を発表する慶應義塾大学『法学研究』においても、統一のため筆者の従来の登録名を使用する。

(2) 池田真朗「譲渡制限特約・債権譲渡と相殺—問題のある民法改正法案に実務はどう対処すべきか—」銀行法務21七九五号（二〇一六年一月号）二二頁以下。

(3) 池田真朗『新標準講義民法債権総論〔全訂第三版〕』（慶應義塾大学出版会、二〇一九年）では、一〇〇頁に「このような、ルールに対処する人々の行動まで予測して立法や法改正をすべきというのが、私の提唱する『行動立法学』である」と書き、二六六頁にその要旨を従来の法解釈学における学者の「理論」との関係で記述し、また、池田真朗『スタートライン 債権法（第七版）』（日本評論社、二〇二〇年）二五八頁でも、「新しいルールの下で実際に人々がどう行動するか、こういうところまで考えて立法をすべきというのが、私の『行動立法学』の主張である」と書いている。

(4) 池田真朗「民法改正の本質と新しい民法学」（商事法務ポータル二〇二〇年三月三十一日分論考掲載）。これは、本年二〇二〇年四月一日からの、約二〇年ぶりの民法（債権関係）大改正（平成二九年公布）施行に合わせて、ウェブサイトの編集部の求めに応じて掲載したものであるが、実際には本稿の記述として準備したものの一について先行紹介をウェブサイトにおいて行ったもので、編集部には、近々の発表論考の一部であることをお断わりして掲載していただいている。

(5) 行動経済学について引用すべき学術文献として最適かどうかを留保するが、例えば友野典男教授は、「行動経済学とは何かについて研究者の間でも一致した定義があるわけではないが、人は実際にどのように行動するのか、なぜそうするのか、その行動の結果として何が生じるのかといったテーマに取り組む経済学であると言ってよい。つまり人間行動の実際、その原因、経済社会に及ぼす影響及び人々の行動をコントロールすることを目的とする政策に関して、体系的に究明することを目指す経済学である」と述べる。友野典男『行動経済学—経済は「感情」で動いている—』（光文社、二〇〇六年）一三三頁。また多田洋介氏は、「行動経済学あるいは経済心理学という比較的新しい経済学の領域は、一言で説明すれば、『標準的な経済学』が十分に捉えきれない人間の様々な行動様式を、心理学ある

いは認知科学といった経済学以外の学問分野の研究成果を利用して紐解くことで、ミクロ的な経済行動やマクロ的な市場へのインパクトの分析における現実的な説明能力を補強しようという試みといえます」と述べている。多田洋介『行動経済学入門』（日経文庫、二〇一四年）二八頁。なお、現時点でわが国の有力な行動経済学者と目される大竹文雄教授は、その最近の著書の文献解題で、体系だった教科書として、筒井義郎・佐々木俊一郎・山根承子・グレッグ・マルデワ『行動経済学入門』（東洋経済新報社、二〇一七年）、大垣昌夫・田中沙織『行動経済学（新版）』（有斐閣、二〇一八年）を挙げている（大竹文雄『行動経済学の使い方』（岩波新書、二〇一九年）文献解題一頁参照）。

（６）学説の指摘が判例を変更させるケースもあるし、当時の実定法の枠組では採用はできないものの、制度の本質にかかわる分析を提示して、多数の学者・法曹にその説の意義を認められたと評されるケースもある（許害行為取消権における下森定博士の「責任的無効論」などが例示できよう）。また、民法七二四条の定める、不法行為の損害賠償請求権の消滅時効に関する二〇年の長期間制限については、判例・通説がこぞって除斥期間とする中、当初から一貫して、立法沿革に基づく時効説を唱え続け、ようやく今次の平成二九年改正で目の目を見た、内池慶四郎博士の学説のケースもある（当初は孤立無援であった内池説は、その後の最高裁判例が除斥期間とすることの問題点を露呈したこともあって、松久三四彦教授らの同調を得るようになり、改正後民法七二四条はこれが時効であることを明示するに至っている）。

（７）注（４）に掲記した前稿「民法改正の本質と新しい民法学」に述べたところであるが、今回の民法改正を牽引した中心人物といふべき内田貴氏は、最終的にご自分の思ったような形の改正にならなかったことを書いておられ（内田貴「民法（債権法）の抜本改正」學士會会報九四一号（二〇二〇年）四頁以下）、そもそも「困っている誰かを救済するために民法を抜本改正するのではない」と書き、「その逆風の中で、学問としての法学に対する不信感が実務界から示されたことだった。学問的必要性による改正は、「学理的」と表現され、これが強烈なマイナスイメージとして機能した。かつては敬意をもって使われた形容が致命的レッテルと化している」と書き、「明治維新以来の近代化を牽引してきた日本の法学も、その役割を終えた」「非西洋国ではじめての、自前の民法抜本改正をリードしようとした日本民法学は、夢を打ち砕かれたのである」と書いておられる。

しかし、これらの記述は、例えば同じ民法学者を自認する私の考えとは、ことごとく異なる。前掲注（４）の論考で

も述べたところだが、私見は、①まず、民法は（というより民法に限らず法律は）、世の人々の幸福な暮らしの実現のためにあるのであって、その意味ではまさに「困っている誰かを救済するために」あるのであり、改正はそれが実現できていないところを改正するのである。②現実の紛争解決から乖離した、学理の整合性のための改正などは、まさに「学理的」という言葉で批判されるべきものであり、「学理的」という言葉は、もともと「敬意をもって使われた」形容とは到底思われない。③法学が近代化を牽引した事実はあるが、私見ではそれは既に昭和の中期までに（第二次大戦後に）終わっており、法学ことに民法学は、二一世紀に入って、成熟してきた市民層のより一層の成熟を支援しつつ、その「民意」をくみ上げてルール化していくという、新たなミッションを与えられている、というものである。さらにいえば、④私は二〇〇〇年から日本の弁護士会のボランティア団体と協力してカンボジアの法教育支援を行ってきた経験から、「それぞれの国にそれぞれの民法があるべき」という思いを強くしており、学者が「学理的に」アジアから世界に範たる民法典を作って発信するなどという発想自体が今日の目的ではない、と考えているのである（これらの私見についてはまた後の本文や注で触れるが、取りあえず初期の表明文献として池田真朗『民法はおもしろい』（講談社現代新書、二〇一二年）一二七頁以下、一二七頁以下を挙げておく）。

(8) 池田真朗「新世代法学部教育の実践——今、日本の法学教育に求められるもの」連載第一回「マジョリティの法学部生のための、専門性のある法学教育」書齋の窓（有斐閣）六四三号（二〇一六年一月）一八頁以下参照。該当部分は二二頁以下。もちろん、武蔵野大学法学部では、法科大学院や予備試験を受験して法律のプロとなろうとする学生については、現状の試験の在り方に合わせて、教科外のプログラム（法曹士業プログラム）で対応を補充する授業を行い、一期生から有力法科大学院への合格者をコンスタントに輩出させる等の実績を挙げている。

(9) 池田・前掲注(8)連載第五回「解釈学の伝授から『ルール創り教育』へ」書齋の窓六四七号号（二〇一六年九月号）四〇頁以下参照。

(10) 前掲注(8)の拙稿一九頁に記載したところだが、二〇一五年の段階で、法学部（法学類含む）の定員総数は一三万六五七七人とのことである（読売新聞「大学の實力」編集部二〇一五年度調査から。大学ごとの定員数の出典は、読売新聞教育ネットワーク事務局『大学の實力 二〇一六』中央公論新社参照）。そうすると、これを単純に四で割って一学年の定員を考えると約三万四千人になる。ということは、仮に毎年の司法試験合格者を約二〇〇〇人とし

ても（また実際いくらかの定員割れの法学部があるとしても）、その数字は法学部（法学類含む）の学生一学年の一割にも満たない。

(11) 明治政府が民法典編纂の参考資料としてわが国の地方慣例の調査・蒐集を行った初回の成果である明治一〇年の『民事慣例類集』には、いわゆる不動産の買戻しとして、一一件の例が挙げられている（司法省蔵版『民事慣例類集』（明治一〇年五月刊行）を復刻する手塚豊・利光三津夫編『民事慣例類集』（慶應義塾大学法学研究会、昭和四四年二四四―二四五頁。なお、手塚・利光編同書の解説篇に収録されている利光三津夫「民事慣例類集」「全国民事慣例類集」の編輯とその編者たち」（同書三―九〇頁）は、明治一〇年版『民事慣例類集』の編集担当者を、序文に名を連ねている司法省御用掛生田精と七等判事長森敬斐の二名とし、この後の明治一三年版『全国民事慣例類集』をほぼ生田一人の作業と論定している（長森についてはことに同論文二三頁以下参照）。

(12) 明治民法において、買戻しは、買主が支払った元の代金と契約費用の提供のみでできると規定された（なお、五七九条の「買主が支払った代金」というところは、平成二九年改正で、カッコ書きで、「別段の合意をした場合にあっては、その合意により定めた金額」という文言が追加された）ことのルーツは、例えば前注『民事慣例類集』の蒐集例のうち、加賀国石川郡の「田畑ノ年期買戻シノ約ヲナシ売買スル如キハ五カ年或ハ十カ年ヲ期シ其期ニ至テ資本ノ手繰出来スルトキハ其元資ノミヲ渡シテ買戻スノ慣例ナリ且ソノ年限中利子金ヲ要セサルハ作徳米ノ所得アレハナリ」に見出せる。前掲注(11)手塚・利光編『民事慣例類集』二四四頁。なお、この石川郡の蒐集例は明治一三年版『全国民事慣例類集』にも見出せるが、一三年版は収録慣習例が増えているものの、一〇年版と違って「売買の諸事」として地方別（畿内、東海道等々）に掲出されているので、かえって買戻し等の具体的テーマで探しにくい難点がある（司法省蔵版『全国民事慣例類集』（明治一三年七月印行）五三〇頁参照）。

(13) 商事法務版法典調査会民法議事速記録第四卷（日本近代立法資料叢書4）一一二頁以下（ことに一二三頁の梅謙次郎委員の起草趣旨説明を参照）。

(14) そもそも明治以前からの旧慣において「買戻し」という概念がポピュラーだったのは、江戸時代までの田畑山林等の永代売買禁止の慣行があったからであろう。例えば、『民事慣例類集』には、「田畑山林ハ表向キ売買ハ禁スル規則ナリ依テ十ヶ年切売渡ノ約定ナレトモ格外高利ニシテ受戻ス事ナラサル様ニ売券ヲ記スルナリ」（出雲国島根郡）

などという記述も見える。明治民法の起草者たちには、そういう歴史的な取引実態を配慮したコントロール感覚もあったはずである。ただ、前掲注(12)を再読していただきたい。田畑であれば収穫の利益がある。その他『民事慣例類集』の同頁には酒造(酒造株)の家屋土蔵の例があり(周防国吉敷郡)、これも年々の作徳利益があるからと書かれている。つまり、そのような、実質的な融資金の利息を不動産の果実(利用利益)とで相殺する旧慣をそのまま規定した民法典のルールは、そもそも後の時代の、不動産自体の価値上昇を期待する融資取引には、適合していなかったのである。

(15) 池田真朗『債権譲渡の研究(増補二版)』(弘文堂、二〇〇四年〔初版一九九三年〕)二九九頁参照(初出は、池田真朗「フランス民法における指名債権譲渡法理の展開——その対抗要件の緩和をめぐる——」法学研究(慶應義塾大学)五六巻五号(一九八三年)一頁以下(該当箇所は一頁)である)。

(16) 商事法務版法典調査会民法議事速記録第三卷(日本近代立法資料叢書3)二八七頁以下。正確に言うと、明治民法の起草委員(分担起草担当と思われる説明員は富井政章)は、(彼らに与えられた職務は公布済の旧民法典の「修正」であったので)ボワソナードが、旧民法財産編四八〇条において、債権者が許与した代位は「受取証書ニ之ヲ明記スルニ非サレバ有効ナラズ」と規定して、当事者間の有効要件を設けて制限をしようとしたのに対して、第三者対抗要件の方から制限しなければいけないとして、「若シ斯ノ如クアレバ債権譲渡ノ方式ヲ踐マズシテ代位弁済ノ手段ニ依テ債権譲受ヲ為ス弊害ガ生ジヤウト思フ夫故ニ其弊害ヲ恐レテ瑞西債務法杯ニ於テハ此種類ノ代位ヲ認メテ居リマセヌ」と潜脱防止の趣旨を明瞭に述べて、同じ理由でスイス債務法などこの任意代位の規定を認めていない国もあると紹介しつつ、旧民法財産編四八〇条本文に対して、当事者有効要件を削除して第二項に債権譲渡と同じ第三者対抗要件を加えるという修正をすることを説明しているのである。さらに富井委員は続けて、「併シ債権譲渡ト代位トハ多クノ点ニ於テ違ヒマスルガ債権譲渡ノ方法サヘアレバ事足ルト云フ訳ニハ行キマセヌ又代位ハ代位デ認メ然ウシテ只今申シタ弊害ヲ防グ方法ヲ定メネバナラス夫故ニ本条第二項ヲ置クコトニ致シマシタ是ハ丁度白耳義民法草案ニアリマス(以下略)」と述べて、任意代位についてはもともとそれほど大きな機能を果たすものとは想定せず、不要論もあることをわかったうえで(実際、法典調査会の場合でも土方寧委員から削除提案が出されている)、債権譲渡潜脱の弊害を防ぎつつ、債権譲渡との違いも認めて規定自体は存続させるという趣旨の説明をしているのである(以上前

掲議事速記録二八九頁)。日仏の對抗要件の嚴格さの比較とその立法経緯については、池田・前掲注(15)五一頁以下、ことに八三頁以下参照(なおフランスにおける債権譲渡の對抗要件緩和の法改正については後述する(注(44)参照))。

(17) なお付言すれば、平成二九年改正は、改正前の四九九条の見出しが「任意代位」、五〇〇条の見出しが「法定代位」とされていたのに対して、改正後四九九条に「弁済による代位の要件」と見出しをつけ、五〇〇条には特に見出しを付けていないが、内容は、改正前の四九九条と五〇〇条の内容の組み替えにすぎない(改正後五〇〇条が、いわゆる法定代位の場合は四六七条の債権譲渡の對抗要件を具備することは不要と規定している)。おそらく、任意代位が実質的に不要となったということで、任意代位と法定代位を明示的に並立させる必要がないという判断からこのような処理をしたものと思われる。

(18) 最判昭和四二年一月一六日民集二一卷九号二四三〇頁は、債権者(仮登記担保権者)による当該不動産の丸取りを認めず、不動産価格が債権額を上回る分の清算義務を認めた。そして最大判昭和四九年一〇月三日民集二八卷一〇号一四七三頁が、仮登記担保法の立法への契機となった。

(19) 半田正夫「仮登記担保立法と立法学」法律時報一九八一年二月臨時増刊『民事立法学』七八頁以下。

(20) 半田・前掲注(19)八六頁。

(21) 半田・前掲注(19)八七頁。

(22) 座談会「立法・立法学の現状と課題(上)」NBL六三〇号一九九七年二月一日号六頁以下(なお、(下)はNBL六三一号一九九七年二月一日号一六頁以下に収録)。この座談会は、上村達男(早稲田大学教授)、宇賀克也(東京大学教授)、大森政輔(内閣法制局長官)、鎌田薫(早稲田大学教授)、長谷部恭男(東京大学教授)、山本庸幸(日本貿易振興会企画部長)、後藤敬三(国税庁長官官房会計課長)、寺田逸郎(法務省民事局第一課長)(以上肩書は当時)という錚々たる出席者のそろったものであり、立法学研究会と称する研究会の、発足以来三年、合計一四回の研究会の集大成として開催されたということである。

(23) 鎌田・前掲注(22)座談会一二頁。

(24) 平井博士の理論が初版よりも深化している『法政策学(第二版)』(有斐閣、一九九五年)をもとに述べる。その「定義1・1」では、「法政策学とは、意思決定理論を「法的」的に再構成し(再構成された意思決定を法的意思決定ま

たは法的政策決定と呼ぶ。いずれも後述する)、これを現在のわが国の実定法体系と結びつけ、法制度又はルール(実定法のような公式的性格をもたないが、なお多かれ少なかれ「法」的性格をもつ私的な規則の類を一括してこう呼ぶ)の体系を設計することにより、現在の日本社会の直面する公共的な社会的問題をコントロールし、または解決するための諸方策について法的意思決定者に助言し、又はそれを提供する一般的な理論枠組み及び技法である」(同書五頁)とされる。意思決定概念については、それを「社会現象分析の一般的な概念として地位を確立したのは、Simonの功績による(Simon 1947)」(同書三八頁)としたうえで「定義2・1」で「意思決定とは、個人が一定の目標(欲求の充足)を達成するために、可能ないくつかの行動のうちの一つを意識的に選択することまたはその過程を言う」(三八頁)とし、そこから政策決定を定義し、一般に統治体≡政府の行う行動ないしその基準と解されているようだとしたうえで、「定義2・2」で、「政策決定とは、多数人の利害に影響を与える意思決定を言う」と定義するのである(同書四一頁)。博士はそこで、決定する主体の側を基準とした定義を採らずに、意思決定の受け取り手に着目して定義しておきたいと述べているのだが(同書四一頁)、政策決定(意思決定)をする主体が統治体≡政府であることには何ら変わりがないのである。なお、平井博士が経済学という旧来のホモエコノミクス≡モデルではなく、「限界づけられた合理性」での行動を説くサイモン≡モデルに拠ったことはこの時代では適切であったと評せるが、現代の行動経済学の措定するモデルはより反合理的な行動をとる人間を前提にしていると考えられ、さらに私見は、本文に既述のように、もともと、人間行動は合理的でない部分を当然に含み、また民法法学は人の行動の合理性というものをそもそも判断基準の要素としていないという、より徹底した立場を採っている。なお、上記引用にSimon 1947 *vs* 本は、*Administrative Behavior*, 3 ed. 1976, Free Pressと注記されている(ノーベル経済学賞を受けたHerbert A Simonの『経営行動』(松田武彦ほか訳、ダイヤモンド社、一九六五年)である。原書初版が一九四七年である)。

(25) 鎌田・前掲注(22)座談会二二頁。

(26) 鎌田・前掲注(22)座談会二三頁。

(27) 筆者は、二〇一六年に、雑誌連載の形式で、「新世代法学部教育の実践——今、日本の法学教育に求められるもの——」と題する論考を発表し、そしてそこでは、日本における法学教育が、まさに法曹と官僚の養成から始まり、かつ

それ以外の独自性を持った法学教育はほとんど見られなかったことを、非常に概括的な形ではあるが指摘した。池田真朗「新世代法学部教育の実践―今、日本の法学教育に求められるもの―」書斎の窓（有斐閣、六四三号から六四八号まで六回連載）（二〇一六年一月から一月まで）。以下本稿では池田・前掲「実践」として引用する。さらに池田真朗「日本法学教育史再考―新世代法学部教育の探求のために―」武蔵野法学五・六号合併号（二〇一六年）四五頁以下では、それを法制史的により詳細に考察して、明治以来の官学および私学（私立法律学校）による法学教育は当初から、ほぼ唯一といつてよい例外としての慶應義塾の大学部法律科の教育（ジョン・ヘンリー・ウイグモアが担当した）を除いて、ほとんどすべてが法曹と官僚の養成を目的としていたことを論証している。

(28) ここでは記述を省略するが、私は、明治二十九年の民法典制定や昭和二十二年の家族法大改正と、今回の平成二十九年民法改正の決定的な違いは、民法の使い手であり受け手である市民層の形成・成熟というところにあると考えている（池田・前掲注1）「民法（債権関係）改正作業の問題点」二六五頁以下参照）。為政者と学者が組んで、おカミが民衆に法律を下げ渡す時代はとくに終わり、現代の法学者ことに民法学者の役目は、いかに市民のニーズを集めて法律の形に適切に盛り込むかというところにあるというのが私の理解である（なお末尾注(70)も参照）。

(29) 以下の記述は、前注(4)に掲げた前稿「民法改正の本質と新しい民法学」の記述と重複するところがあることをお断りしておく。

(30) 例えばアメリカでは統一商事法典（UCC）に債権譲渡の規定があるし、現在のドイツでは、従来から民法典で債権譲渡禁止特約の対外効を認めるが（BGB三九九条）、実は商法典でそれを否定している（一九九四年に定められたHGB三五四a条）。ちなみに、このドイツの民法典（BGB）・商法典（HGB）における債権譲渡禁止特約関係規定については、二〇一四年二月に中央大学日本比較法研究所と独日法律家協会の共催で開かれたシンポジウムで、債権譲渡法制パートの日本側報告者であった私が、ドイツ側報告者に質問し、ドイツ側報告者のモーリッツ・ベルツ・フランクフルト大学教授がお答えくださった記録がある。モーリッツ・ベルツ（遠藤研一朗訳）「ドイツの観点からの債権譲渡法の展開」只木誠ハラルド・バウム編『債権法改正に関する比較法的検討―日独法の視点から―』（シンポジウム記録集）（中央大学出版部、二〇一四年）三二七頁以下（該当箇所は三三〇～三三一頁、なお対応独文は三二二～三二六頁、該当箇所は三二四～三二六頁）参照。対する私の質問を含んだ報告は、レジュメ程度のものである。

るが、池田真朗「日本の債権譲渡法制と債権法中間試案への意見—ドイツ側への質問も含めて—」前掲記録集三一三—三一七頁。

なお、ドイツ商法典中に債権譲渡禁止特約に関して一九九四年に新設された規定であるHGB三五四a条は、「金銭債権譲渡の有効性」と見出しが付されているもので、第一項が、「①金銭債権の譲渡が債務者との合意により民法典第三九九条に従い排除されているときであっても、当該債権を基礎づけた法律行為が両当事者のために商行為であるか、又は債務者が公法上の法人若しくは公法上の特別財産であるときは、譲渡は有効である。②ただし、債務者は従前の債権者に対して弁済することができ、これにより債務者は免責される。③これに逸脱する合意は無効である」と定め、第二項が「信用制度法にいう金融機関を債権者とする貸金契約による債権には第一項の規定は適用しない」と定める（訳は法務省大臣官房司法法制部「法務資料」第四六五号「ドイツ商法典」（第一編）第四編（平成二八年）二二六頁による。三五四a条が含まれる第四編の訳者は、伊藤雄司上智大学教授である）。ちなみにこの一九九四年の追加規定であるドイツ商法典三五四a条は、今回わが民法の債権関係の平成二九（二〇一七）年改正によってできた債権譲渡制限特約の規定のうち、民法新四六六条の②項・③項に構成が近似することを指摘しておきたい（ほとんど論じられていないが——そして、民法新四六六条の②項・③項はいろいろ立法上の問題が指摘されているところであるが——日本の民法改正に関してこのドイツのHGB三五四a条がどのように参考にされたのか、今後検証の余地がある）。

(31) 債権譲渡取引の発展について、最初に「危機対応型」から「正常業務型」というネーミングをして説明したのは、椿寿夫博士である。初出は、一九八三年の椿寿夫「新しい金融取引と債権の担保化の展開」（金融法務事情一〇三三二号）中の、「本稿が取り扱う場面は、そのような『危機対応型』——あたかも悪化した債務者に最後の手段として彼が持つ債権を譲渡させるのに似た——ではなく、新しい取引態様の出現と普遍化に伴う『正常業務型』である」の一文（同論文五七頁、椿『集合債権担保の研究』（有斐閣、一九八九年）一一三頁所収）と思われる。

(32) 池田真朗「民法改正案債権譲渡部分逐条解説—検討と問題点—」慶應法学三六号（二〇一六年）四一頁以下（ことに五〇頁以下）、池田真朗「譲渡制限特約・債権譲渡と相殺—問題のある民法改正法案に実務はどう対処すべきか—」銀行法務二一七九五号（二〇一六年一月号）二二—二三頁参照。

(33) 注(30)末尾参照。そもそも、ドイツは日本が明治民法制定の際に起草委員たちが「国情を考慮して」四六六条に譲渡禁止特約を定めた際に参照した、当時世界でも数少ない、譲渡禁止特約の明文規定を民法典に持つ（正確にはドイツは当時草案段階）国であった（主要国では当時他にはスイス債務法くらいであった）。もとより一九九四年にできたHGB三五四a条は、今回のわが国の新四六六条とルールの近似性はあるが表現は同一ではなく、また、民法典に置いた場合と商法典に限定的な形で入れた場合との差異も考察しなければならず、かつ日本とドイツの債権譲渡による資金調達の利用度や利用形態の異同についての考察も加味しなければならないが、本稿の行動立法学の関心からすれば、立法後現在に至るまでのドイツでのHGB三五四a条の実務的評価は、何らかの参考になるうかと思われる（なお二〇一六年のフランス民法典の改正については、後注(44)を参照）。

(34) 池田・前掲注(32)銀行法務21七九五号二四～二五頁、池田真朗「民法改正要綱仮案になお残る問題提案——譲渡制限特約、債権譲渡と相殺、債務引受——」銀行法務21七八一号（二〇一五年一月号）三九～四〇頁、さらに詳細は池田・前掲注(32)慶應法学三六号六九頁以下（ことに七一～七六頁）参照。

(35) 例えば、今回は最終的に現状維持となった債権譲渡の對抗要件の規定（民法四六七条）について、立法の中心となった内田貴氏は、この通知・承諾型の對抗要件が、もともと、債権を譲り受けた者が債務者に問い合わせをするというフランス民法以来の構造を持っている点を取り上げて、それが債務者の大きな負担になっているという理由でこの對抗要件の改廃を強く主張したのであるが（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）一五六頁）、法務省が委託調査を実施したところ、今日ではそのような問い合わせ自体があまり行われず、債務者がこの對抗要件制度を負担に思っているという事実はないという結果が出た。池田・前掲注(32)「民法改正案債権譲渡部分逐条解説」六五頁注(34)が引用する、「債権譲渡の對抗要件制度等に関する実務運用及び債権譲渡登記制度等の在り方についての調査研究報告書」（平成二五年三月、公益社団法人商事法務研究会）三頁参照。

(36) この法改正の結果、被告となった受益者等が、おそらく取引上一定の親密な関係にあった場合が多いと思われる債務者に金銭を支払い、債務者がそれを隠匿・費消するというケースが弊害として出現しうると考えられる。それを防ぐためには、詐害行為取消訴訟を提起した債権者は、被告（受益者や転得者）に対して直接の支払を請求するとともに、債務者の被告に対する価額償還請求権について仮差押えをする等の防衛策が必要となろう（このような対応策

は、既に実務ではいろいろ議論されている。例えば、「民法（債権関係）改正と融資実務 重要ポイントQ & A」銀行法務21八三三三号（二〇一八年九月増刊号）六九頁以下（執筆担当者は古澤陽介弁護士）。

(37) 五四八条の四を巡る問題状況については、丸山絵美子「エネルギー供給契約における料金変更—定型約款変更規定に関する一検討—」（法学研究（慶應義塾大学）九二巻一〇号（二〇一九年）一四六頁以下（末尾一頁以下）が詳しい（ことに一四五頁から一四二頁とその注記（1）から（17）が参考になる）。同論文は、エネルギー供給契約における料金変更を素材にして、まさに「民法五四八条の四の定型約款規定の理論的正当化と射程、合理性判断の構造について」検討するものであり（一四一頁）、詳密な優れた論文と評することに異論はないと思われるが、筆者の行動立法学の立場では、五四八条の四をアプリオリに措定してその「理論的正当化」を企図するよりも、まず、実務における実際の同条の活用状況を分析して、立法の効果や是非を検証することが先決と考えるわけである。

(38) 筒井健夫・村松秀樹編著『一問一答民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）一二二頁。

(39) 平野裕之『新債権法の論点と解釈』（慶應義塾大学出版会、二〇一九年）一七二頁も、密接な関係がある場合にはどうするのかと疑問を呈している。

(40) 前掲注(38)『一問一答』一二二頁は、債務免除の絶対的効力事由を否定した理由について、債権者が「他の連帯債務者との関係でも債務を免除する意思を有しているとは限らない」からとしているが、平野・前掲注(39)一七三頁は、「不真正連帯債務を連帯債務規定に取り込むための勇み足的な立法であることを危惧する」と述べている。

(41) 潮見佳男教授の解説では、「代物弁済契約を諾成契約としたときには、代物弁済契約が締結された後も、債権者が「当初の給付」を請求することは妨げられない（このことは明文の規定を待つまでもない。要綱仮案の第二次案までは、この旨を明記することが示されていたが（部会資料82—137頁）、要項仮案の第三次案において、規定を設けないことに決した（部会資料83—138頁）。」とのことである（潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、二〇一七年）一八一頁）。はたして一般の国民に理解させる民法典として「このことは明文の規定を待つまでもない」とする態度は適切であろうか。

さらに潮見教授は、「債権者が債務者に対して「当初の給付」を請求したときに、債務者が「代物の給付」をすることができるか、また、債権者が債務者に対して「代物の給付」を請求したときに、債務者が「当初の給付」をする

ことができるかは、個々の代物弁済契約の解釈により決せられる。また、代物弁済合意によって新たな給付を目的とする独立の債務が成立するのか、それとも、二つの債務につき、「当初の給付」と「代物の給付」という二つの給付が存在する状況となるのかについては、解釈にゆだねられている（部会資料80-3（二四頁）。）と述べている。

(42) 池田真朗「民法改正の本質と法務担当者の心構え」銀行法務21八五二号（二〇二〇年二月号）一頁。

(43) 私は、当時法務省の債権譲渡法制研究会のメンバーとして、この法律の原案作りから関与し、もう一名の学者委員であった角紀代恵立教大学教授（当時）とともに、立法試案等も発表した。池田真朗『債権譲渡法理の展開』（債権譲渡の研究第二巻、弘文堂、二〇〇一年）九九頁以下、当時の各委員の論考や座談会発言等の資料は、同書一〇〇頁注（一）参照。

(44) フランスでも民法典一六九〇条の債権譲渡の對抗要件の過重な点については以前から議論があり、まず一九八一年のダイイ法で、銀行が譲受人になる職業的債権（事業債権）の譲渡については、明細書に銀行が日付印を付するという形で一六九〇条の執達吏送達か公正証書承諾という對抗要件に代えるという手続きを定め（その後ダイイ法は通貨・金融法典に組み込まれる）、さらに二〇一六年のオルドナンスによる民法典改正で、債権譲渡関係の規定はかなり改正され、旧一六九〇条の手続きは廃されて、債権譲渡は、書面でなされ（確証され）なければならぬが（新二三二条）、新二三三条②項により、その書面の日付で無方式で第三者に對抗できる（債務者對抗要件としては新二三二条で債務者への通知または債務者の確認が必要）ということになった（ただしこの改正によって取引安全を阻害する可能性等は危惧されており、その後の実務がどう回っているかの検証が待たれる）。

ダイイ法については、山田誠一「金融機関を当事者とする債権の譲渡及び質入れ——フランスにおける最近の動向」金融法研究七号（一九九一年）五八頁以下、同資料編六号五〇頁以下、および筆者が金融法研究一四、一五、一八号（金融法学会、一九九八・二〇〇二年）に連載した「ダイイ法に関する判例の展開Ⅰ～Ⅲ」（池田・後掲「債権譲渡と電子化・国際化」（弘文堂、二〇一〇年）二九六～三三三頁に収録）を参照。

二〇一六年フランス民法典改正の全体の経緯と内容については、中田裕康「二〇一六年フランス民法（債権法）改正」日仏法学二九号（二〇一七年）が詳細である。また、債権譲渡関係の紹介としては、中原太郎「移転的取引操作——債権譲渡、債務引受、弁済による代位」論究ジュリスト（二〇一七年夏号）二〇八頁以下等がある。ピエール・ク

ロックバリ第Ⅱ大学教授の論説「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」は、この二〇一六年改正の債権譲渡に関する部分が、ドイツ法譲渡の制度に強く影響を受けたものであることを詳述する。ピエール・クロック（齋藤由起訳）「フランス法における債務法改正後の債権譲渡」（関西大学法学研究所特別講演会（二〇一六年十一月八日）記録）ノモス（関西大学）三九号（二〇一六年）一頁以下。なお、椿寿夫「契約債権関係と主体の移転・変更（Ⅰ）」法律論叢九〇巻六号（二〇一八年）一〇一頁以下は、債権譲渡についても、このフランス民法改正も含んだ最新情報でドイツ法、フランス法、日本法、英米法を概観しており（前掲論文一一一～一二二頁）、参考になる。

(45) 法務省の登記統計中「種類別 債権譲渡の登記の件数及び個数（平成二十二年～平成三〇年）」（これが本稿執筆時点の最新統計資料である）によれば、総数としては各年度増減があるが平均約三万八千件、債権の個数としては、平成二十四年が約九千五百万個でこの一〇年間でのピークとなり、平成三〇年は、件数は三万九千件近くになっているが、個数は約五千三百万個となっている。

(46) 池田・前掲注(43)『債権譲渡法理の展開』一六七頁以下、より詳細には池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』（債権譲渡の研究第三巻、弘文堂、二〇一〇年）六〇頁以下。

(47) 池田・前掲注(46)『債権譲渡の発展と特例法』二八八頁以下。

(48) 池田・前掲注(46)『債権譲渡の発展と特例法』二八六頁以下。

(49) 電子記録債権法の立案から立法作業へという段階に関する論考は、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）一二四～一二三頁、公布・施行から運用へという段階に関する論考は、同書二四七～二九三頁に収録した。

(50) 池田真朗「金融システムの電子化についての法的検討——「電子債権」への新たな取組みを中心に——」銀行法務二六三四号（二〇〇四年七月号）二四頁以下（池田・前掲注(49)『債権譲渡と電子化・国際化』一二四頁以下所収）。

(51) 電子記録債権の市場規模については、先行二機関（三菱UFJ銀行系の日本電子債権機構（株）〔JEMCO〕と全銀協の設立した（株）全銀電子債権ネットワーク〔でんさいネット〕の二社）のみが債権残高データを公表しており、そこからの推計である。二〇一七年段階のものは、小倉隆志（Transax電子債権（株）創業者）「企業間決済に革命を起こす電子記録債権の概要（最終回）」（幻冬舎 Online 二〇一八年二月一六日）に拠った。本稿執筆

段階（二〇二〇年五月）の直近データ（同年四月分）は、でんさいネットが七兆四五九億円、JEMCOが四兆五六五三億円である。

(52) また、三井住友銀行、みずほ銀行の関係の記録機関では、従来からの手形レスのいわゆる一括決済方式を電子記録債権にして行っており、さらに上記JEMCOではシンジケートローンへの活用も図っている。

(53) 池田真朗「債権取引の「電子化」とその「普及」の課題—債権譲渡登記と電子記録債権における「普及学」的検証—」Law & Technology 六八号（二〇一五年）二三頁以下の記述を参照（この資料については後述七4で再度触れる）。

(54) いわゆる請求書段階のパーチェス・オーダー・ファイナンスの発想をビジネス特許化した、上記Tranzax社の®POファイナンスである。

(55) この点については詳細は別稿で論じることとしたいが、電子契約といっても、PDF化されたものに疑似印鑑を付するようなセキュリティの低いものでは、改ざんやなりすましのリスク等が大きく、セキュリティの高いデジタル契約をいかに使い勝手よく安価に提供できるかが鍵となろう（私はかつてこの問題の草創期に、ハッシュ値を使った契約書管理に関する論文を書いたことがある。池田真朗「電子情報管理契約論—電子文書情報管理を中心に」NBL七六四号（二〇〇三年七月）二二頁以下）。

さらに問題なのは、わが国の慣行である署名捺印に代わる電子署名を規定した電子署名法（二〇〇一年施行）と、最近行われている、それに該当しないものが多い「電子契約サービス」である。つまり、電子署名法は、電子署名に従来の印鑑と同じ効力を持たせたものであるが、同法三条が規定しているのは、当事者双方が（印鑑証明書に相当する電子証明書を取得して）電子署名をして電子契約をする形態である。この法律については、以前から、規定が個人レベルで制定されていて、会社の電子証明書の発想になっておらず使いにくい（電子署名法の特定認証業務では個人の氏名しか証明されず、その個人の権限もわからない）、個人の証明書取得が面倒である、等の不満があったところであるが、これに対して、現在急速に普及している「電子契約サービス」のほとんどは、当事者がコンピュータ上で合意した契約書に第三者が電子署名を付すというもので、当事者双方の電子署名はなく（当事者についてはメールアドレスで確認しているだけで、当然当事者のなりすましの問題等が防げない）、電子署名法上の契約書の真正性に

ついでに推定効は働かない(二〇二〇年五月本稿執筆段階での法務省見解)ものである。しかし英米では、このような、いわば立会人の第三者が電子署名をして電子契約が有効となる判例もあるとのことで、わが国の電子署名法の改正を求める声もあるが(日本経済新聞五月三〇日付記事「電子契約の効力 法的リスクも」参照)、現行の電子署名法を前提にすれば、「電子契約サービス」と呼ばれるものの多くは、改善の必要がある(この点で、電子記録債権を活用する「デジタル契約サービス」という手法が一部の金融Fintechで始められている。電子記録債権法では、契約書ファイルを暗号化して、それを電子記録債権データの任意記載事項として記録することが許容されているので、債権を電子記録債権化し、契約書データも記録することで、かなりの正当性や証拠力を担保できると思われる)。もっとも、電子署名法の発想(印鑑を置き換える)自体がもはや時代遅れであり、かつ潜脱行動に対する想定などもないようなので、行動立法学的には法律自体の根本的な見直しが必要と思われる。

なお本件については、その後の報道によると、政府は電子署名に関する見解を公表し、電子的な印鑑証明にあたる電子証明書のない電子署名も法的に有効だと認めた。立会人型の電子署名を使った文書を「本人の意思が確認できるため訴訟時に証拠となり得る」とする解釈も近く示すとみられると報じられている(以上日本経済新聞二〇二〇年七月二一日付記事「電子署名証明書なし」有効による)。ただしそれだけでは有効性を承認しても上述のなりすましのような問題が発生する可能性は残るので、その点注意を喚起しておきたい。

(56) 従来は、法令上も「資金決済に関する法律」(略称は「資金決済法」)において「仮想通貨」という概念が定められていたが、二〇一九年五月成立(六月公布)の「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」(略称は「資金決済法等改正法」)によって資金決済法と金融商品取引法が改正され、暗号資産(仮想通貨)に関する規制が整備された。この改正により、法制度上の呼称も従来の「仮想通貨」から「暗号資産」に改められた。それまでの「仮想通貨」という通称は、ビットコイン等の、通貨の裏付けのないデジタル資産について不適切な誤解を与えるものであったので、少なくともこの法律上の呼称変更は適切であったといえる。

(57) 有吉尚哉「資金調達のための法的ツールと規制法・促進法」武蔵野法学一二号(二〇二〇年)四三二頁以下(これは、武蔵野大学大学院法学研究科開設記念シンポジウム「令和時代の金融法務イノベーション」における報告を論

文化したものである。

(58) 有吉・前掲注(57)四二二頁。

(59) 池田真朗「債権譲渡登記および動産譲渡登記のオンライン申請―「立法普及学」試論を兼ねて―」みんけん五九二号(二〇〇六年八月)三頁以下(池田真朗『債権譲渡の発展と特例法』(弘文堂、二〇一〇年)三〇一頁以下所収)。

(60) 池田・前掲注(53)「債権取引の「電子化」とその「普及」の課題―債権譲渡登記と電子記録債権における「普及学」的検証―一九頁以下参照。

(61) 普及学についての代表的な文献として、E. M. ロジャーズ(青池慎一＝宇野善康監訳)『イノベーション普及学』(原題は *Diffusion of Innovations*、翻訳の対象となったのは 3rd edition, 1982)がある。

(62) 池田・前掲注(53)論文では、この数字を上げる「普及」への積極的な努力をしている省庁として、国土交通省の例を挙げた。そして、いわゆる行政手続というジャンルから一歩踏み込んで、民間の金融取引等にかかわる国の電子化システムについての「普及手法」を論じたわけである。

(63) 新型コロナウイルスの経済対策で政府が国民に一律一〇万円を支給する「特別定額給付金」をめぐる、オンライン申請に必要なマイナンバーカードの手続きで各自自治体の窓口を訪れる住民が急増し一部の役所では数時間待ちの状態になっているという新聞記事があったが(日経二〇二〇年五月一四日夕刊)、これは、言うまでもなく、これまでのマイナンバーカードに国民にとってのうまみ、つまり利用利益が薄かったことからくる当然の結果なのである。

(64) これを受けて実務側では、経営者保証に関するガイドライン研究会(座長＝小林信明弁護士)を立ち上げ、全国銀行協会と日本商工会議所を事務局として、二〇一三年一二月に「経営者保証に関するガイドライン」を公表している。さらに、直近の二〇一九年一二月には、同研究会から「事業承継時に焦点を当てた『経営者保証に関するガイドライン』の特則」も公表されている。

(65) 故中村廉平教授(当時商工中金)の発案による(中村廉平「中小企業向け融資における経営者保証のあり方について―コベナンツに基づく「停止条件付連帯保証」の有用性―」銀行法務21七二〇号(二〇一〇年九月号)一四頁以下、池田・前掲注(7)『民法はおもしろい』二二二頁も参照)。誓約(コベナンツ)条項を活用した、実務家教員らしい優れたアイデアと言える。

(66) 障害というほどではないが、例えば、事業承継の問題に焦点を当ててみると、前経営者から保証を受ける場合に、その者が改正民法の保護を受ける（四六五条の九の適用除外の対象とならない）個人保証人にあたってしまうかどうかのチェック（保有株式の議決権数等）が新たに必要になったともいえる。河原万千子「事業承継時に焦点を当てた『経営者保証に関するガイドライン』の特則」の活用に向けて」銀行法務21八五二号（二〇二〇年二月号）一二頁以下参照。

(67) この日本・カンボジア法律家の会（代表＝木村晋介・桜木和代弁護士）のご尽力で当時拙著の民法入門書である池田真朗『民法への招待（第三版補訂）』（税務経理協会）がクメール語に翻訳されてプノンペンの大学の裁判官養成所、弁護士会などに寄贈され、現在もそれが参考書として使われ、かつ無料のドメインで読むことができる状態である（なお同翻訳は、平成二九年民法改正に対応した同書第五版（二〇一八年）を対象にカンボジアで改訂作業中とのことである）。

(68) 私は既に二〇一二年出版の新書で以下のように書いた。「そこでもっとも大切なのは、まさに「それぞれの国にそれぞれの民法」、そして「それぞれの国民にそれぞれの民法」という考え方なのである。それぞれの国がその国民のために最適な民法典を作る、そのお手伝いをするのが大切なのであって、日本の民法典の内容をそれらの国に押しつけるようなことは、もっとも戒めなければならないことであろうと私は考えている。」（池田・前掲注（7）『民法はおもしろい』二二八頁）。

(69) 池田・前掲注（4）参照。web上の論考で閲覧制限があり、かつ紙媒体では未発表であるため、以下に若干再録する。

(70) ここは内田・前掲注（7）の記述に対して述べたものであるが、同じく平成二九年民法改正に主要メンバーの一人として加わっていた大村敦志教授にも「連戦連敗」と書いた論考がある。初出は大村敦志「未建成（Unbuilt）的民法学——債権法修改・連戦連敗——之后」（渠遥訳）中日民商法研究第一四卷（二〇一五年）とのことで筆者は未見であるが、大村敦志『性法・大学・民法学』（有斐閣、二〇一九年）二七三頁以下に「Unbuiltの民法学——債権法改正「連戦連敗」の後で——として収録されている。そこでは、債権法改正の法制審議会部会について、「第三説会に入ってから、特に、そのとりまとめのための審議（要綱仮案に向けての検討）に入ってから、重要な新提案が次々

に姿を消していった。この間、学説側は「連戦連敗」を喫したのであり、私自身を含めて学者委員の発言は、葬られる新提案を惜しむ弔辞のように聞こえた」と書いておられる（同書二七三頁）。そして大村教授は、さらに同論考の「Ⅰ なぜ負けたのか——市民社会なき民法（市民法）改正」という章で、「一言で言うならば、今回の民法改正では、個別の利害を離れて社会全体のために将来を見据えた立法を行うことが目指された——それは市民社会の民法（市民法）改正であった——が、現代日本にはそのような立法を支える市民社会（あるいは市民社会の声を聞き取る仕組み）が存在しなかったということになるだろう。」と書いておられる（同書二七六頁）。しかし、（大村教授が現代日本を代表する、そして財産法から家族法に至る民法全分野に多数の業績を挙げておられる稀有な民法学者であることは全面的に承認するのだが）この大村教授の言に対しても、内田氏に対して向けた（前掲注（7）の）批判と基本的には同じことを私は述べなければならない。負けたのは民法学者全員ではありません、今回の民法（債権関係）改正に携わった一部の先生方だけなのです。市民社会が存在しないわけではありません、先生方の想定した「市民社会」が存在しなかっただけなのです。先生方が、先生方の考えで、社会全体のために将来を見据えた立法をしてやろうとした、そのことに対して、いわば社会からのNoという反応があったというだけなのです。注（28）にも書いたように、私見が述べてきた「民意」論からすると、民法学者が主導してこの「社会」を「学理的に」デザインしようとする時代は終わっているのです……。

内田氏や大村教授の認識が正しいか、私の認識が正しいか、それは今後の歴史が証明してくれるであろう。