

論説

「債権法改正の基本方針」に対する ロマニスト・レビュー，速報版

東京大学教授

木庭 顕

I

内田貴教授を中心とするチームによる債権法改正のための作業は、言うまでもなく、極めて重要な意義を有するものであり、ひとまずの作業結果「債権法改正の基本方針」¹⁾は広く批評を得るに値するテキストである。そしてその重要性に鑑みれば、優に、ローマ法を座標軸とした場合これがどこに位置すると観測しうるか、という批評の対象たるに値するようになると思われる。もちろん、多くの批評の中で、これは改正過程に参画する議論を構成しない。むしろ、一歩引き下がって位置の観測に終始するものである。それでも、そのような観測を一個の証言として残しておくことは責務であると考える。

とはいえ、実はこの観測はそれ自体大事業を意味する。第一に、「改正」の試みたる以上、改正されるものがあり、それは形式的には日本の現行民法典であるが、実質的には判

例・学説・実務の総体である。追認しているように見える場合でさえ、まさにその「追認」が密接な関係を構成する。さらには各国法とその改正や改正案や国際的なリステートメントが関係する。「改正」はこれらとの関係で意味を獲得している。これらが全てローマ法と深く関係している。そして、これら全てについての位置観測がそもそも十分になされていないのである²⁾。本来はこの前提作業の蓄積の上に、われわれの作業を積まなければならない。しかしこの前提作業は容易になしうるところでない。膨大な時間を要する。第二に、「ローマ法を座標軸とする」ということ自体、簡単ではない。「ローマ法」について様々な像が有り、それぞれ様々なバイアスを帯びている。今回の改正もまた（乖離したり反対の方向である場合にさえ）大きくは「ローマ法」が設定したパラダイムにのっていることを誰しも否定しないであろうが、しかしだからといって、その「ローマ法」という座標軸とは一体何かと問えば、議論百出で

1) 以下で批評の対象とするのは民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号（2009）〔基本方針〕、および同『詳解債権法改正の基本方針Ⅰ序論・総則』（商事法務，2009）〔詳解Ⅰ〕、同『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般（1）』（商事法務，2009）〔詳解Ⅱ〕、同『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ契約および債権一般（2）』（商事法務，2009）〔詳解Ⅲ〕、同『詳解債権法改正の基本方針Ⅳ各種の契約（1）』（商事法務，2010）〔詳解Ⅳ〕であり、同Ⅴの出版は間に合わない（2010年5月＝締切現在）。またこの時点でウェブ版の議事録は、完結しておらず、参照しはするものの、批評の対象とはしえない。

2) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社，1954）および同『ローマ法』（有斐閣，1949）はともに貴重な一里塚である。肝心のローマ法理解において大きく時代の制約を受けているとはいえ、それでも突き放して日本民法典の個々の規定を位置付けようとする姿勢は価値を失っていない。当時ドイツ民法典の個々の規定につきこのような作業をしようとするればローマ法理解それ自体について蜂の巣をつついたようなイデオロギー対立の埒場に巻き込まれたであろう。

ある。なお悪いことに、今回の改正を含めた全ての議論が、様々な既存の「ローマ法学説」と底で結び付いている。下手をすれば、見かけとは異なって、特定のローマ法学説により別のそれを攻撃しているだけ、ということになりかねない。

かくして第一に、以下は本格的な作業ではなく、簡易の方法により速報値を出してみるだけのインテリム・レポートである。つまり、日本法の既存の条文・判例・学説・実務のローマ法的解釈、各国のそれや改正や改正案や条約などのローマ法的解釈、ましてコモン・ロー系の概念構成との関係、などを一切捨象する。第二に、もちろん「ローマ法」という不変の座標軸を標榜するものではなく、これまた暫定値を用いる。理論的にも実はそれ以外のものは存在しえない。ただし、ここではもう一步主張しうる点が存在する。つまり、その「ローマ法」像が既存のどれかの無批判的採用の結果であってはならないという準則を掲げうる³⁾。われわれの考えるところ、それはデータ、つまり史料、を何らか新鮮な方法で批判的に検討した結果でなければならない。もちろんそこにはこれまでの様々

な「ローマ法」像とその導出方法に対する周到な吟味が含まれていなければならないであろう。この試みは無限に続くであろう。終点がない。だからこそ速報値以外にはない。しかしともかく、われわれはひとまず一つの速報値を有するのである⁴⁾。それは現代という一つの空気に反応したものである。それに対してどこまで批判的か、という競技に参加したものである。「改正案」と同じく。

II

紙幅が極めて限られている以上、レビューとは言っても以下ポイントのみの指摘にならざるをえないが、「民法改正」にあたって「債権法改正」を以てすることの意義には触れざるをえない。改正が一種の国際的潮流、そしてまたより端的に言って国際的な経済社会というものの圧倒的なプレゼンス、に帰因することは明らかであるが、だからこそ懸念されるのは、少なくともローマ法の観点を採る場合、日本の経済社会の根本的な弱点が物的な信用の肥大と異常形態に存し、これはまた或る基本的な条件の欠如に由来する⁵⁾、とする

3) 現在のローマ法学はこの要請に応えるものではない。だからこそ、現在の各国の広い意味の民法をローマ法の観点から評するという作業に成功しない。したがって当然に諸々の改正や統一ルール作りへの批評に成功しない。コモン・ローとシヴィル・ローの間の統合や調整や優劣が問題となる時代において WILLIAM W. BUCKLAND & ARNOLD D. MCNAIR, *ROMAN LAW AND COMMON LAW: A COMPARISON IN OUTLINE* (2d ed. 1952) の古典的な仕事のアップデート版が緊急に求められる。しかしこれをしうる状況にはない。それに挑戦した REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* (1990) は目を覆いたくなるようなキワモノと当初思われた。現在でもその粗雑なローマ法認識に全てのローマ法学者が眉をひそめる（実際にはコモン・ローとの比較もローマ法/近代法の落差指摘も余りなされず、平板なローマ法教科書に初歩的沿革解説を付したのみである）。しかし、消滅の危機に追い詰められ藁をもすがりたい彼らの多くは、久々の出番を逃さなかったとしてそれでもこれを支持してみせる。そしていつの間にかこの書物は発言権を獲得しているのである。この小論でも以下現況の指標として二三の論点においてこの書物に触れるが、その都度指摘するように、まず、ローマ法ではこうであるという指摘が当否以前に精度を欠くためにぼやけていてはつきりしない。次に、中世・近世について独自に調べることがないばかりかよく知られた既存の研究すら知らぬげである。オランダから南アフリカへという線がしばしばこの位置に納まっている（Voetを見れば足りるが如し）。結局、「ローマ法ではこうである」のは何故か、という問いがなく、探究がない、という点につける。フランス法ではどうして、いつから、そうか、今もそうか、という問いも当然無い。何故かは当然大規模かつ独自の歴史研究を必要とする。これが無いばかりか、必要を感じていない。これらがこの書物を読んでも無益である理由であるが、深刻であるのは、如何に批判されようとも、これがローマ法学の現状の正確な指標になっていることである。なお、REINHARD ZIMMERMANN, *THE NEW GERMAN LAW OF OBLIGATIONS: HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES* (2005) は個別論点に関してなされた折々の批評を数点集めたもので包括的レビューではない。

4) 以下の論述においてローマ法に関する記述は全て木庭頭『法存立の歴史的基盤』（東京大学出版会，2009）[POSS]に基づく。とりわけ既存の教科書とは全然違う認識に立っている場合、そのように言うことの論拠と論証を読者はその中に見出すことができる。

5) この点の論証は現在準備中であるとどまり、したがってこのように言うことは一つの予想であるにすぎ

と、ヨーロッパ諸国などにおけるのと異なって、債権法のみの手当は砂上の楼閣を築くことになりかねない、ということである。確かに債権法が機能していないように見える。担保物権法などは手当てされてきた。債権法の条文こそが惨憺たる放置・乖離の対象である。だからそこを手当てすれば、とはしかし限らない。担保物権法の方向自体債権法を機能させるものと正反対であるかもしれない。ましてもっと基底的部分、例えば占有、には手が付けられない。

債権法改正と言いながら不法行為と不当利得、事務管理、が省かれた経緯は手元の資料の限りで定かでないが、まず、不法行為を別立てとする点については、ローマ法の観点から、十分に正当化しうる。債権法はおろか、民法そのものにとってこれは異質な要素を意味する⁶⁾。しかし不当利得については説明がつかない。債権法というアプローチを採る以上、これは中核の一つを構成する。実はここには大きなディレンマが潜んでいるようにも感ずる。つまり、全体として、契約法アプローチと債権法アプローチが混在し、これがメンバー構成上のみならず一人一人の頭の中をも横切る不連続線になっている、という印象を持つ。つまり実質的に、契約法リステートの色彩が濃厚である⁷⁾。だとすると不当利得除外は一定程度正当化される、がしかしそうすると事務管理の部分が意味不明となる。事務管理は契約ではないが、しかしローマ法の遺産の中で契約法の層の方に属するからである。いずれにせよ、この断層は、フランス法とドイツ法の間断層と微妙に重なりつつ、各制度の部分にいちいち現れてくるから、以下このレビューにおいてしばしば言及されることになる。

総則をどうするかという問題、パンデクテン・システムの問題、は激しく議論された如くであるが、議論を深める時間的余裕（或い

は蓄積）が有ったという印象を持ちえない。結論は、総則を維持しながら、内容的にそれを契約法化する、という一種の妥協であったように思われる。もちろん、ここには極めて深刻な問題が存在する。総則には最も新しい層のローマ法解釈、つまり19世紀ドイツのそれ、が反映されている。法律行為や意思表示のような新しい概念、そして法人や代理のような新しい制度、が論理的に堅固な一体性を保ちつつ要塞を築いている。その固有の価値を今日本社会でどうするか、というのが問題である。一面でこの新しかった層が最早機能しないという問題が生じている。しかし他方で替わりうる要塞は築かれていない。そこで今回の案の言うならば暫定的な行き方は或る程度理解しうる。しかしながら、戦術的な整理が十分でないように思われる。この点も各制度に即して論ずるが、総則の特定の部分のみを選別的に一定方向に持っていくという戦術を採る場合、直ちに（上に述べた）契約法の層か債権法の層か、という問いが現れてくる。すなわち、債権法の層は総則と深くかつ複雑に結び付いており、そうすると部分的な修正の有効性は、如何に的確に契約法の層を抜き出してこれをそれに相応しい形姿へと改めるか、という一点に懸かってくる。総則が犠牲にしたのがこれであるから、意味のあることであつたらうし、また、総則自体を保存するというのであるから、全面的な再構築を諦める以上、良い部分を残す所以でもあつたらう。しかし結果として、このような腑分けは成功せず、修正の方向は明快にならなかった。

以上述べたような混乱は結局、現行民法典から判例・実務が逸脱している部分の追認を不可避としたように思われる。現実を批判する視座が結局定まらなかったのである。決して無批判的というのではない。しばしば問題を意識しながら、しかし結局現状を渋々追認

ないが、例えばこのような可能性に対して考慮が必要ではないか、というのが問題提起の趣旨である。

6) POSS, p. 1002ff.

7) このようなローマ法的な（ただし現在のローマ法教科書には無縁な）観点を遮るのは、現在の諸々の改正やリステートメントがしばしば契約の類型構成の問題を避けて（元々契約総論の実質であるところの売買法を含めて）契約総論の如き様相を示すという事態である。このこと自体しかし一つの *impasse* の現れかもしれない。

する，という様子がうかがわれる。またしばしばそもそも問題が見えないために追認のようになってしまう，という事態も存する。これは決して今回の案の責任ではなく，むしろ，問題の省察の蓄積が（多くの優れた試みにもかかわらず）全体としては不十分であったということを物語る。

III

まず法律行為の部分論を論ずる。法律行為，意思表示，という19世紀ドイツつまりサヴィニーの層の基幹はこれを残すという判断がなされたわけであるが，同時にそれ以前の層（契約法という把握）をも加味するというヴェクトルも働いており⁸⁾，こうした選択自体，既に述べたように一定の理由を持ちうるが，しかし事実として，前者の修正すべき弱点を残存ないし亢進させ，他方契約法の原点の再発掘は，的確なポイントにおいてかつ十分な態様でなされたとは言えず，不発に終わった。

フランス流の「合意の瑕疵」の理論に復帰

する観点は確かにどこかで響いているが，致命的であるのは，合意の瑕疵の効果として「取り消しうる」を一般化した⁹⁾ことである。確かにこれは19世紀末以来の大きな潮流であり，一見，本来「取り消しうる」というカテゴリーを持たないフランス法でさえそちらに大きく傾斜していった如くに見える。そもそも，法律行為論の部分的受容等，一般的に，19世紀ドイツの層のヘゲモニーは20世紀のフランス法において顕著である¹⁰⁾。しかし第一に，「合意の瑕疵」の理論そのものが問題を含む¹¹⁾。例えば錯誤と詐欺・強迫は極めて異なるのである。つまり，いずれの効果を与えるにせよ統一的に扱うこと自体に問題が存する。もともと，無効という効果を与える点で一樣に捉える，そしてその根拠をいずれにせよ合意の欠落に求める，という理論的体系的メリットを「合意の瑕疵の理論」は有する。錯誤は善意の範囲内の出来事であり，これに対して詐欺・強迫は合意の基盤たる善意を端的に破壊する行為である。このように合意がまさに鍵になっているのではあるが，他面，それは合意の二つの異なる相に位置す

8) やや中途半歩ないし取って付けたようである点をおくとすれば，消費者に配慮した【1.5.18】，【1.5.19】は大いに評価すべきであり，ローマ法への回帰でさえある。つまり *actio aedilicia* と *actio metus causa* や *actio doli* を繋ぐ線 (cf. POSS, p. 1028) の復元，後者の影に隠れた前者の層の発掘，である。ここでは「取り消しうる」という効果が，*aedilis* の介入の系譜を引く正当なものである。合意が無いとは言えない場合でさえ，しかも意思の欠缺さえ主張できない場合にさえ，一定の場合には取り消させる，というのである。とりわけ原状回復という効果が消費者にとっては決定的である。金銭だけ給付されて済む存在ではない。

9) 錯誤に関する【1.5.13】(4) および「基本方針」29頁の卒然たる態度が最も衝撃的である。なお，「詳解 I」110頁以下が賢明にも「信頼主義」から「合意主義」への脱却を説くだけに，これと第三者保護(120-121頁)が全く整合しない点に何故気付かないのか。明文に反するだけに，錯誤において表見法理を適用すべきかどうかについて争いがあると「詳解」は認める。そうすると，判例・通説に従うことが顕著なこの提案の傾向からしても，かなり踏み込んだ内容であると言える。

10) 所謂「カタラ草案 (*projet Catala*)」(*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*), p. 19 (2005) (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf) にもフランスの孤立，そして19世紀以降の発展の吸収の必要，が色濃く滲む。19世紀ドイツ法学から発信された波長のヘゲモニーに，今や英米法からのイムパクトが加わった，と見ることができる。がしかし他方，同時にここにおいてさえ，20世紀に入って以降における外からの影響がフランス法内に招いた混乱を整理したいという気持も如実に現れている。

11) 「合意の瑕疵」の理論は，議論の構造においてローマ法の粋をよく表現している。つまり，合意がまずは存在し，次に意思の概念を使って瑕疵の抗弁を組み立てる，という構造である。しかし実際の機能においては，意思に関してもコースズに関しても，一方当事者からの抗弁という発現形態を反映して，まずは合意をそれ自身として括りだし吟味するという第一審級が希薄になる。錯誤が別格をなし，合意本体に関わり，したがって「一方の錯誤」は問題としえない，という点の認識もおろそかになる。ドマにおいてさえ，確かに現在よりは遙かに二段が分節的に捉えられているが，“*intention commune*”の“*commune*”にポイントを見るよりは“*intention*”という語に着目する方向へ読者を引き摺る要素が含まれているのである。実際には，ドマの強烈な「神に直結する各

る。そしてこれに対応して元来は訴権の相違が異なった効果をもたらした。無効にかわりはないとしても。錯誤は *infamia* をもたらさず、合意が無かったというだけであるから、どちらの錯誤ということさえなく、賠償の問題にはならず、詐欺・強迫は逆に重大なる懲罰的損害賠償責任を発生させ、*infamia* が合意基盤破壊者を取引世界から葬る。この点、第二に、現行日本民法典の区別（錯誤＝無効、詐欺・強迫＝取消し）は少なくとも平準化のそしりを免れ、それは中世以来の法学の所産、特にサヴィニーからドイツ民法第一草案までのそれ、の功績であるが、ローマ法源自体の混乱、訴権分立の痕跡、分立整理の不十分（混乱への忠実）、等々を引き摺っており、決して事柄の共通点相違点の精確な区別の所産ではない。だからこそ、非常に早くから「取り消しうる」一元論が有り、現にドイツ民法第二草案以降立法はすべてこの方向であり、学説も異口同音であるが、この処理が表面を滑ったものであることも否定できない¹²⁾。正しい統一的解決を理論的に探ったというわけでもない。そして第三に、そこへ

「合意の瑕疵」の理論への復帰が目指されると、額面上合意という基盤を再発見したように見えても、今頃になって「取り消しうるの方への平準化」が企図されただけであるような結果となる¹³⁾。ちなみに、幾ら19世紀ドイツの層がヘゲモニーを及ぼしているといっても、フランスの（錯誤における）「相対無効」説を援用することは背景が異なるため妥当でない。もっとも、所謂「カタラ草案」は一見「取り消しうる」に極めて接近しているように見える。しかし、これ自体どこまで支持が得られるのかという問題を抱える他、ここでさえ、「取り消しうる」のではなく、「追認しうる」のである。「追認」までは無効である¹⁴⁾。もちろん絶対無効のカテゴリーも別に強固に存在する。そうでなくとも、フランスと日本では状況が異なる。信義誠実の観点からして悪質な合意を絶対無効とする（懲罰的賠償を課す）必要は少なくとも相対的に高い。まして、本人が追認しないのに「善意の第三者に対して対抗できない」という（相対効とは全然違う）点は、折角契約法の要素を加味して消費者契約等を捉えうるようになった方向と

人内面の協働性向」というジャンセニズムが裏打ちしており、これがローマの *bona fides* を代替している。この（ローマから見た）ヴァリエーションがフランス社会において何を意味したのか、それがどこまで20世紀の変化を先取りするのか、さらにはどこまで20世紀の変化も（否、「カタラ草案」でさえ）ドイツというよりむしろこの秘かな底流の現れであるのか、（という齋藤哲志教授が口頭で提起した問題）については明らかにしないが。

12) 既に原田『日本民法典の史的素描』前掲注2)50-51頁に経緯が明快に描かれている（ただし、なお詳細な分析を要するものの、私には、サヴィニーが意思表示概念に共通の太い柱を求めたことが全ての始まりであるとしても、彼自身は詐欺と強迫さえ正当にも周到に分かつなどローマ法の歴史的な理解に忠実であり、無効・取消二元論を単純に展開するところはない、ように見える）。ローマ法の混乱に苛立つように叙述され、したがって「取り消しうる」への一元化が称賛される。要するにこの20世紀半ばのヴィジョンを修正することが現在求められているわけで、修正するためにはここで前提とされるローマ法理解、或る意味で中世以来の理解、全面的革新が必要とされる。なお、現行日本民法典の区別がドイツ民法第一草案によるとする通説に対して、旧民法からの線の（錯誤においてだけの）残存が加功した、とする森田宏樹「民法95条（動機の錯誤を中心として）」広中俊雄＝星野英一編『民法の百年II』141頁、152頁注14（有斐閣、1998）が注目に値する。意思理論の忠実な理解から区別が維持されたというより何か偶発的であった、ということになる。

13) 錯誤を「取り消しうる」という効果で扱うことがどこまで判例・通説か、これも明文に反するだけに検証を要する。この点「詳解I」116頁の論理は飛ぶ。「錯誤者だけが無効を主張できるとする考え方が支配的となっている」とした上で、だとすると「錯誤無効は取消しに近づくことになる」という。前者は相対無効論であり、その中の特殊なヴァージョンであり、取消しとは全然違う。典型的に日本的な論理の滑りであり、興味深い。ちなみに、川島武宣＝於保不二雄編『注釈民法（3）総則（3）』219頁以下〔川井健〕（有斐閣、1973）でもなお、「取り消しうる」一元化を支持するものの相対効と「取り消しうる」は区別され、錯誤の効果を「取り消しうる」とするのが有力ではあるけれども、批判説も有るとし、判例は相対効までを挙げる。判例においては不動産の権利移転を（相手方からの主張を制限して）不可逆的にするという動機が顕著である。原状回復志向の（「取り消しうる」の）ローマ法源と物的思考の点でパラレルであり、ベクトルの向きが反対である。

14) *projet Catala*, p. 82.

完全に逆行する。「改正案」の方向に判例・通説が存し、反対が無い，ということも作用したであろう。しかしその到達点に対してこそ吟味がなされるべきであった。「合意の瑕疵」の分野に表見法理を接ぎ木することほど実質的な意味の日本民法の根本病理を雄弁に物語る事柄も無い。さらに、背景をなす例えばフランス法の変化は、表面的な一瞥を以てしてさえ、これと区別しうるし、しかもこのような変化に対しても十分に批判的でないければならないであろう。

代理については、特別な扱いが必要であろう。代理は単純な概念ではなく、実は異質な複数の要素から合成されたものである。法律行為と同じく（サヴィニーの）高度の理論的彫琢を通じてのみ達成された概念である。サヴィニーは全てローマ法の素材のみから導き出したが、ローマ法が代理を徹底的に嫌ったことはよく知られる。奴隷がその代わりを果たしたというのは根拠の無い俗説であり、今日ローマ法と代理の関係については多くの議論が存在する¹⁵⁾が、いずれにせよサヴィニーが大きく一步踏み出したことの評価のためには高度な省察が要求される。今回の提案にこのレヴェルの考察を要求する考えは毛頭無いが、しかし以下の点には留意されるべきであったろう。サヴィニーが踏み出した部分を是とするにしても、折角そうでない契約法的要素を一定程度復元するのであれば、代理に流れ込む複数の異質な要素の中の、善意ないし信義誠実の強い磁場を前提にのみ委任

（後述）の効果を第三者に拡張する，という線を修復する，ということが行われてしかるべきであった。現在その終点ではサヴィニーの到達点に達したかの如くに考えられているにせよ、フランスで決して忘れられなかった回り道である¹⁶⁾。フランス民法典には端的な代理は存在しなかった¹⁷⁾。以上のように言う理由は、日本の近代において¹⁸⁾、表見法理を通じた代理の濫用が病理現象として顕著であるからである。代理そのものがそうであるが、表見法理が働くのは、条文の要件からして明らかなおと、全当事者が強く善意ないし信義誠実の中にある，ということが大前提である。しかしこの基盤を近代の日本社会は決定的に欠く。サヴィニーが一步踏み出したときに彼がそれで縛り上げようとした縄であるところの意思の概念も機能しない。同列の表見法理に棹さず条件は存在しないのである。ところが第三者の善意はゆるく解され、代理人の背信性は考慮されることがなかった。印鑑や白紙委任状といった慣習が火に油を注ぐ。この結果、109条と110条の類型的な差異¹⁹⁾さえ無視するような緩やかな運用がなされた。そうした怪しい判例や学説を今回は条文にまで格上げしてしまった。立法こそが介入すべき最も大きな点であっただけに禍根を遺す。

IV

「債権法改正」ではあっても、そして固有

15) POSS, p. 834f., 1058f.

16) 現在なお、René Popesco-Ramniceano, *De la représentation des les actes juridiques en droit comparé*, 1927 がまぎは参照されるべきである。

17) フランスの（「カタラ草案」をうけての）所謂「司法省案」には *représentation* が規定されるが、契約法の枠組の内部に収まっており、これを「代理」と訳すことにさえ躊躇を覚える。日本では圧倒的に不動産の処分（例えば登記の移転）を第三者に任せる部分で問題が生ずる。

18) 代理自体複雑で高度な概念であるが、第一にフランス民法典は委任拡張型や *procurator* 等々雑多であり、他方第二にドイツではクリアな学問的概念が出来上がっていた。第三に現行日本民法典は後者の方向で徹底されたものでもなく、極めて曖昧であり（最近では田山輝明「民法109条・110条・112条・117条（無権代理）」広中＝星野編・前掲注12)199頁，207頁以下がその一端を描写している）、第四にこの「代理」ばかりは経済社会の末端に至るまで何の抵抗もなく機能していった。第五にこうして非法学的な「代理」の観念と「表見法理」通俗版が合体してとんでもない空騒ぎが展開された。

19) 実は類型的な差異どころか、全然別系統である。誰が見ても110条はフランス法の委任効果拡張の系譜に属する（田山・前掲注18)218頁以下）。

に債権法である層にも一定程度の手が加わったにせよ、ねらいが契約法にあることは自明である。債権法という構想が契約法を債権法の中に分解するという意味を意味したのに対して、契約に独自のアプリアリな地位を回復させようという意図が随所に見られる。ローマ法の一つの層からより基礎的な層へ戻ってバランスを取る動きであると評価しうる。端的な表れが、合意概念の強調である²⁰⁾。にもかかわらず、「申込みと承諾」において意思表示理論に従った²¹⁾。これが第一の矛盾である。ドマ流の「共通の意思」が復活している²²⁾。また契約締結過程における *bona fides* (善意ないし信義則) がようやく現れる²³⁾。ここでも取って付けたようであるが、消費者法準則の取り込みも存在する。にもかかわらず、契約の効力に関しては、全然以上とは異なる考えに従った。これが第二のより大きな矛盾である。かくして、諾成主義を明文化したという²⁴⁾ が、それが何を意味するのか起草者が理解していないのではないかと、という批評を後世生むことになると思われる。

さてその契約の効力であるが、厳密に言

えば、同時履行の抗弁²⁵⁾ さえも合意および *bona fides* と矛盾するが、現実履行への傾斜はローマ法がそれに対して十分に懐疑的な考え方である。確かに、近代になってからの「大陸法」の大きな潮流であるとはいえ、コモン・ローの挑戦を受けて現在大きく修正を迫られているのではないかと。現実履行強制原則を特筆大書する部分²⁶⁾ は、国際的な商取引を規律する諸提案にインスパイアされて契約法の原点に帰るといふ今回の改正案の全体の調子を損なうであろう(諾成主義との第二の矛盾)。早期に契約関係から離脱して金銭で結着する傾向がそこには見られるからである。過失責任主義は維持された²⁷⁾。しかし問題はこれが妥当しない層を的確に腑分けする姿勢が欠けたことである。ここには理論装備の一般的な欠落が作用している。過失責任か厳格責任かという軸で思考し、*bona fides* 違反つまりこの意味の故意責任を忘れてしまう、という欠落である。軸が立体的でないのである。「債務者が引き受けていなかった事由」という線引きは、1920-30年代以来の所謂過失概念の客観化には沿ったとしても、問題に明確な見通しを与えて解決したというも

20) 【3.1.1.02】、【3.1.1.07】。

21) 【3.1.1.12】以下。ただし、注11で述べた事情を差し引かなければならない。つまり合意とこの「申込みと承諾」が表面上矛盾しないと感じさせる要因は、例えばドマを読むだけで確認できる。それでも、このドマとサヴィニーは異なり、サヴィニーからドマを解することは正しくない。(この部分は齋藤哲志教授の鋭い指摘に基づく)

22) 【3.1.1.40】。

23) 【3.1.1.09】。所謂 *la bona fides formativa* である。

24) 「基本方針」90頁。

25) 【3.1.1.53】以下。cf. POSS, p. 844ff., 1000, 1027.

26) 【3.1.1.61】。

27) 【3.1.1.63】。ただし、「改正案」は「過失」概念を放棄したつもりである。しかし、過失責任主義とはむしろ今回の案の思考のことである。自分の責任の範囲ではありませんという抗弁を許すことが過失責任主義である。「詳解II」250-251頁などに「過失」概念そのものを放棄したかの如き口吻が残存しているのは遺憾である。「責めに帰すべき事由」でも同じではないかという批判があったことに言及されているが、当然である。基本の法学概念が混乱するであろう。不法行為や国家賠償法等々が残っているのであるから(以上、大阪弁護士会『実務家からみた民法改正——「債権法改正の基本方針」に対する意見書』別冊NBL131号92頁以下(2009)が指摘しておりである)。まして、実は過失責任主義を本当に見直す余地はあった。厳格責任というのではなく、契約の種類によっては遙かに故意責任つまり *bona fides* に軸を移すべきであるからである。一律の規整がよいのかどうか、考察すべきであった。これをせずに従来の思考を維持しなお「過失」を放棄したと言えればこれは論理的な破綻である。「ドイツ流の過失概念の克服」は不可避であるが、過失責任主義は、それとは別次元のものであり、またそれ自体複合的である。厳格責任との対抗軸、故意責任との対抗軸、という少なくとも二つの観点が存在する。他にも複雑な様相を帯びる。これらの総合的な再検討はまだなされていない。これらが契約をどう捉えるかという極めて複合的な問題と連動している。そのうえで、現代の国際社会についての認識が極めて複合的たらざるをえない。

のではなく、却って一体どういう素性の概念であるのか²⁸⁾、疑わしめる。

「危険負担制度の廃止」²⁹⁾もまた混乱である。第一に「危険負担の債権者主義」の現行法に対する批判が存在する。*periculum emptoris* は *bona fides* に基づく高度な売買（プロどろしの売買）の場合における占有移転の特殊性に由来するもので³⁰⁾、債権法という一般枠組に流出した時点で混乱は宿命であった。しかし無差別の適用が不当であるということは、一切適用場面无いということ

を意味しない。かくして第二に、危険負担に関する一般準則を置かないことは賢明であると言ええるが、実際にそのように動くかどうかは別として、提案者の考えではこれが解除制度と連動しているというのであり、そうであるとする、*periculum emptoris* 問題（本当は異なるが日本の法律家にとっては「債権者主義」問題）を越えて危険負担の基本概念自体が混乱している。もちろん、ここでも一見誤りは些末に見える。説明によると、「解除一元主義」のコロラリーであるという³¹⁾。

28) 一つ強い脈絡が存在することは疑いない。この脈絡についての冷静な追跡として優れるのは小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ 1318 号 117 頁（2006）であり、それによると、潮見佳男『債権総論 I（第 2 版）』（信山社，2003）がひとまずの貯水池であり、ここから以下流れ出る、ということがわかる。森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣，2002）は重要なヴァリエントである。この圏内においては「債務者が引き受けた」とは「契約を通じて引き受けることを合意した」の意味であるらしい。契約の解釈に責任の区分が全面的に依存することとなる。引き受けた以上は絶対に履行結果を達成しなければならない、さもなくば賠償だ、というのである。前代未聞の厳格責任主義であり、契約法の基本に反する。*bona fides* に反しない限りごりごりと履行を迫ったりしない、まして賠償請求などしない（不当利得返還にとどめる）、のが契約の精神である。ごりごりと杓子定規に履行を迫るのは *bona fides* に反する。それでも、今回の案も不可抗力の抗弁は認めるようである。これは性質上契約が予期しない事情ということであり、したがって早くも契約が全てではない。それとも、「不可抗力の場合でも債務者は免責されない」という約款は有効なのだろうか。ちなみに、これで「危険負担の問題が解決する」(sic) わけではない。不可抗力による履行結果不実現の場合、例えば売買における引渡予定物の毀損は債務者の負担である、という危険負担原則を定め、現行民法典の債権者主義を修正した、ということになる。現行法は、実は、不可抗力の場合でも債権者は反対給付を免除されない、という厳格責任主義である。これは *custodia* 責任と呼ばれ、売主に固有のもので諾成売買契約固有の構造に基づく（周知）。契約に固執するならばよほどこちらが相応しい。そういうわけで標榜された契約解釈一元論は成り立っていないが、では少なくとも過失概念を排しようのであろうか。論者達の立論から推理すると、これも契約法に帰するという抱負が生んだ勇み足である。森田・同書が（発生学上）担保責任から出発しているように、*actio aedilicia* の層を通じて *bona fides* の圏内に帰りたいようであり、これは重要な動機であるが、この圏内では判断は *bona fides* に一元化され、*culpa* の余地は無い、ために、これを「契約解釈一本」と誤認して混乱したのであろう。その証拠に「手段債務」と「結果債務」の分節に固執する。本当は分節させないのが *dolus malus* 責任（*bona fides* に従っていれば結果が万が一付いてこなくとも賠償責任は無い）であり、分節させるのが *culpa* 責任（取引上の *bona fides* の外に契約の観点からは見えない部分で引渡しに際しての一般注意義務を負う）であり、後者は所有権概念を背景に持ち、その正統版が強固に根付くフランス法でかかる分節が盛んであることはよく理解できるが、論者達はこれら全ての問題の関連によく気付いたものの把握に失敗したのであろう。現に、契約の解釈に一元化するという構想の無理を意識してか、委員会は、その源においてそうであったはずであるのに、「債務者が引き受けた」という表現が契約の解釈のみによって帰責を決めることを意味するということを、「詳解 II」251 頁において否定するように見える（ただしはっきりしない）。他方、ひとまずの貯水池のさらに上流のどこかに位置するらしい CISG79 条には“an impediment beyond his control”という表現が存在し、また債務者の予見可能性にしばしば言及する。ZIMMERMANN, NEW GERMAN LAW, *supra* note 3, at 41 は、“an impediment beyond his control”を“outside the sphere of influence of the debtor”と言い換えており、彼の言うところの CISG の“predecessors”ではこの表現であったかもしれず、表現としてはこの辺りが端的なソースであるように見える。しかしこれは明らかに契約の解釈に全てを懸からしめる趣旨ではない。かつ ZIMMERMANN, NEW GERMAN LAW, *supra* note 3, at 40 はこの表現が過失責任原則の維持と解されたことを当然の前提として叙述している。すると問題は、この CISG 周辺の表現のさらなるソースは何か、他方そこから日本に渡るときに何故どのようにズレたかである。ちなみに、大阪弁護士会・前掲注 27)92 頁以下は、「債務者が引き受けた」という日本語表現の曖昧さに関して、どうしても契約の解釈に依存すると解されてしまうから、帰責事由の斟酌が契約強者に有利に運ばれると警告する。

29) 【3.1.1.85】、「詳解 II」348 頁以下。

30) POSS, p. 815f.

31) 「詳解 II」351 頁。

解除の結果危険を債務者が負うので十分であるというのである。解除しうるのは「重大な不履行」の場合であるが、債務者の責任の有無を問わないから、不実現の場合いつでも解除でき、だから危険負担に相当する場合も解除できる、と議論が転倒する。「重大な」をおく（責任を問わない、つまり信義則をかけない、解除は無意味であるが、これをおく）としても、解除できたとしてもしない場合が有るから「一元主義」は意味不明である。危険負担の問題は残る。（「債権者主義」という形態による危険負担原則の転換と異なって）危険負担自体は取捨を選択できる制度ではなく、われわれはあらゆる場合に何らかの基準によって危険負担を分配しなければならないのである。そもそも危険負担という概念は、契約が一旦履行されたのかそうでないのか、つまり今回提案の解除の場合でも「重大な不履行」が有るのかどうかを決める基準である。だからこそ、「事実そのような意味での危険移転の概念を、本提案も法技術的に意味のあるものとして維持して用いているのである」とされる³²⁾。だとすれば「危険負担制度の廃止」はミスリーディングである。「債権者主義」という一般化を廃止するというこ

とであり、取引の形態に応じて判断する、ということである。これはローマ法への回帰そのものである。第三に、それでもこれは独創ではなく、CISGの継受であるとされるが、その含意の正確な理解かどうか疑わしい。ここでは *bona fides* が徹底して前提されており、そのはずであることには、動産のしかも国際間の取引が対象である。契約法の元来の精神に則って、履行されればよし、さもなければ無かったこととしてどんどんさきへ進む、というのである³³⁾。高速取引の危険負担は精密な引渡し解釈に依拠することになる。その場合責任の問題は無い。原状回復と不当利得のみである。信義に反する場合、有責の場合、が意識的に想定の外に置かれる。

日本の解除はこれとは全く異なる。そもそもローマ法には存在しない制度であり、優れた研究が明らかにするとおり、フランスでは主として裁判所の関与のもとに行われ、概念自体が異なるとさえ言える³⁴⁾。サヴィニーは受け付けず（あるいは別の解決法を調達し）、その後のドイツにおいて一般的解除概念が創造されたとしても一体何を目指したものであったのか³⁵⁾。ところが日本ではあらゆる判決のどこかに登場するという印象さ

32) 「詳解II」352頁。

33) 「解除」というが、フランス法を見るまでもなくその概念内容は多様である。ちなみに CISG49条と64条は“may declare the contract avoided”であり、74条の賠償規定は実に淡泊に損失の填補のみを書く。

34) 齋藤哲志「フランスにおける契約の解除(1)(2・完)」法協123巻7号1305頁、8号1585頁(2006)。*projet Catala*, p. 93は、*la resolution unilatérale*を導入した場合の違和感を恐れ、汗だくの弁解を試みている。しかもなお、その手続は極めて重いものになっている(齋藤「(2・完)」1672頁以下参照、PDECやバヴィア草案の検討もこれに譲る)。そしてそれさえすんなりとは日の目を見ない。なお、(危険負担にあたる) *vis maior (force majeure)*の留保に欠けるところはない。

35) ZIMMERMANN, *LAW OF OBLIGATIONS*, *supra* note 3, at 800ff. は、ローマ法の“the iron rule”をきちんと押さえ、そして BGB 起草者において初めて(一般的)解除(制度)が現れることを見逃していない(Hans G. Leser, *Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, 1975, S. 29ff. は、*lex commissoria*の線つまり買戻の際の物的効果(条件論とサヴィニー風意思的物権行為理論の産物)が19世紀において信用の弱い層への貸付に際して担保制度を準備したという推定をした後、起草委員会が *actio redhibitoria*の線によって物権構成を克服した、そのときに一般的解除制度が現れた、とするが、何故端的に *lex commissoria*を排して“the iron rule”に戻らなかったのか、(オランダ的自然法的)迅速処理のための解除制度つまり *synallagma*思考とどう交わるのか、ベクトル合成の結果どのように複雑な解除制度の要件効果理論が生まれたか、は今後の検証課題であろう)。ところがフランス法に言及し(ドマ、ポティエまで引きながら)解除の形態の違いに全く触れない。イングランド法の基本に触れようとするが何が言いたいのかはっきりしない。“the iron rule”は何故だったのか、フランスの近世では一体何故特定の形態の解除が人々の関心を集めたのか(齋藤・前掲注34)参照——Zimmermannとのレヴェルの差、そして現今のローマ法学が何故無内容になっていくのか、を痛感させられる)、何故20世紀になって解除が市民権を得たのか、しかし CISGは英米法まで参照した場合一体どのように解されるのか、等々の問い自体が欠落している。だから結局認識の精度が上がらない。

ある。紛争泥沼化に際して両当事者が解除を打ち合う。多く、不動産の現実支配権を求めての争いの中で、曖昧な和解や合意が解除の対象となる。「無効でなかったとしても、既に当方は解除した」などと主張し合うのである。今回の提案においても解除には要件が懸かっており、強調されるほど「解除一元主義」ではないが、しかし契約の問題を継続的な当事者のやりとりの中で流動的に扱うという姿勢は特徴的であり、一義的な合意の帰結を一義的に定めるという線は後退している。一方で現実履行や厳格責任への表面的な接近があるから、CISG とは対極であり、他方でまさに解除への固執はとりわけ不動産現実支配への執着と関係している。

V

債権法固有の層に関しては、全体の趣旨が契約法リストであることを反映して、介入は限定的である。しかしながら、債権法の層と契約法の層の間の断層をどのようにするのか、という根本問題には手が付けられないわけであるから、鍵を握る不当利得の欠席もあいまって、限定的を承知でも、なまじ介入した部分はいかにもパッチワークという印象を強く残す。ここでは実務からの需要に応えるという面を見せることもあるが、その採択が偶発的であるうえに採択した場合でも徹底するわけでもないから、経済社会の動向に回答したとまでは言えない。また、実務が問題を孕んでいるときに本格的なメスを入れるという姿勢は全く見られない。かろうじて、若干の制度に関連してティミッドにブレーキをかける試みがあり、評価しうるにとどまる。

まず債権者代位権と詐害行為取消権についてであるが、日常的に使われるわけではないとさえ言われるこれら問題の諸制度について、委員会は大いなる賢慮を發揮した³⁶⁾。債務者の債務超過を要件として責任財産保全のためにのみ用いさせ、続く包括(的)執行に繋げようというのである。これらの諸制度がローマ末期の不透明な歴史の中からないしその後の時期に多分にミスティアリアスに発生した³⁷⁾ことを思えば、そしてまた包括執行を原則とした手続思考とそれを可能にした制度的前提の崩壊(社会の透明性を保障する政治システムの衰退)に対してアド・ホックに穴を繕うように苦し紛れに対処する系譜に属することを思えば、存続させる限り唯一の選択肢である。しかしながら、そうであれば手続全体とその前提の整備が欠かせないが、流石にその射程を持ちえない、という限界が存在する。保全ということであれば、一層に実効性が求められる。この点では、今回の修正も来るべき手続法に実体法的根拠を提供したという意義以上は持ちえない。日本の経済社会において最も機能していないことの一つがこの責任財産の保全であるだけに、壁は厚いと言わざるをえない。また、代位権について「転用型」を追認したことも提案の苦渋を物語る。判例に登場する限り、占有概念が機能していれば解決できるか、機能していないための不当な要求である、場合が多い。牽連性のメルクマールがカズイステイクに依ることは予期されているが、土地の上の泥仕合という日本社会の特徴にコンフォルミストに作用するであろう。

債権の準占有者に対する弁済、代物弁済、弁済による代位、相殺、更改、と続く部分は、

36) 「詳解II」407頁以下、449頁以下は優れたテキストである。すぐに述べるように、提案された規定にどこまでこの賢慮が乗り移っているかが問題である。

37) *actio Fabiana* は明らかにまだ *interdictum* 代替訴権であり、債務超過を前提として詐害的特有財産分離を否認し総資産へと回復する。後継の *actio Pauliana* になると包括的で不分明になる。幽霊のようで、既に、実体を歴史学的に確定しうる対象ではない。中世以降の歴史も意味のある精度においては書かれていない(佐藤岩昭「詐害行為取消権に関する一考察(2)」法協104巻12号1746頁、1747頁以下(1987)は古い文献しか見出しえない中で実態の不明を慎重に認識し、物的権能と賠償の狭間で健全にも後者に傾いたフランス法の潮流を推定している)。他方、*gage générale* と *pignus omnium bonorum* との間の関係、包括債権譲渡担保の如き現代の制度との近接性、については歴史学的には全く解明されていない。

日本の経済社会における信用不全という黒い部分に対応する地雷原であるが、相殺の担保的機能に関する考察の欠落³⁸⁾一つを取ってみればわかるとおり、根本問題は避けられ、提案は概念の整理に終始した。債権準占有問題は表見法理に一元化³⁹⁾、代物弁済は諾成主義の不要な装飾を施されるのみ⁴⁰⁾、代位弁済者に発生する権力⁴¹⁾への若干の警戒は加味されたものの、更改の意義についてはこれをはかりかねて戸惑うばかりである⁴²⁾。大規模債務整理（信用収縮）という典型例が視野の外に置かれる。これらの分野の発展はそれ自身問題を含む（特に今回の契約法重視の観点と鋭い緊張関係に立つ）⁴³⁾が、日本で特異な発展を遂げたこの分野に十分な手が加えられなかったことは、日本の経済社会の発達不全に基づくのか、それとも法律学が発達し追いつかないことを物語るのか、それす

らわからない。

債権譲渡、債務引受、契約上の地位の移転、の部分に見られる傾向は、一方で、債権の流通を促進したいというものであり、ところが無批判的にその方向を推進することへの逡巡も見られ⁴⁴⁾、明確な線には到達しない。他方、債権の流通とは別の事柄でありながら当事者の変更という点において一見同じであるために同列に促進した諸制度が存在し、この部分の価値判断が必ずしも債権流通促進と整合しない。「当事者の変動」という明晰でないカテゴリーによる把握が債権流通促進つまり短期信用の円滑充実を裏切る方向をそこへ包含する結果となってしまった。もとより、ローマ法では債権の人的側面を重視したために債権譲渡に消極であった、というのは俗説であり、少なくとも歴史的に二つの層⁴⁵⁾において（債権の流通とは決して概念されな

38) 「詳解Ⅲ」72頁の記述を参照。継続的取引を有する銀行が保持する担保としての相殺特約をむしろ積極的に評価した。この特殊な形態の意義についての意識が見られない。執行手続開始後における（債権事後取得による）露骨な詐害行為のみを念頭に置いている。なお、日本におけるような意味の相殺はローマ法の知らざるところである。公的な（例えば銀行間）決済中でのみ問題となる（POSS, p. 1063）。

39) 「詳解Ⅲ」13頁以下を参照。元来は *bona fides* の存在を厳格に要求するので、悪意の（弁済者でなく）準占有者に対する弁済は無効である。有因的に思考する。いずれにせよ、来栖三郎の古典的な論文、「債権の準占有者と免責証券」民商33巻4号1頁（1956）は参照されることがなかった。以下にも示唆するように、今回彼の警告はついで顧みられることがなかったのであるが。

40) 【3.1.3.05】、「詳解Ⅲ」17-18頁。代物弁済は信用収縮の典型的な場面であり（POSS, p. 1154）、背景には関係当事者の怪しい意味での「物的な」思考が存在する。認めるとして、引渡しという外的に一義的なメルクマールによる弁済効果を生命線とする。さもなければ、またざろ物との関係に人々が入り組む怪しい関係が継続する。何故「代物弁済予約」の担保機能という日本の取引社会の典型的病理にわざわざお墨付きを与えなければならないのか、理解に苦しむ。

41) 債権者は既に権力者である。代位弁済者は二重にそうであり、特に債権を多く吸収し束ねてこれを再分配する。更改や債権譲渡と組み合わせさせて利益の多いポジションを生み出す。この点、今回の提案においても、【3.1.3.13】（「詳解Ⅲ」32頁）が任意のものを削除したことに、若干の警戒感（「債権譲渡の規律が潜脱されるおそれ」）が表れている。しかし禿鷹ファンドのように外から入ってくる権力者への警戒の反面、物上保証のような狭隘な信用を念頭に置き、代位弁済自体を透明化するという視点を欠く。

42) 「詳解Ⅲ」81頁以下。「要素」にかえて「目的」と「性質」を置いたわけであるが、奇妙な学校事例を連発してしか考察できなかったように、既存の混乱を引き継いだ。更改は、債務の弁済が別の債権の形成によって行われることを意味し（一個の契約を解除して別の契約を発生させることを意味せず、前の債務は履行されたことになり、しかし前の債務の何を一体新しい債務が引き継ぐのかというデリケートな問題を法学者達が競って争い）、信用の遷延であると同時に別次元への変換である。したがってローマでは *acceptilatio*（POSS, p. 1037）等の金銭債権の集合処理（和解）において使われた（和解論が法学の華である所以である）。委員会が折角危険性と要式性を論じながら否定に解したのは遺憾である。ただし、要式性といってもむしろ *publicité* の意味の *formel* な性質のことであるが。つまり *bona fides* 圏内にあることの手続的な確認である。

43) POSS, p. 1040f.

44) 「自由譲渡性」重視の基本線は確認されている。「詳解Ⅲ」271頁以下。将来債権譲渡についても積極的である（【3.1.4.02】）。他方、「詳解Ⅲ」を見る限り、慎重な考量は欠けてはいない。債権の市場基盤を整備するというよりは伝統的な債務者保護の立場からではあるが、しかし重要な考量である。【3.1.4.03】で譲渡禁止特約に関して抗弁を認める等、案文への反映もある。

45) POSS, p. 850ff., 1042ff. 債権を無防備で抛り出しておいて譲渡させるという概念は存在せず、しかし今日な

かったが、それに該当する) 形態を発達させた(無因的な「債権譲渡」という概念構成に否定的であったということである)。いずれにおいても、債権ないし信用の内容に関して無差別的でなく、またそれと同時に逸脱を防止するためのシステム上の工夫が存在した。つまり自動車が走るよりは高速鉄道的方式であり、ルールの上では極めて自由に摩擦係数ゼロで信用が流通したが、その外では走らないように出来上がっていた。もちろん、これも一つの限界ではある。ルールの外で自由に走れないものか。これが近代の夢であるが、条件無しでは夢も実現しない。登記を対抗要件とする方向⁴⁶⁾は、信用流通に透明性を与えるという方向であるから、支持しうるが、これは債権に占有を概念するというものであり、それに見合った全般的な法理の発展が不可欠である。そしてこれを見据えるならば、

一定の高度の信用が存在している空間に属する金銭債権のみが登記を通じて転々流通し決済されるに相応しい(この要件を制度的法学的に捉えるためには一定の厚みを有する構築が必要である)。ところが、他方債務引受および契約上の地位の移転に目をやると、余りにも素朴な概念構成しか見出すことができない。債務引受について言うならば、大正期昭和初期以来の古い関心と現代的な関心が整理されないまま混然となっており⁴⁷⁾、契約上の地位の移転に関しては、(主として *locatio conductio* 概念の不全から) 占有が絡まって物的な関係と債権の間の峻別要請に耐えかねたとしか言いようのないケース(賃借権の物権化、占有移転に伴う物上負担移転)と、資産について新しい占有概念を高度な理論作業によって構築しなければならないケースが、弁別されずにおかれている⁴⁸⁾。後者の場合、

らば金銭債権の譲渡に該当するであろう実質を実現するために別の制度を發展させた。むしろ証券化や電子化の方にアナロジーが成り立つ。実際、媒介の半ば公的な制度がどうしても必要であり、また一定の性質の金銭債権と他の特に非金銭債権は厳密に区別して扱わなければならない。「債権譲渡」という一般カテゴリーを要求した近代の特定の様相における事情こそ吟味して克服しなければならないであろう。

46) 【3.1.4.04】、「詳解Ⅲ」289頁以下。

47) 「詳解Ⅲ」315頁以下からは、ほとんど、保証との類似性しか読み取れない。半信半疑という叙述である。日本の取引社会における債務引受の機能は不明であるが、最判昭和46年3月18日判時623号71頁に見る限り、弁済による代位と極めて密接である。これとは逆に、弁済は無いがそれに替わる債務引受により債務者に対する担保権の実行、とりわけ譲渡担保の成就、をひとまずストップしよう、というのである。そのかわり債務も担保権も存続し、債務引受者は債務者に対して介入する。物的レベルに「落ちる」のを遷延するのが債務引受の目的である。そうだとすると、going concern interest を保全する信用の形態の未発達を辛うじて補う、あるいは未発達のバロメータとして存続する、制度である。この悲哀をどうするのか、それとも信用の基本形態自体にメスを入れるか、思案のしどころである。そもそも現行法典にはない制度であり、学説判例がドイツから完全輸入して形成してきた(西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』431頁〔椿寿夫〕(1965))。他方近年債権一括決済制度の中で別の注目を浴びようになっている(池田真朗「債務引受と債権譲渡・差押の競合」法学研究77巻9号1頁(2004))が、まさに指摘されるように、債務引受をここへ転用することには問題が多い。この論文は *délégation* に目をやり、しかしこれが前提を異にして全然使えないことに気付く、点(36頁以下)においても秀抜である。実際ボワソナードの提案からこの *délégation* が現行法典において削除された(野澤正充『契約譲渡の研究』10-11頁(弘文堂, 2002))とすれば、余りに当然である。この *delegatio* はもちろんローマ由来の制度であり、ローマにおいて徹かに「債務引受」を想起させる銀行の *receptum* とともに、強い制度的バックアップの上に築かれた短期信用の決済手段であるからである(POSS, p. 1059)。日本でこれが理解されるはずがない。ちなみに言えば、明確な債権譲渡手続により決済を円滑化しよう(信用を確保しよう)としても無駄である。原因関係と最終決済の間に半透膜的な(究極では有因だが一旦独立に動く)第三の平面を築かねばならない。公的な帳簿上でなされるのが最適である。このときこれを債権自体と混同しないことである。金銭自体とも。手形のように。要は信用創出であり、新システムを構築するならば手形の機能不全を信用の面から反省した上でなければならない。

48) 「詳解Ⅲ」330頁以下も確信が持てないという叙述であり、「とりわけ、継続的な取引関係における当事者の地位を将来に向かって第三者に移転するために有用であるとされる」などと他人事のようなものである。あとはゴルフ場会員権に至るまで、カズイスティクに終始している。諸研究が一致して見るとおり(野澤・前掲注47)が最も詳しい)、フランスでこの議論が存在するとしても法定のものを典型として全部 *locatio conductio* に関連してであり、その外では批判が強い。つまり占有理論が発達していれば契約法にこのような病巣が見られることもなかったであろう。これと新財産権型との間の区別は既に主張されている(池田真朗「契約当事者論」山本敬三ほか『債権

そうした「地位の移転」のためには物的な関係と債権との峻別こそが却って生命線となる（株主としての地位の移転は株主が決して所有権者として振る舞えないということによって保障されている）ため、「契約上の地位の移転」構成は有害である。例えば寄託の場合、二人の寄託者間には売買等の契約関係があり、これと別に動産の引渡し概念され、そして新寄託者と受寄者との間にはもちろん新しい寄託契約が樹立されるが、寄託契約上の地位などが包括的に移転するということがあってはならない。諸々の抗弁は切断され、このことによって占有の移転と透明性が確保される。つまり旧寄託者と受寄者との間にごちゃごちゃと何か関係があってはならない。これが *bona fides* に基づくからである。敷金等々法学的に筋の悪い制度が念頭に置かれているとすると遺憾である。こうした観念が払拭できないのは、大筋で、物的な関係と債権の峻別ができないということであり、結局は債権譲渡と短期信用を害する。資産上に発生する権利の譲渡という枠組は作りにくくなる。債権譲渡においてさえ、包括債権譲渡担保が横行し（追認され）ている（つまり債権の占有がどちらにあるかわからないようにして担保機能を創出することが行われている、ヨリ包括的な物的な関係の中に債権が埋没している）状況下、登記制度を仮に樹立できたとしても、言わばインフラを欠くこの状態で、透明な移転が実現できるかどうか極めて疑わしいのである。破産債権者が同時に破産債権者の個々の債権の債権者になることが許されない（こうして個別要素が濾過される）ことを通じて初めてこの破産債権は移転可能となる。

連帯債務と保証の部分に関して述べるこ

とは少ないが、現在の法律学に基本的な見通しが欠如しているということを痛感させられる。まず、単純な分割債務を原則とする観点から微かにシフトして特定の場合には必要的に連帯債務が現れるとした点⁴⁹⁾、他方その連帯債務に関しては現行法の所謂絶対的効力を極力廃した点⁵⁰⁾、であるが、日本では連帯債務が実質連帯保証になっているのではないかという疑念を抱かせる。絶対的効力は多数当事者間の速やかな決済を促進するもので、ローマで言えば *adstipulator* の考え方であり、それに従えば全員が強く *bona fides* で結ばれる（*bona fides* 関係の典型たる組合に可分債務の思考が付着すること自体、組合の変質による）。効力を相対的にするということは、附従性を論じ・かつ抗弁を切断する、極端に言えば債務と責任を分離して特定連帯債務者の責任財産でカヴァーさせる（彼があとから求償により内部関係を整序する）、という思考に繋がる（*bona fides* の側を体現した可分債務の領分までもコノ「連帯債務」が切り崩すとすれば台無しである）。保証においては、検索の抗弁は残った⁵¹⁾ものの、分別の利益が消滅した⁵²⁾。連帯保証の公認ともちろん符合する。分別の利益は元来ローマ法の比較的若い時期に複数保証人間において政治システムないし原組合類似の手法が立法で構築されていたことに起源を有する。検索の抗弁は主債務と保証債務の非対称性を前提とし（「資力」＝責任財産に関心を有し）、それでも二つの次元の区別だけは守ろうとするものである。連帯保証の考えを徹底させればこれさえ廃止されるわけであるが、連帯保証がほとんどの場合であるという認識を有しながら通常の保証を原則として維持した⁵³⁾ 委員会の方向が生かされた形である。

法改正の課題と方向』別冊 NBL51 号 147 頁、168 頁以下（1998）。

49) 現行 427 条と【3.1.6.06】の対比。ただし、特定物給付の「不可分債権」をからませたため、何が何だかわからないことになっている。現行民法典の明晰性に劣る。債権総論の部分は強く金銭債権に還元できるもののみを念頭に置くべきである。他方それでも、ローマ法を座標軸にとると、*adstipulator* 類型と（最終的に責任財産をターゲットとする）*in solidum* 類型が複層をなす。

50) 「詳解Ⅲ」386 頁。

51) 【3.1.7.05】、「詳解Ⅲ」438-439 頁。

52) 「詳解Ⅲ」442-443 頁。

53) 「詳解Ⅲ」457 頁。

VI

典型契約を造形することの意味、そして具体的にどのように造形するかという問題⁵⁴⁾、についての突っ込んだ検討は避けられた。現代社会の焦点の一つである *locatio conductio* の再分類も、問題の所在には気付かれるものの⁵⁵⁾ 現行三分類を維持し、しかも賃貸借を「貸借型」として、何と消費貸借や使用貸借という全く異なる類型と一緒に並べ、他を「役務供給型」として問題を意識したかと思いきや、これを委任などと一緒に並べて後世をして天を仰がせる⁵⁶⁾。総じて現代社会の要請に後追いするように確信無く対応し混乱してしまった図である。全体として保守的で、また、一層保守的な部分ほど質が高い、という皮肉な結果に終わっている。

売買に関する規定はその意味で保守的である典型をなす。現行民法典の偏執狂的な「担保責任」一色主義は維持された。これがどこまで自覚的な選択であるのかわからない。つまり、一方に売主の *custodia* 責任が売買契約規律の焦点になることは当然であるということがあり、他方に追奪担保責任は既にローマ法源に横溢するとしても病理現象であるということがある。*custodia* 責任は過失責任主義と相容れない *bona fides* 直屬のものである⁵⁷⁾ ため、契約責任外という誤解が生まれるが、これは今回の提案で払拭された。しかしそれが生かされるのは *custodia* 責任と近接する *actio aedilicia* 由来（ここでまた「法定責任」という誤解が生まれる）の瑕疵担保

責任⁵⁸⁾ においてのみである。「他人物売買」というパラダイムに化けた追奪担保責任概念に適用してみてもズレ違いにすぎないからである。これらは所有権というパラダイムの肥大がもたらす歪みである。売買の目的が所有権を得させることであるという誤解が生まれる。本来は引渡しが債務の内容であるにすぎない。今回の提案においても同じ心配は新設の「対抗要件を具備させる」という債務の形で現れている。もっともこれは単純な「市民的占有の移転」の債務であるにすぎないが。要するに、この心配と、契約法の原点に帰って *actio aedilicia* から消費者契約の方面に抜ける筋道、の両者が混然となっている。とはいえ、総じてサウンドな結論に辿り着いている場合が多いと言える。危険負担についての部分など、一般準則がやや混乱している点の修復である場合さえ有る。元来「他人物売買」だろうと「不存在物売買」だろうと契約法上は有効で、解除の余地もなく、ただ *bona fides* に基づく以上、無理難題の履行を迫ったりはしない、というだけのことである。ただ、*bona fides* に反する場合、その意味で悪意である場合、強いサンクションが科される。この点、追奪恐怖症候群から異様に厳格責任へ傾斜する傾向に歯止めをかけて一般債務不履行責任に「軽減」⁵⁹⁾ したのは一定の成果である。「他人の物を自己の物として売る場合と、他人の物であることを明らかにして売る場合の相違をどう見るか」という優れた問題提起が討議の過程でなされた⁶⁰⁾ というから、これに従っていけばもっとよかった。現行民法典 561 条後段は「腐っても鯛」

54) 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣，1997），山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本ほか・前掲注 48）4 頁，石川博康『契約の本性』の法理論（1）～（10・完）法協 122 巻 2 号 191 頁，6 号 1040 頁（2005），123 巻 1 号 81 頁，4 号 668 頁，5 号 771 頁，7 号 1193 頁，11 号 2354 頁（2006），124 巻 1 号 167 頁，5 号 1142 頁，11 号 2505 頁（2007），参照。

55) 「詳解 IV」5 頁注 7 参照。かろうじて原田『ローマ法』前掲注 2) が引かれるが、そのソースに当たることを怠るために、Félix Olivier-Martin の鋭い問題提起（Des divisions du louage en droit romain, *RHD*, 15, 1936）に行き当たらない。単なる沿革知識に終始する。

56) 「詳解 IV」6 頁の図を参照。まるで何も知らないゼミ学生のレジユメのようだ。

57) POSS, p. 814, 1022f..

58) POSS, p. 825f..

59) 「詳解 IV」48 頁。

60) 「詳解 IV」52 頁。

の部分なのである。

贈与に関して本格的な考察が行われたことは注目に値する。急速に増大する需要に応じて本格的な贈与論が構築されることが望まれている矢先である。それだけに、これは「契約法」改正の枠組を越える問題であり、伝統的な贈与契約論のタームは窮屈すぎて現代社会の広大な現象を捉ええない（例えば租税法の観点を採っただけでこの種の議論の無力が痛感される）⁶¹⁾。伝統的には贈与は契約ではなく、独立のカテゴリーであり、信託遺贈や公共負担などと近接的な制度として捉えられる。今回最小限の要物性・要式性が維持された⁶²⁾反面、諾成契約モデルの適用は強まった。もっとも、ここでも提案は大いに慎重であり、担保責任や *custodia* においては伝統的な線を維持して抵抗している⁶³⁾。「忘恩行為」の復活⁶⁴⁾も、いつでも撤回しようという方向に解しよう。ただし他方で負担付贈与を追認しているから、贈与に関する規律においても一つの柱となるべき原則、すなわち「贈与が実現した以上は贈与者に口を出させ

ない」という原則、を曖昧にする方向にも作用しよう。

賃貸借、使用貸借、消費貸借の部分は、そもそも、「貸借」という日本語に引き摺られて括る致命的な混乱を踏襲してしまった。賃貸借の規定を使用貸借に準用するという有様である⁶⁵⁾。賃貸借はむしろ *locatio conductio* 総体の脈絡で扱直しされねばならず、借地借家法型とサブリース等々を受け容れるタイプ⁶⁶⁾とをどう腑分けして規律するのか注目されたものの、実際には古い型のものにつき最低限の原則を確認したにとどまった⁶⁷⁾。転貸借の部分は全く新しい現実の認識を欠いている⁶⁸⁾。何をターゲットにしているのか、社会のどういう必要に反応しているのか、不明のままである。問題をよく探究しないまま安手の思考の整理を優先してしまったケースが使用貸借であり、これを諾成契約とするという空前の逸脱を犯しながら、一体何のためかよく説明できない⁶⁹⁾。もっとも、一体何故これが要物契約であるのか、学説は十分に明らかにしてこなかった⁷⁰⁾。高々無償性

61) 「詳解IV」149頁以下参照。幾つかの論点が存在するが、例えば、複雑な操作による租税回避行為を今回の折衷的な解決「財産権の移転」で捉えうるものか、しかしむしろ他方で委任や使用貸借の無償性と区別されなければならないのは的確に指摘されるとおりであるが、どうやって贈与を概念構成すればよいのか。

62) 【3.2.3.03】。「詳解IV」164頁参照。

63) 【3.2.3.08】、【3.2.3.10】、【3.2.3.11】。しかし【3.2.3.09】で債務不履行責任に関する一般準則を適用する。「詳解IV」192頁以下は、一般準則が変化した（過失責任主義が解消された）以上贈与をここに収めうる、と考えるようであるが、故意と対比する意味での過失責任主義は維持されている、むしろ強化されている、のであり、これに対して贈与は方式を経てなお過失が有ったとしても責任の問題を生ぜしめない。移転後取り返せないというのみである。これがトロイの木馬であった場合にのみ、責任の問題となる。高度な善意に基づく世界だからである。

64) 【3.2.3.05】。贈与は契約ではないから、*causa*の支配を（団体の法人格のように）直接受ける。法が元来認めないものであるだけに、言わば *pia causa* が要求されるのである。それも公共的な福祉制度のように透明で確固たる目的でなければならない。慈善団体の仮面を被った怪しい組織への擬装贈与などを法がどう扱うかが立ち向かうべき真の問題である。

65) 【3.2.5.07】。

66) ローマの（近代の学者の分類による）*locatio rei*はこのタイプである。cf. POSS, p. 1053.

67) 「詳解IV」231頁の苦しい叙述を見よ。【3.2.4.07】などが辛うじて意義を有するが、古い借地借家法型である。賃貸借に関しては社会的現実に対する優れた分析と見通し（例えば瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995）も存するだけに、今回の提案は如何にも貧弱に映る。

68) 【3.2.4.18】以下。ここでも転貸関係内の信頼の要素を伝統的なそれと解することがよくうかがわれる。つまりビジネス・パートナーとしての *bona fides* でない。実はサブリースは転貸ではなく、かつこの類型において伝統的な（ローマ法の）*locatio rei*が現れている。そしてまた自由な *locatio*、*locator*の占有保持、といった事柄が正当化される。問題はこの流れを無媒介に借地借家法タイプに準用しないことであり、今回は、前者を合理化しかつ障壁を築くチャンスであった。

69) 「詳解IV」330-331頁。

70) *commodatum*は占有を移転させない。確かに *locatio conductio*も *possessio civilis*の留保を伴うが、果実——対価の交換を生命とするから、少なくとも果実の引渡しが存在するし、果実を取る部分の単純な占有は発生

と関連付けたにすぎなかったから、ボワソナード以来日本にも見られる自然法的単純化、現在では初等法学的単純化、が結局堰を切るのも無理無いことである。

消費貸借に関する限りそもそも近代の議論自体がローマ法的前提から大きく隔たっており、それはまた信用構造の深い問題を示唆する事柄であるから、今回の提案のみを論ず意味は他に増して少ないが、提案自体、これだけ巨大な事象を前に為す術を持たないという風情である。それにしても、これをも安易に諾成契約とする⁷¹⁾には呆れる以外にない。そもそも元来消費貸借は契約でさえなく、期限の利益に関しては今回の提案さえも認めないこととせざるをえず、消費者契約の場合には賠償さえ認めない⁷²⁾。融資約束に対する期待を保護するならば、それは金融機関の公的な役割に鑑みてのことであり、消費貸借の問題ではない。消費貸借がそもそも危険であるという認識が欠落している。良質の信用は必ず別の形態をとる。要物性はこの警戒の表現であり、合意したばかりに借りなければならなくなり、直ちに返しても期限の利益を楯に取られ高額の違約金を払わされる、ということに配慮したものである。無利息の消費貸

借にのみ要物性を限定的に維持するようである⁷³⁾が、元来利息をこそ警戒しているのである。そもそも「無利息の消費貸借」はカテゴリーとして混乱しており、これは特殊の使用貸借である。消費貸借においては *bona fides* が否定されるが、使用貸借は *bona fides* の塊である。

ファイナンシャル・リースはむしろローマ法伝来の制度ではないが、実はローマ法にとって非常にレヴェアトな事象である。ファイナンシャル・リースがギリシャの *praxis epi lysei*⁷⁴⁾ に酷似する（後者が前者のフルペアウト方式かつ所有権移転型に該当する）ことは疑いなく、ギリシャ社会はこれをもたらす（正確には、これをもたらした）信用の隘路に苦しんだと言える。ローマでは、占有概念の機能の結果流質が禁じられるから譲渡担保の一種であるこのタイプの制度は認められなかった。帝政期の広大な空間を前提すれば実務がここへ傾斜したことを否定できないから、正確に言い直せば、ともかく法学者はこれに対して戦った。透明な信用の未発達、透明な信用の潜脱、が制度の骨子であり、現在の世界の取引社会が示す病状の一つである⁷⁵⁾。いずれにせよ、物的担保が制度の中

する。 *commodatum* のポイントは【3.2.5.10】で書かれた事柄であり、「貸主」が必要なときは何時でも取り戻せるし、「借主」はこれに応じなければならない。そしてこれは（「詳解IV」331頁の危惧にもかかわらず）「貸主」の恣意を意味しない。理由もないのに返せと言うのは *bona fides* に反するからである。使用貸借は要物契約であるのに、通常は諾成契約を基礎付ける *bona fides* を原理とするのである。これは物的な関係への当事者の拘泥を取り去り信頼の密度を高めるためである（cf. POSS, p. 851ff.）。約束だから引き渡せ、いやこちらに必要が生じた、と言って掘みあうのは全く想定外で、それであれば合意・引渡し・対価等々厳粛に手続を進めなければならない。*commodatum* は互いにどうぞと言って紳士的に振る舞うことを要求する。なお、岡本詔治『無償利用契約の研究』（法律文化社、1989）は、近世以来の時期における *commodatum* と *precarium* の混線を指摘して興味深い、それぞれの理解が不正確であり、*commodatum* についても古い友誼的な性質を強調し占有留保を克服の対象と考えてしまった。

71) その理由につき、「詳解IV」375頁以下参照。ヨリ実質的には金銭債務不履行一般との異同を扱う390頁以下に動機が現れている。融資約束が念頭にある。

72) 【3.2.6.11】。ただし消費者契約の場合の特則は乙案として選択的にのみ提示される。周知の如くローマ法においては返還は不当利得の問題であるにすぎないから、しかも悪意の場合であるとは見なされないから、利息は別途の *stipulatio* でも無い限り払わない。

73) 【3.2.6.03】。

74) 言うまでもなく MOSES I. FINLEY, *STUDIES IN LAND AND CREDIT IN ANCIENT ATHENS, 500-200 B. C.* (1952) が記念碑的な研究であり、私も固有の見地から論じた（『デモクラシーの古典的基礎』795頁以下（東京大学出版会、2003））。

75) 日本の実務が抱える問題状況については、森田宏樹「ファイナンス・リース契約の法的構造——リース物件の『受領』および『借受証』の交付の法的意義」鈴木祿弥追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』503頁（創文社、2008）がよく伝える。融資実行の指図を意味する交付は、結局、譲渡担保の奈落の底からもう戻れなくする（「そ

枢であることは明らかであるから、「契約法」において規定する意味は無い。それを自覚しながら⁷⁶⁾「そういうタイプばかりとは限らず、利用契約的要素もある」と強弁するのは、物的担保たるを意識したとしても、このタイプの特質は何か、何故このタイプが現れるのか、というポイントを見ないからである⁷⁷⁾。

VII

「役務提供」という契約類型を設けたいくなる理由は十分に理解できる。問題はこの要請をどれだけ理論的に正確に捉えうるかである。「役務提供」という概念がその答であるかどうか。ここでは問題の射程からしていきなりローマ法を引照することが有効である(フランス法とドイツ法の偏差⁷⁸⁾、現行民法典の位置付け、等を越えた問題である)。ローマ法から見る限り、「役務提供」という類型を誘ってくる要因は、一方において、労働形態の高度化に伴って *locatio conductio* の近代版理論ないし類型化が破綻したところに生まれる。他方、委任に対する高度な経済的需要が発生し、専門職を発展させる。近代版類型化破綻を余儀なくさせるこれらの事情はそれ自身高く評価しうるものである。近代の惨めな“*locatio operarum*”(労働事情)および *mandatum* 無理解の双方に反省を迫り、ローマで摘まれた芽⁷⁹⁾が吹き出したということの意味する。単なる経済現象でなく、社会構造発展の一つの可能性である。それだけに、少なくとも一方において *locatio conductio* の精密な再構築こそが解答を用意するであろうという予測が立つ。しかし今回の「役

務提供」はこれと正反対であった。一方で賃貸借に見られるパラレルな事象(例えばサブリース)と「生き別れ」になってしまった。「自由な労働」をその実「自由に切断しうる労働」に変性させる要因を塞ぐヒントがそこにあるかと思われるのに。他方で *mandatum* および *depositum* と同じ坩堝に投げ込まれた。こうすると後者の類型まで死んでしまう。確かに、*mandatum* や *depositum* に対する新たな需要と自由な労働の新たな発展の余地は同じ構造的な要因に発している。だからといって一緒にたにすれば、構築すべき構築物は立たなくなってしまう。一緒にたにした理由は、おそらく、*mandatum* の側の根本的な再構築がなされないからである。その必要に気付いていない。*mandatum* は *mandatum* で近代版理論の全面改訂が必要な時期に来ているのである。その場合(今回の案とは逆に)長く空を覆った *locatio* との混同を晴れて清算すべきであり、そして今こそそれができるのである。これこそ現今の経済にとって最も緊急性の高いアジェンダである。そしてこれは組合ないし *societas* の問題と連なっている。

「役務提供」類型創出にあたっては、日本法独特のバイアスも寄与したと考えられる。上述の要請は、この地では如何にも法学的な視野の狭さから「準委任」問題であると捉えられる。この間の事情を、周知のことながら、今一度確認すれば、第一にフランス法において委任が効果を拡張していた。第二に日本ではこれが「委任と代理が一体である」ように捉えられた。第三にドイツでは拡張部分が独立のカテゴリーをなし代理と概念され、

のまま取られても文句は言いません) ための手段である。記号を使ってもその意味の「明確化」にすぎないから、むしろ物的な「化かし合い」は続く。例えば第三者をはめるための空リース等実に面白い事象を生む。

76) 「詳解IV」420頁。

77) 「詳解IV」471頁以下でかろうじて物的担保制度としての問題点に触れるが、結局全体としてはこの問題は回避される。ならば規律として何の意義があるか。全体に、社会の中で何が問題か、実務でどこに問題が生ずるのか、という観点が希薄で、学者の体系整理(学問的整理というよりは初等的予備的教育上の教えやすさのための整理)の都合が優先されている。このような指摘はロマンスト・リビューの射程外に見えるであろうが、当然のことながら、ローマ法とて、そしてその歴史学的に厳密な認識こそ、現実社会の問題と乖離した空理ではない。

78) それでも、フランスが *louage* という語を軸として残していることの意義は大きい。

79) POSS, p. 861ff.

これを軸に逆に直接代理・間接代理の対概念が形成された。第四に日本では委任＝間接代理，代理＝直接代理，という対概念も嫌って事実上全ての委任に直接代理の効果を認めた。そればかりか第五に，代理でさえない役務関係を「委任」と呼んでおいて，代理でないから委任ではない，と論理を逆立ちさせ，「準委任」の語をここに適用した。委ねられた事項の性質が異なるというのである。ならばそれは *locatio conductio* ではないか，というローマ以来の警告は，折りからの *locatio conductio* 内部の分断によって，これを雇傭や請負に含ませるわけにもいなくなっていたため，状況の中でかき消される。代理かどうかは，法律行為か事実行為かなどという軸とは無縁である。ドイツ流に言えば，間接代理としての委任が商事の幾つかの類型としてしか理解されず，民法ではその概念が深められなかったのである。委任の本体ないし幹の部分知られぬままに終わったことを意味する。他方，新しい労働の形態は当然「準委任」などでは捉ええないから，これをやめることは当然である。しかし致命的なことにここへ逆に委任をも含ませってしまった。委任本体までも。

こうして規定は初めから調弦を欠いたまま鳴り出す。「請負・委任・寄託・雇用を包括する上位のカテゴリー」⁸⁰⁾ というのだから，滅茶苦茶である。有償無償を包含するというのだから本気である。善管注意義務を課すというからおやおやおやと思うと，無償のものでは解除する⁸¹⁾ というから，またまた，「高速道路を逆走してはいけません」。委任は無償だから善管注意義務が要求されるという初歩

が忘れられている。成果完成型や履行割合型などと洒落てみた⁸²⁾ ものの，*locatio conductio* の致命的な問題に全く触れたことにならない。そもそもどちらも自由な労働に反する。あれだけ固執しておいて諾成契約の原則を忘れたのだろうか。反対給付の如何にかかわらず信頼しきって自分は給付する，のである。同時履行の抗弁でさえローマ後期の逸脱である。否，逸脱に対する苦肉の策であった。であるのにどちらに転んでも成果主義？

前払いして貰えるのではなかったのか。この「役務提供」総則部分のおざなりな態度は，事象に少しでも真剣に取り組んだことがあるのか，と思わせる⁸³⁾。労働問題と消費者問題の両側面において。たったこれだけの規定を置くことに一体如何なる意味が有るだろうか。かくして，請負と雇用についてはコメントをしないこととする。この二つのカテゴリーを越える事象が進行して深刻な社会問題を引き起こしているその眼前で，全く無意味なことが行われたすぎない。この分野でそもそも任意規定に如何なる出番があるというのか。

全般に，明確な新しい概念を得たうえで確信に満ちて書くということが無いが，委任に関しては特に顕著であり，そもそも代理との関係を整理するという課題も先送りされた。ここでも無償の場合に受任者の責任を軽減する有様である⁸⁴⁾ し，復委任に拘泥したり⁸⁵⁾，準委任逸脱を公認し⁸⁶⁾，果ては *locatio conductio* でさえない「媒介」や取次を規定する⁸⁷⁾。委任という現代経済社会の蝶番を担う制度についてこれだけ貧弱な概念しか持ちえないのかと感嘆せざるをえない。無償原則

80) 「基本方針」357頁。

81) 【3.2.8.02】。

82) 【3.2.8.05】，【3.2.8.06】，【3.2.8.07】，【3.2.8.08】。

83) 専門自由職の拡大，労働契約の大きな変質（裁量労働制，成果主義，フレックスタイム），派遣労働，請負を装った派遣労働，等々，基本のカテゴリーを問い直させる事象が進展して久しいということは学生でも認識している事柄である。この波動がどこから発し，また法学的概念体系のどこに響いているのか，精査を必要としている。

84) 【3.2.10.05】(2)。

85) 【3.2.10.06】。

86) 【3.2.10.02】。

87) 「基本方針」376頁以下。

の理解も通俗的なレベルにとどまったのではないかと想像される⁸⁸⁾。

寄託を諾成契約とする必要がどこにあるのか、救いがたいと判断せざるをえない。確かに寄託は高度に *bona fides* を基礎とし⁸⁹⁾、*bona fides* を基礎とする契約は通常諾成契約である。にもかかわらず何故これが要物契約であるのかについては古くから論じられてきた（例えばドマに明確な問題把握が認められる）のであり、諾成契約とするのであればこの全てを論駁しうる明晰な論拠が要求される。寄託の合意が存在するもののまだ対象物は寄託の状態にないという場合、寄託を前提に寄託者が第三者に占有を移転したならば、この占有移転は有効であろうか。合意は争いうるし、解除も認められる。これら契約関係は第三者に対するものではない。他方対象物は生の占有の対象でもあり、寄託予定者が別途生の占有を移転した場合どうなるのか。占有は定義上万人に対し一義的でなければ全く機能しない。だからこそ受寄者の「承諾」を「寄託者」たる地位の移転の要件としたのである、それが判例理論である⁹⁰⁾、と言うかもしれない。馬脚はここに現れる。「受寄者は寄託者のために寄託物を占有する関係にある」から、「指図による間接占有の移転」である⁹¹⁾、と。寄託は寄託者に占有を留保させ、しかもその占有を質的に転換する、強固にする、ための制度である。受寄者が占有しないということは法律学のイロハに属する。日本の教科書ではおかしなことが書かれていることを知らないではない。しかし立法となれば話は別である。受寄者の「承諾」という

のは、寄託者と第三者がこそそと占有移転した積もりでも、それは効力を生ぜず、帳簿上の *publicité*、したがって受寄者の側の認知が必要である、ということであり、受寄者に承諾しない自由は存在しない。チェックの結果怪しいとなれば拒絶できるが、言わば行政の裁量に似る。この意味で、寄託は *bona fides* に基づくにもかかわらず諾成契約の規律を受けないのである。要物性はこの場合も単純なものではなく、物の存在の一義性に仮託して *publicité* を演出しようというのである。これが寄託が要物契約である理由であり、とどのつまりは高度な占有を速やかに移転するルールを寄託という *bona fides* 関係が形成するからである。そしてその最も高度なものは *depositum irregulare* に現れる。今回これが「混合寄託」と「消費寄託」に分析的に分解された⁹²⁾。消費寄託の基本が理解されていない証左である。消費貸借の規定が準用されることに誤解のものがよく現れている。何が不都合かと言えば、消費寄託でも「混合寄託」と同様に寄託者に占有が留保されるという生命線が見えなくなる。寄託者は「共有」などしないし、受寄者は「返還」などしない。受寄者が何をしようとするのか（共同でない単独の）占有はそこにそのまま有るのである。それとも、本気で共有の規定を適用するつもりか。寄託者は受寄者に対していちいち裁判を起こさなければ取り戻せない、それは契約履行の請求である、とでも言うのか。その場合寄託者は受寄者の一般債権者か⁹³⁾。

組合に関してローマ法の観点から何か述べ

88) 委任が無償であるのは、*locatio conductio* との差に基づいて受任者のところに占有を発生させず、したがって果実を取らせず、したがってこれを対価と交換させない、からである。何故こうするかと言えば、信用の構築に関わるからである (cf. POSS, p. 835ff.). *locatio conductio* も信用と無関係ではないが、それは実体に関わる協業を支え、後者が別の意味の信用の形態でもある限りで、信用と関わるにすぎない。なお、ZIMMERMANN, LAW OF OBLIGATIONS, *supra* note 3, at 420 は、ドイツ民法第一草案で無償性が放棄されたものの実務家の抵抗により第二草案で甦ったと把握する。この抵抗の背景に存するものが以後の無償性理解の鍵を握るように思われるが、今後の検証課題である。

89) POSS, p. 850ff.

90) [3.2.11.14], 「基本方針」384頁。

91) 「基本方針」384頁。

92) [3.2.11.15], [3.2.11.16]。

93) 確かに銀行預金の法的性質を巡る議論は重要な研究と若干の立法による改善の後にも依然混乱している。

ることは不可能に近い。分厚い霧が邪魔をする。少なくとも19世紀末以来、団体と団体法のカテゴリーが一面を覆うと、組合契約の粋は失われた。日本でも、契約であるのに、コンメンタールや教科書は団体論から入り、「法人格を持たない団体」としてネガティブに規定されるばかりとなる。共有や「合有」といったタームでしか記述されなくなる。現行民法典自体、既にこの霧が覆い始めた段階の曖昧さの産物であることはよく知られる⁹⁴⁾。その解釈の歴史は団体の法人格や合有やGesamthandに向けてのワッシュイワッシュイの域を出なかった。他方、ようやく最近になって本来の組合に対する需要が発生した。こうした変化の射程や深度の測定もまた重要である。今回の案は、この過去と現在の狭間でなされたわけであるが、残念ながら過去にも現在にも反応していない。「共有」と書いてなお「組合の団体性」を考慮し「合有」と読む、ということ踏襲する⁹⁵⁾。組合の基本メカニズムはかくして世にも稀なほど不透明になる。「組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができる」⁹⁶⁾？「組合員の債権者は、組合財産に対し、その権利を行使することができない」⁹⁷⁾？「組合代理」という（語からすると）「冷やしたホットココア」、（内容からすると）「バレリーナのしこふみ」、の如きカテゴリーを新設した⁹⁸⁾以上、同じ「組合財産

の独立性」⁹⁹⁾でもGesamthandの方向ではなく反対の方向に舵を切ったのであろう。これはギールケを怒らせるばかりであるから、それでいて彼に媚びるのは矛盾である。このことは「権利を行使することができない」という文言の不明確と関係している。この場合「権利を行使する」とは、組合財産につき差し押えた後にゴーイング・コンサーンを排して解体することを言うのか、それとも差し押さえさせるもののゴーイング・コンサーンを尊重させるのか、それとも持分について持分として差押えを許すのか、持分についても許さないのか、対組合債権としても差押えを許さないのか、つまり完全な意味で責任財産を離脱するのか。代理は確かに組合財産を独立させるが、持分に関しての個別的扱いは促進する。Gesamthandはこれを許さず、個々の組合員や「代理人」の如き個別的エージェントの関係を凡そ排除する。要するにこの障壁がどういう性質のものであるのか法学的にはっきりしない。今回、委任に関する規定を準用するという現行法¹⁰⁰⁾が削除された。組合は、本来、委任の拡張版であり、組合員の債権者に、受任者に預託された資産に対して直ちには執行させないが如く、出資資産に直ちには執行させない、という制度である。委任と異なって相互に相手に送り合う。交互に、委任者が受任者になり、受任者が委任者になる。第三の財産を独立させずに障壁を作

今回はしかし近年の議論を反映しさえしていないではないか。完全に逃げ腰である。

94) 依然極めて簡潔な原田『ローマ法』前掲注2)197-198頁の短い記述が最も有益である。それほど、ローマ法の観点を探ってこの過程を分析する、という課題は放置されている。原フランス民法典、そしてサヴィニーの法人論、否、ギールケにおいて、ローマのsocietasは（完全ではないにしても）比較的良好に捉えられている。しかしポアソナードと旧民法自体既に吹き上げる風を蒙り、かえって現行民法典の方が曖昧さと無内容さにおいて風を緩和しているとさえ見える。かくしてここではフランス法も全く視野の拡大に資するところが無く、20世紀後半にフランス民法典の組合の部分は度重なるヴァンドリスムの対象となったことは周知のとおりである。法人の規定がなかったところ、この古い建物を破壊してそこへ穴埋めのためのブリコラージュが行われた（この形になったということ自体、そこに団体への警戒が滲み出ている、かろうじて面目を保ってはいるが）。今日、sociétéという語自体societasの意味の組合ではなく法人格を有する社団と訳し、法人格を取らない社団を例外的なsociétéであると考え方がよい。

95) 「基本方針」392頁以下。

96) 【3.2.13.05】。

97) 【3.2.13.06】。

98) 【3.2.13.14】以下。

99) 「基本方針」395頁。

100) 671条。

る。独立させればここへは（代理関係を通じて負った債務を介して）直接執行が入る。したがって「組合代理」は派手なOWN・ゴールである。ほとんど錯乱である。「内的組合」が公認された¹⁰¹⁾というが、なお奇妙な出で立ちであるにせよ、これが本来のものに近い。いずれにせよ、問題は、(20世紀前半という暗い)一つの時代の産物を十分に清算することなく空虚なまま踏襲し、他方皮肉にも最も古い層に生じた、その新たな需要には目をつぶる、という全然賢くない態度である。あるいはまた、蓄積の欠落である。

(こば・あきら)

101) 【3.2.13.29】。