

# 日本における民法典編纂の意義と今後の課題

岡 孝

## 1 はじめに —— 明治初年のフランス民法の翻訳から法典論争まで

### (1) 民法編纂の開始

明治政府は、安政時代の不平等条約の改正を目指して、欧米列強から要求された、裁判制度・基本法典の近代化（「泰西主義（western principles）」に従った整備）を図ろうと、必死の努力をしてきた。

明治初年の司法卿江藤新平のもとで民法典編纂事業が始まった。江藤は、フランス民法典を翻訳してそれを日本民法典として公布・施行しようと思った。そのため、翻訳者の箕作麟祥に「誤訳も妨げず、ただ速訳せよ」と作業を急がせたというエピソードが残されている。しかし、結局日本人の手では法典編纂はできないとわかり、日本政府は、1879年3月にボアソナードに民法典の起草を依頼した。

ボアソナードは、フランス民法を中心に、その他オランダ民法、イタリア民法を多少考慮して<sup>1</sup>、約10年の歳月をかけて日本民法を起草した。ボアソナードは、草案を作っては司法省法学校等で講義し<sup>2</sup>、推敲を重ねた。

### (2) 旧民法の公布

種々の国内の手続を経て1890年4月と10月に旧民法が公布された（人事編などは日本人の手になるもので [ボアソナードの指導はもちろんあった]、こちらは10月に公布された）1893年1月から施行の予定であった。

### (3) 法典論争<sup>3</sup>

旧民法公布直前の1889年、法学士会<sup>4</sup>が「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」を発表した。「日本民法は時間をかけて慣習を調べたうえで作るべきではないのか」、「民法はボアソナード、商法はロエスレル（レスラー）が相互に全く無関係に起草しているのでは統一がとれないのではな

<sup>1</sup> 梅謙次郎「法典ニ関スル話」国家学会雑誌12巻134号（1898年）351頁以下参照

<sup>2</sup> 草案の和訳をはじめ、日本語訳のボアソナードの著作については岡孝＝山川次郎＝江戸恵子編『ボアソナード著作仮目録』（法政大学、2013年）参照。

<sup>3</sup> これについては、星野通『民法典論争資料集』（日本評論社、1969年）参照。2013年3月に、この復刻増補版が刊行された。さらに、岡「拓川・梅謙次郎と星野通——星野通編著『民法典論争資料集』（2013年3月27日訂正増補版）の現代的意義——」地域研究ジャーナル23号（松山大学総合研究所、2013年）53頁以下参照。

<sup>4</sup> 法学士会については、沼正也「『法学士会』設立の経過とその活動」沼『新版・民法におけるテーマとモチーフ』（沼正也著作集7。三和書房、1979年）174頁以下参照。

いか」といった批判ののろしを上げたのである（1886年ごろからボアソナード民法草案が公表されており、法学士会はこの草案を見て批判をしたのである）。旧民法には種々の問題があるから修正すべきであり、そのためには施行を延期せよという延期派と、予定通り（1893年から）即時施行せよという断行派との間に2年半に及ぶ論争が起きた。これが「民法典論争」といわれるものである。旧商法についても同様の議論が起きたが、ここでは省略する。

1892年（明治25年）、論戦の舞台は議会に移る。5月、議員発議の民法商法施行延期法律案を貴族院が（一部修正のうえ）可決し、ついで、貴族院提出の法律案が6月には衆議院で可決された。それから5ヶ月を経て、「両議院の議決を経たものとして奏上された（施行延期—引用者注）法律案につき11月22日に裁可があり、同月24日に民法及商法施行延期法律として公布された」<sup>5</sup>。この延期法律は、旧民法（ほかに商法・商法施行条例・法例も）につき「其ノ修正ヲ行フカ為明治二十九年十二月三十一日マテ其ノ施行ヲ延期ス」と定めていた。

明治政府は直ちに改正作業に取りかかった。1893年3月に法典調査会が設置され、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が起草委員に任命される。起草委員が作成した修正原案について、同年9月末から法典調査会で逐条審議が行われることになるのである。

民法典論争での論点をごく簡単に紹介しておきたい<sup>6</sup>。①夫婦の同居義務について。旧民法人事編65条は「裁判所ハ婚姻ノ不成立又ハ無効ノ訴訟中夫婦ノ一方ノ請求に因リ又ハ職権ヲ以テ夫婦又ハ夫ニ住家ヲ去ル可キヲ命スルコトヲ得」と規定している。これに対して、明治民法788条1項は、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」と規定しており、もっぱら妻の同居義務を規定しているのであって、夫の同居義務は規定していない。星野通教授は、旧民法の規定を次のように理解している。すなわち、婚姻をめぐる訴訟中は、夫婦の一方の請求あるいは裁判所の職権で、一緒に住んでいる家から退去せよといえる。これは、このような紛争のない普通の夫婦の場合には、同居義務を妻だけでなく夫にも認めたのである、というのである<sup>7</sup>。まことにその通りで、旧民法のほうが明治民法よりもはるかに近代的であることが分かる。

②債権譲渡を可能にした旧民法財産編347条について、延期派は批判する。債権者が親友であっても高利貸しに債権譲渡をしてしまうと、譲受人たる高利貸しは厳しい取り立てをするであろう。これでいいのかと批判する<sup>8</sup>。これに対して、断行派は高利貸しに債権譲渡するような友人は親友とはいえないと反論する。しかも、期限とか利息は従来通りだから、高利貸しだからといっておかしな主張をするわけではないと、断行派は弁明する<sup>9</sup>。この点はインパクトが弱い。親友ならば、返済を少し待ってくれといわれれば快くそれに応じるだろう。しかし、高利貸しの場合にはそれを認めないか、あるいはそれを認めるにしても利息の上増しの条件を必ず出すであろう。結局は非常に厳しい取り立てになると思われる。延期派の批判はこういう

<sup>5</sup> 広中俊雄「日本民法典編纂史とその資料」民法研究第1巻（1996年）138頁。

<sup>6</sup> 以下3点については、岡・前掲（注3）55頁以下でも紹介している。

<sup>7</sup> 星野通「旧民法と民法典論争」星野・前掲書（注3）3頁。

<sup>8</sup> 例えば、「社説 法典実施延期意見」法学新報14号（1892年）。ここでは星野・前掲書（注3）179頁以下による。

<sup>9</sup> 例えば、水町袈裟六「法典実施意見書ニ対スル弁駁」。ここでは星野・前掲書（注3）262頁による。

細かな点をも含意してゐるのではないか。断行派はこれに対して有効な反論を提示できなかつたのである。

③離縁された母に対する扶養義務について。旧民法人事編26条<sup>10</sup>は、父の離縁した生母が路頭に迷っていることを聞いた子供が自分の財産で扶養する、離縁された母に対しても子供は扶養義務を負うという規定である。延期派はこれにかみつく。その家の父とか後妻(継母)と子供との間に確執が生まれ、家庭争議のもとだというわけである。このような制度は個人主義の普及している欧米ではいいが、家制度が基本となっている日本では絶対に許されないと主張するのである。これに対して、断行派は、扶養義務というのは、その家の子供の自分固有の財産から、しかも独立の経営をして資産を得ている子供が生母のために使うのであるから、何も問題ないはずであること、家の財産を食いつぶすわけではないこと、なによりも自分を生んでくれた母親が路頭に迷って死ぬかもしれないということを知りても、扶養してはだめだというのは、それこそ人道に悖るのではないかと反論する<sup>11</sup>。この断行派の主張はかなりの説得力があるように思われる。しかし、このような断行派による有効な反撃はそれほどあるわけではなかつた。

## 2 梅謙次郎「法典二関スル話」の紹介

さて、梅謙次郎は、1898年(明治31年)3月19日、上野精養軒で、国家学会創立12年記念総会で「法典二関スル話」<sup>12</sup>と題して記念講演を行っている。ここでは、梅の視点から日本民法典を編纂する意義が語られており、貴重なものであるので、少し詳しく紹介してみたい。

### (1) 断行論を唱えた時期とその理由

梅は、まず、ヨーロッパに留学中から草案を見るにつけ、断行論を主張していた、という。不完全なものであるにもかかわらず断行論の立場であった。その理由として次の点を指摘する。1875年(明治8年)太政官布告第103号裁判事務心得第3条<sup>13</sup>は、成文法、慣習、条理に従って裁判をせよという。しかし、私法の分野では成文法はきわめて少ない。そうすると慣習によることになるが、私法上の慣習はまれにしかないのみならず、仮にあるとしてもその調査はきわめて困難である。いきおい、裁判官は、自己の都合のいいように、実際慣習があることについても、慣習に見るべきものはないとして、直ちに条理に従って裁判する傾向がある。

この条理とはどういうものかという点、民法学者は、条理とは自然法だといい、またある者

<sup>10</sup> ①直系ノ親族ハ相互ニ養料ヲ給スル義務ヲ負担スノ間モ亦同シ  
②嫡母、継父又ハ継母ト其配偶者ノ子トノ間及ヒ婦又ハ入夫ト夫家又ハ婦家ノ尊属親トノ間モ亦同シ

<sup>11</sup> 延期派の主張としては、「社説 法典実施延期意見」(前注7)、星野・前掲書(注3)175頁以下参照。断行派の反論としては、梅謙次郎「法典実施意見」明法誌叢3号(1892年)、ここでは星野・前掲書(注3)239頁以下による。

<sup>12</sup> 梅・前掲(注1)333頁以下。

<sup>13</sup> 「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ慣習ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」

は、その国の法律の原則だという。しかし、日本では、この解釈をもって裁判はできない。条理は理屈であって、各人自由に判断することができるものである以上は、民法を学んだ者は民法学者の一般に認めたものを取り、英法を学んだ者は、英法学者の多く同意するものとする。独法も同じである。つまり、自分の学んだものを条理と考えるのである。さらに、外国の法理をよく咀嚼して裁判を下すならば良しとすべきだが、多くの裁判官は、よく理解せずに裁判をしている。甚だしい場合には、外国の翻訳書等によって、どの国かは問わず、外国の法理だと信じて判決を下す。しかも、ひとたびある問題について判決を出せば、条理の正否に関せず、これを先例として容易に改めようとしなない。これは、外国の法理を知らない者の一般的傾向である。

こういう状態に鑑みると、日本における裁判上の一定の標準はないといわなければならない。外国では、たとえ法典がないとしても、必ず標準がある。多数の単行法から生ずる一般の法理か、あるいは慣習法の一般の法理がある。

以上のことから、日本においては、たとえ不完全といってもすみやかに法典を編纂し、裁判官によりどころを与えなければならないのである。そして、法典を研究し、間違っているところがあれば、それを修正すればいいのであって、不完全な法典でも無法典に勝る。これが梅の立場である。

梅が法典編纂の必要性を訴え、法典論争時に即時断行せよと主張したのは、当時は画一的な裁判のルールが存在しないために、人々の権利義務は全く保護されない状態であったので、それを是正するために、全国どの裁判所でも同じ内容の裁判（判決）となるよう共通のルールを早急に定めるべきだという点にあった。

もう一つの理由として、梅をはじめ明治政府の当局者も同様に考えていたのが、安政以来の不平等条約（治外法権）撤廃のために基本法典をつくり、外国人に（西洋列強の人々に）裁判のよりどころ（判決の根拠）を知らしめなければならないということであった。ちなみに、2012年は、もう1つの不平等条約たる関税自主権の回復（1911年）から101年目に当たる。

## (2) 明治民法編纂についてのコメント

梅は、続けて、法典論争後の歴史を振り返る。1893年3月に法典調査会が設置され、最初から自分も委員として参加することになったという。ただいつ完成するか、政府は早急な改正を考えていたが、自分はこの点は大いに疑問で悲観的だったという。法典論争の熱が冷めやらず、断行派、延期派の反目がひどかった。何よりも法典調査会の委員構成は両派均衡となっていた。しかし、「案ずるより産むが安し」のたとえ通り、「両派固執の弊は次第に滅却」していった。規定の善し悪しを真剣に議論するようになっていったという。それでも、自分は完成までに6、7年かかるだろうと思っていたが、4年で旧民法の修正作業は終了した。予想外の喜びであった。もちろん、実質的にみると、「多少遺憾の箇所」がないわけではないし、今見つからなくても、実施後欠点も発見されるかもしれない。そのうえ、日本民法典は、西洋の法典のように国内の慣習を集めて法文としたのではない。外国の法理を我が国情に適合するように修正し

て編纂した以上は、必ずや施行後大いに欠点が発見され、改めなければならないということもあろう。そのことは覚悟しつつ、今はただ施行されることを希望する、と述べている。

### (3) 旧民法の欠陥

以上に続けて、梅は、旧民法に対する従来の批判点を、①慣習に依拠していない、②民法の規定と商法、民訴法の規定とが互いに抵触することが多い、③重複規定がはなはだ多い、④法文が冗長である、⑤翻訳法典である、⑥ある箇所での主義が他の箇所では無視されていて、首尾一貫していない（一例として戸主制をあげている。編纂途中でこれが「戸主及び家族」という一章を挿入しただけで、他のところでこの観念を浸透させるような整備はされなかったという<sup>14)</sup>）というように分けて説明している。

そして、最後に、旧民法と異なり、明治民法では、外国法の参照につき、自分たちが望んだ1/10も調査できなかったが、それでも10法典を参照できた。個別事項については、外国法の長所を取り<sup>15)</sup>、常に外国の新著書を参考にした点は、誇りに思うという趣旨のことを述べている。

### (4) 慣習に対する梅の考え

さて、旧民法批判の第一論点の、慣習が尊重されていないということについて、梅は詳しく検討している。まず、批判者の主張は一理あるという。とりわけ親族相続の分野では、従来から慣習がある。明確でないかもしれないが慣習があることは否定できない。この慣習というものは、決して一時に改めることはできない。また、強いてこれを改める必要もなく、むしろこれを保存させるべきである。

法典を作る際には、今日行われている慣習を基礎として規定するしか方法はない。旧民法でもこの点は、親族相続の部分では他の部分と比べて多少慣習に考慮を払っている。しかし、旧民法が慣習を尊重しないとして批判された一番の理由は次の点にある。最初の草案では、ほとんど西洋流になっていた。元老院で削除したり慣習を付加したためにほとんど首尾が一貫しな

<sup>14)</sup> 当日の報告では省略したが、この点について少し補足しておく（これについては、岡・前掲（注3）56頁以下に依拠している）。旧民法人事編243条以下には、明治民法749条が規定しているような戸主の居所指定権もなければ、それに従わない家族に対する離籍（離籍すれば戸主は当該家族に対して扶養義務も負わない）などの制裁規定もない。また、戸主には、（重婚禁止、相姦婚禁止規定に違反した婚姻など）公益を理由とする婚姻無効訴権が与えられていない。戸主権はまさに名目的な権利にすぎなかった。この749条に基づく居所指定権は大正期以降濫用されていく。すなわち、戦争によって夫が戦死すると、妻に死亡手当が支給される。その手当を戸主が狙うのである。戸主が居所を指定して、嫁は家にいると強制する。嫁がもらう手当を巻き上げるのである。そして、その家に手当が入る算段をした上で、今度は嫁をいびりじめ抜いて、家から追い出す。死亡手当はそっくりその家がもらう。こういう事件が続発したといわれている。この点については、さしあたり、末弘敬太郎／戒能通孝改訂『民法講話・上巻』（岩波書店、1954年）221頁参照。遅きに失した間もあるが、ようやく1941年にこの条文が改正された。戸主の居所指定にもかかわらず家族が正当な理由なく拒んだ場合には戸主は離籍を主張できるが、その場合であっても、裁判所が許可を与えてはじめて離籍できるとしたのである。しかし、戦前の社会においてこの規定がどれほどの実効性を持ったかは疑問である。

<sup>15)</sup> この点については、すでに梅・前掲（注1）352頁でも指摘している。ちなみに、梅らが参照した中にはモンテネグロ財産法もある。これは、梅によれば、しいて分類すればドイツ法系に属し、慣習を多く採用している点が特色だという（梅「我新民法ト外国ノ民法」世界之日本1号（1896年）46頁）。なお、起草過程での外国法の参照については、岡「日本民法典の編纂」法曹時報51巻4号（1999年）8頁以下で分析している。

なくなりました。しかし、よく解釈すれば日本の今日に適した程度の法典となったはずだが、元老院の修正方法が技術的に未熟であったために、法典として不完全なものとなってしまったのである。

さて、梅は旧民法をこのように評価した上で、慣習について次のように整理する。この親族相続の編纂は困難である。しかし、西洋流を全く排斥することは、かえって日本の今日の社会に適合しない。というのは、事物は日に日に欧米風に傾きつつあり、ただ親族相続だけが我が国古来の慣習を墨守することはできない。また、日本の慣習は法律として足りない点がある。後見人の箇所では大いに弊害がある。これを正す慣習はない。梅は例として次のことを挙げる。現行法では、後見人による不動産公債証書の売却の場合は、親族の連署が必要だが、連署なしに売却してもそれは無効とならない。連署する親族は誰でもいいとなっており、後見人の悪事を防止できない。そこで、梅によれば、西洋流の法律を模範としてその弊害を強制する方策をもうけなければならないのである。

また、親族関係の規定も我が国の慣習は漠然としており、外国の法律の力を借りてその規律を正確にしなければならない。しかし、日本の従来慣習と西洋のそれとは、親族相続等については特に内容が異なっており、したがって、これを調査させて支障のないように規定することは最も困難である。新法典起草に際してはことにこの分野（親族相続）の慣習の調査に力を入れた。他の部分においては、親族相続ほど慣習は少ない。しかし、だからといって慣習を無視することは許されない。よく調査をした上で、なるべくその慣習によるほうが実際上害が少なく利が多いであろうと思い、外国に例を見ないほど慣習を採用した。

外国では、法典国といわれる国では特にそうだが、慣習を重視していない。というのは、法典自体が多くの慣習法を採用しているからである。したがって、いったん法典に規定した後、さらに慣習を認めるならば、せっかく法典を編纂した意味がなくなってしまう。そこで、独仏等の学者は、法典に規定していない慣習は認めないという立場をとっている。日本では富井氏がこの立場である。

梅は、こう言う。これは独仏でこそ成り立つ議論であって、日本には当てはまらない。したがって、日本では、法典以外に慣習の効力を認めることが必要である。将来はともかく、現在は、外国の法律を模範として作った法典であって、日本の慣習を基礎としたものではない。だから、法典以外に慣習の効力を認めることは日本では、特に必要である。法例（梅の講演当時は修正案）の規定はその趣旨で、要するに、法典に規定なき事柄は、（公序良俗に反するもの以外）すべて慣習によることとなる。民法92条も同趣旨である、という。

法例2条（法の適用に関する通則法3条）と民法92条との関係については、法典調査会の段階で梅と富井との間で論争があった。すでに詳細な研究もあり<sup>16</sup>、本報告ではこの点には触れない<sup>17</sup>。ここで重要なことは、梅が、両者を同一に理解していること、そして、法典編纂と慣習

<sup>16</sup> 星野英一「編纂過程から見た民法拾遺」星野『民法論集第1巻』（有斐閣、1970年）154頁以下参照。

<sup>17</sup> 現在有力な見解は、92条が法適用通則法3条の特則だとする。92条は「特に私的自治の認められる分野（ここでは当事者の意思が任意規定に優先する）に関して、慣習に任意規定に先んじて法律行為の補充的解釈の基準となる効力を認めるもの」だと解するのである。四宮和夫＝能見善久『民法総則』（第8版、弘文堂、2010年）191頁参照。

の関係を以上のように理解していることである。

なお、梅は、最も慣習に重点を置いたのが物権の箇所であるという。「前三条ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ従フ」という規定を置いている（228条。そのほか、217条、277条も同旨）。外国では、物権の規定は概して公益規定なので、慣習の効力を認めることは少ないが、日本では、土地の慣習というものは数多くあり、従来はこれを権利義務といわなかったが、法典実施に際して、従来慣習を権利としまたは義務として認めなければならないものがある。いったん法典化した以上はこれに反する慣習は認めないとすると、大いに支障が生ずる。新法典はこの点に最も重きを置いた（旧民法はそうしなかったために世の批判を浴びたのである）、という。

### 3 近時の民事立法（改正）作業の問題点<sup>18</sup>

法務省が近時行っている民事立法や改正作業については、いくつか疑問がある。

#### (1) 「民法（明治29年法律89号）」という表記について

最近の立法の傾向として、例えば、1979年の仮登記担保法（3条2項）とか、2004年の破産法（45条）は、民法などを引用する際には、公布年と公布番号を括弧書きで表記することになっている。

明治29年(1896年)には、民法の前三編だけが公布されたのである。後二編は明治31年(1898)6月21日に法律9号として公布された。民法全5編の施行は同年7月16日からである。そもそも公布年を括弧書きする必要があるとしても、それはあまり一般的でない単行法の場合はいいが、民法典などの基本法典までそうする必要があるだろうか。仮にこういう表記をする必要があるとしても、「民法第一編・第二編・第三編（明治二十九年法律八十九号）」「民法第四編・第五編（明治三十一年法律九号）」とすべきではないか。あまりに長ければ、せめて「民法（明治二十九年法律八十九号、明治三十一年法律九号）」としてもいいのではないか。手元にある「有斐閣 判例六法 Professional 2012年版」では、驚いたことには、明治31年のものは改正欄に記載されている。改正であるはずがない。これは歴史の改竄ではないか。こういうことが平然と行われているのだが、学界では、東北大学名誉教授の広中俊雄氏しか問題提起<sup>19</sup>をしていない。衆議院で取り上げられたようだが、結論は変わっていない。

しかし、2004年の民法の現代語化（民法の一部を改正する法律。平成16年法律第147号）により、民法自体が「明治二十九年法八十九号」と表記されてしまった。

<sup>18</sup> この部分は、岡「近時の民法（債権法）改正事業の問題点」『債権法の近未来像』（下森定先生傘寿記念論文集、酒井書店、2010年）259頁以下に依拠している。

<sup>19</sup> 広中俊雄「民法改正立法の過誤」法律時報71巻6号（1999年）120頁以下、同「民法改正立法の過誤（再論）——政府見解の誤謬について」法律時報72巻3号（2000年）93頁以下参照。

## (2) 民法の現代語化

「民法を国民に理解しやすいものとするためその表記を現代語化する」という目的で、2004年に民法の口語化（漢字平仮名、句読点、濁点付）がなされた。そのさい、種々の手直しをしている。その問題点については、明治学院大学法科大学院の加賀山茂教授が指摘しているので、詳しくはそれを参照していただきたい<sup>20</sup>。

例えば、危険負担において、「毀損」を「損傷」と変えている。これは疑問である。法務省民事局内に設置された民法典現代語化研究会の「民法典現代語化案」の段階からこうなっているが、いったい国語学者など専門家の意見に基づいて書き改めたのであろうか（それならばそれで、きちんと語句の変更理由を説明すべきであろう）。日常生活で一般に使う表現なのだろうか。「毀損」という表現が一般人にわかりづらいというならば、723条の「名誉毀損」はそのまま残しているが、これを「名誉損傷」などとなぜ変更しないのか。こちらは四文字熟語で定着しているからとでもいうのであろうか。しかも、「毀」に「き」とルビを振っているありさまである。基本法典として醜いといわざるをえない。

このようなことを法制審議会で審議せずに法務省が独自の判断で行って、国会審議を経て法律にしているということも問題である。この件で法務省が求めたパブリックコメントの時期は夏休みの最中のわずか1ヵ月たらずであり、形だけパブリックコメントを求めたといわれてもしかたがないだろう。

## (3) 債権法改正作業

さて、肝心の債権法改正作業であるが、2011年夏、法務省は中間論点整理を行い、パブリックコメントを求めた。その後は各論点について法制審議会で審議がなされ、現在「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台」（以下では単に「中間試案のたたき台」と略称する）をまとめつつある。これについて、2013年2月末か3月には第二次パブリックコメントを求めようである。以下では、法制審議会での審議に先立って、この改正作業をリードしている内田貴氏がどういう視点で改正作業に望もうとしているのかを、1点に絞ってみたい<sup>21</sup>。

内田氏は、現代の民法は「最低限の法的素養のある市民が読んでわかるものであること」が必要だという。平均的な市民が読んでわかるためにはどの程度法律用語の説明が必要なのであろうか。現行民法は、極力定義規定などを避けたが、それはもっぱら法典論争で、ボアソナード旧民法には定義規定が多く、教科書的だという批判があったことに配慮したためである。筆者が関与している民法改正研究会でも（私的な研究者の研究会）、できるだけわかりやすい表現にしようとして苦心して試案（以下では「改正試案」と称する）を作成している。我々の「改正試案」についてまとめたものとしては『民法改正——国民・法曹・学界有志案』<sup>22</sup>があるが、現在では変わっている部分もある。近いうちに最新の改正提案と理由書を公刊する予定になって

<sup>20</sup> 加賀山茂『現代民法学習法入門』（信山社、2007年）128頁以下参照。

<sup>21</sup> 内田「なぜいま『債権法改正』か？」NBL872号（2008年）72頁以下参照。

<sup>22</sup> 日本評論社から2009年11月に刊行された。

いる。

ところで、法制審の債権法部会に名を連ねている研究者の多くがかつて「私的な」研究会で議論した成果が、2009年に『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL126号、商事法務）として公表されている。以下ではこれを『基本方針』として引用する。さらに、個別に詳細な解説を付した『詳解債権法改正の基本方針』（全5巻、商事法務）が刊行されている。

さて、一例として復代理をあげると、これは初心者には分かりにくい概念である。「基本方針」は、復代理については定義せず、もっぱら復代理の規律の配置を問題にしているにすぎない<sup>23</sup>。これに対して、「改正試案」は、復代理人とは、「代理人が自己の名で選任した本人の代理人をいう」と明確に定義している（改正試案68条1項参照）。

そもそも、現行民法（明治民法）の起草者たちは定義規定を置かなかつたが、当然ながら用語の定義については共通の理解をもっていた。わかりやすい民法をというためには、まずは先人の努力を検証することが必要ではないのか。例えば、梅謙次郎は、「法律行為」とは法律上の効力を生じさせることを目的とする意思表示だとしている。これは、民法総則編の第四章に総則を三カ条掲げた後に意思表示の一節があること、さらには第四章全体を通読すれば自ずから明らかではないかという<sup>24</sup>。この文献は復刻版も出ているし、筆者が編集した『梅謙次郎著作全集 CD 版』（丸善、2003年）の中にも収録されており、簡単に入手できるものである。

話がそれだが、要するに、『基本方針』は、復代理を定義せずに、復委任（それも定義の形をとってはいない）から推測させるように規定している。決して分かりやすいものではない。内田氏のいう「わかりやすい」というのはかなり主観的なものだということがわかる。もちろん、少なくとも条文を読んだだけでは現在の実務が分からないということは問題であり、こういう点こそ「わかりやすく」書き加える必要があろう。「改正試案」が判例理論を取り込んだものとしては、例えば賃借権の無断譲渡・転貸が信頼関係を破壊しない特段の事情に基づくときには賃貸人は解除ができないとした改正試案526条2項ただし書、あるいは、いわゆる忘恩行為等による贈与の撤回を規定した改正試案508条<sup>25</sup>がある。

いずれにしても、どの程度のことが規定されればわかりやすいといえるかは、かなり主観的であること、それを度外視するにしても、わかりやすくしようと思えば、いろいろなことを書き加える必要があり、長文化することは避けられない。長文の法文によって、全体像が見えにくくなるということもありえよう。そのことによって使い勝手が悪くなる恐れも出てくるのではないか。

<sup>23</sup> 基本方針は、おそらくは、委任のところ（【3.2.10.05】）の第三者への事務の委託を復委任と考えているのだろう。そこから、復代理とは、「代理人が第三者に代理権を授与することである」ということを推論せよということになるか。これでわかりやすい民法といえるかは疑問である。

<sup>24</sup> 梅「民法修正案ヲ読み心得」法典質疑録1号（1896年）65頁以下参照。

<sup>25</sup> なお、法務省のHPに掲載されている「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台(5)(概要付き)」(2013年2月5日開催の第68回部会の部会資料57)によれば、民法改正試案508条に類似した「受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除」の規定を設けるようである（部会資料57・3頁参照）。ただし、賃借権の無断譲渡・転貸の場合に信頼関係破壊理論により賃貸人の解除権を制限する点については、少なくとも賃貸借の項目では取り上げられていない（部会資料57・8頁以下参照）。

## 4 まとめと展望

以上のように考えると、今回債権法の改正の必要があるとしても、それは条文と実務の乖離が甚だしいものに限定して、実務で確立し、学説も異論のないルールを補充的に書き込む程度にとどめるべきであると思う。そして、当たり前のルールは明文化せず、努めて原則規定のみを置くなどの110年以上前の梅たち起草者が前提とした「法典調査の方針」はなお当面は維持すべきではないだろうか。その上で、時間をかけて「わかりやすい」ということはどういうことなのかについて十分議論を行い、ある程度のコンセンサスを得た上で、次の改正を考えるべきではなかろうか。現行民法のように簡素な条文で綴られているからこそ、110年以上持ちこたえているのではないか。しかも、その多くの規定は、さしあたり財産法に限定するが、グローバルスタンダードと遜色がないといえよう。

21世紀にふさわしい民法典を作るために現行法を改正するとすれば、理念が必要であろう。梅の時代には、全国統一の裁判規範が必要であること、不平等条約撤廃のために西洋型の基本法典を作る必要があったことという明確な目的があった。翻って、現代において民法改正を議論する場合には、なぜ今民法の改正が必要なのか、何かルールとして不備があるのか、そもそもパンデクテンシステムは今後も維持すべきなのか<sup>26</sup>（さらにいうと、民法総則という概念は必要なのか<sup>27</sup>。むしろこういう理念的な議論が今求められているのではないか）。こういうことを一つ一つ検討すべきであろう。

なお、一言しておきたいが、第2回目のパブリックコメントを求めるための「中間試案のたたき台」は、現在まで公表されている部分を見ると、2011年の中間論点整理と比較して、ずいぶん穏やかな内容になったように見受けられる。しかし、なお疑問が払拭されたわけではない<sup>28</sup>。いずれ出てくるであろう中間試案を見なければはっきりしないが、現行法以上に体系志向が強くなることが懸念される。例えば、請負の瑕疵担保責任は現行法では簡潔に634条以下に規定されているが、瑕疵を理由とする解除は債務不履行の一場面だから請負の箇所に規定を置く必要はなく、現行635条を削除して債務不履行一般の規定にゆだねようとしている<sup>29</sup>。この程度の改正提案ならば、現行法の部分的手直しで十分であり、大がかりな体系的再整理の必要

<sup>26</sup> 例えば、成年後見制度を民法総則と親族編に分属させて規定している現行民法を再検討する時機が到来しているのではないか。つまり、行為能力制度とそれを補完する後見・補佐・補助の制度を合体させた「人の法」としての再編を議論すべきではないか。これについては、広中俊雄「成年後見制度の改革と民法の体系（上）（下）」ジュリスト1184号97頁以下、1185号（2000年）98頁以下参照。もちろん、国連障害者権利条約（とくに12条）との関係で、成年者について現行の制限行為能力者制度がそのまま維持できるかどうかの根本的な問題はあつた。この点については、田山輝明編『成年後見制度と障害者権利条約』（三省堂、2012年）参照。また、この国連条約については、2009年政府仮訳が公表されている。松井亮輔＝川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）345頁以下参照。

<sup>27</sup> ヴィーアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史』（創文社、1961年）584頁注(7)参照。

<sup>28</sup> 現行415条前段の「その債務の本旨に従った履行をしないとき」につき、中間試案たたき台は「その債務を履行しないとき」と書き換えることを提案しようとしている。「損害賠償の要件としての債務不履行の態様等を限定する趣旨に誤読されるおそれ」を避けるためだというのである（2012年12月4日開催の第64回部会の部会資料53・35頁）。不完全履行もこの条文が規律するが、「その債務を履行しないとき」という表現でこの点が明確になるだろうか。むしろ現行法の方がわかりやすいのではないか。

<sup>29</sup> 前注12の第64回部会の部会資料53・22頁～23頁参照。

はない。現行債権法の体系をも理論的に再整理しようとするのは、当初のラディカルな改正提案のためであったと思われる。今や改正提案の内容が穏やかになったにもかかわらず体系的再整理のほうは依然として当初の発想通り維持しようとしているのは、その正当性やそうする理由が見いだせない。繰り返しになるが、体系的再整理はパンデクテンシステム全体の再検討の中で改めて時間をかけて行うべきであろう。法務省の立案担当者には歴史には謙虚であり行動は謙抑的であってほしいと切に願う。

補足（2014年3月9日）

本稿は2013年2月に提出したものである。その後の法制審議会の民法（債権関係）部会の動きを簡単にまとめておく。2013年4月に法務省から「中間試案」が公表され（商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』[商事法務、2013年]）、再度パブリックコメントが求められた（同年4月～6月）。現在はそれに基づいて最終の審議が行われている。比較的異論の少ないテーマについては「要綱案のたたき台」が、なお議論があるものについては「要綱案の取りまとめに向けた検討」案がそれぞれ提示されて、検討・審議がなされているようである。今後は、2014年7月末に民法改正要綱仮案をとりまとめ、2015年2月には改正要綱を法務大臣に答申することをめざしているという（深山卓也[法務省民事局長]「新年を迎えて」登記研究791号（2014年）4頁）。

ここは個別論点について検討をする場でもないので、それは別の機会に譲る（中間試案取りまとめまでの法制審の議論を個別論点についてまとめたものとして、石崎泰雄編著『新民法典成立への道 — 法制審議会の議論から中間試案へ —』[信山社、2013年]がある）。2009年10月に法制審に対してなされた法務大臣の諮問は、民法「制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする」ことなどから、契約に関する規定を中心とした見直しを求めるものであった（諮問の内容は内田貴『民法改正のいま』[商事法務、2013年]2頁による）。後段部分（「わかりやすさ」）は本文で検討したので、ここでは前段の「社会・経済の変化への対応」について簡単に述べておきたい。

2014年2月21日、22日、独日法律家協会／日本比較法研究所（中央大学）主催の「シンポジウム・債権法改正に関する比較法的検討 — 日独法の視点から」がドイツ文化会館で行われた。その際、フロアーから明治学院大学教授の加賀山茂氏が、この120年間の社会・経済の変化への対応について質問した。社会・経済の変化に対応させるべきだというならば、①少子高齢化にどう対処するのか、②ITの普及にどう対応するのかなどという内容であった。これはまことにもっともな質問であった。①はそもそも今回の債権法改正の視野に入っていない。②については、私もかねてから例えば「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律」などをなぜ民法に統合しないのか疑問に思っていた。①については改正の対象にはなっていないという回答がコメントーター（法務省民事局）からなされた。②については直接の回答はなかったように記憶している。おそらくこの例の場合には、消費者法は今回は民法に取り込まないから改正の対象にはならない、という回答になるのだろう。

このうち①の回答についてはこう反論したい。すなわち、改正の対象をひろげるべきではなかったのか。契約に関する規定を中心に見直すことというのが諮問内容であるが、それは「国民の日常生活や経済活動に関わりの深い」という視点から例示的に取り上げられているのである。少子高齢化の問題のうち、成年後見制度の見直しなども視野に入れるべきであった。しかも、これは日本でも（2014年2月19日に）発効した国連障害者権利条約との関係で制度改革が急務なのである。また任意後見契約法は単行法となっているが、韓国のようにこれを民法に取り込むことも検討に値いし、なによりも使い勝手が悪い以上（制度発足以来これの利用は低調である）、抜本的修正も必要であろう。任意後見契約法を使いやすくすることによって、法定後見に全面的に依拠しなくてもすむようになりうるのである（国家の費用負担の軽減になりうる）。

もう一点、上記シンポジウムの総括で、私が同時通訳の内容を正確に理解していればという留保付ではあるが、デルナウア氏（中央大学准教授）は、415条も含めて日本民法を改正する箇所はほとんどない（あるいは非常に少ない）のではないかというコメントをしていたのが印象的であった。

以上をまとめると、「わかりやすさ」の点からも、この120年来の「社会・経済の変化への対応」の点からも、法務省の債権法改正事業には十分な説得性がないことは明白である。残念ながら、現段階に至ってはもはや債権法改正のプランを抜本的に見直すべきだと主張しても、法務省は聞く耳を持たず、とにかく改正要綱の作成に邁進するであろう。しかし、2014年春の段階でも、法務省の方針には疑問があることを記録にとどめておきたい。