

民法改正にかかわる総論的諸問題に関する意見  
—民法典の編成問題を中心に—

2010.12.1 提出  
大村 敦 志

はじめに

通常の民法改正の作業においては、眼前の問題に対応することが最優先の課題となる。しかし、現在進行中の民法（債権法）の改正は、民法典の約4割に達する条文にかかわるものである。このような大規模な改正作業においては、個々の制度の手直しにとどまらず、民法典の全体に関する基本問題につき見直しを行うことが期待される。100年に一度とも言われる大改正に際しても、根本に立ち返った検討がなされないのであれば、私たちは自分たちの手によっては、中長期的な見通しを持った民法改正を行うことはできないということになる。

当部会は当初から、いくつかの基本問題が存在することを意識していたが、まずは個別の制度に関わる問題の洗い出しに集中してきた。こうした作業が一段落したいまこそ、さらなる検討のための確かな基礎を築くためにも、基本問題の検討を行う必要がある。以下においては、そうした基本問題として、民法典の編成にかかわる問題（以下、編成問題という）をとりあげるが（Ⅰ～Ⅲ）、あわせて、民法典の対象領域や指導原理にかかわる問題にも一言する（Ⅳ）。

## Ⅰ 編成問題に関する前提

### 1 現行民法典の編成について

現行民法典の編纂に際しては、フランス式の旧民法典の編成をドイツ式に改めることが先決問題として決定された。その際に、起草委員の一人（梅謙次郎）からは、現行民法典と同じく5編編成を採用しつつ、各編を「総則・親族・物権・債権・相続」の順に配置することが提案されていた。これは、物権・債権を区別し、総則と親族とを分離しつつ、現行民法典とは異なる編成案を提示するものであった。

現行民法典と共通の前提に立って考えるとしても、現行民法典の編成は唯一のものではないことには留意する必要があるだろう。

### 2 諸外国の民法典の編成について

単純化を恐れずに言えば、19世紀の民法典にはフランス民法典の編成に従ったものが多く、20世紀の民法典にはドイツ民法典の編成に従ったものが少なくない。しかし、20世紀の民法典の中には、フランスともドイツとも異なる編成を採用したものも見られる。たとえば、スイスがその例である。スイスにおいては、総則・親族・物権・相続からなる民法

典と債務法典が編纂された。これは上記の梅の構想と近いものであると言える。

また、20世紀末に新民法典を制定したオランダやケベックでは、フランス法の影響から脱する努力をしつつもドイツ法に傾斜するのではなく、独自の編成がなされている。さらに、中国の契約法も「契約法」全体を包摂しており、ドイツ法とは異なる発想に立つものとなっている。中国では契約法に続き、物権法・不法行為法が制定されたが、おそらく契約法はそのままの形で将来の民法典に取り込まれることになるだろう。

以上のように、諸外国の民法典を見渡しても、現行の日本民法典の編成が唯一のものではないことは明らかであろう。

### 3 日本における民法教科書の編成について

現行民法典の編成が、一般国民にとってわかりにくいこと（特に、契約に関するルールが、総則・債権総則・契約総則・契約各則の4つのレベルに散在することに由来するわかりにくさ）は、繰り返し指摘されてきた。

多くの著者たちが早くから、この点を克服して国民にわかりやすい教科書を書くことを目指してきたが、これは日本民法学が誇るべき伝統の一つであろう。このような試みは末弘厳太郎の『民法講話』や穂積重遠の『民法読本』に始まり（別添付録1の拙稿「法教育から民法改正」NBL940号〔2010〕では、彼らの教科書の表題を冠して「講話・読本系」教科書と呼んだ）、我妻栄の『民法大意』を経て、今日に至っている。

その骨子は次の4点に求められよう。第一に、総則・債権総則の諸規定を独立には説明しない、第二に、人・財産・契約を中心に置く、第三に、担保や消滅時効についても独立には説明せず、「金銭債権」や「権利者義務者の保護」において扱う、第四に、各種の契約に関する説明をまとめて後置するか簡略化する。

「講話・読本系」教科書は大略以上の方針に従って編成されているが、なかでも『大意』の編成はかなり広範に受け入れられており、日本の立法支援の下に実現したカンボジア民法典の編成にも影響を与えているように思われる（別添付録2の拙著『民法読解総則編』〔有斐閣、2009〕556-557頁では、『大意』とカンボジア民法典との対比を行っている）。

以上のように、現行民法典の編別と異なる編別を模索する試みは、外国に見られる趨勢であるのみならず、日本民法学に内在するものであると言える。

## II 編成問題に関する考え方

### 1 実用の観点から

(1) 国民にとってのわかりやすさ 編成問題を考える際の実際上の留意事項の第一は、「国民にとってのわかりやすさ」を求めるということだろう。「講話・読本系」教科書が念頭に置いていたのは、まさにこの点であった。

「国民にとってのわかりやすさ」に関しては二つの問題がある。一つは、「講話・読本系」教科書の採用する編成が本当にわかりやすいのかという問題であり、もう一つは、「講話・読本系」教科書によって、本当に国民は民法を理解することができるかという問題である。前者に関しては、少なくとも相対的にはわかりやすいと評価することができる。今日まで、同様の編成の教科書が書かれ続けていることは、そのひとつの証左であると言え

よう。後者に関しては、どのような編成によっても、すべての国民が民法の内容を理解できるというわけではない。そうだとすると、民法に関心を持ち、一定の熱意を持って学習する人々が、適切な手ほどきを受けるならば、納得して理解できるような編成になっていることは必要であろう。

(2) 現役の法律家にとってのなじみやすさ 実際上の留意事項の第二は、「現役の法律家にとってのなじみやすさ」にも応分の配慮をするということだろう。民法典の編成が変更されることによって、無用の混乱が生じることは避けなければならない。

ただし、この要請は絶対的なものではない。確かに、いかに学習が困難な法典であっても一度それを修得した者（現役の法律家）にとっては、それはもはやわかりにくくはない。むしろ、なじみのあるものは変わらない方がよい。しかし、これから民法を修得しようとする者（将来の法律家）にはこの議論はあてはまらない。晩年の我妻が、経済学部だけでなく法学部においても「大意」を用いたのは、法学部生にとっても「大意」の編成が有益だと考え方からであろう。そうだとすれば、将来の法律家の養成という観点からも現行民法典の編成は決して望ましくはないということになる。

## 2 学理の観点から

(1) 構造と機能の調和 編成問題を考えるにあたっては、学理上の観点にも留意する必要があるが、留意事項の第一は、構造と機能の調和をはかるということであろう。

「講話・読本系」教科書が提示する編成は、「生活」に密着したものであり、法制度の「機能」（我妻は「作用」と呼ぶ）を重視したものであると言える。確かに、国民にとっては、こうした点を考慮に入れた編成の方がわかりやすい。しかし、では生活場面ごとの編成を行うのかと言えば、「講話・読本系」教科書もそのような観点で貫かれているわけではない。そのような編成はかえってわかりにくい。機能重視の編成をするにしても、ある程度の構造的な視点は不可欠であり、かつ、それがわかりやすさをもたらす面があることもまた確かである。

「講話・読本系」教科書は、たとえば、売買や賃貸借といった具体的な契約類型のそれぞれにつき、その成立から効力に至るまで当該契約類型を規律するのに必要なすべての規定を配置する（たとえば、申込みと承諾の合致によって当該契約は成立することを、契約類型ごとに繰り返し定めることによって、売買ならば売買、賃貸借ならば賃貸借の部分を見れば、必要なルールはもれなくわかるようにする）という考え方をとってはいない。ここでは、契約一般に妥当するルールをできるだけ集約する（そのために、法律行為に関するルールを契約に関するルールに置き換える）というレベルでの具体化がはかられているのである。

(2) 原理と技術の調整 学理上の留意事項の第二は、原理と技術の調整をするということであろう。このことは、今回の改正作業が大改正ではあるが、全面改正ではないということとも関連する。

仮に、「講話・読本系」教科書の編成を参照しつつ民法典の編成を改めることが望ましいとしても、改正の対象部分と対象外部分との関係をどのように処理するのかという問題が残る。問題は二つのレベルにまたがる形で現れる。一つは、今回の改正において行われる編成の選択が、民法典の他の部分の編成を決定するのかという（やや原理的な）問題で

あり、もう一つは、改正対象部分の編成の変更が、対象外部分の規定にどのような影響を与えるのかという（やや技術的な）問題である。

編成問題を考える上では、これらの問題に対するスタンスも明確にしなければならない。

### III 編成問題に関する提案

#### 1 個人的な見解

民法典全体の編成に関する私個人の案は、「総則、人および家族、債権（契約一般と不法行為）、各種の契約、物権、各種の担保（物的担保と人的担保）、相続」の7編とするものである。基本的には、梅謙次郎の発想あるいはカンボジア民法の編成に近いが、①総則編は基本原理と基本概念を定める小さなものとする、②人と家族とを同じ編にまとめる、③法律行為の規定の大部分を債権編に移す、④消滅時効と取得時効とを債権編・物権編に振り分ける、⑤債権編には総則を置かない、⑥契約各則を独立の編とすること、⑦担保を独立の編にすること、⑧物権編を債権編の後に置くこと、などを特徴とする。

しかし、以下の提案は、私の案に全面的に同調することを求めるものではない。とりわけ②⑦に関しては、今回の改正では態度決定を留保することを前提としている。また、⑥⑧は望ましいとは思いますが、強く主張するものではない。さらに、①③④⑤についても、部分的な採択も可能な段階的な提案をしたい。

#### 2 一般的な提案

(1) 契約法の一体化をはかる 「国民にわかりやすい民法」という観点から見て最も必要度の高いことは、「契約法」の一体化をはかるということである。今回の改正作業にあたり、私たちはすでに「契約法」を一体化して考えている。「債権法」の改正と言いながら、債権各則から法定債権を除き、総則編の法律行為と消滅時効を改正対象に含めるというのは、実質的な意味での「契約法」を改正するというにはほかならないからである。

そうであれば、改正されたルールを現行民法典の元の位置に戻すのではなく、「契約法」の観点から可能な限りの一体化をはかる編成を採用して配置すべきであろう。

(2) 過度の階層化をさける 現行民法典の「契約法」のわかりにくさは、その過度の階層化に一因があると言える。総則・債権総則・契約、契約総則・各則、売買総則・各則という階層化は、できる限り縮減することが望ましい。また、実質的に見て「総則」とは言えない規定群には、実質にふさわしい具体的な名称を与えるべきだろう。さらに、新たに総則を設けることも特別な必要がない限りは避けた方がよい。

#### 3 具体的な提案

(1) 編別の再検討 今回の改正が債権編と総則編（一部）のみを対象とし、物権編や親族編・相続編には及ばないことに鑑み、編別の抜本的な変更は当面は避けるべきであろう。総則・物権・債権・親族・相続の順序についても、さしあたりは現在のままでよい。

ただし、契約各則の分量が多くなること、契約各則は他の部分に比べてより頻繁な改正を要すること、契約各則には物権変動にかかわる規定も含まれることなどを考えるならば、

債権編を二分して、【提案1】契約各則の部分を独立の編とすることは検討に値する（上記⑥）。また、総則編と債権編の密接な関係、債権編の重要性、債権によって物権が変動することなどを考えるならば、【提案2】物権編を債権編の後に置くことも検討されてよい（上記⑧）。

(2) 各編の内容の再検討 仮に、総則・物権・債権・親族・相続の5編編成をそのまま維持するとしても、各編の内部での編成については検討の余地がある。その際に最も重視すべきは、前述の「契約法の一体化」の要請である。

この観点から見た場合、契約一般に関するルールは、債権編に可能な限り統合することが望ましい。また、その際には階層化を避けて、契約の成立と効力、契約による債権の発生と発生した債権債務の消滅・移転（当事者の変動）という対比を基軸とした再編を行うことが望ましい。

そのために特に必要なことは、【提案3】債権総則を解体して契約総則と一体化させることである（上記⑤）。これは大胆な提案のように見えるが、すでに多くの著者が試みていることにほかならない。特に、債権総則レベルの履行強制・損害賠償と契約総則レベルの解除・危険負担を分断するのは、現行民法典の編成上の要請によるものに過ぎず、機能的に見た場合にはこれらは一体として考えざるを得ない。

同様に望ましいこととしては、次の二つがある。一つ目は、【提案4】消滅時効に関する規定を債権の消滅原因の一つとして債権編に移すことであり（上記④）、二つ目は、【提案5】法律行為に関する規定の大部分を契約に関する規定として債権編に移すことである（上記③）。これらが実現すれば、その結果として総則は縮小化することになる（上記①）。

これら二点は、編を跨いだ規定の移動を提案するものであり、それに伴う補正措置も必要となる。しかし、取得時効と消滅時効との間に（共通点があるのはもちろんだが）無視しがたい相違点があることは広く認められている。また、法律行為について説明する（検討する）際に、主として念頭に置かれているのが契約であることも疑いない。実質的には法律行為の概念は、契約について考えた上で単独行為等との対比を行うために必要なものとして受けとめられている。

やや細かい点にわたるが、法律行為に関する規定の移動に関しては、次のような中間案も考えられる。【提案5'】(i) 代理に関する規定のみを総則に残す、意思表示に関する規定・無効取消しに関する規定もまた総則に残すが、(ii) 消費者契約に関する特則は債権編に置く、消費者契約に関する特則もまた総則に置くが、(iii) 債権編を見れば総則編の規定の所在がわかるような配慮をする（いわゆるレファレンス規定を設ける）。

#### 4 必要な措置

上記の提案を実現し、かつ、今回の改正部分を（将来の改正が望まれる）非改正部分と調和させるためには、いくつかの措置が必要になる。以下、補助提案として、項目ののみを掲げる。

提案1・提案2を実現するためには、民法典の条数を改めることが必要となる。このことは、編成問題は別にしても検討に値する。なぜなら、今回の改正では条数の増加が見込まれるため、現行の条数を維持したままでは多数の枝番規定を設けざるを得なくなるが、このような状態は「わかりやすい民法」の観点から問題が多いからである。この状態を解

消するには、【補助提案1】債権編（および各種契約編）をさしあたり単行法として制定する（債権編は契約一般と不法行為などに分かれることになる。なお、将来、非改正部分の改正が終了した段階で、単行法を再び民法典に統合する）ことが考えられる。

提案3を実現するためには、現在、【補助提案2】債権総則に置かれた規定のうち、不法行為等の法定債権にも妥当するものについては別に規定（準用規定を含む）を設けることが必要になる。また、提案4を実現するためには、【補助提案3】時効総則の規定のうち、取得時効にも妥当するものについては別に規定（準用規定を含む）を設けることが必要になる。さらに、提案5を実現するためには、【補助提案4】契約に関する規定に改めた新規定を単独行為等に準用する規定を設けることが必要になる。

#### IV 補論—その他の問題

##### 1 民法典（契約法部分）の対象領域について

現行民法典は、「人」一般に適用されるもの（一般ルールと呼ぶ）とされている（ただし、すでに根保証につき、自然人にのみ適用される規定が設けられている。465条の2を参照）。しかし、今日では、事業者間取引に適用される規定（商事ルールと呼ぶ）や消費者取引（消費者ルールと呼ぶ）のうち、一般ルールと関連性が高く、一般ルールの重要な例外をなすものは民法典に取り込むことを考えるべきである。民法典に、市民社会（企業の取引関係や消費者の日常生活を含む）の基盤となる基本的なルールを置くことによって、これらのルールが国民の共通の関心事であることを示すことが必要だからである。

具体的には、【提案5】民法に定めるべき一般ルールに対して、事業者あるいは消費者に関する特則が必要となる場合には、これらは民法典にあわせて規定するべきである。また、【提案6】商行為法や消費者契約法に置かれていたルールのうち一般ルールに改める（適用対象の限定を外す）べきものは、民法典に規定を置くべきであろう。さらに進んで、【提案7】商行為法や消費者契約法に置かれたルールのうち一般ルールには改めないものについても、一般ルールとの関連性が高いものは、民法典に取り込むべきである。

##### 2 民法典（契約法部分）の指導原理について

今回の改正は何のために行われているのか。新しい民法（契約法部分）が想定するこれからの社会像はいかなるものであるのか。これらの点は、性質上、条文に書き込むことはできないが、国民に対して積極的に説明していく必要があることがらである。

この点に関して、新しい民法が「合意」のみによって契約を規律しようとしているという誤解を払拭することが望まれる。私自身は、新しい民法（契約法部分）の背後にある社会像としては「契約主義」を挙げるべきであると考え。「契約主義」とは、恩恵的な弱者保護主義でも弱肉強食の自己責任主義でもなく、当事者の関係、ひいては社会を構成する様々な仕組みを、国民自身が契約によって創出していくという考え方である。ここでいう「契約」は裸の「合意」ではなく、民法典（の強行規定・任意規定）によって方向づけられた契約である。言い換えれば、民法は、国民が契約によって社会関係を構成していくのを支援する基盤として位置づけられるということである。

