

比較のなかの日本民法*

五十嵐 清

目 次

- I 日本民法典の編纂と比較法
- II 民法典制定後の展開
- III 東アジア諸国における民法典編纂と日本民法典
- IV 日本民法の比較法上の特色

I 日本民法典の編纂と比較法

(1) 旧民法の制定と法典論争

1896年より98年にかけて制定された現行日本民法典は、起草者の一人梅謙次郎によれば、「況ク外国ノ民法ヲ参照シテ其ノ長ヲ取り以テ我短ヲ補ヒシコト固ヨリ論ヲマタズ」とあり¹、それが比較法の所産であることは明らかである。

現行民法典は、1890年に制定・公布された旧民法を修正したものであるため、まず旧民法にさかのぼって、民法典編纂に対する外国法の

*本稿は、2002年6月1日に中国の広州で開催された第1回中国日本民商法研究会の基調報告を、わずかばかり補正したものである。本来中国の法学者にむけて書かれたものであり、日本語で公表する価値があるか疑問だが、日本にいる東アジアからの留学生の方々に読んでいただければと思い、あえて公表することにした。なお、中国社会科学院副研究員渠涛氏による本稿の中国語訳（『日本民法在比較法中的位置』）は、『中日民商法研究』第1巻（北京・法律出版社、2003年3月）18頁以下に掲載されている。

¹ 梅謙次郎「我新民法ト外国ノ民法」法典質疑録1巻8号669頁以下（1896年）。

影響を見たい²。日本政府は明治維新(1868年)後ただちに民法典の編纂に着手したが、それはフランス民法典(Code civil, 1804年)をそのまま翻訳して日本民法典とするものであった。その後もフランス民法典にならった民法典の編纂が続けられたが、本格的な編纂は、フランスから招聘された民法学者ボワソナード(Boissonade)の指導のもとで1880年よりはじめられた。ボワソナードが日本民法典草案を起草するにあたって、フランス民法典をモデルとしたことはいうまでもないが、その理由は、この法典が理性に合致すると考えたからであり、したがって他により良い制度があれば、それを採用することに躊躇しなかった(その一例として、ベルギーの抵当権法を参照して短期賃貸借の規定[現行民法395条]を設けたことがあげられる³)。なお家族法の領域では、日本の伝統を考慮することが必要なので、日本人に起草がゆだねられたが、かれらもボワソナードの弟子なので、フランスの法技術がいたるところで採用された(とくに相続法)。かくして民法典は、当時の立法機関の議を経て、1890年に制定、公布され、93年より施行される予定であった(これを旧民法という)。

ところで、日本の旧民法のモデルとなったフランス民法典は、フランス革命の所産であり、近代市民社会の基本法典であるが、遠くローマ法に起源を有する制度とフランス古来の慣習法上の制度を巧みに調和させた法典であった。それは、ナポレオンの軍事的威光だけでなく、内容の優秀性のため、19世紀のヨーロッパにおける多くの民法典編纂に対しモデルとなったばかりでなく、遠く南北アメリカ大陸の民法典の編纂に対しても大きな影響を与えた⁴(ちなみに東

² 五十嵐清『民法と比較法』(一粒社、第1版第2刷、1984年)参照。

³ 内田貴『抵当権と利用権』(有斐閣、1983年)28頁以下。ただし、短期賃貸借制度のその後の運用状況を見ると、ボワソナードの見とおしが正しかったかどうかは疑問である。日本における議論の現状について、生熊長幸「短期賃貸借の制度改正の視点」ジュリスト1216・1217号(2002年)参照。

⁴ フランス民法典の世界各国における継受については、五十嵐・前掲(注2)58頁以下参照。

アジアでも、スペインの植民地であったフィリッピンに対し、1880年代末に制定されたスペイン民法典が適用され、それが今日のフィリッピン民法典の基となっているが、このスペイン民法典もフランス民法典をモデルとするものである。もし日本で旧民法がそのまま施行されていたら、日本とフィリッピンは類似した民法典をもつことになったであろう）。なお日本の場合には、ボワソナードは、制定当時のフランス民法典そのものでなく、19世紀後半のフランスの学説（注釈学派）も考慮して草案を作成した。いずれにせよ、19世紀の末に民法典を編纂するとすれば、フランス民法がモデルとなるのは当然である、といわなければならない。

さて日本では旧民法の施行をめぐる、予定通り施行すべきであるとする断行派と、法典の内容が日本の淳風美俗を破壊するので、施行を延期し、内容を変更すべしとする延期派とにわかれ、激しい議論が展開された。外国法との関係では、フランス法学派が断行を主張したのに対し、明治初年以来有力であったイギリス法学派は、延期を主張した。この論争では結局、1892年の第3回帝国議会で延期派が勝利を占めて、旧民法の施行は延期されることとなった。しかし、旧民法の規定の多くは現行民法典に残され、ボワソナードの努力が無くなったのではない。

(2) 現行民法典の編纂と比較法

さて日本政府は、あらたに起草委員として梅謙次郎、富井政章、穂積陳重を任命して、民法典の起草にあたらせた。3名とも、イギリス、フランス、ドイツの1カ国ないし2カ国に、4年から6年にわたって留学したエリート法学者である。かれらは、あらたに諸外国法を参酌して、旧民法を修正することにしたが、そのさい、とくに当時公表されたばかりのドイツ民法典第1・第2草案を参照した。

ドイツでは、中世以来、統一が遅れたため、中世末期から近世初期にかけて、ローマ法を普通法として継受した⁵。19世紀の私法学者は、このローマ法を基礎として、学問的な私法体系（パンデクテン

体系)を樹立した。1871年のドイツ帝国統一によりはじめられた統一民法典の編纂は、このパンデクテン法学の具体化であった。かくして1887年に第1草案が理由書(Motive)とともに公表され、これが日本の民法典起草者にとって、最大のモデルとなった。

その結果、とくに日本の民法典の体系として、旧民法の *Institutiones* (ローマの法学提要)方式に代わって、ドイツ民法典(正確に言えば、ザクセン民法典)のパンデクテン方式(民法を総則、物権、債権、親族、相続の5編に分ける)が採用され、内容的にも、とくに総則編と債権編ではドイツ民法の規定の多くが取り入れられた。このため、一見すると、日本民法典はドイツ民法典(BGB)を全面的に継受したという様相を呈している。しかし、これは国際的な誤解であり、日本民法典は、フランス民法典をモデルとした旧民法を修正してできたのであり、旧民法の規定の多くは、表現を変えながらも、実質的には残存した。たとえば、物権変動では、対抗要件主義が維持され、担保物権では、ドイツ民法典にはない留置権、先取特権が規定され、抵当権もドイツに較べると近代的なものでないが、これらはいずれもフランス民法典にならった旧民法の制度を踏襲したものである。家族法の分野では、日本の家族制度が旧民法よりいっそう強化されたが、法技術としては、旧民法と同様、フランス法の影響が強い(たとえば、遺留分制度⁶⁾)。

以上のように、日本現行民法典は、全体としてフランス民法とドイツ民法を混合的に継受したものといえるが、それ以外の外国法もかなり考慮されており(たとえばイギリス判例法⁷⁾)、文字通り比較法の所産である。他方、日本民法典のすべてが外国法の継受からなる

⁵ 簡単ながら、五十嵐清『法学入門[新版]』(悠々社、2002年)189頁以下参照。

⁶ 五十嵐清「遺留分制度の比較法的研究」法学協会雑誌68巻5号、69巻2号、3号(1950-51年)参照。

⁷ 民法43条(*ultra vires* [この理論の現在の日本における意義につき、山田創一「*Ultra vires*の再評価」法学新報108巻5・6号、2001年参照])、416条(損害賠償の範囲[平井宜雄『損害賠償法の理論』東大出版会、1971年、146頁参考])、526条1項(承諾の発信主義)など。

わけではなく、日本の慣習をとり入れた面も多い。家族法における日本特有の家族制度の採用はその最たるものであるが（ちなみに、第2次世界大戦以前に、日本の学者が日本民法を外国に紹介する場合には、家族法が中心であった）、その他、物権では慣習法として入会権が規定された（263・294条）。また解約手付（557条）など、日本の慣行を考慮した規定もある。

II 民法典制定後の展開

(1) 学説継受とその脱却

法典編纂後の学説の役割は、法典の諸規定を体系化し、実務に役立たせることにあるが、民法典成立後の日本の民法学は、圧倒的にドイツ民法学の影響下でそれをなしとげた。それは、本来フランス民法をモデルとした規定についても行われたため、北川善太郎により「学説継受」と称された。北川が具体例として示したのは、①債務不履行（415条）、②強制履行（414条）、③損害賠償の範囲（416条）、④解除の効果（545条）、⑤瑕疵担保（570条）であるが⁸、その他、物権変動でもドイツ法的無因的構成が主張された。ではなぜこの時期にドイツ法学が日本の学界に影響を与えたかについては、見解が分かれているが、19世紀ドイツ私法学は当時の世界でもっとも進んでおり、ドイツ民法典はその成果であるので、日本の学者がもっぱらドイツ私法学をモデルとしたのも、理解できないわけではない。しかし、前述のように、日本民法典にはフランス民法にさかのぼる規定も多いので、ドイツ民法学だけが参照されるべき根拠はない。さらに比較法の立場から言えば、もっと広い視野で多くの外国法から学ぶべきであるし、それに日本の現実が無視されるべきでないこ

⁸ 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）30頁以下（簡単には、五十嵐・前掲（注2））92頁以下参照。なお、前注の416条については、フランス民法がイギリス判例に影響を与え、それがさらに日本に影響したと一般に解されている。

と、いうまでもない。

このようなドイツ法一辺倒に転機をもたらしたのは、第 1 次世界大戦の勃発である。このときは日本は連合国側だったので、ドイツは敵国となり、日本の法学者がドイツに留学することが不可能になった。そこでかれらは、やむなくアメリカ、イギリス、フランスに留学し、ドイツとは異なる法学を体験した。その代表者が末弘巖太郎であった。かれは、アメリカでケース・メソッドを学び、フランスで自由法論に接し、ドイツ流の概念法学だけでは十分でないことを知った。帰国後、かれは同士をあつめて判例の組織的研究をはじめ、また 1921 年に『物権法』を著わし、日本の判例や慣習の重要性を指摘した。このため、日本の民法学は、昭和以後は、広く比較法を考慮するとともに、判例を中心としたものに移っていった（これに対し、刑法学と民事訴訟法学の分野では、長期にわたり、ドイツ法学一辺倒の時代が続いた）。

(2) 特別法の展開

日本民法典は制定後 100 年以上経過した。その間の社会・経済の変化に順応するために、民法典が大きく改正されたのは、1947 年の家族法改正の時だけであり、あとは特別法の制定で対応した。そこで、特別法に対する比較法の影響が問題となる。民法に関する特別法のうち、民法典と同時に制定されたのは不動産登記法と戸籍法であるが、登記法の制定に際しては、旧登記法以来、主としてフランス法が参照された。これにたいし戸籍法は、日本の家族制度を前提とするものなので、欧米諸国のような個人の身分登録制度を採用せず、比較法的に独特な制度である（この制度は、家族制度の廃止された今日の戸籍制度に承継されている）。

さて、民法典施行後の日本の資本主義の発展にまず対応できなかったのが、フランス法にならった抵当権制度である。このため 20 世紀初頭に、企業の財産を一括して担保に供する目的で、工場抵当法（1905 年）はじめ各種の財団抵当法が制定されたが、そのモデル

となったのはプロイセンの制度であった。

日本では大正時代（1912－26年）に入ると、資本主義の発展に伴う弊害が現れ始め、このため各種の社会立法の制定が要請された。そのうち民法に関するものは、借地・借家法であるが、この分野ですでに明治時代に立法されたのは、建物保護法（1909年）であった。この法律は、建物と土地が独立の不動産であるとする日本特有の事情を背景として、借地人を土地の新所有者から保護するために作られたものである。したがって、ローマ法以来の「地上物は土地に従う」という原則のもとにある欧米諸国には、モデルのない制度であり、日本法の特色として、いまでも外国人研究者の関心の的となっている⁹。1921年に制定された借地法と借家法のうち、前者も比較すべき外国法がない（ヨーロッパでは、借地の対象は農地が中心である。建物建築のための借地は、比較的最近に認められた制度である（たとえば、ドイツの地上権令[1919年]）。これに対し、借家人の保護の必要性は、ヨーロッパ各国で第1次世界大戦後の住宅難を背景として広く認められ、借家人保護のための特別法が制定された（それらに較べ、日本の借家法の内容は不十分であったが、それは、それほど深刻でない当時の借家事情を反映するものであった）。

他方、農地については、小作問題の深刻化に伴い、政府により、小作人保護法案がたびたび提案されたが、それは、地主の利益を代表する貴族院の反対で実現しなかった。その代わりに、1924年に小作調停法が制定され、地主・小作人間の紛争を、民法を離れて、もっぱら話し合いで解決することになった。その前後に、他の分野でも調停法が制定され、今日の日本における誇るべき制度の一つといわれる調停制度が根をおろすこととなった。

なお、この時代の英米法の影響としては、信託法の制定（1922年）

⁹ Bahr, *Das Tatemonohogoho in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Japans*, Köln 1980. なお米倉明は、この土地建物二元制度を日本民法典の「影」の一つにあげ、他国が見習うべきでないとする。米倉『法学・法学教育』（新青出版、2000年）125頁参照。

があげられる。しかし、この制度は戦前には日本に十分に根付いたとはいえない。その理由の説明は困難であるが、おそらく大陸法を前提とした日本法の体系と調和しにくかったのが、その一因と考えられる。

(3) 判例の展開

第 2 次大戦終了までの日本では、判例は、今日ほどではないが、それでもかなりの役割を果たした。その判例に対する比較法の影響については、判決理由のなかで、外国法が引用されることがないので、明白でない。

戦前の民法の分野での判例法でもっともめざましいのは、譲渡担保である。この慣行上の制度は、すでに明治時代の末に大審院によって有効性が認められ、以後今日に至るまで、判例法上の代表的な制度として定着している。ドイツでも、譲渡担保は同じ頃に判例により承認されたが、両者の関係は定かでない（これに対し、フランスでは今日でも譲渡担保は無効とされている）。

これに対し、多くの判例は、外国法の影響を受けず、独自の道を進んだように思われる。その代表格は内縁である。正式の婚姻の形をとらないが、事実上夫婦として生活している男女を、日本では内縁といい、戦前はかなりの数が見られた。これに対し、当時のヨーロッパ諸国では、制度的にそのような事実婚の発生が阻止されていた。したがって、内縁を婚姻予約として有効と判断した 1915 年の大審院の判決は、比較法的に類を見ないものである。ようやく今日の欧米諸国で、日本の内縁と類似する男女間の同棲（さらに同性者間の同棲）が多く見られるようになり、各国の立法府や裁判所が苦勞しているところであるが、これに対し、日本の内縁判例がモデルとなるかどうかは疑問である。

(4) 第 2 次大戦後の発展

第 2 次大戦の敗北により、日本は連合軍により占領され、アメリ

カのエニシアティブにより法制度の改革がなされた。そのため、憲法、刑事訴訟法、経済法、労働法などが、アメリカ法の影響のもとで全面的に制定または改正された。民法の領域でも、家族生活における男女同権を詠った憲法 24 条のもとで、1947 年に親族・相続編が全面的に改正された。この改正に対し、多くの国の家族法が参照されたが、とくにモデルとなった国はない。ただし、十分な比較法的考察がなされたかどうかは疑問である。その例として夫婦財産制をあげたい¹⁰。日本の旧法では、法定夫婦財産制として、ドイツ民法にならひ、管理共通制を採用した。これは、夫婦別産制を原則とするものの、妻の財産を夫が管理する点で、男女同権に反する。そこで日本の立法者は、この妻の財産に対する夫の管理権を削除し、純粹な夫婦別産制を法定夫婦財産制とした。その点では、英米法と一致する。これに対し、西ドイツでも同じ問題に直面したが、男女同権とはなにかから議論をはじめたので、結論がえられず、ようやく 1957 年になって男女同権法が成立した。そこでの法定夫婦財産制は剰余共同制と称し、婚姻中は別産であるが、婚姻解消時には、婚姻中に増えた財産の清算を義務づけるものである。別産制は、専業主婦が多く、また男女の賃金格差が大きい日本において、明かに女性に不利な財産制である。日本においても、改正の要望はないわけでもないが、立法の早い段階で見送られている。いずれにせよ、日本の夫婦財産制はアジア諸国のモデルとなるべきではない。

民法典の財産法の分野では、最近の成年後見法の制定まで、ほとんど改正がなく、後述するように、不動性が日本民法典の特色である。ほとんど唯一の改正というべきものが、1971 年の根抵当規定の導入である。ただし、この改正は、それまで慣習法上の制度であったものを、成文化したものであり、立法関与者によると、比較法の影響のまったくないものである¹¹。1999 年に制定された成年後見法

¹⁰ 五十嵐清「夫婦財産制」同『比較民法学の諸問題』（一粒社、第 2 刷、1984 年）所収参照。

¹¹ 鈴木祿弥『根抵当法の問題点』（有斐閣、1973 年）はしがき i

も、民法典（総則・親族編）の規定の多くを改正したが、このほうは、高齢化時代の到来に対応するため、フランス、ドイツ、イギリスの制度を参照しながら、日本の民法体系との整合性を考慮した立法である。

日本では、戦後の社会の変化に対応するために、主として特別法が制定されたが、それらの多くがやはり比較法の所産である。たとえば、交通事故の増大に対処するため自動車損害賠償保障法（1955年）が、またマンション時代に備えて区分所有権法（1962年）が制定されたが、いずれもドイツ法をモデルとしたものである。他方、英米法をモデルとしたものとしては、企業の財産を一括して担保に供するために制定された企業担保法（1958年）がある。しかし、比較法と無縁の立法例も散見される。判例法を修正した仮登記担保法（1978年）が、その1例である。最近は、製造物責任法（1994年）や消費者契約法（2000年）など、消費者保護のための特別法の制定が多い。これらの立法に際しては、比較法は十分に参照されているが、企業側の要求に押されて、一步後退した形で実現している。立法に対する比較法の限界というべきであろう。

III 東アジア諸国における民法典編纂と日本民法典¹²

20世紀に入ってから、東アジア諸国で民法典の編纂がはじめられた。その結果、今日多くの国で、パンデクテン方式の民法典が制定されている（ただしフィリピンでは、前述のように19世紀後半にスペイン民法典が適用され、それが今日の民法典の根幹をなしているので、フランス式 *Institutiones* 方式が採用されている）。ここでは、それらの民法典と日本民法典との関係について略述したい。

¹² 以下は、五十嵐清「法系論における東アジア法の位置付け」同『現代比較法学の諸相』（信山社、2002年）所収の要約が多いことをお断りしたい。

(1) タイ

タイでは、19世紀後半より、近代化のため、法典編纂が進められた。当初はイギリス法、後にはフランス法とドイツ法が影響を与えた（日本人法律家、政尾藤吉の活躍も注目される）。民法に関しては、最終的に1935年に、民商統一法典という形で法典編纂がなされた。この法典は比較法の所産とされるが、実際には日本の民・商法典と似たものといわれる¹³。しかし、これまでのところ、タイと日本の間の法学交流は乏しい。

(2) 中国

中国でも、20世紀初頭より近代的民法典の編纂が始まった。これに参加した外国人法律家は日本人とフランス人であったが、モデルとされたのは、主として当時制定されたばかりのドイツ民法典であった。最終的には、国民党政権のもとで、民法典は1929年より30年にかけて成立した¹⁴。したがって、この民法典も日本民法典と内容的に近いものがある。しかし、中華国民法典は、日中戦争の勃発などのため、中国大陸に根をおろす機会に恵まれなかった。

第2次大戦後、国民党政権は台湾に渡ったが、そのさい民法典も同行し、以後それは今日まで適用を見ている¹⁵。これまでのところ、台湾の民法学者や実務家は日本の学説・判例から多くを学んでいる

¹³ 日本語文献として、五十川直行「タイ民商法典の比較法的考察〈序説〉(1)」九大法政研究62巻3・4号(1996年)、西沢希久男「タイ民商法典編纂史序説」名大法政論集177号(1999年)などがあるが、いずれも序論の段階。なお政尾藤吉については、香川孝三『政尾藤吉伝』(信山社、2002年)が詳しい。

¹⁴ 中華国民法典に対するドイツ民法の影響については、Jiandong Shao, Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, Juristen-Zeitung 1999, 80 参照。

¹⁵ なお台湾の中華国民法典債権編は2000年に大幅に改正され、現在は物権編の改正が進行中である。劉得寬「台湾『中華国民法物権編』改正草案(簡介)」(第1回中国日本民商法研究会配布資料)、朱相松(宇田川幸則訳)「中国の経済自由化と中台兩岸私法規範の統合」北大法学論集53巻3号841頁以下(2002年)参照。

ようである。これに対し、日本の法律学者の台湾民法に対する関心は乏しい。ようやく最近になり、両者の間に交流が始まりつつある。

他方、中国では、共産党政権のもとで、民法典をふくめ旧法は一掃され、婚姻法など必要な部門について、あらたに中国独特の社会主義的法律が制定された。その後、中国は、文化大革命をへて、改革開放時代を迎えると、民法の領域でも、立法化が進められている。それは、相続法 (1985 年) に始まり、民法通則 (1986 年)、担保法 (1995 年)、契約法 (1999 年) と続き、もっか物権法の編纂が続けられている。将来的には、民商統一法典が志向されているようである。これまでのところ、特定の外国法がモデルとされることはなく、中国の現状を踏まえた上で、広く比較法に学ぶという態度が見られるが、基本的にはパンデクテン方式を採用しようとしており、他の東アジア諸国と共通の方向が目指されている。

(3) 韓国

韓国は近代化の途上で日本の植民地となり、そこでは日本民法が、家族法を除き、全面的に適用された。独立後、1958 年に制定された民法典は、多くの規定が日本民法典と同一である。しかし、フランス起源の制度の若干 (たとえば、先取特権や抵当権の滌除) は導入されず、逆に日本民法典にはないが、ドイツ民法典にある制度 (契約締結上の過失、履行補助者の過失に対する債務者の責任、債務引受など) が多く採用されたので、日本民法よりドイツ民法に近い。しかし、これらの規定の多くは、すでに日本の学説・判例で承認されていたものなので、日本民法と内容が異なるわけではない (ただし、物権変動について、登記・引渡しを効力発生要件としたのは、日本民法と大きく異なる)¹⁶。

韓国の若手民法学者は、自国の民法典はドイツ民法典をモデルにしたという前提で、競ってドイツに長年留学し、博士論文を作成し

¹⁶ 詳しくは、鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』(創文社、1989 年) 参照。

て帰国し、大学の教壇に上った。かれらの執筆する論文の多くが、ドイツの学説・判例を引用し、日本の学説継受の時代を想起させるものがある。しかし、現実には日本の学説・判例も数多く引用されており、日本法の影響も大きい。立法でも、仮登記担保法(1983年)や「集合建物の所有および管理に関する法律」(1984年)など、先行する日本の立法の影響を受けたと思われるものもある。当初は韓国と日本の法学者の交流は一方的であったが、最近ようやく日本の学者の韓国法への関心が高まってきた。韓国には、民法の分野でも、約款規制法(1986年)など日本にさきがけてドイツ法を移入した立法もあり、今後は日本の法学者にとっても、韓国法から学ぶべきことが多くなると思われる。

なお韓国では近時民法財産法の分野の全面的改正に着手し、2001年に「民法改正試案」を公表している。この改正案は、韓国民法の現代化を目指したもので、それが実現すると、日本民法典とかなり異なったものになり、これからのアジアの諸国の民法典編纂にたいするモデルとしての役割が期待される¹⁷。

(4) ベトナム

ベトナムは、19世紀後半にフランスの植民地となり、フランス法文化の影響を受けた。解放後は独自の社会主義法を建設していたが、ドイモイ政策の進展に伴い、市場経済に対応するため1995年に民法典が制定された。この法典編纂には日本の代表的民法学者・森島昭夫が関与したこともあって、ベトナム民法典はパンデクテン方式を採用し、内容的にも日本民法に近いものがある¹⁸(ただし、親族

¹⁷ 鄭鍾休「韓国民法改正試案について」『契約法における現代化の課題』（後掲注20）所収、同「韓国民法の現代化」民商法雑誌126巻2号3号（2002年）参照。

¹⁸ 鈴木康二『ベトナム民法』（ジェトロ、1996年）4頁、なお森島昭夫「ベトナムにおける法整備とわが国法律家の役割」自由と正義1996年7月号、武藤司郎「ベトナムにおける法の受容と展開」ジュリスコンサルタス2号（関東学院大学法学研究所、2001年）など参照。

編はなく、知的財産編が加わっており、かつての社会主義国民法典と共通する面もある)。

さて 1990 年代の後半になって、日本政府は、法の整備が遅れているアジア諸国に対し、本格的な「法整備支援」をはじめたが、その一環としてベトナムとともに旧インドシナを構成したカンボジアやラオスにおける法典編纂に協力している。したがってここでも、日本民法に影響された民法典の成立が期待される¹⁹。

以上の概観から、日本民法は、20 世紀になってから行われた東アジア諸国における民法典編纂とその後の民法学の発達に対し、相当程度の影響を与えたことは確かである。それは、日本が、他のアジア諸国にさきがけて、西欧法を継受し、それを自国の法文化と両立させようと苦心した経験をもつからであり、日本民法典が他の国の法典編纂に対しモデルに値するというわけではない。では、日本民法は比較法的にどのような特色を有するのか。

IV 日本民法の比較法上の特色

(1) 民法典の不動性

日本民法の比較法的特色としてまずあげなければならないのは、民法典の不動性である。民法典は制定以来 100 年以上たつのに、1947 年の家族法の改正を除くと、本格的な改正はほとんど見られず、多くの規定が制定当時のままである。これに対し、フランス民法典もドイツ民法典も、数多くの改正を経験して、今日にいたっている。とくに、日本民法典とほとんど同時に制定されたドイツ民法典は、こ

¹⁹ 日本のアジア諸国に対する法整備支援の現状と課題については、シンポジウム「『法整備支援』と比較法学の課題」比較法研究 62 号 (2001 年)、山田洋一「『法の発展』とカンボジア」ジュリスコンサルタス 2 号、特集「法整備支援の新たな動き」法律のひろば 54 卷 10 号 (2002 年)、松本恒雄「インドシナ諸国における民法典の整備と開発」一橋法学 1 卷 2 号 (2002 年) など参照。なお、いまのところカンボジア民法典の体系は、フランス民法典をベースにしている。松本・前掲 398 頁。

れまでも社会化をめざしてたびたび改正されたが、このたび債務法の全面的改正を見るにいたった（2001年の「債務法の現代化法」）²⁰。ドイツの債権法理論を継受した日本では、ドイツにおける改正動向についての情報は十分なのに、同じような改正への意欲がほとんど見られない。

ただし、日本でも、現実の必要性があれば、民法の改正が行われないわけではない。最近の成年後見法がその例である。現在問題になっているのは担保法の改正であるが、いまのところ、抵当権について小規模の改正が企てられているにすぎない。

家族法の分野でも、欧米諸国では、大規模な改正があいつぎ、当初の民法典の規定はほとんど跡形もなくなった。それに較べると、日本では、1947年以後、本格的な改正は乏しい。世界の傾向をも考慮した婚姻法改正案（1996年）は、その中に含まれる選択的夫婦別姓案に対する保守的政治家の反対のため、今日にいたるまで、実現を見ていない。その間にヨーロッパでは、婚姻法のほか親子法も一新され、言葉の上でも、嫡出・非嫡出の区別が消滅しつつある。フランスやドイツなどでは、同性間のパートナーも法の保護を受けるようになった。日本はじめ東アジアの人々にとって、西欧家族法の改正動向のすべてが今後の進むべき道である、といえるか疑問だが、日本の立法府の怠慢は指摘されなければならない。

いずれにせよ、新たな民法典を作る場合に参照されるべきは、日本民法典のように100年前の規定がそのまま残っている法典ではなく、最近に制定されたオランダ民法典やロシア民法典、または最近の改正によって特別法や判例を取り入れたドイツ民法典などであろう。

日本で本格的な改正が行われないのは、民法典だけでなく、憲法はじめ、基本法典一般についていえることである（憲法改正は政治

²⁰ 日本語文献として岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、2002年）参照。

問題なので、ここでは除外する)。日本では一般に基本法典は法制審議会で草案が作成されることになっているが、この審議会は指導的法学者と実務家によって構成されているため、能率的でない。意見の分かれうる立法に際しては、草案作成段階やその後の審議段階において、官僚、企業、報道機関などの反対が強く、法案が撤回されたり骨抜きにされることも多い。この点では、民主化の進んでいない国のほうが、適切な立法をする可能性があるように思われる。

(2) 日本における特別法と判例の役割

日本の民法典、とりわけその財産法編に変化がないのに、それが今日の社会に対応しているのは、主として特別法の制定と判例の活躍による。たとえば、不動産賃貸借について日本法がどうなっているかを知るには、借地借家法と多くの判例を見なければならない。また自動車事故による損害賠償請求についても、民法 709 条だけでは、ほとんどなにも語らず、自動車損害賠償保障法、およびこれまた無数の判例を見なければならない。もっとも、この点はヨーロッパ大陸法諸国も同様であり、日本的特色ではない(ただしドイツは、かつて特別法の対象であり、かつ判例の活躍した領域であった、労働者、借家人、消費者保護のための諸規定を民法典のなかに組み込んだ。この点では、比較法的にドイツ民法典が突出しているかもしれない)。

さて、前述のように、日本の民法関係の特別法の多くは比較法の所産でもあるが、それで十分であるかどうかは疑わしい。不法行為に対する危険責任立法や消費者保護立法については、最近の製造物責任法や消費者契約法に見られるように、時期も遅れ、内容的にも不十分であり、アジア諸国のモデルになるものではない。

現在の日本において判例が大きな役割を果たしていることは、いうまでもない。しかし、その比較法的位置付けとなると、明白ではない。戦後の判例のなかにも、比較法の影響が見られるものがないわけではない(たとえば、失効の原則についての最高裁 1955 年 11 月

22日の判決、法人格否認についての1969年2月27日の判決など²¹。だが、判例は本来具体的な事件の解決のために発生するものであり、比較法との結びつきは原則として期待できない。その結果、継受された規定のもとで、母国法と異なる判例法が展開される例も多い（その代表的事例として、フランス民法から継受した債権者代位権〔民法423条〕を、賃借人の妨害排除請求権を認めるために転用した判例をあげることができる）。この点で、判例は、裁判官が共同体の内在的規範を汲み上げることによって成立する説く、内田貴の見解が注目される²²。このような見解も外国の学説と無関係ではないが（内田の場合は、関係的契約理論）、基本的には、判例の理解のためには、日本人の法文化にさかのぼらなければならない。

（3）日本民法の普遍性と特殊性

日本民法は全体として比較法的に普遍性をもつか、あるいは特殊なものか。どちらの要素もあるので、結論を下すのは難しい。たしかに、日本民法典は、その多くの規定がローマ法にさかのぼり、フランスとドイツで長年にわたって磨き上げられた大陸法の伝統を継承している。社会主義法系が消滅した今日、英米法系との対立が残っているが、大陸法と英米法は収斂の方向に進んでいる。したがって、民法典に関するかぎり、日本民法は十分普遍性を持っている。ただし、世界の民法は、契約法を中心として統一の方向に向かっており、ウィーン統一売買法がすでに発効している。これに対する日本の法律実務家の関心は乏しい。世界の大勢から取り残されるおそれがある。

日本民法の特殊性は、一部の特別法に見られるほか、とくに判例に見られる。その若干の例はすでに示した。さらに民事の判例は、当事者の訴訟提起をまっけてはじめて形成される。ところが、日本で

²¹ 五十嵐・前掲（注2）99頁以下参照。

²² 内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）69頁以下。

は、多くの民事紛争が、裁判外で、和解や調停によって解決される。したがって、判例も日本の法の実態を明らかにするものではない。日本人の裁判嫌いの原因について、今日、制度要因説と文化要因説とが対立しているが、いずれにせよ文化的要素の存在は否定できない²³。それが日本の特有の文化なのか、東アジア諸国と共通する文化なのか、私にとっても残された問題である²⁴。

²³ 五十嵐清「西欧法学者が見た日本法」同『現代比較法学の諸相』前掲（注 12）所収参照。

²⁴ 同「法系論における東アジア法の位置付け」前掲（注 12）、および鈴木賢「試論・東アジア法系の成立可能性」北大法学論集 53 卷 3 号 900 頁以下（2002 年）参照。