

Title	法整備支援における民法典整備の意義と課題
Sub Title	The significance of legal assistance for the codification of civil law and its central issues
Author	松尾, 弘(Matsuo, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2006
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.4 (2006. 1) ,p.31- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20060115-0031

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.

法整備支援における民法典整備の意義と課題

松 尾 弘

1. はじめに
2. 法整備支援の目標と民法典整備支援の意義
3. 民法典整備支援の方法
4. 民法典整備支援の課題
5. むすびに代えて

1. はじめに

国際協力活動の一環としての法整備支援は、地域的にも、法分野の面でも、また、法制度を構成する様々な要素の点でも拡大し、多様化している。日本政府による法整備支援も、それが1995年に本格的に開始されてから10年を経過しようとしており、この間にベトナム、カンボディア、ラオス、ミャンマー、インドネシア、モンゴル、ウズベキスタン、キルギスタンなどへと対象地域を拡大してきた¹⁾。また、法整備支援の手法も多様化しており、法規定（実体法・手続法）の整備支援から、法機構（立法府・行政府・司法府など、法の形成・執行・裁判を行う組織）の整備支援、法主体（法律家、市民）の養成支援、法制度の運営を支える物的施設の整備支援、さらには、法整備の対象となる社会の慣

1) 日本の様々な機関による法整備支援の展開に関しては、ICD NEWS 20号（法務省法務総合研究所国際協力部、2005）102-103頁の活動年表に要領よくまとめられている。

習・思想・構造に関する法社会学的調査への支援などにまで及んでいる²⁾。

しかし、このような実務先行的な状況の中で、法整備支援の意義および方法に関する理論分析が並行的に深化しているとはいえ、どのような法制度の整備を、どのような順序で、どのような方法で支援すべきか、という《法整備支援の基本問題》のみならず、今なぜ法整備支援が重要なのか、どのような立場から法整備支援に取り組むべきか、といった《法整備支援の前提問題》についてすら曖昧な状態のまま、実践活動が進行している³⁾。

これらの諸問題に対しては、法と社会との関係についての理論的洞察に基づいた一般的・理論的なアプローチと、個別の地域・法分野・法制度の構成要素に即した具体的・帰納的なアプローチの双方が有用である。そこで、本稿では、主として後者の視点から、法秩序の中でも最も基盤的な意味をもつ基本法に属する民法典の整備を題材にして、法整備支援の具体的な課題を整理してみたい。とりわけ、筆者も関わった法整備支援活動の一端において垣間みられたわずかな経験にも照らして、法整備支援において実際に生じている隘路の基本類型を明らかにすることを主眼にしたい。そのうえで、それらの課題に対処するために考えられる諸方策を展望してみたい。

2. 法整備支援の目標と民法典整備支援の意義

(1) 法整備支援の目標

現在推進されている法整備支援の目標として、(a)市場化の推進という経済的目的と、(b)民主化の推進という政治的目的を挙げることができる⁴⁾。前者(a)で

2) 松尾弘「開発法学と法整備支援の理論化」横浜国際経済法学11巻1号(2002)55頁。

3) 法整備支援という実践活動の方法論に関する研究として、Ann Seidman & Robert B. Seidman, "Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project," *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996, pp. 1-44; 金子由芳『アジア危機と金融法制改革——法整備支援の実践的方法論をさぐって』(信山社, 2004)などがある。

4) 例えば、『司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度』(2001年6月

は、被支援国における経済活動の活性化・福祉の増大、外国企業（中でも支援国企業）の投資環境整備、国際金融機関の融資条件整備、さらには、地域的経済統合の促進へ、という展開が期待されている。また、後者(b)では、被支援国における人権保障の促進、市民社会の養成などが期待されている。

もっとも、両者は相互に独立した並行的目標ではなく、相互補完的関係に立つものであると理解されるようになってきている⁵⁾。最近では、両者の調和によって達成されうる統一目標は、(c)「^{グッド・ガバナンス}良い統治」の概念によって包括的に表現されている⁶⁾。それは、市場化・民主化・人権保障・市民社会の養成などを含み、より包括的・統一的な開発目標である⁷⁾。それは、第1段階としての各国の国内レベルにおける「^{グッド・ガバナンス}良い政府」の構築——市場メカニズムを支える諸制度を構築し、それを維持することができる「強い・効率的な政府」、強い政府による権限行使の濫用や逸脱を防ぐことのできるコントロール・メカニズムを備えた「合法的な政府」、および政治的意思決定への国民の参加を促し、市民社会の養成を支援する姿勢をもった「民主的政府」——を経て、第2段階

12日)では、「法整備支援の推進」による発展途上国の「経済発展」と「民主主義」の構築が目標とされている(・第3・3)。

5) 市場化と民主化との因果関係は、各国に特有の諸要因も加わり、非常に複雑である。市場化が民主化を促すことも、逆にブレーキをかけることもある一方、民主化が市場化を促進することも、妨げることもある。概して、両者を最初から両立させることは、とりわけ国内に民族問題を抱える発展途上国では、困難であるとみられている。Amy L. Chua, "Markets, Democracy, and Ethnicity: Toward a New Paradigm for Law and Development," *Yale Law Journal*, Vol. 108 (1998) pp. 1-107.

6) 本稿における「良い統治」の定義については、後述(2)(c)末尾参照。

7) 例えば、『政府開発援助(ODA)大綱』(2003年8月29日閣議決定)・2(1)でも、「良い統治(グッド・ガバナンス)に基づく開発途上国の自助努力を支援するため、これらの国の発展の基礎となる人づくり、法・制度構築や経済社会基盤の整備に協力することは、我が国ODAの最も重要な考え方である」とされ、「良い統治」を目標とする援助方針が明示されている。その際、「開発途上国の自主性(オーナーシップ)を尊重し」つつ、「平和、民主化、人権保障のための努力や経済社会の構造改革に向けた取組を積極的に行っている開発途上国に対しては、これを重点的に支援する」とされる(下線は引用者による)。

としての——各国レベルの「^{グッド・ガバメント}良い政府」の併存状態としての——国際関係ないし国際社会のレベルにおける「^{グローバル・ガバナンス}地球的統治」の構築による国際秩序と国際平和の構築を展望するという、壮大な構想へと通じている点が重要である⁸⁾。ここには、目下行われている法整備支援の究極目標が、たんなる経済の活性化や国内政治の民主化にとどまらず、国際的安全保障と国際的平和構築にあることが示されている⁹⁾。

(2) 民法典整備支援の意義

(a) 市場取引法の一般法としての側面

民法典整備支援の意義も、対象国における法政策目的との関係から出発しつつ、最終的には現代における国際関係的・国際社会的コンテキストの中で再検証することが、必要かつ有益である。

民法典は第一に、市場機構を構築し、支持するための制度的基盤としての意味をもっている。なぜなら、民法は、市場取引の主体である法人格を定義し、その客体である所有権、その他の財産権を定義するとともに、その帰属を決定し、それらが侵害された場合の法的保護手段を明らかにし、そして、

8) 「^{グローバル・ガバナンス}地球的統治」とは、国際関係における様々な行為主体（個人、企業、国家、NGO、国際機関など）の活動を活性化する一方で、その違法または非倫理的な行動を抑制するために、主権国家群を中心とする行為主体が、世界政府をもつことなしに、コントロールしようとする全般的システムないし制度として定義される。それは、想像上の世界政府のように完成された安定的・統一的システムではなく、国際社会における多元的な行為主体の間に辛うじて成立しようのものではあるが、実効的な秩序を求める動的な営みであり、多様性の中に存立しようの全体的なコントロール・システムである（松尾弘「グローバル・ガバナンスと法整備支援——法整備支援の目的は何か——」石川明編集代表『櫻井雅夫先生古稀記念論集・国際経済法と地域協力』（信山社、2004）51-52頁）。これは、現代の国際関係を主権国家体制、国際共同体および世界市民主義の重層構造として認識する見方に立脚する（中西寛『国際政治とは何か——地球社会における人間と秩序——』（中公新書、2003）9-27頁）。

9) このことは、法整備支援に臨む姿勢として、被支援国の要請を大前提とし、その内容に従う要請主義に加え、より積極的な提案（強制や介入ではない）を行うべき場合もありうることを示唆する。

そうした財産権を移転する主要な手段である売買・交換・贈与、消費貸借・賃貸借・使用貸借、雇用・請負・委任¹⁰⁾などの契約に関するルール¹¹⁾を含む、最も基本的な法律だからである¹²⁾。

しかしまた、市場取引に直接必要とされるこれらのルールのみならず、人が死亡した場合の財産権の移転・帰属に関する相続法、契約の主体となる者に求められる取引能力が不十分な者の保護に関する親族法（後見法を含む）なども、市場機構を間接的に支える重要な制度である。これらも民法典の主要な構成要

10) こうした労務提供型の契約も、労働力という一種の財産権の取引と捉えることができる。

11) 契約に関するルールは、契約成立前の交渉段階に関するルール、契約の成立自体に関するルール、契約の効力に関するルール、契約の解消・終了・その他の消滅に関するルールを含む。

12) さらに、この観点からは、そもそも《社会構造における民法の位置づけ》を明らかにする必要がある。これに関する一般理論は形成途上にあるというべきであるが、例えば、「市民社会」に成立する「秩序」の一部として民法を捉える広中俊雄教授の見解が注目される。そこでは、市民社会に成立する「基本的秩序」として、(1)(a)「財貨秩序」と(b)その外郭秩序としての「競争秩序」、(2)(a)「人格秩序」とその外郭秩序としての(b)「生活利益秩序」、(3)これらの秩序の確保・助成という目的に奉仕し、その手段を用意する「権力秩序」が抽出される。そして、民法は、「市民社会の存立条件にかかわる根本的秩序」としての(1)(a)(それは、商品交換の起点をなす私的所有を決定し、保護する「財貨帰属秩序」と、契約をはじめ、商品交換の社会過程を規律する「財貨移転秩序」を含む)および(2)を中心に捉えられているが、民事判決や非訟事件裁判を含む(3)とも無関係ではない。また、市民社会の秩序はこれらの「基本的秩序」によって汲み尽くされるものではなく、「善意取得秩序」((1)(a)の領域か)「扶養秩序」((2)(a)の領域か)などの「補足的秩序」も存在する(広中俊雄『民法綱要・総論・上』[創文社、1989]1-34頁)。さらに、吉田克己教授は、「現代市民社会」の構造に照らし、市場(経済システム)、企業(経済システム)、生活世界および経済システムと生活世界との接触の場という4つの場において民法の機能や展開を捉えようとしており、注目すべき分析である(吉田克己『現代市民社会と民法学』[日本評論社、1999]。とくに148頁以下)。私見としては、個人、組織、制度および規範理論のレベルからなる社会認識モデルに立脚し、制度(形式的制度と非形式的制度との結合からなる)の一部としての法システムの構造分析を志向しているが(松尾弘「開発と法制度」森川俊孝=池田龍彦=小池治編著『開発協力の法と政治——国際協力研究入門——』[国際協力出版会、2004]161-162頁)詳細は機会を改めて論じたい。

素である。

これら広い意味での市場取引法は、国際取引が活発になるに連れ、各国間の法の抵触状態を解決するための国際私法的ルールの整備だけではなく、次第に各国内の実体的ルールの内容そのものの調和・統一化をも要請する。なぜなら、実体的ルールの標準化は、その内容の食い違いに起因する調査コスト、交渉コスト、紛争解決コストなどの取引費用（transaction costs）を削減する効果をもつからである。その結果、民法という国内法レベルでも、国際的法調和の動きが、とりわけ市場取引法では必然的に生じてくる。法整備支援にも、そうした市場取引法の必然的な展開としての法調和運動としての側面があることは、否定できない。

（b）市民社会法の一般法としての側面

他方、民法典の整備は、民主化の制度的基盤の構築という政治的側面とも無関係ではない。とりわけ、民主化の推進・維持の主体となりうる市民社会の活動を支える制度的基盤として、非営利活動法人法を中心とする公益法人法の役割は重要である。かかるコンテキストにおいて、公益法人、その他の非営利法人の設立、運営・管理などに関する基本ルールを含む民法典の整備は、市民社会の制度的基盤づくりとしての重要性をもつ。

（c）国家法の基盤としての民法

以上のように、市場取引法という経済的コンテキストにおいても、市民社会法という政治的コンテキストにおいても、一般法としての重要性をもつ民法は、

13) 国家の基本法としての民法の意義については、山本敬三「基本法としての民法」ジュリスト1126号（1998）261-269頁を見よ。

14) 「社会のconstitution」としての民法の意義を明快に解くものとして、星野英一『民法のすすめ』（岩波新書、1998）9頁ほかがある。

15) 山本敬三「憲法と民法の関係——ドイツ法の視点」法学教室171号（1994）44-51頁。

16) 市場と企業との関係については、参考文献を含め、松尾・前掲（注12）139頁参照。

17) 局地的・地域的取引を超えて、広域的・国際的に取引圏が拡大し、人格的繋がりをもたない者同士の間での取引（impersonal transaction）が一般化した現代社会では、契約の

名実ともに《国家の基本法》であるといえる¹³⁾。民法がしばしば（市民）社会の“constitution”とも呼ばれるゆえんである¹⁴⁾。この意味で、民法（civil law）の原義が国家法（ius civile）にあることには、沿革的にも内容的にも十分な理由がある。

ここで必然的に重要になってくるのが、民法と今日一般に“constitution”として観念されている憲法との関係、とりわけ両者がともに「基本法」としても性格相互の密接不可分な関係を正確に理解することである。もっとも、両者の関係には様々な側面があり、その説明の仕方も一様ではない¹⁵⁾。ここでは、前述の考察から出発して、民法の市場取引法としての側面と市民社会法としての側面とを必然的に媒介する形で存在する憲法の役割を、つぎのように説明してみたい。

すなわち、市場および企業¹⁶⁾という組織を主体とする取引のためのルールを国家的に統一したものとして¹⁷⁾、民法（および商法）を制定し、裁判所を通じて解釈・適用し、執行するためには、強い・効率的な政府の組織が必要である。そして、かかる政府組織の構造を定め、その権限行使をコントロールする手段として三権分立と基本的人権を定め、それらを実現するための法律をつくる根拠法となりうる憲法が要請される。さらに、かかる合法的な政府（立法部・行政部・司法部）の運営をその外側からコントロールしうる唯一の組織の集合体である市民社会を養成するために、市民社会法としての民法が要請されるが、そうした市民社会法の形成自体もまた、民主的な政府による支援活動なしには実際には実現困難である。しかし、最後に、なぜ政府が民主的でなければならないかと問われれば、それは、究極的には、政府が市民の人格権、財産権、家族関係における権利、その他の基本的権利を保護するために存在するからであり、そうした基本的権利は民法によって定められるのである。

交渉・成立・効力・執行に関する統一ルールが必要になり、必然的に国家の法体系と国家の執行権力に依存せざるをえない。この点に関するコース、ノースらの新制度派経済学の分析成果については、松尾弘「新制度派経済学と法学との邂逅——ノースの制度理論の分析を中心にして——」横浜国際社会科学研究所 6 巻 1 号 1-25 頁を見よ。

こうして、民法およびこれと密接不可分の関係にある憲法をはじめとする基本法が整備されることにより、《市場・企業をはじめとする営利団体、その活動を支援するために不可欠の強い政府、および政府をコントロールする最終的な抛り所としての市民社会（非営利的・非政府的団体）が、それぞれに固有の機能を最大限に発揮しつつ、相互に均衡がとれた状態》としての「グッド・ガバナンス良い統治」を確立することが、法整備支援の目標であり、民法典の整備はそれの中でも基礎的な重要性をもつことが、再確認されるであろう。

3. 民法典整備支援の方法

(1) 民法典の起草支援

民法の整備が国家の経済的・政治的・社会的発展にとってもつ重要性は、いわゆる先進国にとっても発展途上国にとっても共通である¹⁸⁾。しかしながら、発展途上国にはそうした発展を比較的短期間のうちに、人為的に生じさせなければならないという特殊事情がある。このような事情が、法整備支援を要請する直接的要因の一つでもある。

その際には、法整備支援の成果物を明確ならしめるためにも、「法典」整備支援という手段が望まれることが少なくない。それは、財産法・家族法を含む本来の包括的・体系的な「法典」(code)としての民法典の整備支援の場合もあるが、財産法・契約法・準契約法・不法行為法・婚姻法・養子法・扶養法・相続法……といった個別の「制定法」(act, statute)の整備支援の場合も少なく

18) いわゆる実際、先進国においても、民法改正は不断に続けられている。最近でも、ドイツの債務法改正（2001年）、日本民法における担保法改正（2003年）、保証法改正（2004年）など、枚挙に暇がない。また、フランス民法典の債務法の総論部分（1101条 - 1386条）および時効法の一部（2234条 - 2281条）についても、改正のための準備草案が公表されている（Avant-projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005）。

ない。その何れの場合についても、支援側と被支援側との関係ないし役割分担、とりわけ支援側の関与の程度・方法には多様な形態が見出されるが、最も本格的な支援の形態は、民法典の草案それ自体の全部または一部の起草である。その例として、日本政府がカンボディアで行ってきた民法典の起草支援がある¹⁹⁾。

この形態の民法典整備支援は、支援側にとっては最も包括的・体系的な支援を可能とし、また必要とする。その一方で、被支援国にとっては自国の最も基本的な法の起案を他国の手に委ねる点で、被支援国の政府および一般市民の間に、国家主義的・民族主義的なリアクション、あるいはそこに至らないまでも、何らかの抵抗や違和感を生じさせる原因ともなりうる²⁰⁾。

(2) 民法典の起草・改正への助言的支援

そこで、民法典草案またはその改正案の起草についてのイニシャティブは自国に留保しつつ、それに対する個別的なコメントを求めるといった形態の民法典整備支援が要請されることもある。これは、被支援国自身が民法整備のイニシャティブないし自主性——いわゆるオーナーシップ²¹⁾——を維持しながら、支援国の関与を求める点で、とりわけ被支援国の立場からすれば、一つの理想的な民法典整備支援形態といえるかも知れない。

ベトナムに対する民法典整備支援は、基本的にこの形態に属すると考えられ

19) カンボディア民法典の起草支援に関しては、「特集『法』からはじまる国づくり1」フロンティア(JICA WEBマガジンhttp://www.jica.go.jp/jicapark/frontier/0206/02_a.html) 2002年6月号、ICD NEWS 7号(2003)17-165頁、11号(2003)4-131頁、14号(2004)40-44頁など参照。また、歴史的には、ボアソナードによる日本の旧民法典草案の起草も、この支援形態に属する典型例といえよう。大久保泰南＝高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』(雄松堂、1999)参照。

20) 日本における旧民法典の施行をめぐる民法典論争についても、様々な原因の一つとして、国家主義思想を背景とした自国のプライドに起因する心理的抵抗も指摘できる。遠山茂樹「民法典論争の政治史的考察」明治史料研究連絡会編『民権論からナショナリズムへ』(御茶の水書房、1957)247頁以下、大村敦志『民法総論』(岩波書店、2001)21-23頁参照。

21) 前掲注7参照。

る²²⁾。

この形態の民法典整備支援は、被支援国政府が法典整備のイニシャティブないしオーナーシップをもち、非支援国自らの手による法典整備という感覚を維持しうる。そのことは、制定後の民法典の普及や法の支配の観念の定着を促進する要因となりうる。しかしまた、その反面として、支援側にとっては内容的に問題があると考えられる規定や、理論的整合性を欠くと感じられる規定に対し、問題点の指摘を行ったとしても、それがただちに被支援国側に採用されるとは限らず、その結果として、支援の成果が首尾一貫性を欠くことになる可能性も否定できない。

(3) 民法典の起草・改正に向けた準備活動支援

民法整備支援の第二の形態（前述(2)）よりもさらに間接的な第三の形態として、民法典の起草・改正に向けた様々な準備作業に対する支援がある。例えば、民法典や民法理論に関する比較法的な知識の提供を目的とした現地セミナー、シンポジウムの開催、専門家派遣、日本での研修（本邦研修）、遠隔会議・授業、法令データベース・法令集等の作成支援、法律辞書作成支援、教科書作成支援、民法典起草に向けた比較法的資料の収集・整理・翻訳等への支援などがある。

この形態に属する例として、ラオスに対する民法整備支援が挙げられる²³⁾。

この形態の民法典整備支援の特色は、第一・第二の形態に比べてより間接的であるというだけでなく、よりプロセス志向的な支援である点にある。すなわ

22) ベトナムに対する民法典整備支援に関しては、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47巻7号（1996）14-22頁、「特集『法』からはじまる国づくり2」フロンティア（JICA WEBマガジンhttp://www.jica.go.jp/jicapark/frontier/0206/02_b.html）2002年6月号、ICD NEWS 6号（2002）161-173頁、9号（2003）33-41頁、武藤司郎『ベトナム司法省駐在体験記』（信山社、2002）など参照。

23) ラオスへの民法典整備支援に関する従来の具体的な活動成果については、ICD NEWS 3号（2002）5-98頁、4号（2002）34-61頁、13号（2004）124-127頁など参照。

ち、この方法を適切に活用することは、実効的な民法典編纂に欠かせない手続である、《ルールをつくるためのルールづくり》から、段階的に民法典整備を進めることを可能にする。また、民法典起草のための情報の収集・整理・提供を比較的時間をかけて行うことができる。そうした様々な準備作業は、被支援国側の現状に合わせ、どのような準備をどの程度必要とするかについて、被支援国のイニシアティブを確保しながら行うことが可能であり、最終的には民法典の《起草者を育てるための支援》を目標とすることにより、被支援国のオーナーシップを保持することができる。これにより、支援の第一形態のもつ問題点（前述(1)末尾）を克服しうるし、起草者のみならず、被支援国側のその他の法律家の能力向上など、より多くの副産物を期待できるであろう。さらに、

セミナーや研修、民法教科書の構成・記述内容の形成過程で、支援国—被支援国間のコミュニケーションを円滑にし、基礎理論からの理解を共有してゆくことにより、先の第二形態の問題点（前述(2)末尾）を克服できる可能性ももっている。

その一方で、この最もプロセス重視型の支援は、最も時間のかかる民法典整備支援であることは否めない。しかも、より基礎的、前提的、間接的な段階の準備であることは、その実施がより容易であることを必ずしも意味するものでもない。支援国側も被支援国側も、この息の長い協力活動に継続的に参加できる人材は限られており、法令用語の整理・採否、教科書の構成・記述内容の調整など、基本的な点についても認識の一致を得ることが困難な点もあり²⁴⁾、時間さえかければ自ずから確実に成果が上がると期待することはできない。

4. 民法典整備支援の課題

(1) 国家法体系における民法典制定の意義をめぐる認識ギャップ

前記3形態の何れの場合にせよ、民法典整備支援は様々な問題に直面してき

24) その具体的な問題点については、後述4であらためて取り上げる。

た。以下では、その主要な問題群を典型的に整理してみよう。その際には、法整備支援一般について指摘される問題点は再確認するととどめ²⁵⁾、民法典整備支援に固有の問題に力点を置くことにする。

まず、国家の法体系全体において民法典整備がもつ意義について、支援国および被支援国それぞれの内部でも、したがってまた支援国—被支援国間の関係においても、必ずしも認識が一致していないという問題がある。その背景要因の一つとして、とりわけ1980年代以降の法整備支援では市場経済化に焦点が当てられてきたこととも相俟って、企業法、対外投資法、競争法、破産法、金融法などが注目され、比較的早い段階からこれらの法分野の整備にプライオリティが置かれ、その支援が進められてきたという事情がある。それゆえに、民法関連の立法でも、包括的な民法典というよりは、投資や企業活動を促進し、資金調達を円滑にすることの必要性から、土地法、担保法など、金融法に密接に関連する個別法分野の整備が早期に、しばしば断片的に着手される傾向にある。

また、プロジェクトの立案・実施・評価の手法が発達し²⁶⁾、インプット—アウトプット間の効率性が重視される中で、プロジェクトの限られた期間中に目に見える形で客観的な成果を上げるためにも、法整備支援の単位がよりコンパクトなものへと細分化する傾向があるように思われる。このことも、前記のよ

25) 法整備支援一般の問題点としては、支援の内容および方法における一貫性・体系性・計画性の確保、支援主体間の情報交換・支援調整・協力体制の構築、人材の育成・確保、法整備支援プロジェクトの立案と評価方法の確立、支援側・被支援側のコミュニケーションの確保、言語ギャップの克服、被支援側の依存体質の克服などを指摘することができる（松尾・前掲〔注2〕63-68頁）。

26) Project Cycle Management (PCM) の手法が、プロジェクトの現場では標準化している。また、行政機関が行う政策の評価に関する法律（平成13年法律86号）の制定とも相俟って、成果の評価も厳格化している。プログラム・レベルとプロジェクト・レベルとの区別、ロジカル・フレームとしてのProject Design Matrix (PDM) を用いた立案・実施・評価の方法等に関しては、国際協力機構企画・評価部評価監理室編『プロジェクト評価の実践的手法（JICA事業評価ガイドライン改訂版）』（国際協力出版会、2004）参照。

うな市場化関連の個別法の断片的整備が優先される背景事情の一つであろう。こうした手法の下で、法整備支援プロジェクトにも効率的成果の経験的証明が求められる傾向がある。そして、かかる経験主義化の中では、包括的な民法典整備がもちうる直接的・間接的な影響力の全体像を抽象的に論じる余地は、ますます狭められてきている。

さらに、とりわけ多くの支援国・支援機関が競合する地域では、ドナー間調整の結果としてプロジェクトの分担化傾向が生じていることも、個別立法を促す事情の一つであろう。

このような全般的傾向の中で、包括的・体系的・実効的な民法典の整備は、相対的に後背に押しやられる傾向にあるように見受けられる。しかし、前述したように、《基本法としての民法典》は、市民の最も基本的な権利を定義し、その保護方法を定め、これを移転するためのルールを明確にするものとして、法秩序の中では第一次的重要性をもっている²⁷⁾。仮に、一般市民の最も基本的な権利・義務を定めた民法の前に、商法などによって特定の資格をもつ者の権利・義務を定めるとすれば、実際には、圧倒的に多くの一般市民の権利保護は不十分なままに²⁸⁾、比較的財産のある特定の階層の特定の活動が財産権保護の恩恵を受けるというアンバランスを拡大させることになるであろう。かかる法政策は、法整備（支援）の現場ではごくごく一般的に見出されるが、やはり変則的であり、急速な経済発展のプロセスで生じる貧富の差の拡大にさらに拍車をかけることは否めないであろう。

このような変則的事態には一定の歯止めが必要であり、少なくとも一般法と特別法との同時並行的整備により、できるかぎり市民間の平等な権利保護を確実なものとしながら、同時に経済発展が図られるべきである。そうであるとすれば、支援国にとっては、一般市民の権利保護に欠かせない包括的・体系的・

27) 前述 2 (2) 参照。

28) このような状況下では、権利侵害を受けたものの立場の弱い市民は多くの場合、いわゆる《泣き寝入り》の状態に置かれるであろう。

実効的な民法典整備の必要性をできるかぎり説得的にカウンター・パートを通じて被支援国に説明することが必要になる。しかし、憲法が国家の基本法であるという理解は常識化しているのに対し、民法がさらにそれに先立つ基本法であることはそれほど容易に理解されない傾向にある。そこで、《基本法＝憲法》という狭い見方から一歩進んで、《基本法＝民法・憲法》という認識へと理解を進めるためには、これらの法律が最終的に保障しようとしている**権利の体系**がどのような構造になっているかを説明する必要がある。

しかし、ここでもまた、基本権（basic rights）＝基本的人権（basic human rights）という認識が一般的であり、憲法で保障された人権こそが第一次的重要性（the first priority）をもち、民法が規定する人格権・物権・債権・親族法上の権利等は、第二義的な「私」権であるとみられがちである。しかし、《基本法理》に立ち返って分析すれば、まずは究極的な保護の対象としての**私権**があり、それらを実効的に保護・実現するために国家の裁判権、執行権といった**国家的公権**があり、そうした国家的公権を付与された強い政府の権限行使の濫用や逸脱を市民が実効的にコントロールできる主体になるために自由権・参政権・社会権等の**個人的公権**——基本的人権——がはじめて意味をもつ、という順序がむしろ自然である。

こうした《基本法理》は、従来から法理論家や啓蒙思想家によって繰り返し指摘されてきた。ここでは、その著名な数節の一部を再確認するだけで十分であろう。例えば、法体系全体における私法の第一次的重要性について、イエーリングは以下のように指摘している^{29）}。すなわち、——

私法において蔭かれた種が、憲法と国際法において実りをもたらす、と言って
もよい。国家が自己の大きな目的を実現するために必要とする力や士気は、私法
の低みにおいて、つまり些末な生活関係において少しずつ積み重ねられてゆくし

29）R・v・イエーリング／村上淳一訳『権利のための闘争』（岩波文庫、1982）105-106頁（強調は引用者による）。

かないものである。諸国民の政治的教育の本当の学校は、憲法ではなく私法である。……国内的には最高の政治的發展を遂げ、対外的にも最大の勢力伸長を示した古代国家、すなわちローマが、同時に最も完成された私法を有していたのは偶然ではない。

また、公権に先立つ私権の重要性についての福澤諭吉「私権論」における指摘も、この文脈においてよく理解されうる³⁰⁾。政府による道路拡張工事のために立退きを迫られた私人が、それに諾々と従う有様を目の当たりにした福澤は、以下のように指摘する。すなわち、――

抑も人生の私有は生命榮譽と共に貴重なるものにして、其得失は身の一大事たるにも拘はらず、彼の家屋を取払ひ、軒先きを切り、又私有地等を云々するに付き、其事の滑かに行はれて故障の少なきは何ぞや。一方より見れば人心の従順愛す可きに似たれども、若しも人民に**私権の思想**あらんには、其時に際して多少の困難苦情に逢ふの常なる可し。我輩は其苦情多きを悦ぶにあらず、一個人が謂はれもなき事に不平を鳴らして公共の便利を妨るが如きは甚だ悪む所なれども、多年の事跡より全体の氣風を視察すれば、我日本人民は私権の得失に穎敏なる者と云ふ可らざるが如し。……**人民の私権を堅固にするは立国の大本にして、之に政権を得せしむるは第二の要なり**……。……**近く一身の私権を衡るの工風こそ肝要なる可し**。……私権未だ固からずして之を犯す者も犯さるゝも平気なるが如き漠然たる社会に、**唯熟して〔参〕政権のみの事を講ずるは、或は事の前後緩急を倒にするの議を免かれざる可し**。……政府は今より特に注意して国民の私権を重もんずるの方向に進まんこと冀望に堪へず。

福澤によれば、「未だ私権論の発達を見ずして、俄に政権論〔参政権の議論〕の盛なる」は、「文明の歴史に照らして例外の事相」である。むしろ、私権論

30) 福澤諭吉「私権論」『時事新報』明治20(1887)年10月8日・11日・12日。慶應義塾編纂『福澤諭吉全集・第11巻』(岩波書店、1960)379-389頁(強調は引用者による)。

を先にし、その上で政権を論じることが「文明歴史の正則」であるとされる。

もちろん、国民の健全な権利感覚を十分に発達させるためには、イエーリングも指摘するように、「私法ばかりでなく警察・行政・**租税立法**を含めた法の全分野で**実体法**を確実・明確・確定的なもの」とするとともに、「**裁判所の独立**を保障し、**訴訟制度**をできるかぎり完全に整えること」³¹⁾、つまり、私法・公法にまたがる実体法および手続法を含めた法体系の全般的整備が不可欠である。しかし、それが一朝一夕には成し遂げられない巨大プロジェクトであるかぎり、やはり私権・私法の第一次性を踏まえた法典整備の「正則」ともいうべき《基本法理》につき、支援側の専門家間において、そして、支援側と被支援側との間で、十分な議論の末に認識を共有することが不可欠である。

それにより、私権の基本類型を体系的に定義し、その効果としての権利保護の方法、および権利変動の要件を定めた包括的民法典が、国家の法体系において占める存在意義の大きさを再認識することが、民法典整備支援の出発点となるべきである。

(2) 基本用語・基本概念の統一の困難

民法典が第一次的重要性をもつ理由には、これとは別のやや技術的側面もある。それは、一般的としての民法がしばしば他の法律——商法、消費者法、借地法、住宅法などの特別法のみならず、租税法、その他の公法を含む法体系全体——で使われる基本用語・基本概念を定義するという役割を担っているからである。この点にも、法整備の順序として、民法典が比較的早期に要請される理由がある。そうでないと、様々な法律の間で用語の矛盾が生じて混乱し、その結果、規定のやり直しといった非効率な事態を余儀なくさせるか、あるいは法律の規定から離れた解釈が必要となり、いずれにしてもいったん制定された法律に対する国民の尊重の態度、遵法精神などに悪影響を及ぼしかねない。

例えば、法律上の行為の無効と取消し、取消し・解除・合意解除、撤回と取

31) イェーリング／村上訳・前掲（注29）111頁（強調は引用者による）。

消しなどを区別しうる適切な対応用語を、非支援国の国語の中に求めることがしばしば困難場合もある³²⁾。しかし、基本用語・基本概念の整理に向けた基礎的な準備作業が、法整備支援の初期段階から、意識的に進められることには、後々大きな意義があることに変わりはない³³⁾。

もっとも、法律用語の細かな区別に対してどこまで敏感なこだわりをもつかという点には、文化的な相違も存在する。また、後に問題になる基本用語とも関連するが³⁴⁾、幾つかの具体的法概念を包括するような一般的・抽象的法概念の使用やそれによる抽象的思考・推論に対する嗜好度ないし許容度においても、文化的な差は少なくない。したがって、基本用語・基本概念を民法典で定めるに当たっては、支援国の法概念・法理論の被支援国への直訳的・逐語訳的な置換えで足りるわけではないという点にも、十分な配慮が必要である。

(3) 個別立法積上主義と包括的法典編纂主義

民法は、家族の対内的法律関係から対外的法律関係に至るまで、市民の生活空間全般に関し、かつ出生から未成年・成年・高齢・死亡に至るまで、個人の

32) もっとも、支援国の法体系における用語法もけっして完全に整序されているわけではなく、しばしば異なる概念が同じ用語を用いて表現され、文脈によって使い分けられていることも少なくない。取消しと撤回などもその一例である。また、契約解除に当たる用語として、国際物品売買契約に関する国連条約 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980: CISG) は “avoidance” を用いる (Art. 49, 64, 81-84 CISG) のに対し、私法統一国際協会 (UNIDROIT) による国際商事契約原則 (Principles of International Commercial Contracts, 1994: PICC) およびヨーロッパ契約法委員会によるヨーロッパ契約法原則 (The Principles of European Contract Law, revised, 1998: PECL) は “termination” の語を用いる (Art. 7.3.1-7.3.6 PICC; Art. 9:301-9:309 PECL)。

33) この点で、例えば、カンボディアの民事訴訟法典の起草支援における用語確定会議の経験は重要である。上原敏夫＝竹下守夫ほか「〔座談会〕法整備支援の現状と課題ーカンボディア民事訴訟法規草支援に携わって」ジュリスト1243号 (2003) 79-80頁 (大村雅彦、矢吹公敏、田中嘉寿子発言) 参照。

34) この点については、後述(10)参照。

あらゆる時間的局面において妥当する、包括的規範の集合体である。そうした包括的・体系的な民法典を短時日のうちに作り上げることは、けっして容易ではない。そこで、民法典整備の方法としては、実質的に民法に属する諸規定のうち、財産法・契約法・準契約法・不法行為法・婚姻法・養子法・相続法など、比較的頻繁に必要とされ、かつ一まとまりの法律にしやすい分野ごとに、個別立法（piecemeal legislation）の形で積み重ねてゆく方法——以下では《個別立法積上主義》と呼ぶ——がとられることも少なくない³⁵⁾。これに対し、法整備の比較的初期段階から、多くは民法に属する個別立法と並行する形で、包括的な民法典の編纂作業にも取り組む方法——以下では《包括的法典編纂主義》と呼ぶ——もある³⁶⁾。

個別立法積上主義の長所は、比較的短期間の立法が可能になるために、必要な問題への臨機応変な対応ができること、立法の成果が不明な問題についても、ひとまず立法してその結果を検証するという、一種の実験的な試行錯誤がある程度許容されることなどにある。

他方、その短所として、いったん法律として制定・施行されたルールが裁判で適用され、公務員によって執行され、一般市民に普及し始めると、後に問題点が明らかになるなどして改廃しようとしても、いったん通用し始めたルールをただちに消去することは困難な場合も多く、想定するほど容易に実験的試行錯誤が許容されるわけではない。また、個別法間における基本用語・基本概念の不統一、個別法間における同一問題に関する規定の重複、要件・効果の不統一、先行の個別法（特別法）規定と後行の原則法（一般法）規定との

35) この方法は、中国における婚姻法（1980年）、経済契約法（1981年）、継承法（1985年）、民法通則（1986年）等々という形で展開された民法制定方法でもとられている（野村好弘＝浅田直人編著『中国民法の研究』〔学陽書房、1987〕参照）。ラオスなどにおいてもそうである（ICD NEWS 3号〔2002〕54-59頁参照）。

36) 明治期の日本がどちらに属するかは、必ずしも明確ではないが、法改革の比較的早期の段階から民法典編纂が企画されていたことなどに鑑みて、ひとまず包括的法典編纂主義に属するとみることができよう。

矛盾などを生じさせやすい。さらに、特別規定が存在するのに原則規定が存在しないといった不整合や、全体としての体系性の欠如なども生じうる。

したがって、個別立法積上主義が包括的法典編纂主義かは、たんなる効率性の観点のみならず、法の本質的特色である法の支配の実現という視点も加味して、慎重に検討される必要がある。もっとも、個別立法積上主義と包括的法典編纂主義とはあれかこれかの厳格な二者択一ではないことを再確認する必要がある。すでに述べたように、純粋な包括的法典編纂主義は非現実的であり、むしろ、とりわけ法整備の初期段階では、当面の問題を個別立法によって処理しながら、並行的に包括的法典編纂プロジェクトを始動させる方法が現実的である³⁷⁾。

(4) 英米法的要素と大陸法的要素との調整

被支援国がオーナーシップを維持した形での民法典整備支援を可能にするためには、比較法的情報を可能な限り被支援国語に翻訳し、被支援国民自身による法理論の吸収・蓄積、教科書執筆、法学教育、そして、法典起草を可能にするような準備作業が不可欠である。その一方で、現代世界においては、各国の法状況や法情報を共通の言語（例えば、英語）に載せて頻繁に交換し、比較し、相互の法改革に活用するための迅速かつ円滑なコミュニケーションも、各国の法改革や国際取引の促進には欠かせない。その意味でも、法情報の《外国語→自国語》と《自国語→外国語》という二方向の作業を恒常的に行うシステムを構築し、法律用語・法文等の変換ノウハウを蓄積しておくことが有益である。

しかし、そのような比較法的情報の交流が様々な形で一層進展する過程で必然的に直面するのは、英米法的発想と大陸法的発想との相違をどのように整理し、両者のギャップをどのように調整すべきか、という問題である。このギャ

37) 実際には、包括的民法典をもつ国の多くが、多かれ少なかからこの方法によったと考えられる。

ップは、個々の民法理論、例えば、契約法の諸原則といったレベル³⁸⁾だけでなく、そもそも《法》とは何か、その本質をどうみるかという基本的な法観念のレベルでも生じうる。

《法》とは何かという法観念のレベルからみると、《法典編纂》(codification)自体が大陸法に特徴的な発想である。それは、ローマ法——その中心部分は、学説法の集大成たる『学説彙纂』(Digesta)である——および自然法理論の伝統に立脚し、法学による「法規則」の「一般化と体系化」を通じた「法命題」化(M・ウェーバー)、「学説の規範化」(E・エールリヒ)または「法の学問化」(F・ヴィアッカー)の結果として、《法》というものが人びとの熟慮によって考案され、制定されうるものであるとの観念に基づいている。それは、法をできるかぎり体系的に首尾一貫したものとし(体系性・首尾一貫性)見通しよく整理すること(透明性)を可能にするという利点をもつ。その一方で、法が頻繁に制定・改廃される場合には安定性を欠き、反対に、いったん制定された法が——しばしば政治的事情によって——経済・社会の変化・要求に応じて改廃されない場合には柔軟性を欠くという難点も内在させている。

他方、英米法、とくにイギリス法では、《法》(law)——その典型的な中心部分がコモン・ロー(common law)である——は個々の判例が蓄積される中で徐々に形成され、発見されうる原理(principles)にほかならず、人間が短時日のうちに、日付を付しうるような行為によって作り出すことのできないものであるとの観念が根強い。したがって、国会制定法——それは“law”と区別して“statute”と呼ばれる——は、その時々 of 政治的力関係からの影響を受けた偶然の決定という性質を免れない点で、固有の意味の《法》とは区別され

38) 例えば、契約における方式の自由(Art. 11 CISG; Art. 1.2 PICC; Art. 2:101 PECL)と方式の要求(Art. 2:201 UCC; Art. 10 LCL)、約因(consideration)の要求など、枚挙に暇がない。もっとも、英米法でも、コモン・ロー——それは法の一般的な原理(principles)というべきものである——のレベルと、制定法(acts, statutes)のレベルとを区別する必要があり、コモン・ローのレベルでは、契約自由の原則をはじめ、自然法論に立脚したローマ法・大陸法の発想と共通する部分もあって少なくないことに留意する必要がある。

てきた。その結果、法を生み出す源泉である裁判所は、法解釈を通じ、たえず従来の先例に照らしつつ、現在の経済・政治・社会状況にも適応した法の発見と適用に努めることにより、法の安定性と柔軟性を調和させることが可能になる。しかし、その一方で、判例法を本体とする法体系は、形式的な見通しのよさ（透明性）に欠け、内容的にも体系性・首尾一貫性を一義的に説明することの困難な法命題が蓄積される余地も否定できない。

法の**安定性**（stability）および**柔軟性**（flexibility）と、法の**体系性・首尾一貫性**（consistency）および**透明性**（transparency）とは、何れも法体系に備わるべき長所——これらを本稿では《**法の美德**》（virtues of law）と呼ぶ——であるが、それらはあたかもシーソーの両側に分かれた乗手のように、どちらか一方に徹することはできず、そのバランスの取れた法秩序が目指されるべきである。

このような観点からみると、英米法体系と大陸法体系の両者を見据えながら行われる現代の法整備支援には、両要素の長所を可能なかぎり活かした法体系の構築を可能にするという意味で、大きなチャンスが存在するともいえる。英米法と大陸法との収斂可能性についても、様々な見解が存在するが³⁹⁾、法整備支援の現場では、英米法と大陸法のいずれにも偏らない視点を維持しながら、比較法的情報の収集・翻訳・整理を進めることが、被支援国側にも支援国側にも有益である。

(5) 民法典・商法典の分離主義と統合主義

民法典整備におけるつぎの大きな選択肢は、民法典と商法典とを別個に編纂するか、両者を一体化させて編纂するか、という問題である。実際、民商統一

39) 例えば、メリーマンは、両者が相互に影響を与えつつも、今後も並行的発展を辿るものとみている。J. H. Merryman, "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and Common Law," 1981 *Stanford Journal of International Law*, 1981, pp. 357-388.

法典は、過去の制定例にも⁴⁰⁾、また、現代の制定例としても⁴¹⁾、根強く実在する一つの有力な選択肢である。

この選択は、一方では、商品経済が高度に発達し、商人が多様かつ複雑な形で関与する商行為や企業が関与する取引が一般市民の日常生活にまで深く浸透した現代社会において、商人と非商人、一般の法律行為と商行為との形式的区別に立脚した民法典と商法典の別立て体系がかえって市民の現実の法感覚に馴染まないという状況下では、むしろ現実的であり、民法を市民にとって身近なものとする手段になるかも知れない。このほか、民・商統一法典の長所としては、より多くの身近な経済活動に関するルールについて、1個の法典に依拠して、包括的に捉えることができる点も挙げることができる。

しかし、他方では、民・商統一法典か民・商独立法典かの選択問題は、民法典の存在意義やその基本的な性格づけにも関わる重大問題であることが看過されてはならない。それは、つぎのような理由による。すなわち、民・商統一法典においては、いわゆる民法の商化現象にも見出されるように、取引の効率化の要請に基づく一般原則の変更が行われやすく、また、比較的経済力の強い取引界の要請が反映されがちなことから、民法本来の原理・原則の意味内容が不明瞭になるおそれがある。例えば、契約一般における有償契約型と無償契約型、労務提供型契約における雇成型・請負型・委任型などの理念型を提示するものとしての民法典の役割に鑑みると、現実には普及し、実務的な要請が存在するからといって、あらゆる問題に対処できるように、できるかぎり多くの契約類型を取り込むような法典編纂ポリシーが望ましいとは限らない⁴²⁾。また、経済事情の変動から影響を受ける度合い、取引界からの要求の強さなどの違い

40) 例えば、タイの民商法典がある。その制定経緯につき、香川孝三『政尾藤吉伝——法整備支援国際協力の先駆者——』（信山社、2002）165-171頁参照。

41) 例えば、オランダの新民法典がある。その概要につき、アーサー・S・ハートkamp / 曾野裕夫訳「オランダ私法の発展——ヨーロッパ的視座に立って——」民商法雑誌109巻4=5号（1994）623-646頁参照。

も反映して、改正を必要とする頻度という点からみても、民法典と商法典との間には少なからぬ差異が存在する。

これらの点も考慮に入れ、ここであらためて民法典の存在意義を再確認することが有益である。なぜなら、民法典は、それができるだけ多くの事例にそのまま適用され、現実的に利用されうる実用性が求められるだけでなく、むしろ第一次的には——まさに市民社会の“constitution”といわれるように——私法の原理・原則を包括的かつ体系的に、しかも簡潔かつ明瞭に提示するという《使命》をもっている。このような原則性・簡潔性・明瞭性も民法典に固有の基本的性格であることに照らしてみると、民法典・商法典の分離主義にもなお十分な理由があるというべきである。

(6) 消費者保護法の位置づけ

民法—商法関係と類似の問題は、民法と消費者法との関係についても生じる。この問題は、抽象的には、民法の想定する権利主体として「消費者」を想定するか⁴³⁾、具体的には、消費者の権利保護の視点から定められた諸規定を民法典に取り込むか、民法典とは別立ての特別立法の位置づけを与えるかという形をとって生じる。

事業者—消費者間の取引が一般市民の日常的取引に深く浸透した現実を踏まえると、むしろ消費者としての市民の個性を前面に出さず、抽象的な市民を前提とする民法典は、もはや現実味を喪失しつつあるようにも感じられる。

しかし、この選択問題もまた、民法典の基本的性格をどのように理解すべきか、という点に深く関わる。消費者概念および消費者保護のルールを民法典自

42) 例えば、運送契約、仲介契約などは日常的にも利用されるごく一般的な契約であるが、これを民法の基本的契約類型のどこに、どのように分類して置くべきかは、難しい問題である。

43) ドイツ民法典は、「消費者」(Verbraucher)概念を導入し(13条)、消費者保護法を組み入れた(474条、475条、495条など)。この点につき、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003)321頁以下、426頁以下参照。

体に取り込むことにより、民法典の契約自由の原則、それに立脚した自己責任の原則に対する理解がどのように変化するか、また、それ以前に、そもそもこれらの原則の内容自体が実体的に変容を受けるのかが、実質的に重要な問題である。この点についても立場は分かれるであろうが、消費者法における私的取引への政府の法政策的介入という要素、消費者保護法も、消費者教育と相俟って、最終的には自律的市民を育成するための特別の手段であるという理解に立てば、それによって民法典の原則性・簡潔性・明瞭性を変容させるべき理由とはならず、なおこれを特別立法として民法典とは別立てに位置づけることが適切であるといえよう。

（7）知的財産法の取扱い

さらに、類似の問題として、知的財産法の位置づけがある。形式的にみると、有体物・無体物に通じる一般原則を民法典に取り込むという意味では、無体物の一種である精神的創造物を客体とする知的財産法を民法典の中に取り込むことにも理由があるように思われる⁴⁴⁾。

しかし、知的財産の法的取扱いをめぐる問題は、たんに無体物としての法技術的扱いの特殊性という面だけでなく、あらゆる財産を私的所有権の客体とすべきか、あるいは公有財産（public domain）として残すべき財産領域を認めるべきかという重大問題に通じている。知的財産を通常の有体物と同様に絶対的な私的所有権の客体とすることは、知的財産を用いた文化的・創造的活動の自由に影響を与える⁴⁵⁾。その結果、知的財産の私的所有をどこまで保護し、創造

44) 実際、1996年ベトナム民法典・第5部「知的財産及び技術移転」(715条～825条)は、知的財産法を包含する。

45) このように知的財産の創造者の《権利》と、その一般利用者の創造活動の《自由》とを対比し、知的財産立法の拡大を批判的に分析するものとして、L・レッシング/山形浩生=守岡校訳『フリー・カルチャー』(翔泳社、2004)がある。

46) インスティトゥティオネス体系によるものとして、プロイセン一般ラント法典(1794年)、フランス民法典(1804年)、オーストリア一般民法典(1811年)などがある。他方、パン

者以外の他人によるその利用行為をどこまで規制すべきかは、国家の法政策的判断の余地が比較的大きい問題である。したがって、こうした特別の性格をもつ知的財産法を民法典に取り込むことは、絶対的所有権の保護を権利体系の中核に据えた民法典の基本原則を不透明なものとする副作用も生じさせかねない。

(8) インスティトゥティオネス体系とパンデクテン体系

民法典整備支援においては、すでに民法典編纂に向けた準備作業（例えば、民法教科書の執筆など）の段階から、民法理論の叙述順序および民法典の規定配列として、インスティトゥティオネス体系によるべきか、パンデクテン体系によるべきかが、大きな問題になる。立法例も分かれている⁴⁶⁾。

インスティトゥティオネス体系は、権利の主体・客体・変動と展開する点で、理論的に明快な、首尾一貫した体系性をもつが、権利の変動に関する部分が権利の主体・客体に関する部分に比べて圧倒的に大部となり、バランスを失する点に問題がある⁴⁷⁾。

これに対し、パンデクテン体系は、インスティトゥティオネス体系における権利変動の規定が、総則編、物権編、債権編、相続編へと分散されているが、一般的規定から特殊的规定へとという方針で編纂されているために、編・章・節・款の各段階ごとに「総則」が置かれ、様々な具体例を漏れなく一括するために抽象的・一般的概念を多用した規定を置いていることから、法律用語が日常用語からかけ離れ、条文の意味内容の抽象度が高くなり、適用範囲にも解釈の幅が出るなど、具体例を想定したストレートな規定が少なくなるという問題がある。

デクテン体系によるものとして、ドイツ民法典、日本民法典、タイ民商法典、ロシア民法典、ベトナム民法典、カンボディア民法典草案などがある。検討中のヨーロッパ民法典についても、基本的にパンデクテン体系に則った構想がある（Study Group on a European Civil Code, http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_4）。

47) 例えば、フランス民法典は、人（7条～515-8条）、物および様々な形態の財産（516条～710条）、所有権取得の様々な方法（711条～2283条）という条文配列である。

もっとも、インスティトゥティオネス体系とパンデクテン体系とをまったく異質の体系として捉えるのは適切でない。すなわち、パンデクテン体系の第1編・総則の内部は、権利の主体（自然人、法人）・客体（物）・変動（法律行為、代理、時効）というように、インスティトゥティオネス体系の構造をもっている。パンデクテン体系の第2編（第3編）・物権、第3編（第2編）・債権および第5編・相続は、インスティトゥティオネス体系の権利変動に関する規定を分解したものとみることができる。したがって、インスティトゥティオネス体系もパンデクテン体系も、実質的には、権利の主体・客体・変動を機軸とする権利の体系であり、その意味においてパンデクテン体系はインスティトゥティオネス体系の基本構想を維持し、発展させた形態として位置づけることもできよう。実際、インスティトゥティオネス体系でも、一般的・原則的規定を先にし、特殊的・例外的規定を後に置くという規定配列が部分的に採用されている⁴⁸⁾。

ただし、パンデクテン体系をそのように位置づけるとしても、その問題点として、権利主体に関する規定が、第1編・総則の「自然人」の章と第5編・親族の中に分散されることになり、この点は理論体系上も実際上も不便を生じさせている⁴⁹⁾。したがって、パンデクテン体系にもなお改善の余地があり、インスティトゥティオネス体系から今なお取り入れるべき要素が残っているというべきである⁵⁰⁾。

48) 例えば、フランス民法典にも「総則」(dispositions générales) 的規定（節・款）が存在する。

49) このような観点から、現行日本民法典の編別構成を決定する過程では、第1編・総則に次いで、第2編・親族を置くべきであるとの提案も行われていたことが注目される（法典調査会における梅謙次郎発言。法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12 法典調査会 民法総会議事速記録』（商事法務研究会、1988）5頁）。また、民法体系における「人の法」の位置づけにつき、山野目章夫「『人の法』の観点の再整理」民法研究4号（信山社、2004）1-29頁参照。

50) 例えば、カンボディア民法典草案には、そのような試みが見出される。それは、第1編・総則、第2編・人、第3編・物権、第4編・債務、第5編・各種契約・不法行為等、第6編・債務担保、...という規定配列から構成される。

(9) 物権と債権との関係

インスティトゥティオネス体系かパンデクテン体系かの問題は、形式的な規定配列の問題であるにとどまらず、内容的にも、物権と債権との関係をどのように捉えるか、両者をどの程度分離したものとして取り扱うべきか、という実質問題と深く関連している。この点も、民法典整備支援においては大きな問題になる。

インスティトゥティオネス体系の場合、両者は基本的に債権編の中に融合しているから、それらを概念的・体系的に区別しない民法体系に適した構成であるといえる。これに対し、パンデクテン体系では、両者が体系的にも区別されていることを前提にして、これらをどこまで分離するか、その分離を徹底して「峻別」するか、そこにまで至らない「区別」の程度に留めるか、法的構成可能性が残されている⁵¹⁾。

さらに、パンデクテン体系を採用した場合は、債権編と物権編の規定配列を、《債権→物権》という順序にするか⁵²⁾、《物権→債権》という順序にするか⁵³⁾、やはり選択の余地がある。現実の取引のプロセスを想定すれば、債権行為から始まり、その履行として物権行為が行われ、最終目的である所有権、その他の財産権の移転が生じることから、《債権→物権》という順序が馴染みやすいであろう。他方、権利変動の最終目的となる所有権をはじめとする物権の重要性に鑑み、その定義、法的性質、効力（侵害に対する保護方法を含む）、変動の

51) 以下の ~ の条件が揃った場合、物権と債権とは「峻別」されていると表現することができる。すなわち、物権と債権とを概念的にも体系的にも区別していること、物権は絶対権（すべての者に対して主張できる権利）、債権は相対権（債務者に対してのみ主張できる権利）として理解されていること、物権変動の形式主義（物権変動を生じさせる行為は、法律で定められた特定の形式によらなければならない）を必要とすること、物権行為の独自性（物権変動を生じさせるためには、その原因となる債権行為とはつねに別個の、物権変動そのものを生じさせることを目的とする物権行為を必要とする）を承認すること、物権行為の無因性（物権行為自体に無効・取消・解除などの失効原因がないかぎり、その原因となる債権行為が無効・取消・解除などによって失効しても、物権変動の効果自体はただちに影響を受けない）を承認することである。

要件という骨格を理解したうえで、その権利変動プロセスにバリエーション（契約当事者間における様々な特約など）を付けたり、権利変動プロセスで当事者間に起こりうる様々な事件（危険負担、債務不履行など）に対処する詳細なルール、その他の動態的規定として債権法を置くという見方からは、『物権→債権』という順序が説得力をもつであろう。

（10）法律行為概念、その他の一般的・抽象的概念の採否

パンデクテン体系に典型的にみられるように、関連する幾つかの具体的な法概念、法理、法制度などを包括し、共通法理を抽出するために、一般的・抽象的概念を民法典においてどの程度採用すべきかという問題も、しばしば大議論の対象になる。その典型例が、「法律行為」（Rechtsgeschäft）の概念を民法典に採用すべきか否かをめぐる争いである。

「法律行為」概念を採用することのメリットは、契約のほか、遺言・財団設立・債務免除・相殺・取消し・解除などの単独行為、社団設立・組合設立などの合同行為といった、人の意思表示に基づく権利変動の要件・効果を包括的・体系的に説明し、規定することができ、それぞれの箇所でも同じ説明や規定を繰り返す必要をなくすとともに、共通法理の探求を可能にする点にある。

例えば、意思表示を構成要素とするこれらの行為を単独で有効に行うための精神的能力として要求されるべき意思能力および行為能力に関する規定、これらの行為の効果をただちに発生させるのではなく、将来生じうる一定の事実依存させるための条件・期限の付加、これらの行為を行うに際し、心裡

52) 例えば、ドイツ民法典、タイ民商法典などはこの方式による。

53) 例えば、ザクセン民法典、日本民法典、ロシア民法典、ベトナム民法典、カンボディア民法典草案などはこの方式によっている。

54) したがって、「法律行為」概念の採否は、実はその問題だけにとどまらず、民法典の冒頭に「総則」編を置くか、置くとしてもその内容をどうするか、したがって、パンデクテン体系を採用するか、採用するとしてもその形態をどうするかという問題とも必然的に相当地に連動してくる。

留保・非真意表示・通謀虚偽表示・錯誤・詐欺・強迫などの欠陥（いわゆる意思表示の瑕疵）があった場合に意思表示の効果、したがって、権利変動の効果を否定するための要件・効果、これらの行為が行われた際に当事者の精神的能力の欠如や意思表示の瑕疵はなかったが、行為の内容自体に不確定・不明瞭、実現不可能、不適法、社会的妥当性の欠如（公序良俗違反）などの問題が存在した場合の行為の効果、そして、これらの行為が代理人によって行われるための要件・効果などについて、何れも包括的・体系的な説明ないし規定を置くことができる。それらは何れも、パンデクテン体系の特色である「民法総則」の中心内容を構成する⁵⁴⁾。

これに対し、「法律行為」概念を採用しない場合は、意思能力、行為能力に関する説明・規定は自然人ないし人の法（親族法）の箇所に⁵⁵⁾ 条件・期限に関する説明・規定は債権編の総則または契約総論の中に⁵⁶⁾ 意思表示の瑕疵は債権編・契約総論における契約の有効要件として⁵⁷⁾ 法律行為の内容が不確定・不明瞭の場合の解釈、その内容が実現不可能、不適法または社会的妥当性を欠如する場合の効力の問題は、契約の有効要件として債権編・契約総論に、代理に関する説明・規定は、契約締結の一方法として契約総論に、または代理が典型的に用いられる委任契約の箇所に置かれるなど、様々な箇所に分散されることになる⁵⁸⁾。

このように、一般的・抽象的概念の採否の何れが優れているかはただちに判定できないが、両者の長所・短所を十分に比較し、理解したうえで、被支援側および支援側の十分な議論を経たうえで決定されるべき問題がある。

(11) 第三者保護規定の位置づけ

最後に、民法規定の中に散在する第三者保護規定について、その存在意義や

55) その例として、カンボディア民法典草案14条以下がある。

56) 例えば、カンボディア民法典草案326条～328条は、条件・期限の規定を債権総論に置く。

57) その例として、カンボディア民法典草案342条以下がある。

58) 例えば、カンボディア民法典草案361条以下は、代理の規定を契約総論に置く。

法的性質をどのように説明し、要件・効果をどのように整理し、民法理論ないし民法規定の中に組み込んでゆくか、という問題がある⁵⁹⁾。その中でも、いわゆる対抗問題において競合する第三者の保護方法、元々の無権利者からの取得者たる第三者を例外的に保護する方法（通謀虚偽表示に対する第三者保護、表見代理、占有や登記の公信力など）、いったん移転した権利が権利変動原因の失効（取消し・解除など）によって原権利者に復帰すべき場面における第三者保護の方法など、相互に似て非なる諸制度が存在する。民法（典）整備支援の場面では、これらの制度の要件・効果の違いを的確に説明すべきことはもちろん、そもそも広い意味での非権利者からの取得がなぜ可能なのかという基本問題に対する説得力ある説明も不可欠になる⁶⁰⁾。

5. むすびに代えて

（1）民法典整備支援にとっての民法学の役割

以上のようにみてくると、民法典整備支援においては、民法典とは何か、それが本来どうあるべきものか、その基本構造はどうあるべきか、その主要な制度に関する標準理論が存在するか、仮にそれがあるとしてどのような内容のものとみればべきか、その判断の指針は何か、……といった民法の基礎理論が一から問われており、それに対する解答があらためて求められている、ということに気づかされる⁶¹⁾。

59) 概して（旧）社会主義諸国の民法典では、第三者保護規定が欠けている、あるいは稀少であることが少なくない。このこと自体、第三者保護規定が市場機構を支える制度として形成され、機能してきたことを示すものかも知れない。

60) 例えば、二重譲渡による取得、無権利者からの取得といった一見変則的な権利取得形態に対しては、あたかも譲渡人の違法行為を追認し、助長するような印象を与えることもあり、ただちに受け容れられない場合も少なくない。山下輝年「法整備支援への誘い」第3回法整備支援連絡会（平成13年9月13日）配布資料6頁、新見育文『『法整備支援』における法概念——民法を中心として——』比較法研究62号（2001）88-94頁。

しかし、そもそも各国に固有の歴史、文化、習俗、慣習などのインフォーマル・ルールに規定された、本質的にドメスティックな学問ともいえる民法学において、はたして一般的な標準理論なるものが見出されるかについては、多くの議論が存在するし、今後も容易に認識の一致をみないかも知れない。それでもなお、支援側各国の実定法の枠組を所与の前提として形成された複雑かつ緻密な解釈論を、民法典整備支援に際してはできるかぎり活用し、国内における法解釈・法政策の場で必要とされる以上の多様な立法例を収集・整理し、比較・検討する中から、《現代の自然法論》ともいべき標準理論が、徐々に形成される可能性も皆無とはいえないであろう。

(2) 民法学にとっての民法典整備支援の意義

このことは、民法学にとっても法整備支援が、国内における法解釈・法政策の議論とともに、本腰を入れて取り組むべき重要な実践課題となりうることも示唆する。なぜなら、民法典整備支援を通じて絶えず繰り返されるであろう標準的民法理論の模索は、民法理論の一般化・体系化への契機となるかも知れないからである。多様性の中から見出しうる共通ルールこそが、一般理論の候補になりうるであろう。

(3) 民法典整備支援・民法学と開発法学

民法典整備支援と民法学との前記のような相互作用は、開発法学にも新たな知見を加えうる。とりわけ、民法典という基礎的な形式的制度の導入・改正により、被支援国のインフォーマル・ルールを含む制度全体がどのように変化しうるか、そのプロセスを検証することは、形式的制度の変更による制度全体的変化のメカニズムを理論的に解明しようとする現代の開発法学の関心の的であ

61) 前述 4 (1)～(11)に概観した問題点は、あくまでもその一部である。このほかにも、例えば、債務不履行の基本形態をどう整理するか、債務不履行・瑕疵担保・危険負担の相互関係をどのように説明し、規定すべきかなど、民法(典)整備支援の現場では、各国法の比較を踏まえて、何らかの標準理論が求められる点が多々存在する。

るといえる。そこからまた、開発法学の理論を法整備支援の実践へとフィードバックすることも可能になる。こうしてみると、民法典の整備支援に本格的に取り組むことから、多くの副産物が生み出されることも期待される。