

翻 訳

中国民法典による新法学提要体系の採用と その理由について

——中国民法典体系化失敗論の検討——

On the New System of Institutes of the Civil Code of PRC

and the Reason for Adopting It:

Also Discussing Professor Su Yongqin's Opinion that the Civil Code
of PRC is Failure in Systematic

徐 国 棟*
訳 矢 澤 久 純**

訳者はしがき

本翻訳は、徐国棟：《论《民法典》采用新法学阶梯体系及其理由——兼
权《民法典》体系化失败论》，载《财经法学》2021年第2期（总第38期）
（2021年3月）3-18頁の翻訳である。徐国棟氏は、1961年中国湖南省生まれ
で、中国福建省アモイ市にあるアモイ大学法学院特別招聘教授、博士指
導可能教授、法学博士である。民法学及びローマ法学がご専門で、10冊以
上の著書、200本以上の論文を発表されておられる。中国における多くの
法学系学術誌の編集部から常に原稿執筆を依頼され、月に1本以上とも言
えるペースで論稿を発表され続けておられる。ローマ法を踏まえ、常に多
言語を駆使した研究をされることで知られている。常に多くの国の民法典
制定状況に気を配り、ご自身の論稿に活用されるだけでなく、多くの国の

* アモイ大学法学院特別招聘教授

** 嘱託研究所員・北九州市立大学法学部教授

民法典を中国語に訳すプロジェクトも推進されている。まさしく、現代中国を代表する民法学者・ローマ法学者の一人である。日本の研究者との学術交流は多くないようであるが、教授の代表作の日本語訳『民法基本原則解釈』が刊行されており(矢澤・李偉群共訳、溪水社、2018年)、日本においてその名を知る論者が増えているのではないかと予想される。その徐教授が、2021年2月4日に、『財経法学』誌への投稿原稿として個人的に電子メールで送って下さったのが本論文である。

中国は、民法通則、2017年の民法総則、物権法、契約法、不法行為法、相続法といった単行の法律から実質的意味の民法が成り立っていたところ、統一的民法典を作ることが課題として登場した。その後、編ごとに草案が作られてゆき、2019年12月16日に「民法典(草案)」が書き上げられ、2020年5月28日について中国民法典が制定されるに至った(その施行は2021年1月1日である)。上記の単行法を条数が繋がるようにすることがメインではあったが、それだけでなく、ところどころに新规定や新制度が置かれるに至っている。この新中国民法典の個々の規定・制度に関する論文は、中国においてすでに数多、発表されてきている。しかし、本論文は、中国民法典のみならず、民法典というものの体系を考える上で有意義な論文と考えられたため、即座に日本語訳を思い至った。理由は以下の通りである。すなわち、――

本論文は、中国民法典が債権総則を設けずに契約法の総則として構成し、不法行為法を独立の編としていることについても議論の対象としている。私事で恐縮であるが、訳者は債権総則の存在それ自体及び在り方、ひいては「総則」を設置することそれ自体について疑問を有しているため(拙稿・「民法典に債権総則は必要か・再論」北九州市立大学法政論集第48巻第1・2合併号91頁(2020年12月)及び「民法416条の不法行為への(類推)適用に関する一考察」法学新報第127巻第12号291頁(2021年4月)等参照)、本論文は日本における民法典の体系に関する議論に資するのではないかと考えた。2017年(平成29年)の民法(債権法)大改正に対していわば指導的役割を果たされたとも言える内田貴教授がかつて指摘された

ように、いずれ来るべき民法典の全面改正のときには総則編の位置づけについての選択に直面しなければならないときが来るであろう（内田貴『債権法の新時代』、商事法務、2009年、231頁）。それ故、債権総則や総則編についての議論は継続する必要があると思われるのである。加えて、本論文が議論の対象としている台湾の政治大学講座教授であられる蘇永欽教授も、まさしく本論文で述べられている通り、極めて有力な民法学者である。事実、蘇教授による2本の論文も一見して密度の濃さが伝わってくるものであり、仮にそれを批判するにしても、相当、読み込む必要がある。ここで徐教授の本論文のみを訳出するのは、議論の当事者の一方のみを紹介するものではないかとの批判も生じ得るが、蘇教授の論旨の概要は本論文でも読み取ることができるので、さらには台湾の有力な教授と中国大陸の有力な教授による論争を日本人の視点から垣間見て学ぶだけでも有意義なことと思われるのである。

こうして、徐教授に対し、本論文を日本語へ翻訳し、『財経法学』刊行後に日本において発表したい旨を伝えて、許可をお願いしたところ、徐教授からは直ちに承諾の返事をいただいた（2021年2月5日の訳者宛の電子メール）。その後、徐教授からは、いわゆる校正ゲラ【清样】のご提供もいただき、冊子現物の刊行前に原文を拝見できるという幸運にも恵まれた。徐教授のご厚意に御礼申し上げたい。訳者自身は基本的に徐教授の見解に与するが、もしこのテーマについて日本の諸先生方の論究が発表されれば、私見を一層、鍛えることもできるのではないかと考えている。

本翻訳において使用した訳語について少し述べておきたい。まず、「家庭法」という言葉についてであるが、これは、相続法を含まない家族法の意味と考えられる。日本語で言うところの家族法から相続法を抜いた部分の意味であろう。次に、「法学提要体系」という訳語については、「インスティトゥション式」という語の方が馴染みがあるのかもしれないが、原語のまま「法学提要体系」とした。

中国語の原語を記載した方が良いと考えられる場合には、隅付パーレン【】を付して、その中に記載した。亀甲〔〕内の語句は、読者の理解

のしやすさという観点から、訳者が補ったものである。中国では、法律名を二重山型括弧《 》で括る習慣があるが、日本ではそのような習慣がない。しかし、本翻訳では、中国の習慣に倣って、タイトルを除いて、原文のまま法律名を《 》で括った。

中国語の疑義に関しては、原著者徐教授が教えて下さった他、宿遷学院外国語学院の劉紅艷副教授、明治学院大学の西香織教授よりご教示を得た。ここに記して、御礼申し上げます。しかしながら、なにぶん内容が難解な論文であることもあり、訳文には(恥ずかしながら)訳者の能力不足に起因する誤りが多々あるものと思われ、それらはすべて訳者である矢澤の責任であることは言うまでもない。諸先生方のご教示・ご叱正を頂戴できれば幸甚である。本翻訳が日本における民法学の議論にとって少しでも意義を持つならば、訳者としてこれに勝る喜びはない。

原著者徐教授は本年5月に還暦を迎えられた。本翻訳を徐教授に謹呈して、祝意を表したい。

一 大陸学者による《民法典》体系の研究と蘇永欽教授による批評

《中華人民共和国民法典》(以下、《民法典》と略称する。)公布後、国を挙げての祝賀が行われた。何故、祝賀されたのであろうか。その理由は多い。ここで私は、二点のみ挙げておく。

其の一。我が国は、《民法典》制定によって、ついに、自身の立法上の学術的独立を実現した。いわゆる立法上の学術的独立というのは、主として、自己の学術的資源を拠り所として自己の民法典を起草することを指す。しかし、国外の多元的学術資源を参考する対象として排除しない。もし自己の学術的資源がないなら、別の一国又は数ヶ国の学術的資源を拠り所として民法典を制定するしかなく、こうして、トルコやエチオピアのような法律の移植が起きる¹⁾。我が国の民法典編纂史の角度から見れば、そ

1) トルコは基本的に《スイス民法典》を踏襲したのに対し、エチオピアはフラ

これは、「中国は日本の焼き直し、日本はドイツの焼き直し」という伝統的なセットの言い回しを打ち破った。その言い方が述べているのは、中華民国時代の民法典編纂は主として日本を通じてドイツの学術的資源を得ていたという意味である²⁾。学術的独立というのは、民法典体系上の表現をすれば、人が前で物が後という新法学提要体系を打ち立てたということである。

其の二。《民法典》の公布は、数千年に及ぶ法文化の根本的な転換の一つの契機となった。李悝が制定した《法経》以来、我が国の「刑を重んじ民は軽し」、甚だしきは「刑はあり民はなし」という伝統が形成されてきた。20世紀30年代に《中華民国民法典》が公布され、こうした状況は一新されたところがある。1949年以降、《中華民国民法典》は我が国台湾地区に限られ、大陸の方は、再び民法典のない状態となった。改革開放後の1979年、中国大陸は刑法を制定した。1955年から民法を制定する試みが始められていたが、試みては頓挫、試みては頓挫が続き、2020年になってようやく成し遂げられ、刑民両法典が揃って備わるという局面が形成された。過去の法制は一本足で歩いていたようなものであったが、現在は二本足で歩いているのである。このような大きな願いが叶ったのだから、どうして祝わずにいられようか。この慶事は、民法典制定が国の大事とされる時代は遠い過去の話ではないことを証明しているのである！

祝賀のあまり、学界は《民法典》について様々な研究を行っており、少なくとも王利明及び方新軍の二人の学者が《民法典》の体系について研究を行っている³⁾。王利明の解するところによれば、《民法典》は民事

ンスの学者であるルネ・ダヴィドを招請して自国のために民法典を起草してもらって、《エチオピア民法典》を作り上げた。

2) その詳細については、参見徐国栋：《1964年民法典草案的政治经济学化——兼论现行〈民法典〉中政治经济学条文的处理》，载《探索与争鸣》2021年第1期。

3) 「少なくとも」という語を使ったのは、〔文献の〕閲読には限界があり、大陸の他の学者が《民法典》の体系について研究していて筆者がそれを知らないということもあるからである。

権利の体系を採用しており、民事権利は《民法典》各編の公約数である。総則編は民事権利の主体、客体、民事権利の行使及び保護等を規定し、分則の諸編はそれぞれ、物権、契約上の債権、婚姻・家族における権利、相続権及び各項目の権利の保護というように繰り返されている。こうした体系はパンデクテン体系よりも優れている。なぜなら、5編制には明らかに「物を重んじ、人を軽んじる」傾向が存在し、財産権を中心にして分則体系を構築していることは明らかだからである。7編制は、人格権編と不法行為責任編を独立して設置することで人の主体的地位を際立たせており、民法典のヒューマニズムへの関心がはっきりと現れている⁴⁾。方新軍の解するところによれば、民法典の体系は外在的体系と内在的体系に分けられる。前者は規則の体系であり、抽象的概念のレベルの分類を道具とするものである。後者は原則の体系であり、原則の分層、列举及び具体化をもって道具とする。外在的体系の基礎の一つとしての概念法学が批判されたので、内在的体系が現代の民法典編纂において地位が上昇したのである⁵⁾。方新軍の考えでは、《民法典》総則編で意思自治の原則、合法的權益保護の原則、平等原則、公平原則、誠実信用原則、合法性の原則、公序良俗の原則、グリーン原則を定めていて、これらのことは比較法上、際立った特色を有しており、内在的体系の外に現れた突出した表現なのであって、未来の民法典の発展方向を代表するものである。軽重の異なるこれらの原則が具体的問題の解決を導くのであって、民法が規律する事項のための処理基準を提供する⁶⁾。このことによって、民法は一つの有機的総体となり、体系の開放性を備える。

王利明の見解は、民事権利体系説と総括することができ、《民法典》の

4) 参見王利明：《民法典令人瞩目的体系创新》，载 <https://news.ruc.edu.cn/archives/285548>，最終アクセスは2021年2月2日。

5) 参見方新军：《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》，载《法制与社会发展》2019年第2期。

6) 参見方新军：《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现》，载《中外法学》2017年第3期。

外在的体系を論証している。方新軍の見解は、基本原則体系説と総括することができ、《民法典》の内在的体系を論証している。説明を要する点は、方新軍による本稿のテーマに合った2篇の論文は、《民法総則》の公布後に発表されたものであって、《民法典》全体が出る前の時期である、ということであるが、しかし、その論述は《民法典》に対して有効である。

しかしながら、以上の見解は、蘇永欽教授の賛同を得てはいない。《民法典》公布後、蘇教授は「ただ恐るるは双溪の小舟の載せて動かざるを、愁い多きばかりに——法典学の角度からの、中国大陸民法典の評価と展望——」^{〔訳注1〕}と「大民法典の理念と青写真」という2本の文章を発表されている。前者のタイトルは、皮肉が効いていて心を刺すものがある。そして、《民法典》は、下位のものを引き出す債権総則を欠いているが故に、体系化の程度が大きく後退しており、120年以上前のドイツ、スイス、オーストリアといった国々の民法典の方がまだましであると解している。《民法典》が9件の単行法に取って代わることは無駄なことであって、動よりも静の方がましであることを理由に、それらの単行法が民法典を構成する必要はないとさえ主張されておられる⁷⁾。後者は、《民法典》は準法典であるに過ぎず、5編制の体系化のレベルでさえ達成していないと解している⁸⁾。

蘇教授は長年、《民法典》の制定に関心を持っておられ、学術会議に出席する機会をよく利用されて、見解を述べられ、提案をされていた。とりわけ、《民法典》公布前には、浙江大学光華法学院が組織した、契約編についての逐条討論に参加され、真心を込めて、参加者を感服させておられる。従って、蘇教授の批判は、善意から出たものである。多くの意見を聞くことで是非がはっきりするものだが、蘇教授の批判は、《民法典》後の喜ばしい時期における大陸民法学界にとっては、注意を促されるものでもあり、蘇教授の見解を受け入れるのか、あるいはその誤りを証明するのか

7) 参見苏永钦：《只恐双溪舴艋舟，载不动，许多愁——从法典学的角度评价和展望中国大陆的民法典》，载《月旦民商法杂志》2020年第9期。

8) 参見苏永钦：《大民法典的理念与蓝图》，载《中外法学》2021年第1期。

を促すものである。

蘇教授の2本の論文を通読した私は、その見解は成り立ち難いと考えた。それ故、この文章を書いて、蘇教授と議論することとし、同時に、王利明や方新軍とは異なるやり方で《民法典》の体系を論証しようと試みた。蘇教授は私より十歳ほど年上であり、蘇教授が1981年にミュンヘン大学で博士学位を取得されたとき⁹⁾、私はまだ西南政法大学の学部学生であった。しかしながら、我々はしょっちゅう一緒に会を開き、2017年10月27日にアモイ大学において開催された蘇教授の講座「中国大陆はどのように法典と向き合う時か【中国大陆如何面对法典时刻】」のときは、私がコメントをしている。この文章を書くために蘇教授が大陸の刊行物に発表した民法典に関するすべての文章を読んだ後、私は蘇教授の学識の深さを強く感じた。君子、和して同じず、各人の知識構造や立場が偏るも同じではない。それ故、我が国《民法典》の体系について、私はやはり、蘇教授とは異なるということ、そして王利明や方新軍とも異なる見解を開陳し、蘇教授や読者高賢のご批判・ご叱正を頂戴したいと思う。

二 基本的概念の整理：体系の意味及び機能

我が国《民法典》の体系について批評した蘇教授の2本の論文は、専ら体系について論じたものであるが、体系を画定することは未だ行っていない。共通の討論をする前提として、基本概念についてはっきりさせておくことが必要である。

「体系」(Συρίστημι) という語はギリシャ語に由来するものであり、その単語の最初の3文字は「同じ場所」を意味し、その後の文字は「立って

9) 蘇教授の博士論文の題目は、《立法措施的可能性和局限性：用基于比较法研究得出的理想类型研究中国台湾地区的市场经济问题》[Möglichkeiten und Grenzen gesetzgeberischer Massnahmen: zu Problemen der Marktwirtschaft in National China (Taiwan), mit Idealtypenbildung anhand von rechtsvergleichen-den Untersuchungen, 214頁] である。

いる」を意味する。従って、その一般的意味は「群れをなして集まる」ということである。その他に「配列【排序】」にも関連し、「カオス」(Χάος)と対概念を形成する。体系の目的は有機性を得ることである¹⁰⁾。体系は学説に用いることができ、また立法に用いることもできる。民法史上、最も初期の学説体系は共和政末期の法学者であるクイントゥス・ムキウス・スカエウォラ (Quintus Mucius Scaevola) がその《市民法》の中で始め、帝政初期の法学者であるマスリウス・サビヌス (Masurius Sabinus) がその《市民法》の中で発展させたものである。この体系は4編制を採用する。すなわち、相続法、人の法、物の法、債の法である(これはスカエウォラの体系であり、サビヌスの体系はこれを基礎として物の法と債の法の順序を逆にする。)¹¹⁾。こうした体系において、相続法が前に来るのは、ローマ人が信じていた、死に向かって生きるというストア哲学の観念を表している¹²⁾。人の法は主体法と家族法という二つの内容を含んでおり、物の法と債の法は現代のパンデクテン体系と同一名の要素と全く同義である。スカエウォラとサビヌスの《市民法》は教科書であり、従って、ガイウス以前のローマの法学校において、こうした古いパンデクテン体系を使って市民法について教授していたのである。

2世紀の法学教師であるガイウスがその教材である《法学提要》の中で打ち立てた、人、物、訴えという体系は、後進の者である。それは、古いパンデクテン体系に取って代わった。この体系は、キケロの影響を受けていた。キケロ曰く、「言葉を理解し、文章を書くためには、言葉を二つの属に分けることよりも役に立ち、そして人を愉快にさせる練習はない。すなわち、一つの属は物に関するもので、いま一つの属は人に関するもので

10) Cfr. G. Pietro Calabrò, Paola B. Helzel, *Il Sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 1-2.

11) Cfr. Fritz Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione italiana di Guglielmo Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 172s.

12) 参見石敏敏、章雪富：《斯多亚主义》(II)，中国社会科学出版社2009年版，第231页。

ある」¹³⁾。この言葉は、アウトラインが粗い世界描写方式を採用したものであり、ガイウスが借用したものである。「訴え」のことは考えないとして、二つを比較すると、法学提要の体系は古いパンデクテン体系に^{あい}相対するもので、民法構成単位のランクを高め、4ランクから人の法と物の法という2ランクに高めたと言い得る。こうして、古いパンデクテン体系の中の相続法、債権法及び物権法は、とてつもなく大きな物の法に組み入れられた。注意しないといけないことは、物の法は物権法と同列に扱うことはできず、ガイウスは相続と債を無体物と見なして、両者を大きな物の法の^{きか}麾下に入れたことである¹⁴⁾。

よく知られているように、これらの古代の教材の体系は、ローマ法の復興により、近代ヨーロッパにおいて再現され、立法体系に転化した。スカエウォラーサビヌス体系について言えば、それはドイツのパンデクテン体系に発展変化した。フーゴー (Gustav Hugo, 1764-1844) が1789年に出版した『ローマ法大綱』という書の中でこれを採用した¹⁵⁾。すなわち、いわゆる総則、債、物権、親族、相続という5編制体系である。[ここから]見てとれることはとよせば、フーゴーがこの体系に対して行なった改造は相続法を後ろに持っていっただけであり、「人の法」の中の主体法を内容とし、ドイツ人が創始した法律行為法と時間法を加えて総則を構成して、前に置いたのである。立法の角度から見ると、パンデクテン体系を最も早く採用したのは《バイエルン・マクシミリアン民法典》[1756年]であり、その後、《ザクセン民法典》[1863年]が採用した。前者の物権編は債編の前であり、後者の債編は物権編の前であった。後に、《ドイツ民法典》がザクセン式のパンデクテン体系を採用した。ドイツモデルに追随した《日

13) Véase Cicerón, De la Invención, In Nicolás Estévez edi. Obras Escogidas, Casa Editorial Canier Hermanos, Tomo Primero, Paris, s/a, p. 228.

14) 参見方新军：《盖尤斯无体物概念的建构与分解》，载《法学研究》2006年第4期。

15) Cfr. Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno (Volume secondo, Giuffrè, Milano, 1980, p. 39.

本民法典》、《中華民國民法典》（現、我が国台湾地区の「民法」）、《韓国民法典》もまた、このモデルを採用した。

法学提要体系について言えば、それもまた、現代の教材の体系に発展変化した。例えば、ドイツ人のゲオルク・アダム・シュトゥルルーヴェ [Georg Adam Struve] は、法学提要体系に従って、『ローマーゲルマン市民法学』（*Jurisprudentia romano-Germanica forensis*）（イエーナ、1670年）を書いた。スペイン人のG・サラは、法学提要体系に従って、『ローマスペイン法学提要』（パレンシア、1795年）を書いた¹⁶⁾。その体系が立法体系の例となったのは、よく知られているように、『フランス民法典』である¹⁷⁾。

ここに至って、得ることができる総括は、以下の通りである。すなわち、――

1. 体系は雑多な材料の配列方法であり、もし観察対象の規模が小さければ、体系は必要ない。例えば、積み木が一つしかない場合である。もし積み木がいくつかあって、一定の意図に従ってそれらを配列するならば、体系がある。それ故、体系はすなわち配列順序である。配列順序無意味論は、休息することができるかな！ 民法の材料は、十分、雑多性があり、従って、体系が必要である。

2. 体系は、先に教育に用いられ、後で立法に用いられた。この観点からは、スカエウォラーサービス体系、法学提要及びドイツ式パンデクテン体系のいずれにも適用される。体系は先ず、学生が効率よく、多数の雑然とした民法の素材を掌握しやすくする配列方式である。従って、スペイン語圏では、我々が体系と言うものを「方法」という語で表し、その意味は「追隨する道」である¹⁸⁾。その次が立法方式である。体系のこのような二

16) 参見徐国栋：《优士丁尼法学阶梯评注》，北京大学出版社2011年版，第24-26页。

17) 《フランス民法典》は、改良した法学提要体系を採用し、3編に分けた。すなわち、第一編が人、第二編が財産及び所有権の様々な変更、第三編が財産を取得する様々な方法である。

18) Véase Enrique Martínez Paz, *El Metodo del Codigo Civil Argentino*, En Revista

重性は、その適用テキストが教材と立法の性質を併せ持っていたことに基づいている。例えば、ユスティニアヌスの『法学提要』は二つの性質を有するものであった。

3. 体系は、価値の宣示という性質を有し、宣示の方式は素材の序列の先後を通じて配置することである。例えば、スカエウォラーサビヌス体系は、その創設者の「死を知らずして、どうして生を知ることができるのか」というストア哲学の観念を、そして債と物の両者のうちどちらが重くてどちらが軽いのかについての異なる理解を宣示していた。《バイエルン・マクシミリアン民法典》と《ザクセン民法典》もまた、同一の問題に対して異なる態度を表明していた。法学提要は、人の、法の目的としての先在性を宣示していた¹⁹⁾。ドイツのパンデクテン体系は、その創設者の数学的理性主義思想を宣示しており、その法学分野における表現が概念法学であった。

4. 体系はショーウインドウ機能【橱窗機能】を有する。すなわち、学生と法の適用者に向けて一見すれば分かる民法の内容を提示するものである。この面において、法学提要体系は、「取っ手」の設置が高すぎるが故に、良くなく、むしろ、スカエウォラーサビヌス体系とドイツのパンデクテン体系は特に見事である。従って、《民法典》は両者の優れた点を選び取らねばならない。

5. 画定性。この性質は、体系のショーウインドウ機能と関係がある。ショーウインドウに含まれているものは、実際には民法の外延の境界であり、列挙は、この境界を確定する簡単な方式である。例えば、民法典というこのショーウインドウの中に親族法を入れるということは、民法と婚姻

de La Universidad Nacional de Córdoba, Núm. 4(2): Junio 1915, pp. 27-28.

19) I. 1, 2, 12: 我々が用いるあらゆる法は、人か、物か、訴訟と関係がある。まず、人について見ることにしよう。なぜなら、法は人のために制定されるのであるから、人を無視するならば、法についてほとんど知らないということになってしまうからである。(参見[古罗马]优士丁尼〔ユスティニアヌス〕:《法学阶梯》, 徐国栋译, 中国政法大学出版社2005年版, 第21页。)

法の統合を意味し、両者分離のソ連—ロシアモデルを捨て去り、民法は単純な財産法であるという理解を希薄化し、民法各単元の同質性の追求を下げている。なぜなら、ソ連—ロシアモデルが家庭法を独立させているのは、家庭法と財産法との異質性があまりにも際立っているからである。一定の角度から見れば、これは、ある種の荒っぽい理論的態度の代表である。すなわち、共通点を求めて相違点を残す【求同存異】のではなく、むしろ「異なるもの」を境界の外へ追放しているのである。もう一つ例を挙げれば、相続法を民法典というこのショーウインドウの中に入れることは、民法と政治経済学の境目をはっきりさせるということの意味している。我が国はかつて、2回目の民法典起草の際に、政治経済学の「三セット【三件套】」（所有制、価値法則、労働に応じた分配）を民法化することを試みたことがある。このために、労働に応じた分配の原則に合致しない相続法を追放し、それに対して「楽を好んで労を厭う、他人の成果でうまい汁を吸う」というレッテルを貼って励ました。直ちに、《民法典》は相続編を含めた。このことは、少数の政治経済学条項が未だ留保されているものの、民法典の脱政治経済学化を成し遂げたことを意味する²⁰⁾。最後に、複数の領域の業者からの激しい要求があるものの、知的財産権と国際私法は《民法典》の中に取り入れられていない。このことは、立法者が、それらは、厳格であるにせよ厳格でないにせよ、民法の外延の内側にはないと考えているということも表明しているのである²¹⁾。

蘇教授の2本の論文は、公約数抽出を通じて得られる垂直型の体系が体系であるということを承認しているに過ぎない。このような体系は法の探究に便利であるから、水平型の体系を体系と認めず、水平型体系の価値宣示機能、ショーウインドウ機能及び体系の教学・立法兼用性を見落としている。このような軽視をすることがなければ、水平式の民法典もまた体系

20) 参见前引2), 徐国栋文。

21) 《民法典》総則編第123条は、「民事主体は知的財産権を享有する」ことを定めている。従って、知的財産権法は厳格には法典に入っていないわけではない。国際私法は全く法典に入っていない。

を有するものなのである。

三 我が国《民法典》の体系による、パンデクテン体系と 法学提要体系の両者の粹の採用

なぜ二つの体系を抽出しなければならないのか。それは、両者の体系にはそれぞれ長所と欠点があるからである。パンデクテン体系の長所は、全体のショーウインドウ機能が強いことであるが、価値宣示は誤っており、王利明が述べるところと同じく、物を重んじ、人を軽んじている。しかも、一部のショーウインドウ機能は弱い。法学提要体系の長所は、価値宣示が正確であることであるが、ショーウインドウ機能は劣っている。両種の体系のうち、パンデクテン体系が先に生まれたので、筆者は先ず、その価値宣示の誤りから話を始めよう。

《ドイツ民法典》起草者の一人であるベルンハルト・ヴィントシャイト(1817-1892)が言うところによれば、「すべての私法、やらなければならないこと、には二つの対象がある、すなわち、一、財産関係、二、家庭関係である。それ故、私法の主要な区分は、財産法と家庭法の区分である」²²⁾。この典型的物質主義【物文主義】民法の対象の定義は、人格関係を落としており、元々、人格権関係のことを考えていなかったかもしれない、財産関係と家庭関係だけを民法の対象と考えていて、しかも財産が前で家庭が後であった。これが、以下のような民法観を招く。すなわち、「従来、私自身も含めて、市民法を商品交換の法と理解した」²³⁾。なぜ、財産が前で家庭が後なのか。サヴィニーの解するところによれば、私法体系の「自然な順序」は純粹家庭法、物法、債務、実用家庭法、そして相続法である。そのうち、物法と債務が財産法の主要な内容を構成しており、純

22) Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette* (Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1925, p. 41.

23) 参見[日]渡辺洋三：《近代市民法的基本原理》，宋海彬译，载程波主编：《湘江法律评论》第13卷，湘潭大学出版社2015年版，第61页。

粹家庭法は、婚姻、父権、親族や後見等の内容を処理するもので、実用家庭法は婚姻家庭関係と一般財産関係の相互が結び付いた後に発生する内容を処理する。このように、「実用家庭法」は、本質的には財産法の一部である²⁴⁾。この見解に拠れば純粹家庭法は財産法の前に置かれるべきことになるが、しかし、サヴィニーは、結局、実用家庭法に純粹家庭法を取り込ませることを選択し、次のような民法体系、すなわち、物法、債務、家庭法（純粹家庭法と実用家庭法）、相続法という体系を採用した。このような順序は物を重視し、人を軽んじるもので、倫理実体としての家庭を経済体としての家庭の付属品と見ていることは疑いない。

《ドイツ民法典》が効力が生じてから40年程後に、ドイツの民法の精鋭が、パンデクテン体系に基づく上述の欠点について改革の提案を行い、1942年の《人民法典（草案）》となって現れた。それは、最終的には、次のような8編制の体系、すなわち、人法、親族法、相続法、契約法、所有権法、労働法、企業法、団本法という体系を採用していた²⁵⁾。これは、人が前で物が後であり、人法、親族法、相続法の3編が人身法として前に置かれ、パンデクテン体系の物質主義から抜け出たものであった。

日本人もまた、パンデクテン体系の、財産が前で家庭が後という誤りに気付いており、これを是正している。曰く、民法は身分関係と財産関係を規律対象としている²⁶⁾。この説は、ドイツ人が述べた二つの民法要素の位置を置き換えており、《ドイツ民法典》が親族法と相続法を物権法と債務法の下流法と見なす体系の割振りに対する批判となっている。我が国台湾地区の学者である何孝元も、この方向でさらに前へ進んでいる。曰く、民法が定めるところのもの、それは、親子、夫婦及び家族の身分関係並びに

24) 参見[德]萨维尼〔サヴィニー〕：《当代罗马法体系I》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第300-301页。

25) 参見王强、David Siegel：《从〈人民法典〉到〈德国民法典〉》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版）2016年第6期。

26) 参見上海社会科学院法学研究所编译：《民法》，知识出版社1981年版，第6-18页。

債権債務と財産権の関係である²⁷⁾。民法の対象についてのこうした定義も、家族が前で財産が後である。しかし、日本人と何孝元は依然として人格を軽視しており、陳自強がこの点を補正している。陳自強曰く、民法規範の対象は、私法生活関係の主体それ自体、権利主体及び異なる形態の団体を除けば、主に、身分関係、婚姻関係及び親子関係等並びに財産関係に及ぶ²⁸⁾。この語の中で、「私法生活関係の主体それ自体、権利主体及び異なる形態の団体」が言っているのは、まさしく人格関係である。

上述の思想の成果と並行して、筆者は2001年に、人が前で物が後という民法対象理論で、1986年の《民法通則》が採用した、物が前で人が後という民法対象理論に取って代えて²⁹⁾、成功を収めた。2017年の《民法総則》第2条（すなわち、《民法典》第2条）は、こうした見解の表れである。続いて、筆者はまた、民法の対象の二つの要素の位置を換えることにより民法全体の体系の変更を推し進めるべきという見解を出した³⁰⁾。そして採用されると、《民法総則》第五章において、各種の民事権利の列举にあたり、人が前で物が後というモデルが採用され、《民法通則》第五章の物が前で人が後というモデルに取って代わった。このことから出発すると、我が国の《民法典》は、各編の構造上、総則、人格権、婚姻家庭、相続、物権、契約、不法行為責任という体系を採用すべきである。その中でも、総則は、人身法と財産法の一般的規定を含むものである。すなわち、人格権、婚姻家庭、相続の3編は人身法に関する規定であり、そのうちの相続編は身分関係に基づいて発生する財産関係を規律対象としており、従って、人身法と財産法の間にある。そして、物権、契約、不法行為責任の3

27) 参见何孝元著，李志鹏修订：《民法总则》，三民书局1993年版，第2页。

28) 参见陈自強：《与民法学的第一次接触，不需要深交，而在于把握它的体系架构》，载 <https://www.civillaw.com.cn/bo/t/?id=36101>，最終アクセスは2021年1月21日。

29) 参见徐国栋：《两种民法典起草思路：新人文主义对物文主义》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第21卷，金桥文化出版（香港）有限公司2001年版，第48页。

30) 参见徐国栋：《将“人前物后”进行到底》，载《人民法治》2016年第3期。

編は財産法に関する規定である。しかし、幾人かのパンデクテン体系愛好家の影響を受けたのかもしれないが³¹⁾、最終的に採用されたのは、総則、物権、契約、人格権、婚姻家庭、相続、不法行為責任という7編制の体系であり、人が前で物が後を最後まで徹底することができなかったという悔いが残る。もし蘇教授がこれを《民法典》体系化の失敗であると批評するのであれば、それは公平で当を得た議論である。なぜならば、誤りは覆い隠す必要はなく、覆い隠そうと思っても覆い隠すことができないからである。立法に誤りがあれば、学説が補うことができる。現在、筆者が行っている授業は、立法の体系によるものではなく、あるべき体系に従って、民法の全内容を講義している。

その次に、パンデクテン体系のショーウインドウ機能である。この点では、この体系は成功もしているし、失敗もしている。成功は、ガイウスの法学提要体系の中の大物法（物権法、債務法及び相続法を含む。）を分散させたことである。ガイウスの概念によれば、債務と相続は無体物に属するので、こうして、物権、債務及び相続を物法に統一することができるが、しかし、このように、体系のショーウインドウ機能は損なわれる。《ドイツ民法典》は、原則として無体物の概念を拒絶しており、有体物しか認めていないから、大物法は崩壊する。それ故、パンデクテン体系は、法学提要体系中の物法という第二次の構成要素を第一次の構成要素に昇格させたに過ぎない。こうして、物権法、債務法及び相続法は、独立の構成単元となった。

しかしながら、パンデクテン体系の失敗は、「取っ手」があまりにも高く設定された債務法を契約、不法行為、事務管理及び不当利得に分解していない点にあり、むしろ、それらのために無理をして一つの総則を定めたことである。

31) パンデクテン体系を称賛するものとして、例えば、孫究忠：《当前我国民法典分则编纂的几点思考》，载《华东政法大学学报》2019年第5期；[日]加藤雅信：《从世界民法制定史的角度考察日本民法典的修正》，吴彦译，载《南京大学法律评论》2018年第2期。

前述のように、蘇教授は、《民法典》は前を受けて次を引き出す債権総則を置いておらず、構成が後退していると考えている。實際上、債権総則は、パンデクテン体系の最も立ち止まることのできない足の部分である。筆者は債権総則の由来から始めたい。

1. アリストテレスは公約数抽出に吾を忘れて熱中

合意による債と法定の債を債の帽子の下で統轄するというやり方は、アリストテレスに始まる。アリストテレスは『ニコマコス倫理学』の中で、かかわり合い（συνάλλαγμα）という概念を提示し、かかわり合いを本意からなされるものと本意になされるものに分けた³²⁾。前者には、売却、購入、消費貸借、保証、使用貸借、寄託、賃貸借のようなものがあり、後者には、窃盗、姦通、毒を盛ること、婦女誘拐、奴隷誘拐、謀殺、偽証等がある。前者は配分的正義（Commutative Justice）が適用され、後者は矯正的正義（Corrective Justice）が適用される³³⁾〔訳注2〕。このように、2種類のかかわり合いは、正義の名の下に統一することができる。こうした統一を筆者は、吾を忘れて熱中する【走火入魔】ものと呼んでいる。なぜならば、それは、民法と刑法の境界さえ突破しているからである。

2. 《法学提要》の「不法行為編の独立」

《法学提要》の作者であるガイウスとユスティニアヌスは、アリストテレスの「かかわり合い」概念を取り入れて、これを民法における債の概念に改造し、こうしてガイウスは満足し、公約数抽出にふけった。しかしながら、二つの債のために共通の規則を探し、いわゆる債権総則を作り上げ

32) Cfr. Alfredo di Pietro, El regime de los contratos en el Derecho Romano. Perpetivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificacion legislativa de los negocios, In Sandro Schipani (a cura di), Diritto Romano Comune. Mucchi Editore, Modena, Vol. 7, 1999, p. 65.

33) 参見〔古希腊〕亚里士多德〔阿リストテレス〕：《尼各马可伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1990年版，第92页及以次。

たものの、それほど簡単なことではない。なぜならば、兩種の債の性質の違いはとて大きく、しかも量的にバランスがとれていないからである。契約というものは人々の正常な交流を反映するものであり、人々の交流類型の数だけ、その種類がある。そして、私犯が反映するのは、人類の行為のねじれの形態である。「ねじれ」というのは、とどのつまり、ある種の非常事態であるから、種類には限りがある。それ故、彼らは皮裏陽秋^{〔訳注3〕}なのであり、《法学提要》において、名目上の債権総則を実際上の契約法総則にしている。例えば、ユスティニアヌスの《法学提要》第三編第13項目から第29項目まで（途中に債と無関係な項が混ざってはいるが）が債権総則であり、債務の締結、類型、担保、代理締結、消滅等のテーマが規定されているが³⁴⁾、しかし、その実際の内容は契約法総則である。なぜなら、その部分が対象としている債務はすべて、契約の債務だからである。不法行為の債務は第四編にあり、この2種の債務は別の編となっていて、このことは、第三編が定める債務の一般の規定は不法行為の債務には適用されないことを明らかにしている。ユスティニアヌスは私犯の債務を第四編に置いており、それは主に、無体物概念の純粋性を維持するためである。なぜなら、無体物には約定の債務しか含まれないからである。ユスティニアヌスは体系の純粋性を特に考慮していたとすることができる。こうした角度から見れば、ガイウスとユスティニアヌスの《法学提要》において、不法行為法は早い段階で債務から離れて独立した。これは、ガイウスとユスティニアヌスは、アリストテレスが吾を忘れて熱中して行なったことを見破って、脱していた、ということである。

3. 《フランス民法典》の「法定債務編の独立」

《法学提要》の脱出のメカニズムは、1804年《フランス民法典》の立法者が参考とするものであった。彼らは、その法典の第三卷「財産取得の各種方式」の中で債務法について規定した。第三卷第三編の名称は「契約又

34) 参見前引19), 优士丁尼书, 第7-9页。

は約定債務(Obligation)の一般的規定」であり、以下、6章に分かれる。すなわち、第一章は編の開始の規定で契約の定義等の問題を定め、第二章が契約が有効に成立する要件、第三章が債務の効果、第四章が債務の種類、第五章が債務の消滅、第六章が債務の証明及び弁済の証拠である。これらは通常の債権総則の内容であり、契約債務にのみ適用される。この巻の第四編は「約定によらずに発生した債務(Engagements)」であり、第一章が準契約、第二章が不法行為及び準不法行為である³⁵⁾。

《フランス民法典》においては、両種の債務の分立は、一層、明々白々となっている。第三卷第三編の編名は約定債務であり、第四編の編名の意味は法定債務であり(「約定によらずに発生した債務」という言い方を採用している。)、しかも、二つの債務は、異なる用語で表現されている。約定債務はObligationで、法定債務はEngagementsである。二つの《法学提要》と異なっていることは、《フランス民法典》は不法行為を独立の編とただけではあきたらず、法定債務も独立の編としたことである。それは、事務管理と不当利得は契約と同質性がないからである。

4. 債権総則を採用したドイツ人の悔悟

ガイウスと《フランス民法典》立法者の脱出のメカニズムを見破っていなかったことが理由なのか、それとも公約数抽出の力は向かうところ敵なしと信じていたためなのかは分からないが、1896年《ドイツ民法典》は、約定の債と法定の債を包含する債権総則を採用した。そして、《日本民法典》、《韓国民法典》及び《中華人民法典》が同様の処置をとることとなった。

しかしながら、ドイツが20世紀30年代に出した《人民法典(草案)》は、債権総則を放棄した。《人民法典(草案)》の「契約及び責任」編は伝統的な債務法に相当するもので、3章に分けられていた。すなわち、第一章が契約及び責任の負担、第二章が責任で、以下8節に分けられ、第一節が義

35) 参見《法国民法典》(下册), 罗结珍译, 法律出版社2005年版, 第1-3页。

務違反、第二節が履行障害、第三節が債務の履行に関する特別規定、第四節が不法行為、第五節が危険責任、第六節が損害賠償、第七節が不当利得、第八節が他人の事務の不当な管理であり、第三章が典型契約であった³⁶⁾。「契約」の章と「責任」の章の上位にいわゆる債権総則は存在しないことを、明らかに見てとることができる。第二章は、契約違反の責任、不法行為責任及び不当利得の責任等を一緒に規定しているのであるから、「民事責任」の章に相当する。契約、不法行為及び不当利得は、債務の発生根拠であるとは考えられておらず、むしろ、責任の発生根拠であると考えられていた。

《人民法典（草案）》は、ドイツの「第二次世界大戦」敗北により流産となったが、しかし、債権総則を否定する主張は、当時のドイツにおける主流の民法学者の見方を代表していた。彼らの選択は、《ドイツ民法典》が債権総則を採用しているという格式を批判することであった。現在の《ドイツ民法典》は債権総則を残しているが、戦勝者の同盟軍が押しつけたものと理解することができる。

5. 債権総則を採用した日本人の悔悟

すでに述べたように、《日本民法典》は《ドイツ民法典》に倣って債権総則を置いた。百年以上経過した2009年、日本が債権法を改正する〔検討を開始し、〕このとき、債権総則を保留すべきかが一つの問題となった。平井宜雄、北川善太郎、川井健といった学者らは、債権総則は主として契約法の総則であり、もし民法典が債権総則と契約総則を同時に定めるならば両者の内容はかなり重複し、妥当でない、と解していた。これに基づき、民法改正に関わった大村敦志は、「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——」と題する意見書を作成し、債権編には総則を置かず、契約各則を独立の編とすることを提案し

36) Vgl. Werner Schubert, Werner Schmid, Jürgen Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945 Protokolle der Ausschüsse, Walter de Gruyter & Co., Berlin, New York, 1988, S. VIII–X.

た。〔さらに、山本敬三の提案によれば、〕第三編は次のような構成であった。すなわち、第一章が債権及び契約総則、第二章が各種の契約、第三章が法定債権関係とするのが良いとされた。このように、債権総則はほとんどが契約法の総則であるという原形を回復し、それから、法定債権（不法行為、事務管理、不当利得を含む。）が独立した章であることを実現した。惜しまれるかな、こうした提案は、2013年5月28日に行われた「法制審議会民法（債権関係）部会」第72回会議の席上で、弁護士らからの反対にあった。彼らは、法律の変更によって大きな変動という事態を惹き起こすことを回避するために、現状維持を主張した。結局、債権総則が維持されることになった³⁷⁾。それ故、債権総則が日本で維持されたとは言うものの、その合理性は疑われている。

日本人は、本国において成し遂げられなかったことを、ラオスにおいて成し遂げた。1998年から、日本の援助により、ラオスは民法典を起草し、2018年12月6日に完成して、2019年5月27日、効力が生じた³⁸⁾。《ラオス民法典》は9編に分けられている。すなわち、第一編が総則、第二編が人及び法人、第三編が家族、第四編が物、所有権及び物に関する権利（「物権編」という訳もある。）、第五編が契約内債務（「契約編」という訳もある。）、第六編が契約外債務（「不法行為責任編」という訳もある。）、第七

37) 参见[日]矢泽久纯：《民法典是否有必要规定债法总则——以〈日本民法典〉的大修改和在中国的争议为线索》，载《现代法治研究》2019年第4期。筆者は、1991年に中南政法学院に就職して最初に教えた科目が債権法で、先に債権総則を講じ、次にそれと内容的に重複が多い契約法総則を講じ、これを講じ終えると、契約各論は話す時間がなく、せいぜい売買契約までである。学生が裁判所に就職すると、最も多く使うのは契約各論である。その後、中国政法大学においてアメリカ人教師からアメリカ契約法を学んだとき、話されている内容は各種の契約であり、この方法が良いと感じたものである。現在、筆者がユスティニアヌスの『法学提要』について講じる時、やはり、債法の内容と契約法の内容には重複が多いと感じている。

38) See Ministry of Justice, The First Civil Code in Laos Came into Force, available at <https://www.gov-base.info/en/2020/06/04/119853>, last visited on Jan. 22, 2021.

編が担保，第八編が相続，第九編が最終条項である³⁹⁾。この体系は基本的に，パンデクテン体系の，物を重んじ，人を軽んじるという誤りを改め，主体法と親族法を財産法の前に移して，前に引いた日本学界の，身分関係が先で財産関係が後という民法対象の定義に相応しており，陳自強の先に人格法及び身分法，後で財産法という民法対象の理解にも相応している。身分関係を前提とする角度から相続編を扱っていないだけで，相続を死亡による所有権の変動と理解しているのである。債権総則を取り去って，大債法を契約債権と非契約債権（すなわち，不法行為債権）という2編に分解し，しかも担保を独立の編としている。《ラオス民法典》の上述の体系は，パンデクテン体系の欠陥を一挙に改めるものと言えよう。

ついでに指摘しておくが，我が国台湾地区は1994年に「民法」債編の改正をやり終えた。しかしながら，債権総則を設けることの正当性について疑義を出した者は誰もいなかったようである⁴⁰⁾。2018年になってようやく，張永健が「債概念への告別——ドイツ民法概念体系の検討・二——」を公表し，契約の債と不法行為の債を債法の下で統合することは不合理であると解した⁴¹⁾。こればかりではない。張永健はさらに，ドイツ民法体系の礎石たる物債二分〔法〕は，債と物の二つの概念が過度に複雑で自己矛盾すらしている基礎の上に築かれたものであって，民法学は物債二分〔法〕の見解を投げ捨てて初めて，暗闇を抜け出し，明確に物事を見ることができるようになる，と解している⁴²⁾。こうした言論は，台湾地区が大債法を定めたことに対する少しばかりの悔悟と言える。

39) 入江克典「ラオス民法典の概要（総論）」〔ICD NEWS 第79号（2019年6月）〕参照，<http://www.moj.go.jp/content/001300677.pdf>，2021年1月22日最終アクセス。

40) 参見柳经纬：《1999：中国大陆合同法之制定与台湾民法债编修订之比较》，载《厦大法律评论》第1期，厦门大学出版社2001年版，第232页。

41) 参見前引8），苏永钦文。

42) 参見张永健：《物权的关系本质——基于德国民法概念体系的检讨》，载《中外法学》2020年第3期。

6. 《民法典》が債権総則を不要とする理由

我が国の立法界は、とっくに大債法の欠陥を見抜いており、これについて着々と準備を整えていた。1980年8月15日にできあがった《中華人民共和国民法草案（パブリックコメント版）》は次のような構成を採用していた。すなわち、第一編が総則、第二編が財産所有権、第三編が契約、第四編が労働の報酬及び褒賞（主に知的財産権の諸問題について規定していた。）、第五編が損害責任、第六編が財産の相続である。この構成において、契約編は損害責任編と独立しており、両者の上位にいわゆる債権総則は存在しない⁴³⁾。

1981年7月31日の《中華人民共和国民法草案》（第三稿）においては、「パブリックコメント版第二稿」を基礎として、「不法行為損害の責任」編を取りやめて、これを「民事責任」編（第七編）に組み入れた⁴⁴⁾。この草案は、債の角度からではなく、責任の角度から損害賠償の問題を理解しようとしていた。

2020年に公布された我が国《民法典》は、パンデクテン式民法典の債編を取り壊し、それを「契約」、「不法行為責任」及び「人格権」の3編に分解して、準契約で事務管理と不当利得の配列問題を解決した。

大債法をバラバラにしたので、我が国《民法典》は債編のショーウインドウ機能不足、そして二つの大きな部品の同質性不足という問題を解決して、法学提要の体系の長所を吸収し、パンデクテン体系の基礎の上に新法学提要体系を作り上げた。すなわち、総則、物権、契約、人格権、婚姻家庭、相続、そして不法行為責任という7編制体系である。これは一つの外部体系である。7編制の中の総則、物権、婚姻家庭及び相続の4編はパンデクテン体系に属する。《民法典》第2条と総則編第五章は、民法の二大要素の配列に関して法学提要体系に属する。人格権編の設立も、法学提要体系が正しく宣示している価値を取り入れたものである。その中の契約と

43) 参見何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》（增订版）（中卷），北京大学出版社2020年版，第1151页及以次。

44) 参見前引43)，何勤华、李秀清、陈颐编书，第1244页及以次。

中国民法典による新法学提要体系の採用とその理由について

不法行為責任の2編は、パンデクテン体系の債編という誤りを再考した結果である。

この体系は完全無欠であると言うことはできない。例えば、人が前で物が後という意識を各編の配列において貫徹していない点は欠点である。しかし、それもやはり体系であって、乱雑性を克服する手段である。体系のないものは、バラバラでまとまりを欠くものである。我が国《民法典》は、十分な有機性を備えており、体系化を完全に実現したのであって、蘇教授の言う体系化失敗ではないのである。

四 蘇教授の提案する財産法典体系の欠陥

前述のように、蘇教授は大陸〔中国〕に向けて、教授が良いと考える以下のような民法典体系を薦めている⁴⁵⁾。すなわち、

総則

財産通則

意思による関係【意定关系】

法定関係

婚姻家庭

相続⁴⁶⁾

蘇教授は20年余りの間、台湾地区における「民法」債編と物権編の改正に関わってこられ、3年間の民法典研究プロジェクトへの申請も行なっておられた⁴⁷⁾。以上の体系は、そのプロジェクトによる研究成果の濃縮であ

45) これは、実際上は、後の祭りであった。なぜならば、大陸の《民法典》が公布された後のことだったからである。

46) 参見前引7)、苏永钦文。

47) 参見苏永钦：《大陆法系国家民法典编纂若干问题探讨》，载《比较法研究》2009年第4期。

ると思いきや、その各編の内容を注意深く研究してみると、蘇教授が従来の人々の、パンデクテン体系に対する批判を熟知していたことが分かり、教授が設計したこの体系は、ドイツ式5編制体系に対する教授の超越を代表していたのである。しかしながら、この体系はまた、ますます解決し難い問題を創り出してしまい、依然として、採用するに値しないものである。

超越其の一：一つの財産通則を設立している。その内容は以下の通りである。すなわち、第一項目が財産権、第二項目が財産関係、第三項目が権利の行使と義務の履行、第四項目が多数権利者及び義務者、第五項目が財産関係の移転、第六項目が財産関係の消滅である⁴⁸⁾。一見して知れることであるが、この「財産通則」は、一般の民法典にある債権総則の焼き直しであって、ただこの通則は法定債権には適用されない。なぜなら、このような債は「法定関係」編に置かれるからである。このようにすれば、アリストテレスの吾を忘れて熱中するという誤りと、《ドイツ民法典》が債権総則が不法行為法をも含んでいるという落とし穴をよけていないという誤りに気付いていると言え、称賛するに値する。しかしながら、なぜに財産の通則だけ設けて、人身の通則を設けないのか。シュレーゲルベルガー(Franz Schlegelberger, 1876-1970)は、一つ的人身法通則を設けよと主張しているではないか⁴⁹⁾！それ故、蘇教授はやはり、総則編という制度は障害なく人身法と財産法の両方に同時に適用することができる、と考える。これについては、教授はニPPERDAI、ツィーテルマン、ラーレンツらの再検討を取り入れていないようである。ニPPERDAI(Hans Carl Nipperdey, 1859-1968)の解するところによれば、総則の中には全く異なる性質の内容が入り乱れている。解決方法として、ニPPERDAIは人法に関する部分は家庭法部分に移動すべきであり、法律行為に関する規定は債

48) 参見前引8), 苏永钦文。

49) シュレーゲルベルガーの解するところによれば、総則は財産法の総則であり、身分法の総則を別途、定めるべきである。[参見陈华彬：《论我国〈民法总则〉(草案)的构造, 创新与完善》, 载《比较法研究》2016年第5期。]

務の契約法の中に移動すべきであると主張している⁵⁰⁾。エルンスト・ツィーテルマン (Ernst Zitelmann, 1852-1923) も、家庭法と相続法は主に構成要件の面から構築されるが、債務法と物権法は主に法律効果の面から構築されるため、両者の理屈は異なり、それらを総則の中に入れてとしても、混ぜることはできない⁵¹⁾。さらにラーレンツ (Karl Larenz, 1903-1993) の解するところによれば、婚姻と遺言行為は特殊性を有し、総則は法律行為に関する規定であり、とりわけ錯誤と法律行為の効力発生要件に関する規定であって、これらの行為を含めることはできない⁵²⁾。蘇教授の専門は他でもなく財産法であり⁵³⁾、従って、考える問題は、基本的に人身法に関わらない。これは、知識構造上の改善可能な箇所である。目下、浙江大学光華法学院が、民法教師に多い「一方ひいき」の知識構造を変えるために、財産法の講義を行なっている教師もまた婚姻家庭と相続法を一度、講じることを求め、それにより、史尚寛のような民法全書^[訳注4]を書くことができるレベルにまでなることを求めている。このような試みは賛成するに値する。

超越其の二：パンデクテン体系の物権編の内容の一部と債編の典型契約に関する規定は、意思による関係編に整理される。その内容は以下の通りである。すなわち、第一節が意思による関係の発生であり、負担行為及び処分行為並びに単独行為及び契約が意思による関係を発生させる根拠である。第二節が各種の意思による関係であり、財産権移転、用益の提供、

50) 参見[德]克劳斯—威廉·卡纳里斯 [カナリス]:《民法典总则的功能及其限度》, 陈大创译, 载《中德私法研究》第10卷, 北京大学出版社2014年版, 第89页。

51) 参見前引50), 克劳斯—威廉·卡纳里斯文, 第88页。

52) 参見前引50), 克劳斯—威廉·卡纳里斯文, 第90页。

53) 台湾〔の国立〕政治大学法学部の蘇教授のページを見ると、その上部で紹介している教授の専門は、「財産法テーマ研究、憲法テーマ研究」となっている。
http://www.law.nccu.edu.tw/zh_tw/Faculty/part_time/-%E8%98%87%E6%B0%B8%E6%AC%BD-45949099, 最終アクセスは2021年2月3日。

〔労務の提供、〕組織、担保の設定及び特別な承諾である⁵⁴⁾。そのうち、財産権移転の意思による行為における人役権の設定（例えば、居住権）^{〔訳注5〕}並びに担保の意思による行為における抵当権設定及び質権設定は、通常は物権編で規定が置かれる。このような配列は、パンデクテン体系物権編と債編の内容の重複が完全に実現しており、新たな境地に至っている。とりわけ、担保権と所有権との牽連関係をなくしたことは、孟勤国と張素華を代表とする質問者の批判に答えたものと言える。孟勤国は、「担保物権」は物権ではないと考える。理由其の一、物権の一般理論は所有権から概括されるものであり、担保物権にはうまく適用することができない。例えば、物権の対世効、絶対性及び排他性等の属性は所有権にのみ適用できる。理由其の二、担保物権は物権の最終的支配力を持たず、用益物権のような現実的支配力も有していないので、物権と呼ぶに値しない。理由其の三、担保物権の目的は物を支配することではなく、むしろ、債権を担保することである。理由其の四、担保物権の本質は優先弁済権である⁵⁵⁾。張素華の解するところによれば、担保は債権の実現を確保するある種の方式及び手段であるに過ぎず、同一債権には同時に多種類の担保方式が存在し得るのであって、担保物権が物権編の構成メンバーとなるのは、疑う余地のない道理というわけではない⁵⁶⁾。しかしながら、抵当権の設定は意思による行為に限定されるのではなく、法定抵当権も存在するのであるが、まさか蘇教授はこうした抵当権をもこの編に入れるおつもりなのであろうか。従って、「意思による」の公約数式にまとめるのは適切でなく、「意思による」と「法定の」の両方を兼ね備える項目は無理である。《イタリア民法典》はむしろ、権利の保護手段という角度から抵当を取り扱い、（訴訟抵

54) 参見前引8)、苏永钦文。〔特に、84頁以下。〕

55) 参見孟勤国：《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》，人民法院出版社2004年版，第339頁及以次。

56) 参見张素华：《论民法典分则中担保制度的独立成编》，载《法学家》2019年第6期。

当を加えた) 3種の抵当を権利の保護編に置いて⁵⁷⁾、権利保護機能を有するその他の項目と共に置くことで、論理上、自ら治めている。

超越其の三：パンデクテン体系の債編中の法定の債の部分及び一部の物権編の規定並びに個別の知的財産権法の規定を法定関係編に整理再編している。その内容は「法定関係の発生」という題目しかない。以下のような発生根拠がある。すなわち、其の一、請求権に基づく行使。事務管理、財産利益上の請求権^(訳注6)、不法行為、不当利得等の下位項目を含む。其の二、請求を要しない変動。登記簿上の時効取得、添付(付合、混和及び加工)、無主物先占、埋蔵物の発見、相隣関係、知的財産権の強制許可、留置権等の下位項目を含む⁵⁸⁾。本編の内容は、数が多くてかなり雑然としており、「玉石混淆で一緒くた」の入り乱れた感覚を与える。財産通則を法定債権を含まない債権総則に作り上げたことと呼応して、本編には、法定債権の内容及び伝統的な物権編に含まれる法定取得の内容が入れられている。しかし、この3種の法定債権に物権法制度の相手をさせるのは、実は扱いにくいものである。なぜならば、一方は相対権関係であり、いま一方は絶対権関係であって、両者は同質ではないからである。

蘇教授は、パンデクテン体系の親族編と相続編については、いかなる超越も行なっておらず、旧例通りである。この2編の位置を前に移すこともしておらず、何孝元や陳自強らの学者がヴィントシャイトの誤った民法対象理論について行なった是正の成果を吸収していない。

五 結論と体系問題以外の疑問

これまで述べてきたことをまとめると、我が国《民法典》は無体系ということではない。それは、外在的体系と内在的体系を兼ね備えている。この点で、王利明と方新軍が証明に成功している。本稿の価値は、別の角度

57) 参見《意大利民法典》、费安玲等译、中国政法大学出版社2004年版、第37页、第748页及以次。

58) 参见前引8)、苏永钦文。

から、我が国《民法典》の外在的体系は新法学提要の体系であることを証明した点にある。価値宣示の角度から見れば、この体系は人文主義を触れ回っていて、物質主義の民法観を捨て去り、我が国学界の、民法の認識についての進歩を代表している。ショーウインドウ機能から見れば、我が国《民法典》は、一見すれば分かるように、法の適用者、学習者及び遵守者に向けて民法の基本的内容を提示するが、惜しまれるかな、各編の配列は、その対象となる条項と一致していない。画定性機能の角度から見れば、我が国《民法典》は、家庭法への回帰、政治経済学民法観の放棄及び国際私法の画定を宣示している。総合的に見れば、我が国《民法典》は、公約数抽出の度が過ぎており、とりわけ債法をバラバラにした点に体现されている。蘇教授は《民法典》を部門別民法典と言っているが、それは客観的ではない。蘇教授の用語は独特であり、蘇教授が理解している部門式の民法典というのは全体構造のないものを指し、熟した一つが一つの民法典を制定する⁵⁹⁾。実際に、1985年より前は、我が国民法典は、「卸売り」の構想を採用し、全体の構造の計画があった。1985年以後は、「小売り」の構想、すなわち熟した一つが一つを制定するに改めた。しかし、それぞれの「一つ」は、以前の全体の構想の中の一編であった。2020年になって、九つの「一つ」が帰隊し、新設の人格権編を加えて、《民法典》の七つの編となった。今回の《民法典》の全体の構想は、1985年より前に設計された全体構想と同じである。蘇教授は「小売り」の一段階を見ているに過ぎず、この前段階については、きちんと理解されておられないのかもしれない。

蘇教授が《民法典》体系化は失敗であったと断言されておられるのは、教授がタテ型の体系にして初めて体系であると解しているからである。この点で、《民法典》は総則編において法律行為の制度を確立したが、この制度は、主として、契約と遺言の両制度から公約数を抽出してできたものである。その他に、各分則編に適用される代理や時間の制度を規定してい

59) 参見前引47), 苏永钦文。

る。これらは、タテ型の体系化の成果に属する。

蘇教授は、その論文の中で内在的体系の概念について触れているものの⁶⁰⁾、我が国《民法典》の内在的体系面での良い点に注意を払っていない。幸いにも、方新軍がこの点で大いに力を発揮している。しかし、筆者は、方新軍が「合法的権益は保護される」を原則の一つに入れていることに賛成しない。なぜなら、合法的権利の保護は、言わずとも自明の理であるからである。

当然のことながら、この体系も、批判する点がないわけではない。分則の各編の配列において体系違反があり、筆者はすでにこれに触れた。事実、総則について筆者も反対である。なぜならば、総則は、至るのが困難な〔ミクロ・マクロの〕中間の上のマクロだからである。言い換えれば、分則の各編の各項目の規定はミクロのレベルに属し、それぞれの分則編それぞれ自体は各項目の規定についての中間的概括であるが、総則は各分則編の共通の概括であって、マクロのレベルに属する。このように、もし各分則編の公約数抽出が困難であるならば、総則編の公約数抽出はさらに困難となる。無理して抽出した総則規定は、普通は、日常生活の中から根拠を見つけることはできず、むしろ、反対の根拠を見つけ出してしまふことすらある。例えば、未成年者とその父母の関係の屈服性であり⁶¹⁾、法律行為の附款理論と身分行為への条件・期限付加の禁止の矛盾を例証すること⁶²⁾等。これらは、総則の信頼性の低下を惹き起こす。それ故に、イタリアの学者であるリッカルド・カルディッリ (Riccardo Cardilli) 曰く、もし総則を廃止することができないのであれば、その中の条文は少なければ少ないほど良い⁶³⁾。思った通り、2009年の《ヨーロッパ民法共通参照枠草案》

60) 参见前引7), 苏永钦文。

61) 参见徐国栋:《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》, 载《中国法学》2011年第5期。

62) 参见徐国栋:《我国〈民法典〉规定的纯粹法律行为的罗马法起源, 比较法沿革和本土适用》, 载《河南财经政法大学学报》2021年第1期。

63) 参见[意]里卡尔多·卡尔迪里〔リッカルド・カルディッリ〕:《民法典总则的

の総則はわずか10ヶ条しかなく、それらは公約数抽出の結果ではない。いくつかの技術的規定、例えば期間の計算規則、だけである⁶⁴⁾。

蘇教授が提案する体系を翻って考えてみると、問題は比較的多い。先ず初めに、その体系は蘇教授が「大民法典」と称している体系ではあるが、しかし実際には一つの「小民法典」に過ぎないか、あるいは財産法典の体系と言えるものである。なぜなら、人身法の2編はその民法典の中で「周りの見学者【站班】」の役割しか果たしておらず、全く教授の分析対象となっていないからである。そして、《民法典》の体系は人身法と財産法を併せ考慮しているが、両者は体系化の難度という点で同一のランクにはない。

第二に、論理の角度から見て、蘇教授の構想には、全称命題を用いることが不当となるという問題が存在する。全称肯定命題は、一種類の事物のすべてが何かの性質を有している、又は有していないと判定する判断であり⁶⁵⁾、例えば、すべての白鳥は白色である、というものである。全称肯定命題の論理形式は、「すべてのSはPである」であり、そのうちのS (subject) が主語であり、P (predicate) が述語である。多くの選言肢はS1, S2, S3……で表す。命題の効力がすべての選言肢を含むのでなければならぬ以上、明らかに言えることは、すべての選言肢を考察し終える前にはいかなる全称命題も成立しない、ということである。さもなければ、すなわちひとたび反証が現れたら、全称命題は崩れ去る。例えば、すべての白鳥は白いという命題は、オーストラリアで黒い白鳥が見つかったことで崩壊した。蘇教授が抵当権を意思による関係編に入れ、混和を法定関係編に入れるとき、教授は、黙示的に、「すべての抵当権は契約によって設定

制定及其危机》，载 <http://law.zuel.edu.cn/2015/0528/c3603a95087/page.htm>，
最終アクセスは2021年1月22日。

64) 参見欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著，克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（第一卷、第二卷、第三卷），高圣平等译，法律出版社2014年版，第2页。

65) 参見陈克守、刘金文主编：《逻辑学》，山东人民出版社2008年版，第42页。

されるものである」, 「すべての混和は不法行為によって行われるものである」という二つの全称命題を成立させており, ひとつび一つの例外が見つければ, どちらも崩壊する。先に筆者は法定抵当権(イタリア人はさらに訴訟抵当権も加える。)の存在を第一命題の例外としたが, 今は, 民法の中に多くの合意による混和があることを証明することができる。とりわけ商法の中にも存在する。例えば, 《ドイツ民法典》第700条が規定する変則的な寄託⁶⁶⁾, 《ドイツ商法典》第469条が規定する混合保管⁶⁷⁾がそれである。

第三に, 蘇教授は垂直型の体系化しか認めておらず, その効用を法を探すのを助けることができると定め, このことから民法典から政治を取り除き, 《ドイツ民法典》のように「仮に関係するいかなる政策もないのであれば」, 私的自治を実施し, 政策的な内容を特別法に任せることを主張される⁶⁸⁾。こうした見解には, 二つの問題がある。其の一, 蘇教授が希望される民法典は清浄な私法を詰め込んだ一本の瓶であり, その他の清浄でない内容はすべて民法典の外で探さなければならず, 法定関係編でということとなってしまう, 物権の登記制度すらない。これが, 法を探すのを援助する道であろうか。反対の「部門別の民法」の方が, 法を探すのを援助する機能がある。其の二, 私的自治は, 18-19世紀に人間の理論理性に対する人々の無知に基づいて確立されたものであり, 行動経済学は人間の理論理性のブラック・ボックスを開けた後, 完全理性, 完全自治, 完全自利という私的自治の前提を三つの不完全な家長制民法という前提に変化させた⁶⁹⁾。蘇教授の論文は, 筆者の『民法哲学』^[訳注7]を引用して, その書は「並外れた深遠さを備えている」と表彰しており, 筆者が行動経済学の見

66) 参见《德国民法典》, 陈卫佐译, 法律出版社2015年版, 第290页。

67) 参见《德国商法典》, 杜景林、卢湛译, 中国政法大学出版社2000年版, 第213页。

68) 参见苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言》, 载《交大法学》2010年第1期。

69) 参见徐国栋:《民法哲学》, 中国法制出版社2021年版, 第423页及以次。

解を引用して理性的経済人について仮に出した批判に賛同している⁷⁰⁾。しかしながら、これらの批判を、私的自治の基礎が壊れていることの分析に用いていない。

本稿の趣旨は体系について述べることにあったわけであるが、蘇教授の民法典に関する諸論文を精読する中で、問題の取り上げ方が非常に疑わしい点がいくつか散見されたので、以下、列挙して、読者高賢にご注意を促したい。

其の一：《ドイツ民法典》は、その高度な体系性と社会経済政策の中立性の故に、自由主義と社会主義体制に耐え得るものであり、世紀の民法典の模範となった⁷¹⁾。この言辞は、一に《ドイツ民法典》は社会経済政策の中立性を備えていることを述べており、二にこの民法典のこうした中立性の故に、それが資本主義（自由主義）体制下で生まれたものであっても、社会主義の条件下でも適用される結果となる、ということ述べている。この二つの「述べている」ことは、どちらも疑わしい。「一に述べている」ことについて言えば、《ドイツ民法典》第138条は善良の風俗に反する法律行為は無効であると定めており、この条項はまさしくこの民法典の社会経済条項であって、《一般平等待遇法》制定前は、ドイツは主としてこの条項を拠り所として民事領域の差別問題を解決していた⁷²⁾。「二に述べている」ことについて言えば、ドイツの歴史上、二つの「社会主義」の段階がある。その一は国家社会主義（Nationaler Sozialismus）の段階（すなわち、ナチスの段階）であり、このときには、ドイツは先ず、部分的に《ドイツ民法典》の条文を廃止した。すなわち、1938年に《婚姻法》（Ehegesetz）を制定して、《ドイツ民法典》第1303条から第1352条までに取って代わった。同年、《遺言法》（Testamentsgesetz）を制定して、《ドイツ民法典》

70) 参见前引(68), 苏永钦文。

71) 参见前引(68), 苏永钦文。

72) 参见[德] 马里奥·皮尤克：《德国在保护平等和反歧视方面的办法》，载 <https://wenku.baidu.com/view/a1fc4470f46527d3240ce013.html>，最終アクセスは2021年1月24日。

第2064条及び第2229条から第2264条までを廃止した。その後、《民法典（草案）》により全体的に取って代えることを追求したが、敗戦により成し遂げられなかった⁷³⁾。その二は東ドイツの段階であり、共産主義の価値観と合わないと考えられたため、東ドイツは《ドイツ民法典》を廃止して、1966年に単行の親族法を制定し、1976年には新民法典を制定した⁷⁴⁾。こうしたことから、《ドイツ民法典》は蘇教授が称するところの中立性を有していないことが証明される。

其の二：人格権は、いずれの者も平等に享有する絶対的な権利であり、社会倫理から直接、転換された法規範である。それ故、公示を待たずとも自明のものである。人格権の民法上の規定は比較的薄弱なままであるが、このことは、いかなる価値上の差別を表しているわけではなく、むしろ、規範の需要が比較的少ないことによる⁷⁵⁾。この問題提起によれば、人格権は天賦のもので、実定法には規定は必要ないようである。これは実践を経していない検証である。例えば、我が国《民法典》第996条は、違約行為により人格権が侵害され、重大な精神的損害を受けた被害者が精神的損害の賠償を得ることができる制度を確立した。こうした制度が確立される前でも、このような被害者は多く存在したが、精神的損害の賠償は得ることができなかった。このような保護を受けた人格権は、公示を待たずに自明のものというわけではない。

其の三：「第二次世界大戦」以後、民法典は時代遅れと考えられており、民主的潮流に反し、柔軟性がない。今日、民法典の制定は国の大事であると考える時代は過去のものとなっている⁷⁶⁾。これは一つの全称命題であり、一つの例外が見つかれば、それは否定される。筆者は世界の民法典制

73) 参见徐国栋：《纳粹的〈民法典〉的体系及其背后的德国民法思想的去潘得克吞化》，载《河南财经政法大学学报》2020年第1期。

74) 参见陈自强、谢铭洋、詹森林、蔡明诚、戴东雄：《民法典“圣经”：〈德国民法典〉百年修正历程》，载 https://www.sohu.com/a/166289905_658337，最終アクセスは2021年2月3日。

75) 参见前引7)，苏永钦文。

76) 参见前引7)，苏永钦文。

定の動きに長年、注目してきたが、蘇教授のこの見解を裏付ける例は未だ見つからない。ところが、反証は少なくない。東欧の激変後、前社会主義国は大量の民法典を編み出した。祭主国は、法典の制定を、「古きを捨て、新しきを図る」の一大事と考えていた。アルゼンチンとプエルトリコは前社会主義国というわけではないが、前者は2014年10月7日に、後者は2020年3月15日に、それぞれ自らの新民法典を制定した。いずれも、数十年の努力を経て成ったものである。これぞ、法典の制定は国の大事と見られるからではあるまいか！

[付記]

本稿は、筆者が2020年12月11日に武漢大学法学院において行なった講座「我が国民法典がパンデクテン体系を採用していないことに対する弁護——その体系がドイツにおいて浴びせられた批判にも触れながら」の講演原稿である。心のこもった招請をして下さった孟勤国及び張紅両教授に、そしてコメントをして下さった張素華教授に感謝申し上げます。本稿初稿は、薛軍(北京大学)、方新軍(蘇州大学)及び徐鉄英(四川大学)の各位に審査をしていただいた。三氏は方向性についての修正意見を出して下さい、筆者はそれを受け入れた。ここに、この三氏にも感謝申し上げます。本稿初稿ができあがった後に、蘇永欽教授の「大民法典の理念と青写真」が発表された。筆者は、これに基づき実質的に改稿した。

〔訳注1〕ただ恐るるは双溪の……：李清照詩「武陵春」の一節。双溪は、現浙江省杭州市にある名勝地。蘇教授がこの一節を自身の論文の主タイトルに用いたわけである。

〔訳注2〕アリストテレスの『ニコマコス倫理学』の訳語については、加藤信朗訳『アリストテレス全集13 ニコマコス倫理学』(岩波書店、1973年)を参考にした。本文で触れられている話題は、第五卷第二章である。

〔訳注3〕皮裏陽秋：ひりのようしゅう。『管書・楮袞伝』の語。

〔訳注4〕史尚寬：20世紀中国の著名な民法学者で、「中国民法の第一人者」と呼ばれている。

〔訳注5〕もっとも、これは、用益の提供の中であるように思われる。

〔訳注6〕財産利益上の請求権：これは、蘇教授が自身の民法典体系で用いている言葉である。

〔訳注7〕『民法哲学』は、原著者徐教授の代表作の一つ。