HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日韓民事法の課題 : とくに不法行為法の諸問題
Author(s)	吉田, 邦彦
Citation	北大法学論集, 62(6), 1-42
Issue Date	2012-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48734
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-6_001.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

日韓民事法の課題

――とくに不法行為法の諸問題――*

吉田邦彦

*本稿は、二〇一一年一〇月一〇日一九時三〇分～二二時に、韓国大法院において行った報告及びその後の質疑討論である。質疑は、参考資料として付した「指定討論文」に基づき、密度の高い形で展開された。私の論じたことはともかくとして、韓国司法の中枢を担う方々の問題意識を示すものとして、日韓民事司法比較、また日韓司法実務交流の

ためにも、興味深い資料かと思い、掲載させていただく次第である。

一．自己紹介――近時行ってきたこと

本日は、韓国の大法院で、「韓国司法の頭脳」とも言える大勢の皆様の前でお話することとなり、恐縮しています。このような機会を作って下さった、梁彰洙大法院判事、そして裁判官からソウル大に移られた貴重な学友の権英俊副教授には、はじめにお礼を申し上げます。ただ、梁先生からは、「何も準備せずに、自然体で来て好きに話して下さい。」というお誘いでしたので、ごく少人数のインフォーマルな会合とばかり思っていましたので、いささか当惑しています。

最初に自己紹介を兼ねて、これまでどのようなことをやってきたのかをごく簡単に申しますと、私の専門は、民法学なのですが、分野的には、不法行為法、契約法、所有法という順で進めてきて、同時に、何度かのアメリカ留学を経て、法学とはいかなるものかという方法論の問題にも関心を持ち、批判法学についてもかなり勉強してきました。(1)

最初の論文のテーマに不法行為法学を選んだのは、学生時代の講義で接した平井宜雄先生の不法行為法学との出会いが衝撃的であったということとも無縁ではないでしょうし、それはまさしく、その後共鳴した批判法学の実演的な授業でもありました。(2) そして最初の研究が、取引的不法行為の中心の「第三者の債権侵害（契約侵害）」であったことから、関心は、契約法理論、特に関係契約理論に向かい、アメリカでの最初の留学（二〇年ほど前）の恩師のマクニール先生から、民事法を広く捉えるという「民法理論研究」の構想上、決定的な刺激を受けました。

そして、関係理論にも繋がる所有法のレイディン先生からも大きな刺激を受けて、同先生の下でのスタンフォードで

の一九九〇年代半ば以降に、私の学問関心は、所有法に移り、この一五年余りは、（川島博士の所有論に対するアンチ・テーゼとして）所有法の各分野の研究を、身体所有（人工生殖）、環境、情報、住宅・都市の居住問題という具合に進めてきました。

特に最後の居住分野の研究は、長年の懸案であったところで、近時は、これを「居住福祉法学」と称して、この一〇年くらい夢中にやってきたところです。具体的には、従来から議論が多い（しかし一面的な）賃貸借以外にも、ホームレス問題、震災復興、中山間地、マンション（韓国用語ではアパーツ）という区分所有問題、都市問題、障害者の居住、外国人に対する居住差別などを横断的に扱っていますが、その分析の理論視角は、日本の問題状況として、住宅政策が先進国の中でも突出して、市場主義的であり（これは医療保障の問題への平等主義的対応と対蹠的である）、弱者（低所得者）の居住保障という視角が弱いというところにあります。

これが従来の民法学との関係でどうか関わるかを申しますと、後にも触れるように、マクニール先生の関係理論も含めての批判理論で、リアリズム法学とは違って、民法学研究において、市場と国家との関係などという社会編成原理を考えるという視角が前面に出ました。そしてそれとの関係で、川島所有理論を考えますと、いわゆる近代法モデルから、商品交換の所有法ということで、市場主義的な所有法という性格が強い。換言しますと、国家は、市場に介入せずに、自己責任に委ねるという立場に立つということで、それが住宅法の領域で最も如実に出ており、その問題状況も一番深刻だと考え、それに対する批判モデルとして出したのが、「居住福祉法学の構想」なのです[3]。

因みに、この点で、韓国における住宅政策は、近い隣国でも相当違っており、中・低所得者のための公共住宅政策は、かねて日本よりも充実しており、例えば、①低所得者（生活保護受給者、高齢年金受給者など）向けの永久賃貸（一九八九年～）、②中低所得者支援の公共賃貸（一九九三年～）、国民賃貸（一九九八年～）、③（李政権になってから打ち

出され、後退したとされるものの）ポグムジャリ住宅（二〇〇九年～。この前駆としては、二〇〇七年以降のソウル市ベースでなされる中所得者支援の長期賃貸の伝貰の低廉化をはかる「シフト住宅」がある）というミックス住宅等は、実際に見て回ったこともありますが、日本とは異なるもので、この相違がどこに由来するのかを考えるのも、興味深いことです。

ところで、本日重点的に話そうと思っております、不法行為法は、これらの「所有問題の裏」の問題ということが言えましょう。また、日韓の不法行為法学について、どのように話すかが問題となります。この点で、両者は大差ないということも聞くのですが（例えば、京都大学に長く留学しておられた、この分野が専門の東亜大学・金敏圭教授の言）、同じ日本でも東大系と京大系の関西とは、かなり様相が違い、少なくとも私が受け止めている不法行為法学は、恩師の世代から既にアメリカ法学の影響が濃厚で、これは韓国民法の状況とは、かなり違うと思われます（韓国民法が、日本における「（ドイツ）学説継受」批判が始まる直前の一九五八年に制定されたこともあり、今日の日本民法学以上に、ドイツ法学の影響力は強く[4]、韓国の民事法（とくに民法）におけるアメリカ法の影響は、ごく最近のことと思われる[5]）ので、こうした日韓の相違点に留意するという意味で、次に私の総論的な（そしてそれはアメリカ法的な）問題意識をお話することから始めたいと思います。

＊以下、文体を「ですます」体から、「である」体に便宜上切り替えます。

（1）これまでに刊行した拙著（論文集）として、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一）、また留学後のものとして、同・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究一巻）（有斐閣、二〇〇〇）、同・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究二巻）（有斐閣、二〇〇三）、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究三巻）（有斐閣、二〇〇六）、同・都市居住・

災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究四巻）（有斐閣、二〇一一）参照。

（2）それについては、吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、二〇〇八）「はしがき」ⅳ頁にも触れた。なお私のこれまでに公表した講義録は、同・家族法（親族法・相続法）講義録（信山社、二〇〇七）、同・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、二〇一〇）である。

（3）私の居住福祉法学の概観は、例えば、吉田邦彦・居住福祉法学の構想（居住福祉ブックレット）（東信堂、二〇〇六）、また、武川正吾ほか編・居住福祉学（有斐閣、二〇一一）の吉田執筆箇所など参照（さらに、吉田邦彦・前掲書（注1）民法理論研究三巻、四巻の関連論文も参照）。最近のものとして、同「住宅政策の貧困と居住福祉法学の諸課題」賃金と社会保障一五五〇号（二〇一一）も、一般的に論じてみたものである。

さらに、私が編集したものとして、早川和男ほか編・居住福祉学の構築（居住福祉研究叢書一巻）（信山社、二〇〇六）、ホームレス・強制立退きと居住福祉（居住福祉研究叢書二巻）（信山社、二〇〇七）、中山間地の居住福祉（居住福祉研究叢書三巻）（信山社、二〇〇八）、災害復興と居住福祉（居住福祉研究叢書五巻）（信山社、二〇一二）（近刊）がある。

（4）韓国民法の比較法的位置づけ（日本民法よりもドイツ法的特色を持つことなど）については、さしあたり、鄭鐘休・韓国民法典の比較法的研究（創文社、一九八九）を参照。

（5）例えば、ソウル大学の民法の尹眞秀教授なども共同執筆されている『法経済学――理論と運用』（図書出版、二〇一一）が、ごく最近に編まれていること、そしてドイツにおける法と経済学研究の影響を受けていることも、興味深い。

二　問題関心

二―一　民法理論的研究

そこで、以下では、私の民法学研究の軸とも言える総論的視角を幾つか述べることにするが、その第一は、理論的研

究である。この点で、民法学研究の大多数は、わが国でも従来伝統的には、殆どは、法教義学、つまり、法律論（法解釈論）を論ずるという風であり（もっとも、わが国の優れた民法学者は既に学際的な民法研究を例外的ながら志向していたことは興味深い〔例えば、我妻博士におけるヒルファーディングの金融経済学などのマルクス経済学研究、また川島法学の後期におけるパーソンズなどのアメリカ社会学研究[6]〕。しかし、いずれも、他分野の研究になってしまって、法学内在的な研究であったかどうか疑わしい）、これが比較法的に本格的になされるようになったのは、アメリカ法学であって、今でも同国の法学でこの種の研究は、最も盛んと言ってよいであろう。私が、数回の同国での在外研究を経て、「民法理論研究」というタイトルを銘打って拙著を出そうとしているのも、こうした潮流に着目したいからに他ならない。

そして分野的には、アメリカ法学では、①まず、不法行為法で、最初にこのタイプの議論が出たのであり、それは「法と経済学」の潮流であった。もっとも、これも、（近代）経済学分析そのものであり、法学外在的分析（他分野の学問分析）ということもできるかもしれないが、それは法学の世界に、広汎に影響力を与えた（例えば、思考様式として効率性分析など）という意味で、法学と経済学の交錯という面で意義は小さくない。なおこうした潮流は、一九六〇年代から生じ、わが国では、主に七〇年代から平井教授による紹介・分析などにより[7]、今ではかなり普及したとも言えよう（他方で、不法行為法それ自体は、賠償額制限などの不法行為改革[8]で保守化した）。

②次に注目されたのは、契約法研究であり、それに関する「法と経済学」のみならず、批判法学、「法と社会」、関係理論、フェミニズム法学など分析手法は多様化した（一九七〇～八〇年代。しかし八〇年代終わりあたりから保守化し、経済学的研究による席捲現象がある）（内田前教授等が注目する[9]）。

③しかし、一九九〇年代から顕著になってきたのは、所有法研究であり、知的所有権分野も含めて、目下理論研究が最も盛んな分野であり、私も、九〇年代半ばのスタンフォード体験でこの分野に注目して、諸種の分野でささやかな研

究を行ってきたことは既に述べたとおりである[10]。特に、契約法学に比べて、所有法論学者の理論分析は、社会の基本構造などにも繋がり、カバーする対象も広いために、視野が大きい人が多く、魅力は尽きない。

ところが、未だにこうした分野への着目度は、わが国では大きくなく、アメリカ所有法の魅力が伝わらず、多くが古色蒼然とした物権法を講じているのも不思議である（他方で、日本では、知的所有法の領域ばかりで蛸壺式に、日米の比較法研究が進んでいる[11]のもアメリカの実情を考えると異様である。向こうでは、伝統的所有法学者が、知的所有法の領域になだれ込む形で、活性化がはかられており、民法（物権法）と知的所有法との風通しは良いからである）。その背景として考えられることは、アメリカに留学する日本の民法研究者の多くは、複数回長期留学する機会もなく、大方は、留学時にまずは接する契約法と不法行為法の研究に追われてしまい、その後に習う所有法学までなかなか手が回らないという卑近な理由もあるのではないか。

二―二　法解釈方法論への関心

（一）（従来のアメリカ・リアリズム法学との関わり）

近時の日本民法学は、一九九〇年頃の平井教授による利益考量論批判（第二次法解釈論争[12]）以降、伝統的法教義学への逆戻り（引き籠り）という現象が、論争者の「意図せざる結果」として生じてきており、法解釈方法論への関心も低下しているかに見えるが、従来はこういう方法論的関心が強かった（とくに東大系の研究者）。

その際には、かねてアメリカのリアリズム法学の影響が強く（例えば、末弘・川島・来栖・加藤の各博士〔我妻博士も、リアリズム法学の前駆の社会学的法律学の影響を受けている[13]〕。さらにそれを継承する星野教授、平井教授、米倉

教授など）。そしてそこでの関心事は、生ける法への関心であり、また、判例研究方法論や司法コントロール論等多くの議論が蓄積されている。ところで、日本民法における「生ける法研究」ないし「法と社会」研究の歴史は古く、回帰的にそういう主張が出てきていることに留意されなければならない。

すなわち、第一に、既に一九二〇年代初頭に、初めてアメリカロースクールのケースメソッドの講義を受けられた末弘博士（因みに同博士とて、それまではドイツ法学の影響は濃厚で、ドイツ留学を目指したが、第一次世界大戦でかなわず、方向転換を余儀なくされた）は、「ドイツ学説継受」による概念法学の非現実性を痛烈批判して、判例研究の重要性を強調されたし、第二に、強いリアリズム法学の影響の下に、川島博士が、日本の法意識の近代化等という実践的動機はあるものの、戦後法社会学の構築に傾注されたのも、同様の動きと言える。そして今われわれは、第三の危機とでもいうべきものに直面している。学界の方では、前述の如く、法教義学への引き籠り現象があり、他方で法学教育においては、（アメリカとは異なる）日本版ロースクールの導入により、法学教育の予備校化・マニュアル化・平易化教育の進行により、振り子は再度「法と社会」の乖離に振れている。私が今世紀に入り、意識的に研究にフィールドワークを採り入れ（例えば、住宅問題やアスベスト調査などの不法行為問題）、非法律家との意見交換を重視して、居住福祉法学など、これまでの伝統的民法学体系の脱構築に取り組むのも、自分自身としては、「生ける法研究」の一環のつもりである。

（二）（平井教授の利益考量批判の評価及び近時の批判法学の発展的展開）

ところで、私自身の方法論的関心は、こうした先達の議論の延長線上にある。平井教授の利益考量論批判との関係では、同教授が、法解釈学方法論の中に「議論」の側面を採り入れ、また、いわゆる「言語論的・解釈的転回（linguistic

turn）」を踏まえて、法規範の認識論（epistemology）を洗練化させたことの功績は大であるが、法律論の重視はある意味当然のことであり（むしろ同教授の関心は、どのような法命題を定立するかという点にあり、いわゆる「ルール型」法命題志向があることも、興味深い）、それにより利益考量論を否定し尽くすということには難があると考える。むしろ、私としては、アメリカ法学の影響の下に日本に定着した日本版リアリズム法学としての利益考量論の良き遺産を継承させ、現代社会の問題に照らしつつ、新たに展開していかなければいけないと思う（その意味で、リアリズム法学の現代版の発展形態としての批判法学に私は注目しているし、平井教授の「議論の民法解釈学」は、それに適合的だと考える）[14]。

なお、従来の日本のリアリズム法学との関係で、方法論的に注目しなければいけないのは、法原理論の展開が見られることであり、「法と経済学」の市場主義モデルの提示以降、それへのアンチ・テーゼとして、とりわけ批判法学からの批判モデルの原理的展開の貢献は大きい（日本では、我妻博士の指導原理論などもあったが、それよりもはるかに方法論的に自覚的な展開である）。それはすなわち、市場主義（個人主義）の批判であり、それを通じて、市場と国家・公共との関係を批判的に問題にし、法解釈者の政策的・社会編成上の原理的立場を意識的に自覚するという方向で向かっているのであり、先に述べた私の所有論研究などもこの実践であることは改めて言うまでもないであろう。

そして、私自身の理論軸として注目するのは、「関係的視角」（マクニール教授からの刺激）であり、それは、関係的契約論に始まり、人格的所有論、関係修復・修復的正義論などに及んでいて、より具体的には、コミュニティーの意義、団体の意義に注目し、契約に対する介入、付随義務論等重視するわけである[15]。そしてこうした問題関心は、一九二〇～三〇年代のアメリカ本国のリアリズム法学にも、日本の解釈方法論議（利益考量論）にもあまりなかったことと言えよう。

二－三　法政策的視点

ところで、日韓不法行為を見る際に抜きにできない視角として、法政策的な視点がある。これは言うまでもなく、平井教授が、アメリカでの「法と経済学」研究及び公共訴訟の議論に接されて、「政策志向型訴訟」の重要性に注目され[16]、さらにその論議を法政策学の枠組に一般化された[17]一連の理論的動きを指している。

日本では、法科大学院とともに、各大学で公共政策大学院もできて、私も、法政策学は具体的に実践可能でなければいけないとの問題意識から、同大学院での講義では、具体的な民法問題との関連で、横断的に法政策論を論じている[18]。そして、こうした問題意識は、本稿でも最後に述べるが、「立法との関係での司法の役割」論の問題を自覚的に論ずるという問題意識に繋がる。

＊　＊　＊

以上に、不法行為法学を中心として、日韓の民事法学を見る際の、総論的な視角を思いつくままに、述べてみたが、韓国民事法学のこのあたりの議論状況はどうなのであろうか。ご教示賜ればと考える。

（6）例えば、我妻栄・近代法における債権の優越的地位（有斐閣、一九五三）、川島武宜「社会科学における人間の地位」川島武宜著作集二巻（岩波書店、一九八二）（初出、一九五六）など参照。

（7）例えば、平井宜雄「アメリカにおける『法と経済学』研究の動向」アメリカ法［一九七六－二］（一九七七）〔平井著作集Ⅰ（有斐閣、二〇一〇）に所収〕、同「法律学と経済学――その連続と不連続」季刊現代経済二四号（一九七六）、浜田宏一・損害賠償の経済分析（東大出版会、一九七七）などは、嚆矢的なものである。

（8）これについては、例えば、石原治・不法行為改革（勁草書房、一九九六）。

（9）例えば、内田貴・契約の再生（弘文堂、一九九〇）。私のものとしては、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究二巻、四巻）参照。

(10) 吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究第一巻、三巻、四巻）参照。
(11) 例えば、北大法学研究科二一世紀COEプログラムが出している、『知的財産法政策学研究』（二〇〇四～）。
(12) 平井宜雄・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九八九）、同・続・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九九一）〔平井著作集一巻（有斐閣、二〇一〇）に所収〕。
(13) 例えば、末弘厳太郎・法学入門（末弘著作集Ⅰ）（日本評論社、一九五二）（初出一九三四）、川島武宜・科学としての法律学（弘文堂、一九六四）、加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四）。また我妻博士については、我妻栄「私法の方法論に関する一考察」法協四四巻六号、七号、一〇号（一九二六）〔同・前掲書（注6）に所収〕参照。詳しくは、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究一巻）第一章を参照。
(14) この点の詳細は、さしあたり、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究一巻）第二章を参照。
(15) これについては、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第九章参照。
(16) 平井宜雄「現代法律学の課題」同編・社会科学への招待（法律学）（日本評論社、一九七九）〔平井著作集Ⅰ（有斐閣、二〇一〇）所収。特にその一八頁以下〕、同・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇）〔平井著作集Ⅱ（有斐閣、二〇一一）所収。特にその一五五頁以下〕。
(17) 平井宜雄・法政策学（有斐閣、初版一九八七、第二版一九九五）。
(18) 吉田邦彦・民法と具体的法政策――二一世紀の生ける民法学（未公表）（二〇一一）。

三　報告対象――附：最近の日本の民法改正（債権法改正）の論議瞥見

本稿では、とくに不法行為法（ないし所有法）を中心に論ずるので、近時日本で急増している改正論議に直接は関係せず、素通りして済ますこともできるが、梁裁判官からは、この問題についての私なりの見方も示すようにとのことな

ので、簡単ながら述べておきたい。(19)

すなわち、日本における近時の民法改正（債権法改正）の議論（これは、内田貴前教授の私的な研究会〔民法（債権法）改正検討委員会〕を母体に、二〇〇六年七月から本格的論議が始まり、二〇〇九年三月に法制審議会への諮問がなされ、同審議会での議論も始まった。この間、加藤雅信を中心とする民法改正研究会も、二〇〇五年に立ちあがり、対抗案の論議も進んだ）は、主として契約法領域が対象とされている（加藤案の射程はそれより広い。なおこの点で、韓国でも同様の改正の動きが近時（再度）始まったようで、その射程は民法の財産法全体に及んでいるとのことである）。

私のこうした議論に対する立場を述べるならば、時代錯誤的な規定の改廃〔オーバーホール的な改正〕には賛成である。しかしそれ以上に、あまり欲張らない方がよい。やるのならば、改正目的をはっきりさせて行うのが、鉄則であろうと考えており、そのような慎重な立場を私が採る理由は以下のとおりである。

第一は、日本における民法研究者・実務家の立場には従来とは違う変化が見られ、意見の分布状況が多様化し、とくに、政策的立場についても、意識的に意見の分岐が見られるようになったことである。また第二は、日本における近時の立法過程の変容があるということで、かつての「法制審議会」一本主義は崩壊し、議員立法が増え、また内閣（法務省）提案のものでも、いわゆる「立法過程の民主化」により、原案に対して企業関連の実務家などの保守勢力からの修正圧力が強くなり、原案がそのまま通るとは限らない（ないしは、原案を作る段階でも、学者の意見がそのまま通らなくなってきた）ということである。

かつて、一九九〇年代半ばのスタンフォード滞在時に、立法学の授業（当時イェール大から客員教授で来ていたエスクリッジ教授のもの）を聞く機会があり、アメリカでは、立法には様々な障害因子があり、「妥協の産物」にならざるを得ず、一般的に立法不信のようなものがあり、その分司法への期待も大きいということを教えられたが、日本もこう

したアメリカ的状況に近づいていると言えるわけである。立法の際には、保守的傾向（市場主義的傾向）が出るようになったのが、近時の顕著な現象（例えば、区分所有法改正、借地借家法改正、担保法改正など）であり、転機は九〇年代半ばで、従来式にまずまずで進んだのは、製造物責任法くらいまでではないかと思われる。我々の恩師の頃のリベラルな立場でのコンセンサスの下での立法、また我妻博士や星野教授が法制審の座長の頃の法案の通り方は許さない状況になっており、良い意味でのエリート型立法の制度基盤が失われたと言えよう。

こうした事態に対して、近時の改正論者は、どう臨むのかという見通しが十分示されておらず、下手をすれば、現状よりも保守的な立法になりかねない（政策的立法にしようとすれば、益々そうであり、この点、かつて内田前教授は、政策問題には今回の改正では立ち入らないとしていたが、その基本スタンスに動揺がなくもない。そして現に、例えば、消費者保護法を一般民法化するという進歩的な改正案の箇所については、即座に企業側弁護士から反対する保守的論議が濃厚に見られているのも、不安材料である。しかしこれも当然予期されたことである）。この点で、韓国での立法（民法改正）は、日本のかつてのようなエリート集団的立法（それは進歩的、研究者の良心的改正がそのまま認められる立法という意味である）を許す状況なのであろうか。(20)

また第三に、今回の日本での債権法改正論議での一つの大きな発条になっているのは、国際取引の契約法等をカバーするウィーン条約などの国際的統一法化の影響であり、そこでの契約法モデルは、新古典派であり、意思理論が前面に出ており、関係契約理論（マクニール理論）が提起される以前の状況である。研究者による先端的議論を踏まえた改正という意味合いもあったはずなのに（そのために、日本での改正論議では、原案作りは研究者だけでなされ、実務家は加わっていない）、改正論議以前にこれだけ日本でも数多く議論された関係契約理論ないし継続的契約の議論が、改正論に十分反映されていないのも不可解だ、という点も、併せて指摘しておきたい。(21)

さらに第四は、方法論的根拠との関係での問題である。私は、来栖博士の「法」と「法律」に関する研究、また平井教授の「議論による法律学」等の先達の遺産の上に、法解釈学（法律学）方法の捉え方として、法解釈の多様性の許容があるべきで、あまり「特定の解釈論」を、権威的に、トップダウンで振りかざさない方がよいと考える。ところが、今回の債権法改正論議では、従来の改正とは異質で、時代錯誤的な規定のオーバーホールを超えて、「法解釈的立法」という性格も色濃く、それが、内田案と加藤（雅）案との屹立という、本来解釈論でなされる論議が、民法改正論で対立するという混乱状態に立ち至っている。この混乱は、本来民法改正とはどういうものであるべきか、その際の立法と法解釈論との役割分担などの方法論的議論がなされないままに、従来とは異質の改正論議に突入してしまったことによるところが大きく、再度謙虚な反省が求められると考える。(22)

(19) 詳しくは、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第一〇章参照。

(20) 日韓の民法研究者の分布状況が異なることについては、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）一〇七頁、同頁注五にも論じた。

なお、韓国では、既に、一九九九年二月に「民法（財産法）改正特別委員会」が構成され、二〇〇一年一一月に同委員会による「民法改正試案」が発表され、二〇〇四年一〇月に「民法改正案」が提出されたが、二〇〇八年五月に廃案となっていることについては、梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商一二七巻四＝五合併号（二〇〇三）、同「韓国の二〇〇四年民法改正案――その後の経過と評価」ジュリスト一三六二号（二〇〇六）、鄭鐘休「韓国民法の現代化（一）（二・完）」民商一二六巻二号、三号（二〇〇二）など参照。

(21) この点は、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第九章三節参照。

(22) この点については、注19論文、とくに三九一頁以下参照。

四　不法行為法の具体的課題

次に不法行為法の各論的論点に入るが、詳細に立ち入る余裕もなく、ごく簡単に日本の状況を述べて、日韓の比較法議論の素材を提供したい。

（一）交通事故

第一に、交通事故領域では、日本では、一九七〇年頃をピークに、交通事故数は、横ばいないし下降し、交通事故訴訟は、それ以上に減少し、ＡＤＲに流れた。こうした現象について、平井教授は、オベアの紛争類型（「利益紛争（conflict of interest）」と「価値紛争（conflict of values）」）を用いて分析された（交通事故紛争は、概して利益紛争で、裁判によらなくとも、二者間の交渉モデルに乗りやすいとされる[23]）。韓国でも、日本と類似の自動車損害賠償保障法（一九六三年制定。一九九九年全面改正）を基本法律として、法的処理がなされているが、紛争解決形態として、日本と同様の推移を辿っているのであろうか。

（二）医療過誤

第二に、後にも触れるが、医療過誤訴訟は、近時急増し、最高裁のスタンスも民事では例外的な積極司法の立場として目立っていて、多くの破棄判決が存在している（しかし、最近はやや方向転換もある）（後述参照）。また他方で、厚労省で、医療無過失補償制度創設の議論が、最近ようやく開始された（二〇一一年八月～）（民主党は、二〇〇九年の衆議院選挙で、同制度を公約に掲げていた）が[24]、これは、医師の側からの医療崩壊の議論（小松医師ら）の影響もあるのだろうか（同医師は、医師・患者間の対立構造を促進させ、必ずしも、医療システムの問題の改善に繋がらない医事

紛争（医療過誤訴訟）には問題があり、しかし他方で、被害者救済の必要はあるので、スウェーデン式に無過失補償制度が望ましいとする[25]。日本よりも訴訟社会であるとされる韓国でも同様の現象は見られるのであろうか。

（三）製造物責任

第三に、製造物責任領域では、日本では一九九〇年代半ばに製造物責任法が制定された（一九九四年）。ただ、それにより飛躍的に法理が躍進したということはなく、カネミ油症事件、スモン事件などの判例法の蓄積[26]の意義は日本では大きく、立法は判例法の実定化の性格が強い。他方で、韓国の製造物責任法（二〇〇〇年）（二〇〇二年七月施行）は、日本のそれをモデルとされたと言われ、同時に若干強化されたとも指摘される（例えば、販売業者の責任規定（三条二項）や複数の加害者の連帯規定（五条）、その免責特約の無効規定（六条））が、現実の運用上の相違はどうなのであろうか。

（四）公害・環境

さらに、第四に、公害・環境型の不法行為と言っても、両国ともに、膨大であろうが、塵肺、アスベスト、そして近時の放射能汚染等、蓄積型損害は、大きな課題であろう（アスベストに関しては、日本では、尼崎のクボタ周辺の近隣調査をし、韓国でもソウルの地下鉄駅や釜山の第一化学界隈の被害（さらに同社の東南アジアの公害輸出など）の調査をしたことがある。日本では、アスベストに関して、救済立法が早々に作られ（二〇〇六年アスベスト新法〔石綿健康被害救済法〕）、その補償の不十分さなど批判もあるが[27]、韓国での同様の立法（二〇一一年一月に施行）ではどうなのであろうか。

なお、韓国の環境政策基本法（一九九〇年）には、「環境権」の規定がある点で、異なるが（もともと、韓国憲法の

一九八〇年改正で、「清潔な環境で生活する権利」（三三条）、「国民には、健康かつ快適な環境で生活する権利があり、国家・国民は、環境保全のための努力する」（三五条）の明示）、実質的被害者保護の状況は、日韓の環境法においては、どう違うのであろうか。

（五）災害問題

第五に、災害問題は、二〇一一年三月の東日本大震災により、急浮上した感があるが、震災列島の日本においては、かねての懸案事項である。しかしそれにもかかわらず、災害救済に従来の民法学が冷淡であり、それが私の災害復興法学の問題提起にも繋がっている[28]。ともかく、今回の大災害は震災・津波・原発被害が複合する超弩級の大災害で、先進諸国中で最も災害救済に冷淡だと指摘される問題状況は、大きく前面化することであろう。

民法学の側で再考が求められるのは、災害問題は「不可抗力」として、責任論の射程外としてよいか。救済拒否でよいのかという大問題があり、この点は、東日本大震災で、福島の原発被害（放射能汚染）に対する損害賠償と宮城・岩手の津波損害の救済拒否とのギャップをどう考えるかという問題にも関わる。

なお、日本の原子力損害賠償保障法（一九六一年）では、無過失責任とされるが（三条）、今回の地震・津波のような天災との関連については、第一に、天災なので、責任保険契約（八条）ではなく「政府補償契約」（一工場、一事業所当たり一二〇〇億円）（一〇条、一六条）により、第二に、しかし「異常に巨大な天災地変又は社会的動乱による場合には」、電力会社は免責されて（三条一項但し書）、この場合には、政府は被災者救助・損害の拡大防止のために、「必要措置」を講ずるとされる（一七条）。

福島の放射能被害問題の塡補は、責任法の枠内で収まる如くで、原子力損害賠償法の紛争審査会は、交通事故実務を

参考に緩やかな基準をたてているとのことであるが、第一に、賠償範囲がそれだけ膨大となれば、東京電力だけの問題ではなく、国の支援などの性格が強まり、津波被害との格差問題は、益々顕著になるだろう。また第二に、ヨリ放射能被害の特性に即した措置がなされるべきで、塡補にしても、蓄積型損害（将来発癌で死亡するという損害）にどう対処するかに向き合うべきで、この点で交通事故先例は無力であるし、こういう不可逆的損害には、事前の避難措置が決定的に重要だが、日本政府の措置は遅く、今後国家賠償問題も生じかねない。さらに第三に、避難措置が遅れて、放射能汚染を余儀なくしたために、除染に巨額費用を生じようとしているが、少なくとも、自主避難により安全性確保を図ろうとする被災者への支援がもっと厚くなされるべきであろう。

このように、日本の災害復興問題は、課題が山積みの状況である。韓国は震災問題という点では別天地であるが、災害対応の点で、日本と類似しているのであろうか。

（六）補償問題

最後に補償問題で、具体的には、強制連行・労働、慰安婦問題、中国での民間人虐殺、爆撃・細菌戦などのいわゆる戦後補償問題、また北海道などでは、先住民族のアイヌ民族の所有権侵奪なども関係する。実態的にも、最も深刻な集団的不法行為問題であり、東アジアの国際関係の重要課題であるのに、従来、民法研究者の視野に入ってこなかったことは不思議ですらある。この点で、アメリカ法学では、既に民事法学者による多くの議論があり、私自身多くの示唆を得た[29]。

この問題は、法理的分析としては、国際法（国際人権法）とも交錯し、検討すべきことは多く（時効・除斥期間、国家無答責、増額評価、条約による責任放棄の可否など）、さらに、根本的な不法行為制度論などとも関係し（これにつ

いては、若干次述する）、二一世紀の不法行為法の大きな未開拓領域である。ただ詳細は、ソウル大学での英語講演に譲り[30]、ここでは省略したい。

（23）この点も、平井教授の注16の文献〔平井著作集Ⅰ七頁以下、平井著作集Ⅱ一三一頁以下〕参照。

（24）朝日新聞二〇一一年八月二六日五面参照。

（25）例えば、小松秀樹・医療崩壊――「立ち去り型サボタージュ」とは何か（朝日新聞出版、二〇〇六）二三八頁以下、二四七頁、二五二頁以下。

（26）例えば、東京地判昭和五三（一九七八）年八月三日判例時報八九九号四八頁（東京スモン訴訟）、福岡地判昭和五三（一九七八）年一一月一四日判例時報九一〇号三三頁（福岡スモン訴訟）、金沢地判昭和五三（一九七八）年三月一日判例時報八七九号二六頁（金沢スモン訴訟）。またカネミ訴訟として、福岡地判昭和五二（一九七七）年一〇月五日判例時報八六六号二一頁、福岡地裁小倉支部判昭和五三（一九七八）年三月一〇日判例時報八六一号一七頁（カネミ第一陣訴訟）、福岡高判昭和五九（一九八四）年三月一六判例時報一一〇九号二七頁、福岡地裁小倉支部判昭和六〇（一九八五）年二月一三日判例時報一一四四号一八頁（第三陣訴訟）など参照。

（27）これについては、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究三巻）第九章第二節。とくに六二〇頁以下参照。

（28）東日本大震災前のものとして、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究三巻）第四章第二節、同・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第四章参照。また大震災以降のものとして、同「居住福祉法学から見た『釜石災害復興の希望』の道筋と諸課題」復興釜石新聞二七号（二〇一一）五面、早川和男ほか編・前掲書（注3）（災害復興と居住福祉）「解題」（吉田執筆）がある。

またソウルの慶熙大学での原発問題に関する法と政策に関する国際シンポ（二〇一〇年一一月）で、日本側を代表して報告した私が、既に日本の原発の推進状況の（震災との関連での）危険性を指摘していたものとして、Kuniniko Yoshida, *A Critical Appraisal of Current Nuclear Energy Law & Policy*, 45 (4) Kyung Hee Journal 617 (2010) がある。

（29）詳しくは、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究三巻）第六章～八章。同・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第五章～八章参照。

（30）ソウル大での英文講演（二〇一一年一〇月一一日）は、Kunihiko Yoshida, *Reparations and Reconciliation in East Asia as a Hot Issue of Tort Law in the 21st Century: Case Studies, Legal Issues, and Theoretical Framework* というもので、同大学の紀要（Journal of Korean Law vol.11 n.1 (2012)）に公表予定である。

五　原理的・理論的課題[31]

（一）「現代型不法行為」に、うまく対応できているか？

「現代的不法行為」とは、例えば第一に、「政策型不法行為」（例えば、公害、医事紛争、補償問題など）、第二に、「フロンティア不法行為」（例えば、経済的不法行為・不正競争、コンピューター関連（cyber torts）、付随義務論、密室型不法行為（学校、家庭内等）など）、そして第三は、「人格的不法行為（名誉棄損など）、さらには、環境的不法行為」であり、最後のものは、「財産的不法行為」と対比的に用いている。

そして、これらの現代型の不法行為類型に、うまく対応できているかが、最初の課題である。例えば、「環境的不法行為」は、近代的体系との間に齟齬がある。生態系加害の不法行為は、加害の予測、予見、計算が難しい。それゆえに、「警戒＝予防原則（precautionary principle）」なるものが求められるに至っている[32]。しかしこの点で、韓国の環境不法行為の差止めにおける受忍限度要件[33]（日本も同様である）は、十分に上記原則を理解しているとは思われない。

（二）「総合救済システム」の必要性

「総合救済システム」とは、不法行為法の枠組みを再考するものとして、加藤雅信教授が、一九八〇年代後半に提供した枠組みであるが[34]、その後立ち消えの状況である。しかし、以下の如く、その必要性は高まっているように、私には思われる。

第一に、交通事故領域、公健法（公害健康被害補償法）などでは、救済が制度化されている。また第二に、医療過誤でも、無過失救済制度の必要性が説かれている（前述）。そして第三に、災害補償の領域では、以下のような見地から、責任法を脱構築する必要があるのであり、これはすなわち、居住福祉法学の視角の「災害復興」領域における表れであると考える（注28の文献参照）。

この点を敷衍すると、一つには、近時の震災は、「中山間地」を直撃している。そして、被災する前から、中山間地は、都市化の隅に追いやられていた（平成市町村合併の問題）。しかし、中山間地の保護は、環境保全、防災、食料供給、リクリエーション（保養）などのためにも、有用であり、公共的保護の必要性は高い[35]。

二つめには、従来日本では、比較法的にも、先進国の中では突出して、住居ないし居住に対する配慮が低く、その公共的保護としての「住宅補償」が手薄である（被災者生活再建支援法（一九九八年）による保護も限定的である。二〇〇七年改正の後でもそうである）。それと併せて、「生業補償」も必要であるが、あまりなされていない。しかし他方で、公共工事的なことに「災害復興」と称して、土建国家的用途に、巨額が使われている（例えば、神戸空港、港湾整備、道路工事、砂防工事等）。

三つめに、「放射能汚染」は、今まで経験したことがない問題である。そうした蓄積的損害（不可逆的損害）は、できれば被らないような事前的措置が必要だが（その意味で、まさに「警戒＝予防原則（precautionary principle）」の対

象である）、福島問題として、広汎な放射能被害（蓄積型損害）が生じてしまった以上、その救済のあり方をその特性に即して考える必要がある。（しかし、原子力損害賠償紛争審査会では、交通事故賠償という類型という異なるものを先例としており、被害の本質を捉えていない憾みがあることは前述のとおりである。）

なおこの点で、《除染》は重要だろうが、正確な見通しの下に、《集団移転（他地域移転）》の道も探ることも、――大きなディレンマだが――「功利主義的政策考慮」として、抜きにできないであろう。限られた災害復興予算の効果的な使い方として、できる限りこれまで手薄だった居住福祉型災害復興予算に用いることを旨とすべきであり、一方で、住宅補償・産業補償の強化・充実を強く打ち出すべきこと、他方で、除染は重要にしても、費用便益的に不確定要素が大きく、従来の日本の復興予算の土建予算型偏りからは、シフトしやすい除染にのみ野放図に予算を費消するのではなく、代替的に移転による居住福祉の充実の選択肢の方途も探ることの検討も求めたい。その際に、法政策学（平井教授）における効率性基準は、正義性基準と並んで、考量枠組の一翼をなす[36]ことを想起しなければいけないであろう。

（三）国際的連携の必要性――とくに、環境領域

さらには、東アジアの広域的な不法行為問題を考えると、例えば、①中国の砂漠化（緑地化の必要性）にしても、②福島の放射能対策にしても、③原発、代替エネルギーなどのエネルギー開発、④近隣海洋資源管理にしても、近隣国の国際連携は不可避であり、東アジアの広域的な環境保護に努めることが、二一世紀の課題である。

すでに、資源管理、コモンズ保全のための「協調行動」、そのための諸規範の必要性、そうした制度作りへの関心は、新制度派経済学の側からの関心は高い（オストロム教授等[37]）。こうした協調関係をどう作り出すかが、大きな広域的不法行為の制度的課題であり、その意味で、これは、前記関係的視角からの考慮である。どうして、二一世紀の不法行為

課題として、補償問題を取り上げるかとも関係する。例えば、尖閣列島や竹島（独島）を巡る、日中韓のナショナリズム的緊張関係を高めて、不信・対立の連鎖を増幅させても、資源問題解決のためには、百害あって一利なしなのである。

（四）不法行為制度の根拠論――とくに、補償問題での問題提起

従来、法律家、伝統的民法学者は、「損害賠償中心主義」に囚われる（不法行為の目的論として説かれるのは、「損害塡補」以外には、せいぜい、「加害予防」や「制裁論」ぐらいである）。しかし、補償問題において、被害者は、こうした対応には、満足しないことがしばしばである（法律家は満足しても）。例えば、アジア女性基金（国民基金）の提供に対して慰安婦ハルモニは拒否したし、花岡和解（五億円）（二〇〇〇年）に対する原告リーダーは、金銭提供の裏腹の企業の不誠実さ（歴史責任の否定）に、病床に伏すほどに、ショックをうけて、激怒した。

その行動様式を、補償理論として位置づける作業をしなければいけない。これすなわち、関係修復のための補償（不法行為制度）のプロセスにおける「償い」（加害者の良心的変革）の側面に注目するということである。補償問題は、平井教授の枠組を借りると、オベア類型論における「価値紛争」的色彩が強い。それを踏まえた「和解交渉」における規範論・道徳論の重要性ということになる。

なお、この点で、オベア＝平井モデルでは、「利益紛争＝二者解決（交渉）」「価値紛争＝三者解決（裁判）」とされるが、そう簡単ではない。価値紛争たる補償問題における和解交渉モデルを、利益紛争の取引交渉とは違うものとして、模索していかなければいけない。(38)

（31）以下は、日中比較のコンテクストで、論じた問題であり（これについては、吉田邦彦「二一世紀の日中不法行為法の諸課題」北大法学論集六一巻六号（二〇一一）一九〇八頁以下）、ここでは、日韓比較不法行為法の文脈で応用してみようとする試みである。

（32）吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究一巻）第八章。とくに四五四頁以下。同・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）第九章第四節。とくに三七五頁以下も参照。

（33）これについては、さしあたり、李相敦＝李昌桓「韓国における環境救済法の争点」尹龍澤他編・現代の韓国法（有信堂、二〇〇四）二五一頁参照。

（34）例えば、加藤雅信・損害賠償から社会保障へ――人身被害の救済のために（三省堂、一九八九）。

（35）この点は、吉田邦彦・前掲書（注3）（居住福祉ブックレット）第六章、早川和男ほか編・前掲書（注3）（中山間地の居住福祉）参照。

（36）この点は、平井宜雄・前掲書（注17）初版九九頁以下、第二版七〇頁以下参照。

（37）See, e.g. Elinor Ostrom, Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Action (Cambridge U.P., 1990) 14, 29; do., Understanding Institutional Diversity (Princeton U.P., 2005) 8, 99.

（38）この点は、注29の文献の内、とくに、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究四巻）二五六頁以下参照。

六．司法の役割

「韓国司法の頭脳」の裁判官の皆様の前での報告の最後として、民事司法の役割について述べておきたい。民事司法において、日本は、一般的に、消極司法的色彩が濃厚であり、例外は、第一に、医療過誤の領域であり[39]（しかし最近〔二〇〇〇年代半ば以降〕変化の兆しもある）[40]、②過払い金訴訟（利息制限法違反、また、グレーゾーン〔利息制限法（強

行規定）に反するが、処罰規定には反しない場面」における貸金業法の有効弁済（同法四三条）の厳格解釈）の領域である[41]（なおこの動きは、二〇〇六年の貸し金に関する規制法の改正（グレーゾーンの廃止、また利息制限法違反の支払いの返還請求はできないとする規定（利息制限法旧一条二項、四条二項）の廃止）と、歩調を合わせていることも留意すべきである）。

これらを評すると、個別的に見れば弱者保護に努めていて、それ自体は消費者保護上、慶賀すべきことなのかもしれないが、かつての利益考量論者（例えば、星野教授）が行っていた当該契約を超えた金融市場全体への影響を考慮しつつ、解釈論に臨むという姿勢（それはある種の法政策考慮と言ってもよいであろう[42]）は窺えない。つまり、同様に考量するならば、グレーゾーンを廃するという厳格な解釈をして、中小企業金融にどのような影響を与えるかとか、通常の金融機関から借りられない消費者の金融の余地はあるかとか、これは逆にヤミ金融を暗躍させないかとかの幅広い法政策的考量に繋がるはずであるが、そうした姿勢は希薄で、近時の判例法においては、逆説的なことだが、「法（司法）と政策」の交錯に関して、視野狭窄的とも言えるのである（司法実務者の法教義学への引き籠り現象か）。これも、利益考量を巡る、星野＝平井論争（第二次法解釈論争）の「意図せざる帰結」なのかどうかはわからない。医療過誤に関する近時の判例の立場についても、同様のことが指摘できようが、近時より広い見地から医師責任を考慮する動きが出てきた（注40参照）のは、この点で興味深いことである。

やはり、法政策的思考（それは、利益考量論と連続的なはずである）の減退は、望ましくないと思われ、その意味で、司法からの法政策的発信は、現代社会の要請にも添うものであって、どんどん促進されるべきものである。従って、日本やアメリカにおける消極司法の一般的趨勢における、立法と司法との安易な役割分担的発想（例えば、人工生殖関連の判例[43]で、こうした傾向が顕著である）は、疑問であると思われる。

この点で、韓国における民事司法の動向は、どのようなものであろうか。日本の状況と違うこととして、韓国においては、憲法裁判所の違憲決定[44]がしばしば出される（そしてしばしばそうした司法判断が、立法的改正を促しているという相互的関係が見られる）ことには、注目される。例えば、その違憲決定による家族法の数次の改正がそうであり、また最近でも、慰安婦問題放置に関する違憲判断が出されたことが（二〇一一年八月）、今後にどのように展開していくかは、固唾をのんで見守りたいところである。

（39）例えば、最判昭和六〇（一九八五）年三月二六日民集三九巻二号一二四頁（転医義務肯定）、同平成七（一九九五）年六月九日民集四九巻六号一四九九頁（医療水準論を状況に応じて厳格化する）（以上は未熟児網膜症事例）、同平成八（一九九六）年一月二三日民集五〇巻一号一頁（虫垂炎の手術での麻酔薬による重篤な後遺症事例。医療慣行になっていない能書きどおりの頻回の血圧測定肯定）、同平成九（一九九七）年二月二五民集五一巻二号五〇二頁（抗生物質などの投与と顆粒球減少症の因果関係の肯定（疾病発生機序が複雑でも））、同平成一一（一九九九）年二月二五日民集五三巻二号二三五頁（肝癌の事例で、その早期発見義務違反（アルファーフェトプロテイン検査不実施）と「その時の死」との因果関係肯定）、同平成一二（二〇〇〇）年九月二二日民集五四巻七号二五七四頁（狭心症患者への急性膵炎用の薬の点滴による致命的不整脈による死亡。医療水準にかなう医療ならば、「その死亡時に生存の相当程度の可能性がある」とする）、同平成一三（二〇〇一）年一一月二七日民集五五巻六号一一五四頁（乳癌患者に対する乳房温存療法の説明義務違反肯定）など。

（40）転機となる裁判例として、例えば、最判平成一七（二〇〇五）年一二月八日裁判集民事二一八号一〇七五頁（拘置所に勾留者の脳梗塞での後遺症事例。転送義務違反による責任否定。医師・医療機関の現実的諸制約を踏まえ、ある程度の不適切不充分は、社会生活上許容の範囲内だとする）があり、さらに、同平成二三（二〇一一）年二月二五日判例時報二一〇八号四五頁（脛骨高原骨折による下肢深部静脈血栓症という事例で、適切な医療行為を受ける期待権侵害による不法行為否定）も参照。これらの事情については、吉田邦彦・判例評論六三二号（判例時報二一二〇号）（二〇一一）二九頁以下

参照。

(41) 例えば、第一に、貸金業法の有効弁済規定（四三条）の厳格解釈事例として、一つに、契約書面（一七条書面）、受け取り証書（一八条書面）の交付要件に関する事例として、例えば、最判平成一一（一九九九）年一月二一日民集五三巻一号九八頁（貸金業者の口座への払い込みの場合でも、受け取り証書の交付を要求して、字句どおりの解釈で、消費者保護を図る）、同平成一六（二〇〇四）年二月二〇日民集五八巻二号四七五頁（弁済から二〇日余り後に、次回支払いを求める書面で、弁済充当関係の記載をしたことで、一八条の受け取り証書の書面になるかどうかが問題となった。原審では、当たるとしたが、本判決では、一八条書面には、ならないとした）など。また二つ目に、「弁済の任意性」に関する厳格解釈をするものとして、同判決（当時の規制金利（年四〇．〇〇四％）に近い実質年率による利息天引きの事例）及び同平成一八（二〇〇六）年一月一三日民集六〇巻一号一頁（年二九％の利息で三〇〇万円貸付し、元金・利息支払いを遅滞したときには、期限の利益喪失との特約があった事例）が、法四三条の「自己の自由な意思により支払ったものと言うことができない」との解釈を示した（これは、同平成二（一九九〇）年一月二二日民集四四巻一号三三二頁とは、四三条の任意性に関する異なる解釈態度である）。

また第二に、利息制限法に関する元本充当的解釈は、既に一九六〇年代の判例法理の展開として、夙に著名だが（それは、返還請求を否定する利息制限法旧一条二項等を空文化する判例を形成した）（最大判昭和四三（一九六八）年一一月一三日民集二二巻一二号二五二六頁、最判昭和四四（一九六九）年一一月二五日民集二三巻一一号二一三七頁など）が、近時は、さらに複数の貸付契約をまたいで充当が認められるかということが問題とされている。意思主義的アプローチが採られていて、やや窮屈な印象を受けるが（例えば、最判平成一九（二〇〇七）年六月七日民集六一巻四号一五三七頁、同平成一九（二〇〇七）年七月一九日民集六一巻五号二一七五頁は充当を肯定するのに対して、同平成一九（二〇〇七）年二月一三日民集六一巻一号一八二頁は否定する）、その後はより柔軟になっているようである（例えば、同平成二〇（二〇〇八）年一月一八日民集六二巻一号二八頁参照）。

(42) 例えば、星野教授は、利息制限法旧一条二項を空文化する判例の動きを積極的に解する前提として、そのような法解釈をしても、「庶民金融の梗塞の危険はない」という政策的見通しが決め手だとされていた（星野評釈・法協八七巻一一＝一二合併号（一九七〇）一一一四-一一一五頁、同「サラ金規制法の検討」私法四三号（一九八一）六七頁）。

（43）例えば、死者凍結保存精子による体外受精子に関する、最判平成一八（二〇〇六）年九月四日民集六〇巻七号二五六三頁、代理母事例に関する、最決平成一九（二〇〇七）年三月二三日民集六一巻二号六一九頁では、司法消極的な法解釈の姿勢が窺える。しかしこの領域で、ボールを立法に投げ返したからと言って、立法の議論が進むとは言えず、むしろ、司法での個別的判断を積極的に出し、そのような法実践を蓄積させていく方が議論を活性化させるものと思われる。

（44）これについては、例えば、高翔龍・韓国法（信山社、二〇〇七）七五頁以下、特に八九頁以下参照。

＊　＊　＊

（討論）

①　（尹綱悦（ユンカンヨル）大法院研究裁判官）

第一の質問は、過般（二〇一一年七月）のソウル市牛眠山における集中豪雨の土砂崩れ被害（一八名死亡）の事例を見ると、災害復興の問題は、日本だけの問題ではないことがわかりますが、これをどのように法的に処理すべきか、ということですね。本件は、国家賠償法の問題として責任追及されていますね。鑑定意見ではあっさりと天災とされているようですが、もっと慎重に国家賠償の可能性を探ることはできると思います。

日本でもかつては、河川決壊や土砂崩れなどに関して、国家賠償法二条の営造物責任（国・地方公共団体の不法行為責任）が問われたものが、沢山あったのですが、一九八〇年代の最高裁判決[45]で、財政上、技術上、社会的制約を考慮するとして、同法二条の責任の限定が付されて、その後この分野の同条の運用状況が変わってきました。

ですから、東北（東日本）大震災の津波被害につきましても、堤防の設置・管理に瑕疵があったとして、国家賠償法二条類似の責任を追及するという可能性はなくはないのですが、実際にそうなっていないのは、東北人の我慢強さ以外に、前述の判例の推移ということが関係しているかもしれません。しかしだからと言って、こうした責任法で救われな

ければ、もう被災者の災害復興に救済の手を差し伸べられないかというと、そうではないと思います。しかし、これは民法なり、国家賠償法の域を超えていますので、適宜立法を行っていくということになると思います。実際にも、近時高台移転への国の支援の強化などという形の行政措置で進みつつあるのも、実際上の補償の一部かと思いますが、まだ居住福祉的補償額は、ごく限られていると思われます。

第二は、居住福祉法学に関する質問ないしご意見で、住居問題の公共性に同意して下さったのは何よりですが、日本ではこうした主張すら関心を示す人はまだ民法領域では僅かで、日韓の相違を感じます。そこで近年進められたポグムジャリ住宅（ミックス住宅としての公共住宅）の低所得者庶民にわたる供給数が少ないとのことですが、これは、李政権の住宅政策の後退ということで、批判的意見を出しうるのではないでしょうか。

そこで、民間住宅の方に波及効果が及び、民間住宅取引を萎縮させ、伝貰金を上昇させるとの御指摘でした。しかし、私は、韓国の借家市場と後退する公営住宅政策の関係という問題については、事情に通じていないので即答しかねます。色々な分析ができると思いますが、一つは、ソウルのシフト住宅〔所有（売買）から賃貸へ、そして伝貰金の低廉化を狙う、長期賃貸制度〕をベースにしたポグムジャリ住宅による住宅売買市場の停滞（他方で、伝貰市場における公共的役割の増大）ということがあるでしょうし、そしてもう一つは、低所得者向きに月貰賃貸が増えると、他方で、家主の金融的な要請から民間の伝貰金を上げざるを得ないというメカニズムなのでしょうか。むしろ、この点は、韓国の裁判官の方に説明してもらいたいところですが・・・。

② （朴亮俊（パクヤンジュン） 大法院研究裁判官）

朴裁判官からは、戦後補償問題について、多面的に的を射た質問を戴き有難うございます。私が日頃補償問題につい

て考えていることにつき、かくも立ち入った真剣な質問を受けたことは、日本でもあまりなく、さすが韓国の大法院の皆様ならではと、感心しています（もっとも、こうしたことが、従来韓国の民法学として、常時議論されていたかという点には、私は疑問を持っているのですが・・・）。

順に見ていきますと、第一に、戦後補償訴訟における実際上の問題ですが、ご指摘のように、消滅時効（除斥期間）、国家無答責、企業の同一性など様々な障害があります。しかし、かつて詳論したように、それを克服する法解釈は可能ですし、そのような立場をとった下級審判決もかつてはございました(46)。

しかし比較的近時出されるようになった、最も強力な障害は、日韓条約による請求権放棄という点で、近時の上級審判決は大体この抗弁を受け入れています。これは、国際法のイメージにも関わると私は思うのです。言うまでもなく従来の国際法は、国単位のもので、個人に代わって国家が集団的に処理するというものだったわけですね。それに対して、個人の人権が段々クローズアップされてもう一度個人の権利の側から再検討するという方向性が、「国際人権法」として有力になってきているという国際法の動揺が、背後にあるわけです。個別的に考えようとする国際人権法になると、民法との交錯が問題になり、従来ラフに国家が処理してしまったものをもう一度、民法的に再検討したらどうなるのかという問題が出てくるのです。だからこの請求権放棄の抗弁は、従来型の国際法の前提から出されたものということができて、多くがそれに乗ってしまっているという状況かと思います。しかし民法的論理としては、被害者個人の知らないところで基本的人権蹂躙に関わる請求権が事前に放棄されてしまっているというのは、「公序」とか「約款規制」とかの常識からして、理解できないところがあるのです。

研究者の間で、民法分野と国際法分野とで、本当に詰めた議論がなされているかというとまだまだではないかと思います。集団的不法行為だから団体的処理は不可避ですが、だからと言って、個人の権利の側からの検討再試の必要はあ

るわけで、日本政府ないし外務省はなかなか譲らないでしょうが、もしあまりに乱暴な条約内容ならば、やり直さなければいけないという可能性もあります。況や慰安婦問題は、一九九〇年頃から明らかになったことですから、六〇年代半ばの条約で解決済みとするのは、牽強付会でしょう。因みに外務省実務でも、今のような全面放棄論で全く一致していたかというとそういうわけでもなく、例えば、シベリア抑留との関連で、かつて柳井条約局長などは、国家間の請求の問題と個人の請求権は別だと言っていたこともあるのです（今の外務省の役人は、全て放棄で一貫している等と言うのですが・・・）。

なお、この点で、朴裁判官が最初に出された、植民地支配自体による補償問題はどうなるのかという疑問は出るのです。確かに仰る通りで、強制連行や慰安婦よりも核心的な問題として、韓半島の当時の所有権制圧、財産侵奪、韓国人民の経済的搾取などに対する補償問題はどうなるかということですね。しかしこの問題となると、補償問題はきりがなくて、塡補し尽くせるものではなく、他方で、当時の日本人も多くの財産を放棄しているから「おあいこ」ではないかという議論もあり、しかしそうした財産も韓国人の搾取によるものではないかということを考えると、よくわからなくなります。従来式の国際法学者は、「だからこそ、国家単位で決着をつけることにしたのだ。」と言われます。わからなくはないのですが、やはり個人的、個別的出発点からの再検討の必要は残されていると思いますね。例えば、最近の朝鮮王朝の儀軌返還の問題なども、個別的に考えて、韓国の宝物を日本側が取得しているのはおかしいという個別的考量の再試から来るものでしょう。

第二は、法学者の捉え方と裁判官の論理との異同ですが、従来の法学者及び弁護士、さらには、運動家なども含めて従来根強かったのは、「法的主張一本主義」というか、しかもその際の「損害賠償中心主義」というものですね（日本の不法行為法には、金銭賠償主義の規定もあります。民法七二二条一項）。そしてその反面で、道義的責任は、単に法

的責任の否定として、消極的に捉え、閑却ないし無視していたのですね。

この点で、西松建設（中国人強制連行）に関する最高裁判決（二〇〇七年[47]）の最高裁裁判官の論理は注目すべきものでした。そこでは一方で、法的主張は、請求権放棄の論理で退けたのですが、他方で道義的責任レベルでは、肯定的に、自然債務として、関連企業に自主交渉を勧めて、その後西松建設との間ではいくつもの和解が成立したわけでした（広島安野発電所事件について、二〇〇九年一〇月の和解、新潟信濃川発電所の事件では、二〇一〇年四月に和解がなされた）。こうした発想は、既にアメリカでは議論があったところでしたが、このような道義的責任は、諸外国の補償の動員力とも言え（例えば、ホローコーストや、日系アメリカ人の収容所問題の場合）、軽視することができません。

考えようによっては、道義的責任の方が、良心の深いところから反省を求めるので、根本的かつ根底的であり、法的責任よりも深いものということができて、被害者がしばしば求める謝罪とも適合的だとも言いうるのです。かといって、道義的責任と法的責任は全く別のものではなく、道義的・政治的責任が、立法により補償責任が、定められれば、それは法的責任でもあると言ってもよいでしょう。

第三に、紛争理論との関係でしたね。このように補償紛争は、（平井教授の言葉を借りれば）「価値紛争」であり、かつ「政策志向型訴訟」の典型例と言えるのです。それゆえに、和解交渉と言っても、自動車事故などの利益紛争的事例の交渉とは異なるものです。このように、紛争理論的にも補償問題は、興味深い事例なのですが、平井教授は、政策志向型訴訟として、この種の事例をどう扱うのかについて、あまり明示的に論じておられない（逆に判断回避を目指すようにも読める[48]）点は、私は不満があります。平井先生の理論の延長線上として、当然のことながら、この種の事件への対応ということに向き合わなければいけないと考えます。

そしてこの問題は、最後の方で扱った立法と司法との関係とか、司法消極主義の是非という問題とも関係します。日

本で補償訴訟の処理をした多くの裁判官が、国家無答責等時代錯誤的な法理にかこつけて、政策志向的判断を回避したかの如くです。しかし、イェール大学の故カバー教授が、奴隷制訴訟などを素材に裁判官の責任問題を論じられたように[49]、裁判官は、立法にボールを投げ返して、司法府の責任回避をするような立場に立つべきではないと思います。

最後第四に、補償問題分析の成果ないし限界ということですが、非力はいつも感じています。ただ東アジアの民法学で何故かくも重要なこの民法問題についての研究が欠落していたのかを気付かせるだけでも意味があると思います。そして従来補償問題の要諦を押さえた問題解決ができなかったことの理由として、第二に述べたことと関係して、近代法モデルとして、法と道徳とを峻別する川島理論[50]があり、その影響力がいかに大きかったかと気づかされるのです。これに対して、私の恩師の星野英一先生は、フランスのリペール教授の議論などを基にして、民法各論的に「法と道徳との融合的考察」を軸とした見方を示されたのですが[51]、私が行っているのは、補償問題に即した同様の視角からのケーススタディーのつもりなのです。

民法学の側から東アジアの平和学にコミットしたいという私の企画には、星野先生ご夫妻ともども大変に関心を持って下さっていることを最後に述べて、このような学問分野に、韓国の研究者、実務家の方が少しでも関心を持って下さるならば、幸せに思います。本日は、このような場を与えてくださり、また出席者の方からは、詳細なご意見・ご質問を賜りまして誠に有難うございました。夜遅くまで三時間近く、申し分のない通訳をして下さった、成均館大学の権澈教授にも厚くお礼を申し上げます。

（45）最判昭和五九（一九八四）年一月二六日民集三八巻二号五三頁（大東水害訴訟）。

(46) この点は、詳しくは、吉田邦彦・前掲書（注1）（民法理論研究三巻）第八章参照。
(47) 最判平成一九（二〇〇七）年四月二七日民集六一巻三号一一八八頁参照。
(48) 例えば、平井宜雄・前掲（注16）〔平井著作集Ⅱ二三五頁〕では、「政策志向型」問題への解決を迫られる裁判官に関する叙述で、判断回避の手法を論じられる。
(49) Robert Cover, Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process (Yale U.P., 1975).
(50) 例えば、川島武宜・近代社会と法（岩波書店、一九五九）。
(51) 例えば、自然債務に関して、星野英一・民法概論Ⅲ（債権総論）（良書普及会・一九七八）三一頁。また一般的には、さしあたり、星野英一・人間・社会・法（創文社、二〇〇九）二九頁以下、同・法学入門（有斐閣、二〇一〇）六九頁以下参照。

（参考資料――指定討論文）

＊以下の指定討論文は、当日机上に手渡されたハングル語記載のもので（以下の日本語訳は、朴鐘碩氏（北大法学研究科助教）の手になるものである）、時間の制約上、この文書を基に、適宜口頭で質問内容が要約されて（省略されたところもある）、討論が進められた。当日の通訳は、権澈成均館大学助教授が務めて下さった。これらの方々にお礼申し上げる。〔なお、以下の「研究裁判官」は、原語は「裁判研究官」であり、日本における最高裁調査官に相当する。〕

第一：ユン・カンヨル大韓民国大法院研究裁判官の指定討論文

一．はじめに

―吉田教授は、去る二〇余年以上不法行為法の研究をされ、「第三者の債権侵害」（契約侵害に代表される経済的不法行

為法）から始まり、その後、人格的所有権理論を軸にする身体的自由、環境法、情報所有法などを研究して、その後続研究として住宅災害問題、居住福祉法学などに関して、幅広く研究をなされたと聞いております。

―実務家にとって、不法行為訴訟に関しては、加害者の過失及び損害との因果関係、消滅時効などが先に浮び上がるようになりますが、最近、先生の論文を読んで、不法行為法の領域がこんなに広いか、ということについて、今更ながら、実感するようになりました。

―各論においても、吉田先生のご指摘のとおり、交通事故訴訟でのＡＤＲの重要性、保険加入の強制化、一般化による保険実務の重要性などは、韓国の事情も日本と同じだろうと思います。韓国でも、最近、医療過誤訴訟が急増して、関連判例もかなり蓄積され、その影響で、医師の過剰診療、危険診療の回避の問題が浮き彫りになっています。公害、環境問題については、隣近住民が初期段階での禁止仮処分申請などで対応する場合が多くなりました。

二．質問（一）：自然災害による国家賠償訴訟での不可抗力の問題

―先生のご発表の中で特に関心を引く部分は、災害問題です。韓国のソウルで、今年夏、集中暴雨によって、大法院の会議室の窓の外にまさに見えるウメン山で大規模の山崩れが発生し、隣近住民総一八人が犠牲になる惨事がありました。韓国では、予測可能性及び回避可能性のない不可抗力的な災害は、その営造物の管理庁に損害賠償責任を問えない、という大法院の判例（大法院二〇〇三年一〇月二三日宣告二〇〇一ダ四八〇五七判決）[1]があります。すなわち、不可抗力的な災害は、民法上の不法行為領域の外であり、国家賠償の問題ではなく、災害補償という側面から接近しなければな

らない、ということです。問題は、司法の役目です。自然災害による生命と財産の侵害がある場合、被害者とその遺族は、国家や地方自治体の管理不充分などを理由に、損害賠償請求訴訟を申し立てて、国家などは「不可抗力的災害」なので国家や地方自治体に過失がない、と抗弁するので、担当公務員の過失有無が、損害賠償訴訟の核心争点になる場合が大部分です。

―日本でも、最近、不幸にも東日本大地震と福島原子力発電所の事故によって、おびただしい惨事が起こりました。これと関連して、日本の東日本大地震と福島原子力発電所の事故による損害賠償または損失補償問題はどう進行されているのか、という質問を申し上げたいです。

三．質問（二）：国家賠償責任における時効の問題

―吉田先生は、日本の戦時補償問題に関しても、多くの研究をなされたと聞いております(2)。特に、金銭的損害賠償からもっと進んで、対立・復讐のサイクルから脱した関係修復のプロセス、すなわち、加害行為の承認ないし不法行為責任の承認、そして、お詫びと反省のプロセスが必要だ、という主張に深く共感しています。

―韓国でも、一九六〇年代から一九八〇年にわたって捜査機関によってスパイと捏造されて、裁判を受けて有罪判決の宣告を受けた被害者たちが、再審を請求して、無罪または免訴判決を受けて、国家賠償を請求した事例が多数あります。

―この場合、国家はほとんど例外なしに消滅時効完成という抗弁をしていますが、判例は、消滅時効の完成を主張するのが、信義誠実の原則に反し権利濫用であり、許容されない、と言って、国家の抗弁を排斥する場合がかなり多くあり

ます。[3] 例えば、警察捜査官が、被害者「甲」を不法拘禁した状態で拷問して、スパイ疑いに対する虚偽自白を受ける、などの方法で、証拠を捏造することで、「甲」が拘束・起訴され、有罪判決を受けて、その刑の執行を受けるようにさせたので、国家は、その所属公務員の不法行為によって、「甲」とその家族が被った一体の非財産的な損害に対して、国家賠償法による慰謝料賠償責任があると認めながらも、国家の消滅時効という抗弁に対しては、「甲」が国家を相手に慰謝料支給請求ができない客観的な障害事由があったし、被害者である甲を保護する必要性は深刻な一方、国家の移行拒絶を認めることは著しく不当で不公平なので、国家の消滅時効完成という抗弁は、信義誠実の原則に反する権利濫用であり、許容されない、という理論です。

最近、憲法裁判所は、原爆被害者が日本国に対して持つ賠償請求権が、〝大韓民国と日本国の間の財産及び請求権に関する問題の解決と経済協力に関する協定〟第二条第一項によって消滅したのかの可否に関する韓・日両国の間の解釈上の紛争を、上の協定第三条が定める手続きによって解決していない大韓民国政府の不作為は違憲であることを確認する、という決定を宣告したりしました。[4]

吉田先生は、〝戦後補償〟に関して深く研究して、関連論文もたくさん発表しましたが、今回に、従軍慰安婦、原爆被害者問題などの法的責任問題、補償問題に対して、日本ではどのような論議があったのか、そしてこれに対して、先生はどのような評価をしていらっしゃるかについて質問を申し上げたいです。

四．質問（三）：居住福祉法学の観点について

―吉田先生は、最近、〝居住福祉法学〟の観点からさまざまな問題を提起しています。具体的にマンション管理で生ずるさまざまな問題（特に老朽住宅の再建築による利益を居住者に分配する問題）、地方都市空洞化と係わる問題、居住

差別問題などを幅広く研究しています。これに対する解答で、住居問題の公共性に留意して、居住弱者に対する公共の支援が必要だ、という意見を持っていらっしゃるようです。この点に対して、私も先生の主張に全面的に賛成します。

―韓国でも現在、政府が、無住宅庶民のための住居福祉政策の一環として、周辺の住宅価格よりすごく低い価格で「ねぐら住宅」（ポグムジャリ住宅）政策を推進していて、これによって、家賃が下向き安定の動きを見せるなど、相当な成果をおさめていると評価されています。一方、このような公企業による低価格の住宅供給は、その数に限界があり、供給物量が少ないはずで、その分、当籤選確率も低い一方、隣近地域の住宅価格を下落させて、民間建設業社による多様な住宅供給を萎縮させ、住宅供給不足によって、賃貸料上昇の原因になる、という指摘もあります。上のように、住居問題に関する公共の介入の必要性はあるが、それによる民間取り引きの萎縮などの副作用も少なくない、と考えられます。この部分に関する先生の見解を聞きたいです。居住福祉法学的観点での問題意識は、主に行政の領域と関連性が大きいようですが、これに関して、司法はどのような役目を遂行しなければならないか、に関する先生の見解を聞きたいです。

（1）大法院二〇〇三年一〇月二三日宣告二〇〇一ダ四八〇五七判決
この事件の事故地点の堤防は、一〇〇年発生頻度を基準に策定された、計画洪水水位より三〇㎝程度もっと高かった事実、この事件の事故当時の事故地点の上流地域の降雨量は、六〇〇年または一〇〇〇年発生頻度の降雨量なので、この事件の事故地点の場合、計画洪水水位より一．六m程度上回る水位の流水が流れたと推定される事実、及び、この事件の事故以前には上の事故地点に河川が氾濫したことがなかった事実を認めることができるところ、上のような事実によれば、特別

に計画洪水水位を決めた以後に、これを上方修正するに値する事情がない限り、計画洪水水位より高い堤防を備えている上の事故地点を持って、その用途によって通常取り揃えなければならない安全性を取り揃えることができなかったという瑕疵があると思うことができないし、上のように計画洪水水位をずっと上回る流水による氾濫は、予測可能性及び回避可能性がない不可抗力的な災害と見て、その営造物の管理庁に責任を問うことができない、と言えるでしょう。

（2）「在日外国人問題と時効法学・戦後補償、いわゆる『強制連行・労働』問題の民法的考察」ジュリスト一二二〇号（二〇〇二年四月）など。

（3）大法院二〇一一年一月一三日宣告二〇〇九ダ一〇三九五〇判決

債務者の消滅時効に基づく抗弁権の行使も、我が民法の大法原則である信義誠実の原則と権力濫用禁止の原則の支配を受けることなので、債務者が時効完成の前に債権者の権利行使や時効中断を不可能または著しく困らせたとか、そういう措置が不必要だと信じるようにさせる行動をしたとか、客観的に債権者が権利を行使することができない障害事由があったとか、または、一応、時効完成後に債務者が時効を援用しないような態度を見せて、権利者にそのように信頼するようにしたとか、債権者保護の必要性が大きくて、同じ条件の他の債権者が債務の弁済を受けるなどの事情があって、債務履行の拒絶を認めることが著しく不当か不公平になるなどの特別な事情がある場合には、債務者が消滅時効の完成を主張するのが、信義誠実の原則に反して権利濫用であり、許容されることができない。

（4）憲法裁判所二〇一一年八月三〇日宣告二〇〇八ホンマ六四八決定

第二：パク・ヤンジュン大韓民国大法院研究裁判官の指定討論文――吉田教授の「韓日民法学の課題」主題発表に対して

大法院裁判研究官として勤めているパク判事です。吉田先生の発表を興味深く伺いました。私は、先生が個人主義と

市場主義、個別的取引関係、概念法学という狭小な枠を脱して、多様な関心分野で新しい紛争類型を積極的に認識して、総合的な救済方法を見つけようと努力していらっしゃると理解しました。新しい法的現実と法学的方法論に近付くことができる眼目を開くことができ、厚く感謝いたします。

私は、先生が紹介してくださった広範な理論をまともに理解できる能力を持っていません。ただ、今日の発表で言及された内容の中で、大韓民国の国民の立場から重要な法学問題と言える戦後補償問題に関して、質問を申し上げようとします。

先ず、私があらかじめ受けた先生の発表要旨に、戦後補償問題に関する部分があることを見つけて、非常に嬉しくて、感謝する気持ちだったという点を伝えたいです。

日本で、大韓民国の国民が日本国と日本企業を相手に提起した戦後補償訴訟は、もうほとんど終局を迎えたと言えましょうが、被害者の立場から見る時、可視的な成果はほとんどなかったと見えます。

私が理解する限りでは、日本の裁判所が被害者の請求を排斥した法的論理は、大きく四つであるようです。

第一は、植民地支配自体に対する責任を問うことは、法令上の根拠のある具体的な権利義務関係を争う民事訴訟の守備範囲を超えるので、法律上の争訟にあたらない、という論理です。

第二は、消滅時効が完成したか、提訴期間が経過して、権利が消滅したか、法的保護を受けることができなくなった、という論理です。

第三は、韓日請求権協定によって、すべての個人請求権が包括的に消滅した、という論理です。

第四は、一部企業にだけあたることでしょうが、加害企業は、もう企業再建整備法など日本の戦後実定法によって解散されたし、被告と目された企業らは、加害企業とある程度の関係はあるが、法的には同一性がない個別の人格体で、

加害企業の債務を承継しなかった、という論理です。

日本の法学者の中で、このような日本裁判所の論理に対して批判的な見解を取る方々も少なくないし、先生もその中の一人だと思っております。

先ず、日本の法学者と裁判官・弁護士は、このような日本裁判所の論理に対して、どのような立場を取っているのか、全般的な流れを、感じるとおり紹介してくだされればと思います。

次に、日本裁判所の論理に反対して批判する立場からの法的対応論理は、それぞれ、どのようなものだったのか、そして、多くの訴訟でそういう対応論理が下級審でも認容された部分があるのか、お聞きしたいです。

最後に、先生の発表文によれば、戦後補償訴訟は、利益紛争に対立する意味での価値紛争、または政策志向型不法行為訴訟と分類されているようです。戦後補償訴訟の特殊性を説明する時、このような概念の有用な点は何か、法官の立場で価値紛争、または政策志向型不法行為訴訟を審理して判断するにおいて、通常の訴訟に比べて特別に注意すべき点は何か、先生の意見を聞きたいです。ちなみに、そういう側面で、日本での戦後補償訴訟の実際進行過程で現われた限界と成果及び今後の課題が何だと思われるか、知りたいです。

私は、理解と眼目が不足で、討論者自らの見解を明らに提示することができないまま、礼儀にかなわないか、的を外れた質問をしたのではないか、と憂慮していますが、先生が賢く判断して、適切で必要な答弁をしてくだされば幸いです。

＊　＊　＊

（追記）

本年三月末で、民事法講座からは、高見進・吉田克己の両先生、政治学講座からは、中村研一先生が退職を迎えられて、あれ

だけ多かった北大の「団塊の世代」の先生方がこれで全て去られることになり、時代の推移とはいえ寂寥感は大である。これらの三先生には、私の北大法学研究科の在職期間の全て（ないし殆ど全て）において、何かと身近にお世話・ご指導を賜った。とくに中村先生には、専門の相違を超えて知的刺激をいただく度に、北大法の研究者サークルに所属することの至福を感ずることも少なくなかった。拙い報告原稿ではあるが、三先生に捧げて、今後の益々のご健勝及び変わらぬご教示をお願い申し上げる。

なお、本稿の韓国語版は、民事実務研究会・民事裁判의語問題二〇巻（二〇一一）三〇七頁以下に掲載されている。

本稿の研究成果発表においては、全国銀行学術研究振興財団から助成を受けた（課題名「補償問題の紛争解決と和解交渉」）。記して同財団にも謝意を表する次第である。