



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況
Author(s)	吉田, 邦彦; Yoshida, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 63(3), 1-23
Issue Date	2012-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/50184
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-3_001.pdf



日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況

吉田邦彦

*本稿は、二〇二二年四月二二～二三日の台湾政治大学主催のシンポジウム「中国（台湾）における民法法典化の方向と進展」での報告及び同月一六日の台湾大学での同名タイトルでの講演原稿に若干の加筆・修正を施したものである。こうした機会を与えて下さった、政治大学の陳洸岳教授をはじめとする諸教授、また台湾大学では司会者の詹森林教

授、討論者の陳自強教授をはじめとする諸教授に心よりお礼申し上げます。

はじめに

「中国（台湾）における民法法典化の方向と進展」というシンポジウム企画を立てられた陳洗岳教授は、近時の日本の債権法改正論議について（それを、台湾からご覧になると、民法研究者総動員的な異論のない動きのように見えるかもしれませんが）、私が慎重な立場を採っている（そして改正論議に慎重論ないし批判的意見を持つ人は、私が知る身近な研究者には少なくないことも確かです）ことを聞き及ばれて、「民法改正論議は、できるだけ多面的に議論すべきなので、そういう吉田の議論を展開して欲しい」というのが、同教授からのご要望でした。

しかしそれを行うためにも、（一）日本と台湾の民法学がどのように異同があり、（二）その相互関係はどのようなものであり、さらに、（三）吉田の民法学への問題意識はどのようなものであるかも、述べておく必要があると思いますので、前半でそれを行い（一章、二章）、それに続けて、後半で近時の改正論議についての私の所見を述べることに致します（三章）。とはいえ、今回が台湾初訪問の私にとりましては、この国の諸事情とか、文化とか、また台湾民法学の撰取に実は夢中で、未だに不勉強であるという致命的欠陥を抱えながらの報告であることは、最初にお断りしておかなければいけません。

なお本稿での議論の仕方は、日台民法学者おなじみの各論的解釈論の比較研究とは少し趣が違います。それは時間的制約という理由もありますが、いずれ述べるように、各論的議論とは別の総論的・理論的スタンスで両民法学を捉え直してみたいという私自身の思いもありますのです。

*以下では、「ですます体」を「だである体」に変更します。

一．台湾民法学の特徴

台湾民法学の勉強を進めると、全体的にそれがかなり日本民法学に似ていることに気づかされる。しかしそれを承知の上で、両者の類似点と相違点を描き出すことから始めよう。

(一) (諸外国の状況への敏感さ、盛んな比較法論議)

第一の特徴は、諸外国の動きに敏感で、比較法研究が盛んである。そしてこれは、日本の民法学の状況に類似することである(近時は、比較法研究はトーンダウンしているが⁽¹⁾)。星野教授は、日本の法学者の「新しもの好き」傾向を指摘されたことがあるが、台湾民法学者の特質としても類似するものがあると言えるのではないか。ともに、島国⁽²⁾であることからかとも思われる。

(二) (日本以上のドイツ法の影響の強さ、スイス法の影響)

第二は、法典(台湾民法(一九二九年制定))は、日本以上にドイツ法の影響が強く(日本民法は、我妻博士の頃までは、同様の印象を与えていたかもしれないが、戦後研究(星野教授等)により、かつての理解に誤解があり、フランス法、イギリス法の影響が法典自体には濃厚であることが明らかになっている⁽²⁾)、また、スイス法の影響が見られるところも興味深い。

なお、台湾では、近時でも「法継受」現象が見られるところも興味深い（例えば、一九九四年消費者保護法における一九七六年ドイツ約款規制法の継受、一九九五年区分所有共同住宅管理法における一九五一年ドイツ住居所有法の継受。これに対して、日本の近時の法改正では、それほど外国法の密着的参照ということは少なくなつた。この違いをどう説明できるのだろうか）。自前の法解釈実践がある場合に、何故「法継受」がなされるのだろうか。

(三) (台湾での「日本学説継受」)

第三は、日本法との深いつながりがあることであり、台湾民法学における「日本学説継受」は、日本民法学における「ドイツ学説継受」の構造的課題（北川教授⁴）と類似するところがある。つまり、台湾民法典は、本来ドイツ法ないしスイス法の影響を受けた民法なのに、それと異質の日本学説の継受による歪みが出ているとの指摘がなされているのである（例えば、陳自強教授⁵）。

例えば、①通謀虚偽表示の第三者との関係（台湾民法八七条但書〔ド民一一七条一項〕への日本民法九四条二項の影響）、②錯誤理解（台湾民法八八〇九一条〔ド民一一九〇一二条〕への日本民法九五条の影響）、③物権行為の無因性（台湾民法七六一一条一項但書）への日本の有因説の影響、④ドイツ型不法行為（台湾民法一八四条一項前段、一項後段、二項はそれぞれ、ド民八二三条一項、八二六条、八二三条二項に対応）に対する日本の消極的な債権侵害論の影響などがそうである。

この種の批判を行う議論は、かつて日本ではかなりのインパクトをもって論議された（北川・星野教授等）。韓国でも類似の研究がある（例えば、鄭鐘休教授⁶）。しかし本稿では取えて、巨視的視点から関係諸国の比較法的研究を見てみると、こうした構造的矯正の作業は、所詮《顕微鏡的な作業》であると今では思っている（吉田）。ただ、従来閑却

された規範の新たな発見により、議論が塗り替わる場合は別であろう。

(四) (法教義学の強さ)

第四に、日台民法学の相違として気付かされるのは、台湾における法教義学志向の強さという点である。その背景が何に由来するかも一つの問題であるが、推測されるのは、ドイツ法学、そしてそこにおける法教義学の強さの影響である。

この点は、程度の差かもしれない。日本でも京大を中心とする関西等ではこうしたドイツ的色彩は濃厚だからであるし、次に述べるように近時はその傾向は再度強くなる勢いがある。しかし、(全体としては、例外的かも知れないが)、従来日本民法学の展開をリードした東大系の民法学者(例えば、末弘・川島・来栖・加藤・星野各博士など)においては、アメリカ法学の影響が強く、方法論レベルでのリアリズム法学の影響から、法教義学一辺倒の法学に対しては、「概念法学」として批判的に脱構築していきこうという潮流が有力であり、私自身そのような土壌の下に育てられたということには留意されたい。

(1) 例えば、星野英一「日本民法学の出発点」同・民法論集五卷(有斐閣、一九八六)二〇五頁(初出、東大公開講座・明治・大正の学者たち(東大出版会、一九七七)、同「日本の民法解釈学」同書二四四頁(初出、早稲田法学五八卷三号(一九八三))。これは、平井教授が指摘される「最新流行主義」(平井宜雄『法的思考様式』を求めて)吉田邦彦編『民法学の羅針盤』(信山社、二〇一)四〇頁(初出、北大法学論集四七卷六号(一九九七))と通ずるものがある。

(2) 例えば、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同・民法論集一卷(有斐閣、一九七〇)(初出、日仏法学

- 三号（一九六五）。
- (3) 法制定・改正における「法継受」等の概況につき、詹森林（宮下修一訳）「台湾における民法典の制定」加藤雅信編・民法改正と世界の民法典（信山社、二〇〇九）四〇九頁以下。
- (4) 北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社、一九六八）。
- (5) 以下のことについては、例えば、陳自強「台湾民法の百年」北大法學論集六一卷三号（二〇一〇）九三三頁以下（二二六〇頁以下）。債権侵害について、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一）参照。つまりここでそれに関して言いたいのは、台湾不法行為法の規定の体裁からすれば、ドイツ法八二六条の議論をバランスよく継受することも可能であったろうに、何故かバランスを失した（私見が出る前の）日本の債権侵害学説の影響が台湾にも根強いのである。
- (6) かつての日本民法学では、本来のフランス的・イギリス的法典が、ドイツ学説で歪められたという構造的批判が、台湾民法学においては、本来のドイツ的・スイスの法典の解釈が、日本的に歪められ、その矯正の必要性があるという議論とパラレルの関係がある。
- (7) 鄭鐘休・韓国民法典の比較的研究（創文社、一九八九）。
- (8) 例えば、末弘厳太郎「法律解釈に於ける理論と政策」春木還曆論文集（有斐閣、一九三二）、川島武宜・科学としての法学（弘文堂、一九六四）、来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守（一）（二・完）」法協六八巻五号、七号（一九五二）、同「法の解釈と法律家」私法一一号（二九五四）、加藤一郎「民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四）、星野英一「民法法解釈論序説」同・民法論集一卷（有斐閣、一九七〇）など。これらの分析について詳しくは、吉田邦彦・後掲書（注9）『民法理論研究一卷』第一章参照。

二二 「民法理論研究」の視角からの台湾民法学への問いかけ

次に、これまで行ってきた民法学に関する総論的視角ないし理論研究という角度からの日台民法学比較を行う序説と

して、その分析軸として私が注目しているものに即して、台湾民法学に問いかけを行い、これを巡る両国の比較法交流を素材として提示してみる。

(一) (法解釈方法論的議論)

第一は、法解釈方法論的議論であり、前述の如く、日本では、これについて従来民法学者が議論をリードして、それなりの蓄積がある(注8文献参照)が、こうした議論は台湾民法学にはあるのだろうか。

例えば、リアリズム法学の影響から、「法と社会」(生ける法)に関する議論が出され(末弘博士以来)、それを受け止めつつ、利益考量論(加藤・星野教授ら)が支配的民法解釈論の方法論となった。しかし、一九九〇年頃、それに対する批判として「法的議論」の基礎付けが行われたが(平井教授¹⁰)、同教授とて、論理実証主義ないしリアリズム法学の強い洗礼を受けつつの疑問の提示としての「第二次法解釈論争」であったことを忘れてはならない(因みに、「第一次法解釈論争」は、利益考量論の嚆矢となった来栖博士の議論を指している)。しかし、星野＝平井論争後の近時の日本民法学の動向として、概念法学的傾向、マニュアル化という現象が顕著で、批判的議論は停滞しており、論者(平井教授)の趣旨にも沿わないものとなっており、遺憾な事態である。

台湾民法学では、こうした日本の状況に対応する動きはあるのだろうか。この点で、陳教授は、「利益考量の方法が台湾民法学の方法論に及ぼした影響は、極めて限られたものにすぎなかった」とし、しかし他方で、「法と経済学」は、台湾の若い法律家(研究者)の間で風靡し、万能薬として科学的経済分析方法で全ての法律問題を解決できると期待する者も少なくないと指摘されていて、こうした状況はなぜなのか不可解に私には映る。

すなわち、「リアリズム法学」(その影響を受けた利益考量論)と「法と経済学」とは、法思想の系譜的には連続面が

あるのに、台湾民法学のこのリアクションの相違には、理解に苦しむところがあるのである。

(二) (日台の法思想の特徴は?)

第二に、日台民法学の法思想の特徴はどのようなものなのだろうか。この点で、日本の特徴として、①従来原理的に考えることが弱いとされ(星野教授¹²)。一般的には既に中江兆民¹³、他方で、ハウツー的テクネー志向が強く、経済学的思考は好まれる。これは、(損得勘定に長けた江戸町人的な) 日本的プラグマティズムであり、「利益考量論」はある意味で、法教義学の脱構築という意味で、こうした色彩もあるわけである。②他面で、社会科学におけるマルクス主義の影響は、従来強かったが、その理解のされ方は、比較的シェーマ的で一面的でもあった(例えば、川島博士の『所有権法の理論』¹⁴)。また経済学の領域で影響が強く、マルクスの思想的な影響力、さらには、その現代的な批判思想の展開という点、弱かったためであり、この点について、私は突こうとしているのである¹⁵。

台湾におけるこうした社会科学一般の思潮状況はどうなのであるか。日本と類似するのか。

(三) (社会実態の民法への影響 「法と社会」の視点)

第三に、社会実態の変化による民法への影響という関心はどうなのか。この点、日本の近時の状況に対応した民法学の変化の若干を述べると、例えば、①近時の経済不況(日本経済の空洞化)の影響があり(例えば、物上代位(日本民法三七〇条)への着目)、②リスクの広域化、越境化の現象が前面に出て、その因果関係のメカニズムの複雑さの認識による従来の科学主義的責任原理の限界という問題が意識される。とくに環境法の領域がそうであり、例えば、地球温暖化問題への民法的対処の難しさがあり、原発汚染等に対する従来型対応(事後的補償的対応)の時代錯誤性¹⁸という問

題になっている。また、③金融形態の変化（メインバンクシステム崩壊と直接金融の前面化（債権の証券化・流動化¹⁹）は債権譲渡の議論にも変化をもたらしたが、それによる金融リスクのグローバル化で、サブプライムローンの金融リスクの世界的蔓延の問題は、周知のことであろう。

このような台湾民法学の検討はなされているのだろうか。

（四）「社会編成原理」の自覚的認識及びその政策的スタンスの分散

第四に、社会問題の規律を捉える際に、「社会編成規範原理」のあり方という問題意識が出てきたこと、とくに「市場と国家との関係」等に注目する視角が出てきたことに、私などは着目している（もともと、具体的問題としては、例えば、公序良俗違反による契約（法律行為）が無効との規定（日本民法九〇条、台湾民法七二条）との関連で、「契約自由か、契約正義か」などという課題については、古典的問題として、法解釈的議論は蓄積されているが、ここで述べるようなマクロ的視点が自覚されていたかということである）。こうした台湾民法学分析はあるのだろうか（この点で、その規範的・法政策的立場が、全く一致しているかはわからないが、蘇永欽教授は、ドイツのシステム理論（トイブナー教授など）の影響を受けられて、憲法規定を媒介に民法の私的自治原則を規制する方向で説かれていて、こうした社会編成原理の観点に類似するものが、例外的に看取されて、興味深く思う）。

もう少しこの点を敷衍すると、こうした視角は、アメリカの法と経済学の潮流、そして批判法学の議論を経て意識化されてきた。そして近時は、日本では、法解釈者の政策的スタンスの相違が意識化されている。すなわちそれは、自覚的な保守的（市場主義的）論者の登場ということであり（とくに、保守的「法と経済学」に染まった論者にそうした人は多い）、この点は、我々の恩師の世代においては、進歩的な立場での政策的立場のコンセンサスがあったのと対照的

である（そして、こうした政策的スタンスの変化は、後述の立法過程の混迷化とも関係する）。

例えば、近時の規制緩和の議論（そこにおける「小さな国家」志向）（例えば、小泉構造改革）との関係でみるとよくわかり、経済界は、概して、市場主義的である。民法問題として具体的には、①借地借家法の「正当事由」（二八条）に対する批判（その結果としての定期借家権（同法三八条）の導入）（平成二年（一九九九年）改正による）、②抵当権強化（金融業者優位）の下での短期貸借借制度（日本民法旧三九五条）の廃止（平成五年（二〇〇三年）の担保法改正による）、③区分所有法改正（平成一四年（二〇〇二年）改正）によるマンション建替え業者・再開発重視と、その反面での少数居住者（建替え反対派）の利益保護の後退（同法六一條、七〇条等）等がその例である。

台湾では、一九九五年の「区分所有共同住宅管理法」（前記）が、マンションの特別法であるが、人口稠密の点で共通する同国で、このような問題は生じていないか。（因みに、日本の区分所有法の制定は、一九六二年。団体的規制は、一九八三年改正、さらには、二〇〇二年改正でどんどん高まるばかりであり、後者は居住の個人権保護の観点から、その「社会編成規範原理」的偏りという、疑問を呈し得る。²¹⁾

このように、「社会編成原理」との関連での法政策的スタンスの自覚的認識の有用性を踏まえて、こうした視座の所
 有法への応用として、川島理論批判を行った。²²⁾ さらにその居住分野（具体例の幾つかは既に上述した）で、市場主義的
 日本の状況へのアンチ・テーゼとして、展開したのが「居住福祉法学の構想」である。²³⁾

わが国の居住法政策の市場主義的偏りは、医療の分野と比較すれば、明らかであるが、未だに民法学者にこの点の問題意識の共有ができていとも思われない。居住領域で、わが国では先進諸国で突出して公共的支援が弱く、市場主義的・自己責任的政策となっている。具体例として、ホームレス問題、災害復興問題に顕著に問題状況は現れ、また中山間地の居住福祉についても、その多面的意義は閑却され、——これは、地方自治問題であるが——地域的な平等主義的

な財の再分配機能は弱まっている（例えば、平成の市町村合併、三位一体の地方分権改革参照）。「居住福祉法学」は、その公共的側面に留意して、住宅市場に公共的に介入して、居住弱者保護政策を打ち出そうとするものに他ならない。これに対応する法政策は、中国・韓国などでは顕著であり、大いに見習うべきところがあるが、台湾の状況はいかがであらうか。

(五) (土着の法思想・法文化〔いわゆる「法意識」論〕)

第五に、法継受・学説継受等の欧米の外來思想に対する、土着の法思想・法文化への関心であり、これも、川島博士や星野教授などがかねて説かれていた。⁽²⁴⁾ 星野論文によれば、日本的な契約意識について、本来日本では、あまり詳細な規定を置かず（これは言うまでもなく、中国的な法三章的伝統であろう）、しかし契約による拘束は強く考えていたとされる（但し、言葉による拘束力ではない）。しかし近時は、欧米の影響で、日台ともに契約規定は詳細化する現象はあろう。他方で、近時の契約実務で、中国では、結構契約を破る行為があり、この点で違約に怒る日本業者の声を耳にしたこともあり、データのそれを裏付ける研究も出されている。⁽²⁵⁾ 日本では概して、信義に厚いという現象があるのに、中国はこの点違うのか、また、儒教などの礼儀の文化が強い台湾においては、日本に近いのかということも教えて欲しいところである（もとより、個別事例により様々でこうした大雑把な割り切りはできないであろうが、その上での各国の契約意識の文化の相違には関心が持たれる）。

さらに、台湾ならではの法制度として、何があるのかへの関心は強い。それに関連して、台湾独自の法実務・法意識・法文化というものはあるのだろうか。

この点で例えば、①「合会」（無尽講）契約（一九九九年改正による台湾民法七〇九条の一〜七〇九条の九）は、既

に清朝統治期からの民間資金調達方法と伺っているが、その社会的機能は定着し、台湾金融社会の関係志向を示すものなのだろうか。

②また台湾先住民族の法状況も、二〇〇五年には「原住民族基本法」が制定されており、注目されよう（もつとも、民法は適用される）。アイヌ民族の状況と比べて、台湾では、原住民族の民族議席の伝統もかねてあり、自立性・アイデンティティ・政治的パワーは、強いようである。⁽²⁶⁾これが何に由来するのかも、興味深い。戦後の「本省人」「外省人」の混浴もあり、台湾は、日本よりも多民族国家という意識が強いのであろうか。これに対して、日本におけるアイヌ民族の場合には、日本社会の同質性の強さ故に、少数民族の地位はなお劣悪で、歴史的にも、所有権剥奪・社会的差別・同化圧力による周縁化という事情ゆえに補償問題の分析は欠かせないと考える（吉田）。⁽²⁷⁾なお、戦時中に調達された「高砂義勇隊」については、補償問題が残り（一九四二年から七回にわたり、南方戦線に六〇〇〇人以上ものタイヤル族などの台湾原住民従軍者が派遣され、戦死者は三〇〇〇人に及ぶ。日本の戦後補償問題は放置され、⁽²⁸⁾烏来にある碑文も、皇軍同視の大和魂を讃える類であり、補償的記念碑としての批判的検討が必要だと思われる）、これは次項の問題である。

（六）（日台の補償問題など）

最後に考えたいのは、日台・台中の現代史、過去の歴史的不正義に関わる民法問題（補償問題）という視角である。これは従来民法学で閑却された集団的不法行為の問題であり、所有の淵源問題かつ非所有の所有法学問題である。

例えば、①台湾人の戦争補償からの排除（軍人・軍属の場合の恩給からの排除・差別的処遇）、②台湾慰安婦問題（二〇一一年夏の段階で、一二名の阿媽生存者）、⁽²⁹⁾③ハンセン病患者への隔離政策（台北郊外の樂生療養院）、④植民地問題（例えば、一八九五年の台湾人民軍事犯処分令、台湾住民刑罰令、一九八六年台湾総督府臨時法院条例、一八九八年匪徒刑

罰令、一九〇四年犯罪即決制、罰金及笞刑処分例、一九〇五年刑事訴訟特別手続における刑事部門の手続保障のない刑事制裁手続の遂行という「法の暴力」³⁰がそうである。これらは、植民地時代の負の遺産として、日本側のやり残した問題でもある。

さらに、⑤台中の問題として、一九四七・二・二八事件(犠牲者は、一万八〇〇〇(二万八〇〇〇人)等の「白色テロ」に関する補償問題³¹が重大課題であろう(この点では、韓国における国内補償問題である済州島の四・三事件とか光州事件での事後処理が参考になる)。本件について、一九八八年本省人初の李登輝総統による民主化の後、一九八九年には、記念碑が建設され、一九九五年李総統による犠牲者及びその遺族に対する公式謝罪がなされた。そして、国民党(馬英九総統)による「和解」の努力がなされているようでもあり、しかしそれは微温湯的で批判もあり、なお残された課題は大きい。ここで述べているのは、アメリカ法学などでは、これは不法行為の大きな課題とされていて、東アジアにおいてもこうした状況になるべく、民法法研究者の関心を集める必要があると考える。

(9) これに関する私のものとして、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(民法理論研究一卷)(有斐閣、二〇〇〇)、同・契約法・医事法の関係の展開(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、二〇一〇)。

(10) 平井宜雄・法律学基礎論覚書(有斐閣、一九八九)、同・統・法律学基礎論覚書(有斐閣、一九九二)(平井宜雄著作集Ⅰ(有斐閣、二〇〇九)に所収)。

(11) 陳自強(周作彩・村田彰共訳)「台湾民法に対する日本民法の影響」流経法学一巻一号(二〇一一)一一四頁。
なお、台湾における「法と経済学」の文献として、例えば、簡資修・経済推理與法律(元照、二〇〇六)、謝哲勝主編・

法律経済学（五南、二〇〇七）など。

(12) 例えば、星野英一「民法学の方法に関する覚書」同・民法論集五卷一二九頁以下（教授の言う「哲学的考察」）。

(13) 「わが日本、古より今にいたるまで哲学なし。本居宣長などは、一種の考古学にすぎない。…加藤弘之などは、…ヨーロッパの論説のそのまま輸入で：哲学者と称するに足りない。…哲学なき民は、何をしても深い意味がなく、浅薄を免れない。」は、中江兆民「一年有半」（初出、一九〇一）河野健二責任編集・中江兆民（中央公論社、一九八四）三六四―三六五頁。

(14) 川島武宜・（新版）所有権法の理論（岩波書店、一九八七）（初版は、一九四九）一五四頁以下参照。

(15) 吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究一卷）二章参照。

(16) 例えば、賃料に対する物上代位は、かつては日本民法旧三七一条（果実には抵当権の効力は及ばないという規定）との関係で、その可否について議論があり、しかし最判平成元（一九八九）年一月二七日民集四三卷九号一〇七〇頁で積極論にかたまつてから、^{おびただ}夥しい裁判例が蓄積されていることにも示される。不動産自体の市況の低迷の裏面の現象であることに注意を要する。この点は、吉田邦彦・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、二〇一〇）二二三頁以下も参照。

(17) この点は、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四卷）二七五―二七六頁参照。

(18) 福島原発破壊に対する対応についての批判として、野口定久ほか編・後掲書（注23）（居住福祉学）二九五頁以下（吉田邦彦執筆）をさしあたり参照。

(19) これに関しては、大垣尚司・ストラクチャードファイナンス入門（日本経済新聞社、一九九七）、同・金融と法——企業ファイナンス入門（有斐閣、二〇一〇）参照。

(20) 例えば、蘇永欽「私的自治與公平的管制」月旦法学雜誌七〇期（二〇〇一）同・走入新世紀的私法自治（元照出版、二〇〇二）一六五頁以下参照。

(21) 因みに、日本の判例は、こうした動向を支持しているが（最判平成二二（二〇〇九）年四月二三日判時二〇五四号一一六頁）、こうした見地から批判的考察をしたものとして、吉田邦彦「老朽化マンション（とくに団地）の建替えを巡る諸問題と課題」判時二〇八〇号（二〇一〇）三頁以下、また開発利益の居住者への均霑という点から、日韓の批判理論分析をしたのが、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四卷）一章である。

(22) とくに、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究一卷）七章参照。

- (23) 「居住福祉法学」とは、端的に言えば、居住に関する公共的支援を重視し、自己責任的・市場主義的处理に批判的分析を行うものである。これに関する入門書として、吉田邦彦・居住福祉法学の構想（東信堂、二〇〇六）、野口定久他編・居住福祉学（有斐閣、二〇一一）八章、二二章（吉田邦彦執筆）。ヨリ詰めたものは、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究三卷）一〜五章、同・前掲書（注9）（民法理論研究四卷）一〜四章である。
- (24) 例えば、川島武宜・日本人の法意識（岩波新書）（岩波書店、一九六七）、また、星野英一「日本人の法意識」同・民法論集七卷（有斐閣、一九八九）（初出、法社会学三七号（一九八五））、同「日本における契約法の変遷」同・民法論集六卷（有斐閣、一九八六）二八五頁以下（初出、日本とフランスの契約観（有斐閣、一九八二））。さらに、星野英一他「日本社会における契約」NBL二〇〇〜二〇三号（一九七九〜一九八〇）参照。
- (25) 加藤雅信ほか編・日本人の契約観——契約を守る心と破る心（三省堂、二〇〇五）八一―八八頁は、日本における契約遵守度が低くはないという川島批判の文脈での論証であるが、そこでのデータを日中比較すると、中国の方が、契約遵守度が低いことが見て取れる。
- (26) この点で、例えば、山本春樹ほか・台湾原住民族の現在（草風館、二〇〇五）。
- (27) 吉田邦彦「アイヌ民族の補償問題——民法学からの近時の有識者懇談会報告書の批判的考察」関西大学ノモス二八号（二〇一一）。さらに、加筆修正した、同「アイヌ民族の先住補償問題——民法学の見地から（さっぽろ自由学校「遊」、二〇一二）とくに五二頁以下参照。
- (28) この点は、片倉佳史・観光コースでない台湾（高文研、二〇〇五）一〇七―一一〇頁参照。
- (29) 台北市婦女救援基金会頼采兒ほか著・沈黙の傷痕——日軍慰安婦歴史影響書（商周出版、二〇〇五）参照。
- (30) これについては、王泰升「台湾における『法の暴力』の歴史的評価——日本植民地時代を中心に」高橋哲哉ほか編・法と暴力の記憶——東アジアの歴史研究（東大出版会、二〇〇七）二五頁以下参照。
- なお、これに対して、「民事面では、台湾人に粗暴な干渉はしなかった」とされつつ（三一頁）、「地方ノ慣例・条理」ないし「旧慣」によるとしたやり方（一八九五年台湾住民民事訴訟令、一八九八年七月一六日律令、一九〇八年台湾民事令、一九二三年身分法に関する扱い）については、被統治者の利益を無視した法の暴力の側面があったとして批判的である（三二頁）。これは、日本における旧民法起草に従事したポアソナードも日本の旧慣に配慮していた（ポアソナード口述（森順

正口訳）法律不遑及論（初版一八九五）（復刻宗文館書店、一九八四）ということとも通ずるものであり、「法の暴力」とまで言えるのかについては、異論も出るところであろうが、同教授の見方は次のようなものである。

すなわち、当初は、台湾総督府（とくにその民政長官後藤新平）としては、岡松参太郎博士により、旧慣調査の上で、独自の法典を編纂する予定であつて一九一四年には、法典（「台湾民事令草案」）も完成したが、その後後藤の影響力の低下などもあり、日本の植民地政策上の路線変更があり、植民地が独自の法典を持つことは危険であると考えられるようになり、結局見送られて一九二三年からの日本法の財産法に関する適用に止まった。しかしそれにより、台湾民法の近代システムへのアクセスは見送られて、経済発展の支障となった面もあり、また家族法においても近代化の契機を失つたとする批判を投ずることができて、その限りで「法の暴力」的側面があつたというわけである。この点は、同・台湾日治時期の法律改革（聯経、一九九九）三〇三頁以下、同・具有歴史思維的法學（元照、二〇一〇）一七六頁以下、同「岡松参太郎の学説と台湾日本統治前期における民事法の変遷・再論」法制史研究登載予定など参照。同教授からは、直接のご教示も受けており、ご厚意にお礼申し上げます。

(31) 例えば、何義麟・二・二八事件（東大出版会、二〇〇三）参照。

三三 近時の日本民法（債権法）改正論議の問題点

(32) それでは、台湾民法学者にも関心を集めている、日本の近時の債権法改正論議について、その問題状況を述べてみよう。

(一)（従来の民法改正との相違）

第一に注意してほしいのは、一般の改正論議は、従来型の民法改正（法改正）（例えば、近時の親権法改正）と相違があるという点である。そこにおいては、法改正の実践的目的が欠如しており、しばしばこの改正により、「わかりやすい民法」にすると言われるが、本当にそうかは、よくわからない。⁽³³⁾ もちろん、民法制定から百年も経ち、使い物にならない古い規定は改廃（オーバーホール）の必要はあるわけで、そういうものに止めて謙抑的改正に止めるべきだというのが、私見である（もつともそういうものは使われていないわけで、そうなると、どれだけ今回の改正論議に実践的意義があるかは、疑問にもなる）。

なお、この点で、大村教授の近著では、一般の債権法改正の議論とこれまでの民法改正の議論との相違を、（意識的に？）捨象して⁽³⁴⁾問題である。さらに、ヨーロッパの債権法改正及び東アジアの民法改正（民法制定）を、今回の日本での改正論議を後押しするかの如く叙述するが、それぞれコンテキストは異なり、ヨーロッパでは、EU統合との関係、また中国などは法解釈実践が日本と異なり、韓国・台湾においても法改正事情の相違を捨象できるのか、慎重な検討が必要であろう。

（二）（立法的「規範整理」の是非）

第二に、「規範の整理」を立法で行ってよいかという問題がある。「判例・通説」の実定化は、異論がないものならば、それほど実害もないが、こうした作業は、あまり生産的ではないことにも注意を要する。既に回っている法解釈論で、強いてそれをいじる必要性もないからである。逆に判例を全て実定化することによる、規定の増大化・詳細化（これは現行法起草者が意識的に避けようとしたことである⁽³⁵⁾）が果たして良いことなのかどうか、慎重な検討が必要であろう。沢山の判例を大量の条文という形で示されることが、本当に「国民のための立法」なのか、正直よくわからない。（ま

り、「解除前の損害賠償のみで済む」とする点などを指摘する。⁽³⁷⁾

なお、鹿野教授は、この点で、日台民法規定を同視しているが正確ではない。日本民法の関連規定（民法四一五条、五四一条、五四三条）は、もともとドイツ的理解であったかは疑問であるからである。⁽³⁹⁾

（四）「法解釈的立法」の問題

ところで、今回の改正談義の落とし穴として、「法解釈的立法」の側面が多分にあることがある。例えば、①債権者代位に関する事実的優先効の否定、②詐害行為の理解に関する判例より狭い捉え方、③債務不履行責任の無過失責任化、④「相殺と差押え」に関する無制限説の主張などは、法解釈論として、異論があるところであり、法的議論としても決して収束していないところだが、それを「上から」ホップズ的に立法でもって押し付けようという側面があることは否めない。

これは、批判的法解釈論の展開に抑圧的・閉塞的に機能する面があるということ、来栖博士以来の「法」と「法律」との区別の論議、平井教授が展開した「議論の法律学」という日本の法解釈論方法論の議論の蓄積に反するところがあり、関係者（とくに内田前教授）は意識的にこの点の議論を避けていて、問題がある。かねて法解釈論として異なる案を別法案として改正案を掲げていた加藤雅信教授が近時の状況に大きな不満を示されている（注33文献参照）のは、改正論議に上記の問題を孕んでいる（同教授も法解釈問題を立法問題として法案を戦わせようとする限りで、同様の方法論的問題を含んでいるが・・・）ことを示しているのである。

（五）（進歩的な「法政策的論議」の不十分さ）

他方で、「政策的論議」の踏み込みの弱さを指摘できる（前述の居住福祉法分野は、日本の大きな法政策的欠陥とも言えるし、これは民法分野であるのに、債権法改正論者からのこの側面での立法提言が皆無であるのは、不思議であり、改正論者の偏ったスタンスの表れなのかもしれないし、政策的踏み込みの消極性・一面性を示している）。

もつとも、この点は、日本の立法過程の変化との関係で、やむを得ない内在的限界を示しているのかもしれない。つまり、「立法過程の民主化」により、現実には、企業サイドの市場主義的・保守的議論からのロビイングが強くなったし、さらには、日本研究者における政策的スタンス（社会編成原理に関する捉え方）の多様化・分散（かつての進歩的コンセンサスの喪失という意味での保守的研究者の増加）にも関係する。その帰結として、あまり政策論に踏み込むと、意見がまとまらず、現状よりも保守的な立法とならざるを得ないという皮肉な構造的問題がある。

しかしその他面で、「時効」は政策的制度であるのに、「世界の潮流」を謳い文句にして、十分な議論の詰めもなく、これまで判例が積み重ねてきた「被害者保護の営為」を排除するという側面が出ている（その限りで、企業寄りの保守的政策論に既に乗っている）のであり、批判的吟味が必要であろう。

なおこの点で、内田前教授の近著⁴⁰は、「消滅時効期間の短期化は世界潮流」という論法と「理由もなく国際的潮流にあわせるといふ発想はとるべきではない」という論法を織り交ぜて進められるが、やはり前者の論法の色彩が強い。しかしそもそも同前教授は、『基本的な政策問題には、今回の債権法改正は立ち入らない』としていた原点から、この時効法改正は逸脱しているし、少なくとも、（a）取引安定が求められる場合（売買や消費貸借等金融領域）と、（b）弱者保護・被害者の権利保護の要請が強い場合（消費者保護、労働者保護等安全配慮義務領域、概して不法行為領域）とは区別して捉えて、改正するにしても、典型的・限定的に行い、時効短縮化の無造作な一般化を「世界潮流」「そうし

ないとガラバゴスのだ」などという盲目的議論をしない（もっと、具体的・実質的な利益考量を詰めて行う）ことが重要であろう。

他方で、前述の如く、一般的には、社会問題に対する弱者保護的な政策的提言ないし現状に対する批判的視座は弱く、例えば、合意志向という古典的な契約理論に適合的な保守的議論の側面も強い（これに対するアンチ・テーゼとして、ウィーン条約後に提示された「関係契約理論」は、日本では、持て囃された筈であるのに、近時の改正論議では、その系譜の議論は弱い）。

この点で、立法過程を巡る事情として、台湾民法学界は、なお研究者の進歩的な研究者の良識・野心的法解釈を立法化する「エリート型」立法を許す環境にあるのだろうか（かつて、日本でも、我妻博士が法制審議会座長の頃は、このような状況にあった）。それは、研究者の数、質、及び研究者の法曹におけるウェイトの置かれ方によるのであり、例えば、韓国は、日本の状況との相違があり、上記の環境がなお維持されているかもしれないが、台湾はこの点はどうなのか。もしこの点で相違があるならば、台湾では、日本とは異なる民法改正の展開も期待できるのかもしれない。

(32) これについては、文献は多いが、さしあたり、内田貴「債権法改正の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要（商事法務、二〇〇九）、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四巻）（二〇一一）一〇章参照。

(33) 加藤雅信「民法（債権法）改正——民法典はどこにいくのか（日本評論社、二〇一一）」は、今回の改正論議の目的の無さ、改正による多文化、長大化、国民のための改正になっていない等、多角的に批判する。

(34) 大村敦志「民法改正を考える（岩波新書）（岩波書店、二〇一一）五〇頁以下。

- (35) 大村・前掲書(注34) 八八頁以下、一〇三頁以下。
- (36) 例えば、法典調査会「法典調査ノ方針」(一八九三年)では、原則変則及び疑義を生ずべき事項に関する規則に止め、細密の規定に涉らないとし、定義種別引例に関する規定は削除すべきだとされた(一二条、一四條。これについては、民法成立過程研究会(福島正夫編集)・明治民法の制定と穂積文書(有斐閣、一九五六) 一二二頁参照。
- (37) 詹森林(鹿野菜穂子・英文訳)「台湾の契約解除法制——比較法的検討」加藤雅信編・前掲書(注3) 二七九頁以下、とくに二八三頁以下。
- (38) 鹿野菜穂子「契約解除法制と帰責事由」加藤(雅)編・前掲書(注3) 二九九頁。
- (39) 四一五条につき、吉田邦彦「債権の各種——帰責事由の再検討」同・前掲書(注9) (民法理論研究二卷) 所収(初出、一九九〇)、五四一条につき、渡辺達徳「民法五四一条による『解約解除』と帰責事由(一)(二・完)」商学討究四四卷一 二合併号(一九九三)、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」谷口追悼論文集(二)(信山社、一九九三)など参照。
- (40) 内田貴・民法改正——契約のルールが百年ぶりに変わる(ちくま新書)(筑摩書房、二〇一一) 一五四頁以下。
- (41) この点は、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号(二〇〇八) 一〇七頁注五でも指摘した。

四. 結び

(一)「法継受」「学説継受」の絶えざる積み重ねで、法解釈を発展・展開させてきたという点は、日台民法学は、共通項が多い。台湾民法研究者のアンテナの鋭敏さ(この点、日本民法学者もかつては同様であったが、近時は、国内志向が強く、また教育負担の過重ゆえか、民法研究者ないし民法教育における比較法のウエイトの低下という遺憾な事態がある)には敬意を表するが、この点で、近時の「日本債権法改正論議」を、かつての改正論議と同様に注目されること

には、留保が必要であろう。

(二) しかし、本稿では、従来型民法学とは違う、「民法理論研究」の重要性（それはアメリカ法学からの刺激による問題意識である）という点からの、日台民法学比較の試みを行ってみた。従来の日本民法学と同様に、台湾民法学においても、そのような総論的視野からの民法理論的検討は手薄であったという推測を持っているが、台湾民法の状況には、疎いので、貴重なご教示をお願いしたい。

そしてそのような方法的視座、法政策的視座を入れることにより、日本での昨今の債権法改正論議には、やや危ういところがあり、手放して称賛するわけにもいかず、なお幾つか慎重に検討すべきところがある。この点でも、東アジアの民法学の望ましい方向性という見地からの日台、否韓国・中国も交えた複合的な法発展に関する比較研究が望まれるところであると考える次第である。⁽⁴²⁾

(42) なお、私の角度からの日中、日韓民法学比較に関するものとして、吉田邦彦「二一世紀の日中不法行為法の諸課題——中国における法制定を契機に」北大法学論集六一巻六号（二〇一一）、同「日韓民事法の課題——とくに不法行為法の諸問題」北大法学論集六二巻六号（二〇一二）参照。