



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民法学と公共政策：近時の日本民法学変貌を踏まえて「債権法改正」を考える
Author(s)	吉田, 邦彦
Citation	北大法学論集, 70(5), 204[1]-173[32]
Issue Date	2020-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/76662
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_5_03_Yoshida.pdf



民法学と公共政策

——近時の日本民法学変貌を踏まえて「債権法改正」を考える——

吉田 邦彦

目次

- 一、近時の民法学変貌回顧
- 二、民法学と公共政策（同講義録（信山社、二〇一八）参照）
- 三、近時の債権法改正について（二〇一五年台湾講演参照）

『民法学と公共政策』のタイトルで講ずるようにとの要請が長年の友人陳恍岳教授からあり、それは方法論ないし近時民法学のコンテキストとの関係での問題意識も重要であるので、まずはそれを論じて(一)、その上で民法学とリンクさせた公共政策論の意義を論じたい(二)。それを前提に、近時の債権法改正について、公共政策の見地から、若干のことを論じたい(三)。

一 日本の民法学回顧とその問題点——「民法と公共政策」論議の前提として

1 はじめに(日本民法学の急激変貌とは?)

日本民法学は、近時大きく変貌している。その最大のものは、「研究中心主義」の崩壊であるが(その要因としては、第一に、二一世紀になってからの法科大学院の設立、さらには第二に、これまでの債権法改正を中心とする(従来とは異なる)立法論議に膨大な民法学者の研究時間が割かれたことが大きいであろう。後者は意外に思われるかも知れないが、それは創造的な研究活動と言うより、従来の議論の整理にとどまる面が強いからである)、さらには、研究スタイルの各論化・蛸壺化、債権法改正論議により皮肉なことに学界の関心はそれに集中し、現実の「生ける法」的な民法的課題への対応ができておらず、学際的議論の高まり(科研では新領域法学などと言われる部門)と通常の民法論議との乖離現象も出ていることなども挙げられよう。⁽¹⁾



台湾・国立政治大学でのシンポジウムプログラム

また、平井宜雄博士の警告（平井・内田論争⁽²⁾）（平井宜雄博士の傍近くにいた者として、分かるのは、同博士の怒りの中心は、『平易化教科書を書くことは東大教授の行うことではない』というところにある）にもかかわらず、非学問的な平易化教科書の進出はどんどん進行し、学術的な引用も軽視されるという実態も無視できないであろう。

2 従来の日本民法学の推移——刺激的だったこと

まず、民法学史の転機に即した区分けをすると（これは星野英一博士による区分けを延長させたものである）、立法者の時代（第一期）、学説継受期以降（第二期）、我妻法学による完成（第三期）、星野博士らによる学説継受批判（第四期）（一九六〇年代以降）、平井論文による利益考量論批判（第五期）（一九九〇年代以降）、そして二一世紀に入り、民法総論研究、民法理論研究の開始及び社会問題の学際的処理の要請の高まり（第六期）、それと同時に日本民法学の後退期（創造的批判は薄れ、法科大学院による繁忙化、債権法改正による『注釈学派』⁽⁴⁾の時代。創造的研究の萎縮。大方の民法学者は社会問題との乖離）（第七期）ということになる。今後どうなっていくのだろうかと不安に駆られる日本民法学者は多からう（なおこの点で、一九九〇年代後半に既に（陳教授の恩師の）平井博士は、『日本民法学の凋落』を予言していたが、残念なことにこの予測は当たっていたように思われる⁽⁵⁾）。

ここではまず、日本民法学の現況とは対蹠的に、私がかつての民法学のどういうところに刺激を感じたのかを述べることにしよう。すなわち、第一は、星野博士や北川博士による民法学史ないしそこにおける構造的問題としての、「学説



台湾・国立政治大学でのシンポの状況
2019年9月11日。総合北棟13階の会場にて

継受」の指摘である。⁽⁶⁾これは星野シュレーに限らず、少なからず当時の若手民法学者に多大な影響を与えた（私の処女作の『第三者の債権侵害』研究もその具体的実践として行ったものである）。そして第二は、その具体的実践である概念法学（とくに我妻法学）の脱構築であり、その代表的なものが、平井博士の損害賠償法学（ドイツ的な完全賠償主義を前提とする相当因果関係理論、違法性理論、主観的な過失論、差額理論など）の脱構築であった。⁽⁷⁾

第三は、そうした方法論的基礎としての、リアリズム法学的、方法論の系譜である。これは、末弘、川島博士などの寄与によるところも大きく、⁽⁸⁾東アジアでは例外的に（特に東大系は）アメリカのリアリズム法学の影響が強かったことであり（東アジアの隣国では、大なり小なりドイツ法学の影響がもつと強い）、その方法論とその承継のあり方である。

それは私が学生の頃全盛であった利益考量論にも現れている。それとクロスするが、第四に、法と政策との関わりである。これは平井博士が、いわゆる現代的な不法行為分析の一環で、「政策志向型訴訟」に注目されて、⁽⁹⁾法政策学という分野に大きく展開された領域であった（当初は、「法と公共政策」という授業名の演習で開始された）。近時は立法談義が多いので、学問的には立法学と隣接する法政策学と近時の民法改正との議論がなされてしかるべきだが、そういう関心は大方には全く希薄である。むしろ、次述の平井博士の一九九〇年頃の論争の独特の承継の仕方による、近時の概念法学化により、法政策学の議論は喪失されてしまっている（近時の改正議論は、民法学だけの解釈論延長線上の立法論に終始していると言っても過言ではなく、あまり学問的香りはしない）。

第五に、一九九〇年頃に（民法学に留まらない）学界の「台風の目」となった、平井博士の方法論的問題提起（第二次法解釈論争）といわれるもの⁽¹²⁾には、私も大いに刺激を受けたわけだが、これをどう捉えるかという問題がある。結論を先に述べれば、私は、同博士の議論のオリジナリティは、法価値の認識論（epistemology）の転換・刷新（いわゆる星野博士の「価値のヒエラルヒア」論の批判部分）にあると考える。

だからこそ、これは来栖三郎博士の一九五〇年代からの一貫した研究である、法と法律の研究、フィクション論と繋がるものがあるわけである。つまり、富士山のような価値のヒエラルヒア（価値序列論）には、論理実証主義的な写像理論の如き法価値論が指定されるが、現場の価値のコンフリクトにおいては、そのような価値調整はできない（当時の平井博士の言葉を借りると、法的議論では、むしろ「価値の相克」として現れるとされるのである）。そこで法命題を道具とした議論を通じて、制度的に、いわばフィクション的に「判例」なり「通説」なりという形で暫定的に対応せざるを得ないという立場（「議論」論）が出てくるわけであり（議論を通じて、その価値対立状態は、いわば仮想的・暫定的に克服されていくわけである）、論理実証主義の権化のヴァイトゲンシュタインの前期と後期の分裂とも関係する。《現象学的な見方》を抜きにできないという現代思想的な視角を取り込まざるを得ないわけである。平井博士もポパーの後期の「世界三」という発想に依拠される限りでその系譜である。⁽¹⁴⁾

しかし大方はこのようには捉えず、これを契機に利益考論批判、新たな概念法文化に、後継の民法学メインストリームは向かったわけである。しかしこの点でも私見を述べておくと、平井論争で、利益考論を批判し尽くせるわけではなく、利益考論と同博士の上記議論は、レベルを異にしており、両立可能というほかはない。

なお最後に、恩師の世代のスタンスは、様々な意味で、模範的であつた。⁽¹⁵⁾例えばそれは、研究中心主義、レベルの高さ、視野の広さ（少なからず、ジェネラリストが民法学を牽引していた）、研究者倫理のいずれにおいてもそうだった。ところが、近時は、どうだろうか。各論研究化（方法論の払底）、債権法改正の追隨研究（研究分野の偏り）、政策的な偏り・右傾化（企業・権力との繋がりが、ともすると、顕著になる）、脱研究化（入門書的な教科書執筆）などなど。短期間でかくも断絶が生じてしまう日本民法学とは何なのだろうか、先人からの承継の側面はどうなってしまったのだろうか。

3 私 の 民法学への関心の推移

《民法学と公共政策》について話すようにとの要望であるので、その問題意識としての民法学の回顧を冒頭に述べたが、それに対して、歩みののろい私自身の民法学の視角を述べることが要請されるので、その彷徨を簡単に記しておきたい。

(1) (方法論) まず方法論的に、リ、アリ、ズ、ム、法、学、的、系、譜、の、継、承、と、し、て、の、批、判、法、学、に、立、脚、点、を、求、め、る、こ、と、に、三〇歳台のかなりを費やすことになった。⁽¹⁶⁾ 我妻博士をはじめ早い段階で自身の民法学の解釈論の方法論的基盤作りをする方も多いが、他方で、あまり早い段階で方法論に没頭することに疑問も出されたりもする。しかし、学際的な議論が満ちあふれるアメリカ法学の中に屢々身を置くことになり(目下五度目の長期アメリカ留学中である)、どうしても自身の行う民法学は何なのか、他分野と比べてどういう特殊性があるのか、自身の法解釈の立脚点、政策論的立場をどこにおくのか、そうした基礎固めをしておくことを余儀なくされたわけである。(なお、後の議論との関係で、私の民法イメージは、当初は民法解釈中心主義的な捉え方が強かったが、二度目の留学、辺りから、もつと自由度を高めて、立法学・政策学も取り込み、民法的な社会問題を広く「民法問題」として捉え直す、ヨリアメリカ法学的な立場にシフトしたと言える。)

(2) (各論研究) 私の民法の公共政策論(民法の横断的な政策的研究)の具体的実践(後述する)と表裏をなす、私自身が手がけた具体的領域としては、(i) 取引的不法行為からはじめ⁽¹⁷⁾ (今でこそ「取引的不法行為」は普通に使うが、私が債権侵害をやり出した頃は、取引的不法行為の中心的存在の債権侵害が特殊日本的に周縁化されていたから、今とは相当に異なっていた)、そこから(ii)「契約を破る自由」の対抗理論としてのマクニール教授(ノースウェスタン大学(当時))の關係的契約理論、そして新制度派経済学的な発想から、(iii) 法(医療過誤判例)と医療保障制度との総合を目指す当時勃興した医事法をひとしきり行った(最近また、中国の医療保障改革談義との関係で、関心は再度この問題にシフトしている⁽¹⁸⁾)。私の医事法の構想の中心の問題意識が、新制度派経済学にあるというのはこうである。従来

の日本の医事法イメージは、医療過誤法だけであったが、例えば、「医師と患者関係のその医療保障制度的な立ち位置の対蹠的相違」を考えてみれば分かるように、医事不法行為法理の現実的意味合いは、そうした医療保障制度の背景と交錯して捉えなければ分らないわけである（当時ホール教授（ウェイクフォールスト大学）らのアメリカ医事法の体系書を翻訳したのは、アメリカ医事法の代表的論客の同教授には、そうした理論的視角が濃厚と考えたからである）¹⁹。

そして、「スタンフォード体験」（一九九〇年代半ば）、すなわち、レイディン教授（スタンフォード大学（当時）。その後、ミシガン大学）の人格的所有理論について研究し、川島所有権理論の限界を、次述の如く諸領域でまざまざと見せつけられたのである。そして同理論の私なりの応用として、（iv）二〇〇〇年代になり、居住福祉法学を展開し、（v）同時並行的に所有法の裏の問題として、補償法学を国際人権法に枠組みを広げて考察した²¹。

まさしく、『彷徨える民法学』だが、私の志向する「民法理論研究」は、理論的・横断的に民法を捉えようとすることから、総論的にならざるを得ないし、各論的テーマをどれだけ拾えるかが問われている。関係理論的軸は、一貫しているつもりだが（例えば、補償法学にしても、敵対的な悪循環をどのような形で関係修復するかという関係的視角からの考察であり、理論的な問題意識は通底している。レイディン教授の業績にしても、マクニール博士は既に自身との共通性から私は示唆されていた）、その応用理論とも言うべきレイディン所有権論（そしてそこにおける市場主義的な「商品化」（commodification）批判）の軸の下に、——川島所有権理論批判という形で——身体所有論、環境法学、（日本）住宅法学の欠陥、知的所有論、更には先住民族論が見えてきたのである（二〇一〇年代後半以降の日本法学での所有権論批判への大方の関心の始まりは、かなりタイムラグがあると思わざるを得ない）。

同時に（vi）東アジア法学へのシフトも近時の私の研究の新たな動向であるが、これは、近時の教育現場（とくに大学院）が、中国からの留学生に席卷されるという事情も関係しているが、出発点は、戦後補償問題などは必然的に隣国

との関わりが問われ、また居住福祉分野では、早川和男博士がかねて東アジアとの交流の重要性を説いていて、毎年東アジア住宅問題会議を開催しているということと関係する。社会問題との関わりが出発点であり、大方の民法学者のよきな民法典志向的な付き合いではなく、この点も、批判法学の一つである《法と社会》学派の影響もある。

さらに、東日本大震災ないし福島原発事故を契機にして、日本環境会議にも参加することになり、(vii) (災害復興法とも絡めて) 環境法の研究(緑の所有権論・地球温暖化問題⁽²³⁾ないし福島原発問題・水保病問題など)⁽²⁴⁾を近時行っており、そして今回のアメリカ留学は、国連の「先住民族の権利宣言」(二〇〇七年)の特別報告者のアナヤ教授(コロラド大学・ディーン)などがいるコロラド大学を選んだが、そこで重きを置いているのは、(viii) 先住民族法研究であり、これも環境法研究と接点をなす。先住民族は、環境的不正義の最前線に立たされているからである。

ところで、《環境法研究のストレス》とも言うべきものがあり、既にギリシアの頃から、アリストテレスはアクラシア問題を指摘するが、環境問題にはこれと通ずるところがある(近視眼的な目先の利益だけで生きる人間は、環境問題への配慮が手薄になるからである)。だから同法の研究には手応えの無さという問題があり、思うような帰結を得られないことへの「挫折」(例えば、自主避難者問題⁽²⁶⁾)があり、アメリカ環境法にしても、進歩的政権の頃(例えば、クリントン政権、オバマ政権)は魅力的だが、政権が変わるとそうした環境政策がガラガラ崩れていくというのでもストレスフルなことである。一体、地球の破滅から救うことができるのだろうかという根底的な問いが、背後にある。

4. (参照) 近時の二二世紀社会の変遷——民法学が何に光を当てるべきか。

ところで、一〇年以上前に(二二世紀社会との関係で)、この問題を扱ったことがあった。⁽²⁷⁾すなわち、二二世紀社会において、注目すべきこととして、以下のことがある。①高齢化(少子高齢化)、②ポスト産業社会の消費社会、③グロ-

バル化（越境化）（戦後補償問題などは、既に越境的・国際的不法行為事例）、それ故の国際（人権）法との交錯現象が、重要になる。また、④貧富の格差の増大（一九九〇年代初頭にバブルは崩壊し、長期経済不況があり、雇用形態も非正規雇用が前面に出る）、⑤災害の多発、⑥地球温暖化（この点でも国際的対応が迫られる）、⑦人権の重視、平等化要請（ライフスタイルの重視）、それ故のフェミニズム、LGBT運動への着目などであろう。

果たして、こうした社会の重要な問題に対応する民法学になっているかどうかの自省が必要であろう。しかしそれに対して、近時の民法学のメインストリーム（とくに債権法改正に始まる改正談義）は、このうちのごく一部しか扱っていないとの感触を強く持つ。

5. その他の諸課題

（1）（若手の危機的状况）まず、日本の若手民法研究者は払底しており、危機的なまになっている（法科大学院の制度改革の失敗の一つで、日韓共に共通の課題である）。その分、東アジアでは、中国の研究者が凌駕していくかも知れない。また、台湾で、法科大学院構想を回避したとすると賢明であり、その分、研究者養成は維持されると推測されるがどうだろうか。

二一世紀社会は、益々学際的研究が問われ、社会との繋がりが求められるにも拘わらず、大方の日本民法学は、縮み志向が強く、それに対するアンチ・テーゼとして、私は「民法理論研究」を一貫して行うようになったが（系譜的には、アメリカ法学から学び取るべきこととして日本の状況とは無関係にこの方向性を模索した）、全く日本では浸透しない。（2）（学会）学会にも失望することが多いが、例外的に刺激を受けたのは二〇〇〇年代の「居住福祉学会」の立ち上げと、早川博士との全国行脚などがあり、ある意味で、自身の方法論を反省する上で有益だった（とくに、フィールドワーク

的な現場主義的研究からの反省、社会との有機的繋がり、の面からの反省を促された。私が副会長としてその執行部にいたときには、現地研修会を年に数回、延べにして数十回開催したというのも、わが国の学会活動としては、極めて例外的なことだったであろう。

そして二〇一〇年代半ばから、そして同博士の逝去（二〇一八年七月）とともに、私の期待は、「日本環境会議」にシフトしつつあり、その学際性、社会との繋がり、権力との関係は、かつての「居住福祉学会」と類似したところがあり（おそらく唯一のものではないか。そこに出てみると、日本特殊の民法学の環境問題との関係での退歩・退化がよくわかる）、二一世紀の環境法学への関心も高まっている。

（3）（業績のインパクト）学界へのインパクトは、長期的に見る必要がある。個人的体験からも、即座の反応は期待せずとも、諸外国の動きに支えられていけばよい。

（4）（権威主義などへの対処の仕方）目下風靡する『注釈学派』的な権威主義（権威主義故のうつとらしい集団主義的な圧力）、あるいはオリジナリティとは全く関係しない非学問的な入門書主義などには、負けずに、流されないで、研究者の本分（研究上の個人主義・相互批判主義）を忘れてはいけなだろう。

（5）（研究者倫理問題）アメリカの「臨床法学研究・教育」（clinical legal education）が日本には不在であることも関係し、貧困ないし生活弱者のためのプロボノ的な法支援という問題意識はわが国では従来希薄である。どの立場からの「意見書」を書くかという問題とも関連し、われわれ学術的研究者は、金銭報酬目的で動いているわけではないことを再認識する必要がある（先の平易化教科書執筆についての平井博士の怒りとも関係する）。

（6）（民法理論研究と現場主義的な事例研究との関わり）「民法理論研究」に従事するものとして留意しなければならないのは、そうした現場主義的な「事例研究」においても、一般的な民法理論を持って続けていかなければならないと

言うことである。

例えば、(復興借上げ住宅の問題でも) (i) 借地借家関係における「正当事由」制度のあり方(その例外はどうあるべきか)とか、(自主避難者問題でも) (ii) 放射能被害の損害論の捉え方(LNT仮説への臨み方)とか、(iii) 災害弱者の公的支援の根拠付け(居住などの人格的所有の特殊性)とか(それは市場主義的なロジックの限界の問題でもある)、あるいは(iv) 補償ないし関係和解に関する一般理論とかがそうである。そしてさらには、(v) これまで不法行為領域で充分に扱われてこなかった「歴史的不正義」の諸事例を見てみると、(単なる具体的事例を越えて)《植民地化》先住民民族支配》という構造的な問題に直面するわけで、そこでは、例えば、梅博士が尽力された朝鮮半島における「土地調査事業」にせよ、アイヌ民族に対する「北海道旧土人保護法」にせよ、近代土地法(広義の近代民法)の装いの裏に、植民地空間を支配・征服していくという負の側面があり(ごく最近の「アイヌ新法」(アイヌ尊重社会施策実現法)(二〇一九年制定・施行)でも、あまりに「世界水準」とかけ離れており、批判的な検討が不可欠であろう。民法学者は単にそうした実定法の法解釈論をやっていればよい等というのは言っておられず、近代の植民地主義の構造的な問題への態度決定が問われるわけである。

(1) これについては、私の関西大学での還暦報告会(二〇一九年三月開催)の冒頭に述べた。もともとは、今野正規教授(関西大学)との二〇一九年一月二〇日の北大民法理論研究会ML(同研究会は一九九二年に私が創基した北大での研究会で、この研究会のMLは、その関連の討議の場となっており、またアメリカの新聞(ニューヨークタイムズ)の民法理論関連記事の随時紹介も含めて、既にその投稿討議のメール数は、四五〇〇を越えている)でも触れたことである。吉田邦彦「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途」北大法学論集七〇巻二号(二〇一九)三三三―三三四頁参照。

(2) 内田貴「平井宜雄著『契約法学の再構築』をめぐる覚書」NBL六八四・六八五号(二〇〇〇)、平井宜雄「内田貴著『契

約法学の再構築』をめぐる覚書を読んで」同六八九・六九〇号（二〇〇〇）。

- (3) 後述の私の民法理論研究の公表開始（二〇〇〇年がその第一巻刊行である）の頃に、大村敦志・民法総論（岩波書店、二〇〇一年）も出されている。その発想はかなり異なるが（私の場合には、民法典中心主義的発想は弱い）。

- (4) 「注釈学派」(Ecole de l'Exégèse) は、フランス法について、一九世紀初頭のフランス民法典制定後、立法者意思説を前提にその解釈を追究するという手法が席捲しそれを指すが、しかし方法論的停滞から「科学学派」(Ecole Scientifique) に代替されていった学風を指す（さらにはローマ法に関して、ローマ法（ユスチニアヌス法典）の注釈に努めた、一一—十三世紀のボローニアを中心とする学派（Glossatoren）を指すこともある）。ここでは、日本での近時の債権法改正を機縁に、その改正の経緯の資料参照が前面に出るような近時の後ろ向き現象を指している。

- (5) 平井宜雄「『法的思考様式』を求めて——三五年の回顧と展望」北大法学論集四七巻六号一八四九頁（一九九七年）（民法分野に関しては、「自立」した法律的知識の世界における大学の地位は凋落の一途を辿るとされる）（吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤（信山社、二〇〇一年）第一章に所収）。

- (6) その後、星野英一「日本民法学史」法学教室八号—一一号（一九八一年）という形でまとめられた。また、北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社、一九六八年）も参照。

- (7) 平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七一年）。

- (8) 例えば、川島博士が実質的な恩師と仰ぐ末弘厳太郎博士から形見として送られたのは、JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (Transaction Publishers, 1930) であつた¹⁾、川島ゼミなどでは、Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935) 等が読まれたとのことである（この点は、平井・前掲（注5）一八二〇頁等参照）。ところで日本民法学におけるリアリズム法学の受容のされ方は、解釈方法論に結びつけてのもので、かなりのリアリストはその後一九三〇年代後半ないし四〇年代のニューディール政策などの進歩的な社会変革に進んでいったことはわが国ではあまり触れられない。これはアメリカ合衆国では、当時から「法と（公共）政策」的発想が、根付いていることの証左だが、F・コエン教授の場合には、正しく²⁾そうで、一九三三年から一九四七年までF・ルーズベルト大統領に内務省職務を任ぜられて、一九三四年のインディアン再組織法の起草者となり、アメリカン・インディアン³⁾のニューディール政策の法的構築に尽力し、アメリカ原住民の民族的統治権に留意したインディアンを保護する進歩的な連邦政策

- を裏付ける、初めての「連邦インディアン法」の体系書を著わしたのも彼である (FELIX COHEN, HANDBOOK OF FEDERAL INDIAN LAW (Dep. of Interior, 1941))。しかしその後時代思潮は急変して、バックラッシュの居留地「解消」(termination)の保守時代となり、彼は「社会主義者」として非難され失意の晩年を過ごすことになる(司法省からも解雇され、その後内務省も辞職する。一九五三年に早世する(享年四六歳である)のもそれと関係しているかも知れない)。See, Felix Cohen, *The Erosion of Indian Rights 1950-1953: A Case Study in Bureaucracy*, 62 YALE L. REV. 348 (1952-53). See also, DALIA TSUK MITCHELL, ARCHITECT OF JUSTICE: FELIX S. COHEN AND THE FOUNDING OF AMERICAN LEGAL REALISM (Cornell U.P., 2007); Kevin Washburn, *Felix Cohen, Anti-Semitism and American Indian Law*, 33 AM. IND. L. REV. 583 (2009)。
- (9) 例えば、加藤一郎・民法における論理と利益衡量 (有斐閣、一九七四年)・星野英一「民法解釈論序説」同・民法論集一卷 (有斐閣、一九七〇年)。
- (10) 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望 (一粒社、一九八〇年) (平井著作集Ⅱ (有斐閣、二〇一一年) に所収)。私は当時の平井博士の不法行為法学の講義を受講し、それはある意味で、『衝撃的な不法行為法体験』であった (私が学生時に所属していた東大法律相談所で一年上の先輩と議論することも少なくなかったが、彼らが受講した加藤一郎博士の不法行為法とは、相当に異なるものだったのである)。
- (11) 平井宜雄・法政策学 (有斐閣、初版一九八七年、第二版一九九五年)。
- (12) 平井宜雄・法律学基礎論覚書 (有斐閣、一九八九年)、同・続・法律学基礎論覚書 (有斐閣、一九九一年) (平井著作集Ⅰ (有斐閣、二〇一〇年) に所収)。
- (13) 来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」法学協会雑誌七三卷二号 (一九五六年)、同・法とフィクション (東大出版会、一九九八年)。
- (14) このような見方の詳細は、吉田邦彦「現代思想から見た民法解釈方法論——平井教授の研究を中心として」北大法学論集四七卷六号 (一九九七年) 一八六七頁以下 (同・民法解釈と揺れ動く所有論 (民法理論研究一卷) (有斐閣、二〇〇〇年) 第三章に所収)。
- (15) その意味を込めて、吉田邦彦編・平井宜雄ほか・民法学の羅針盤——激動の時代への先進の教訓 (信山社、二〇一一年) (前掲書 (注 (5)) を編んだ)。

- (16) その成果が、吉田・前掲書（注（14））（民法理論研究一卷）（二〇〇〇年）である。
- (17) 吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一年）。
- (18) これに関するものが、吉田邦彦・契約法・医事法の関係的展開（民法理論研究二卷）（有斐閣、二〇〇三年）。なお、こうした方法論的問題意識は、米村滋人・医事法講義（日本評論社、二〇一六年）には、殆ど受け継がれておらず、その意味で平板のようである。
- (19) M・ホールほか（吉田邦彦訳）・アメリカ医事法（木鐸社、二〇〇五）。
- (20) 吉田邦彦・居住福祉法学の構想（居住福祉ブックレット）（二〇〇六年）（これは、二一世紀になり間もなく、学会創設から付き合いが始まった、早川和男博士から、自身の居住福祉学を法学（民法学）の見地から捉え直してくれという宿題に答えたもの。更にヨリ詳しくは、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住・補償問題（民法理論研究三卷）（有斐閣、二〇〇六年）、同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究四卷）（有斐閣、二〇一一年）。
- (21) 吉田・前掲書（注（20））（民法理論研究三卷）（二〇〇六年）第六章～八章、同・前掲書（注（20））（民法理論研究四卷）（二〇一一年）第五章～八章。さらに、同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（中編）（民法理論研究五～六卷）（信山社、二〇一五年、二〇一七年）。
- (22) 例えば、法社会学八〇号（新しい所有権法の理論）（有斐閣、二〇一四年）。
- (23) 吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開」新・現代損害賠償法講座二卷（日本評論社、一九九八年）（同・前掲書（注（14））（民法理論研究一卷）（二〇〇〇年）に所収）。
- (24) 吉田邦彦・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）（民法理論研究七卷）（信山社、二〇一九年）。
- (25) 吉田邦彦・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、二〇一二年）（更にこれを加筆して、吉田・前掲書（注（21））（民法理論研究五卷）（二〇一五年）に所収）などに始まる研究。
- (26) 例えば、吉田邦彦「居住福祉法学と福島原発被災者問題（上）（下）」——特に自主避難者の居住福祉に焦点を当てて「判例時報二三九号三～一三頁、二二四〇号三～一二頁（二〇一五年）、同「区域外避難者の転居に即した損害論・管見——札幌「自主避難者」の苦悩とそれへの対策」環境と公害四五卷二号（二〇一五年）六二～六六頁、同「東日本大震災・福島原発事故と自主避難者の賠償問題・居住福祉課題（上）（下）」——近時の京都地裁判決の問題分析を中心に「法と民主主

義五〇九号三三―三九頁、五一〇号四一―四七頁（二〇一六年）、同「福島原発放射能問題と災害復興——福島原賠訴訟の法政策学的考察」淡路剛久監修・吉村良一・下山憲治・大坂恵理「除本理史編・原発事故被害回復の法と政策（日本評論社、二〇一八年）二九五頁以下参照（同・前掲書（注（24））（民法理論研究七巻）（二〇一九年）に所収）。

（27）吉田邦彦「二一世紀における『民法と社会』を考える」法社会学五八号（法の構築）（二〇〇三年）（同・前掲書（注（19））（民法理論研究四巻）（二〇一一年）に所収）。

二 民法学と公共政策研究

1 問題意識

『民法学と公共政策』の方に話を進めると、直接的な執筆の動機は、平井博士の法政策学が、近時の学界の激変の影響のためか、短時日の間に忘却の彼方に追いやられている弊に鑑み、その承継（批判的承継）の必要を感じたことにある。方法的な問題意識はリアリズム法学的な関心からである。大してオリジナリティはないかも知れないが、横断的な《民法》理論研究」という点では通底しており、近時の大方の民法研究が、概念法学復帰、蛸壺的研究、各論研究の優位、そのごく一部分の債権法改正に偏っていることへのアンチ・テーゼ的な意味合いを込めている。二一世紀になってからは、日本のメジャーな大学では、公共政策大学院が設立され、「法政策学」はその基幹科目であるのに、そのパイオニア的存在である平井・法政策学に触れられるのが少ないことも、驚くほかはない。

なお、『民法学と公共政策』（civil law and public policy）とこの用語について少し説明すると、「法と公共政策」（law and public policy）はアメリカ由来で、広く政策問題とこの意味合いで使われている（既に平井博士が、法政策学の元

となる演習をこのタイトルで行っていた)。私なりに理解すれば、既に批判法学的な意味合いから私法・公法分離論は克服されて、例えば、一番私法色が強い契約法・消費者法の領域でも、「契約自由の原則か、契約正義か（弱者保護か）」という形で、市場主義に対する国家的（司法的・行政的）介入が問われている。つまりそうした「社会編成原理」が問題とされるという意味で、政策問題は、公共的問題なのである（²⁸そういう意味で、公共利益が「国家的利益（public [national] interest）」に関わるというようなニュアンスでは無い）。

2 近時の日本の民法改正談義の方法論的問題（《解釈論的立法》の問題。《法政策学》の不在）——方法論的権威主義、

反民主主義的側面

ところで、「立法学」は「法政策学」とも密接であり、これまで法的コントロールが不十分な領域への立法的改革の必要性は私とて否定しない。しかし近時の法改正論議は、常時民法典が前提にあり、その法解釈論の焼き直しのような、しかもその「解釈論的立法」は、権威主義的な上からの「債権法改正」に始まる動きはトップダウン式の方法論が前提にあり、これはこれまでの批判的討議ないし議論を通じて、民主的に「判例」「通説」という形で暫定的・仮想的に委ねるという来栖＝平井方法論に反している。のみならず、既存の議論の焼き直しのという意味で、創造性もなく、知的刺激に欠け、逆に「注釈学派」的な後ろ向き傾向を生み、有害であると考ええる。（もともと法改正がすべていけないというのではなく、従来「法解釈」領域に委ねていたことについて、安易にトップダウン式の《解釈論的立法》を行うこ



平井博士の『法政策学』の
体系書の初版

とは謙虚になるべきだということを述べているだけであり、従来制度が欠缺していた場面ないし法解釈の域を超える政策問題を詰めるタイプの立法は今後とも熟慮ある法政策談義として必要だろう（しかし同時に近時の《立法過程の民主化》プロセスとの関連でそれも容易ではないことは、アメリカの公共政策論ないしそれを踏まえた立法学が教えるところである⁽²⁹⁾）。ともかくその点で、近時（平成三〇（二〇一八）年）の相続法改正は、やや様相が異なり、債権法改正より総じて手堅いと言えるだろう⁽³⁰⁾。

特定の者の審議会メンバーであるという地位故の『特権階級化』的な民法論は、権威主義に繋がるのである（これは従来の民法改正には見られなかった「法解釈的立法の前面化、その意味での特定の者のレジティマシー無い立法権限の横行」という現象と関係する）。研究者は公表した業績のオリジナリティのみから評価されるべきであるのである（M・ヴェーバーの「Sacheに仕えよ」の警句⁽³¹⁾）（星野博士など、『法制審』での議論を大事にされたかも知れないが、それを研究者の第一次的なものとはされていなかった。その意味での研究業績中心主義である）。ところで、平井博士の研究の本命は、民法基礎理論と共に、こちら（法政策学・公共政策論ないし立法学）の方にあったのではないか。キャラブレイジ教授からの問題意識の発展はこちらにあり、これを今後どう受け止めるかも問われていると思われる。

3 平井博士との異同

私のものは、平井博士の延長線上のところが多いが（分析枠組みなど。例えば、「効率性基準」と「正義性基準」⁽³²⁾であり、震災復興のあり方の分析などで有用である⁽³³⁾）、相違点は、（１）司法の役割として、利益考量論の延長線上として、司法積極主義的な側面が強く出る（その意味で、司法の政治的責任からも逃げないことが肝要と考える⁽³⁴⁾）。また、（２）やや正義論を社会編成原理などとリンクさせて、細分化している⁽³⁵⁾。

そして(3)意識的に打ち出したのは、具体的実践論で、できるだけ具体的に博士の枠組みの実践適用に留意してというところであり、大してこの点ではオリジナリティはないかも知れない。しかしやや抽象論に終始していたということへの不満からである。また、(4)同博士の場合には、「法的思考様式」論は、法教義学(ある種の伝統的な概念法学)に戻るようなところがあり、それと、同博士が抽出した「政策志向型訴訟」ないし「目的Ⅱ手段的法の経済分析的な制度構築」と接合的なのか、両極分解しているのではないかという問題意識がある。

4 具体的な実践領域⁽³⁶⁾

不法行為論から始まり、契約論、医事法、さらには様々な所有論を経た上で、再度補償論、マスの環境法学で、具体的素材を用いながら、民法横断的に、「法と政策」との関わりを考えてみた。時間(ないし紙幅)の余裕との関係で、ごく限られた場面を考えてみることにする。

(1)例えば、近時の注目課題である、福島放射能汚染の集団訴訟問題にしても、しばらく前の水俣病問題にしても、司法の役割への期待とそれへの不満もある(その背後には、行政的救済の不充分さがある)。例えば、福島問題の場合には、行政救済(準司法的救済)とも言える、原賠審(原子力賠償紛争審査会)(二〇一一年四月に発足し、八月に中間指針を出す)による、救済の穴(例えば、自主避難者(区域外避難者)や営業損害の問題)の政策的分析から、司法がそれを埋めていくという姿勢が求められるが、実際にはそうなっていない。またそもそもこうした発生機序が明らかでない場合の因果関係をどう認定するかは新たな疫学的課題であり、これについても、従来の司法がきちんと対処してきたわけではなく刷新が必要である⁽³⁷⁾。

放射能災害に対する住宅政策としても、チェルノブイリと福島とでは対蹠的である。前者が基本的に「転居政策」で

あるのに対して、後者では、「帰還政策」が前面に出るのである。しかしそれゆえに、限られた強制避難エリア外にすむ転居者（自主避難者、区域外被害者）は冷遇され（補償は限られる。中間指針の穴を埋めようとする福島集団訴訟でも、司法は中間指針・行政指針に引きずられてか、救済格差を司法で補填するという意識は弱い）、他方で、「帰還」のために、効果の程度も怪しい「除染」に巨額が費消され、法政策の「効率性」基準からも、大いに問題があるし、チェルノブイリと比較しても、どちらも悲惨だが、集団的移転・転居政策も無い福島の場合には、コミュニティも分断され、被災者の孤立的状態が続いて、未だに自殺者も絶えないという状態では、居住福祉政策としても、失敗しているとみて良いだろう。

（２）また、人工生殖医療に関わる「代理母」などの問題を考えてみると、①公序良俗論だけでは説明になっていないが、②意思自治とか商品化への反情という概念論（義務論的議論）とともに、③政策的議論（富、人種による抑圧関係問題、また各種フェミニズムの議論）との総体からなっており、そう簡単ではない。日本の当然の母子関係判例の拡充（近時の平成一九年最決などのわが判例）というような、単純なものではない。³⁸⁾

（３）さらに戦後補償問題（例えば、強制連行・労働、慰安婦問題、中国大陸での殺戮・爆撃・細菌戦、毒ガス弾問題、そして靖国合祀問題）なども、「政策志向型訴訟」の好例であるが、司法消極主義的なわが判例の一般的動向には、根本的な反省が必要である。司法ないし裁判官の法的とともに、政策的・政治的・社会的責任から逃げないというスタンス（逆に、概念法学的な法教義学に逃避したところで、「請求棄却」という司法判断の国際政治的責任は問われることに留意が必要である）も求められている（隣国の被害者の前で、翻訳も無しに数秒で判決を言い渡して立ち去る裁判官には、国際的礼節も求められている³⁹⁾）。

(28) この点をシンポジウムで質問して下さった、楊淑文教授（国立政治大学）にお礼申し上げる。

(29) その問題は既に、例えば、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」同・前掲書（注（21）（民法理論研究六巻）（二〇一七年）二五二頁以下（初出はジュリスト一三六八号（二〇〇八年））参照。

(30) 例えば、第一に、配偶者居住権（民法二〇二八条以下）などは、新たな制度の新設であり、「本来の立法」と言えようし、第二に、遺産分割前の預貯金の払い戻し規定（民法九〇九条の二）は、金銭債権に関する近時の合有的取扱いの終着点とも言える最大決平成二八年一月一九日民集七〇巻八号二二二頁の中で示唆されていた、家事事件手続上の保全処分（二〇〇〇条三項）ではなお不十分として、提案されたもので、金銭債権相続に関わる法解釈の判例・学説の近時の変動の一環として見ることもできなくもないが、『近時の法解釈のうねりに対する制度的対応』をしたもので、マスとしてなされる相続現象への『実践的対応たる立法』として許されるであろう。それに対して第三に、對抗要件との関係で、「相続させる旨の遺言」「相続分の指定」で判例が不要としていたのを通常の「相続と登記」の判例に揃える旨の改正（民法八九九条の二）は、本文に言うトップダウン的な『法解釈論的立法』の嫌いがある。遺言相続（自由相続）的系譜として、被相続人の意思をどれだけ重視するかという要請に依じて、これまで営々と築いた判例の立場を、原理的詰めがないままに金融界の意向を受けてこうしたトップダウン式法改正をしたとこのことであり（この点は、日本私法学会におけるこの問題に関するワークショップ（二〇一九年一月六日）での、加毛明教授とのやり取りに負うところが多い。記して謝意を表する）、方法論的にはやや安易であるとの問題が残ると言えるだろう。

(31) M・ウェーバー（尾高邦雄訳）・職業としての学問（岩波文庫）（岩波書店、一九八〇年）（原書初版、一九一九年〔翻訳初版、一九三六年〕二七―三〇頁参照。

(32) 平井宜雄・法政策学（有斐閣）（初版、一九八七）九九頁以下、（二版、一九九五）七〇頁以下。

(33) 例えば、福島放射能被害への対応の仕方で、「帰還政策か転居政策か」が問われる場合、後者の場合に転居支援の居住福祉予算が高額化することが懸念されるが、他方で、帰還政策の際に、線量を低める「除染」で実際にかけられた予算額が遙かに巨額であること（自主避難者への住宅無償提供の予算は、年間八〇億九〇〇〇万円あるのに対して、除染ないし中間貯蔵施設予算は、二兆四〇〇〇億円、さらに、高台移転予算は、一兆六〇〇〇億円、防潮堤建設予算は、二兆二〇〇〇億円である）（朝日新聞二〇一六年三月一日二面）は、「効率性基準」から、何が志向されるかは、自ずと明らかかのように

に思われる（いうまでもなく、「転居政策」の真摯な検討であろう）。他方で、福島放射能訴訟で、例えば、津島訴訟などで、「*long stay*」まで原状回復を請求する」（そこまでの除染を求める）というタイプの請求の仕方にも、この「効率性基準」からは無理があると思われる。この点は、吉田邦彦・民法学と公共政策講義録（信山社、二〇一八）一九五頁注三一五参照。

(34) 吉田・前掲書（注（33））二四―二五頁。

(35) 吉田・前掲書（注（33））三五―三八頁。

(36) 吉田・前掲書（注（33））三九頁以下。

(37) 吉田・前掲書（注（33））七二頁以下、一七八頁以下。

(38) これについては、さしあたり、吉田・前掲書（注（33））九三頁以下。詳しくは、吉田・前掲書（注（14））（民法理論研究一卷）（二〇〇〇）第七章参照。

(39) この点は、吉田・前掲書（注（33））八一頁以下、とくに八四頁参照。その他、今なお続く靖国合祀訴訟の問題については、吉田邦彦「靖国合祀訴訟に関する近時の裁判例の民法的諸問題——民法解釈方法論上の問題の一事例として」（吉村古稀）現代市民社会における法の役割（日本評論社、二〇二〇年）（近刊）参照。

三 《法と公共政策》から民法（債権法）改正をみる

1 債権法改正の性格

（1）オーバーホールのな改正

概して、債権法改正は、オーバーホールの側面が強く、大体はこれまでの判例・通説の確認というところが多い（これについては、二〇一五年の講演で扱った⁽⁴⁰⁾）。例えば、①連帯債務における相対的効果原則の拡張（四四一条）、②併存的・免責的債務引き受けの新設（四七〇―四七二条の四）、③契約上の地位の移転（五三九条の二など）（さらに、これ

に関連して、賃貸借に関する六〇五条の二・六〇五条の三。そして、敷金に関する六二二条の二も設けられた）、④危険負担（五三六条）（但し、履行拒絶構成。債権者主義（旧五三四条）は排する。しかし他に債権者主義の規定は残る）、⑤賃借権に基づく妨害排除（六〇五条の四）、⑥消費貸借、使用貸借、寄託の要物性の緩和（五八七条の二、五九三条・五九三条の二、六五七条・六五七条の二）、⑦使用貸借・賃貸借終了時の規定の整備（五九九条、六二一条、六二二条）、⑧有価証券規定の一括規定（五二〇条の二・五二〇条の二〇）、また、⑨請負代金の割合的報酬請求も、判例を受けて新設された（六三四条）（それ以外にも、雇用（六二四条の二）、委任（六四八条三項）。また成果報酬約束の場合に、六四八条の二第二項）、寄託（六六五条）でもそれに揃えられた。なおこれは、請負人・労働者・受任者・受寄者の帰責事由の有無を問わない。委任に関しては、立場変更である（旧六四八条三項）こと等である。

その他、⑩瑕疵修補請求に関する規定（旧六三四条、六三五条）の削除（改正後は、六三六条）については、見解が分かれるようであるが、ここではできるだけ従来と連続的に理解したい。⁴¹すなわちこれは、注文者の請求が、どこまで認められるかという消費者保護にも関連するが、従来と延長線上に理解する立場と、過分の費用がかかるのならば、もう「履行不能」であり瑕疵修補請求は認められない（金銭による「填補請求」のみ）という立場のいずれをとるかという、立法関係者相互の意見対立である。神戸震災でかなり見られたとされる、修補請求できる事例の場合に（実際には大半解体されてしまったが）、後説だと、金銭賠償しかできないことになるので、消費者にとって保護の後退であろう。なお一部に《用語変更》（中身は同じ）があり、それは、⑪時効の中断・停止の「更新」「完成猶予」への変更（一四七・一六一條）、⑫錯誤無効を取消しとし（九五條）、⑬贈与の撤回を解除とした（五五〇條）。また、⑭債権譲渡禁止特約、相殺禁止特約を各制限特約とした（四六六条二項、四六六条の二・四六六条の六、五〇五条二項）。

さらに、従来の原理的議論の解決の例として、⑮債務不履行責任・解除における過失要件の廃棄（四一五條、五四一條・

五四二条）、⑯特定物のドグマ（原始的不能論）の廃棄（四一二条の二第二項、追完請求権・代金減額請求権の新設（五六二条、五六三条）、損害賠償・解除の債務不履行一般への吸収（四一五条、五四一条・五四二条）等もこれに加えておこう。

（2）実務上の注目点

地味な改正だが、大きな実務上の改正は、⑰法定利率の変動制化（四〇四条）であり、⑱消滅時効の短縮化（一六六条（五年、一〇年）。生命・身体侵害については、五年、二〇年（一六七条、七二四条の二））や⑲根保証制度の整備の進行（四六五条の二・四六五条の九）も挙げることができであろう。⑳十九などは、本来の立法的なものといえることができよう（社会のニーズに比べて、規定がなかったところに作ったのだから）。さらに、㉑約款（定型約款）に関する規定が創設された（五四八条の二・五四八条の四）ことは、約款論研究者にとっては、それほど目新しくはなくとも、実務上の注目点であろう（不当条項規制（五四八条の二第二項）などは、新自由主義的な制限的ニュアンスもなく、民法一条二項（九〇条）の弾力的な運用をここで試みることもでき、ある意味で注目できるであろう）^⑫。

（3）「法解釈的立法」の多さ

しかし他方で、従来解釈論として出されたものが、立法化されたという場面も多い。その際に、銀行など金融機関への妥協という側面も強い。例えば、㉒相殺と差押えに関する無制限説（五一一一条）、さらには破産法に揃えて、差押え以前の原因による債権の場合でも認めている（五一一一条二項）、㉓債権譲渡制限特約に関する債権的効力説採用（四六六条二項）、他方で、銀行取引の預金債権について、物権的効果説（四六六条の五）、さらには、㉔一部代位の場合の債

権者優先説の採用（五〇二条一項、二項）等もそうである（これは通説であろうが、判例は分かれていた）、また前記③の敷金に関する明渡し時説の採用（賃貸借終了時説の排斥）。その他、²⁴債権者代位権（四二三条～四二三条の七）、債権者取消権（四二四条～四二四条の九、四二五条～四二五条の四）にその傾向が著しく、それは次述する。

そしてこのような立法（解釈論でこそ、民主的に批判的討議を繰り返すことが求められるのに、それを一部のものが、トップダウン式に、『債権法改正』という形で、決着させてしまうこと）が、方法的に、来栖＝平井両博士らが、常々温められてきた議論の民法学にも反するということはここでも述べておきたい。

2 沖野教授担当部分にみる《法と公共政策》面にも即した特色の検討

（1）特色

沖野眞已教授は、しばらく前の二〇〇二年から破産法改正にも法務省出向としてコミットしており、同教授には手続法との摺り合せという側面への関心が強く、それへの自信も持っておられて、同教授の担当部分の《債権者代位権・取消権》《多数当事者の債権債務》《債権譲渡》などでは、その準備のための勉強量も際立っており、その分、自ずと《解的立法》的性格が濃厚となり、規定の詳細さも極めるものとなっている（これで果たして、新しい民法典が市民にアクセスしやすい平易なものになっているかという当初目的との関係はどうなるのかという問題もあろうが、分析の緻密さは、沖野民法学の特色でもあるので、この点は擱いておこう）。以下では、彼女の立法例の実例に則して、その公共政策的分析も試みることにしよう。

（2）（例その一）詐害行為取消権（前記²⁴）の規定の仕方

これについては既に論じたことだが、従来の民法学説（多数説）⁽⁴⁴⁾を覆して、破産法の否認権に揃える形で、『詐害行為の範囲』を狭めている（四二四条の二）。その背後にある制度改正趣旨は、破産法以上に詐害行為取消権の範囲が広がりすぎている『逆転現象』を是正するということにあるようである。⁽⁴⁵⁾しかし同教授が支持されるのは、民法学界では、あくまでも少数説（鳩山説）だった。

そして取消債権者の直接の金員・動産の引渡権を含めて、かなり強力の権能を認めて、いわゆる『遅い者勝ち』の効果は、一見直感に反する（counter-intuitive）強大すぎるものであるが、従来の民法学者はこれを正面から認めて、私的整理（内整理）の局面での話し合いを促す、その意味での平等主義を実現するために使われているとの分析がかねてなされており（星野博士）、⁽⁴⁶⁾これをアメリカ法学的には、懲罰的補充規定（penalty defaults）的に捉えることができる。⁽⁴⁷⁾ファイナンスの法と経済学からも、沖野教授は、このような詐害行為についての制限解釈を法政策的に論じているようだが、同じ経済分析で従来の民法学説を支持する見解も出されている。⁽⁴⁸⁾しかしこの点は最早深入りしない。⁽⁴⁹⁾ともかく、沖野教授の規定の作りは、微細を極めるが、このような法政策的検討がやや希薄であるように思われる。

（同教授が、主観的に意識しているのかどうかは別として、彼女の勉強量を背景としての彼女の詐害行為取消権に関する法解釈論の実定化という「法解釈論的立法」には、トップダウンの権威主義的性格ができてしまうことは、既に詳論した（注（44）の箇所）ので、ここではもう立ち入らない。）

（3）（例その二）個人根保証契約の場合（四六五条の二、四六五条の一〇）（前記^⑬）

ここでも膨大な規定が設けられているが、平成一六年（二〇〇四年）改正の延長線上とは言え、極度額、元本確定、公証人による保証意思の公正証書作成、情報提供義務等というきめ細かい制度の作りであるが、その制度趣旨というか、

背後の政策は、根保証契約を結ぶ保証人の保護にあるが、同時に他方で、中小企業の融資の必要性の要請があり、あまりに個人保証に強い保護をかけると、中小企業の融資が得られないという二律背反が控えていることに留意しなければならない。⁽⁵⁰⁾

バブル崩壊後の多額な債務で社会問題化した中小企業の代表取締役などの個人保証（それは青天井だから、何億もの債務でも個人保証債務としてかかってくる）には何ら手が付けられていない（四六五条の九参照）という中途半端さは、保護法制の物々しさとともに対蹠的に同居していることについて、どれだけ法政策的議論がなされたのかという疑問を付しておきたい（もう少し個人的な経験から補足すると、私の実家は中小企業であり、もう物故者となった父や兄が会社の個人保証をしていた。バブルが崩壊し、数億もの借金を抱えて傍でみている、苛酷であった。さりとて、倒産すれば良いのにも思っても、会社に傷がつくと言うことでそれは選択肢ではなかった。今回の民法改正は、一見大仕掛けだが、こうした肝心要の個人保証救済には全く手つかずであり、中小企業金融の現実はそう甘くはないということである）。

（4）（例その三）譲渡制限債権譲渡の整備（前記22）

債権譲渡禁止特約（制限特約）を巡る債権譲渡法制についても、極めて緻密な法制が構築されていることにも、驚嘆させられる。債権譲渡制限特約を付ける銀行の要請にも留意しつつ（これは、譲渡禁止特約論の効力制限を展開した米倉教授⁽⁵¹⁾とは異なる金融界に配慮する価値判断である。しかし米倉教授が異論を出された政策論であるから、銀行にすり寄る政策論を当然の如く出す前に、そうした金融政策論の是非をもっと議論すべきであろう）、そのような債権の譲渡を活用した資金調達の一環に要請に応ずるとの政策論が展開されている。⁽⁵²⁾

債務者にも配慮するから、その期待を保護する供託権を認め（四六六条の二第一項）（それは債権者不確知一般の供託権（四九四条）よりも要件を緩和している）、さらに譲受人からの供託請求も認めており（四六六条の三）、これは相当地に周到な譲受人保護のための制度仕掛けで、見事に両者を双方向的に保護する絶妙な制度が現出していると言えよう。緻密な利益考量の成果と言うことができるだろう。しかし逆に制度がかなり複雑になっており、こういう制度の市民のアクセス可能性という問題は残されるように思われる。

3 最後に——消滅時効問題という公共政策問題

最後に、大きな公共政策問題として、消滅時効に関する債権法改正（前記⁽⁵³⁾）をみておこう。消滅時効は大きな実践的課題であり、政策的問題でもある。本来は、『政策的論点については、債権法改正は立ち入らない』というのが、この動きに火を付けられた内田貴教授の立場であったが、結局消滅時効の改正は、債権法改正に入れられてしまった。しかも市民の側からの動きではなく、国際的なグローバルスタンダードという流れとの関係でその短縮化が図られた。債権法改正でも異論含みのままに、権利保護のあり方に関する法政策問題も入れられてしまったのである。⁽⁵⁶⁾

すなわち、時効の存在理由は、今でも收拾がついていないように、それは「効率性基準」（取引安定）と「正義性基準」（権利保護・矯正的正義の問題）との法政策基準の闘ぎ合いという形で捉えることができる。それは例えば、安全配慮義務法理の実務が形成されてくる一九七〇年代半ばにその発条は、「短期消滅時効（旧七二四条）の克服（旧一六七条）」というところにあつたことから知られよう。しかも、いわゆる強制連行・労働問題（近時は巷間徴用工問題といわれる）が、そこには制限的意味合いがある⁽⁵⁵⁾ので、ここでは用いない。韓国などでは強制動員といわれる）などの戦後補償の領域では、国家無答責の議論の克服のために、同法理は使われたりする。国際人権法の領域では、こうした基本的蹂躪を

含む補償問題では、消滅時効は不適用とされる（ナチ時効不適用条約など）のも、こうした人権問題への時効適用の政策的考慮から来ているわけである。

この点で、債権法改正はどう捉えられるか。主観基準から五年、客観基準から二〇年という短縮された消滅時効（一六七条、七二四条・七二四条の二）がそのまま適用され、しかも多くは、主観基準（権利行使ができることを知ったときから五年）が適用されるとなると、深刻である（補償請求を斥けようとする日本政府などは、必ず主張することであろう）。しかし他方で、新法では、「消滅時効」とされ、「除斥期間」論は、排斥されたので、この点は被害者側に有利に作用する。時効には援用が必要との従来の立場は維持されているので（一四五条）、隣国の司法実務が展開する、「時効の援用は信義則違反」などの論理はとりやすくなる。どのように展開していくかは、固唾を吞んで見守りたい。

（付記）

シンポジウム終了後、台湾法務部（日本の法務省に対応する）での債権法改正委員会（「民法債編研究修正小組」）の審議状況を傍聴する機会を得た（二〇一九年九月一二日第四七回会議）。座長の詹森林司法院大法官（台湾大学名誉教授）、法務部法律事務司の司長鍾瑞蘭氏、副司長邱銘堂氏、科長林裕嘉氏のご配慮にお礼申し上げる。

恰度当日のテーマは、債務不履行における填補賠償、とくに代償請求であった（これについては、日本の債権法改正では、四一五条二項に規定されるに至っている）。日本の場合には、本稿に述べたように、「債権法改正」とは言っても、基本的に裁判例の蓄積を前提として、それを基に実定化がなされていて、網羅的でも無い（規定の書きぶりも限定的である）。しかし台湾での改正審議では、（事例が未だ充分ではないということ）ドイツ民法など比較法的知見を駆使して、実例が無くとも、かなり網羅的に議論されていることに直面して驚かされた（当日問題になっていたことの中には、

例えば、「債務者が一部履行しないときに、代償請求はできるか」というような論点もあった。いわば、日本での一二〇年前の「法典調査会」での議論を想起した。

既に拙文でも触れたが、台湾民法の場合には、ドイツ民法直結なところがあり、本家本元がヨーロッパ法統一で変貌しているときに、どう対処したら良いのかという、日本民法とは別事情もあり、改正談義の背景も日台では同一では無い。しかし同国も、日本と同様に長年の実務の積み上げがあり、こうしたレビュータイプの立法の場合には、立法の効率性（研究者の資源の有限性の認識）ないし、本稿にも指摘した「解釈論的立法」の危うさに鑑みると、現実的要請に応ずる形で、ある程度禁欲的な改正が求められるようにも思われる。

(40) そのときの講演は、政治大学法学院民法学中心ほか主編・民事法制的新典範（元照、二〇一六）五七三頁以下に収録されている。

(41) とくに旧六三四条について、潮見佳男教授は、これらの規定は、追完請求権の限界（四一二条の二第一項）の解釈規定として残るとする（潮見佳男・民法（債権関係）改正の概要（金融財政事情研究会、二〇一七）三一四頁）のに対し、法務省役人（筒井健夫氏ら）は逆に、六三四条但書きの反対解釈として、従来認めていた『瑕疵が重要な場合には、修補に過分の費用がかかっても瑕疵修補が認められる』という立場を否定し、重大な瑕疵でも過分の費用がかかる場合には四一二条の二第一項における『履行不能』だとして、追完請求（修補請求）は最早認められないとして、『規範変更』を説いている（筒井健夫ほか・一問一答民法（債権関係）改正（商事法務、二〇一八）三四〇―三四一頁参照）（立法資料を見ると、この対立は既に法制審議会の民法部会審議時からあることがわかり、例えば、第一六回部会第一読会（一四）（二〇一〇年一〇月一九日開催）議事録五七頁、六〇頁では、山本敬三幹事が後説であるのに対して、深山卓也幹事（現最高裁判事）は、前説（六三四条と連想的に考えて、規範変更を認めない立場）である。また第八一回部会第三読会（八）（二〇一三年二月一日開催）議事録四〇―四二頁では、中井康之委員（弁護士）は、瑕疵が重要であろうがなからうが、過分の費用が

かかるか否かで、履行請求権の限界を決める見解（上記後説）に同調し（筒井幹事はこれに共鳴する）、それに対し、山本敬三幹事もそれに沿いつつ「不能」と直ちに言えるかと躊躇する。

その規範変更の根拠は明らかではなく、またそれを深めているように思われない（「そして最終的な詰めもないままに」「見切り発車」してしまったように思われる）けれども、法政策的には、以下のことが指摘できよう。すなわちその根拠が、契約法上の損害軽減義務という「国際標準」だとすると、事業者間取引（B2B）ならばそういうことが言えても、注文者が消費者の立場の場合には、その保護を政策的に後退させる議論であり、またそうした国際標準もそのままでは妥当させにくく、そうした政策変更を伴う「解釈論的立法」（次述）には慎重であるべきだろう。その意味で、本稿では、従来の法状況と連続的に説く前者を支持したい。なお、六三五条削除による「土地工作物」に関する解除を認めてもおかしくないという点では、消費者保護上もさほど問題はなく、見解の対立はないようである。細かな論点のようだが、請負契約の消費者保護政策的には問題になりうるので、いささか立ち入って検討してみた。（なお、脱稿後に接した、森田修「請負関連規定に関する民法改正経緯」法学協会雑誌一三六卷一〇号（二〇一九年）二三五七―二三五八頁が、この点をあまり論じていないのは、不思議である。」

- (42) 筒井ほか・前掲書（注（41））二五二頁では、免責条項、抱き合わせ販売条項などをこれで、チェックできるとし、さらに部分的な無効もあり得るとする。なお、その規定よりは、消費者契約法一〇条と類似しており、不当条項規制は、民法九〇条ではなく同一一条二項によるとされる。これはかつて加藤一郎博士などが、民法九〇条違反を説いて、積極的な規制を説いておられた（加藤一郎「免責条項について」同編・民法学の歴史と課題（東大出版会、一九八二）のと、様相が異なるが、これは、消費者契約法ができて民法九〇条の公序良俗違反の概念が縮んだ等という見解（私はこうした見方に反対である）などを意識したものなのだろうか。

- (43) その分担については、例えば、内田貴・債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要（商事法務、二〇〇九）三八―三九頁参照。また沖野教授の勉強量が卓越していることは、例えば、大村敦志ほか・講義債権法改正（商事法務、二〇一七）の彼女の執筆部分（六―八章）をみても、他の執筆者との相違は際立ち、歴然としている。

- (44) 吉田・前掲書（注（33））一三六頁以下。

- (45) 大村ほか・前掲書（注（43））一二三―一二四頁、一二九―一三五頁（沖野執筆）。

- (46) 星野英一・民法概論Ⅲ（債権総論）一一五頁。
- (47) これについては、吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義（上）」法律時報七一卷四号（一九九九）。さらに罰則の補充規定については、同「契約の解釈・補充と任意規定の意義」民法典の百年Ⅰ（有斐閣、一九九八）参照。[ともに、同・契約法・医事法の関係の展開（民法理論研究二卷）（有斐閣、二〇〇三）に所収。]
- (48) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討（七・完）」北大法学論集六一卷三号（二〇一〇）「二七三」頁以下。吉田邦彦・債権総論（契約法Ⅰ）講義録（信山社、二〇一二）二二八―二二九頁も参照。
- (49) なお、この点で、台湾民法においては、詐害行為取消権（撤銷訴権）の規定（二四四条）に関する裁判例はあるのだが、その立場は、第一に、「詐害行為」の範囲は、日本の従来の見解よりも狭く（無償行為、有害な有償行為などに限る）、第二に、取消権者の優先的効力が認められないという点で、日本法とは決定的に異なる。そのために、その私的整理における意義も異なり、倒産処理との関係で大きな本制度特殊の効果は無いようである（陳洗岳教授のご示唆による）。そのために同国では、「早い者勝ち」（債権回収）がヨリ前面に出ることである。そうだとすると、同規定の改正が今後あるとしたら、その方向性も異なりうる。
- (50) 例えば、筒井ほか・前掲書（注（41））一四〇頁など参照。
- (51) 米倉明・債権譲渡——禁止特約の第三者効（学陽書房、一九七六）六二頁以下、八六頁以下（初出、北大法学論集三二卷三号、二三卷一号、三号（一九七一―七三））。
- (52) 筒井ほか・前掲書（注（41））一六四―一六五頁参照。大村ほか・前掲書（注（43））二二二頁（沖野執筆）も参照。
- (53) それゆえに、吉田・前掲書（注（33））三章五節（八一頁以下）でこの問題を扱っている。
- (54) 二〇〇八年一〇月における札幌での講演。これについては、吉田邦彦・前掲書（注（21））（民法理論研究六卷）（信山社、二〇一七）二五四頁参照（初出は、ジュリスト一三六八号（二〇〇八））。
- (55) 吉田・前掲書（注（54））二七六―二七七頁参照（初出は、判例時報二二七〇号（二〇一五））。
- (56) 戦時中の強制労働者（奴隷労働者）の徴集の仕方として、（一）募集方式（一九三九年一月以降）、（二）官斡旋方式（一九四二年以降）、（三）徴用方式（一九四四年九月以降）という三段階の形で、時代とともに進められたが、安倍政権などの「歴史修正主義」の立場に立つと、前二者（一）（二）は「自由契約」の如く扱い、そこには強制性はなく、強制連行

とするのは不正確だとして、その対象を絞り込もうとする方向性がある。

(57) 吉田邦彦「日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況」同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）（民法理論研究五卷）（信山社、二〇一五）第三章、とくに八二―八三頁参照（本章は、台湾大学での講演に基づくものである。当時の司会は、詹教授）。

*本稿は、台湾・国立政治大学で、二〇一九年九月一日―二日に開催された同大学法学院大学院重点化シンポジウムでの基調講演である。通訳その他万般にわたりお世話になった陳洸岳教授、コメントをして下さった蘇永欽講座教授をはじめ、全ての関係者にお礼申し上げる。