

## カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義

東北大学大学院法学研究科准教授 得津 晶<sup>1</sup>

カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義

1. 公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義はあるのか
  - (1) 民法で一番大事なことは何か？
  - (2) 「公共政策」とは何か？
  - (3) 法的思考様式と政策型思考様式
2. インフラとしての「民法」：民法がなぜあるのか
  - (1) 契約
  - (2) 不法行為
  - (3) 所有権
3. ベースラインとしての「民法」：政策の前提としての民法
  - (1) 環境法—不法行為法の厳格責任化
  - (2) 消費者契約法—消費者保護のための契約法の特別法
  - (3) 金融商品取引法—証券市場における投資家保護
4. 「政策」論を取り込む「民法」：民法の「中」の政策論
  - (1) 消費者法から民法へ
  - (2) 金商法から民法へ
  - (3) 民法というインテグリティ
  - (4) 補論：「判民型」の判例評釈
5. 2017年民法（債権法）改正の中の「政策」
  - (1) 債務不履行責任（415条）
  - (2) 個人保証人保護
  - (3) 消滅時効の短期化
6. 結語

---

<sup>1</sup> 東北大学准教授。本稿は、東北大学公共政策大学院の新入生を対象とするオムニバス講義「公共政策基礎理論」（2014年度）のうち筆者が担当した「民法・消費者法」90分×2回分の授業内容を下敷きとしている。このような短時間で法学部の講義のように「民法」の全体を説明することはできない。そこで、この講義では、「民法」のうち、公共政策大学院の学生にとって大事となるところだけを説明したい。

## 1. 公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義はあるのか

### (1) 民法で一番大事なことは何か？

日本における公共政策大学院は法学部・法学研究科と関係を有しているところが多い。そのため、公共政策大学院は文系・理系・社会人を問わずに広く門戸を開放しているにもかかわらず、学生に占める法学部出身者の割合は高いものと推察される<sup>2</sup>。しかしながら、そのような法学部出身者の多くは、法学部砂漠<sup>3</sup>と揶揄される大人数教室での一方通行型の講義ベースの授業に埋もれ、「法律学はつまらない」と考えて公共政策大学院を進路に選んだのではないかと推察される。さらに法学部以外の学部出身者や社会人学生もいる。

そこで、本稿は、公共政策大学院に進学した学生を念頭に、法学部の法律専門科目の中で学習上、最も重要な科目である「民法」ないし「私法」を素材に、公共政策大学院において、法学部砂漠の象徴でもあったこのような法律基本科目を学ぶ意味を紹介したい。時間・紙幅の関係で、本稿では、民法の中でも最も重要なところのみを取り出す。それでは、

「民法において一番大事なことは何か。」

このような問いに接した場合、法学部卒業生であれば、私的自治の原則や過失責任主義といった一般性のある大原則を挙げるかもしれない。あるいは、契約や不法行為といった民法の基本となる制度を挙げるかもしれない。しかし、公共政策大学院における学習対象として考えた場合に、このような法学入門的な大原則や制度の名前を知っていることに意味はない。公共政策大学院では、法科大学院と異なり、その後、大原則や制度の中にある細かい解釈論を学ぶわけではないか

---

<sup>2</sup> 東北大学公共政策大学院は初年度（2004 年度）入学者のうち法学部出身者が 6 割程度を占めていた（東北大学公共政策大学院ウェブサイト「2005 年度入試説明会での主な質疑応答」available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/admission/2004/qa2005.html>）。

<sup>3</sup> 近時、東京大学法学部を念頭に、法学部砂漠と揶揄された法学部の大教室での一方通行型の授業スタイルによる学生からの問題点の指摘および日本社会におけるプレゼンスの低下の危機等を指摘した特集として、「東大法学部は『砂漠』だ」AERA30 巻 13 号（2017 年 3 月 27 日号）10 頁以下がある。

らである。公共政策大学院の学生にとっては、自らが研究対象として選んだ素材・研究対象に民法がどのように絡んでくるのかが大事なのであって、当該具体的な場面を超えた民法全体・民法学全体の体系そのものに関心があるわけではない。

このように考えると、公共政策大学院の学生にとっては、各自の研究対象・領域で民法・民法学・法律家の言説・議論をどのように受け止めればいいのかが大変ということになる。つまり、公共政策大学院における民法で一番大事なことは、「民法『学』が何をやっているのか」を認識することであり、民法解釈論とはどのような作業なのかを認識することである。具体的な場面でどのような議論をしているのかという民法のテクニカルな部分こそが大事であり、「真理は細部に宿る<sup>4)</sup>」なのである。

そのため、本稿は、巷にある「法学入門」的に民法の内容を概観するわけではない。そのような内容は、「法学及び政治学の学習経験のない者にとって、・・・、内容の理解が難しいという意見がある一方で、学習経験のある者にとっては内容が易しすぎる」<sup>5)</sup>だけになってしまうからである。

非法学部出身者など初学者にとっては、法律も文章である以上、民法という法律の条文を読めばその内容を理解できるのではないかと思う向きもあるかもしれない。しかし、そのような試みは、法学部出身者は百も承知であるように誤解に基づくものである。

まず民法とはどのような法律なのか。「六法」とよばれる条文集やあるいはインターネット上の法令データベース等で「民法」の条文を眺めてみよう。そこには、目次があり、第一編の総則以下、編レベルでは、総則、物権、債権、親族、相続といった順番に並んでいる。日本の民法は、「パンデクテン方式」とされ、複数の

---

<sup>4)</sup> 江頭憲治郎「はしがき」『会社法の基本問題』(有斐閣・2011) i 頁より。

<sup>5)</sup> 2012 年度東北大学大学院法学研究科公共法政策専攻に対する認証評価結果 7 頁 (available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/hyoka/20130401/h24ninshohyouka.pdf>)。本稿の基となった講義は、同認証評価結果の指摘する問題点に対応するために計画されたものである。しかしながら、その後、東北大学公共政策大学院における「公共政策基礎理論」から筆者の担当した民法のような法律科目は廃止され、より公共政策に適した政治学や経済学の入門内容を展開するようになった。これも、また 2012 年度認証評価結果を受けての教育内容の改善であった。だが、2018 年度東北大学大学院法学研究科公共法政策専攻に対する認証評価結果 7 頁 (available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/hyoka/20180401/h29ninshohyouka.pdf>) は、再度、「公共政策基礎理論」の授業内容に法学の基礎を取り込むべく勧告している。本稿の公表が、かかる勧告に対する応答の一助となれば幸いである。

事項に共通するルールは「総則」として前にくくりだす方式を採用している。このため、初学者が条文を前から読んでいっても理解ができないようになっている<sup>6</sup>。

条文を読んでもわかりにくい理由は主に2つある。まず第1に、共通するルールだけ総則として前に出てくるわけであるが、この総則のルールが適用される具体的な場面がどのような状況なのかは、後から出てくる各則に書かれているため、具体的な紛争をイメージしにくいという点が挙げられる。

第2に、「総則」として共通するルールをくくりだすという建前で設計されているが、実際には、総則のルールは、必ずしもすべてに共通するルールとはなっていないという点が挙げられる。総則のルールも実は特定の場面を念頭に作られていることも多い。例えば、「法律行為」という一方的法律行為である遺言と、双方向的法律行為である契約とに共通するルールが民法90-137条に設けてある。しかし、実際に、これらのルールが全面的に適用されるのは契約のみだと理解されている。結局のところ、上手に「総則」を作ることができていないのである。

このように、民法は、条文を前から読んでいっても、理解できるものではない。その内容の詳細を理解するには教科書・概説書等を読む必要がある。初学者が民法の条文を頭から読むというのは断念したほうが良い<sup>7</sup>。そして、教科書・概説書には条文を読んだだけではわからない民法の理解や実践が書いてある。たとえば、条文だけからはわからない「体系」について論じていたり、条文に書いていない概念の定義について説明していたり、条文のテキストのみでは一義的に内容の定まらない点の意味を特定すべく解釈を行ったりしているのである。これこそが、「細部」に喩えた、民法（学）が実際に行っていることである。本稿は、このような民法が実際に行っていることとはどういうことなのかを1つ上に俯瞰したメタの視点として「公共政策」（公共政策大学院での学習）の観点から学ぶことを考えてみたい。

## (2) 「公共政策」とは何か？

それでは、公共政策として民法を学ぶとはどのようなことであるのか。この問

---

<sup>6</sup> 以下の記述は内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論〔第4版〕』（東京大学出版会・2008）22-24頁。

<sup>7</sup> ただし、民法の専門教育においても条文の重要性にかんがみ、まずは条文から読むべきであることを指摘するものもある。星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会・1971）3頁。

題を論じるには、まず、公共政策大学院が何を学ぶ場所であるのかを明らかにする必要がある。学問的には「公共政策」（あるいは公共政策学）とは何をすべき学問であるのかという問題と言い換えることができる。このような優れて理論的な問題は、門外漢である本稿筆者が正しく理解するところではない。だが、海外の著名な公共政策大学院のウェブサイトを開覧すると以下のような記述があった。

「すべての世代はそれぞれの時代の困難と向き合う機会と責任がある。我々の世代が今日向き合っている最大の諸問題（核拡散から地球温暖化、貧困の拡大まで）は複雑であり、相互に絡まり合っており、喫緊の課題である。公共政策大学院では、これらの問題の解決のために何ができるのかを問う。」

「複数の研究分野や手法をまたがって、公共政策大学院の学生は入り組んだ諸問題を解決するために必要なスキルを身に着ける。学生は、公共サービスと政策が人々、市場、制度に与える影響について、深く、そして、広く考えるようになる。学生は、学問的な厳密さと現実社会における重要性との結びつきを学ぶ。そして、社会により良い変革をもたらす準備を整えて、旅立っていくのである。」<sup>8</sup>

このような記述からは<sup>9</sup>、「公共政策」あるいは公共政策論がなすべきアカデミックゴールは、特定の領域・分野（たとえば環境、労働）において問題（社会的

---

<sup>8</sup> Harvard Kennedy School の website (<http://www.hks.harvard.edu/about/why-hks>; 2019 年 12 月現在閲覧不可) より。

<sup>9</sup> ほかに、たとえば東京大学公共政策大学院ウェブサイト「公共政策大学院の概要：設置の趣旨」(<http://www.pp.u-tokyo.ac.jp/overview/index.htm>) は、「時代が直面する課題を適切に認識し、それに対する対応策を構築、評価するとともに、それを国民に伝達し、合意を形成することのできる高度の能力」の醸成を一般的な目的として挙げている。東北大学公共政策大学院ウェブサイト (<http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/welcome/>) は、「時代の推移とともに変わりゆく国際・国内社会の問題・課題をどのように解決していくべきなのか。公共政策大学院の最も重要な特徴は、問題・課題の中身を検証することに留まらず、それらに対する解決策を提示することに研究と教育の主眼を置いている点にあります」と述べ、「京都大学大学院公共政策教育部における教育の目的について」(<https://www.sg.kyoto-u.ac.jp/sg/introduction/philosophy/>) は、「わが国のみならず世界的な規模で国家や公共団体その他の公共部門を大きく揺るがせている近年の激しい社会的変動を前にして、それらの公共部門が直面している諸課題に適切に対応しうる的確な判断力と柔軟な思考力をそなえた、また、公共的な役割をになう強い倫理感をもった高度専門職業人を養成することを目的とする」とする（いずれも 2019 年 12 月 8 日閲覧）。

これらの記述は本文で紹介した Harvard Kennedy School の目指すところと共通すると考えられる。

な課題)を発見し、解決する能力を養う点にあると考えられる<sup>10</sup>。

### (3) 法的思考様式と政策型思考様式

このように、公共政策大学院の学習を、社会の課題に対する解決手段を見つけることと捉えたと、いわゆる民法(学)が従来行ってきたこととは折り合いが悪いことがわかる。

民法では、1) 法的思考様式と 2) 政策型思考様式(目的手段型思考様式)とがあるとされてきた<sup>11</sup>。1) 法的思考様式というのは、抽象的な概念の分類とその形式的な論理のみに終始し、現実の事案の解決の妥当性について勘案しない「概念法学」に代表される立場である。そのほか、法律によって提示される行為規範(命題)については、社会にどのような影響があるのかという点を根拠として問うことなく、当該行為規範の道徳的性格のみをもって従うべきとする「義務論」<sup>12</sup>という立場も法的思考様式の一つである。HLA Hart の著名な法の内的視点と外的視点の比較の議論<sup>13</sup>に基づけば、「内的視点」が法的思考様式に該当する。このような立場は「法」に従うべき理由を「法であるから」以上の理由を提示しない「トートロジー」<sup>14</sup>としての性格を正面から認めることになる。そして、このような立場からすれば、法律論とは、法規範を大前提とし、具体的事実を小前提として、法規範を具体的事実に応用するという形式的論理操作のみで結論が導かれると

---

<sup>10</sup> このような記述は、法を目的のための達成手段と捉えていく中里実の公共政策法構想とも軌を一にすると考えられる。中里実「国家目的実現のための手法—公的介入の諸形態に関する覚書」南博方編集代表(市原昌三郎先生古稀記念論集)『行政紛争処理の法理と課題』(法学書院・1993)47頁以下、中里実「公共政策」岩村正彦ほか編『現代の法4』(岩波書店・1998)277頁以下参照。

<sup>11</sup> 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』(一粒社・1980)170頁以下、平井宜雄『法政策学〔第2版〕』(有斐閣・1995)18頁。

<sup>12</sup> 後述する功利主義あるいは帰結主義と対比する立場として義務論を紹介するものとして児玉聡『功利と直感』(勁草書房・2010)127—133頁。

<sup>13</sup> HLA HART, THE CONCEPT OF LAW 3RD ED. 88-89 (2012, Oxford University Press); H.L.A. ハート(長谷部恭男訳)『法の概念〔第3版〕』(筑摩書房・2014)152頁。

<sup>14</sup> 法律学のトートロジーとしての性格について尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)?」新世代法政策学研究3号(2009)191頁以下、200—201頁。

いう「法的三段論法」<sup>15</sup>によることとなる。

これに対して、2) 政策型思考様式とは、法規範を社会における特定の目的達成の手段として捉える「目的手段型思考」とされる。法を、社会をよりよくするための「道具」と捉える「法道具主義」も政策型思考様式の1つである。法が達成すべき社会の目的を功利性に求めれば、「功利主義」と呼ばれ、これも政策型思考様式の1ヴァリエーションといえる。法規範を適用した結果のうち社会において何れが望ましいのかをもとに法適用の結果を考える「利益衡量論」(利益考量論<sup>16</sup>とも)も、政策型思考様式の一例といえる<sup>17</sup>。経済学のモデルを用いて、より効率的な(あるいはより望ましい・合理的な)結論となるようなルールを採用すべきことを示唆する「法と経済学」も、経済学の手法を利用した政策型思考様式の一例である。そして、これらの立場は、帰結を基準に法適用を考えることから「帰結主義」とも整理することが可能である。また、法の外の論理から法を観察するという意味で、Hartの議論による「法の外的視点」も政策型思考様式と同列に論じることができる。

そして、民法・私法において、1) 法的思考様式と2) 政策型思考様式の双方が必要であるとされつつも、その名称が示す通り、より重要なのは、1) 法的思考様式とされている。これに対して、先ほど紹介した「公共政策」とは、社会における特定の課題をいかに解決していくのかという目的手段型思考であり、まさに2) 政策型思考様式である。

そして、1) 法的思考様式が法律学固有のものであるならば、同思考様式は、2) 政策型思考様式ともいうべき公共政策あるいは政策論にはなじまないのではないかという問題が生じる。

本稿は、このように公共政策・政策論の対象とするには「異質」な性質を含む「民法」をどのように分析すれば、公共政策・政策論の対象にすることが可能となるのかを論じるものである。本稿は、公共政策・政策論を論じるにあたって、民法を以下の3つのレベルに分けることで、法的思考様式を有する民法を公共政策・政策論の対象として論じることが可能となると考えている。民法の3つのレベルとは、①インフラとしての「民法」、②ベースラインとしての「民法」、③「民法」の中に政策論が組み込まれる場合の3つである。①インフラとしての「民法」

---

<sup>15</sup> 高橋文彦「『民事裁判における『暗黙知』—『法的三段論法』再考—」について」日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」(法哲学年報2013年)』(有斐閣・2014)3頁。

<sup>16</sup> 星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第1巻』(有斐閣・1970)11頁。

<sup>17</sup> 利益考量論と政策型思考の典型例とされる法と経済学とが連続的であることについて小粥太郎『民法学の行方』(商事法務・2008)186頁参照。

とは、民法がなぜあるのかを論じるものである。これは、民法の存在そのものを政策論の対象とするものである。だが、現実の政策のうち民法を改正しようということは必ずしも多くはない。むしろ特定の政策のために民法の定めるルールとは異なるルールや措置を行うことこそが公共政策・政策論の対象となっている。すなわち、公共政策・政策論を論じる前提として、②「民法」がベースラインとなっている。

これだけでも、同じ「民法」が公共政策・政策論では民法にはそれ自体が政策である場面と、民法のルールが中立の状態であって「基準」となる場面との2つの異なった使われ方をしていることがわかる。だが、事態はより複雑である。特定の政策のための「ベースライン」に過ぎなかったはずの民法が、今度は、③その特定の政策を民法の中に取り込むのである。この3つ目の顔があることで、基準であったはずの民法がまた①政策となり、そして、また②新たな基準となる、という複雑な様相を示す。

このように、民法には3つの異なるフェーズがあり、これらを区分することで、民法（学）の実践を、政策論の対象として分析することが可能となる。公共政策は、おもに②ベースラインとしての「民法」を前提に特別なルールを目的の達成手段として合理的か否か（あるいは場合によっては①民法がなぜあるのか）を、政策型思考様式・目的手段型思考様式で分析するのに対し、民法（学）においては、③政策論を取り込んだ民法の内容を明らかにすることに主眼が置かれている。そもそも議論のフェーズが異なるということが認識できるようになる。

かかる3つのフェーズの一般的枠組みを提示した後、本稿では、近時、日本の民法において大きな話題となった2017年民法（債権法）改正を素材に、どのようなレベルで政策論がなされていたのかを具体例として示す。

## 2. インフラとしての「民法」：民法がなぜあるのか

公共政策・政策論として民法を語る1つのフェーズは、なぜ「民法」があるのかという問題を論じる点にある。ここでは、1つの法律・法典としての「民法典」の存在意義ではなく<sup>18</sup>、民法上の諸制度があるのはなぜなのかを機能主義的に説明するという形で、公共政策・政策論の中で民法を取り扱うことが可能となる。そして、このような議論は、「法と経済学」において広く行われているところであ

---

<sup>18</sup> この問題を論じるものとして、大村敦志「民法と民法典を考える」同『法典・教育・民法学』（有斐閣・1999）1－120頁、金山直樹『法典という近代』（勁草書房・2011）など。



る。

検討対象となるのは、「私法の一般法」として民法をひとまとめで考えるのではなく、民法の中の諸制度それぞれについて、なぜ存在するのかを機能主義的に説明することになる<sup>19</sup>。民法の中にある諸制度をどのように整理・分類するのかは、民法をどのような体系で理解するのか、どのように整理するのか次第であって、論理必然的・一義的に定まるものではない。

民法の条文の分け方によれば、総則、物権、担保物権、債権総論、債権各論として契約・不法行為・事務管理・不当利得、親族、相続といった制度に分けられている。多くの大学では民法の条文の編別に従って授業も構成されているが、一部の大学では異なった構成で授業が展開されている。たとえば、I. 総則と（担保物権を除く）物権を財産法の2つの基本関係である契約関係と所有権関係の骨格部分としてひとまとめにし、II. 債権の発生原因として債権各論（契約、不法行為、事務管理、不当利得）、III. 債権をどうやって確実に回収するかという債権回収・保全のための手段として債権総論と担保物権、そして IV. 親族・相続の四部に整理・分類する大学もある<sup>20</sup>。

法と経済学による分析においては、救済方法（remedies）に着目して分類されることも多い。I. 金銭支払で解決する場合（いわゆる損害賠償請求権〔不法行為・契約違反〔債務不履行〕〕、事務管理、不当利得など）と II. 物の引渡で解決する場合（現物の引渡し〔契約の強制履行（金銭支払を除く）や所有権に基づく引渡請求など〕や差止〔所有権・人格権（論者によっては不法行為の成立で差止を認める見解も存在）〕とで区分することが多い<sup>21</sup>。前者（I.）は、義務者（債務者）が倒産・破産した場合（支払不能の場合）に権利者（債権者）は、義務者の残り財産から回収することになるが、他の権利者と平等・按分ということになる。これに対して、後者（II.）のケースでは、義務者が倒産・破産状態にあっても、他の権利者とは別に、自らの権利行使できることがありうる（倒産隔離と呼ばれる）

---

<sup>19</sup> 代表的な例として、スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞社・2010; STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004)。本稿の以下の記述は、同文献による。

<sup>20</sup> 内田貴による民法 I～IV（東京大学出版会・1994～）の分類。大村敦志の基本民法シリーズ（I～III、有斐閣・2001～2007）もかつてはこのような分類に従っていた（現在は、条文の編別に細分化した新基本民法シリーズ〔1～8、有斐閣・2015～〕が刊行されている）。東京大学法学部の民法第一部～四部の分類に従ったものである。

<sup>21</sup> この I, II に従った分類に基づいて分析を加える代表的な例として liability rule と property rule の分類がある。Lucian A. Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 100 Mich. L. Rev. 601-639, 2001.

などといった違いがある。

上記の倒産隔離に注目する場合、さらに、III. 債権保全手段（抵当権などの担保物権、詐害行為取消権など）は、I.、II. とは異なる別の救済方法として位置付けられることになる。

ほかにも、時効（取得時効、消滅時効）、家族、相続など、様々な制度が、その存在意義・機能について、分析対象となる。本章では、その代表的な例である契約、不法行為、所有権について簡単なスケッチを紹介したい。

## （1）契約

契約は、民法では 521 条以下に規定がある。だが、契約という制度の中身は民法 521 条以下だけではない。たとえば、債権総論と呼ばれている民法 399 条以下の規律の多くは契約に関係する条文である。債権には、契約のほかに、不法行為、事務管理、不当利得という 3 つの制度がある。しかし、債権総論の規定が以上の 4 つの制度をまんべんなく想定しているかということそうとは限らない。もっとも典型例とされているのは民法 415 条の債務不履行損害賠償の条文である。実際に条文の中にも、「債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは」損害賠償責任は発生しないと書かれており、契約や取引の場面が念頭に置かれていることが表れている。さらに民法 90 条以下の法律行為の条文も契約を念頭に置いていることはすでに紹介したとおりである。90 条以下の条文の具体例として、錯誤（95 条）や詐欺（96 条）に基づく契約は取り消せるという条文がある。

そして、これらの契約に関する規定を総合して「契約」という制度を概観すると以下の様になる。契約に違反した場合には相手方は裁判所に損賠賠償請求や強制履行を請求することができる。そして、裁判所から請求認容判決が出たら強制執行を求めることが可能となる。強制執行の中には、直接に履行を強制する場合や、間接強制（履行しなければ一日当たり〇〇円支払えという形で履行を強制する方法）、代替執行（第三者に当該契約内容〔例えば運送契約であれば荷物の運搬など〕を履行してもらい、そのためにかった費用の支払いを債務者に請求するという方法）がある。

このような効力のある「契約」という制度はなぜ存在するのか？契約にこのような効力が認められるのはなぜなのか？「契約」というインフラが存在するのはなぜなのか？このような形で制度の存在意義を検討するという形で、民法は公共

政策の対象となる。

そして、法と経済学の基本的な教科書によれば、以下の様に説明されている<sup>22</sup>。具体例として、オーダーメイドの机がほしい買主がいる場合を考える。買主にとってオーダーメイドの机は 10 万円の価値があるものである。これに対して、売主はその机を作るのに 7 万円の費用が掛かるとする。そこで、今の日本（というかたいていの国）では、買主と売主の間でオーダーメイドの机をたとえば 8 万円で売るという売買契約が締結される。しかし、ここで、仮に、契約を強制的に実現するという制度がない社会を考えてみよう。このような社会では、最初に買主と売主が「8 万円でオーダーメイドの机を引き渡します」という契約を締結して、売主が机を作るより前に買主が代金の 8 万円を支払っても、売主は机を作って引き渡すことを強制されない。そこで、買主が先に 8 万円を支払ってしまうことはなく、売主が机を引き渡すのと同じタイミングで買主から代金が支払われることになる。しかし、机を作るよりも前に「8 万円で机を引き渡す」という約束があったとしても、いざ引き渡し・代金支払いの場面では、やはり、その約束は強制的に実現できない。となると、事前に、机の代金として支払う金額をあらかじめ確定させることができなくなる。売主にしてみれば、引き渡し時点で、既に机を作るのに 7 万円の費用をかけてしまっている。しかし、このオーダーメイドの机を当初の買主以外の者に売却できないのであれば、買主は 7 万円より安い値段（たとえば 5 万円）で買ったたくこともできてしまう。このような事態がありうることを想定する売主からしてみれば、7 万円かけて机を作っても、売るときには 7 万円未満となり、損をする可能性があることになる。それならば売主はそもそも机を作らない。

この結果、7 万円かけて机の作ることのできる売主と、その机に 8 万円の価値を見出す買主が存在する社会であり、社会に 1 万円分の富（あるいは効用）が増大する機会があるにもかかわらず、契約という制度が存在しないと、そのような機会が実現できないことになる。言い換えれば、契約という制度があることによって、そのような富・効用の増大の機会が実現されるのである。

このような契約の機能を「コミットメント」という。約束を国家が強制的に実現する制度があることで、人々が約束を信頼して、コストをかけて様々な活動をおこなうことができ、それによって社会の富・効用が増大し、より豊かな社会となる。

---

<sup>22</sup> シャベル・前掲注(19)文献 339－340 頁; Shavell, SUPRA note 19, at 298－299 の例を紹介する。

## (2) 不法行為

日本の民法 709 条は不法行為に基づく損害賠償請求を定める。交通事故や公害を引き起こした場合のように他人の利益を侵害した場合に、加害者にその損害を金銭で賠償するという制度である。いかなる場合に、このような損害賠償請求権が発生するのかは、民法 709 条から導かれる要件を充足するか否かで判断される。

といっても、民法 709 条の要件をどのように理解するのか・整理するのかについては、学説の激しい対立があり、一義的に定まっているわけではない。しかし、大まかにいって、以下の 4 つの要件に整理されることが多い。①他人の権利または法律上保護される利益を侵害すること（権利侵害あるいは違法性などと表現される）、②故意または過失があること、③因果関係（損害と加害行為の間の因果関係）、④損害である。

それでは、このような不法行為制度はなぜ存在するのか。法律上保護すべき利益あるいは権利の保護や損害の填補のためといわれることも多い<sup>23</sup>。だが、さらにつきつめて、そのような権利・利益の保護や損害の填補をする理由はなぜなのか。これを、権利を守るのは権利だから当然である、という説明ではトートロジーあるいは「義務論」になってしまい、公共政策・政策論での説明とならない。政策として説明するには、権利・利益を侵害する行為や損害を発生させる行為をコントロールさせるため、すなわち抑止のためという説明を与える必要がある<sup>24</sup>。

このように公共政策としての分析には、不法行為という制度があるのはなぜなのか、という議論がある一方で、公共政策の分析には、不法行為という制度の中身をどのように設計すべきかという議論も可能である。たとえば、抑止のために不法行為制度があるのであれば、先ほど見た要件の中の②故意または過失を要求することは望ましいのか、という問題をたてることができる。このように、公共政策の分析は、民法上の制度がなぜあるのか、というだけでなく、民法上の制度をどのように設計するのか、という問題を設定して議論することもできる（というよりも、今から研究を進めるのであれば、そちらのほうが新規性のある議論・生産的な議論が可能である）。

たとえば<sup>25</sup>、ある者（加害者）が、注意水準を「なし」「中」「高」から選択でき

---

<sup>23</sup> 潮見佳男『不法行為法 I〔第 2 版〕』（信山社・2009）9 頁以下、49 頁。

<sup>24</sup> このことを前面に出す整理として森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号（2008）17－18 頁。

<sup>25</sup> 以下の本文の例は、シャベル・前掲注(19)文献 202－215 頁；Shavell, SUPRA note 19, at 178-192 による。

ることとする。注意のための費用は、「なし」が 0、「中」が 3、「高」が 6 かかるとする。そして、事故が発生した場合の損害を 100 とし、事故が発生する確率は「なし」であれば 15%、「中」なら 10%。「高」なら 8%とする。これによれば、損害の期待値（期待損害額）は「なし」で 15、「中」で 10、「高」で 8 となる。社会における総費用は、注意のための費用と自己による損害の期待値の合計となるので、「なし」で 15、「中」で 13、「高」で 14 となる（【表 1】参照）。

【表 1】加害者の注意水準と社会的費用

注意水準	注意費用	事故確率	期待損害額	社会的総費用
なし	0	15%	15	15
中	3	10%	10	13
高	6	8%	8	14

この例では、社会の富の最大化あるいは費用の最小化という観点からすれば、注意水準が「中」が最も望ましいことになる。ここで、事故が発生しても、加害者が一切責任を負わないのであれば（無責任ルールという）、加害者にとって費用の最も安い注意「なし」を選択することになる。これに対して、事故が発生した場合には、常にその損害 100 について加害者が賠償しなくてはならないのであれば（厳格責任ルールという）、社会の総費用のすべてを加害者が負担することになるため、社会的総費用が最も安価な「中」を選択することになる。

それでは加害者に「過失」がある場合に限って加害者が損害賠償責任を負う、という「過失責任ルール」の場合には加害者はどのような注意水準を選択するか。過失責任ルールでは、相当の注意を払った場合には、仮に事故が発生しても、損害を賠償しないことになるという今の日本（をはじめとする多くの国）のルールである。この場合、どの程度の注意を果たせば、「相当の注意」と認められるかによって、加害者の注意水準の選択は異なってくる。裁判所は、社会にとって最適な注意水準を「相当の注意」とすることで、加害者が最適な注意水準を選ぶように仕向けることができる。この例では、前述の様に社会の費用を最小化する「中」が望ましいので、裁判所は、加害者が「中」以上の注意を果たしていれば、加害者に損害賠償を課しないと判断することになる。そして、このような過失責任ルールの下での加害者の利得は【表 2】のようになる。この場合、加害者の費用が最小となる「中」を加害者は選択することになる。この結果、過失責任ルールの下でも、望ましい注意水準の「中」が選択される。

【表 2】過失責任ルールの下での加害者の費用

注意水準	注意費用	責任	期待責任額	加害者費用
なし	0	あり	15	15
中	3	なし	0	3
高	6	なし	0	6

このように、過失責任ルールは、厳格責任ルールと並んで、効率的な注意義務水準の設定が可能となるルールといえる。しかし、1 つ留保が必要である。過失責任ルールの下では、裁判所が適切な注意水準を判断しなくてはならないということである。これに対して、厳格責任ルールの下では、裁判所が判断すべき事項は、損害の大きさ（金額）だけである。過失責任ルールの下では、裁判所がなすべき事項は、損害の大きさの認定に加え、望ましい注意水準の設定、そして、実際に加害者がどこまで注意したのかの認定も必要となる。そして、少なくとも現在の日本のルールでは、証明責任を請求する側が負うことになるとされていることから、裁判所で裁判官にその通りだと納得させるまで被害者側（原告側）が立証をする必要がある。つまり、被害者が、裁判官が、加害者の注意水準が望ましい注意水準よりも低かったことと認識できるようになるまで証拠を提出して説得的に説明しなくてはならないのである。

以上の手続にはいずれもコストがかかってしまう。過失責任ルールでは、裁判場で主張立証すべきこと、そして裁判所が判断しなくてはならない事項が増え、それ自体が社会におけるコストとなる。このような訴訟コストの観点から、一般的に厳格責任ルールの方が望ましいというのが通常の理解である。

しかし、それでは、なぜ、日本をはじめ多くの国の不法行為法は過失責任ルールをとっているのか。これは、以下の様に、事故の発生原因が、加害者と被害者の双方にある場合があるからである。そして、交通事故の多くの事件がそうであるように、現実社会においては一方のみに原因があるということは少ない。当事者の双方の注意が事故の発生に影響を与えるという事案の方が現実には多い（と少なくとも考えられている）のである。

具体例として、加害者が「注意する」場合と「注意しない」場合の 2 通りの選択肢があり、被害者にも同じく「注意する」場合と「注意しない」場合の 2 つがあるとする。加害者が「注意する」を選択した場合の加害者に係る費用は 3、「注意しない」場合の費用は 0 とする。被害者が「注意する」を選択した場合の被害者に係る費用は 2、「注意しない」場合の費用は 0 である。事故が発生すれば損害が 100 発生する。事故の発生確率は、①被害者・加害者がともに「注意しない」では 15%、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は 12%、③加

害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は 10%、④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、6%となる。この場合、事故による損害の期待値は、①被害者・加害者がともに「注意しない」では 15、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は 12、③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は 10、④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、6 となる。そして、社会全体の費用としては、加害者及び被害者の注意費用と損害の期待値となるので、①被害者・加害者がともに「注意しない」では 15、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は 14、③加害者が「注意する」－被害者が「注意する」場合は 13、加害者と被害者がともに「注意しない」を選択した場合は、11 となる（【表 3】参照）。

【表 3】当事者双方に原因のある場合の加害者・被害者の注意と社会的総費用

加害者の 注意	被害者の 注意	加害者の 注意費用	被害者の 注意費用	事故確率	期待損害 額	社会的総 費用
なし	なし	0	0	15%	15	15
なし	あり	0	2	12%	12	14
あり	なし	3	0	10%	10	13
あり	あり	3	2	6%	6	11

この場合、社会的に望ましいのは、社会全体の総費用の最も小さい、加害者も被害者も「注意する」を選択した状態である。

それでは、そのような行動を加害者と被害者に選択させるには不法行為の損害賠償について、(a) 無責任ルール、(b) 厳格責任ルール、(c) 過失責任ルールのいずれを採用すればよいのであろうか。

まず、(a) 無責任ルールの場合、いかなる場合も被害者が損害のコストを負担することになる。この場合、加害者と被害者に発生する費用は以下の【表 4】のようになる。①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 0 の費用、被害者に 15 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は加害者に 0 の費用、被害者に 14 の費用が発生する。③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は加害者に 3 の費用、被害者に 10 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 3 の費用、被害者に 8 の費用が発生する。

この(a) 無責任ルールの下では、加害者は「注意しない」を選択し、被害者は「注意する」を選択することになる。

【表 4】(a) 無責任ルールの下に加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	0, -15	0, -14
注意する	-3, -10	-3, -8

次いで、(b) 厳格責任ルールの下では、事故が発生した場合は常に加害者がその損害の費用を賠償するということになる。この場合、加害者と被害者に発生する費用は以下の【表 5】のようになる。①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 15 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」—被害者が「注意する」場合は加害者に 12 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。③加害者が「注意する」—被害者が「注意しない」場合は加害者に 13 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 9 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。

この(b) 厳格責任ルールの下では、加害者は「注意する」を選択し、被害者は「注意しない」を選択することになる。

【表 5】(b) 厳格責任ルールの下に加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	-15, 0	-12, -2
注意する	-13, 0	-9, -2

最後の(c) 過失責任ルールの下では、加害者が「注意する」を選択した場合には、加害者が「注意する」を選択した場合には、事故が発生したとしても、損害賠償をすることはなく、その場合には被害者が損害をそのまま負担することになる。これに対して、加害者が「注意しない」を選択した場合に、事故が発生した場合には、加害者が事故によって被害者に生じた損害を賠償することになる。

この場合、①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 15 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」—被害者が「注意する」場合は加害者に 12 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。③加害者が「注意する」—被害者が「注意しない」場合は加害者に 3 の費用、被害者に 10 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 3 の費用、被害者に 8 の費用が発生する（【表 6】参照）。

この(c) 過失責任ルールの下では、加害者と被害者がともに「注意する」を選択することになる。



【表 6】(c) 過失責任ルールの下に加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	-15, 0	-12, -2
注意する	-3, -10	-3, -8

このようにみると、加害者のみならず被害者にも事故の原因があるとき、すなわち被害者も事故の発生確率を下げるのが可能な場合には、(c) 過失責任ルールが社会的に望ましい注意水準を設定することになる<sup>26</sup>。このような意味で、多くの国でとられている過失責任主義による不法行為ルールは合理的と評価できるのである。

<sup>26</sup> 本文の(c) 過失責任ルールのほか、本文では紹介しなかった(d) 厳格責任+寄与過失ルールのもとでも最適な注意水準が選択されることが知られている。寄与過失というのは、被害者が過失などによって事故発生に寄与した場合には、被害者は加害者に損害賠償を請求できないとするルールである。このルールの下では、厳格責任を原則として事故が発生した場合には常に加害者に損害賠償責任が発生するとしつつ、被害者に過失（注意義務違反）がある場合には、被害者は損害賠償請求権を喪失し、加害者が免責される。このようなルールの下で本文の事例のような状況において（【表 7】参照）、被害者は「注意する」を選択し、そのことを予想する加害者も「注意する」を選択することになる。

この寄与過失ルールは英米不法行為法の伝統的な制度とされており、(d) 厳格責任+寄与過失ルールは、製造物責任に関するルールとして採用されることがある。このルールでは、本文の(c) 過失責任ルールの掲げた問題点のうち、被害者が加害者の過失を立証に失敗するリスクの問題がなくなり、代わりに、加害者が被害者の過失の立証に失敗するリスクが生じる。このようなルールの下では、簡単に勝訴できそうであることから、訴訟制度を濫用するリスク（濫訴）という問題がある。しかしながら、一方で、被害者が消費者であって裁判で証明する手段・予算が限られていることから泣き寝入りのリスクがあり、他方で、加害者が事業者であって裁判での立証活動をより効率的にできるような場合には、過失責任よりも効率的なルールとなる可能性がある。

製造物責任が問題になるケースはまさにこのような状況であることから、製造物責任において、(d) 厳格責任+寄与過失ルールを採用することには合理性がある。

【表 7】(d) 過失責任ルールの下に加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	0, -15	-12, -2
注意する	-3, -10	-3, -8

ただし、加害者・被害者双方に事故発生の原因があるケースにおいても、(c) 過失責任ルールの下では、裁判所が「注意義務」水準や実際の注意の有無を判断しなくてはならないという訴訟コストの問題があるのは、加害者のみに事故発生原因があるケースでの分析と同様である。また、被害者側が加害者の過失を裁判所で証明（立証）しなくてはならないという点も違いはない。被害者側が証明に失敗する可能性があることから、その分、加害者が注意するインセンティブを弱める可能性がある。これらの問題から、効率的な注意水準が選択されない可能性があることにも留意すべきであろう。

### (3) 所有権

所有権とは、日常用語でも使われる用語であるが、法律上の定義は民法 206 条に定められているとされている。民法 206 条の「物の使用、収益及び処分をする権利」が所有権とされており、この権利が侵害された場合には、先述の不法行為も成立し得るし、対象となっている物が奪われたときは返還請求ができる。第三者が対象物を侵害しようとしている時には差止を請求することもできる。

公共政策・政策論として分析するならば、このような「所有権」制度はなぜ存在するのかという所有権制度の存在意義という問題を立てることができる。

所有権は、上記の通り、使用・収益・処分する権利（権限）の「塊」である。たとえば、自動車の所有権を持っている人（所有者）が、当該自動車をレンタカーとして他人に貸す場合のように、契約によって、所有権の一部を第三者に渡すこともできる。このようなレンタル（有償の場合は賃貸借契約、無償の場合は消費貸借契約という）では、使用する権利を契約によって第三者に与えている。だが、その場合であっても、残りの権利は、所有権者にある。すなわち、契約によって物（財産）に関する一部の特定の権利義務を移転させることはあり得るが、残りのすべての権利（残余権〔residual rights〕と表現することが多い）の束はあくまで所有権として残る。

ここでは、所有権の対象としてある財産を生産する場合を考える<sup>27</sup>。この財産を生産する場合の社会における効用は、生産した財から得られる価値から、生産のための労働に費やした費用の差額ということになる。【表 8】のように、労働時間を 1 時間増やすと、財の生産量が 1 増える。生産量が増えれば増えるほど、たいていの財は、さらにもう 1 つ生産した場合に生ずる効用が徐々に減っていく（こ

---

<sup>27</sup> 以下の本文の例はシャベル・前掲注(19)文献 12－13 頁; Shavell, SUPRA note 19, at 11-12 による。

のような状況を「限界効用逡減」する場面と表現する)。他方で、労働時間が長期化すればするほど、さらに1時間追加で働くことによるコストは増加する(このような状況を「限界費用逡増」の場面と表現する)。

このような状況では、労働を全くしないと、労働時間によるコストはゼロだが、財が全く生産されず、価値が生まれない。そのため、ある程度働いて、財を生産したほうが望ましい。しかし、労働時間を増やし過ぎると、労働の費用が高くなりすぎ、他方で、それだけして財の生産量を増やしても、その価値は徐々に下がっていくので、いつか、労働の費用(限界費用)が財の価値(限界効用)を上回ってしまう。【表8】の例では、今回の例では、労働時間を2にして、生産量を2とすることが最も望ましい結果となる。

【表8】労働時間の費用と財の生産の価値

労働時間	生産量	生産物から 得られる価値	労働による 費用	社会的厚生
0	0	0	0	0
1	1	10	6	4
2	2	18	13	5
3	3	24	22	2

このように財の生産のための費用と生産された財の価値の差額である社会全体の価値を最大化するには、生産のための費用を負担する者に、生産した財産の価値を帰属してやれば、あとは、当該生産者が最も価値が最大化する生産量・労働時間を選択するはずである。

そこで、財を生産した者に、財の価値を帰属させてやればよい。しかし、財産を生産者に持たせること(「占有」という)だけでは、生産者がその財の価値を全て享受できるとは限らない。第三者が暴力や詐術によって生産者から財を奪う危険がある世界では、財を生産しても財の価値を享受できなくなる可能性がある。それならば、そもそも財を生産しようと考えなくなる。

そこで、生産者を第三者による財の篡奪から国家権力(警察や裁判所など)が保護してあげることで、生産者は、その財の使用・収益・処分というすべての価値を享受することが保障される。これが、所有権であり、このような所有権があることで、所有権の保有者は、財を最適な水準で生産することができるのである。

このことは新しく財を生産する場面だけではなく、既存の財を維持管理する場面でも当てはまる。すなわち、生産した者が、「処分」して第三者に譲渡することができ、この場合には、今度は譲り受けた者が所有権を有する。そして、今度は、

既存の財を有する者が、財の維持管理にいくら費用をかけるのかという費用と財の価値との比較となり、もっとも差が大きくなるような程度まで維持管理に費用をかけることになる。

理論的には、所有権を割り振るという方法以外にも、国家が、当事者（生産者や譲受人）に対して、どの程度の労働時間や費用をかけて生産すべきか、どの程度の費用をかけて維持管理をすべきか、具体的な規制を直接課すことで、価値の最大化を実現することも可能である（このような制度が共産主義経済である）。だが、当事者でない国家が、最適な生産者の労働時間を計算するのは困難である。また、実際に生産者があらかじめ国家の定めた水準通りに生産活動を行っているのか監視することも難しい。これらの事情から、国家が直接に規制するのは難しいとされている。これは原則として、経済活動をするには共産主義よりも市場経済の方が望ましいということを意味することになる。このように、経済成長の観点から所有権制度を基礎づけることができる<sup>28</sup>。

以上の（１）～（３）のように、民法の定める基本的な諸制度はなぜ存在するのか、どのように民法の諸制度を設計すべきなのか、という形で、民法それ自体を政策論の対象とすることができる。そして、ここで紹介したような所有権や契約などに代表される私有財産権をきちんと保護する国が、経済成長をしているということが開発経済学の文献によって指摘され、民法上の諸制度の政策論への注目が高まっている<sup>29</sup>。

本章では、法と経済学の中でも理論モデルのみによる分析を簡単に紹介したものである。しかし、政策論的な分析の手法はこれにとどまるわけではない。また、法と経済学の理論モデル分析という同じ手法を用いたとしても本章の様に現行法を正当化するための説明ではなく現行法を批判することも可能である<sup>30</sup>。今回の

---

<sup>28</sup> 所有権について本文と同様に経済成長の観点から説明する法学者による文献として、加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂・2001）がある。

<sup>29</sup> もっとも著名な例として、ダロン・アセモグル＝ジェイムズ・Ａ・ロビンソン（鬼澤忍・翻訳）『国家はなぜ衰退するのか（上）』（早川書房・2013）115－118、268 頁；Daron Acemoglu & James A. Robinson, WHY NATIONS FAIL 73-76, 197 (2013)。

<sup>30</sup> 実際に、日本において法と経済学は、当初、借地借家問題などにおいて既存の法制度や当時の民法学の議論を（頭ごなしに）批判する理論として「輸入」されてきた。このことが、いまだに日本の民法学において法と経済学が批判的に受け止められている一因であると思われる。これに対して、法と経済学の立場が（日本よりは）受容されているアメリカでは、法と経済学は、制定法を批判しつつも、判例法理（いわゆるコモンローの原則）を正当化する理論として始まったことについて藤

理論モデルは、いくつか仮想の数値例を用いたが、このような事例が現実社会にどれだけ存在するのかわからない。ここで紹介した理論モデルが、現実社会に適合的であるのかについて、現実社会におけるデータを用いて分析する実証分析（実証経済学）の手法がある。また、経済学であることから、社会的効用の名の下、多くの場合、経済的価値の最大化を指標に、経済的価値を最大化させるようなインセンティブをつける制度を目指した。だが、他の社会科学では（あるいは経済学であっても）、その他の指標を目的として、どのような制度が最も望ましいのかが分析されている。政策を語るのは経済学だけではない。他の社会科学の手法を用いることもありうる。

### 3. ベースラインとしての「民法」：政策の前提としての民法

前章では、民法（の諸制度）それ自体を政策論の対象として分析する研究を簡単に紹介した。そして、民法は、社会のインフラとして、合理的な社会（効率的な社会）をつくるために機能していることを説明した。

だが、このレベルとは別に、そもそも民法をベースライン（基準点）とすると

---

谷武史「『法政策学』の再定位・試論：『新世代法政策学』の基礎理論の探求」新世代法政策学研究 7 号（2010）176－177 頁（なお、当時の論者も、現在では、単純な裁判官の立法府に対する優越という前提をとっていないことについて RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW [7<sup>th</sup> ed., 2007] 389-391, 555-581）。アメリカ法は判例法であることから、ロースクールの法学研究者にとって、伝統的には、コモンローの内容を裁判例から読み解いて明示化することが法律学の中心であった（いわゆるラングデル方式について田中英夫「アメリカ法」碧海純一ほか編『法学史』〔東京大学出版会〕265－266 頁）。他方で、法学者は伝統的には制定法化に対して批判的であった（田中・同 260－261 頁）。このような態度はいまなお継続しており、時代を経て、社会科学の方法論が活用されるプラグマティズム法学やリアリズム法学の時代となっても法律家にとってはコモンローの諸準則が大きなよりどころであるとされている（田中・同 285 頁）。法と経済学は、まさに法学者のライフワークを正当化し、他面において、内在的観点から生産的な批判・議論を生むものであった。かかる観点からは、制定法である日本法においては、法と経済学（あるいは法の経済分析）は、制定法とそれに基づく法的な概念を正当化する説明を導出することで、一方において、これまでの法律学の実践とフリクションを起こさることなく接合し、他方において、かかる説明がいかなる場合に成り立つのかについて経済学の知見を活用した生産的な批判に晒すことが可能となり、日本の民法（とりわけ経済活動の基礎となるような財産法）について法と経済学の議論が受け入れられる素地が整うといえる。

いう場面でも、政策論の中で「民法」がでてくる。これは、民法の内容と異なる内容をもつ特別のルールについて、そのような「異なる内容のルール」を政策論の対象として、どのような意義があるのか、合理的なのかなどといった問題を分析する。

## (1) 環境法—不法行為法の厳格責任化

たとえば、環境法と呼ばれる領域では、前述した民法の不法行為が過失責任とされているのに対して、特別法によって厳格責任（「無過失責任」と呼ばれる）が設けられることがある。具体例の1つを上げれば、水質汚濁防止法19条は、工場・事業場が有害物質を輩出したことによって人の生命身体に損害が発生した場合には、当該事業者は、過失の有無にかかわらず、損害賠償責任を負うとしている。このような無過失責任の場面では、訴訟の原告である被害者は、過失の立証をする必要がない。これは、このような公害の被害者が必ずしも立場の強くない一般市民であることにかんがみて、加害者の工場の中であつたかもしれない注意義務違反の有無を調べたうえで証拠をそろえることを要求するのは過酷であるという判断に基づいたものである。つまり、水質汚濁公害の被害者の過失の立証が困難であるという状況を救済したものといえる。

そして、このような水質汚濁防止法が望ましいものであつたのかどうかを政策論として検討するには、公害被害者の救済という目標の達成手段として、このような厳格責任化が正しい解決策だったのかを検討していくことになる。厳格責任化によって、どれほど救済を求めることが増えたのか、どれほど脅威が認められるようになったのか、反対に、厳格責任化によって濫訴といえるようなケースがどれほど増えたのか、といった事情を経済学の理論モデルだったり、データを収集した実証分析だったり、社会科学の方法を用いて分析することになる。

この場合に、例えば、水質汚濁防止法の厳格責任化によって訴訟による救済が増えたか否かを検討するにあたっては、同法の施行前後で訴訟数・請求認容裁判数が増えたか否かを単に検討すればいいわけではない。たとえば、水質汚濁防止法の施行の時期に、第二次産業（工業）による経済活動が活性化していけば、どうしても水質汚濁公害は増えていくだろうし、それによって、訴訟数が増えるのも自然なことであって、同法による厳格責任化の影響とは直ちに言えない。ほかにも、弁護士数が増加して司法制度へのアクセスが容易になったため訴訟数が増えただけかもしれない。また、反対に、同法やその他の規制によって、企業が有害物質の排出を抑えるようになったことから実態として公害が減少したことによ

って訴訟数が減ってしまうということがありうるが、このことをもって同法の厳格責任化に効果がなかったということとはできない。

そこで、「その他の条件が同じであったならば」(ceteris paribus)、同法の厳格責任化によって訴訟数が増えたか否かを分析することが必要になる。たとえば、水質汚濁公害において事業者を提訴するか否かは、実際の公害の程度と司法へのアクセスの容易さがおそらく影響するであろう。前者に関連する要因として、工業の規模、水質の汚染具合などの指標が考えられるし、後者に関連する指標として弁護士数や団体訴訟制度の有無などが考えられる。これらの他の要因の影響を取り除いても、厳格責任化の影響があるか否かを検討しなくてはならない。このような話は、「実証分析」と呼ばれている領域で検討されており、政策としての「法律」を検討する際に、現在、最も注目されている領域の1つである<sup>31</sup>。

## (2) 消費者契約法—消費者保護のための契約法の特別法

ほかにも、消費者保護を図る特別法もある。

〔設例〕A社のセールスマンはBに対して、安心かつ有利な新種の投資商品「スーパーAプラン」の購入を執拗に勧誘し、とうとうBはこれに応じた。しかし、満期になっても払込み済みの資金を下回る金額の支払がなされただけであった。

この〔設例〕のような「押し売り」まがいの強引な勧誘によって、消費者が不要な投資商品を購入させられるという消費者被害事例はしばしば報道されている。このような場合に、消費者Bを救済するための方法として、民法が用意しているのは、詐欺や錯誤、強迫という規律である。

民法95条は、契約<sup>32</sup>の目的および取引上の社会通念に照らして重要な事項について、錯誤があった場合には、契約を取消すことを認める。民法96条は詐欺や強迫による契約を取消すことを認める。契約が取り消された場合は、原状回復とし

---

<sup>31</sup> 実証分析については、近時の「法と経済学」の授業において取り扱われることが多くなっている。この領域を学びたい読者は、森田果『実証分析入門』（日本評論社・2014）のほか、計量経済学やデータ分析、データサイエンスといった領域の専門書を参照してほしい。

<sup>32</sup> 民法95条、96条は契約ではなく「法律行為」について詐欺・錯誤・強迫を定めている規定である。契約は「法律行為」の一部であり、かつ、「法律行為」として民法95条・96条が適用される典型的な例はやはり契約であるため、本文では簡単のために、契約とした。

て、B は、B が A に支払った金銭を回収することができる（民 121 の 2）。

それでは、これらの規定を用いて、〔設例〕の契約を取消することができるかという単純ではない。民法上の錯誤が成立するためには、重要な事項についての錯誤が必要となる。〔設例〕では、B が投資運用方針や利回り計算などの中の細かい契約条項についてきちんと理解していなかった可能性が高いとしても、これらの事項は重要な事項とまでは言えないかもしれない。

詐欺が成立するためには、A が欺罔行為（相手をわざと錯誤に陥らせること）を行ったということの立証が必要となるが、A にそのような故意があったとまで裁判官に認定してもらうのは難しい。強迫の成立には、A の行った執拗な勧誘行為が、B を畏怖させることが必要であり、また、そのことについて A がわざとやったものであること（A の故意）が必要となる。執拗な勧誘があったというだけで B が畏怖したといえるのかは難しいし、A にそのような故意があったことを B に立証させるのは困難である。

そこで、このような状態で不当に契約を締結させられた消費者を救済するために消費者契約法という法律の中で規定が設けられた。消費者契約法 4 条は、民法の錯誤・詐欺・脅迫が認められない場合であっても、消費者が事業者との間で締結された契約である場合には、より証明しやすい要件で契約の取り消しを認める。

消費者契約法 4 条 1 項は、重要事実の不実告知あるいは断定的判断の提供（価格や受け取ることのできる金銭などの将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること）による誤認の場合に、消費者に契約の取消権を認める。4 条 2 項は、不利益事実の不告知（重要事項について故意に消費者の不利益なる事実を伝えなかったこと）によって消費者が誤認した場合に、消費者に契約の取消権を認める。4 条 3 項は、事業者の退去や消費者の退去不能などによって消費者が困惑したことによって締結した契約の取消権を認める。消費者契約法 4 条 3 項が掲げる事情には、事業者の不退去（訪問販売等で事業者が消費者の住居等にやってきて消費者が退去を求めても事業者が退去しない場合）、消費者の退去不能のほかに、不安をあおる告知や人間関係の濫用（社会生活上の経験の乏しい消費者に対して勧誘者が恋愛感情その他の好意の感情を抱いていると誤信させて契約を締結させるという、いわゆる「デート商法」）、加齢・心身の故障による判断力の低下の不当な利用、靈感等による知見を用いた告知、契約締結前に契約内容を実施して断りにくくする方法などが挙げられている。

これらの事情があれば契約の取消しが認められる。例えば〔設例〕の事例であれば、A のセールスマンの説明に「必ずもうかりますよ」といった断定的判断の提供や、投資商品のリスクについて説明がなかったのであれば、B は、消費者契約法 4 条によって契約を取り消すことができ、支払った金額の原状回復を求める



ことができる。

ここでも、民法の規定を超えて消費者を保護する消費者契約法という規定が、消費者保護という政策目的の手段となっている。

### (3) 金融商品取引法—証券市場における投資家保護

このような民法の特別法は、証券市場における投資家保護を目的とする領域にも存在する。

有価証券報告書という上場会社のディスクロージャー（情報開示）書類に虚偽記載があった場合に、証券市場における当該会社の株価は、本来あるべき価格とは異なった価格がつくことになる。たとえば、粉飾決算で業績を実際よりも高くしていた場合は、その会社の株価は本来あるべき価格よりも高い価格がつく。そして、虚偽記載が明らかになれば、株価は下がる。このような会社の株式を購入した投資家は、本来あるべき株価よりも高い価格で株式を購入したことになり、また、虚偽記載が明らかになったことで株価が下落することから、損をすることになる。

それでは有価証券報告書に虚偽記載があった場合に、虚偽記載を信頼して株式を購入した投資家は会社に対して損害賠償を請求できるか。前章で紹介した不法行為（2.（2））によれば、民法 709 条の定める①違法性あるいは他人の法律上保護される権利・利益の侵害、②故意または過失、③因果関係（損害と加害行為の間の因果関係）、④損害の要件を充足すれば、投資家は会社に対して損害賠償請求が可能となる。

このようなケースでは、会社は、正しい情報を書かなくてはならない有価証券報告書において虚偽の情報を記載したのであるから、金融商品取引法（24 条）という法令に違反することとなり、これによって開示情報を信頼して投資活動を行う投資家の利益を害していることから①法益侵害ないし違法性は認められる。だが、このような虚偽記載に会社側の②故意や過失があったのかは定かではない。また、投資家は虚偽記載が発覚したことによって株価が下落しているであろうが、他方で、株価は様々な事情によって変動するのであって、株価の下落が虚偽記載によるものとはいいいきれない。また、投資家が損をしたといっても、虚偽記載によって高値で取得したことが損害なのか、それとも、虚偽記載が明らかになったことによって株価が下落したことが損害なのか、いずれが損害なのかよくわからない。つまり、投資家の④損害が何なのか、そして、虚偽記載と損害との間の③因果関係があるのかどうかは明らかではない。

このように、不法行為の要件のうち、②故意・過失、③因果関係、④損害の要件の立証は容易ではない。しかし、立証が難しいため、損害賠償を求めるのが困難であるというのであれば、投資家は、虚偽記載があっても金銭的な救済を得ることができないのであるから、日本の証券市場での投資をためらうようになる。日本では、ここ数十年「貯蓄から投資へ」(近時は「貯蓄から資産形成へ」)<sup>33</sup>といわれて久しいが、証券市場への投資の促進は日本の最重要課題の1つである。そのためにも、投資家保護を促進する必要がある。

そこで、2004年の金融商品取引法改正では、投資家の救済を通じて有価証券報告書の虚偽記載を抑止するという目的で、有価証券報告書に虚偽記載があった場合における投資家救済の特別規定を用意した<sup>34</sup>。金融商品取引法21条の2によれば、②故意・過失の立証責任は転換され、投資家が虚偽記載の故意・過失を立証する必要はなく、責任を負う発行会社が故意・過失がないことを立証に成功して初めて免責されるという形になった<sup>35</sup>。そして、③因果関係と④損害についても、虚偽記載公表前の株価と公表直後の株価の差額が虚偽記載の因果関係のある損害として損害賠償を認められることとなり、虚偽記載によって生ずべき値下がり以外の事情<sup>36</sup>によって生じたことを証明した値下がり部分についてはその分、減額されるという扱いになった。

ここでは、粉飾決算等の虚偽記載からの投資家保護、さらには投資の促進という目的のために、発行会社の不法行為責任について、②故意・過失や、③因果関係、④損害の認定の特別規定を設けるという手段がとられている。公共政策の観点からは、このような手法が、投資家保護として有用であるのかが検討対象となる課題となっていくことになる。

---

<sup>33</sup> 日本経済再生本部『未来投資戦略2018—「Society 5.0」「データ駆動型社会」への変革—』(平成30年6月15日)133頁、金融庁『平成27事務年度金融レポート』(平成28年9月15日)44頁。

<sup>34</sup> 三井秀範編著『課徴金制度と民事賠償責任』(金融財政事情研究会・2005)30頁。

<sup>35</sup> 2004年改正当時は無過失責任であったが(三井編・前掲注(34)文献33頁)、2014年金商法改正によって金商法21条の2第2項が創設され、発行会社が故意・過失がないことの立証に成功した場合には免責されるという規定が導入された。

<sup>36</sup> 最判平成24・3・13民集66巻5号1957頁によれば、虚偽記載発覚によって、強制捜査、代表取締役の解任、上場廃止のおそれによって売り注文が殺到することやマスメディアの報道によって株価が下がることは有価証券報告書の虚偽記載と因果関係のある値下がり分であるとして責任からの控除は認められないとされている。

#### 4. 「政策」論を取り込む「民法」：民法の「中」の政策論

このように、民法そのものや、民法とは異なる特別のルールを定めた特別法を公共政策の対象とすることはできる。しかし、「民法」と呼ばれている領域の諸論文を読めば、そこでは、一部の例外を除いて、そのような政策論がなされているわけではないことがわかる。

それでは、民法はいかにして「政策」を語るのか。この問題を考えると、ベースラインとしての民法に含まれていない特定の政策のためにわざわざ特別法を立法したにもかかわらず、当該政策が、民法の中に取り込まれていく姿がみえてくる。

##### (1) 消費者法から民法へ

前章で紹介した消費者契約法 4 条は、民法 95 条で定める錯誤や 96 条の定める詐欺・強迫よりも契約を取消すことのできる範囲を拡張した規定として紹介した。だが、消費者契約法 4 条各項の規定は、民法 95 条や民法 96 条の中に還元できるのではないか。つまり、消費者契約法は、結局、民法と変わらないのではないかと考えることもできそうなのである。

例えば、消費者契約法 4 条 1 項の不実告知・断定的判断の提供による「誤認」は、詐欺や錯誤で説明がつく。消費者契約法 4 条 2 項の不利益事実の不告知による「誤認」も詐欺や錯誤の成立を認めることが可能である。消費者契約法 4 条 3 項各号のうち事業者の退去・消費者の退去不能による「困惑」についても強迫が成立すると評価することも不可能ではなさそうである<sup>37</sup>。

消費者契約法は、消費者と事業者との間の契約にしか適用がないため（消費者契約法 2 条 3 項）、事業者間の契約には適用がない。だが、事業者といっても、様々なものがあるのであって、ほとんど消費者と変わらない小規模事業者の中には含まれる（参考、消費者契約法 2 条 2 項）。消費者契約法が適用されない場合であっても、消費者契約法 4 条の想定するような不公正な取引被害から救済すべきという場合がある。そして、実際に、消費者契約法施行後、民法の錯誤の規定

---

<sup>37</sup> 大村敦志『もうひとつの基本民法 I』（有斐閣・2005）12－13 頁、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」『契約法理の現代化 I－契約規制の現代化』（商事法務・2016）237－238 頁、山本敬三「基本権の保護と契約規制の法理」同『契約法理の現代化 II－民法の現代化』（商事法務・2018）44 頁。

等が積極活用されるようになったと指摘されている<sup>38</sup>。

そして、2017 年民法（債権法）改正に向けた議論の中でも、消費者契約法 4 条 1 項の定める不利益事実の不告知の場面等を想定して、不実表示に基づく契約の取消しというルールを民法の中に導入すべきという提案があった<sup>39</sup>。この不実表示の一般規定化の提案は最終的に見送られ、2017 年民法（債権法）改正に取り入れられなかった。だが、このような提案がなされている事実は、消費者契約法が「民法」の中に取り込まれていこうとする姿が現れているといえる。

このように消費者契約法は、一方では、消費者保護のために民法と異なるルールを敢えて作った民法の特別法という地位がありながら、他方において、消費者契約法の内容が民法の一般規定の中に取り込まれてもいく<sup>40</sup>。このため、消費者契約法は、消費者保護のための民法の特別法でありながら、「民法の継続形成」<sup>41</sup>とも評される。

このような姿は消費者契約法に限られない。前章で述べた通り、特別法は、特定の政策のためにベースラインである「民法」とあえて異なるルールでありながら、民法は、その特別法を吸収していく。つまり、民法が政策を飲み込んでいるのである。

---

<sup>38</sup> 内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房・2011）132—133 頁、134—136 頁。大阪高判平成 15・3・26 金商 1183 号 42 頁〔相続税対策のための融資一体型変額保険における融資契約における相続税対策スキームとしての有効性の不実告知〕、横浜地判平成 15・9・19 判時 1858 号 94 頁〔美容レーザー治療の効用の不実告知〕、千葉地判平成 15・10・29 消費者法ニュース 65 号 32 頁〔連帯保証契約における実質的な主債務者と資金用途について不告知〕、東京地判平成 20・10・15Westlaw（平 19（ワ）34594 号）〔別荘地売買契約における隣接地域の産業廃棄物最終処分場建設計画の不告知〕、東京地判平成 22・2・25Westlaw（平 20（ワ）9322 号）〔LP ガスのバルク設置契約における買取義務の不告知〕。

<sup>39</sup> 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009 年 3 月 31 日）【1.5.15】（不実表示）〔NBL904 号（2009）30—31 頁など〕。

<sup>40</sup> 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法〔第 2 版増補版〕』（商事法務・2015）27 頁、角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性」NBL958 号（2011）29 頁〔現代契約法における消費者契約法を特徴づける指導理念として情報・交渉力の格差への救済の拡大・普遍化を志向する〕。

<sup>41</sup> 潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549 号（2000）8 頁。

## (2) 金商法から民法へ

このようなことは、同じく前章で紹介した金融商品取引法 21 条の 2 にも生じている。有価証券報告書の虚偽記載について投資家に対する発行会社の責任が問題となった事案として、最判平成 23・9・13 民集 65 巻 6 号 2511 頁（西武鉄道事件）がある。この事件は、判決自体は平成 23 年（2011 年）に出されたものの、虚偽記載は 2004 年よりも前のことであり、2004 年改正による金融商品取引法 21 条の 2 の適用のない事案であった。そこで、裁判所は民法 709 条を適用した。

この事件では、有価証券報告書の大株主欄について代表取締役ぐるみで虚偽記載があった事案であり、民法 709 条の要件のうち②故意が存在する点は問題になっていない。③因果関係と④損害の要件が問題となっていた。

最高裁は、有価証券報告書虚偽記載があった場合、投資家のうちすでに株式を処分した者については、取得時の価格と処分価格の差額が損害であり、他方、また株式を保有している投資家は取得時の価格と現在の株価との差額が損害額の基礎となるとする。そして、虚偽記載に関係のない株価の下落分として、経済情勢、市場動向、当該会社の業績等に基づく下落分は、損害額から除かれるとする。この結果、虚偽記載の公表前までの株価変動や虚偽記載公表後しばらくしてからの株価変動は除かれることとなる。つまり、虚偽記載の公表前後での株価の下落分が損害額になることとなった。この最高裁が民法 709 条の解釈として打ち立てた準則は、③因果関係と④損害について、現在の金融商品取引法 21 条の 2 が定めるルールと同じである。このような損害の認定をするならば、特別法がないので立証が大変であったということもない。

ここでも、既に最高裁の判決当時、成立・施行されていた金融商品取引法 21 条の 2 という特別法の内容が、民法 709 条の解釈の中に取り込まれたと評価することができるのである。それでは、金融商品取引法 21 条の 2 は、民法 709 条の解釈を予め確認しただけであり（確認規定という）、実質的には何の意味もなかったのかということそうではない。金融商品取引法 21 条の 2 のない状況で、民法 709 条の解釈を裁判所に委ねれば、このように金融商品取引法 21 条の 2 に寄せた解釈がなされたとは限らないのである。金融商品取引法改正があったことで、そこでの規定内容及びその背後にある政策判断が民法の解釈の中に取り込まれたのである。

ここで民法が「政策」を飲み込むにあたり、留意すべきなのは、民法 709 条の解釈において金融商品取引法 21 条の 2 の改正目的とされた「投資家保護」という用語はでてこないことである。ここでは、目的・手段型の政策型思考様式は表

には一切出てこない。あたかも中立・無色透明の民法不法行為法の解釈という顔をして、政策が取り込まれている。ここでは、特定の政策を取り込んだ民法が新たなインフラとして、今後、新たな政策を論じる際の基準（ベースライン）となっていく。

このように投資家保護のために民法と異なるルールとして法改正がなされたのであるが、それを結局、民法が飲み込んでいる。金融商品取引法 21 条の 2 も、消費者契約法と同様、民法の継続形成となっているのである<sup>42</sup>。

### (3) 民法というインテグリティ

このように、民法には、②特定の政策目的のための特別規定の基準点（ベースライン）としての意義と、③特別規定を飲み込んで自らの姿を変容してさせていくという 2 つの異なる姿がある。そして、特別規定を飲み込んで、新たな姿となった民法は、②将来における新たな特別法立法のためのベースラインとなっていくのである。

特定の政策目的のために特別法が立法されたことに対する公共政策・政策論の分析の多くは、②民法をベースラインとして取り扱う。これに対して、民法学者による特別法の分析・議論の多くは、③特別法を民法の中に取り込ませるものである。すなわち、当該特別法が、民法の一般規定とどのような関係にあり、既存の民法法理とどのような関係があるのかを示す。そして、一般法である民法と全然違うという説明では飽き足らず、特別法の規定の背後にある政策を民法の解釈の中に位置づける・取り込むということをするのである<sup>43</sup>。特別法の政策判断を

---

<sup>42</sup> そのほか、前章で検討した水質汚濁防止法 19 条のような不法行為責任の厳格化についても、自己の行為による過失責任と異なる「特別の危険」を根拠とする危険責任規範（危険責任の原理）を抽出し、かかる危険責任の原理を一内容として含めた形での「不法行為法の体系」を構築することが志向されていることについて潮見佳男「責任主体への帰責の正当化」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊 NBL155 号）』（商事法務・2015）12－13 頁、中原太郎「過失責任と無過失責任」現代不法行為法研究会編・同書 53－54 頁、橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣・2006）277－279 頁〔水質汚濁防止法 19 条のような環境無過失責任について〕など参照。ここにも、政策によって作成された特別法を講学上の民法が飲み込む姿（ただし、民法典に一般的な危険責任の規定を設けることにコンセンサスがあるわけではないことについて潮見・前掲 12－13 頁）が看取される。

<sup>43</sup> 潮見佳男＝山本敬三＝森田宏樹編「はしがき」『特別法と民法法理』（有斐閣・2006）i 頁。

飲み込んだ民法は、なるべく少数の原理に基づいて構築された「統一体」あるいは「インテグリティ<sup>44</sup>」を有する体系的なものとして扱われる。

映画「千と千尋の神隠し」に「カオナシ」というキャラクターがでてくる。カオナシは、様々な他のキャラクターを飲み込み、飲み込んだキャラクターの性質を獲得し、自らの姿を変容させていく。民法とはまさにこのカオナシである。

特別法のみならず様々な政策判断を内包する解釈論を前にして、どのように民法のインテグリティを形成していくか、民法をどのような統一体と考えていくのか、という作業は、まさに法律学の方法論である。すなわち、前述した政策型思考様式（目的手段型思考様式）ではなく、体系や概念をどのように打ち立てていくのかという法的思考様式なのである。公共政策が法制度を観察するときには、一定の目的のために当該ルールが合理的か否か、という形で問いを立てる。これに対して、法学では、様々な政策を内包する法制度をどのように整理すれば、「インテグリティ」がある統一体として整理できるのかを考えるのである。

それでは、なぜ、このように民法をインテグリティのあるものとして構築しなくてはならないのか。一つには、実践的な意図として、特別法が設けた形式的な要件を満たさない場合に、特別法の規定内容について一切適用がないとするのではなく、民法に取り込ませることで、要件を満たさなくとも民法の内容として特別法規定と同じないし連続的な内容の規範を適用する。これにより、なるべく結論に不当に差がつかないように、連続的に捉えられるようにするという意味がある<sup>45</sup>。

他方で、このような実践的機能を常に発動させるべきか否かはそれこそ政策判断であり、場合による。すなわち、消費者契約法であれば、適用対象を消費者・事業者間の契約に限定したことに、強い意味があり、事業者間の契約や消費者間の契約に適用を拡張するのは、取引の自由・自由主義経済に反するものとして適用を限定すべきであるならば、仮に既存の民法と連続的に位置づけることができたとしても、裁判所が民法を適用した場合に特別法のルールと同一ないし連続的なルールを適用することは控えるべきである。実際に、消費者契約法においては、消費者契約法の適用がない場面であっても民法の解釈により同一・類似の解決策を提案する理解が有力であるのに、同じく消費者保護を目的とする法律の中でも、割賦販売法や特定商取引法については、これらの規定の適用要件を満たさない場

---

<sup>44</sup> インテグリティについては、Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE 219 (1986, Harvard University Press); ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』（未来社・1995）340 頁参照。

<sup>45</sup> 消費者契約法 4 条に関連して、山本・前掲注(37)「消費者契約法の意義と民法の課題」239 頁、大村・前掲注(37)文献 13 頁。

合には、民法の解釈を使って同一ないし類似の解決策を提示するという試みは必ずしも有力ではない<sup>46</sup>。

だが、そのような実質的意義がなく、適用を厳格に区分すべきという場合であっても、それでも民法法理との連続性を強調し、統一体としての民法の中で位置づけていくという作業は続けられる。これは、民法あるいは日本の私法（民法のほか商法や他の私的当事者間を規律するルール）制度を1つの統一体として扱うことによって、民法の規定に従って紛争が処理されることに対して、当事者がある程度の「納得」をするという信仰を生む効用があるからではないか<sup>47</sup>。

---

<sup>46</sup> 具体例として、クレジットカードの分割払いでの商品購入（包括信用購入あっせん）や、個々の商品の購入の際に信販会社と契約して信販会社に立替払いしてもらい購入者は信販会社に分割払いをするという個別信用購入あっせんの場合において、原因となる個々の商品購入契約において無効・取消・債務不履行などの事由があれば、消費者（購入者）は、それらの事情を購入代金の信用供与をした金融業者に対しても主張できるという「抗弁の接続」（抗弁の対抗）がある。これは割賦販売法30条の4（包括信用購入あっせん）および35条の3の19第1項（個別信用購入あっせん）によって認められているが、同規定の適用は同法に定義の定められている「包括信用購入あっせん」（同法2条3項）あるいは「個別信用購入あっせん」（同法2条4項）に限られている。たとえば、クレジットカードの一括払いの場合にはこの抗弁の接続規定は適用されない。また、効果も、抗弁、すなわち契約が無効であるなどの売主に対して支払請求を拒むことができる事由をカード会社や信販会社に対しても主張できるというのにとどまり、後で元の購入契約の無効・取消が発覚したからといって、カード会社や信販会社に既に支払った金銭を返還するようにすることはできない。

最判平成23・10・25民集65巻7号3114頁は、簡品割賦購入あっせん（現在の個別信用購入あっせん）を用いたいわゆるデパート商法の事案において、割賦販売法35の3の19Iによる抗弁の接続を超えて既払金返還を認める基準を以下のように判示した。同最判は、原因契約が民法90条違反で無効となる場合であっても、「販売業者とあっせん業者との関係、販売業者の立替払契約締結手続への関与の内容及び程度、販売業者の公序良俗に反する行為についてのあっせん業者の認識の有無及び程度等に照らし、販売業者による公序良俗に反する行為の結果をあっせん業者にも帰せしめ、売買契約と一体的に立替払契約についてもその効力を否定することを信義則上相当とする特段の事情があるとき」に限定した。これは、割賦販売法で定められている効果を超える効果を認める場面を非常に限定するものであって、割賦販売法と民法の一般条項（ここでは民法90条の解釈）の解釈との間で「断絶」があることを強調するものである。

<sup>47</sup> 法律学が現代における「神学」としての意味を有することについて安藤馨「制度とその規範的正当化—帰結主義とその社会規範の関係を巡って」新世代法政策学研究8号（2010）283頁以下、305頁参照。



「信仰」というと、近代国家において、そのようなものに頼ってはならないと直感的に思われるかもしれない。

だが、政策型思考様式と呼ばれる目的一手段型の論法で議論を進めても、一義的に「合理的」だと説得力のある結論を見出せない場合がある。例えば、原子力発電所を新設する場合において、近隣住民の差止請求権を認めるか否かについて、リスクと効用との最適なバランスを考えるととっても、裁判所はそのような判断をする能力がない。裁判所だけでなく、政府も企業も現在の世の中の人々は誰もその答えがわからないということもある。また、そもそも、原子力発電所の建築の際に、生命のリスクがある中で、経済活動の活性化のような経済的利益と比較することが許されないのではないかと考える者もいて、そもそも何を「目的」とするのかについて意見の対立がある場合もある。何を目的とすべきかに関する意見の対立は、価値観ともいえるものであり、近時の LGBT など（少数派）差別の問題になれば、より深刻となろう。

このように公共政策・政策論として答えがわからない場合であっても、紛争となってしまうと、現在社会においては、決闘で決着をつけるというような自力救済は禁じられており、そのかわりに裁判所が何らかの結論を出さなくてはならない。そのような場合、裁判所は、法的思考様式によって「統一体」としての民法の理解を延長していくことで導かれる答えを解決策として提示することで、特定の結論を導くことができる。しかも、盟神探湯で決めたというよりも、インテグリティのある体系・統一体としての民法（あるいはその他の法体系）から導かれた結論ということで現代社会においても一定の説得力あるものとして扱ってもらえる。

もちろん、このように出した結論が、本当に政策的に正しい結論であるという保証はなく、公共政策・政策論の観点からすれば、もはや盟神探湯によって導いた紛争解決と変わらないのかもしれない。ただ、少なくとも 2019 年 12 月現在において、完璧とは程遠いものの、法による解決は、それなりに説得力のあるものとして扱われており、大きな混乱とはなっていないように思える。そうであるならば、「インテグリティのある法」というものを用意し、かつ維持・管理を続けていくことは、統治の知恵として悪いものではないはずである<sup>48</sup>。

そうはいつても、法的思考様式が完全に現実社会から切り離されているわけではない。民法においても、目的手段型で物事を考えることはある。同じ私法に属

---

<sup>48</sup> 本稿筆者は、構成要件・違法性・責任の三要件体系による犯罪論を維持する刑法の方法論を素材に、「インテグリティある法」を統治の知恵として用いる手法を、インテグリティ戦略として検討したことがある。得津晶「刑法と商法の対話」松中法学 1 巻 1 号（2019・私家版）25-27 頁。

するとされている法律でも商法をめぐっては、より政策論が前面に出てくともある<sup>49</sup>。また、インテグリティのある法体系から結論を導き出すという法的思考様式によって導き出した結論と、政策型思考様式（目的－手段型思考様式）によって導き出す結論とが、常に乖離するわけではない。むしろ、多くの場合は、両アプローチによって導かれる結論は一致すると考えられている必要がある。そうでないと、政策型思考様式で結論が出ていないにもかかわらず、法的思考様式で結論を導いたとしても、人々は、そのような法的思考様式は現在において盟神探湯を再現する場合と同じ様に、「説得」されることはなくなってしまう。法的思考様式があくまで統治の知恵であって、結論が正しいものと説得されるというのは実は正しくないものを正しいと思い込ませるいわば「フィクション」である。フィクションがフィクションであるということがばれてしまうと、もはや人々はその正しさを信じなくなるためフィクションとして機能しなくなるのである<sup>50</sup>。

さて、このようにみると、公共政策の観点からは大きな研究テーマがあることに気付く。このような「インテグリティ」を有する統一体としての法体系をもち、法的思考様式によって結論を導く空間（それを「法的空間」と定義してもよい<sup>51</sup>）という統治の知恵を国家権力が用いることが、市民・社会・国家にとって望ましいのか・合理的であるのか、という課題を設定することも可能である。しかし、このような課題は我々プロの研究者にとって挑戦的な課題である。現在の公共政策大学院の学生にとっては手に余る大きすぎる課題なのではなかろうか。

---

<sup>49</sup> このような民法における議論と商法における議論の方法論（discipline）の相違とその原因の分析を試みたものとして、得津晶「民商の壁」新世代法政策学研究 2（2009）233－276 頁参照。これに対して、法律論でも政策判断を前面に出すべきとする反論として、田中亘「商法学における法解釈の方法」民商法雑誌 154 巻 1 号（2018）36－67 頁、特に 48 頁、62－64 頁参照。

<sup>50</sup> 小坂井敏晶『民族という虚構』（東京大学出版会・2002）66 頁、70 頁以下。これに対して、法的議論にもより実質論を前面に出すべきとする立場として吉田邦彦『民法学と公共政策講義録』（信山社・2018）208 頁。同書は、法的思考様式と政策型思考様式の対比の点およびその両者の架橋の必要性の点で本稿と問題意識を共通するものの、架橋の方法とその前提となる平井宜雄学説の理解が異なる。本稿は、法的議論において実質論を前面に出すという吉田の提案は、むしろ法的議論の意義を損なう危険があることを指摘したい。

<sup>51</sup> 田中成明『法的空間』（東京大学出版会・1993）42 頁。

#### (4) 補論：「判民型」の判例評釈

このような「インテグリティ」ある統一体として如何に整理するか、という観点は、裁判所によって出された裁判例・（最上級審による）判例を分析する「判例評釈」というジャンルにおいても強調されている。近時、法学者による判例評釈は、裁判所の出した判決を政策論の観点から望ましいか否かの当否を論じるのではなく、当該判決文からは明示されていないながらも、後の裁判例が参考とする「先例規範」を抽出することが重視されるようになってきた（このような評釈を「判民型」と表現することがある）<sup>52</sup>。ここでは、従来の判例・裁判例が示してきた理解といかに整合的に、しかもなるべく合理的に、評釈の対象となる判決を位置づけることができるのか、という観点から分析がなされる（「内在的理解」といわれる）<sup>53</sup>。そして、従来の判例と当該判決とを整合的に理解し得るような「判例法理」を描き出すことが要請される。

このような判例評釈は、日本の裁判所（最高裁判所）の諸判決を、矛盾のない一つの体系すなわち「インテグリティ」として抽出する作業といえる。現実には複数の異なる裁判官によって書かれた裁判を、あたかもヘラクレス（ハーキュリーズ）のような哲人的・超人的な一人の裁判官が書かれた矛盾のないものとして整理する作業ともいえる<sup>54</sup>。

このような判例評釈の傾向に対して、最高裁判決に対する批判的精神が失われていくという批判がなされている<sup>55</sup>。この批判は事実の指摘としては正しい。他方で、裁判所の諸判例・裁判例群を「インテグリティ」あるものとして作り上げていくという作業には、前項で述べた通り、統治の知恵として意味があることからすると、そのことをもっと直ちに否定的評価を与えるべきとは言えない。

---

<sup>52</sup> 「判民型」の判例評釈方法論について大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣・2000）306頁以下。

<sup>53</sup> 大村ほか・前掲注(52)文献 322頁。

<sup>54</sup> 裁判例による判例法理をハーキュリーズに擬人化する比喩としてドウウォーキン・前掲注(44)文献；Dworkin, SUPRA note 44 参照。

<sup>55</sup> 吉田邦彦「日本民法学の構造変化と関係的視覚」同・『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（2011・有斐閣）303頁、吉田邦彦「二十一世紀における『民法と社会』を考える」同書 429－430頁、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 70 巻 2 号（2019）293頁。

## 5. 2017 年民法（債権法）改正の中の「政策」

それでは、実際の民法の改正を公共政策の観点から眺めるとどのような分析が可能なのかを具体例を挙げて考えてみる。本稿では、2017 年の民法（債権法）改正を例にする。このいわゆる「債権法改正」は、民法学界が 20 年近くかけた一大プロジェクトであり<sup>56</sup>、非常に大きな改正であり、様々な内容を含んでいることから、トピックごとに、本稿の紹介した 3 つの段階の違いが顕著にあらわれる。

2017 年民法（債権法）改正には多様な内容が含まれるところ、本稿では、3 つのトピックを扱う。(1) 債務不履行責任、(2) 個人保証、(3) 消滅時効の短期化の 3 つである。

### (1) 債務不履行責任（415 条）

契約違反をした場合に金銭による損害賠償責任（債務不履行責任）を定める民法 415 条の改正は、本改正において、最も大きなトピックとされていた。

伝統的な理解としては、債務不履行に基づく損害賠償責任は、同じ「損害賠償」として、2. (2) で紹介した不法行為と同様の要件で理解されていた。不法行為の要件が、①権利侵害・違法性、②故意・過失、③因果関係、④損害とされていたことから、民法 415 条においても、①（客観的な）契約違反〔債務不履行〕、②主観的帰責事由としての故意・過失、③因果関係、④損害が要件となると整理されていた。

ただし、②主観的帰責事由としての故意・過失の立証責任のみが異なっていた。不法行為においては、賠償請求を求める側（原告）に①違法性の要件のみならず、②故意・過失の立証責任もあり、原告が証明に成功しないと裁判所によって請求は認められない。これに対して、債務不履行責任の場合には、すでに①契約違反が存在していることから、原則として責任を負うのが当然であり、②故意・過失が存在することを請求する側が立証する必要はないとされた。①契約違反を立証

---

<sup>56</sup> 2017 年民法（債権法）改正に向けた民法研究者の準備作業の開始をいつからカウントするのは明確ではないものの、1998 年日本私法学会シンポジウム「民法 100 年と債権法改正の課題と方向」（私法 61 号〔1999〕3-114 頁にその記録が収録されている）及び同シンポジウムのための共同研究の成果である山本敬三編『債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として（別冊 NBL51 号）』（商事法務・1998）が挙げられることが多い。

されてしまった義務を負う側（債務者）が、今度は、②故意も過失も存在しなかったことを立証し、この証明に成功すると、賠償義務を負わなくて済む。反対に、債務者が②故意・過失の不存在の立証に失敗した場合には、債務者は、賠償を支払わなくてはならないことになる。故意・過失の不存在の立証に失敗した場合は、裁判所が故意・過失があると認定できた場合だけではない。裁判所は故意や過失があるのかないのかわからない場合（ノンリケットという）にも、既に契約違反の認定があれば、因果関係のある損害に相当する金銭支払いを義務者に命じるのである。

このような従来の理解に対して、債権法改正をめぐる議論では大きく2つの点から反論が提示されていた。まず、 $\alpha$ . 債務不履行責任における免責事由としての故意・過失とは、不法行為の要件としての故意・過失とは全く内容が異なるという指摘である。同じ「損害賠償」だからといって、不法行為の要件と債務不履行の要件とを同じようなものとして整理する必要はないからである。不法行為には様々なシチュエーションが含まれるが、加害者と被害者の間に従前、何の関係もない赤の他人同士でも成立するのが不法行為である。それならば、損害賠償の金銭支払いが裁判所という国家権力によって強制されるのはごく例外的な場合であるべきで、①権利侵害・違法性と②故意・過失の2つの要件を課すことに理由がある。これに対して、債務不履行責任とは、両当事者の間に契約が事前に存在している中で、その契約に違反した場合を想定しているのであって、問題としている状況が全く異なる。予め契約を締結しておいて、その契約に違反した当事者が損害賠償責任を負うのは、当然であるということもできるからである。よって、債務不履行責任の場面での②故意・過失の不存在というのは非常に限定的であるべきであり、裏を返せば、②故意・過失というのは非常に緩やかに認められるべきものである。

契約において、契約で定められた義務を履行しない場合、日本の裁判所では、当該義務を履行するように求めることができる（民法414条1項。直接履行あるいは強制履行という）<sup>57</sup>。このような直接履行を求めるにあたって、契約上の義務

---

<sup>57</sup> このような契約上の義務に対して裁判所を通じて強制履行・直接履行を求めることができるという法制度は必ずしも自明ではない。アメリカ法では、契約違反があった場合には、原則として金銭による損害賠償しか認められない。損害賠償では契約の相手方の保護が特に不十分で公平に反する場合に限り、強制履行が認められる。このように契約違反に対する救済として原則として強制履行まで認めるのか、それとも損害賠償にとどめるべきかについて政策（法と経済学）の観点から分析した研究として田中亘「契約違反に関する法の経済分析」社会科学研究62巻2号（2011）3-31頁参照。

を負う者（債務者）の故意・過失は全く要件とされていない。そして、契約の相手方が契約上の義務を履行しない場合に、当初の契約の内容通りに義務を履行することを請求することも、義務の履行の代わりにその損害を金銭で賠償することも、契約の相手方（債権者）にとっては同じである。となると、契約上の義務違反の場合における損害賠償とは、不法行為と並べるよりも、契約上の義務の直接履行と同列にすべきものであるということが出来る。

ここまでくると、従来の理解に対する第二の批判が出てくる。先述の通り、契約上の義務を履行しない債務者に対する直接履行請求には、義務者の故意・過失があること（不存在がないこと）は全く要件とされていない。そうであるならば、 $\beta$ . そもそも債務不履行責任において故意・過失は全くもって要件でないのではないか。これは、立証責任の問題ではなく、そもそも故意・過失は無関係であるということである。この結果、債務不履行責任は厳格責任であるとか、契約を締結したということをもってすでに故意・過失の要件は充足しているとかいう説明がなされていく。

そして、実際に、2017 年民法改正よりもはるか前から、日本の裁判例は、債務不履行における故意・過失を不法行為における故意・過失と同じように理解してはいなかったことが指摘されていた。たとえば、売買契約のように契約上の義務内容が買主であれば金銭支払、売主であれば対象となる財（有体物）の引渡しというふうに契約上の義務が明確に特定されているような契約（このような契約上の義務を「結果債務」ということがある）においては、実際に損害賠償が免責されるのは非常に限定されていた。買主の金銭債務の不履行については何があったとしても義務を免れることは民法の条文に定められているが（民法 419 条 3 項）、売主の財の引渡義務においても、「不可抗力」といえるような状況でなければ、義務違反があった場合には債務不履行責任を免れないと判断されていた。ここでは、裁判所は、不法行為と同じ故意・過失といいながらも、 $\alpha$ . 債務不履行責任における故意過失では、不法行為とは全く異なる基準を適用していることがうかがえるのである。そして、不可抗力でしか免責されないというのでは、そもそも故意・過失の不存在という表現とは全く異なる基準であり、また不可抗力が認められる範囲は非常に狭い例外的な取り扱いなのであるから、 $\beta$ . 事実上ないし原則として厳格責任と理解してよいのではないかと考えられるようになっていったのであ

---

なお、契約違反の責任を金銭支払による損害賠償責任を原則とするアメリカ法（ないし英米法）においても、契約違反の損害賠償責任と不法行為（Tort）に基づく損害賠償請求（damage）とは全く異なるものと理解されており、契約違反の損害賠償責任には故意過失は全く要求されない厳格責任と理解されている。

る<sup>58</sup>。

契約責任を嚴格責任と捉えることについてはすでにアメリカ法など英米法諸国では採用されている理解であることもあって、民法（債権法）改正における当初の学者の議論においては、債務不履行損害賠償の要件を契約上の義務違反（客観的債務不履行）の1つのみで整理する立場が有力であった<sup>59</sup>。だが、実務家から、従来の①客観的債務不履行と②（立証責任の転換した）帰責事由の二要件で整理されてきた従来の枠組みを変える必要性に乏しいことや、従来から債務不履行損害賠償の帰責事由としての故意・過失と不法行為の要件としての故意・過失とが異なることは理解されていたのだから二要件を維持しても問題ないことなどを理由として、債務不履行要件の一元化への反論がなされ、最終的には二要件が維持された。

だが、改正された民法 415 条の文言をみると、債務不履行に基づく損害賠償の要件は①本旨不履行に加え、免責事由として②「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるとき」と定められ、不法行為（民法 709 条）の要件である「故意又は過失」とは全く異なる概念であることが明示された。

つまり、従来の理解に対する批判のうち、 $\beta$ ．帰責事由要件の撤廃・債務不履行要件への一元化という点は、採用されなかったものの、 $\alpha$ ．債務不履行の要件としての帰責事由と不法行為の要件としての故意・過失とはまったく異なるものであるという点は、改正された民法に採用されたことになる。

さて、この改正をいかなる政策に基づくものであったのかを理解しようとするとは非常に難しい。というのも、民法 415 条の改正は、 $\alpha$ ．不法行為の故意・過失と契約違反の責任の免責事由としての帰責事由とは全く異なること、 $\beta$ ．客観的な契約違反があるのに損害賠償責任を免れるような帰責事由の不存在というのはほとんど（あるいはまったく）認められないことをわかりやすく表現することを目指したものである。だが、このような $\alpha$ ．、 $\beta$ ．の2点については、2017 年改正のはるか前から、既に判例・裁判例で採用されていた解釈だというのである<sup>60</sup>。となると、この法改正によって、民法 415 条の実際のルールは全く変更がなされ

---

<sup>58</sup> 吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討」星野英一編集代表『民法講座別巻・2』（有斐閣・1985）44 頁、渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報 104 号（1996）45 頁など。

<sup>59</sup> 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009 年 3 月 31 日）【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償）〔NBL904 号（2009）136 頁〕。

<sup>60</sup> 筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務・2018）74 頁。

ていない<sup>61</sup>。

それでは、なぜ、このような実質的に無意味な民法 415 条の改正について、20 年近く、論者によっては半世紀近く、多くの民法学者は議論に盛り上がったのであろうか。

今回の改正の主要な目的の 1 つに「わかりやすい民法」を目指すというものがあった<sup>62</sup>。つまり、判例や裁判例で実際になされている解釈に問題がないとしても、民法の条文の文言だけ読んで、法学部以外の学生や社会人が判例・裁判例のように理解するのが非常に困難であるという点こそが解決すべき課題であると考えた法改正であるという説明である。今までの解釈を確認することは、民法の理解をわかりやすくすることになる。

そして、政策として、この観点から 2017 年民法（債権法）改正を検討するならば、本当に 2017 年民法（債権法）改正によって民法は非法律家にとってもわかりやすくなったのか、2017 年改正民法は非法律家であっても条文を読むだけでどの程度理解できるようになったのか、そもそも「わかりやすい民法」にすることが日本の経済活性化などにとって望ましいことであるのか、という検討課題を挙げることができる。

だが、本稿筆者には、「わかりやすい民法」にするという課題だけが、民法 415 条の改正についてあれだけ長期かつ大規模に議論が盛り上がった理由であるとは思われない。民法学者には、（専門教育のみならず広義の）法教育に熱心な方が多いのは事実であるが<sup>63</sup>、法教育方法論の議論として民法 415 条をめぐる議論が展

---

<sup>61</sup> 2017 年民法（債権法）改正のうち多くが、内容の変更はないということにつき、山本敬三＝新堂明子＝米村滋人「〔鼎談〕債権法改正の教え方・学び方」法学教室 438 号（2017）7 頁以下、12 頁別表参照〔C 型（現行民法の修正）よりも、A 型（現行民法の維持）、B 型（現行民法の確認・補充）が圧倒的に多い〕。池田眞朗「民法改正法の解説と施行までの留意点」税経通信 72 巻 13 号（2017）127 頁も、民法（債権法）改正の内容を、①一見して市民生活に有用そうなわかりやすい改正、②これまでの判例法理を条文に取り込む、③民事というよりも取引法の改正、④現実の紛争解決の結果は変わらないものの学理的な理論構成の変更・細かい論争点の整理に分類し、実質的な改正がほとんど含まれていないことを指摘する。

<sup>62</sup> 法務大臣から法制審議会への民法（債権関係）の見直しに関する諮問諮問第 88 号（平成 21 年 10 月 28 日総会）、内田貴「いまなぜ『債権法改正』か？（下）」NBL872 号（2008）78 頁、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・2009）15－16 頁、内田・前掲注(38)文献 216－218 頁、筒井＝村松・前掲注(60)文献 1 頁。

<sup>63</sup> 大村敦志『市民社会と〈私〉と法』I および II（商事法務・2008 および 2010）、同『「法と教育」序説』（商事法務・2010）、大村敦志＝小粥太郎『民法学を語る』



開されたわけではない。むしろ、損害賠償であることを基準に整理すべきであるのか、それとも、契約や不法行為といった義務（債務）の発生原因に応じて区分すべきであるのか、契約に基づく救済（remedies）をどのように考えるべきか、といった点が問題になっていたのである。そして、これらの問題群は、民法というインテグリティのある法体系を具体的にどのようにデザインするのかの問題とつながっているのである。この意味で、民法をインテグリティある法体系として捉える法的思考様式において、民法 415 条の要件をどのように考えるのかは、非常に重要な問題なのである。ただの整理の問題・ただの用語法の問題に過ぎないといって簡単に切って捨てるわけにはいかない。

これに対して、公共政策の観点から、このような観点を評価するのは非常に難しい。インテグリティある法体系としてどのように説明すれば、人々は「説得」されるのか、納得してくれるのか、ということを心理学や脳科学を用いて分析するという研究は今後の法律学のアカデミックゴールともいえる非常に興味深い論点である。しかし、このような問題設定は、理論上可能であるとしても、現在の日本の公共政策大学院の学生にとって手に余る課題ではなかろうかとも思う。このような現実も踏まえると、民法 415 条に関する議論をはじめ、2017 年民法（債権法）改正に関する法学者の議論の多くは、実は、公共政策になじまない議論であるということができる<sup>64</sup>。

## （2）個人保証人保護

2017 年民法（債権法）改正にも、従来の判例法理の整理・確認のみならず、特

---

（有斐閣・2015）20 頁〔小粥太郎〕[民法学者として「教育活動以外に固有の仕事はない」とする]。

<sup>64</sup> このことを批判的に指摘する見解として吉田邦彦「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 1368 号（2008）111 頁、吉田邦彦「近時の『民法（債権法）改正』目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」同『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（有斐閣・2011）383－390 頁、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）—総論・アイヌ民族補償・臨床法学教育』（信山社・2015）、吉田邦彦「民法（債権法〔契約法〕）改正について—その評価と展望」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）—補償法学現場発信集、債権法改正、恩師の遺訓』（信山社・2017）268－270 頁〔以下、「評価と展望」で引用〕。だが、本稿の整理によれば、吉田の指摘は事実の観察として正しいものの、必ずしも否定的に評価する必要がないということになる。

定の政策目的に従った法改正もなされている。その1つの例が個人保証に関する規律である。事業のための貸金債務についての保証債務や、事業のための貸金債務についての根保証契約については、保証契約に加え、保証人が保証債務を履行する意思を有することを公正証書という書面（保証意思宣明公正証書という）を作成することが求められるようになった（民法465条の6第1項、3項）。公正証書というのは、全国に300か所ある公証役場で公証人（元裁判官などのキャリア豊富な法律家であることが多い）に手数料を支払い、契約内容を書面にしてもらったものである。このような公正証書を要求することで、その手続の慎重さ・厳格さから、保証人が負うリスクを認識し、安易に保証人になってしまうことを抑止しつつ、個人保証の全面禁止のような過剰規制となることのないようなバランスを図ったものとされている<sup>65</sup>。

これは、保証人保護という社会問題に対する解決策として、公正証書による保証人の意思の確認手続という慎重な手続を必要とする手続規制を導入したものである。

この改正を公共政策の観点から眺めれば、個人保証に手続規制を課すことが本当に市民・社会にためになるのか、という問題を検討課題にできる。たとえば、このような規制によって、保証人を見つけることができず、融資を受けられなくなってしまった場合は、そもそもビジネスができなくなってより日本の経済は停滞し、市民の暮らしは豊かではなくなってしまうのではないか、という問題を立てることができる。他方で、前述のような問題意識に対して、本当にこの公正証書規制によって事業への融資が減るのか、減るとしてもどれほど減るのか、という問題を立てることもできる。

このような特定の目的の達成手段としてなされた法改正であれば、公共政策の観点から研究課題とすることができる。実務に実践的な影響のある実質改正であるため、実務家や保証を専門とする研究者は注目している。しかし、他方で、民法の研究者全体からの注目は、前節の債務不履行責任と比較すれば必ずしも高くはない。

### （3）消滅時効の短期化

2017年民法（債権法）改正によって実質的な改正がなされた点として消滅時効法の改正がある。消滅時効というのは、法律上の権利が一定期間行使されずに放置されると消滅するという制度である。改正前の民法においては、医師、助産師、

---

<sup>65</sup> 筒井＝村松・前掲注(60)文献140頁。

薬剤師の職務に関連する債権であれば3年、弁護士であれば2年、生産者や卸売商・小売商であれば2年、運送賃であれば1年、といったように、職業ごとに業務に関連する債権の消滅時効が異なっていた（改正前〔現行〕民法170-174条。短期時効制度という）。他方で、列挙されていない債権の消滅時効は10年、債権・所有権以外の財産権であれば20年（所有権は消滅時効にかかわらず第三者が取得時効〔・即時取得〕によって所有権を取得することがあれば反社会的に所有権が消滅する）が消滅時効とされている。

2017年民法（債権法）改正では、このような職業ごとの様々な消滅時効制度（短期時効制度）を廃止し、契約上の権利や不法行為損害賠償のような債権については、権利を行使できることを知った時から5年に統一した（民法166条1項1号）。そして、権利行使可能であることを知らなくとも、権利行使が可能であるときから10年間で消滅するとした（民法166条1項2号）。ただし、人の生命または身体の侵害による損害賠償請求権については、権利行使可能であることを知らなかった場合には、権利行使可能時から20年と延長した（民法167条）。

職業ごとの短期時効制度には、このような差異を設ける合理的な理由を見出しがたかったのであり、これを統一したというのは、実質改正ではあるものの、非合理的な区分をよりインテグリティのある形にした改正ということができよう。従来の消滅時効の非合理的な区分が、社会における経済活動に影響を与えていた可能性はゼロではないものの（例えば、運送業を行おうと考えていた者が、消滅時効が1年と短いことに気づき、運送業で事業を開始するのを断念し、消滅時効のより長い卸売商に事業を変更するなどの例が理論上はありうる）、決して高くはないであろう。よってあくまでインテグリティの観点から説明するというのが穏当と思われる。

ただし、公共政策の観点からの分析が不可能なわけではない。仮に、このような消滅時効の非合理的な区分が、経済活動の事業選択の場面で影響を与えていたのであれば、統一化によって、社会における事業活動の選択が公平になされることになり、非効率性が是正されたと可能性もある。このように説明すれば、公共政策の観点から消滅時効の統一の説明を試みることも可能である。

民法のインテグリティ確保の観点にせよ、あるいは不合理な区分の廃棄による事業選択の公平性の確保という公共政策の観点にせよ、消滅時効の統一を説明（正当化）することは可能である。問題は、その統一化の結果が、債権の消滅時効を、債権者が権利行使可能であることを知っていた場合には、従来の10年から改正民法では5年へと短縮した点にある<sup>66</sup>。

---

<sup>66</sup> 吉田・前掲注(64)「評価と展望」276頁〔「業界サイドの改正と評価されても仕方がない」とする〕、池田・前掲注(61)文献128頁〔「実際には主観的起算点で5年

消滅時効の期間は法律の条文に数字が明記されているため、改正前民法において、解釈で柔軟に5年にしようという議論があったわけではない。当然ながら消滅時効を5年にする判例・裁判例があったわけでもない。むしろ、その反対であり、改正前の民法において、前述の様々な短期消滅時効制度のほか、いわゆるビジネスに関する債権である商行為債権については消滅時効を5年とするルール（改正前商法522条）など、様々な短期消滅時効制度が設けられていたにもかかわらず、裁判所はこれらの短期消滅時効の適用範囲をなるべく制限的に解釈し、骨抜きとして、どのような事案にもなるべく10年の消滅時効を適用しようというのが判例・裁判例の態度であるとされていた<sup>67</sup>。消滅時効は、本来義務を負担している者が、時間の経過によって義務を免れる不道德な制度という理解もありうるところ、日本の裁判所は、実際には、消滅時効を機械的に適用して義務を免れるという解釈にはかなり制限的であったという調査も報告されている<sup>68</sup>。このあたりは、裁判所が、日本人の「時効嫌い」という価値観を見出し、当該価値観を反映させている可能性すらある。つまり消滅時効10年については社会問題とはされていなかった。

にもかかわらず、2017年民法（債権法）改正では、消滅時効の短期化がなされた。立案担当者は、領収書の保存費用など弁済の証拠保存のための費用や負担が

---

となるケースが多いと思われるので、実質的な時効期間の短縮と言える」と評価する〕。

<sup>67</sup> 金山直樹「166条1項・167条、173条・174条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年II』（有斐閣・1998）411頁。たとえば、最判平成20・1・28民集62巻1号128頁は、株式会社が取締役に対して有する任務懈怠責任（2005年改正前商法265条1項5号に基づく責任）について、当時存在した商事消滅時効を適用せず、10年の民事消滅時効を適用した。今後、取締役の責任規定に改正民法166条1項1号に従い消滅時効が5年となりかねないことを問題視する見解として得津晶「判批」法学79巻5号（2015）489頁。江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣・2017）482頁は、株主代表訴訟による取締役への責任追及の場合においては、当該会社の代表権者が対象となる役員の任務懈怠該当行為の存在を知った時ではなく、株主から提訴請求（会社法847条1項）を行った時を「債権者が権利を行使することができることを知った時」として消滅時効の起算点とすべきとする。このように技巧的に消滅時効の起算点を遅らせる解釈の必要が生じるのは、2017年民法（債権法）改正で統一した5年という基準が日本の紛争解決の実体から乖離して短いからであると考えられる。

<sup>68</sup> 星野英一「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」同『民法論集第四巻』（有斐閣・1978年）167－313頁、特に207－297頁。

増加しているという点を挙げている<sup>69</sup>。だが、改正前の判例・裁判例の消滅時効を10年とする解釈において、このような社会問題が指摘されることは決して多くはなかった。

このような消滅時効の短期化は、今回の民法（債権法）改正に向けた準備段階でかなり早期から検討されていた問題の一つである。途中、法制審議会の中間試案（2013年2月26日）段階まで権利行使が可能であることを知った時を起算点とする債権の消滅時効期間には、3年、4年、5年の選択肢が存在していた<sup>70</sup>。このことからすると、改正法の5年というのはその中でも最も長期の選択肢が採用されたものといえる。消滅時効制度については、今回の債権法改正のための準備段階として、時効のみに特化した「時効研究会」が組織され、活発な共同研究がなされていた<sup>71</sup>。だが、そこでは、諸外国、とりわけ欧州各国において消滅時効制度について起算点の主観化・柔軟化と同時に時効期間の短期化がなされている点が報告されているものの、日本において消滅時効期間の短期化の必要性あるいはそれが必要となるような社会的な課題の指摘はほとんどなされていなかった<sup>72</sup>。

このように、日本の法学者の議論は、比較法（あるいは「外国法研究」ともいう）として、諸外国の法制度を参考にする議論が多い。参考にする国は、先進国がおおく、民法であれば、特に欧州（ドイツ、フランス）の法制度を参考にすることが多い。このような比較法は、日本の実態に合わせたルールを考えていくことで、ルールがガラパゴス化し、国境を越えた取引やインターネット等が増加している現在社会において、国際的な協調性を欠くことになるのを防ぐという積極的な意味もあろう。だが、他方で、「アメリカでは」「ヨーロッパでは」式に海外

---

<sup>69</sup> 筒井＝村松・前掲注(60)文献 55 頁。

<sup>70</sup> 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009年3月31日）【3.1.3.44】（債権時効の起算点と時効期間の原則）〔NBL904号（2009）198－199頁、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務・2013）68頁。

<sup>71</sup> 共同研究の活動成果として、2008年6月日本比較法学会ミニ・シンポジウム「世界の時効法の動向」（その記録として比較法研究 70号〔2008〕157－194頁）2008年10月13日第72回私法学会シンポジウム「消滅時効法の改正に向けて」（その記録として私法 71号〔2009〕60－116頁）及びそれらの成果を取りまとめた金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言（別冊 NBL122号）』（商事法務・2008）がある。

<sup>72</sup> 内田・前掲注(62)文献「債権法の新時代」139－140頁は、ドイツ（3年）、フランス（5年）、欧州のモデル法（DCFR. 3年）及び国連の時効条約（5年）の言及がなされ、「国際的にも大体、このあたりの幅に収まっている」ということが主要な理由となっている。

の事象をそのまま日本にあてはめてしまういわゆる「出羽守（でわのかみ）」式の議論をしてしまう危険もある。

今回の消滅時効の時効期間の短期化においては、欧州が短期化したという事実を学ぶことは重要であるとしても、なぜ欧州が短期化したのか、その原因となった事実ないしその前提となる社会的な課題を日本と欧州とが共有しているのか否かは検討すべき課題であった。しかし、消滅時効短期化における議論は、この問題をあまり取り扱っていない。数少ない例外として、消滅時効期間を従来の 30 年から 3 年に短期化したドイツにおいて、立証の困難ないし証拠保全業務の煩雑さからの債務者の保護であることが指摘されており<sup>73</sup>、参照されている議論によれば、そこでいう「債務者」とは金融機関の債権管理コストを下げるという政策判断であったとのことである<sup>74</sup>。

ここまで理解すれば、公共政策の観点からは、金融機関が債権管理のコストが大きく、市場におけるサービス提供や国際競争において不利益を被っているという課題があるのであれば、それに対する解決手段として、消滅時効の短期化が有用であるか否かという形で課題を設定することができる。また、日本においてそもそも債権管理コストが過大という問題があるのか否かという課題も設定できる。だが、今回の 2017 年民法（債権法）改正における消滅時効短期化の議論では、諸外国の法制度を参照することで、却ってこのような社会的課題の存在が見えにくくなっていた。

このようなこととなったのは、一つには法律家固有の議論がなされていたからである。だが、そこでいう法律家固有の議論というのは、これまでみてきたような法の「インテグリティ」の確保という観点とは異なるものであった。ここでの法律家固有の議論というのが、見方によっては「出羽守」ともいわれるような外国法の参照であったという点で、従来と異なる。

法学的な議論において、海外の法制度を参照して自国の法制度を分析するという比較法の手法が用いられることが多い<sup>75</sup>。（日本においては）日本の法制度をよ

---

<sup>73</sup> 齋藤由起「ドイツの新消滅時効法」金山編・前掲注(71)文献 156－157 頁。

<sup>74</sup> 香川崇「わが国における消滅時効の起算点・停止（3・完）」富山大学経済学部富大経済論集 57 巻 2 号（2011）155 頁および 2008 年比較法学会でのミニ・シンポジウムでの齋藤・前掲注(73)文献をめぐる質疑応答より。このような時効短期化の要請を批判的に指摘するものとして大村敦志「コメント」私法 71 号（2009）64 頁、シンポジウム討論・私法 71 号（2009）66 頁〔星野英一発言〕、74 頁〔草野元己発言〕。

<sup>75</sup> なお、「比較法」というのは本文で述べたような自国法（ないし特定の国の法律）の分析をより実りあるものにするために外国法を参照するというだけにとどま

りよくするという議論をするのに、このような比較法（外国法の参照）がなぜ頻繁に行われるのかは実は定かではない<sup>76</sup>。前述の様に、国際化社会となった現在において、各国と協調しにくくなるような独自のガラパゴス的なルールを作らないようにするというのも 1 つの理由であろう<sup>77</sup>。また、当該国が抱えている特定の課題を既に抱えている諸外国において、当該課題に対してどのような法改正が解決策として取られたのか、そしてその効果はどうだったのかを知るということは自国の課題の問題解決策を考えるにあたっても非常に参考になる<sup>78</sup>。

だが、法学者による比較法にはこのような公共政策の観点からなされる諸外国の参照にとどまらないところがある。とあるシンポジウムのディナーでの Klaus Hopt 教授<sup>79</sup>の受け売りではあるが、法律を論じるには、本稿が整理したように、インテグリティを持った法体系を構築していくという法的思考様式と、課題に対して合理的な解決策を提示していくという目的手段型ともいえるべき政策型思考様式とがあり、この両者をつなぐことができるのが比較法である<sup>80</sup>。

新たな社会問題の登場などによってその国が維持してきたインテグリティのある法制度ではどうもうまく解決ができていないという状況が生じうる。このような場合に、法制度のインテグリティを維持し続けて、結論の妥当性に目を背け続

---

らない。むしろ、国際的な文脈で比較法（Comparative Law）といった場合には、特定の国の法制度をより深く理解するための研究というよりは、各国の法制度の違いとその原因を分析する記述的な学問を指すことの方が多い。Nils Jansen, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 305-338 (Mathias Reinmann & Reinhard Zimmermann eds., 2006); 五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房・2010）1 頁など参照。

<sup>76</sup> 早川眞一郎「比較法研究の意義」伊藤眞＝加藤新太郎＝永石一郎編『これからの民事実務と理論』（民事法研究会・2019）156－167 頁、藤澤治奈ほか「〔座談会〕民法学のなやみ」民法理論の対話と創造研究会編『民法理論の対話と創造』（日本評論社・2018）289－303 頁参照。

<sup>77</sup> ネットワーク外部性として説明がされうる。

<sup>78</sup> 大村ほか・前掲注(52)文献 157 頁（機能的比較法とよばれる）。桑村裕美子「労働法学における比較法の今日的意義」日本労働研究雑誌 705 号（2019）47 頁など民法よりも政策色の強い特別法（会社法や労働法など）に多い。

<sup>79</sup> 世界の会社法を機能主義的観点から比較・分析した REINIER KRAAKMAN ET AL., THE ANATOMY OF CORPORATE LAW (Oxford University Press 2004) の第一版からの共著者の 1 人であり、世界的に著名な会社法学者。

<sup>80</sup> 同趣旨を看取できるものとして尾崎一郎「企画趣旨（特集・外国法の参照）」法律時報 92 巻 4 号（2020）4 頁、毛利康俊「法関連文化の深部探針としての外国法研究」法律時報 92 巻 4 号（2020）55 頁。

ければ、法制度のインテグリティが市民にもたらす「説得」ないし「納得」は効力を失っていき、フィクションとしての機能を果たせなくなってしまう。

他方、今の法制度の結論では妥当ではないという判断が既になされているということは、政策型思考様式に基づいて、一定のコンセンサスのある結論がすでに社会に存在しているということを意味する。つまり、この場面では、法制度が、政策型思考様式の結論を取り込む必要性に迫られているのである。しかし、法制度はインテグリティを有した統一体である必要があり、裸の政策判断をそのまま法制度の中に取り入れるのは難しい場面がある。もし、「インテグリティ」を保ったまま、政策型思考様式による結論を法制度中に簡単に取り入れることができるのであれば、そうすればよい。しかし、今までのインテグリティを維持してきた説明ではどうしても新たな結論の説明がつかない場面がでてくるからである。

このような状況で、新たな結論を取り込むためには、既存の「インテグリティ」を維持してきた説明（ストーリー）をそのままでは維持できず、揺り動かす必要がある。かといって、政策型思考様式の結論を取り込むために法の体系性の具体的な説明を変えるということが明らかになっては、「インテグリティ」がただの道具に過ぎないということが市民に露見してしまう。このような事態を目の当たりにした市民は、「インテグリティ」のある法が正当な結論を導いてくれるということに対する信頼を失う。今後、結論が明らかでないときに、法制度の「インテグリティ」から結論を導き出そうとも、その結論に対して市民は「納得」せず、「説得」されなくなってしまう。

このような事態を避けるため、政策型思考様式の観点から望ましい結論を採用するために既存の「インテグリティ」の中身にそれなりの改変を迫るにしても、あくまで法の「インテグリティ」の中の論理でも、説明がなされる必要がある。そこで、比較法研究によって、日本法とは異なりながらも、異なった形での「インテグリティ」「統一体」の中から、そのままではないとしても、ヒントを導き出し、既存の日本の法体系とかかるヒントを結びつけるという形で、新たな「インテグリティ」の具体的なデザインを日本法に与える<sup>81</sup>。これによって、日本の法の

---

<sup>81</sup> 大村ほか・前掲注(52)文献は、外国法・比較法をそのまま日本法に取り込もうとする「出羽守」式の「模範による論法」は一般的にはできないものであると批判し（同 97 頁）、近時は外国法・比較法から示唆を得るにとどまっている（「示唆獲得型」）と指摘して（同 89 頁）。そして、そのような示唆を獲得するための論法の 1 つとして外国法と日本法とを対比して両者を説明できるモデルを構成するという論法（「モデル構成型」とする）を紹介している（同 102 頁）。この「モデル構成型」による外国法・比較法研究は、外国法の議論を用いつつも、日本法の「インテグリティ」をどうデザインしなおすのかの議論の参考にするにとどめ、外国法の議論が



「インテグリティ」の形が従来のインテグリティを維持してきた具体的な説明とは改変があったとしても、広い意味での法の「インテグリティ」（あるいは「法の支配」というマジックワードを用いることも許されようか）の内側の論理で変更がなされたことになる。

すなわち、比較法というのは、一方で法的思考の外側にある政策型思考様式の判断を法の体系の中に取り入れるものであって、他方で、それがむき出しの政策型思考様式にはならないように、法的な統一性・インテグリティに対する市民の信仰を保ちながら、法の外側の判断を取り入れるための知恵（実践知）の一つと位置付けることができる。

しばしば、比較法の意味として、日本法の解決策への選択肢を増やす（「解決方法の貯蔵庫〔Vorrat ab Lösungen〕」）、という表現がなされることがある<sup>82</sup>。このような話をきけば、なぜ、ほかの国のやっていない政策を日本の政策として選択肢にあげてはならないのかという批判がなされよう。だが、ここでいう「解決策の選択肢」というのは、海外でなされている具体的な選択肢しか政策の候補としてあげてはならないという意味ではない。そうではなく、法のインテグリティとそれに対する市民からの信仰（一応の信頼）という効果を保ちながら、受け入れ可能な政策型思考様式による望ましい結論を取り入れた新たな解決策を提示するために、外国法の体系と見比べることによって、既存の日本法のインテグリティの内容（具体的なデザイン）の修正のアイデアを提示できるようになるというこ

---

なぜ日本法の「インテグリティ」ある統一性としての理解を修正する論拠となるのかをその「モデル」に求める（同・161頁は、「外国法をその文化から切り取って日本法（つまり、日本の社会）にとり入れるときには、つねに、法的な意味での『文化変容』が生じている」とする）。このような論法は、外国法の議論を論拠としつつも、検討対象となるのは日本法であり、日本法がインテグリティをもつものであるということを前提にして、その具体的なインテグリティの内容に修正を加えるという本文で紹介した手法である。

このような論法の例として、16世紀慣習法期からのフランスの議論を参考にし、抵当権の効力について日本的な「物権」概念ではなく「法律効」としてより柔軟に設計し得るものとして抵当権概念を再構成した阿部裕介『抵当権者の追及権について』（有斐閣・2018）がある（さらに、阿部の問題意識は、「物権」概念を伝統的な支配権的な限定的な理解から解放し、優先権を中心としたより柔軟な概念として再構成する方向に進んでいる。これもまた、「物権」という体系〔インテグリティ〕の内容を修正する試みといえる）。

<sup>82</sup> 五十嵐・前掲注(75)文献105頁、大村ほか・前掲注(52)文献160頁〔「外国法の分析を通して、豊かな議論の存在が得られる」とする〕。

とである<sup>83</sup>。

もちろん、今回の消滅時効法の改正が、上記のような観点から成功例であるか否かはわからない。だが、比較法とは、ただの「出羽守」でもなければ、自国法とは完全に断絶した政策の実験場というわけでもない。法的なインテグリティを保ちながら、政策型思考様式の成果を取り込むための有用なツールなのである。

## 6. 結語

このように、民法を公共政策の観点から観察するには3つの異なるレベルがあり、それを区別することが重要である。①インフラとしての民法、②ベースラインとしての民法、③政策を取り込んだ民法の3つのレベルは、それぞれ異なった議論となっている。そして、民法には、公共政策によってなされる政策型の思考様式（目的手段型の思考様式）だけではなく、法を「インテグリティ」をもったものとして扱うための法的な思考様式に従った議論がなされている。むしろ、後者の議論様式のほうが盛んであるともいえる。そして、そのような議論空間を持つことは統治の知恵として不合理とも言い切れない。そのため、どの先進国においても、具体的な形こそ違え、「インテグリティ」を持った法的な議論空間というものが設けられている。

これに対して、公共政策としては、異なる思考様式であることを自覚し、適切な距離をとりながら、政策型の思考様式で民法が規律する領域に対する分析を進めていただきたい。思考様式こそ異なれども、社会における同じ事象を分析していれば、インテグリティを有する法体系は、「カオナシ」のように、政策型思考様式の研究成果を取り込もうとする。これも、一つの生産的な協働作業の姿だと筆者は考えている。

---

<sup>83</sup> 早川・前掲注(76)文献 164 頁が、比較法の日本法解釈における意義として、社会的前提条件のみならず、制度的前提条件も含めて外国法と日本法とを比較することで、日本法の特徴や特殊性や問題点をよりよく知り、日本法の解釈・運用をより良い方向に導くという説明は、早川の述べる「制度的前提条件」というものに当該国における法体系も含むのであれば、本文の説明と同旨であると考えられる。荻野奈緒が、特定の制度を比較しようとする際に、「いくつもの法制度や、あるいは法外の制度なども絡み合っている」（藤澤ほか・前掲注(76)文献 291 頁〔荻野〕）とし、法的なルールとそれが前提となっている法外の社会的諸条件との関連をみていく（藤澤ほか・前掲注(76)文献 298 頁〔荻野〕）というのも、本文と同様、法的な思考様式と法の外の思考様式（政策型思考様式）とを架橋する者として比較法を捉えていると理解し得る。

公共政策大学院の学生にとって、民法・私法は、難しいうえに政策として面白みがないトピックと思われているかもしれない。だが、上記の様にフェーズの違いを理解しさえすれば、必ずしも民法・私法でなされている議論と完全に心中する必要はないのである。民法学者や法律家の議論とは完全に離れないながらも、一定の距離を保ちつつ、民法ないし私法に関連するトピックを積極的に研究対象として選んでいただければ幸いである。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：19K01362、18H00808、18H03611）の成果の一部である。