

目 次

第1部 総論 法の性質

第I章 大学と公論	2
A 市民社会・市民法の担い手としての大学	2
I はじめに——法と大学の変動	2
II 法学知の需要者たち——大学に集う人々(1)	4
1 ある大学教員の一日	4
2 学生から見た大学	6
III 法学知の供給者たち——大学に集う人々(2)	12
1 ある大学教員の一年	12
2 教員から見た大学	14
IV 法学の性質から——大学で行われていること(1)	18
1 法と法学の関係	18
2 法学の統合性	20
V 大学の役割から——大学で行われていること(2)	21
1 アクセルとしての大学	21
2 ブレーキとしての大学	22
VI おわりに——法の「広場」としての大学	23
B 現代日本における民法典論争	24
はじめに	24
I 19世紀の民法典論争	25
1 民法典論争のさらなる研究へ	26
2 民法典論争研究の研究へ	27
II 21世紀の新・民法典論争	28
1 新・民法典論争の研究へ	29
2 新・民法典論争の記録へ	33
おわりに	34
[後 記]	

I	債権法の改正について	35
II	家族法の改正について	37
III	その他について	38
第2章	社会認識と法教育	39
I	はじめに	39
II	フランスにおける法教育と法学教育	40
1	20世紀末の市民教育——小学生の日常	40
2	19世紀末の法学教育——科学学派による革命	41
III	日本における法教育と法学教育	43
1	法教育から法学教育へ	43
2	法学教育を再考する	44
IV	おわりに	45
第3章	民法と民法学	47
A	状況——変化する法典と法学	47
I	はじめに	47
II	法典——立法の時代	48
1	財産法の場合	49
2	家族法の場合	49
3	債権法改正とその先	51
III	法学——多面体としての民法学	52
1	越境——憲法・倒産法へ, 消費者法・ジェンダー理論へ	53
2	転回——商法学とアメリカ法へ, 法統一とヨーロッパ法へ	54
3	再発見——アジアの関係, 立法との関係	55
4	基礎づけ——社会や思考様式, 存在意義や基本的価値との関係	56
IV	おわりに	57
B	提言——新利益考量法学へ	59
I	はじめに——二つの「戦後」	59
II	出発点としての利益考量法学	62

1	利益考量法学とその好敵手	62
2	利益考量法学とその区分	65
Ⅲ	何のための民法学か——民法学の目的	67
1	法（=社会）形成の学としての民法学——法的市民と市民的法律家の育成のために	68
2	法（=社会）認識の学としての民法学——市民と市民社会の擁護のために	70
Ⅳ	どのような民法学か——民法学の対象と視点	74
1	閉じたシステムとしての民法の研究	75
2	開いたシステムとしての民法の研究	79
Ⅴ	おわりに——新・利益考量法学へ	83
C	具体例——現代日本における相続法学説	86
I	はじめに——民法学の末子？	86
Ⅱ	私法学会シンポジウムを素材に	88
1	序	88
2	議論されたこと	89
3	議論されなかったこと	93
Ⅲ	穂積重遠『相続法』を素材に	95
1	序	95
2	かつて、書かれたこと	96
3	いま、書かれるべきこと	99
Ⅳ	おわりに——協働の場としての相続法	102

第4章 解釈論・立法論と隣接諸学——104

	はじめに——民法の立法・解釈と3先生	104
I	所与	105
1	現状認識	105
2	出発点	107
3	在庫整理	111
Ⅱ	所造	117
1	解釈論・立法論そのものにおける具体例	117

2 解釈論・立法論のための基礎研究における具体例	127
3 小 括	130
おわりに——解釈としての法・制度としての法	132

第2部 各論 研究の枠組み

第1章 体 系 へ—————136

A 民法改正と消費者法 ……………136

I 序 言 136

II 本 論 138

1 総論的な問題——消費者契約規定の位置 138

2 各論的な問題 139

III 結 語 142

B 債権法改正と労働法 ……………144

I 議論の現況 144

1 中間試案までの経緯と今後の見通し 144

2 対応の仕方——「黒船」の到来？ 144

II 本日の報告の感想 146

1 全体の印象 146

2 個別問題からのアプローチ 147

3 全体構造からのアプローチ 148

4 民法学への示唆 150

III 今後の展望 151

1 インターフェイスの必要性——研究教育上・立法上の連携へ 151

2 国際から学際へ——内部での進化とより大きな進化 151

第2章 歴 史 へ—————153

A 明治期日本における民法の受容 ……………153

はじめに 153

I 前提の説明——議論状況 155

1 法学の内外で 155

2 民法学の文脈で 157

II 展開のための試論——資料の提示	159
1 民法の観念	159
2 民法の反響	163
おわりに	164
B 民法典の継受とボワソナード自然法論	166
はじめに	166
I ボワソナード自然法講義を通じての民法典継受	167
1 ボワソナード自然法講義の内容	167
2 ボワソナード自然法講義の意義	170
II ボワソナード旧民法起草を通じての民法典継受	173
1 ボワソナード旧民法起草の特徴	173
2 ボワソナード旧民法起草の痕跡	176
おわりに	177
第3章 比較へ	179
A フランス法研究の展望——民法	179
I 「フランス民法」「研究」「展望」	179
II 民法・民法典の解釈・立法のために——導入型の研究	181
1 基層を発掘する——特殊な関連性を基礎とする研究・その1	181
2 革新を導入する——一般的な方法による研究・その1	183
III 民法・民法典の思想と民法学の理論のために——参照枠型の研究	184
1 観念を抽出する——特殊な関連性を基礎とする研究・その2	184
2 枠組みを構築する——一般的な方法による研究・その2	185
IV 結語——フランス学の系譜の中で／司法制度改革の先に	187
B グローバリゼーションの中の法学教育——パリから東京へ	190
幕開き——2012年5月のパリから	190
これまでの梗概——大学改革と政治学院問題	191
1 大学改革	192
2 政治学院問題	192

第1幕——パリ政治学院 vs 法学部	193
1 ジャマンの著書を読む	193
2 ヴォジェルの著書を読む	196
幕間に——大学の変化？	198
1 競争導入と多様化	198
2 組織再編と海外提携	199
劇評——フランス法学はどこに行くのか？	199
1 変わるもの？	199
2 変わらざるもの？	200
幕切れ、と思いきや……	201
第2幕に続く——2013年の東京へ	201
1 主役から悪役へ？	202
2 観客も舞台に上がる？	203
C これからのフランス法学	205
I フランス法の特徴——アクセルだけでなくブレーキも踏む	206
1 古い法律にこだわる	206
2 詳しい法律をつくる	206
II フランス法学の特徴——現象でなく本質を見る	207
1 法の道具化をさける	207
2 法の人間性をたもつ	208
第4章 学説	210
A 架橋する法学・開放する法学——星野英一『法学入門』	210
はじめに	210
I 紹介	211
1 「外的視点」からの位置づけ	212
2 「内的視点」からの位置づけ	214
II 検討	215
1 「教養科目」としての法学学習	215
2 「専門科目」としての法学学習	217
おわりに——「入門」の研究について	218

B 「人の法」の構想——広中俊雄の民法体系論	220
I はじめに——生成する広中体系	220
II 広中体系の形成——「人間と市民」の間で	222
1 広中体系の原型	222
2 広中体系の定礎	223
III 広中体系の展開——「人の法」構想に即して	225
1 広中体系の変容	225
2 広中体系の未来	227
IV 結びに代えて——民法の体系を語るということ	229
第5章 教育へ—————	231
A 法教育から見た利益考量論	231
はじめに	231
I 民法学における方法論	232
1 民法学は何をしているか	232
2 利益考量論の意義	234
II 利益考量論から法教育へ	236
1 理解の技法としての利益考量	236
2 創造の技法としての利益考量	238
おわりに	241
B 法教育から見た民法改正	243
はじめに	243
I 民法学における体系論	244
1 法典上の体系と講学上の体系	244
2 「講話・読本系」教科書の意義	246
II 民法典の体系と法教育	248
1 「講話・読本系」教科書の体系	248
2 来るべき民法の体系	253
おわりに	256

第6章 立法・判例へ—————258

A 民法と消費者法の25年——民法改正と消費者市民社会 ……………258

I 出発点 258

- 1 25年前の状況 258
- 2 視点?としての「民法改正と消費者市民社会」 260

II その後の展開 261

- はじめに 261
- 1 「消費者法」の展開 262
 - 2 民法の展開 263

III 民法改正の経緯 264

- はじめに 264
- 1 法制審議会以前 265
 - 2 法制審議会 266

IV 展望 268

- 1 民法改正の後に 268
- 2 市民社会と消費者 270

B Unbuiltの民法学——債権法改正「連戦連敗」の後で ……………273

はじめに 273

I なぜ負けたのか——市民社会なき民法（市民法）改正 274

- 1 債権法に特有の事情——推進力の不在 274
- 2 一般的な事情——立法過程におけるコーポラティズム 275

II 今後どうすべきか——民法（市民法）の名の下での市民社会の実現
276

- 1 法制審議会のシステム改良 276
- 2 解釈論・立法論における進化主義 277

おわりに——「人をつくる民法学」へ 278

C 最近の最高裁決定に見る法的推論 ……………280

はじめに 280

I 2件の最高裁決定の紹介 280

- 1 最大決 2013・9・4（9月決定） 280
- 2 最決 2013・12・10（12月決定） 283

Ⅱ 2件の最高裁決定の特徴	284
1 9月決定における進化主義	284
2 12月決定における進化主義	285
おわりに	287

あとがきに代えて——近代日本・平成日本・ポスト司法改革———289

初出一覧	295
事項索引	297
文献索引（邦文）	304
文献索引（欧文）	320

あとがきに代えて——近代日本・平成日本・ポスト司法改革

1 あとがきに代えて、私的な回想を行うことをお許しいただきたい。

私が助手論文を提出して助教授に採用されたのは1985年のことだった。元号で言うと昭和60年である。助手論文の原稿をまとめて法学協会雑誌に出して初めての在外研究に出かけたのが1987年、帰国したのが1989年で、元号は平成に代わっていた。この時から本格的な研究生活がスタートし、昨年(2018年)で足かけ30年、私は60歳になった。還暦を迎えたのを機に今年(2019年)東大を早期退職したので、前天皇の退位とともに私の民法研究も一つの節目を迎えたことになる。また、昨年は明治維新から150周年にあたる年でもあったので、平成日本の30年間は近代日本にとっては、競馬にたとえれば2000メートルのレースの残り400メートル、最後の直線部分にあたることになる。そこで、ごく簡単にではあるが、平成日本の民法学を個人史的に振り返るとともに(2)、これを近代日本の民法学史の中に位置づけてみたい(3)。これは私の視点から、ポスト司法制度改革の民法学を展望する(4)ということに繋がる。

2 平成日本の民法学は「平井ショック」から始まった。1988年から90年にかけて平井宜雄先生が「法律学基礎論覚書(正・続)」を発表し戦後日本民法学を批判したのに対して星野英一先生が反論して、星野・平井論争(第2次法解釈論争)が行われた。論争そのものに関して言えば、両先生の立脚点の違いは明らかになったものの、何か決着がついたわけではない。ただ当時は、加藤・星野両先生の利益考量論が主導した戦後民法学がある種の行き詰まりを見せていたので、若い世代にはこれを打破しようとする平井先生の試みに共感する人が多かったように思う。その後、池田・道垣内論争(1993年ごろ)、森田・潮見論争(1995年ごろ)を経て、歴史指向(通時)から体系指向(共時)へと民法学の潮流は変化を見せた。

他方、1990年代は戦後民法学の総括の時代でもあった。バブル経済が頂点を迎えて一つの時代が終わりに差しかかり、「ジャパン・アズ・ナンバーワン」などと言われた「戦後日本」の民法を総括する試みが、内田貴さんの『契約の

再生』(1990)から始まり、山本敬三さんの「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」(1993年)、私自身の「典型契約論」(1993~95年)がこれに続いた。道垣内弘人さんの『信託法理と私法体系』(1997年)も、異なる指向性を持つものと同じ文脈に位置づけることが可能だろう。この時代の民法学の活況は、吉田克己さんの『現代市民社会と民法学』(1999年)に巧みに描かれている。このころまでの状況をふまえて、大村=道垣内=山本=森田『民法研究ハンドブック』(2000年)が書かれている。

2000年代に入ると状況は一変した。まずは、**司法制度改革審議会の報告**(2001年)を受けて**法科大学院開設**(2004年)に向けての準備が始まった。続いて、法務省が**民法(債権法)改正**を考えていることが報じられ(2006年)、立法案を検討するいくつかの研究グループが立ち上げられた。「**グランド・セオリーの時代**」であった90年代に続く2000年代は、「**教育と立法の時代**」となった。見方を変えれば、理論面では停滞の時代を迎えたと言わざるを得ないところがある。

ここで注意すべきことがある。それはこの時代が昭和40年代に続く「**第二の判例の時代**」であったことである。将来債権譲渡や集合動産譲渡担保、抵当権に基づく妨害排除請求や貸金業規制法43条のみなし弁済など平成10年代は重要判例が目白押しの時代となった。また、1999年の成年後見法、改正借地借家法、2002年の中間法人法、改正区分所有法、03年の担保・執行法制、04年の根保証、06年の一般法人法、新信託法と次々に法改正も行われた。この時代が「**第三の法制改革期**」(あるいは「**大立法時代**」)と呼ばれた所以である。消費者契約法の改正(2006年)や児童虐待防止法(2000年)・DV防止法(2001年)・性同一性障害者特例法(2003年)の制定も付け加えなければならない。こうした判例・立法の隆盛を背景の一つとした法科大学院教育における実定法重視が、学生たちの間に学説軽視の風潮を産み出すことになった。小粥太郎さんとの共著で、私が「**学説と学生の別居**」と呼んだ現象である。

ところが2010年代には再び潮目が変わる。教育と立法への熱狂が終焉を迎えたのである。すでに2000年代の終わりには、ロースクールを準備中だった隣国韓国に向けて「日本の失敗」が語られるようになり、債権法改正のための法制審議会もまた波乱含みで始まっていた。しかし、このことを明確にしたの

は予備試験の隆盛と中間試案からの大きな後退であった。これらの傾向が顕著になった2014年ごろが「二つの戦後」の始まりにあたる（三谷太一郎先生にならって2011年から「第二の戦後」——戊辰戦争・日露戦争を数えれば第四の戦後——が始まったと言ってもよい）。同じ言葉を使うならば現在は戦後復興の時代であるはずだが、2017年に債権法改正案が成立したのを受けて、民法学者はその解説に忙しいというのが実情だろう。その傍らで法学部不人気・日本不人気が進出し、「MBAとチャイナマネーの時代」が始まっているが——あるいはこれらもすでにピークを過ぎているのかもしれない——、そのことへの関心は必ずしも高くはない。大村＝小粥『民法学を語る』（2015年）が視野に入れているのは、2014年ごろまでの状況である。

私自身のことに戻ると、2000年代の最初の5、6年は教科書の執筆に時間を割いたが、『民法総論』（2001年）、『基本民法Ⅰ～Ⅲ』（2001～03年）を刊行したのを境に、これらとは違うことに関心を持つようになった。それを象徴するのが『生活のための制度を創る』（2005年）、『他者とともに生きる』（2007年）、『民法0・1・2・3条』（2008年）である。論文で言えば「マイノリティと民法」（講演は2005年、公表は2008年）、「『市民的権利の法』としての民法」（2006年）を契機に、「典型契約論」によって利益考量論離れを図った私は、10年の試行錯誤を経て再び利益考量論への回帰軌道に入った。もっともそれは星野先生の利益考量論そのものではない。最近の私は、「新しい利益考量法学のために」（2015年）を分水嶺として、さらに新たな方向を模索している。

以上の遍歴を図式化するならば、平成日本の民法学は私個人にとっては、『民法研究ハンドブック』（2000年）までの第1期、『民法学を語る』（2015年）までの第2期、そしてそれ以降の第3期に分かれるということになるだろう。

3では、現時点でこの30年をどう見るのか。この点を話すには、より大きなパースペクティブが必要になる。そこで次に、近代日本の民法学の150年の歴史を振り返ってみたい。私が高校生のころ、日本の「戦後」は1945年から70年まで、まだ25年にすぎなかった。その後さらに半世紀が経過し、「戦後」は70年を超え、明治150年の後半部分を占めるに至った。そこで「戦後」に対して「ポスト戦後」を観念する動きも生じている。

いつから「ポスト戦後」が始まるのか、見解は分かれているようだが、1970

年代が移行期であったことは確かである。一方で、経済成長の余力を利用して今日の社会保障の基礎が形成された。各種の制度が創設された1973年は福祉元年と呼ばれた。ところが1979年には**革新自治体**の象徴であった美濃部都政が終局を迎えることになった。福祉国家の大盤振る舞いに終止符が打たれたわけである。この転換を民法に投影すると次ようになる。すなわち、1970年代の前半にはいわゆる**四大公害訴訟**で相次いで原告側が勝訴を収める（1971年・72年）。ところが、約10年後の大阪空港訴訟最高裁判決は損害賠償は認められたものの差止めを認めた原審を破棄した（1981年）。ここから公害訴訟にとっての「冬の時代」が始まった。

こうして1980年代以降の新しい時代は、福祉国家に代わって登場した新自由主義に導かれた時代となった。平成日本は世界史的には1989年の東欧革命とともに始まったが、その10年前に英米流の**新自由主義改革**はすでに日本にも及んでいた。歴史家が1914年から1989年までであったとする「短い世紀」としての20世紀は、実際にはもっと短かったわけで、日本について言えば、関東大震災の1923年から美濃部退陣の1979年までの約半世紀が20世紀だったことになろうか。そして、この「より短い20世紀」は、民法に引きつけて言えば、「**弱者保護**」が支配した時代だったと言ってよい。戦前は労働者・小作人（末弘）、そして女と子ども（穂積）、戦後は事故被害者（加藤）、借地人・借家人（星野）。こうした「弱者」の保護こそが民法学の課題であった。これに対して、現代のキーワードは「**自己責任**」、民法学の課題は債権法の契約化・物権法の情報化・不法行為法の制裁化・家族法の個人化等々、抽象度の高いものとなっている。前の時代を「**社会化**（socialisation）」の時代と呼ぶならば、今の時代は「**規約化**（conventionnalisation）」の時代と呼ぶことができるかもしれない。ちなみに、近代日本150年の最初の時代は「**文明化**（civilisation）」の時代と呼べるだろう。

社会問題に敏感な日本民法学は論理よりも社会的事実を重んじる傾向を帯びていた。また、モデルとしてのフランス法・ドイツ法についても、その背後にある社会とともにこれらを理解することが目指されていた。これが私の言う「**利益考量法学**」であるが、その影響は、1979年以降も約10年は続いたものの、90年代には退潮しはじめ2000年代には希薄化の一途をたどった。

4 こうしていまや、民法学は司法の補助者あるいは企業法務の随伴者として活路を見出そうとしているかに見える。民法学を含む法学自体が「社会の学」としての求心力を失いつつあるかのごとくである。それ以外に活路は見出せない、あるいは、求心力など最初から存在しないという見方もあろうが、私自身は「社会の学」としての民法学を蘇らせたいと考えている。そのためには、conventionnalisation の人為性ではなく慣習性に着目する必要がある。それは慣習が宿る社会と人間を見直すことを要請する。

より具体的に考慮すべきことは、少なくとも私自身にとっては、①「司法教育から法教育へ」（市民の時代）、②「ヨーロッパから東アジアへ」（非西欧の時代）、③「財産法から『人の法』へ」（人格権の時代）、そして④「実定法から『人と法』へ」（制度の時代）の4点だろうと思っている（これらをまとめると、私にとってのこれからの民法学は文字通りの「市民の法・人の法」の学であることになる）。

以上のうち前の3点（①～③）についてはこれまで多少の検討はした。これに対して、最後の点（④）が現在の私の直接の関心事である。2017年1年を費やして書き散らした「七つのつぶて」論文（順次公表され、本書とほぼ同時期に別の論文集『民法のかたちを描く』にまとめて刊行予定）と、何とかまとめた『人間の学としての民法学1・2』（2018年）は、この点を検討するためのステップであったということになる。その先にも踏むべきステップはあるが、その成果もふまえて10年後を目途に、何冊かの書物の形で格闘の結果を書き遺したいと願っている。

5 今後の研究計画も含めて、現代日本の民法学における私のポジションは異色のものであるかもしれない。「司法の補助者」という観点からは決してメインストリームに棹さすものとは言えない。しかしながら、穂積・末弘から（法政策学までの）中期平井に至る20世紀日本の社会法学的な民法学の伝統に連なり、これを継承・発展させて後世に伝える者たらんという意識は持っている。また最近では、法学の枠を拡張する試みに加わる者となろうという意識も強めている。本書は『性法・大学・民法学』と題されているが、ここでの「性法」は nature du droit（法の性質）であるとともに、時代・場所・視点によって異なる相貌を見せる droit naturel（自然法）でもある。そして「大学」は、

いかにして、誰が、こうした法を生成させるのかという問いとかかわっている。この試みをはたしてどこまで推し進めることができるのか、読者の皆さまには、多少の興味をもって見守っていただければ幸いである。この先さらに検討が進むならば、(法律家・法学者に重点を置いた)『法源・解釈・民法学』(1997年)や(一般市民に重点を置いた)『法典・教育・民法学』(1999年)と比べて、(法学研究者に重点を置いた)『性法・大学・民法学』はどのような意味を持ちうるのかをより明確に示すことができるのではないかと思う。

本書の編集に関しては、有斐閣書籍編集部長の藤本依子さんにお世話になった。いつもながらの細やかなご配慮に対して謝意を表する。

2019年10月15日

大村 敦志

大村 敦志 (おおむら・あつし)

1958年 千葉県に生まれる

1982年 東京大学法学部卒業

東京大学教授を経て、現在、学習院大学教授

〈主要著書〉

公序良俗と契約正義 (有斐閣, 1995)

法源・解釈・民法学 (有斐閣, 1995)

典型契約と性質決定 (有斐閣, 1997)

消費者法 (有斐閣, 1998, 第4版, 2011)

法典・教育・民法学 (有斐閣, 1999)

家族法 (有斐閣, 1999, 第3版, 2010)

民法総論 (岩波書店, 2001)

生活民法入門 (東京大学出版会, 2003)

民法読解総則編 (有斐閣, 2009)

フランス民法 (信山社, 2010)

民法読解親族編 (有斐閣, 2016)

新基本民法1~8 (3・5:2016, 6:2015, 7:2014, 8:2017,
1・2・4 [第2版]:2019)

広がる民法1入門編 (有斐閣, 2017)

人間の学としての民法学1・2 (岩波書店, 2018)

民法のかたちを描く (東京大学出版会, 近刊)

性法・大学・民法学——ポスト司法制度改革の民法学

Le droit civil au Japon d'après-réformes :

Nature de droit, régimes des sciences

2019年12月3日 初版第1刷発行

著者 大村 敦志

発行者 江草 貞治

発行人 株式会社 有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町2-17

電話 (03) 3264-1314 [編集]

(03) 3265-6811 [営業]

<http://www.yuhikaku.co.jp/>



印刷・株式会社精興社 / 製本・牧製本印刷株式会社

© 2019, Atsushi OMURA. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示してあります

ISBN 978-4-641-13823-0

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@copy.or.jp)の許諾を得てください。