

Title	「時効に関する覚書」に関する覚書： 星野民法学の存在理由、あるいは70年代日本の民法学の一側面
Sub Title	Note sur "note sur la prescription" : raison d'être de la méthode d'Eiichi Hoshino, ou certain aspect de la doctrine civiliste japonaise des années 1970.
Author	大村, 敦志(Omura, Atsushi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.10 (2008. 3) ,p.369- 383
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080315-0369

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「時効に関する覚書」に関する覚書

——星野民法学の存在理由、あるいは70年代日本の民法学の一側面——

大村 敦 志

- I 学説に何を学ぶか? : 「覚書」には何が書かれているか、あるいは小さすぎる文脈を離れて
- II 時効学説展開のモーメント : 「覚書」はなぜ書かれたのか・その1、あるいは小さな文脈に即して
- III 70年代日本の民法学としての星野民法学 : 「覚書」はなぜ書かれたのか・その2、あるいは大きな文脈の中で
- IV 利益考量論を救い出す? : 「覚書」から何を引き継ぐか、あるいはさらに大きな文脈に向けて

I 学説に何を学ぶか? :

「覚書」には何が書かれているか、あるいは小さすぎる文脈を離れて

(1)この講義は金山直樹教授のお世話によって行われているが¹⁾、同教授が時効法の専門家であることはよく知られている通りである²⁾。また、慶應の大先輩・内池慶四郎教授も時効法の専門家として広く知られている³⁾。慶應の

1) 本稿は、2006年7月に慶應義塾大学法科大学院において行われた講義原稿に基づくものである。その趣旨に関しては本文に記した通りであるが、お世話をいただいた金山教授ならびにご出席いただき有益なご意見をいただいた関係の諸教授にこの場を借りてお礼を申し上げたい。

2) 金山・時効理論展開の軌跡(信山社、1994)などを参照。

3) 内池・出訴期限規則略史(慶應通信、1968)などを参照。

民法学と時効とは切っても切れない関係にあると言える。もっとも、時効をテーマに掲げたのはそのためではない。

この講義の検討対象となる「時効に関する覚書」は、時効理論における星野説を展開したものとして広く知られている。と同時に、この論文（以下、「覚書」と略称する）は、民法学者・星野英一の代表的な論文の一つであり、また、1970年代の日本の民法学を代表する論文の一つであるとも言える。

この講義の目的は、「覚書」という著名な論文を素材にして、「学説」の理解の仕方を示すことにある。この講義を含む一連の講義は、リサーチペーパーの執筆準備をする法科大学院生のために行われていると聞いているが、およそ法学において何らかのリサーチを行うためには、関係する「学説」を理解することが必要になる。このこと自体は十分理解されていることであり、改めて強調する必要もないことであろう。

しかし、この講義では、法科大学院生が想定するのは別の文脈で、学説をとらえるべきことを示したい。以下は、「あまりに小さな文脈」における理解にとどまることなく、より大きないくつかの文脈（「小さな文脈」「大きな文脈」「さらに大きな文脈」を想定している）における理解をめざすべきことを説くものとなる。「文脈」を「レベル」と言い換えるならば、「レベル0」からスタートして「レベル1」「レベル2」「レベル3」へと、順次、理解を深めていくべきことを主張すると言ってもよい。

とはいえ、全ての学説がこのような検討にふさわしいわけではない。すでに一言したように、「覚書」は、時効理論にかかわる有力学説を説く論文であるのみならず、一人の民法学者を、あるいは、一つの時代を代表する論文でもある。こうしたエポックメイキングな論文に対しては、それにふさわしい理解の仕方がある。すなわち、より大きな文脈（より高いレベル）において理解することが必要なのであり、そのことによって、当該論文をよりよく理解することが可能になるのである。

(2)ここでいう「あまりに小さな文脈」とは何か。本論に入る前に、内容の紹介も兼ねて、まずは、この文脈で「覚書」をとらえてみよう。

「覚書」は、当初、『法学協会雑誌』に4回にわたって連載された論文であるが⁴⁾、現在では、星野英一の論文集『民法論集第4巻』（有斐閣、1978）に収録されている⁵⁾。5年を費やして書き継がれ総頁数150頁に達するこの論文は、以下の6節から構成されている。

- 一 はしがき—問題の出発点
- 二 従来 of 学説に対する疑問
- 三 沿革小史
- 四 わが判例から見た時効の機能—(一)取得時効
- 五 わが判例から見た時効の機能—(二)消滅時効、(三)まとめ
- 六 結語

しかし、内容に着目するならば、問題の設定(一、二)、第一のアプローチ＝沿革研究(三)、第二のアプローチ＝判例研究(四、五)、結論(六)という四つの部分からなっていると見える。

ある著者は、「覚書」の内容を次のように要約している(①～④は大村)⁶⁾。「覚書」は「①時効により他人の物の占有者が所有者となり、債務者が債務を免れるという解釈に根本的な疑問を抱く。そして、②時効制度の沿革と③その判例における機能を探究し、時効の存在理由を次の点に求める。すなわち、④a原則として、時効は『真の権利者の権利を確保し、弁済者に二重弁済を避けさせるための制度』である、ただし短期取得時効は取引安全のための制度である、と」。そして、そこから「覚書」は「④b時効の具体的解釈は、その運用をできるだけ制限する方向で行うべきものとされるのである」と。以上の①～④が、先に掲げた「覚書」の四つの部分に対応する。この意味で、この著者は「覚書」

4) 同誌86巻6号・8号、89巻1号、90巻6号(1969-1974)。

5) 以下、引用は同書から行い、本文中において頁数のみで示す。

6) 草野元己「解説」加藤雅信編集代表・民法学説百年史(三省堂、1999)所収。

を適切に要約していると言える。

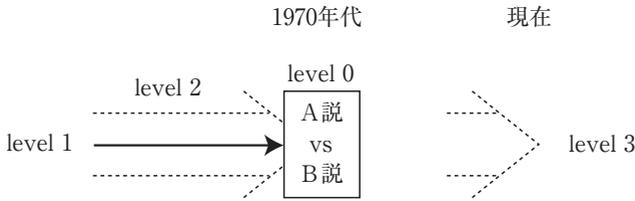
しかし、より簡潔な教科書類においては、「覚書」は「訴訟法説」「推定説」あるいは「権利者保護・訴訟法説」などという名称の下に分類されて、「実体法説」「権利消滅説」あるいは「非権利者保護・実体法説」と対置される⁷⁾。おそらく法科大学院生の多くは、この文脈ないしレベルにおいて「覚書」に展開されている星野説を理解していることだろう。共時化された理解、あるいは、解釈学説に縮減された理解としてはそれでよい。しかし、「覚書」の意義は、このような理解によって汲み尽くされるものではない。

(3)では、どのような理解がなされるべきか。すでに述べたように、以下においては、二つの文脈ないしレベルにおいて「覚書」を位置づけていく。すなわち、第一に、時間軸を導入することによって、「覚書」を時効理論史（問題ごとの・ミクロの学説史）の中に位置づける（Ⅱ）。第二に、解釈論を支える基礎研究との関係を意識することによって、「覚書」を民法学方法論の歴史（全体としての・マクロの学説史）の中に位置づける（Ⅲ）。以上のような検討を通じて、「覚書」はなぜ書かれたのかを重層的・複合的に理解できるはずである。

最後に、このような理解から進んでさらに、「覚書」から私たちは何を引き継ぐべきか、すなわち、「覚書」の今日的な意義について考えてみたい（Ⅳ）。この作業は、過去のある時期の学説を客観的に理解するだけでなく、将来に向けてその含意を抽出しようという試みである。学説の理解とは、以上のような作業の総体を指すのだが、それは、より一般的に言えば、「読解（lecture）」「解釈（interprétation）」という営みそのものにほかならない。

ここまでの話を簡単に図示しておこう（A説＝実体法説、B説＝訴訟法説〔星野説を含む〕）。

7) 各種教科書（内田・山本・大村など）を参照。



II 時効学説展開のモーメント：

「覚書」はなぜ書かれたのか・その1、あるいは小さな文脈に即して

1 出発点

ある学説を学説史の中で理解するにあたっては、その学説が、先行学説のどの部分を問題にし（1）、これに対してどのような主張を展開しようとしたのか（2）を明らかにしなければならない。そのためには、「覚書」は従来のA説を批判してB説を提示した、というだけでは十分ではない。

では、どのように考えるべきか。まず、先に紹介した著者の説明を出発点としてみよう⁸⁾。この著者は、第一に、「従来の通説」（A説）と「有力説」（B説）を対置した上で、「以上のように、従来の時効観には激しい対立があったのであるが、その根底には、時効を権利得喪原因とする規定から出発して解釈するか、法律構成から離れて時効のあるべき姿を追及するののかという立場の違いがあったと考えられる」としている。第二に、「覚書」は「まず、従来の通説に決定的な批判を加える。……また……前掲有力説と基本的な発想は共有するものの、時効を法定証拠とする構成には批判的であり、あくまでも権利得喪原因と位置づける」とする。そして、第三に、「覚書」は「素朴な疑問から書き起こすとともに、文理的にも無理のない解釈を行い、その後の学界に大きな影響を与えた」と結んでいる。

8) 草野・前掲論文。

この説明は、冒頭に掲げた教科書類における説明に比べれば、一歩も二歩も立ち入った説明になっている。しかし、紙幅の関係もあって、あるいは、著者自身がこの問題の専門家であることもあって、隠れた前提に対する説明がやや不足している。以下、この点を補ってみよう。

2 「覚書」のターゲットは何か？

A説（従来を通説）に対するB説（有力説）、B説に対するB'説（星野説）という図式を説明するために、上記の著者は、「規定から出発」するか「あるべき姿を追及するか」という立場の違いを指摘し（A説対B説の理解）、さらに、「素朴な疑問」「文理的にも無理のない解釈」を有する点に「覚書」のメリットを見出している（B説対B'説の理解）。この説明は、次のような補足・補正によってより説得力のあるものとなるだろう。

第一に、A説対B説の理解は、A説を批判して現れたB説の立場からの理解であることを知っておく必要がある。具体的には、そこには、B説を代表する論者である川島武宜の見方が大きく影響している。川島は次のように述べている⁹⁾。「民法は、時効によって私権そのものが消滅するという表現を用いているが、それは、旧民法が訴権法的構成を清算し実体法的構成を採用しようとした結果生じたもので、前述したように不正確な表現だと言わねばならない。消滅時効制度の主たる目的は、長期間の権利不行使の結果、義務者が訴訟上自己を防御するために必要な証拠を保持することが困難になることを考慮し、権利消滅の法定証拠を義務者に与えることにある、と考える」。

このように説く川島には次のような前提が存在する¹⁰⁾。「思うに、権利そのものが消滅することば的表現が条文に用いられている、ということは、そのようなことばで表現されている実質的内容がそのとおりである、ということ必ずしも意味するわけではなく、日本民法が継受した母法たるドイツ法・

9) 川島・民法総則446-447頁。

10) 川島・前掲書450-451頁。

フランス法において消滅時効がどのような制度であったのか、それを起草者がどのように理解しどのようなことばで表現したか、という実質が問題とされねばならない。「鳩山博士以来の不確定効果説は、民法の条文の字句に即して論理的に一貫していることに特色を有するが、そのかわりに消滅時効の本来の——ここに『本来の』というの、日本民法が継受した元の制度に即した、という意味であるが——内容、そうしたまた判例が現に認めている内容、からは遠いものとなっており、或る意味では、判例から独立した論理法学の所産とも言い得ようである」。このように、川島は、「論理法学」を批判し、「ことば的技術」の背後にある実質を摘出する必要があると考えていたのである。

第二に、B説対B'説の理解の部分はどうか。先ほどの著者の表現を用いるならば、B説とB'説とでは「あるべき姿を追及する」際の「あるべき姿」が異なっていることに留意する必要がある。この点を理解することが、「文理的にも無理のない解釈」の意味を理解することに繋がる。ここでも、以下の説明はB'説の側からの説明である。

「覚書」は、まず次のように言う。「法定証拠説をとる学者は、民法の起草者は誤謬をおかしたものであり、規定の文理に捉われることなく解釈しなければならない、と論ずることとなる。もちろん、解釈の方法論一般としてごく抽象的には、この立言は正しい。しかし、文言に反しないで妥当な解釈ができるならば、あえて文言に正面から抵触する解釈をすべきではない」(180頁)。この主張は、さらに次のように展開される。「もともとの問題は、時効制度の存在理由であったのに、これらの説は、あるいはそれに対する解答から進んでその法律構成に及び、あるいはそれに対する解答を避けて専ら法律構成だけを扱っている。ここに、方法論的な疑問が生ずる」(183頁)。とりわけこの最後の部分に、B説とB'説(川島と星野)の分岐点がある。川島が「ことば的技術」を排して抽出しようとした「実質」が「法定証拠」という「理論」(法律構成)であったのに対して、「覚書」(星野)はこのような「理論」(法律構成)に疑問を示し、これを排除しようとしたのである。こうした発想に支えられた「覚書」は、「理論」のために「文理的にも無理のない解釈」を捨てる必要はないと考

えるわけである。

3 「覚書」のテーゼは何か？

以上のような課題意識に支えられて、「覚書」は、次のような作業仮説を提示する。この作業仮説こそが解釈学説としてのB'説（星野説）を支える部分なのである。先の説明との関係で言うと、「素朴な疑問」の含意にかかわる部分でもある。

「覚書」は、まず次のように言う。「一方、判例の結論を全面的に説明しようとしても、どの説にもそれぞれ若干の無理が生じ、他方、判例の大部分は、どの説をとってもそれぞれ異なる仕方での説明が可能である。このことは、せっかく鋭い着想を示した新学説をも含め、従来の学説の態度に根本的な疑問があることを示しているのはあるまいか。すなわち、第一に、判例を体系的に説明する理論を求める努力はあまり意味がないのではないか。とりわけ、判例自体、必ずしも一貫した態度をとっているとはいえない場合にそうであろう。第二に、そもそも、時効に関する具体的な問題の解決を、一定の『理論』から説明し、基礎づけることが無意味ではないか。ことはやはり、時効の存在理由をどう解するかという基本的な価値判断に存するのである」（185頁）。

こうして「理論」を排した「覚書」は、「基本的な価値判断」へと向かう。では、それはどこに見出されるのか。この先に、「覚書」の大きな特色が現れる。「覚書」は、さらに次のように言うのである。「わが民法の時効法は、時効を権利の得喪原因とする法律構成をとっている点だけは否定のしようがない」（だから「文理的にも無理のない解釈」をとるほかない—大村注）。「しかし、それは、混乱した時効観の上に築かれている。個々の規定も、異なった、というより相反する考え方に由来し、異なった考え方からでなければ理解できないものが併存している。従って、これを、一つの原理に貫かれた統一体と見ることは正しくないのである。故に、時効の規定の解釈も、この事実を直視し、その上に立って展開されなければならない」（206-207頁）。

このように「覚書」は、起草者の依拠した原理を探究することを放棄してい

る。そのようなものは存在しないというのである。では、何を抛り所とするのか。ここで出てくるのが「素朴な疑問」である。しかし、もちろん「覚書」は「素朴な疑問」のみを論拠とするわけではない。この素朴な疑問をどのように正当化の根拠に転換するか、そこに「覚書」のポイントがあるのだが、この点に関しては、項を改めて見ていくことにしよう。

Ⅲ 70年代日本の民法学としての星野民法学：

「覚書」はなぜ書かれたのか・その2、あるいは大きな文脈の中で

1 出発点

「覚書」が書かれた頃、星野は、あるいは、民法学はどのような状況にあったらうか。1970年代の中頃、星野は40代のなかばで、すでに「日本民法にフランス民法典が与えた影響」（1965）や「民法解釈学序説」（1967）を発表しており（以下、「影響」「序説」と略称する）¹¹⁾、大著『借地・借家法』（1969）を刊行したばかりであった。「覚書」はこれらの著書・論文に示された星野の民法解釈方法論を集約した論文として執筆されたと言ってよい。このことによって「覚書」は大きなインパクトを持つことになった。

先の著者は、「覚書」は「その後の学界に大きな影響を与えた」と評するとともに、この評に先立ち、先行研究の存在に言及し、「この中島論文はあまり注目されることがなかった」としている¹²⁾。では、なぜ先行研究は注目されず、「覚書」は注目を集めたのか。その理由の一端は、当時の民法学界が、「覚書」を前掲の「影響」や「序説」をふまえた実作として受けとめたという点に求められる。

星野自身、「覚書」を収録した論文集『民法論集第4巻』の「はしがき」で

11) 星野・民法論集第1巻所収。

12) 「中島論文」は、中島弘道「時効制度の存在理由と構造」法学新報64巻4、5号（1957）を指す。

「覚書」に触れて、「根本的な発想の転換をしたつもり」だが「解釈論上の新提言もあまりない」と述べている。しかし、星野の主眼は、まさに「発想の転換」にあり、「解釈論上の新提言」にはない。言い換えるならば、「覚書」は「法律構成」をするのでも「解釈論の提言」をするのでもない論文として意図的に書かれており、学界は「覚書」を受け入れることによって、そうした論文の書き方（研究方法）を受け入れたのであった。

この星野の方法は、一般には利益考量論という呼称によって知られている。それでは、「覚書」が利益考量論を展開したというのは、具体的には何を行ったことを指しているのか（1）。また、ほかならぬ「覚書」において利益考量論が展開されたのはなぜか（2）。以下においては、この点を考えてみたい。

2 「記述的な利益考量論」としての星野民法学

一口に「利益考量論」（「利益衡量論」と呼ばれることもある）と言っても、そこにはいくつかのタイプのものであるし、また、ありうる。私自身、かつていくつかの分類を試みたことがあるが、その際に、星野の利益考量論は「説明型」か「当為型」かという問題を立ててみた¹³⁾。ここでは、このような二項対立によるのではなく、星野の考え方を「記述的な利益考量論」と性格づけておきたい。単に説明にとどまるのではなく、かといって、ストレートに価値判断を示すというのでもない。制度の記述を前提に提言に至ろうというものとして位置づけておく。

このような性格づけ以上に重要なのは、星野の方法、あるいは、星野の民法学の重層性・複合性を認識することである。別の言い方をすると、星野の「利益考量論」にはいくつかの層があり、どこまでを利益考量論と呼ぶかは場合によって異なっているので、このことを明らかにしておく必要がある。

「覚書」と近接した時期に書かれた論文（「利益考量論と借地借家関係規定の解

13) 大村・民法総論125頁。

積¹⁴⁾の中で、星野自身が「利益考量論」の中味をいくつか分類している。大まかに整理すると、そこでは、①ある制度の想定する紛争における利益状況の分析、②当該制度においてある解釈論の採用がもたらす利益状況の分析、③対立する利益の調和をはかる価値判断の把握、④類似の利益状況を扱う制度との比較対照などがあげられている。またこれとは別に、星野は、やはり同時期に書かれた別の論文（「我妻法学の足跡」¹⁵⁾）において、「真の解釈」と「真の解釈のためになすべきこと」を区別し、後者の一つとして、⑤「沿革的・比較法的研究」や⑥「判例研究」をあげている。

もっとも狭い意味で「利益考量論」という場合には、①②が想定されているが（限定ヴァージョン）、実際には③が含まれていることが多い（標準ヴァージョン）。星野自身はこの場合には「価値判断法学」と自称することもあるが、③も含めて「利益考量論」と呼ばれることがあることは認めているように見える。⑤⑥、とりわけ⑤は星野の強調するところであるが、これらをも含めて広く星野の民法学を「利益考量論」と呼ぶこともある（拡大ヴァージョン）。なお、④は星野が折にふれて言及する点であり、ある意味では重要だが、一般に利益考量論の特色として言及されることは少ない点である。これを含めて「利益考量論」と呼ぶとするといったい何が導かれうるのか（再編ヴァージョン）、この点は後で改めて考えたい。

抽象論が長くなったが、項を改めて、「覚書」に即して見ていくことにしよう。

3 「記述的な利益考量論」の実例としての「覚書」

(1)方法の提示：「記述的な利益考量論」の展開 「覚書」の本論の中心をなすのは、「②時効制度の沿革」と「③その判例における機能」であった。別の表現を用いるならば、沿革的考察と判例分析という二つの作業が、「覚書」の「素朴な疑問」を支えていると言える。

14) 民法論集第4巻所収。

15) 民法論集第4巻所収。

もっとも、その支え方にはある意味で微妙なところがある。というのは、沿革的考察からも判例分析からも確定的な結論は得られていないからである。「覚書」の基本的なスタンスは「問題の根本的解決は……時効の効果を広く認めるが妥当か狭く認めるのが妥当かという基本的な価値判断によってしか決まらないものではなかろうか。ところが、この価値判断は、さらに遡って、そもそも時効制度の趣旨・存在理由は何か、これをどう考えるかを決めない限りできないのではあるまいか」（171頁）とする点にある。ところが、このような価値判断は、沿革的考察からも判例分析からも直接的には導かれぬ。「覚書」の著者はこのことを認めている。その上で、自ら信じる「存在理由」を提言している。

確かにテキスト上の論理（比喩的に言えば「実線の論理」「表層の論理」）はそのように組み立てられている。しかし同時に、「覚書」は、沿革的考察や判例分析から一つの方向性を引き出そうともしている。すなわち、時効に対する見方はボワソナードにおいて極限に達する（その後は混乱に陥ってしまう）、判例の価値判断はボワソナードの時効観と両立しないわけではない、という副次的・潜在的な論理（「破線の論理」「深層の論理」）が伏在しているのである。

「覚書」は、ある時効観に立つからボワソナードを称揚するのか、それとも、ボワソナードを手がかりにある時効観を引き出したのか。おそらくどちらであるとも言えない（あるいは、どちらでもある）のではなかろうか。確かなのは、沿革的考察や判例分析は、論理のレベルでは直接的なサポートとなっていないとしても、事実のレベルでは大きなサポートとなっているということである。先ほどの分類で言えば、「覚書」はまさに、利益考量論を標準バージョンから拡大バージョンへと拡張させる作品になっているのである。あるいは、この過剰さが「覚書」の魅力なのかもしれない。

(2)問題の示唆：「記述的な利益考量論」の対象 「覚書」は、「時効の具体的解釈は、その運用をできるだけ制限する方向で行うべき」ことを主張した。「覚書」は、基本的な価値判断を提示することによって、価値判断のレベルにおける判例・学説の不整合を批判し、時効の解釈論を方向づけるべきことを主

張したのである。そして、繰り返しになるが、「覚書」は大きな成功を収めた。

しかし、すべての問題に関して「覚書」の用いたアプローチが有効であるとは限らない。少なくとも、当時の「覚書」の著者はそう考えており、慎重に問題を選んで、このアプローチを用いたように思われる。というのは、「時効の存在理由」はまさに価値のレベルでの統一のアプローチが期待されていた問題だったからである。

このことは、「従来通説」として批判の対象とされた我妻説自体が指摘していたことであった。我妻は次のように述べていた¹⁶⁾。「援用の性質について、根本的な対立がある。もっとも、実際上の効果について最も見解の分かれている援用権者の範囲、援用と放棄の建機などは、必ずしも援用の性質についての理論的な見解の差から導かれるものとは思わない。しかし、実際上重要な関係のある諸問題について妥当な解決を与えるためには、時効制度の本質に遡った研究が必要ないように感じられる。」

この指摘は、援用に限ってのものであり、かつ、「時効制度の本質」が何を指すのかもはっきりしない。しかし、法律構成の差を超えて、時効を説明する必要があることを示す叙述としては貴重なものであると言える。この点に関する限りでは、「覚書」は、実は川島ではなく我妻に負っていると言うこともできる。言い換えるならば、「覚書」は、我妻の問題意識を、基本的な価値判断によって時効の存在理由を基礎づけるという方向で明確化したということになる。

ここで確認しておきたいのは、こうした方向性がすでに示されていたということ、「覚書」はこうした問題を選び出して書かれたということである。逆に言うならば、他の問題についても「覚書」のような説明が広く受け入れられたか否かは、当時の文脈の下では必ずしも明らかではなかったということである。その後は、慎重に対象を選んだ「覚書」の成功によって、このような研究方法を用いることができる対象は格段に増えていると思われる。それでは、す

16) 我妻・民法総則443頁。

べての問題について、同様の議論が可能であろうか。これは、「覚書」の影響の深度にかかわる問題である。項を改めて、この点にも一言しつつ、将来にむけての展望を試みて、結びに代えよう。

IV 利益考量論を救い出す？：

「覚書」から何を引き継ぐか、あるいはさらに大きな文脈に向けて

「覚書」は、無用の・混濁した法律構成をいわば脱構築することによって、その基層にある「正義」を摘出しようとした試みであった¹⁷⁾。そこには、1970年代日本の民法学の共通の特色が現れていると言えるかもしれない。その際に、「覚書」は、記述の部分と提言の部分を峻別し、提言の部分から自らの価値判断として引き受けようとした。このようなスタンスは戦後民法学の共通の前提であったともいえる。しかし、「覚書」が実際に行ったのは、単に現行法のみを解釈するのではなく、歴史の中に、社会の中に法制度を位置づけて、よりよい法を発見しようという営みであったように思われる。それは、広い意味での自己了解＝解釈の試みであり、法発見の試みであった。確かに、「覚書」は現行法の条文との整合性には意を用いているが（川島説に対するアンチテーゼでもある）、その点を考慮するとしても、そこで行われているのはジェニーのいう *libre recherche scientifique* ではなかったのか¹⁸⁾。

このように、「覚書」は *donné* の発見に努めたと評するとしても、その先で *construit* へと向かうことはなかった。むしろ、その先に構想されたのは、「時効の存在理由」のようなある意味で特殊な問題だけでなく、およそ制度一般につき、その趣旨を問うという方向であったように思われる。その意味で、「覚

17) このような「正義」観はデリダのそれにも通ずる（なお、デリダの「法＝正義」観については、大村・法典・教育・民法学〔有斐閣、1999〕315頁以下を参照）。

18) 科学学派と星野の関係については、別稿で触れる（なお、科学学派の背景については、大村「共和国の民法学—科学学派を中心に(1)」法学協会雑誌121巻〔2004〕12号を参照）。

書」はscienceとしての法学への展開を内包したものであった。

techniqueとしての法学はもちろん必要であるが、それと並んで、しかし、それとは別に、scienceとしての法学があるべきではないか。「科学としての法律学」¹⁹⁾を標榜した川島が、ある時期からはtechniqueを重視するかの発言をするようになるのと対照的に、星野はscienceへと舵をきった。これに対してはいくつかの批判がなされてきたが、それらの批判の対象は、利益考量論の限定ヴァージョンであったように思われる。拡張ヴァージョン、さらにはありうる再編ヴァージョンに対しては、そもそもその可能性が十分には検討されていない。

この再編ヴァージョンの可能性を探究することは、現代における民法学の重要課題の一つであるように思われる。外来の民法典を現代の市民社会に定礎・係留すること、これは、日本についてのみ必要なことではない。利益考量論の再編ヴァージョンは、そのためのフォーラムのあり方を示唆する。そのためには方法論のレベルでの議論を新たに活性化することも必要であるが、来るべき方法論が抽象論・一般論にとどまっていたら、大きな影響力は期待できない。新しい時代にふさわしい「覚書」が求められているというべきだろう。

19) 川島の「科学としての法律学」の構想については、同『科学としての法律学』（弘文堂、1955）を参照（なお、『科学としての法律学とその発展』（岩波書店、1987）に、その後の研究とともに収録されている）。