

本当にやりたかったのは……

道垣内弘人（専修大学法科大学院教授）

1 はじめに

2020年4月に、専修大学法科大学院に赴任してまいりました道垣内弘人（どうがうち・ひろと）です。専攻は民法です。今日は名前だけでも覚えて帰ってください。

コロナのさなかに赴任し、同僚にもきちんとお目にかからないまま、学生にも会わないで講義をしておりますと、専修大学法学研究所所報で自己紹介をせよという指示がありました。これはよい機会だと2つ返事で引き受けたのですが、これまでの方々の自己紹介は、研究論文というべき内容で驚愕しました。「こんにちは」でよいのだと思っていたものですから。よく読みますと、欄の題そのものが「新所員紹介」ではなく、「新所員研究紹介」ではありませんか。そこで、ご指示のメールを読み返しますと、「新たに所員となられた方に、ご自身の研究のご紹介をお願いしております」とのことで、正しい説明を受けています。自らのいい加減さを再確認する次第です。

というわけで、いい加減な研究者による、いい加減な研究の履歴披露になってしまっていますが、しばしお付き合いを。

2 なぜ研究者になったのか

私が大学に入学したのは1978年でして、ちょうどその年、私と入れ替わりに大学を卒業した兄が、助手として研究者の道を歩み始めていました。そうしますと、その影響が強いのではないか、と思われるかもしれません。もちろん影響がなかったわけではないのですが、私が大学に所属する研究者になりたいと思ったのは、中学生くらいの時であり、高校生の時にはかなり強い思いになっていましたので、兄の例は、以前からなりたと思っていた研究者の仕事は幻滅するようなものではない、ということを確認する効果をもったにすぎません。

もっとも、本当は、国語学の研究者になりたかったのです。高校の頃に、難波正久先生という方に古文を担当していただきました。この先生の授業は、教科書の文章に1つの言葉が出てくると、その言葉の変遷を語り、他の使用例を語り、そこから、その例として使った、たとえば枕草子のことから清少納言の話になり、といったようなものでした。1つの言葉を巡って、そのように深い議論が様々に展開されることが面白く、そういった研究をしたいと考えていました。

具体的には、こんなことを考えていました（これが、重要なテーマなのか、また、そうであるとしても、どのような先行研究があるのか、そういったことは知りません。高校生の妄想です）。「何が彼女をさうさせたか」というのは、昭和初期の演劇・映画の題名なのですが、これは明らかに翻訳調であり、それが新鮮な感じを引き起こしたといわれています。無生物主語ですね。そして、このような無生物主語は、伝統的な日本語には存在しないといわれたこともあったのですが、しかし、無生物主語自体は日本にも古くからあります。百人一首に、「心あてに折らばや折らむ初霜の置き惑わせる白菊の花」というのがありますが、「置き惑わせ」ているのは初霜ですよ。そうすると、初霜が主語になる。白菊が主語であるという読み方も可能でしょうが、いずれにせよ、本来的に意思を持った行動をしない主体を主語にするということは伝統的にも存在していたわけで、そうすると、無生物主語にも、伝統系と伝来系とがあり、それがどのようにして相互に作用して、現代に至っているのか、が気になってきます。そういったことを研究したいと思っていたのです。

そこで、学部の専門課程では文学部国語学科というところに行こうと思っていたのですが、大学に入ってみますと、趣味人がたくさんいるのですね。私よりも圧倒的に読書量が多く、いろいろなことを考えている。これはかなわない、と思いました。その後、年齢を重ねてくると、大きな顔をして教養を語る大学1年生は、実は大した奴ではないことがわかってくるのですが、そのときには、素朴な私はそうは思わず、そのような人たちに伍して、国語学できちんとした研究ができるのか、について自信がなくなってしまいました。

そこで、2年間の教養課程を経た後、法学部に進学することにしました。逃げて法学部に行ったわけです。しかし、それでもやはり研究はしたいな、という気持ちがありました。最初は、刑法の研究者になりたいと思い、これまた、研究テーマを考えていました。故意とか過失とかを刑法学で定義するのだけれど、それは、裁判における認定過程とどのように結びついているのだろうか、ということです（これが、重要なテ

ーマなのか、また、そうであるとしても、どのような先行研究があるのか、そういったことは知りません。学部生の妄想です)。認定できない定義をしても無駄であり、裁判で認定のポイントとなる要素との関係で定義すべきではないか、そんなことを考えていました。刑法はずっと好きで、その後、2001年に東京大学の佐伯仁志教授と、『刑法と民法の対話』という本を出すことになります。

ところが、最終的には民法を選びました。理由ははっきりと覚えてはいません。米倉明先生の講義が面白かったのは確かですが、面白い講義はほかにもありましたし、国語学や刑法学と違い、学生時代に、具体的なテーマを考えていたわけでもありません。どうしてなんでしょうかねえ。

3 助手論文：『買主の倒産における動産売主の保護』

大学卒業後、助手になりまして、研究生活が始まりました。担保物権法の分野からテーマを選びたいと思っていたのですが、そこに研究上の興味があったからではありません。平井宜雄先生の講義は、債権総論と担保物権をあわせて4単位というものでしたが、ほとんど債権総論だけで終わってしまったので、担保物権が気になっていた、ということが理由です。まあ、そういうことをいえば、米倉先生の債権各論講義でも、不法行為法は2回程度だったのですが。

それともう一つ、いわゆる利益考量論の影響もあったのですが、私は、一定の解釈論を選択することによって生じる経済的な効果を考えて、ポリシーの選択としての解釈論を提示するという手法に興味をもっていました。そして、少し試し掘りをしてみた、買主の倒産における所有権留保の効力に関するフランスの立法が、効力を変化させることによって経済的にどのような効果が生じるかを分析するレポートの結果として行われたことを知りました。

そこで、フランス法を少し勉強し始めたのですが、そのときに、同様に、買主の倒産における所有権留保の効力について、イングランド法でも大きな変化が生じたことを知り、その2国を比較して検討するとおもしろいと考えました。率直に言えば、これで何か書けるのではないか、という気になったのですね。

しかし、実際に、やっていくのはなかなか大変で、こういった観点から整理をしていけばよいのかが、よくわかりませんでした。「わかった」と思ったのは、2つの博士論文を発見したときです。それは、日本語に訳しますと、『買主の破産の結果を回避す

るために動産売主によってとられる諸手法』（ポアチエ大学、1933年）と『有体動産の割賦販売の売主を保護するために実務で採用されている諸方法』（モンペリエ大学、1936年）というものでして、その内容からもさることながら、題名あるいは研究手法から大きなヒントをもらいました。「あー、そうか、ある解釈論の経済的な効果を知るためには、その解釈論の対象となっている手法・制度についてだけ研究してもダメであり、考えられる様々な方法を総体的に検討する必要があるのだ、そうしないと、別の手法・制度に流れるというだけになるから」。考えてみると当然の話なのですが、私は1つの制度を深く研究しようとだけ思っており、そのためにドイツ法にも手を広げ、もがいていたのです。

このとき、私が学部4年の時にゼミでお世話になった山口俊夫先生（フランス法）のおっしゃっていたことを思い出しました。「日本の法学は1つの制度を精緻に分析していくことには優れているが、制度を大つかみにするということに不足がある。フランス法学は、大つかみをしようとする研究手法だ」という話です。実際、助手になってからフランス法の本などを読んでいるとき、そこにおける論理はドイツ法的には研ぎ澄まされておらず、何となく物足りなかったのです。山口先生のご指摘が十分に理解できていなかったのですね。しかし、古く、かつ著名ではない博士論文2編に辿り着き、それらが突破口を開いてくれました。

そこで、私も、所有権留保のみを精緻に検討することを目指すのをやめ、買主の倒産における動産売主の保護のためにとられる諸方法を比較検討し、その中に所有権留保を位置づけていくという手法をとることにしました、そのことが、『買主の倒産における動産売主の保護』という題名に表れているわけです。

4 『担保物権法』

助手論文を書き終え、1985年に筑波大学に講師として赴任しました。その後、1988年に神戸大学に異動したのですが、このころが最も楽しい日々でした。京都大学で商法を講じていらっしゃった森本滋さんと、神戸大学の民法の安永正昭さんが大変仲良しだったこともあり、その2人を中心にして、神戸大学と京都大学の若手の交流研究会が活発に開催されました。また、そこから関西在住の研究者と広く交流関係を構築することができ、これは現在でも私の重要な財産になっています。

このころ、加藤雅信先生が中心になって企画された三省堂の教科書シリーズの中で

担保物権法を書かないか、というお誘いをいただきました。光栄なことなのでお引き受けしたのですが、そんなにすぐに執筆するつもりはありませんでした。1990年9月から2年間、イギリスに在外研究に行くことになり、そこで勉強して、帰国してからゆっくりと、というつもりだったのです。ところが、そうすると、公刊は1994年よりも後になります。そのような話をいたしますと、加藤先生も三省堂も、「それでは担保物権法だけがポツンと後に取り残されることになるから、できれば、在外研究出発前に書けないか」とおっしゃる。若い私は、「そうか、それは申し訳ないな」と思い、そこから担保物権法の執筆に全力を投入することになり、出発前に何とか校正まで済ませ、1990年の11月に出版されました。助手論文を単行本としてまとめる前であり、最初の著書となりました。

しかし、私が帰国する前にはもちろんのこと、帰国しても、当該シリーズの他の著書は一向に出版されません。「これまでのシリーズとは違って、すぐに完結させる」という加藤先生の言葉を信じた私が悪い。だって、そんな例は存在しないわけですから。

しかし、無理矢理にでも、担保物権法の全体をまとめたことは、とてもよいことだったと思います。このとき、毎日毎日考えたことは、現在でも私の基盤となっています。

5 『信託法理と私法体系』

在外研究中の失敗などを書きますと、それこそいくらでもあります、みんなそうでしょうから割愛します。

それよりも、なぜイギリスに行ったのか、です。イギリスの中でもなぜロンドン大学に行ったのか、というのは偶然の面があり、話が長くなりますので省略。そもそも、なぜイギリスなのか、です。

助手論文で、フランス法と並んでイングランド法を扱ったのですが、その当時、所有権留保の効力についてイングランド法で展開していた判例法理は、実は、信託に大きく関係するものだったのです。所有権留保というのは、売買代金が完済されるまで動産売主が売買目的物の所有権を留保するものですが、そうすると、買主は代金を完済するまでの間、売主に経済的に帰属している動産を、いわば預かっているということになります。これをもって、信託みたいなものだ、と考えて、信託に近づけて考える、というのがイングランド法だったのですね。

こんなところにまで信託が出てくる。さらには、金融法を少し勉強すると、信託がいろいろな場面で使われている。そこで、それをきちんと勉強したい。そのとき、より古典的な形を示していると思われるイギリスで勉強したい。こう考えたのです。アメリカで在外研究をする法学者が増えているという状況における天邪鬼的な気持ちもありました。

ところが、ロンドン大学に着きまして、シラバスを見せてもらいますと、大学院クラスの講義にはTrustがありません。そこで、受入教員に対して、「私はTrustを勉強したいのだが、大学院にTrustの講義がないのはなぜなのか」と尋ねたのですね。そうすると、「いや、Trustというのは、いろいろなところに出てくる法理であり、学部レベルでは1つの科目として存在しているものの、大学院レベルだと、金融法にも、土地法にも、担保法にも、といったように、いろいろなところで、そこにおけるTrustの機能が問題とされるだけだ。だから君もいろいろな講義に出てみてはどうか」との返事。

ここでまた、なるほど、となった次第でして、所有権留保のときと近い話なのですね。つまり、信託を信託として信託という表題の下に捉えていくのではなく、いろいろな場面に出てくるところを総体的に検討する必要があると示唆されたわけです。

で、まあ、やっていたのですが、結局、これはfiduciaryについて検討することが必要だとの結論に達し、fiduciaryを勉強するのであれば、世界的にはPaul Finn教授が第一人者だと考えまして、在外研究の2年目は、オーストラリア国立大学に籍を移すことにしました。ロンドン大学での受入教員がRoss Cranston教授であり、実は、ロンドン大学に赴任する前はオーストラリア国立大学の教授であった方だったので、比較的スムーズに事は運びました。

ただ、オーストラリアにいるときは、まだ悪戦苦闘であり、若干、わかった気がしてきたのは、帰国後、1993年の金融法学会で「海外金融法の動向：銀行と顧客との間の法律関係」という報告をすべく、準備していたときでした。

信託とは、一つの法理であり、大きく3つの機能を有する。義務均質化機能、救済均質化機能、典型契約形成機能である。こういった話ですが、これはイングランド信託法の理解の基礎を形成するものとして、結構重要な分析ではないか、と自負しています。ただ、英米法の先生方にはあまり評価されていない気もしますが。それを書籍としてまとめ、『信託法理と私法体系』という題名で、1996年に出版することができました。

6 『信託法』

その後、様々な小さな論文らしきものを書いてきました。しかし、自己評価としては、『信託法理と私法体系』を超えるものがなく、どうすべきなのかなあ、と考えていました。研究論文における行き詰まりは、まだ解消していませんが、その後、信託法についてまとめておきたいと強く考えるようになりました。

実は、『担保物権法』もそうなのですが、そこには若干の主張があります。たとえば、フランスにおける法学の流れを学びますと、そこに、註釈学派とか科学学派とかいろいろ出てきます。1つの学派が隆盛を誇り、突き詰めた議論がされた後、行き詰まりの状況になり、ブレイクスルーが生じて、新たな潮流となる。ところが、日本では、行き詰まりが生じるほどには突き詰められないままに、次の学派が輸入され、流行するという感じであり、最も基本的な、法文の文言との関係で丁寧に論理を重ねた解釈論を展開する、ということが徹底されることのないままに、次の段階に移っていつている、という感想を持っていたのです。

そこで、もっと丁寧に、文言との関係を重視しながら、精緻な解釈論を示せないか、と考えていました。これは、そこにいう「精緻な解釈論」が「妥当な解釈論」として受け入れられるべきだ、という主張を必ずしも含んでいません。しかし、出発点はそこだろう。そのうえで、その「精緻な解釈論」が実質的に妥当でないのであれば、それを乗り越える理屈が考えられるべきだ、というわけです。担保物権法の分野でも、それがすべての条文について十分になされているとは思えませんでした。判例が登場した箇所だけ丁寧に議論されるが、一部はまったく手つかずです。それはダメだろう、全部についてきちんと解釈論を示したい、というのが『担保物権法』という拙著の基礎にある思いなのです。

信託法の分野も同じような状況だと感じていました。アメリカやイギリスの最新理論を取り入れるのも結構だけれど、日本の信託法の条文について、きちんとした解釈を示したい、というわけです。

ただ、これはまとまった時間がないと難しい作業です。ずーっと考え続けていることが要求されます。なんとか頑張ったのが2016年度の前期です。このときは、研究専念期間であり、授業も行政も免除してもらったのです。それと、実は、2015年度は、前期に授業をまとめ、後期は授業なしにしていました。そこで、事実上は、2015年度

後期、16年度前期と1年間は研究に専念できたのですね。2017年5月に『信託法』を出版できました。

7 その後とこれから

『信託法』を書いてから、少し気が抜けてしまいましたが、何とか復活し、次は物権法の教科書を書きたいと思っています。

ただし、書くのであれば、シェアエコノミー、愛好利益、書籍のデータ化といった問題や、ハードウェアの所有よりもソフトウェアのライセンスが重要となる、といった事象をどのように物権法の中に位置づけるかをはっきりさせたいと思っています。関係ない、というのも、はっきりさせるための1つの選択肢ですが、どうなるかはわかりません。

というわけで、専修大学においても、まだまだ研究をしていきたいと思います。よろしくご指導ください。