



Title	私法の法発見における原理と体系 —Uber prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht—
Author(s)	ビドリンスキー, フランツ; Bydlinski, Franz; 藤原, 正則//訳 他
Citation	北大法学論集, 49(6), 177-226
Issue Date	1999-03-17
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15806">https://hdl.handle.net/2115/15806</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(6)_p177-226.pdf



# 私法の法発見における原理と体系

(Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht)

フランツ・ビドリンスキー

(Franz Bydinski)

藤原正則 訳

## 目次

1. 「法律学の」目標は法的解決をでき得る限り根拠づけること
2. 法実証主義の「狭い」合理性
3. 法倫理的原則は法の構成要素
4. ルールと原理は性質の違う規範

5. 現在法体系に向けられている関心は拡散している
6. 法律学に特有の体系の構築
7. 体系の実用的意味の例証、労働者の責任の一層の緩和
8. 「体系」を構成するのは何か
9. 古典的な私法理論の体系イメージ
10. 古典的な私法理論の概念の体系からは実際には何も始められない
11. 体系化さるべき「法素材」
12. 体系と法発見での根拠づけの中味
13. 「外的」体系と「内的」体系
14. その相互関係
15. 「体系からの」合理的法発見も素材に拘束され限界がある
16. 原理に則した体系的な法発見の実例
17. 最後に、不当利得法への適用例
18. まとめ

1. 「法律学の」目標は法的解決をでき得る限り根拠づけること

本日ここで提示しようというのは、原理に則した体系的な法思考は実際上どうしても欠くことができない、という主張の弁論である。望むらくはこういった考え方は当然ある程度は自明のことであろうし、又これから私の話が進むにつれてその輪郭

もはつきりしてくるであろう。但し、まずはこういった考え方を、幾つかの問題との関係で、しかも私の体系と方法に関する仕事の全体的傾向を示して、ここで詳しく説明しておく必要がある。私は法律学が求め続けているものの為に力を傾けてきた。法律学の目標とは法発見において論証づけられた、合理的性格をでき得る限り強化し（ちなみにこれは法政策でも同じこ

とだが、本日は法政策についてふれることはできない、そのことを通じて、現実にはそういった要素があることは否定できないにせよ、非合理的かつ主意的な性格をどうしても避け難い部分に制限することである。推し進めらるべきは、与えられたケースと法的问题に可能な限り充分根拠づけられた具体的なルールによって解決を与えようとする努力である。<sup>(1)</sup> 単なる直観、自由な評価乃至自由な裁量、イデオロギー上の確信、裁判官の理解 (Vorverständnis)、或いはそれをやっている本人にしか得心のいかなない基準に則った裁判官による法の継続形成 (Rechtsfortbildung) は、はつきりと示されかつ最大限確実なものとした前提から出発した追検証可能な論証の過程を通して求められている解決のルールを考え出す乃至は最低限できる限りその準備をするという粘り強い努力の前に、再び後退を余儀なくされることになる。この後者則ち最低求められている解決の準備をするというのは、これまでの解決の枠組みでは当該のケースを判断する為の最後の一步に今一つ付加的な評価が必要だと言っておくだけでも充分なのである。例えば、ある給付障害が「重大な」契約違反と評価され、継続的債権関係解消の主な事由となる、というのがその例である。こういった具体例が、その正当な限界を守って、「裁判官法」<sup>(2)</sup>により今一度与え

られたなら、そこで具体的に示されたことは、今度は正義の基準となる基本的な法原理と結びつけられて、そこで意味があると評価された事実関係のポイントが同様に含まれている将来のケースの基準となり得るし、又そうなるべきなのである。<sup>(3)</sup> さらに、そこで発見された解決のルールが新たなコンテクストでも批判的な検討に耐え得る限りで、爾後は合理的な根拠づけが与えられたことになる。

〔この〕法的結論を可能な限り充分に根拠づけようという目標は、決して目新しいどころか、およそ法律学なるものが存在し始めて以来のその最良の伝統に適ったそれである。現在ではこの目標を意識的かつ粘り強く追及する必要はもはやない、などという訳では決してない。実に、全くその反対である。合理的な根拠づけを目標とする法律学の主流は、<sup>(4)</sup> その理論的基礎の部分である種の困難に巻き込まれている。すなわち、法の安定機能と法の課題に正しく応えている法律学に反対する、学問的見地からのさらにはそれにとどまらず最近増えているイデオロギー故の批判的な反対潮流に、<sup>(5)</sup> 法律学の主流は様々な局面でつけ込まれている。一八〇〇年前後の幾つかの偉大な私法典とアメリカとフランスでの最初の近代的憲法は、まだ啓蒙期の理性的自然法に多くを負っていた。とこ

ろがこれが「法典として」現実化するという大いなる成功のすぐ後に、人間の理性によって必ず何時の時代にも総ての場所ですべて通用する諸原則が認識できるという合理的自然法の理論的要請は、これに向けられた哲学的批判の前に挫折するに至った。

〔その結果〕とりあえずはこの理論的要請をひつこめ、代りに少なくとも極めて長期間は効力を持つ指導的原理で満足しておく、<sup>(8)</sup>というのではなく、およそ理性法的な努力が放棄される結果となつてしまつたのである。

## 2. 法実証主義の「狭い」合理性

それ以来、法律学で可能な限り充分に根拠づけられた法発見をしようという努力は、非常に狭く限られた方法で行なわれてきた。その理論の支持者であると宣言する者にとどまらぬ非常に広い範囲で法的思考を長く支配してきた法実証主義<sup>(9)</sup>、ほとんどそれと変わらない法律実証主義は、法とは何かを、簡単かつそれ故比較的確かな「出生テスト」<sup>(10)</sup>という方法で決定する。則ち、ある規範が「実定」法の性格を持つか否かでとにかく決定的なのは、その規範が一定の国家机关によって作られ現実に行されているのかという点である。但し、その際に法実証主義は主に（実質的な広い意味での）立法を念頭に置きつつ、他面では「現実的」視角からはそのアクセントを「実定法と同様に」

確立された判例法に傾け、これをもやはり実定法に加えている。（だから、そこでも）表向きでは、ある意味では合理的法発見が推し進められている。つまり、その出自故に「法」と認知されたルールは、具体的ケース（乃至は一般的に記述された事案類型）の事実を小前提とし、そのルールを大前提として適用すれば、合理的論証則ち「包摂」乃至は「法的三段論法」による演繹的な根拠づけが可能となる。もちろんこういった考え方自体、今日（その妥当性自体をめぐって）非常に議論されている法論理上の基本問題かもしれないが。<sup>(11)</sup>「しかし」法律学にとつての日常的な仕事である「単純なケース」を見ればわかる通り、規範の「概念の中心部分（Begriffskern）」では包摂のプロセスで実際はほとんど成果があげられている。言語哲学やヘルメノイティクが練り上げたラジカルな解釈への懐疑<sup>(12)</sup>、実はそれは言語コミュニケーションの可能性自体、或いは規範命題に関しては言語コミュニケーションの可能性を否定してしまうものだが、こういった規範科学には実現可能性のない観念的な厳密化の要請は、実践的には無視してもかまわない。

そうは言っても、法的根拠づけは予め国家机关によつて定式化された規範からの演繹につきるものではないという法律

実証主義に向けられた異議は肯綮にあたつてゐる。大体そのことは、実定法の中に様々な空虚な部分、多義性、矛盾、欠缺が見てとれ、しかもそれが実定法規が増える程に不つりあいな位にふくらんでいくことから、明らかでないものである。

こうした決定的な異議に対する国家管理された法実証主義からの古典的かつ法実証主義では必ずそうでなければならぬ答えとは、問題を所轄の国家机关の裁量、特に端から予想されている実定法の不充足さの下で判決しなければならぬ裁判官の裁量へと移しかえることである。<sup>(13)</sup> 大体法規自体が「一般条項」を様々な所で認めているのを見ればすぐわかる通り、この裁量の幅は非常に広く、もしそうしようと思ふならその枠をどこまでも広げていくことができる<sup>(14)</sup>、しかもその結果は、一応見せかけだけは正当な、実は単に裁判官の決定に服すにすぎない範囲自体が、実際上裁判官自身によって決められてしまうということにもなりかねない。

しかし、実際のところ法発見は決して一義的な実定法規定からの演繹の集積や個々のケースでの所轄国家机关の自由な裁量だけからできあがっている訳ではない。演繹や裁量にとどまらず、特に「法規を超えた」法の継続形成やさらには「制定法の法倫理的突破」<sup>(16)</sup>を考えてみれば、そこでは間主観的に通用する

根拠づけを求めて徹底的な努力がなされているのを見てとることが出来る。但し、そこでの難問は、今日の法実証主義的な法の理解からは、国家管理された実定法規以外に正当な規範として大前提たり得るものが存在し得るのかが全くはつきりしないことである。

以上の問題は、現在広く行なわれている様に、様々な局面で、一応形式上は実定法の最上位にある憲法の規定をその意味内容をキチンと考慮せず引っぱりだすのでは、解決が得られるどころか、単に問題が移し変えられ却つて不明確になってしまうだけである。憲法の規定は、実定法規つまり権威のある法文としては原則として無内容で、十分な根拠づけを経て一つ一つの問題に則して具体化される必要があるという性格が非常に強い。実定法規を除けば法発見において何がそうした充分な根拠となるのかという問題は、話を憲法のレベルに持つていってもその中味は変わらないどころか却つてますます深刻化するだけである。

これ等の根拠は、決して経験的特に社会科学的研究の成果だけで発見できるものではない。もちろん、法的根拠づけで用いる必要のある多くの事実的前提の解明が望ましいのは当然ではあるが。しかし、単に事実を経験的に解明するだけ

では全く不十分だというのは、存在から当為を引き出そうという「自然主義的な誤った推論」がお話にならないということだから、判然としている。

できる限り合理的に根拠づけられ追検証可能な法発見という目標からは、結局のところ「実定法規定」を超えたそれ以上の大前提たる規範を法的に重要だと認めること、言ってしまう概念の形成が目的に適ってなされていればそれを「法」として認める必要がある、ということに落ちつくのである。

### 3. 法倫理の原則は法の構成要素

このような大前提たり得るのが、確かに国家が公布した法規という形をとつてはいない、しかしわが国の法及び我々の法圏・文化圏に属す複数の国家の法、さらには非常に一般的な形では広範に普及した（国家統制の形式をとっていない）法概念の基礎となつている一般的な法倫理的諸原則である。出来る限り合理的に根拠づけられた法を獲得しようという実践的視点の下で、実定法を超えた平面での法獲得に方向性を与える原理を用いて国家統制された実定法規を補う現実の必要性が、法発見にとつて実りあるかつ包括的な法概念求めて、今日の法理論ではその中心となつている「原理による論証」乃至「方法論的論証」という形で、法概念の国家管理による狭窄化と対抗関係に立つて

いる。

法的事件や法的問題のできる限り充分合理的に根拠づけられた解決のルールを見い出そうという法解釈学の実践的任務という点からは、国家機関ではなく国家から距離を置いた特にとどの国家と限らず社会に発生した状況や展開に根を持つ基本的な法倫理的格律と関係づけられている、法というものへの広い理解は、無条件に優先されてしかるべきである。こうした法の理解があつてこそ、国家管理された普通の意味では、「実定法」による根拠づけがこれまで述べてきた通り非常に欠陥に苦しんでいる局面でも、間主観的に示し得る規範的な大前提に立ちもどつて根拠づけをおおぐことが可能となるのである。

もちろん、法倫理的に豊かな内容を持った法概念を指定すれば、そのことで非常に重要かつ困難な問題がもちあがつてくることになる。どうすれば、大小様々の人間集団で唱えられている多様な倫理的公準から重要な法倫理的原理を析出できるのか、これをどう実定法の規定とつなげていくのか、かつ法発見のプロセスで方法論上どう利用するのか。こうした問題は実に複雑であり、単に法規の拘束性に反発したり、衡平、裁量、自由或いは自由な評価などで克服できるような代

物ではない。

以上の問題の内の幾つかのテーマに関して、私は既に二冊の著書で、その主張が合理的だと私自身が確信し、かつ法律学がその課題を遂行する過程で集積した経験に照せばそれが優っていると考えられる、それ故合理的な法律学の主流につらなる立場を、明らかにしておいた。まず、『法学方法論と法概念 (Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe)』<sup>(18)</sup>で主張したかったのは、昔ながらの法学方法論には法解釈を合理的に根拠づける作業を推し進めていく力が十二分にあり、しかもどう転んでも、これまでに述べた結局その場限りの評価に落ちついてしまう今日色々と言われている選択肢よりはるかにましである、ということである。しかし、同時に明らかにしたのは、伝統的な法律学はそれ自身が持つルールの根拠づけと改良の為に、そのルールだけでなく法概念を必要とする。だから、国家法たる実定法の他に、法哲学でしばしば「法理念」という言葉で集約されている正義、法的安定性、合目的性といった普遍的な法原則を出発点にすえた法理論を求めている、という理であった。もちろん、その為には、こうした法原則を総てかつ一つ一つの違いを明らかにして分析する、かつそれが現実にどのように具体化されているのかという方向で問題をほどいていく必要がある。

『基礎的な法原則 (Fundamentale Rechtsgrundsätze)』<sup>(19)</sup>で何より私が追い求めたのは、歴史的・経験的に確認されたことを合理的・批判的に検討して得られたに違いない、こうした指導的格律の発見とその具体化であった。実用法学では、例えば、真の人間平等、経済的効率性というような、経験的でないししばしば全くの空想からでつちあげた規範的公準を、「その」規範的、指導的目標にしてしまうことは評されないし、又、特定集団で特定の時期に事実として圧倒的に承認されている指導的な目標によりかかるのでは全く不十分である。もしそんなことになれば、その時々で政治やメディアが作りだした状況のままに、何か不都合が生じれば結局全体でその責任をとらざるを得ないにもかかわらず、その気になりさえすればこれを利用して何でもやってのけられる、人種差別的スローガン、階級闘争の要請、自由の原理の反論不可能な理解ですら、法倫理的公準として通用してしまうだろう。法的論証に耐え得る論拠を提供する法倫理的原理というのは、多くの前提をクリアして始めて承認されるに足る。つまり、こうした原理は、広範囲、原則として複数の国家にまたがった倫理的確信と合致しておらねばならず、又実定法の内容を決定する基礎としても完全に通用し、かつ「法理念」という根本原則

のコントロールによる検証にも耐え得るものでなくてはならない。

#### 4. ルールと原理は性質の違う規範

『基礎的な法原則』で私がまずとりあげたのは、その両者の区別が重大な帰結につながる「ルール (Regel)」と「原理 (Prinzip)」の区分を精緻化する最近の重要な論争である。<sup>(20)</sup>その論争の成果によると、ルールはルールの構成要件が満足させられればその法効果が有無を言わず発生する。反対に、原理は段階付け可能な要請であり、その要請は全面的にはなく多少ともといった形で満足され得る。乃至は、それに反対する他の原理の存在によって満足の範囲は制肘されており、始めから可能な限りで満足され得る要請にすぎない、というのである。〔だから〕ルールの矛盾が実際に解釈で調整できないときは、いずれのルールも適用不可能だが、原理が矛盾していてもそれは〔原理間の〕衡量と境界づけが必要であるにすぎない。原理間で衝突がおきても、衝突している各々の原理はそれが通用するはずの領域から完全に駆逐されることはない。原理はその要請が全体としてできる限り効力を与えられるように、つまり最大限の充足の要請に従って<sup>(21)</sup>処遇されるべきである。ある原理が特定のコンテキストで制限されているときは、少なくとも同じ程度で他の原理が要求されており、これによってその制限が補わ

れていなくてはならない。

ある事案類型への具体的な法的ルールの適用をめぐる〔そのルールの基礎となる〕原理が衝突し、その結果各々の原理の守備範囲が決定されれば、そこでの衝突の解決は、直接にはルールが与えられてはいないが類似の利益衝突が見られる事案類型にも類推されるべきだということになる。

法規定のルールが原理をその基礎としている程度よりも、多少ともその原理との関連性が弱くなっていることが見てとれる事実関係では、その間の隔りが大きくなればなる程に、距離に応じて法効果は水増しされて適用されるべきである。〔他方〕複数の原理が同一方向へと作用しているときは、その複数の原理の支持する効果が（その効果が量的に段階づけられるなら）一層多く乃至はますますその方向で根拠付けられたことになる。

この原理〔間衝突〕とその適用の理論は、ヴァルター・ヴィルブルグの動的システム (das bewegliche System) の考え方を、規範の性質という点で緻密化し、さらに押し進めた動的システムの變形理論だと言える。総て法素材は原理 (「要素 (Elemente)」) の多元的な層であると考え、法適用を特に法効果の段階付の可能性という側面から見ていくというのは、すでに

ヴィルブルグの理論で完全に展開されていた問題視角である。

5. 現在法体系に向けられている関心は拡散している

未公刊だがすでに出版準備の完了した『私法の体系と原理 (System und Prinzipien des Privatrechts)』という大部の新しい書物で私が目指しているのは、合理的な法発見という目標からは法律学の体系はどうあらねばならぬのかという問題の探究と、法体系を求める適切な努力を通しての合理的な法発見の促進である。今世紀の間に、法体系とは何か、又法体系は法律学の課題にとって実践的意味が有るのかという問題は、明らかに正面からはとりあげられなくなつてしまった。体系への関心は偶然かつ個別的に示されるにとどまる。つまり、体系とは何かという基準についての言うに足る程の特別な考察もないまま、例えば、経済法、消費者法、銀行法、建築法、医療法、スポーツ法等の新しい部分的体系が求められている局面においてである。しかも、そういった分野が伝統的体系でとりあげられている素材とどう関係しているのか、又それとどう区別できるのかということが、部分的には相当議論され区分の試みも幾つかはなされながらも、結局はよくわからずじまいという有様である。よくあるのは、要するにある個別分野の情報を集めたいという欲求だけが、こうした体系化の目的だというケースである。そう

なると、こういった体系は例えば債務法や商法のようなそれに固有の法律学によつて発展させられてきた体系部分のその又一部ではないのか、さらにはこの区別には特別に重大な意味があるのではないのか、などということには問題にもされず、銀行、建築業等の特定の生活領域で重要だと考えられたルール、法律問題、及びその解決がき集められるにすぎない。〔だから〕当該の分野で統計的に見て特に典型的である問題状況の検討は別として、例えば銀行法や建築法等の中で、契約の締結、契約の有効性、或いは給付障害といったこれ等の生活領域以外のどこでも当然生じてくるような一般的問題にどこまで踏み込んでいくのかという点では、全くバラバラで単なる趣味の問題ということになつている。

最近提唱されている体系の中でも以上とは違ったものは、それが特別に重要と考えられている変化を呼びかける法政策的関心を示そうという性格を強く持つている。例えば、「消費者法」なる体系がそうであるし、又ある意味では「経済法」についても同じことが言える。しかし、そうは言っても人間は総て少なくとも経済的には「消費者」の役割を演じているのだから、部分的にでも特別な体系を構築するには消費者概念は適切ではないことは容易にわかりそうなものである。そ

ここで企てられている変化の要請は、それが正当な限りで、体系として特別な領域を作り出すというような代物ではなく、広く一般的法素材と関係していると言えよう。

## 6. 法学に特有の体系の構築

確かに今日法学に特有の体系について語られることはほとんどなく、従ってその基準や課題に関しても同様であるが、いざにして純粋に実用的或いは純粋に法政策的な動機から新たなそれを作り上げようというのでは、法学に特有の体系構築にはほとんど得るところはない。長年にわたる実用法学の為の方法論上及び法理論的な仕事を続けてきた結果、私はこういったやり方はできる限り合理的に根拠づけられた法獲得という目標に照らせば非常な欠陥があるという確信を持つに至った。合理的な法獲得の可能性は、法素材が予め、つまりこれから判断すべき法的問題が登場する以前に、可能な限りそれが適用可能なように記述され、その結果その都度必要な問題解決の準備がすでになされているか否かに、ほとんど左右されている。言い換えると、法学に特有の体系を作り上げるといふ作業も、この法獲得という中心的課題にこそ目標を定めていかななくてはならない。これこそが、そこから帰結される幾つかの事柄も含めて、以下の考察で納得のいくものにしてしようという、根本テー

ゼである。

このテーゼから反対に、方法論上理に適った法発見というのは、体系を、正確には体系的関連を用いて行なわれなければならないということも明らかになる。事実、法学方法論では体系については、少なくとも「体系的解釈」という標題の下で問題にされている。則ち、まずは体系的に見ると啓発されるところの多い他のルールの規範の解釈の正確な内容に力点が置かれ(体系的・論理的解釈)<sup>(25)</sup>、次には等しいものを等しく扱うという正義の要請と結びついてルールの基本的評価及び目的が問題となる(目的論的・体系的解釈)<sup>(26)</sup>。「ちなみに」後者、つまり目的論的・体系的解釈を始めるには、なかなか面倒なプロセスを必要とする。つまり、法解釈上の難問の解決及び補充的な法の継続発展では言わずもがな、当該の法制度と法素材に注意深く配慮する必要がある、しかもそれはそこで関係している原理に最も合致するように、言い換えると原理が全体として最大限満足させられ最小限でしか損われないうように実現されるべく、具体的問題毎に解決のルールを発見するという姿勢で行なわれるべきである。<sup>(27)</sup>総じて言えば、たとえそれが完全ではなくとも、とりあえずは既存の規範的体系に一度に問題を整理しておく必要がある。しかる後に、

そこで関係した要素を方法論上可能な限り問題と関係させて精緻化しておく、つまり我々が必要としているキチンと根拠づけられた解決のルールをさらに前進させておくべきである。

7. 体系の実用的意味の例証、労働者の責任の一層の緩和  
 これまでに話したことを、具体例をあげて明らかにしよう。

広範囲に渡る専門的議論の上で、先頃連邦労働裁判所の大法廷は労働者の責任緩和という問題で、当該労働の「損害発生傾向」乃至「危険傾向性」という要件を判決理由から落すに至った。

判決の理由づけは包括的かつ細部に渡つてはいるが、私の見たところでは、多くの点で判然とせず十分な決め手になるような代物ではない。その理由は色々あるが、とりわけリスクという一般的概念が二義的に用いられているからだという点は最低限指摘できる。すなわち、一方で営業・企業組織のリスクの概念では「リスク」と「危険」とが（少なくとも）非常に近似していること及び他方で労働も危険性向があることを全く顧慮せず、十分な説明なしに営業・企業組織のリスクとの対比を説く態度、加えて問題と関係の薄い憲法上の警告故に包括的でありながらもそれ以上発展しようのない説示がその原因である。

しかしながら、それをこちらがキチンと受けとめることができるなら、判決の結論及び一部は背後に隠されている核心的な

理由づけの諸要素からも確認できるのは、ここでは損害賠償法と労働法の問題が同時に問われており、従つて最終的にはこの二つの法領域の指導的原理を問題とせざるを得ないということである。損害賠償法の分野では、一方で過失責任主義、他法で民法典二五四条及び危険責任の幾つかの規定を根拠に以前から共働過失の一般化により発展してきた共働帰責の原理が、これに関係している。かつこの問題では、後者が（組織上のリスクを含んだ広い意味での）営業のリスクという労働法上の原理並びに（総ての意味での人格保護という含意を伴った）使用者の配慮の原理によって具体化されかつ強化されている。

これ等の諸原理を総て最大限尊重しようという努力を体系的に推し進めるなら、労働者の責任の緩和の不可欠の要件としては、実際のところ損害・危険性向というメルクマールを維持するよりもこれを削除した方が、責任緩和を根拠づけ易いことが明らかになる。というのは、「リスク」や「危険」で表現される損害発生の可能性の程度に責任緩和を総てかからしめるよりも、このメルクマールを削つて（使用者の）配慮の思想を持ち出す方がどう転んでもずっと優つており、その結果リスクや危険と結びついた過失責任主義の（取るにたりに

料 ずかつ論理必然的な) 限界は、配慮の思想の前に後退すること

になるからである。

資 以上とは反対に連邦労働裁判所大法廷の憲法に関する広範に渡る詳細な説示、特に基本法二条一項と結びついた基本法一二条についてのそれは、問題と関係のない原理の過度の抽象論を企てており、しかもこれ等の憲法上の保障が誰にでもつまり使用者、労働者の双方にあてはまることになっているが故になおさらのこと、そうはいつでもこれは憲法に関する閑話休題ではよくあることだが、具体的問題の中味の解決には全く役立っていない。以上の事情は、形式的には憲法が実定法の最上位にあるからといって、変るわけのものでは全くない。このような評価は、結論的には連邦の各最高裁判所の共同部の手続を省いて連邦労働裁判所の大法廷の見解に従うと決定した(一九九三年九月一二日)連邦通常裁判所民事四部の見解と一致しており、その判断を下すにあたり、連邦通常裁判所は連邦労働裁判所大法廷の憲法上の理由づけ(B III)に対しては、明示的に留保する態度を示している。<sup>(28a)</sup>

私がこの例をここでとりあげた理由は、なかならず私がこの問題を既に詳しく論じたことがあり、時間の関係上この程度の示唆でとどめざるを得ないとともに、又とどめることも可能だ

からである。<sup>(28b)</sup>

#### 8. 「体系」を構成するのは何か

以上の問題の或る側面を、さらに追究してみよう。今の話が、原理間衡量が不可欠であり、かつそれが方法論上合理的なコントロールを受けた例であること自体は承認されたとしても、それでもこの例が体系的な法発見とおよそ何か関係があるのかという点を問題にする余地はあり得よう。そういった意味ではこれは従前から裁判官による法の継続形成により緩和されてきた労働者の責任という法状態の「更なる裁判官による法の継続形成」<sup>(29)</sup>の好箇の例ではないのか、という批判に多くの人が傾く可能性もある。こうした立場からは、はっきりと言ってしまえば、これは「体系からの」法発見の実に正反対の例だということになる。

確かに、法獲得の方法と体系に関する広く普及したイメージからは、どうしてもこのような反論が出てくることになる。しかし、以上のイメージはその内容が掘り下げて考えぬかれているというのではなく、単に普及しているにすぎず、あからさまに言うなら、全く皮相な見解にすぎない。このような批判が直観的に正しいという安心感をとりあえず若干動揺させる為に、先の例で用いられた論拠は総て問題と関係する部

分体系、すなわち損害賠償法と労働法に帰されるものであり、従って決して始めから体系とは無縁のものなどとは断ぜられないという点に注意を喚起しておこう。もちろん、法素材の指導的原理が法素材でもないし、法体系の内にも入らないなどというなら話は別であるが。

ここまでくると、既に実質的には話は、より詳しく見ておく必要のある問題の核心にまで立ち到っている。今反論という形で先取りして示された、「体系からの」法発見とそれとは全く種類の異なった例えば「裁判官による法の継続形成」に由来する法獲得とを単純に並置するなら、そこで言うところの「体系」の中味は一体何なのかという疑問を抱かざるを得ない。加えて、体系の中で可能な限りキチンと分類して見通しが利くよう提示されるべき「法素材」とは、正確には何であるのか。「残念ながら」こうした問題提起が実践的な目的でなされることは、およそ全くあり得ない（そうではなく、法的ルールそれ自体或いはそれに関する法律学の命題が法素材の一環なのか、などという点が問題とされてきた）。しかし、「体系からの」法発見と体系とは無縁の法発見のプロセスとを厳格に区別しようというなら、そこでは明らかに「体系」は非常に狭く、国家机关によって形式的に「定立された」法規定の集合と大体同じものと解されて

いることもはつきりしてくる。そうなると、「体系からの」法獲得は、予め「実定法」と定められた規範からの演繹以外には考えられないことになる。

こうした立場は、かつてよく論じられた「トビック」<sup>(30)</sup>の理論に依拠して、特に「体系思考」と「問題思考」を二つの違ったものと理解しているようである。（トビックの理論によると）前者は単純なケースの「解決という」比較的狭い領域でだけ有効である。これに対し困難な問題状況では、法律学は「トビッシュに」つまり体系とは無関係に問題に関するその時々<sup>(31)</sup>の議論で事後的に選択された視点（トポイ）に立ち戻って問題解決する必要がある。しかる後にトポイがそうするにふさわしい程に安定したものとすれば、「トポイ・カタログ」の中に収納され、次の問題解決の準備となる、というのである。

少し以前までは耳目をそばだてよく口の端にのぼったこのトビックの理論は、今日では既に過去のものとなってしまうようにも見える。ところが、トビックの理論およびそれに類する複線理論<sup>(31)</sup>は、法発見において二つの方法が載然と区別されるべきであるという、明らかに今日でも広く普及しているイメージを規定している。しかし、多くの人が無自覚ではあるが長きにわたるこうした成功に、トビックの理論（及びそ

の他の複線理論)は値するような代物ではない。というのも、トピックは——それが意識的に「体系」に反対しているが故に特別な興味を引くし、かつ例証にも使えるのだが——「体系」とは何なのか、正確には何をイメージすればよいのか、体系を構成するものは何か(この点に関する先の説明は、単にとりあえずわかり易い解説にすぎない)という問題をも、又、法的な前提として承認されかつ何度もそれに依拠する「トポイ」は少なくとも「体系」に組み込み得るし、そうすべきではないのかという点をも解明したことはただの一度もないからである。しかし、法発見において「体系」がどの程度の意味を持つているのかは、実にこれ等の問題の解明にかかっているというのは、誰にでもすぐわかる理である。だから、例えば労働者の責任〔の緩和という問題〕で用いられた指針を体系とは関係がないトポイであるとか、体系を超越した裁判官法だというなら、それは複線理論の例がここでも確認されたということになる。反対に、ここでそうしたように、以上の指針を問題に関係する労働法と損害賠償法という部分的な体系の指導的原理であると考えるなら、原理に則した体系的な法発見が行なわれた極めて印象深い例証が示されていると言える。だから決定的な分岐点となるのは、「法体系」の意味が立法権の権威により定式化され

た一般的ルールだけなのか、それとも、たとえ「法規定という形で」書かれていなくとも、部分的な体系の明確かつ承認された諸原理のような要素もその一環なのかという点である。世間で尊重されかつ影響力も大きい学説が、体系的に把握された又はさるべき法素材とは何かということをおよそ問題とすることなく、「体系からの」法発見とそれ以外の法発見を説いているというのは、おどろくべきことである。

#### 9. 古典的な私法理論の体系イメージ

始めから「体系思考」に対するアンチテーゼの中で発展してきた法理論にとつては、ある意味ではこの話はわかり易いかもしれない。ここでは、最後の偉大で影響力に富んだ法思想の主潮流が、体系的に把握さるべき法素材及び体系構築の基準をどう考えていたのかを明らかにしよう。この主潮流の特徴は体系化への非常な努力であり、かつそれは体系化への努力が法獲得という実践的目的にも資することを望んでいた。これこそが、一九世紀の古典的私法解釈学、それが後に変形した概念法学をも含む歴史法学派である。歴史法学派は、とりわけハイゼ(Haase)により発展させられたバンデクテン体系(32)を受け入れ、しかもそれを完全に押し進めかつ承認にまで導くことで、まずは私法の「外的」体系化、すなわち

法素材を一定の順序で提示するという作業を大幅に押し進めた。もちろん、パンデクテン体系の五乃至（債権各論を独立させるなら）六の法素材の区分それ自体は決して目新しいものではない。パンデクテン体系とはその意味付けは異なっているが、こゝうした区分は既に「インステイトウチオン体系」<sup>(33)</sup>でもよく知られていた。「だから」これまでの私法の体系の秀れたプランとして人、物、訴権という三分法を用いたガイウスのインステイトウチオン体系とパンデクテン体系だけが体系の名に値するとされたのは正当ではある。しかしパンデクテンの材料は、インステイトウチオン体系が既に認めていた下位区分を独立させたにすぎない。親族法はそれ以外の人法から切り離されたものだし、債務法と相続法を含んだ広い意味での物権法から、両者の素材が切り出されてきた。今日でもインステイトウチオン体系の後継者の姿をとどめており、終章で「人法と物権法に共通する規定」を置くにとどまるオーストリア民法典とドイツ民法典とを比べると、もちろん限られた範囲ではあるが、それでも重大な体系の変更のあとをたどることができる。

一九世紀の法律学に固有かつ重大な体系への貢献は、もちろんその先行者があつても、抽象的それ故一般的に規律できる問題を「カッコの外に括り出す」ことで、総則を創り出したとい

う分析的、合理的業績であらう。理性的立場から見ると、かくもどちらにでも転ぶような論拠や、不明快さや抽象性だけで、イデオロギー的に熱くなっている時代、しかもナチ期及び進歩的改革を求める多幸症が頂点に達した時代にも同様のやり方で、この業績が守られてきたことを顧みると誠にぞつとする気分にはさせられる。もちろん、現実に「この業績に代わるものとして」用意された選択肢をキチンと見ない限りで、パンデクテン体系へのこれ等の攻撃は印象深いというだけにすぎないが、こういった選択肢というのは、以前から反証不可能かつ反証もされずその論証が行なわれており、かつその中でもヘックの<sup>(35)</sup>それ程お粗末なものはないが、各論的文脈の総てで一般的に問題となる事項総てについてくりかえし法規定を置くか、或いは完全な準用規定及び準用の準用規定をおくことである（当然こういつた現行法体系への異議、反論は、総則に次ぐ抽象度を持った部分、特に債権総論にも向けられている）。第一の方法だと、例えば法律行為の要件の総て、無効原因、契約締結、履行、給付障害のルール（及びさらにその他多数についても）が、現行法に規定された契約類型及び新たに規定さるべき契約類型の一つ一つについてその度毎に、しかも似たような問題が何かの間違いで異なった契約類型と

分類された場合はそこでも即座に個別に規定が置かれる必要がある。こうなると、現在の法規定の洪水にもこれまで苦情が寄せられていたが、とてもその程度ではおさまりがつかないことになる。

第二の、各論的文脈の総てで、完全に法律によってルールが与えられた契約類型を常にまずは準用するという規定を用意し、しかる後事後的に一回々々準用の組み合せをはかるというやり方では、それがどういふことになるのか具体的に想像してみれば、全体の見通しが全くわからないという恐ろしい結果になる。こういったやり方で素人や初学者に私法を現在よりも見易くかつわかり易くしようと望めば、現実には払いきれない高価な代価を支払うことになってしまう。<sup>(36)</sup>だから結局のところ、「総則」を創り出したのは論理上の根本的誤りであるという見解は、<sup>(37)</sup>明らかに不当である。

さらに、論理的抽象によって「カッコの外に括り出す」という手続がとられているのは、「一般理論（総則）」と「債権」各論から括り出された「債権総則」だけである。反対に、パンデクテン体系の他の部分に関しては、論理的分類の体系構築の為の原理などはおよそ問題となっていない。それとは正反対で体系のこれ等の部分では、論理的には全く不可解な「重複した分

類」<sup>(38)</sup>がなされていることがはっきりしている。今言った限られた範囲で抽象化思考の成果が見られるのを除けば、パンデクテン体系の基礎となっているのはまずは、意思自由の平等の原理にだけ支配される「財産法」<sup>(39)</sup>と、特別な倫理的公準に依拠する独自の生活領域と結びついた親族・相続法との対置である。たしかに親族・相続法自体はその倫理的公準を詳しく述べてはいない。しかし、今日では、明らかに平等の権利が与えられてはいないという意味で弱者、要保護者つまり子供の為の一番最初でかつ最も重要な「社会法」が親族法であるという、「隣接領域のモラル」の原理としてこの倫理的公準は性格付けることができる。

財産法では、「権利」概念を用いて意思自由の平等の原理を法的に保障された意思支配へとさらに発展させ（乃至は翻案し直して）、その結果意思自由を意思支配の様々な対象と関係づける、というやり方で下位分類が可能となる。意思支配の対象とは第一には人間にとつての外界の自然物であり、第二は（それが人間であるが故に、単に）その個々の行為に関しただけだが他の人間、第三は自分自身の人格である。最後の自己の人格支配という考え方を出発点とすることに意味があるか否かの決着はついていないが、<sup>(40)</sup>始めに挙げた意思支配の

二つの対象から物権法と債務法との区別が帰結されることになる。

以上が、「法」素材の提示の為の「外的」体系に関する、歴史法学派の基本的イメージである。加えてここで指摘しておくべきは、ハイゼですら特に理論的なつめもなしに、パンデクテン体系は法学の目的に合致しているという安心感だけで、パンデクテン体系を論証によって根拠づけたというよりも自明のことと考えていた事実である。事実として債務法と物権法との対置が法学にとって合目的だということは、前者が特定人に対する「相対的」権利を、後者が外的対象の直接の秩序づけつまり万人に対する「絶対」権を問題にしていることを思い浮かべるだけでずいぶんつきりと見てとれる。その限りで、特定の法規定を体系的に整理することは、即座に法実践的な方向づけに役立つ。もちろんこの間もつと細かい分類も明らかにされてきたし、又両者の中間領域や移行現象、特にそれ自体は債権的である権利の一定の「物権化」及び第三者からの侵害に対する不法行為による債権の保護も承認されている。だから、権利や法規定を債務法と物権法に分類することで問題の方向づけを可能とする力はたしかにそのことで相対化されてはきた。つまり幾つかの局面で付加的な検討が要求されるようにはなったが、「物権法と債務法の分類」それ自体が意味を失った訳ではない。

だから、以上の体系化の方向付けと合目的性は、特に債権の相対性の原則と「物権の」直接の割合目的の効力の違い、つまり規範の射程の違い、という点では相変らず意味を失なっていない。意思支配の対象が異なっていると理論的に指摘しても、そのことで決して問題がわかり易くなるわけではなく、実にその正反対である。使用貸借、用益貸借、使用貸借、さらには所有権留保売買やリース契約も結局は、人間を外的対象と関係づけている。何が意思支配の対象たり得るかという角度からの一見あたりまえの存在論的分類も即座に修正乃至精緻化され、同時にわかり易さも失われることになる。

だから、パンデクテン体系が作られたことに理論的にどういう立場をとろうとも、その成果が決定的であることに変わりはない。そのことを特によく示しているのがオートリア法の例であり、オーストリア法ではインステイトウチオン体系によって私法の法素材が法典化されたにもかかわらず、それを体系的に叙述するには前世紀半ばからパンデクテン体系によっているのである。<sup>(43)</sup>

ハイゼ以後の体系的な法発展の重要な成果は、ずっとパンデクテン体系の外にあった商法典の他に「私法特別法」の一群が登場してきたことである。これ等の私法特別法が、それ

が独自の私法の体系の材料の一部だとか独自の一分野であると扱われることのない数多くの「特別法」と本来どう違っているのかというの、実はほとんどよくわかっていない問題である。他の機会に<sup>(44)</sup>私は、こうした「私法特別法」といえどもパンデクテン体系によってその性格づけができないのかを検討したが、答えは否定的であった。すなわち、これ等の私法特別法は、数多くある特別法、付属法とは異なり、その総てがパンデクテン体系の体系のある一部だと位置づけられるようなものではない、しかし同時に、それをパンデクテン体系の一部分の素材だとして個々の体系の部分に分解していくのは合目的ではないという限りでは、体系的な統一性を保っていると言える。

いずれにせよ、現在では当面の「外的」パンデクテン体系の姿は、「一般」私法に私法特別法を加えた補充されたパンデクテン体系である。この私法体系の「現在の」姿が、オランダの新民法典によって法典として統一された形で示されているのは非常に印象深い<sup>(45)</sup>。そこで示された立法の成果は、今日の法律学そして特に立法的作業の与件の下では、ほとんど信じ難い程のものであり、驚嘆に値する模範例と考えるべきであろう。

10. 古典的な私法理論の概念の体系からは実際には何も始められない

法体系というものに高い学問的関心が向けられていた時代ですら、ここで話をした私法の「外的」体系構築に関するコンセプトができる限り合理的な法発見をする為の手段として意識して用いられていたようには見えない。それどころか所与の法素材の体系的鳥観が良くなれば個別の実質的問題に關係する法的ルールの発見が容易になるという点を一応除けば、体系的考慮と実践的法獲得とは実は両者一体で不即不離のものと考えられていた。そこで法発見に関しては第二の全く異なった体系の捉え方、つまり一九世紀後期の法律学が「概念法学」と称されるに至った方向性が押し進められたのは当然であった。ここで概念法学というのは、全体に渡る「概念のピラミッド」つまり完全に論理的に構築された概念体系を作り出す作業を通しての学問的、論理的分析の中で目の前にある法素材を「より高次の集積状態」に持っていこう、という思想のことである。こうした概念ピラミッドとしてプフタ(Puffa)<sup>(46)</sup>のそれは有名だが、ここでは各抽象段階毎に一つ一つ付加的なメルクマールを追加することで各々の段階でさらに展開された概念を用いて権利の低位分類がなされている。すなわち、絶対権、物権、他人の物に対する制限物権、用益物権、地役権、通行地役権といった工合である。その目標は、

全ての法的紛争、というよりもある法的紛争で問題となつてい  
る要素をその抽象度の段階に応じてそこで基準となつている概  
念の下に包摂し、それによつて純粹な論理操作で問題解決に至  
ることであつた。則ち、そこで追求されていたのは、最も嚴格  
な方法による合理的法発見つまりはとりもなおさず徹底して法  
実践的な課題であつた。

概念法学のこのような努力が完全に破綻したことは良く知ら  
れている。残念ながらそのことで同時に、法的問題のでき得る  
限り合理的に根拠づけられた解決の意義までをも、多くの人が  
信用しなくなつてしまつた。しかし、このような認識は全く不  
当である。概念法学の破綻の原因は、概念法学が実践的法発見  
の為に用いた体系を、それだけでは法発見の目的には役立たず  
又それだけでは規範的な正当化の能力がない要素、つまり概念  
で組み立てた、という点から充分説明できるのである。

もちろん、およそ「概念」一般を嫌悪するのは当然法律学に  
おいても馬鹿げた態度である。概念なしでは人は考えることも  
話すことも目的設定すらもできないし、およそ他人に自身の評  
価を伝達しようというのなら、評価自体も不可能となる。何故  
なら、うつろな感情にとどまらぬ評価は総て、概念的にだけ記  
述可能な対象と関係づけられる必要があるからである。だから、

概念法学に対する批判の中で何度も強調され、一部はグロテ  
スクな形で示された、でき得る限り明析に表現されかつ可能  
な限り首尾一貫させられた概念に対する敵愾心は、荒つぱい  
非合理主義であり、全くの誤りである。しかし、そうかと言つ  
て、事物を区分するという性質を持つ概念だけである規範的  
問題の解決が可能となる訳ではないということに、全く変り  
はない。もしかしたらそれが可能ではないのかというのは、  
とりあえずそのときに適用となる法規範の構成要件で用いら  
れている概念の解釈だけが（普通法でも、そしてまさに普通  
法では）問題となつていたがために生じ得た錯覚である。そ  
こでまさに問題とされていた概念の解釈とは、まずもつてそ  
の法効果乃至は少なくともその目的論的傾向をも含めた当該  
の規範の解釈であつた。こうした広い土台の上ではじめて、  
現実の問題に則して必要とされる「事物の規範」<sup>47</sup>（フィーケン  
チャー）乃至は個々のケースの解決の為にルールの根拠づけ  
までもが発見可能だつたのである。

試みに、例えば所有者と通行地役権者の権限の配分が争わ  
れている法的紛争を、現行法の法規定の規準となつている法  
目的乃至原理とは必ずしも合致しない、むしろ専ら外的鳥観  
の目的で学問上形成された、上記の「ピラミッド」の概念に

包摂してみるとよい。このケースにあてはまるのは、先にひきあいにし出した概念ピラミッドの中では、例えば、他人の物への「制限物権」という概念であろう。しかし、このような包摂を行なったところで、問題解決の手掛りになる実践的な法発見という問題の性格は少しも見えてこない。当該の概念が（明らかに又は暗に）体系の規範の射程内で使用されており、その結果実定法上の特定の規定と概念の段階とがピタリと一致する場合に、その概念への「包摂」によって問題解決が可能となるかどうかは、規範の内容が正確には何を意味しているのかに全く依存している。だから、そこで出されている問題の解決の助けになる一定の法効果乃至は最低限目的・評価の傾向へと包摂が導いてくれなければ、包摂自体がうまくいっても何の意味もない。例えば、地役権者が自宅で下宿屋を営み、そこで自分の下宿人にも通路を利用させ得るかどうかが争われたとき、通行地役権<sup>(48)</sup>という「概念」にはもはや問題解決の能力はなく、通行地役権という法制度全体の目的と原理から解釈によって精緻化するべき権限の内容に関するルール全体を問題解決の手掛りとせざるを得ない場合も問々ある。

もちろん、事物を区別するしか能のない概念を規範的に豊かにしていく、つまり目的論的乃至価値関連的メルクマールによ

って定義し直すことも可能ではある。例えば、法律行為という概念を、その中に私的自治の原則が定義によって関係づけられた、「価値充足的」概念乃至「機能概念」ととらえることである。そうすると、法律行為はまずは自己決定を実現させる為の制度だと定義づけられることになる。こうしたことは、記述的な区別の概念を規範の適用領域を書き変える為に用いたり、その適用領域と関係させてルールや目的、原理により完全な定式化を与える場合には、原則としてまずはやってみるべき作業である。規範総て乃至はルールの複合ですらも、これを概念を使って簡略化するものは、当然推奨に値する以外の何物でもない。但し、そのことで、概念の實際上決定的な規範的中味がケース毎ではつきりと示されないまま変質してしまうという危険も生じてくる。しかもこの危険は、概念の規範的メルクマールの規定が厳密さを欠く程に、そのコントロールの可能性が失われるという性質を持っている。

例えば「権利」や「正義」といった端からファンダメンタルな当為概念は、通常その概念と結びついている規範的イメージの言語分析的な析出及びその時々々に追求されるより正確な目的に対する規範イメージの精緻な説明に他ならない。しかし、このことと、法適用の為に全法秩序を閉じられた論理的

な概念体系の中に写しとろうという試みとは全く別物である。

概念法学のこうした試みは、もしそういつたものが法律学の中に存在し得るとすれば、それぞれ破綻の見本である。だから法体系を価値充足的な規範的内容を持った概念だけで組み立てようという修復の試みがうまくいかないのには、十分の理由がある。というのも、規範的な前提としてその都度求められている問題解決のルールは単なる概念ではなくまさに規範を必要としており、しかも規範はその簡略形態である概念の衣に隠されるよりも直接に定式化される方がずっと良いことは、明白だからである。結局のところ実践的法発見の為に法体系を概念のヒエラルヒーとして再構成せんとする試みから唯一学べるのは、体系化さるべき「法素材」は「概念」ではないという理である。

#### 11. 体系化さるべき「法素材」

「体系」は権威に基づいて予め定式化された国家の実定法規についてだけ成立すると言ってしまうのでは、明らかに法素材の体系化という目的に資するところはない。実定法規は様々なかつしばしば避け難い弱点をかかえており、その結果体系を実定法規に制限したのでは、法発見の総ての難問の前ではその弱点は破綻につながらざるを得ない。それを捨つてくるのに何の労苦も必要としない実定法規を言葉を言い換えて（それどころ

か全く同じ言葉で？）「記述し」<sup>(49)</sup>何等かの外的視点で整理しようという「体系的」叙述では、はつきりとした効用は得られない。国家管理された実定法の法理論をつらぬき通しても、体系化さるべき法素材とは何かという問題の解明が前進することは全くない。

だから、法素材をどう体系的に叙述するのかという出発点  
が欲しいときは、とりあえず一般に「体系的」と言われている文献の記述を参照しながら法的経験に目を向けてみるのがよい。もちろんこうした叙述は、その規模、したがってその詳細さ及び特にどの程度まで細部をとり扱っているのかという点では、全くまちまちである。包括的なハンドブックから網要に至るまで多くの可能性がある。しかし、その集約度や叙述の細部での詳しさは異なっても、各々でとりあげられている法素材に関しては常に変わらない点が見てとれる。つまり、所与の「実定」法規は叙述の出発点の一つにすぎず、その叙述は常に第二の出発点つまり法生活で現実には潜在的に提起された問題と関係づけられている。しかもこの関係づけとは実質の問題に対する具体的な解決のルールを示すことに他ならず、それは所与の一般的な規範と問題解決が必要とされるルールとを媒介する根拠づけである。だから、そこで

の叙述では、極く簡単なケースではそれで十分な根拠づけの方向、つまり規範概念の「概念の中心部分」からのある事案の要素への演繹は、極くわずかの例証で説明されているにすぎない。当然重点が置かれているのが、法適用、法解釈、法の継続形成の難問であり、その場合には体系的叙述の規模に応じて、そこで示された解決のルールが詳細に展開されたり、又それだけでも根拠づけとしては充分だろうというときは判例・学説の引用だけにとどめられているときもある。そこで展開される根拠づけは、もちろん法的論証において重要な役割を果している記述的な前提を含んではいるが、特に規範的文脈では、国家が公布した実定法規定にとどまらず、より豊かな個々の規定の目的、さらには当該の法制度乃至体系の基礎となっている、その抽象度は様々であるが、評価又は（実際にはそれと同一視してよい）原理がその内容となっている。（しかもその際には）これまで解明された論拠を正確に展開しておくだけでは不十分であり、その為にスペースをさけないという程度がはなはだしくなる程に、つまりはハードケースでは、それを手掛りに論拠づけを始めることを余儀なくされる原理の層の課題の重要性がいやまずのである。

## 12. 体系と法発見での根拠づけの中味

かくも錯綜した「法素材」を構成している以上で示したような要素も、それが析出され既知のものとなった限りで、総て、その程度の差こそあれ綿密に体系の叙述の中に組み込まれ、後の利用の為の準備が整えられることになる。その時々々の判定者のその場の自由かつ主観的な事後的评价を排除しようというのなら、論争つまり新たに生じた乃至は新たなコンテキストで問われている問題状況は、既知の規範的要素による体系内の正体のはっきりした論証の脈絡の中に整理された上で、その公準が体系に最も良く合致するような解決が導かれるべきである。以上のプロセスは、様々なところからしやにむに演繹してきた要素によって完全に論理的な秩序を作りあげるなどという代物では決してない。法目的、法原理の探究は経験的検証や帰納的手続を前提としており、しかも演繹的推論ではしばしば問題の枠組しきめられず従って具体化が必要となるということを考えただけでも、このような完全に論理的な秩序など成りたないことははっきりしている。以上を措いても、質の良い法的根拠づけという作業は、当面する難題に対して、体系中の上位規範によりよく、とりわけ内容的に——つまり論証の脈絡において——合致する、言い換えれば考え得る他の解決のルールよりも体系中の重要な規範を損なうことの少ないルールを探し

求めるという以外にはなかったし、又有り得ようはずもない。そして、これこそがローランド・ドウォーキンがそれを欠くことは許されなかったと言った、法的難問の自由裁量によらない、当該の問題について展開し得る「限りの」「最良の法律論」による解決である。その為には、それが必要とされたときは、立法権という国家の権威により公布された法規定だけにとどまらず、一面では明らかにこうした法規定（及び判例による法規定の具体化と法の継続形成）の基礎をなし、他面（庄倒的又は少なくとも広範に普及した）国家を超えて通用力の認められる、しかも法理念の基本原理によるコントロールにもちこたえ得る<sup>(51)</sup>法倫理的確信に合致した、一般的法原理が要求されている。単なる裁量の行使に代えて一般的法原理による方向付けを支持するのは、なかならず基準の斉一という正義及び法的安定性という基本的な命令に由来する法律家の作業の結果の出来る限りの一貫性と予見可能性の要請なのである。

ハードケースでの法発見をこのように理解するなら、そこで間違ひなく中心的役割を果しているのは、法の原理の総てと当該事件に関係する体系の部分だけということになる。先に詳述しかつ労働者責任の一層の緩和の例でも示したように、事件の解決は最大満足の要請下の原理間衡量を通してその度毎に探ら

ねばならないことが多い。このような原理が一度発見されれば、その時々アクチュアルな問題の為に体系的鳥観がきくよう予め整理された「法素材」の一部とされ、そのことで最良の根拠づけがされた解決のルールつまりその都度問題と関係づけられた「最良の理論」をそれが必要とされた場合には発見できる見通しを得られるのである。このことも今一度強調しておくに値する理である。こうしたプロセスを踏む代わりに、およそ難問が出てきたときには「体系と無関係に」何等かの「正しい(?)」事後的評価によって自由な解決を与えようとするなら、そのことは様々な評価者乃至評価者のグループ間の論争に陥り、帰一するところがないという事態に陥るのは必然である。

### 13. 「外的」体系と「内的」体系

(a) 以上の話賛同が得られても、焦眉の課題として残されているのは、法原理の探究に際して法体系がどのような役割を果すのかという点の解明である。しかも、それは間違ひなく第一義的に重要な課題である。問題は、かくも錯綜した探究の過程で「体系」に効用があるのか、あるとすればそれはどのような効用なのかということである。

この疑問に答える為には、この間普及してきた「外的」体

系と「内的」体系の区別<sup>(52)</sup>を出発点とする必要がある。もちろん、以上の二つの体系のコンセプト相互間の関係はまだ十分に解明されてはいないようであるが、それでも実践的目的での「体系」の利用可能性という点では以上の区別には決定的意味がある。

特に面倒なことを言わずとありあえずそれが「体系」だという点にだけ着目するならば、普通言われている「外的」体系の目的は、鳥観のきく、当面必要とされていることの発見の一助となる、所与の法素材の叙述の図式である。だからその限りでは、とりあえずは鳥観を助ける体系化の基準として、例えばアルファ

ベット順の整理ですら、外的体系たりうる可能性はある。しかし、法学の体系というものは、それが単に外的鳥観目的に適っているなどという、好き勝手な基準で構想されるような代物では決しない。パンデクテン体系、特に債権の相対性と直接の財貨割当とがその核心である債務法と物権法（の区別）を見ればすぐに察しがつくように、法発見を目標とする実践的方向付の性格と関係づけられた多少とも理論的考察を経た法的経験が、常に体系化の基準となっていたと言えよう。

私の考えでは、こうした経験は体系化の二つの指針へと煮つまってくる。一方では、まずそれを用いた区別が比較的容易な、つまりある現実の断面や「生活領域」を体系的に整理統合さる

べき規範グループの適用領域と決めていく基本概念が、体系化の基準となる。例えば、債務、物、家族、無体財産、保険等がその例である。第二には、当該の規範グループは「その内容に独自性」がなくてはならない。言い変えれば、その評価や原則、乃至は評価や原則の組み合わせが事物を区分する能力を持つていなくてはならない。だから、簡単に言えば、一方で「区分に適した性格」であり、他面で「規範的独自性」ということになる。この二つの方針がうまく一つになっていることこそが、法学の体系化に独自の性格なのである。

もちろん場合によってその名称はまちまちだし、又現実領域又は規範の独自性のいずれかに力点が置かれてはいるが、当今の学説は原則として以上二つの基準を様々な方法で体系化の為に利用している<sup>(54)</sup>。私の考えでは、この二つのモメントは等しく大切であり、特に両者をどう組み合わせるのが決定的に重要である。以上二つの基準によっても方針の定まらない場合には、第三の補助的基準として、視野に入ってきた法素材の範囲の意味、より広い法規の構造の中での法素材の位置づけ、さらに学問上も十分裏のとれた実務の蓄積のような、目的適合的な根拠も参照されるべきである。

(b)このように二重の指針を受け入れることが第一に意味す

るのは、とりもなおさず特定の規範グループが関係する生活領域だけを手掛りとして純粋に「現実的な」体系を構築するのは不可能だと言う理である。このような現実の断面は、実に多様な視点に基づいてほとんど好きなようにそれをネーミングすることはできるが、こういった断面は広い範囲では間違ひなくクロスしており、それを使って事物を区分することは不可能である。仮にその恣意性、区分の弱さが伝統的な道具立てを使って余すところなく克服されたとしても、却ってそのことで純粋に

「現実的な」体系構築が使用のものにならないことがはつきりしてしまっただけである。そうなると、先に「総則」の批判への反論で説かれたことがここでも重要な点では全くあてはまるに違ひない。例えば、未加工農林生産物、工業新製品、古物取引、商工業のサービス、自由業のサービス、交通、レジャー、スポーツ部門、老人ホーム、与信部門の取引の一つ一つにつき、各々で契約締結、無効原因、法律関係の履行、給付障害に関しその効果も含めて総てに包括的ルールを用意しようというなら、その結果法の鳥観性が促進されることは間違ひでもなく、しかもどう転んでも法の一貫性への努力をすぐに幻想としてしまうことうけあいの、法素材の一層の化物じみた肥大化もたらされるだけであろう。例として、銀行の融資を受けた中古スポーツ

器具をレジャークラブに運び込む為の商工業サービスが公共交通手段による輸送という形で行なわれた場合に、そこで適用されるべきルールを発見するのがいかに難しいかは、すぐに思い描くことができるだろう。

一見すると極めて現実的な体系の出発点に立っているように見えて、実は相当訳のわからない帰結に至るといふ例が、残念ながら既に損害賠償法の分野では架空のものではなくなっている。製造物責任法の新ルールは、初めは製造業の大量生産にはそれにつきものの危険があり、その危険に応じた強度の危険責任になじむのだという、非常にわかり易い考慮に基づいていた。ところが、製造物責任に関するヨーロッパ法とそれに続く国内法は、内容的に以上の基礎づけから全く解離し、現実の製造過程にだけ注目してしまっている。もちろん未加工農林生産物は除外されているが、そのことで却って首尾一貫しなくなっている。<sup>(35)</sup>幸に少なくともさしあたって立法化されなかったサービス責任についての指令草案は、<sup>(36)</sup>前文の根拠づけでサービス給付の損害賠償法上の特性と称する事項を明示しているにもかかわらず、その責任のルールを他人の財産管理を目的とする数多くの法律関係を除いたサービス給付に限定している。かくも一貫性が欠如しているが故に、そ

う言いきってしまう原理や体系的契機など全くないままに、「商品生産」と「サービス給付」が損害賠償法上のキーポイントとなるカテゴリーとみなされるなどというひどいことになってしまふ。<sup>(57)</sup>さらに、以上のサービス給付責任法が交通事故に適用された場合を考えると、この法案に対する疑念はさらに強くなる。そこでは、過失責任、自動車危険責任、サービス給付責任、製造物責任の競合が底知れぬ混沌に陥り、求償の大変な難問をひきおこしかねないのである。

だから、一般論としても言えることだが、体系の問題でも、法的経験を踏まえず提示された、法とは無縁の出発点が法に關して秀れたものなどというユートピア的な願望は放棄すべきだろう。先にも示唆しておいた理由から、例えばスポーツとかレジャー活動一般といった特定の領域のルールが「社会的に非常に重要」だから、法的に独自の体系のカテゴリーを構成するに違いない（つまりは、特別法による包括的ルールが必要だ）という想定は、あまりに単純粗朴なのである。

(c)体系化の指針の二重性が第二に意味するのは、それだけを使ったのでは他の領域との区別すらほとんどおぼつかない規範的原理乃至評価に依拠して体系化を企てるのは拒絶されるということである。その古典的な例が、他の分野との区分のし方を

めぐる広範囲の議論が数十年前から行なわれており、その議論がかつての三五からこの間さらに増え続けている、「経済法」である。<sup>(58)</sup>ところがそこでの議論から明らかになったのは、経済法といっても「経済」という現実領域と関係した素材の総てを問題としてとりあげる訳にはいかない、という一事にすぎない。他の分野からのより厳密な線引きを求めめる努力がもたらしたのは、「経済法」を独自の体系と扱い叙述するのは全く不可能で、経済法の特徴は公衆の利益をも不断に配慮する規範的公準として記述可能な一定の問題視角である、という極めてわかり易い結論であった。但し、専ら個人利益の顧慮を特徴とする「旧来の」又は「古典的」私法とは正反対の要素が経済法にはあるというなら、それは間違った認識である。それどころか、直接の当事者間の利害を超えた公衆の利益に深く思いをいたす目的と原理によって始めて十分な説明が可能で、大昔からの私法制度が存在することは明らかである。ここでは、消滅時効、取得時効及び物権法上の公示の要請をその例として示せば足りよう。「個人の利益」を（私法の体系化の）手掛りとするのが真に意味するのは、直接の当事者の利害の十分な尊重が私法のルールに方向付けを与えることは間違いないが、そのこととの関係で、同価値の他の人

間の承認という命令が損われてはならない、という理である。<sup>(61)</sup>  
 私の考えでは、「経済法思想」には、努力を尽くししかも何かの間違いで前進はあつても、実際のところ他の分野との区分が可能な独自の部分的体系が与えられることはあり得ない、経済法思想というにふさわしいのは——実はそれだけでも十分重要なのだが——、私法においても総てのルールが関わる局面で第三者をして最終的には公衆の利益も併せ尊重さるべきだという公準にすぎない。

人間は総て少なくとも経済的には消費者だということだけからも、それを他と区別して特別な〔法〕分野とするのが不可能だとわかる。「消費者法」についても大体同じことが言える。経済的には現実的にひびいても、本当のところはどうとでも使える消費者概念とは別に、消費者概念をめぐる議論が〔とりあえず〕わかり易いのは、それが——もちろん体系的には緻密化が必要であるが——例えば既にオーストリア民法典の先行者たるマルティニ草案（一七七九年）<sup>(62)</sup>でも明言されている、弱者の法的保護という思想と関係しているからである。経済的意味では消費者概念は相当程度真剣に受けとめられてはいるが、なかなかずく特定の契約相手方よりも経済的にずっと劣った状況にある農家、営業主、乃至はその他の小企業者の例が示すように、

弱者保護の傾向性と消費者概念とがほとんど一致しているという訳でもない。消費者概念に関する議論やその議論をうけとめた出発点は、すでに伝統的私法、特に錯誤法、暴利法の中に、今日の問題状況の為に十分に根拠づけられた付加的な指針として、すなわち情報原理、強迫状態及び構造的情報格差の著しい状態での内容コントロールの原理という形で見てとることができる。しかも、これ等の原理は何等特別な材料に固有のものではなく、伝統的私法の出発点がそうである通り、私法の（少なくとも）財産法全体で重要な意味を持っている。

(d)体系化の第二の指針たる「規範の特性」が意味するのは、法獲得という法律学の実践的作業に対する体系的分類の有用性である。既に外的体系化の過程でも体系的分類の導きの糸となりそれをコントロールしていたのは、既に明らかにされている指導的目的と評価の原理であった。そのことからわかるのが、規範の特性はとりもなおさず既にならぬおいた体系の第二のコンセプトつまり「内的」体系との結節点だということである。内的体系では、外的叙述乃至鳥観目的とは別に、それが個々のルールの根拠となっているが故に規範的な導きの糸となる中心的思想が、個々のルールとの関係で目に

見えるものとされ、個別問題への法適用という作業の為の照準点及びコントロールの規準という形で用意されていなくてはならない。

「内的体系」のイメージが最もはつきりするものが、個々の体系部分の一般性に乏しい原理及びその部分体系に含まれる法制度の原理と総ての法分野の一般の原理との関係を内的体系の中で目的論的に根拠づけていく叙述のプロセスである。もちろんこの根拠づけの脈絡は多くは単なる枠組を示すにすぎず、その下の段階でさらに具体化が必要となる演繹であったり、複数かつ多様な原理が効力を持っている領域では個々の演繹毎で原理間衡量が必要となったりはするが、それでも規範の一般的守備範囲と特殊のそれとの根拠づけの関係であり、従って演繹的性格を持っているのである。

原理の層にだけ「内的体系」を限定してしまふより、それ以上法における根拠づけの中味についての踏み込んだ厳密な叙述の総てにまで「内的体系」を押し進めていく方が、根本思想の実現の為にはより理想的であろう。しかし、個々のルールを見ただけではその根拠づけの連関はしばしば見てとれないか、又は断片的にしかわからないという、法素材の性格故に、このような試みはたちまちその限界につきあたることになる。

#### 14. その相互関係

体系を構成する個々の材料により近付いた形で内的体系が展開されたという為には、原理や原理の組み合わせ（が明らかにされた）だけでは十分ではない。原理や原理の組み合わせというのはすぐ目につくものだし、又「規範の特性」はそれによつてはじめて明らかになるのだから、それは外的体系化の過程でも既にその効力を發揮している。だから内的体系に要求されているのは、体系の部分の総ての原理の層及びその原理の層と一般及び特殊の法材料との関係を、可能な限り完全に析出することである。だから、「規範の特性」がはつきりしているからとりあえずそれを頼りにするという場合を除けば、内的体系の構築にとつても外的体系は根本的意義があることがわかる。というのも、原理の探究は本質的に帰納的要素を持っているから、予めある程度は損害賠償法、物権法、無体財産法等の区分がされていなければ、各々の分野の原理を操作することすらできないからである。外的体系による区分がなければ、各々の原理の層を析出するにあたり、具体的にどの法ルールのグループから出発したらよいのかすら判断としない。例えば損害保険を損害賠償法の一環だと考えれば、そう考えないときと比べて一部は（損害賠償法の原理として）

違つた原理の層を発見することになるであらう。

「内的」体系したがって個々の問題での法発見の道具として保管された規範の方向づけにとつても、特別新しくもない外的体系が根本的意味を持つてゐることは、未だに気付かれていないか、気付かれていたとしても十分ではないように思える。反対にどうにも理解に苦しむのが、当今の法律学が総じてこうも体系の問題に関心が薄いのは何故なのか、又その一方で一度体系に興味を持ちだすと、まともにそんなことを続ければ破綻に至る、単に「現実的な」或いは政治的スローガンにしか使えないような体系をものしようという方向に傾くのは何故かということである。

これまでそのことは暗黙裡の前提であつたが、「内的体系」に関して特に強調さるべきは、「そこでの」原理の多元性である。体系の比較的大きな部分の具体的ルールや法目的が唯一の中心思想だけで正当化可能だつたという例は、未だ知られていないようである。私的自治の原理が間違いなく支配的役割を果たしている法律行為法においてですら、信頼責任、——極端な構成の修正の役割をはたす——代償原理、自己責任すなわち帰責原理、さらに（一連の制限的要件を指示する）許諾原理〔といった他の原理〕もやはり強い影響を与えている。<sup>66</sup> 個々の

問題での法発見を方向づけているのは、第一には法規の構成要件に示されているこれ等の原理の衡量の結果であり、そうでなければ（類推が許されていないときは）法規の限界の中の原理の最大満足の要請なのである。

15. 「体系からの」合理的法発見も素材に拘束され限界がある。今行なつてゐるまさに「体系」を用いての、基準の斉一という正義の要請に適つた出来る限り一貫した法獲得を求めめる努力が、ずっと以前からおとしこめられてきた「概念法学」という古い学説とは違つてゐること、さらにその違いの中心も、ここではつきりと示しておくべきであらう。ここで問題となつてゐるのは、ますます窮屈に記述される現実の事実関係への一元的な出发点からの段階的な演繹ではない。それどころか、原理の層の多元性は却つて強調されている。内的体系とは、最終的には原理に行き着く、「多少とも」実現可能な評価傾向を含む、多様な性格を持つた規範容量（乃至は、もしそう言いたいのなら、規範容量に関する言明）の体系である。だから内的体系では、論理的に完全な体系は望むべくもなく、既知の法素材から見てとれる断片的な、或いは（具体化の必要な）大枠を示すだけの根拠づけの脈絡で満足する他はない。ここでは、体系の規範的容量を探究する際に、実証

や帰納といった作業も又大切である。譲ることができないのは、かくも完全性に乏しい体系の中でも可能である、合理的根拠づけ及び合理的コントロールの可能性を完全に尽くしておかねばならない、という一点にすぎない。今一つとにかく言っておきたいのは、新しい問題が出てきたり新しいコンテキストで問題があらわれてそこで合理的根拠づけの可能性をこのように適用していくときも、法的には必ずしもゼロから始める必要はないということである。「外的」体系及び既に示したように外的体系と密接に関係した「内的」体系を構築する目的は、このような尽力の結果をできる限り将来の問題の為に「在庫」として用意することである。個別の問題でその都度「自由な」又は「予断のない」事後的評価による解決を与えるのは、体系が要求する前提に最大限依拠したり、そうした方法論上の姿勢を具体的問題でもつらぬき通すよりも、気分は良いかもしれない。しかし、そうなると、問題解決の一貫性のなさ、恣意性、さらに結果の予見可能性の欠如が、いかんともし難い程度にまで及んでしまうことになる。

もちろん、論理的に完全な体系が不可能なことは認めなければならぬし、体系からの単純な演繹によって個々の問題が解決できるものでもないから、法体系という法秩序に依拠し方法

論的にコントロールされた合理的法発見がどの程度実行できるのかは疑問である。しかし、徹底的に履践してはじめて、それでどこまで行けるのかが具体的にはつきりする。いざこれを実行する際に求められているのはとりわけ、一番具体的な段階の規範だけでは余りに空虚か、問題となつていゝ体系中の現実の領域に一番具体的な規範の要求を適用するとたちまちその問題解決とより高次の原理の層との間に矛盾が生じるときは、体系の最も具体的な規範の段階から作業を始めしかる後にそれを根拠づけようとする一般的な規範段階を除々に引き寄せてくることである。原理の層も、まずは問題に一番近い体系の部分に次に一般的なそれという工合に、段階的に利用しなくてはならない。一番近い体系部分を好き勝手に「とばして」抽象的な原理の層の格率の一つにとびつくようでは、自由な評価と同様法発見の成果の一貫性も予見可能性も失われてしまう。仮定的レンタカー料を損害賠償として認めたことで、当然モーターポート、プール、家屋等についても利用可能性の喪失が問題となつたというひどい例をここで想起するとよからう。(67) 仮定的レンタカー料を承認したことで、体系的コントロール抜きで従つて損害賠償法の個別の問題では種分けのできない領域で、社会保護というきわめて一般的

な格率がそのままの形で問題とされてしまったのである。<sup>(68)</sup>

具体的ルールの層と原理の層との結論が矛盾しているとき、これをどう調整したらよいか。その可能性は「現行法の限界」によって限定されているというのが、方法論上正しい視角である。現行法の限界は、法規の明白な内容と「立法者意思」の一致点に位置し、<sup>(69)</sup>しかもそれを支えているのは法的安定性と正義の均斉というファンダメンタルな格率なのである。もつともそうは言っても、この限界は今一度「機能の変遷」によってゆめられていた場合もある。<sup>(70)</sup>但し、「法制度の」機能の変遷という難問に関しては、ここでは若干の示唆にとどめざるを得ない。

#### 16. 原理に則した体系的な法発見の実例

原理に則した体系的な法発見について、これまで極めて理論的かつ抽象度の高い問題を取りあげてきた。理論的考察の影響というものはそれが良いものでも悪い場合でも長期間をかけ回り道してはじめてあらわれてくるものだととしても、妥当な理論以外には実践的な何物も存在しない、と私自身の経験から信じているのでなければ、私はあえてこのような講演を思い立たなかつただろう。「もちろん」最後に具体例を示して話をわかり易くするのが望ましいのは山々だが、それにはわずかな時間しか残されていない。そこで、ここまで話してきた原理に則した体系

的な法発見のイメージは、先にもふれたまだ草稿段階の自著で詳論されている、という点をとりあえず指示しておくことで御寛容願いたい。私がこの著作で特に追い求めたのは、私法特別法を含む私法の総ての分野で、外的体系の構造、より正確には外的体系の規準となる「規範の特性」を徹底的に検討することで、或いは体系の幾つかの部分から既に析出された原理の層に基づいて、それが可能な限りで、体系の主材料の中心原理及び中心原理と極めて基本的な法原理との結合をあぶり出すことであつた。その結果、現段階では一三一の原理を含む私法の「内的体系」の、少なくとも出発点が明らかにされた。さらにその作業を通じて、原理の層が実践的法発見の方向付けの役割を果し得るといふ実例も示されている。

出版予定の本を指示せずとも、既存の文献から、ここで言う原理に則した体系的な法発見の例として、ヴァルター・ヴィルブルグの『損害賠償法の要素 (Elemente des Schadensrechts)』をあげることができる。同書は、そこで「要素 (Elemente)」という名称が与えられている主な原理に関しては決して過去のものなどではなく、従つて、法の原理の層はそれがどんな段階にあつても決して変化しないなどと考えるはならないが、そうは言つても具体的なルールの層よりはずつと安定してお

り、その点だけからも長きにわたり規範を方向付けする性質をより多く持っている、という理の証左にもなっている。

さらに、私は数十年前にも、私的自治に関する論考で契約法の中心的原理を析出する試みを行なっている。<sup>(73)</sup>「ちなみに」私は今日でも、この試論は個々の点で改善の必要はあっても、その全体の方向性は正しいと考えている。

以上と大いに関係があるのが、現代の会社法を構成する主原理を探究するヴィダーマン<sup>(74)</sup>の詳細な労作、さらに奇妙なことに他の私法分野におけるよりもずっと発展している会社法での物権法原理の同書での鳥観である。今一つ言及すべきは、長きにわたり自由な評価やその場限りの思いつきに終始していた不当利得法が、ロイターとマルティネックによって、体系的かつ驚嘆に値する程に全体を網羅した形で完成させられたことである。<sup>(75)</sup>

ある法分野の法材料の原理の層総てを析出し料理するというのではなく、体系の一部での中心思想の効力を規定するというのなら、法解釈学の秀れた作品は数限りなく存在する。但しその総てをあげることはできないから、法律行為法では、フルーメの私的自治の現代的再発見<sup>(76)</sup>、カナリスの信頼責任<sup>(77)</sup>、ヴィーアッカーの等価原理の再発見<sup>(78)</sup>を例示しておけば足りよう。加えて、契約法の分野で学説が最近数十年腐心している情報原理乃

至——それをコントロール可能なメルクマールと結びつけようとする——「内容コントロール」もその例である。但し、これを「消費者保護法」と言ってしまうと、一方でこうした

原理を不必要に狭い範囲に限定することになり、他方で話を複雑化させ誇張や極端化への契機を与えかねない。忘れてはならないのが、私法上人格を直接保護しようという、第二次世界大戦後には憲法上の原理まで担ぎ出して成功裡に貫徹された努力である。<sup>(79)</sup>これも、少々「一般」人格権という側面を強調しすぎた嫌いはあるのだが。

私法以外では、実践的法発見における原理の使用に関してきわめて一般的に非常に教示するところの多いアレクシーの<sup>(80)</sup>基本権の理論や、体系的したがって一貫した法発見（乃至法形成）を求めて、とりわけその点でやっかいな税法の分野での、正義の均斉に近づく手段として体系を明示的かつ包括的に使っていく、タイプケの記念的かつ徹底した労作がある。<sup>(81)</sup>言わずもなではあるが、体系に依拠することで平等原則を確保しようというのは、まさに私の目標でもある。

#### 17. 最後に、不当利得法への適用例

以上の例示も、ここで提示した詳細な理論を極めて限られた範囲ではつきりさせたにすぎない。だから最前幾度も論じ

た労働者責任の緩和の例に加えて、ここで追求している原理に則した体系的な法発見の第二の具体例を最後に若干論じておこう。その例を、見通しが利かない位議論の状況が面倒になりその為にはほとんど誰からも相手にされなくなっている法分野である不当利得法からとつてくることとしよう。というのも、個別の事件の特殊性が指示されるだけで、判決の決め手となった評価規準は全く明らかにされない、というのが不当利得に関する判例の現状なのである。「その為か」学説では、不当利得を念頭において、法解釈学はもはや「命令口調」をやめ「助言的」役割にとどまるべきだ、<sup>(82)</sup> という法解釈学の「スタイル」の根本的変更が説かれてきた。

もちろんそう言ったからとて、それで決して事態が改善される訳ではない。要するに、現在の議論で主張されている一人々々の学者の不变の立場や結論は、現行法に従った正しい解決などではなく、「そうした方がよいという助言」にすぎない、と考えておきなさいということなのである。往々にして不確かなしかも全く異なった前提から出発して争い続ける数限りない見解が、それで理解し易くなるものでもない。法解釈学自体をやめてしまうなら格別、法解釈学は現行法体系に最も適った解決を探究しこれを主張するという要請を放棄するわけにはいかない。

各々の「見解」がその正当性を法的に重要な前提から根拠づけようとしているということは、既にそれだけでも、それ等の見解の結論は十分に相対化されていると言える。当然その際に各々の見解の正当性の要求は、それ等の根拠づけが批判的に検討される論争の中で、とにかく自らを擁護しておく必要がある。だから問題の根源は、「法解釈学 (Dogmatik)」の不当に命令的な「スタイル」ではなく、体系的には確固たる基礎が全くない、しかも時として実に無邪気にそれが通用するはずだと思いきまれている、好き勝手な前提から多くの論者が出発しているという点にある。

以上総てを良く示すのが、制限無能力者の利得のケース、特に有名なのが「飛行機旅行事件 (Flugreisefall)」<sup>(83)</sup> の例である。同事件で争点となったのは、ハンブルグからニューヨークへの飛行機に隠れて旅行した未成年の「無賃搭乗者」が、その財産上算定可能な利得を得ていなくとも、運賃表相当の航空運賃を支払う必要があるのか、という問題であった。連邦通常裁判所は、所問を肯定した。同判決をめぐる学説の対応をドグマ批判者中の重要人物の一人が、<sup>(84)</sup> 大略次のように評している。(連邦通常裁判所が下している) 評価は極めて明白である。ドイツの不当利得法ドグマの肥大症の影響を受けていな

い諸外国の同業者は、不当利得責任の肯定に何の疑問も抱かないであろう。学説も「判例の」結論自体ではなく専らドグマの構想を争っているにすぎない。つまり、学説の争いの原因は学説自身だ、というのである。

以上の批判は、ドグマ従って体系に対しても反対しそれに代るものを提唱する立場の弱点を良く例示している。外国の同業者の評価を持ち出されても、彼等が不当利得を基本的にどう理解しどのような判断基準を持っているのかは我々にはわからないのだから、それでは自国法下での問題の評価に対する追検証可能な合理的論拠には全くなっていない。学説も決して法律構成の問題だけでなく、未成年者の利得責任を肯定するか否か、つまりはこれ以上ない程にはつきりと結論をも争っている。仮に問題にながしかでも体系的に、つまり結論の継続性・一貫性を目指して向き合おうとするなら、「ドグマの批判者の言う」自明の評価は全く自明とは言えなくなる。

財貨保護と給付保護（「がその制度目的である」という不当利得法の基本的理解及び帰責さるべく自ら作出したりスクの負担すなわち十分な体系的理由から、ともかくも大分以前から、民法典八一八条二項、八一九条を根拠に、（特に）悪意の利得者は受領した給付乃至は他人の財貨の使用の客観的価値を支払う

べきであるという悪意の利得者の責任が肯定されてきた。この「受領者の」財産とではなく給付又は法財貨と関係づけられた利得概念が本問で実質的に意味するのは、（通常有償の取引によってだけ取得できる）持続的利益の取得機会は、（通常市場で支払うべき価格で）補償さるべき利得とみなされるといふ理である。以上の評価が本当に自明かどうかは、このような利得の基準を基本的に根拠づけ貫徹する為に費された努力に鑑みると、疑わしいようにも思われるのだが、とりあえずはそれはどうでもよいことである。いずれにせよ、こういったルールを一律に未成年者にも適用できるか否かは、全く自明とは言えない。年齢による行為能力不足に関して、不当利得法には特別な規定は置かれていない。「悪意」というメルクマール及び不当利得責任が法律行為に基づいていない点からは、一見するとすぐに不法行為能力に目がいき、これを類推するのが自然なようにも見える。そうなると、料金表通りの航空運賃が不当利得責任として認められるということに落ちつくであろう。

ところが、次に体系的に（本問の争点と）近接する他の分野たる行為能力のルールを見てみると、大変な矛盾が出てくる。つまり（叙上の解決では）実に未成年者が有効に運送契

約を締結したのと変りない結果になってしまうからである。ところが、この結果こそが行為能力に関するルールが防止しようとしていた事態である。利得の剥奪の命令という不当利得の狭い理解からも説明できる、他人の財貨乃至給付を入手しただけにとどまらぬ利得、つまり自己の財産に関して計量可能な利益を、未成年者は取得してはいない。加えて、「航空機には空席があり」無賃乗客がいても全く同様に飛行が行なわれたらどうから、航空会社は損害を被っているわけではない。だから、侵害が成果を取めていれどもかく、本件では法的財貨配分の保護目的はほとんど損われてはいない。「ところが」充分理由があつて行為能力のルールを通じて法秩序が独立して取引上の決断をするには能力不足だとした未成年者が、他人の給付の故意の入手という処分によつて「悪意」とされ、その結果行為能力のルールが未成年者をそこから遠ざけたはずの義務を負わされてしまうことになる。この矛盾に満ちた結論の肯定に疑問がないという理由は、全く見てとれない。「悪意の利得者の」不当利得責任の過重が間違ひなく否定されるのは「例えれば制限無能力者によつて締結された法律行為の巻き戻しの場合」に限られる、正確に言うとその限りで法定代理人の知不知に左右されると連邦通常裁判所が考へているのなら、裁判上は叙上

の矛盾を端緒としてしか、しかも不十分にしか認識していない。もしこの「法律行為によるか否かという」區別を文字通りにうけとるならその帰結は、未成年者が自分の行為が無能力を知つた上で取り消し得る法律行為を締結ししかる後に法律上の原因がないことを意識して他人に給付させても不当利得返還請求は受けない、ところが自分の行為が無能力を自覚して、いづれは無効となる契約を締結せず、同時に意識的に法律上の原因なく他人の給付を要求したら、不当利得責任は十分根拠づけられる、ということになる。

人間の属性によつて行為能力の段階づけをするという一般的保護原理にてらせば、この保護原理によつて無効となる行為が、一応は存在したのかそれとも存在していなかったのか、が不当利得法上は重要だとするのは、全く恣意的である。ここで問題となつてゐる行為能力と不法行為能力という二つの能力のルールの輻輳を体系的に尊重するなら、とりあへずはその類推が考へ得る不法行為能力のルールによつて、行為能力法の目的と基本評価が單純に無に帰すことがないよう十分な修正がはかられるべきである。だから、悪意の利得者の責任過重に関しては、不法行為能力があつても「行為能力」を厳しく評価してはならないのである。そう考へると想起され

るのが、民法典八二九条（「衡平責任」）の法思想に依ることであり、その結果、特に双方の財産状態を顧慮して、目安となる客観的価値である料金通りの航空運賃の枠内で補償額を衡平に従って決定することになる。<sup>(87)</sup>以上の解決は、「単に概念的」のみならず結果としても、十分な熟慮をして意思決定しても決してそれには拘束されない未成年者に、具体的利益を得たわけでもなく又相手方の損害とも無関係の責任を完全に負わせるよりも、本質的に納得がいくと考えられる。意思に基づく（侵害）行為があつたからといって、未成年者に回り道して完全な義務を負わせるというのは、一体いかなものであろうか。

## 18. まとめ

最後の話で、これから結びで要約して定式化しようというテーマが、いくらかはわかり易くなっていると期待している。

(a) 法学に固有の（法素材を叙述する為の）「外的」体系は、法発見を大いに促進する機能を持っており、このことが今一度見直されるべきである。

(b) 法体系は「確固とした」ルールの他に、とりわけ一般的な規範容量、つまり「外的」体系の各部分の原理を記述するものでなくてはならない。「内的」体系とはこれ等の原理の具体的なものから、一般的なものに至る段階づけのことだが、それが

意味するのは、内的体系はキチンとした「外係」体系を前提として成立することである。

(c) でき得る限り合理的な法発見の為には、両者の関係を見定めて、「外的」及び「内的」体系の二つながらを注意深く利用すべきである。原理に則した体系的な法発見によって、「ハードケース」でもこのことは相当程度履践できる。ここでの原理に則した体系的法発見とは、そこでの規範的論拠となる当該のケースと関係する部分の法材料をキチンと整理した上で、そこに立ち戻っていくことである。

(d) その可能性が十分つくされるなら、以上の法発見の方法は、今日色々と喧伝されている、合理的根拠づけをあつさり放棄してしまうような他の法発見の方法の総てに、優先されるべきである。

〔訳者後記〕ここに翻訳したのは、一九九五年五月一日にビドリンスキーがベルリン法律家協会（Juristische Gesellschaft zu Berlin）で行なつた講演であり、同法律家協会の叢書一四一卷として同年にグルイターから出版された、Franz Bydinski, *Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht*, 1995 (Walter de Gruyter) という書物である。しかし、

これだけでは同書の意義、翻訳の目的についての説明としては不十分であろう。そこで、以下で翻訳の契機も含めて若干のコメントを付しておきたい。

フランツ・ビドリンスキー (Prof. Dr. Franz Bydinski) は、  
 ヴイルブルグ (Prof. Dr. Walter Wilburg) の後継者とも言うべきオーストリア (私) 法学の泰斗であり、法律行為を中心とする民法学、私法全般、加えて特に法学方法論の分野で大きな業績を残している (その代表的業績については、本書の注を参照のこと。ちなみに、本講演でも言及されその時点では草稿であった、System und Prinzipien des Privatrechts は一九九六年にシュプリングァー (Springer) から出版されている)。ビドリンスキーは一九五七年にグラーツ大学の講師からそのキャリアを始め、六〇年同大学教授、六三年ボン大学、六七年からウィーン大学教授 (現職) である。本書でのビドリンスキーの主張は、(冒頭で自身そう言っているように) 法解釈学のオースドツクスの立場の擁護である。つまり、法適用にあたってはほとんどケースでは予め立法者が用意した法規定の要件への単純な包摂が可能である。しかし、ハードケースでは、法規への単純な包摂では問題解決が導かれない (乃至は、包摂が困難である)。そこで、予め用意された法規への包摂がつかないところで、法解

釈、法の継続形成を導くより高次の規範的原理が必要となる。しかも、この法原理は法の外にあるのではなく、法の内側に発見されなくてはならない。左もなくば、法規が直接に規律していない部分では裁判官を始めとする法適用者の裁量に委ねられてしまうか、乃至は法に外在的な恣意的な評価によって解決が与えられることになってしまふであろう。こういった事態を防ぐ為には、法 (規範) に内在する規範的法原理を析出し、それと整合性、一貫性を保った形での法発見が必要となる。それでは法原理はどうやったら発見できるのか、かつ実定法規定とどう関係しているのか、又その構造はどうなっているのか、というのが本書で展開されるビドリンスキーの詳細論である。具体的には、原理とルール (法準則) との関係、外的体系と内的体系との区別と両者の関係等であり、本書の目次と末尾の要約を一瞥すれば即座にある程度具体的なイメージが得られると思われる。要するにビドリンスキーの主張は、変化し続ける社会現実に対する法規範の優位性を確保し、裁量や勝手な評価 (Eigenwertung) を可及的に排除する為には、法原理による論証、しかも体系的なそれが推し進められなければならない、その基礎にあるのは正義の平等と予見可能性、法的安定性の要請だ、というのに尽きる。そして、これが現

在のドイツ、オーストリアの法解釈学方法論のオーソドックスである評価法学 (Wertungsjurisprudenz) の立場だと言える。しかも、ビドリンスキーはその中でも新しくかつ有力な潮流である、いわゆる動的システム (das bewegliche System) の代表者であり、そのことは本書でも処々に見てとれる (動的システムについては、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序論的考察——」法学論叢一三八巻一・二号 (一九九五年) が詳細かつ包括的な検討である)。

訳者は一昨年 (一九九七年) の私法学会の民法部会シンポジウム「転換期の民法学」の報告者の一人として「法ドグマティークの意味と背景——ドイツの法学方法論との対比——」という報告をする機会を与えられ、その準備を進める過程で本書に出会った。その際に、最新の学説や異説は基礎法の専門家によってわが国でも度々紹介されるが、ドイツの通説的立場はあまりとりあげられることはない。法解釈学というものがおよそ学問であるならば、日常業務として法律家が行っていることの少なくとも「目標」はドイツとわが国でも左程違わないのではないか。そういった意味から、共通の目標が見えてとれるようなドイツの方法論に関する通説的文献はないのかと考えていた (もち

ろん、K・ラーレンツの「法学方法論」(米山隆訳) 勁草書房などの大部の翻訳は別してである)。そういった目的によく合致するのが本書であると考えたこと、及びビドリンスキーはドイツではなくオーストリアの学者であるが故にわが国ではあまり知られていない、その紹介の一助になれば、というのが本翻訳を思い立った理由である。ビドリンスキー先生には一昨年 (一九九七年) 七月四日にミュンヘンでカナリス (Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris) の還暦記念の講演会でお目にかかり (先生は、報告者の一人であった)、翻訳をお願いしたところ快諾され、ちょうど同席していたグルイター出版の責任者 Dr. Dorothee Walter を紹介していただき、同書店からも翻訳の許可を得た。この機会にヴァルター女史とビドリンスキー先生に深謝する。ところで余計なコメントかもしれないが、本書でのビドリンスキーの主張は相当程度保守的ではないか、そこまで言わずともよいのでは、とも訳者としては感じていた (他のビドリンスキーの著作と同様、本書も恐ろしく戦闘的である)。例えば、エッサーの「前理解」に対する言及の仕方等、エッサーとてもドイツ法とは異なった英米法の法的判断への関心とともに法規定には直接表現されていないくても判決、法的判断を背後から規律するものは何か、とい

う関心の下に仕事していたのではないか、その意味では、共通項が認められるのではないか。消費者法（さらには経済法までも）に独自の体系はない、つまり固有の法分野として成立しない、というのもそう言ってしまうえばそうかもしれないが、とか（反対に、フィーベックに対するコメントは全く適切である）。ビドリンスキーは内的体系を構成する法原理が法倫理的、規範的内容を持つ、概念と体系を重視しても概念法学とは異なると言う為に、概念法学の用いる概念は事物を区別する機能しか持っていない、法発見の方向づけには役立たないと言うが、本当にそうなのか。概念法学の概念にも規範的内容は当然含まれていて（左もなくば、法適用や法解釈はできようはずがない）、そのことを明示的に表現し目に見える形で再編成しようとするか否かが評価法学と違うのであり、実は評価法学は概念法学の再武装ではないのか。ケッツの批判は少々法ドグマの茶化し方はヒドイと思うが、比較法学者相手にこんな力み方をしても仕方がない、フレスナーにも肯定的に言及しているように比較法学者からの学び方についても本書の全体の文脈との関係で説明しても良いのではないか、なども思う。しかし、それを超えて、本書は、ドイツ、オーストリアという中部ヨーロッパ圏の通説的な法学方法論の方法、目標のコンパクトかつ秀

れた解説の役割を果すと考える。訳者の恐れるのは、訳者が正確かつ元の雰囲気伝えて本書を日本語にできているかどうかということである（先のヴァルター女史は、この本の翻訳は大変で大分時間がかかるだろう、とのたまわっていたが）。さらに、できるなら訳注も付すべきであったと考えるが、その点は、拙稿「法ドグマーテイクの伝統と発展——ドイツ法学方法論覚え書き——」北大法学部ライブラリー（北大法学部五〇周年記念論文集）二巻（北大図書館発行会・一九九九年）及びそこで引用文献を指示しておくことで御寛容をいただきたい。

註

(1) Dölle, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, Rabats 234 (1970), 404 は、「法解釈学（すなわち、狭い意味での法律学）を、出来る限り追検証可能な合理的な法的ルールを獲得する為の法認識を求める努力であると、厳密かつ現実に則して定義している。ところが、そんなことでは法律家にとつてはおよそ話にはならない、下らないどころか馬鹿氣た幾多の（「法解釈学」）概念規定が、何でも批判してやろうという態度で作られ議論の対象となつているのにひきかえ、残念ながらデレの法解釈学の定義がほ

とんと知られていないのは歴然としている。

- (2) (それが維持し得るかどうかを、それに優先する法体系の部分を用いて、新たなコンテキスト乃至は新しい論拠があらわれた際にその都度検証する必要があるが、補完的な権威は持っているという) 私自身の「裁判官法」の理解については、Bydinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 及び、Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 ff.

- (3) Koch-Rüsmann, Juristische Begründungslehre (1982) 14ff は、一度「法規定の」緻密な具体化が行われたらそれを将来の類似のケースでも今一度再現できるようにする為に、その都度問題解決に必要なルールを演繹的に適用可能な上位命題として析出しておくことが絶対必要だと考えており、妥当である(なお、現在は、その旨を、裁量や予測の余地を残している法規の適用にあたっても説いている)。当然のことながら以上の作業は注意深く、特に(aからnのメルクマールがあれば、常に「同じルールを適用する根拠」が十分であるという風に)ケースに則した形で行われ、かつそのルールより優れた見解が充分に根拠づけられれば修正されねばならないが、好き勝手な「判断の施回」(フィケンチャール)があつてはならない。

- (4) それが現在方法論上どのような形であらわれているか

については、詳しくは、Bydinski, Juristische Methodenlehre, 109ff.

- (5) その内で重要なものについては、Bydinski, aO, 140ff.

- (6) これについて全般的には、Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit<sup>2</sup> (1967), 249ff.; Wesenberg-Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte<sup>4</sup> (1985) 139ff. オーストリア私法での理性的自然法の由来については、Mayer-Maly, Die Lebenskraft des ABGB, NoZ 1986, 268.

- (7) Kant, Kritik der reinen Vernunft (Sunbkamp 1976), 52ff, 274ff 参照。カントの「批判哲学以前の」自然法論者との論争については、例えば、Wieacker aO.; Luf, Freiheit und Gleichheit (1978), 164; Adamovich, Über die Struktur der Naturrechtssätze, JBI 1967, 611. 何人かの自然法学者の見解は、特に、Christian Wolff, Jus naturae methodo scientifica pertractatum (1740-1749) に由来する。但し、J. Schröder, Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus, in: D. Simon, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987), 263f は、法秩序をその細部に至るまで確立された自然法の原理から演繹しようという試みは、現実においてそれを貫徹できないが故に挫折するのは明らかだ、という留保をしている。

- (8) その意味では特に、Llompert, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien (1976), 2ff, 43ff, 72ff; Summer, Pragmatisch-

- er Instrumentalismus und amerikanische Rechtslehre (1983), 71. 「歴史的な自然法」が否定できないことについては、例として Arthur Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit* (1984), 25.
- (9) その様々の変形の鳥観は、W. Ott, *Die Rechtspositivismus*<sup>2</sup> (1992); Lampe, *Grenzen des Rechtspositivismus* (1988) を参照。さらに文献については、Bydliński, *Fundamentale Rechtsgrundsätze* (1988) 10 及び in ACP (1988) を参照。
- (10) Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen* (1984), 71, 82, 88f. こういった見方は、法と道徳を嚴格に「区別する」と及びその行為規範が組織的強制により担保される場合にその規範秩序を「法」と呼ぶことで法実証主義を規定する態度と、矛盾するものではない。というのは、そういった概念規定の中心たる強制的遂行とは国家机关のそれであるが、法と道徳の区別は主にまさに国家による出生テストによって行われているからである。
- (11) その根本的な争点に関する文献の幾つかは、Bydliński, *Fundamentale Rechtsgrundsätze* 21, Anm.57.
- (12) その現在の例が、Somak, *Rechtssystem und Republik* (1992)。これに対する主な反論については、Bydliński, *JBI* 1994, 365, Anm. 22.
- (13) その古典的な例として、Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> (1960), 346ff を参照。Dworkin a.o., 89 は、法実証主義
- (が徹底した場合) の特徴として、所轄機関の裁量が突出しかつ過剰な役割を果すことを強調しそれに抗議している。オーストリアで現在法実証主義の理論を説く主な論者は、自由裁量の範囲を大幅に制限する為に、重要な方法論上のルールに関する法律上の規定を含む、——比較法的に見ると偶然的産物の——オーストリア民法典六条以下の存在を利用している。このことは実践的観点からは歓迎すべきことだが、問題の十分な解決にはならない。というのは、まずこの実定法の規定それ自体は私法一般についてのものであり、しかも法律が定める方法論上のルールでは少なくとも(部分的には)類推と一般的法原理の適用がやはり禁じられているからである。同旨を説く最新の論者が、R. Walter, *Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, Gedankenschrift für Ringhofer* (1995), 197ff.
- (14) (たとえ限界はあつても) 一般条項を方法論上のコントロールの下で具体化する可能性に関して、詳しくは、Bydliński, *Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln*, in: Behrens u.a., *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft* (Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990), 189ff.
- (15) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>6</sup> (1991), 413ff.

- (16) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB (1956), 36f.
- (17) 特に、R. Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890; 同 Rechtsbegriff und Rechtsidee (1986); 同 Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Rechtstheorie 18 (1987), 386 (これは、Krawietz, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? Rechtstheorie 18 (1987), 209 くの反批判) ; P. Koller, Theorie des Rechts (1992), 29; R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992), 117. これ等は総て、前掲 Dworkin の基本的な考察、特に二章と四章に依拠している。「方法論的論証」という名称を与えているが、実質的にこれと同様の立場なのが、Bydlinski, Juristische Methodenlehre 289. Fundamentale Rechtsgrundsätze 31ff では、それだけにとどまらず法倫理的要素を持った法概念の擁護の為に、一連の「[法原理を手掛りとした] 論拠の必要性」が展開されている。
- (18) 注(2)
- (19) 注(9)
- (20) その一五頁以下の(なかならず、ドウオーキンとアレクシーの基本的立場を含む)関係する多くの議論の引証。その後の文献として、例えば、Weinberger, Norm und Institutionen (1988), 198; Penski, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1988, 105ff; W. Enderlein, Abwägung in

Recht und Moral (1992), 80ff; Eckhoff-Sundby, Rechtssysteme (1988), 90ff (“Richtlinien”); Stetzler, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991), 213ff; P. Koller aaO, 89.

- (21) Alexy, Theorie der Grundrechte (1985) 特に「衡量法則 (Abwägungsgesetz)」については一四一頁、「条件づけられた優先関係」については八一頁。ここでの例として好んで用いられる、ドイツ連邦憲法裁判所の「レーバツハ判決」については、例えば、P. Koller aaO, 90.
- (22) 動的システムの損害賠償法全体に則しての例証は、Elemente des Schadensrechts (1941)で既にヴァイルブルグが示している。又、理論的な展開については、Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950)<sup>9</sup>。さらに、ヴァイルブルグの為のシンポジウムでの一九の寄稿を集めた、Bydlinski- Krejci- Schilcher- Steiniger, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986)も参照。その論理形式上の操作については、特に、G. Otte, Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II (1972), 301ff.
- (23) 但し、Rittner, Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (1987), 12 を参照。
- (24) Pawlowski, Methodenlehre für Juristen<sup>2</sup> (1991), 79ff が、法解釈学に対して非常に広い範囲で基準の同一という正

義を結果的に満足させる為になどのような場合にもその不可欠の前提として「体系的作業」を要求するのは、正当である。さらに、法律学の体系は根拠づけを含んでいることが絶対必要だという指摘（八五頁）も、妥当である。但し、一般の法思想、一般の原理乃至価値は、時間を超越した不変の体系を伴っているからよろしくない（八二頁以下）という見解、及びそこからの結論についても、賛成できない。パプロフスキーがこのようなことを言うのは、つまりは、法材料の原理の層が個々のルールとの比較では事実持っていると言える長期に渡る安定性（パプロフスキーの二一頁は、「全体系」の時的安定性を説いている）と、時間を超越した安定性とを混同しているからである。しかし、これ等を同一扱いはする契機は全く存在しない。法的な価値原理の変更の条件は、その発生と同様の要素に左右される。すなわち、国家により実定法規という形で管理された法原理は、所轄国家机关の意思の変更がその運命を決する。一般的法原理が、特定の国家に限定されない、法・文化共同体自体の「自発的」発展に由来するなら、「国家机关の」決定により「廃棄」されることはないが、社会の（完全に優越する価値観の）発展自体によって変更され放棄される。人類学とも関係する一般的な評価性向（例えば、まずは妥当にもパプロフスキーの説く中心的かつ明白な非常に安定した評価基

準の均一性という思想）に関する限りでは、生物的進化が変更要因として考えられるかもしれない。だから、法原理の不変性などはおよそ問題になる余地はないし、しかもそれは普遍的かつ基礎的段階のそれについても同様である。今言ったこと以上に、「先決の時間的継続性」を求める努力は、実際上はほとんど意味がない。というのも、「変更された関係」という視点の下では）規範状態が事実上積極的に変更されれば、それはとりも直さず規範の変更の十分な論拠となると解されるからである。さらに、「ケースに由来する論拠」（九六頁）に比べて何故原理が論証能力がないのかも理解に苦しむ。厳密に言えば、「ケース自身から」評価基準を発見しそれをケースの評価の論拠とするというのは、およそ不可能である。法規が明示的に衡平条項を与えているときですら、そこで要求されているのは、（いづれにせよケースの外にいる）評価者がケースに関係する全体的評価の中で内容的にそのケースにふさわしい総ての法的、社会的（つまり、やはりケースの外にある）基準を発見して関係づけること以外ではあり得ない。この点については、Bydlinski, *allgemeines Gesetz und Einzelfallgerechtigkeit*, in: Strack (Hrsg.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes* (1987), 64ff. 彼の著書の最後の部分（一一六頁）では、一般的法思想、原則乃至価値から成る全体的体系を不可欠であるとパプロフ

スキーは言うが、何とこれが「外的体系」(?)だとやっている(一一七頁)。さらに、事実関係が変わっても存続している原理は、具体的なルールの層の変更を強力に押し進めるとか、これを促し易い、という点でも誤解がある。この点も、体系は原理によっては変更されないという彼の見解と矛盾している。

(25) Bydlinski, *Juristische Methodenlehre* 442 (その他注も)を参照。

(26) Bydlinski a.o., 453 (その他注も)を参照。Raisch, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung* (1988)も最近の文献の中では、傾向として妥当にも総じて「体系的」解釈をとり扱っている。

(27) ハードケースの解決には「裁量」ではなく、展開し得る「最高の法理論」に基づくべきだというのは、Dworkin a.o., 121, 454, 543, 一三〇頁では「論拠の収支決算」がとりあげられている。

(28) SAE 1994, 89f (先行する議論からの数多くの引用を含んでいる)及び、以下での批判的コメントが詳細に展開され、かつその主なる根拠が丁寧に再構成されているビドリンスキーによる注。

(28 a) 既に、Diederichsen, *Das Rangverhältnis zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, in: *Strack (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze* (1995), 39f (註1, 50f, 54, 70f, 81) 14

私法への憲法の適用をはっきり制限すべき旨十分な根拠を示して詳細に説いている。事実、憲法が形式的には上位規範であっても法の内容の問題に関しては何の役にも立たないことが、このことを裏付けている。

(28 b) その他の自著の引用も、一連の複雑な問題をここで手短かにふれるという必要性故の、詳細な論述(及び引証)の指示と理解されたい。

(29) このことは、連邦労働裁判所の大法廷自身もはっきりと述べている。しかしながら、大法廷のその正当化は全くのまやかし、つまり「事実としての経営体の所与の条件」への適合とだけしか言っていない。この重要な変更がどのような性質のものかは、もちろん暗示的にですら知るよしもないのである。本当のところは、この判例変更の方法論上の正当性は、従前のルールよりも秀れたそれが裁判官法よりも上位の法秩序によって根拠づけられたということが、現在のコンテクストの新たな批判的検討で明らかになったのか、という点にかかっている。ちなみに厳密に言うと、それが(事実的または法的文脈の)重要な変更に基づくことが、従前の論拠づけが元々不十分だったのに気づいたからであろうかは、全く関係がない。この点については、SAEの注及びそのコメントでの上記注(2)の引証を参考された。

(30) その創始者は、Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*<sup>2</sup> (1974)

であり、九一頁、九四頁では、「演繹」は（重要でないわけではないが、しかし）第一義的には重要な役割を果たしていないと強調している。さらに、例えば、Stuck, Topische Jurisprudenz (1971)。その詳細と批判は（他に加えて引用も）、Bydlinski, Juristische Methodenlehre 141ff.

(31) Bydlinski aaO 参照。

(32) Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts<sup>3</sup> (1819)。ちなみにその序言の九頁には、バンテクテンの古いモデルが指示されている。さらに、A. B. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: Rechtsgeschichte und Gegenwart (Gesammelte Schriften 1960) 1ff を参照。

(33) インステイトゥチオン体系については、Stein, The Fate of the Institutional System, Huldigungsbundel van Warmelo (1984), 218ff; Mayer-Maly, Rechtswissenschaft<sup>2</sup> (1981), 142.

(34) Hedemann, Das Volksgesetzbuch der Deutschen (1941), 29; Göring, in: Zivilrecht I (1981), 48f だけを参照。イテオロギイの背景抜きに似たようなことを言っているのが、Homann, Die Verwendung allgemeiner Teile oder allgemeiner Vorschriften in der neueren Gesetzgebung, in: Rödiger (Hrsg.), Theorie der Gesetzgebung (1976), 328ff.

(35) Der allgemeine Teil des Privatvechts. Ein Wort der Verteidigung, AcP146 (1941), 1ff.

(36) ここで言っていることは、オーストリア民法典でそうなっているように、法律行為のルールを総て契約制度にとりこみ、その他の法律行為をそこに指示するという立法技術に対立するものではない。しかし、オーストリア私法でも以前から学問的体系的叙述では総則部分を独立して扱う方が目的に適切であることがわかってきている。だから、Unger, Ehrenzweig, K. Wolff, Geschnitzer や Kozioł-Welser の体系、教科書、綱要を特に参照のこと。Mayer-Maly は、独自の“Einführung in die allgemeinen Lehren des österr. Privatrechts” (1984) を出版している。スイスの状況については、例えば、E. Bucher, Schweizerisches Obligationsrecht, Allgemeiner Teil (1979), 65; Merz, Schweizerisches Privatrecht VII/1 (1984), 36ff; Gmür, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch (1965), 52f.

(37) Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts (1980), 52f, 59ff, 108f は同書。

(38) Zitelmann, Der Wert eines allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts, Grünhuts Z33 (1906), 11.

(39) Savigny, System des heutigen römischen Rechts I (1840), 332ff, 350, 386f を参照。

(40) 最終的には、自己の人格に対する権利に反対している

が、その根拠はあまり説得力がないのが、Savigny AO, 335.これとははっきり反対の見解なのが、Puchta, *Cursus der Institutionen* P<sup>o</sup> (1881), 49ff.

- (41) その全体的問題状況については、特に、Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, FS Flume I (1978), 371ff. Diederichsen, *Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen* (1965) も参照のこと。古く文献としては、特に Dulceit, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte* (1950). 標準的な文献としては、特に、Westermann, *Sachenrecht*<sup>6</sup> (1990), 43ff. オーストリア法では現下の問題である「使用賃借人の第三者に対する本権による保護」として「中間領域」については、私の体系的考察、Bydlinski, *Der negatorische Schutz des Mieter gegen Dritte und das Rechtssystem*, FS Wesener (1992), 81ff. も参照のこと。
- (42) その基礎づけは、Koziol, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte* (1967).
- (43) 前掲注 (39) 参照。
- (44) Bydlinski, *Sonderprivatrechte - Was ist das?* FS Kasner (1992), 71ff.
- (45) これについては、Dijk, Hondius, Hartkamp, Vranken の報告、Bydlinski, *Mayer-Maly - Pichler, Renaissance der Idee der Kodifikation* (1991) の討議資料を見よ。
- (46) AO, 57. そのほか、こちらにプファタの体系の特色を示す

記述がある。すなわち、求められているのは、完全な「概念の博物学」である。さらに、これ等の概念の一つ一つが、「生ける本質」である、とも主張されている。

- (47) *Fikentscher, Methoden des Rechts* (1975-1977) IV 特に一七六頁以下。Bydlinski, *Juristische Methodlehre* 515ff. はフイーケンチャヤーのこの理論とは二・三の点で見解を異にしているが、その相違は、ようやく析出されたケースに密着したルールを概念とネーミングすることのわかり易さと有用性という点とは関係がない。

- (48) 私自身の実務経験からの事件である。
- (49) 法学の課題は単に「実定法」を「記述」することにすぎない、というのは、何度となくくりかえされたオーストリアでの法律実証主義の変形の中心テーゼである。どっちにしても言語で定式化された対象の「記述」をさけて通ることはできないのでは、というだけでは何時もくりかえされるこういった見解の法学の目的のイメージがゆるがされることはないのである。

- (50) 前掲注 (27) を参照。「最良の理論」によつてはじめて可能となる、体系の重要な要素を問題と関係づけ方法論上可能な限り緻密化していくという作業の不可欠性についても同様である。すなわち、問題を体系的に整理することは必要条件であるが、しかしそれだけでは「最良の理論」の十分条件とは言えない。

- (51) この最後の要件が要求されているのは、今世紀の全体主義の国家体系、イデオロギー体系がそれが現実は何を以てかすのかを後々まではっきり示したような、特定の時と場所に普及した規範の倒錯を排除せんが為である。
- (52) この区別については、特に、Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), 139ff; Canaris, Systemdenken und Systembegriffe in der Jurisprudenz<sup>2</sup> (1983), 19ff, 35ff; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991), 437ff, 474ff; E. Meyer, Grundzüge einer systemorientierten Begriffsjurisprudenz (1984), 141; Mayr-Maly, Einführung in die allgemeinen Lehren (1984), 19; Mitzenzwei, Teleologisches Rechtsverständnis (1988), 242. (特に、カナーリスとラレンズの)「内的体系」を原理と「評価の視点」の体系だとする見解は妥当である。注(24)も参照。
- (53) 但し、Mayer aO, 96の当を得た示唆(外的体系とは「関係する評価の視点への道しるべ」だ)がある。
- (54) 特に、Schmidt-Rimpler, Vom System des bürgerlichen und Wirtschaftsrechts, in: Zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts (1938), 92; Wirtschaftsrecht in: Handwörterbuch des Sozialwissenschaften (1965), 690; Koppensteiner, Wirtschaftsrecht, Rechtslehre 1973, 29ff; Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemdenkens in der Rechtswissenschaft, OZaR VIII (1957/58), 257ffを参照。
- (55) これについて現在の文献としては(新しい類型の危険責任の理論的に重要な析出という枠内では)、Canaris, Die Gefährdungshaftung im Licht der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, 7.非工業製品では「欠缺概念を制限」(aO)して同法を改善する可能性は、ある程度の弥縫策にはなるかもしれないが、法律では欠缺概念が統一されているから、それでは法の目的に反するという特にひどいケースでしかとり得ない。大量工業生産から切り離されているのだから、未加工農林製品の除外を法律が定めているのも、やはり首尾一貫せず説明のしようがない。「企業者の物」の毀損にも製造物責任法を適用しないという態度も同様である(S.8)。その普及の程度を考えると(特に)家計による私保険が潜在的被害者による事業保険より単純に期待可能性がないとも言いきれないから、付保可能性による区別も論拠とはし難い。しかも、いずれにしても生産者の側での責任保険は不可避だし、それ故、どの程度そういうかはともかくとして、潜在的被害者に自分で付保せよという要請は適当とは思われないから、今の文脈では、被害者の側に保険という論拠をあてはめること自体ほとんど説得力がない。つまり、「取引費用」については間違いなく、プレミアアの多寡では明らかに、その対象を同じくするリスクに保険を二つかけるのは一つだけ付保するよりも高くつく。損害賠償法の一般規定によ

る「製造物責任」は「企業者の物」に対しても維持できるから、せいぜい責任保険が若干安価になる可能性がある程度である。私の考えでは、規範という点を充分考えずに（それ以上はキチンと性格づけされない）商品生産という生の現象に目をつけたり、「消費者保護」の光彩で製造物責任法をそめあげようと露骨に努力するというのでは、全く良いことはない。そういうことでは、評価の一貫性は全く放棄されてしまうことになる。

(56) これについては、数多くの外国への寄稿も含めて、Deutsch-Taupitz, Haftung der Dienstleistungsbetriebe (1993).

(57) このような（経済的）概念ではとても損害賠償法上の分類の為のカテゴリーとしては使いものにならないことは、こういった概念（乃至はその同義語）が他の規範的コンテキスト例えばそもそのヨーロッパ法の目的のカタログで経済的自由を記述する際には「法概念」となってしまう点からだけでも根拠づけ得る、ということとはずぐに見てとることができよう。それどころか、この議論をめぐる注釈が示すように、このことは専門家の間ですら誤解されている。

(58) Schlep, Was ist Wirtschaftsrecht? FS Hng (1968), 25ff. 経済法 の概念をめぐる最近の努力については、Fezer, Zur Begriffsgeschichte des Wirtschaftsrechts seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland in: Mohaupt (Hrsg.) Rechts-

geschichte in den beiden deutschen Staaten (1991), 704ff.

(59) 例えは、Teilmann, Wirtschaftsrecht (1986), 51.

(60) Ritter aO, V, 4, 12ff, 17, 19; Schmidt-Rimpler aO, 693 を参照。

(61) この相互的正当化の原理については、Bydinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 307.

(62) Medicus, Wer ist ein Verbraucher? FS Kitagawa (1992), 471 は、これに関係する最近の立法では消費者概念が全くバラバラに使われていることを示している。

(63) §33.

(64) 特に、注(52)のCanaris aO及びLarenz aOはそう言うている。

(65) 注(21)及び先に挙げた労働者責任（の一層の緩和）の例を参照。

(66) この点について詳しくは、Bydinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967).

(67) 一方で、利用喪失の補償への仮定費用の承認を、判例が長く認めてきた自動車にそれ限定しようと提案した、根本的かつ徹底した連邦通常裁判所民事五部の呈示決定（IZ 1986, 387）、他方で、自動車にとどまらずレンタル費用判決を一般化して拡張するが、同時に、とりあえず「特に」（220）かつ最終的に（222）結局は、「普通は自

分の生活の為に常に利用するような「物に「限定」しようという、連邦通常裁判所の大法廷判決（BGHZ 98, 212）を参照。但し、その際の当該の財産的損害の算定への「あけすけな」詳論（IVに書かれている）も参照。イギリスの事件を参照して、利用喪失期間中の投下資本の取引上一般的な利子支払を説く、Flessner, Geldersatz und Gebrauchsentgang, JZ 1987, 271の提案には説得力がある。

この提案は体系的に貫徹可能な評価基準を与えており、そのことで、仮定的レンタカー料の算定を完全な市場の料金表に委ねることも、又この問題以外でもその両者の関係が財産上の損害という問題をわかりにくくしている恒常の利用可能性、自己の生活での利用、そして実際にそうならなければ賠償が制限される通例レンタカーを利用することという実際には全く具体性を欠くメルクマーにも頼る必要もなくしている。

(68) この問題に関する判例の始めのころは、損害賠償責任の有無が明らかでない場合には、金持ちの自動車所有者は間違いなくレンタカーを実際に利用するだろうが、貧しい自動車所有者はこのようなりスクを犯さず、従って加害者の為に節約したことになり、その結果不利に扱われる、という論拠が決定的だったと言えよう。注目すべきは、（社会政策上の敏感さは少なくとも同程度に強い）オーストリア法では保護の問題が全く違った見方をされている。

ることである。すなわち、何はにおいても被害者の——仮定的ではなく事実かかった——レンタカー料をにらんで高い責任保険料の支払い義務を負うことから、貧しい自動車所有者は保護される必要がある。そうなること「保険料の区別」がおこることになる（実際に支出したレンタカー料の請求を放棄した者に安価な責任保険が与えられる可能性もある）、というのである。この点に関する現在の法状況については、Schauer, Das österr. Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995), 426ff.

(69) Bydlnski, Juristische Methodenlehre, 566ff 参照。実質的には、Koch-Rüsmann aO, 255 ㊦同前。

(70) Bydlnski aO, 577ff 参照。

(71) 注 (22) の通り。

(72) 注 (59) でカナリスが妥当にもそう指摘している。

(73) 注 (66) 参照。そこで析出された原則（Grundsätze）とは、私的自治以外では、信頼及び取引の保護、等価原理、及び自己責任原理の中で段階づけられている帰責の中で最も強い帰責原因とされている契約遵守の倫理的力である。上記の文献でその区分に関して簡単に言及しているにすぎない諸制度、特に直接の人格保護を構造的に考えねばならぬ局面、及びその保護の要請を考慮した制度（169ff）については、引用した文献では総じて十分に深められてはいない。

- (74) Gesellschaftsrecht I (1980), 357ff.
- (75) Ungerechtfertigte Bereicherung (1983).
- (76) 特に 'Allgemeiner Teil'<sup>3</sup> (1979).
- (77) Das Vertrauenshaftung (1971).
- (78) Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB (1956).
- (79) 特に 'Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht' (1967).
- (80) 注 (21) の通り。
- (81) 'Die Steuerrechtsordnung' という三巻の大部の書物には、体系の助けにより追及されるべき平等原則に関する詳論が見とれる。特にその二巻(1993), 110ff. 同旨は既に、テイプケの *Steuergerechtigkeit* (1981) の特に '24ff, 47ff.
- (82) Flessner, *Wegfall der Bereicherung* (1970); *Bewegliches System und Bereicherungsrecht* (注 (22) 引用のヴァイルブルグへのシンポジウムへの寄稿を集めた文献中の), 159ff.
- (83) BGHZ 55, 128.
- (84) Kötz, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, in: K. Schmidt, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (1990), 85ff. これに對しては、既に 'Canaris, Theorienrezeption und Theorienstruktur', FS Kitagawa (1992), 77ff が批判を加えている。未成年者に対する不当利得返還請求についての学説の争いについては、Reuter-Martinek aaO, 653.
- (85) ドイツ法でのその基礎づけは、Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, FS Rabel I (1954), 368. 特に不当利得を〔利得者の〕財産と関係つけて理解するのか、それとも〔利得〕対象に注目するのかという対立も含めて詳しい記述と引証は、Reuter-Martinek aaO, 544f を参照<sup>40</sup>。
- (86) BGHZ 55, 136.
- (87) オーストリア法については、既に、ヴァイルブルグが *Klang, Kommentar VI<sup>2</sup>* (1951), 486 で (ドイツ民法典八二九条に相当する) オーストリア民法典一三二〇条の法思想を指示している。