

平成 21 年 6 月 8 日現在

研究種目：基盤研究(C)
 研究期間：2005～2008
 課題番号：17530013
 研究課題名（和文） 民事裁判における「特段の事情」の法理論的構造に関する私法学的研究
 研究課題名（英文） A Historical Study on the legal scientific nature of the “casuistic facts” in the Civil Procedure
 研究代表者
 兒玉 寛（KODAMA HIROSHI）
 龍谷大学・大学院法務研究科(法科大学院)・教授
 研究者番号：70192060

研究成果の概要：「例外のない原則はない」。法律の条文も、本文と但書という形で「例外的な処理」に道を開いている。しかも、裁判官は、但書が規定されていなくても、「特段の事情がある場合は、原則を適用しない」という操作をする。本研究は、「特段の事情」による操作を裁判官に委ねてしまわずに、訴訟当事者の主体的な関与を確保するための枠組みを、法律学の歴史に立ち返って検討した。そして、「悪意の抗弁」を活用すべきであるとの見通しを得た。

交付額

(金額単位：円)

| | 直接経費 | 間接経費 | 合計 |
|--------|-----------|---------|-----------|
| 2005年度 | 1,400,000 | 0 | 1,400,000 |
| 2006年度 | 700,000 | 0 | 700,000 |
| 2007年度 | 500,000 | 150,000 | 650,000 |
| 2008年度 | 500,000 | 150,000 | 650,000 |
| 年度 | | | |
| 総計 | 3,100,000 | 300,000 | 3,400,000 |

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：特段の事情、法解釈方法論、サヴィニー、民法、悪意の抗弁、信義則、類推

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の最高裁の民事判例は、とくに近時、「特段の事情がないかぎり」とか「特段の事情があるときは」といった措辞を多用する傾向がある。「特段の事情」には、経験則の例外となる事情を指す場合と、原則規定に対する例外規定の要件事実を指す場合とがある。前者は、事実認定レベルの「特段の事情」であり、後者は、法律論レベルの「特段の事情」である。

(2) 事実認定レベルの「特段の事情」では、主張立証の対象となる要件事実を包摂

する要件は明定されており、この前提のもとで、当該事案における経験則の内実とその例外事情が問題となる。

これに対して、法律論レベルの「特段の事情」では、「隠れた欠缺」とその補充が問題となる。すなわち、「ある事態に適用される規定につき、適用範囲外たるべき場合をもカバーする文章で書かれているにもかかわらず必要な適用除外規定がないと判断するときは、“適用除外規定の欠缺”を観念することができ、それを“隠れた欠缺”とよんでいる……。目的論的制限は“隠れた

欠缺”についての欠缺補充法である」(広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』64頁)。

「隠れた欠缺」では、主張立証の対象となる要件事実たる「特段の事情」を包摂する要件は明定されていないので、まずもって、この要件を導出する必要がある。

(3)いずれのレベルにおける「特段の事情」であっても、訴訟上の問題としては、要件事実を介して顕在化する。

しかし、従来、「隠れた欠缺」を補充するための要件の導出方法については、法解釈方法論において議論されてきたが、要件の導出と訴訟上の攻撃防禦方法との関連については、ほとんど議論されていない。

このため、法律論レベルの「特段の事情」を判決理由とする裁判例の多くでは、裁判官が、事実認定レベルの「特段の事情」についての当事者の主張立証あるいは上告理由からヒントを得て、その「特段の事情」から「適用除外規定」の要件を構成し、その要件を事案に適用するという形をとっている。

(4)以上のような現状は、いくつかの問題を孕んでいる。

第1に、法律の解釈・適用の透明性という観点からして、「適用除外規定」の要件の構成を裁判官に一任してよいのかという問題。そのような要件は、最高裁まで上告されて最高裁によって漸く提示されることが多い。したがって、その事件の当事者は、破棄差戻しにならないかぎり、要件の導出とその適用について主体的な弁論の機会を十分に保障されない事態が生じる。

第2に、法曹養成の観点から、要件の導出と訴訟上の攻撃防禦方法との関連を不明確にしたままでよいのかという問題。この関係づけは、要件事実論の課題であり、要件事実論は、「理論と実務の架橋」を目指す法科大学院における法学教育の一環として位置づけられている。したがって、この関係づけが不明確のままであれば、要件事実教育が既存の要件による事案処理に傾斜し、真に事案に適合した訴訟プログラムの案出が軽視されることも危惧される。

本研究は、民事裁判をめぐる以上のような現状に触発されて構想された。

2. 研究の目的

(1)「等しいものは等しく扱い、異なるものは別様に扱う」という要請を承認する法文化にあっては、そこでの法理論は、この要請に応えるための推論様式を内在させていると想定できる。原則規定を明定している法文化にあっては、この推論様式は、法理論のレベルの「特段の事情」という措辞として現れる。それは、ある規定の射程ないし妥当を限定したり拡張したりする機能をもち、法解釈方法論では、目的論的制限あるいは目的論的

拡張と呼ばれる手法に対応する。

19世紀ドイツ私法学もまた、「原則規定と例外規定による操作」を承認する点でこの法文化を共有している。にもかかわらず、ここでは、目的論的制限や目的論的拡張という名称での解釈手法は登場しない。このこととも相俟って、19世紀ドイツ私法学の典型たる歴史法学は、生活から遊離した事案解決を強行する概念法学を帰結したとして批判されてきた。

(2)これに対して本研究は、歴史法学派の法理論もまた、実質的には、目的論的制限や目的論的拡張に対応する解釈手法を内在させており、しかも、要件の導出と訴訟上の攻撃防禦方法との関係づけを含んでいることを論証することを目的とする。そして、この論証をふまえて、わが国の民事裁判や法曹養成における前述の問題点を改善するための方策を提言することを目指す。

3. 研究の方法

(1)歴史法学派の鼻祖サヴィニー(1779-1861)の法解釈方法論は、『現代ローマ法体系』第1巻(1840年)において提示されている。しかも、その法解釈方法論は、継受されたローマ法を素材にして構築されている。したがって、第1に、ローマ法における「隠れた欠缺」の補充方法はどのようなものであったか、そして、第2に、サヴィニーの法解釈方法論がどのような形で「隠れた欠缺」の補充方法を含んでいるのか、さらに、第3に、サヴィニーにおける「隠れた欠缺」の補充方法はローマ法上の欠缺補充の方法をどのような形で組み込んでいるのか、を明らかにする必要がある。

(2)第1の問題について言えば、ローマの法律家は、「隠れた欠缺」の補充方法を法解釈方法論のレベルで定式化していないように思われる。そこで、個々のローマ法文にそくして、実質的に、この補充がどのように行われているかを検討することが、第1の課題となる。

(3)第2の問題について言えば、サヴィニーが、その法解釈方法論を「A 個々の法律の解釈」(第33節 第41節)と「B 全体としての法源の解釈」(第42節 第46節)という二段構え編成している点が重要である。欠缺補充の問題はB部分に置かれ、その手法として「類推」が挙げられている。したがって、サヴィニーにおける「類推」概念を、目的論的制限あるいは目的論的拡張を含むものとして理解できるのかどうかを検討することが、第2の課題となる。

(4)第3の問題について言えば、サヴィニーが、アクチオ法的思考を前提とするローマ法を、実体法と訴訟法との分離を前提とする体系へと組み換えている点が重要である。サ

ヴィニーが、体系を異にするローマ法上の欠缺補充方法をどのような装置を使って、その法解釈方法論に組み込んでいるのかを検討することが、第3の課題となる。

4. 研究成果

(1)ローマ法上の「悪意の抗弁」について。

ローマ法上の「隠れた欠缺」の補充は、審判人が当事者が提出した「悪意の抗弁」を考慮するという手法によってなされた。この抗弁は、誠意訴訟では当事者による主張をまつまでもなく訴訟に内在しているとされ、また、厳正訴訟では当事者の主張によって方式書に組み込まれた。

D.6,1,38 Celsus lib.3 digestorum は、厳正訴訟の一つである所有物返還請求訴訟での悪意の抗弁の事例である。Yが、売主Aとは別人であるX所有の土地を、そのことを不注意で知らずにAから買って、その土地上に家を建てたり種を蒔いたりした後に、Xから土地の返還請求を受けたという事案について、ケルススは、「良識のある審判人であれば、当事者と事情に応じて異なる判断を下すであろう bonus iudex varie ex personis causisque constituat.」と述べて、いくつかのヴァージョンを想定する。

その一例が、真正所有者Xがその土地を回復したならば、XもYと同一のをしたであろう場合であり、Yは投下費用の償還を「悪意の抗弁」の内容とすることができるとする。ここでは、所有物返還訴権が「費用償還」によって制約されるのであり、原則規範について不当利得法上の例外規範が一般的に付加されたと解される。

しかし、Xが費用を償還するために、その土地を売却して金を工面するしかなく、しかも、その土地にはXの先祖の墓所があったという場合には、「市民にあるまじき訴えを提起している、incivilter agere」という「悪意の再抗弁」がXに認められるとする。ここでは、所有物返還訴権が「信義則」によって制約されるのであるが、原則規範に対する個別事案上の制約が付加されたと解される。

近代の民法典は、以上のような「悪意の抗弁」によって蓄積されたカズイステイクを、本文と但書や、原則規範と例外規範というかたちに再編したことによって成立したのである。このため、但書や例外規範を設けていない場合に、「隠れた欠缺」が生じており、その補充は、法理論上は目的論的縮減によってなされるが、訴訟法上は「悪意の抗弁」によって行われると解される。

にもかかわらず、19世紀初頭に、法務官と審判人のもとでの方式書訴訟に由来する「悪意の抗弁」を国制を異にする近代法のもとで一般的に認めうるのかが争われ、否定的な見解が有力化する。これに対してサヴィニ

ーは、抗弁を「独立の権利 selbständiges Recht」として位置づけて、「悪意の抗弁」による法形成を原則として承認したのである。なお、ローマ法上、事実認定レベルの「特段の事情」に関する法文では、「causa cognita」等の措辞が用いられており、経験則違反の問題であるが、訴訟上は「悪意の抗弁」の一環として扱われている。したがって、ローマ法上の「悪意の抗弁」は、欠缺補充型、信義則適用型、経験則型の3類型を含んでいる。近代法が、それらをどのように区別して継受したのかを検討することは、今後の課題である。

(2) サヴィニーのヘルメノイテイクについて。

現代の法解釈方法論では、「類推」は、「公然欠缺」の補充方法に位置づけられている。もっとも、「類推」による「隠れた欠缺」の補充も散見される(たとえば、代理権濫用事例について93条但書を類推適用した最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁など)。

サヴィニーにおける「類推」を「公然欠缺」の補充に限定して理解するならば、「隠れた欠缺」の補充方法がその解釈方法論から欠落してしまうことになる。そのような理解は、サヴィニーでは法の継続形成が承認されていないとするフォルストホーフ(Forsthoff)の見解と、それを受け入れたガーダマー(Gadamer)によって通説的な見解となっている。

しかし、本研究では、メーダー(Meder)らの近時の研究を踏まえて、ForsthoffやGadamerの見解は、サヴィニーにおけるヘルメノイテイクを近世初頭の啓蒙期ヘルメノイテイクと同視する立場にたっており、根拠がないことを明らかにした。むしろサヴィニーのヘルメノイテイク理解は、あらゆる解釈に内在している「適用Applikation」を承認する点で、欠缺補充を含む法の継続形成を肯定する立場であることを確認した。

啓蒙期ヘルメノイテイクでは、法は規則のなかにしか存在しないとする。これに対してサヴィニーは、法と法律とを同一視しない。解釈者は、自分の側から法律に働きかけて規則を具体化しなければならない、とされる。解釈者は、法律を適用するためには、法規則(Rechtsregel)から法規(Rechtssatz)を取り出さなければならない、とされる。サヴィニーは、事案に適合する「状況関係的な法規」の獲得を目指したと言える。そのような法規の獲得は、ローマ法上は、「悪意の抗弁」を契機とする審判人の判断力に委ねられており、近時の研究は、この判断力をカントにおける反省的判断力に対応させる。しかし、そのような理解には、疑問がある。

反省的判断力では、「適用すべき法規たる

普遍が存在しない」場合に「普遍としての法規」を案出する能力であるとされ、多くの論者は、公然欠缺であれ隠れた欠缺であれ、欠缺補充をこの能力が発揮される場面であると解する。この見解は、普遍としての法律条文が存在しない場面を反省的判断力の領域とする。

しかし、サヴィニーは、前述のように、法規則 (Rechtsregel) から法規 (Rechts-satz) を取り出さなければならない、とする。したがって、「悪意の抗弁」を契機として事案に適合する「状況関係的な法規」の獲得することを法適用の理念型として想定するならば、欠缺とは、普遍としての法律条文が存在しない場面にかぎられず、「状況関係的な法規」が存在しない場面をも含むのではないかというのが、本研究での仮説である。そのような場面は、非常に多くの事案で起こる。いわば、現在の最高裁の判決のほとんどは、この意味での「欠缺」の補充であるとさえ言えよう。

そうだとすれば、サヴィニーが想定する「状況関係的な法規」が存在しない場面では、反省的判断力論で言われているような「普遍としての規準」は何も存在しないことになるのであろうか。本研究は、この点について、サヴィニーの「法制度」概念が「普遍としての規準」として機能しているのではないか、という問題を設定した。

(3) サヴィニーの「類推」概念について。

サヴィニーの「法制度」概念は、その体系を支える要であるが、その系譜や体系上の機能については、未解明な部分が多い。本研究は、サヴィニーが「類推」による「欠缺」補充を法制度と関連づけている点に着目して、「法制度を媒介とする状況関係的な法規の案出」の技法を分析した。

法の適用は、サヴィニーによれば、「この事案における法とは何か」という「法問題 Rechtsfrage」に決着をつけることを指す。法秩序は、サヴィニーによれば法制度のネットワークであるから、法制度がすでに存在している場合には、法問題の決着は既存の法制度を介して行われる。この問題が持ち上がった場合が、サヴィニーのいう「欠缺」である。裁判官は、当該事案が包摂されるべき法制度に属している諸々の法規の内面的な類縁性を「所与のもの」として、そこから、欠缺事案のための法規を案出する作業が「類推」という法発見手続きである。

サヴィニーによれば、「所与のもの」は、個々の特定の法律である可能性もあるが、「はるかに頻繁に、法理論の諸々の構成部分に含まれているであろう。それらの部分は、〔ユスティニアヌス帝法からの〕抽象という技芸的なやり方でそれ自体すでに成立して

いる」。したがって、欠けているのは、「この事案における具体的な法規」であって、この法規を支配する高次の法制度が欠缺しているわけではない（法制度それ自体が欠缺している事案は、むしろ稀であるとされる）。

類推によって案出された具体的な法規は、一方では「所与のもの」に直接的に含まれていない点で、その拡大 (Ausdehnung) ではなくて、その拡張 (Erweiterung) である。この用語法は、カント『純粹理性批判』〔第2版・1787年〕の序論「分析的判断と総合的判断との区別について」の用語法によれば、拡張 (Erweiterung) とは、主語と述語との非連続性を指す。しかし他方では、その法規は、「所与のもの」の解釈による法制度の一般概念を経由して獲得された点で、「所与のもの」との連続性を担保されている。

したがって、サヴィニーの「類推」とは、公然欠缺のみならず、隠れた欠缺についても、その補充方法として機能することが予定されていると解される。これを否定する通説的見解は維持できないことが、明らかとなった。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔図書〕(計4件)

中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編、有斐閣、『民法判例百選〔第6版〕』、2009年、120頁 121頁、児玉寛「登記のない地役権と承役地の譲受人」

内田貴・大村敦志編、有斐閣、『民法の争点』、2007年、63頁 64頁、児玉寛「慣習論」

林信夫・佐藤岩夫編、創文社、『法の生成と民法の体系』、2006年、545頁 573頁、児玉寛「サヴィニーの類推論について 断章」

河内宏・大久保憲章・采女博文・児玉寛・川角由和・田中教雄編、九州大学出版会、『市民法学の歴史的・思想的展開』、2006年、243頁 274頁、児玉寛「サヴィニーと『法律解釈の一義的明晰性ルール』 断章」

6. 研究組織

(1) 研究代表者

児玉 寛 (KODAMA HIROSHI)

龍谷大学・大学院法務研究科(法科大学院)・教授

研究者番号：70192060

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし