

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 5 月 12 日現在

機関番号：14401

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530096

研究課題名(和文) 動的体系論に依拠した立法スタイルの研究

研究課題名(英文) Study on the Legislation based on the Flexible System

研究代表者

大久保 邦彦 (OKUBO, Kunihiko)

大阪大学・国際公共政策研究科・教授

研究者番号：60258118

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,200,000円、(間接経費) 660,000円

研究成果の概要(和文)：オーストリアの法学者であるヴァルター・ヴィルブルクは、「動的体系論」という方法論を初めて提唱した。動的体系論によると、法ルールは、従来の立法とは異なり、そのルールが適用される個別事例の解決のために意味のあるすべての要素(ファクター・原理)に明示的に言及することになる。この動的体系論は、オーストリア損害賠償法の改正作業において、歴史上初めて、立法に大々的に投入されようとしている。しかし、この立法スタイルに対しては、それがかなり高度の法的不安定性をもたらすという理由で、批判が巻き起こった。本研究では、動的体系論を日本の立法において採用すべきか否かについて検討した。

研究成果の概要(英文)：Austrian legal scholar Walter Wilburg has developed what is known as a "flexible system". According to this system, a legal rule shall contain explicit reference to all the elements (factors, principles) relevant in finding a solution in the particular case to which this rule is to be applied. This system was adopted for the first time in history in the New Austrian Draft on Liability Law. But this approach has given rise to criticism, because it may create a rather high level of uncertainty. This study examined whether this system should be adopted in Japanese legislation or not.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：民法 比較法 損害賠償 不法行為 法学方法論 動的体系論 オーストリア法 立法学

## 1. 研究開始当初の背景

(1) 現在の日本は、法律の洪水に見舞われ、法の統一性や通観性が損なわれかねない状況にある。実定法の主要部分は、要件と効果が固定された法ルールから構成されているが、最近、オーストリア損害賠償法の改正草案(討議草案)は、法律効果を種々の法原理の協働作用の結果として正当化しようとする動的体系論を、歴史上初めて、立法に大々的に投入しようとしている。動的体系論による立法は、法原理を明示するため、法の統一性の維持に役立ち、また、少ない条文で多くのことを規律できるため、法の通観性を高める。実際、現行オーストリア民法典の49箇条に対し、討議草案は内容的に新たな規律を含んでいるにもかかわらず、45箇条で済ませている。従来立法手法によるスイス不法行為法の改正予備草案(2000年)が、現行の21箇条に対し、約3倍増の61箇条であるのと対照的である。近時の立法の多条文化、条文の長大化に対して批判があることに鑑みると、討議草案は歓迎されるかと思いきや、その立法スタイルに対して、「法的安定性を害する」、「教育的だ」、「学説を法律にしている」、「立法者は裁判所に責任を押し付けている」といった批判が巻き起こった。

(2) 動的体系論とは、一定の法領域における法規範ないし法律効果を、複数の「要素」ないし「力」の協働作用の結果として説明し正当化しようとする構想である。問題は「要素」の実体であるが、現在では、「要素」は法原理だと理解されている。

動的体系論による立法は、固定的構成要件と一般条項の間に位置する中程度の抽象度の開かれた立法であり、立法技術として第3の道を開いた点が積極的に評価されている。の長所はの短所の裏返しであり、の短所は逆にの長所の裏返しである。まず、固定的構成要件を持つルールは、その要件が明確である反面、その適用範囲が狭くなるため、制定法の欠缺が多くなる。欠缺部分を減らすためには多くのルールを作る必要があるが、そうすると今度は、ルール間で評価矛盾が生じたり、適用されるべきルールの発見が困難になる。このような場面で動的体系論を投入するならば、以上の問題が解決できるし、個別事例の正義をよりよく実現しうる。逆に、固定的構成要件との比較における動的体系論による立法の短所として、法的安定性の面で劣ること、要素の衡量に際し裁判官の負担を増加させること、個別事例の事情の顧慮は正義の一般化傾向に反しうることなどが挙げられる。他方、一般条項はほとんど無内容なので、実体問題の決定を裁判官の自由裁量に委ねることになりかねない。しかし、情報量の豊かな動的体系論による立法によるならば、判断のための指針が要素の形であらかじめ裁判官に与えられるこ

とになる。

ところで、動的体系論による立法は、比較級命題である。「比較級命題」とは、比較級を用いた命題であり、その基本形式は、「aが多ければ多いほど、ないしはよくあればあるほど、それだけbが多い、ないしはよくある」、あるいは、「aの場合には、aでない場合よりも、bが多い、ないしはよくある」という形にまとめられる。比較級命題は要件と効果との相対的關係を示すのみだが、それが機能するためには、典型的事例において、両者の關係が固定的ルールで示される必要がある。それを「基礎評価」と呼ぶ。

(3) 現在、ヨーロッパでは、不法行為法の統一に向けてヨーロッパレベルでの共同研究が進行しており、すでに2つの研究グループによって、ヨーロッパ不法行為法原則の素案が公表されている。1つは、オーストリアの民法学者コツィオールを中心とする「ヨーロッパ不法行為法グループ」であり、他は、ドイツの民法学者フォン・パールを中心とする「ヨーロッパ民法典研究グループ」の下に置かれている不法行為ワーキンググループである。

コツィオール・グループは、もともと、1993年にオランダのスピア(ティルブルフ大学)が組織した「ティルブルフ・グループ」に由来し、そこには当初フォン・パールも参加していた。しかし、方法論上の違い(法ドグマーティク対比較法)から、フォン・パールは途中でこのグループを抜け、新たなグループを組織する。フォン・パールは - ツヴァイゲルトやケッツといった比較法学者の泰斗とともに - 法ドグマーティクを軽視するのに対して、コツィオール・グループは、法ドグマーティクを重視し、その限りで比較法にも意義を認めるのである。その上で、コツィオール・グループは、動的体系論を法統一に適した方法論的な基礎とし、オーストリア損害賠償法の改正作業において、歴史上初めて、それを立法にも大々的に投入しようとしている。

## 2. 研究の目的

### (1) 動的体系論の立法への投入の適否

本研究は、オーストリア損害賠償法の改正草案(討議草案)の立法スタイルをめぐる議論の検討を通して、わが国の立法のあり方について指針・示唆を得ることを主目的とする。それは以下の認識に基づく。

動的体系論を立法に大々的に投入しようとする試みは、歴史上初めてのものであり、それをめぐる議論の検討は、今後のわが国の立法スタイルや立法作業のあり方について指針・示唆を与える。

まず、動的体系論による立法は、法原理を明示するため、法の統一性の維持に資するだ

けでなく、少ない条文で多くのことを規律できるため、法律の通観性を高め、法へのアクセスを市民にとって容易にする。かかる立法スタイルは、わが国においても採用の可能性が十分にある。

現在わが国で進行中の債権法改正の議論においては、個別の法規定を検討する中で、法原理に上昇する傾向が目につく。その際、個別の法規定について意見が一致すれば、それを支える法原理は異なっても構わない、と述べられることもある。しかし、かかる同床異夢的態度を是認すると、法体系の中に評価矛盾が生じ、個別ルールのカズイステイクに陥る虞がある。最終的に動的体系論による立法スタイルを採用しないにしても、個別の法制度の趣旨、それを支える法原理をまず確定し、それから個別の法規定に下降するというオーストリア損害賠償法の改正作業における議論のあり方は、債権法改正の立法作業のあり方についても、一石を投じることができる。

## (2) 立法学への寄与

わが国では、立法学は、主に実務家によって論じられており、学問としては未発達の状態にある。研究者の側からの研究によって、立法学の発展に寄与することを第2の目的とする。

## (3) 損害賠償法への寄与

コツィオール・グループは、ヨーロッパ損害賠償法の統一に向けての作業を進めているが、オーストリアでの動向は、今後のヨーロッパ損害賠償法の動向を占う上で重要な意味を持つ。フォン・パール・グループの動向は、窪田充見教授（神戸大学）による『ヨーロッパ不法行為法』の翻訳などによって、わが国にも比較的良好に紹介されているが、コツィオール・グループの動向の紹介は、まだ少ない。それをわが国に紹介することにより、わが国の損害賠償法に関する議論にも寄与することを、付随的なものだが、第3の目的とする。

## 3. 研究の方法

本研究は、応募者が単独で、オーストリア損害賠償法の改正をめぐる文献、ヨーロッパ不法行為法の統一に向けてのティルブルフ～コツィオールとフォン・パールのグループの文献、比較法や立法学に関する文献等を国内やオーストリアにおいて収集し、それらの文献を検討する方法によって実施した。その際、比較法・立法学という方法的な基礎と、ティルブルフ・グループ～コツィオール・グループの動向についての通時的検討を背景にして、オーストリア損害賠償法改正草案およびそれをめぐる議論を検討した。

研究遂行に際しては、オーストリア損害賠償法討議草案作成の中心メンバーであるコツィオール教授にウィーンと京都で2度面会し、直接議論状況を伺ったほか、文献の提供を受けた。

## 4. 研究成果

### (1) 動的体系論がオーストリア損害賠償法討議草案に投入されるまで

本研究では、まず、動的体系論がオーストリア損害賠償法討議草案に投入されるまでのプロセスを概観し検討を加えることによって、その方法的基礎にある考え方を明らかにした。

討議草案に動的体系論を投入した中心人物は、コツィオールである。コツィオールはまた「ヨーロッパ不法行為法グループ」の主宰者でもある。そして、コツィオール及び「ヨーロッパ不法行為法グループ」の導きの星となったのはオーストリアの比較法学者ポッシュである。

比較法学者であるツヴァイゲルトとケッツは、種々の法秩序は社会で生じる本質的に同一の事実問題を結論が同じ場合でも非常に異なった仕方で解決しているという比較法の根本的経験に基づいて、比較法の方法として機能的比較を提唱した。ポッシュはその方法を「制度比較」と呼んでいる。しかし、彼は、法統一のためには制度比較にとどまらず、比較可能な諸制度の基礎にある評価観点（要素）を探究・比較する必要があるとし、その方法を「要素比較」と呼ぶ。そして、彼は、要素比較と動的体系論は要素を探究するという点において一致するだけでなく、それ以外にも動的体系論は法統一に貢献することを指摘する。コツィオールらの立法作業は、ポッシュの要素比較の方法を基礎とするものである。

しかし、制度比較を行うツヴァイゲルトやケッツと、要素比較を行う動的体系論の主唱者であるビトリンスキーを含むドグマティカーとの間の方法論をめぐる対立は根深い。ドグマティックという作業が必要であること自体は、ケッツとドグマティカーたるカナーリスやビトリンスキーとの間で了解があるが、その内容、特にそれが適用される場面には、ずれがある。ケッツは、事案の結論が発見された後に行われるドグマティッシュな構成という作業に批判を加える一方で、ドグマティックは事案の結論に影響を及ぼさないと見ている。それに対して、カナーリスやビトリンスキーによると、ドグマティックは、すでに事案の結論の発見に際して機能し、事案の結論にも影響を与える。

ツヴァイゲルトやケッツが事案の結論をどのように発見するのかは、明確に言語化されていないため、判然としない。法理念・法原理が援用されることもあるし、外国法で

の解決（外国の法学者の見解）も基準になるし、トピック論によることもある。

コツィオールはドグマティカーの陣営に属し、動的体系論を事案の結論の発見をコントロールするものと捉える。動的体系論による立法は、事案の結論に影響を及ぼす諸要素をそのまま法律に明示し、それに典型的な諸事例に関する基礎評価を組み合わせるによって、裁判官による事案の解決（司法的決定）をコントロールしようとするものである。

## （2）オーストリア損害賠償法改正草案に関する経緯

「ヨーロッパ不法行為法グループ」は、1995年に統一的なヨーロッパ損害賠償法原則を起草するプロジェクトを開始し、その際、種々の法体系において重要視されている要素のすべてを考慮に入れることを可能にするために、動的体系論を投入した。そして、本グループは2005年に「ヨーロッパ不法行為法原則」の最終版を公表した。その成果は、オーストリア損害賠償法の改正作業にも活かされている。

動的体系論による立法を主導しているのは、「ヨーロッパ不法行為法グループ」とオーストリア司法省（BMJ）に組織された損害賠償法改正のための「作業グループ」であり、双方の中心人物はコツィオールである。すでに2005年に、ヨーロッパ不法行為法グループは「ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）」の最終版を、作業グループはオーストリア損害賠償法の全面改正を目指す「討議草案」を公表した（以下では、PETLと討議草案を「両草案」と総称する）。コツィオールは、PETLを基礎とする討議草案の立法化によって、ヨーロッパ不法行為法の統一をリードしようとしている。しかし、討議草案が公表されると、それを批判的に検討し、別の草案を提案するために、ライシャウアーやヴェルザーらによって、「作業サークル」が設立された。作業サークルの批判は、立法の内容よりも、動的体系論によるという立法のスタイルに向けられた。作業グループは、作業サークルの批判を一部受け入れ、2007年に討議草案の改訂版を公表した。2008年には、作業サークルも、反対草案を公表した。反対草案は、討議草案とは異なり、国内法を基礎とし、固定的構成要件を用い、部分改正のみを目指し、特別法を民法典に組み入れない。そして、2011年、BMJのカートライン民事局長が、かなり包括的な部分改正を目指す折衷草案と俗称される非公式の草案を公表した。

両草案に対して加えられる最大の批判は、その法的不安定性を指摘するものである。たとえば、作業サークルのメンバーであるライシャウアーは、討議草案を次のように厳しく批判する。

まず、「保護される利益」に関して。討議草案 1293 条 2 項は、空虚な定式であり、裁

判官の恣意に道を開き、裁判を予見不能にし、最高度の法的不安定をもたらす。同条項は、その不確定性・随意性によって、権利の存否という損害賠償法の問題を欠缺として構成している。同条項の言明は法適用者に対して内容的な基準を示しておらず、立法者の明確な意図が欠けている。討議草案には欠缺補充のための確固たる基礎が広範に欠けており、不確定性・不明確性・随意性の集積となっている。いかなる利益が法的に保護されるかは、原則として立法者が、たとえば絶対的な法益の確定という形式において、定めなければならない。いかなる利益が保護されるかを内容的に明確に定める一般的・抽象的な定式を作るのは不可能であり、それを意図するのは自己欺瞞である。さまざまな法益が互いに衝突し合うところでは、しばしば利益衡量を放棄できない。しかし、立法者は原則として明確な構成要件を作らなければならない。法適用者は平然とそれを越えてはならない。そのことを権力分立と法治主義（オーストリア連邦憲法 18 条 1 項）という憲法上の原則が、強く命じている。

討議草案の全体にわたる批判について。討議草案においては、すべてが「動的で」不確定である。すべてが衡平責任に帰着する。討議草案の特徴は不確定性・不明確性・随意性である。討議草案には全体的に極めて問題がある。討議草案が法律になると、責任の成否がもはや予見できず、法的不安定が日常的になるだろう。立法者は、ほぼすべてを裁判官の随意に委ねているので、実際には任務を放棄することになるだろう。裁判所は外見的には、存在する法律に依拠して判断するだろうが、その法律は広範囲において内容が空虚である。立法者は規範設定に関する自己の任務を、憲法に反する仕方、裁判所に権限委譲している。最高裁の先例が初めて、将来において、再びある程度の法的安定性を与えるだろうが、それはもちろん非常に長い時間が経過してからのことである。過去の判例はほとんど考慮されえないだろう。法秩序は明確な構成要件を使用しなければならない。そのことを法的安定性と権力分立が要求している。討議草案のような規範構築物の導入は、オーストリアを他のヨーロッパ法秩序から引き離し、オーストリアの経済に損害をもたらすだろう。他のヨーロッパ諸国が新しいオーストリア損害賠償法を目標とすることは、現実を無視した希望的観測にすぎない。

かかる批判に対して、作業グループの側は次のように答える。これまでの法律とは異なり、顧慮されるべきファクターを挙げることにより裁判所の裁量を拘束すると不確定性が高まる、裁判にとって重要なファクターをなくすと法律の確定性が増す、というのには、啞然とさせられる。

なお、作業グループと作業サークルとの間の議論は、しばしば感情的で低レベルのものとなっている。

### (3) 「動的体系論による立法」における「要素」の意義

実定法の主要部分は要件と効果が固定されたルールから構成されており、原理自体が実定法中でわれわれに直接姿を現すことは稀である(たとえば、契約自由の原則や契約信義を想起せよ)。われわれの眼前にあるのは、立法者が原理を衡量した結果たるルールであるのが原則である。それでも実定法の基礎には原理の体系(内的体系)が控えており、原理は実定法を背後から支えている。これに対して、動的体系論による立法は、基準となる諸々の評価観点を明示する点で、従来の立法の方法から区別される。

ピトリンスキーは、法規定の一部を動的に形成することは、動的な法思考の範疇には入るけれども、本来の動的体系とは区別されるべきである、本来の意味における動的体系の「要素」は、個々の法規定というミクロの平面ではなく、法制度・法領域全体の基層であるマクロの平面で見出されるべきである、と述べている。そこで、次に本研究では、損害賠償法の内的体系を描き出し、両草案によって採用されている動的体系論が本来のものか否かを探った後、動的体系論による立法の評価を行った。

結論的には、損害賠償法の内的体系と両草案の「要素」とを照らし合わせることにより、両草案の「要素」は内的体系の「原理」ではないことを示した。わが国の民法学者である山本敬三は動的体系論の「要素」に原理とファクターとがあることを指摘したが、両草案において「要素」として挙げられているのは、原理としての要素ではなく、ファクターとしての要素であり、要素の数も限定されていない。したがって、両草案の動的体系は本来のものではない。シルヒャーは、PETL1:101条や討議草案1292条2項はマクロの平面での損害賠償責任の一般的な要素(帰責根拠)を明確に指摘していると言うが、その要素(過失責任・危険責任など)も、アレクシーのいう「最適化命令としての原理」ではなく、衝突する原理間の調整を行うメタ原理にすぎず、対象レベルの原理は明示されていない。結局、両草案では、マクロの平面における損害賠償法の要素(原理)は明示されていない。したがって、両草案の立法スタイルを「動的体系論による立法」と呼ぶことは適切ではない。立法の場面で動的体系論が語られるのは、コツィオールがピトリンスキーの上述の区別を十分に認識していないことによる。作業グループのメンバーであるカーナーも、動的体系 対 法的安定性、固定的ルール 対 比較級命題といったキーワードは議論を曇らせると述べる一方で、法律は、基準となる諸評価を挙げるべきか、可能な限り抽象的なルールだけで我慢すべきか、という問題設定をしている。

折衷草案も、本来のものではない動的体系論を採用している。カートラインやコツィオールは、折衷草案は動的体系論を採用していないと言うが、その背後には、作業サークルの批判を回避し、損害賠償法の改正を実現しやすくする政治的意図がある。

### (4) 「動的体系論による立法」に対する評価

作業サークルによる討議草案に対する批判は、ある程度当たっている。ファクターを挙げることにより法的安定性が高まると言えるためには、従来の法律と同程度の固定的ルールが基礎評価の形で残されていることが前提となる。しかし、両草案において基礎評価が不足していることは、動的体系論の主張者の1人であるシルヒャーも指摘するところである。実際、「保護される利益」について両草案が示す基礎評価は、要件・効果が明確な固定的ルールの形をとっておらず、「要求される注意基準」については、討議草案1298条が純粋財産利益・債権の保護について基礎評価を定めるのみである。

基礎評価の不足は、固定的構成要件による立法スタイルに対する作業グループによる批判と関連している。作業グループは批判の対象として主にドイツ民法典(BGB)を取り上げるが、同様のことは、反対草案にも妥当すると考えている。すなわち、保護される法益の詳細な列挙は、多くの情報を提供するが、より大きな問題を生み出す。そのことを特に純粋財産損害の賠償が示す。BGB823条1項は純粋財産に言及しないので、純粋財産は保護法規違反(823条2項)又は故意の良俗違反(826条)の場合にのみ保護される。しかし、それでは余りにも狭すぎるため、立法の過誤と一般に評価されており、それゆえ一連的方法的には疑わしい制定法の潜脱(明確で確固たる制定法の文言の無視、立法者の明確な意思の排除)がなされている。漠然とした「設立され且つ稼働中の営業上の権利」、過失による良俗違反及び契約責任の拡張が、言及されるべきである。このように、固定的な構成要件は、法的安定性をもたらさず、反対に制定法の拘束を弱める。

しかし、動的体系論による立法においても、基礎評価を固定的構成要件によって示さなければならぬとすると、BGBと同様の事態が生じうる。BGBの問題は、固定的構成要件による立法スタイルをとったこと自体ではなく、その際に評価を誤ったこと(立法の過誤)にある。これに対して、両草案においては、かかる立法の過誤を避けるために、基礎評価を示すことに対し、消極的になったと見られる。コツィオールは、上述の批判の中で、「将来における社会的・技術的・経済的發展を予測することはできないのであり、固定的なルールは必要な適応と継続形成を行う妨げとなる」と述べている。

次に、一般条項による立法スタイルに対する

る批判も見ておく。批判の対象となるのは、現行オーストリア民法典（ABGB）やフランス民法典であるが、日本民法 709 条にも同様の批判が妥当するであろう。すなわち、ABGB1295 条 1 項は余りにも広い。そのため、今日では一般に、万人が尊重しなければならないのは絶対的に保護される法益のみであり、純粹財産損害は不法行為の分野では例外的にのみ賠償されるべきことが、承認されている。いつ例外が問題になるかについては、ABGB はもちろん述べておらず、決定的な問いは未解決のまま残されている。

しかし、一般条項による立法と動的体系論とは矛盾しない。一般条項の具体化の場面で動的体系論の投入が適切であることは、多くの論者が指摘するところである。現に討議草案 1295 条 1 項は、「違法性」という一般条項（不確定概念）を用いつつ、1296 条で違法性審査の際に顧慮されるべき諸基準を提示するが、1296 条は動的体系論による立法である。

ヨーロッパ不法行為法原則・オーストリア損害賠償法討議草案における「動的体系論による立法」は、基礎評価が不足しているため、うまく機能しない可能性が高い。「動的体系論による立法」を行うにしても、より多くの基礎評価を固定的ルールの形で示す必要がある。「動的体系論による立法」の主導者は、動的体系論による規定を主たるもの、基礎評価を示す規定を従たるものと見ているが、逆に基礎評価を示す固定的ルールを主たるものと見、基準となる諸々の評価観点をも法律に明示すべきだと考えるならば、現在の立法スタイルとも連続性が保たれ、動的体系論による立法の目的も達せられる。「動的体系論による立法」と固定的ルールとは矛盾するものではない。

他方で、一般条項による立法と「動的体系論による立法」とを組み合わせることによって、一般条項の具体化の場面で、裁判所の判断をコントロールすることも考えられてよい。

従来の固定的ルール及び一般条項による立法と「動的体系論による立法」とを組み合わせ、基準となる評価観点を法律に明示するならば、法解釈の幅が狭められるため、制定法の解釈、法の継続形成、一般条項の具体化の際に、より正義にかない、より効率的で、より安定した法解釈が可能になる。わが国の立法においても、かかる立法スタイルの採否が検討されてよい。

#### (5) 残された課題

両草案における「動的体系論による立法」は、本来のものではなかった。両草案において「要素」として挙げられている評価観点は、比較法的な考察と国内法の判例・学説に基づくものだが、それらの評価観点とより一般的な法原理との間に規範的調和を確立し、損害賠償法の内的体系を法規定のレベルまで明

らかにする作業は、十分になされていない。その作業を行うとともに、「原理」を「要素」とする本来の意味の動的体系論による立法がそもそも可能かどうかについては、さらに研究が必要である。

#### 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 2 件)

大久保邦彦、損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法、国際公共政策研究、査読無、18 巻 1 号、2013、113 - 126 頁

大久保邦彦、動的体系論による立法の方法論的基礎、国際公共政策研究、査読無、17 巻 1 号、2012、25 - 39 頁

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

大久保 邦彦 (OKUBO, Kunihiko)

大阪大学・大学院国際公共政策研究科・教授

研究者番号：60258118