

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 9 日現在

機関番号：34316

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530015

研究課題名(和文) 民法典の「分かりにくさ」をめぐる問題群の比較法史的研究

研究課題名(英文) Comparative-historical Studies on the difficulty of understanding code civil

研究代表者

兒玉 寛 (KODAMA, Hiroshi)

龍谷大学・法務研究科・教授

研究者番号：70192060

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,900,000円

研究成果の概要(和文)：わが国の民法典は、一般国民にとってのみならず、法律家にとってさえ分かりにくいと言われている。

本研究の目的は、この分かりにくさの背景には条文作成のための様々な技術の特殊性があることを明らかにすることにある。これらの技術が用いられた理由を明らかにし、その特殊性を理解することが、分かりやすい条文を起草するための前提作業となる。

研究成果の概要(英文)：It is a commonly accepted view that Japanese civil code is difficult to understand for not only the general public but also the legal specialist. The chief aim of this study is to make the special characteristics of "ars legis (legislative techniques)" clear, which lurk behind this difficult to understand. In order to draft the plain provision of new civil code, it is a prerequisite to trace this "ars legis" to its origins and to understand these characteristics.

研究分野：比較法学

キーワード：裁判禁止の原則 判決遅延の禁止 民法典 自律的な法学 一般法学 法律概念 条文化の技法

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の主として民法学者・法哲学者によって展開されてきた、いわゆる「法解釈論争」は、いまだに決着がついていないようである。その背景には、解釈の対象となっている「民法典」そのものの分かりにくさの背景についての検討が不足しているように思われる。

(2) 折しも平成 21 (2009) 年 10 月の法務大臣による法制審議会への諮問第 88 号は、民法(債権法関係)改正作業として結実する改正の目標として、「制定以来の社会・経済の変化への対応を図ること、及び、「国民一般に分かりやすいものとする」ことを掲げている。そこで、逆に、「なぜ、これまでの民法典は一般国民にとってのみならず法律家にとってさえも分かりにくいものとなっているのか」の検討が必要であると構想した。いわば「病因を明らかにすることが治療方針策定の前提である」との考えによる。

2. 研究の目的

主として 18 世紀末から編纂されたヨーロッパ大陸の民法典にそくして、「民法典の分かりにくさ」の背景にあると思われる一連の問題群を整理する。

3. 研究の方法

(1) 共通するテーマを扱う具体的な条文にそくして、比較法史の手法によって立法資料や当時の判例・学説を検討し、その「条文化の技法」を明らかにする。その場合、それら検討対象が多かれ少なかれ前提としているローマ法文の検討を考慮する。

なお、「条文化」とは、ほんらい実在するのは個別具体的事案にすぎないにもかかわらず、それらから実在しない普遍概念(規範)を作り出す思考操作を指す。「実在からの擬制による非実在へ」という思考操作は、ジェレミー・ベンタム(1748 - 1832)のいう意味でのフィクション論にほかならない〔参照：来栖三郎『法とフィクション』(1999 年)9 頁注(6)〕。

また、「条文化の技法」とは、「実在から非実在へ」の思考操作におけるさまざまな手法を指す。その技法として、「条文化におけるレグラの機能」、「条文化における体系化の機能」、「条文化における法制度からの演繹」、「条文化における擬制の位置づけ」、「条文化における欠缺補充の位置づけ」、「条文化における準用規定の機能」、「条文化における強行法規と任意法規との分化」などを予定している。

(2) とくに、日本民法の法典調査会の起草方針に穂積陳重『法典論』(明治 23 (1890) 年)を経由して影響を与えたと思われるドイツ民法典の起草方針との比較を重視する。

4. 研究成果

(1) 裁判拒絶禁止の原則。ヨーロッパの民

法典は、明示的であれ黙示的であれ、「法律条文が欠けていることを理由にして裁判を拒絶してはならない」という原則を前提にしている。にもかかわらず、すべての事案を予測して完全無欠の民法典を編纂することの不可能性も認識されていた。このジレンマへの対応が各国の民法典編纂における基本方針に影響しているとの近時の知見を紹介したうえで、それらの基本方針が「条文化の技法」の展開に反映しているのではないかという展望を確認したのが、後掲論文である。

裁判拒絶禁止の原則の登場の経緯について、論文では、つぎのように指摘した。すなわち、「18 世紀末頃までは、法令に疑問がある場合には、立法者への確認的な照会を経たうえで裁判所が自ら裁判するように立法者が命じていた(いわゆる *référé législatif*)。この立場が、立法者への照会を経ずに裁判官が自ら裁判するようという指令へと方向転換する。ここにおいて、裁判拒絶禁止の原則の意味転換が生じた。この転換の結果、裁判とは、法律の基礎にある君主の意思を規律されている事案に関係づけるにとどまらず、法律によって規律されていない事案の解決をも含む、という見解が帰結される。そこで、法律によって規律されていない事案のための紛争解決規準をどのようにして調達するのか、また、その種の紛争解決規準はどのようにして提供されるのか、という問題が浮上する。こうして、その種の提供主体として、自然法論と歴史法学派が登場する。両者は、規範の体系としての法秩序という観念で共通しており、新たな紛争解決規準を要請する法問題が登場することによってこの体系を次々に展開して新たな具体的な基準を導出する、と構想する。」

(2) 法律概念の変質。「民法典の分かりにくさ」の原因として、とくにドイツ民法典や日本民法における「定義規定」の不十分さが指摘されてきた。本研究では、その背景に「法律であっても拘束力のないもの」という見解があり、この見解が 19 世紀中葉以降のドイツ公法学における「法律概念」の変質とそれへの対抗的な学説との産物であり、その結果、「定義規定」が「法律であっても拘束力のないもの」として民法典に採録されなかったという見通しの一部を、後掲論文で確認した。

この見通しを支える要因として、論文では、以下の 3 点を指摘した。

第 1 に、オイゲン・エールリヒ(1862 - 1922)が、「すでにその外面的形式に従って市民法大全 *Corpus iuris* に加えられたごとき分析を、現代の制定法典(*ein modernes Gesetz*)に対しても加えねばならないのである。つまり、そうした法典を三つの構成部分、すなわち、法学、法曹法、および国家法(*Rechtswissenschaft, Juristenrecht und staatliches Recht*)の部分に分別せねばならないのである。その際、当然のことながら考慮すべきは、制定法(*Gesetz*)に取り入れ

られる際に法曹法が変化ないし変質させられ、時代の状況に適合させられたり、あるいは新たに発見されたりすることをもって、それが法曹法であることを止めるわけではなく、またそれによって国家法になるわけでもないということなのである。なぜなら、立法者はそうした場合には立法者としてではなく、法律家として活動しているからである。……ともあれ制定法典 (Gesetzbücher) の内容のこのような分析のためにすでに少なくともある程度の蓄積を重ねて来ており、例えば『制定法の非拘束的内容』の理論なるもの (die Lehre vom "unverbindlichen Gesetzesinhalt") は、制定法中の純学問的構成部分 (die rein wissenschaftlichen Bestandteile im Gesetze) に批判を集中し、そうすることによって、ドイツ民法典からそうした部分が実際にほぼ完全に消滅するという結果をもたらしたのである」と述べている点である (引用は、河上倫逸/M. フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』(1984年)404頁による)。

第2に、エールリヒがいう「『制定法の非拘束的内容』の理論」の提唱者であるフリドリッヒ・アイゼレ(1837 - 1920)の論文の趣旨が、公法学者 F. v. マルティッツ(1839 - 1921)のいう「法律概念」すなわち「法律とは、その内容がいかなるものであろうとも、どんな事情があっても、客観的法であり、法規範 (Rechtsregel) である。何らの法命題 (Rechtssatz) も含まないような法律など・……」を批判して、「有用な内容をともなっていない法律だってありうる」というものであった点である。

第3に、アイゼレ論文について、一般法学 (Allgemeine Rechtslehre) の主唱者であるフェーリクス・ショーム口(1873 - 1920)が、「われわれは、アイゼレにあってすでにつきのような示唆に気づく。すなわち、彼が拘束力なし (unverbindlich) と呼んでいる一定の法律内容の独自性には客観法の本質との連関がある、というものである」と肯定的評価を下し、アイゼレを一般法学の先駆者として位置づけている点である。

ちなみに、一般法学から発展した近時の法理論では、一般法学はサヴィニー(1779 - 1861)にまで遡ると評され、サヴィニーこそ後掲論文で確認した、裁判拒絶禁止の原則の意味転換によって登場した歴史法学の鼻祖なのである。

(3) 条文化の技法としての「反対推論の縮減」。ドイツ民法典 162 条 1 項は「条件成就によって不利益を被る条件付義務者が条件の成就を妨害したときは条件の成就を擬制」し、同条 2 項は「条件成就によって利益を被る条件付権利者が条件の成就を招来したときは条件の不成就を擬制」する。その場合、妨害や招来に介入した者の行為の信義則違反が要件とされている。

しかし、2 項は編纂過程の最終段階で追加

されたものであり、それまでは、2 項の事案はほんらい条件付法律行為の「趣旨」を信義則によって解釈することで十分に対応できると解されていた。にもかかわらず、2 項が追加されたのは、同項がない場合、1 項の反対推論によって、条件成就の正当な招来者についてまで「条件不成就の擬制」が及ぶことを危惧し、かつ、この擬制を「信義則の解釈機能」によって目的論的に制限したからである (例えば、「今春、A 大学に合格したならば、お祝い金 50 万円を贈る」との停止条件付贈与契約によって利益を享受することになる受贈者が受験勉強に励んで条件成就を招来した場合に、条件不成就を擬制することが不合理であることは、明らかである)。この手法は、すでにローマ法に見られ、そこでも、二つの類型を分節したうえで「条件成就の擬制」あるいは「条件不成就の擬制」を「解釈規準としての信義則による契約の『趣旨』の認定」によって操作していたことが確認された。

これに対して、日本の最高裁平成 6 年 5 月 31 日 (民集 48 集 4 号 1029 頁) は、ドイツ民法典 162 条 1 項に対応する 130 条を規定するにとどまり同条 2 項に対応する規定を設けていない日本民法の解釈として、同条 2 項による解決に相応しい事案について、130 条を「類推適用」している。ここでは、ドイツ民法典 162 条 2 項の編纂過程で用いられた「反対推論とその縮減」という条文化の技法についての誤解があるのではないかと思われる。

以上のように、「条件不成就の擬制」という具体的な条文にそくして、法典編纂の素材をローマ法や当時の学説などに求めた起草者が用いた「条文化の技法」に着目することにより、主観説にであれ客観説にであれ、条文の解釈のをめぐる論議についての共通の前提を提供することが可能となることを、後掲論文で例解した。

この例解作業の結論として、論文では以下のような仮説を提示した。

近時のサヴィニー研究では、カント(1724 - 1804)の『判断力批判』に注目して、欠缺補充における法発見における法的判断を「反省的判断力」に関係づけるものがある (Dieter Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994; 原島重義『法的判断とは何か』(2002年))。後者 170 頁によれば、「カントは判断力を二つに分けている。判断力はそもそも特殊なもの、個別具体的なものを、だから個別的な事件もそうですが、これを普遍に、普遍的なものに含まれているとして考える能力です。……一つは、普遍的なもの、つまり、規則とか原理とか法則とかいうものがすでに与えられている、そこにすでにある、われわれが、持っている、認識できる場合。特殊なもの、個別的なものをこの普遍的なもののもとに包摂する判断力が、規定的な判断力である。ところがもう一つ、特殊だけが与えられ、特殊な個別的な事柄だけがそこに

ある。しかし、これを含むものとしてわれわれが考える普遍が与えられていない場合。特殊だけが与えられていて、それについて判断力が普遍を見出さなくちゃならんというときです。こういうときは、判断力は、反省的なんだ、とカントは言うわけです。

たしかに、欠缺補充の事例では、直接適用できる条文がないので、<特殊だけが与えられていて普遍が与えられていないがゆえに、そこでの紛争解決規準の発見は反省的判断力の領域である>と言えそうである。しかし、その局面で発見される紛争解決規準は既存の条文やその背後にある法原理や体系といった「普遍への関係づけ」によるものであり、「普遍が与えられていない」とは言えないのではないか。前述したベンサムのアプローチ論の言葉で言えば、「実在からの擬制による非実在へ」という思考操作は終わっているのではないか。

そうであるとすれば、反省的判断力の局面は、まさに、個別事案の解決策の集積からなるローマ法文のカズイステイクから、「条件成就により不利益を被る者による条件成就の妨害」型と「条件成就により利益を享受する者による条件成就の招来」型という二類型を析出したり、「条件の本質」としての「偶然性と不確実性」を抽出したりする営為こそが、「実在からの擬制による非実在へ」という思考操作であり、反省的判断力の局面なのではなからうか。この意味で、「条件不成就の擬制」というドイツ民法典 162 条 2 項は、「反対推論の目的論的縮減」という手法での反省的判断力の働かせ方と解されよう。

したがって、私見のいう「条文化の技法」の問題群の検討は、そこで働いている反省的判断力を明らかにする作業ということになる。そして、法適用はカントのいう規定的判断力の局面であり、ベンサムの用語を借りて表現すれば「非実在（規範）から実在（個別事案）への遡行」という思考操作である。比喩的に言えば、法規範の解釈・適用は「復路」であり、そうであればこそ「往路」にあたる「条文化の技法」を整理しておく必要がある。法解釈学の課題は、「実在と非実在との往還」ということになる。

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）

〔雑誌論文〕（計 3 件）

児玉 寛、条文化の技法（1）反対推論の縮減あるいは「条件不成就の擬制」 民法典論ノート、龍谷法学、査読なし、48 巻、1 号、2015（掲載予定）

児玉 寛、「法律であっても拘束力のないもの」あるいは序説（1） 民法典論ノート、龍谷法学、査読なし、47 巻、2 号、2014、pp.423-458

児玉 寛、第 11 回ドイツ・クロアチア法律家シンポジウム「裁判拒絶禁止と判決遅延禁止」 民法典論ノート、龍谷大学社会科学研究所年報、査読なし、44 号、2014、pp.319-327

6. 研究組織

(1) 研究代表者

児玉 寛 (KODAMA, Hiroshi)
龍谷大学・法務研究科・教授
研究者番号：70192060