

動的体系論と原理理論の關係に 関する一考察

大久保 邦彦

I 序 説

動的体系論(動的システム論)は、1940年代にオーストリアの Walter Wilburg⁽¹⁾ によって初めて提唱され、オーストリアおよびドイツにおいて、徐々に広まっていった考え方である。そして、わが国でも、動的体系論は、山本敬三⁽²⁾の論文をきっかけとして注目を集めつつある⁽³⁾。

他方、法体系および法的議論(juristische Argumentation)における

(1) Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941 (以下では Elemente として引用する); ders., Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950 (以下では Rektorrede として引用する。なお、同著の英訳として、Translated by Herbert Hausmaninger, The Development of a Flexible System in the Area of Private Law, 2000 がある); ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), S. 346ff. (以下では Zusammenspiel として引用する)。

(2) 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章的考察——」法学論叢138巻1・2・3号208頁以下(1995)。以下では「動的システム論」として引用する。

(3) 石田喜久夫「ひとつの動的体系論」京都学園法学1998年2号1頁以下; 藤原正則「法ドグマティックの伝統と発展——ドイツ法学方法論覚え書き」瀬川信久編『私法学の再構築』(北海道大学図書刊行会・1999)53頁, 55-59頁など。

諸原理の役割に関する議論——原理理論 (Prinzipientheorie) ——は、1950年代にドイツの Josef Esser⁽⁴⁾ によって始められ、70年代にはアメリカの法哲学者 Ronald Dworkin⁽⁵⁾ によって新たな局面に突入し、その後もドイツの Robert Alexy⁽⁶⁾、オーストリアの Franz Bydlinski⁽⁷⁾ らによって、更なる展開を遂げている。⁽⁸⁾

このように相互にはほぼ無関係に発展してきた動的体系論と原理理論は、前者が法素材全体の体系的把握に重点を置くのに対して、後者が通常のルール (Regel) とは区別されるべき規範類型としての原理の構造的特殊性および原理衡量の方法の解明に重点を置いてきたように、互いにその力点は異なるものの、その結論は驚くほど類似していた。しかし、この⁽⁹⁾

-
- (4) Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl., 1956. 同著の第4版 (1990) の翻訳として, J. エッサー著/米山隆訳『原則と規範』(青山社・2000) がある。
- (5) Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, 1. Aufl., 1977. 同著の翻訳として, ロナルド・ドゥウォーキン著/木下毅・小林公・野坂泰司共訳『権利論』(木鐸社・1986) がある。
- (6) Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979), SS. 59-87; ders., Theorie der Grundrechte, 1985. Alexy については, 特に, 亀本洋「法におけるルールと原理——ドゥウォーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に——」法学論叢122巻2号18頁以下, 123巻3号95頁以下 (1987) を参照。
- (7) Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1. Aufl., 1982, 2. Aufl., 1991 (以下では Methodenlehre として 2. Aufl. で引用する); ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988; ders., System und Prinzipien des Privatrechts, 1996.
- (8) Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S. 1. 本著は1997年にオーストリアのグラーツ (Graz) で行われたワークショップの記録なので, 以下では同書所収の諸論文を Grazer Workshop として引用する。
- (9) Franz Bydlinski, Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, in: Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, 1998, S. 193 (以下では Skizze として引用する); ders., Die "Elemente" des beweglichen Systems: Beschaf-

点に着目した両者の関連づけは、ようやく最近になって、F. Bydliniski や Lothar Michael⁽¹⁰⁾、さらには、山本敬三によって行われるようになったにすぎない。

そこで、本稿では、その議論の一端を、動的体系論の立場からする考察に重点を置いて紹介し、それと原理理論との関係を探るための一助としたい。⁽¹¹⁾動的体系論の展開過程は、すでに山本敬三によつて的確に紹介されているので、本稿ではまず、IIにおいて動的体系論の基本構想を述べた後に、IIIではさまざまな場面で動的体系論が機能する諸相を紹介する。しかる後、IVで要素の性格、Vで動的体系論の「動的性格」、VIで固定的構成要件と動的体系との関係を探ることを通して、動的体系論と原理理論との関係が少しでも明らかになるように努めたいと思う。最終章のVIIでは、総括につづき、残された問題を摘示した後、日本法においても、動的体系という言葉は使われていないものの、類似の問題が以前から論じられていたことを、いくつかの例を挙げて指摘することにしたい。

fenheit, Verwendung und Ermittlung, in: Grazer Workshop, SS. 24-25; ders., Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht, 1995, SS. 12-13 (同書の翻訳として、フランツ・ビドリンスキー著／藤原正則訳「私法の法発見における原理と体系」北大法学論集49巻6号1335頁以下(1999)がある)。

(10) Lothar Michael, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der “beweglichen Systeme” (Wilburg), 1997 (以下では Gleichheitssatz として引用する)。

(11) 原理理論については、上で引用した諸文献のほか、Jan-Reinard Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990; Michael, Gleichheitssatz, SS. 95-106; Bernd Schilcher, Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, in: Grazer Workshop, SS. 153-169 等を参照。

II 動的体系論の基本構想

1 動的体系論の基本構想

動的体系論とは、一言で言えば、一定の法領域における法規範ないし⁽¹²⁾法律効果を、複数の「要素 (Elemente)」ないし「力 (Kräfte)」の協働⁽¹³⁾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。

Wilburg 自身は動的体系論を抽象的には語っていないが、⁽¹⁴⁾損害賠償法についての「損害賠償責任は複数の要素に還元され、それらがさまざまな強度をもちつつ、さまざまに結合して、総合的に賠償義務を基礎づける」という⁽¹⁵⁾叙述を一般化すると、上のような基本構想を導くことができる。

F. Bydlinski は、動的体系論の特徴としてまず、複数の要素が前提とされている点を挙げる。⁽¹⁶⁾つまり、一定の法領域（たとえば、損害賠償法）を単一の基本思想（たとえば、過失責任の原則）のみによって説明することはできないという認識がその前提にある。⁽¹⁷⁾しかし、その一方で、要

(12) 「一定の法領域における」という限定をつける点を、原理理論との違いとして挙げることもできる (Wolfgang Enderlein, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 288)。この点については、F. Bydlinski, *Grazer Workshop*, SS. 20-23 も参照。

(13) 山本「動的システム論」213頁, 220頁。

(14) Franz Bydlinski, *Bewegliches System und juristische Methodenlehre*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, S. 25 (以下同書所収の論文は *Symposion* として引用する); ders., *Grazer Workshop*, S. 23.

(15) Wilburg, *Elemente*, S. 28. 山本「動的システム論」222頁の訳によった。

(16) F. Bydlinski, *Skizze*, SS. 191-193; ders., *Grazer Workshop*, SS. 11-20.

(17) たとえばわが国では、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論 全4巻』(法律文化社・1983-1993)が過失 (culpa) を民事責任の統一的帰責原理とする不法行為法の一元的把握を試みたがその支持者を見出せないでいるのは、このような試みが無理であることを示すものであると言えよう。し

素は数の上で限定されている⁽¹⁸⁾。Wilburg は損害賠償法を、当初は4つの要素⁽¹⁹⁾で、後に5つの要素⁽²⁰⁾で説明しようとした⁽²¹⁾。この点において、動的体系論は、予見不可能な無数のアド・ホックな観点をもつ衡平法学やトピック論⁽²²⁾とは区別される。

かし、不法行為法を単一の原理で説明できないからと言って、窪田充見のように、不法行為法を一定の原理によって説明するのを諦め、責任準則群と捉えるようなことはすべきではないというのが、動的体系論の考え方である。窪田説については、窪田充見「人格権侵害と損害賠償——人格的利益の侵害を契機とする民法七〇九条についてのスケッチ——」民商116巻4・5号581-583頁(1997)、同「不法行為法と制裁」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂・2000)660-670頁、698頁注(61)を参照。

(18) したがって、Wilburg の動的体系は開放性 (Offenheit) には欠ける。Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rz. 230 は、動的性格 (Beweglichkeit) と開放性 (Offenheit) を同義に用いるが、それは適切でない (Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, SS. 74-76 (以下では Systemdenken として引用する。同書の翻訳として、クラウス・ウィルヘルム・カナリス著/木村弘之亮代表訳『法学における体系思考と体系概念——価値判断法学とトピック法学の懸け橋——』(慶應義塾大学法学研究会・1996)がある); F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 14; Michael, Gleichheitssatz, SS. 61-62, S. 116; ders., Methodenvergleichung zwischen den Disziplinen des Rechts als Aufgabe der Rechtstheorie, in: Grazer Workshop, S. 276)。もっとも、時が経過すれば、新たな要素が付け加わることは Wilburg も認めている (Wilburg, Rektorrede, S. 14)。Michael, Gleichheitssatz, SS. 62-63 はこのような現象をも開放性概念の下で捉えているが、それは適当でない (F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 14, Anm. 13)。

(19) Wilburg, Elemente, SS. 28-29.

(20) Wilburg, Zusammenspiel, S. 346.

(21) 詳細については、山本「動的システム論」221-229頁を参照。損害賠償法につき Wilburg が挙げる要素に関しては批判もあるが (Bernd Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 1977, SS. 204-214; 山本「動的システム論」241頁注(33))、本稿は動的体系論を一般論として取り扱うので、この種の各論には立ち入らない。

次に, F. Bydlinski は, 要素が段階化可能な点を動的体系論の特徴として⁽²³⁾挙げる。「〔要素〕がさまざまな強度をもちつつ」という上の引用部分からこの特徴が導かれる。つまり, 要素は, 「より多い／より少ない—構造 (Mehr-oder-weniger-Struktur)」を有し, 「比較級の (komparativ)」性格をもつ。具体的な強度を伴った要素を衡量した結果, 問題となっている法律効果が損害賠償義務のように段階化可能なものであればより多く (um so mehr), 契約無効のように段階化不能なものであればよりよく⁽²⁴⁾ (um so eher) 生じることになる。

2 動的体系論の原理理論への関連づけ

1997年に Wilburg の故郷であるオーストリアのグラーツで行われたワークショップでは, 動的体系論と原理理論の比較検討が1つのテーマとなった。このワークショップには F. Bydlinski, Alexy などの著名な学者が多数参加しており, その記録が2000年に Verlag Österreich 社から出版されている。⁽²⁵⁾ 2ではまず, 上述の動的体系論の基本構想に関連した部分についての F. Bydlinski の見解を簡単に紹介する (なお, 山本敬三が両理論を関連づけたのはこのワークショップに先立つ1995年のことであり, そのプライオリティーには注目すべきである)。

(22) Wilburg, Rektorrede, S. 22; F. Bydlinski, Methodenlehre, SS. 532-533. このことは1985年にオーストリアのグラーツで行われた Wilburg の80歳記念シンポジウムでも繰り返し強く主張された (F. Bydlinski, Diskussionsbericht, in: Symposium, S. 325)。さらに, 山本「動的システム論」237-238頁, 262-265頁; Michael, Gleichheitssatz, SS. 92-95 でも, 動的体系論とトピック論との異同が検討されている。

(23) F. Bydlinski, Skizze, SS. 193-194; ders., Grazer Workshop, SS. 9-11.

(24) 要素の段階化可能性については, Michael, Gleichheitssatz, S. 51; dens., Grazer Workshop, SS. 270-271 も参照。

(25) 前出の Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000 のことである。

F. Bydlinski の結論は、Wilburg の要素は今日の法理論 (Rechtstheorie) における議論と一致してより法律的な用語で体系構造的な原理 (systemkonstitutive Prinzipien) と呼ぶことができる、というものであ⁽²⁶⁾る。それは以下の理由に基づく。まず、規範構造の面で、要素の段階化可能性は、法理論による原理性の特徴づけの中心的な結論でもある⁽²⁷⁾。次に、複数の要素の作用という面については、当初 Wilburg は一定の法律効果を支持する要素のみを考慮していたが、後に法律効果を否定する方向に作用する「反対の力 (Gegenkräfte)」をも顧慮するに至ったことによ⁽²⁸⁾って、原理理論との広範な一致が打ち立てられた。どちらの理論によ⁽²⁹⁾っても、衝突し合いそれゆえ最適化の意図において互いに衡量されるべき諸原理が一緒に顧慮されなければならないからである⁽³⁰⁾。

3 動的体系の「体系性」

このような動的体系論に「体系」の名を与えることはなお可能である。Claus-Wilhelm Canaris によれば、体系概念にとって特徴的なのは、統一性 (Einheit) と秩序 (Ordnung) のメルクマールである⁽³¹⁾。このうち前者が Wilburg において充足されることは明らかである。というのは、彼の思考全体は、その協働から多数の個別的決定が導かれる少数の基本思想たる要素を析出することに向けられているからである。つまり、動的体系は、多数 (Vielheit) における統一性 (Einheit) を可視的にするもので

(26) F. Bydlinski, Skizze, S. 191. 但し、この点については、後出IV 2で紹介する展開がある。

(27) F. Bydlinski, Skizze, SS. 193-194; ders., Grazer Workshop, S. 11.

(28) Wilburg, Zusammenspiel, S. 349.

(29) 事實的契約関係に関する Wilburg, Zusammenspiel, S. 369 に、「最適な諸力の結合 (optimale Kräftekombinationen)」という表現が見える。

(30) F. Bydlinski, Grazer Workshop, SS. 20-23 のほか、dens., Skizze, SS. 191-193 も参照。

(31) Canaris, Systemdenken, SS. 11-13.

ある。Wilburg はすべての法規範を単一の法思想に還元することを拒否するが、それは重要なことではない。というのは、体系は複数の基本思想から成り立ちうるし、たいていの場合はそうだからである。⁽³²⁾ 統一性のメルクマールが充足されると、秩序のそれも必然的に肯定される。秩序なくして統一性は存在しえないからである。⁽³³⁾

しかし他方で、Canaris は、体系と称するに動的体系論は限界事例であることも認めている。⁽³⁴⁾ したがって、Rudolf Westerhoff のように、一定の要素への限定を不可能と考えるならば、その立場はもはや動的「体系」の名には値しない。⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

III 動的体系論が機能する諸場面

IIIでは、動的体系論が種々の場面でどのように機能するかを見ることにしたい。立法の場面(1)、一般条項の具体化の場面(2)、法の解釈・継続形成の場面(3)の順に具体例を紹介し、若干の問題についてはここで検討を加えることにする。さらに、裁量の場面(4)、解釈方法の選択の場面(5)でも動的体系論が投入されていることを、ごく簡単に見る。

(32) 新堂幸司『民事訴訟法(旧版)』(筑摩書房・1974)4頁が、民事訴訟の目的論に関する従来論争を「単一の最高の価値を求めることに、どれだけ実益があるか疑わしい」と批判したのに対し、同書の書評をした小山昇は「『体系』の作業は、複を単に順に纏めることのピラミッド型の堆積であるから、頂点は単であらざるをえない」と再批判したことがあった(法協93巻1号113頁(1976))。しかし、Canarisの「体系」概念に従うならば、新堂のようないわゆる多元説の立場から民事訴訟法理論の体系化を図ることも十分可能である。

(33) Canaris, Systemdenken, SS. 76-77. 山本「動的システム論」238-239頁も参照。

(34) Canaris, Systemdenken, S. 78.

(35) Rudolf Westerhoff, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991, SS. 27-28.

(36) F. Bydliniski, Grazer Workshop, S. 12.

1 立法の場面——立法技術としての動的体系

(1) 序

Wilburg が動的体系を立法技術としても構想したことは、疑いのないところである。⁽³⁷⁾そして、動的体系が固定的構成要件と一般条項との間に新たな立法技術の可能性を開いたことについては、積極的に評価されてきた。しかし、最近、F. Bydlinski は、動的体系的立法は本来の動的体系論とは区別すべきだという見解を唱えている（もっとも、その場合でも、下の(3)で述べることは維持される⁽³⁸⁾）。最後の点については、IV 2 で触れる。

(2) 動的体系的立法の具体例

それではまず、動的体系的立法の具体例を見ることにしよう。

最も頻繁に引用されるのは、過失相殺に関する ABGB1304 条と BGB 254 条である。⁽³⁹⁾

ABGB1304 条：加害の際に被害者の側にも過責 (Verschulden) があつたときは、被害者は加害者とともに、損害を割合的に負担する〔以下省略〕。

BGB254 条 1 項：損害の発生に際して被害者の過責が協働したときは、賠償義務の存否および賠償の範囲は、諸事情、特に損害がいかなる範囲において主としていずれの当事者によって惹起されたかによって定まる。

Gerhard Otte は、量刑に関するドイツの旧 StGB13 条、23条のほか、多くの例を挙げているが、一般論として、財貨衡量ないし利益衡量を要

(37) Wilburg, Rektorrede, S. 22; F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 528; Michael, Gleichheitssatz, S. 57, S. 69.

(38) F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 29. 後出IV 2 (1)(c)も参照。

(39) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 529; Canaris, Systemdenken, SS. 78-79; Michael, Gleichheitssatz, S. 59, S. 71 など。類似の規定として、F. Bydlinski は、オーストリアの EKHG (Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-haftpflichtgesetz) 11条も引用している。

求する規範はすべて動的体系であるし、徴表が語られているときや、ある事情が一定の効果の発生を支持するときには、動的体系であることが推定されてよいとする。⁽⁴⁰⁾ここでは、Michaelが比較級体系(komparative Systeme)——彼は動的体系のことを比較級体系と呼ぶ⁽⁴¹⁾——の基本型として引用する、⁽⁴²⁾同じく量刑に関する現行ドイツ法のStGB46条2項を紹介しておく。

StGB46条2項：量刑にあたって、裁判所は、行為者に有利な諸事情および不利な諸事情を相互に衡量する。その際、特に考慮されるのは、行為者の動機および目的、行為に表れた心情、行為の際に働かせた意思、義務違反の程度、行為の実行の態様、行為の有責な諸結果、行為者の経歴、その個人的および経済的な境遇、並びに、行為者の行為後の態度、特に損害を填補する努力および被害者と和解する努力である。

これらの諸事情はもともと判例によって展開され長期にわたって顧慮されてきたものであり、それがStGB46条2項によって実定法化された⁽⁴³⁾のである。但し、このカタログは完結的ではなく開かれたものである。⁽⁴⁴⁾

(40) Gerhard Otte, Komparative Sätze im Recht.—Zur Logik eines beweglichen Systems, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2 (1972), S. 318 (以下では、JbRSoz., Bd. 2として引用する)。後出IV 1も参照。

(41) その理由は、動的体系と開かれた体系とがしばしば混同されること(Michael, Gleichheitssatz, SS. 61-62)、動的要素と法律効果の結合の本質、すなわち「…であればあるほど…である—構造(je-desto-Struktur)」は、比較級という概念によって始めて明確になること(S. 117)などによる。但し、「比較級体系の理論は同時に『動的体系』論かつ原理論たりうるし、そうでなければならない」(S. 105)、「比較級体系は一方で『動的体系』の『理想の場合』(S. 119, S. 306)の拡張であり、他方でその方法法的制限でもある」(S. 115)とも述べられているように、両者は完全に同概念ではなく、Michaelにおいては、比較級体系の理論は、動的体系論・トピック論・原理論・類型論を包括し、それを発展させたものである(S. 307)。Michael, Grazer Workshop, SS. 277-278も参照。

(42) Michael, Gleichheitssatz, S. 155.

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

しかし、F. Bydlinski は、最近の論文では、さまざまな観点のとりとめのない列挙は「動的」だが「体系」でないとして、オーストリアの D (N) HG2 条 2 項、KschG25b 条 2 項をその例として引用している⁽⁴⁵⁾。ここでは前者のみを紹介しておく。

D (N) HG (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz) 2 条 2 項：裁判所は、1 項の意味における賠償義務の裁判の際に、特に被用者の過責の程度および以下の諸事情を斟酌しなければならない。

1. なされている仕事と結びついている責任の程度
2. なされている仕事と結びついている危険が報酬査定の際にどれだけ顧慮されていたか
3. 被用者の教育水準
4. 職務がなされるべき諸条件
5. 損害発生の回避困難な可能性又は蓋然性が、被用者によってなされた職務と経験上結びついているか否か

(3) 動的体系的立法の特徴⁽⁴⁶⁾

以上のような動的体系的立法は、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と理解されており⁽⁴⁷⁾、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⁽⁴⁸⁾。その長所は固定的構

(43) Michael, Gleichheitssatz, S. 149.

(44) Michael, Gleichheitssatz, S. 155.

(45) F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 12. Westerhoff, Die Elemente des Beweglichen Systems, S. 85 も、D (N) HG2 条 2 項はあまり成功していないと言う。

(46) すでに、山本「動的システム論」293-294頁で簡単に検討されている。

(47) Canaris, Systemdenken, SS. 82-85; Bernd Schilcher, Gesetzgebung und Bewegliches System, in: Symposion, SS. 299-300; Michael, Gleichheitssatz, S. 74.

(48) F. Bydlinski, Methodenlehre, SS. 533-535, SS. 634-635; ders., Symposion, S. 27; Willibald Posch, Die Bedeutung des Beweglichen Sy-

成要件および一般条項の短所の裏返して、その短所は逆に後二者の長所の裏返しである。

まず、固定的構成要件をもつルールは、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(硬直性 Starrheit)、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(規範の氾濫 Normflut)、そうすると今度は、ルール間で評価矛盾が生じたり(構成要件のカズイスティーク Tatbestandskasuistik)、適用されるべきルールの発見が困難になる(通観不能 Unübersichtlichkeit)。このような場面で動的体系を導入するならば、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⁽⁴⁹⁾。逆に、固定的構成要件との比較における動的体系的立法の短所として、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⁽⁵⁰⁾、などが挙げられている。

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⁽⁵¹⁾。しかし、情報量の豊かな動的体系的立法によるならば、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⁽⁵²⁾。

stems für die Rechtsvergleichung und das Einheitsprivatrecht, in: Symposium, S. 255.

(49) F. Bydliński, Methodenlehre, SS. 534-535; ders., Grazer Workshop, SS. 17-18, S. 25, S. 29; Posch, Symposium, S. 265. 但し, Michael, Grazer Workshop, SS. 300-301 は, 構成要件のカズイスティークにおいても, 法的安定性や個別事例の正義を保障することは可能だとする。Dens., Gleichheitssatz, S. 58 (後出VI 1(4)の末尾で引用している部分), SS. 272-273 も参照。

(50) Canaris, Systemdenken, SS. 82-84; Michael, Gleichheitssatz, S. 272. 法的安定性については, Michael, Gleichheitssatz, SS. 60-69, SS. 73-74 も参照。

(51) Schilcher, Symposium, S. 289; Posch, Symposium, S. 265.

(52) F. Bydliński, Methodenlehre, S. 534; Michael, Gleichheitssatz, S. 59.

2 一般条項の具体化の場面

一般条項ないし不確定概念の具体化に際して、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。⁽⁵³⁾ 動的体系論は、カズイスティッシュな印象を与える裁判の整序された理解に適しており、判例の領域で有効な諸思想および諸規準が一旦整序されて把握されれば、従来疑わしかった諸事例に対して、より説得的な解決提案を展開することが可能になる。⁽⁵⁴⁾ Wilburg も、権利失効の原則に関して「信義誠実の表題の下で協働する諸力」という言い回しをしており、⁽⁵⁵⁾ 一般条項の具体化の場面での動的体系論の投入も考えていたと見ることができる。

一般条項ないし不確定概念の具体化の成功例の代表として挙げられるのは、「指導的従業員」(Mayer-Maly)⁽⁵⁶⁾、「良俗」(Mayer-Maly, Krejci)⁽⁵⁷⁾の諸概念の動的形成であり、⁽⁵⁸⁾ そのほか、不当利得法、不法行為法および不正競争防止法における一般条項の具体化に際し、動的体系論の投入が有望であることが、Axel Flessner⁽⁵⁹⁾ や Rolf Sack⁽⁶⁰⁾ によって主張されている

(53) 以下2で引用する諸文献のほか、Schilcher, Symposion, S. 289; Westerhoff, Die Elemente des Beweglichen Systems, S. 64.

(54) Theo Mayer-Maly, Bewegliches System und Konkretisierung der guten Sitten, in: Symposion, S. 126. F. Bydlinski, Symposion, S. 38; dens, Methodenlehre, S. 539 も参照。

(55) Wilburg, Zusammenspiel, S. 370, Anm. 85.

(56) Theo Mayer-Maly, Der leitende Angestellte im österreichischen Recht, ZAS 1974, S. 203ff.

(57) Theo Mayer-Maly, MünchKomm, 3. Aufl., 1993 (1. Aufl., 1978), § 138 Rn. 21ff.; Heinz Krejci in Rummel, ABGB, 3. Aufl., 2000, Rn. 13-14, 67ff. zu § 879.

(58) Heinz Krejci, Bewegliches System und kombinatorisch gestaltete Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände, in: Symposion, S. 133; Attila Fenyves, Bewegliches System und die Konkretisierung der “wichtigen Gründe” bei Auflösung von Dauerschuldverhältnissen, in: Symposion, SS. 141-142; Schilcher, Symposion, SS. 294-295.

(59) Axel Flessner, Bewegliches System und Bereicherungsrecht, in:

る。

ここでは、Theo Mayer-Maly による「良俗」概念の例を簡単に紹介しよう。⁽⁶¹⁾

まず、最初に関係条文を挙げておく。

BGB138 条 1 項：良俗に違反する法律行為は無効とする。

2 項：特に、ある者が、相手方の強制状態、無経験、判断能力の欠如又は重大な意思薄弱を悪用して、ある給付に対し、その給付と著しく不均衡な財産的利益を自己又は第三者に約束又は提供させる法律行為は、無効とする。

Mayer-Maly によると、良俗違反は、①承認された秩序に対する違反、②自由の制限、③優越的地位の悪用、④第三者に対する加害、⑤重大な等価性障害、⑥不当な主観的意図、⑦是認されない商品化、という 7 要素のうちのいくつかの協働作用によって基礎づけられる。Mayer-Maly 自身はこれらの要素を「否定的ファクター」とか「良俗違反の徴表」とも呼んでいる。たとえば、BGH は、良俗違反を認めるためには、⑤著しい給付の不均衡という要素だけでは足りず、それに加えて主観的モメント、特に⑥不当な主観的意図が必要だとしている。それに対して、OLG Stuttgart (いわゆる Bender 判決) は、⑥を欠くが③優越的地位の悪用という要素が付け加わった場合に良俗違反を肯定した⁽⁶²⁾ (なお、適用条文につき、Bender 判決は非動的な BGB138 条 2 項を動的体系化して無効の結論を導いたのに対し、BGH は同じ結論を一般条項である BGB138 条 1 項から導く立場を堅持している)⁽⁶³⁾。以上は複数の要素が協働作用し

Symposion, S. 167.

(60) Rolf Sack, *Bewegliche Systeme im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, in: *Symposion*, S. 177.

(61) Mayer-Maly, *MünchKomm*, 3. Aufl., § 138 Rn. 21ff.; ders., *Symposion*, SS. 122-126; 山本「動的システム論」246頁。

(62) 以上のドイツ判例については、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣・1995) 242-245頁、山本「動的システム論」281頁注(105)も参照。

て良俗違反を基礎づける例だが、他方で、1要素が非常に際立っている場合には、それだけで良俗違反が基礎づけられることもある。たとえば、③優越的地位の悪用はしばしば④⑤の要素と結合して初めて良俗違反を基礎づける。しかし、BGHは、③優越的地位の極限形態である独占的地位が濫用された場合において、⑥不当な主観的意図がないときにも、良俗違反を肯定した。

以上は Mayer-Maly による「良俗」概念についての分析であるが、一般条項ないし不確定概念の具体化が問題となるあらゆる場面で法的に重要な諸規準がすでに得られているとは限らないし、さらに Canaris は、⁽⁶⁴⁾動的体系化が不可能で、ほとんどあらゆるトポスが許される領域の存在をも認めている。⁽⁶⁵⁾たとえば、契約締結上の過失責任における義務違反および過責に関しては、必要とされる解決規準の限定はほとんど不可能に思えると、Canaris は述べている。⁽⁶⁶⁾

3 法の解釈・継続形成の場面

法の解釈・継続形成の場面でも、動的体系論の投入は有用である。⁽⁶⁷⁾3では Wilburg が挙げている法の継続形成の具体例を紹介するとどめ、この場面での問題点は、Vで動的体系論の「動的性格」について検討した後で、VIで改めて取り上げることにする。そのほうが理解のために便宜だからである。

(63) これについては、Michael, Gleichheitssatz, SS. 76-92, 後出VI 2を参照。

(64) F. Bydlinski, Symposium, S. 325.

(65) Canaris, Systemdenken, SS. 152-153. Canaris は衡平が特殊に法的な価値であることを認めている (S. 85)。さらに, SS. 81-82 も参照。

(66) Claus-Wilhelm Canaris, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in: Symposium, SS. 106-107.

(67) Michael, Gleichheitssatz, S. 84 は、法の継続形成に関してこのことを明言する。

Wilburg が法の継続形成の場面で動的体系論を投入している例としては、他人の法益を侵害したが、侵害者に利得がなく、権利者に損害がない場合における権利者の調整請求権についての法創造を挙げることができる。この場合には、Wilburg によれば、不当利得の要件も損害賠償の要件も充足されないので、契約法・損害賠償法・不当利得法・事務管理法の間隙を埋める欠缺補充が問題となる。

まず、Wilburg の問題意識から見ることにしよう。⁽⁶⁸⁾

Wilburg によると、債務法は、法律家の高い技術の作品とみなされるべき注意深く刻印された諸カテゴリー（たとえば、契約、損害賠償、不当利得、事務管理）において発展してきたが、それにも関わらず、亀裂と隙間（Lücken）が生じている。それは承認された諸類型のあまりにも孤立しすぎた基礎づけおよび形成の徴候であり、その除去対策として信義誠実や衡平といった一般的な概念が役立つ。しかし、これらの概念は裁判官を法創造へと促し正統化するものの、請求権の基礎づけとしては決して十分でない。そこで、Wilburg は、構成（Aufbau）における閉鎖性という欠陥を、諸々の力の動的な共働によって克服しようとするのである。

そのことを、無体財産権の例に即して、やや具体的に述べることにしよう。⁽⁶⁹⁾

判例は特許権の侵害者に特許権使用料の支払義務を負担させるが、その際、侵害者に過失がある場合にはそれを損害賠償として把握し、過失がない場合には不当利得の思想によってそれを基礎づけようとしている。しかし、損害賠償を基礎づけるために損害の発生を無理に認めようとしたり、不当利得を基礎づけるために特許権使用料の節約を利得と認めたりすることが必要となっている。けれども、Wilburg によると、重要なのはいずれかの請求権類型への当てはめではなく、請求権を基礎づける

(68) Wilburg, Zusammenspiel, S. 346.

(69) Wilburg, Zusammenspiel, S. 356, S. 360.

力の協働を吟味することである。それにより、無体財産権の侵害に関する上述の慣習法化したと見られる実務に、ドグマーティッシュな基礎づけも与えられることになる。

以上のような問題意識の下で、Wilburg は、他人の法益を侵害したが侵害者に利得がなく、権利者に損害がない場合における侵害者の調整義務に関して作用しうる力を明らかにしようとした⁽⁷⁰⁾。なお、侵害者が物の所有者であっても、その物を他人に移転する義務を負担しているときは、「他人」の物として扱われる。

さて、危険を転嫁する力として考量されるべきなのは、Wilburg によると、次の4つである。

- ① 侵害についての悪意
- ② 侵害者にとっての、財貨の利益適合的な使用
- ③ 誤って自己に属すると考えた財貨を犠牲にする侵害者の意思
- ④ 侵害者側の過失又は誘因

そして、これらの力が——単独であれ、共働してであれ——危険の転嫁を正当化するのにどれだけ適しているかは評価の問題であるとした上で、Wilburg は、①は強力だが、②③はより弱い力しかもたず、④は疑わしい場合における補助的な要素としての意義しかもたないとする。また、過失又は誘因が権利者側にあれば、それは権利者に不利に作用すること、①から④により侵害者の義務が基礎づけられる場合にも、例外的にはあるが、両当事者の財産関係を特別に顧慮することによって、義務の排除ないし軽減が正当化されうることを Wilburg は認めている。

Wilburg によると、最も強力な①は単独で、「他人の財貨を、それが自己に属さないことを知りながら侵害した者は、相当の対価の支払義務を負担する」という明確に輪郭づけられた構成要件を作り出す。この義務を支えるのは、権利の追求力 (Rechtsfortwirkung) と、善意の取引であ

(70) Wilburg, Zusammenspiel, SS. 355-360.

れば合意されたであろうと同様の調整を期待可能にする侵害についての悪意である。

①の力が作用しないときは、②と③が考慮されるべきである。

他人の物又は特許権を合目的的に自己のために使用した者は(②)、利得の要件を欠いている場合にも、義務負担が相当たりうる。その根拠は、侵害者が他人の財貨の使用によって、現実的な利得の機会を作り出したことに求められる。

誤って自己に属すると考えた物の使用によって固有財産における犠牲又は危険を引き受ける侵害者の意思(③)は、特別な要素を構成する。しかし、侵害者が行為無能力であるときや、誤解が法益の価値についての錯誤又は財産状態についての誤った評価に基づくときは、この意思は顧慮されるべきでない。その物を有償で取得することを強いられたであろう場合にも、侵害者がそれを犠牲にしたであろうとの想定が成り立つ場合には、この意思が顧慮されるべきである。

②と③に与えられる力の強度はさまざまに評価されうる。特に侵害者が計算の誤りによって他人の法益を合目的的にでなく使用したときに、③の意思だけで危険の引受けに十分かは微妙な問題である。

侵害者が客観的に違法に又は過失によって行為したという非難(④)は、単独では義務を正当化しえず、その場合には侵害者の責任は損害賠償法又は不当利得法の原則に限定されるべきである。しかし、過失又は誘因(④)は、②③の力に疑いがあるときには、付加的要素として影響力を獲得する。侵害が権利者の正しくない情報によって惹起されたときは、義務を否定する方向に作用しうる。

以上の要素が完全な義務を正当化するのに不十分なときは、場合によっては、軽減された義務負担が考慮されるべきである。

このようにして、Wilburg は、契約法・損害賠償法・不当利得法・事務管理法の間の欠缺を補充しようと試みるのである。

4 裁量の場面

裁量が問題となる場面でも、動的体系論の投入が試みられている⁽⁷¹⁾。

その際、Otte⁽⁷²⁾は羈束裁量の行使と不確定概念の具体化との構造上の共通性を、Michael⁽⁷³⁾は公法における不確定概念の理論および裁量論という衡量理論と動的体系論との構造上の共通性を指摘している。

また、V 3で述べるように、Michaelが裁量の場面では衡量結果のルール化に反対している点が注目される。

5 解釈方法の選択の場面

Otte⁽⁷⁴⁾、F. Bydliniski⁽⁷⁵⁾、Michael⁽⁷⁶⁾は、解釈方法の選択というメタレベルにおいても動的体系論を投入する。たとえば、F. Bydliniskiによると、文理解釈、論理一体系的解釈、歴史的解釈、客観的一目的論的解釈がさまざまな強度で異なった結論を支持する場合には、動的体系の意味において、各論拠の全体衡量が必要となる。

(71) Peter Böhm, *Bewegliches System und Prozeßzweck*, in: Symposium, SS. 238-241 (裁判官の訴訟指揮につき); Karl Korinek, *Das Bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, in: Symposium, SS. 244-249 (計画法・経済統制法につき); Michael, *Gleichheitssatz*, SS. 160-178, SS. 213-222, SS. 274-275 (行政裁量につき); Schilcher, *Grazer Workshop*, SS. 185-189 (羈束裁量につき). Wilburgも、動的体系論の考え方では裁判官は自由ではなく方向づけられた裁量 (*gelenktes Ermessen*) により決定を行う使命を負うだろうと述べている (Wilburg, *Rektorrede*, S. 22)。あるいは裁量のことも念頭にあったのかも知れない。

(72) Gerhard Otte, *Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht*, in: Symposium, SS. 274-275.

(73) Michael, *Gleichheitssatz*, S. 18.

(74) Otte, *JbRSoz.*, Bd. 2, SS. 318-319. Dens., Symposium, SS. 275-277も参照。

(75) F. Bydliniski, *Methodenlehre*, SS. 555-556, SS. 564-565.

(76) Michael, *Gleichheitssatz*, S. 206, S. 309; ders., *Grazer Workshop*, S. 297.

IV 要素の性格

1 比較級命題 (Otte)

Otte は、法論理学の観点から、構成要件システムの基礎にある類別命題 (klassifizierende Sätze) に対するものとして、比較級命題 (komparative Sätze) という考え方を導入し、それを動的体系の礎石とした⁽⁷⁷⁾。

比較級命題の基本形式は、「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 (je mehr bzw je eher a, desto mehr bzw desto eher b)」,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 (wenn a, dann mehr bzw eher b, als wenn nicht a)」という形にまとめられる⁽⁷⁸⁾。しかし、比較級命題はこれ以外の形式によっても表現されうる。たとえば、III 1(2)で紹介した過失相殺に関する BGB254 条 1 項も比較級命題であり、同条項は「被害者自身によって損害がより多く惹起されればされるほど、それだけ損害賠償義務は小さくなる」という基本形式に言い換えることができる⁽⁷⁹⁾。また、「相応の (entsprechend)」,「相当な (angemessen)」,「比例的な (verhältnismäßig)」,「……に応じて (nach Maßgabe)」,「……を斟酌して (unter Berücksichtigung von)」などの語によっても、比較級の内容を表現することが可能だとする⁽⁸⁰⁾。

このような Otte の考え方によれば、動的体系の構成部分である要素だけでなく、動的体系的立法自体も比較級命題と捉えられることとなる⁽⁸¹⁾。また、原理も「より多くないしより少なく (mehr oder weniger)」

(77) Otte, JbRSoz., Bd. 2, SS. 301ff.; ders., Symposium, SS. 271ff. Otte の比較(級)命題については、すでに山本「動的システム論」253-256頁で検討されているので、詳細はそちらを参照されたい。

(78) Otte, Symposium, S. 272; 山本「動的システム論」254頁。

(79) Otte, JbRSoz., Bd. 2, S. 305; ders., Symposium, SS. 273-274; 山本「動的システム論」260頁注(74)。

(80) Otte, Symposium, SS. 273-274; 山本「動的システム論」260頁注(74)。

実現されうるから、原理を記述する命題も比較級命題と理解されるべきである。⁽⁸²⁾

2 原理と要素との関係

(1) F. Bydlinski の見解

原理と要素との関係について、動的体系的立法に関する F. Bydlinski の見解は興味深い変遷を示している。その変遷は一言で「動的体系論の原理理論への急接近」と言うことができる。次にその変遷をたどることにしよう。

(a) Methodenlehre (1982年)

初版が1982年に出た“Methodenlehre”において、F. Bydlinski は、動的体系論を用いた立法の例として、過失相殺に関する ABGB1304 条を挙げていた。この時点で彼は、被害者と加害者の「過責」を動的体系の「要素」と捉え、さらに、その要素を「過責が大きければ大きいほど、より多くの損害を負担しなければならない」という「比較級命題」と捉えていたと見られる。⁽⁸³⁾

(b) グラーツにおけるワークショップでの報告 (1997年)

しかし、1997年のグラーツでのワークショップにおける F. Bydlinski の立場は、これとはかなり異なっている。彼はおおよそ次のように述べる。⁽⁸⁴⁾

「ルールの層ないし通常の法規定を一部動的に形成することは、確かに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別個のものとして捉えられるべきである。過失相殺に関する ABGB1304 条ない

(81) Otte, Symposium, S. 277; F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 531; 山本「動的システム論」254-256頁。

(82) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 125.

(83) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 531.

(84) F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 18. S. 25; dens., Skizze, SS. 194-195 も参照。

し BGB254 条は、確かに動的なルールを含んではいるが、包括的な体系を基礎づける要素を構成してはならず、過責原理の適用である。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、一定の法制度ないし法領域全体の基礎の層であるマクロの平面に存在する。つまり、原理の中で、単に構造上原理であるものと、広く基礎づけの効力を有する体系的に有意義な本来の原理とが区別されるべきである。」

この段階で F. Bydlinski は、動的に形成された法規定は本来の動的体系ではなく、その規定の動的な部分（たとえば、ABGB1304 条の「過責」）は、構造上は原理と同様の構造を有するが、本来の原理ではない、との立場を採っていたものと理解できる。原理とルールの区別を両者の規範構造の違いに求める Alexy の理解⁽⁸⁵⁾に従うことが、その前提になっているものと見られる。

(c) ワークショップの記録に付された補遺（2000年）

ところが、ワークショップ後に付加された「補遺 (Nachtrag)」において、F. Bydlinski は再度その見解を修正している。彼はおおよそ次のように述べる。⁽⁸⁶⁾

「ワークショップでの非常に激しい議論により、原理（＝要素）と比較級規範の関係についての補充的な考察が必要となった。ワークショップでの報告は、構造上の意味における原理と比較級規範とを無邪気に同視し、広く基礎づけの効力を有するがゆえに体系を支持する体系的な意味における原理と、単に構造上の意味における原理の区別に重点を置いていた。個々の規定の動的な構成部分は、法獲得のための指針的な力をもたないが、個々のルールをより少ない条文でカズイスティッシュにな

(85) Grazer Workshop においても、Robert Alexy は、“Zur Struktur der Rechtsprinzipien” というテーマで報告している（Grazer Workshop, SS. 31ff.）。但し、後出 V 2(3)(C)を見よ。

(86) F. Bydlinski, Grazer Workshop, SS. 26-29.

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

らぬよう定式化するための重要な立法技術の可能性として立ち現れる。原理と比較級規範を完全に対置する見解 (Koller) もあるが、最適な衡量を志向する原理の特性は、原理が『より多く又はより少なく』充足されうることを必然的に意味し、段階化可能な『比較級の』規範内容を含意している。単一の原理を孤立的に考察する場合には、定義上この特性が前面に出てこざるをえない。というのは、『最適化』は衝突する他の原理を顧慮したときのみ問題となるからである。だからこそ、Alexy はワークショップでの議論において、『すべての原理は比較級規範であるが、逆は妥当しない。しかし、原理でない比較級命題を画定する特徴づけはまだ解明されていない』と適切に主張した。Otte も同様の立場を主張した。」

F. Bydliniski は Alexy が残した問題に例を挙げつつ、「原理でない比較級規範の段階化された比較級の規範内容は、衝突する他の同種の規範との最適な衡量とは別個の諸理由から認識でき説明できる」と答えた上で、次のように言う。「よりよき解決までは、ある規範が確かに比較級の要素を用いているが、同種他の規範との衡量を明らかに目論んでいない場合には、そしてその限りにおいて、その規範は原理でない、と言うことができる。なぜなら、その規範は、それに含まれている当為の『最適化要求』の概念によって特徴づけうる、衝突する同種他の規範に対する譲歩による・認識可能な相対化を示していないからである。」

さらに、F. Bydliniski は、原理とルールとの区別に言及した上で、ワークショップでの報告とは異なり、「個々のルールの動的要素を、もはや原理とは呼ばないし、単に構造的な意味においてもそうは呼ばない」と結論的に述べている。

(2) Enderlein の見解 (1996年)

この F. Bydliniski の見解の変遷に対して影響を与えた学説として、Wolfgang Enderlein の見解を挙げるができる。次にそれを紹介す

(87)
る。

Enderlein はまず、要素と原理との間に違いはあるか、どんな違いがあるか、という問いは、原理概念にかかるとする。彼の原理概念⁽⁸⁸⁾を基礎にすると、動的体系思考は、若干の点において原理モデルよりも広く捉えられる。たとえば、原理はもっぱらルール⁽⁸⁹⁾の基礎づけの平面に関わるので、制定法のルールの構成要件メルクマールは原理とは言えないが、動的体系の要素たりうる。また、動的体系の評価要素は、他の評価要素との結合においてのみ重要な規範的結果を基礎づけうるという意味において、規範的独自性をもたないことがある。それに対して、原理規範は単独で一定の法規範を基礎づけたり、裁判官や立法者に一定の行為を指示しうる。逆に、適用領域に関しては、原理のほうが要素よりも広いこと、原理による基礎づけの際には、それを少数に限定する関心が前面に出てこざるをえないことを、Enderlein は指摘している。

(3) 山本敬三の見解

山本敬三は、要素を明確に定義せずに、要素にあたるものを具体的に提示しているだけの Wilburg 以降の動的体系論の議論を分析した結果、

(87) Enderlein, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, S. 292. この箇所が、F. Bydlinski, *Grazer Workshop*, S. 16, Anm. 14, S.25, Anm. 32 で引用されている。S. 18 にも Enderlein の名が登場する。さらに、「法原理の概念は比較級要素の概念に構造的には対応しているが、慣用によると法原理の概念は基本的な利益のみを指し、制定法の比較級規範の要素を指さない」というグラーツのワークショップでの Michael の報告の影響もあるように思われる (Michael, *Grazer Workshop*, SS. 286-287)。

(88) 彼の原理概念に関しては、Wolfgang Enderlein, *Abwägung in Recht und Moral*, 1992, SS. 96-99 も参照。

(89) Ulfried Neumann, *Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elementen*, in: *Grazer Workshop*, SS. 115ff. も、原理とルールは別個の規範的平面に属する、すなわち、原理はルールを基礎づける平面にあると理解することにより、両者を区別する。

要素には、①観点ないしファクターとしての要素と、②原理としての要素という2つの次元を異にするものが含まれているという結論に達した。もっとも、山本によれば、いずれを「要素」と呼ぶかという点を別にすれば、観点ないしファクターと原理とは密接に関連している。なぜなら、原理を要素と捉える場合でも、そこから観点ないしファクターを抽出することは容易だし、逆に観点ないしファクターを要素と捉える場合でも、その基礎に原理を読み取ることができるからである。つまり、原理がどの程度実現ないし侵害されているかを測るためのポイントとして、観点ないしファクターが設定されていると見ることができるからである。結局、山本によれば、動的体系論の根幹に位置する「要素」は、「原理」とその充足度を測るための「観点」ないし「ファクター」から構成されることになる。⁽⁹⁰⁾

3 分析

要素および原理はともに比較級命題として捉えられる。しかし、慣用に従い体系構成的なもののみを原理を称するならば、要素は必ずしも原理ではない。他方で、動的体系が「体系」であり続けるためには、一定の法領域における法規範ないし法律効果を少数の要素に還元する必要がある⁽⁹¹⁾ (II 3)。したがって、一般条項の具体化の場面、法の解釈・継続形成の場面では、当該規定を背後から支える原理を要素として抽出するように努める必要がある。目に付いた観点を雑然と並べるだけでは足りない。他方、動的体系的立法における要素は原理とは限らない。それゆえ、この場面でも当該規定を背後から支える原理を抽出する必要が出て

(90) 山本「動的システム論」215頁，244-251頁。

(91) Wilburg も、狭い領域で特殊な問題の解決にのみ関与する規準を「要素」とは区別して「補助的な力 (Hilfskräfte)」と呼ぶことにより、要素の数を限定しようとしていたことについては、F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 14 を参照。

くる。動的体系論における要素を原理に限定するのであれば、動的体系の立法は本来の動的体系論とは区別されるべきである。

V 動的体系論の「動的性格」

それではなぜ、動的体系論は「動的」なのだろうか？

1 個別事例ごとの衡量

Canaris は、要素が原則的に同順位であること、要素が相互に交換可能であることと並んで、完結的な構成要件の形成の放棄を、動的体系の本質的メルクマールとして挙げている⁽⁹²⁾。山本敬三は、固定的構成要件システムとの対比において、要件にあたる部分も効果にあたる部分も固定されていないということが、動的体系の「動的性格 (Beweglichkeit)」だとする⁽⁹³⁾。つまり、動的体系においては、個別事例においてその都度要素の衡量が行われ、その結果として法律効果が発生するか否か、それが段階化可能な場合にはどの程度発生するかが確定されるのである。訴訟では、裁判官が個別事例ごとに衡量を行うことになる⁽⁹⁴⁾。結局、個別事例ごとに衡量が行われるということが、「動的」の意味である。

このことを最も明示的に述べているのは Flessner であろう。彼は「動的体系がその『動的』性格を保持すべきだとするならば、学説は個別事例における諸要素の共働および重要度を、抽象的にはもはや決定することはできない⁽⁹⁵⁾」と述べており、この指摘が助言的法律学 (konsultative Jurisprudenz) としての動的体系論という理解につながっていくのであ

(92) Canaris, Systemdenken, S. 75. 要素の同順位性・交換可能性については, Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, SS. 289-290; Michael, Gleichheitssatz, SS. 52-55; dens., Grazer Workshop, SS. 295-297; 山本「動的システム論」268-270頁も参照。

(93) 山本「動的システム論」252-253頁。

(94) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 529.

(95) Flessner, Symposion, S. 161.

る。彼はおおよそ次のように述べる。⁽⁹⁶⁾

「法解釈学 (Dogmatik) は、伝統的には、規範的 (präskriptiv) な学問として理解されてきた。この性質を動的体系法学は原則として放棄しているように思われる。なぜなら、さまざまな要素の、数と重要度による協働作用は、個別の事例についてのみ決定されうるから (Wilburg), あるいは、動的体系の特徴は、『諸要素』が収集され、精査され、記述されたとしても、そこから決定が演繹されえない点にあるからである⁽⁹⁷⁾ (Otte)。換言すれば、伝統的な法解釈学は、実務に対して立法者たろうとする。すなわち、それは、どのように決定されなければならないか、基礎づけられなければならないかを指示する。しかし、動的体系法学は助言者 (Ratgeber) である。それは、『相互主観的に理解可能な (intersubjektiv verstehbar)』あるいは——法律家の用語で言う——『是認可能な (vertretbar)』決定および基礎づけに、どのようにしたら到達するかを指示する。」

2 それに対する批判

しかし、正義ないし法的安定性の要請に基づき、必ずしも個別事例ごとの衡量には至らないし、至るべきでないという考えが出されている。

(1) 先例と同一事件を決定する場合 (Otte)

Otte は、同一事例の同一取扱の要請 (形式的正義) に基づき、先例に拘束力がある場合には、個別事例での衡量は必要ないことを指摘した。そして、拘束力のある先例の網の目が密になれば、個別事例ごとの衡量がほとんど不要になる可能性も認めている。彼はおおよそ次のように述べる。⁽⁹⁸⁾

(96) Flessner, Symposion, S. 169. 山本「動的システム論」292-293頁も参照。

(97) ここで、Otte, JbRSoz., Bd. 2, S. 319 が引用されている。

「比較級規範 (komparative Normen) も類別規範 (klassifizierende Normen) と同じく、同一事例の同一取扱の要請を含んでいる。すでに決定された他の事例と同視される事例において法を適用する場合には、背後にある比較級規範に立ち戻る必要はなく、この要請に依拠しうる。というのは、平等原則 (Gleichheitsgrundsatz) は、『事実関係の同一』という関係の内部における法律効果の『継承性 (Erblichkeit)』を規範化しているからである (ある関係の内部での賓辞 (Prädikat) の『継承性』とは、一定の関係にある複数の対象のうちの1個にある賓辞が与えられるべきときは、他の対象にも同一の賓辞が与えられるべきことを意味する)。その際、その推論は次のようになる。すなわち、

同一の事実関係 S は、同一の法律効果 R をもつ。

S1 と S2 は同一である。

S1 は法律効果 R1 をもつ。

したがって、S2 は法律効果 R1 をもつ。

上の推論において大前提 (Prämisse) として現れるのは、もはや規範 (たとえば、扶養請求権の額は需要の程度に、需要の程度は特に扶養権利者の生活水準にかかる旨を規定する BGB1610 条) ではなく、(たとえば、専門家の健康な12歳の子に対して、月額160マルクの扶養料を与えた) 先例である。

関連する従前の諸決定への立ち戻りによる平等原則の適用は、新たに決定されるべき事例の判断に対するその拘束がすでに確定していることを前提とする。先例が、上述の仕方で決定の基礎に置かれなければならないか、あるいは、少なくとも置かれてよいかは、法源論に関わる問題である。その答えは、法秩序の性格や先例の性質によって異なりうる。

(98) Otte, JbRSoz., Bd. 2, SS. 312-313.

先例が（まだ）法の拘束的な具体化として受容可能か否かについて、吟味することが許されるか、あるいは、それどころか命じられる限りにおいて、当然のことながら、比較級規範が再び視点に現れる。拘束的な先例の網の目が密であればあるほど、この吟味が行われることは稀になる。結局、実務においては、比較級規範は、——それはその都度個々の先例の構成要件から判明するのだが——非常に小さな適用領域しかもたない多くの類別規範によって、ほとんど完全に覆い隠されてしまうことがありうる。⁽⁹⁹⁾」

(2) 先例から勿論解釈 (Otte, Koller)

Otte はさらに、決定の余地は、同一の事例についての拘束的な決定への立ち戻りによってだけでなく、同一でない事例についての決定からの大から小への論証あるいは小から大への論証 (Argument a maiore oder a minore) ⁽¹⁰⁰⁾ によっても排除されうることを認めている。これによって、いわば先例の網の目は一気に密になり、動的体系の妥当領域が大幅に減少することになる。しかしここでは Otte ではなく、同旨を述べる Peter Koller の見解を詳しく紹介することにする。動的体系論への言及が見られるからである。彼はおおよそ次のように述べる。⁽¹⁰¹⁾

「新しいオーストリア刑法は42条に、『①行為者の責任が小さいとき、②行為が結果を全く又は些細な結果しか惹起しなかったとき、および、③行為者自身又はその他の者による犯罪行為を予防するために処罰が必要でないときには』、軽犯罪 (Bagatelldelikt) は処罰されないというル

(99) Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, S. 203 は、Otte の先例も後出VI 1(3)の「基礎評価」となることを指摘している。

(100) Otte, JbRSoz., Bd. 2, SS. 313-314.

(101) Peter Koller, Möglichkeiten und Grenzen eines beweglichen Rechtssystems, in: Wertung und Interessenausgleich im Recht, Walter Wilburg zum 30. September 1975 gewidmet von Assistenten der Grazer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät, 1975, SS. 23-24.

ールをもっている。この規範は、条件が充足されたときに法律効果が実現される・質的に特定された条件要素 (Bedingungskomponente) をもった・通常の条件規範と理解することができる。この規範の適用の困難は、その条件が極めて不鮮明 (unscharf) であることにある。そのことは、この規範の適用はかなり恣意的なものであるか、あるいは、裁判官は現前の事件を従前の諸事件を横目で睨みつつ裁判するという帰結をもたらす。裁判権の審級構築によって得られる判例の統一化傾向は、後者となることを保障する。引用符の中にある3条件は明らかに段階化可能な変数なので、42条からは次の形のルールを引き出すことができる。すなわち、『行為者の責任が小さければ小さいほど、行為の結果が些細であればあるほど、そして、特別予防又は一般予防に基づく行為者の処罰の必要性が小さければ小さいほど、それだけ軽犯罪は不処罰にとどまるべきである。』特定の軽犯罪を不処罰とした先例があり、条件となっているメルクマールが先例の事例と同一かより小さい程度を示している軽犯罪をある裁判官が裁判しなければならぬとしよう。そのとき、その裁判官はこのルールを基礎として、この事件は同程度に又は一段と（つまり、より高度の拘束度において）不処罰にとどまるべきだと論理的に推論することができる。法的議論のこの形式にも、それが依然として質的に特定された法律効果の基礎づけを目指し、それゆえ法的に指示された結果の領域にかなり固定的にとどまらざるをえない限りにおいて、(Wilburg 的意味における) 動的性格が欠けている。』

(3) 衡量結果のルール化 (Alexy)

(a) 序

Otte と Koller は、動的体系に固定的構成要件をもつ先例の網をかぶせることによって、正義ないし法的安定性の要請に応えようとした。しかし、この考え方を一歩進めるならば、先例が未だ存在しない場合にも衡量結果を固定的構成要件の形にルール化することが考えられてよい。

この考えによるならば、個別事例における具体的判断は動的体系から直接にはなく、常に固定的構成要件をもったルールによる包摂を介して得られることになる。したがって、動的体系は具体的判断を得る前に、常にその動的性格を失ってしまうことになる。その意味で衡量結果のルール化は、動的体系論が超えることのできない一線である。この点で動的体系論と原理論の違いはどこまでも残る。次に、この一線を越えた原理論の⁽¹⁰²⁾主唱者 Alexy の見解を見ることにしよう。

(b) 衝突法則 (Kollisionsgesetz)

Alexy は原理衝突の例として訴訟無能力決定 (BVerfGE 51, 324) を引用している。この事件では、訴訟の負担のために卒中発作や心筋梗塞の危険に脅かされている被告人に対する公判手続の実施の適法性が問題となった。連邦憲法裁判所は、この事件では「被告人の生命および身体的完全性ができるだけ侵害されないようにする要請」という『原理1』と「刑事司法ができるだけよく機能するように配慮すべきだ」という『原理2』が衝突していることを確認した上で、両原理の間には絶対的な優先関係はなく、衝突は両原理の衡量によって解決されるべきだとした。衡量の際には、抽象的には同ランクの原理のうち、具体的事例においていずれの原理により高い重要度が与えられるかが問題となる。つまり、裁判所によると、原理衝突の解決は、事例の諸事情を顧慮して原理間の条件付き優先関係を確定することにある。条件付き優先関係の確定は、その事例に関して一方の原理が他方の原理に優先する条件を挙げることにある。他の条件の下では優先問題が逆に解決されることもある。かく述べた上で、裁判所はこの事件につき、「被告人が公判手続の実施の際に生命を失うか健康に重篤な損害を蒙る、容易に予想される⁽¹⁰³⁾具体的危険が存在するときは、訴訟の続行は被告人の基本法2条2項1文に基づく基

(102) 以下の引用箇所のほか、Alexy, *Theorie der Grundrechte*, SS. 152-153 も参照。

(103) 基本法2条2項1文：何人も生命および身体的完全性に対する権利を

本権を侵害する」と判断した。

この命題は、一方の原理が優先することではなく、基本権侵害が存在する条件を述べている。しかし、ある行為が基本権を侵害するということは、その行為は基本法上禁止されているということの意味する。したがって、この命題は、「ある行為が『条件C』を充足するときは、その行為は基本法上禁止される」という形のルールの定式化と理解できる。しかし、その一方で『条件C』は、『原理1』が『原理2』に優先する条件をも示している。

このように『条件C』が二重の役割をもつことは、優先命題の構造から必然的に明らかになる。なぜなら、「『原理1』が『原理2』に『条件C』の下で優先する」という優先命題は、「『条件C』が存在するときは『原理1』の法律効果が妥当する」ということを意味するからである。つまり、条件付き優先関係に関する優先命題から、優先条件が存在する場合には、優先する原理の法律効果を指示するルールが導かれる。それゆえ、条件付き優先関係とルールの関連に関する以下の法則（衝突法則）が定式できる。すなわち、

『原理1』が『原理2』に『条件C』の下で優先し、かつ、『原理1』から『条件C』の下で『法律効果R』が発生するときは、Cを構成要件、Rを法律効果とするルールが妥当する。C→R

あるいは、技術的な定式化を避けると、

一方の原理が他方の原理に優先する条件は、優先する原理の法律効果を述べるルールの構成要件を構成する。⁽¹⁰⁴⁾

(c) 原理→ルール→具体的当為判断

「ルールと原理とを区別するために提示されている諸規準の1つは、原理をルールの、しかもルールだけのための理由と位置づけている。こ

有する。

(104) Alexy, Theorie der Grundrechte, SS. 79-84; 亀本「法におけるルールと原理」法学論叢123巻3号97-100頁。

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

の規準が適切だとすれば、原理は具体的当為判断の直接の理由たりえないことになろう。原理はルール⁽¹⁾の理由であり、ルールは具体的当為判断（個別的規範）の理由であるという見解は、一見したところもっともらしい。しかし、より詳細に顧慮すると、その見解は適切でないことが判明する。ルールもルールの理由たりえ、原理も具体的当為判断の理由たりうる。《何人の自尊心も侵害してはならない》というルールは、《何人に対してもその失敗について意見を求めてはならない》というルールの理由たりうる。他方で、原理は裁判すなわち具体的当為判断の理由たりうる。たとえば、訴訟無能力決定において、生命保護の原理は公判手続の実施を不適法とする理由となる。それにも関わらず、原理をルールの理由とする特徴づけは正鵠を射ている。それは、具体的当為判断の理由としてのルールと原理の異なった性格を反映している。あるルールがなされるべき具体的当為判断の理由だとするならば、そして、そのルールが妥当し適用でき例外を許さないとするならば、そのルールは終局的な（definitiv）理由である。具体的当為判断が《ある者に権利が帰属する》という内容をもつならば、この権利は終局的な権利である。それに対して、原理は常に一応の（prima facie）理由にすぎない。それ自体は一応の権利しか基礎づけえない。権利に関する裁判は終局的な権利の確定を前提とする。原理すなわち一応の権利が終局的な権利に至るには、優先関係の確定を経なければならない。しかし、優先関係の確定は、衝突法則によればルールの確定である。それゆえ、原理が結論において具体的当為判断を支える理由であるときはいつでも、この原理は、具体的当為判断の終局的な理由たるルールの理由である。⁽¹⁰⁵⁾」

(105) Alexy, Theorie der Grundrechte, SS. 91-92; 亀本「法におけるルールと原理」法学論叢123巻3号102-103頁。さらに, Sieckmann, Regelmotive und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, SS. 83-85; Schilcher, Grazer Workshop, SS. 169-174, S. 185 も Alexy と同様の見解に立つ。

3 折衷説 (Michael)

それに対して、比較級体系を構想する Michael は、衡量結果のルール化を認めるべき場面とそうでない場面との棲み分けを試みる。⁽¹⁰⁶⁾ 一般論としてはおおよそ次のように述べる。⁽¹⁰⁷⁾

「比較級体系は実定法の正義内容を明らかにしうる。本質的に同一のもの同一取扱および本質的に異なるものの相当な法的区別は、比較・衡量することによってのみなされうる。法認識の初めには法益の衡量ないし比較がある。正義の象徴であるばかりは衡量の方法のためのものである。……法内容ではなく、方法が法の象徴である。比較・衡量の方法は（象徴であるだけでなく）昔から法の理念と結びついている。

もちろん、法はこの理念のもとにずっととどまっていたわけではない。むしろ、2つの展開が進歩として評価されるべきである。まず第1に、法は内容的にどんどん具体的になる。象徴的に言えば『法令集』が前面に出てくる。第2に権力分立は役割分担を帰結し、その際裁判官は立法者による法の内容的具體化に拘束される。固定的構成要件においては、ばかりは立法者の手に、法令集は適用者の手にある。

しかしこの展開は結局、比較・衡量の方法を裁判官の活動から排除しなかった。法の具体化、比較・衡量はすべての平面で行われる。同時に法の内容的具體化は、非常にさまざまな『テキストの段階』で遂行される。動的な (dynamisch) 法理解がさまざまなテキストの段階で区別されるように、法の具体化のさまざまな『方法の段階』を区別することも可能である。まず衡量によって比較級的に獲得されるものが、第2段階で新たなルールとして直接適用されうる。

(106) Michael, Gleichheitssatz, SS. 144-145. 立法者が比較級体系によるべきか固定的構成要件によるべきかの画定規準を述べる dens., Grazer Workshop, SS. 298-300 も参照。

(107) Michael, Gleichheitssatz, SS. 126-127. SS. 143-144, 後出VI 1 (4)も参照。

法的安定性への努力が、類別概念による固定的ルールの形成において表現されることはまぎれもない。それゆえしばしば、評価および衡量が単に暫定的な克服されるべき基本段階として捉えられるのに対して、ルールの形成は到達されるべき目標として捉えられる。法は元来比較級的なものだとしても類別化する傾向をもつ。しかし、法は類別化で始まるのではないし、類別化で終わるのでもない。比較級体系は同時に、法の原型 (Urform) でもあり、中間形態 (Durchgangsform) でもあり、『持続状態 (Dauerzustand)』でもある。法の理想状態は、比較級的方法論と類別的方法論の両者の『協働』である。比較級体系の理論は、評価と包摂にとってその都度最善かつ法的に許される場所がどこにあるかを解明すべきである。」

そして、Michael は、事実関係の段階的相違が比較級的に顧慮されるべきときは、区別を抽象的・典型的に行う固定的構成要件ではなく、個別事例における具体的区別を可能とする比較級体系という柔軟な規範を形成するのが一般的平等原則を定める基本法 3 条 1 項の要請⁽¹⁰⁸⁾として、⁽¹⁰⁹⁾行政裁量に関しては、「裁量の行使をすべて『図式化 (Schematisierung)』⁽¹¹⁰⁾することは、裁量の意味を正当に評価していないだろう。通達 (行政規則) の構成要件への厳格な拘束は、裁量の不十分なし不行使として違法となるだろう」と述べ、衡量結果のルール化を原則として認めないし、判例の拘束力に関しても、「比較級体系が問題となる限りで、個別事例において具体化されるべき柔軟な拘束が問題となる。……逆にそのような柔軟な拘束の可能性は、固定的ルールの形成に慎重になることを支持する。固定的構成要件は、通常、立法者によって、それにふさわしい制定法の形式的拘束力を伴って定式化されるべきだろう」と述べており、法⁽¹¹¹⁾

(108) 基本法 3 条 1 項：すべての人は法の前に平等である。

(109) Michael, Gleichheitssatz, SS. 271-273.

(110) Michael, Gleichheitssatz, SS. 219-220. SS. 274-275 も参照。例外については、SS. 213-214 を参照。

適用機関による衡量結果のルール化にはかなり消極的な立場に立つ。彼はこうも述べている。⁽¹¹²⁾

「行政実務ないし確定判例によって除去されるか除去されうる解釈の余地が存在している。すなわち、制定法がこの場合には余地を残しているのに対して、実務が最終的に特定の法律効果に対する固定的要件を指定することがある。このとき、行政ないし判例は、抽象的・固定的構成要件メルクマールを正確に作り出す任務を引き受けたのである。権力分立機構におけるこのような〔任務の〕移動には、特別の正当化が必要である。ある法律効果に対する固定的要件を実際に作り出せるときには、なぜ立法がその要件を指定しなかったのかを立法自身が問われることを甘受しなければならない。立法者はともかく、自身でできるかぎり正確に固定的構成要件メルクマールを定式化するために最善を尽くさなければならない。……たとえば、差し迫った規律の必要があるが規律の素材の見通しが非常に困難である場合のように、例外的な場合においてのみ、立法権は固定的構成要件の形成を実務に委ねるべきだろう。」

4 分析

衡量結果を常にルール化することは動的体系論においては認められない。ルール化と同時に、それは「動的」であることをやめるからである。したがって、この点で動的体系論と原理理論との違いはどこまでも残る。しかし逆に、衡量結果のルール化をしない原理理論は成り立ちうる。動的体系論の創始者たる Wilburg の後継者であり、同時に原理理論の主唱者でもある F. Bydlinski は、少なくともかつてはこのような立場に立つ

(111) Michael, Gleichheitssatz, S. 257. このような Michael の考え方の背景には、判例は慣習法としてしか拘束力をもたないという認識 (SS. 257-261) があるように思われる。

(112) Michael, Gleichheitssatz, S. 299. この叙述は比較級体系に関するものではないが (S. 300 を参照), Michael が実務によるルール形成に消極的なこととその理由がよく表れているので、ここで引用した。

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

ていたものと思われる。しかし現在の F. Bydlinski は、2 (3)(b)で述べた Alexy の衝突法則を是認し⁽¹¹³⁾ 衡量結果のルール化を認める。また、IV 2 (2)で述べた Enderlein の見解に従い、原理はもっぱらルールの基礎づけの平面に関わると解した場合にも、衡量結果のルール化は不可避である。F. Bydlinski の立場は微妙なものとなっている。

では、動的体系論に生き残る道はあるか？ Michael は行政裁量の場面では衡量結果のルール化を原則的に否定していたし、Canaris は一般条項の具体化の場面で、動的体系化が不可能でほとんどあらゆるトポスが許される領域の存在を認めていた (III 2)。そのような領域を認めるべきか？ 裁量という問題領域があるのは、個別事情に配慮して柔軟な解決をなすべき場面が存在するからであろう。このような場面では、そもそも少数の要素への限定が不可能だったり、それが可能な場合にも衡量結果のルール化は適当でなかろう。ルール化が適当な場面とそうでない場面、換言すれば、正義 (Gerechtigkeit) が支配すべき場面と衡平 (Billigkeit) が支配すべき場面との画定が今後の課題となろう。⁽¹¹⁴⁾

VI 固定的構成要件と動的体系

1 固定的構成要件と動的体系論の関係

(1) 序

Vでの分析によって、一見相容れないように見える動的体系論と固定⁽¹¹⁵⁾

(113) Franz Bydlinski, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, S. 684, Anm. 9. Dens., Skizze, S. 194 も参照。

(114) 山本克己が「訴訟手続において裁判官の裁量を完全に排除してしまうことができるかと言うとそうではないのでして、何をもってルールの支配領域とし、何をもって裁量に委ねるべき事項とするか、ということが民事訴訟法学の基礎理論に関わる重要問題なのだ」と述べているのが参考になる (山本克己発言「<座談会>民事訴訟法学の方法論とその展望(上)」判タ1040号17頁 (2000))。

(115) たとえば、Canaris, Systemdenken, SS. 78-80 は、固定的構成要件と

的構成要件との関係が、かなり明らかになったように思われる。

(2) 平均ルール (Wilburg)

法の動的形成および適用にとっても固定的ルールにおける拠り所が不可欠であることを確信する F. Bydlinski⁽¹¹⁶⁾も指摘するように、すでに Wilburg が立法者が基準的評価を典型的事例について例示的に表現しうること⁽¹¹⁷⁾や、「平均ルール (Durchschnittsregeln)⁽¹¹⁸⁾」によって典型的な事実関係につき衡量結果を制定法の構成要件にまとめ、その構成要件に把握されない諸事例につき制定法の指針の裁判官による衡量を予定しうることを強調していた。また、Wilburg が動的体系を基礎とする法の継続形成の結果、固定的構成要件を作り出す例もすでに見た (III 3)。

(3) 基礎評価 (Schilcher)

ついで Schilcher は、「基礎評価 (Basiswertung)」が実践的には不可欠であることを認識した⁽¹¹⁹⁾。この点に関して F. Bydlinski はおおよそ次のように述べている。⁽¹²⁰⁾

「Schilcher は正当にも、異なったメルクマールをもつがゆえに動的規準の位置価 (Stellenwert) が異なっている事実関係につき、比例的な衡量を行うために必要な出発点および比較ファクターとして、構成要件に濃縮化された『基礎評価』を要求した。つまり、動的規準の法的な順位関係およびその『共働』は、少なくとも典型的な諸事例につき明確にされるべきである。それは、『動的』ではないが有力な体系主義者である

動的体系とをかなり対立的に捉えている。

(116) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 530; ders., Symposion, S. 30.

(117) Wilburg, Rektorrede, S. 22.

(118) Wilburg, Elemente, S. 102. 山本「動的システム論」229頁, 280頁注(100)も参照。

(119) Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, SS. 203-204.

(120) F. Bydlinski, Grazer Workshop, S. 17.

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

Werner Flume の『未決定の問題は、現行法が基礎にある諸原理から導いた結論を類推して解決されるべきである』という言明と核心において一致している。動的な体系要素と『固定的な』体系要素との並列はいずれにせよ可能だし、しかもさまざまな結合においてそうである。」

(4) Michael の見解

最近、Michael は、比較級体系（動的体系）と固定的構成要件との関係を真正面から取り扱った。

Michael は、「動的」という言葉は法的不安定と裁判官の恣意を容易に連想させるので、いわゆる動的要素が法的には如何に非動的に取り扱われるべきかを方法論は析出しなければならない、動的体系は如何なる固定的な構造を示すか、動的要素は他の要素や法律効果に対して合理的に把握可能な如何なる関係に立つのかが明確にされなければならないという問題を設定して、彼の比較級体系の構想を展開する。その際、比較級体系と固定的構成要件との関係につき、彼はおおよそ次のように述べている。⁽¹²¹⁾

「学説において『動的体系』について要求される固定的構成要件形成の放棄は出発点としての仮説に過ぎず、それを超え出る必要がある。というのは、比較級体系は（固定的）構成要件の形成——ここで考えられるべきは法の継続形成である——を方法論的に解明するのに適しているからである。Wilburg の理念とは反対に、比較級体系は固定的構成要件と相容れない対立物としてではなく、その補充ないし充実としてわれわれの法体系および方法論に流れ込むべきであろう。……」

まず第 1 に、……法の背後にはしばしば、それが固定的構成要件の中にもはや可視的でないときにも比較級の評価がある。しかしこの隠れた比較級の評価は、規範の、基礎にある法原理との調和性、特に一般的平

(121) Michael, Gleichheitssatz, SS. 115-117.

(122) Michael, Gleichheitssatz, SS. 120-122.

等原則との調和性が再吟味されるときに可視的になる。比較級の評価はしばしば法獲得プロセスの最初にあり、固定的構成要件の形成はその最後にある。

第2に、唯一のものと誤解されてきた伝統的な法構造を比較級要素の特別事例又は継続形成であると認識するならば、比較級要素の法および方法論への組み入れは容易になる。すなわち、比較級要素をもうこれ以上法における異物として捉えないためには、法は固定的構成要件の形成プロセスの最後で初めて法の性質を獲得するのではないという証明がただ必要なだけである。……

第3に、比較級構造と固定的構造とが互いに補完しあう種々の混合形態がよりよく把握されるのは、固定的構成要件の形成を比較級体系の具体化として認識し、比較級体系を固定的構成要件の軟化として認識しないときである。あらゆる動的な (dynamisch) 法発展の出発点は比較級体系たるべきだった。その背後にある比較級の評価が解明されて初めて、固定的構成要件の形成に至るべきだった。

伝統的な制定法上の固定的構成要件もこの連関においては新たな光の下に現れる。すなわち、立法者が抽象的に、つまり個別事例を越えて『適用』した、比較級構造の刻印としてである。……比較級の評価はこの場合不必要なのでは決してなく、法適用者のために先取りされているのである。』

別のところでこうも述べている。⁽¹²⁴⁾

『『非動的な』個別構成要件は単に、背後にある『動的』構造の例示

(123) Michael, Gleichheitssatz, S. 121 は「構成要件メルクマールと法律効果との間の伝統的な『…のときは…である—結合 (Wenn-dann-Verknüpfungen)』は『…であればあるほど、よりよくある (je mehr-desto eher/wahrscheinlicher)』モデルの特別事例と把握できる。というのは、法律効果の必然的な推論は、100%の蓋然性という特別な場合にほかならないからである」と述べている。Ders., Grazer Workshop, S. 269 も同旨。

(124) Michael, Gleichheitssatz, S. 58.

的・瞬間的な実現を表すだけである。それは比喩的に言えば『よどみない動き』に対する『フラッシュ』であり、『3次元の対象』の『2次元の写真』である。その『鮮明さ (Schärfe)』の利点は、(上の比喩では『時間的』ないし『空間的』な)次元の喪失を代償として得られたものである。

法的構造を『2次元のフラッシュ撮影』によって認識可能に表現することは通常可能である。その粗雑化の代償は、それに相応する多数の『フラッシュ』、すなわち、カズイスティッシュな区別によって減ずることができる。それゆえ、構成要件の形成の際に『動的性格の次元』を埋め合わせることは不可能ではない。⁽¹²⁵⁾

2 固定的構成要件の解釈・継続形成と動的体系論

III 3で Wilburg が法の継続形成に際して動的体系を投入している具体例を見た。動的体系論が固定的構成要件の解釈および継続形成に際しても大きな機能を果たすことは、特に F. Bydlinski によって強調されている。⁽¹²⁶⁾ そこでまず彼の見解を見ることにしよう。

(1) F. Bydlinski の見解⁽¹²⁷⁾——「第2段階」の体系的・一目的論的解釈——

F. Bydlinski によると、動的体系によって「第2段階」の体系的・一目的論的解釈の可能性が開かれた。⁽¹²⁸⁾ すなわち、文理解釈、体系的・一論理的解釈、歴史的解釈によって解釈問題が解決できない場合には、「立法趣旨

(125) Canaris, Systemdenken, SS. 80-81, S. 83 も、ルールの詳細化の必要性は必ずしも動的体系と結びつくとは限らないことを強調している。

(126) 山本「動的システム論」273-275頁ですでに紹介されているので、本稿ではごく簡単にしか述べない。

(127) F. Bydlinski の立場に好意的なものとして, Schilcher, Grazer Workshop, SS. 174-176 がある。

(128) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 538, S. 571; ders., Symposion, SS. 36-37.

(ratio legis)」の探究が必要となる。⁽¹²⁹⁾「立法趣旨」は、まず「第1段階」では、実質的に関連のある他の諸規範の基礎にあるすでに解明された評価に依拠して探究されるべきである。⁽¹³⁰⁾次に「第2段階」として、法制度ないし法領域全体の基礎にある複数の法原理に立ち戻ることが必要となる。この場合「立法趣旨」は複数の法原理から帰結される総合評価と理解されなければならない⁽¹³¹⁾、その総合評価の際に動的体系が投入される。このような固定的構成要件の動的体系化は、制定法の構成要件が比較級命題の形には定式化されていないが複数の段階化可能な構成要件メルクマールを含んでいるときばかりでなく（複合的解釈 (kombinatorische Auslegung)⁽¹³²⁾）、一般的に可能である⁽¹³³⁾。

(2) 反対説

しかし、⁽¹³⁴⁾固定的構成要件の動的体系化に対しては、Karl Larenz,⁽¹³⁵⁾ Canaris, Michael⁽¹³⁶⁾らが反対している。このうち Larenz は、固定的構成

(129) F. Bydliniski, Methodenlehre, SS. 453-454.

(130) F. Bydliniski, Methodenlehre, SS. 372-373, S. 454-455.

(131) F. Bydliniski, Methodenlehre, S. 373, S. 538; ders., Symposion, SS. 36-37, SS. 41-42; ders., Skizze, S. 194.

(132) F. Bydliniski, Methodenlehre, SS. 535-538; ders., Skizze, S. 194; ders., Grazer Workshop, S. 16, Anm. 14; 山本「動的システム論」273頁。F. Bydliniski が同所で挙げている複合的解釈の具体例を1つだけ紹介しておく。中傷された者が自殺した場合のように、加害行為（中傷行為）と結果（自殺）との間の相当因果関係が疑わしい場合には、過責の程度が決め手となりうる。つまり、害意のある場合のほうが、軽過失の場合よりも、自殺の結果を加害者に帰責させやすくなる。重大な過責が疑わしい相当性を埋め合わせるのである。

(133) F. Bydliniski, Methodenlehre, S. 537-538; ders., Symposion, S. 36, S. 325; ders., Skizze, S. 194.

(134) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 479.

(135) Canaris については、山本「動的システム論」275-277頁を参照。

要件の動的体系化によって容易に確定できる一義的な規律という立法者によって追求された法的安定性という長所が犠牲にされてしまうので、制定法が「開かれた」構成要件を形成しているときにのみ「動的体系」を語るのが正当だとする。

(3) 分析

Canaris は固定的構成要件の動的体系化を否定する一方で、一般条項などを手がかりとした法の継続形成の可能性は認める⁽¹³⁷⁾。Michael も固定的構成要件がその適用領域を超えたところで法原理として効力を発揮することを認めるが、その場合には類推が問題になると言う⁽¹³⁸⁾。たとえば、Bender 判決は非動的な BGB138 条 2 項を動的体系化して無効の結論を導いたが (III 2), Michael によると動的体系化ではなく類推が問題とされるべきであり、その際、類推の許容要件が吟味される必要がある (もっともこの問題に関しては BGB138 条 1 項という一般条項が存在するため、類推の必要もないとする⁽¹³⁹⁾)。他方 F. Bydlinski の「第 2 段階」の体系的・一目的論的解釈は、狭義の法解釈の場面だけでなく法の継続形成の場面でも投入される考え方である⁽¹⁴⁰⁾。結局、F. Bydlinski と反対説は、固定的構成要件の基礎にある法原理に立ち戻ることによって問題を解決する点では共通しているが、その後の処理方法が異なっているにすぎない。つまり、F. Bydlinski は固定的構成要件の動的体系化を広く認めるのに対して、反対説は固定的構成要件自体には手を付けず、法の継続形成を広く認めることによって問題を解決する。したがって F. Bydlinski にお

(136) Michael, Gleichheitssatz, SS. 74-75, SS. 187-188, SS. 282-283, SS. 307-308; ders., Grazer Workshop, S. 277.

(137) 山本「動的システム論」279頁を参照。

(138) Michael, Gleichheitssatz, S. 188. 類推自体については、SS. 128-133 を参照。

(139) Michael, Gleichheitssatz, S. 84, S. 132.

(140) F. Bydlinski, Symposion, S. 41.

いては、狭義の解釈と法の継続形成との境界線は、反対説と比べて狭義の解釈を広く認める方向にずれていることになる。⁽¹⁴¹⁾

3 類型論との関係

ここで動的体系論と類型論との関係に関する議論をごく簡単に見ておく。⁽¹⁴²⁾

Wilburg は動的体系論と類型論の類似性を認識していなかったようだが、⁽¹⁴³⁾ その後は「価値志向的思考」の基本形式として両者を関連づける考え方が主流となっている。⁽¹⁴⁴⁾ たとえば、営業法 (Gewerbeordnung) は、営業 (Betrieb) の産業 (Industrie) への付属の問題を定義的概念規定によって解決しようとせずに、⁽¹⁴⁵⁾ 類型概念の使用によって動的体系を作り上げたことを Karl Korinek は示そうと試みた。⁽¹⁴⁶⁾ 両者の優先関係に関し F. Bydlinski は、固定的構成要件の動的体系化と類型論との間で衝突が生じたならば、前者のほうが構成要件の全メルクマールに結合しうるのでそれが優先されるべき旨を主張しているが、⁽¹⁴⁶⁾ Hepting は逆に、動的体

(141) 山本「動的システム論」277-279頁も参照。

(142) すでに、山本「動的システム論」256-258頁で検討されている。類型論自体については、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同編『現代法学講義』(有斐閣・1978) 106-114頁、青井秀夫「法における類型の問題への一試論——法律学的思考とパターン——」法学49巻4号539頁以下、5号731頁以下、50巻3号373頁以下、54巻4号618頁以下、62巻4号481頁以下、5号690頁以下(1985-1998)を参照。

(143) Rolf Ostheim, Arbeitsrechtliche Aspekte des Beweglichen Systems, in: Symposium, S. 199.

(144) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 469ff.; F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 527ff; Westerhoff, Die Elemente des Beweglichen Systems, S. 24.

(145) Karl Korinek, Der gewerbliche Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Wilburg, 1975, SS. 163ff.; ders., Symposium, S. 247.

(146) F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 571.

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

系思考は類型論の無視や過小評価に至ってはならず、類型論のほうが優先されるべきであると主張している。⁽¹⁴⁷⁾

しかし他方で両者の違いを強調する見解もある。Michael によると、Larenz は類型を段階化可能なものと捉えているが、「規範的現実類型」のうち「指導的従業員」や「瑕疵ある物」は段階化可能な概念から形成されているが、「履行補助者」、「占有補助者」、「動物保有者」はそうではない。したがって段階化可能という規準は類型概念を特徴づけるものではない。「契約類型」のような「法的構造類型」については、たとえば「混合契約」の中で前面に出てくる給付義務を「動的要素」と称することは可能だし、確かにその要素の重要度が契約義務の確定やその法的性質決定の際に役割を演ずるけれども、問題の法律効果は複数の要素の衡量によってではなく、単一の要素の重要度によって決定される。つまり類型論が段階化可能な概念に関わる場合にも、その関わり方は動的体系論とは異なっている。⁽¹⁴⁸⁾

VII 総括

1 総括

以上の検討から、動的体系論が「体系」たり続けるためには原理を要素に据えなければならないこと、したがって動的体系論は法規範ないし法律効果を複数の原理の衡量結果と理解する点で原理理論と共通すること、但し衡量結果のルール化はその「動的性格」と相容れないこと、また動的体系的立法は本来の動的体系論とは区別されるべきことなどが明らかになった。ここでは以上の検討とはやや異なった角度から議論の総括を試みたい。

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

(147) F. Bydlinski, Symposium, S. 327 による。

(148) Michael, Gleichheitssatz, SS. 106-114. Schilcher, Grazer Workshop, S. 180 も Michael に与する。

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。⁽¹⁴⁹⁾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底には原理の体系があり、原理は実定法を背後から支えている。しかし立法者が常に原理衡量の結果をルール化できるとは限らない。どの原理を衡量すべきかは明らかだが、どのように衡量すべきかが明らかでない場合、あるいはそれを法適用者に委ねるべき場合もありうる。このような場合には立法者は原理を要素とする動的体系的立法を行うことができる（V 2(2)で紹介したオーストリア刑法42条はその例である）。どの原理を衡量すべきかが明らかでない場合にも、考慮されるべき諸観点が一部でも明らかになっていれば、立法者はそれらの諸観点を要素とする動的体系的立法を行うことができる（III 1(2)で紹介したドイツのStGB46条2項、オーストリアのD(N)HG2条2項はその例である）。考慮されるべき諸観点が明らかになっていない場合には、立法者は、不確定概念を用いるか、一般条項によるか、あるいは規定自体を諦めなければならない。実定法は言わば、原理の体系を立法者がさまざまな角度から切り取った断面なのである。

逆に法適用者は、その切り取られた断面たる実定法を手がかりにして原理の体系にアプローチしなければならない。特に固定的構成要件の目的論的解釈・継続形成が問題となる場合や、一般条項や不確定概念の具体化が問題となる場合には、実定法の基底にある原理の体系への立ち戻りが必要となる。動的体系的立法がなされている場合にも、その要素が原理でない場合には背後にある原理を探究しなければならない。衡量されるべき原理が明らかになれば、次に法適用者はその原理を衡量しなければならない。正義や法的安定性の観点からは、衡量結果をルール化した上でそのルールに事実を包摂するのが望ましい。しかし裁量が問題となる場面のように、ルール化を避けて衡平に基づく判断を行うべき場合

(149) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 70.

もある。

2 残された問題

Wilburg は公刊された著作においては要素の突き止め方について明示的には述べていない。⁽¹⁵⁰⁾この点が彼の動的体系論がさまざまな誤解を受けた1つの原因でもあるのだが、動的体系論に関する議論にその答えを求めても徒労に終わるだけである。この問題については原理理論のほうが何歩も先んじている。わが国でも特に、外的体系で区分される法領域——それは公法・私法だったり、民法総則・債務法・物権法・親族法・相続法だったり、損害賠償法・不当利得法だったり、商法・会社法・有価証券法・無体財産法・労働法・競争法・保険法だったりするのだが——を規範的に特徴づける諸原理を帰納的に抽出し、それを体系化するという F. Bydlinski が『根本的法原則』、『私法の体系と原理』という2冊の⁽¹⁵¹⁾大著で行なった作業が必要である。また、原理の衡量方法についても同じく原理理論のほうが進んでいる。⁽¹⁵²⁾

しかしわたくしは、一定の法領域で協働作用する原理の数を少数に限定するには、原理理論の検討と並んで、それと憲法学における「公共の福祉」⁽¹⁵³⁾論との接合も必要でないかと考えている。つまり、J. S. Mill の他者加害原理 (harm principle) および国家的法益・社会的法益等の全体の利益 (Dworkin ⁽¹⁵⁴⁾ にならって通常「政策 (policy)」と呼ばれているもの)

(150) F. Bydlinski, Symposium, S. 32; ders., JBl 1996, S. 690; ders., Grazer Workshop, S. 23; 山本「動的システム論」272頁。この点に関する F. Bydlinski の推測については、Grazer Workshop, SS. 23-24 を参照。

(151) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze; ders., System und Prinzipien des Privatrechts.

(152) さしあたり、Alexy, Theorie der Grundrechte, SS. 100-104, SS. 143-154 を参照。

(153) さしあたり、内野正幸「自由制約原理の再検討」『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社・1991) 314頁以下、阪本昌成『憲法理論II』(成文堂・1993) 143-177頁を参照。

のほかに、⁽¹⁵⁵⁾ パターナリズム (paternalism) やリーガル・モラリズム (legal moralism) が基本権を制限する根拠たりうるか、またそれら以外に基本権の制限を正当化する根拠があるか等を検討し、問題となる諸原理をそれらの基本権の制限を正当化する根拠に還元する必要があると考えている。⁽¹⁵⁶⁾

両者とも大きな問題なので、その総論的検討は将来に委ねざるをえない。しかし、具体的な問題の解決の際にも、その問題のドグマティックな把握および解決のためには両者の視点は欠かせない。原理理論と「公共の福祉」論に目配せした実作の積み重ねも必要である。

3 従来の日本法の議論に現れている動的体系論

日本法に関する議論においても、「動的体系論」という言葉は使われていないものの、本稿で検討したのと類似の問題が以前から論じられている。そのいくつかを最後に紹介しておきたい。

まず一般条項の具体化の場面で動的体系論と類似の考え方が投入された例として、旧借地法4条1項但書、旧借家法1条ノ2の「正当ノ事由」に関する判例の展開を挙げることができる。特に旧借家法に関する判例は多く、学説によって「正当ノ事由」の有無を決するファクターが判例から抽出された。⁽¹⁵⁷⁾ そして近時、正当事由の有無を判断するにあたって考

(154) ドゥウォーキン『権利論』15頁；Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 99.

(155) 他人の基本権と全体の利益が基本権の制限を正当化する根拠たりうることに異論はなからう。個人の権利と全体の利益の関係については、Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 98, Anm. 79 を参照。

(156) 拙稿「生命・身体の処分と私的自治(1)」神戸学院法学27巻3号413頁以下(1998)で、この問題にごく簡単に触れている。

(157) 広瀬武文「家屋明渡における『正当事由』」『総合判例研究叢書 民法(1)』(有斐閣・1956)93-129頁、鈴木禄弥『居住権論』(有斐閣・1959)137-246頁、星野英一『借地借家法』(有斐閣・1969)509-579頁、本田純一『叢書民法総合判例研究第10巻 借家法と正当事由』(一粒社・1984)など。

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

慮されるべき諸事情が、従来の判例を踏襲する形で実定法化された（借地借家法6条、28条⁽¹⁵⁸⁾）。これは動的体系的立法の例でもある（III 1 (2)で紹介した量刑についてのドイツ StGB46 条2項に関する叙述を再度参照されたい）。

次にその動的体系的立法の例であるが、これは枚挙に暇がない。ここでは裁量が問題となる場面における例として、遺産分割の基準に関する民法906条と、新設された成年後見人の選任基準に関する民法843条4項を挙げるにとどめる。

最後に固定的構成要件が動的体系化されたと見られる例を2つ挙げておきたい。わが国では包摂という操作は軽視されており⁽¹⁵⁹⁾、柔軟な解決が推奨されることが多いため、同様の例はかなり存在するように思われる。

動的体系論と類似する日本法の議論として真っ先に想起されるのは相関関係理論であらう⁽¹⁶⁰⁾。法文上「権利侵害」を要件とする民法709条はもとも固定的構成要件だったが、判例・通説が「権利侵害」を「違法性」

(158) 本田純一報筆／稲本洋之助・澤野順彦編『コンメンタール 借地借家法』（日本評論社・1993）32-34頁，194-196頁。

(159) 村上淳一「包摂技術とコミュニケーション」『現代法の透視図』（東京大学出版会・1996）101頁以下。山本克己のように、ルールへの包摂を強調する法解釈学者はわが国では少数派である（山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について（四）・完」法学論叢120巻1号47頁注(22)（1986），同発言「民事訴訟の目的・役割」井上治典・高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』（有斐閣・1993）3-7頁，同発言「〈座談会〉民事訴訟法学の方法論とその展望（上）」判タ1040号18-19頁など）。

(160) オーストリアの民法学者である Helmut Koziol がこのことを指摘するほか（ヘルムート・コチオル著／福田清明訳「損害賠償」明治学院大学法律科学研究所年報12号67頁（1996）），「諸要素の協働作用」という発想がわが国でもなじみのあるものだとする山本「動的システム論」214-215頁も、その例として相関関係理論を真っ先に挙げている。また、廣瀬久和「内容規制の諸問題——比較法的考察を中心に——」私法54号40頁（1992）は，“Das bewegliche System”の理論を、彼は「可動的システム」の理論と訳しているのだが、「相関関係理論」と訳したほうがわかりやすいと述べている。

と読み替え、「違法性」を被侵害法益の性質と侵害行為の態様との相関関係の衡量によって判定すべきだと解したことによって、同条は動的体系化された。しかし他方で細分化されたルール化を志向する動きもある。たとえば林良平は、「最近の不法行為理論の展開は、統一的不法行為理論から、類型化された不法行為への推移であります。いわば、刑法の各種の犯罪類型を解釈によって立てていることと対比できます⁽¹⁶¹⁾」と述べているが、これは違法性判断の結果をルール化する主張と見ることができ

る。
最近、錦織成史が「詐害行為取消権の拡張・転用」⁽¹⁶²⁾を語ったのもこの点と関連する。民法起草者は債務者の責任財産の減少行為のみを詐害行為と捉えていたのだから、民法424条はもともと固定的構成要件を定めていたと見うる。しかし判例はそれを超えて、責任財産の危殆化行為や競合債権者間に弁済の不平等をもたらす偏頗行為をも詐害行為と解するに至った。その判例の展開を肯定的に受けとめる近時の有力説（総合要件説）は、詐害行為の成否に関して、「たとえば、(a)債務者の行為の動機や目的の正当性、(b)手段方法の妥当性（財産管理自由の原理の尊重）、(c)受益者や転得者の主観的事情（取引安全保護原理の尊重）、(d)受益者が既存債権者の一人であった場合には、他の債権者との関係をどうみるかの問題（債権者平等原理の尊重）などの諸点に留意しつつ、(e)終局的には、債務者の責任財産保全（債権者保護、責任秩序維持原理の尊重）との調整をいかにはかるべきかの総合判断の上で結論を下すべきであろう。たとえば、①右の(a)の点で詐害性の程度が低いときでも責任財産保全原理からすれば問題があることもあり（相当価格での不動産譲渡行為など）、

(161) 林良平「不法行為法の展望」『近代法における物権と債権の交錯』（有信堂高文社・1989）252頁。同書267頁以下に所収の同「不法行為法における相関関係理論の位置づけ」も参照。

(162) 錦織成史「詐害行為取消権の拡張・転用」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』（有斐閣・1999）125頁以下。

動的体系論と原理理論の関係に関する一考察

②逆に高い場合でもその後の状況の変化を考慮すべきであり（詐害行為後の資力の回復）、③さらに、債務者・受益者間の通謀的害意性の程度いかんによっては、客観的な詐害性の程度がひくくても（弁済や代物弁済など）、全体的・総合的には詐害行為性が肯定される、といったごとく、一切の事情を考慮して、有機的総合的な判断を下すことが必要といえよう⁽¹⁶³⁾と述べることによって、民法424条を動的体系化した。しかし錦織は、詐害行為となる場合を限定し詐害行為になるという判断内容を明瞭にするという構成要件が本来果すべき役割が総合要件説においては十分に果されていないと批判して、責任財産の減少を詐害性内実としてもつ本来型の詐害行為類型のほかに、責任財産の危殆化を詐害性内実としてもつ拡張型の詐害行為類型と、競合債権者間における弁済の不平等を詐害性内実としてもつ転用型の詐害行為類型を析出することによって、合計3つの構成要件を作出することを推奨する。

(163) 下森定「民法424条注釈」『基本法コンメンタール第三版／債権総論』（日本評論社・1994）67頁。