



Title	動的体系論による立法の方法論的基礎
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	国際公共政策研究. 2012, 17(1), p. 25-39
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/25993
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

動的体系論による立法の方法論的基礎

The Methodological Basis of the Legislation on the Flexible System

大久保邦彦*

Kunihiko OKUBO*

Abstract

Austrian legal scholar Walter Wilburg has developed what is known as a “flexible system”. According to this system, a rule of law shall contain explicit reference to all the 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. In this paper, I examine the methodological grounding of the legislation on this flexible system by analyzing the discussion of the relationship between comparative law and legal dogmatics.

キーワード：オーストリア法、不法行為、動的体系論、比較法

Keywords : Austrian Law, Tort, Flexible System, Comparative Law

* 大阪大学大学院国際公共政策研究科教授

【付記】本研究は科研費（23530096）の助成を受けたものである。

I 序 説

モンテスキューは、『法の精神』第29編「法律の作り方について」第16章「法律の作成にあたって遵守すべき事柄」において、「その文体は簡潔でなければならない」、「法律の文体は単純でなければならない」、「法律は精緻であってはならない。それは、普通の理解力を持つ人々のために作られるのである」と述べた¹⁾。その影響を受けて、フリードリヒ大王は、「プロイセン諸国家のための一般法典草案」に対し、「この法典は、非常に部厚である。法律というものは、簡潔であるべく、浩瀚であってはならない」という有名な判定を下した²⁾。

最近、わが国では、不動産登記法・会社法・一般法人法・信託法・保険法など、重要な民事法の制定や全面改正が相次いでいるが、これらの法律は、旧法と比較すると、条文数が増加し、各条文が長大化するという傾向を持っている。現在、債権法改正作業も進行中だが、改正の暁には、民法典が2000条以上になるとも言われている。このような法典の多条文化、条文の長大化は、「国連動産売買条約」、「ヨーロッパ契約法原則」、「ユニドロワ国際商事契約原則」にも見られる傾向である。このような立法手法に対しても、内容は正確だが、民法が適用される一般国民にとって理解が困難になるという懸念が示されている³⁾。

これらの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⁴⁾。動的体系論による立法は、少ない条文で多くのことを規律でき、実際、現行オーストリア民法典（ABGB）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。従来の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箇条であるとの対照的である。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、オーストリア損害賠償法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⁵⁾。

本研究は、科学研究費補助金の助成を受けた「動的体系論に依拠した立法スタイルの研究」というプロジェクトの一環をなすもので、オーストリア損害賠償法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・示唆を得ることを最終目的とする。本稿ではまず、動的体系論が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、

1) モンテスキュー著／野田良之訳『法の精神（下）』（岩波文庫・1989）275頁以下。

2) F・ヴィーアッカー著／鈴木禄弥訳『近世私法史』（創文社・1961）413頁。

3) 加藤雅信「民法改正の歴史と課題——民法改正フォーラム・実務家編の開催にあたって」民法改正研究会編『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社・2009）84-87頁、同『民法（債権法）改正——民法典はどこにいくのか』（日本評論社・2011）101-115頁。

4) Bernd Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, 2007, S.1299.

5) Schilcher, a.a.O., SS.1299ff.

その方法論的基礎にある考え方を明らかにする。

II 動的体系論の基本構想⁶⁾

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（544頁）。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（547頁）。

①動的体系論による立法は、②固定的構成要件と③一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。①の長所は②③の短所の裏返しであり、①の短所は逆に②③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。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（551-552頁）。

III オーストリア損害賠償法討議草案に動的体系論が投入されるまでの経緯

オーストリア損害賠償法討議草案に動的体系論を投入した中心人物は、Helmut Koziol である。Koziol はまた「ヨーロッパ不法行為法グループ」の主宰者でもあるところ、本グループは、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⁷⁾。しかし、Koziol 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 Willibald Posch なので⁸⁾、彼にまず耳を傾ける必要があるが（2）、その前提知識として、Zweigert/Kötz『比較法概論』の「比較法の方法」を見ておく（1）。

6) 動的体系論に関する詳細は、大久保邦彦「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31卷2号541頁以下（2001）を参照（関連箇所は本文中に引用する）。

7) Gerhard Hopf, Das Reformvorhaben, Rn.6, in: Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006.

8) Patrick Gödicke, Bereicherungsrecht und Dogmatik, 2002, S.236, Anm.253.

1 Zweigert/Kötz『比較法概論』(初版:1969-1971年)⁹⁾

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、Zweigert/Kötzは、比較法の方法として機能的比較を提唱している。機能的比較においては、単に法制度のドグマーティッシュな構造ではなく、法制度が実際に果たしている機能が比較される。したがって、「あらゆる比較法的研究の出発点をなす問いは、純粹に機能的に提起されなければならないし、探究されるべき問題は、自國法秩序の体系的諸概念にとらわれないで表現されなければならない。したがってたとえば、その外国法は売買契約についていかなる方式規定を設けているかというような仕方で問題は提起されない。その外国法は、当事者たちに対して、軽率に振舞ったり、または心の中では眞面目に考えられていない行為に拘束されたりしないように、どのような保護を与えているかと問う方がましなのである」(上46-47頁、71頁)。この後者の問い合わせに対して、ふたりは、仏・独・瑞・伊の贈与に関する規律、英・米のコモン・ローの約因、ロマン法圏(仏・伊・西)の原因(cause, causa)という各法制度を取り上げ、比較する(1-2.Aufl., Bd.2, §6; 3.Aufl., §29)¹⁰⁾。

その次の段階で、独自の体系構成と体系的諸概念の発展が必要となるが、その体系は、機能的には比較可能な諸制度を、広汎な上位概念のもとに包括しうるほど、緩やかなものでなければならないとして、上述の例については、「方式」「原因」「約因」という諸制度を「真摯性徵表 Seriositätsindizien」という上位概念のもとに包括する(上68-69頁)。

そして、最後に、比較によって得られた結果に対する批判的評価は、比較法的研究の必須不可欠な一部をなしていると述べた上で、批判的評価の基準として、合目的性と正義を示唆する(上74-75頁)。たとえば、《方式を欠く無償の約束は、受領者がそれを正当に信頼してその地位を著しく変更し、約束者がそれを予見できたときには、貫徹可能になる》という約束的禁反言の理論に関する米国判例の思想は、健全で模倣の価値があるので、法律改正を要さず、ドイツ法において裁判所の実務になるべきだとする(1-2.Aufl., Bd.2, §6)。

2 Posch「動的体系の比較法・統一私法に対する意義」(1986年)¹¹⁾

Poschはまず、動的体系論の創始者Walter Wilburgが比較法学者であったことを指摘する。Wilburgは比較法学の泰斗Ernst Rabelの下に留学した経験があり、比較法的分析によって「要素」を発見し、動的体系論の着想も比較法から得た(SS.253-255)。

次に、中心テーマである動的体系論の比較法・法統一に対する意義について、以下の2つのテー

9) Konrad Zweigert/ Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1.Aufl., Bd.1, 1971; Bd.2, 1969; 2.Aufl., Bd.1-2, 1984; 3.Aufl., 1996. 1.Aufl., Bd.1の翻訳として、ツヴァイゲルト=ケツ著／大木雅夫訳『比較法概論・原論上・下』(東京大学出版会・1974)がある。本文中で引用する。

10) 現在では、ハイン・ケツ著／潮見佳男=中田邦博=松岡久和訳『ヨーロッパ契約法I』(法律文化社・1999) 99頁以下により、そのより詳細なバージョンを日本語で読むことができる。

11) Willibald Posch, Die Bedeutung des Beweglichen Systems für die Rechtsvergleichung und das Einheitsprivatrecht, in: Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, SS.251ff. 本文中で引用する。

ゼを検証しようとする (S.255)。

第1のテーゼ：動的な法思考は、私法比較者に「機能的方法」の枠内で、独自の、さらに解明が必要な確認ボックス（「より抽象度の高い比較法」ないし「要素比較」）を開く。

第2のテーゼ：動的に定式化された構成要件は、ときおり努力を要する統一法に関する妥協の発見において、不特定な一般条項と固定的構成要件の詳細なカズイステイクという選択肢の立法技術上のジレンマから抜け出すための到達可能な道を開きうる。実体私法の統一に際して、このことは特に、国内法の「文言上の同一化」ではなく、法の同一が基本的特徴に限定され細部における逸脱を許容する「統一枠法 Einheitsrahmenrecht」(S.258) の創造が問題となるプロジェクトに当てはまる。

今日、比較法のあらゆる形式は「機能的方法」と理解されている。Max Rheinsteinは、外国法学 Auslandsrechtskunde は「規範関連の一記述的」であるのに対し、比較法は「問題関連の一帰納的」であると特徴づけた。実際、比較法の現代の方法論においては、あらゆる比較法的探究の出発点をなす問い合わせを厳格に機能的に立てることと、探究すべき問題を自国の法秩序の体系概念によらずに定式化すべき必要性に、大きな価値が置かれている。したがって、Zweigert/Kötz の例によると、「その外国法は売買契約についていかなる方式規定を設けているか」と問うべきではなく、「その外国法は当事者たちを軽率または本当は真剣に考えていない行為への拘束からどのように保護しているか」と問うべきである。後者の問題設定は、方式規定が通常果たす「真摯性微表機能」を考慮に入れているが、方式規定に「証拠確保機能」及び「公示機能」も帰属しうる限りで、狭くなっている (SS.255-257)。

しかし、「当事者が財産状況の新たな秩序づけを目的とする行為を行う際に、自国法の方式規定に相当する特別な有効要件を設定する現象が他国法秩序に存在することをもたらす評価視点は何か」と問うことも可能であろう。そうすると、Wilburg の意味において定式化されたこの問題設定における重点の移動及び別の視角が、明確に認識可能になる。というのは、この問題設定は、法律行為的表示の特別な有効要件の設定の基礎にある動的な力・要素の獲得と比較、要するに、根本的諸評価の比較に向けられているのに対して、Zweigert/Kötz の問題設定は、比較される諸法秩序において法律行為的行為の真摯性を微表する機能を持つ法形象ないし制度の関連づけに帰着するからである。動的体系論の諸成果は、上述の「より抽象度の高い機能的比較」の方法を、目標を達成する私法比較の形式として正統化するように思われる。「制度比較」は「要素比較」に余地を残し、「要素比較」は「制度比較」に対する価値ある補完となる (S.257)。

要素比較は特に「立法のための比較」にとって有益なものたりえ、国内の立法者に、規範化されるべき構成要件の、他の法秩序においてその都度解決にとって重要な諸要素を追試可能な仕方で用意する。この諸要素が一旦確定すると、それらの「結合的」把握が容易になされうる。要素比較は、応用比較法の一変種として、特に国際統一私法の準備の際にその価値を示しうる (SS.257-258)。

しかし後、Posch は、法統一を困難にする種々の原因を挙げ、動的体系論がその克服に有用であることを示そうとする (SS.258ff.)。そのうち、ここでは、意味論の地平において「動的体系思考」

が法統一に役立つ事例を紹介する。それは、いわゆる「同音同綴異義語問題 Homonym-Problem」への対処に関する。これは、外国語の意味論的相当語 (faute, warranty, domicile) が自国語 (Verschulden, Gewährleistung, Wohnsitz) とは異なる内容を持つことにより、比較法や法統一に従事する者に困難をもたらす、という問題である。しかし、ここで「要素比較」を用いれば、自国の色調が抜かれた法概念の国際的に重要な諸観点を浮き彫りにすることができ、その後、これらの諸観点は、統一的・国際的概念装置において「動的体系」として機能するように、結合的に統合されうる。このように、動的体系論は、統一的概念装置の精確化のために貢献しうるのである (SS.262-263, S.269)。

3 ヨーロッパ不法行為法グループの活動（1992年～現在）

本グループは、1992年に、当時、オランダのティルブルフ大学教授であった Jaap Spier を中心に、いわゆる「ティルブルフ・グループ」として始められた。本グループは、不法行為訴訟の洪水への対処法から検討を開始し¹²⁾、まず、8つのケース・スタディを行った¹³⁾。そのケースを1つだけ紹介しておく。

ケース1（会計監査人ケース）：会計監査人が、ECのルールに従って公告される上場会社の年次計算書類を作成した。その年次計算書類でミスがなされた。多数の小株主が年次計算書類により誤った情報を与えられたと不平を述べている。その損害は株式市場で株式に2ドル余計に払いすぎたというものである。会計監査人は、その小株主に対して責任を負うか？

この問い合わせに対して、グループのメンバーが自国法による解決を報告し、それを受け、Koziolは、会計監査人の小株主（投資家）に対する責任につき分析を加えた¹⁴⁾。彼はまず、問題の核心は非契約者間で純粹財産損害の賠償が問題となっている点にあることを指摘し、かかる場合に一般的な責任を認めない英・米・独・奥・瑞などでは会計監査人の責任は原則として否定されるのに対して、一般的な責任を認める仏・伊・西・蘭では会計監査人の責任は原則として肯定されていることを確認する。次に彼は、前者の諸国家において非契約者間で純粹財産損害の賠償が否定される理由として、かかる場合に賠償を認めると不法行為者の責任が無限定になる結果、万人の行為自由が不合理に制限されること等を挙げる。諸個人の行為自由に対する利益が純粹財産損害に対する保護の利益に優越すると考えるのである。それに対して、契約責任においては、契約相手方の純粹財産損害のみを考慮すればよいので、その賠償は肯定される。次いで、「第三者のための保護効を伴う契約」理論によって契約上の保護を投資家に拡大する可能性や専門家に対する信頼を根拠に不法行為責任を拡大する可能性など、各国でこのケースを解決するために援用される諸論拠を検討することによって、非契約者間で純粹財産損害の賠償が否定されるという原則に対する例外を認める（不法行為責任・契約責任の拡大を支持する）観点として、①関係の近接性（専門家との関係が濃密なほど、責任は

12) J. Spier (ed.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, 1996.

13) J. Spier (ed.), *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective*, 1998.

14) Helmut Koziol, The 'Auditor-Case', in: J. Spier (ed.), *The Limits of Expanding Liability*, p.25-36.

成立しやすい)、②情報に対する信頼(専門家の意見に頼らざるをえないほど、信頼した者は保護に値する)、③経済的利益(専門家が経済的利益を受けるために行為している場合には、専門家の責任は成立しやすい)、④財産状況(リスクに対する付保可能性がある場合、責任限度額がある場合には、責任は成立しやすい)の4要素を析出する。このように各国の法制度・法形象から要素を析出するという作業がなされる点で、動的体系論の「要素比較」は Zweigert/Kötz の「制度比較」と区別される。

1995年より、本グループは、「ヨーロッパ不法行為法原則」を起草するプロジェクトを開始し¹⁵⁾、違法性・因果関係・損害・過失・厳格責任など、責任設定に関する重要な諸要素を順に検討していく。その方法は、理論的・抽象的分析を具体的なケースに関する議論と結合するというものであり、各メンバーは、自国法体系の下で各要素(特にその観念と責任設定における重要性を明らかにすること)についてのレポートを書き、具体的なケースを考察することが求められた。その際、メンバーの多数は、ヨーロッパ不法行為法に関する諸原則は柔軟で flexible あるべきだと意見を持つ一方で、諸原則は可能な限り精確に、十分に確定されて起草されることが不可欠だと考えた。そして、双方の目標達成は、種々の法体系において重要性が与えられている諸要素のすべてを考慮に入れることが可能にする動的体系(bewegliches System, flexible system)によってのみ可能であると考えられた^{16), 17)}。

ここで、責任設定に関する重要な諸要素のうち、同グループで最初に検討された違法性(Rechtswidrigkeit, wrongfulness)に関する Koziol の整理を見ておく¹⁸⁾。

各国法のレポートは、「違法性」がすべての法秩序において、責任設定の際に基準となる役割を果たしていることを示した。しかし、違法性の概念には、それぞれの国で、かなり異なった意味が与えられている。たとえば、大部分の法秩序においては、違法性は過失責任の領域に対してのみ意義を持つが、スイスでは危険責任の領域に対しても意義を持つ。過失責任の領域においても、オーストリアでは行為不法論が支配的であるのに対して、ドイツでは結果不法論が広く支持されているが、今日のドイツの通説は、絶対的権利・法益に対する直接侵害はそれ自体で違法とし、間接侵害については行為違法を要求する折衷説であろう。違法性と過責の境界線についても見解は分かれる。フランスではそもそも境界線を引きことができず、過責が客觀化されているドイツでは境界線は曖昧であり、過責が主觀的に判断されるスイス・オーストリアでは、境界線は明確である。

一見したところ、このような多様な見解を1つの屋根の下にまとめることはできないように思われる。しかし、より厳密に見ると、ヨーロッパの法秩序において主張されている種々の立場には十分な諸理由があり、ある1つの違法性概念に優位が与えられるべきでは決してないということが判

15) Spier, Preface, in: Spier (ed.), *The Limits of Expanding Liability*; Koziol, Introduction, in: Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 1998, p.3.

16) Helmut Koziol, *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*, JBI 1998, S.619; ders., *Introduction*, in: Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, p.3-4.

17) なお、ドイツの Christian von Bar はレポートを提出せず、この頃メンバーから抜けている。

18) Koziol, a.a.O., JBI 1998, SS.619ff.

明する。さらに、これらの諸見解は、違法性の別個の課題領域を念頭に置いているため、相互に排斥し合うものではなく、その諸機能において補完し合うものであることが確認できる。したがって、共通の屋根というイメージの下にとどまるべきである。すなわち、それぞれの違法性理論は数階建ての建物の諸階層をなし、その諸階層に瑕疵ある行為の帰責要素は格納される。こうして、我々は魅力的な Wilburg の動的体系論に出会う。

このように、ティルブルフ・グループは、探究すべき問題をある国の法秩序の体系概念によらずに定式化し、その問い合わせに対する国別レポートを作成するのだが、その際、動的体系論に依拠して、各国の法制度・法形象の背後に控えている諸要素（法原理）を析出するという作業を行う。その結果、単なる各国の法制度・法形象の比較にとどまらない「より抽象度の高い比較法」が行われる。そして、その成果を基礎として、ヨーロッパの不法行為法を統一しようとする。その際、「同音同綴異義語問題」の解決のためにも、動的体系論を投入している。このような活動は、Posch のプログラムに完全に従っている。

2005年には「ヨーロッパ不法行為法原則」の最終版が公表された¹⁹⁾。動的体系論による立法の具体例として、過責の前提となる「要求される注意基準」に関する4:102条(1)項を紹介しておく。「要求される注意基準は、当該状況における理性人の行為によって定まる。特に、当該被保護利益の性質及び価値、活動の危険性、活動の遂行者に期待可能な専門知識、損害の予見可能性、当事者間の近接関係または特別の信頼、ならびに、予防的手段または代替的手段の利用可能性及び費用によって決まる。」

同年に、オーストリア損害賠償法討議草案も公表された²⁰⁾。「要求される注意基準」に関する1296条(1)項は、「一般論として、当該状況下において他人の利益を顧慮する理性人に期待できる注意が払われるべきである。その際、危殆化される利益及び追求される利益の地位及び価値、状況の危険性、当事者間の近接関係、危険回避の可能性、ならびに、それと結び付く費用及び労力が基準となる。」と規定する。その後、このような立法スタイルに対して批判が巻き起こるのだが、その検討は別稿に譲ることにする。

IV 比較法と法ドグマーティク

Poschは要素比較を制度比較に対する補完と捉え、両者を対立するものとは見なかったが（Ⅲ2）、制度比較を行う比較法学者である Zweigert や Kötz と、要素比較を行う動的体系論の主唱者 Franz Bydlinski を含むドグマティカとの間の方法論をめぐる対立は根深い。

19) European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, 2005. 本原則に関しては、山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法（1）～（5）・完—ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）と動的システム論を手がかりとして—」法学論叢169巻2号26頁、3号25頁、4号45頁、5号36頁、6号36頁（2011）も参照。

20) Griss/ Kathrein/ Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006. 「大東法学」20巻2号（2011）以降で、本書の翻訳がなされている。また、討議草案の改訂版（2007年6月版）が、JBI 2008, SS.365ff.に掲載されている。

1 Zwigert/Kötz『比較法概論』

まず、『比較法概論』の叙述により、Zwigert/Kötz のドグマティク批判を見ておく。ふたりは比較法とドグマティクとを対立的な営為と捉えている²¹⁾。

「旧来の、無反省で独りよがりな教条主義〔Dogmatismus〕は、ますます自己欺瞞であることが明らかになってきたが、それにもかかわらず予想外にしぶとい生命力をもっている。……比較法……は、教義学的な〔dogmatisch〕体系思考（Systemdenken）の空しさをはっきりさせるだけではなくて、——否応なしに国内的教義学〔Dogmatik〕から引離され、直接的に生活の法的 requirement にまで立帰らされて——これらの生活の必要に密着し、それゆえにまた実態にも機能にも関連を保持する独自の新しい体系を発展させる。それは、批判するだけではなくて、自ら法的素材を一層よく処理し、一層よい洞察に達し、したがってまた遂には一層よい法に達することを要求しうる。」

2 Zwigert「比較法・体系・ドグマティク」(1969年)²²⁾

さて、Zwigert の理解する「ドグマティク」とは何か。

ドグマティクは、非常によく使われるが、熟考されたことがほとんどない単語である。ドグマティクによって考えられているのは、おそらく、法典の制定法上の命令が法律の起草者にしばしば意識されていない特定の「諸ドグマ」を含んでいること、そして、これらの（多くを包摂することを好む）諸ドグマを認識し、分析し、「正しく」位置づけて有意味な（可能な限り階層的な）秩序を打ち立てることが法学の任務であることである。しかしその際、「ドグマティク」というこの単語の背後にはさらに——法律学 Jurisprudenz が公理的体系の可能性を信じるならば、法律学はその任務を誤ってしまうことを、我々は今日ははっきりと見ているにもかかわらず——これらの諸ドグマから一種の論理的な思考プロセスによって具体的な諸帰結を導くことができるという観念が潜んでいる。

「ドグマティク」の下で、法素材を操作できるようにすることのみを考える——それは要するに本質的に教育的な任務に帰着する——のであれば、それはなくてもよいだろう。しかし、その下ではるかに強制的なものが考えられており、その中に不安を与えるものがある。

学問的に作業する法律家の最も重要な任務はおそらく、社会組織の中で新たに生じる諸問題に対して最善の法的解決を見出し、それによって問題が未解決の状態で引き起こす不安を鎮めることである。その際、「国内のドグマティカ」は、経験や天分により与えられた判断力によって、なじみの民事法のトポイを——言わば電気的に——走査（スキャン）して、望ましい結論・「最善の解決」を感じ取るよう行動する。しかしぬしに、この解決を既存の諸ドグマの1つにはめ込むドグマティクと呼ばれる思考プロセスが開始される。このはめ込みが困難であればあるほど、そのために脳

21) ツヴァイゲルト＝ケツ著『比較法概論・原論上』44-45頁。当該部分は Zwigert が起草したが、Kötz もそれに完全かつ明示的に同意している（同書2頁）。

22) Konrad Zwigert, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: Festschrift für Eduard Bötticher, 1969, SS.443ff.

のエネルギーが大量に使われ、（しばしば痛ましい軋み音を伴う）暴力的な押し込めに近づく。

Zweigertは以上のように述べた上で、BGH（連邦通常裁判所）は、製造物責任については、《不法行為責任は過失責任である。厳格責任は危険な各客体につき特別に制定法で定められなければならない》というドグマにとらわれて無過失責任を認めなかつたのに対して²³⁾、人格権侵害による精神的損害の賠償については、《非財産的損害の賠償は制定法で規定された場合にのみ認められる》というBGB（ドイツ民法）253条²⁴⁾のドグマを捨てたことを指摘する²⁵⁾。ここでは制定法のルールがドグマと同視されている。そして、次のように続ける。

あらゆる学問がその名声を失うのは、それが不誠実に論拠を示したときである。ドグマーティクに対する主たる異議は、それが誤った結論を導くことではなく、それがドグマーティッシュな思考の圧力の下、その結論を歪んだ考慮でもって体系及び諸ドグマの中で平準化しきることにある。たとえば、過失による加害に対する保護がBGB823条に挙げられている法益の枠内では狭すぎると洞察するのであれば、いわゆる設立され且つ稼働中の営業の侵害は絶対権侵害であることを口実とするのではなく、その洞察を率直に述べ、その限りで一定の場合において単なる財産損害に対する不法行為上の過失責任を認める方向に制定法を継続形成しなければならない。現代社会において厳格責任が少なくとも古い過失責任と並んで同等に重要であると洞察するのであれば、（製造物責任のように）支えとなる責任根拠が実際は物の危険性や他の厳格な責任を呼び起こす状況である場合に、証明の困難化や他の策略でもって過失を認定するのは不誠実である。

3 Dölle「法ドグマーティクと比較法」（1970年）²⁶⁾

Zweigertのこの論文に対しては、直ちにDölleが反論を加えている。彼の結論は、ドグマーティクと比較法とは対立するものではなく、相補的なものだというものである。

Zweigertの批判は、法ドグマーティクと比較法の正しい関係を見誤っている。「ドグマーティク」という用語は一義的でない。それは「概念法学」と同一視されることもあるし、法史学の対立物を指し示すこともある。Zweigertの理解も法ドグマーティクと呼ばれるに値することに疑いはないが、現在の理解では、この概念ははるかに多くのものを包摂している。法典に関するか、全く別様に形成される法素材に関するかにかかわらず、法認識に対する努力が、事実的・心理学的・社会的・社会学的なものの判断に限定されず、一定の一特に、見出された結論が可能な限り広い範囲で合理的な追試、形式・論理的な追試をも受けうる仕方での一法的意味連関の解明による法ルールの獲得に向けられている場合にはどこでも、この概念が使用される。ドグマを設定し支持する外的権威の承認も、ドグマがそこから獲得されうる、その他のすべての基礎を形成する制定法も、前提で

23) ドイツでは1989年の製造物責任法の制定により、製造物責任は無過失責任となった。

24) 2002年の改正により、253条に2項が追加され、847条は削除された。

25) そこで引用されている Herrenreiterentscheidung (BGHZ 26, 349) で、BGHは、身体・健康・自由の侵害についてのみ慰謝料を認めるBGB847条を、素人騎手の写真をその同意を得ずに強精剤の広告に使用したという人格権侵害に類推適用した。

26) Hans Dölle, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 34 (1970), SS.403ff. この論文には、大木雅夫・比較法研究33号148頁(1972)による紹介がある。

なく（制定法がない秩序においても法ドグマーティクは存在する）、決定的なのはむしろ、法論理的に基礎づけられた考察によるルール・結論の探究である。この意味における法ドグマーティクは、法認識に仕える他の方法と排他的に対立するものでは決してない。たいていの場合、これらの諸方法の結合が必要であり、ある方法が他の方法を強化したり制限したりするだろうが、その場合、常に最終的に基準となる評価観点が顧慮されることになる。

4 Kötz「比較法と法ドグマーティク」（1990年）²⁷⁾

20年後、Kötz も比較法と法ドグマーティクの関係について発言している。法ドグマーティクに対する批判は、Zweigertよりもトーンダウンしており、その結論は、ドグマーティクには、よいドグマーティクと悪いドグマーティクとがあるというものである（S.89）。

Kötz は、ドグマーティクという思考プロセスに関する Zweigert の観察は精確化を要するとして、そのためにまず、外国法との接触の際の経験に基づいて、なぜ法的ドグマーティクが不可欠かを示す。そして次に、ドイツにおいて法的ドグマーティクに帰属する純粹に助成的な機能は誤解されていることが珍しくないこと、同時代の法ドグマーティクの現実の発展の最先端は他国では全く知られていないこと、他国では概念に対する鋭い感覚をほとんど費やさずに同一の生活問題が満足の行く形で解決されていること、最近の体系形成のパロック的な概念の基礎にはしばしば、法が実際に機能を果たしうることに対する配慮よりも、苦しみながら理論的な論争を続けることに対するある種の愛着があることを明らかにする（S.78）。

法的ドグマーティクの概念については非常に争われている。しかし、一定の領域について基準となる法ルールの材料を、統一的・全般的・連続的な諸観点・諸連関によって整序し、その際明らかになった一般的に指導する諸概念・諸基本思想を挙示し、それらを論理的で間主観的に伝達可能な体系に整序し、常に新たに産出される法素材（新たな制定法規定・裁判）を、それが所与の秩序に組み入れられうるか、秩序の補充・改修が必要かを吟味することを目標とする法律家はドグマーティッシュに作業していると私が言うとき、大多数の者はおそらく私に同意するだろう。つまり、ドグマーティクは、法的に重要なルールの非常に多数の在庫に秩序を確立し、首尾一貫性・無矛盾性・通観性・内の一貫性を獲得しようとする。それは、最大限の法素材を最小限の概念の助けを借りて有意味な秩序を打ち立てようとする。それは、一般を特殊から、原則を例外から、一般的に指導する諸観点を特別な細目から分離し、法的材料を通観可能・支配可能・教授可能・学習可能にする。この意味で理解されたドグマーティクは、ドイツ法だけでなく、英米法にも存在する（SS.78-79）。

英国の裁判官は、実際的な課題を解決し、事案を裁判したら、「ドグマーティッシュな作業」に対する興味を失う。しかし、ドイツでは異なる。ドイツでは、これから学問的に作業する法律家の時間が始まる。事案はすべて、類似と反対の原理に従って既存の事案とルールの在庫と結び付いてお

27) Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, SS.75ff.

り、その在庫の中に組み入れられなければならないから、判例によって産出された事案材料はもともと、ある種の内的・体系的秩序を持っている。しかしながら、ドイツでは必ず、この秩序は、さらに洗練され、種々の方向に改修され、補充され、思索的に拡大され、新たな分類・カテゴリーが発展させられ、判例の原料は、より大きく、より広く、それゆえより満足をもたらす体系的な全体連関の中に持ち込まれる。それに対して、この領域では、英國の法律家のドグマーティッシュなエロスは、むしろ弱くしか発展していない。具象的なものの抽象、一般化・体系形成による法の学問的合理化は、英國の法律家の興味をほとんど引かない。諸論拠の衡量と有用な諸結論の獲得が妨げられないことが確実である限り、英國の法律家は秩序と体系の欠陥に対して高度に寛容である。大陸の同僚がときおりコモン・ローの「非学問的で」「太古の」状態を面白がっている状況を、英國では意識している。それに対しては、Tony Weirの言葉によって、次のように抗議することができる。

「英國法にまともな秩序がないことは、そこで作業する人よりも、外部からその体系を見ている人にとって、より深刻である。修理された汚い機械もちゃんと働きうるし、乱雑なキッチンでもよい料理を作れるし、本の索引が完全で正確なら目次が無秩序でも構わない。」(S.80)

ドグマーティッシュな構成は、手工具に過ぎず、単に道具的機能しか持たず、決してそれのみから事案の正しい解決は保障されえないため、目的依存的で融通性があり、単に暫定的で変更可能なものと取り扱わなければならない。種々の法秩序において、すべての国内的ドグマーティクを超えて、同一の解決・解決傾向が浮かび上がることを再三再四経験した者は、法生活で現実に動いている諸力を、法的ドグマーティクの中で探すことはできず、ドグマーティクは確かに歓迎されるべき安定化機能を持つが、しかしそれはドグマーティクが——ドイツにおいても外国の法秩序においても——最終的に決定を支える論拠となる利害得失の衡量を明らかにする代わりに、しばしば事案の解決を正しいドグマーティッシュな構成の不可避の帰結へと石化するという代償を払ってのみそうなのである (S.84)。

ドグマーティクは「開かれて」いなければならず、それは「保護に値する利益をその都度相互に調整し、その実現に仕え」なければならず、法的評価が第1で、それに対してドグマーティクは、ただ事後的に諸評価を有意味で矛盾のない全体構造に整序しなければならないから、第2である、ということについて、ドイツでは完全に一致している (SS.84-85)。

しかし、ドイツで今日法的ドグマーティクの衣服をまとめて現れているものがすべて、上述の諸要請に耐えるかを問うことが許されなければならない。比較法的に作業をし、それゆえ再三再四外国での事態を見ている者は、ドイツで行われているドグマーティッシュな労力が実際にすべての事案において「実際的な行為を促進する」のに適合的か、むしろ重要なものの、本質的なもの、単純なものに対する視線をたいていの場合開かせるよりも閉ざしているのではないかを、疑わなければならないことが珍しくない。学説が早い時期から純粹にドグマーティッシュな問題として飾り立て、純粹にドグマーティッシュな解答の雪崩で覆い、その結果、根本で問題となっている法的評価の単純な問題が完全に視野の外に置かれ、その代わりに一般的な混乱が広がっている法的問題が存在す

る（S.85）。

そして Kötz は、法的ドグマティクは、それが素材の合目的的な整序に認識可能な貢献をし、法的問題の探究のために確固たる指針枠を作り出す限りにおいて有意義だが、それがその限界を超えると、その助成的な機能を果たさず、かかる場合には善行からかなりの苦惱が生じうると述べ、その例として、「飛行機旅行事件」（BGHZ 55, 128）を挙げる（SS.86-87）。

地上職員を故意に騙して航空券なしにルフトハンザ機にこっそり搭乗し、ニューヨークに飛んだ17歳の少年が航空料金を支払わなければならないというのは、たいていの者にとって納得がいく。この事件に3審を要したのは、容易に理解しがたい。しかし、BGHの裁判が多数の文献においてドイツ法学者の不当利得ドグマティクの鋭い感覚を砥ぐものとして愛好されたこと、特に実際的な結論については誰も非難すべき点を見出しておらず、既存の裁判の材料を可能な限り完全に説明し、同時にその信奉者に可能な限り小さな知性の犠牲を要求するドグマティッシュな構想が、どのような外観を呈しなければならないかをのみめぐって争いがなされたことは、とにかく驚きをもって記録されてよい（S.87）。

5 Canaris「学説継受と学説構造」²⁸⁾

飛行機旅行事件に関する Kötz の主張に対しては、ドイツ・オーストリアを代表するドグマティカーである Canaris と Bydlinski が批判を加えている。

Canaris はまず、Kötz による事案の紹介は、法的に重要な事実を尽くしていないことを指摘する。すなわち、飛行機は満席でなかったので、その未成年者は他の（有料）乗客の座席を奪っていない、その未成年者はニューヨーク空港を離れることを許されず、次の便でドイツに送り返された、という事実である。そして、以下のように続ける。これらの事情を背景にすると、その未成年者が航空料金を支払わなければならないのが、本当に「たいていの者にとって納得がいく」かは当然疑つてよい。なぜなら、一方でルフトハンザは財産的損失を被っておらず、他方でその未成年者は何らの利益を得ていないから、BGHの裁判が理由だけでなく——BGHはルフトハンザに損害がなく未成年者に利得がないのに責任を認めたという——その結論においても非常に疑わしいということを、あまり複雑でないドグマティッシュな考慮が暴露するからである。このような解決が実質的正義と整合するかが疑わしいことは明白である。そのことは、未成年者が航空券をきちんと買った場合に、原則として支払義務を負わないときに、ますます妥当する。このような評価矛盾の回避も、確実にドグマティクの純粋な任務である。「実際的な結論については誰も非難すべき点を見出していない」と Kötz が主張するとき、果して彼は誤っているとして、Canaris は BGH の結論には大多数が反対であることを指摘する²⁹⁾。

28) Claus-Wilhelm Canaris, Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Wege zum japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, SS.78-80.

29) Canaris は、BGH の結論に反対している説として、Canaris, Medicus, Knütel, Metzler, G. H. Roth, Wilhelm, Schilken, Koppensteiner/Kramer, Staudinger/ Lorenz, MünchKomm.-Lieb, Reuter/ Martinek を挙げる（S.79, Anm.81）。

この事例は、正しく理解されたドグマーティクにおいては、正義の問い合わせと実際的な結論が問題となることの範例となる。ドグマーティク自体がしばしば、正義の問題に視野を開くカテゴリーを初めて用意する。この事例では、未成年者の保護の問題だけが論議を呼んでいるのではない。成年者においても、利得債権者に損害がなく利得債務者に財産的利息がない場合の利得責任は、直ちに納得がいくものではないため、ドグマーティッシュな基礎づけを緊急に要する形像である。こうして Kötz がドグマーティクの助けを借りずに「法政策的な評価」を根拠にこの事案を決定できると信じた確実性は、非常に欺瞞的であることが判明する。

6 Bydlinski『私法の体系と原理』(1996年)³⁰⁾

Kötz は、裁判官は度が過ぎた不当利得ドグマーティクによらずに、予断を持たずに基準となる諸評価をつかみ取るように勧めるが、争われている多くの問題について、どのような評価がどうして基準となるのか、という容易に生じうる問い合わせを、彼は、「飛行機旅行事件」におけるように通常は誰も判例の実際的な結論を非難しておらず、争いはドグマーティッシュな構想をめぐるものに過ぎないという事実主張によって回避する。これに対して Bydlinski はまず、Kötz の事実主張は事実に反することを指摘し、自身の見解としては、未成年者の利得責任の肯定は法律行為法の評価に矛盾するので、「ドグマーティッシュ」にも自己の主観的な評価によってもありそうにないとして、BGB829条の衡平責任の法思想による解決を主張する。「ドグマーティッシュな」努力の代わりに、(追試可能な正当性の基準を述べずに) 裁判官の「その」評価によるという一度にすべての困難を除去する解決は、何にもならない。重要なのは、可能な限り原理的一体系的に作業するドグマーティクのために、任意の場所で任意の評価を流れ込ませるドグマーティクを排斥することである。この意味で「よい」ドグマーティクと「悪い」ドグマーティクという Kötz による区別には従うべきである。

V 結 語

ドグマーティクという作業が必要であること自体は、比較法学者たる Kötz とドグマティカたる Canaris や Bydlinski 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。Kötz は、事案の結論が発見された後に行われるドグマーティッシュな構成という作業に批判を加える一方で、ドグマーティ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、Canaris や Bydlinski によると、ドグマーティクは、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する。

Zweigert や Kötz 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³¹⁾、外国法での解決（外国の法学者の見解）

30) Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, SS.238-239, Anm.252.

31) Zweigert は、「[憲法の] 社会国家条項及び平等命題は、強力な『反ドグマーティッシュな』梃子として投入されうる。たとえば、

も基準になるし、トピク論によることもある。

Koziol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（法原理）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。

製造物責任が厳格責任として発展させられるべきことは、社会国家条項によって、難なく基礎づけられうる」と言う（Zweigert, a.a.O., FS Bötticher, S.447）。