Osaka University Knowledge Archive

Title	損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	国際公共政策研究. 2013, 18(1), p. 113-126
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/50277
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法

The Inner System of Tort Law and 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 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. Franz Bydlinski, the most eminent follower of Wilburg, distinguishes a “flexible system” in the genuine sense from one in the non-genuine sense. Elements of a “flexible system” in the genuine sense cannot be found at the micro level of individual legal rules, but at the macro level of the basis of whole legal institutions or fields. In this paper, after describing the inner system of tort law, I examine whether the flexible system of the New Austrian Draft is genuine or not.

キーワード：オーストリア法、不法行為、動的体系論

Keywords : Austrian Law, Tort, Flexible System

* 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

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 pacta sunt servanda を想起せよ）[1]。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[2] 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。

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 Arbeitsgruppe」であり、双方の中心人物は Helmut Koziol 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[3] 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 Diskussionsentwurf[4]」を公表した（以下では、PETL と討議草案を「両草案」と総称する）。Koziol 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[5]。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、Rudolf Reischauer や Rudolf Welser らによって、「作業サークル Arbeitskreis」が設立された[6]。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[7]。2008年には、作業サークルも、反対草案 Gegenentwurf[8] を公表した[9]。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 Georg Kathrein 民事局長が、かなり包括的な部分改正を目指す折衷草案 Fusionsentwurf と俗称される非公式の草案を公表した[10]。なお、折衷草案は動的体

1）Franz Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S.70.

2）動的体系論（動的システム論）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 Elemente」ないし「力 Kräfte」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。「基礎評価」、「比較級命題」については、本稿でも注で簡単に説明しているが、それらを含め、動的体系論の詳細については、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（1995）、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巻２号541頁（2001）を参照。なお、後者は、http://www.law.kobegakuin.ac.jp/~jura/law/31-2.html から PDF ファイルをダウンロードすることができる。

3）European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, 2005. 条文の正文は英語だが、本稿での翻訳に際しては、ドイツ語訳とフランス語訳も参照して、できるだけ日本法の概念に近い訳語に置き換えることを心掛けた。たとえば、PETL2:102条３項の “property rights” は「物権」と訳した。

4）Griss/Kathrein/Koziol（Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006. 本書の翻訳が「大東法学」誌上（20巻２号〔2011〕以降）にあるが、誤訳が散見されるので注意を要する（例、DE1300条１項の条文訳）。

5）Helmut Koziol, Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, JBl 2008, S.356.

6）Brigitta Jud, Geleitwort, in: Schmidt-Kessel/Müller, Reform des Schadenersatzrechts I: Europäische Vorgaben und Vorbilder, 2006, S.V.

7）Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, Vorläufige Endfassung（Ende Juni 2007), JBl 2008, SS.365ff.

8）作業グループの Koziol が、作業サークルの草案を「反対草案」と呼んでいる（Koziol, a.a.O., JBl 2008, SS.348ff.)。

9）Reischauer/Spielbüchler/Welser（Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts, Band III, Vorschläge eines Arbeitskreises, 2008.

10）折衷草案については、BMJ（Hrsg.), 200 Jahre ABGB, RichterInnenwoche 2011 in Lochau, 2012に所収の、Georg Kathrein, Zur Reform des Schadenersatzrechts - Eine Skizze aus dem Schattenreich, SS.237ff.; Matthias Neumayr, Zur Reform des Schadenersatzrechts, SS.257ff.; Helmut Koziol, Gedanken zur österreichischen Schadenersatzreform, SS.307ff. を参照。折衷草案と現行法との対照表が、Neumayr, a.a.O.,

系論を採用していないとされている[11)]。

ところで、Franz Bydlinski 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[12)]。両草案で採用されている動的体系論は、本来の意味のものだろうか。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[13)]。本稿では、損害賠償法の内的体系を描き出した後（Ⅱ）、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り（Ⅲ１）、動的体系論による立法の評価を行うことにする（Ⅲ２・３）。

Ⅱ　損害賠償法の内的体系

ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）やオーストリア損害賠償法討議草案（DE）の背後には、どのような内的体系が潜んでいるのだろうか。作業グループのメンバーであり、オーストリア民法学界の泰斗でもある Bydlinski の著作を主に手がかりにして、損害賠償法の基幹部分（過失責任主義の妥当領域）の内的体系の描き出すことにしたい。もっとも、現行法は多数の細分化された責任原理によって特徴づけられるが、損害賠償法の個別の諸制度・諸規定の地平において、それらの責任原理とより一般的な評価基礎との間に、十分な規範的調和や外的な通観性が打ち立てられていると言うにはまだほど遠い、と彼は述べている[14)]。

考察の出発点となるのは、以下のような人間像である。人間 Mensch は、その行為が完全に因果的・機械的に決定されているとは証明されえない（本質）存在 Wesen である。人間はその中に、因果律が及ばず外的・内的動因の精神的加工により独自的・個人的に決定される領域が認識されうる存在であり、ある種の選択自由・行為自由の意識が存する存在である。人間の目標設定・行為の多くは、自発的なものか予測ができない全く個々的なものである。すべての規範的なものの基礎にあるのは、道徳的に感じ判断することができ、他人の道徳的な判断を理解することができ、それとの関連で、自己を、自律的に評価し意図しそれゆえ自己責任を負う存在として意識する人間の属性である。そして、人間は、この属性が一般的に尊重されること、規範的なものの世界において主体ないし人 Person として承認され取り扱われることに強い主観的な利益を持つ。規範的・文化的・社会的な領域において人として承認され取り扱われる利益は、最も基底的なものである。それが満足さ

SS.276ff. にある。なお、折衷草案の起草には Koziol は関与していない。

11）Kathrein, a.a.O., SS.245-246；Koziol, a.a.O., in: 200 Jahre ABGB, S.314.

12）Franz Bydlinski, Die “Elemente” des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung, in: Schilcher/Koller/Funk（Hg.）, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, S.18.

13）本研究に関する既刊の論文として、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17巻１号25頁（2012）。

14）Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S.186.

れなければ、人間の他の諸利益はそもそも満足されえない。以上の考察は、あらゆる人間は等しく主体ないし人として尊重されるべきであり、どの人間も決して、いかなる目的に対しても、単なる手段とみなされ取り扱われてはならないという「人ないし人間の尊厳の原則」に到達する。しかし、人間は、道徳的・社会的存在であるだけでなく、相応の財 Güter[15]・利益 Interessen[16] を有する生物的・自然的存在でもある。したがって、「生命と健康」という第１次的には自然的な財も、最も基底的な利益の客体である。このようにして、まず、「人・人間の尊厳」と「生命・健康・身体的完全性」という基本的な人格財の尊重を要求する原理が得られる[17]。

次いで、彼は、主に John Rawls の『正義論』が採用する方法（思考実験）に依拠して、人間の一般的な諸利益に保護を与えるという理由で各人が同意しうる諸原理の探求に向かう。まず、彼は、社会の諸制度を構築するための諸原理を探求し、各人は「国家状態」に同意すると言う。そして、法的安定性の重要な局面である、法定立・法適用を目的とする国家機構が正当化される。各人の利益領域は、恣意的で自由な実力行使に対する国家による防禦、つまり「法的平和」の確立によって、保障される。しかし、この目的のためには、各人の利益領域が、まず十分明確に規範的に画定される必要がある[18]。そして、思考実験の結果、人間の精神的な諸利益（自由）の領域と稀少な経済的・社会的財の帰属にとっての複数の基本的な正義原理が得られる。前者の領域では、規範的には、各人にとって等しい自由として可能な最大限の自由が保障される（自由原理）[19]。人間の自由に対する利益は、人間の尊厳や生命といった最も基底的な財に密接に関連するほど、その保護領域は包括的になる。このことは特に、信教の自由、思想の自由、職業の自由、行動の自由に妥当する。それに対して、私的自治・所有権といった経済的自由の保護領域は、より狭くなる[20]。

要するに、人間は、人間の尊厳・生命・健康の尊重を求め、自由に行為し、種々の財（物・他人の行為）に対する欲求を持つ存在である。しかし、これらに対する各人の利益は互いに対立する（物財の多くは稀少である）。そこで、法的安定性の見地から、その利益対立を裁断し、法的平和を確立

15）現在の経済学では、広義の財 Gut は、狭義の財と用役（サービス）Leistung とに分類される（Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.194, S.199にも、後２者の対置が見られる）。Carl Menger によれば、財 Güter は、物財 Sachgüter と他の人々の有用な人間的行為 nützliche menschliche Handlungen（または不作為 Unterlassungen）とに分類される。労働用役 Arbeitsleistungen のほか、誰かが私のもとで商品を購入すること、誰かが弁護人としての私のサービスを要求することは、私にとって、有用な行為である（誰かは多数人であってもよい）。２人しか医師がいない小都市において、１人の医師が治療活動をやめることは、独占者となる他の医師にとって、有用な不作為である（Carl Menger, Grundsätze der Volkswirthschaftslehre, 1871, SS.6-7；カール・メンガー著／安井琢磨・八木紀一郎訳『国民経済学原理』〔日本経済評論社・1999〕７－８頁）。

16）Philipp Heck によれば、日常の用語法は、「利益 Interesse」という語で、諸々の生活財 Lebensgüter が人間のために持つ意義、したがって諸々の生活財に対する欲求 Begehren を表す。そして彼は、その用語法によることが法学方法論にとって必要だとする（Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, SS.36-38；ヘック著／津田利治訳『利益法学』〔慶應義塾大学法学研究会・1985年〕446-448頁）。Bydlinski は、動的体系論は評価法学に分類されるところ、利益法学とその発展形態である評価法学との間には方法論上の違いはないとして、利益法学に好意的な評価を与えている（Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, SS.113-139）。

17）Bydlinski, Juristische Methodenlehre, S.355；ders, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.175-178, S.291.

18）動物社会においても、縄張りのように、平和な秩序を保障する行動ルールに支配される行動形態を観察することができる（新版ハイエク全集／矢島鈞次・水吉俊彦訳『法と立法と自由Ｉルールと法秩序』〔春秋社・2007〕101頁。同書の142-147頁も参照）。

19）後者の領域では「格差原理」と「最低限度の生活保障の原理」が得られることになるが（Bydlinski は Rawls とは異なり両原理を区別する）、本論にはあまり関係しないので、これ以上触れない。両原理については、Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.188, SS.236-266を参照。

20）Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.186-202.

するために、国家機構が要請され、国家は、各人の利益領域・保護領域を画定することが必要となる。

さて次に、両草案の起草において指導的な役割を果たしているKoziolの著作を主に手がかりにして、論述を続ける。保護領域の画定方法は、行為規範を設定する方法（例、BGB823条２項）と、保護される権利・法益を記述する方法とに分かれる。前者による場合は、行為規範がなければ危殆化されたであろう利益を法は保護しようとしている。後者による場合は、人は他人の権利・法益を尊重しなければならない。いずれの場合も、保護領域を画定する際には、広い保護を享受する利益と、最大限可能な自由を享受する利益との間での衡量が必要となる。彼は、比較法的な考察に基づき、利益の保護の程度を決定するファクターとして、利益の性質Natur・価値Wert・範囲の明確性Abgrenzbarkeit・公知性Offenkundigkeitを導き出した[21]。価値については、生命・健康・自由といった基底的な人格権は最もその価値が高く、物権・無体財産権がそれに次ぎ、純粋財産利益・純粋精神利益（例、誰かの行為によって、不安がらされたり、怖がらされない利益）はその価値が最も低い。また、生命・自由に対する権利と財産権は、かなり明確な内容を持ち、かなり公知であるのに対して、契約に基づく権利は、個別事例においては明確な内容を持つものの、その内容は事例ごとに異なるため公知ではなく、純粋財産利益・純粋精神利益は、個別事例においても明確な内容を持たず全く公知でない。公知でない利益を広く保護すると、他人の行動の自由が不合理に制限されるので、その保護は限定的となる[22]。かかる理解の下で、「保護される利益」に関するヨーロッパ不法行為法原則（PETL）2:102条[23]、オーストリア損害賠償法討議草案（DE）1293条２項[24]が起草された[25]。このうち前者は、動的体系論を前提として、保護領域の画定の基準となるファクターを挙げる１項、

21）これらのファクターは、判例・学説で認められたものでもある。Bernd Schilcher, Der Regelfall als Verbindung von Tatbestandsmodell und Beweglichem System, in: Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, 2010, SS.857-860は、多くの判例を引用する。

22）Helmut Koziol, Conclusions, in: Koziol（ed.), Unification of Tort Law: Wrongfulness, 1998, pp.129-135；ders, Art. 2:102. Protected Interests, in: Principles of Europen Tort Law, pp.29-34；ders, Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen, Rn.26-28, in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, SS.34-35.

23）PETL2:102条（1）利益の保護領域は、その性質に応じて決定される。すなわち、利益の価値、範囲の明確性、公知性が高くなればなるほど、その保護も広くなる。
（2）生命、身体及び精神の完全性、人間の尊厳及び自由は、最も広範な保護を享受する。
（3）物権及び無体財産権には、広範な保護が認められる。
（4）純粋財産利益又は契約関係（債務関係）の保護領域は、より限定されうる。その場合には、特に、行為者と被危殆者との近接性、及び、行為者の利益が被害者の利益よりも低く評価されることが確実であるにもかかわらず損害を惹起するであろうことを行為者が認識しているという事実が、適正に顧慮されなければならない。
（5）保護領域は、責任の性質にも影響されうる。したがって、故意による侵害に対しては、その他の場合よりも、利益はより広範な保護を受けうる。
（6）保護領域を画定する際には、行為者の利益、特に行動の自由及び権利の行使に対する利益、並びに、公共の利益が顧慮されなければならない。

24）DE1293条（2）利益の保護は、特にその序列及び価値、範囲の明確性、公知性に影響されるが、自由な発展及び権利の行使に対する他人の利益、並びに、公共の利益にも影響される。

25）DE1293条２項は単にファクターを挙げるだけだが、PETL2:102条１項は比較級命題を用いている。「比較級命題komparative Sätze」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（Gerhard Otte, Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht, in: Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger（Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S.272）。ファクターが法効果の発生に対して作用する方向性を示す比較級命題のほうが有用性は高いが、ファクターを挙げるだけの規定も容易に比較級命題の形に書き換えることができる（Koziol, a.a.O., in: 200 Jahre ABGB, S.314）。

５－６項と基礎評価 Basiswertung[26] を示す２－４項を持つのに対して、後者は当初ファクターを挙げる２項のみしか有しなかったが、作業サークルからの批判を受け（Ⅲ２）、後に基礎評価を示す３項[27]が追加された[28]。

次に問題となるのは、保護される権利・法益がどのようにして誰に帰属するか、である。人格財はその人自身に帰属するので、特に問題となるのは物財の帰属者である。Robert Nozick は、John Locke に従い、すでに国家のない自然状態において自然法が妥当しており、自然法によれば、人間はその身体とその労働生産物に対する自然権を持ち、拘束的な契約を締結することができることを出発点とし、事実的過程に照準を合わせた歴史的な正義論（保有物 holdings の正義の原理）として「権原理論」を展開した。権原理論は、①保有物の原始取得（先占）に関する獲得の正義の原理、②保有物の移転に関する移転の正義の原理、③正義（①②の原理）に反して成立した保有の矯正の原理、という３大原理からなるが、要は、獲得・移転の正義の原理にかなった先占・譲渡の結果として生じた財分配は、各保有者がその保有物に対する権原を持つため、全体として正義にかなっている、という構想である[29]。

権原理論に対して、Bydlinski は種々の批判を加える。たとえば、太古に遡って事実関係を解明し先占の正統性を判断するのは実際上不可能であること（だからこそ取得時効制度がある）、仮に事実関係が解明されたとしても、たとえば、過去の白人による北米インディアンに対する権利侵害を今になって矯正するのは非現実的であること、移転の正義の原理は自由意思による譲渡と同視されているところ、その際消極的な自由概念[30]が前提にされているため、暴利行為が許容され（Nozick は奴隷契約さえ許容する[31]）、交換的正義に反すること、などが挙げられている。しかし、最も根本的な批判は、「権原理論（保有物の正義の原理）」はその名に反し、実は正義論ではない、というものである。現在の財分配は、それまでの個々人や集団の偶然的な決断や行為（例、誰も住んでいない土地に移住しようという決断、財運動の過程に関与した全員の調整されていない交換の決断）の所産であるところ、そのような「自生的な spontan」過程やその結果（自生的秩序）に対して正義の観念を用いるのは、正義は個々人の意図的な行為やそれを規律するルールのみをその対象とするため、誤っているからである[32]。仮にすべての先占・譲渡が獲得・移転の正義の原理にかなっていたとして

26）比較級命題は要件と効果との相対的関係を示すのみだが、それが機能するためには、典型的事例において、両者の関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。具体例としては、後出の DE1298条が DE1296条１項に対する基礎評価を定めている。

27）DE1293条(3) 明確に確定され且つ公知の人格権、特に生命及び身体の完全性、物権並びに無体財産権は、最高の保護を受ける。純粋財産利益は、債務関係の外部では、例外的にのみ保護される。

28）Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, Vorläufige Endfassung（Ende Juni 2007）, JBl 2008, SS.365ff.; ヘルムート・コツィオール著／山本周平訳「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅰ（2・完）── 立法の方法と過誤行為の帰責要素 ──」民商143巻６号628頁（2011）。しかし、PETL2:102条(2)-(4) と DE1293条(3)は、Ⅲ３で述べるように、「基礎評価」とは言えない。

29）ロバート・ノージック著／嶋津格訳『アナーキー・国家・ユートピア』（木鐸社・2002）12-18頁、253頁以下。

30）消極的自由とは、他人による干渉を受けないことである（アイザィア・バーリン著／小川晃一他共訳『自由論〔新装版〕』〔みすず書房・2000〕303-318頁）。

31）ノージック『前掲書』536頁。

32）ここで Bydlinski は Hayek を援用する。Hayek については、さしあたり、新版ハイエク全集／篠塚慎吾訳『法と立法と自由Ⅱ社会正義の幻想』（春秋社・2008）47-181頁を参照。ただし、Bydlinski は、Hayek に対し、国家権力を持つ人間が財分配の結果に介入

も、結果として生じた財分配が正義にかなっているとは言えない。それにもかかわらず、各人へ財の帰属は尊重されるべきだという観念をNozickは有しているし、その観念は法的安定性の見地から必須である。こうして財の帰属は権利へと高められ、既得権として保護されるが、それは正義の要請ではなく、法的安定性に基づく[33]。

このようにして、人格財と物財の帰属者が決まり、その主体は財に対する利益を持つ。法的に保護される利益が侵害されると、それが「損害」と評価される。現行オーストリア民法典（ABGB）は、制定法としては珍しく「損害」の定義規定を有するが[34]、PETL2：101条[35]、DE1293条１項[36]もその伝統を受け継いでいる。

続いてBydlinskiの描く損害賠償法の基幹部分の内的体系を見る。損害賠償法は、損害の填補をその目的とする。その目的によって、損害賠償法は、同じ責任制度である刑法と区別される。損害填補を要求するのは、人格財が侵害された場合には「基本的な人格財の尊重を要求する原理」であり、物財が侵害された場合には「既得権保護の原理」である。さらに、損害填補がなければ、各人は自己の違法な活動を他人（被害者）の費用で行い、そこから生じる利益を法的に定められた財産帰属に反して享受することができることになる。法的な財産割当てを違法な活動から守るために、「調整的正義」は加害者による損害の引取りを要求する。以上の諸原理が最もよく充足されるのは、加害者が被害者に損害を惹起しただけで（因果関係要件のみで）、被害者が加害者から損害賠償を要求できる場合である（結果責任・原因主義）。しかし、原因主義は、他人に対する顧慮が要求されない限り自己の目的・決断の枠内で好きなように行為する／しない各人の自由を保障する「自由原理」と衝突する。また、予見できない損害賠償責任に巻き込まれる危険があるならば、各人は自己が計画した活動を可能な限り制限しなければならなくなる。特に新たな財の作出に必要な行動自由が過度に制限されると、「経済的効率性」にも衝突することになる。これらの原理間の衝突に関し、「過失責任主義」は、自由原理と経済的効率性のために原因主義を衡量的に制限する。過失責任は加害者の過責Verschuldenを要件とするので、責任が成立するのは、加害者の行為が非難可能なとき、すなわち、自己の行為が「法の要求に違反する」ことを加害者が（少なくとも）認識できたときに限られる。つまり、過失責任の成立には、必要だが十分でない責任要件として、「違法性」が要求される。そして責任は、自己に作用する内的・外的動因を個別的に加工して態度を決定し、それを基礎にして自己の行為意思を形成し、因果系列に介入する、自由に意図する存在である人間の属性に基づいている。したがって、まさに彼の意図の中にあり、又は、彼によって予見され認容された（故意による）行為の結果は、彼の個人的人格に非常に緊密に関連するため、最も強い程度において彼の責任の下にある。加害者が、自己の行為の他人に対する侵害的な影響・違法性を、大いにありう

しないという不作為は、社会正義の評価対象となることを指摘する（Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.207-208）。

33）Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.202-236.

34）ABGB1293条 損害とは、人の財産、権利又はその人格に加えられたあらゆる不利益をいう。（以下略）

35）PETL2：101条 損害は、法的に保護される利益に対する財産的又は精神的な不利益であることを要する。

36）DE1293条（1）損害は、人がその人格、財産その他の保護される利益に被ったあらゆる不利益である。（以下略）

ると予見したか、規範秩序によって彼に要求される相応の注意を払ったならば予見できたであろう（過失ある）場合において、それにもかかわらず行為したときも、広い範囲において同じことが妥当する。その際、非難要素として常に要件とされるのは、加害者が自己の行為の違法性を少なくとも認識できたことである。それゆえ、人格に関連したこの責任制限によって、一方では自由原理が最もよく考慮され（責任帰属は当然当事者の意思に反して行われるため、それ自体は常に自由の制限であるが、可能な限り小さな制限である）、他方では、法的安定性の意味において、加害者が事前の方向付けの可能性を欠いているため思いがけず不利な法効果に巻き込まれないように配慮されている。なお、現行の過失責任によると、加害行為の違法性が外的注意基準に従って判断される点や、過失の客観化の基礎には、法的安定性に基づく「信頼保護原理」がある[37]。以上で、Bydlinskiの描く損害賠償法の基幹部分の内的体系が明らかになったが、彼の「原理」には、基本的な人格財の尊重を要求する原理、既得権保護の原理、自由原理、調整的正義、経済的効率性、信頼保護原理のように、Robert Alexyのいう「最適化命令としての原理」[38]と、衝突するそれらの原理間の調整を行う過失責任主義のようなメタ原理とがある。

ヨーロッパ不法行為法原則（PETL）は、まず、要求される注意基準（行為基準）からの客観的な逸脱を「過責」とし（4:101条[39]）、「要求される注意基準」の明確な定義を断念する代わりに、動的体系論を前提として、注意基準を決定する際に考慮に入れられるべき種々のファクターを列挙する（4:102条[40]）。保護される利益の画定（2:102条）に次いで、注意基準の決定においても、当事者間の利益の調整を図ろうとしている[41]。

オーストリア損害賠償法討議草案（DE）は、まず、過失責任は違法性（客観的な注意違反）と過責（違法行為の主観的非難可能性）とを要件とすることを謳い（1295条1項[42]）、個別事例における違法性審査の際に顧慮されるべき諸基準を提示する（1296条[43]）。1296条1項2文は、動的体系論を前提として、学説・判例によって重要視されてきた注意義務決定のための諸ファクターを法律に明示し、違法性判断の予見可能性を高めようとしている。純粋財産・債権の保護については、1298条[44]

37）Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, SS.185-201.

38）Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, SS.75-77.

39）PETL4:101条 故意又は過失により要求される注意基準（行為基準）に違反した者は、過責に基づき責任を負う。

40）PETL4:102条(1) 要求される注意基準（行為基準）は、当該状況における理性人の行為によって定まる。特に、当該の保護される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又は特別の信頼、並びに、予防手段又は代替手段の利用可能性及び費用によって決まる。

41）Pierre Widmer, Bases of Liability, in: Principles of Europen Tort Law, pp.64-86.

42）DE1295条(1) 違法にすなわち客観的注意に違反して、有責にschuldhaft（1300条）保護される利益を侵害した者、又は、具体的な行為命令（保護法規）もしくは良俗に違反した者は、過責に基づき責任を負う。
(2) 法秩序の基本評価に反して行為する者、一般の価値観念に著しく反して行為する者、他人を加害する目的のみを追求する者、又は、被害者の利益と著しく不均衡な利益を追求する者は、良俗に違反している。

43）DE1296条(1) 一般論として、当該事情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序列及び価値、状況の危険性、当事者間の近接関係、危険回避の可能性、並びに、それと結び付く費用及び労力が基準となる。

44）DE1298条(1) 純粋財産利益の保護に対する注意義務は、特に、債務関係において、法律行為的接触がある場合、受領者がそれに依拠せざるをえないことが認識可能な表示又は受領者の信頼惹起に向けられた表示がある場合、及び、財産保護に対する行為命令がある場合に存在する。加害者が差し迫った加害を認識し、且つ、危殆化される利益と追求される利益との間に著しい不均衡が存在する場合も、同様とする。
(2) 他人の債権を認識している者は、故意に債務者に契約違反を働きかけてはならない。ただし、それにより、以前に又は他人

が、保護される場合を例示的に列挙する。過責については、現行法と同じく、主観的過責が原則とされている（1300条[45]）[46]。

Ⅲ　「動的体系論による立法」の評価

1　「動的体系論による立法」は、動的体系論か？[47]

Bydlinski 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、と述べていたが（Ⅰ）、Ⅱの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と、両草案の「要素」は内的体系の「原理」ではないことが判明する。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[48]、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、PETL4：102条１項やDE1293条２項における「特に」という文言が示すように、限定されていない[49]。したがって、両草案の動的体系は本来のものではない。Bernd Schilcher は、PETL1：101条[50]やDE 1292条２項[51]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[52]、その要素（過失責任・危険責任など）も、Alexy 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[53]。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

の債権を知らずに設定された自己の権利を保持する場合を除く。債務者が契約違反を決意しているのを単に利用する者は、債務者の義務負担を認識している場合又はそれが明らかな場合であって、且つ、いずれにせよ損害が発生したであろうことを証明できないときに限り、責任を負う。

45）DE1300条(1) 別様に行為すべきであった者であって、その能力及び知識に基づきそれが可能だったものは、有責に行為している。違法に行為していることを認識し且つ自己の行為の加害結果を少なくとも認容している者は故意責任を、それ以外の者は過失責任を負う。

46）Attila Fenyves, Haftung für schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten, Rn.1-28, in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, SS.47-55.

47）PETL については、山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法(4) ── 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５号36頁以下（2011）が、すでにこの問題に検討を加えている。

48）山本敬三「前掲論文」法学論叢138巻１・２・３号244-252頁。

49）Koziol も、責任を基礎づける決め手となる要素は法律によって完結的に挙げられなければならないが、評価の決め手となるファクターを完結的に挙げることはほぼ不可能だとする（山本周平「『ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅰ』をめぐる議論の概要」民商143巻６号642-643頁）。

50）PETL1：101条(1) 他人に対する損害が法的に帰責されうる者は、その損害を賠償する責任を負う。
(2) 損害が帰責されうるのは、特に次の者である。
(a) 自己の過失行為によって損害を惹起した者。
(b) 自己の異常に危険な活動によって損害を惹起した者。
(c) 自己の補助者がその職務の範囲内において損害を惹起した者。

51）DE1292条(2) 損害が法的に帰責されうる者、特に、自己の過失行為もしくは過誤行為によって、自己の影響領域及び利益領域における危険源によって、他人の権利に対する許された侵害によって、又は、補助者によって、損害を惹起した者は、損害を賠償しなければならない。

52）Bernd Schilcher, Das bewegliche System wird Gesetz, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, 2007, S.1323.

53）Reinhard Zimmermann, Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact, no.6, in: Koziol/Steininger（eds.), European Tort Law 2003, 2004, p.9は、「ヨーロッパ不法行為法原則 Principles of European Tort Law」における「原理 principles」という語の使用は誤っており、PETL1：101条１項に含まれる基本規範でさえ「原理」ではなく「ルール」だと言う。

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、Koziol が Bydlinski の上述の区別を十分に認識していないことによる。そのことは、Bydlinski[54] が本来の意味における動的体系でない例として挙げる被用者責任法（DNHG）２条[55] を、Koziol[56] が動的体系論による立法の例として挙げることからも窺える。作業グループのメンバーである Ernst Karner も、動的体系 vs 法的安定性、固定的ルール vs 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[57]。しかし、本稿では、便宜的に「動的体系論による立法」という用語を使い続けることにする。

折衷草案（FE）も、本来のものではない動的体系論を採用している。たとえば、注意義務に関する FE1296条１項[58] の定式は、DE1296条１項の定式とあまり異ならない[59]。折衷草案は動的体系論を採用していないとされるが（Ⅰ）、それには、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ようである。

２ 「動的体系論による立法」に対する批判

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 Reischauer は、討議草案を次のように厳しく批判する[60]。

まず、「保護される利益」に関して。DE1293条２項は、空虚な定式 Leerformel 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中心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

54）Bydlinski, a.a.O., in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, S.12.

55）DNHG２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及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付いている責任の程度。
2. なされている仕事と結び付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付いているか否か。

56）Koziol, a.a.O., Rn.14, in: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, S.28.

57）Ernst Karner, Gesetzgebungstechnik und Schadenersatzreform, in: Hannes Jarolim（Hrsg.）, Reform des Schadenersatzrechts, Dialog im Parlament, Band 4, 2012, SS.10-11.

58）FE1296条（1）一般論として、個別事例の事情に従い、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、状況の危険性、当事者間の近接関係、危険回避の可能性、及び、活動の非利己性も顧慮すべきである。

59）Kathrein, a.a.O., S.253も、注意義務に関しては、折衷草案が討議草案と動的体系論に依拠していることを認めている。

60）Rudolf Reischauer, Reform des Schadenersatzrechts?, in: Reischauer/Spielbüchler/Welser（Hrsg.）, Reform des Schadenersatzrechts, Band II, Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, 2006, SS.23ff. 同書所収の他の諸論文の批判も、討議草案の法的不安定性を指摘するものが多い。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ため、本稿ではこの程度の紹介にとどめておく。

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ず、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。

違法行為に関するDE1295条１項に対しても、同旨の批判が加えられている。

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、憲法に反する仕方で、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、唖然とさせられる[61)]。

3　「動的体系論による立法」の評価

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、動的体系論の主唱者の１人であるSchilcherも指摘するところである[62)]。実際、「保護される利益」について両者が示す基礎評価（PETL2：102条(2)-(4)、DE1293条(3)）は、要件・効果が明確な固定的ルールの形をとっておらず[63)]、「要求される注意基準」については、DE1298条が純粋財産利益・債権の保

61）Helmut Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, S.786；コツィオール「前掲論文（2・完）」民商143巻６号630頁；Karner, a.a.O., S.15.

62）Schilcher, a.a.O., in: FS Canaris, SS.1316-1317；ders, a.a.O., in: FS Koziol, SS.883-885. Koziol, a.a.O., JBl 2006, S.782も、作業グループが、固定的ルールを定式化できるという希望をあまりにも早く捨てた結果として、動的すぎる規範を不必要に起草したことを認めている。山本周平「前掲論文」民商143巻６号642頁におけるKoziolのコメントも参照。

63）基礎評価は固定的ルールの形をとらなければならないことについては、Bydlinski, a.a.O., in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System

護について基礎評価を定めるのみである[64]。

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[65]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[66]）を取り上げるが、同様のことは、反対草案（GE[67]）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、それゆえ一連の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提示しなければならないとすれば、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採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、基礎評価を提示することに対し、消極的になったと見られる。Koziol は、上述の批判の中で、「将来における社会的・技術的・経済的発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おこなう妨げとなる」と述べている[68]。

他方で、一般条項による立法スタイルに対する批判もここで見ておく。批判の対象となるのは、

---

des Rechts, S.17.

64）Gerhard Wagner, Reform des Schadensersatzrechts, JBl 2008, SS.3-4は、DE 1293条をより明確にするために、絶対権（生命・身体・健康・自由・所有権・制限物権・知的財産権）を列挙すべきことを説く。「動的体系論による立法」一般については、SS.21-22を参照。なお、余談であるが、「損害賠償」は、オーストリア法では “Schadenersatz”、ドイツ法では “Schadensersatz” と表記する。

65）直後に出てくる一般条項による立法スタイルに対する批判も含め、コツィオール「前掲論文（1）」民商143巻４・５号446-452頁；Karner, a.a.O., SS.11-13.

66）BGB823条（1）故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対して、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。
（2）他人の保護を目的とする法規に違反した者も同一の義務を負う。法規の内容によれば、その法規の違反が過責なくして可能な場合には、過責がある場合にのみ、賠償義務が生じる。
826条 良俗に反する仕方で他人に故意に損害を加えた者は、その他人に対して賠償する義務を負う。

67）GE1295条（1）何人も、加害者が彼に有責に加えた損害の賠償を、その加害者に要求する権利を有する。損害は、契約義務の違反により又は契約に基づく関係なくして惹起されうる。加害が賠償に対する権利を基礎づけるか否かは、以下の諸項に従って判断されるべきである。
（2）特定の人のために存在する、契約上の義務又は法規もしくは法律行為に基づくその他の義務に違反した者は、その義務違反から生じる損害に対して責任を負う。
（3）生命、身体、健康、自由、所有権その他の絶対権を違法に侵害した者は、その被害者に対して、これにより生じた損害について責任を負う。
（4）ある者が、彼に対して存在する義務違反によらず（第２項）、且つ、第３項に挙げられた諸権利の彼自身に生じた侵害の結果としてではなく、惹起された損害を被った場合には、加害者は、この損害を予防しようとする保護法規に違反した場合（第1311条）又は法規が特に規定する場合にのみ、賠償を行わなければならない。
（5）良俗に反する仕方で意図的に損害を加えた者は、必ず賠償を行わなければならない。ただし、これが権利の行使においてなされた場合には、他人を加害する目的が明らかに凌駕していたときにのみ、同様とする。
（6）過責なくして責任が生じるのは、法規がこれを指示する場合のみである。

68）コツィオール「前掲論文（1）」民商143巻４・５号450頁。

現行オーストリア民法典（ABGB[69]）やフランス民法典[70]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、純粋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[71]。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。

Ⅳ　結　語

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[72]。

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だろう。

ところで、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[73]と国内法の判例・学説に基づく

69）ABGB1295条（1）何人も、加害者が彼に過責によって加えた損害の賠償を、その加害者に要求する権利を有する。損害は、契約義務の違反により又は契約に基づく関係なくして惹起されうる。
（2）良俗に反する仕方で意図的に損害を加えた者も、それに対して責任を負う。ただし、これが権利の行使においてなされた場合には、権利の行使が他人を加害する目的を持っていたときにのみ、同様とする。

70）フランス民法1382条 他人に損害を惹起する人の任意の行為はすべて、そのフォート faute によってその損害を生じさせた者に、その損害を賠償する義務を負わせる。

71）大久保邦彦「前掲論文」神戸学院法学31巻２号553-555頁。

72）動的体系論と固定的構成要件の関係については、Lothar Michael, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der “beweglichen Systeme”（Wilburg）, 1997, SS.115-124.

73）Zweigert/Kötz の「制度比較」に対して、かかる機能的比較法の方法は「要素比較」と呼ばれる（大久保邦彦「前掲論文」国際公共政策研究17巻１号28-30頁）。

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、さらに研究を重ねたい。

最後に、本稿の検討から、「原理」には、Alexy のいう「最適化命令としての原理」（対象レベルの原理）と、衝突する対象レベルの原理間の調整を行うメタ原理とがあることが判明した。それ以外の「原理」が存在するか否か、それらの原理は相互にどのような関係に立つかについても、将来の研究に委ねたい。