



Title	「法の内的体系」鳥瞰図
Author(s)	大久保, 邦彦
Citation	阪大法学. 2023, 73(2), p. 242-213
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/92382">https://doi.org/10.18910/92382</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# 「法の内的体系」鳥瞰図

大久保 邦彦

私たちは日々の時間を生きながら、自分の身のまわりで起きていることについて、その時々の評価や判断を無意識ながら下しているものです。また現在の社会状況に対する評価や判断を下す際、これまた無意識に過去の事例からの類推を行ない、さらに未来を予測するにあたっては、これまた無意識に過去と現在の事例との対比を行なっています<sup>(1)</sup>。

歴史家が本当に関心を持つのは特殊なものではなく、特殊なもの内部にある一般的なものだ。……歴史家は特殊のなかに普遍を見ている、そういうことを無意識にやっている<sup>(2)</sup>。

「大嘘」「二度と謝らないための」云々といった刺激的な言葉を冠した近現代史の読み物…では…カタルシス〔無意識の意識化〕が…得られない<sup>(3)</sup>。

(加藤陽子〔歴史家〕『それでも、日本人は「戦争」を選んだ』より)

## I はじめに

本稿は「法の内的体系」、特に「私法の内的体系」を鳥瞰することを目的とする。

わが国では民法学の泰斗である我妻栄や星野英一がこのテーマに取り組んだが、自由に意思する人間の共同生活、人間の尊厳、平等、精神的自由、取引安全、健康で文化的な生活といった「抽象的命題」と「個別事件における具体的価値判断」との架橋に失敗し、内的体系をうまく描き出すことができなかった<sup>(4)</sup>。そして最近では、実定法としての民法と基本原則との関係に関心が寄せられるこ

[1]

「法の内的体系」鳥瞰図

と自体がほとんどない<sup>(5)</sup>。しかし、立法や裁判などの諸決定間の整合性を追求し、法の一貫性 (integrity) を確保するために、かかる作業は不可欠である (後述)。そこで本稿では、この問題につき蓄積のあるドイツ法圏の学説、特にオーストリアのビドリンスキー (Franz Bydliniski) の見解を参照して、「法の内的体系」の鳥瞰図を描くことを試みたい (図式的には、後出の「基底的法原則」という表現にも見られるように、抽象的命題が具体的価値判断を下から支える、という捉え方も可能であるが、本稿では、法理念・基底的法原則といった抽象的命題が上にあり、それから下位の法原理や基本思想・立法趣旨・法ルール・具体的価値判断が導かれる、という捉え方をしている)。

その際、種々雑多な具体例を挙げて論述を進めていくが、本稿の目的は、抽象的命題にはどのようなものがあるかや、具体的事例に関する解釈論 (具体的価値判断) の当否を示すことにはなく、抽象的命題が具体的価値判断を基礎づける意味連関の構造を解明することにある。つまり、本稿の主眼は、対象レベルではなく方法レベル (メタレベル) の議論に置かれており、具体例に関する議論の内容を読者が支持しない場合にも、その議論の仕方についてはコンセンサスを調達できると考えている。

## II 法の外的体系と内的体系

わが国で法の内的体系について最も詳細に論じているのは青井秀夫だと思われる。そこでまず、青井に耳を傾けることにする (本文中で引用する頁数は、青井秀夫『法理学概説』のものである)<sup>(6)</sup>。

### 1 外的体系

内的体系と対になる概念は「外的体系」である。外的体系は、「言語や論理からなる構造的まとまり」(362頁)、「視覚的に捉えうる形態で形成されている部分」、「法典中の目に見える全体的編成」(367頁)である。たとえば、民法典の目次を開けば、編・章・節・款・目というツリー型の外的体系を目にすることができる。

外的体系には①「見渡し可能性」と②「法規制の実施確実性」という2つの効用がある。まず、外的体系の存在によって、①容易に見渡しをたい法領域全体を見渡すことが可能となる。そして、そのことにより、②情報処理能力に限界のある法的当事者による問題の把握・整序・記憶の保持が容易になり、法規制を実施する上での確実性が高められる(368頁)。

## 2 内的体系

内的体系は、「外的体系の表現形態を内部で支えている重要な深層構造」(368頁)であり、「評価や価値判断などからなる連関の部分」(362頁)である。外的体系は「水面上の目に見える層」であるのに対して、内的体系は「水面下で外的体系を支えている」(362頁)。

内的体系の把握は容易でないが、青井は、抽象的法命題の間に見られる内容論理的関係を、①原理的統括の連関、②目的論的連関、③条件的連関、④評価の階層連関の4つに分けて論じている(368-374頁)。以下では、①原理的統括の連関の部分のみを紹介する。

①原理的統括の連関につき、青井は次のように述べる(369頁)。法命題(Rechtssatz)とは要件と効果からなる「法ルール」のことであり(345頁)、「システム=体系」と考えておけばよい(616頁)。

立法者が法命題システムを形成するためには、まず、そのうちもっとも基本的な少数の問題のそれぞれについて、問題性のある程度はつきりと把握するとともに、あれかこれかの代替的な解決策のうちでどの解決策をとるかを決めなければならない。それを決めることによって、当該システムを貫く基本思想・一般原理の採択がなされることになる(このようにシステムの出発点となる基本的な問題について、併存している複数の基本的解決策のうちからある特定の解決策を選択するとき、そこで決定された基本的解決方針が法原理または基本思想といわれるものである)。法原理はその法命題システムを構成し、システム全体を統括する機能を発揮する。

「複数の基本的解決策のうちからある特定の解決策を選択する」具体例として、青井はまず刑法の例を挙げる。それによると、(i)個別行為を罰するか人格を罰するか、(ii)責任ある者を罰するか社会的に危険性ある者を罰するか、という2つの問いにどう答えるかによって、 $2 \times 2 = 4$ つの刑法システムが考えられるが、(i)個別行為か(ii)責任ある者を罰する(i)個別行為主義と(ii)応報的責任主義の組合せが伝統的なシステムである(370頁)。本稿では、このような部分システムの基本的解決方針を(この例では刑法の)「基本思想」と呼ぶことにする。

次に、市民法のシステムを担う原理として、青井は、自己決定、自己責任、取引保護・信頼保護、他人の人格領域・自由領域の尊重、不当利得の返還を挙げる。また、より小さな市民法のサブシステムを担う原理として、債権法での契約自由の原理、物権法での公示の原理を挙げ、さらに小さなサブシステムについても、不法行為・不当利得・債務不履行等の「それぞれの統一性を創出している諸原理」を挙げることができるとする(371頁)。「それぞれの統一性を創出している諸原理」は「基本思想」と同義と考えてよいだろう(本稿では、この段落の「システム」「サブシステム」を「法領域」「法制度」とも表現するが、これらはさまざまなサイズで観念できる)。

また、憲法を担う諸原理として、民主主義、自由主義、三権分立制、基本的人権の諸原理、平和主義を挙げる。そして、基本的人権の原理や原則を定める諸規範が、個別分野の法規制に対してどの程度の有効射程を有するものであるかは近時のホットな論争テーマとなっているとして、山本敬三や小山剛の論文を引用する(371頁)。

そして最後に、「以上の諸原理の背後にあって法秩序全体を担っている一般的な法の原理として、正義、合目的性、法的安定性などの法理念を考えなければならぬ」と述べる(371頁)。

### Ⅲ 法原理

#### 1 法原理＝「最適化命令としての原理」＋「基本思想」

青井は、法原理は法命題システムを構成し、システム全体を統括する機能を発揮すると述べるが、青井の「法原理」には、少なくとも次の2つが含まれている。

まず、アレクシー（Robert Alexy）のいう「最適化命令としての原理」である。アレクシーによると、原理とは、あることが、法的可能性と事実的可能性に相関的に可能な限り高い程度で実現されることを命じる規範である。<sup>(7)</sup>Ⅱ2で青井が挙げた法原理のうち、自己決定、取引保護・信頼保護、他人の人格領域・自由領域の尊重、契約自由の原理、基本的人権の諸原理、平和主義、正義、合目的性、法的安定性は、「最適化命令としての原理」としての性質を持つ。あること（正義〔他人の人格領域・自由領域の尊重、基本的人権〕、合目的性、法的安定性〔平和、取引保護・信頼保護〕）が、可能な限り高い程度で実現されることを命じているからである。

次に、Ⅱ2で「基本思想」と呼ぶことにした部分システムの基本的解決方針である。刑法の伝統的システムである個別行為主義・応報的責任主義、物権法での公示の原理、不法行為・不当利得・債務不履行等の「それぞれの統一性を創出している諸原理」は「基本思想」としての性質を持つ。

「法原理」と呼ばれるものの中で「最適化命令としての原理」と「基本思想」とを区別することが、明晰な議論を行うためには必要である。

#### 2 「最適化命令としての原理」と「基本思想」の関係

「最適化命令としての原理」と「基本思想」とは、どのような関係にあるか。この問題については、不法行為法に関して論じたことがある。それによると、「原理」には、「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」とがあるが、このうち「メタ原理」が本稿の「基本思想」に対応する。<sup>(8)</sup>

潮見佳男は、「わが国の不法行為制度の中核をなしているのは、①被害者の権利の価値を回復させる（金銭により権利の価値を実現する）ことによる保護と、②行為者（加害者）の行動自由の保障である」と述べることにより<sup>(9)</sup>、「権利は可能な限り高い程度で保護されるべきだ」とする要請と「行動自由は可能な限り高い程度で保障されるべきだ」とする要請とが衝突しているという不法行為法の基本的な問題構造を的確に把握している<sup>(10)</sup>。この問題の解決策としては、原因主義（結果責任主義）、過失責任主義、危険責任主義等が考えられるが、立法者は、不法行為の基本的な要件・効果を定める民法709条において、このうち過失責任主義を採用するという決定をしている<sup>(11)</sup>。このように過失責任主義は、衝突する対象レベルの原理間の調整を行う「メタ原理」であると同時に、不法行為の「基本思想」を示している。権利保護や行動自由の保障とは異なり、過失が追求されるべき価値でないことから、過失責任主義が「最適化命令としての原理」でないことは理解できるであろう。

山本敬三は、「民法の対象となる法律問題は、通常、当事者間で広い意味での権利が衝突する場合に生ずる」、「厳密にいうと、権利そのもの——たとえば所有権——の尊重を要請する規範も、原理である。その意味で、権利の衝突自体、原理の衝突としてとらえられる」と述べる。「権利そのものの尊重を要請する規範」は「権利は可能な限り尊重されるべき」だとする「最適化命令としての原理」であろう。そして、山本は、無権代理のケースにつき、権利の衝突を調整する「調整原理」として意思原理と信頼原理を挙げる。「調整原理」は「メタ原理」に相当する。ただし、意思原理を「意思の尊重を要請する規範」、信頼原理を「信頼の尊重を要請する規範」と説明しており、それが「意思・信頼は可能な限り尊重されるべき」ことを意味するのであれば、その内容は「最適化命令としての原理」と異ならない<sup>(12)</sup>。しかし、「調整原理」となるのは、「法律は、…当事者の内心の意思を重んじてこれに法律効果を与うべきか、あるいは、表示によって推断される意思を中心とすべきか、という自由を有する。これが、意思表示の効果に関する意思主義と表示主義の問題である」<sup>(13)</sup>（我妻栄）という用語法における意思主義・表示主義である。したがって、山本の意味原理・信頼原理は、「意思がより尊重されるべき」「信頼がより尊重されるべき」

だとする規範と理解すべきである。「〇〇が尊重されるべき」だという場合には、「〇〇が可能な限り尊重されるべき」なのか（最適化命令としての原理）、  
「〇〇がより尊重されるべき」なのか（調整原理）を区別することが必要である。

明晰な議論を行うためには、「調整原理」「メタ原理」については「原理」という語を用いずに、「基本思想」「〇〇主義」という用語法を用いることも考えられる（以下、本稿ではこの用語法に従う。したがって、単に「法原理」というときは「最適化命令としての原理」を意味する）。この用語法によると、たとえば、最適化命令としての「自由原理」と基本思想としての「自由主義」を区別することも可能になる。「自由原理」は、自由が可能な限り高い程度で実現されることを命じる規範であるのに対して、「自由主義」は、自由原理と他の原理との衝突について、自由をより尊重する解決方法を意味する。

もっとも、「最適化命令としての原理」と「基本思想」の区別は時として微妙である。Ⅱ 2で青井の見解を紹介する際に、憲法を担う諸原理として、民主主義、自由主義、三権分立制、基本的人権の諸原理、平和主義を挙げ、Ⅲ 1でこのうち基本的人権の諸原理、平和主義は、「最適化命令としての原理」としての性質を持つと述べたが、青井は同所で、権力国家では、全体主義、権威主義、権力集中主義、人権の圧殺といった基本方針が採用されることもあると述べている。<sup>(14)</sup>自由国家と権力国家という対比においては、基本的人権の諸原理、平和主義を「基本思想」と考える余地もあるが、基本的人権や平和は追求されるべき価値であるから、Ⅱ 2では「最適化命令としての原理」と位置づけておいた。

#### Ⅳ 法理念 (Rechtsidee)

「最適化命令としての原理」の頂点に位置する法理念に目を向けることにしよう。法理念としては、通例、正義 (Gerechtigkeit)、法的安定性 (Rechtssicherheit)、<sup>(15)</sup>合目的性 (Zweckmäßigkeit) の3つが挙げられる。法理念としてこの3つを挙げることについては異論があるが、<sup>(16)</sup>本稿では内的体系の構造を

示すことに主眼があるので、この問題には立ち入らない。頂点が複数あるという前提が受け容れられれば、後の論述に影響しない。

しかし実は、頂点が1つしかなくても価値は衝突し合う。たとえば、法理念として生命尊重という正義理念しか存在しないとしても、各人の生命尊重の要請は衝突しうる。古くからカルネアデスの板で知られる緊急避難の問題やトロッコ問題は、自動運転車のプログラミングに関して現実の問題となっている<sup>(18)</sup>。

以下では、法理念として、正義・法的安定性・合目的性の3つがあることを前提にして、論述を進める。内的体系の頂点に位置づけられるものが3つあるので、内的体系はツリー型の体系ではありえないことがまず分かる。

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の論争を「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〔1976〕113頁<sup>(19)</sup>）。しかし、小山の批判は外的体系には妥当するが、価値は衝突し合うものであるから、単一最高の価値は存在しない。内的体系についてツリー型の体系にこだわると、そこで壁にぶち当たる。

星野英一は、内的体系のレベルにおいて、客観的妥当性を認められた価値を捉える際に、最も根本的・高次の価値を追求する一方で、ごく具体的な価値（判断命題）を把握し、両方から推し進めて、「価値のヒエラルヒア」を構築しようとしたが、うまくいかなかったのも、ツリー型の体系にこだわったからであろう。平井宜雄は、価値が問題である以上、常に対立する価値がありうるので、価値については「ヒエラルヒア」はありえず、「コンフリクト」しかありえないと批判した<sup>(20)</sup>。しかし、Vで述べるように、「原理層（Prinzipien-schicht）」という「価値のヒエラルヒア」を観念することは可能であるし、次の1で述べるように、複数の価値が同一の法律効果を基礎づけることもある。「ヒエラルヒア」か「コンフリクト」かという二者択一は単純すぎる。

## 1 判例の法的拘束力

正義・法的安定性・合目的性が同一の法律効果を基礎づける例として、判例の拘束力の問題を取り上げる。<sup>(22)</sup>判例に法的拘束力があるか否かという問いについては争いがあるが、<sup>(23)</sup>ビドリンスキーは3つの法理念を援用して、制定法の拘束力には及ばない「補充的な拘束力 (die subsidiäre Bindungskraft)」を先例に認める。<sup>(24)</sup>

まず、正義は「等しいものを等しく取り扱う」ことを求める。<sup>(25)</sup>したがって、先例と同種の事件に異なる解決を与えるのは、正義に反する。次に、法的安定性は、法が安定していること、先例が忠実に適用されることを求める。先例が適用されないと、裁判の結果に対する予測や期待が裏切られる。最後に、先例に従うと、裁判所は一から考える必要がなくなるので、権利保護装置である裁判所のサービスという稀少な財を効率的に使うことができ、合目的的である。

## 2 時際法

しかし、正義と法的安定性はしばしば衝突する。その例としてまず時際法の問題を取り上げる。

山田晟は、制定法の改正につき、「法が正義にかけるところがあっても、それがはなはだしいものでなく、これを改正することが非常に法的安定性を害するような場合には、法的安定性を重んずべきであろうし、法の不正がいちじるしい場合には法的安定性を犠牲にして正義を採らなければならないだろう」と述べる。<sup>(26)</sup>

四宮和夫は、制定法の「時に関する効力」につき、「新しく制定された法律は、既得権の尊重ないし法的安定性の要求に基づき、それ以前に発生した事実にかかのぼって適用されないのが原則である。……ただ、既得権を害しない場合や、既得権をある程度侵しても新法をかかのぼらせる道徳的ないし政策的必要のある場合には、この原則に対する例外の認められることがある。民法改正法(昭22法222)の附則4条は、かような見地から、原則として遡及効を認めている」と述べる。<sup>(27)</sup>昭和22年の民法改正法は、戦後に「個人の尊厳と両性の本質的平等」(憲法24条2項、民法2条)に立脚して行われた家族法改正を内容

「法の内的体系」鳥瞰図

とするものである。<sup>(28)</sup>「個人の尊厳と両性の本質的平等」は正義の要請なので、この例では正義と法的安定性の衝突が、正義の優位に解決されたことになる。

### 3 未成年者

正義と法的安定性が衝突する別の例として、未成年者を画一的に制限行為能力者と扱う制度を挙げうる。正義は「等しくないものを別個に取り扱う」ことを求めるので、<sup>(29)</sup>未成熟者については各人の成熟度に応じて別個に取り扱うことを要求するはずである。しかし、個人の成熟度の測定には問題があるだけでなく、多数の人に対し測定を実施するのはそもそも不可能であり、また測定結果を取引の相手方に信頼できる形で知らせることもできないため、法的安定性（取引安全）は画一的に一定の年齢で区切ることを要求する。この例では正義と法的安定性の衝突が、法的安定性の優位に解決され、「等しくないものが等しく取り扱われている」。<sup>(30)</sup>ただし、実際には段階的な規律と見うる制度もある。

### 4 正義の要請にのみ基づく諸制度

ラートブルフは、裁判官の独立（ドイツ基本法97条1項、日本国憲法76条3項）、あらかじめ弁護の機会を与えないで終局的な処罰をすることを許さないこと（ドイツ基本法103条1項、日本国憲法<sup>(31)</sup>31条）は、純粋な正義の要請だと<sup>(32)</sup>する。

ビドリンスキーも、正義の要請である人間の尊厳のみによって、強姦の禁止、自白を得るための拷問の禁止、権利能力平等の原則、名誉の保護を基礎づける。カントは、「自分の人格のうちにも他の誰もの人格のうちにもある人間性を、自分がいつでも同時に目的として必要とし、決してただ手段としてだけ必要としないように、行為しなさい」と述べているが、<sup>(33)</sup>強姦は性的満足、拷問は行為者の犯罪証明を得るために他人を手段として用いているからである。<sup>(34)</sup>

### 5 調整問題

右側通行か左側通行かのように、どちらかに決めればよい調整問題（coordination problem）は、法的安定性の要請であり、正義・合目的性はそれに関係

しない。<sup>(35)</sup>長谷部恭男は「日本やイギリスでは、車は道路の左側、アメリカやヨーロッパ大陸諸国では、右側を通ります。どちらが道徳的により正しいとか、どちらが人間工学的に見てより適切ということはないでしょう」と述べる。<sup>(36)</sup>

## 6 小 括

以上のように、法理念がある法制度を基礎づける方法については、1つの法理念だけで法制度が基礎づけられる場合（4・5）、複数の法理念が協働して法制度を基礎づける場合（1）、複数の法理念の衝突につき一方を優先させて法制度が基礎づけられる場合<sup>(37)</sup>（2・3）など、いくつかのパターンがある。

正義は「等しくないものを別個に取り扱う」ことを求めるが、法ルールにおいては、要件の充足・不充足によって効果の発生・不発生が決まるので、各要件（3では未成年者〔日本民法4条〕）は「等しくないとして別個に取り扱う」規準を示している。そして、その規準の妥当性が、法原理に照らして判断される。規準が妥当でない極端な例として、たとえば、誕生日が奇数の者は18歳をもって、偶数の者は20歳をもって成年（行為能力者）とする規律を挙げうる。妻を無能力者（制限行為能力者）とする昭和22年改正前民法14-18条が削除されたのは、「妻」という規準が「個人の尊厳と両性の本質的平等」という正義の要請に反していたからである（2）。

## V 基底的法原則（fundamentale Rechtsgrundsätze）

以上の叙述からも分かるように、正義・法的安定性・合目的性はさまざまな要請を含んでいる。正義は「等しいものを等しく、等しくないものを別個に取り扱う」ことを求めるが、この定式によると、等しく人間であることに基づいて、人間の尊厳、個人の尊厳、生命の尊重、基本的人権（行動自由、精神的自由、健康で文化的な生活）の尊重、（両性の本質的）平等などが要請される。次に、法的安定性は、法が安定していること、先例が忠実に適用されること、平和、既得権の保護、信頼保護、取引安全などを要請していた。最後に、合目的性は、効率性を要請していた。

この問題に関し、ビドリンスキーは、法理念として正義・法的安定性・合目的性の3つを挙げ、法理念の<sup>(38)</sup>すぐ下の原理層において（価値のヒエラルヒア！）、公法や私法といった限られた法領域についてではなく、すべての法ルール・事態に<sup>(39)</sup>作用する基底的法原則として、以下の①～⑫の12個の法原理を認めている。基底的法原則として①～⑫の法原理を認めることや、その内容・分類については異論がありうるが、本稿ではかかる対象レベルの議論には（若干の例外を除いて）<sup>(41)</sup>立ち入らない。

## 1 正義の下層に位置する基底的法原則

### ① 基本的な人格的利益の保護

各人は、万人に対して、自己の生命・健康・身体的完全性・人間の尊厳に対する尊重を求めることができる。生命保護・人間の尊厳は「基本的な人格的利益の保護」原理の下位原理と位置づけられており、正義／基本的な人格的利益の保護／生命保護・人間の尊厳という3つの原理層からなる「価値のヒエラルヒア」を確認することができる。<sup>(42)</sup>

人間の尊厳は「自己責任の原則」<sup>(43)</sup>を基礎づける。Aの投石の結果、Bが怪我をした場合、Bの怪我が石に帰責されないのは、石には尊厳がなく、石はAによって外的な原因を与えられたにすぎないからである。他方、人間には尊厳があり、因果的連関に対する洞察能力を有し、独自に因果的経過に介入することができるので、洞察に基づく介入の結果（Bの怪我）がAに帰責される。<sup>(44)</sup>

### ② 自由原理（Freiheitsprinzip）

各人は、その都度の諸事情の下で、万人の平等な自由と両立しうる最大限の（人格的・経済的）自由を求めることができる。<sup>(45)</sup>これはロールズ（John Rawls）の正義の第1原理（平等な自由原理）<sup>(46)</sup>に相当する。

### ③ 分配的正義（austeilende Gerechtigkeit）

分配的正義と⑥調整的正義の区別は、アリストテレスに由来する。<sup>(47)</sup>分配的正義は法設定者に向けられた要請であり、法設定者は、法的な権限と義務、財貨

と負担、危険と機会を、「等しいものを等しく、等しくないものを別個に取り扱う」という定式に従って分配しなければならない。<sup>(48)</sup>

#### ④ 最低限度の生活保障 (Existenzminimum-Prinzip)

各人には、最低限度の必要な財貨・サービスが確保されなければならない。<sup>(49)</sup>

「最低限度の生活保障」原理と⑤格差原理は、「社会的正義原則」として包括<sup>(50)</sup>されている。

#### ⑤ (修正版) 格差原理 (Differenzprinzip)

より不利なグループの経済的財貨の配分が再分配によって改善されるべきなのは、より不利な者の長期的な見通しが再分配によって悪化せず、かつ、再分配による受益者が社会における財貨の平均的な配分を超えて受益することなく再分配が可能<sup>(51)</sup>な限りにおいてである。この(修正版)格差原理は、ロールズの正義の第2原理の前半部分(格差原理)<sup>(52)</sup>を修正したものである。<sup>(53)</sup>

#### ⑥ 調整的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit)

各人は、正統に (legitim) 存在する財貨配分関係を尊重しなければならない<sup>(54)</sup> (⑧も参照)。調整的正義は、後述のように、特に契約法・不法行為法・不当利得法において作用する。<sup>(55)</sup>

## 2 法的安定性の下層に位置する基底的法原則

### ⑦ 法的安定性一般<sup>(56)</sup>

「法的安定性」概念に統合される諸観念は多様だが、以下の(a)~(e)の5つの部分要請に区別できる。ここでも「価値のヒエラルヒア」を確認することができる。また、(d)(e)は、⑨国家機構を暗黙の前提<sup>(57)</sup>にしている。

#### (a) 法的明確性 (Rechtsklarheit)

法／権利状況 (Rechtslage) は容易かつ信頼できる形で認識できるべきである。法的機関による個別の裁判も予見できるべきである。

「法の内的体系」鳥瞰図

(b) 法の持続性 (Rechtsstabilität)

不必要な法改正 (朝令暮改) は避けられるべきである。この要請は(a)にも関連する。

(c) 法への接近可能性 (Rechtszugänglichkeit)

日常的・一般的に承認されている評価や行動様式が特定の生活事実関係や問題状況について認識可能な形で存在するときは、法は可能な限りその評価や行動様式を指向して形成されるべきである。<sup>(58)</sup>

(d) 法的平和 (Rechtsfrieden)

法／権利状況は抵抗する者に対して総じて有効に貫徹され、社会における恣意的な実行使は抑制されるべきである。

(e) 法／権利の貫徹 (Rechtsdurchsetzung)

法／権利を貫徹するためには、司法制度が必要である。

⑧ 既得権の保護による法的安定性<sup>(59)</sup>

無主物先占または既存の規範的秩序に従って取得した外界の財貨に対する各人の権利は尊重されるべきである。既得権保護の眼目は、一旦確立しかつ規範的に正しく行われた財貨帰属を、その規範的秩序に含まれている基本評価によっては支持できない単なる攻撃や欲望から国家が防禦することにある。<sup>(61)</sup> 国家が既得権を少なくとも原則的に保護する任務を真剣に引き受ける場合にのみ、「法的安定性」の著しい利得が与えられることになる。<sup>(62)</sup>

ビドリンスキーはこのように述べるが、かかる見解の基礎には、ノージック<sup>(63)</sup> (Robert Nozick) の権原理論とそれに対する批判がある。<sup>(64)</sup> ノージックは、ロック (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保有物の先占 (原始取得) に関する先占の正義の原理、②保有物の移転 (承継取得) 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匡正の原理、という3つの原理からな

るが、要は、先占・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貨帰属は、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。

権原理論に対して、ビドリンスキーは種々の批判を加えるが、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。現在の財貨帰属は、それまでの個人や集団の偶発的な決断や行為（例、誰も住んでいない土地に移住しようという決断、財貨移転過程に関与した全員の調整されていない交換という決断）の所産であるところ、そのような「自生的な」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、正義は個人々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。仮にすべての先占・譲渡が先占・移転の正義の原理にかなっていたとしても、結果として生じた財貨帰属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、各人への財貨帰属は尊重されるべきだという観念をノージックは有しているし、その観念は法的安定性の見地から必須である。こうして財貨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。このようにビドリンスキーは説明するのである。<sup>(65)</sup>

#### ⑨ 国家機構による法的安定性

社会においては、規範を設定する権限と規範を貫徹する現実の力を持つ最高の「実定的な」法的権威（国家権力）が、「最高の実定的法規範」によって創出されるか、その規範設定行為に人々が従うことによって承認されるべきである。<sup>(66)</sup>

### 3 合目的性の下層に位置する基底的法原則

#### ⑩ 最も一般的な意味における合目的性 = 適合性（Geeignetheit）

法ルールは、それが追求する個別の目的を実現するための適合的な手段として形成されなければならない。規範設定者が、諸々の基底的法原則を最適に調整して、可能な限り明確で具体的な目的を設定することが、その不可欠の前提

「法の内的体系」鳥瞰図

となる。<sup>(67)</sup>

⑪ 効用 (Utilität) としての合目的性：功利主義 (Nützlichkeitsprinzip)

功利主義は法設定機関に対する要請である。法の内容は、その都度実際に制定された規範の帰結が、他の考えるすべての選択肢の帰結よりも、すべての関係者の福祉にとって総じてよりよいものであるように決定されなければならない。<sup>(68)</sup>

⑫ 経済的効率性 (wirtschaftliche Effektivität) としての合目的性

経済的効率性とは、社会の規範秩序は、必要な経済的財貨をできる限り包括的にかつ費用面で有利に配置することを志向すべきだとする指導的観念である。<sup>(69)</sup> 規範設定の際には、稀少な資源の浪費を防止する経済的効率性が追求されなければならない。たとえば、バスやタクシーで行ける30キロメートル離れた場所に一度行くために自動車を購入するのは、確かに目的に適合しているが、一般の用語法によると「合目的」とは言えない。目的達成に不可欠ではないにもかかわらず他者の自由を不必要に広範に侵害する規範も、同じく「合目的」とは言えず、比例原則違反ないし過剰介入となる（合目的性と正義の衝突が正義の優位に解決される）可能性が<sup>(71)</sup>ある。

## Ⅵ 不法行為法の内的体系

### 1 序説

これまでの検討で、「法原理」と呼ばれるものの中には、少なくとも「最適化命令としての原理」と「基本思想」があること（Ⅲ）、「最適化命令としての原理」の頂点には、正義・法的安定性・合目的性という3つの法理念があること（Ⅳ）、法理念のすぐ下の原理層には、すべての法ルール・事態に作用する基底的法原則があること（Ⅴ）を示した。道具立てがかなり揃ったので、以下では、債権の発生原因に関する3つの法領域の内的体系を素描することにした。最初に、別稿で<sup>(72)</sup>検討した不法行為法の内的体系を紹介する。それは主にビ

ドリンスキーの見解に依拠したものであるが、日本法のそれとあまり異ならないだろう（不法行為法原理として挙げられるものには大差がなく、原理衝突の調整方法が異なるにすぎない）。いずれにしても、不法行為法の内的体系の内容の当否よりも、その構造の一例を示すことに主眼がある。

## 2 不法行為法の内的体系

まず、各人は、自己の生命・健康・身体的完全性・人間の尊厳に対する尊重（基本的な人格的利益の保護）と、最大限の平等な自由を求めることができる（自由原理）。他方で、各人は種々の財貨（物・他人の行為）に対して欲求（利益）を持つ存在であるが、外界に存在する物の多くは稀少であるため、利益対立は不可避である。そこで、法的安定性のために必要とされた「国家機構」は、利益対立を解消し「法的平和」を確立するために、物権法・知的財産法などの財貨帰属法、契約法・相続法などの財貨移転法を定めることにより、<sup>(73)</sup>各人の利益領域を画定する<sup>(74)</sup>。そして、財貨帰属法・財貨移転法によって認められた外界の財貨に対する各人の権利は、「既得権として保護」される。

このようにして人格的利益と物的財貨の帰属者が決まるが、それらの権利・法益が侵害されると損害と評価される。そして、損害の填補を目的とするのが不法行為法である。「自己責任の原則」により行為の結果が行為者に帰責される点で不法行為法と刑法は共通するが、目的（帰責のされ方）の違いによって不法行為法は刑法から区別される。損害填補を要求するのは、人格的利益が侵害された場合には「基本的な人格的利益の保護」原理であり、物的財貨が侵害された場合には「既得権保護」原理である。また、もし損害が填補されないとするならば、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貨帰属に反して享受できることになるので、法的な財貨帰属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）、<sup>(75)</sup>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、「結果責任」は潜在的加害者の自由を保障する「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と活動が制限され、特に新たな財貨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」が害される<sup>(76)</sup>。結論的には、「過失責任主義」による責任制限によって、自由原理が最もよく考慮され、加害者は思いがけず不利な法効果に巻き込まれることがなくなるため、法的安定性にも資する<sup>(77)</sup>。なお、扶養義務者の死亡によって損害を受けた扶養権利者が加害者に対して直接の損害賠償請求権を持つのは、「最低限度の生活保障」原理に基づく<sup>(78)</sup>。また、過失相殺は「分配的正義」に基づく<sup>(79)</sup>。

しかし、技術の進歩は特別の損害危険を孕む危険な物（自動車・鉄道・航空機など）や施設（パイプライン・原子力施設など）を生み出した。危険源によって無過失で損害が生じる蓋然性は統計上相対的に高く、また大きな損害が生じる蓋然性も高いが、その有用性に鑑みてその利用を禁止することはできず、過失責任主義によると被害者が損害を負担することになる。そうすると、危険施設の操業者や危険物の保有者は、自己の活動から利益を得る一方で、損害を被害者に押し付けることになるが、それは現存の財貨配分を長期的・持続的・計画的に変化させる結果「調整的正義」に反するし<sup>(80)</sup>、立法による対応がなされなければ「平等取扱」や「分配的正義」を無視することになる。また、かかる損害は操業費用であるにもかかわらず被害者に外部化され価格に含められないとすると、市場における需要者の選好を歪め、「経済的効率性」（損害を予防し総体的な費用を最小化すること）に反する。したがって、「調整的正義」と「経済的効率性」は、危険な物や施設から生じた統計的・総体的に予見可能な損害に対する責任を求める。その際、「責任者の領域から」という因果関係も要求されており、自己責任原則の起点も自己の「行為」から自己の「利益領域」「支配領域」に拡大される<sup>(81)</sup>。

以上で不法行為法の内的体系の骨格を示したが、潜在的被害者の「基本的な人格的利益の保護」・「既得権保護」および加害者による損害の引取りを要求する「調整的正義」と、潜在的加害者の「自由原理」・「法的安定性」および公益たる「経済的効率性」という「最適化命令としての原理」の衝突を調整する「調整原理」「メタ原理」として、「結果責任」「過失責任」「危険責任」の優劣が論じられていることを確認することができる。

### 3 「不法行為法＝責任準則群」説

しかし、不法行為法については、内的体系の意義を否定的に解し、不法行為法を責任準則群と捉える説がある。窪田充見は次のように述べる（㉑～㉒は大久保による）。

㉑そもそも不法行為法という統一的で単一の原理によって説明される法領域を観念しなければならないのかという問題がある。㉒不法行為法を統一的に説明することの困難さは、すでに、不法行為の定義の困難さそのものに示されている。㉓すなわち、すべての不法行為に共通する要素を抽出することは極めて困難である<sup>[9]</sup>。㉔また、統一的な説明を本当にしなくてはならないのかという点自体についても、十分な論証はなされていないように思われる<sup>(82)</sup>。

㉕〔注〔9〕〕故意や過失については、「無過失責任」と呼ばれるタイプの責任を観念する以上、統一的な要件とはならない。……㉖「不法行為」という表題に照らして「行為」をファクターとして重視する見解もあるが、少なくとも、民法717条1項但書の所有者の責任は、……行為を要件とするものではな<sup>(83)</sup>〔い。〕

㉗実際に裁判規範としても有効に機能し得る不法行為法を形成していくために必要とされているのは、不法行為法の「大統一理論」といったものではなく、むしろ、異なる侵害のタイプ、行為態様、被侵害利益のタイプに応じて有効に機能し得るルールセットの提示なのではないだろうか。㉘そうした観点からは、たとえば、英米法において異なるタイプの不法行為について異なる準則が形成されてきたことは示唆的であるように思われる。<sup>(84)</sup>

まず、㉑不法行為法という法領域を観念する必要がない、という主張に対しては、大陸法系の日本法については、民法典第3編第5章の準則は何故そこに置かれているのか（逆に刑罰・保険・被害者補償に関する準則は何故そこに置かれていないのか）、㉒英米法については、異なるタイプの行為や準則が何故不法行為（Tort）としてまとめられて（たとえばTortの教科書の対象とされて）いるのか、と逆に問いたいところである。<sup>(85)</sup>

## 「法の内的体系」鳥瞰図

次に、①②③④⑤⑥⑦は、体系はツリー型であることを前提として、外的体系のレベルで、すべての不法行為に共通する要素を抽出しようと試みたが失敗に終わったと評価することができる。しかし、外的体系でなく内的体系に目を向ければ、(潜在的被害者の) 権利・法益の尊重、(潜在的加害者の) 自由の尊重、自己責任といった不法行為法の基礎にある法原理を見出すことは、そんなに難しいことではない。そして、ここで見出されるのは、⑧統一的で単一の不法行為法原理ではなく、複数の「最適化命令としての原理」の組合せである。権利・法益の尊重と言うだけでは不当利得法と、自由の尊重と言うだけでは法律行為法と、自己責任と言うだけでは刑法と区別することはできず、不法行為法の規範的特殊性を示すことはできない。

窪田は、⑨異なる侵害のタイプ、行為態様、被侵害利益のタイプに応じて有効に機能しうるルールセット(責任準則群)の提示が必要だとする。それはそのとおりである。実際、我妻栄の相関関係理論、加藤一郎の不法行為の類型論<sup>(87)</sup>など、種々の試みがなされており、最近の橋本佳幸の試みはその到達点である<sup>(88)</sup>。しかし、責任準則間には整合性がなければならない。その具体例を、自動運転に伴う事故をめぐる責任規律のあり方に即して示してみたい。

### 4 危険責任と自動運転

橋本は、(状況に応じた運転上の判断・操作を AI が全面的に引き取る) 施設・機械の完全自動運転に伴う事故をめぐる責任規律のあり方(特に立法的対応)について検討を加える。橋本によると、施設・機械の自動運転に伴う事故は、その発生時における人の行為を欠くため過失責任による対応には限界があり、被害者が過失責任を追及するには施設・機械の保守整備の状況、製造過程、開発・設計段階にまで遡って事故の原因を究明し原因段階の行為において過失を捉えるほかないが、それは容易でないため過失責任は機能不全に陥り、無過失責任による責任規律が要請される<sup>(89)</sup>。

現行法上、「物による加害の事故」を対象とする無過失責任には、要件の異なる次の2類型が含まれる。

#### (1) 純粹の無過失責任(危険責任)

物の瑕疵を要件としない純粹の無過失責任であり、運行供用者責任（自賠3条）、原子力損害賠償責任（原賠3条）、ロケット落下損害賠償責任（人工衛星等の打上げ及び人工衛星の管理に関する法律35条）、人工衛星落下等損害賠償責任（同法53条）がこれに該当する。

## (2) 瑕疵責任

物の瑕疵・欠陥を要件とする瑕疵責任であり、土地工作物所有者の責任（民717条1項ただし書）、製造物責任（製造物3条）がこれに該当する。

これらの2類型における要件の相違は、適用対象である物の性質——当該物が瑕疵のない状態で強度の作用や危険を伴うか否か——に対応しており、施設・機械の自動運転に伴う事故の規律にあたっては、その作用・危険の程度に応じて(1)(2)の規律に従わせるべきである<sup>(90)</sup>。

たとえば、自動車の自動運転の場合についても、無過失責任は、自動運転システムに内在する危険ではなく、施設・機械の稼働に伴う危険に結合されるべき<sup>(91)</sup>ので、(1)自賠法3条と同様の規律が要請される。完全自動運転の場合にも、当該自動車を運行するか否かや運行の内容（目的、行き先・経路、時間・頻度など）は自動車の所有者等が決定し、会社所有の自動車を従業員が社用で運転するのを自動運転システムに置き換えるだけなので、運行供用者の判断基準となる運行支配は所有者等に帰属する<sup>(92)</sup>。

それに対して、自動車よりも危険の程度が低い小型低速の移動・運搬機械（エスカレーター、エレベーター、電動カートなど<sup>(93)</sup>）が事業に投入された場合<sup>(94)</sup>には、(2)施設・機械の瑕疵を要件とする瑕疵責任を導入することが考えられる。

このように橋本は、物による加害の事故を対象とする無過失責任について、現行法から危険責任・瑕疵責任という2類型を抽出するとともに、物の危険の程度により両類型が区別されることを指摘し、施設・機械の自動運転についても、その危険の程度に応じた危険責任・瑕疵責任による規律の導入を提案することによって、現行法との整合性を確保しようとしている<sup>(95)</sup>。その際、危険責任と瑕疵責任という責任準則間の整合性を評価上確保しているのは、「危険が大きければ大きいほど、（損害発生）の蓋然性が高くなるのでそれだけ責任は重くなる」という比較級命題（komparative Sätze）であり<sup>(96)</sup>（5参照）、この比較

級命題によって、技術的施設が特別の危険を孕む場合には「危険責任」、制御不可能な危険を孕む場合には（瑕疵を要件とする）「瑕疵責任」、技術的施設を用いない場合には（過失を要件とする）「過失責任」という3つの責任類型が基礎づけられることになる。<sup>(97)</sup>

## 5 比較級命題と動的体系論

4で「危険が大きければ大きいほど、それだけ責任は重くなる」という比較級命題に触れたが、比較級命題も法ルールや法原理と並ぶ内的体系の要素となる。法論理学の観点から比較級命題という考え方を導入したのはオッテ（Gerhard Otte）である。オッテによると、比較級命題とは、比較級の賓辞（komparative Prädikat）<sup>(98)</sup>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）」<sup>(99)</sup>という形にまとめられる（効果〔と要件〕の述語部分が比較級〔mehr, eher〕である）。法原理は、あることが可能な限り高い程度で実現されることを命じる規範であり、「より多くないしより少なく（mehr oder weniger）」<sup>(100)</sup>実現されうるから、比較級命題である。ただし、法原理はすべて比較級命題であるが、比較級命題は法原理であるとは限らない。たとえば、「水の消費量が多ければ多いほど、それだけ多く払わなければならない」という比較級命題は、水の単価が決まっていれば法原理ではない。<sup>(101)</sup>

橋本は「危険が大きければ大きいほど、それだけ責任は重くなる」という比較級命題によって危険責任・瑕疵責任・過失責任という3つの責任類型（とそれに該当する法ルール）を基礎づけているが、比較級命題から直接（法ルールへの包摂という操作を介さずに）、個別事案での危険性を判断しそれに相応する責任を課することも考えられる。それは動的体系論の考え方であるが、その詳細な内容と当否については、別稿に譲る。<sup>(102)</sup>

## Ⅶ 法律行為法・契約法の内的体系

### 1 法律行為法・契約法の内的体系

次に、ビドリンスキーによる法律行為法・契約法の内的体系を紹介する。<sup>(104)</sup>ビドリンスキーばかりと言われそうであるが、「法の内的体系」の鳥瞰図を示すためには、法理念－基底的法原則という「価値のヒエラルヒア」と、「最適化命令としての原理」の衝突とその調整という問題構造を的確に把握することが前提となるところ、他の論者においては基底的法原則が包括的に示されていないため、法律行為法・契約法の内的体系を示すことができても、それを法理念と結合することが困難である。したがって、まずはビドリンスキーに頼るしかないのである。

ビドリンスキーは、法律行為法・契約法の諸々の法ルールを、当初は以下の<sup>(105)</sup>(1)～(4)の4つの法原理、後には<sup>(106)</sup>(5)～(7)の3つの法原理を追加して、合計7つの法原理の共同作用の結果として説明する法律行為法・契約法の「結合的」理論<sup>(107)</sup>(die “kombinatorische” Theorie)<sup>(108)</sup>を提唱した。

#### (1) 私的自治

(法律行為的) 私的自治原理(自己決定原理)は、自由原理の具体化である。私的自治原理(契約については、<sup>(109)</sup>契約自由の原則)に基づき、当事者自身が自らの法的に自由な意思に従って、自己のために法的規律を設定することができる。法律行為法は、私的自治原理に高い程度で支配されており、<sup>(110)</sup>反対意思の表白によって法律効果の発生を阻止できない場合には、法律行為法の外的問題となる。<sup>(111)</sup>

私的自治原理の効力の強度は、意思の質に応じて段階化される。期待可能なありうる選択肢の間での決定が、人が知りうるすべての重要な事実につき完全に情報を与えられた上で意識的に行われ、その決定が正しく表示されたという理想的な場合、法律効果を基礎づける効力は最も強い。他方、錯誤がある場合や表示意思がない場合には法律効果を基礎づける効力が弱まるため、法律行為

の有効性は(2)以下で述べる法原理との衡量を経て決定される。<sup>(112)</sup>

(2) 信頼原理・取引安全<sup>(113)</sup>

信頼原理・取引安全は、法理念である法的安定性・合目的性に還元される。<sup>(114)</sup>

まず、法的安定性の部分要請たる法的明確性は、権利状況を容易かつ信頼できる形で認識できるべきことを要請していた（V 2 ⑦(a)）。信頼原理はそれにより基礎づけられる。

しかし、相対的に小さな利益が関係する大量取引については、（典型的には存在する）信頼構成事実の探究が、合目的性（経済的効率性）の観点から、具体的事例においては省略される可能性がある。この場合、信頼保護は抽象的な取引保護（取引安全）となり、<sup>(115)</sup>具体的な信頼について「等しくないものが等しく取り扱われる」。

表示錯誤の場合には、私的自治が法律効果を基礎づける効力は弱まるため、信頼原理がそれを補う。表示錯誤の場合に、錯誤者に信頼利益の賠償責任を負わせた上で広範な取消権を認めるか（ドイツ法）、取消権自体を制限するか（オーストリア法）は、私的自治原理と信頼原理（と帰責原理）の衡量を経た上で立法者が決定するのでないと、法の一貫性が害される。<sup>(116)</sup>

(3) 等価性原理（契約正義）

等価性原理は、調整的正義の契約法上の発現形態であり、私的自治を制限する方向に作用する。意思の質が高い場合には私的自治原理が等価性を完全に欠く贈与契約を有効に成立させるので、等価性原理は補充的な法原理にとどまる。<sup>(117)</sup>

暴利行為に関する日本の判例でも「他人ノ窮迫軽卒若ハ無経験ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリ」とされており、<sup>(118)</sup>意思の質の低さ（私的自治が法律効果を基礎づける効力の弱さ）と等価性原理違反（等価性障害）とが共同作用して、法律行為の無効を基礎づけている。

比較級命題の形式を用いると、「意思の質が高ければ高いほど、それだけ等価性は問題にならない」と表現することができる。<sup>(119)</sup>

給付障害法（契約違反による解除・危険負担）や同時履行の抗弁の規律の基礎にも等価性原理があり、可能な限りの給付交換を目指す「催告による解除」の規律の基礎にはさらに、契約信義（Vertragstreue）と経済的効率性の要請がある。<sup>(120)</sup>

#### （4） 契約信義・帰責原理

自己責任の原則は、約束は遵守されるべきこと（契約信義<sup>(121)</sup>）と、無意識にはあるが帰責可能な仕方では惹起された意思表示構成事実<sup>(122)</sup>に責任を負わなければならないこと（帰責原理<sup>(123)</sup>）を要求する。

契約信義が法律効果を基礎づける効力は強力なので、相手方がその約束を信頼していない場合にも、約束者は約束に拘束される。他方で、表意者に錯誤がある場合に法律効果を発生させるには、意思なく法律行為上の義務を負わないという表意者の信頼も保護されるべきなので、私的自治の弱さを補う相手方の正当な信頼に加え、注意義務に違反して信頼構成事実を作出したという表意者の帰責性が要求される。<sup>(124)</sup>

#### （5） 基本的な人格的利益の保護

「基本的な人格的利益の保護」は、私的自治を制限する方向に作用する法原理であり、人格的利益を直接または意図的に侵害する法律行為の規律は無効となる。また、この原理は、労働法・請負法や契約締結時における人格的利益の保護義務を基礎づける（他方で、財産権・財産的利益の保護義務は、既得権保護原理と信頼原理に基づく<sup>(125)</sup>）。

#### （6） 平等な自由の最大化

「平等な自由の最大化」原理は、私的自治と同じく自由原理に基づくが、私的自治を制限する方向に作用する。法律行為によって一方当事者の包括的ないし基底的な消極的自由が制限される場合には、「平等な自由の最大化」原理が、他方当事者の私的自治を限定することがある。たとえば、カルテル契約によって、まず両当事者の契約自由が制限され、次いで将来契約当事者になったかも<sup>(126)</sup>

## 「法の内的体系」鳥瞰図

しれない多くの人の契約自由が間接的に制限される。さらに、事情の変化に応じて新たな契約を締結することができないため経済的効率性にも反するので、カルテル契約は「平等な自由の最大化」原理と経済的効率性によりその効力が否定されうる。<sup>(127)</sup>

関連する日本の判例として、「無所有共用一体社会」の実現を活動の目的とするヤマギシ会から脱退する際に出捐財産の一部返還を認めた最高裁判決<sup>(128)</sup>を挙げることができる。同判決は、「上告人と被上告人〔ヤマギシ会〕との間の参画に係る契約には、上告人が出えんした財産の返還請求等を一切しない旨の約定があるが、このような約定は、その全財産を被上告人に対して出えんし、被上告人の下を離れて生活をするための資力を全く失っている上告人に対し、事実上、被上告人からの脱退を断念させ、被上告人の下での生活を強制するものであり、上告人の被上告人からの脱退の自由を著しく制約するものであるから、上記の範囲の不当利得返還請求権を制限する約定部分は、公序良俗に反し、無効というべきである。」と判示しており、「平等な自由の最大化」原理が契約無効を基礎づける例として挙げうる。<sup>(129)</sup>

三菱樹脂事件の最高裁判決は、「企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」と判示する。しかし、企業者の契約締結の自由が、基本的な人格的利益と密接な関係がある思想・信条という被用者の人格的自由に、企業者・被用者間の経済的な対価関係をはるかに超える自由制限的な影響を及ぼす場合には、それを修正する法的介入が要請されうる。<sup>(131)</sup>

### (7) 合目的性（経済的効率性）

契約自由自体が経済的効率性に資するほか、取引安全の根拠として経済的効率性が挙げられていた ((2))。

### (8) 小 括

ビドリンスキーは、法律行為法・契約法の諸々の法ルールを、以上の7つの法原理の共同作用の結果として説明し正当化する。これらの法原理は、一定の

法律効果を支持する方向に作用することもあるし、否定する方向に作用することもあるため、法原理間の衡量・調整が必要となる。そして、その法律効果を認めるか否かを決定する際には、法の一貫性を確保するために、基礎となる法原理の組合せが同一である他の決定（立法・裁判）との整合性が問われる。<sup>(132)</sup>獲得された法ルールは、法原理を調整した結果であり、<sup>(134)</sup>法原理をどのように調整したかは、法ルールについては立法趣旨（ratio legis）として、<sup>(135)</sup>法制度については基本思想として示される。<sup>(136)</sup>

民法学者が民法解釈を行う際には、通例、<sup>(137)</sup>①文理解釈を出発点とし、次に、<sup>(138)</sup>②立法者意思を探究した上で、立法者の規律意図に従った歴史的（－目的論的）解釈の妥当性を判断し、それが妥当でなければ、<sup>(139)</sup>③客観的（－目的論的）解釈を行っているが、<sup>(140)</sup>②③の目的論的解釈における「目的」は「立法趣旨」を意味する。ある解釈論を提示する際に、その「目的」の背後にある法原理にまで遡り、基礎となる法原理の組合せが同一である他の決定と評価上矛盾しなければ、その解釈は是認可能（vertretbar）であり、法律行為法・契約法の内的体系に組み入れられうる。

## 2 民法と消費者法との関係<sup>(138)</sup>

消費者法は、行政法的な要素、民事法的な要素、競争法的な要素、手続法的な要素、刑事法的な要素が混在する法領域であるが、<sup>(139)</sup>そのうち、民事ルール（私法ルール）——わが国では特に消費者契約法の民事ルール——が、民法から体系的に独立しているか（民法と異なる規範的特殊性を示しているか）<sup>(140)</sup>は問題である。消費者法の体系的独立性が否定されるのであれば、消費者契約法の民事ルールを民法典に取り込むことが考慮に値し、<sup>(141)</sup>債権法改正の際にもその可能性が検討された。

たとえば、民法（債権法）改正検討委員会は、「不実告知・不利益事実の不告知による取消し」ルール（消契4条1項1号・2項）は消費者契約だけでなく意思表示一般に適用されるべきだとして「一般法化」した上で民法典に取り込むことを提案し、他方で、「断定的判断の提供・困惑による取消し」ルール（消契4条1項2号・3項）や「不当条項の無効」ルール（消契8-10条）は

一般法化せずに消費者契約の特則として位置づけた上で民法典に「統合」することを提案した。<sup>(142)</sup>

それに対し、村千鶴子は、民法は抽象的な対等当事者間である市民を前提としているのに対し、消費者法は消費者と事業者との間の情報の質・量や交渉力などの格差から生じる取引被害の防止・回復等を目的とする法律であり、民法の修正ルールと位置づけられるので、取入れは困難だと説く。<sup>(143)</sup>しかし、格差は、消費者と事業者との間だけでなく、大企業と中小企業との間のように事業者間でも存在しうるし、<sup>(144)</sup>民法は抽象的な対等当事者間である市民を前提としているという理解にも疑問を差し挟む余地がある。<sup>(145)</sup>

いずれにせよ、民法と消費者法の関係を問う際には、双方の内的体系に目を向け、民法と消費者法の基礎にある法原理を明らかにする必要がある。<sup>(146)</sup>たとえば、山本敬三は、現在の消費者法は、近代市民法の基本原則（私的自治や自己決定を尊重するという考え方）を否定するものではなく、実質的に保障しようとするものであるから、消費者法を民法の中に取り込むことに問題はないと述べる。<sup>(147)</sup>他方、大村敦志は、消費者法の基本原理として、①限定合理性の原理（消費者と事業者の構造的格差に由来する消費者法の必要性）、②応答＝支援の原理（ポスト福祉国家の役割に照らした消費者法の正統性）、③意味世界性の原理（消費者問題の日常性に着目した消費者法の機能）、④参加＝更新の原理（「新しい社会契約」としての消費者法の位相）を暫定的な仮説として提示するが、<sup>(148)</sup>この4つの原理と法理念・基底的法原則との意味連関や法律行為法・契約法の基礎にある法原理との関係は明確でない。

ビドリンスキーは、契約当事者間の情報・交渉力の格差に鑑み、契約に対して規制を行うこと自体は肯定するが、「消費者」であることをメルクマールとして規制を行うことには反対する。契約に対して規制を行う際の規制対象を確定するためのメルクマールについては、「約款アプローチ」「消費者アプローチ」「交渉力アプローチ」があるところ、大村らの「消費者法」の構想は「消費者アプローチ」を採用ののに対して、ビドリンスキーは「交渉力アプローチ」を採用する。<sup>(149)</sup>ただし、近時の法発展に基づき、情報提供原理と内容コントロール原理という2つの原理の補充が必要だとする。<sup>(150)</sup>ビドリンスキーは「〇〇原

理」と言うけれども、情報提供義務と内容コントロールは、最適化命令ではなく、法ルールの効果にすぎないので、両効果の法原理的な基礎づけが問題となる。

(1) 情報提供原理 (Informationsprinzip)<sup>(151)</sup>

法律行為的接触において、著しい（具体的または典型的）情報格差が存在するときは、より多くの情報を持つ当事者またはより少ない手間で情報を収集できる当事者は、期待可能な（情報提供によって自身が法律行為的取引から排除されず、不相当な費用も要らない）程度において、他方当事者（特に消費者）に対して、後者にとって重要な諸事情につき情報を提供する義務を負担する。情報提供義務で不十分なときは、格差の効果を減少させるその他の法的措置が必要となる。

情報提供義務は、消費者法が議論される前から一般民事法（契約解釈・契約締結上の過失）に基づき契約前・契約上の説明義務・教示義務として承認されており、法律行為法・債務法の内的体系に組み込まれている。情報提供義務により、十分に情報を得た上でなされる決定（私的自治）が促進され、不必要に費用のかかる調査や利益に反する取引が減少するため経済的効率性も改善される。また、情報収集には費用がかかるため経済的弱者はより少ない情報しか持たないので、格差原理も情報提供義務を支持する。

(2) 内容コントロール原理 (Prinzip der Inhaltskontrolle)<sup>(152)</sup>

重要な情報または期待可能な選択肢間での選択の自由（交渉力）につき明白で特に構造的な格差が存在するときは、そのことで優位に立つ法律行為的接触の当事者には、弱者たる相手方の不利益に、内容的に明白に不等価であるか、相手方の基本的な人格的利益を侵害するか、相手方の自由の最大化を妨げる契約規律を行うことが禁止される。

内容コントロール原理は、暴利行為の禁止、莫大損害 (laesio enormis)、行為基礎、強迫といった古からの法制度の延長線上にある。内容コントロール原理の基礎には、等価性原理、基本的な人格的利益の保護、平等な自由の最大

## 「法の内的体系」鳥瞰図

化があるほか、それが相手方の積極的自由を促進する点は、格差原理によっても支持される<sup>(153)</sup>。

このようにビドリンスキーは、情報提供義務と内容コントロールを、法律行為法・契約法の基礎にある法原理の共同作用の結果として説明し正当化することにより、民法の内的体系に位置づける。日本の債権法改正の際に民法典への取込みが問題となった不当条項の無効（消契8-10条）や誤認・困惑による取消し（消契4条）については、無効・取消しという法律効果はすでに民法典（90条、95-96条）で規定されているので、公序良俗違反、錯誤、詐欺・強迫と関連づけて民法の内的体系に位置づけることはより容易であろう<sup>(154)</sup>。対象レベルの議論は本稿の対象外であるので、これ以上この問題には立ち入らないが、消費者法の体系的独立性を認めるのであれば、消費者と事業者との間で締結される消費者契約（消契2条3項）についてのみ、要件面で一般民事法とは異なる解決がされる法原理的根拠を示す必要がある。

## VIII 不当利得法の内的体系

### 1 総説

不当利得法の内的体系については、文献引用のない教科書で概説したことがある<sup>(155)</sup>。その際、主に依拠したのはビドリンスキーの見解であるが<sup>(156)</sup>、本稿では典拠を示して紹介することにした。

古くは「何人も他人の損失において利得してはならない」という公平（衡平）原理（ポンポニウスの平均的正義〔調整的正義〕の命題<sup>(157)</sup>）が、不当利得の基本思想とされていた（ただし、この段階では不当利得・事務管理・転用物訴権の法技術的分化は未だ遂行されていない<sup>(158)</sup>）。しかし、市場参加者の活動は競争者の損失において自己の利益を追求することに向けられており、それは当然に許されるものであるから、競争社会において公平原理は妥当しえない<sup>(159)</sup>。したがって、不当利得の基本思想は、「何人も不当に（法律上の原因なく）他人の損失において利得してはならない」という命題に求められる<sup>(160)</sup>。日本民法703条

もこの基本思想を採用し、当初から統一的な不当利得制度を樹立した。<sup>(161)</sup>この基本思想の基礎に調整的正義があることは明白だが、調整的正義によって保護されるのは利得債権者の既得権である。したがって、不当利得法の基礎には既得権保護原理と調整的正義とがある。<sup>(163)</sup>

今日では、給付の有無により、不当利得を給付利得と侵害利得に分ける類型論が通説化している<sup>(164)</sup>ので、以下では分説する。

## 2 侵害利得

侵害利得は、権利者に割り当てられた利益が無権利者のもとの実現した場合に、調整的正義に基づき、無権利者が受けた利益を権利者に回復するための制度である。<sup>(165)</sup>したがって、侵害利得は、権利の客体たる財貨（所有権については物）が他人のために利用（使用・収益・消費・処分を含む<sup>(166)</sup>）されたという現実場面を規律対象とし、その場面における権利者の権利保護を目的とする。

法は、財貨とその利用による利益を権利者に割り当てている<sup>(167)</sup>。たとえば、所有権の割当内容を定める日本民法206条は、「所有者は……自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と規定することにより、物の使用・収益・処分権限と物の使用・収益・処分による利益を所有者に割り当てている<sup>(168)</sup>。

伝統的な見解に反するが、ビドリンスキーによると、不当利得返還請求権の標準型をなすのは給付利得ではなく侵害利得である。<sup>(169)</sup>侵害利得については不当利得の事実<sup>(170)</sup>に先行する法的な財貨帰属が決定的であり、不当利得返還請求権は、基礎にある権利に基づき不当利得の事実によって発生するため、権利の継続的効果（Rechtsfortwirkung）と呼ぶことができる。すなわち、権利に備わる利用可能性が無権利者のために実現されたときは、当該権利は、目的論的に筋を通して、その無権利者に対する債権的請求権を発生させる。たとえば、物が他人のために消費されたときは、所有権消滅の代償としてその他人に対する不当利得返還請求権が発生する。その際、受益が、受益者の行為によって生じたか、権利者（損失者）の行為によって生じたか（支出利得＝費用利得＋求償利得）、<sup>(171)</sup>第三者の行為によって生じたか（第三者侵害利得 *Dritteingriffskondiktion*）、自然現象によって生じたかは、請求権の発生にとって重要でない（ただし、受

益が損失者の受益者に対する「給付」によって生じた場合は、給付利得の問題となる)。

このように、侵害利得は権利者に割り当てられた利益の回復を目的とするので、侵害利得の基本思想は「権利の割当内容の保護」<sup>(172)</sup>である。

### 3 給付利得

給付利得は、特定人（給付者）から特定人（給付受領者）に対して給付が実行されたが、その給付の「法律上の原因」が存在していなかった場合に、実行された給付を巻き戻すための制度である。したがって、「誤って実行された給付の巻き戻し」<sup>(173)</sup>が、給付利得の基本思想である。

「給付」とは、それにより給付者が受領者に対して一定の目的（債務の弁済など）を追求する利益の意識的な出捐を意味する<sup>(174)</sup>。

「給付」は、大多数の場合において、侵害利得によってすでに保護されている給付者の財貨（特に物・労働力）に関わる。したがって、給付利得の領域は侵害利得と完全に別世界というわけではなく、給付利得においても「権利の割当内容の保護」<sup>(175)</sup>が問題となる。しかし、「給付」は給付者（および給付の受領に積極的に協働する限りで受領者）の私的自治的意思決定に基づくため、侵害利得が私的自治の原則によって以下の重大な修正を受ける<sup>(177)</sup>。

#### (1) 侵害利得からの拡大<sup>(178)</sup>

契約当事者は、契約自由の原則に基づき、給付者に割り当てられていない利益（例、単なる占有、知的財産権として保護されないノウハウなどの情報、競業禁止などの不作為）も給付の客体となしうる。かかる利益について侵害利得は成立しないが、給付の原因が存在しないとき給付者は給付利得によって保護され<sup>(179)</sup>うる。

#### (2) 侵害利得の制限<sup>(180)</sup>

給付は自己に割り当てられた法的地位の利用なので、給付者は割当内容違反のみを理由として受領者が受けた利益の返還を請求することはできない。しか

し、給付に結び付いた意思行為に瑕疵があり、その瑕疵が法秩序の一般的評価によると受領者の利益を給付者の法律行為の私的自治に帰属させることを排除することがありうる。そのような重大な瑕疵が存在する場合には（そしてその場合にのみ）、有効な働きを欠いた私的自治は、当初の法的地位の割当内容の回復と調整的正義・既得権保護の要請を妨げない。<sup>(181)</sup>

#### 4 転用物訴権

XM間の有効な契約に基づくXのMに対する給付によって契約外の第三者Yが受益した場合におけるXのYに対する利得返還請求権を「転用物訴権」と呼ぶ。<sup>(182)</sup> XM間の契約が無効の場合は、通常用語法では転用物訴権の範疇に属さない。<sup>(183)</sup> 転用物訴権が認められるか否かについては学説上争いがあるが、日本の判例は、Mの無資力によりXのMに対する債権の全部または一部が無価値であり、かつ、MY間の契約を全体として見てYが対価関係なしに（＝無償で）受益したときに限り、転用物訴権を不当利得として承認している。<sup>(184)</sup> 問題は、転用物訴権を民法の内的体系に組み入れることができるか、できるとしてどのような要件の下においてか、である。ここでもビドリンスキーの試みを紹介する。<sup>(185)</sup>

まず、給付者Xは給付によって、自己に割り当てられた法的地位を利用し、自己の債務の弁済という第1次的な目的を達成しているので、その限りでXM間の契約や給付に瑕疵はない。したがって、転用物訴権は原則として否定される。しかし、双務有償契約において、給付者は、反対給付の獲得を第2次的な目的としている。そして、反対給付義務が存在しない「目的不到達による不当利得」<sup>(186)</sup>について、反対給付を獲得しなかったことで要件が充足されるのであれば、反対給付義務が存在する場合には勿論、目的が達成されなかったことになるであろう。つまり、転用物訴権については、給付者は有効な契約に基づき給付することによって債務の弁済という第1次的な目的を達成したが、反対給付の獲得という第2次的な目的を達成していない場合の処理が問題となっているのである。このとき、給付者と受領者との関係（XM間）においては、給付障害法のルールが特別法として優先適用される。他方、3(2)で述べたことを前提

「法の内的体系」鳥瞰図

にすると、 $\dot{X}\dot{Y}$  間においては、第 2 次的な目的が達成されていないため X の給付には瑕疵があるので、法的地位の割当内容に違反して受益した第三者 Y に対する X の不当利得返還請求は妨げられない。したがって、転用物訴権を否定するためには、規範的な諸理由に基づき給付目的を債務弁済に限定しなければならない。

ところで、反対給付が獲得されない場合における債務弁済という目的の達成は、給付受領者に対する信用供与を意味する。不当利得を基礎づける給付目的の債務弁済への限定は、通例、法取引において信用供与者は契約相手方にしかかかっていけないという「健全な基本思想」に基づいて説明される。それに反して、契約相手方と共に責任を負う第三受益者等を事後的に探求することを許すならば、それは第三受益者・法取引一般・司法にとってあまり効率的でない事後的な調査費用と不安定な帰結の源を生み出すことになる。契約相手方以外に誰が、どのような範囲において、給付客体に関する信用供与者の法的行為から受益したか、さらに、受益の額や、利益を減少させる損失の額を吟味しなければならないことになるであろう。その際に問題となるのは、たとえば Y の M に対する支払時期のような他人間の事実であり、損失者 X はそれを見通しにくい。したがって、経済的効率性と法的安定性（取引安全）は、原則として、損失者 X の契約相手方 M に対する請求権のみを発生させる。かかる帰結は、給付者 X の私的自治に基づく信用供与による自己責任として、X 個人に対しても期待可能である。また、追加的に第三者 Y に責任を負わせるならば、債権の相対性にも抵触する。なお、多くの事例において M は Y に対し委任または事務管理による費用償還請求権を有するので、X はそれにかかっていくことができる。したがって、不当利得を基礎づける給付目的は債務弁済に限定され、転用物訴権は成立しないのが原則である。

ところが、請負人 X が注文者 M を所有者だと誤解して Y の所有物を修理した場合のように、給付者 X が信用供与の危険性に気付いていない場合には、危険に関する意識的な決定（信用供与）がない（請負人は修理代金の支払がなければ物を返還する必要がないと考えている）。そのような場合には、利益を受けた所有者 Y に対する不当利得返還請求権を排除する十分な理由がない

(反面、Xが他人の物を修理していることを知っているときは、請求権は排除される)。しかし、修理代金を受け取らずに物を注文者Mに返還したときは、請負人Xは意識的に危険な信用供与を行ったため、所有者Yに対する不当利得返還請求権を事後的に喪失する。

## Ⅸ おわりに

以上の検討により、「法の内的体系」をかなりの程度、明確に描き出すことができたのではないかと<sup>(187)</sup>思う。「法の内的体系」の頂点には、正義・法的安定性・合目的性という3つの法理念があり、法理念のすぐ下の原理層には、すべての法ルール・事態に作用する基底的法原則がある。そして、これらの法理念・基底的法原則は、不法行為法・契約法・不当利得法といった一定の法領域において、より具体化された法原理として現われることがある。たとえば、契約法においては、正義／自由原理／私的自治原理／契約自由の原則、正義／調整的正義／等価性原理という3～4層構造の「価値のヒエラルヒア」が観察された。しかし他方で、法原理は衝突し合うことがあり、その調整が要請される。そして、法原理をどのように調整したかは、法制度レベルでは基本思想として、法ルールレベルでは立法趣旨として示される。

他方、民法学者が民法解釈を行う際には一般に、文理解釈を出発点とし、次に目的論的解釈を行うが、「目的」とは立法趣旨を意味する。つまり、民法学者は解釈論を唱える際に、通例、立法趣旨を探究している。しかし、その立法趣旨が、どの法原理が調整された結果として導かれたかについては、法領域や問題にもよるが、必ずしも十分に検討されてこなかったのではなからうか。法の一貫性を害さない形で具体的な解釈論を提示するためには、このミッシングリンクを埋める必要がある。

そもそも学問とは、「目に見えるもの」を「目に見えないもの」で説明する営みである。青井は、外的体系は「水面上の目に見える層」であるのに対して、内的体系は「水面下で外的体系を支えている」と述べていた(Ⅱ2)。実際、ドイツ法圏の解釈学者の主戦場は、法ルールの法原理的(dogmatisch)基礎

## 「法の内的体系」鳥瞰図

づけにある。たとえば、ドイツには、一般信託法についての制定法はないが、判例によると、財産が委託者から受託者に直接、譲渡された場合のみ信託関係が設定され、委託者の取戻権・第三者異議権が認められる（「直接性原則」と呼ばれるが、法ルールにすぎない）。この直接性原則をめぐる種々の学説が唱えられているが、カナリス（Claus-Wilhelm Canaris）は直接性原則を信頼原理（公示原則）によって基礎づけるのに対して、ビドリンスキーは不当利得の一般原理から派生する下位原理たる価値追跡思想によって直接性原則を批判的に評価する<sup>(188)</sup>。ドイツとオーストリアの両巨頭が知恵を絞り、信頼原理と不当利得原理という全く異なる原理を持ち出し四つに組む姿には興奮させられるが、日本民法の解釈論で法原理的基礎づけを自覚的に行う研究はまだ少数である。外国法研究や歴史研究の必要性は否定しない<sup>(189)</sup>が、わが国の民法学者も、もう少し創造的な作業に従事し、後進に民法学の面白さや魅力を伝える必要があると思う。

〔付記〕 本稿は、2023～2027年度科学研究費補助金・基盤研究（C）（課題番号：23K01192）の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) 加藤陽子『それでも、日本人は「戦争」を選んだ』〔新潮文庫・2016〕478頁。
- (2) 加藤・前掲注(1)72頁（E・H・カーの見解）。
- (3) 加藤・前掲注(1)477-478頁（ルビは省略）。
- (4) 大久保邦彦「利益衡量論（利益考量論）の再評価」阪大法学72巻2号〔2022〕623-622頁、619-613頁。本稿で引用する拙稿の多くは、researchmapから本文へのリンクを張っている（[https://researchmap.jp/RingStr/published\\_papers](https://researchmap.jp/RingStr/published_papers)）。公費で行われた研究成果へのオープンアクセスに共鳴していることによる（<https://www.science.org/content/article/white-house-requires-immediate-public-access-all-u-s-funded-research-papers-2025>〔2023年5月9日最終訪問〕）。
- (5) 大村敦志『広がる民法1入門編 法の扉を開く』〔有斐閣・2017〕14頁。
- (6) 内的体系についての青井のまとめた叙述は、青井秀夫『法思考とパタン—法における類型へのアプローチ—』〔創文社・2000〕83-91頁と同『法理学概説』〔有斐閣・2007〕368-374頁にある。一部改説されている部分もあるがほぼ同内容なので、より容易に参照できる後者の頁数を本文中で引用する。

- (7) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., 1996, SS.75-76. アレクシーについては、亀本洋「法におけるルールと原理—ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に—」『法的思考』〔有斐閣・2006〕125頁以下（原理の定義は143頁）を参照。
- (8) 大久保邦彦「損害賠償法の内的体系と動的体系論による立法」国際公共政策研究18巻1号〔2013〕120-121頁、126頁。
- (9) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』〔信山社・2009〕13頁。
- (10) 2022年に急逝された潮見教授の民法学については、今後、研究が進められていくことと思うが、部分システムの問題構造（対立する諸原理）を明確に示すことが重視されている点は、潮見民法学の特徴として挙げる。不法行為法以外にも、たとえば、相続法について以下のように述べられているが、他の相続法の教科書ではその問題構造がこのようにまとまった形で示されることはない。
- 「実定法秩序が私有財産制を所与としつつ新たな帰属先を決定するにあたっても、①法秩序自身が現行憲法下でみずからの理想とする生活関係（個人の尊厳、男女の平等、夫婦の平等、相続人間の平等など）に照らし望ましいと考える財産帰属状態を積極的に実現していく方向で制度（財産帰属秩序）を立てていく方法と、②現行憲法の保障する個人の意思の自由・自己決定権を最大限に——その人が死亡した後の事柄についてまで——認めることにより、かつての権利主体であった被相続人の意思を尊重して、その意思に基づく帰属先および帰属態様の選択を保障していく方法が考えられる」（潮見佳男『詳解相続法〔第2版〕』〔弘文堂・2022〕1-2頁）。
- (11) 穂積陳重発言『法典調査会議事速記録』〔日本学術振興会〕40巻145丁裏～147丁裏。
- (12) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕』〔有斐閣・2011〕621頁。
- (13) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』〔岩波書店・1965〕242頁（傍点は原文）。
- (14) 青井『法理学概説』371頁。
- (15) Ⅱ2で紹介した青井のほか、ラートブルフ著／尾高朝雄ほか訳『実定法と自然法』〔東京大学出版会・1961〕52頁以下、Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, S.81, SS.325-369（以下ではMethodenlehreとして引用する）を挙げておく。
- (16) Bydlinski, *Methodenlehre*, S.296, Anm.230に異説の紹介がある。
- (17) 同様に、自由原理しか存在しないとしても、法律行為法・契約法においては、自由原理に基づく「私的自治」と「平等な自由の最大化」とが衝突しうる（Ⅶ1(6)）。
- (18) 平野晋『ロボット法』〔弘文堂・2017〕62-67頁、131-147頁。ドイツの自動運

「法の内的体系」鳥瞰図

転倫理規則につき、金岡京子「自動運転をめぐるドイツ法の状況」藤田友敬編『自動運転と法』〔有斐閣・2018〕74頁以下。

- (19) 新堂に対する小山の批判については、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巻2号〔2001〕196頁注(32)でも触れた。
- (20) 星野英一『『民法解釈論序説』補論』『民法論集第1巻』〔有斐閣・1970〕57頁。同「民法解釈論序説」『同書』31頁、同「『議論』と法学教育」『民法論集第8巻』〔有斐閣・1996〕118頁、177頁も参照。
- (21) 平井宜雄「戦後法解釈論の批判的考察—法律学基礎論覚書3」『法律学基礎論の研究』〔有斐閣・2010〕123頁。
- (22) Bydliniski, Methodenlehre, S.321.
- (23) 青井『法理学概説』141-159頁。
- (24) Franz Bydliniski/Peter Bydliniski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3.Aufl., 2018, SS.133ff. ビドリンスキーの見解は、大久保邦彦「法律家は黒を白と言いくるめる？」大阪大学ショセキカプロジェクト編『ドーナツを穴だけ残して食べる方法』〔日本経済新聞出版社・2019〕250-251頁でも紹介した。
- (25) ラートブルフ『実定法と自然法』54頁。
- (26) 山田晟『法学〔新版〕』〔東京大学出版会・1964〕77頁（括弧書きは省略）。
- (27) 四宮和夫『民法総則〔第4版補正版〕』〔弘文堂・1996〕15頁。
- (28) 小粥太郎「時際法・入門」水野紀子編『家族—ジェンダーと自由と法』〔東北大学出版会・2006〕402頁。
- (29) ラートブルフ『実定法と自然法』54頁。
- (30) Bydliniski, Methodenlehre, S.321. ラートブルフ『実定法と自然法』63-64頁、山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』〔有斐閣・2018〕424-425頁〔小池泰〕も参照。
- (31) 「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であって、憲法〔29条・31条〕の容認しないところである」(最大判昭和37・11・28刑集16巻11号1593頁)。
- (32) ラートブルフ『実定法と自然法』55頁。裁判所の面前で法的聴聞されるという原則は、訴訟という困難な状況下にある人間の尊厳の尊重に資する(BVerfGE 55,1; ボード・ピエロートほか著／永田秀樹ほか訳『現代ドイツ基本権〔第2版〕』〔法律文化社・2019〕427頁)。
- (33) イマヌエル・カント著／平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集7』〔岩波書店・2000〕65頁。
- (34) Franz Bydliniski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S.177.

- (35) ラートブルフ著／田中耕太郎訳『法哲学』〔東京大学出版会・1961〕211-212頁、Bydlinski, Methodenlehre, S.321.
- (36) 長谷部恭男『法とは何か〔増補新版〕』〔河出書房新社・2015〕34頁。同35頁で「子どもは何歳から小学校に通わせるべきなのか」を調整問題の例として挙げるが、正義は能力が高い者について入学時期を早めることを要求する可能性がある（3参照）。もっとも、長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』〔東京大学出版会・2016〕72頁では「いずれが正しいかより、いずれかに決まっていること自体が……肝要」と述べているので、長谷部の「調整問題」には、正義と法的安定性との調整が含まれているのかもしれない。
- (37) 合目的性が正義（や法的安定性）に優先する事例については、Bydlinski, Methodenlehre, SS.333-335を参照。
- (38) Bydlinski, Methodenlehre, SS.325-369.
- (39) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.301.
- (40) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.291-295; ders., System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, SS.87-89. 後者を以下では System として引用する。
- (41) ビドリンスキー自身、基底的法原則のカatalogに修正の余地があることを認めている（Bydlinski, System, S.88）。
- (42) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.176-182, S.291.
- (43) 一般的な見解だと思われる。広中俊雄は、国家賠償法による国・公共団体の責任が成立する事案において、判例とは異なり公務員（盗聴警察官）の個人責任を肯定することは、彼を主体的な人格の担い手として扱い、彼に個人としての尊厳、人間としての尊厳を認め、彼の名誉を重んずることになる（命令で動くロボットでなくなる）と言う（広中俊雄「盗聴警察官の個人責任を考える視点」判時1529号〔1994〕22-23頁）。それに対して、契約の拘束力に関するフリード（Charles Fried）の見解に対するものであるが、「約束者を人格として尊重すればこそ彼に責任をとらせるという議論は、人に法的責任を負わせる理由としてはあまりに道徳主義的で不適切なように思われる」（森村進『権利と人格—超個人主義の規範理論—』〔創文社・1989〕184頁）という批判がある。
- (44) Bydlinski, System, SS.99-106.
- (45) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.188, S.291; ders., System, S.87. この自由は「消極的自由」を意味するが、積極的自由・消極的自由については、大久保邦彦『『自由』の概念と『積極的自由』の保護可能性』星野俊也ほか編『グローバリズムと公共政策の責任 第3巻 自由の共有と公共政策』〔大阪大学出版会・2019〕1頁以下を参照。

- (46) ジョン・ロールズ著／川本隆史ほか訳『正義論〔改訂版〕』〔紀伊國屋書店・2010〕84頁、337頁、402-403頁。
- (47) アリストテレス著／高田三郎訳『ニコマコス倫理学（上）』〔岩波文庫・1971〕177-191頁（1130b-1134a）。
- (48) Bydlinski, Methodenlehre, S.339; ders, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.291.
- (49) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.188, S.292. 日本国憲法25条も参照。
- (50) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.188, S.294.
- (51) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.188, S.255, S.292. 格差原理の詳細については、SS.236-266を参照。
- (52) ロールズ『正義論〔改訂版〕』84頁、403-404頁。
- (53) ビドリンスキーの（修正版）格差原理については、拙稿・前掲注(45)24-25頁でも触れた。
- (54) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.292.
- (55) Bydlinski, Methodenlehre, S.357.
- (56) 法が法となるために法的安定性という観点が必要なことについては、「法的安定性」という言葉は使われていないが、L.L. フラー著／稲垣良典訳『法と道徳』〔有斐閣・1968〕が啓発的である。
- (57) Bydlinski, Methodenlehre, SS.325-329; ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.293.
- (58) 「法への接近可能性」は少し意味がわかりにくいと思うが、たとえば、次のような事件で問題となる。共産党の山添拓参院議員は、2020年11月3日、趣味の鉄道写真を撮りに行った際、地域住民によって道がつけられ、水路に渡し板がかけられていた箇所（私設のいわゆる「勝手踏切」）を、列車が接近していない時間帯に、通行可能な道であるという認識のもとに約1秒程度で渡ったところ、鉄道営業法違反などの疑いで書類送検された。その付近にはいくつかの「勝手踏切」があるが、畑で農作業をしていた女性は「渡ったらダメだと今回の件で初めて知った。これを渡って警察沙汰になるのはかわいそう」と語ったそうである。住民が生活のために「勝手踏切」を日常的に利用しており、その行為の適否につき法的助言を得ることなど思いもよらない場合には、たとえそれを禁止する制定法があったとしても、それを認識することはできないので（接近不可能）、法たる資格に疑問が生じうる（事実関係は、東京新聞 TOKYO Web の次の2つの記事に基づく〔2023年5月9日最終訪問〕。<https://www.tokyo-np.co.jp/article/131872>, <https://www.tokyo-np.co.jp/article/132323/1>）。ビドリンスキーは、18歳未満の若者が23時以降に公道上に滞在することを禁止する州法を例示する（Bydlinski,

Methodenlehre, S.327)。

- (59) 既得権保護の内的体系上の位置づけについては争いがある。本文で述べるように、ビドリンスキーは既得権保護を法的安定性の下位原理に位置づけるが、カナリスは正義にも関わるとする (Claus-Wilhelm Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, SS.25-26)。この点については、大久保邦彦「二面的正当化原理—スキミング被害の預金者保護に向けて—」甲南法務研究 2号〔2006〕18頁注(40)でも触れた。
- (60) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.293.
- (61) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.234-235.
- (62) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.222.
- (63) ロバート・ノージック著／嶋津格訳『アナキー・国家・ユートピア』〔木鐸社・2002〕12-18頁、253頁以下。
- (64) ノージックの権原理論については、拙稿・前掲注(8)118-119頁、同・前掲注(45)17-21頁でも検討した。
- (65) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.202-236. 所有権を正義ではなく法的安定性によって基礎づける考え方自体は新奇なものではない。たとえば、デイヴィッド・ヒューム (David Hume) は所有権制度を調整問題と捉えている (長谷部『法とは何か〔増補新版〕』42-43頁)。
- (66) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.187, S.293.
- (67) Bydlinski, Methodenlehre, S.330; ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.266-268, S.294.
- (68) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.268-272, SS.294-295.
- (69) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.272.
- (70) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.295.
- (71) Bydlinski, Methodenlehre, SS.330-332.
- (72) 拙稿・前掲注(8)115-121頁。
- (73) ノージックの「先占の正義の原理」「移転の正義の原理」に相当するものを定める必要がある (亀本洋『法哲学』〔成文堂・2011〕483頁)。単に「法」や「財産法」でもよいのだが、意味を明確にするために、広中俊雄『新版民法綱要 第1巻 総論』〔創文社・2006〕95頁に従い、「財貨帰属法」「財貨移転法」という用語を用いた。
- (74) 利益領域の画定方法については、大久保邦彦「不正競争に基づく不当利得責任」阪大法学71巻5号〔2022〕1195頁以下 (特に1208-1211頁) も参照。
- (75) 因果関係要件の詳細については、大久保邦彦「共同不法行為論の開拓線」松本充郎先生追悼論文集『環境法の開拓線』〔第一法規・近刊〕を参照。

「法の内的体系」鳥瞰図

- (76) Bydlinski, System, SS.185-190.
- (77) Bydlinski, System, S.197.
- (78) Bydlinski, System, S.200.
- (79) Bydlinski, System, S.201.
- (80) 危険責任の法原理的根拠の1つとして報償責任が挙げられており、両者は対立的なものとして捉えられていない。Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.292-293も参照。
- (81) Bydlinski, System, SS.201-204.
- (82) 窪田充見「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〕669-670頁。
- (83) 窪田・前掲注(82)673頁注(9)(括弧書きは省略)。
- (84) 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709条についてのスケッチ—」民商116巻4・5号〔1997〕582頁(括弧書きは省略)。
- (85) もっとも、制定法や教科書による法領域の切り取り方が、常に体系的であるとは限らない。消費者(契約)法について後述する(Ⅶ2)。
- (86) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』〔日本評論社・1937〕125-147頁。
- (87) 加藤一郎『不法行為』〔有斐閣・初版1957、増補版1974〕はしがき、60頁注(2)、80-131頁、同編『注釈民法(9)債権(9)』〔有斐閣・1965〕63-193頁。同「日本不法行為法の今日的課題—アメリカ法との比較において—」『民法における論理と利益衡量』〔有斐閣・1974〕173頁以下では、不法行為の類型的考察の必要性を説く。
- (88) 橋本佳幸=大久保邦彦=小池泰『LEGAL QUEST 民法Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』〔有斐閣・2020〕111-133頁〔橋本〕、窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』〔有斐閣・2017〕300-325頁〔橋本佳幸〕。
- (89) 橋本佳幸「AIと無過失責任—施設・機械の自動運転に伴う事故の危険責任・瑕疵責任による規律」法時94巻9号〔2022〕54頁。
- (90) 橋本・前掲注(89)55-56頁。
- (91) 橋本・前掲注(89)55頁。
- (92) 橋本・前掲注(89)56-58頁。
- (93) 橋本・前掲注(89)57頁注(6)。
- (94) 橋本・前掲注(89)58-59頁。
- (95) 窪田充見「自動運転に関する現状と課題①—民事責任の観点から」法律のひろば73巻2号〔2020〕18頁以下でも、現行法の内容が確認され、現行法との整合性にも配慮されているが、将来の制度設計としての提案(同26頁)は、現行法から自由になされている。「不法行為法=責任準則群」説によると、調整問題(Ⅳ

5)と同じように、自動運転に伴う事故の責任を現行法から自由に規律する（たとえば、結果責任や過失責任にする。もっと極端な例を挙げると、加害車のナンバープレートが奇数であれば危険責任、偶数であれば過失責任にする）ことができるはずだが、そうであれば、現行法の内容を確認する意義が問われる。逆に、現行法との整合性を問題にする（結果責任や過失責任にするのはおかしいと考える）ならば、その理由を説明するために、準則の基礎にある法原理に遡る必要が生じる（Ⅳ 6. 消費者法に関する大村敦志『消費者法〔第4版〕〕〔有斐閣・2011〕18頁も参照）。民法に内在する価値基準を身に付けた法律家ならば、自動運転に伴う事故責任を結果責任や過失責任にするのをおかしいと感じるだろうが、おかしいと感じる際に法原理が作用していることを示そうとしたのが、拙稿・前掲注(4)626頁以下であり、本稿はそれをより明確に言語化（無意識の意識化）する試みである。拙稿・前掲注(19)220-221頁でも、法原理と法ルールと具体的な当為判断の関係を論じている。

- (96) コツィオール (Helmut Koziol) は、帰責要素として危険性 (Gefährlichkeit) を挙げ、「危険 (Risiko) が高度であればあるほど、それだけ抗弁〔加害者の免責事由〕は少なくなる」という比較級命題を提示する (Helmut Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rz 6/141)。危険性が低い場合から列举すると、まず、過失責任について、(i)行為の危険性が大きいほど注意義務が厳格化される段階、(ii)保護法規や社会生活上の義務によって抽象的に危険な行為も禁止される段階があり、(iii)次に中間責任の段階に入り（日本民法では、土地工作物の占有者の責任〔民717条1項〕、動物占有者の責任〔民718条〕）、(iv)被用者の過失行為につき責任を負う段階を経て、(v)免責事由がある瑕疵責任の段階、(vi)免責事由のない純粹の無過失責任の段階に至る (Helmut Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 6/1-6)。
- (97) 橋本ほか・前掲注(88)251-253頁〔橋本〕も参照。
- (98) Gerhard Otte, (a) Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2 (1972), SS.301ff.; ders., (b) Zur Anwendung komparativer Sätze im Recht, in: Bydlincki/Krejci/Schilcher/Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, SS.271ff. オッテの比較級命題については、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〔1995〕253-256頁、拙稿・前掲注(19)208-211頁、同・前掲注(4)608頁注(49)も参照。山本は「比較命題」と訳すが、文法の比較級に基づく用語法であり、「比較 (Vergleiche)」ではなく「段階化可能性 (Abstufbarkeit)」が問題となっているので (Otte(b), S.271)、「比較級命題」の

ほうが適訳だと思う。

- (99) Otte(a), S.302.
- (100) Otte(b), S.272.
- (101) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.125. ただし、比較級命題は「要件→効果」という形式であるのに対し、法原理は定言命法の形式を採るので、法原理を比較級命題の形式で表すためには、要件・効果の部分を補う必要がある。たとえば、Ⅳ 2 で述べた時際法の例については、「旧法が正義に反すれば反するほど、それだけ新法の遡及効を認めるべきである」ようになるだろう（亀本『法的思考』140-141頁も参照）。Otte(b), SS.279-280は比較級命題と社会国家原理との関係について論じるが、社会国家原理は自由主義と同じく「調整原理」なので、「最適化命令としての原理」ではなく「基本思想」である。
- (102) 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, SS.26-29.
- (103) 拙稿・前掲注(19)189頁以下、同・前掲注(8)113頁以下。
- (104) 大久保邦彦「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号〔2002〕48-52頁でも、その一部を紹介した。
- (105) Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, SS.122ff. 以下ではPrivatautonomieとして引用する。その紹介として、山下末人『法律行為論の現代的展開』（法律文化社・1987）74-107頁がある。
- (106) Bydlinski, System, SS.147ff. 3つの原理の追加については、S.156, SS.162-164を参照。
- (107) Bydlinski, System, S.148; ders., Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, in: Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, 1998, S.196. 後者を以下ではSkizzeとして引用する。
- (108) 法律行為法を自己責任が支配する領域と信頼原理・信頼責任が支配する領域に二分するカナーリスとは異なり、ビドリンスキーは自己決定原理・信頼原理等が法律行為法という単一の領域において共同作用すると考える。カナーリスについては、Bydlinski, System, SS.152-156を参照。
- (109) Franz Bydlinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), S.8.
- (110) Bydlinski, System, SS.147-148.
- (111) Bydlinski, Privatautonomie, S.123; ders., System, SS.157-158. たとえば、「駐車料金を支払わない」と明示的に述べつつ有料駐車場に駐車した場合には、契約義

務ではなく、不当利得返還義務を負う。

- (112) Bydlinski, Skizze, SS.196-197.
- (113) Bydlinski, Skizze, S.197.
- (114) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.126. 取引安全については、Dens., Privatautonomie, SS.131-151 (特に SS.150-151), S.173も参照。
- (115) Bydlinski, System, S.155, Anm.162.
- (116) Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.126.
- (117) Bydlinski, System, SS.159-160, SS.179-184; ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, S.292.
- (118) 大判昭和9・5・1民集13巻875頁。
- (119) Bydlinski, Privatautonomie, SS.174-175; ders., AcP 180, SS.8-9.
- (120) Bydlinski, System, SS.181-183.
- (121) 契約信義の詳細については、大久保邦彦「法律行為法・契約法原理としての『約束』」甲南法学44巻1・2号〔2003〕117頁以下を参照。
- (122) 「帰責原理」という用語は、山本『民法講義I総則〔第3版〕』123頁に従った。
- (123) Bydlinski, System, SS.164-166; ders., Skizze, SS.197-198.
- (124) Bydlinski, System, SS.164-166.
- (125) Bydlinski, System, SS.160-161, SS.179-180.
- (126) 日本の独占禁止法2条6項は、カルテルを含む「不当な取引制限」の要件として、事業者が契約等によって「相互にその事業活動を拘束」することを挙げる。
- (127) Bydlinski, System, SS.161-162, SS.179-180.
- (128) 最判平成16・11・5民集58巻8号1997頁。
- (129) 山本『民法講義I総則〔第3版〕』272頁は、この判決を「裁判型-基本権保護型公序良俗」の一例として挙げる。
- (130) 最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁。
- (131) Bydlinski, System, S.162.
- (132) 「原理の比較衡量は、当該事件、正確に言えば、それと同一のメルクマールの組み合わせによって把握される事例に照準してはじめて意味をもつ」(亀本『法的思考』174頁)。たとえば、表見法理の基礎には信頼原理・取引安全と帰責原理という組合せがあるが、表見法理の適用が問題となる諸制度——表見代理(民109条・110条・112条)、即時取得(民192-194条)、表見受領権者に対する弁済(民478条)など——については、その規律間の整合性が問われる(拙稿・前掲注(59)19-32頁)。
- (133) 整合性を確保する方法については、拙稿・前掲注(19)215-218頁を参照。
- (134) 拙稿・前掲注(19)218-220頁。同所で紹介しているアレクシーの衝突法則

「法の内的体系」鳥瞰図

(Kollisionsgesetz) によると、「『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Rが妥当する」(C → Rという法ルールが妥当する)ことを意味する。

- (135) Ⅲ2で意思主義と表示主義の対立に触れたが、我妻は、どの主義を採るかは立法政策の問題であるとして、商取引・団体関係においては表示主義を、身分上の法律関係においては意思主義を主とすべきだと言う(我妻『新訂民法総則』286頁)。
- (136) ビドリンスキー自身による内的体系のうち基底的法原則よりも下の部分(下位原理・立法趣旨・ルールなど)の説明については、Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS.123-124, S.302を参照。なお、本稿における用語法とは異なり、ビドリンスキーは最適化命令以外も「(法)原理」と呼ぶ点には注意を要する。
- (137) 大久保邦彦「法解釈方法論から見た改正債権法」松久三四彦先生古稀記念『時効・民事法制度の新展開』〔信山社・2022〕250-251頁。
- (138) 民法と消費者法との関係に関する対象レベルの議論については、拙稿・前掲注(104)21頁以下を参照。
- (139) 後藤巻則『消費者契約と民法改正—消費者契約の法理論 第2巻』〔弘文堂・2013〕1頁。
- (140) Bydlinski, System, SS.17-19. 大村も「ある法領域が独立の存在意義を有するかどうかは、……独自の基本原理の存在にかかっている」と言う(大村敦志『脱法行為』と強行規定の適用』『生活民法研究Ⅰ 契約法から消費者法へ』〔東京大学出版会・1999〕160頁)。
- (141) 法制審議会民法(債権関係)部会での議論については、「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(15)詳細版」(民法(債権関係)部会資料20-2)1頁以下、「法制審議会民法(債権関係)部会第20回会議議事録」〔2010・12・14〕25-50頁、法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」〔2011〕457頁以下のほか、後藤『消費者契約と民法改正』346-349頁を参照。
- (142) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ—序論・総則』〔商事法務・2009〕28頁、124-137頁、149-160頁、同編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ—契約および債権一般(1)』〔商事法務・2009〕104-141頁。山本『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕』312-313頁、後藤『消費者契約と民法改正』330頁も参照。
- (143) 村千鶴子「民法と消費者法の間をどう考えるか」椿寿夫ほか編『法律時報臨時増刊 民法改正を考える』〔日本評論社・2008〕22頁。

- (144) 拙稿・前掲注(104)26-28頁、「法制審議会民法（債権関係）部会第20回会議事録」32頁（鹿野幹事）、34頁（新谷委員）、40頁（奈須野関係官）。
- (145) 拙稿・前掲注(104)33-48頁。
- (146) 鎌田薫も「現代的な契約法の基本原則を明らかにしようとするときには、必然的に、消費者契約法の中の民事実体法部分と一般的な契約法理との関連について検討しなければならない」と述べる（民法（債権法）改正検討委員会編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」』別冊 NBL127号〔2009〕11頁）。
- (147) 山本敬三『契約法の現代化Ⅱ—民法の現代化』〔商事法務・2018〕322頁。
- (148) 大村『消費者法〔第4版〕』46-47頁。
- (149) 拙稿・前掲注(104)23-25頁。
- (150) Franz Bydlinski, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, S.694; ders., Skizze, SS.202-203.
- (151) Bydlinski, System, SS.749-750; ders., JBl 1996, SS.696-697; ders., Skizze, SS.202-203.
- (152) Bydlinski, System, SS.767-768, S.777; ders., JBl 1996, SS.697-698; ders., Skizze, SS.203-204.
- (153) 基本的な人格的利益（人間の尊厳）の保護や格差原理に基づく再分配により「積極的自由」が拡大しうることについては、拙稿・前掲注(45)3頁、12-25頁で触れた。
- (154) たとえば、山本敬三『契約法の現代化Ⅰ—契約規制の現代化』〔商事法務・2016〕231-276頁（簡単には、山本『契約法の現代化Ⅱ』59-62頁）で行われているような作業が必要となる。
- (155) 橋本ほか・前掲注(88)17頁、19-20頁、35-37頁、74-75頁〔大久保〕。
- (156) このことは、拙稿・前掲注(74)1229頁注(72)で告白した。
- (157) 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』〔有斐閣・1986〕96頁。
- (158) 磯村哲『不当利得論考』〔新青出版・2006〕58-59頁、111-202頁。
- (159) 磯村『不当利得論考』233頁は、「『権利』秩序のもとにおける取引の展開を背景とする『自由競争』およびそれに伴う法的安定の要請が、不当利得の固定的な限界付けを要求する。無規定の不当利得的追求の承認は資本主義的予測可能性（Berechenbarkeit）に矛盾するからである」と述べる。
- (160) Bydlinski, System, SS.234-235; Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S.134. 厳密に言うところ「他人の損失において」の部分は問題を孕むが、本稿では立ち入らない。
- (161) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』〔有斐閣・1987〕662頁によると、「不当利得ニ関スル立法ノ基礎ニ至リテハ、本案ト既成法典〔旧民法〕トハ

「法の内的体系」鳥瞰図

全く其所見ヲ異ニスト云ハザルベカラズ。何トナレバ、既成法典ハ從來普通ニ行ハレタル自然法上ノ原則、即チ、何人ト雖モ他人ノ損害ニ因リテ自己ヲ利スルコトヲ得ズトノ公平主義ニ基ヅクモノナリト雖モ、本案ハ近世一般ニ是認セラルル理論ニ基ヅキ、不当利得返還ノ義務ハ法律ノ規定ニ基ヅクモノニシテ、即チ、法律上ノ原因ナクシテ取得シタル利益ハ総テ之ヲ返還セザルベカラズトシ、之ニ因リテ一種ノ債務ヲ生ゼシムルモノ」である（句読点と濁点を補った）。

- (162) 磯村『不当利得論考』1-2頁。
- (163) Bydlinski, System, S.235.
- (164) Bydlinski, System, S.239.
- (165) 侵害利得の不当性の基準については割当内容説と違法性説とが対立しているが（藤原正則『不当利得法』〔信山社・2002〕210-211頁）、本文の記述は、割当内容説を前提にしている。割当内容説を採用した場合において、不正競争防止法などの行為規範によって保護される利益が侵害されたときに不当利得が成立するかについては争いがあるが（Bydlinski, System, SS.243-244; 拙稿・前掲注(74)1195頁以下）、本文の記述は、権利によって保護される利益が侵害された場合のみを想定している。
- (166) 磯村『不当利得論考』215頁、大久保邦彦「債権法改正法下における『債権』概念について」名城法学69巻1・2号〔2019〕106頁。
- (167) Larenz/Canaris, a.a.O., SS.169-170.ただし、「利用による利益」の内実（利用成果を含むか否か）については対立があり、それは返還義務の範囲に影響を及ぼす（松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』〔有斐閣・1973〕144-147頁、川角由和『不当利得とはなにか』〔日本評論社・2004〕73-94頁、拙稿・前掲注(74)1213-1218頁と、同1225頁注(40)に記載の諸文献を参照）。
- (168) 日本民法206条に対応するドイツ民法903条につき、Larenz/Canaris, a.a.O., SS.373-374を参照。
- (169) Bydlinski, System, S.240.
- (170) Larenz/Canaris, a.a.O., S.178.
- (171) Bydlinski, System, S.242. 侵害利得は受益者の行為がなくても成立しうるので、注(165)で述べた違法性説は不適切である。
- (172) 磯村『不当利得論考』234頁は、「『その他の利得返還請求』〔侵害利得〕はあたかも物権的請求権と同一平面において『財産帰属』自体の保障手段として機能する」と言う。
- (173) Bydlinski, System, S.248.
- (174) Bydlinski, System, SS.239-240. より詳細にはSS.248ff. 橋本ほか・前掲注(88)36頁〔大久保〕でも「給付」について丁寧に説明している。

- (175) 川村泰啓も「所有権その他の all or nothing の論理の貫徹する権利について、all or nothing の論理に抵触する財貨の帰属は、広義においては、無効なあるいは取り消された契約のうちに包まれて在る対価の給付が誤って実行されているばあいにも、語りえないことはない」と述べる（川村泰啓『『所有』関係の場で機能する不当利得制度(-)』判評117号〔1968〕3頁）。
- (176) Walter Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1964), S.349. 加藤雅信の統一的請求権論においては、「権利の割当内容の保護」は縦型の統一的請求権の当初請求として現れる（加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』575-594頁）。
- (177) Bydlinski, *System*, SS.244-245.
- (178) Bydlinski, *System*, SS.245-246.
- (179) ドイツ法において、給付に基づいて取得される利益は必ずしも財産的価値のあることを要せず、信書、単なる占有、登記名義などでもよいことは、谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法(18)債権(9)』〔有斐閣・1991〕16頁〔磯村保〕で紹介されている。日本法についても、帰属法的不当利得返還請求権〔≡侵害利得〕によって保護されない利益も、矯正法的不当利得返還請求権〔≡給付利得〕によって保護されることが指摘されている（加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』309-311頁）。本文括弧書きのノウハウ、競業避止は、加藤の挙げる例である。
- (180) Bydlinski, *System*, SS.247-248.
- (181) 磯村『不当利得論考』234頁は、「『給付利得返還請求』は『財産帰属』自体の保障よりもむしろ第一<sup>レ</sup>次的・直接的には意思的財産移転過程自体の瑕疵に基く財産移転の回復に奉仕する」と述べる（傍点は原文）。

四宮和夫『事務管理・不当利得』〔青林書院新社・1981〕4頁は、「不当利得には、財貨・負担の帰属の法則に反する場合（例、他人の物の無断使用）と、財貨・負担の運動の法則に反する場合（例、無効の売買契約に基づいて給付した場合）とがあり、前者では権利保護の機能が、また、後者では私的自治の原則の裏からの保障という機能が、それぞれ前面に出ている。だが、前者ととも、全体的にみれば（無断すなわち契約関係の不存在、が必要だから）、やはり、私的自治の原則に反する財産的利益の移動の復原調整をはかるものであり、他方、後者にしても、私的自治の原則に反する財産的利益の移動を復原することによって、間接的に権利保護機能を果たしている、といえよう」と述べる。

加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』312頁は、「売買契約の無効取消にもとづく給付物の取戻のさいの不当利得返還請求など」は、「財貨移転の矯正という機能を果たしていると同時に、財貨帰属の確保という機能をも営んでいる」と述べる。

「法の内的体系」鳥瞰図

- (182) 磯村『不当利得論考』236頁。
- (183) 加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』733頁注(15)。ただし、加藤自身は、日本法については、転用物訴権概念を拡張して、XM間の契約が無効の場合も転用物訴権の保護する範囲に包含する(同727頁、788頁注(13)、同『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』〔有斐閣・2005〕114-115頁)。
- (184) 最判平成7・9・19民集49巻8号2805頁。
- (185) Bydlinski, System, SS.272-279.
- (186) 「目的不到達による不当利得」については、藤原『不当利得法』79-85頁を参照。
- (187) 拙稿・前掲注(4)606頁注(71)において、「法の内的体系」はリゾーム(根茎)の構造を持つことを指摘したが、本稿で提示した「法の内的体系」を視覚的に捉えなければ、Marc Ngui, BUMBLENU T PICTURES の Thousand Plateaus (<https://www.bumblenut.com/drawing/art/plateaus/index.shtml>) の Introduction: Paragraph 6. (<https://www.bumblenut.com/drawing/images/plateaus/bigger/1000platos-intro-06.gif>) が、大きな箱を法理念、中くらいの箱を法原理ないし基本思想、小さな箱を法ルールと見れば、筆者のイメージに最も近い(2023年5月9日最終訪問)。
- (188) 大久保邦彦「信託における取戻権・第三者異議権の法原理的基礎」信託研究奨励金論集42号〔2021〕69-71頁。
- (189) 外国法研究や歴史研究に対する筆者のスタンスについては、拙稿・前掲注(75)の注(3)を参照。