

《論
說》

公序良俗に関する一考察 (二)

石田喜久夫

目次

- 一 はじめに
- 二 現在の問題状況
 - 1 椿壽夫Ⅱ伊藤進編・公序良俗違反の研究・第一部
 - 2 椿壽夫Ⅱ伊藤進編・公序良俗違反の研究・第二部
 - 3 大村(敦志)説
 - 4 山本(敬三)説
 - 5 本稿の内容概観(以上一九九六年第一号)
- 三 一般条項の事例群化と類型化論
 - 1 事例群から類型へ
 - 2 事例群手法に対する教義学的批判
 - 3 事例群手法に対する社会的批判
 - 4 方法論から見た一般条項の役割
 - 5 事例群擁護論からの反論
- 四 公序良俗の類型化
 - 1 良俗規定に対する評価

2 公序などとの関係(以上本号)

五 公序良俗違反の具体的類型

六 おわりに

三 一般条項の事例群化と類型化論

1 事例群から類型へ ここで問題とされるのは、「公序良俗」のような一般条項が、既述のところからも明らか
なように、事例群(Fallgruppe)の指定を通じて具体化されることによって、社会的に機能しており、一般条項の果
すべき役割はこれに尽きるとするのが、*communis opinio*と見られるが、はたしてそうなのかをラルフ・ウェーバ
⁽⁴⁹⁾ーとともに問いなおすことである。

周知のように、近代の法典編纂は裁判官の恣意を防いで法的安定性と正義を保障することを理念とするものではあ
ったが、不断の変転の相の下にある社会事象を、カズイステイッシュに編まれた規範の枠内に押し込めることは、い
かに有能な立法者と雖も、これを実現しようところではなかった。まこと、「生活は立法者の予見を嘲笑する」⁽⁵⁰⁾ので
ある。そこに生じるのは、もはや、恣意的に誤った判決を下す裁判官に対する恐怖ではなくて、個別事例の非典型性
(*atypischer Einzelfall*)にブラインドな制定法に向けられた脅威なのである。このような風潮は、いわゆる自由法運
動において極点に達する⁽⁵¹⁾。ここでは、論理は正義の価値について盲目であるから、正しい判決を法規範から論理的に
獲得することは、不可能である、などと主張された。だから、制定法の規定は、個々の事例に対する正しい判決へ到
る途次における芒漠たる抛り所にすぎない、との極論さえ見られた。このような、カズイステイッシュな法秩序と自
由法運動理論との妥協ないし調和を、立法者は一般条項の姿に求めようとした。つまり、多様な生活事象を厳密に定

立された法の枠内に閉ぢ込めることは必然的に十分に達成できないことを意識し、予見できない社会の展開を、しかも、そのときどきにおける適切な判決を一般化して妥当させることを裁判官に委譲すべく、一般条項を措定したのである。まさに、ヘーデマンの云うように、それは「開かれた立法の部分」(ein Stück offengelassener Gesetzgebung)にほかならない⁽⁵²⁾。もっとも、一般条項の危険性に対する警告は、とくにナチス時代の民族法典 (Volksgesetzbuch) の起案の記憶とともに、消え去ることはない。権力保有者に必要と感じられるところに適合するように、広汎な制定法改正なしに、民法を形成することを、可能にするからである。しかも、その後も——今日も——立法者は、新しい法を制定する場合に、つねに、一般条項を規制手段として採っており、ウェーバーもこの手法を正当と評価する。彼はいう。「複雑な技術的・経済的に激しい変転に支配されそれにより形成される現代世界において、一般条項は、諸関係の変化に対する法的秩序の迅速な順応を保障する、制定法上の不可欠な規制手段とみなさるべきである」⁽⁵³⁾と。

ところで、「一般条項」について語られる場合、そのメルクマールとして「精密化を要する (Präziserungsbedürftigkeit) 指令 (Richlinie)」とするむき⁽⁵⁴⁾が一般的であるが、ある程度の精密化の必要性はすべての法的概念に固有である——数による表示のみが精密化を要しないに過ぎない——ことに鑑み、それでは何事をも語ってはいないと評する。そうだとすれば、一般条項の概念については、一般に承認されている満足すべき定義が欠けている、と言わざるを得ない。その意味で、ドイツでもわが国でも、多くの注釈書・体系書・論文などが、すでに一般条項の本質について確実な観念が存在することを前提にして、ことを論じている嫌いがあり、反省を要するかに思われる。というのは、法規範の適用さるべき「周辺領域の不分明 (Randunschärfen)」が、当該法規範を一条条項たらしめる、などと考えるならば、制定法の枠内において特殊な課題を荷っている「真の」一般条項の方法的機能を無に帰せしめる虞れがあるからである——この機能は叙述の展開とともに具体的に明らかとなるが、誤解を恐れずにいうなら、新らしい法の定

立とみてよいであろう——。したがって、疑いなしに一般条項とされる、信義則 (Treu und Glauben)・良俗 (gute Site)・衡平 (Billigkeit)・信頼 (Vertrauen) を指示する規定から帰納しうるように、「その概念が非常に高度の抽象レベルに位置を占め、一義的に把握しうる概念の核心 (Begriffskern) も存在せず、それとともに、規範の凡ゆるスペクトル (Normspektrum) を超えて、具体的事例に対する規定の置換 (Umsetzung) が、評価的で倫理Ⅱ道徳的な基礎に足場を置く決定という方法でなされるもの⁽⁵⁴⁾とするのが、一般条項概念を浮き彫りするものと云えよう——概念の核心を一義的に証明しえないところに、核心を看てよいであろう——。このように一般条項を把握するとしても、現代の法理論は、「一般条項への逃避」に象徴される呪咀というスチイラ (Styia) と、一般条項を「帝王条項」と賞讃する過大評価というシャリプデイス (Charypdis) との間に、ソロモンの航路を拓かねばなるまい。やや具体的にいうなら、具体化による内容上の不規定性の克服ということになるか。

さて、古典的な法理論によれば、判決の法的理由づけは所謂「包攝手続」を通じて与えられる。即ち、制定法上の規範が第一前提 (大前提) を、判断されるべき事態が第二前提 (小前提) をかたちづくる演繹的手法による推論手続が、それである。かような措置は、しかし、規範が包攝能力を有すること、つまり、概念的に十分正確な要件指標を内含することを、前提にしている。一般条項には、さきに掲げた定義からも明らかのように、このような要件指標が欠けており、ここで包摂手法をもち出すのは不適切であろう。結論的にいうならば、事例群をつくる方策が考えられる。この事例群は概念的に十分な規定性を有する補充的要件指標にはかならない。すなわち、一般条項を用いてなされた解決 (判決) から、特殊な法に従ったとはいえないような解決群が生じ、それらを概観し一般条項の新たな適用を不可能ならしめるに至るのを回避するため、これを整序しなんらかの方法で内容的に範疇化することが、事例群形成の第一目標なのであるが、そこでは、個々の規制したいの意味と目的による帰納的方法によって方位指向点

(Orientierungspunkt) ——どのような観点から何を目ざして一般条項が適用されているかというトピとみるべきか? ——が展開される。したがって、事例群をいうかぎり、判決は、根本的にはもはや規範から導出されるのではなくして、まさに逆に、規範が、判決もしくは判例からはじめて獲得されることとなる。このように見れば、事例群(法)は制定法の欠缺を充填するものとして正当化され——そして、この欠缺は立法者によって意図的に創られた——、古典的な制定法実証主義における「包摂の自動販売機としての裁判官という古い理念が、ここでは新しい衣を纏って見出しされる⁽⁵⁵⁾」と、辛辣にウェーバーは断ずる。換言すれば、「ひとは法を適用する者に、学問的に保障され検討可能な方法により、カズイステイクの海に確固とした繫留点を手に入れさせようとする。一般条項によって先づ与えられた個性化への衝動に継起して、まったく反対の流れが法律学に生じる。事例群システムの構築による『一般条項の制度化』へと司法を動かそうとするのが、それである⁽⁵⁶⁾」ということになるか。

ともあれ、事例群の形成——わが国で類型化と云われているところにはほぼ等しい、と思われる——は、ひろく流布しており、これによって、通常一般条項で把握されている領域における情報入手が可能となり、逐一素材を検討する要はない、という長所が認められ、このことを通じて法的安定性が確保される。事例群システムは、一般条項の具体化につき、ほとんど一般的に承認された方法と評されるのも、この故である。しかし、事例群において考えられている典型例は、抽象的な大前提としてでなく、逆に、可能な限り重要な事例に入り込まねばならないことに、留意すべきであろう。かくて、個々の諸事例から導出され展開された事例群は、実際の法適用に際しては、しばしば、一般条項に欠けている正確な要件指標の地位を占め、規範に準じた機能が承認されるに至る。換言すれば、事例群は個別事例から解放され抽象化された形式において抽象的な基準命題 (Richtsatz) として、一般条項の補充的要件指標 (Ersatztatbestandsmerkmal)⁽⁵⁶⁾ となり、かくて一般条項の具体化に寄与すべきものとされる。そこでは、極めて困難で

複雑な諸事例の比較に拠り、個別的事例につき新たに評価的衡量を行う代わりに、事例群という中間成果 (Zwischenergebnis) へと誘われ、事例群が個別的な事例比較にとって代る。個別的事例に対する抽象的な事例群なる上位命題は、それとともに一般条項の要件指標となり、一条条項をも包摂能力のある法規定たらしめようとする。すでにここにウェーバーは、事例群を組成する個々の事例が妥当な帰結であったとしても、現在解決されるべき事例には適しない、という批判の成立する余地があるとする。⁽⁵⁷⁾

一般条項につき事例群をつくり補充的要件指標を準備するという展開は、右の中間成果を超えて形式的な類型形成 (Typenbildung) に辿りつく。けだし、「法的に等しい現象の総括」「法思考の整序による客観的領域の限界付け」というたぐいの言い方は、事例群手段に適切であるばかりでなく、いうところの類型論にも妥当するからである。両者の区別は、事例群手法が——少なくともその出発点においては——「総括された個別的事例の多様性を眼中に置いている」のに対し、類型にあつては、その根底にある個々の判決にややもすれば「根底に存する法思考の統一性」が強調されるところに、求められる。⁽⁵⁸⁾ かくて、抽象化の螺旋路を上るごとく、事例群が類型に近づけば近づくほど、その根底に存する個別的事例は忘却され、異相の (atypisch) 個別的事例についても一般条項を介して実現されていた正義が、抽象的な法思考の背後に押しやられるに至る。なぜなら、「事例群手法が、その教義学上の核心において、かつ、萌芽的にはその実際的的操作においても、適切な個別事例比較に足場を置いている——このことは遺憾ながら発展の相の下にいよいよ深く忘却へと沈下してゆくのであるが——」にも拘わらず、類型理論にあつてはかような基礎は存在しない⁽⁵⁹⁾からである。重複の譏りを覚悟して繰り返すならば、事例群手法は一般条項に欠けている包摂能力を、補充的要件指標により充填しようとし、一般条項の概念的漠然性を軽減ないし克服し、古典的な法的根拠範型 (Begründungsmodell) たらしめたが、そのことによつて、異相の個別事例についても正義に途を拓く一般条項の始原

的な様相と目標が、失われたのである。⁽⁸⁾

- (49) Ralph Weber (17) AcP. 192, S. 516ff.
- (50) Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1968, S. 82.
- (51) つまやぶ指摘するまでもないが、Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1902; Kantowicz (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906. が代表的であり、これに関する最近の論議として Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie in Wandel, 1972, S. 251ff.
- (52) Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 58.
- (53) Weber (17) AcP. 192, S. 521. つまやぶ「法典編纂の理想」つまり、すべての現行法を包括し、かつ、完結した体系の定立が、二万条を超える条文から成るプロイセン一般国法典 (ALR) によって、皮肉にも放棄されたことを、想起すべきであらう。

- (54) Weber (17) AcP. 192, S. 525.
- (55) ・(56) Weber (17) AcP. 192, S. 529.
- (56) つまやぶの概念とつまやぶに到る経緯については、Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 65 に詳しいようであるが、筆者は未見。Ersatztatbestandsmerkmal については、通常の法命題に存する要件指標が一般条項に欠けているが故に、この指標に代わるもの、との意が含まれているように思われる。なお、Vgl. Weber (17) AcP. 192, SS. 527ff.
- (57) Weber (17) AcP. 192, S. 532.
- (58) つまやぶの「つまやぶ」Haubelt, Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 104. が詳しい。
- (59) Weber (17) AcP. 192, S. 534.
- (60) このことは、洞察に困難な帰結とは云えないにせよ、自覚的に明確に語られることは尠なかつたように思われる。しかし、すでに二一で紹介したところにみられる、「我妻類型」に対する評価や、これに対するさまざまな新しい類型論に徴するとき、類型を固定的に考えるのは適切でない——厳密に論理的な云い方ではないが——ことは、民法学者のほとんどが抱いていた概念と云えよう。

2 事例群手法に対する教義学的批判 事例群手法によって、右に説いたとおり、ヘーデマンにおいて予言・予見されていた「一般条項への逃避」は調伏されたかに見える。しかし、「われわれの立法における一般条項の推進は、二〇世紀における法曹の、おそらくは、最重要の問題となる⁽⁶¹⁾」との言明は、彼の思惑ないし懸念とは異なった意味で、今日においてもなお大きな意義をもっている。すなわち、一般条項の事例群形成による広汎な具体化が、始原的に一般条項につき構想されていた自由な空間に絶えざる讓歩を迫るが故に、これに批判的な見地が対置されるべきだからである。社会生活関係の規制は、一方における法的安定性と、他方における個別事例に即した正義との間の、緊張関係のもとでなされねばならない。法秩序は、硬性の規制方式によって典型的事例に対して法的保護および正義を創出するが、そこから距った異相のコンステラティオンの尊重のためには、一般条項により自由空間を保障しなければならぬ。かかる、いわば二刀流とも称すべき手法による均衡状況は、一般条項の具体化を経由する規範化への動きによって破られ、いちじるしく法秩序を法的安定性の側へ傾斜せしめ、個別事情における正義が強力に後景に退かされることになるが故に、事例群手法は教義学的にも問題視されるべきである。このような視点から、ウェーバーは、類型論は論外として、事例群手法に対しても、以下の如く詳細に批判を加える。

事例群手法は、その意図にも拘わらず、一般条項の要件指標の形成を——補充的要件指標の構築によって——もたらしめるものではない。つまり、法学的方法論の意味における具体化は、その言明が完全な範囲で一般条項に含まれている一般的思想から導出され、一般条項それ自体がすでに内在する法的効果を具体的な生活事象について規定しているのであるが、事例群システムにおける判定基準 (EntscheidungsmaBstabe) は、一般条項に既に含まれた一般的な法思想のいかなる具体的な導出造形 (Ausformung) でもないからである。ここでは、具体的な事例規範が一般条項から抽出されるのではなくて、根底に存する法律事件 (Rechtsfall) に基づいて創られるのである。つまり、事例群にあって

は、具体的な判決を手がかりに抽象化によって創られた事例規範が一般条項に事後的に算入されることとなる。その故に、「事例群手法は、少くとも方法論的には、一般条項の具体化としては成り立ち得ず、ひとはつねに、事例群間システム (Fallgruppenbinnen-System) による一般条項の精密化について語りうる」⁽⁶²⁾に過ぎない。そのかぎり、事例群の評価は規象的思考の評価ではなく、一般条項を実際に応用した結末の経験的分析なのであり、「何が存在するか」を適切に指示するが、この「存在」が「正しい」か否かについて、いかなる言明をもし得ない。とすれば、事例群は、云われるが如き補充的要件指標に該らず、そのようなものとして判決の理由づけのさいに利用され得ない。かくて、事例群手法は自ら措定した要請を正当化しないこととなる。

ならば、事例群システムは、それまで生じなかった新しい類いの問題状況 (Problemkonstellation) の解決に資し得るであろうか。事例群手法は「欠缺」に座を占めており、究極的には、この欠缺を充足するという本来の必要性によって正当化されるものであり、意識的な「規制の欠缺」の存在——一般条項の配置——は、法体系の無欠缺性という支配的観念に適合しないが、「完結した一般条項」というのは自己矛盾であるところから、一般条項の内容を固定することにより欠缺を充填しようと考えるのは、理性法的立法に期待した全生活事態に対する完全にカズイスティツシユな規制がそうであったように、まぎれもなき幻想と云わなければならない。

権力分立の原則からも事例群評価に対し疑義を生じる。古典的な三権分立論に対して、近時かなりの修正論が唱えられているものの、立法と司法とが異なった機能領域に属することは、一般に承認されるところであろう。ところで、国家権力機能の、互いに人的かつ組織的に区分され機能的に分たれた権力領域への分属、という権力分立の思想は、個人の自由の保障への関心において、国家権力の行使の相互的阻止と内部的コントロールに資する故、今日でも無条件に妥当すべきである。たしかに、モンテスキューの眼前に浮かんでいた専制的権力構造および絶対主義的支配者像

は、われわれの法圏からは放逐されている。しかし、現在なお、例えば補助金制度に見られるように、隠された狡猾な手法での国家権力による個人の自由の危殆化の危険性の存すること、喋々する要をみない。逆に、裁判所は、制定法の適用とその概念的な内容の解釈を通じて個々の事例につき妥当な判決を見出すことを、職とするに拘わらず、事例群を一般化し一般条項の補充的要件指標と性質決定することは、法の定立(Rechtsetzung)に近づき、その権限を逸出する疑いがあり、疑問である。というのは、制定法の措置は、——ケースローシシステム(case law system)とは異り——、法的安定性・法の明確性の利益において、個別的事例における正義を部分的に切り捨てているのであって、これは民主的に正統化された立法者のそれに限って、正当化されるのであり、その場合には、一般条項の形態での評価的指示を通じて、右の切り捨てに対応する個別事例における正義の保障が意図されているからである。換言すれば、個別事例における正義の部分的切り捨てを伴う事例群法には、民主的な正統化が欠けているからである。重ねていうならば、事例群手法を肯定する論者からすれば、「形成された事例群はもはや単なる個別的事例の集積ではなく、この事例群において効力を有するに至った法思想の表現とみられ、これを宛も補充的要件指標として始原的かつ意識的に空白とされた一般条項に読み込む⁽⁶³⁾」のであるが、そのようなことを立法者は一般条項創設のさいに考えたのではない。一般条項はまさに開かれて(often)いなければならない。なぜなら、評価のみが個別事例の特殊性に導き、包摂はこれに対し特殊性から離れて標準化された通常の事例(Normalfall)に赴くからである⁽⁶¹⁾。ふたたび強調するならば、裁判官の職とすべきは、個別的事例において法を——通常は法規範の展開により、異相の事例については一般条項のかたちで許容されている評価によって——語ることであり、かかる個別的な評価決定から、抽象化の方法で、さらに一般的な法規を形成する権利は、裁判官には存しない。主権者としての市民(Volk=国民?)に還元しうる民主的な選挙による正統化が欠けているからである。

右に述べたとおり、事例群には理論上一般的拘束性の無いこと明らかであるが、実務的には「規範的効力があるかの如く (quasi normative Geltung)」作用している。裁判官が一般条項を用いるさいに——それにとどまらず法に関わる実務家が一般条項を意識する場合に——、当該法律事件に適合する事例群を探し出し、これを法的判断の枠内で適用する、いわゆる「先例尊重」の慣用に因る帰結といいうる。しかし、法規範に基づきかつ法規範を目ざす理由づけを要するわれわれの法秩序にあっては、先例を引き合いに出すことは、「半ばしか正統化されず、その故に薄明の (Halbdunkel) 空間」⁽⁶⁵⁾に漂う理由づけの手法と云わなければならない。「裁判官法は法源であるのか (Richterrecht als Rechtsquelle?)」との問いは、論議の多いところであるが、ここでは、先例というかたちでの裁判官法も、そこから導出された事例群という形を採る抽象的な大前提も、何故「法源」とみられないかが、問われねばならないであろう。裁判官法は単なる認識 (Erkenntnis → 判決) の行為であり、それ自身に内在する認識根拠 (Erkenntnisgrund) を欠くが故に、「法とされる何ものかの認識根拠 (ein Erkenntnisgrund für etwas als Recht)」⁽⁶⁶⁾を法源と解するときは、これに該らない。やや立ち入って云うならば、事例群は、一般条項を授用して裁判官法上何が得られたかという事実を適切に記述するものだが、しかもなお、そのような存在 (Sein) が法 (Recht → 正しいもの?)⁽⁶⁷⁾でもあるのか否か、何故にそうなのかについて、みずから方法論上承認されるべき理由づけを供し得ないのである。「事例群というかたちをとって浮かび上る法命題に、制定法に均しい力が帰属させられるのは、立法者がこの判決を法典化し、よって以て定立された法にとり込むか、この判決が慣習法にまで強化された場合のみである。」⁽⁶⁷⁾と云わねばなるまい。なお、事例群には、真の意味における規範的な拘束作用は帰せられ得ないが、「推定上の拘束性 (präsumtive Verbindlichkeit)」を生じると説くむきもある。日本流にいうならば「事実上の拘束か」——矛盾概念か?——というところであろうか。つまり、法的安定性への関心から、裁判所は、確固とした恒常的な判決に遵い、やむを得ない実質的根拠なしにはそこ

から離れないこととなる。そこには、上級裁判所の権威に対する畏敬と、適切な法的衡量によって理由づけられている判断の拘束力とが、看取される。しかし、権威はいかなる推論にも代替しうるものではなく、かつ、法的衡量の妥当性は事案の内容の検討を通じて帰結されるところであり、そこでの単なる一致は、決して先例の拘束作用とは言えない。だからして、「先例およびそれに基づいて構築された事例群システムの、推測し得るにすぎない拘束性は、法的にも方法的にも、根拠を有するとは云えない」⁽⁶⁸⁾ことが、確認されるべきである。

ならば、一般条項によって立法者は裁判官に規範設定を委任した (Generalklausel als Rechtssetzungsdelegationsnorm) とみうるであろうか。そのような規範設定授權 (Normsetzungsermächtigung) は、生活の多様性のゆえに立法者がすべての領域において容態規範 (Verhaltensnorm) を指定することができないため、結論 (判決) を見い出すにつき基準となる容態規範を指定するのを、部分的に個人 (裁判官) に委ねなければならない、という発想に立脚する。一般条項に基づいて法適用者によって下された個別的事例における判決は、法適用者に移された規範設定権能に基づいてなされた場合に、そのかぎりにおいて客観的意味における法秩序に算入され、法規範となるわけである。しかし、一般条項に内含されている規範設定権能からはみ出るときは、単なる権限の僭称がなされているにすぎないことに、留意すべきである。ところで、立法者も学者も、いったいどういう帰結が最終的に尊重されるべき法となるかを、正確に示すことのできないのが、一般条項の特性なのであるから、一般条項の規範法への編入により、一般条項に基づく個々の事例判決が規範と等置されるということにはならない。個々の判決には一般的な妥当性の言明 (Gültigkeitsaussage) が欠けているからである。むしろ、ここでは法適用者に、固有の主観的に刻印された評価による——厳密な包摂方法によることなしに——個別事例に対する法を宣言する権能が、賦与されている、と見るべきなのである。かくて、ウェーバーはいう。「社会倫理という法の外にある基準への回帰 (Rückgriff) のもとに、特殊な事態に対す

る判決のために法適用者への指示を伴う、一般条項の開かれた文言 (Eassung) のうちに、もっぱら、『実質的に正しい判決』に係る立法者の態度表明が見らるべきである。たしかに、一般条項の解釈と適用にあたっては原則として妥当すべき『正義の一般化傾向』は、そのかぎりにおいて、法的に同様に判決されるべき (gleichgerichte) 諸事例の均しい取り扱いを要求する。このことが正当になされるとしても、要求されるのは個別事例の比較のみである。抽象的な大前提の調製に対する特別な正統化は、ここからは導出され得ない。判決されたもしくは判決されるべき個別事例は、つねに、抽象的事例群へと導かない特殊な点において関係する。その故に、抽象的な事例群ないし類型の形成は、法の外にある基準への一般条項の指示によっては、カヴァーされ得ない⁽⁶⁹⁾と。要するに、一般条項は、法適用者によるいかなる一般化も抽象化も許容せず、古典的な包摂に代わって裁判官の評価を唯一の判決理由として要求するものであるところから、次のように論結される。一般条項を法設定委任規範と捉えようとする場合にも、この委任は具体的に個別事例のみにかかわり、異相の個別判決を抽象的な事例群へと昇華させることを含まないし正当化するものでもない。そうすることは、一般条項自体の意味と目的に反し、一般条項の委任の枠・その適用領域を踏み越えることとなる。だから、法設定規範として規範論理的に一般条項を理解しても、事例群システムの形成に対しいかなる正当化を与えるものではない。

いままで説いてきたところから明らかかなように、個別事例判決から抽象化により事例群をかたちづくり、これを法源とみることに理由が無いと解するウェーバーによれば、事例群を大前提となし得ない以上、事例群の助力のもとに下された判決は、厳密な意味では、その法的理由づけを欠いており、方法論的にも内容的にも、誤っている、と許さねばならないこととなる。加えて、彼は、さらに法政策の視点からも、事例群手法の批判に及ぶ。

(69) Hedemann (52) S. 3.

- (62) この意味での精密化については、Wiacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 BGB, 1956. S. 17ff. が適切に指摘するところである (zit. nach Weber, (17) AcP. 192. S. 538)
- (63) Weber (17) AcP. 192. S. 542~3.
- (64) この点については、Henkel, Recht und Individualität, 1958. S. 44.
- (65) Franz Bydlinki, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982. S. 562.
- (66) Ross, Theorie der Rechtsquelle, 1929, S. 291ff.
- (67) Weber, (17) AcP. 192. S. 546.
- (68) Weber (17) AcP. 192. S. 548.
- (69) Weber (17) AcP. 192. S551~552. なお、彼によれば「法的安定性と個別事例の正当性 (Einzelfallgerechtigkeit) は、原則的に同一ランクの法原理と見らるべきであり、この原則は並列して決して完全には実現されず、その間につねに相対的に危うかしい均衡状態が作り出されるにとどまる」(S. 552)とされる。

3 事例群手法に対する社会的批判 事例群手法の教義学的批判として説いたところが正鵠を射ているとしても、事例群手法を促した、一般条項の本質と機能に関する誤解を、十分明らかにすることが、なお必要である、とウェーバーは考える。彼にふたたび聴いてみよう。

つとに、コーディングは、法秩序は個別性に対してではなく典型的なもの (Typisch) についてのみに関心をもつ、と説いた⁽⁷⁰⁾。法的保護の形式にあっては、個性への顧慮の要請は、入口で拒否されているように思われる。しかし、われわれのヨーロッパ大陸の法秩序は、規範による抽象的な法設定と、規範への包摂による具体的な法発見という二元的な観念 (Konzept) に基づいている。ところで、制定法の一般化される正義から距った、その時々々の異相の個別事例つまり個性を、それ自体として規範的に把握するのは、立法者には不可能である。けだし、生活事象はその典型的な生起においてのみ予見され、その唯一無二の性質においてではない、からである。個別事例の本質には、むしろ

常に、一定の驚かせる特徴 (Überraschungsmoment) が存在する。「人間の規制能力には、偶然の戯れと攝理の結合の無限の多様性を洞察することが、拒否されているからである」⁽⁷¹⁾。立法者は、法規範を樹立する際に、原則的に書面に固定された言語という表現手段のみに拠らざるを得ず、固定された言語は、概念形成の結果必然的に自ら抽象化され、まさに個別事例の異相の特殊性を見逃す——概念はまったく不可抗的に個別事例の特殊性を「殺す」——。そこで、近代の立法者は、自らの不十分さを認識して、一般条項のかたちで、可能なかぎり広い範囲にわたって、個別事例に対する判断を、裁判官に行わせるのである。かくて、一般条項は、法体系の運用にとって必要な緩衝地帯 (Kautschonen) を創るのである。すなわち、一般条項は、本質的に硬直した動かない概念に拘束された規範に拘わらず、全ての規範に内在する輪郭の不分明を超えて、個々の事例に対する正義の意味において、法の適用を職とする者によって充填さるべき自由な余地 (Freiräume) を創ることを、立法者に可能ならしめる。すなわち、一般条項の主たる意義は立法技術の領域に属し、終局的には、カズイスティッシュな要件把握の反対概念として働き「方法論の補助像 (Hilfsfigur der Methodenlehre)」を形成し、そこでは、非日常的な事例の個性の前における、予め計画されている制定法の降状 (Kapitulation) が見られるのである。一般条項は、具体的な個別事例の判決に際し、この事例が制定された基準法 (Normenrecht) にその特殊なものとして把握されていない限り、「法の外の秩序領域」即ち倫理的評価に何けられるべきことを、法適用者に指示する。しかし社会倫理はごく大まかな準則 (Richlinie) を供するにすぎず、これは判断者 (法適用者) に「()」現在の (hic et nunc) 具体的な判断をその自由に委ね、そのことよって判断者に、個々の事例における倫理的要請の自己責任による現実化 (Aktualisierung) を課すのである⁽⁷²⁾。一般条項についてのかような理解は、人間の共同生活の法的な秩序が、それ自体もしくは国家共同体のために指定されたのではなくて、その窮極の存在目的は個々の個人に役立つためである、という事実からの当然の帰結にすぎない⁽⁷³⁾。

一般条項の機能についての、右述の認識は現代における画期的発見ではなく、すでにアリストテレスも認識していたところである。⁽⁷⁴⁾ くり返し試みられた啓蒙の意図に出る法典編纂理想によって、実相が隠蔽されることが少なくなかったにとどまる。とにかく、一般条項の助けを借りる事例判決にとっては、そのときどきの個別事例の異相の特殊性・特別の事情——通常の事例に即して規定された実体規範たる法 (Sachnormrecht) は適切な規制指示をも用意していない——が問題となるのであるから、一般条項はそのカヴァーする領域 (Bandbreite) 全体にわたって、特殊な事例の受容可能性を維持しなければならない。だから、事例群形成の基礎となっている個別事例の一般化には、一般条項に導かれてそのときどきに決定されるべき事例の位相 (Fallaspekt) が消失したり覆われてしまう危険性があることに注意する必要がある。その意味では事例群間システムのもたらす仕上げは、一般条項の規制課題——それは、立法者によって、個別的正義の標榜のもとに、意識的に法の外にある基準への指示により制約されてはいるが、評価の多様性と主体性の承認と云いうるのだが——に矛盾する、と評すべきである。ウェーバー自身の総括はこうである。「一般条項の基礎の上につくられたこの具体的なもの(事例群ないし事例群間システム)は誤っているようである。ここではまさに、抽象的な大前提の形成によって、個々の事例に関わる法が、その根底に存する異相の個別事例から引き離され、具体的な法はそれによって事例群に関わるものから更に抽象的な法に意味を変えられ (undeuten) ——より適切には還元され (reduzieren) ——ることとなる。…このような、具体的な一般条項法の一般化 (Veralgemeinerung) の全ての形式、とりわけ、抽象的な補充的要件指標機能 (Ersatzatbestandsmerkmalsfunktionen) を利用する事例群は、したがって、望ましくないばかりでなく、体系矛盾 (systemwidrig) とすら云いうる⁽⁷⁵⁾」。それならば、一般条項の解釈はどのように方法論的に位置づけられるのであろうか。

(70) Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2 Aufl. 1969, S. 17.

- (71) Henkel, (25) S. 25.
- (72) Wiacker (22) S. 13.
- (73) Weber (17) AcP. 192. S. 557. もちろん、かような見地に対しては、当然に批判はあり得る。わたくしも、無条件に賛成するつもりはございません。
- (74) Vgl. Aristoteles, Nikomatische Ethik VI.4; herausgegeben, übertragen und erläutert von P. Gahlke, 1956 (zit. nach Weber (17) AcP. 192. S. 557).
- (75) Weber (17) AcP. 192. S. 559.

4 方法論から見た一般条項の役割 いままで観てきたように、一般条項は、包摂方法によって判決を支持する規定ではなく、Entweder-Oderというかたちで固化した実体規範(Sachnorm)の目ざす実質的利益を、まさに異相の個別事例に即した正しい判決において解消することを、唯一の目的とする方法論上の補助像(Hilfsfigur)なのである。一般条項に即して、もっぱら具体的な個別事例とその特殊な利益状況に向けられた判決がなされ、個別事例における正義が実現されるべき場合には、その規定に基づく事例群における、裁判官による法の継続形成(Rechtsfortbildung)を見ることは出来ないのである。つまり、一般条項には、もっぱら、個別事例に関係し、個別事例に限定された修正作用(Korrekturwirkung)が帰せられるのである。とするならば、一般条項による衡平な判決は、いわゆる「カーディ司法(Kardijustiz)」に帰着するのであろうか。一般条項の適用要件として要求され且つ証明されるべきは、法典化された実体規範が、まさに目ざされた正当な判決に至り得ず、なにがしかの編み垣(Hürde)による補修を必要とする、ということに鑑みれば、そこでの裁判官をイスラームのカーディと同視することは適切とは云えまい。だから、一般条項を以てする法発見の手順として理由づけられなければならないのは、さまざまな事例の正常相の類型(Normaltypus)のために、立法者によって提案された実体規範がこの異相の(atypisch)特別事例において、何故に

拒否されるのか、ないし、この場面における社会的正義の諸基準に、根本的かつ耐え難いほどにまで背馳する結果に到るのか、ということである。端的にいうなら、「制定法の帰結が、一義的に明白に押しつけられるのかのとき不適切なものであることが証明され、解釈や類推によっては是正されない場合に、はじめて一般条項の適用に途が開かれる⁽⁷⁶⁾」ことになるのである。ところで、右の証明は、解釈ないし類推によって、当該実体規範の要件指標を限定もしくは補完することが不可避であること、とくに、かなり広い範囲で出てくる異相の特殊性から制定法の通常事例との根本的相違を通して要求されることを、明らかにするにある。もちろん、異相の個別事例に対する判決の核心は「評価」に存し、おのずから主観的とならざるを得ないが故に、裁判官の純粋な「恣意的衡平 (Billigkeitwillkür)」に門を嵌めるためには、問主観的検討 (intersubjektive Überprüfung) を可能ならしめる必要がある。換言すれば、自己の評価が、見出されるべき評価及び評価提案とそれに伴う推論と討議 (対質) に曝され、その側から再び推論によって正当化されねばならない。このような、確信の推論的に合理的なディアローグが、恒常的にくり返されることによって、かつての自由法運動に回帰するもの、との批判を克服し得るであろう——これに対して、事例群手法は「本質的に、まさにそのときどきの評価的法的決定をしばしば抽象的な事例群の背後に隠し、その表見包摂的な手法により、そのように理由づけられた判決を、まさに評価的な批判から回避するものである⁽⁷⁷⁾」ことに留意——。

右に紹介してきたウェーバーの所説に対する私見はしばらく措く(六参照)として、その一見過激に思われる主張については、ドイツ法圏においても批判がみられる。左にその一端を紹介してみたい。

(76) Weber (17) AcP. 192. S. 566.

(77) Weber (17) AcP. 192. S. 564.

5 事例群擁護論からの反論 すでに言及したマイヤー・マリイは⁽⁷⁸⁾、ウェーバーの事例群手法批判について、次の

ように説く。

ウェーバーの批判の根拠は以下の五点に尽きる。すなわち、「(1)事例群は、具体化される一般条項に対する事例からではなく、決定された具体的事例から展開された。(2)事例群手法は必然的に完全ではなく、新しい問題状況 (Problemkonstellation) を伴う固有の批判的諸事例にあっては、拒否される。(3)事例群手法は、判決に立法者のみが克服すべき課題を割り当てることによって、権力分立の原則に衝突する。(4)事例群手法は判決実証主義 (Rechtssprechungspositivismus) の危険を創る。(5)事例群手法は、制定法が異相の特別な事例を解きゆるめるといふ、一般条項の機能を誤らしめる。」⁽⁷⁹⁾であるが、(4)のみが部分的に納得されうるにすぎない。ウェーバーの考え方は、いくつかの誤った前提に立脚している。まず第一に、カズイステイクな方法は大法典編纂の理念と軌を一にするとされるが、法典化思想はカズイステイクとは協調しない。⁽⁸⁰⁾さらに、補充的要件指標として事例群の形成を把握しているが、そこではまず経験的知識が重要であり、次いでこの経験的知識が慎重な方法で体系に結びつけられていることが、見誤られている。根本的な誤りは、最も重要な一般条項の基礎を形成する倫理的道德的な複合概念 (Begriffs komplexen) に、なんら具体的な原則が存在しない、と言及していることである。⁽⁸¹⁾そして、彼の提示する五点についても、つぎのように反論することができる。

- (1) 事例群形成の意義は、存在する判決から、カズイステイクに陥ることなしに、要件に似た像 (Figur) を創り出すことにある。事例群によって得られた判決基準は、一般条項に既に含まれている普遍的な法思考の具体的な彫琢の成果 (Ausformungen) である。例えば、良俗について展開された事例群が、もはや、それに対応する一般条項の法思考に還元されないならば、事例群へ接合するか、もしくは総括される判決は、誤っていることとなる。
- (2) たしかに、それまで重要とされた事例を包含する包括的体系による、一般条項の最も正確な表現

(Präisierung) も、欠缺を實際に排除するためには、十分に精密ではない、と説くのは正しい。しかし、いままで生じなかった本来の問題状況の事例にあっては、事例群体系も役立たない、とするのは誤りであろう。新しい問題にあっては、大抵の場合、すでに承認された事例群が類推の端緒を生み出すのであり、従来、事例群を形成し採り入れていた者には、開かれた体系のみが提供されている、という意識が、殊のほか強いのである。

(3) 権力分立の原則を承認するという出発点は歓迎に値する。しかし、彼ウェーバーが、事例群形成を「法定立権 (Rechtssetzungsmacht) の踰越」として攻撃する場合には、これに従い得ない。裁判所の法定立権は、その活動領域の彼方で「補充的立法者」として活動する場合には踰越になろうが、事例群は、通常、司法ではなく学問によって展開され、司法によって時おり取り入れられているに過ぎない。だから、権力分立は、不規定的な制定法概念を具体化する判決を類指標 (Gattungsmerkmal) により整序しようとする試みによっては、侵害され得ないのである。

(4) 判決実証主義の危険性に対する警戒それ自体は正しい。たしかに、学習の領域でも実務の領域でも、文献に出ている判例の叙述 (Judikaturdarstellungen) は、躊躇ぎみではあるが、本来の法源からずれている。しかし、判決実証主義の危惧は、一般条項も事例群も存在しないところでは、とるに足りない。先例の意味を検討するさい、ウェーバーは、先例が二次的な法源である、とするビドリンスキーのテーゼ⁽⁸²⁾——等価値の推論が対立し、すでに確固たる判決(先例)が存在する事案につき判決されるべきときは、法的安全性を害することのないよう、確立された判決に遵うことが、推奨される——を考慮に入れていない。また、彼が、一般条項に「法定立委任規範」を見ようとするに、反対するのは当然だとしても、BGB一三八条についての歴史的な立法者の一義的言明に対質していない。そこで立法者は、この規定について裁判所に極めて広い活動領域を与え、その故に「ドイツ裁判官層の良心 (Gewissenhaftigkeit)⁽⁸³⁾」に対する信を表明しているのである。

(5) 事例群手法は、すでにその思考性向よりして、一般条項の法的・社会的機能を誤るとし、その機能は異相の特
別事例につき緩和をはかることにある、と説く。しかしBGB一五七条もしくは二四二条⁽⁸⁴⁾において「信義誠実(Treu
und Glauben)」が語られる場合には、まず第一に通常的事例に妥当し、通例でない特殊な事例にはではない。

かくて、ウエーバーの批判にも拘わらず、マイヤー・マリイは、一般条項を取り扱う際には、事例群を形成する試
みを推挙する。

マイヤー・マリイの論文が公表される直前に、アクセル・ベアーターの手になる反批判⁽⁸⁵⁾と、ウエーバーの回答⁽⁸⁶⁾がみ
られる。それぞれの公表時期に照らして、マイヤー・マリイとベアーターはそれぞれ相互に意識することなしに、論
議を展開したやに伺われる。論点を異にするところがあることにも鑑み、ベアーターとウエーバーの応酬をもここに
紹介する所以である。

ベアーターによれば、ウエーバーの所説は、左の三点において、批判されるべきだ、とされる。

(1) 一般条項の意義と目標は、ウエーバーの指摘するほかに、法の整序された継続形成(Fortbildung)を可能なら
しめ、かくて変化した生活事象に法を適応させることにも存する。BGB八二六条⁽⁸⁷⁾や不正競争防止法(UWG)一条
によって、一般的人格権、営業権、安全配慮義務などが形成されたことを挙げうる。ウエーバーが専ら眼中に置いた
のはBGB一三八条・二四二条であり、そこでは原則的事例と異相の個別事例との対象化が可能であるが、そこで採
られた彼の手法は、UWG一条の場合には採用され得ない。ここでは、異相の個別事例に対応する典型的な通常事例
など存在しないからである。経済生活の多面的な変転と革新が予見され得ないところから、一般にいかなる特別の規
制も存しない制定法潜脱の諸事例にあっても、法を宣言することは必要であり、そこでUWG一条が働らくこととな
り法が継続形成されることとなる。そのさいに事例群が要求される。また、例えば約款規制法(AGBG)九条⁽⁸⁹⁾二項

は、普通取引約款に妥当する特別な解釈指標のためにも、事例群の形成を要求するが、そのさい留意すべきは、「普通取引約款は、取引保護の理由から、まさに、その客観的内容を有し典型的意味に従って統一的に解釈されるべきである、ということであり」⁽⁹⁰⁾、ここではウェーバーの指摘は中らないのである。商法(HGB)三八条⁽⁹¹⁾についても同様に云いうる。この一般条項によれば、「各々の商人は、その帳簿類を『秩序に従った(順調正しい?) 簿記の諸原則』に適合するよう記帳すべきであった。この規定が事例群によってのみ充足されうることは、見易いところである。そのさい、いかにして適合的な仕分けが得らるべきか、そしてそれがいかなる法的性格をもつべきかが争われたが、秩序に従った簿記の諸原則にあつて事例群手法が使用されるべき必要性は疑われなかった。そうでなければ商法三八条の適用領域は無く、貸借対照表法は基礎を欠くままであつたであろう」⁽⁹²⁾。民法上も、その顕著な継続形成といつその展開は——契約上の附随義務と権利合権利濫用の原則・行為基礎の欠落を挙げるべきか——、事例群の形成に支えられている。このように見てくると、「権限問題(Kompetenzfrage)」に逢着する。立法と司法の権限分配は当然であるとしても、ウェーバーのように云うのは、問題である。立法者と裁判官との協働は長い間原理的な反論に遭遇せず、よき法典編纂を時の流れとともに一般条項による個別事例の吸い上げによって、不断に革新し支えてきたからである。やや具体的に云うなら、立法者はあらかじめ広汎な特別規則を創る必要はなく、まず最小基準(Mindeststandard)にとどめることにより、個別事例における硬直化を怖れることなしに、更なる発展を期待しうる、ということになる。かくて、すべての一般条項に、事例群によって最もよく充填される継続形成機能が帰せらるべきである——これを否定するときは、法典編纂のなしうることを過大評価するか、もしくは、時の経過による法典の現実からの不可避的な乖離を承認しなければなるまい——。

(2) ウェーバーによれば、「一般条項特有の性質は、意識的にやむを得ず立法者によって採り込まれた法の外に存

する諸基準への指示によって制約され計画された、評価の多様性と客観性に存する」とされる⁽⁹³⁾。しかし、主観的・個別的な個々の判決がとりわけ不当な帰結に至ることが多いように思われる。例えば、「行為基礎の欠落」ルールが介入するには、インフレーション率がどの程度の高さでなければならぬか、二〇パーセント以上いや一〇パーセントでなければならぬか、あるいは他の要件が指定されるべきか、という問題は可能なかぎり統一的に回答されなければならない⁽⁹⁴⁾。すべての個々の裁判官の「評価」が他の裁判所の判決と独立してなされるならば、法状況は悪化させられるであろう。また、UWG一条につき倫理的評価に拠るさい、際限のない個別化を云うのみでは、基準の欠如を招くが故に、事例群は不可欠の評価の補助となる、と云えよう。

(3) さいごに、法的安定性と個別的正義の關係について、ウエーバーは個別的正義に眼を向けるときは、法的安定性ないし事例群の入り込む余地は無い、とみているが、事例群は「ステレオタイプのにくり返される断片的意味 (Stereotypwiederholter Stumpsinn)⁽⁹⁵⁾」しか持たないと云うことはできず、「個別事例を十分に考察し、所与の場合に従前の事例群につき再思したうえ、ここから外れるのを封じるものではなく、事例群手法それ自体と個別事例評価の留保とは、断じて、互いに排斥しないのである⁽⁹⁶⁾」と、ベアーターは結ぶわけである。

叙上のごとき批判に対して、ウエーバーは、リヒャルト・ワグナーの「ヴァルキューレ第二幕第一場」におけるヴォータン (Wotan) の、「汝なにごとをも習わず、われ汝に教えん、汝なにをいまだ知り得ざるかを……」⁽⁹⁷⁾との、格調高き詞句を引用しつつ、ベアーターの考えは根本的に誤っている、と反駁する。つまり、異相の事態が原則となり、典形相の通常事例 (Normalfall) が存在しない場合にも、ベアーターの見解に反して、典形相の原則と異相の例外事例という構図は否定され得ない、というのである。というのは、異相の特殊事例が、その一回性によってではなく、もっぱら、制定された規準法 (Normenrecht) —— UWG一条を想起されたい —— が解決を用意していないことによつ

て、生じる場合には、そのことの故に異相の特殊事件を語り得るからである。ところで、ベアーターの批判の核心は、事例群が一般条項の課題の充足のために断念されるべきものではない (unverzichtbar) とするところに認められる。その根拠は、一般条項の継続形成機能は事例群によって最も良く充足される、とするところに求められよう。たしかに、現存状況 (Ist-Zustand) からすれば、事例群を以てする一般条項の具体化が実用性 (Praktikabilität) を現に有していることは、疑われ得ない。しかし、ベアーターがもつぱら「存在 (Sein)」の領域で論議しているのに対して、ウェーバーは、一般条項に関する新らしい方法論的模索 (Ungewöhnliches) を示そうとし、「当為 (Sollen)」を取り扱おうとしているのである。その点で論議は平行線と評すべきであろう。したがって、法的安定性の観点からのベアーターの批判も、ウェーバーには「用の無い」ものとされる。あるいは、ウェーバーの提案ないし主張が、具体的な判例を通して、Ist-Zustand に言及することになれば、ベアーターの批判と噛みあうのではないか、と思われる。わたくしの感覚では、ベアーターの批判には疑問はあるものの、法的安定性を視野に入れるとすれば、ウェーバーの所説は高踏的で極論の嫌いなしとしない、かに思われる⁽⁸⁸⁾。

(78) Mayer Maly (19) AcP. 194. SS. 106ff.

(79) Mayer Maly (19) AcP. 194. S. 133.

(80) Mayer Maly (19) AcP. 194. S. 103. たしかに、ウェーバーはプロイセン一般国法典 (ALR) を法典の範型と考えており、これは不当というべく、マイヤー・マリイに賛すべきであろう。ただし、「法三章身」という思想と較べれば、近代的法典もなべてカズイステイッシュと観ることができであろう。

(81) たしかに、Weber (17) AcP. 192. S. 537 には、「われわれの最も重要な一般条項の基礎 (Basis) をかたち造る倫理的・道徳的複合概念に、なんらかの具体的な諸原則が内在しているとは思っていない。」との叙述が見えている。

(82) F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2Aufl. 1991. SS. 512ff.

- (83) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I. S. 211. なお、BGB 一三八条「良俗違反の法律行為」は、「(1) 良俗に反する法律行為は無効である。(2) とくに、他人の逼迫状態・未経験・判断力の欠如ないし重度の意思薄弱を利用し、自己または第三者に、給付に対し明らかに不均衡な財産的利益を約束させ保障させる法律行為は、無効である。」と規定する。
- (84) BGB 一五七条「契約の解釈」「契約は、取引慣行を顧慮して信義誠実が要求するように、解釈されるべきである。」
BGB 二四二条「信義誠実に従った給付」「債務者は、取引慣行を顧慮して信義誠実が要求するように給付を実現すべき義務を負う。」
- (85) Beater (17) AcP. 194. SS. 85ff.
- (86) Weber (17) AcP. 194. SS. 90ff.
- (87) BGB 八二六条「良俗違反の方法で故意に損害を加える者は、他人に損害の賠償をなすべき義務を負う。」
- (88) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. v. 7. 6. 1909. なお、UWG (不正競争防止法) 一条の規定は次のとおりである。「一般条項」「営業上の取引において、競争を目的として、良俗に違反する行為 (Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen) に及んだ者は、差止および損害賠償を請求される。」。この条文のコメントールにおいては、「良俗というものは道徳的評価でもなく、経営戦略上の合目的性でもないとして、強行法違反との関係 (Gesetzeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit) とを論議するのが、一般的のようと思われる。」
- (89) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) (約款規制法) von 9. 12. 1976.
AGBG 九条「一般条項」(1) 普通取引約款の規定は、使用者の契約相手方に、信義誠実の命じるところに反して不当に不利益となる場合には、無効である。(2) 不相当な不利益は疑問があるときは、次の場合に認められるべきである。規定が、①任意法の規制 (gesetzliche Regelung, von den abweichen wird) の本質的な基本思想と一致しないか、②契約の性質から生じる本質的な権利ないし義務が、契約目的の達成を危殆ならしめるほどに、制約されている場合。」
- (90) Beater (17) AcP. 194. S. 84.
- (91) HGB 三八条「商人ハ帳簿ヲ備ヘ且之ニ、整然タル簿記ノ原理 (Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung) ニ従フ、

取引高及財産状態ヲ明瞭ニ記載スベキ義務ヲ負フ」(神戸大学外国法研究会・外国法典義書独造商法〔I〕(有斐閣)〔一九三八年復刊一九五六年〕一〇三―一〇四頁〔鳥賀陽然良・河本一郎補訂〕)。なお、この規定は一九八五年の改正により削除された。

(92) Beater (17) AcP. 194. S. 85.

(93) Weber (17) AcP. 192. S. 559, Beater (17) AcP. 194. S. 87.

(94) Beater (17) AcP. 194. S. 187. インフレーション対策としてデノミネーションを施す場合ないし売買代金の増額評価をする場合ならばともかく、例えば売主に解除権を与えるべきかが問題となるときは、ベアーターのかかる批判は中らない、とわたくしは思う。

(95) Weber (17) AcP. 192. S. 552.

(96) Beater (17) AcP. 194. S. 88.

(97) Weber (17) AcP. 194. S. 92.

(98) ウェーバーは、応答の末尾にいう。「ベアーターは、『事例群それ自体と個別的評価の留保 (Offenlegung) は決して排除されない』という彼の言明においてのみ、同意されるべきである。なんびともそのことを主張しなかった。しかし、事実であり動かないのは、事例群手法がそれ自体のなかに、個別的評価なしに補充的要件指標 (Ersatzatbestandsmerkmal) の下に事例群が包攝されるという。重大な危険を内蔵している、ということである。それとともに、その際次のごとき事態も生じる。即ち、事例群による具体化という発想 (Denkansatz) は、それ自体の中に、一般条項の法的かつ社会的な機能を誤認させる危険性を潜めている、ということである。」と (Weber (17) AcP. 194. S. 92)。わたくしもこれに異論はないが、それより先が問題なのである。

四 公序良俗の類型化

1 良俗規定に対する評価 BGB一三四条・一三八条は、⁽⁹⁹⁾制定法もしくは良俗に反する場合には、契約などを無

効にしている——制定法違反の法定指標像 (Leibbild) は一三八条二項の暴利 (Wucher) であるとすれば、一三八条に力点が置かれよう——。而規定は当初から民法典中にその座を占め、現在に至るまでいかなる改正もみていない。それが私的自治に限界を画するものとされてきたことは、周知のとおりであり、私的自治を過度に強調することは、近時良俗違反に包摂される事例が目立つことに徴して、慎まれるべきであろう⁽¹⁰⁰⁾、との言説がドイツで見られる。このことに立ち入るのは、しばらく措くとして、ここでは、今まで良俗についてなされた言及を、積極・消極に区分けして、紹介することから始めたい。

まず、消極的ないし懐疑的な姿勢から、注目すべき指摘を挙げるとすれば、「(1) 良俗は「具体的な紛争の解決のために役に立たない空虚な方式 (Leerformel) である。良俗を援用することによって見せかけの根拠 (Scheinbegründung) が目⁽¹⁰¹⁾とされるにすぎない。(2) 制定法は、良俗を外見上だけ法共同体の観念 (Auschauung) に関係させるが、実際は、取引生活をまったく知らない上級裁判所の裁判官の観念に關係させているのである。(3) 良俗の概念は法律学的に追実現されうる (nachvollziehbar) ものではない。齋一的な倫理的基準の適用は歴史的にみて時代遅れであり、信仰の自由という基本権を侵害する故に、憲法違反である。(4) 良俗は、全法秩序の曲解 (Uminterpretation) への危険な接点であり、そのときどきの強者の意味における『無限の (unbegrenzt) 解釈』へ導きうる⁽¹⁰²⁾。(5) 一般条項に反対して語られる全てが、立法者による良俗の導入について語られうる。(6) 良俗は、紛争解決技術 (Konfliktlösungstechnik) が問われるところで、倫理を賭に晒す。多元的な社会構成員間の争いを処理しない『価値の合意 (Wertconsensus)』を前提にしているからである。(7) 良俗違反とされる、かの自由の限界は、むしろ秩序違反 (Systemwidrigkeit) と呼ばれ、そのように理解されるべきである。(8) 正しい基準は、良俗違反ではなくて社会的不当性 (Sozialwidrigkeit) である。(9) 良俗という基準は、その言葉によって把握されるいくつかの事例

については、⁽¹⁰⁰⁾「適當でない。」ということになる。

これに対して、良俗のもたらすところを積極的に評価しようとする見解は、これを次の諸相のもとに見い出そうとする。(1) 法による良俗の導入は、当為(Sollen)の統一性を帰結し、倫理と法を媒介する。⁽¹⁰¹⁾(2) 法が良俗について語るべき、習俗・道徳・伝統そして部分的には人倫の要素をも、規範的倫理的な敬意(Grube)として編入しているのである。⁽¹⁰²⁾(3) かの、良俗と呼ばれる評価基準を顧慮することが、はじめて、司法を「善と衡平のすべ、(ars boni et aequi)」たらしめる。⁽¹⁰³⁾(4) 良俗は、各々の法秩序にとって測り知ることのできないほど弾力的な要素である。その重
要性は、評価諸基準の変転——とくにドラマティックな性格をもたないさい——に対する、司法的反応を可能にすることにある。⁽¹⁰⁴⁾(5) 良俗の法的重要性(Rechtserheblichkeit)によって、路傍の人(?) („Mann von der Straße“) が、彼に妥当すべきものに、直接の影響を与える。専門家の老練さ(Routine)でも、政治家の人気とり(Populismus)でもなくて、法を創る平均的市民の觀念が、良俗の引き込みを通じて法となる。かくて、良俗は、私法における——のちに、良俗を採り入れている、それ以外の制定法に対する一瞥が示すように、たんにここ私法においてだけでないのだが——直接民主制の要素として現われる。⁽¹⁰⁵⁾以上のごとき次第となろう。

良俗をきわ立って評価するか疑問の眼で眺めるかは、結論を下すに容易でないにせよ、根本的問題であるが、本稿は正面からその解決を指向するものではなく、実際に判例が良俗の具体的内容をどのように判断し、かつ、それをめぐって学説が如何なる論議を展開しているかを、いわゆる「類型論」にかかわって、主としてドイツないしドイツ法圏に即して、検討することを目的とする。このことは、結果において、既掲の九個の否定的事項と五個の肯定的事項に対して、そして、ひろく一般条項論にとっても、無視さるべきでない寄与をもたらし得るであろう。本稿の依拠する、マイヤー・マリイの論稿に見えている記述を引用しておこう。「ここでの研究が措定しようとしている経験的

素材は、制定法と裁判所の判決である。制定法に対しては、良俗の採用がもたらすものは何かという質問が措定されるべきである。裁判所の判決にとって興味があるのは、一般条項は事態に適合した成果を導く (sachgerechtes Ergebnis) にとって必要であったかどうか、制定法として規制することによって、あまりにもカズイステイッシュに墮することなく、比較しうる——おそらくはよりよい——成果が達成され得たかどうか、である。⁽¹¹⁶⁾ というものである。

(99) BGB 一三四条〔制定法による禁止〕「制定法による禁止に違反する行為は、その制定法からちがったことが生じないときは、無効である」。

(100) Bernd Rüdiger Kern, *Neuere Entwicklung in Bürgerlichen Recht, Juristische Schulung* [Jus] 1996, Heft 1, S. 1. ケルンによれば、近時とらうのは過去十二年間の判例からみて、とらうことである。

(101) z. B. Vgl. Emmerlich, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*. 1932, S. 34

(102) Baumbach, *Wettbewerbsrecht*, 1 Aufl. 1929, S. 175.

(103) z. B. Vgl. E. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3 Aufl. 1982, S. 347. シャハトシュナイダー (Schachtschneider, *Festschrift für W. Thieme*, 1993, S. 195.) は、「良俗の実質的価値倫理的理解は、普遍的に拘束力のある人倫としての倫理律の実質的概念と結びついて、共和国では自由に反する。蓋し、倫理律は市民的自治を揚棄するからである。」とらう。

(104) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 150, 1. 4. には、「良俗違反」の概念は、一三八条と八二六条に含まれているように、その本質よりして、変革いらい支配している民族感情、即ち、ナチの世界観 (national-sozialistische Weltanschauung) によって、その内容を得ている。」との記述がみられる。なお、Vgl. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1991.

(105) Hedemann (23) S. 58.

(106) Otto, *Festschrift für Raiser*, 1974, S. 403. は、「もはや阻止し得ない社会の多元化と、自然法的・道徳的・倫理的な価値

秩序の多元化について語っている。トルコ人を介するイスラームの倫理観を想起するならば、うべなうべきかに思われる。しかし、それだけに他方において、「多元的価値の全面的承認は許容されるべきではなく、多元的社會においても、『ごく僅かの倫理的な社會規範 (einige wenige ethische Sozialnormen)』たとえば『人を殺す勿れ』などが承認されるべし。」とする見解を生じる。

- (107) Rauter, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht [ZGR] 1987, S. 489.
- (108) Sack, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1970, S. 493 は、 „Sittenwidrigkeit ist Sozialwidrigkeit.“ とする。
- (109) Knüttel, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [ZIP], 1991, S. 493. 信用授受に関し、収入の無い親戚を保証に引き入れた例につき、良俗違反としたことに関するものである。
- (110) 以上は、——本章全体についてもあるが——、主として Mayer Maly (9) AcP. 164, S. 106ff. に拠っており、引用にかかる文献を、すべて披見したわけではない。
- (111) ドライア (Dreier) は、「実定的な法秩序と社会道德との間には、不可避的かつ破碎することのできない (unverbrüchlich) 自然的関連が存在する」と云い、ザック (Sack) は、ケルゼン (Kelsen, Reine Rechtslehre, 2Aufl., 1960, S. 69) を引用して、「よら (gut) ということは、拘束的とみられるある規範に照応していることを意味する」とし、そのかぎりでは「なるべきでもあった (gesollt) となる」とする (zit. nach Mayer Maly (9) AcP. 194, S. 108)
- (112) H. Dreier, in: Universitas 1993, 247, 253 (zit. nach Mayer Maly (9) AcP. 194, S. 108)
- (113) ケルスス (Celsus) は、 Ulpianus D. I. 1. 1pr. にしたがって、Jus をこのように定義している。この定義が法よりむしろ法解釈学 (Jurisprudenz) に適合することは、ローマ人にとって法と区別されなかったことに、かかわる。それ故、ローマ人は十二表法の第一命題が示すように、法がそこから出発する場所としての法廷をも Jus と名づけたのである (zit. nach Mayer Maly (9) AcP. 194, S. 108)
- (114) Vgl. Mayer Maly, Juristenzeitung [JZ] 1981, S. 801 ff.
- (115) Mayer Maly (9) AcP. 194, S. 108.
- (116) Mayer Maly (9) AcP. 194, S. 109.

2 公序との関係 わが国では、本稿でいう良俗に該る「善良ノ風俗」は、「公ノ秩序」¹¹公序に続いて法文中に見えているが、ドイツでは、*gute Sitte* のみが法典中に姿を現わし公序 (*öffentliche Ordnung*) の語は見当らない。この間の事情を明らかにすることは、良俗概念の外延を明らかにし、公序との関係を論定することに資し、ひいては、そのことにより事例群化ないし類型論の論議にながしかの寄与をもたらすと考える。いささか寄り道の嫌いなしとしないが、「公序との関係」——ひいては、その他の近接概念との関係——に言及する所以である。

周知であるが、ジミティスは、良俗概念は公序 (*ordre public*) の構成要素であり、もつぱら、性生活と家庭生活の領域で、裁判官によって「尊重されるべき道徳命令」を示すために導入されたものである、と説いた。これはやや極論の嫌いなしとしないが、ドイツ民法典が第一草案の良俗と並ぶ公序の措定を意図的に却けたことを強く意識した立論に思われる。それはともかく、ドイツでは一三四条がある以上あえて公序を規定する必要なしと考えられたのではないかは、しばらく措くとして、同じくドイツ法領域に属しながら、フランス法の影響もあって、わが国と同じように公序と良俗を並存⁽¹⁸⁾させているスイス法の状況をマイヤー・マリーの教示に従って一瞥し、ついで、ドイツと似た扱いの見られるオーストリアにも関説しながらドイツへ目を向けることとする。ここでは違法性との関係も問題されることとなる。

スイス債務法は、良俗と公序とを並立させている。即ち一九条二項は、制定法と相違する合意は、「制定法が不可変更の規定を措定していないか、相違が公序 (*öffentliche Ordnung*) に反せず、良俗もしくは人格法 (*Recht der Persönlichkeit*) に違反するものを内含しない場合」にのみ許容される。フランス法 (§§ 6, 1133 Code civil) に倣いスイス法がその重要性を認める公序は、評価諸原理の総体 (*Inbegriff*) と理解されるべきであり、制定法上明示的に規範化できず、また、十分明析に具体化され得ないものである。公序を良俗から截然と区別するのは不可能であり、良俗に違

反するものは多くの場合公序とも矛盾し、他面、公序に対する違反は良俗違反でもある。公序に対する違反が、倫理的基準からすれば中立的とみられるときは、良俗違反を帰結せず、逆に、良俗違反が公序によって宥恕されているときは価値判断に及ばないことは、ありうる。しかし、この種の良俗と公序との、例外的に生じる対立は、多くの場合に、スイス債務法二〇条一項が契約無効原因として、公序に言及せず、不能・違法性・良俗違反のみをノミネイトすることによって、除去される⁽¹¹⁹⁾。注目しなければならぬのは、公序と良俗が、スイス連邦憲法五〇条一項はじめかたりの公法的特別法によって条文中に採用されていることである。例えば、「郵便通信法に関する命令 (Verordnung zum Postverkehrgesetz) 一一七条によれば、振替口座の開設は、口座が、良俗もしくは公序に反するか国民経済を害する営業活動に利用される場合には、拒否されうる。この理由に基づいて郵便事業者は一九条により振替口座を廃止しうる⁽¹²⁰⁾」とするが如きである。

オーストリア法では良俗と公序との併存は極めて稀であり、国家間の契約⁽¹²¹⁾に由来するものを見るのみである。他方、ドイツとオーストリア (ABGB 八七九条)⁽¹²²⁾の制定法は、良俗違反と並んで強行法違反を定めている。これに対し、スイス法では良俗違反に並置されるのは違法性 (Widerrechtlichkeit)⁽¹²³⁾である。スイス債務法は四一条において過責ある違法な加害、もしくは、良俗に反する意図的な加害によって、不法行為責任が生じる——この点では、BGB 八二六条が「良俗に反するやりかたで他人に故意に損害を生じさせた者は、損害賠償の責に任ずる」と定めているのと軌を一にしよう——とし、pactum de non licitando 「競売における競走しないという約束」談合」の効力についても (一一三〇条一項)、turpido dantis 「不法原因給付」の返還についても (六六条)、これらを否定するさいに違法性と並んで良俗違反を引き合いに出している。要するに、スイスの制定法のもとでは、違法性と良俗違反の二つの観念が明らかに表現されている、と云えよう。しかし、このことは、両者が互いにあい覆うことはないとの帰結

に導くものではなく、却って、良俗違反を違法性の中に座を占めさせようとする傾向⁽¹²⁴⁾にとって、顧慮に値いする。

以上の考察から推測されるように、良俗は、さきのジミティスの限定的意図とは逆に、その内包を柔軟かつ拡張するほうが適切ではないか、との発想をマイヤー・マリイは展開してゆく。右にみた、良俗違反を違法性と性質決定することは、往々にして良俗を道徳から距離を置こうとする傾向へ赴く、としながらも、彼は、「道徳もしくは良俗に反するとみなされる」作品の公刊・流布・上演・陳列を禁止することを、国家に認めている、モンテヴィデオの著作権協定（一九二三年）を肯定的に引用して、これをドイツの判例に見られる「礼儀方式 (Anstandsformel)」に接合しつつ肯定的に詳細している。のみならず良俗という「価値の網 (Wertgeflecht)」で捕捉されうるのは、公共の福祉 (das öffentliche Wohl)⁽¹²⁵⁾、信義則もそうであり、さらに、経済的弱者の保護もまた良俗の中に採り込まれるべきである。立法者が、良俗へ入り込むのは、余計なおせっかかないし時代おくれとなる危険性があり、むしろ BGB 一三八条・八二六条や UWG 一条のごとき「大きな一般条項」の領域へ良俗を採り入れることこそ、有意義であり推奨に価する。このようにマイヤー・マリイは結ぶわけである。⁽¹²⁶⁾このことが、言葉のもっとも正しい意味において、事例と事例群について裁判官の問題解決を正当化し、価値変化の司法的置換を可能にするからである。

(117) Koustantin Simitis, Gute Site und ordre public, 1960 S. 197.

(118) Mayer Maly (9) AcP. 194. S. 127ff.

(119) この点に関しフォン・トゥールペーターは説く。「契約自由の制約として〔スイス債務法〕一九条二項は、まず第一に、不可変的な制定法規定を名ざしている。かような規定は強行法 (ius cogens) とされる。これは債務法においては例外である。私法のこの部分にあっては、法規の大多数が任意法だからである。任意法は当事者による定めが見当たらないか一義的ではない場合にのみ適用される。時おり、制定法がある法規を明示的に強行的と特徴づける——それを変更しえないと声明するか変更する合意を拒むことによつて——。しかし、強行的な法規のこうした特徴づけは、債務法において厳密に貫徹か

れてはいないし、制定法の確定した用語法によって指示されてもいない。その代わりに、一九条二項は、ある法規は、制定法が、(その文言意味よりして) 不可変更である規定を措定している場合にとどまらず、相違する合意 (abweichende Vereinbarung) が公序に反するか、良俗に反するか、人格の法(権利?) に反するものを含んでいる場合にも、強行法である、ということの規定しているのである。ここで、公序に数えられるべきは、スイス民法典(ZGB)の終章の二条におけるごとく、その存立につき公衆(国家と社会)が重大な利害関心を有する規定である。かかる法規は家族法と物権法にあっては優勢であり、相続法においても部分的に見られるのに反し、債務法は原則的に関与した人たちの利害関心にかかわり公序には属さない。その故に、私の知るかぎり、このような理由に基づいて不可変的に妥当すべき、いかなる債務法の命題も存在しない。倫理(Sittlichkeit)にも、債務法は他の法部分(とくに家族法)にくらべて殆んどつながりが無い。いずれにせよ、その免責条項(Wegbedingung)が良俗に反するが故に不可変更とされる法規は存在する。よりしばしば生じるのは、債務法の規定が人格の法(Recht der Persönlichkeit スイス民法二七条以下)を顧慮して不可変更と観られるべきことである。例えば、それによって制定法が、社会的経済的に弱い一方当事者を、生活財のゆき過ぎた危殆化ないし自由の制限に対して保護する、規定がある。』(Andreas von Tuhr = Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Bd. I, 3Aufl. 1979, SS. 249 ~ 251)と。ドイツやわが国における古典的正統的見解とみられる。

- (120) Mayer Maly (9) AcP. 194. S. 127. 同(2)趣旨は、§ 19 Verordnung zum Telegraphen- und Telefonverkehrsgesetz vom 17. 8. 1983 および § 14 lit b Videotext-Verordnung vom 26. 11. 1986 にも規定されている。
- (121) オーストリアの批准にかかるヨーロッパの特許協定五三条、アメリカ合衆国との間の友好条約五条(一九三一年五月二七日)、リヒテンシュタインとの間の契約三条。五条など (Mayer Maly (16) AcP. 194. S. 128)
- (122) Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811. (オーストリア一般民法典)
- (123) スイスでは、違法性のテクニカル・タームとして、 Rechtswidrigkeit ではなくて Widerrechtlichkeit を用いるのが、一般的なようである (Vgl. v. Tuhr = Peter (9) S. 657, S. 704. [Sachregister])
- (124) この点につき立ち入った考察は、Vgl. F. Bydliński, Festschrift für Gernhuber, 1993. S. 827ff.
- (125) 「なぜなら、この約定は信義則にも良俗にも反するからである (nam haec conventio contra bonam fidem contraque

bonos mores est)』とウlpローマ法曹の言明 (Papinianus D. 22, 1, 5; Ulpianus D. 16, 3, 1, 7.) にも示されている。

- (126) Mayer Maly (9) AcP. 194. S. 132. 彼はひき続きこう。「トイブナー (Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971. S. 65ff. und S. 116ff.) は、適切にも、良俗の受入 (Rezeptions-)・変容 (Transformations-)・正統化 (Legitimations-) の諸機能 (Funktionen) を区別している。受入機能についてはある秩序の実定法への採り入れを、変容機能については価値の変化に対する反応を、正統化機能については良俗の具体化にかかわる裁判所への授権が、考えられている。三つの機能に、右のごとき意味あるいはいくばくか変えた意味を帰せしめるかどうかは (考えうるところではあるが)、まったくそれほど重要ではない。これに対して、トイブナーによって試みられた機能分析を『社会学的誤解 (soziologisches Misverständnis)』とこののは、誤っていた (Otto, (106) SS. 403ff.)。トイブナーはこの批判に社会学的にあまりにも多く回答した。彼の一九七一年に企てた機能整理は、最良の古典的ドグマティックであった。」と。右のトイブナーの機能分析の妥当性は、わが国における「公序良俗」類型 (じつは事例群?) を念頭に置いて追思考に及ぶならば、マイヤー・マリイのいうように、容易にこれを肯定しうるであろう。

一九九六・八・三一