

Title	法の「感情的淵源」を科学的に認識すること：フランスにおける衡平を例として
Sub Title	Quelle épistémologie pour les 《sources sentimentales》 du droit? : L'exemple de l'équité en France
Author	Halpérin, Jean-Louis(Yabumoto, Masanori) 藪本, 将典
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2016
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.89, No.10 (2016. 10) ,p.25- 41
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20161028-0025">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20161028-0025</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

### 法の「感情的淵源」を科学的に認識すること

——フランスにおける衡平を例として——

ジャン・ルイ・アルペラン

藪本将典／訳

〔訳者はしがき〕

本稿は、去る二〇一五年七月一三日に三田キャンパスで開催された「日仏法史学セミナー」における、ジャン・ルイ・アルペラン 高等師範学校 *École normale supérieure* (ENS) 教授の講演原稿を邦訳したものである。フランス近代法史研究における気鋭の泰斗たるアルペラン教授の業績については、枚挙に暇がないが、以下ごく簡単にその経歴を紹介させて頂く。

一九六〇年に生誕されたアルペラン教授は、高等師範学校に学んだ（一九七九～一九八二年）後、パリ第二大学に提出の博士論文『フランス革命下（一七九〇～一七九九年）の破毀裁判所と諸権力』（一九八七年公刊）<sup>\*</sup>をもって、

一九八五年に学位取得された。その後、一九八八年には法制史の教授資格を取得され、リヨン第三大学教授（一九八八～一九九八年）、ブルゴーニュ大学教授（一九九八～二〇〇三年）を経て、二〇〇三年より現職に就かれている。この間、フランス大学研究院 *Institut Universitaire de France* (IUF) ジュニア・メンバー（一九九四～一九九八年）、ブルゴーニュ大学法政治学部長（二〇〇〇～二〇〇三年）、民法典二〇〇周年展組織委員長（二〇〇四年）、

ENS 社会科学部部長（二〇〇六～二〇一〇年）、国立科学研究所 CNRS（部門三六）国家委員（二〇〇八～二〇一二年）を歴任され、二〇一五年七月一日からは、CNRS 共同研究ユニット (UMR) 七〇七四「法理論・法分析

研究所 Centre de Théorie et Analyse du Droit」の代表を務めておられる。また、二〇一三年には、IUFのシニアメンバーに選出された。

斯様に多忙をきわめる中、招聘に応じて頂いたばかりでなく、拙訳の掲載につき、ご快諾を賜ったアルペラン教授に心より御礼申し上げます。また、訳文の検討に際しては、アルペラン教授ご自身は勿論、岩谷十郎 本塾法学部教授には、誤訳の指摘を含む示唆に富んだ貴重なご意見を数多く頂戴したことを申し添えておく。(もともと、なお有り得べき翻訳上の瑕疵については、すべて訳者の責任であることは言を俟たない。)

なお、本稿の基となっている講演原稿には、その性質上注が付されていないが、邦訳に際しては読者の便宜を考慮し、取り上げられている書誌の情報(邦訳書を優先)に限り、簡単な訳注を付した。また、本稿の掲載が当初の予定より大幅に遅れたことは、ひとえに訳者の不手際ゆえであり、関係各位ならびに読者諸氏のご海容を乞うものである。

\* Jean-Louis Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris : L.G.D.J., 1987.

著書『<sup>(1)</sup>法社会学』において、マックス・ウェーバーは、純粹に感情的な法創造の要因について、これを「いわゆる正義感情 *soi-disant sentiment de justice*」であるとし、そうした「感情的淵源 *sources sentimentales*」による干渉の内にある「国民的な *nationales*」特殊性、あるいは慣習法という「半ば神秘主義的な概念 *concept quasi mystique*」を警戒しています。フランス人の読者にとって、マックス・ウェーバーによるこうした考察は、多くの法律家、特に民法学者がフランス法体系の中に認めている衡平の役割を想起させるものでしょう。「法源 *source du droit*」なし「衡平感情 *sentiment d'équité*」という表現は、こうした衡平という言葉を指すものとして用いられてきました。フランス法には、衡平の定義こそありませんが、特にナポレオン法典編纂時のポルタリスの演説の中で、概念の持つ崇高な意義が明らかにされています。有名な『民法典序論<sup>(2)</sup>』における、法律の解釈と裁判官の権限について論じた長い一節の中で、ポルタリスは次のように記しています。「法律が明瞭であれば、それに従わなければならない。法律が不明瞭であれば、規定を敷衍しなければならない。法律を欠いているならば、慣習あるいは衡平を参照しなければ

ばならない。衡平とは、実定法の沈黙・矛盾・不明瞭に際しての自然法への回帰である。」裁判官の権限に関する第四条と第五条を含む、民法典の冒頭数カ条を提案した演説の中で、ポルタリスは、法律が沈黙している場合に、裁判官が衡平に依拠することも禁じています。「衡平は法律を補足するものであると常に言われてきた「…」衡平という言葉は、多義的であり得る。時に、公正であろうとする恒常的な意思のみを指す場合、それは徳を示しているに過ぎない。また他の場合、衡平という言葉は、見識ある裁判官と、見識のないあるいは見識のうえて劣った裁判官を分け、ある精神的な素質ないし傾向を意味している「…」しかし、以上はすべて倫理上の衡平にしか関わりがなく、ローマの法学者たちが心を砕いていた司法上の衡平とは関連がない「…」法律を真に補充するものとは、こちらの衡平に他ならず、それなくして裁判官の職務は十中八九立ちゆかない。」

これら、ポルタリスからの引用が言わんとするところを過大評価してはなりません。ポルタリスによって起草された民法典序編の草案には、「民事に関して、裁判官は適当な法律が無い場合、衡平を司る者である」ことを認めただ一カ条があり、これは国務院によって却下されています。今

日のフランスにおいて民事に関して行われているように、実定法に依拠しつつ、規範から見出される衡平を参照することのみが考慮されるべきであり、それは法律あるいは判例に由来するものなのです。以下では、こうした法実証主義的な参照について概観し(1)、フランスの民法学者によって主張されてきた、衡平の位置づけに関する理論を検討したうえで(2)、これらのいわゆる感情的淵源を重視する法実証主義的な認識論に関する私見を述べて(3)、話をまとめたいと思います。

### (1)

旧体制の下では、裁判官側の恣意という危険性を警戒して、「神は高等法院パルルマンの衡平から我々を守り給う Dieu nous garde de l'équité des Parlements」と言われていました。革命による過去の断絶と、より強固な法律至上主義の確立にもかかわらず、ナポレオン法典では、衡平に僅かながらの地位が認められており、時代の進展に伴う諸々の改革によって、この言葉への参照を促す規定は、その数を増やしてゆきました。一八〇四年の編纂以来、変更を加えられない規定は次の通りです。

——第五六五条…「添付権は、異なる二人の持ち主に帰属する二つの動産を目的とするときは、全面的に自然的衡平の原則に従う。」

——第一一三五条…「合意は、そこで明らかにされていることだけでなく、その性質に応じて衡平、慣習または法律が義務となす結果についても、拘束する。」

これら二つの規定には、次のものが付け加わっています。

——一九六五年の夫婦財産制度改革により、第一五七九条では、夫婦の後得財産参加制を解消する場合の財産評価に関して、それが「明らかに衡平に反する resultat manifestement contraire à l'équité」場合には、夫婦のどちらか一方の請求に基づいて、裁判所は法規定の適用を除外できると定められています。

——一九六五年の離婚改革により、第二七八条では、元夫婦から提示された補償給付が権利と義務を「不公平に定めている fixe inéquitablement」場合、裁判官には当該合意を拒否する権限が認められています。

——一九七六年の財産分割／不分割に関する改革により、

第八一五条の二三では、不分割権利者が自らの費用で行った不分割財産の改良につき、衡平に従って考慮されるべきと定められています。

民法典以外では、次のものを付け加えなければなりません。

——一九七六年のデクレに由来し、一九九一年に修正された、民事訴訟法典 第七〇〇条によれば、訴訟の終了に際して「裁判官は、訴訟費用を負担すべき当事者、これに相当する者がいない場合には、敗訴した当事者に対し、訴訟費用には含まれないが訴訟に必要な費用として、裁判官が決定した金額の支払いを相手方当事者に命ずる。裁判官は衡平あるいは判決を受けた当事者の経済的事情を考慮する。」

——労働法典 第二五二四条の四（一九七三年の旧労働法典 第五二五条の四）において、労働争議調停員は、法律、規則および労働協約による定めのない給与や労働条件に関する争議につき、「衡平に則して en équité」定立された労働協約を適用し、労働争議を解決する権限が認められています。

これらの条文については、いまだ少し批評を加える必要があるかと思えます。これらは数こそ多くありませんが、何よりも先ず他の条文、例えば裁判官による負担の軽減（フランス民法典 第九〇〇条の二における負担付贈与）、契約における違約条項（同 第一一五二条、第一一五三条のおよび第一二二二条）、支払いの期限および猶予（同 第一二四四條）、事務管理における損害賠償（同 第一三七四條）と混同されてはならないというのが、私の見解です。今挙げた条文には、衡平という言葉が使われておらず、裁判官に損害賠償の評価を認めているということ以外、はつきりと衡平を謳っている条文の列にこれらを加える理由は見当たりにません。同様に、欧州人権条約 第六条における、「衡平な裁判 *proces equitabel*」という非常に重要な概念についても、それは当事者が調停人や裁判官に期待し得べき「仲裁人として *en amiable compositeur*」裁定する権限である以上、私からすれば別個に考えるべきものです。その一方で、（二つの動産の添付に関する）民法典 第五六五條や（後得財産参加制に関する）同 第一五七九條のような状況は、非常に稀であるということも指摘しておかなければなりません。

衡平の概念に訴えた判例をひもといてみると、状況には三つの類型が見出されます。即ち、①裁判官が衡平に言及しつつ法規定を適用している状況、②裁判官が法律の後ろ盾なしに、自ら率先して衡平を援用している状況、そして③破産院が衡平の観点から不当に出された判決を破毀している状況、の三つです。

第一の類型においては、先ほど述べた通り、希有な可能性に込めるものとしての（添付に関する）第五六五條や（夫婦財産制における後得財産への参加に関する）第一五七九條に関わる判決は、ほとんどありません。判例の中でより重要なのは、（一方的な非を被りつつ、配偶者の職業にも寄与していた）離婚された側の配偶者のための補償給付の算定に関することと、不分割財産について必要な費用を支出した不分割権利者の補償に関することの方なのです。これら二つの場合においては、こうした金銭による補償がどの時点で認められるか、あるいは認められないかについて判断する条件が、裁判官によって示されています。判例の大半は、はつきりと衡平に依拠している民法典の一条文に関するものであり、それが契約の「結果 *suites*」について定めた第一一三五條です。実際、第一一三五條は当事者によって表明された意思を超えるための手段として、契約

あるいは債務の「性質 nature」から、補充的な義務を引き出すものになっています。こうした仕組みは、契約の「駄目押し forceage」と呼ばれ、安全義務に基づいて地中海横断中の事故が判断された、一九一一年一月二二日の破毀院判決で初めて用いられました。(その後、一九一三年には、鉄道事故に関する二つの破毀院判決が相次いでいます。)しかしながら、これらの破毀院判決は、運送契約が旅客を目的地まで安全無事に運ぶ義務まで含むことを認めています。それは第一一三五条ではなく、(債務の効果と契約の履行に関する)第一一三四条を対象としていることは明らかです。第一一三五条が、(契約上の責任に関する第一一四七条と共に)契約に明示されていない新たな義務を導入するのに用いられるのは、一九八〇～一九九〇年代を待たなければなりません。例として次のような義務が挙げられます——(一九八二年二月一日の破毀院判決における)農薬製造業者あるいは(一九九七年二月二日の破毀院判決における)パイプオルガン製造業者の説明義務、(一九八七年一月一三日の破毀院判決における)ホテル業者が集会のためにサロンを貸している間の監督義務、(一九九三年一月二七日の破毀院判決における)武器製造業者が欠陥のない製品を提供する義務(同日付の別の

破毀院判決では、無償の介助契約について第一一三五条を援用しています)。とりわけ一九八七年の破毀院判決が、重要であるように思われます。というのも、破毀院は第一一三五条のみを引き合いに出しているばかりでなく、同様にして契約の「結果」を導き出した控訴院にお墨付きを与えているからです。さらに第一一三五条には、有名な定量供給契約における価格決定の自由に関する一九九五年一月一日の破毀院大法院判決において、第一一三四条、第一一七〇九条および第一一七〇条と並んで、重要な位置づけが与えられています。二〇一四年度に関しては、データベース「レジフランス Legifrance」によると、約五〇の破毀院判決が、(大抵は他の民法典の条文と共に)法律と慣習の側に衡平を組み込んでいる第一一三五条を引いているのがわかります。これは、(衡平に関する他の民法典の条文との関係では)多いのと同時に、争訟全体における衡平の明確な参照という点では、少ないものです。

立法規範の外にある衡平を参照している破毀院判決にあたってみると、古い判例が引かれていることにまず目を引かれます。パトリック・モルヴァンが、博士論文『私法の原理』<sup>(3)</sup>において、「時効は自ら訴え出ること能わざる者に對して進行せず *contra non valentem agere non currit*

「prescription」という決まりこそ、「普通法上そしてあらゆる衡平の原理 principe de droit commun et de toute équité」であるという一八一〇年の破毀院判決を参照しているのは、そうした次第です。しかしながら、私の見るところ、ナポレオン法典適用当初の判決には、過度の重要性を認めてはなりません。当時の裁判官は衡平と並んで、「良心 conscience」や「普通法 droit commun」、さらには「自然法 droit naturel」を進んで参照していたのです。歴史的には、（偽の煙突に関する一八五五年五月二日のコルマール控訴院判決における）所有者による権利濫用や（一八九二年六月一九日の破毀院ブディエ判決における）不当利得に関する初期の判決の方が重要であるように思われます。こうした「自然的衡平 l'équité naturelle」の参照というものが、大胆な方向転換を導入すべく利用され、一旦判例としての地歩が固まるや消えていったという点については、いま一度指摘しておかなければなりません。近年では、かつて立法規範が参照していた、立法規範外の衡平に破毀院が頼るといふことはなくなっているのです。

これとは逆に、判決の第三類型において破毀院は、（一八七六年三月六日のカナル・ド・クラボンヌ事件判決や、家畜賃貸契約に関して、予見不能な事情のため衡平に鑑み

て契約の改定を斥けた、一九二一年六月六日の破毀院判決、一九四七年二月二日の破毀院判決といった）伝統的な判例を維持し、注意を促してきました。それによると、本案の裁判官は、法律や契約の墨守を免れるため、（特に第一一三五条にあるような）衡平を用いることはできないのです。一九七六年以降、こうした破毀院判決は民事訴訟法典第一二条に立脚しており、裁判官は「適用可能な法規定に従って conformément aux règles de droit qui lui sont applicables」紛争を解決することになっています。休日労働に追加給与を認めた労働裁判所の判決を破毀した一九九六年一月四日の破毀院社会部判決は、下級審が恣意的に衡平を用いることを拒絶する好例です。「衡平は法源ではない l'équité n'est pas source de droit」と明言することによって、破毀院は衡平の利用というものが、（第一一三五条に自由に依拠しつつ、新たな契約上の義務を正当化する）破毀院の裁判官と、こうしたフランス私法における衡平という概念の本質ばかりでなく、その射程についても執拗に議論を繰り返す通常裁判所の裁判官とは、異なっているということを示しました。

(2)

私法における衡平に関するフランスの学説は、おおよそ三つの方向性の下に、学説上の位置づけが整理できるように思われます。一つ目は、衡平を「法源」に関する理論に組み込もうとするもの、二つ目は、衡平を「法原理 principes de droit」に結び付けようとするものであるのに対し、三つ目は、衡平概念の機能的なアプローチを重視しています。厳密な実証主義的見地からすれば、これらの主張には、程度の差こそあれ、批判が加えられるでしょう。

学説上第一の立場は、フランスにおいて、そもそも立法者に由来する法規範を緩和・補完・補充するため、裁判所が衡平に頼ることを善しとする先入観から出発しています。こうした見方によれば、衡平とは正義に適った解決ばかりか、法規範の「創造者 createur」となりましょう。それは、法律がすべてを予見できない(あるいはできる筈がない)という事実を考慮すれば、「リアリズム的 réaliste」であると主張します。さらに、フランスではこの三〇年間、衡平の再来が起きているかのようには言い張っているのです。こうした見地は、ルネ・ダヴィドの論文(一九八六年)お

よびピエール・カイザーの論文(一九九九年)において敷衍され、それらはいずれもエクス大学の紀要『法学研究 からの法』<sup>(4)</sup>に発表されました。この紀要については、ここで触れないわけにはゆきません。一九七六年に創刊されたこの紀要は、法の科学的(あるいは技術的)概念に対抗して自然法を考慮しようという方向性を持った学術論文を掲載し、全知全能の立法者から基本的自由を守る牙城と なっています。

ルネ・ダヴィドの論文「学説・理性・衡平」<sup>(5)</sup>は、著者の比較法的思考の下に位置づけられるものです。論文では、立法的法源の限界と共に、裁判官や仲裁人が立法に由来する法の「欠缺 lacunes」を埋める必要性が考察されています。ルネ・ダヴィドによれば、裁判官には、法規範を生み出す他の法源と同様に、学説や理性に頼ることが認められている場合と、具体的な事件の状況に即したり、衡平という手法に従ったりして紛争を解決することが認められている場合があるのです。論文のはじめの方では、ルネ・ダヴィドは、衡平が「あり得べき法源 source possible du droit」である可能性に疑問を抱いているように見えます。最終的に様々な法における例を検討した結果、ルネ・ダヴィドは、裁判の個別化というものの影響によって、衡平

は法源とみなされるべきだ、という考えを主張するに至りました。このように、(当事者に限定された効果を伴って)判決が個別に出されるという問題を論じる文脈においては、衡平が主観的な法、それも訴訟に勝った当事者のその淵源であるということを理解する必要があるでしょう。しかし、ルネ・ダヴィドは、衡平を上位かつ優れた法源であるとする極東、それも論文中では日本ではなく中国の例を引きつつ、さらに議論を進めてしまっています。当の西洋では、裁判官が法律に反する衡平を持ち出す際には、法律を客観的な法の淵源としているにもかかわらずです。かくして衡平に頼ることが、恣意による脅迫を含むのであれば、イギリスのエクイティやローマにおけるかつての法務官法の場合がそうであったように、そこには新たな法規範の生成を認めても良いということになります。結論として、ルネ・ダヴィドは衡平によって実定法規範と自然法とが結ばれる可能性を否定しませんでした。この論文は「法源」たる衡平の認識とでもいふべきものに関して、どちらかと言えは混乱していますが、法律に対置される衡平に着想を得た規範の総体というものの発達を主張しているのは明らかです。

ピエール・カイザーの論文「衡平——フランス私法にお

ける法規範の調整役・創造者<sup>(6)</sup>」は、より対象が限定されるフランスのこののみ、それも民法を主眼とし、消費者法における「濫用条項(Chauses abusives)」の問題も含めつつ)、結論はもつと控え目なものになっています。ピエール・カイザーは、衡平について「法規範の創造者 créatrice de règles juridiques」とはいうものの、それは裁判所の判例や裁判所によって行われる衡平に基づく規範の解釈を経てのものなのです。それでも、一九世紀以来、法律を補完しようと積み重ねられてきた、膨大な判例の構築物を衡平に盛り込むことで、ピエール・カイザーは、アンドレ・タンクやジェラルド・コルニユの著作にも見られる、この「創造者」たる衡平の概念に積極的な意味を与えています。

(法源や衡平といった概念が、文中のどこにも定義されていないという)かなり曖昧な用語法に基づくものである以上、「法規範の創造者」たる衡平という主張は、首肯しがたいものであるように思われます。先ずは、条文の外にあり、司法判決に先駆けて存在していて、裁判官が判断の拠り所とする、衡平上の規範というものを検討する必要があるでしょう。そして、裁判官は何もないところから<sup>(7)</sup>三三〇 衡平上の規範を創造するということを認めなければ

なりません。前者の場合、判決として法規定の外にある規範の総体を目の当たりにすることになります。衡平とは、伝統的な(いわゆる「ローマ・カノン法的」な)理論における慣習法と同様に、独立の法源となりましょう。こうした慣習法の理論に対抗すべく、エドゥアール・ランベールが著書『比較法の役割』(一九〇三年)において展開した議論はすべて、ここでのあからさまな自然法論者的見解に対する反論としても、有効に利用できます。即ち、衡平上の規範は、慣習法上の規範と同様に、人民の精神(あるいは民族精神 *Volksgeist*) と呼ばれているものから発生するものではありません。それは、司法判決という、それのみが立法という支えによって、衡平上の規範に立法規範たるべき内容を与え得るものの外側で、潜伏状態にあるものではないのです。エドゥアール・ランベールは、裁判実務の外にある慣習法など存在しないと記していますが、衡平についても、まさに同じことが言えます。かくして、裁判所の判決を通して衡平を法源とみなしうるかという問題に戻ってくるのです。ところで、判例のみが衡平上の規範の創造者であるならば、なぜ衡平と判例を区別するのでしょうか。ローマにおける法務官法や、中世末期の大法官府裁判所の形成以降のイギリス法におけるエクイティといった

歴史上の例を参照してみますと、ナポレオンによる法典編纂以降のフランスの場合にびたりとは一致しません。ローマにおける法務官法が法務官告示に基づくものであり、(実際に裁判を決する裁判官ではない)法務官のための法律による委任と考えられ、エクイティも大法官府、後に高等法院相当部門の判例法に由来するものであることを思い出して下さい。

学説上第二の立場に相当するのが、一九九九年に公刊された博士論文『私法の原理』です。古典的な慣習法理論に対するエドゥアール・ランベールの批判を取り上げつつ、パトリック・モルヴァンは、衡平は法源ではなく、また唯一容認できる法源に関する形式的な概念に従えば、法源たり得ないと明言しています。この見解は、ニコラ・モルフエシスの見解よりも明解であるように思われます。ニコラ・モルフエシスは、一九九八年の破毀院社会部判決の注釈<sup>(8)</sup>において、同様に衡平は確固たる法源ではないと認めつつ、このことを慣習法と対比しているのですが、これは一貫性を欠くものでしょう。(慣習法上の規範が判例の外に存在するのなら、衡平上の規範はなぜそうではないのでしょうか。)パトリック・モルヴァンの主張に戻りましょう。それによると、衡平は法の外にあり、正義に関する諸

概念と並ぶ、法の「材料となる淵源 source materielle」とみなされます。このような見解には、法律家というものは「淵源」の名の下に、法規範創造の過程と（法の外側にあり、規範の創造に先立って）そうした創造に「着想を与える insipient」要因を同時に処理するものであるとの仮定があります。ハンス・ケルゼンは、この種の思考法と結びつき、彼をして「淵源」という言葉の使用を諦めさせた、あらゆる誤解を挙げました。法創造の過程は、人に（権限の範囲内で）法規範を定立する資格を与える規範に由来するものであり、法学研究の中核となっています。法を着想させる要因の研究は、立法者あるいは裁判官の意図を探求するに際して、心理学の濫用に至らしめる危険があります。法、法社会学から離れ、それとはまったく異なる方法論によって、法律（ここには、国際法における条約も付け加えなければなりません）および裁判のみを通じて行われる法創造の過程を分析しようとするものです。

しかしながら、パトリック・モルヴァンの見解は、このように法を着想させる要因として衡平を認識するにとどまりません。というのも、彼は「法原理」なる概念を提唱しており、そのうちのいくつかの法原理は衡平を原点として、法律外 *extra legem* の法規範を形成し、別個の規範の総体

を構成しているのです。（著者の考察は、一九四八年から一九九八年まで、私法原理を参照している二五八の破毀院判決を通じて行われています。）こうした諸原理が判例の成果である（裁判官が原理を「作り出す *invenient*」）ということを全面的に認めつつ、パトリック・モルヴァンは、それらが学説によって強化されていると考えています。そして何より、それらは争訟的な文脈からの法律の排除を許容する破壊的な訴えと相まって、法律に含まれる規範とは一線を画する地位を占めていると考えられるのです。他方で、これらの原理は「背反不可能 *inderogabiles*」、即ち廃止され得ないという特徴を持っています。

こうして、衡平は（すべてが衡平によって着想されたわけではない原理との必然的な関係がなくても）、ヨーゼフ・エッサーの『原則と規範』<sup>(9)</sup>（一九五六年）やロナルド・ドゥウオーキンの『権利論』<sup>(10)</sup>（一九七七年）における見解に似通った（パトリック・モルヴァンは、このことに言及していません）法原理に関する理論に結合されるのです。一旦創造されるや、これらの原理は破壊できないものであるという概念自体、実証主義的な法概念にとって耐え難い、あの永久不変の自然法への賛同を示しています。ヨーゼフ・エッサーへの答えとして、ハンス・ケルゼンは

遺作『規範の一般理論』<sup>(1)</sup>(一九七九年、第二八章)の中で、規範の個別的真理たる法原理の存在に対抗し得るあらゆる論拠を結集しました。司法の判決に着想を与えるであろう(衡平に結びつけられ得る原理としての)倫理的・政治的な原理あるいは道徳観念について語っているのであれば、そうした原理は法の外にあるはずですが。これらのいわゆる原理を改良するものとしての判例上の規範について語っているのであれば、それは裁判官によって創造された規範のことであり、それらを原理と呼んだとしても、他の判例上の規範と比べて何の変哲もありません。

他の法規範と比べて特殊な地位を占めていると考えられる諸原理を斥けることによって、学説上第三の立場が導かれるのですが、二〇〇〇年に公刊されたクリストフ・アルビージュの博士論文『私法における衡平』<sup>(2)</sup>は、フランスにおけるこうした立場を代表するものです。他の学者達がこぞって議論の上で打ち立ててきた、「主観的衡平 *equité subjective*」(衡平という感情)と「客観的衡平 *equité objective*」(クリストフ・アルビージュがその存在を疑問視している規範の集成への準拠)という二元性の超越を主張しつつも、著者は衡平に関する機能的アプローチを提示しようとしています。衡平を定義するもの(おそらく定義

しようのない感情)ではなく、裁判官による「衡平」という言葉の使用に対応する機能が何であるか、即ちこの言葉を用いている当の条文を直接参照することなのか、あるいは裁判官の調整役・仲裁人たる権能を間接的に参照することなのか、に関心を払うべきなのです。したがって、衡平には(例えば、民法典第一五七九条にあるような)立法規範自体の明示的付託に基づく立法規範の「補正的 *corrective*」機能と(例えば、民法典第一一三五条にあるような)裁判官に新たな法規範を創造する資格を与える「補充的 *suppletive*」機能の二つの機能があるということになります。

クリストフ・アルビージュの主張には、先に述べた二つの学説上の立場にはない、数多くの優れた点があるように思われます。機能主義的なアプローチは、司法判決の動機づけや、裁判官が規範の選択に際して与えようと望む判決の理由づけにおいて、衡平に $\text{A} \parallel$ ポステリオリな役割を与えるものであり、司法判決の前段階における $\text{A} \parallel$ プリオリな位置づけを与えるものではありません。こうしたアプローチは、衡平の援用を判例上の規範の創造という(どちらかと言えば稀であり、本流からは外れた用い方としての)正当事由、それも立法規範とは切り離されていない正

当事由の下に位置づけているという点で、的を射たものと思われまふ。というのも、数多の衡平に基づく判決は、これまで述べたような意味において、法律が与える資格に立脚しているからです。私も、衡平が法的に問題になるのは、争訟のないしは司法的な枠組みの下でしかないという点で意見を同じくしています。反対に、機能的な二元性というのは、事件判決のインスピレーションたる衡平の感情（あるいは、法律に基づく *secundum legem* 衡平）と規範全般のインスピレーションたる客観的（法律を補充する *praeter* ないしは法律に反する *contra legem*）衡平を区別する、従来の理論を彷彿とさせるのではないでしょう。か。加えて、学理的な分析により、（明示的ないしは默示的に）衡平に訴えるということを一道理論に還元して、こうした法の「感情的淵源」を合理的に説明したいという意欲が相変わらず健在なのですが、これは、ともすると衡平を均質な法現象に単純化してしまう本質還元主義に陥りかねない、危険な方法論であるように思われます。

(3)

私個人の見解を申しますと、衡平という、この捉えどこ

ろのない概念に結びついている多様で不均質な諸現象について、マックス・ウェーバーのみならずハンス・ケルゼンの研究業績にも影響を受けた、実証主義の立場からの科学的認識論を提唱するものです。というのも、私の見るところ、この衡平という概念には捉えどころがなく、法規範の上でも法律学の上でも、あらゆる定義（あまつさえ、定義に関する見解の一致）から逸脱している以上、「衡平」という語に出くわす条文に考察をとどめるべきであり、他の法現象に関する理論と融合させようとしてはなりません。フランス私法において、このことは、最初の部分で述べました通り、衡平という言葉を使っている法律の文言と司法判決で満足するということを意味します。前者の場合には、裁判官が衡平を用いるための資格付与が、後者の場合には、まさに裁判官による衡平の使用が論点になるのです。かくして、立法規範と裁判規範は、こうした領域にとどめられ、他の領域での場合と同じように、衡平は訴訟を通じてしかその有効性を獲得し得ない分、関係は一層緊密なものになるのです。（例えば契約の）当事者は、（契約において不測の事態を考慮に入れるといったように）規範を変更することに合意しますが、これは当事者が契約を変更し、あるいは契約を外れて行為することを決定したのであって、衡平

は当該合意に何も付け加えていません。当事者の間で紛争になれば、裁判官によって認められ、あるいは斥けられる補正的衡平というものに訴訟が左右され得るでしょう。つまり、衡平の援用というのは、常に司法判決の中にあるものなのです。

衡平の感情が、司法判決を出す裁判官に及ぼしたであろう影響に、底知れぬ疑問を感じるかもしれません。しかも、こうした疑問は当の本人が既に亡くなっている過去の判決については、満足な解決は得られません。それには、裁判官へのインタビューに基づいた、ミクロ社会学的規模の作業による他ありません。ほとんどの判決が合議による（しかも、すべてが合議の秘密によって守られている）過程にあって、このような裁判官心理の研究に大いに期待が持てるかについては、心許ないものがあります。唯一の肝心要となるのが、裁判の判決理由における衡平という言葉の使用です。かくして、次の二つの順序で問題が提起されます。即ち、①どのような手段で、裁判官は自らの判決が「衡平に則して」正当なものであるということを（他の裁判官や訴訟当事者、あるいは学説的注釈者に対して）説得しようとするのか、そして、②判決理由について破毀院が行う統制に対して、裁判官が有している裁量の余地はどの

程度か。

したがって、「衡平」という言葉の援用に関する研究は、法的な論証と判例による法規範の創造過程についての分析によって進められるわけですが、これら二つの現象は密接不可分でありながら、同じものではないことに留意しなければなりません。即ち、論証が厳密であったり説得的であるからといって、ある判決が必ず判例になるわけではなく、裁判官は、腹底にある別の思惑によって判決に至ったとしても、衡平に依拠したということができのです。判決理由と判例法理を混同してはなりません。

衡平には二つの「機能 functions」があるというよりは、むしろ（その機能は一つであり、排他的かつ主要なあるいは従たる議論として判決を正当化するという機能であって）想定可能な二つの状況を目の当たりにしていると考えられます。先ず、本案（第一審あるいは控訴審）の裁判官が、衡平の名の下に、型通りの法適用からは方向性を異にしていると分析され得る一件判決を出している場合。当該判決が破毀申し立ての対象にならなければ、仲裁人による衡平と善に基づく *ex aequo et bono* 判決として、当事者のみに適用される「個別的規範 *norme individuelle*」であり続けます。次に、当該判決が破毀院の統制の下に付

託され、上告人敗訴ないし破毀の判決によって、その有効・無効が判断される場合。破毀院判決は（現代のデータベースを用いて）必ずや判例を形成して、判例上の一般規範を生み出すとするでしょう。破毀院の判例が、一つあるいは複数の本案判決によって導かれていることを明らかにできるのですから、新たにミクロ的な規模で、破毀申し立ての対象にならなかった本案判決における衡平の使用を研究することも、もちろん可能ではあります。つまり、（一九八〇年代以降の情報提供義務の例のように）衡平という言葉と一体化した判例を打ち立てることができるのは、破毀院だけなのです。

衡平は、判例上の規範を通してしか、規範という本体には組み込まれ得ないのですから、衡平や衡平から着想された諸原理が、判例上の規範に内在する特殊個別的な規範の範疇をなしているという観点は、すべて斥けられるべきであると思われまゝ。同様に、立法規範において衡平を謳っている条文と、例えば損害賠償額の評価のように、衡平という言葉を使うことなく、裁判官に大きな決定の自由を認めている条文を区別する理由も見当たりません。それでは、ミシェル・トロペールの提唱する「リアリズムの解釈理論 *théorie réaliste de l'interprétation*」が言うように、ほぼ

すべての規範は、予め決定された意味を欠く立法的言明を解釈するものとしての判決に含まれているとして、すべてを判例上の規範へと還元すべきなのでしょうか。判例上の規範と立法的言明の相関的な緊密性を説明する際に、こうした理論が直面する問題（即ち、裁判官は気まぐれによって行動するのではないということの説明するため、ミシェル・トロペールは種々の強制に関する理論を練り上げる必要に迫られたということ）もさることながら、このような考え方は、法規範の創造において立法的言明が持つ役割の説明になっていないように思われます。司法判決もまた、裁判官や注釈者による複数の解釈の余地がある言明です。立法的言明と最上級審の判決、双方が一体となって、恒常的な相互作用の下に一般的規範を形作っていると考える方が、より「リアリズム的」なものではないでしょうか。それぞれの規範が解釈可能性の領域にありつつ、現行法というのは、ある一定の瞬間における、立法規範と判例上の規範の間の危うい力関係によって成り立っているのです。

フランス私法において、それ単体で用いられることはほとんどない、衡平の援用という現象は、法規範への科学的認識論に基づくアプローチが、いかに難しいかをよく示すものであるように思われます。有効な（即ち、廃止されて

いない) (命令や指令といったものを含む広義の) 立法規範と (裁判官による判決に由来する) 司法上の規範が、一体として、ある一定の時に、経験的法秩序を構成しているということは、マックス・ウェーバーが一九〇七年の論文「ルドルフ・シュタムラーと史的唯物論」<sup>(13)</sup>で指摘している通りです。無数の規範によって成り立っている、この経験的法秩序は、決して完全には認識し得ない複雑な外観を呈しています。そこに、判例となることはなく、個別的な規範にとどまる、本案の裁判官による判決も組み入れようと思ふなら、ひとり個別の裁判機関に関するミクロ社会学的な研究のみが、衡平としての判決理由の意義を理解する助けとなるでしょう。規範的法秩序の方は、一般的規範だけで成り立っていますが、それは立法に基づくもの (即ち、ほとんどすべての立法規範) であったり、判例によるもの (即ち、司法判決の一部であり、最上級審の判決であると) 言っても過言ではないと思われるものであったりします。この規範的秩序は、全体的 (あるいはマクロ法的) なアプローチによって認識され得るものですが、ただし独力では、こうした流動的集合体を即座に把握しきれものではない、ということをはっきりさせておかねばなりません。データベース「レジフランス」は、ほぼこれに近いもので

すが、規範の選り分けには何らかの介在を要するということが想定されており、それによって、我々は第三の位相たる、教育・研究の目的で「整理された」法秩序へと導かれるのです。学術的な目標とは、多くの規範の中から、最も重要であると判断された諸規範を際立たせることであり、それには厳密かつ常に批判の対象となり得る選別というのが要求されます。そうだとすれば、衡平の意義というのは、学生にフランス法秩序の機能を理解させるうえで、取るに足らない、ほとんど理解の助けにならないもののように思われます。

科学的な探求というのは、殊にある時期からある時期にかけてのフランス法秩序の変遷を研究するにあたっては、それ程堅苦しいものでなく、選択的なアプローチを可能にし得るものです。衡平という主題に関しては、破毀院判決の使用を数量化して、事案ごとに衡平という言葉が果たしている論証的機能とでもいうべきものを明らかにすべく、これまでよりも、はるかに破毀院判決に特化した定量研究というものが必要になるでしょう。それにより、判例上の規範において衡平という言葉に出くわすということを説明するに際して、「感情的淵源」を参照する必要は一切なくせるように思われます。こうした研究が無駄とは思えませ

ん。それは、私の見るところ、ろくに手掛かりも見出せないような直感とでも言うべき、この数十年のフランス法における「衡平の再来 *regain d'équité*」を説かんとする印象からは身を置くということに尽きるべし。このような主観的感想から距離を取ったとしても、例えばドイツや日本のような異なる法体系における衡平の位置づけを正しく比較するということは、可能なのではないでしようか。

【訳注】

- (1) マックス・ウェーバー『法社会学』世良晃志郎訳、創文社、一九七四年。
- (2) ホルタリス『民法典序論』野田良之訳、日本評論社、昭和二二年。なお、本稿における訳文は、訳者（数本）自身によるものである。
- (3) Patrick Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris: L.G.D.J., 1999.
- (4) *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif; publiée par la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, t.1 (1976) et suiv. [RRJ]
- (5) René David, *La doctrine, la raison, l'équité*, in *RRJ*, t.11 (1986), pp. 118-127.
- (6) Pierre Kayser, *L'équité modératrice et créatrice de*

*régles juridiques en droit privé français*, in *RRJ*, t.24 (1999), pp. 13-36.

(7) Edouard Lambert, *La fonction du droit civil comparé, t.1<sup>er</sup>: Les Conceptions étroites ou unilatérales*, Paris, 1903.

(8) Nicolas Molfessis, *L'équité n'est pas une source du droit*, in *RTDCiv.*, 1998, p. 221.

(9) Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, 1956.

(10) ロナルド・ドゥウォーキン『権利論 増補版』木下毅・小林公・野坂泰司訳、木鐸社、二〇〇三年。

(11) Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979.

(12) Christophe Albiges, *De l'équité en droit privé*, Paris: L.G.D.J., 2000.

(13) マックス・ウェーバー「R・シユタムラーにおける唯物史観の「克服」」松井秀親訳、『ワイド版 世界の大思想 Ⅲ—7 ウェーバー：宗教・社会論集』、河出書房新社、二〇〇五年、所収。