

學界展望

獨逸に於ける私法理論の轉回

吾妻光俊

ナチス獨逸の新しい政治理念は過去六年間の謂はゞ建設期に、法のあらゆる部門に互つて大きな變革を齎らした。その間に施行された頻しい數に上る立法は革命時の立法にふさはしい特異な態度によつて、從來の法制的根幹を揺り動かしつゝある。

然し今平靜にこの變化の後を眺め將來への歸趨を案するとき、右の變轉の態様は法の各部門に應じて程度に相違があり、又各場面に解決を要求して現はるゝ諸問題も夫々異つた具體的の形を採り、従つて之を處理せんとする人々に別個の態度を以てすべきことを強ひるのである。例へば公私法の兩法域を比較するとき、特にこの感が深い。このことは兩法域の政治に對する遠近の差に應じて革命の當初から必しも豫想に難くない事實であつた。

ナチスはワイマール憲法並びにその基礎に立つ民主的政治形態を完全に破壊して獨特の獨裁的政治機構を確立した。かゝる意味に於て現時の獨逸公法學はワイマール憲法に、既に超克された歴史的意義を認めるに過ぎない。然るに獨

逸民法典はその個人主義的・自由主義的な體系、ローマ法的性格を鋭く批判され乍らも依然として私法の王座を占めてゐる。世襲農地法・労働秩序法・其他ナチスの世界觀を脊ひ且つ之を具體化するものとされる新立法も、一般法たる民法に對し特別法として、特殊の限られた領域に於て民法を破り、その適用を排除するに止まつて、民法典の體系をその根底から覆へし得ないかに見える。既に革命の當初から、特別法を以てする漸進的改革がナチスの私法政策であつた。十九世紀獨逸私法學の總決算とも云ふべき獨逸民法典が、その極めて精緻な概念建築に於て、又取引を中核とする技術性に於て、到底之を一朝にして覆へすを許さなかつたのであつた。

ナチス革命の第五、第六の兩年を獨逸に過すことを得た私は私法理論を中心とするナチス法學の動向を深い關心を以て見まもつたのであつた。しかしナチス私法學の陣營は今日に至るも民法典に對する困難な征戰を續けてゐると云つてよい。公法學が既に新しい政治機構の基礎に立つて、獲得せる地歩を確保し、外に向つて主張せんと努力しつゝあるのに反して、私法學はナチス世界觀を反映する私法體系乃至理論への道を苦悶と焦燥の中に求めつゝある。この領域に於ては個人が團體に對し、概念が理念に對し、技術が倫理に對して執拗に自己の承認を求めて止まない。主觀的感情的な世界觀はこの反擊に逢つて忽ちその無力を曝露せしめられ、之を社會に強ひる結果は堪え得ざる弊害となつて自己に報ゆるのである。こゝに私法理論特有の困難とそして又興味があり、轉換期に立つ獨逸私法學の苦悶の中からさまざまの問題と暗示を汲み取り得るのである。しかも獨逸私法學の惱みはそれが深ければ深い丈に重大な契機がそこに伏在することを感ぜしめる。私はそれを法學的思惟乃至は概念構造の轉回といふ面に於て捉へたいと考へてゐる。

一般に獨逸私法學の問題を指摘する爲めには、各種の面からの考察が必要であらう。しかし右に述べた處に重點を置く私は、問題を専ら民法體系の改造に集中したいと思ふ。従つて先づ民法體系全體に對する諸種の革新的な提案を、その法理學的な基礎付け或ひは概念構成論を顧みつゝ展開し、更に最近かゝる革新的な態度に向つて投ぜられた批判と對照して問題の所在・態様を描き出さうと思ふ。

一

革命の當初に於ては「吾人は唯物的世界秩序に奉仕するローマ法に代へて獨逸一般法を制定せんことを期す」との N・S・D・A・P の綱領を中心とし、所謂人種法則的法律觀が主張せられ、一方極めて感情的に獨逸個有法への復歸が叫ばれ、他方カズイスチッシュに現行法中の非ドイツ的規定が示されるに止まつて、新法典の制定は當然斥けられ、個々の立法的改正と裁判官の創造的態度に俟つべきものとされたのであつた。しかし爾來 *Recht* に關するナチスの根本的態度は法律學の範圍に於ては顧慮せられる事少なく、問題は科學一般の領域に移され、最近哲學畑から一種のピオローギッシュな法哲學の基礎付けを試みる者があるに止まつて、法哲學の方面では私法理論との關聯に於てはカール・シュミットによつて提唱せられ、ナチス法學の一つの合言葉ともなつた具體的秩序思想と、ビンダー、ラールレンツ、ブッセ等の代表する新ヘーゲル派の擡頭が注目されねばならぬ。更にまた革命後の各種新立法の制定と獨逸法アカデミーの活躍に應じて若き法學者達の間に唱へられるに至つた民法の全面的改正への要求と、右の法哲學的態度との結合が問題の中心となりつゝある。

所謂革新的な立場からの民法典（B・G・B）に對する攻撃の焦點はその個人主義的性格である。團體生活から遊離せる孤立せる個人を前提し、その社會的活動の自由を與ふ限り保障し、その利益を専ら個人の爲めの利益として保護せんとする個人主義・自由主義のイデオロギーは十九世紀の私法理論を支配し、その合理主義及び之に基く形而上學の否定は法實證主義と結び付いて抽象概念的な私法學を生み、その決算としてのB・G・Bを概念的には精緻な、しかし血の氣のない形式論理の上に基き上げた。團體と個人、人と財貨の生き生きとした有機的關係は無視され、法は現實から全く抽象された規範體系として民族生活とのつながりを失ひ、形式的・抽象的なものが普遍性あるもの、價值あるものと混同される。現實を類概念によつて抽象し、漸次高度の一般的概念に到達するその根本的態度は民法總則を最上位に置いて之を他の各篇の一般理論たらしめ、各篇に總則を置いて更に之をその内部の一般原理たらしめる民法の機構に表現される。

ナチス世界觀はその政治的社會的な生活への具體化に際してかゝる抽象的な概念體系の妥當を認めぬ。そこに支配するものは現實から離れ、その上方から之を整序せんとする規範體系ではなく、團體生活の中に生き、そこに具體化された具體的秩序であり、又この秩序を構成するものは抽象的な概念ではなくして具體的概念である。抽象された個人の觀念を出發點とし、等しく抽象的な各種の法律上の概念を引き出す一般化普遍化でなく、個人を民族の一員として、又、民族を構成しその中に一定の職分を擔當する各職能團體の一員として、更に又家族の一員として、之を全體の中に占める地位に於て捉へる特殊化・具體化が正當な法學の方法とされねばならぬ。抽象的概念を構成要素とする民法典は今や具體的秩序を表現する法體系にその王座を譲らねばならぬ。

右は革新的主張に共通な態度を示したに止まる。先づこゝから如何なる具體的改革の提案が引き出されるかを檢じ、次いでその基礎付けに及ぼす。

- (一) 人種法則的法律理論といふのは Helmut Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre; derselbe, Rasse & Recht 1933. Schmelzeisen, Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild 1934 等参照。これ等の大要に就ては「ナチスの法律」中の我妻教授所説五五頁以下参照。
- 尙ほ初期の私法理論に關する文獻は我妻教授前掲五四頁参照。
- (二) 一般理論に就て参照すべきは M. H. Behm, Das eigenständige Volk 1932; Eugen Fischer, Der völkische Staat, biologisch gesehen 1933; Kurt Hildebrandt, Norm, Entartung, Verfall 1934; Paul Krahnath, Der organische Weltbild I u. II 1935—1936, Ernst Vogeljn, Rasse & Staat 1933.
- (三) Kurt Schilling, Der Staat 1935; derselbe, Einführung in die Staats- & Rechtsphilosophie 1939.
- (四) Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens 1934. その紹介として加藤新平「所謂具體的秩序思想に就て」論叢三八卷一號一〇八頁及び矢部貞治「具體的共同體論に就て」國家五二卷四號五七頁。
- (五) ラーレンツ自身の D. r. Rechts- & Staatsphilosophie der Gegenwart 2 Aufl. 1935. が新ローナル派の地位を俯瞰せしめる。尙ほビンダー、ラング、メンツの共著に就て Bräuer-Busse-Jaranz, Einführung in Hegels Rechtsphilosophie 1931.

II

右に述べた革新的氣運は既に數年前より大學法學部に於ける授業課目の改正をもたらし、從來の B・G・B の編別とは全く異つたシステムに於て教育が行はれつゝある。⁽¹⁾ しかしキール大學を中心とする小壯學徒が擧つて B・G・B

獨逸に於ける私法理論の轉回

の改正の急を叫んで氣勢を擧げ、更に一九三七年一月廿五日ハイデルベルク大學に於てシュレーゲルベルガーが「B・G・Bからの袂別」を高唱して問題は頓に急迫し來つた。シュレーゲルベルガーの主張の骨子は、

民法改正の機は既に到來してゐる。ナチスの下に於ける學說判例は、個人主義的思想を背景とするB・G・Bに對して、之を目的論的に解釋することによつてナチス世界觀に適應せしめんと努力する點に於て見逃すべからざる實績を擧げつゝある。しかし右の目的論的解釋による實質的修正には自ら限度が存する。新らしい社會生活への適用に際し、解釋の標準となるべき實生活に即する實定規範を缺く爲め、學說・判例、殊に後者は應々にしてカズイステツシユな結論に到達し、法適用の統一性が失はれる。かくては法の權威は失墜し、國民の遵法心は失はれる。かゝる犠牲を拂つて尙ほ民法典を支持する理由は最早や存在しない。しかも一方獨逸法アカデミー委員會の活動は法の各種の領域に於て、研究の實績を擧げつゝあり、新しき立法への地盤は既に用意されてゐる。元よりB・G・Bを解體しても直ちに之に代るべき大法典を制定すべく時期は尙早である。かゝる意味に於ての新らしき世界觀に基く私法の全體系は尙ほ確立の途上にある。さらばと云つてB・G・Bの單なる改良に満足すべきでない。

民法の總則篇は解體さるべきである。之に代るべきものは種族・家族・農地・職能團體・經營等ナチスに於ける生きた生活秩序に應ずる個々の法典である。かゝる生活秩序に吸收されない總則編の一般概念は學說にその決定を委ねるを妥當とする。従來の民法典の各篇も之に應じて(一)人に關する法(二)團體に關する法(三)土地法(四)日常取引の法の編別に變更されなければならぬ。

シュレーゲルベルガーの右の提案は、民法改正の機至れりとする急進的な態度を除けば、その根本思想に於てもそ

の具體案に於ても新らしいものではない。その演説の草稿すら或私法學者の手によつて作成されたと云はれる。しかし私は一應之を革新派の態度を表明したものととして受取り、右の民法典の新らしき編別が、如何なる私法理論の轉回を前提とするか、又如何なる具體的内容を盛られるかを尋ねよう。

(一) 試みに伯林大學昨年度冬期ゼメスターの講義科目中民法に屬するものをその所屬と共に舉げれば民族の條下で親族、離婚法が、職能團體の條下で世襲農地法、農民法並びに土地法が、法取引の條下で商品と貨幣、土地、總則(週一時間)が取扱はれてゐる。

(二) Deutsche Rechtswissenschaft 1936 に於けるエックハルト、アイヒラー、クラウゼ、ジーベルト、ウィアケル、ウェルチンガー等の所説參照。本誌は一九三七年の第二卷で終つてゐる。

(三) Fr. Schlegelberger, *Abschied v m BGB 1937* アイヒラーも具體的提案をしてゐるが(前掲年刊及び *Escher, Die Ordnung des Privatrechts ZAK 1937, S. 562 ff.*) 根本趣旨に於て多く異ならぬ。ニッバーダイの立場については後述。

三

民法の中心概念は、權利主體としての抽象的な人格(人)、權利客體として又主として交換價値の具有者としての財(貨物)、權利主體の自由なる意思に基く行爲(法律行爲、殊に契約)、之等の諸概念が前提とする支配的權能(權利)であり、又之等の一見抽象的な法範疇は個人の法律關係形成の自由(契約自由)權利の尊重不可侵(權利の絶對)の思想を前提してゐる。民法典の個人主義的な構造が全體的に問題とされる以上、民法典の支柱とも云ふべき右諸概念が攻撃の主要目標となることは自明の理である。否寧ろ逆に之等諸概念の轉回が必然とされる處に民法の根本的建直

獨逸に於ける私法理論の轉回

しが要求されるとも云へよう。

人及び權利一般に關して最も系統的に論ずるはラーレンツである (Rechtsperson und subjektives Recht 1935)。彼は説く、

從來の私法理論は人格を唯一の權利義務の帶有者と考へた。しかしこの個人に對する考へ方は社會を個人主義的に觀念する結果である。個人主義の思考方法は、社會が個人の契約から成立するものとし、從つて個人にその人格從つて權利能力・行爲能力の承認を否定すべからざるものとし、權利能力の承認による形式的平等が認められる。然るにナチスにとつては法は單なる規範の集積に非ず、生きた秩序である。個人は法の内部に立ち、この法が個人を團體に更に民族に組入れるのである。かくして個人は「自由な權利主體」ではなく、法的協同體の仲間即ち *Rechtsgenosse* である。從つて權利能力は權利を持ち得る資格ではなく、協同體の法生活に關與し、民族協同體の中に一定の肢體的な地位を占める資格である。

右の個人主義的法律觀に於ける法的人格者の觀念に對立する態度は權利概念に對しても同様の批判を導く。即ち、權利を以て法によつて認められた意思の支配なりとし、又は法的に保護される利益なりとし、又はその両面を含むと解する立場は、必然的に法的人格の概念を自由にして且國家に承認されたものとする前提に立たざるを得ない。ナチスに於てはかくる權利概念は法的地位 (*Rechtsstellung*) なる觀念によつて置き換へらるべきである。法的地位は權利の集合體には非ずして民族協同體の成員の社會機構中の地位を意味する。この法律上の地位から諸種の權限 (*Beziehungen*) と義務 (*Verpflichtungen*) が生ずる。しかし法的地位はそれが或協同體内の肢體的地位なると、他の民族

員との關係に於ける地位なるとによつて構造的な相違があり、前者は個人の人格をより強く捉へる。従つてそこでは個々の權利義務は生ぜず「目的に拘束され義務を決定する權能 (Befugnisse)」が生ずる。之に反して後者に於ては義務及び義務によつて限定された權限が発生する。

所謂革新派の權利概念に對する攻撃は、多少のニュアンスの相違はあるもその根本的態度に於てはラーレンツの説く所と異らない。或ひは權利體系を商人中心主義の產物とし(エックハルト)、訴權制度よりの抽象なりとし(ヴェルデンガー)或ひは又それ自體自由な權利が例外的に諸種の制限に服すると考へるそれ自體思想 (an-sich-Denkem) の所産なりとするも(ジーベルト)、結局權利を團體生活に於けるその構成員の肢體的地位から寧ろ一個の職分として構成すべき事を主張し、各々個人主義的權利思想の缺陷の一面を指摘するものと見て差支えない。

右の權利一般に對する態度は權利體系に中心的地位を占める所有權に對しても元より異らない。否それのみに止まらず、世襲農地法に於ける世襲農地所有權の特殊性——その讓渡性擔保性の否定、農民資格との密接な融合——が足場となつて、この分野には既に數多き研究が試みられ、独自の所有權理論が提唱されつゝある。個人の團體に於ける肢體的地位より出發して物に對する具體的な權能として所有權を捉へ、それ自身自由なる所有權を措定して之に各種の抽象的制限を加ふるに満足せざるは繰返して説明の要もあるまい。

物の概念も變更を必要とされる。物の自然科學的乃至は交換價値を中心とする抽象的把握が斥けられ、各々の物はその團體生活に於て存ふ機能又は職分に應じて具體的段階的に考察さるべく、世襲農地、住居、工場敷地、商品等は各々個別的に觀察さるべきものとされる。特に動產不動産の區別に於てその國民生活に於ける機能の相違が強調される。

私的自治即ち個人の自由なる法律關係の形成を前提とする法律行爲、殊に契約の觀念は絶對的な所有權の觀念と並び之と相應じて個人主義的民法理論の二大支柱を爲すが故にこの分野に於ける革新派の攻撃は極めて鋭い。

所有權理論に對して世襲農地法が務めた役目を此處では勞働秩序法が擔當した。そしてジーベルトの「勞働秩序法に於ける勞働關係」(Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit 1935) は劃期的な意義を以て契約理論の修正に一步を踏み出したものと云ひ得る。只所有權理論の轉回では世襲農地の所有等に表はれる團體内の職能がその中心に置かるべき事が主張されるに對し、契約理論に於ては從來の契約概念の團體的秩序よりの追放といふ形態を採る。ジーベルトは勞働契約理論の歴史的變遷に沿ふて、勞働契約の人的色彩から出發し、勞働關係の規律に採つて決定的な要素は經營の團體性に存し、契約當事者の意思よりも、團體への編入といふ契機に勞働關係發生の要因を見るべしとし、勞働關係に對しては契約理論の適用が著しく限局されることを指摘するのである。而して單なる意思の合致といふ抽象的要素に於て契約を論じ、勞働契約、婚姻、婚姻豫約等の契約性を認むる態度が排斥される。

しかし契約の一般理論としては尙ほラーレンツに、そして多少之と見解を異にするシュトルに聞くべきであらう。ラーレンツによれば契約は法協同體の個々の成員間の法律關係である。従つてかゝる法律關係は協同體を前提とし、協同體秩序の内部に於てのみ成立し得る。對立し孤立せる個人と個人との間の關係として考察すべきでなく、民族法の全體系に織込まれ、民族的秩序を形成する手段として理解されねばならぬ。従つて契約の法的解釋に於て決定的なのは個人の自由なる意思ではなく團體意思であり、契約自由の制限も單なる制限例外ではなくして、契約當事者が團體的拘束を受くることの當然の結果である。⁽¹⁷⁾

シュトルはラーレンツが契約を民族秩序へ編入することを現實に反するものとし、契約従つて個人の機能を輕視する如き印象を與へ、個人の人格の發揮の可能性に矛盾するとして攻撃し、協同體の理念自體は單に方向づける (richtungsgebend) 作用を營むものとしてゐる。⁽¹¹⁾

之等民法の諸概念の轉回から如何なる新らしき民法體系が豫想されることとなるか、次段で之を述べよう。

(一) ナチス所有權理論の展開については我妻「ナチスの所有權理論」牧野教授選曆祝賀法理論集三八一頁以下。尙ほ同教授のアイヒラーの所有權論紹介につき法協五七卷五號九〇頁以下參照。

(二) K. Larenz, Vertrag & Unrecht I. S. 193.

(三) H. Stoll in Juristenzeitung 1936 S. 419 併し一種の利益法學を主張する點に於て又團體理念を外部よりの規整とする點に於て彼を所謂革新派に數へるは當らないであらう。

四

シュレーゲルベルガーが新らしき民法典は(一)人に關する法、(二)團體法、(三)土地法、(四)取引法の四篇に分たれるべしと主張したことは既に前述した。今その具體的内容に立入れば

(一) 人に關する法 從來の能力に關する規定、親族法、相續法を包含することとなり、更に種族に關する法と合體して個人の民族協同體に於ける根本的關係が規律される。親族法相續法が團體法の範圍に屬すべき性質を有するに拘らず本篇に取入らるゝは、もし之を團體法に規定するときは、人に關する法が團體との結合を失ひ内容に乏しきもの

獨逸に於ける私法理論の轉回

となり、基本的な私法領域としての價値を失ふが爲めである。ジーベルトは最近「家族の法」と題して現行法をかゝる見地から統一する法規集を著した(W. Siebert, *Recht der Familie* 1939)。將來の立法への準備としたものと見られるが、その配列には多くの示唆を與へる點を含む。

(二) 團體法 法人格を中心とせず、各種の職能團體を中心としてその他各種の團體に關する規定を網羅することゝなる。組合も債權法から此處に移され、社團、財團に關する規定も此處に收められる。

(三) 土地法 農地殊に世襲農地に關する法律關係を中心に其他の土地に關する法律關係が統一される。土地は民族生活に採つて重要な生活財として取扱はれ、土地所有權の如きも、その對象たる土地の團體生活に於ける重要性に應じて段階的に取扱はるべきものとされる。他物權も絶對的な所有權の制限としてとなく、土地の機能への一定の作用として考へられ、且又國內移民に關する法規も此處に取入れらるべしと云ふ。

(四) 日常取引の法 動産殊に商品・貨幣に關する交換的取引關係を中心とする法域である。不動産も取引の客體たる限り本篇の適用を受け、動産に關する物權契約は債權契約と一體を爲してこゝに取扱はれる。不法行爲・不當利得も本篇に收められ、労働關係、流通行爲、信用行爲等の型に従つて各種の契約が規定される。

一九三七年秋ミュンヘンに開催された獨逸法アカデミーの大會に於て民法改正が講演の主題とされ、各方面からこの問題が論議された。一九三八年ヘーデマンの著として「民法の革新」なる表題の下に單行本となつて發表されたが、その中でニッパードイが民法の新らしき編別を主題としてゐる。⁽¹⁾ シュレーゲルベルガーの主張と著しく異なる點はないが、(一)民族、(二)契約及び責任法、(三)所有權法、(四)團體法に之を區分し、(一)に於ては人、親族相續、能力、

失踪宣言、名譽及びその喪失、氏名權並びに人格權等を取扱ひ（無能力の効果は契約法に、又労働法、農民法は別個の法典に收むべきものとする）、（二）に於ては債務法、總則中の契約締結、意思表示、行爲の方式、意思の欠缺、代理、條件及び期限、權利濫用等を含む（土地の使用貸借、農地の利益貸借は所有權法に含ましめる）、（三）土地法、動産法企業法に分たれ、物權法は土地法、動産法に分けて規定さるべく、契約法と土地法の統一は排斥される。（四）法人、組合、會社を含む。而して之等の諸法域は統一的法典にまとむべきものとする。

右に述べた民法の新しき編別の提案は尙ほ幾多の難點を藏する。人に關する法、團體法は比較的難のない部門であらう。しかし後の二編については、その兩者間の關係、特に取引法又は契約及び責任法の範圍は極めて明確を缺き、略々同一の立前を採る授業科目に於てもこの部分に當る法取引の講義は統一を缺くものとして極めて不評判である。

(一) Nipperdey, Das System des bürgerlichen Rechts in Zur Erneuerung des bürgerl. Rechts v. Helemann. ほぼ各種
S 改正提案のとき H. Lehmann, Zur Erneuerung des bürgerl. Rechts. ZAK 1939, Heft 2, S. 45 参照。

五

革新派の右に述べた態度は如何なる法哲學的な基礎付けの上に立ち、且又如何なる私法學的方法的反省を前提するかと今や問はねばならぬ。

既に前述した如くカール・シュニットの所謂「具體的秩序思想 konkretes Ordnungsgedanken」が獨逸法學に與へた大きな影響は見逃し得ない。彼がある法學的思考は個人的傾向を離れ、且又方法論的、認識論的立場による分類によ

らずして、かゝる個別的・形式的な探究の前提する思考型式によつて觀察すべきものとして、之を規範主義、決定主義、具體的秩序思想の何れかに歸せしめ得ると説き、法を雜然たる社會學的事實と離れ上部から之を規整する規範體系として觀察する規範主義、同様に無秩序の状態を前提し、決定（命令）の權威・主權に基いて法が生ずるものとする決定主義に對し、法を生きた團體に行はるゝ具體的な秩序として捉へる具體的秩序思想を對立せしめ、その各々を非人間的（客觀的）、人間的、超人間的なる點に特色付けつゝ、ゲルマン的法律思想を中世のカトリシズムと共に具體的秩序思想として把握し、ローマ法的な立憲主義的な規範主義、近世の初頭に於てホッブスにより代表さるゝ決定主義、更にこの兩者の結合としての十九世紀の實證主義に對立せしめ、獨逸に於てはフィヒテ、ザビニー、シェリング、ヘーゲル、ロレンツ・フォン・シュタイン、グナイスト、ギールケ等に、佛に於てはデニエー、サレイユ、オーリエーの流に、伊太利に於てはローマーノにその表現を見るは既に衆知の事實であらう。

しかしシュミットが具體的秩序思想なる言葉によつてナチスに於ける法學的思惟の傾向とも云ふべきものを最も鋭く指摘した點にその卓見を認め、その獨逸法學に及ぼした影響を當然なりとし乍らも、私は尙ほ之が充分の基礎づけを缺き、それ故にこそ具體的秩序思想が之を應用する具體的な主張に於て往々行き過ぎを冒すことを一派の學者から懸念され、攻撃されてゐるのであると考へる。少くとも私法理論に對して具體的秩序思想が如何に展開さるべきかは他に之を期待すべきである。

この具體的秩序思想の私法理論に對する適用はラーレンツの手によつて行はれる。ラーレンツが新ヘーゲル派を標榜してその客觀的觀念論とシュミットの具體的秩序思想を巧みに融合するは衆知の事實であらう。先づ彼の根本的態

度に簡単に觸れた後その私法理論を検討する。⁽¹⁾

法は同時に理念であり實在であるとされる。理念は星に書かれたる抽象的原理でも、又實在の外に横はる規範でもなく民族の創造力である。又實在も外部的存在に非ずして理念の實現・具體化である。此處に具體的秩序思想との結合點が捕へられる。秩序は生の總體を建設する法則であり、その創造であり發展である。協同體の生活する形式である。それは歴史の外に立つものでなく、歴史から發展する。民族の具體的な生の秩序は諸成員の法的確信によつて實現さるゝ具體的實在である。その法實在・具體的秩序としての力は、その中に協同體の生命が統一せられ、それが民族協同體の形成的精神の表現である點に基く。實在は客觀的觀念論のそれであり、靜止的實體ではなく、生成であり建設である。

右の態度から彼は具體的秩序思想を次の三點から捕捉すべしと主張する。(一)單なる當爲、命令に對立する、事實上生きた、常に實現された、直接に存在する秩序、(二)作られた秩序に對立する有機的な生の進行の中に「生長した」、自己を更に發展せしめる秩序、(三)不特定多數の人(「取引」「公衆」)に安當する規則に對立する、まともたる具體的生活協同體の秩序の觀念が之である。但しこの三原則の根本的意義は一に歸する。これ一定の團體生活に個々な實在の中にその標準、法則として置かれ、その實在によつて促進される秩序の觀念である。

所謂具體的秩序の思想乃至は新ヘーゲル派の法律觀については今之に深入りする機會ではない。獨逸私法理論を俯瞰せんとする本稿はラールツが右の根本的態度を、私法に於ける解釋並びに概念構成に如何に具體化するかを顧みるべきであらう。次段に之に觸れる。

獨逸に於ける私法理論の轉回

(1) ラーレンツの哲學的態度については前掲法哲學の外 Jareuz, Gegenstand & Methode des völkischen Rechtsdenkers 1938 參照。

六

ラーレンツの立場からは、法が成文法、慣習法、判例法等に盡きず、終局に於て「健全なる民族確信」或ひは「民族の法良心」に求められ、従來の成文法、不文法の對立に對して形づくられたる法、形づくられざる法の對立が中心に置かれ、形づくられざる法が、法の理念として又同時に實在として捉へられ、形づくられたる法はその個別的表現とされる。形づくられたる法はその確定性と限定性に於て取扱ひが容易ならしめられ、法的安全を高むるが故に現在の複雑な團體構造に於て重要な作用を営む。しかし他面「要件」の限局は流轉する生活に對し、又理念の全體性に對して不完全であり、往々にして正義が犠牲にされる。如何に周到なる立法者の用意もかゝる缺陷を除去し得ず、且又時としては確定的な形を採らしめる事が不可能な場合が存する。「信義誠實」「善良の風俗」「榮譽」等の標準が設けらるゝはかゝる場合に屬する。しかもかゝる觀念は法の外に求めらるべきではなく、形づくられざる法の表現として理解されねばならぬ。ナチスの法實證主義に對立する特徴はこの形づくられざる法への關聯付けにある。

形づくられた法の不完全は法の欠缺 (Gezetzliche) の問題を生ずる。法實證主義の下に於ては法の論理的完全性が主張され、形づくられたる法の及び得ざる範圍は「法律的に眞空な空間」と見られた。しかし適用さるべき法を缺く場合、又形づくられたる法の解釋に當つても、形づくられざる法の具體化によつて之を補充し、發展せしめねばな

らぬ。更に又所謂一般條項は決して抽象的「普遍的な標準を立てるのではなく、その概念は具體的「普遍的であり具體化可能なものであつて、裁判官は具體的事件にかゝる條項を適用するに際しては決して論理的分析の意味に於て普遍的なものから個別的なものを引き出すのではなく、特殊の生活事實に即して一般條項を具體化するのである。従つて引出された判決はその具體性に於ては普遍的でなく、他の生活事實に對しては一般條項を更めて具體化せねばならぬ。かゝる意味に於て、引出された結果と法規とは謂はゞ辨證法的な統一體を爲すのである。只この法欠缺の補正或ひは法規の具體化には限度が存する。一は法が要件を網羅的に掲げた旨明言する場合であり、他は技術的規範、即一定の定めを爲すことが法理念に採つて *Rechtsgründe* な場合である。前者に於ては裁判官の法による拘束に於て、後者に於ては事物の性質に基いて具體化が不能とされる。

ラーレンツは右と並んで具體的法概念の形成を主張し、之を民法上の概念の構成に及ぼす。從來の規範主義的な法學はその概念を抽象化、一般化の方法によつて構成した。法的な個々の現象は特殊なものを含み、之を括弧の中に入れることによつて最も普遍的な標準によつてくゝられ、之が論理的最小限として全法域の基礎に置かれる。かゝる概念として權利義務の歸屬點としての、法の權能一般としての權利、法財貨、利益、適法性、違法性等が挙げられる。尤もかゝる概念は之を生じた當初に於ては少くとも部分的には内容あるものであつたが十九世紀に於て漸次内容なく一般的概念となされた。論理法則が妥當せしめらるゝが故に適用範圍が廣ければ廣い程概念はより抽象的となり、かゝる抽象化は飽く迄徹底せしめられた。

利益法學は右の抽象概念的態度に對立する。しかし利益法學は概念構成の方法如何を問題とせず、概念自體の作用

獨逸に於ける私法理論の轉回

を「叙述目的」にのみ限り、權利・法律行爲の概念を單に貼り付けられた商標、或ひは傳來の、そして刻々補充さるべき規範を仕舞ふ學問的抽出に過ぎぬと論ずる。しかし我々は概念を通してのみ實在を把握し得る。従つて如何にして正當な概念構成を求むべきかと問はねばならぬ。

概念によつて形式的統一を求めて個別的なものを没却させることなしに、略々同様な生活現象を契一的に把握せんとする爲には、類型(Typus)なる概念が用ひらるべきである。類型は之を定める一列の要素を結合するものであり、この諸要素が、類型のより廣い全體の内部で持つ意味又は作用によつて統一されるのである。類型は抽象的概念が捨てた部分を取入れるのである。抽象的概念に比してその適用範圍は狭いが、その内容はより豊富であり且又全く異質の概念である。個々の抽象的特徴の合計ではなく意味によつて定められた全體である。例へばB・G・Bの契約概念は二人以上の人の合致した意思表示に於て捕へられ、それが如何なる生活關係を前提して行はるゝかを無視して、それが婚姻なると、勞働契約なると、取引行爲なるとを問はず契約理論を適用せんとする。しかし契約は限局された協同體の中に於てはなく、法同胞の全民族的秩序に於て行ふ諸取引に於ける法律關係及び義務の設定・變更を仲介する意思表示なる類型に於て捕へられねばならぬ。かくして契約概念は家族團體の形成、經營協同體への加入等、それ等の團體秩序によつて制約される行爲から追放されねばならぬ。世襲農地も亦かゝる具體的類型の一例であり、抽象的な物の概念に於て捕ふべきでなく、土地制度乃至民族の生活秩序中に於ける作用に於て捕へらるべき一個の類型とされねばならぬ。

しかし各類型は相互に無關係に對立するものでない。かくて類型の系列(Typenreihe)が考へられる。契約、經營

團體への加入、婚姻豫約乃至は婚姻等の系列がその一例である。しかしかゝる系列は抽象的一般的標準に於て捕へられるのではない。然らざれば再び抽象的概念へ逆行することになるからである。かゝる系列はその各々の機能が比較されることによつて求めらるゝのである。尙ほ契約に於ては一回的なものと繼續的なものと系列が考へられる。之に反してB・G・Bに掲げられる各種の契約は系列に非ずして、契約なる基本類型中の類概念として並列するに止まる。尙ほ各種の財貨に對する所有權も類型の系列の例として擧げ得る。

以上に於て私はナチス私法理論に於ける革新派の態度を素描した。しかし注目すべきは最近ナチス法學界に擡頭し來つた對立的空氣であり、私に革新派に對する批判的態度を洩した有力なる學者は二三に止まらぬ。而もB・G・Bに對して革新派の攻撃が加へられゝば加へらるゝ丈け、それがよく考へ抜かれた法體系なることが實證されたこと云つた様な皮肉な口吻を以て。宛かもかゝる空氣を代表するものゝ如く、マルブルヒのマニークは「民法の新體系」なる著書(A. Manigk, Neubau des Privatrechts 1938)に於て革新派の根本的態度並びにその具體案に鋭い攻撃を加へてゐる。元より兩者はナチス世界觀の共通の地盤に立つものであるから之を對立と見るは當らないであらう。恐らくはこの對立緊張は思惟の轉回に際して避け得られざるものであり、しかし漸次その振幅を狭めつゝナチス私法學を前面に押し出す原動力でもあらう。私は次段にマニークの所説を掲げることによつてナチス私法學の姿をより如實に示したいと考へる。

(一) 之等の所説につき Gegenstand & Methode 參照。尙ほかゝる類型の概念はシェーンフルドが辨證法的法理論の立場から提唱して居る (W. Schönfeld, Die logische Struktur der Rechtsordnung 1927 S. 17 ff) マンマンは之にコメントを獨逸に於ける私法理論の轉回

受けたものではあるまいか。

七

民法典を解體して具體的な生活秩序に應ずる新體系を樹立すべく時機は尙早である。元より個人主義的性格を多分に含むB・G・Bはナチス世界觀による轉回を必要とする。しかしこの新らしき體系は尙ほ成立の途上にあり、従つて今直ちに民法の中心概念を破壊するときは、之に代るべき統一體系を缺く爲めに、私法の統一性を害ふに至る。革新派の態度の裡には概念法學に於ける概念過重と反對の極端に立つ概念厭惡が見られる。併し法典又は法律學は統一的な體系を爲して初めて之に價値を認め得るのであり、その限りに於て概念は之を尊重しけなければならぬ。革新派によつて概念の抽象性が非難さるゝが、法律學に於ける概念は必然に一般的抽象的であり、現に新らしき刑法草案その他のナチス立法は屢々一般的抽象的概念を使用してゐる。

民法總則が廢せらるべしと謂はれる。又その普遍的概念による支配が非難せらるゝ。しかし民法總則の規定は決して支配的な規定としての權利を主張するものではない。「特別法は一般法を破る」の原則は總則の支配性とは相容れない。又總則の規定並びにそこに含まれる概念はその抽象性を云々されるが、そこに反つて柔軟性があり、それ故にこそ一九〇〇年のB・G・Bが今日に至る迄その生命を保つてゐるのである。

法律行爲乃至契約の概念が個人意思を出發點とするものとして攻撃を受ける。しかしナチス世界觀は個人意思を没却し團體の絶對を認める集産主義に非ず、従つて個人の自由なる創造の基礎に立つ。元より個人意思は團體への拘束

「於て承認されるのであつて絶對的なものとされるのではない。しかし飽く迄私的自治の原則の上に立ち、個人の意思並びに利益を否定するものでない。

革新派は身分法的契約並びに労働契約等の契約性を否定する。しかし之等の行爲は個人意思による法律關係の形成を基調とするが故に尙ほ契約として認むべく、契約に關する總則的規定適用の制限は之と背致するものではない。殊に労働契約に於ける團體法原理の取入れは經濟的急迫への對策としての過渡的態度であり、やがては個人の自由なる形成に復歸すべきである。又團體の過度の尊重は「取引法」の部分を財貨の交換を中心とする規範に限局し、從つて之等の行爲が宛かも團體的制約なき個人的領域として獨立せしめられたる如き觀を呈する。

權利概念も支持されねばならぬ。團體秩序は個人に權利を賦與することによつて、自己の正當なる權益の保護を個人に委ねるのである。元より權利の行使は個人の恣意に委ねらるべきではなく、權利者は民族協同體の受託者としての地位に立つ。しかし權利の行使は飽く迄個人の手を通して行はるゝ。攻撃さるべきは個人主義的にゆがめられた權利であり權利自體ではない。しかのみならず權利濫用の法理は從來も又將來に向つても權利の團體主義的な行使を保證する武器である。

具體的秩序の思想は現實に即する法への憧憬の表現である。あまりにも智的な構成に反抗する「自然へ歸れ」の叫びである。かくして具體的秩序の思想は法的に把握さるべき生活秩序を明らかにせんとし、生活に遠い一般概念を排斥する。しかしこの生活秩序の他の面に於て、後に來るべきものに對する現在の一般的規律としての法秩序が無視されてはならぬ。

具體的秩序思想の提唱は往々にしてその本來の主張と矛盾する實在の無視によつて抽象的概念に到達する。團體の觀念が抽象的に捉へらるゝ結果、取引の世界に於ても或特定の團體が外部の個人より上位にあるが如く思惟されてゐる。又民族・家族・經營或ひは商業團體、貸借に於ける家屋内團體等が協同體たる名の下に抽象的に一括せられ、個人に對立せしめられる。

法は一面に於て生きた秩序であると同時に他面義務づける秩序である。ケルゼンに於て頂點に達した規範主義が前の一面を無視する點で排斥されると共に、後の反面を無視する急進派の態度は規範主義のアンチテーゼとして等しくその一面性を非難されねばならぬ。認證的概念的であると共に意志的實踐的な法の性質はその全面に於て捉へられねばならぬ。法は當爲であり存在である。

最近の法學方法論の争に於て、危機に堪えた唯一の點は法理論が意識的な概念構成、理論體系なくしては成立し得ざる事實である。法律上の概念は正義の用具としてのみその眞價を發揮する。この意味で概念法學は排斥しなければならぬ。しかし之に反情を持つあまり、カズイスチックな方法に墮することも亦極力之を避くべきである。

右はマニークの主張の骨子であるが、ラーレンツは之に對して最近再批判を行ひ (Larenz, *Neubau des Privatrechts Arch. f. civ. Prax. Bd. 145 S. 91 ff.*) マニークの批評が建設的ならざる擊滅的な批評たるを非難してゐる。しかしその内容はラーレンツ自身の立場の繰返しを多く出でない。従つて本稿の目的としては之に立入るを要しないと考へる。

以上の概観に於て獨逸私法學の民法典改正の提案を廻る問題を示し得たならば學界展望としての本稿の目的は達せられたとしてよからう。ナチス私法學說自身をして問題を語らしむる爲め、私は出來得る限り客觀的に叙述を進めた

つもりである。只最後に二三の感想を附して本稿を閉ぢよう。

(一) 獨逸私法學は民法典の全面的改正を尙ほ遠き將來に俟たねばならぬであらう。個々の立法による漸進が尙ほ續けられ、獨逸私法理論は困難な道を當分歩まねばならぬであらう。

(二) 革新派の主張が尙ほ多くの難點を藏するに拘らずその私法理論に與へた暗示には傾聽すべき多くの點を含む。殊に永く眠つてゐた私法學の方法に關する論議を再燃せしめた功績は何人も之を承認すべきであると考えらる。

(三) B・G・Bを之を支えたロマニスチークの發展として、その眞價を檢討することなくしては革新的主張は充分にその地歩を占め得ないであらう。ゲルマン法の歴史的研究と並んで、獨逸私法學に要求さるゝ當面の研究題目たるを失はなす。

本號執筆者紹介

常盤敏太氏	東京商科大学教授
町田實秀氏	東京商科大学法律科教授 學部講師
田上穰治氏	東京商科大学助教授
吾妻光俊氏	東京商科大学助教授
山田雄三氏	東京商科大学助教授
吉永榮助氏	東京商科大学助手