

# キール学派と民法

## ——ラーレンツとヴィアッカー——

小 野 秀 誠\*

- I はじめに一キール学派の民法上の位置づけ
- II ラーレンツ (Karl Larenz, 1903.4.23-1993.1.24) と行為基礎論
- III ヴィアッカー (Franz Wieacker, 1908.8.5-1994.2.17) と近世私法史
- IV むすび

### I はじめに一キール学派の民法上の位置づけ

1. 19世紀のドイツの民法学は、その法源をめぐって、ロマニステンとゲルマニステンの対立によって特徴づけられる。1900年の民法典は、この対立を潜在化させ、法典発効後しばらくはその解釈論的議論あるいは一部の制度のみの立法論的な議論が中心となった。たとえば、シュタウプによる積極的契約侵害論<sup>1)</sup>やラーベルの不能論などである<sup>2)</sup>。また、第1次世界大戦(1914年-1919年)による経済危機は、民法典に新たな試練を与え、エルトマン (Paul Oertmann, 1865.7.3-1938) の行為基礎論にみられるような大きな修正を付け加えるものとなった<sup>3)</sup>。

1930年代以降は、まったく別の方向から民法典への攻撃が行われた。ナチズ

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第9巻第2号2010年7月 ISSN 1347 - 0388

\* 一橋大学大学院法学研究科教授

- 1) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, 1902. 拙著「不完全履行と積極的契約侵害」司法の現代化と民法(2004年)176頁参照。Staubについては、別に検討する予定である。
- 2) Rabel, Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1907, (G.A., I, S. 1); Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, 1911, (G.A., I, S. 56); Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischen Recht, 1911, (G.A., I, S. 79).
- 3) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff, S. 124 ff. なお、行為基礎論一般については、五十嵐清・契約と事情変更(1969年)72頁以下、拙稿「不能・行為基礎の喪失と反対給付」反対給付論の展開(1996年)155頁参照。

ムによるものであり、従来のような個別の修正だけではなく、その全体的な修正や破棄をもせまるものであった。とりわけ、キール学派と呼ばれる一団の法学者は、民法の個別の理論や体系について、特定のイデオロギーに基づき新たな主張を行った。キール学派そのものは、10年もしないうちに解体したが、その主張のうちのあるものは、イデオロギーぬきの形で有力な学者によって引き継がれ、戦後にまで影響を与えている。また、伝統的なロマニステンとゲルマニステンの対立を凌駕した点でも、影響を与えたのである。

ナチズム法学者については、性質上ドイツには多数の研究があり、種々の評価がある。わがくにでも、五十嵐清教授の一連の労作がある<sup>4)</sup>。そこで、本稿は、その全体に言及するものではなく、その中のごく一部であるラーレンツとヴィアッカーに焦点をあて、その理論と変遷とを、とくに人物と業績との観点から検討しようとするものである。とりわけ戦後の影響力が大きかったからであり、一見無関係と思われる戦後の民法理論や体系へのナチズムの影響を考察しておくことは、彼らの理論の評価にさいし重要なことであろう。

筆者はすでに、当時の法学者のうち、いわば被害者である亡命法学者についてラーベルと、戦時中沈黙をよぎなくされたケメラー (Ernst von Caemmerer, 1908.1.17-1985.6.23)、ウィルブルク (Walter Wilburg, 1905.6.22-1991.8.22)、あるいはフルーメ (Werner Flume, 1908.9.12-2009.1.28) を例として検討したことがある<sup>5)</sup>。本稿は、その意味では、第3の範疇に属する人物とその業績の検討ということになる。

ちなみに、師が亡命したことから、戦時中大学の教授職につかず、あるいは冷遇された例としては、フルーメと師のシュルツの関係、ケメラーやウィルブルク

4) 五十嵐清「ファシズムと法学者」比較民法学の諸問題(1976年)1頁、五十嵐清「ナチス民族法典の性格」現代比較法学の諸相(2002年)115頁。キール学派については、ほかに、クレッシュェル「ナチズム下におけるドイツ法学」ゲルマン法の虚像と実像(1989年・石川武訳)339頁以下、359頁。拙著・契約における自由と拘束(2008年)104頁、注45参照。また、その主張の内容については、我妻榮①「ナチスの私法原理とその立法」、②「ナチスの民法理論」、③「ナチスの所有権論」、④「ナチスの契約理論」いずれも民法研究I所収(1966年。それぞれ213頁、241頁、337頁、389頁)、吾妻光俊・ナチス民法学の精神(1942年)に詳しい。本稿は、ナチズムの理論を解釈学的に参照しようとするものではなく、歴史批判的に、当時の位置づけ、社会的背景や戦後におけるその影響を検討するものであるから、思想内在的な紹介は不要であろう。

と師のラーベルの関係、ライザーと師のM. ヴォルフの関係、クンケルと師のレーヴィの関係などがある<sup>6)</sup>。

2. キール学派は、キール大学の若手の教授を中心とするが、その成立には、一般的な理由とキールに特殊な事情とがあった。

まず、一般的な理由は、当時の社会的な状況である。1933年1月30日にナチスが政権を掌握すると、その影響は、大学にも及んだ。大学の自治 (Hochschulautonomie) から大学の指導者構成 (Führerverfassung) への転換である。学長は、大学の指導者 (Führer, この語は、政治的には総統とも訳される) として任命されることとなったのである。また、1933年4月3日法は、私講師や学生を軍隊式に組み込むものとし、教授職就任には、実質的にナチスへの加入が義務づけられた。そして、1934年12月13日法では、教授資格は教授資格論文とは切り離され、講義資格はたんに大臣の許可にかかるものになったのである。また、学内にナチス

- 
- 5) 拙稿「比較法 (国際的統一法) の系譜と民法—ラーベルとケメラ—」民事法情報282号22頁。「Werner Flumeとドイツ民法学の発展」国際商事法務37巻11号1511頁。なお、法制史上の著名人の詳細については、以下を参照されたい。Vgl. Stinzing und Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 1880 (bis zur ersten Hälfte des 17. Jh); II, 1880 (2. Hälfte des 17. Jh), III-1, 1898 (Das Zeitalter des Naturrechts: Ende 17 bis Anfang 19 Jh.), III-2, 1910 (19. Jh. bis etwa 1870), III-3, 1910 (Noten)。簡単には、Kleinheyer und Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 1996, S. 504 (Rabel)。1900年までの古い人名については、Allgemeine Deutsche Biographie (ADB; Die Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften unter der Redaktion von Rochus Freiherr von Liliencron)。また、比較的新しい者について、Who's who im deutschen Recht, 2003, S. 178 (ただし、これは生存者のみしか記載しないから、死者については古い版をも参照する必要がある)。
- 6) M. Wolff はユダヤ系教授であり、その弟子であるライザー (Ludwig Raiser, 1904.10.27-1980.6.13) は、普通取引約款の研究 (Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1933) で著名である。ライザーは、1933年に教授資格をえたが、ユダヤ系および政治的嫌疑のある教授の追放に反対したことから、私講師とならず、弁護士となり民間会社の法律部門に就職したのである。戦後の1945年に、ゲッチンゲン大学に招聘された。ローマ法学者のLevy (1881.12.23-1968.9.14) も、1935年にナチスに追放された。弟子のKunkel (1902.11.20-1981.5.8) は、時期的にはRaiserよりも早く1928年に教授資格をとっており、1928年にすでにフライブルク大学の教授であったことから、教職には就いたが、Levyとの接触は、戦時中も存続していた。Flumeについては、拙稿 (前注5)) 1511頁、Caemmererについては、拙稿 (前注5)) 30頁参照。Caemmererの修習生時代の師であったErnst Rabel (1874.1.28-1955.9.27) も、アメリカに亡命している (ただし、Caemmererのハピリタチオンの指導教授は、Walter Hallstein, 1901.11.17-1982.3.29であった)。

の私講師団体や学生団体も組織された。

1933年の改正公務員法 (Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, 7.4.1933, BGBl.I, S. 175) は、その3条で、非アーリア人の公務員 (Beamte, die nicht arischer Abstammung sind) は、休職に付されるものとした。また、4条では、アーリア人の公務員であっても、従来の政治的活動から、つねにナチス国家に忠実である保障がない者は、休職または免官されるものとした (なお、同法による罷免の第一号は、後述のラートブルフであった)。また、1935年1月21日法では、これらに加えて、大学教官を他の大学に移籍もできるものとした<sup>7)</sup>。これによって、ナチス理念にとって不適合と思われる者を事実上排斥する途が拡大されたのである。

ついで、キール大学の特殊性がこれに付け加わった。当時のキール大学の教授陣では、ワイマルの秩序に反対する者が圧倒的多数であったとされ、その中で比較的少数、とくに法学部のみがリベラルであった。そこで、キールのような小規模の大学では、大規模大学では政治的理由から不可能と思われる人事、たとえば、後述する Radbruch, Schücking, Kantorowicz を正教授とするような人事が可能であった<sup>8)</sup>。

政治的に議論のよちのある私講師の招聘は、キール大学自体が拒絶していた。たとえば、ラートブルフは、最初、1910年に、ハイデルベルク大学の員外教授、1914年に、ケーニヒスベルク大学の員外教授となったが、1919年に、彼をキー

---

7) Jakobs, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, JZ 1993, 805; Eckert, Was war die Kieler Schule?, (hrsg. v. Säcker) Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 37-70, S. 41-43. これは、キール大学法学部におけるシンポジウムのさいの報告である (Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel)。ナチスによる大学支配の半世紀後の反省と総括である。同報告には Rùthers, Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945, S. 17; Marxen, Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945?, ib., S. 219ff. や、各分野 (憲法、国際法、刑法、労働法など) における検討がある。民法では、Graue, Das Zivilrecht im Nationalsozialismus, S. 103-124.

8) Eckert, a.a.O., S. 37-39. そこで、プロイセンの州政府をSPD (社会民主党) 政権が掌握している間は、彼らも教授たりえた。しかし、1932年4月の選挙で、ナチスが第一党を獲得してから状況は変わったのである。Radbruchについて、BMJ, Wir begreifen das Wirken Radbruchs als Ansporn und Verpflichtung zugleich, 2006.4.2.

ル大学の公法の員外教授職に招聘することは、キール大学の反対で挫折した。1903年に教授資格を獲得してから、すでに16年もたっていた。そこで、同年、彼が、キール大学の刑法の員外教授職についたことは、非常な人的・政治的な軋轢をもたらした(1年後に、正教授。また、1920年からライヒ議会議員、1921年から26年はライヒ司法大臣を兼任)。そして、1926年に、彼がハイデルベルク大学(正教授)に移ったあとの後任人事は、より困難であった。候補者のカントロヴィッツ(Hermann Kantorowicz, 1877.11.18-1940.2.12)は、リベラルで平和主義者と思われており、またヴェルサイユ条約に伴う債務問題(Kriegsschuld)につき積極的に発言していた。こうした招聘に伴う混乱をおそれることに、理由がなかったわけではない。もっとも、1926年には、なお彼の招聘が可能であった。しかし、20年代の末は状況はいちじるしく変化していた。1920年代末には、キール大学の学生団体は、過激なナチスの組織下に組み込まれていたからである。のちのナチス政治家のJoachim Haupt(1900.4.7-1989.5.13)が、自由キール学生団(Freie Kieler Studentenschaft)の議長であり、これは、全国の大学でも、ナチスが学生団の議長となった最初の例であった<sup>9)</sup>。

1933年2月には、自由キール学生団が2日間のストを行い、血統上80%以上のユダヤ系教授に反対とする弾劾文書が法学部に対して発せられた。そして、1933年以降は、教授職は、実質的に政治的に左右されるものとなっていたことから、全面的な人事の刷新が行われた。ユダヤ系教授だけではなく、国際法学者のWalter Schücking(1875.1.6-1935.8.25)や民法学者のWerner Wedemeyerも追放の対象となったのである<sup>10)</sup>。

3. ナチスによる攻撃の前、キール大学の原・教授陣には、上述のカントロヴィッツも属していた。その担当は、刑法講座であり、すでに1926年から、ハイデルベルク大学に移ったラートブルフ(1878.11.21-1949.11.23)の後任となっていたのである。カントロヴィッツは、ユダヤ教から改宗したプロテスタントであったが、ユダヤ系として攻撃をうけ1933年にアメリカに亡命した。また、刑

9) Eckert, aa.O., S. 40-41. このHauptは、のちに、HJの指導者となった。もっとも、彼が、1929年に学位をえたのは、キール大学ではなくライプツヒヒ大学であった。

10) Eckert, aa.O., S. 43.

法講座には、犯罪心理学の父ともいわれるHans von Hentig (1887.6.9-1974.7.6) がいたが、彼もユダヤ人であることから、1934年に休職となり、一時ボン大学に移籍され、その後アメリカに亡命した。また、国際法では、上述のWalther Schückingがいた。彼は、ハーグ国際司法裁判所判事であり、かつてのヴェルサイユ条約代表団の一員でもあった。ナチスは、ヴェルサイユ条約をも敵視していたから、国際主義的な者あるいは平和主義者も弾劾の対象となったのである。さらに、民法では、Otto Opet (1866.4.1-1941.11.17) がいたが、彼もユダヤ人であることから、学生団体の罷免要求を受け、1933年に、67歳で引退させられた。他の教授陣の詳細は不明である（民法には、後述のGerhart HusserlとWerner Wedemeyerがいた。また、詳細は不明であるが、ほかにKarl Rauch, Heinrich Hoeniger, Woldemar Poetzsch-Heffterなど<sup>11)</sup>。

こうした人事の粛清は、まず、キールやケーニヒスベルク、プレスラウのような、国境近くの小規模大学（Grenzlanduniversitäten）から行われた。1932年に、ドイツ国内の法学部におけるユダヤ系および政治的理由から問題あるとされる法学者の総数は、378人であり、まず、その3分の1が亡命をよぎなくされた。しかし、それにとどまらず、しだいに、ベルリン、ゲッチンゲン、ライプツヒのような大規模有力大学でも行われるようになったのである<sup>12)</sup>。

ベルリン大学でも、1930年代の末になると、ラーベル (Ernst Rabel, 1874.1.28-1955.9.27, 1939年アメリカに亡命) ほかの追放が行われた。James Goldschmidt (1874-1940, 1938年にイギリスに亡命、ベルリン大学からの最初の亡命者であり、死亡したのはウルグアイである)、Martin Wolff (1872-1953、1938年にイギリスに亡命)、Fritz Schulz (1879-1957, 1939年にイギリスに亡命)、Arthur Nussbaum (1877-1964, 1934年にアメリカに亡命)、Julius Flechtheim (不明)、Max Rheinstein (1899-1977, 1933年にロックフェラー奨学生としてアメリカに渡る)、Julius Magnus (1867-1944, 1939年にオランダに亡命)、Max

---

11) Ib. キール大学で、最初に休職にされたのは、カントロヴィッツ (1933年4月13日) で、つぎに、Husserl, Rauch, Opet (1933年4月25日) であった。Schückingは罷免され、Opetは、健康上の理由で定年とされ、Wedemeyerも定年を適用された。Husserlは、休職になり、ゲッチンゲン大学に移籍されたのである。Vgl. Eckert, a.a.O., S. 43-44.

12) Eckert, a.a.O., S. 46f.

Alsberg (1877-1933, 1933年にスイスに亡命) などである。彼らの亡命の時期が必ずしも同時でないのは、1933年の公務員法が、ユダヤ系の血統の濃淡による区別をおいていたからでもある<sup>13)</sup>。

ほかに、当時アメリカに亡命した法学者として、以下の者がいる。Rudolf Schlesinger (1909-1996, 1939年にアメリカに亡命)、Albert Ehrenzweig (1906-1974, 1938年に、スイスを経て、アメリカに亡命)、Kessler (1901-1998, 1934年にアメリカに亡命、妻がユダヤ系であった)、Kronstein (1897-1972, 1935年にアメリカに亡命)、Brigitte Bodenheimer (1912-1981, 1933年にアメリカに渡る)、Stefan Riesenfeld (1908-1999, 1935年にアメリカに亡命)、Stephan Kuttner (1907-1996, 1940年にアメリカに亡命)<sup>14)</sup>。

4. 1933年、新しい教授陣がほぼ同時期にキール大学に赴任しあるいは非常勤で講義を依頼された。若手の私講師らであり、彼らを中心とする法学者がキール学派として知られている。Busse, Dahm, Eckhardt, Huber, Larenz, Michaelis, Ritterbusch, Schaffstein, Siebert, Wieackerがあげられる<sup>15)</sup>。その詳細については、ラーレンツとともに、II以下で検討しよう。

## II ラーレンツ (Karl Larenz, 1903.4.23-1993.1.24) と行為基礎論

1. ラーレンツは、高等行政裁判所判事・部長 (Senatpräsident am preußischen Oberverwaltungsgericht in Berlin) であった同名のKarl Larenzとその妻<sup>16)</sup>の息

- 
- 13) ラーベルなどのベルリン大学からの亡命法学者については、拙稿 (前注5)) 26頁参照。  
 14) 五十嵐清「亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」現代比較法学の諸相 (2002年) 141頁。  
 15) Eckert, a.a.O., S. 48 ff.; Frassek, Karl Larenz (1903-1993)- Privatrechtler im Nationalsozialismus und Nachkriegsdeutschland, JuS 1998, S. 297; vgl. Henrich Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933, Eine Privatrechtsgeschichte der neuesten Zeit, 1941, S. 11. なお、我妻・前掲論文④393頁は、契約理論に関して、ラーレンツとジーベルトをキール学派とし、ハックとシュトルをチュービンゲン学派として、両者の間には相当の隔りがあるとす。  
 16) この母の出生名は、Pagenstecherであり、訴訟法・法史学者の Max Pagenstecher (1874.6.30-1957.7.12) との親族関係が推察されるが、詳細は不明である。Vgl. NN. Max Pagenstecher, ReabelsZ 22 (1957), 493.

子として、1903年に、ライン河岸のデュッセルドルフ近郊のWeselで生まれた<sup>17)</sup>。その前年には、ローマ法学者のWolfgang Kunkel (1902.11.20-1981.5.8) が、その翌年には、民法学者のLudwig Raiser (1904.10.27-1980.6.13) や、刑法学者ではWelzel (1904.3.25-1977.5.5) が生まれている。

ラーレンツは、東部のポーゼンで初等学校にいき、ライン河岸のNeuwiedとOsnabrück (プレーメンとデュッセルドルフの中間) のギムナジウムに通った。1915年からは、ベルリン (Berlin-Schmargendorf) のギムナジウム (Heinrich v. Kleist-Realgymnasium) に転じた。1921年の大学入学資格試験・アビトゥーアの後、父親がベルリンで高等行政裁判所の部長裁判官になったことから、1921年-22年の冬学期には、ベルリン大学にいき、法学、国民経済学と歴史を学んだ。その後、マールブルク、ベルリン、ミュンヘン、ゲッチンゲンの各大学へと変わった。1926年に、ハノーバー近くのCelleで、第1次国家試験をうけた。1927年に、「ヘーゲルの責任理論と客観的責任の概念」(Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Diss. Göttingen) のテーマで、ゲッチンゲン大学から博士の学位を取得した。そのさいの主査は、法哲学のビンダー (Julius Binder, 1870.5.12-1939.8.28) で、ほかには訴訟法でOertmann, ローマ法でPringsheimが試験官であった。ヘーゲル研究は、ラーレンツの一生の課題となった<sup>18)</sup>。

1928年-29年の冬学期には、同じくビンダーのもとで、教授資格論文を書き (Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930)、教授資格・ハビリタ

---

17) ラーレンツの人と業績については、多数の紹介がある。Canaris, Karl Larenz zum 70. Geburtstag, JZ 1973, 257; Canaris, Karl Larenz zum 80. Geburtstag, JZ 1983, 402; Canaris, Karl Larenz, JZ 1993, 404; Diederichsen, Karl Larenz, NJW 1993, 902; Diederichsen, Juristen im Porträt, Fests. zum 225 jährigen Bestehen des Verlags C.H. Beck, 1988, S. 495ff.; Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, JZ 1993, 454ff.; Köhler, Karl Larenz, VersR 1993, 420ff.; Lorenz, Karl Larenz, VersR 1993, 420; Mayer-Maly, JurBl 1993, 80; Wagner, DuR 1980, 243.

ナチズムとの関係の観点からは、Jakobs, a.a.O., JZ, 1993, 805 ff.; Frassek, a.a.O., JuS 1998, 296ff.; La Torre, Der Kampf wider das subjektive Recht, Rechtstheorie 1992, 355.

18) Diederichsen, (NJW) S. 902. Jakobs, a.a.O., JZ 1993, S. 805によれば、ラーレンツは、1933年より前には、ヘーゲリアンではあるが、ナチスではなかった。党員になったのは、1937年である。

チオンを取得した。そのさいの教授資格論文には、後述の②④論文が付加されていた。まだ、25歳であった。そのため、司法研修に入ることなく（修習生にならずに、第2次国家試験をうけることもなく）教授資格をえたのである。ビンダーは、当時の司法研修にそう大きな意義を認めていなかったからである<sup>19)</sup>。

ちなみに、師のビンダーは、1870年に、法哲学、ローマ法、民法、民事訴訟法で教授資格をえて、ロシュトック大学で正教授となった。のちに、エルランゲン、ヴェルツブルク、ゲッチンゲンの各大学に招聘された。政治的には、1895年ごろは、保守的なナショナリストであったが、のち第1次大戦後の1919年からは、国粹的ナショナリストになった。1916年から1918年の間は、ヴェルツブルクの自由国民党の議長であり、第1次世界大戦後は、反セム主義の全ドイツ協会（Antisemitischer Alldeutscher Verband）に属していた。ナチスの1933年の政権掌握を歓迎し、それに参加した<sup>20)</sup>。

ビンダーの弟子には、ラーレンツのほかに、Gerhard Dulckeit（1904-1954）、Martin Busse（1909-1945）がいる。彼らは、隔週でビンダーの家に集まり、ヘーゲルの著作を輪読し検討していた<sup>21)</sup>。こうした活動は、後述の①や⑥⑦論文の基礎となっている。

2. 1933年から、ラーレンツは、キール大学で教えた。まず、非常勤で、ついで1935年からは、ユダヤ人で追放された法哲学者のGerhart Husserlの教授職の後継者としてであった。このフッサールは、精神現象学（Phänomenologie）で名高いEdmund Husserl（1859.4.8-1938.4.27）の息子であり、1933年4月に休職となり、ゲッチンゲンとフランクフルト・アム・マイン大学に移籍され、1936年には、アメリカに亡命した<sup>22)</sup>。なお、Husserlは、戦後、1950年に帰国し、1955年に亡くなったラーベルの追悼文を書いている（1956年にフライブルク大

19) Frassek, a.a.O., S. 296 ff.

20) Frassek, a.a.O., S. 297. Vgl. Dreier, a.a.O., S. 455; ders. Julius Binder (1870-1939). Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus, (hrsg.) Loos, Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 435 ff.

21) Frassek, a.a.O., S. 297; Dreier, a.a.O., S. 454.

22) Frassek, a.a.O., S. 297. Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“, 1990, S. 341.

学の名誉教授)<sup>23)</sup>。

ラーレンツは、Franz Wieacker (1908.8.5-1994.2.17)、Georg Dahm (1904.1.10-1963.7.30)、Ernst Rudolf Huber (1903.6.8-1990.10.28)、Friedrich Schaffstein (1905.7.28-2001.11.8)、Wolfgang Siebert (1905.4.11-1959.11.25) などとともに、当時の若手教授のグループに属した。その多くが、1933年7月から年末までにキール大学の教授に就職したことから、彼らは、キール学派として知られている。この学派には、身分上は別の大学の者も含まれるが、おおむねナチスの思想に添う主張をし法革新運動 (Erneuerung des deutschen Rechts) の先鋒となったことから、このように呼ばれるのである。もっとも、ナチスへの傾斜には程度の差があり、Wieackerなどが消極的であったのに比して、ラーレンツは、積極的・重要な理論家となった。第2次大戦中、彼は、ナチスの精神科学の挺身隊のメンバーでもあった<sup>24)</sup>。ラーレンツも共同執筆している「新たな法律学の諸問題」(Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935) は、このDahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein, Siebertによるものである。

とくに、キール学派の影響が強いのは、キールのほか、プレスラウ、ケーニヒスベルクなどの、比較的周辺部の諸大学であった<sup>25)</sup>。キール大学がキール学派の牙城となったことは当然であるが、しかし、終戦時の1945年まで、キール大学にとどまった者は、ラーレンツのほか少数の者だけ (DahmとSchaffstein) であった。ラーレンツは、1941年に、プラハ大学の招聘を断ったのである<sup>26)</sup>。もちろん、学派の退出だけによってキール学派の求めた方向がただちに解消したわけではなく、むしろ全国的に拡大したとみるべきであろう。

キール大学は、戦争中に空爆によって大部分の建物を失ったが、授業は継続さ

---

23) G. Husserl, Ernst Rabel, JZ 1956, S. 385, S. 430. Vgl. Hollerbach, Nachruf, Gerhart Husserl, JZ 1974, 36. フッサール (1973.9.8死亡) は、1924年に、ボン大学で、フルーメの師であるシュルツの発議で教授資格をえて、1926年にキール大学に赴任していた。ただし、ラーベルの弟子でも、シュルツの弟子でもない。Jakobs, a.a.O., S. 805.

24) Frassek, a.a.O., S. 299.

25) Ib.; Döhring, Geschichte der juristischen Fakultät 1665-1965, 1965, S. 206f.

26) Frassek, a.a.O., S. 299. そのさいには、他大学への移動を断るようにとの圧力もあったという。同論文は、ラーレンツとの私信によって、従来知られていなかった種々の事実を明らかにしている。後注45)の部分もそうである。

れた。ラーレンツの私宅も、航空機による攻撃をうけたが、1945年から46年の冬学期には、戦後初めての授業が、キール港にいた船上で行われ、ラーレンツも、この時債務法と法哲学の歴史の講義をし演習も行ったのである<sup>27)</sup>。

しかし、1947年の夏学期からは、講義名簿からラーレンツの名前は消えた。第2次大戦後、1933年から45年の活動のために、キール周辺を占領地域とするイギリス占領軍の要求に基づき、大学における講義を禁じられたのである<sup>28)</sup>。これは、ラーレンツによって、その講座を奪われたフッサールの動きによるものといわれる。フッサールは、アメリカに亡命した後、アメリカ占領軍の「高等法律顧問」(Senior Adviser for Legal Affairs)となり、一時ドイツに滞在した。しかし、キール大学が拒絶したことから、フッサールの復帰はかなわなかった<sup>29)</sup>。

講義の禁止が解除されたのは、1949年12月14日からである(同年、ドイツ連邦共和国が成立)。ラーレンツは、ふたたびキール大学に復帰し、1950年の夏学期から、民法総則と物権法の講義、自然法に関する演習などの授業を行った。1957年には、ミュンスター大学からの招聘を断った。復帰から約10年後、1960年に、ミュンヘン大学に招聘され、そこで定年を迎えた<sup>30)</sup>。

ミュンヘン大学の時期には、かなり影響力のある弟子が輩出した。Claus-Wilhelm Canaris (1937.7.1-)、Uwe Diederichsen (1933.7.18-)、Helmut Köhler (1944.9.12-、ただしハビリタチオンはSteindorff)、Detlef Leenen (1942.8.4-)<sup>31)</sup>、Manfred Wolf (1939.1.5-、ただしハビリタチオンは物権法で名高いBauer) などである。

そのうちの1人カナリスによれば、ラーレンツは、学生や助手にも親切であり、家に呼んで食事を共にしたり、定年後も、自宅で学生に対する哲学的なレクチュ

27) Frassek, a.a.O., S. 300.

28) Jakobs, a.a.O., JZ 1993, 807; Frassek, a.a.O., S. 300.

29) Frassek, a.a.O., S. 300.

30) Frassek, a.a.O., S. 300; Jakobs, a.a.O., JZ 1993, 807.

31) Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971は、ミュンヘン大学のDissertationである。拙稿・危険負担の研究(1995年)221頁参照(以下【研究】と略する)。いわゆる契約的危険分配説である。ちなみに、ラーレンツは、この見解を取り入れて、自分の債権法テキスト(ラーレンツのテキスト10版以降)を修正している。【研究】223頁(2節(3)注15)参照。Vgl. Larenz, Schuldrecht, I, 1976, § 21 I (S. 255). とくにAnm. 1.; 1987, S. 312 Anm. 18.

アーなどをしていた<sup>32)</sup>。ラーレンツは、1993年、ミュンヘンのOlchingの養老院で亡くなった。

70歳の時には、Diederichsen, Canarisによる祝賀論文集 (Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973)、80歳の時には、Canarisによる祝賀論文集 (Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983) が献呈されている。前者には、Wieacker, Beuthien, Jørgensen, Caemmerer, Wilburg, Mayer-Maly, Flume, Canaris, Deutsch, Michaelis, Bydlinski, Bauerほかが執筆しており、1078頁の大著である。後者には、Bydlinski, Canaris, Diederichsen, Jørgensen, Köhler, Mayer-Maly, Medicus, Michaelis, Westermannなどが執筆しており、これも749頁の大著である<sup>33)</sup>。

なお、1933年の人事の刷新による新たなキール学派の教授陣の陣容と戦後の状況は、以下のものであった<sup>34)</sup>。

ラーレンツについては、省略する。Ernst Rudolf Huberは、国法学を担当した。戦後、フーバーが教職に復帰するのは遅れ、1952年に、フライブルクで寄付講座職につき、1957年に、Wilhelmshaven-Rüstersielの社会科学専門大学に移った。1962年に、同大学が、ゲッチングン大学に併合されたことから、その教授となった。

刑法のGeorg Dahmは、戦後、教職を追われ、1955年まで、パキスタンで、ダッカ大学の法学部の創設に参加した。1955年にキール大学にもどったが、担当は国際法講座であった。戦後、刑法では、復活しえなかったのである。同じく刑法のFriedrich Schaffsteinも、戦後は教職を追われ、ようやく1954年にゲッチング

- 
- 32) Canaris, JZ 1993, S. 405. また、Köhler, S. 420も、ラーレンツは、責任感があり、実直で、プロイセン的な長所を兼ね備えていたという。
- 33) 日本からも、北川善太郎教授の論文がみられる(前者には、Kitagawa, Rechtssoziologisches zum Problem- und Systemdenken im japanischen Vertragsrecht, S. 305ff. 後者には、Kitagawa, Standard als Weg zur „besseren Privatautonomie“, S. 329ff.)。
- 34) Eckert, a.a.O., S. 45 ff; Graue, a.a.O., S. 103 ff; Wolfrum, Nationalsozialismus und Völkerrecht, in Säcker (前注7)), S. 89 ff; Mayer-Maly, Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtbarkeit und Nationalsozialismus, in Säcker (前注7)), a.a.O., S. 125 ff.; Wagner, Das Strafrecht im Nationalsozialismus, in Säcker (前注7)), a.a.O., S. 141 ff. なお、とくにEckhardtについては、Nehlsen, Karl August Eckhardt, SZ (Ger), 104 (1987), 497に詳細なクロノロジーがある。

ン大学に招聘された。

法史学のKarl August Eckhardt (1901.3.5-1979.1.27) は、キールで教えたのは1年だけであったが(1935年からベルリン大学。1945年に占領軍により免職となった)、戦後は、教授職につくことなく、Witzenhausenの歴史研究所の所長となり(Historisches Institut des Werralndes)、死ぬまでゲルマン法源の資料集であるMonumenta Germanica Historicaの公刊に携わった。Franz Wieackerについては、後述Ⅲ参照。Karl Michaelisも、民法と法史学の担当であった(詳細は不明であるが、ゲッチンゲン大学教授・名誉教授として、ラーレンツ祝賀論文集に2度とも寄稿している)。

民法と労働法のWolfgang Siebertも、戦後の一時期、国家試験向けの復習教師(Repetitor)となったが、1950年にゲッチンゲン大学に招聘され(53年に教授)、1957年には、ハイデルベルク大学に招聘された。ジーベルトは、現在では、BGBの大コンメンタール(Soergel/Siebert, BGB)で著名である(Hans Theodor Soergel, 1867-1943が1921年に公刊したBGBコンメンタールの改訂版である)。

憲法と国際法のPaul Ritterbusch (1900.3.25-1945.4.26) は、1945年に自殺した。

3. 1933年後、ラーレンツは、ヘーゲルの観念論に結びつけて、ナチスの理念に適合した法思想の確立を目ざした。もっとも、法哲学上の新ヘーゲル学派がナチスとの関係で果たした役割については、今日争いがある。権威主義的国家観には、ヘーゲルに由来するものもある。しかし、ナチスの理論には民族や人種の理論という特徴がみられたことから、彼らと新ヘーゲル学派の間には、なお深い溝があるとするのが、一般的な理解である<sup>35)</sup>。

キール時代やそれ以前の著作には、わがくにでは入手しがたいものもあるが、以下のものがある(一部には戦後の復刻もある)。多作であるが、依頼に応じて書かれたことから、かなり重複や変化もみられる。

- ① Staat und Religion bei Hegel, Rechtsidee und Staatsgedanke - Beiträge

35) Dreier, aa.O., S. 455. なお、同論文は、新ヘーゲル学派とナチスの理論の関係を詳細に検討している。また、Jakobs, aa.O., JZ 1993, 806も、両者の関係は必然的なものではなく、ナチズムがヘーゲル哲学に立脚したとの主張を否定する。

zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte, 1930, S. 243 ff. これは、師であるビンダーの祝賀論文集 (Festgabe für Julius Binder, 1930, in Verbindung mit Ernst Mayer und Max Wundt) の一部である。

② Das Problem der Rechtsgeltung, 1929. (Sonderhefte der Deutschen Philosophischen Gesellschaft 5).

③ Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, 1930.

④ Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1. Aufl. 1931, 2. Aufl., 1935.<sup>36)</sup> 本書には、カール・ラレンツ・現代ドイツ法哲学 (大西芳雄=伊藤満訳) 1942年の翻訳がある。2版は、哲学研究報告の叢書に掲載された初版を、加筆の上単行本に改めたものである。

⑤ Die Wendung zum Methaphysik in der Rechtsphilosophie J. Binders, 1931.

⑥ Hegels Begriff der Philosophie und der Rechtsphilosophie, (hrsg. Binder, Busse, Larenz), Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, 1931.

⑦ Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit, Logos, Bd. 20.

⑧ Geschichte der Staatsphilosophie, (Holstein und Larenz), Handbuch der Philosophie, 1933.

⑨ Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, ib., Handbuch der Philosophie, 1933.

⑩ Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 109), 1934.

⑪ Volksgeist und Recht, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie 1935, S. 40 ff.

⑫ Rechtsperson und subjektives Recht, (Dahm, Huber, Larenz, Michaelis,

---

36) ちなみに、この本には、ラーレンツによる妻への献辞 (Meiner Frau) が付されている (Mein Kampfからの引用に比して、いかにもそぐわない感がある。後注41参照)。カナリスによれば、この妻はラーレンツより先に亡くなった。Canaris, JZ 1993, S. 405.

Schaffstein Siebert), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 ff.

⑬ Vertrag und Unrecht, Bd. 1, 1936; Bd. 2, 1937.

⑭ Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.

⑮ Sitte und Recht, Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, Bd. 5, 1939.

⑯ Zur Logik des konkreten Begriffs, Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 5, 1940.

⑰ Die Deutsche rechts- und Staatesphilosophie seit 1935, Forschungen und Fortschritte, Bd. 16, Nr. 28-30, 1940. 最後のものは、上述④の大西 = 伊藤訳の後半238頁以下にも収録されている。

これらの著作には、国家哲学 (Staatsphilosophie) や民族的法概念 (völkisches Rechtsdenken)、具体的秩序や形成の概念 (konkretes Ordnungs-, Gestaltungsdenken) がしばしば登場するように、当初は法哲学が中心であった。ラーレンツは、キール学派の思想的根拠を提供していたのである。その思想は、1931年に初版が、1935年に再版が出された上述の「現代の法と国家の哲学」(翻訳では「現代ドイツ法哲学」) に提示されているので、これを中心にふれよう<sup>37)</sup>。

すなわち、その基礎となっているのは、カール・シュツミット (Carl Schmitt, 1888-1985) の「具体的秩序」論である。具体的とはつまるところ全体的であり、対象を孤立してとらえるのではなく、全体との関連で把握することをいう。また、もっとも具体的な全体は国家であり、民族とする思想である。さらに、その民族の根本的な本質を精神とし、法は民族精神が (Volksgeist) 自覚的に自己を展開していくものと把握するのである<sup>38)</sup>。

37) Vgl. Canaris, JZ 1993, S. 405f. ラーレンツは、当初おもに法哲学の主張者であり、民法上の主張は、少ない。実定法に具体化したのは、⑫ Rechtsperson und subjektives Recht や⑬ Vertrag und Unrecht によってであり、つまり、1935年以降である。

ナチスの民法改正のためのアカデミー (Akademie für Deutsches Recht) においても、Hueck 一般契約法、Nipperdey 損害賠償、Lehmann 債務法、Nikisch 他人のための活動についての法、Schmidt-Rimpler 動産法、Felgenträger 土地法、Blomeyer 抵当と土地債務、Boehmer 夫婦財産法、Lange 相続法といった分担や、Hedemann, Lehmann, Siebert など主要な者の割当がみられるが、そこにはラーレンツは登場していない。五十嵐清・前述「ナチス民族法典の性格」115頁参照。

法を民族精神の展開とみる考え方は、古くは、歴史法学、とくにサヴィニー (Friedrich Karl von Savigny, 1779.2.12-1861.10.25) にもみられた<sup>39)</sup>。もっとも、歴史法学の民族精神は、これを静的にとらえ、法は民族精神によって内的に生成するものであり、立法者の意思の主体性を積極的にとらえるものではない。しかも、サヴィニー以降、歴史法学派の民族精神は、しだいにたんに心理的な概念に後退した。歴史法学は、法の形成の手段として立法を活用することを否定する。これに対し、ラーレンツのそれは、民族精神の本質は、もっと主体的であり、形成にあるものとされる。たんに客観的な現象にとどまるものではなく、主体の決定を必要とするものとなる。そこで、民族の生活秩序の中で内容が具体化され、形成されていくものとされ、ここに「形成」(Gestaltung) の概念を含む秩序が、真正の具体的秩序となるとされる<sup>40)</sup>。

こうして、ラーレンツは、学問としての法哲学のうち、実証主義、新カント主義、法の現象学、価値哲学、ヘーゲル主義などを検討したのである。そして、「民族的國家思想」の節において、國家を、民族の政治的な形成 (Gestalt) とし、民族が政治的指導によって國家に統一される場合にのみ、國家は、形成的意思として活動しうる民族と合致するものとした。そして、この形成的意思は、指導者が実現するものとした<sup>41)</sup>。

同書では、法哲学が中心となり、その民法思想は、なお具体的ではないが、

---

38) ラレンツ (大西=伊藤訳)・前掲書④7頁、199頁以下。Dreier, S.455. (konkret-allgemeiner Begriff が方法論の中心である)。Dahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein Siebert, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935において、Siebertもまた、Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, (Über die konkrete Gestaltung der Recht), S. 189ff.において、法の具体的形成を述べ、権利の濫用の思想的な基礎としている。

39) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814. いうまでもなく、同年のThibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschlandに対するものである。なお、Jakobs, a.a.O., JZ 1993, 812. もっとも、歴史法学の成立から200年を経て、種々の概念の見直しが行われている。Vgl. Rückert, Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren- Mythos, Legende, Botschaft, JZ 2010, 1.

40) ラレンツ (大西=伊藤訳)・前掲書④ 186頁以下、および299頁以下の大西「後記」参照。同書によれば、カール・シュミットの具体的秩序思想は、なお未完成であり、ラーレンツによって形成のモメントを補完され、完成されているとされる。カール・シュミットは、法の規範主義と決定主義を排し、第3の方法としての具体的秩序を唱えたが、ラーレンツのそれは、より決定主義に引き寄せられた変形ともいえる。

1935年に出た「法的人格と権利」(Rechtsperson und subjektives Recht)の論文において、以下のように述べた。個人としてではなく(nicht als Individuum)、たんに人間として(als Mensch)、人は、権利と義務、法律関係を形成する可能性を有している。しかし、それは民族共同体の一員として(als Glied der Volksgemeinschaft)であり、民族共同体の一員としてのみ、人は、名誉をもち、法的な仲間(Rechtsgenosse)としての尊重を享受するのである、と<sup>42)</sup>。

ここでも、中心概念は、民族にある。ラーレンツは、すべての人(jedes Menschen)の権利能力は、出生に始まるとの民法1条の規定に対して、民族的な仲間(Volksgenosse)であるものだけが、法的な仲間であり、民族的な仲間とは、ドイツ人の血統の者をいうとし、またドイツ人の血統にある者が、民族的な仲間である。民族共同体の外の者は、法的には、正当に存在しないとす。こうして、ラーレンツは、血統主義とナチスの人種理論を肯定したのである<sup>43)</sup>。

1935年以降は、Karl August Eckhardtの提案による新しい法律の勉学体系(neue juristische Studienordnung)が提案され、それに対する種々の民法体系も提出された。カール・シュミットの具体的秩序概念に従うと、民法の勉学の体系も、たんに従来の法典の総則、債権法、物権法のような抽象的体系ではなく、商品と金銭、家族と相続人、契約と不法行為、土地のように具体化されるのである。そこで、「法」という言葉は排除されている。また、民法のリベラルな指導原理は排除され、「民族的な生活秩序」が取って変わったのである<sup>44)</sup>。なお、その具体的な例の1つは、後述のWieackerの体系にもみることができる(Ⅲ参照)。

「契約と不法」(Vertrag und Unrecht, 1936/37)は、ラーレンツの、新たな勉学体系による債権法の再構成である。文字通りの、契約(債権総論のみ)と不法

41) 同186頁以下、199頁。そこには、ヒトラーの著作(Mein Kampf)からも引用がされている。また、国家思想の根源は、カール・シュミットであるが、ほかに、Hans Freyerやビンダーも援用されている。

42) Larenz, aa.O. ⑫ (Rechtsperson und subjektives Recht), S. 225 ff., S. 241 f. Vgl. Jakobs, aa.O., JZ 1993, 813 ff.

43) Larenz, aa.O., S. 241 ff. Vgl. Jakobs, aa.O., JZ 1993, 814 f.

44) Frassek, aa.O., S. 298. Nehlsen, aa.O. (SZ Germ) 104, 497. Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, SZ (Germ) 111 (1994), S. 564 ff., S. 590. (以下、Frassek, ②で引用する)。

行為のほかに、不当利得と事務管理も対象となっている。もっとも、その内容はそれほど詳細ではない。

それを具体化するはずの同書の第2版は、1944年に出版される予定であった。しかし、出版社のあったライプツヒへの空爆のために、全体が揃うに至らずに焼失したことから、製本されない試し刷りがラーレンツのもとに届いただけであった。しかし、ここには、ラーレンツの戦後の債務法テキストとの中間的性質がすでに現れているといわれる<sup>45)</sup>。

4. 各論については、行為基礎論、債務法テキスト、法学方法論にのみふれる。

第2次大戦後、民法一般と法学方法論が、ラーレンツの研究の中心となった。

最初の著作は、行為基礎論 (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 1951) であった。講義ができなかった期間の成果である。第1次大戦とワイマール期の1914年から1923年には、いちじるしいインフレにさいして、行為基礎の喪失の理論が展開された。伝統的な金銭の名目主義 (Mark-gleich-Mark-Grundsatz, Nennwertgrundsatz, Nominalismus) に対するものであり、インフレの時期に、経済的不能と契約の期待可能性 (Zumutbarkeit) の概念によって、契約の改定と解除を正当化したのである。しかし、伝統的なエルトマンの行為基礎論が、基本的に単一の期待可能性の概念のみに基づくのに対し、ラーレンツは、類型的な構成を採用した。詳細に立ち入る余裕はないが、主観的行為基礎と客観的行為基礎とが大別され、後者には、等価性の破壊と目的の不到達の場合があると<sup>46)</sup>。

ついで、民法総則と債務法のテキスト (Allgemeiner Teil des BGB, 1. Aufl., 1967; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1953;

---

45) Frassek, a.a.O., S. 298. これと同名の著作が、Heinrich Stollにもある。1936年初版、1937年再版 (変更なし) である。また、未見であるが、Felgentraegerにも同名の著作があり、後者は、1945年までに2版を重ね、戦後も売られており、売れ行きもよかったようである。Vgl. Frassek, a.a.O., S. 299; Frassek, ②, S. 565ff.

具体的な生活関係によって法を再編しようとする自体は、法へのアクセスを容易にしようとする点から、否定されるべきものではない。英米法の売買法や所有権法の体系も、ある意味ではそのようなものである。パンデクテン体系への批判には、多少とも同様の観点がみられる。日本でも、たとえば、鈴木禄弥教授の共同執筆にかかる民法新教科書シリーズがある。これは、「人事法」(1975年-1980年、鈴木禄弥・唄孝一)、「金融法」(1908年、鈴木禄弥・清水誠)、「動産売買法」(1976年、鈴木禄弥・高木多喜男)、「不動産法」(1973年、鈴木禄弥・篠塚昭次)の分類であった。

Besonder Teil, 1. Aufl., 1956) によって、彼は、きわめて大きな影響を与えた。

Beck社から出版された彼の民法のテキストは、平易に学説を網羅した使いやすいいものとして、一時代を画した(総則は、1967年に、1万部が出たという。これはドイツの専門書としては破格の数字である<sup>47)</sup>)。Enneccerusのテキストの改定版が古くなってのちには(Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1958)<sup>48)</sup>、詳細かつスタンダードなテキストとして学生の人気を集めた。1960年代の後半から1970年代には、コンメンタールを除けば、Josef Esser (1910.3.12-1999.7.21) のテキスト(Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Aufl., 1949) と並んで、もっとも詳細なものであった。しかも、Esserのそれは名著ではあったが、難解であったから、学生向けのKurzlehrbuchよりも詳細なものとしては、平易なラーレンツのテキストが好まれた。ラーレンツは、テキストの改訂をもまめに行ったから、情報の斬新さからも歓迎されたのである。

これらのテキストは、1980年代からは、弟子のClaus-Wilhelm Canaris (1937.7.1-) らの手によって改定されている(Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2004 (Manfred Wolf); Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 15. Aufl., 2010 (Canaris, Grigoleit); Bd. II/1, 13. Aufl., 1986; Bd. II/2, 13. Aufl., 1994 (Canaris))<sup>49)</sup>。

さらに、ラーレンツの法学方法論のテキスト(Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960) も、重要な地位を占めた。これは、スペイン語、ポルトガル語、イタリア語に訳されている<sup>50)</sup>。ここでは、目的論的な縮減(すなわち、制限解釈 einschränkende Auslegung の場合) や包摂の概念が特徴である。同書に

46) Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 1951. なお、本書には、K. ラーレンツ(神田博司・吉田豊訳)・行為基礎と契約の履行(1969年)による翻訳がある。

ヘーゲリアンであったラーレンツが、この著作において、突如としてイギリス法を研究し、目的不到達を客観的行為基礎の1類型としたことには、戦後のイギリス占領の影響がみられないともいえない。

47) Diederichsen, S. 903. ただし、「行為基礎」は、戦後の1951年のモノグラフィーであったことから、原稿料なしで500部の出版であった。

48) わがくにでも、我妻栄・債権総論(1964年)は、ラーレンツの1958年版とともに、エンネクツェルスの1954年版を引用している。

49) カナリスは、ラーレンツの債権法テキストがドイツの法律学のもっとも重要なテキストになったとする。Canaris, aa.O. (JZ 1993), S. 405.

50) Köhler, (前注17) S. 421f. なお、「法学方法論」は、本文の米山訳により「翻訳」として引用する。たとえば、包摂概念について、翻訳423頁である。

は、いわゆる歴史批判的な部分 (historisch-kritischer Teil) もあるが、ナチス時代の法学の地位、自分との対立の視点は欠けているといわれる<sup>51)</sup>。日本語にも翻訳されているので、詳細に立ち入る必要はないであろう (K・ラーレンツ・法学方法論 (米山隆訳・原著第6版・1991年刊の全訳) 1998年)。

ほかに、「法律学の学問としての有用性」(Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966) がある。これは、ベルリン法曹協会 (Berliner Juristische Gesellschaft) での講演である。法律学を学問として有価値なものとし、その名のとおり、同じ場所で行われたキルヒマン (Julius Hermann von Kirchmann, 1802.11.5-1884.10.20) の無価値論の講演に対抗するものである<sup>52)</sup>。また、Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, 1966は、1930年版の写真複写版である。

### Ⅲ ヴィアッカー (Franz Wieacker, 1908.8.5-1994.2.17) と近世私法史

1. ヴィアッカーは、彼と同名の裁判官 (Gerichtspräsident in Stade) の息子として、1908年に、バルト海沿岸、ポンメルンのStargardで生まれた<sup>53)</sup>。生誕から、およそ100年となる。1908年に生まれた著名な民法学者には、ほかに、前述の von Caemmerer (1908.1.17-1985.6.23)、Flume (1908.9.12-2009.1.28)

---

51) Larenz, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, 1979の論文において、ラーレンツは、自分の法哲学的な世界観を述べ、私的自治の上に基礎づけられた法秩序を信じるものとしている (なお、本著は、1985年に、Derecho justoとして、スペイン語にも翻訳されている)。ただし、私的自治との関係では、後述IV 2. のような問題がある。Jakobs, a.a.O., JZ 1993, 813ff. は、ラーレンツの反省につき批判的である。

52) Köhler, S. 421. キルヒマンが、1847年に、同じベルリンの法曹協会 (die juristische Gesellschaft zu Berlin) において行った講演は、「法律学の学問としての無価値性」(Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft) であった。ラーレンツのそれは、これに対応するものであった。なお、キルヒマンについては、拙稿・民事法情報284号27頁参照。

53) Wieackerについては、Behrends, Franz Wieacker 5.8.1908-17.2.1994, SZ (Rom) 112 (1995), S. XIIIff. にきわめて詳細な記載がある。

また、In Memoriam Franz Wieacker, 1995の中の諸論考、とくに、J.G. Wolf, Die Gedenkredeにも、詳細な言及がある。

がいます。

父親の家系は、ライン右岸のBeeck（Duisburgの北）で17世紀まで廻りうる農民の出であった。ヴィアッカーは、幼年期をWeilburg an der Lahn、ハノーバー近郊のCelle、ハンブルク西方のStade（現在ではほぼハンブルクの郊外である）などですごし、そのギムナジウムに通った。1826年に、Celleで大学入学資格試験（Reifeprüfung）を経て、チュービンゲン大学、ミュンヘン大学、ゲッチンゲン大学で学んだ。チュービンゲン大学では、1827年に設立された学生団体（Corps Rhenania Tübingen）のメンバーであった。彼は、1929年にCelleで司法修習を終えてから（試験は、優等＝mit Auszeichnungの成績であった）、フライブルク大学で研究生活に入った。そこでの師は、Fritz Robert Pringsheim（1882.10.7-1967.4.24）であった。その出会いは、ゲッチンゲン大学であったが、師とともにフライブルク大学に移動したのである。PringsheimとOtto Lenel（1849.12.13-1935.2.7）から、古典的法律学を尊重する自由法的方法を学んだ。1930年に、売買法の失権条項（Verfalls Klausel. タイトルは、Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht）に関するテーマで学位をえた。3年間をフライブルク大学で助手としてすごし、この間、パレルモで研究滞在をした。1933年に、Pringsheimのもとで、教授資格論文を書き（Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft）、教授資格をえた<sup>54)</sup>。

ヴィアッカーが教授資格論文を完成させた時期の1933年に、ナチスが政権を掌握した。ハピリタチオンの前1931-32年の冬学期、ケーニヒスベルク大学から、Pringsheimに対し、ヴィアッカーの招聘の話があったが、これをうけなかったことから、ヴィアッカーは、フライブルクの私講師となり（1933年から36年）、その間、フランクフルト大学（1933/34年冬、1934/35年冬学期）とキール大学（1935年夏、1935/36年冬学期）で、客員私講師となった（つまりフライブルク大学は1933年夏と1934年夏学期のみ）。この時期の行動がのちに問題となった。キール大学は、当時、ナチスの模範学部（nationalsozialistische Musterfakultät）であり、それに忠実かつ優秀な講師を集めていた。このキール学派に属したので

54) Behrends, a.a.O., S. XV-XIX. Lex commissoria, Mortuus redhibeturについては、拙稿「清算関係における危険負担」給付障害と危険の法理（1996年）87頁、92頁参照。

ある。彼は、1937年から、ナチス法律家かつ政治家のフランク (Hans Michael Frank, 1900.5.23-1946.10.16) の創設したドイツ法アカデミーのメンバーであり、またラーレンツと同様に、精神科学の挺身隊にも属した<sup>55)</sup>。この時期の著作としては、Zum System des deutschen Vermögensrecht, 1941が著名である (ほかにも、有力な学者の著作としては、Heinrich Stoll (1891.8.4-1937), Vertrag und Unrecht, 1943; Karl Larenz, Vertrag und Unrecht, 1936などがある)。

同時代の法学者でも、フルーメヤケメラー、ライザーなどは、戦時中は、教授職への就職を断念し、民間会社の法律部門に就職している。ヴィアッカーも、ナチス的でない大学に職をえて、基本的にそれへの関与は消極的なものであった。すなわち、彼は、1936年には、ライプチヒ大学で非常勤で教え、1937年には、その員外教授となり、1939年には、正教授となったのである<sup>56)</sup>。ライプチヒ大学は、伝統的・保守的な大学であり、つまり当時のナチス的な雰囲気のない大学であった。キール大学、プラハ大学、シュトラスブルク大学、ベルリン大学への招聘も断り、ナチ党にも入らなかった<sup>57)</sup>。この点は、ラーレンツが、戦争中の積極的な活動から戦後しばらく講義を禁じられ、連邦共和国 (西ドイツ) が成立した1949年にふたたびキール大学に復帰し、1960年にミュンヘン大学に招聘されるまで、キール大学にとどまったのとは異なる。また、ヴィアッカーは、1939年に、オックスフォードに亡命した師のPringsheimともつねにコンタクトをとっており、師は、すべての彼の業績を読み、とくに所有権法に関する論文とこの時期の法政策との関係をも評価していたといわれる<sup>58)</sup>。キールでの活動の点については、正教授になるまでの地位がきわめて不安定なドイツの高等教育の欠陥が露呈しているともいえる (後述IV 3. 参照)。

戦前の著作である「ドイツ財産法のシステム」(Zum System des deutschen

---

55) Ib., S. XVII, S. XXXII.

56) Ib., S. XVII.

57) Ib., XXXIV. ただし、大衆組織の1つである自動車運転者連盟 (NSKK, NS-Kraftfahrerkorps) には加入した (のちに、HJに統合)。これは、フライブルク大学の法学部長 (Erik Wolf) の勧めによるものであった。

58) Ib., S. XXVI. そこで、キールで講義をしたことによって、人種主義やナチス的な特徴は、何らヴィアッカーの所有権法の論文に影響を与えなかったのである。

Vermögensrechts, Erwägungen und Vorschläge, 1941, S. 357ff.) は、ヴィアッカーの財産法の構造論を知るうえで有益な素材である。1900年のドイツ民法典の体系を新たな体系に改めようとする意欲的なものであり、当時の法革新運動の一例である。もっとも、完全なものではなく、あくまでもスケジュールにすぎないが、その特徴が現れている。その目次を引用しよう<sup>59)</sup>。

## 序

### I 法適用の原則、II 権利行使の原則、III 法的行為の原則

## 第1部 人と財産

### 第1編 民族的な仲間 (Volksgenosse)

#### 第2編 財産秩序

##### 第1章 財産

##### 第2章 個別の財産

第1節 不動産、第2節 船舶、第3節 動産、第4節 金銭と他の支払手段、第5節 財産権、第6節 他の対象財産

#### 第3編 契約秩序

第1節 契約、第2節 給付の交換、第3節 金銭と信用取引

#### 第4編 損害賠償

## 第2部 家族と家族財産

### 第5編 親族 (Sippe) と家族

### 第6編 家族財産と相続人

## 第3部 団体

第7編 I 合有 (Gesamthand)、II Gesellschaften、III 権利能力なき団体 (Vereinigungen ohne Rechtsfähigkeit)、IV 権利能力ある団体 (Rechtsfähige Vereine und Verbände)、V 付：財団

59) Vgl. Wieacker, Zivilistische Schriften (1934-1942), 2000, S. 424. ちなみに、弟子の Wollschläger は、詳細に不能理論の生成を研究した (Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, 1970)。ヴィアッカーの不能と目的不到達に関する戦後の理論にも影響を与えている。【研究】35頁注11。

ただし、人に関する「第1部第1編 民族的な仲間」には、細目次が欠けており (S. 425ff.)、ラーレンツのような、人に関する具体的な思想は明らかではない。また、細目次によっても、おおむね物権法に相当する「第2編 財産秩序」が詳細であるのに比して (S. 425-427)、債権法に相当する「第3編 契約秩序」の部分は、民法典の目次を入れ換えたか、多少詳細にしたにすぎないとの感がある (S. 427-430)。物権の第2編が債権の第3編よりも先行していること、また前者のほうが分量的にも多いことなどから、ヴィアッカーが、物権の体系化に力を注いだことも推察されるのである。物権法が債権法に先立つ、いわゆるザクセン式の体系も、彼の興味が前者にあったことを推察させる。Wieacker, *Zivilistische Schriften* (1934-1942), 2000に所収の論文も、多くは所有権や家族に関する論文である。この時期の彼の関心は、圧倒的に所有権や家族にあったのである<sup>60)</sup>。

ヴィアッカーは、大戦中に召集をうけ、捕虜としてイタリアで収容所に入れられた (ルビコン近くの捕虜収容所)。収容所に設けられた大学 (Lageruniversität) の長もした。除隊後もライプツヒには帰らなかった (ライプツヒは当初アメリカ占領地であったが、占領地の調整 = ザクセンと西ベルリンとの交換によって、戦後東ドイツとなった)。こうして、かつての勉学地に戻り、戦後の1945年に、ゲッチンゲン大学で非常勤の授業をし、1948年に、フライブルク大学のローマ法、民法、近世私法史の教授となった。キールでの活動が消極的であったことから、講義の制限などはうけなかった。さらに1953年には、ゲッチンゲン大学に移り、そこで研究生活を全うし (ハイデルベルク大学やフライブルク大学の Pringsheim の後継の招聘などを断った)、1973年に名誉教授となった。約20年後、1994年2月17日に、ゲッチンゲンで亡くなった<sup>61)</sup>。

ヴィアッカーは、フライブルク大学、グラスゴー大学、ウプサラ大学などから名誉博士号をうけている。1969年に、学術と芸術の功労賞 (Orden Pour le mérite) をうけた。また、彼は、ドイツの功労十字章 (Großes Verdienstkreuz) とゲッチンゲンのあるニーダーザクセン州の功労十字章 (Großes Verdienstkreuz) をうけている。さらに、イタリアの勲章 (Premio Feltrinelli) をうけた。2008年、

60) Behrends, S. XXVII-XXXII.

61) *Ib.*, S. XXXIX-XLI.

ゲッチンゲン市は、彼を名誉市民とし、生誕100年の日に、ゲッチンゲンのミハエルハウスに記念板（Gedenktafel）を付与し讃えた。ここは、生前のヴィアッカーのローマ法と普通法研究所の場所である。ゲッチンゲン大学の公法インスティテュート長のChristine Langenfeld（1962-）により除幕された。ヴィアッカーは、アカデミックな市民（Akademischer Bürger）として、戦後も、古いタイプの学者であった<sup>62）</sup>。ゲッチンゲン大学の法史研究所のローマ法と普通法の部門は、現在、ヴィアッカーの名前を冠している。

2. (1) ヴィアッカーの著書は、Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 2. Auflage, 1967, 659 S.であり、同書は、わがくにでは、鈴木禄弥教授によって、その初版が「近世私法史」（1961年）として翻訳されている。全748頁に、さらに同教授によって122頁の索引・資料が付加された大著となっている。

19世紀におけるロマニストとゲルマニストの対立から、伝統的に、ドイツの公法史は、ローマ法史（Römische Rechtsgeschichte）とドイツ法史（Deutsche Rechtsgeschichte）とに分かれており、また、私法史も、ローマ私法とドイツ私法とに分かれる（Römisches Privatrecht, Deutsches Privatrecht）。つまり、ローマ法とゲルマン法の分裂を前提とするのである。また、その対象も、両者が独立していた中世までであった。しかし、ローマ法継受後の近代以降については、公法史も私法史も、ドイツとローマの混合の産物として理解されなければならない。前者のためには、近世国法史（Verfassungsgeschichte der Neuzeit）、後者のためには、近世私法史（Privatrechtsgeschichte der Neuzeit）たることが必要となる。

こうした新たな体系の構築は、もともとナチス期の「上から」の政治的要求に基づくものであったが、戦後も衰えることなく、むしろ法史学のもっとも重要な分野となった。鈴木教授によれば、その理由は、書かれた理性としての諸法典の凋落とともに、その歴史的淵源を探る必要が生じたこと、およびヨーロッパ連帯の発展、法においてはローマとゲルマン的要素の混合が強く意識されるように

62) Ib., S. XLI, S. LIX, LX. 功労章の授与、ハイデルベルク、ゲッチンゲン、ライプツヒヒなどの各アカデミーからの招聘がこれを示している。

なったことにある。ヴィアッカーの著書は、この要求に答えた最大のテキストとなった(ただし、思想史が中心で、制度史は弱いとされる)。ローマ法によるヨーロッパ法の共通性は、キリスト教やギリシア・ローマ文化の影響などととも古典的なものであるが、これに対する一般的なゲルマン的要素の強調は、ナチス期の産物である。こうした契機には好ましくないものがあつたが、その方向性は、結局、ヨーロッパの衰退と統一的把握という戦後の動向に先がけるものとなつたのである<sup>63)</sup>。

なお、ヴィアッカーには、大著ローマ法史(Römische Rechtsgeschichte, 2 Bde., im Handbuch der Altertumswissenschaft, München 1988 ~ 2006)も存在し、これはロマニストとしての高い水準を示すものとなっている。ロマニスト関係の論文は多数ある(ややまとめたものとして、Vom Römischen Recht, 1961, いちいち立ち入りえない)。

ヴィアッカーの戦前の論文は、その死後に、弟子によってまとめられている。Wölschläger (hrsg.), Wieacker, Zivilistische Schriften (1934-1942), 2000であり、著名なZum System des deutschen Vermögensrechts, Erwägungen und Vorschläge, 1941も、収録されている(S. 357ff.)。

(2) ドイツ民法の諸制度にも、戦前と戦時中に、好ましくない契機により改変されたものがあつたが、戦後の方向性を基礎づけられたところは多々存在する。いちいち立ち入ることはできないが、たとえば、遺言の方式に関する分野がある<sup>64)</sup>。つまり、ナチスの民法理論そのものは戦後否定されたが、1930年代の理論がすべて否定されたわけでも、それ以前のパンデクテン法学に戻つたわけでもない。その一例としては、遺言の方式に関する分野がある。

63) 鈴木祿弥・近世私法史(1961年)の解説、とくに720頁以下(「訳者あとがき」参照)。また、同書には、ヴィアッカーの人となりについても詳しい。なお、Behrends, aa.O., S. XLI-XLV。

64) 拙稿「公正証書遺言と方式」公証139号3頁、20頁以下参照(専門家の責任と権能(2000年)221頁以下にも所収)。1938年法の制定は、その立法趣旨によれば、1938年3月に併合されたオーストリアにナチスの世襲農場法(Reichserbhofgesetz vom 29. Sep. 1933; RGBl. I. S. 685, 世襲農場の不可分・単一相続と遺言の制限。第2次大戦後廃止)を導入する環境を整備することにあつた。この全ドイツ地域に統一的な遺言法を規定することが必要とされたからである。Vgl. Amtliche Erlasse und Verordnungen, aa.O., DJ 1938, 1254, 1255ff. また、内容的には、遺言法の形式主義が問題とされている。

ドイツ民法の2232条～2264条は、1938年に削除され、同年の「遺言作成と相続契約に関する法律」によって代替された（Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli. 1938, RGBl. I, 973）。草案は、ドイツとオーストリアの遺言法の統一を目的としたが、方式に関する規定にはそれほどの相違がないとして、とくに遺言の形式主義の厳格さを緩和すること、無効となる場合を可能なかぎり制限し遺言の効力を救うことに重点がおかれた。

1938年の法律は戦後に廃止され、1953年3月5日の法律（ナチス時代の民法上の修正を包括的に廃止した）は、1900年法を修正・復活させた（Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, 1953, BGBl. I, S. 33.）。

しかし、1900年の民法の単純な復活というわけではなく、旧法＝1938年法をも考慮した相当の変更が加えられた。たとえば、2243条などは、字句の修正のみであるが、2238条は、2項だったものが4項に増加している（1938年法11条の承継）。少なくとも方式に関する技術的な規定については、1938年法にも、思想的な影響をうけないものが多かったからである。世襲農場法や血統保護法のような差別立法が廃止されたことはいうまでもない。

(3) ヴィアッカーには、民法関係の論文もある。所有権法に関するものが多いが、不能と行為基礎の喪失の関係に関する *Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht*, Fest. f. Nipperdey zum 70. G., II. 1965, S. 783ff. が一例である。本稿では、詳細には立ち入りえないが、ラーレンツやケーラーなどこの分野の専門家に引けをとらない高い水準の論文となっている<sup>65)</sup>。

ヴィアッカーの生前の記念論文集、記念シンポジウムには、以下のものがある。

第1は、60歳のときのもので、226頁の小ぶりのものであった。

*Symptica Franz Wieacker: Sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata: Ergebnisse des von den Schülern Franz Wieackers zur Feier seines 60. Geburtstages im August 1968 mit ihm in Sasbachwalden gehaltenen Symposions*, (hrsg. v. Detlef Liebs), *Symposion Franz Wieacker*, 1970.

第2は、70歳のときのもので、506頁の大作である。

*Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (hrsg. von O. Behrends,

M. Dießelhorst, H. Lange, D. Liebs, J. Wolf, C. Wollschläger), 1978, 506 S.

第3は、75歳のときのもので、364頁である。

Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, (hrsg. von Okko Behrends et al.), 1985.

第4は、80歳のときのもので、282頁のものである。

Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Gebrutstag von Franz Wieacker, (hrsg. von Okko Behrends, Malte Dießelhorst und Ralf Dreier), 1990.

死後の記念論集としては、42頁の小冊子であるが、次がある。

In memoriam Franz Wieacker. Akademische Gedenkfeier in Göttingen mit Grußworten von Hans-Ludwig Schreiber und U. Mölk, Gedenkworten von R. von Weizsäcker und G. Pugliese sowie der Gedenkrede von J. G. Wolff, 1995.

## IV むすび

1. ラーレンツとヴィアッカーの経歴は、驚くほど似ている。両者とも、裁判官の父親をもち、早くからその才能を囑望されていた。ただし、ナチズムへの傾斜や関与にはかなりの差がみられた。その差は、おもに師であるビンダーとプリ

---

65) 【研究】212頁以下参照。ちなみに、筆者は、かつて給付障害と反対給付論との関係で目的不到達論を検討したさいに、ラーレンツ(行為基礎論、【研究】204頁)、ケーラー(前注31)、【研究】221頁)、ヴィアッカー(不能の拡大論、【研究】212頁)などの理論(ほかに、Beuthienの有責的不能の拡大論、【研究】216頁があった)を検討したが、そのおりには、ラーレンツやヴィアッカーの思想的基礎にまでは立ち入りえなかった。ヴィントシャイト(Bernhard Joseph Hubert Windscheid, 1817.6.26-1892.10.26)の事情変更への態度が、前提論にみられるように(Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850)、基本的に意思の理論の変形(制限)であるのに比すると、意思論を逸脱するところに目的不到達論の特徴がある。もっとも、そのモデルは、不能論であるから(意思自治論者のFlumeと同様である)、必ずしも団体論的というわけではない。エルトマンの「行為基礎論」(Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff, 1921)も、基本的には主観的な構成といえる。

また、事實的契約関係や社会的類型論、団体法でも事實的団体(faktische Gesellschaft)など、狭義の意思のみによらない考え方の基礎には、ある意味での共同体的・関係的理論が基礎にあるとみるべきであろう(IV参照)。

さらに、給付利得構成(駐車場契約の無効のケースなど)は、ウィルブルクやケメラーなどのラーベル学派的、事實的契約関係論に対する回答の1つといえる。

ングスハイムとの相違に基づくものであろう。前者は、第1次大戦後の状況に応じてナチズムに賛同したのに反し、後者は、迫害される側であり亡命法学者となった。そこで、ラーレンツの場合には、ナチズムへの傾斜はある程度は必然的でもあったが、ヴィアッカーの場合には、別の選択肢もあった。たとえば、フルーメやケメラーのとった方法である。ヴィアッカー自身にも、かなり逡巡したあとがある。

戦後、両者はともに、それぞれの分野において大家となった。両者に対する大きな祝賀論文集がこれを示している。ただし、両者に対するクロノロジーが必ず指摘しているように、キール学派としての経歴は、死後もつきまとったのである。思索の一貫性への要求は強い。わがくにでは、戦後の変節だけでなく、近時でも、新自由主義と経済危機後の一転した（外形的？）弱者保護の主張がみられる。

2. 「近世私法史」概念が、伝統的なローマ私法とゲルマン私法の対立を止揚し確立されたことは、前出のとおりである（Ⅲ2）。これによって、19世紀的なロマニステンとゲルマニステンの対立は、完全に過去のものとなった。戦後、ヴィアッカーの「近世私法史」は、この分野の指導的テキストとなった。また、ラーレンツの民法総則、債権法は、もっとも人気のあるテキストとなった。もちろん、戦前の民法1条の解釈に対するような個別の理論へのナチズムの影響は消えた。そして、2002年の債務法現代化まで、民法典の体系はくずされることはなかったから、1940年前後にみられた新体系のよちがないことは当然である。

戦後、ラーレンツは、戦前の具体的・形成の理論から決別し、類型概念（Typusbegriff）と哲学的解釈論（Hermeneutik）を採用した<sup>66)</sup>。もちろん、ヘーゲルは、カントと並んで、ドイツ法哲学の巨人であることから、完全にヘーゲルと決別したわけではない（たとえば、Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, 1979である。前注51)参照）<sup>67)</sup>。1945年以降のラーレンツの業績の中心は、法学方法論と並んで、法解釈学となった。個別の解釈論においても（そもそも戦前の

66) Dreier, aa.O., S. 457.

67) ラーレンツの戦後の「法学方法論」にも、ヘーゲル哲学にふれているところがある（翻訳711頁以下、「抽象的概念と具体的概念の区別」）。しかし、第1編「歴史的一批判篇」は、サヴィニー以来の方法論の検討であり、ヘーゲルに対する言及を慎重に避けているふしがある。

理論は一般論が中心であったから)、戦前の痕跡をひきずる部分は少ない。

いちいち立ち入ることはできないが、その1つには、事実的契約関係 (faktische Vertragsverhältnisse) や社会類型的な行為に基づく契約関係 (Vertragsverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten) の概念がある。前者は、ハウプト (Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943, Fest. der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber am. 10. Apr. 1940) に基づく理論であり<sup>68)</sup>、ラーレンツは、必ずしも創造者ではなかったが、それを発展させたのである<sup>69)</sup>。周知のとおり、この事実的契約関係の理論は、戦後、判例にも採用され (BGH 21, 319)、ジーベルト、ヴィアッカー、エッサー、ニキッシュ、ジミテスなどによって支持された<sup>70)</sup>。

しかし、私的自治への制限を意味するとして、とりわけ自己決定と自己責任の泰斗フルーメが強く反対し<sup>71)</sup>、フルーメは、ラーレンツの行為基礎論をも否定した<sup>72)</sup>。事実的契約関係論については、レーマン (Heinrich Lehmann, 1876.7.20-

---

68) G・ハウプトの経歴は不詳であるが、彼は、1930年に「空間論—国際法研究」(Der Luftraum : eine staats- und völkerrechtliche Studie) によって、ケーニヒスベルク大学で学位を取得した。この論文は、1931年に、ケーニヒスベルク大学の法学叢書の1号として出版された。また、「ドイツの銀行の普通取引約款」(Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken) も、1935年の、ケーニヒスベルク大学の Dissertation であり、1937年に、ライプツヒ大学の法学叢書から出版されている (105号)。著名な「事実的契約関係」(Günter Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber am 10. Apr. 1940, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, H. 124) は、1943年に、同じくライプツヒ大学の法学叢書から出版されている (124号)。同大学の就任講演である。

商業的な出版では、1939年の会社法 (Gesellschaftsrecht) があり、これは、1942年に2版と3版、1952年に4版 (Rudolf Reinhardtの編集協力) が出版されている。

69) Frassek, a.a.O., S. 300. Vgl. Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 f.; ders., Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund, DRiZ 1958, 245 f.

こうした団体論的・関係論的な思考方法は、ある意味では、日本人にもとつきやすいが、反面では、必要以上に伝統的議論を否定する危険性をもはらんでいることに注意する必要がある。

70) その概念の賛同者の多くがナチス私法学者であった点が特色である。森孝三「事実的契約関係」現代契約法大系1 (1983年) 216頁、五十嵐清「ファシズムと法学者」比較民法学の諸問題 (1976年) 8頁。日本では、神田博司「公益事業における法律関係の一考察—いわゆる事実的契約関係」上法1巻1号289頁、「公益事業における法律関係の一考察」私法19号109頁。Vgl. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Pzisierung des § 242 BGB, 1956.

1963.11.7)、ニッパーダイ (Hans Carl Nipperdey, 1895.1.21-1968.11.21)、ヴォルフ (Manfred Wolf, 1939.1.5-) などの有力学者も反対した<sup>73)</sup>。現在においても、なお賛否の分かれる分野である。

ただし、2002年の債務法現代化法では、現代化法311条は、法律行為だけではなく、法律行為類似の事実からも債務関係が発生するものとし、241条2項の義務を伴う債務関係（相手方の権利、法益および利益に対する配慮の義務）は、次の信頼や社会的な接触によっても、生じるものとした（同条2項）。広義の意思論の後退といえなくもない。

1 契約交渉の開始 (Aufnahme von Vertragsverhandlungen)。

2 契約の準備 (Anbahnung eines Vertrags)。ただし、当事者の一方が、法律行為上の関係が成立した場合を考慮して、相手方に、自分の権利、法益および利益に対して影響する可能性を付与するものであるか、またはそれを委ねるものであることを要する。

3 類似の取引上の接触 (ähnliche geschäftliche Kontakte)。

しかも、241条2項の義務を伴う債務関係は、みずからが契約当事者とならない者にも発生する。この債務関係は、とくにその第三者が特別な方法でみずからへの信頼を引き起こし、それによって契約の交渉または契約の締結にいちじるしい影響を及ぼしたときに発生するのである（同条3項）。

また、行為基礎論も、債務法現代化法では、313条に採用された<sup>74)</sup>。さらに、旧276条の解釈から積極的契約侵害の理論が展開され、債務法現代化法では、統

71) Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Bd.2, 4. Aufl. (1992), S. 95 ff., S. 100. フルーメは、事實的契約関係の理論は、大量取引の給付関係の上にあるものとして、その拡張に反対した。Vgl. Frassek, aa.O., S. 301.

72) Flume, aa.O., S. 497 ff. Frassek, aa.O., S. 301. フルーメは、たんにラーレンツについてだけではなく、エルトマンの、いわゆる主観説的な行為基礎論にも、積極的ではない（前注65）参照）。イギリス法由来の戴冠式事件 (Krell v. Henry 1903 LR 2 KB 740) のような客観的行為基礎については、ドイツ法では不能の問題とする。Aa.O., S. 498 ff.

73) Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, S. 1 ff., S. 5.  
ニッパーダイは、むしろ契約の締結強制的概念によって知られている。Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920, S.2, S.29 ff. 拙著・前掲書（自由と拘束）103頁注38参照。

74) フルーメは、必ずしも債務法現代化法には積極的ではなかった。拙稿（前注5）国際商事法務37巻11号1512頁参照。

一的な給付障害概念である義務違反 (Pflichtverletzung) が採用され、280条の損害賠償や324条の契約解除権の基礎となっている<sup>75)</sup>。これについては、シュタウプとラーベルの貢献が大きい。つまり、2002年の債務法現代化は、亡命法学者と旧キール学派、その他の者の混合の産物である。

3. 若手の私講師が大量に採用されることによって、キール学派が成立したことから、ドイツの教授昇進のコースについても若干ふれる。正教授の地位はきわめて高いが、これに比して、そこに至る過程は必ずしも平坦ではなく、むしろかなり困難というべきである。こうした困難にもかかわらず、なお教授職が魅力ある職であり続ける点は、驚くべきことである。教授職の社会的地位が低く負担も多いわがくには、同列に考えられないであろう<sup>76)</sup>。また、司法修習の一部を大学での研究期間にあてうるのが、研究職への関心を高めており、参考となる。

伝統的な昇進のキーは、教授資格であり、教授として講義をもつには、必ず教授資格論文を書きハビリタチオン (教授資格) をえることが必要である。教授ポストに空きがあれば、正教授 (Ordinarius, C4) となりうる。ただし、空きがなければ、員外教授 (außerordentlicher Professor, C3) となるか、私講師 (Privatdozent, C2) にとどまる。

私講師 (PD; Priv.-Doz.) は、教授資格をもっているが、まだ教授にならない大学の研究者をいう。私講師は、独立した大学教師の資格をもち、みずから講義をすることができる。大学によっては、講義の義務をおい、これを満たさない場合には、資格を失うこともある。ハビリタチオンと私講師としての講義能力は、大学との雇用契約を基礎づけるものではない。私講師は、おおむね1947年から1959年の間、大学では、試用関係の公務員 (Beamter auf Probe) とされ、雇用関係においては日当による講師 (Diätendozenten) とされた。私講師は、現在でも、学術補助者 (wissenschaftlicher Mitarbeiter) となったり、アルバイト的に、働くこともできる。1960年代に、従来の日当による講師の代わりに、大学講師や公務員としての講師 (Universitäts-Dozenten, beamtete Privatdozenten) が導

75) 拙稿 (前注5) 民事法情報282号27頁以下参照。

76) 一般的・社会的な感觸としては、ドイツの私講師を常勤の職とすれば、日本の教授ができあがるであろう。秘書も助手、付属のインスティテュートもないからである。

入された。雇用関係が発生すれば、1970～75年からは、俸給表のAH（教育職）5か6が適用されることとなった。（学術領域の）員外教授や正教授は、AH6となる。

研究と教育のすぐれた成果が証明されると、私講師には、学部による手続きに基づき、員外教授のタイトルが与えられる。また、多くの州では、私講師としての教職の最短期間がある（4年から8年）。員外教授の資格によっても、当然には、雇用関係は発生しない。雇用関係には、ポストの空きが必要であることから、同一大学で昇進することはまれであり、他の大学に移転することが多い。

C4、C3（正教授と員外教授）の教授は、任期なしであるが（Lebenszeit）、私講師は、5年程度の任期付きである。古くは、私講師は、聴講者の聴講料から、給与をえていた（もっとも、中世のイタリアの大学には、学生組合方式のものがあり、そこでは給与は聴講料に依存していた）。正教授として落ち着くまで、全国、場合によっては、同じドイツ語圏のスイスやオーストリアまで移り歩くのである。イエーリングやヴィントシャイト、ゲルマニストのバーゼラー（1809.11.2-1888.8.28）でさえも、最初に正教授の職をえた場所は、バーゼル大学であった<sup>77)</sup>。デルンブルク（Heinrich Dernburg, 1829.3.3-1907.11.23）の最初の赴任地も、チューリヒ大学であった。

ただし、1960～70年代の大学改革の結果、伝統的なルート以外に、助手や研究補助者などでは、比較的弾力的な運用が行われている。また、若年教授（Junior Professor）は、アメリカの助教授（Assistenzprofessor）をモデルとして、2002年の大学基本法（Hochschulrahmengesetz）の改正によって導入された制度であり、伝統的なハビリタチオンを前提としない。3年の任期付きであるが、その成果により、C3、C4の教授に昇進する道が開かれた。

4. ハビリタチオン論文の数は、年間に約2000本（2006年に1993本、全学問

77) たとえば、19世紀のパンデクテン法学者ファンゲロー（Karl Adolph von Vangerow, 1808.6.15-1870.10.11）は、のちに偉大な講義者といわれたが、1833年9月6日に、25歳でマールブルク大学の員外教授となるまで、私講師として、講義のほか復習授業（Repetitorien）によって、異常な負担をしたといわれている。Hans-Peter Haferkamp: Karl Adolph von Vangerow (1808-1870). Pandektenrecht und Mumiencultus, ZEuP 2008, S. 813ff.

領域。ちなみに、1975年には、986本であり、1990年代まで1000本を超えることはなかった。その後増加し、1999年に1926本、2006年に1993本、2007年に1881本)であり、法学のハビリタチオンは、ほぼ例外なく書籍となり出版される(1975年に30本、1987年に23本であり、その後もあまり増えていない<sup>78)</sup>)。希少なものは、わがくにの従来の博士論文なみである。

この点は、ドイツの博士の学位取得論文(Dissertation)が、大学あるいは修習生の前後に書かれるのとは異なる。すなわち、わがくにとは異なり、博士取得者はきわめて多数であり、博士論文の地位は低い。いくつかみた感触でも、わがくにの学士の卒論程度のものが多い。これは、ドイツには、伝統的に法学士(他の学部によっては、従来の学士・Magisterがあるところもある)の制度がなく、大学が独自に発する資格は、法学博士しかなかったことから、博士が学士の代替としての意味をもたされていたためである。1990年代まで、法学部の修了の制度はなく司法試験である第1次国家試験の合格が卒業資格の代わりであった<sup>79)</sup>。法学部の卒業生は、第1次国家試験後、司法研修をうけ第2次国家試験に合格して、法律家になることが予定されていたのである。

---

78) 拙著・大学と法曹養成制度(2001年)68頁参照。Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 2009, S. 152 (6.6.8). なお、2007年の法律、経済、社会学の分野のハビリタチオンの総数は、163である。

79) 1990年代に、とくに留学生のために、学士・Bachelorの制度が創設された。ほかに、ドイツの卒業資格、教授の昇進については、拙著・司法の現代化と民法(2004年)404頁参照。また、学位や博士、大学院との関係については、前掲書(大学)191頁。

大学におけるプロモーションの比較

(年齢や期限は大学一般のおおよその目安であり、学部や時代によっても異なる)

