

Title	ヘック・概念法学と利益法学
Sub Title	Philipp Heck, Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz
Author	高鳥, トシ子(Takatori, Toshiko) 田中, ひとみ(Tanaka, Hitomi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.7 (1986. 7) ,p.108- 130
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860728-0108

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

ヘック・概念法学と利益法学

高鳥トシ子
田中ひとみ

はしがき

ヘック・概念法学と利益法学

第一章 法律学の課題と方法

第二章 技術的概念法学(ヘーリングの自然歴史的方法)

第三章 現代の学問

第四章 方法論の重要性

註

補註

はしがき

ここに紹介するのは、利益法学の主唱者たるフィリップ・ヘック(Philipp Heck, 1858-1943)が彼の債権法概説におさめた

「概念法学と利益法学」と題する法学方法論における主張である(Heck, Philipp: *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz. Grundriss des Schuldrechts*, 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen J. C. B. Mohr 1929, Scientia Verlag 1974)。

いうまでもなく、キルヒマンを祖とする概念法学に対する異議は、カントロヴィッツによる匿名の批判に始まる批判的展開(自由法運動)により法律学における方法論争を生み、とりわけドイツ民法典(BGB、一九〇〇年施行)以来法の完全性(法の無欠缺)のドグマは一層批判の対象となった。また他方、プフタラによる概念構成は精緻さを誇り生活に対する対応は実に十分なものであり、その反省としてヘーリングの目的法学が現

われた。ヘックはこれを受け継ぎ、独自の法獲得論を展開し、第一に概念法学に対しては批判的に法欠缺論及び概念形成論を、第二に自由法運動に対しては裁判官の法拘束をテーマとして論難した。これらは主に、「法獲得の問題」、「法律解釈と利益法学」、「概念形成と利益法学」において論ぜられ（Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. Tübingen 1932; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 112, 1914, SS. 1-316; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932）、またヤットヌス・リューメリン、ミューラー・ヘルツバッハ、シュトールらの法学者によっても理論づけられてきた。以下はヘックの主張の概要を示すものであり、とりわけ概念構成による法獲得の方法を唱える従来の学説、概念法学への批判である。

ヘック・概念法学と利益法学

私（ヘック）がこれまで述べてきた（債権法の）概説は、特定の方法論的見解に基づくものである。繰返し論じられたのは、概念法学と利益法学、命令概念と利益概念についてであった。文献上、法学方法論についての見解は対立している。そのため私は、この補論において私の叙述にとって基準となった方法論上の認識のスケッチを述べようと思う。⁽¹⁾

第一章 法律学の課題と方法

一 我々の教義的 dogmatische 法律学は、歴史的に生成しかつ伝統的に確定したこの呼び方の意味によれば、医学がそうであるように、実際の学問である。それは、法生活、すなわちまず第一に、司法と行政による法適用に奉仕するために生じ、そしてそれは今日もなおこの非常に重要な生活諸需要を満たしている。それは二つの課題の解決によって、二重の方法でこの目的に奉仕するのである。⁽²⁾

a 第一の課題は規範獲得、Normgewinnung にある。この学問は、定立された法規範の適用及び補足を準備する。学者は目の前に現われた利益の紛争 Interessenkonflikte、そしてまた考えうる利益紛争を思い浮かべ、彼の考えに従えば正当な判断を探索しこれを実務のために提示するのである。この課題は規範獲得の問題を設定する。

b 第二の課題は秩序づけ、Ordnung、すなわち、生活と法の途方もない多様性についての見通しを作り出すことである。

それは、単純化と叙述の課題である。この見通しは、秩序概念 Ordnungsbegriffe、すなわち、共通する特徴を浮彫りにし、そして次から次に総括を繰り返すことにより全体を見渡す体系を結果として生じさせることとなる一般概念 Allgemeinbegriffe を作り出すことによって、獲得される。この課題は公式化 Formulierung の問題を設定する。

二 この課題の解決のために、法の二つの異なった側面、すなわち命令的側面と利益的側面を明らかにする法の二つの考察方法が奉仕する。

a 法は、それを我々の考察の対象に組み入れるならば、直接的に五感によって認識しうる世界に属するのではなく、意識内容に、より正確には意思決定的な表象、命令表象ないし当為表象に、宗教・道徳・習俗の規範とともに、規範に属するのである。このような分類は、法の命令的側面を明らかにする。法律は効果の実現を欲する命令である。法による生活関係の規制は具体的な命令形象 *Gebotsgebilde* を産む。一つの命令の個々の内容の関連はその命令の「構成」*Struktur* と呼ばれ、そして命令内容に向けられた研究は構成的考察と呼ばれうる。その考察は、法学の内部において、病人を扱う学問では解剖学に帰せしめられるのと同様な使命をもっている。

b 我々が法規範の生活上の意味は何かとさらに問うならば、利益的側面が法の命令的側面のそばに歩み寄る。法規範は人間社会(共同体)の利益を保護しそのことを通じて人間社会の生活上の需要を確保する。共同体の利益にはその構成員の利益もまた帰属している。法は共同体においてかかわりのある個人の利益を整理し、個人的利益相互の、また直接に共同体利益との画定を行う。法が保護を与える利益は非常に多様である。勿論物質的な利益のみならず、社会全体や個人の観念的財、倫理的価値についての欲求も十分に問題となる。法の作用、すなわち

法の機能は生活財を保護することにある。利益的方面の考察は、利益探究 *Interessenforschung*、或いは機能的考察方法と呼ぶことができる。利益的方面の考察は、もし医学の中に比較を求めらるならば、その対照を心理学及び生理学に見出す。

三 学問的作業は常に概念形成 *Begriffsbildung* によって遂行される。この意味において利益法学もまた当然のこととして概念を形成し概念を使用する学問である。研究者の考察は諸表象を生み出し、その表象が大なり小なり決定的な表現をとるならば、それは概念となる。このことは、言葉ないしは言葉複合の結合をもって行われる。我々が法から形成する概念は、一方では、命令概念ないし構成概念 *Gebots- oder Strukturbegriffe* であり、他方では、利益的側面の概念、すなわち利益概念 *Interessenbegriffe* である。二つの異なった考察方法は(上述二 a, b) それに応じて別個の概念系列を生ぜしめる。この対立は全法領域に及び、そしてそれ故個々の考察の際に到るところに繰返し現われる。⁽⁴⁾ 構成的考察は、要件、法内容、法律効果等々を明らかにし、機能的考察は他方において、利益状況 *Interessenslage*、利益衝突、価値判断、価値理念を明らかにする。確立せられた用語法に従えばしかしながら、命令概念のみが、「法概念」*Rechtsbegriffe* と呼ばれ、当然あらゆる法律学によって形成された使用されているにもかかわらず利益的側面の概念はそう呼ばれていない。

四 構成的考察及び利益探究(上述二)という二つの考察方

法は兩任務（上述二）にとつて今や非常に異なつた意味をもつ。

a 規範圍獲得のために兩考察方法は結合せられねばならない。特に利益の探究は何としても不可欠である。立法者は生活上の利益を満足させようと欲し、裁判官は立法者をその際に助力すべきものである。しかしながら利益状況の多様さが立法者による余すところなき規制を不可能としている。法律は不確定で欠陥あること、Lückenhaft が不可避である。それ故、判決は補足的に介入すべきであり、学問（学説）にあつては正しい規範圍獲得を準備することが望まれる。命令の正しい実行及び補足は、命令の基礎及び命令の目的を認識することによつて可能となることは一般的生活経験である。利益に適した規範圍の獲得は、それ故立法者によつて觀察されまた生活上見出される利益状況を探究し、そして現存しまた立法のため提示されるべき法規範圍の利益効果 *Interessenwirkung* を眼中に捉える場合にのみ、学問にとつて可能となる。この研究課題を中心とするこの傾向のためには利益法学、*Interessenjurisprudenz* といふ呼び名がふさわしい。

b 体系の構築 *Systembildung* のためには命令概念が前景に立つ。伝統的でまた十分理由のあることだが、一般的な秩序概念の構築のためには、すなわち体系をつくるためには命令という側面から人は出発する。我々の承認された体系は命令体系であり、そしてそれ故そこで使われている秩序概念は命令概念ないし構成概念である（例えば債務、損害賠償請求権、不当利得返

還請求権、物権、地役権、物上負担）。正しい体系形成は法領域の見通しをきかすために重大な意味がある。しかし、新しい規範圍の獲得、*Gewinnung neuer Normen* には役立たない。すでに存在するある財産のたくわえを見通しがきくように秩序づけることはその財産を使うのに極めて有用でありうることは一般的な生活経験である。しかし、分類と秩序づけによつては新たな財産を作り出せないことも一般的な生活経験である。この経験則は法律学においても、また確証される。

第二章 技術的概念法学 *technische Begriffs-jurisprudenz*（イェーリングの自然歴史的方法）

一 十九世紀のドイツ法学においては法律学の課題を別様に捉え、そして正確な定義づけと普遍的秩序概念の構築にもつぱら研究の重点を置く方法論的傾向が支配的であつた。そのもっとも詳細な叙述者であるイェーリングは、この傾向を「高い方の法学」*höhere Jurisprudenz* 或いは「自然歴史的 *naturhistorische* 方法」と呼んでゐる。この傾向に対する反対者達は「概念法学」或いは狭義の、技術の意味における「構成法学」*konstruktive Jurisprudenz* といふ表現を用いてゐる。

二 この傾向の出発点を形成したのは、歴史学派の主張であつた。歴史学派は、一般的な命令概念は民族精神、*Volkgeist* の中に生じ、民族精神が法命令を生み出すと主張した⁽⁷⁾。そしてこれに厳格な実証主義、*Positivismus* が加わつた。この実証主義

は裁判官を法形成から閉め出し、法律概念の下への事実の論理的包摂にその仕事を限定する。この根本的な見解は、他の原因と結びついて重要な結論を導いた。この結論は、一部はなお根本見解の放棄の後にも固持された。これらの推論の一つは法秩序についての完結性 *Geschlossenheit* の理論であった。もしも普遍的な命令表象をすでに知られた法規が生み出したならば、この基礎から、さらに新たな法規が獲得されるはずである。それ故、法律 *Gesetz* には欠缺がある、しかし法 *Recht* には欠缺がないといわれた。法律の欠缺があった場合には、裁判官は、現存する実定規定から、その基礎にあると考えられる概念を引き出し、それを「構成し」*konstruieren*、そしてその後この一般的な概念から下って、一見欠けているとみられる規範を手に入れることになる。この手続は「構成による欠缺の補足」*Lückenergänzung durch Konstruktion* 或いはまた(その反対論者からは)「顛倒法」*Inversionsmethode* と呼ばれている。この方法で法規を獲得せんとする期待は、学問上の研究様式に対して、決定的な影響を及ぼしている。

三 この傾向を最も明白に叙述したのはイェーリングである。⁽⁹⁾ イェーリングは低い方の法学と高い方の法学とを区別する。低い方の法学は、法律の解釈と整序に従事し、高い方の法学は構成概念の形成及びそれを法体系に構築すること、イェーリングのいうところによれば「構成」に従事する。特徴的なこと、すなわち他の全ての規範科学からこれを区別することは、しかし

ながら、高い方の法学にとっては、それがこの概念を他の学問のように単なるまとめとして取り扱うのではなく、独立の存在として、丁度自然科学がその対象たる物体にそれを書き加えるように、客観的な特性が書き加えられるところの法的物体 *Rechtskörper* として取り扱うところにある。⁽¹⁰⁾ それ故、イェーリングは、彼の高い方の法学を自然歴史的方法と呼んでいる。概念形成のための基礎となるのは、実定的な素材として、確立している規範のたくわえであるが、しかしながら一度獲得せられた成果、すなわち法的構成は持続的に獲得された認識として固持され、また新たな問題に直面して利用される。

もしも債務者の意思に債務の客体を認めると決めたならば、それより先の法原則をこの公式から推論しうるであろう。同様に、選択債務の内部構成の表象から、また同様に、連帯債務関係における債務の単一性或いは複数性から、法原則が推論される。従って、イェーリングは高い方の法学の価値を二つの長所にあると考えた。すなわち、(それは彼によれば)最も見通しのきく、かつ最も圧縮した叙述形式であり、そして新たな素材のくみ込み、しえない源泉なのである。というのは確立せられた法的物体のうち、新しい問題の解決と法律欠缺の充填のための基礎が獲得されたからである。

四 イェーリングの高い方の法学は方法論としては拒否されるべきである。ただ彼が「低い方の法学」*niedere Jurisprudenz* と呼ぶその手続だけが、正当な学問である。新たな素材の尽き

ることなき源泉として体系形成を把握することは、法律規範が完全なただだ考究されるだけの構成概念の体系からの推論として生ずることを前提としうる場合にのみ許されるであろう。この前提は成り立ちえず、また立法者は生活需要を満たし、利益衝突を解決したいと望んでいることは確かなので、秩序概念の創造的な利用は是認されえない。⁽¹²⁾すでに存在する規範がある方法で総括されるという状況が、観察されていない利益状況の解決のため何故決定的たるべきかということは察知されえない。新しい規範は、法律規範と同様に、かかわりのある利益の調査と評価を通して獲得される場合にのみ、それは生活需要を満足せしめ得る。自然歴史的方法は今日ほとんど一般的に拒否されているが、しかし、それは、最近新しくバウムガルテン⁽¹³⁾によって擁護されており、彼の所説を取り上げるとは、私の考えでは、この手統の是非の評価を確実なものとするために特に適したものである。

五 バウムガルテンは立法に際しても、学問的叙述に際しても、彼が「移調の手統」*Transpositionsverfahren*と呼び、そしてそこに彼が「概念法学の最も固有の補助手段」*das eigenartigste Hilfsmittel*を認めるところの手統を観察しようと信じている。この手統はバウムガルテンによって「自然歴史的方法」と同列に置かれ、この手統に彼はイェーリングの理論の正当な核心を見た。或る疑う余地のない正当な考察が出発点形成する。すなわち法学は、法的事物や法的現象を指称するために物体の世

界とのかかわりに起因するところの言語(物体の言語 *Körper-worte*)を用いるということは、明らかなことである。我々は、債権、債務の成立、*Entstehung*、讓渡、*Abtretung*、引受、*Übernahme*、終、*Aufhebung*、消滅、*Untergang*、ちり、*契約*、*Vertrag*、扶養義務、*Unterhaltspflicht*、時効の進行、*Laut*、代理、*Vertretung*、等々という言葉を使う。バウムガルテンはこのような現象の中に、自然法則により支配された物体の世界、すなわち有体物の領域へ法的事物を移転することを見た。この移転 *Übertragung*、すなわち移調 *Transposition* により、新たな規範が獲得せられる。バウムガルテンによれば、法律家が物体の世界への移転に固執し、また物体の世界の法則から法規の内容への影響を受けるということは、慣用的であり、かつ正当なことである。移調による規範の獲得は今日でもなお慣用的であり、かつ正当なこととされる。そこで、もし「誤った顛倒法(ヘック)は各方面で放棄せられた旨主張される」ならば、それは誤りとされる。

六 バウムガルテンは正しい認識を不正に意味づけているように私には思われる。かの物体の言葉の使用に包括されるものは用語以外の何ものでもない。その本来の意味において物体の世界にかかわるところの言葉は精神的物事に用いられる、しかしそれは「流用的な *übertragener* 意味において」である。言葉は一個の一致する表象要素 *Vorstellungselement* が繰り返され、また他の原初的な *ursprüngliche* 表象諸要素が除外される

ことによつて、利用される⁽¹⁴⁾。現実中存在するのは法的表象(觀念)の変更ではなく、流用的意味での言葉の使用である。

かような物体の言葉の使用は法学に固有の補助手段でもなく、いわんや法律学の或る傾向、すなわち概念法学(に固有)の補助手段でもない。日常の用語においてもほかの精神科学の用語においても、到るところその使用は見出される。宗教史家が宗教的表象、Vorstellungの運命、Geschicke について叙述しようとする場合、彼はその表象の發生、Entstehung について、その伝播 Verbreitung について語ることができる。つまり、彼は何かある公会議で激しい論争が燃え上つた、entbrannte こと、そしてその新たな觀念は熱烈な、feurige 擁護者を見出したが、敗れ去り、unterlag、鎮圧され、unterdrückt、そして消滅した、erlosch ことを報ずることができる。これらは純粹に物体の言葉であるが、宗教史家は一瞬たりとも宗教的表象を物質の世界へ移転することを考えたという必要はない。いわんやバウムガルテンはそれを自明のこととするが、その宗教史家は用いられた言葉の本来の語義から新しい認識を得るといふ考えに思ひつきもしないであろう。公会議の日が不確かでありそれを探求しなければならぬ場合、「論争が燃え上つた」、「熱烈な擁護者」といふ言葉が選ばれたからといって、歴史家は「雨の日」を排除することはないであろう。

法律家においてもまた、物体の用語は流用的意味において用いられるが、指称された法的表象のいかなる変更もこれに結び

つくことはない。「時効の進行」„*coureurs*” (‘走る’)、*der*、*praescriptio*” というのは古い用語法であるが、未だそこから時効は「足」を持つてゐるといふ結論を導いた法律家は存在しない。法律家はまさに「進行」*Lauf* という言葉を流用的な意味において用いることを知っているのであり、従つて時効を生物集團の中に組み入れるなど思ひもよらないのである。法律家が代理 *Stellvertretung* という場合、この言葉がその原意からいって足の運びを前提とするといふいかなる意識も法律家はずものではない。

しかしながらまた、用語の問題が存在するだけだといふ認識をもてば、この用語から法規を演繹するという誘因は全くなくなる。流用的意味における言葉の使用可能性、すなわち共通の表象要素の存在が確定されることから、この言葉は他の意味、すなわち原初の意味においてもまた使用されうる、つまり排除された表象諸要素さえもまたこの言葉の中に存在するということはいまだ結論とされない。従つて排除された物体の意味は再び組み込まれることは許されないし、それから先の推論の基礎に用いられることもできない。確かに、法学においてこのような現象は見出されるが法学以外においても同様である。何か或る言葉をまず最初に或る意味で使い、その後、次の推論を引き出す際に無意識に或いは意識的にさへも或る他の意味に擦り替へるといふことは日常でもまた屢々生ずることである。このような手続はすでに古い論理学において観察されており、

概念の擦替え *quaterio terminorum, Begriffsvertauschung* として記録されていた。イエーリングの自然歴史的方法、すなわち移調による規範獲得はそれ故、論理的に分類するならば、体系的な概念の擦替えによる規範の獲得にほかならない。この手続は従って、(法律学に) 固有のものではなくて、何か人間一般に共通することである。しかしこの手続は(法律学の) 外では詭弁 *Trugschluss* のうちに入れられる。この手続は思考の誤りであり、したがって考える人を追求されている目標に導くのに適切でないことについては他の世界では何ら疑問の余地は存在しない。法学においてはこれに反してまさにこの誤ったやり方が利益促進という目標に導くというための証拠は何ら提出されなかったし、また提出されえない。出てくる結果は反対である。選択債務について語られるときに、それは複数の内容を有するということは、誰も異議を唱えない。しかし、この物体的表現方法から、物体の世界の法則に従って、債務の一つの内容が履行不能となった場合、履行のために債務の他の内容しか残らないという結論を引き出すならば、我々は利益に反する規範をもつことになる。

七 バウムガルテンは彼の著作の第二巻⁽¹⁵⁾で顛倒法の再論を行っている。彼がいうように、この顛倒法はとくに多くの矛盾を見出していた。彼はこの手続を維持し、そこに概念の擦替えの方法を認めるのではなくて、一種の類推適用 *Anwendung der Analogie* を認めているが、しかしこのために合理的な論証は

与えられていない、とする。その適用は従って非常に制限的である。この方法での規範獲得は、目的的な法発見が役に立たない場合において初めて取り入れられるべきものであり、従って要するに、本質的基礎を欠く場合にのみ行われるべきものである。と彼は説く。この類似的治療法としての希釈化 *homöopathische Verdünnung* は、債権法について既に排斥されたと等しいであろう。⁽¹⁶⁾ しかしさらに進んで、あらゆる規範は利益効果をもっており、概念の擦替えはこのような効果にとつて何ら「十分な根拠」*zureichender Grund* ではない。言葉の効果はさらには言葉の選択に依存し、そして、その言葉の選択は自由なのである。それ故この移調の手続は事実上中立的な立場(もしそのような立場があるとすれば)にある批判的判断者にとつてはいかなる規範も生み出すものではなからう。法の発見の自然歴史的方法はその呪文を信ずる人のみを助ける魔法 *Zaubermittel* に属する。

八 イエーリングの高い方の法学は普通法の時代にもたゞそれのみが支配していたわけではない。しかし、それは学問上の研究方法にきわめて決定的な影響を及ぼしていた。その作用は三つの方面で不利に働いた。すなわち、利益に適合した規範の獲得を妨げ、過度の概念論争を惹き起し、そして利益探究を抑圧した。

a 規範獲得は、この方法の不正なことから予測される程には妨げられていない。大概概念の不確定さが異なった秩序と異な

った公式化との間で選択を許容した。判断の理由の下に結果の目的性もまた顧慮された。このような場合においてそれ故規範はまず第一に利益効果に従って形成され、その後この目的のために形成された概念からの推論として規範が設定された。

このような手続は「隠れ社会学」Krypsosociologieと呼ばれた。このように「外見上の構成」Scheinkonstruktion、或いは「概念の仮装」Begriffsmaskerade」という表現もまた適切であろう。この間に合わせの方法は十分ではない。何故ならば、規範の目的合理性は複数の考量のうちただ一つの考量にすぎず、そのすべてを顧慮することはこの方法によっては追求、確保されず、むしろ根本では排除されたからである。「隠れ社会学」は従って全体として例外的現象であった。

b 概念形成に対しての害悪は著大なるものであった。学問的作業の中心に、正確に確定した命令概念の獲得及びこの概念の体系への秩序 Einordnung が入ってきた。研究されたのは、全ての個別の要素がしっかりと確定された上での法制度の「法的性質」すなわち法的事物の「構成」を問う問題であった。これらの概念要素へと研究が集中したことは全く理解しうることであった。何故ならば、制度の概念から、構成から、現存する法規範は解釈され、erklären、また欠けている規範が獲得されなければならぬからである。それ故、定義や命令表象の区分 Gliederung (構成の問題) について実に活発に議論がなされた。その際しかし、公式化の問題は認識問題 Erkennnisproblem

として扱われた。様々な理論が樹立されたが、しかし、常にただ、一つのみが正しいものとして擁護され他の全ては正しくないとして論難された。以上の理由から、かのおびただしい概念論争及び構成論争が生じた。それは、普通法時代の民法学者の文献にとって特徴的であり、素人をも外国の法律家をも驚嘆させた。

c もっとその危険を重大に考えるべき対象は利益探究をなおざりにすることであった。法と生活とのかわりについての叙述、利益状況の調査や価値判断は背後に置かれたままである。それらは無論、全く欠けていたというわけではない。多くの法律では確かに追求せられた目的は明白であった。しかしながら生活上の効果や関係諸利益の考察は、本来法律学上の作業の対象とはされなかった。原則として生活上の諸需要は規範の成立のために原因的 kausal」とはされず、またそれらは適用のために原因的存在は不足はなかった。或る規定が「単なる合目的配慮」に帰せしめられるならば、それは多くの著者にとって遺憾な非常手段と思われた。学問の任務は、概念を構成しそこからの帰結として確固たる法規が明らかとなるようにすることであった。それ故、機能的な考察方法は全く後退した。ヴィントシャイトの教科書のようにあれ程卓越した著述にあってさえ、法制度の生活への作用についてはただ例外的に説き及んでいくにすぎない。

第三章 現代の学問

一 現代の学問では、実に多様な方法論上の見解が主張されている。それにも拘わらず一般的に総括していえば、技術的概念法学に反対する立場が優勢であるということが可能なように思われる。このようにいうことは、根本原理と派生的効果 *Folgewirkungen* とで区別を設けなければならない。根本原理、すなわち法秩序の完結性の理論や顛倒法による規範獲得の理論は、最早今日では擁護されない。(法¹⁸) 欠缺が存在することに於いては最早異論はない。同様に、旧来の顛倒法が個別的な問題の解決に当ってなお適用されることが稀れでない場合でさえ、利益に適合した規範形成による補足の必要性についても異論はない。それ故技術的概念法学自身は、今日克服されている。これに反し、学問的作業への影響は現代の学問においてもなお極めて広汎に指摘される。

二 旧来の方法の根本原理には擁護者が見出されないという立言は、移調的手続についての先に述べたパウムガルテンの論述によって否定されていない。パウムガルテンは、既に言及したように、第二巻で彼の移調的手続についての好意的な評価をかなり制限し、最終の結論において、先に技術的概念法学ないしイエーリングの高い方の法学として拒絶された推論を、顛倒法を含め、「概念崇拜」*Begriffskultus* と呼んで、きっぱりとこれに反対している。⁽²⁰⁾

三 法律学上の論述の対象の選択やその取扱ひへの旧来の方法論の影響(派生的効果)はなお広汎に及んでいることが認められる。一つの明瞭な例証を、この春に出版されたエルトマンの注釈書の第二巻における彼の主張が提示しており、そこでは彼は七九四条の規定を創造説に賛成し、契約説に反対して解釈している。エルトマン曰く、

「或る規定が他の或る理論を論理的に貫徹することによって導き出せるときに、その規定を容易に特別規定」(取引安全の保護を理由とする)「として処理することは——はなはだしく危険なことである。最も重要なテストに当って役に立たないような構成は無意味であろう。」

このような主張は、技術的概念法学の時代には学問的作業方法にとつての主導命題として奉仕した。⁽²³⁾ しかし、この主張は、最近の多くの点で実に優れた著述に含まれており、今日の大部分の論文にとつて遵守されてきた原理とみなされうる。しかしながら、まさに所論の反対こそが正当である。取引の要請に應ずるために公布されたことが明らかな規定をこの歴史的基礎に文字通りに引き戻すことは、「はなはだしく危険な」のではなくむしろ絶対に必要なのである。生活関連 *Lebenszusammenhang* を認識することによって初めて、法の正しい適用とその利益にかなった法の推進形成 *Fortbildung* とが可能となる。学問が生活関連を覆い隠しそれにより法適用の任務を阻害することについていかなる理由がこれを是認しうるであろうか。法規を或

る理論の貫徹の結果として主張することは、現実法規がそのようなものではない場合には、推賞されるべきではなく、単に誤りである。このような規定の公式化は旧方法論の支配下においても正当ではなかった。しかしそれにも拘わらず、このことによつてより先の法規範がそこから引き出される一つの基礎が獲得されるために、重要であった。しかし、法獲得についての以前の方法論の放棄をもつて、この演繹的叙述の保持のためいかなる正当化もその理由が失われた。それではこの偽装は何を企図するのか。しかもこの不正な手続は、エルトマンによってのみならず、他においても広く使用されている。利益状況と利益効果にたざさわる仕事が今なお軽視されている。相変わらず、概念の形式化は、秩序概念のみが問題となっている場合であっても認識問題として論ぜられ、方法論的にまちがって方向づけられた論争問題の対象として取り上げられている。

四 概念法学の影響は、規範獲得をも害している。法を生活需要に応じて推進形成することを理論上承知している者でさえ、利益状況や利益効果の考慮を欠く場合には、この目標を見失うであろう。利益探究のみが法律の文言⁽²⁴⁾や概念構成に對して法にとつて不可欠な独自性を与える。利益探究を遂行しない者は判断に當つて法律の文言や概念形式によつて惑わされる危険に陥り、また、形式づけの問題を認識問題と考える者は、苦心して獲得した知識を法発見に際しても利用するという誘惑に陥るであろう。

五 今我々がこの債務法の分野を概観した際にも旧方法論の多くの影響に出会った。典型的な顛倒法、すなわち概念の擦替えによる規範獲得さえも見出され、しかも重要な事例についてライヒ裁判所の判決の中にも見出される⁽²⁵⁾。間接的な影響がより重要である。旧見解は法律のいくつかの規定を解釈している。今なおそれは、過去の法律の理解につき決定的な影響を及ぼしており、同様に現行法の取扱いについても、利益に適合した把握の閉出しや不当に論じられた概念論争の錯綜によつてなお影響を及ぼしている。この両者につき、この概説が幾多の例証を与えている。(1)利益探究の強調が重要なものと思われる多数の問題の中で、私は次の事項をとくに取り上げたいと思う。それらは、特別的责任限界 *spezielle Opfergrenze* の理論⁽²⁶⁾、不能の取扱い及びそれにかかわる論争問題、例えば、履行不能 *Unvermögen* の概念をめぐる論争問題⁽²⁷⁾、*§ 30* 末尾以下)の取扱い、信託的譲渡及び最大限譲渡 *Maximalcession* (*§ 88*)、さらに、債務引受の把握⁽²⁸⁾ (*§ 2*以下)、現実行為の位置づけ (*§ 80 Nr. 2*)、利息付消費貸借の双務契約への組入れ (*§ 123*)、共有関係の分析 (*§ 122*)、不当利得の把握とその私法秩序における位置づけである。(2)誤つて導びかれた概念論争の古典的な例として挙げられるべきは、連帯債務 *passive Gesamtschuld* の単一性及び複数性についての論争問題 (*§ 78*) 及び指図証券及び無記名証券における債務の成立についての論争問題 (*§ 137*) である。この二つの場合において、論争は、概念構成により適用可能な規範を

獲得するという期待から生じた。二つの場合に論争が執拗で終わることがないのは、形式づけの問題が認識問題としてかつて扱われ現在も扱われていることに基づく。そして、両者において異なった形式づけが許容されることが認識されるや直ちに問題は解消する。他の例証を、弁済を法律行為であるとする理論 (§57) 及び相殺における構成の問題 (§61a Nr. 8 u. 9) が提供する。

六 同一性をめぐる問題 *Identitätsproblem* が公式化論争 *Formulierungsstreit* の豊富な源泉であることが証明された。「同一性をめぐる問題」は、二つの命令形象が存在し、それが一部は一致した要素を、他の一部は異なった要素を示すという場合に惹き起こされる。それには二通りの場合がある。すなわち、二つの命令形象が同時に存在する場合においては構成区分 (組立て) の問題 *Gliederungsproblem* として、それらが時間的に相継ぐ場合においては継続性の問題 *Dauerproblem* として現われる。第一の場合の一例を連帯債務 (§§76, 78) が、第二の場合の例を債権譲渡 (§86) と債務引受 (§72, 74) が提供する。異なる形式づけの可能性は、一致と差異とが際限なく多様な段階で現われうること、そして特定の基準のない一般的な評価は何ら確固たる境界設定を提供しないということから、明らかとなる。従って、このような問題は一つの具体的な法規範の目的を考慮する場合においてのみ確実に判断される。しかしその場合にもなおこの (特定の) 法規範に限ってのみ、判断されるので

あって、決して一般的に行われるのではない。このような基準に対する願慮がない場合には、現に存する相違は別にして同一性がある或いは継続しているというか、或いは逆に一致する諸要素は別として複数のものがありそして変更しているというかは、どちらも同じことである。⁽²⁸⁾

七 大きな法領域 *große Rechtsgebiete* (私法、公法、訴訟法等) への法律関係の組入れに伴って生ずる問題の範囲で旧根本見解の間接的な影響が現われていると、私には思われる。一つの領域での根本原理の二重の位置づけ及びその類推適用さえもが他の領域の法律関係のためには拒絶される。⁽²⁹⁾ 最も一般的な構成がまた最も深く進んだ構成であると理解すること、あたかもそのような構成を自然界、動植物の自然の体系と対置することが、なるほど旧方法論に妥当するであろう。しかし、この比較は適切ではなからう。大きな法領域は、特定の問題のために特定の基準を考察することによって完成された集団の形成である。他の問題についてはそして他の基準に従えば、これとは異なった、これに交叉する分類が生じうる。利益の画定を考慮する場合には、ライヒ公務員の宿舎の法律関係は、ライヒ議会の決議に対するよりは、(一般の) 賃貸借法律関係により多くの共通点をもつ。訴訟上の和解の制度は、生起している利益衝突の考慮においては、執行官等の制度よりは遙かに裁判外の和解に類似している。

八 債務法の領域に対すると同様の考察が他の法領域につい

ても明らかとなる。現代の学問に対しても、利益法学特有の方法を強調することは正当である。それは、もう一度注意しておかなければならないが、二つの要請を示す。すなわち、根本的には一貫して行われる利益探究の要請と概念論争に対する批判的態度の要請である。債務法領域での二要請の遂行に上述のこの概説は奉仕する。⁽³⁰⁾

第四章 方法論の重要性

方法論の叙述の理解は、初心者にとっては、一般に特別困難なことに属する。初心者には経験と、拒絶され或いは推奨された思考過程の知識が欠けている。そして彼に要求されるのは、抽象的考量である。しかし、方法論の問題については、初心者にとっても最初からこれに親しむことが大切である。彼は、自分の作業を徒勞に帰せしめることを望まないならば、自分の行動の方法と目標について自覚していなければならぬ。というのは、私の確信するところでは、方法論の問題は最も広汎な範囲に及ぶ対立にかかわるからである。文献において詳論されている全ての重要な問題において、また法律事件の裁断において、二つの根本見解から生ずる要求が現われる。

現在では、法律学や裁判に対して多くの方面から、生活から遊離しているとか形式主義という非難がなされている。今日基本的には支配的になっている傾向に対してこの非難は正当ではない。しかし古い概念法学に対してはこの二つの非難がまぎら

くなされて然るべきである。今日我々を悩ましているのは、一部は我々の概念法学を信奉した先輩達の罪である。この古い誤ちの効果 *Auswirkung* を意識的に除去する場合にのみ、我々はこれらの非難の力を殺ぐことができる。

大きな響えを用いることが許されるならば、今問題となっている(二つの)根本見解を明らかにするために、ブトレマイオスの世界像とコペルニクスの世界像の対立を引合いに出したい⁽³¹⁾と思う。以前の天文学にとっては地球が宇宙の中心とみなされていた。新しい天文学は地球を王座から退け、地球の太陽に対する依存を証明した。古い概念法学的に方向づけられた法律学は、構成概念の厳密な形式づけに法律学の主要任務、すなわち法律学の中心を認めた。法規範は、この一般概念から演繹された。最近の(新しい方の)法律学は、秩序概念を法律学の中心の地位から駆逐し、秩序概念の差当っては規範への従属、最終的には利益状況への従属を論証した。王座から退けられた秩序概念に代わり、生活が、その利益状況及び利益の衝突を伴って、法律学の中心的な対象として、いいかえれば研究の対象として、また法創造的秩序の対象として登場した。

註

(1) 私の方法論上の見解についてのより詳しい論述は、次の文献に示されている。"Das Problem der Rechtsgewinnung" 学長演説テュービンゲン、一九二二年、"Gesetzesauslegung und Interessen-

jurisprudenz" AcP. 111 卷 (1914 年) "Die Grundlagen des Rechts" in Bausser, Staatsbürgerkunde 1911 年及び "Die reine Rechtslehre und die jungstereichische Schule der Rechtswissenschaft" AcP. 110 卷 (1913 年) 173 頁以下。この方法はとりわけ私の論文 "Das Recht der großen Haverel" 一八八九年に一貫して実践されている。簡潔なまごめは *Juristenzeitung* 1905 年 Sp. 1140¹⁾ 1909 年 Sp. 1457 に書かれたこと。

(2) この概説もまたこの活動のための準備に充てられているので、法律学に属する他の分野についてはここで触れられなくて差支えない。

(3) これの二つの課題は、理論的な仕事の初めから既に現われている。我々は説明と要約 (*Glossa und summa*) が並んでいるのを見出す。

(4) 参照：例えば債務の二つの概念について § 1 Nr. 1 及び 2 不
 法行為の二つの概念について § 145 Nr. 1²⁾ 更にその他の到るところで法概念と利益概念が常に対置される。〔補註参照〕

(5) 概念法学の対立物のために用いられる名称は様々である。利益法学のみならず、目的論的、現実的、或いは社会学的法学という名称も用いられ、また不正にも自由法運動とせう。また「評明法学」 *wertende Jurisprudenz* と *Wertungswissenschaften* のやう。何故ならば、利益とはまさに財に対する欲求であり、それは価値に向けられてゐるからである。利益の保護は諸々の価値の承認である。しかし、新しい方の方法の核、その正しい集約は、私の考えによればやはり利益法学の名称によってよく表現されるのである。

(6) 学問上の一般概念を通覧をきかず目的に減縮することから、この概念の公式化についての広汎な自由が生じる。同一の利益画定

同一の命令複合のために多様な概念構成が同様に許容せらる。その際、それら概念構成のうちいずれもがそれ固有の長所をもつてゐる。一方であらゆる場合に正しく用ひはるる定義を作り出すことは望まじく (限定的構成 *determinative Konstruktion*)。しかし、また、典型的な主要な場合を強調し、例外を黙過する概念規定はその価値を有している (典型的構成 *typische Konstruktion*)。様々な規定を並置するときに、叙述の目的は、それぞれの事情の下で完全に達成せらる。異なった表現がとられるが、しかし同じく通用する公式化の可能性、科学上の構成の等個性、*Äquivalenz wissenschaftlicher Konstruktionen* が広い範囲で明らかとなる。参照：§ 137. その他の例については事項索引 *Äquivalenz* の項参照。〔補註参照〕

(7) 参照：例えば上出 § 3 Nr. 4 *Ann.* 1³⁾ ロート債務法とライオン債務法の差異 § 24 (債務と責任の法規範成立についての原因説)、§ 69 (債権譲渡)、§ 72 (債務引受)、§ 122 (構造表象 *Strukturvorstellungen* に *Verbindungen* の共同関係形態の説明)。

(8) 無記名証券の成立についての論争問題の経緯に閱して上出 § 137. 60a に参照：§ 5 Nr. 3 及 § 9 Nr. 8, § 10 Nr. 4 以下 § 57 末尾 § 79, § 80 Nr. 6, § 144, 4 その他。〔補註参照〕

(9) *Geist des Römischen Rechts*, II, 2, S. 358 ff. 自分の研究に真剣に取り組み法律家なら旧方法のこの輝やかなし叙述を讀むことをなぞりてできるはずはない。

(10) 前掲書 (イェーリング・ローヤ法の精神 II 卷) 三六〇頁。

(11) 同三三三頁以下。

(12) 顛倒法の誤りは、それが帰納的に〔原文 *Induktiv*〕手続が行われるからではない。利益検査 *Interessenprüfung* による欠缺補足もまた、既存の法律の判断から或る価値判断を引き出し、規制され

ていない利益状況へその判断を移すことによって、帰納的に行われ(類推適用)。しかしながら差異は次の点にある。すなわち、価値判断においては、歴史的に原因となつた要因が重要であるのに、概念法学的顛倒法は全く原因となつていない要因を用いるという点である。参照:AoP. 一一二巻三二一頁以下及びそこで註四八五に挙げられてゐる例。〔補註参照〕

(2) A. Baungarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, I 卷一九一〇頁: Die theoretische Grundlegung, § 16 Die Begriffsjurisprudenz 三六四頁乃至四〇三頁。特に三七七頁以下参照。

(14) この言語現象はW・ウンツの用語に従えば、「同化的意味変更」(assimilativer Bedeutungswandel) (Die Sprache II 卷五一七頁以下)であり、しかも通常「恒常的、支配的な表象を伴つた」ものである(同五一九頁以下)。法律学においてはこのような場合に「象徴」(Bilder)、「比喩」(Gleichnisse)、「暗喩」(Metapher)といわれる。このことは原則としては当てはまらない(同五二二頁、五五四頁)。本文で言及した言廻しでは物的な表象要素は何ら役割を果たしていない。まさしく、今日においては既に全く(物的表象要素から)分離された意味が存在している。

(15) II 卷六三〇頁以下、六五一頁以下。

(16) 法律にも債権者の利益の優越にも基礎づけられない請求が主張されるならば、そのときは第三の一般的な決定根拠 (§ 22) のつまり副次的な債務者優先が、請求の否定を結果として齎す。裁判官が意識的な概念の擦替へによって債務者敗訴の判決に到達する可能性があるある場合にも、またこのことは妥当しなければならぬ。何故ならば、言葉の二重の意味、そしてそれにより与えられる詭弁(誤った推論)の可能性は、財産の移転命令、例えばBはAに対して一〇

万マルクを支払え、という命令にとって決して「十分な根拠」ではないからである。もし、裁判官がこの(債務者敗訴の)判決をそのようなものとして彼かすで見抜いて、いるもっぱらその詭弁(誤った推論)の故に下すならば、彼は、まさに彼の宣言(就任の)に反して行爲することになるであろう。どうして彼がそんなことをするはずがあるか? 〔補註参照〕

(17) まことにイェーリングは、構成の実際的な効果に、特別な重きを置いた。それ故、彼は、この効果を欠く構成を、概念法学として攻撃することができた。このことは、就中、愉快な著作、Schorz und Ernst in der Jurisprudenz 一八八四年において実行された。不正に描かれた概念が収められる概念天国 Begriffshimmel の描写はおもしろい。前掲書二四七頁以下。

(18) 無記名証券における債権の成立について一〇以上の理論が主張されていることは先に言及された(上出 § 137)。物上負担の「法的性質」についての学説の数は(それより)少ないことはない。シュトツェ(レーマン)における不完全な数え方でも一一を数えている。(それらの学説にあつては、問題設定における正しい方法の欠如のみが共通している。〔補註参照〕

(19) パウムガルテン・II 卷六三〇頁以下、六五一頁以下。

(20) 同二卷六〇五頁以下、六一五頁。

(21) 同二卷六一五頁及び六一六頁で、パウムガルテンは「ヘックが顛倒法と名づけた」この手続に言及しており、更に「我々はその手続を概念崇拜に算入し、そのようなもの(概念崇拜)としてこれを非とするものである」といつている。パウムガルテンは、顛倒法と移調の手続との一致を認めていないように思われる。

(22) この主張はすでに上出 § 137 Nr. 4 で言及されている。〔補註参照〕

- (23) 「処理する」 abhandeln という言廻しもまた「有用性の顧慮」
 Utilitätsrücksichten から前以て下されている判断に照応して
 べき。
- (24) 法律におけるそれぞれ個々の価値構成の過度の顧慮もまた、実
 質的な洞察の欠如に基づく。それは解釈についてのシャローク・
 ホームズの（解釈）方法と呼ぶことができる。参照：AOP. 111
 卷九八頁註一四一。〔補註参照〕
- (25) 参照：例えば第三者のためにする契約による処分の直接性の論
 拠について § 50 Nr. 4 及び物権的法律行為としての債権譲渡の把
 握からの推論の結果について § 88 Nr. 2。〔補註参照〕
- (26) 例えば選択債務の規制について § 107 債務引受の規定 (§ 70
 及び § 72)、そして保証債務の移転 (§ 128 Nr. 4)。〔補註参照〕
- (27) ローマ法とドイツ法における債務概念の差異 (§ 3 Nr. 4)、
 債務と責任の原因説 (§ 24)、債権譲渡 (§ 69)、債務引受 (§ 72)、
 連帯債務 (§ 78)、共同関係の形態 (§ 122 及び § 123)。〔補註参
 照〕
- (28) 日常生活においてもまた、これと類似の関係は表現方法につ
 いての類似の自由を生ぜしめる。景色の一般的な描写に当って、既に
 § 78 で強調されたように、同じ大地の隆起（の描写）につき「二つ
 の山頂をもつ（二つの）山」或いは「共通の山裾を有する二つの山」
 という表現が使用される。これらの表現方法は矛盾するものとは
 感じられず、しかもそれらは同一の景色の描写の中で交互に用い
 られることがある。地図の製作者が地図の製図に当り、一定の高度の
 差異を描写しようとする場合には事柄は異なる。そのときでは彼は
 正確に測定することによって二つの隆起を書き込むべきか、一つの
 みを書き込むべきかを決定することができる。同様のことが継続性
 の問題に当てはまる。（第一次）大戦直後には教室で屢々或る服装

それは仕立て直された軍服というか或いはユニフォームから作られ
 た私服というか、そのような服装に出会った。二つの表現は個々の
 場合にその正当性について真面目に論争されることなく、同じ意味
 で使われた。法律学においてもまた、一般に提示されている同一性
 の問題においては公式化のみが問題となっていることが認識される
 べきである。〔補註参照〕

(29) § 3 Nr. 4, § 110 Nr. 6。〔補註参照〕

(30) ハウムカルテンもまた、二つの要求を提示する。彼は法律要件
 の検討（II 卷五九六頁）と、現在においてもなお広汎に流布してい
 る（と彼が考える）概念崇拜の除去（II 卷六〇五頁以下）を要求す
 る。

(31) この譬えは、彼の新しく獲得された洞察の射程距離を過大評価
 する初心者が発言ではなくて、長い間仕事をたすきわってきた結実
 である。私の論文 *Das Recht der großen Haverrei* は一八八九年
 従って四〇年前に発表されている。

補 註

ヘックは、その方法的叙述として、この論稿を書く前に、
Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912 (2. Aufl. 1932) 及
Das Gesetzsauslegung und Interesensjurisprudenz, AOP. Bd.
 112, 1914 を著わしてなり。本論稿の後に *Begriffsbildung
 und Interesensjurisprudenz*, 1932 を出版してゐる。

Rechtsgewinnung は国家的祝典の際に行つた大学での演説
 が初めに大学報として出版されたもので、五二頁程の短い方法

論的見解の筋書き風のものであるが、Gesetzesauslegung, Begriffsbildung はそれぞれ三二二頁、二二三頁という大部のもので、前者は、裁判官による事件判断を中心に、法律解釈について、とくに歴史的解釈説と客観的解釈説との対立を利益法学の方法に従って研究したものであり、後者は、Ortmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, 1931の出版を切掛けとして、概念形成と体系形成の問題をめぐって、とくに複数の概念構成の等価性を論じたもので、この点から Gesetzesauslegung の補足を言うものであり、一種の後編と云つて可い。これらのヘックのいわば方法論上の三部作は、本塾の津田利治名誉教授により訳出され、先年「ヘック利益法学」の題下に法学研究会叢書(43)として出版された(昭和六〇年三月)。

ヘックは、これらの方法論的叙述の他に、二つの概説書を著わしてゐる。Grundriss des Schuldrechts, 1929 及び Grundriss des Sachenrechts, 1930 である。ここに紹介した Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz は、五〇〇頁近、Schuldrecht の附録 Anhang として一二頁程にまとめられており、この点に本論稿が前述の三部作とは異なった特徴をもっているように思われる。すなわち、本論稿は、独立の方法論的叙述というよりは、ヘックが自分の実定法解釈の概説書の附録として、概説書に挙げられている例を随所に引きながら論述を進めている。この点で、本論稿は、まさにヘックの方法論の特徴、つまり、ヘックの方法論が哲学体系といった法律外のものから考察

されたのではなく、現実の法律解釈の実践の中から生まれたという特徴を、よく表わしているといえよう。われわれがヘックの方法論を理解するには、両概説書の熟読を描いてそれ以上の策はないが、そのためにこの紹介が役立つとすれば、最少限度、ヘックが註において指示している(主として)Schuldrecht の当該箇所を参照することが必要となる。その意味で、ここに補註を設け、その内容を少しく補つておきたい。

[4] [上田註(4)において指示——以下においても同じく補註番号は上田註番号に対応する] P. Heek, Grundriss des Schuldrechts, §1 Nr. 1 u. 2 (SS. 1~2) [以下とくで書名、論文名を挙げる] § 1 Nr. 1 u. 2 (SS. 1~2) Heek, Grundriss des Schuldrechts [指す] 債務 Obligation の命令概念(構成概念) = 狭い意味での法概念と利益概念(実質的概念、機能概念)を説明し、利益概念は法体系の構築に際しては後退するが、法適用のためには大変重要である。利益概念は機能的な考察方法、生活上の効果に向けられた考察方法の結果得られるものである。

§ 145 Nr. 1 (SS. 436~437) 債務についてと同様に、不法行為 Delikt の命令概念と利益概念を説明し、続けていずれによつても債務者による債権侵害 obligatorisches Unrecht は不法行為の概念に含まれない、とする。そして、債務に基く不法を不法行為の概念から排除することは、法律にとくに規定されているわけではないし、言葉上の意味、文言の意義には矛盾する。しかし、それは一般に認められているし、立法者によって意欲されたことは確かである、として、その例証を行っている。

[6] § 137 (S. 410 ff.) 指図債権及び無記名債権における債務の成

立に関する論争を取り上げ、この論争は実務的な意味はもたないが、当面異なった法学方法論の対立を浮彫りにするのに適している、とする。この論争は、①債務は交付契約によって成立するか（契約債務に属する）⇨交付契約説、②一般に債務は契約によって生ずるが、その例外の場合に属し、一方的債務約束によって成立するか⇨創造説（作成説）の論争である。この論争は初め概念法学的方法から生じた。すなわち、作成された証券が交付前に盗難に遭い或いは紛失したが、後に第三者により善意で取得された場合に、善意者が保護されるか、作成者が保護されるか、この解決は、旧来の方法によれば、既存の法命題から、それが交付契約の概念によって説明されるか、一方的債務約束の概念によって説明されるか、その上でこの原因概念から新しい法規を、とくに個別の問題の解決を得ることになる。つまり、交付契約説では契約概念に従って取得者の権利は否定され、創造説ではその概念から発して善意取得でない場合でさえ、取得者の権利は肯定されることになる。

しかし、ヘックによれば、このような概念法学的方法は初めから誤っている、とされる。流通証券のために承認された法命題は、ドイツ民法典 BGB.（以下単に民法典という）の制定以前から既生活の必要、そしてこの必要からする関係諸利益の衡量に由来したのであって、契約或いは一方的債務約束による債務の成立についての人々の思弁に由来したものではない。原因となる概念 *kausale Begriffe* が問題なのではなく、取引の必要が問題なのである。旧来の論争は公式化の問題としてののみ正当化される、とする。

この論争が公式化にのみ関すると認識すれば、学説の対立はその鋭さを失う。公式化と説明であれば、種々の言廻しが正当化され、それは互に結合されうる。流通証券における債務の成立も、債務は原則として交付契約により成立する、しかし例外的に正しく作成さ

れた証券の善意の取得によっても成立する、ということができる。
 【事項索引】 構成の等価性 *Äquivalenz von Konstruktion* の項に他の例として、次の諸事例が挙げられ、その中の構成論争はいずれも認識の問題ではなく、公式化の問題である、とする。

(a) § 52 Nr. 6 (SS. 154-155) 解除約款—解除の効果の構成（直接効果説、間接効果説、折衷説）

(b) § 61 a Nr. 8 u. 9 (SS. 187-188) 相殺 *Aufrechnung*—

相殺権の構成（相殺請求か相殺適状か）、相殺の法的根拠（自己支払〔債権者行為〕説、給付〔債務者行為〕説）

(c) § 62 Nr. 5 (S. 189) 相殺契約 *Kompensationsvertrag* の構成（二）別々の債務免除契約か、一個の双務的な債務免除契約或いはそれとは異なる債権関係終了契約 *Aufhebungsvertrag* か、等

(d) § 80 Nr. 8 a. E. (SS. 248-249) 契約類型—一方的拘束を伴う法律行為（例えば、試味売買の可能性〔構成について、撤回しえない〕申込説、条件説、売買予約説、等）

(e) § 101 Nr. 9 (SS. 317-318) 将来の賃料に関する法律行為—賃貸借の目的物の所有権移転の場合における取得者の権利義務承継についての構成（法律上の移転、契約の承継というか、賃貸借関係は所有権に必然的に伴う附属物 *Appendix*、状態債務 *Zustandsobligation* とするか）

〔7〕 歴史法学派が概念法学の発生基盤であることについて、歴史法学派は法も民族精神の発露である。法概念自体民族精神の現れであるとして、概念、公式化問題の過大尊重に陥る、とする。そのような例として、ローマ法、ゲルマン法で論議され、現行法の議論にも引き継がれているものとして、次の事例を挙げる。

§ 3 Nr. 4 Ann. 1 (SS. 9-10) 【ヘックは註1を挙げているが § 3 Nr. 4 には Ann. 1 はない】ローマ法とドイツ法における債

務概念の差異

§ 24 (S. 57 ff.) 責任の形式(債務と責任) 法規定の成立のために原因となった表象(観念)としての債務と責任の対立は、ゲルマン法およびそれ以前の他の民族の債務法の基礎となっており、現行法にも受け継がれているが、ヘックは、これらの観念は諸利益の限界づけによって原因的でないとして、債務と責任の原因説 *Kausaltheorie von Schuld und Haftung* を否定する。

§ 69 (S. 211 ff.) 債権譲渡——歴史と構成 学説は、債権譲渡に関するドイツとローマにおける法規範の発展がほぼ一致することを承知しながら、両者の基礎にある相違を原因的な法概念の展開の中に認める。すなわち、ローマ法は債権は強い人的紐帯であるという観念から出発し、債権譲渡は古い債務が消滅し、新しい債務が作られる(更改的機能)、或いは古い権利が移転するのではなく、譲受人のために古い内容をもった新しい権利が成立するとして、債権の特定承継 *Sondernachfolge in Forderung* は認められなかったのに対し、ドイツ法は財産の構成要素を原因的な法概念とみて、債権の特定承継を認める。

§ 72 (S. 220 ff.) 債務引受——歴史と構成 債務引受の教義史は債権譲渡のそれと関連するとして、ここでも公式化の問題の過大尊重がみられるとする。ヘックによれば、新しい債務者をもった古い権利か、古い内容をもった新しい権利かは、両方の表現方法が許容される。

§ 122 (S. 366 ff.) 共同関係と共同関係法 *Gemeinschaftsrecht* 歴史的展開について、ローマ法の法源は共同関係法に關しては乏しいが、ドイツ法は極めて多様な共同関係制度をもっている。しかし、古い法学方法論によれば、作られた法規範を原因的な構成表象の帰結として説明しようとして、通説的な見解は、総手的共同関係(合

有) *Gemeinschaft zur gesamten Hand* については個々の目的物に一定の持分のない共同関係という表象を「組合 *Genossenschaft* については統一であり同時に複数であるという表象を原因的な構成表象としている。

[8] 構成による欠缺補足、顛倒法の例として、次の諸事例を挙げる。

§ 137 上出 [6] 参照。

§ 5 Nr. 3 e) (S. 20) 給付内容(債務)——内容問題 債権 *Obligation* は財産権に属するというのが、分類 *Klassifikation* の問題であって、このことから観念的財 *ideale Güter* に債権的保護を否定することにはならない、とする。

§ 9 Nr. 8 (S. 31) 種類債務 普通法理論は法命題を概念構成の結果として説明しようとした。そこで、種類債務における危険の移転を種類債務の特定債務への変更に戻せしめた(集中、限定)。ヘックは、このような方法は二四三二条の文言にも影響を与えていゝと指摘する。

§ 10 Nr. 4 ff. (S. 34 ff.) 選択債務 普通法理論は利益探究をおろそかにし、それだけ法命令の論理的内容に多くかかわった。現行法は選択債務について選択に関する規定と給付の不能の效果に関する規定の二つのグループの規定を置いているが、これらの規定は余りに一般的で、部分的には概念構成に由来し、利益の衡量に基づいていないこととし、*Pendenztheorien* を非難する。

§ 57 a. E. (S. 172) 履行法律行為説 履行行為につき履行の意思が必要かは普通法の時代から争われ、その解決は学説に委ねられてきた。履行目的の合意(契約)ないし法律行為的意思表示を必要とする法律行為説(エンネクツェルス)は概念法学の子孫にすぎず、その実際の価値は幻であるとして、ヘックは、履行の要件は *Programmerwirklichung* に他ならない(意思のない場合 *Zweck-*

erreichung) 444ff. Theorie der objektiven Tatbestandswirkung を支持す。

§ 79 (S. 238 ff.) 真正連帯債務と不真正連帯債務の区別 普通法時代の学問は、Korrealobligation (人の関係が複数の一つの債務) と Solidarobligation (一個が履行されれば満足する複数の債務) の二つの区別を認め、この概念の区別から異なった取扱いが惹き起こされた。近代法はこの区別を否定したが、この否定にもかかわらず、著作物および判例では、真正連帯債務関係と不真正連帯債務関係の区別を認め、法規定を単に真正連帯債務関係にだけ適用した。この二分節 Zweigliederung の考え方が通説であるが、ヘックはこれを否定し、「普通法上の Korreal- und Solidarobligation の区別を現在に移行させることに反対している」。

§ 80 Nr. 6 (SS. 246-247) 契約類型のうち現実行為 Hand- oder Realgeschäfte 現実行為が債務契約から区別されることは稀れでないが、ヘックはこの見解は否定されるべきであるとして、取疵の取扱いを例示する。

§ 144 IV (S. 435) 不当利得——財産移転の直接性 法律は八一七条二文で、受領者に違反があるための (不当利得) 返還請求を、給付者にも同様に違反がある場合には排除している。ライヒ裁判所はこの規定をすべての給付者違反の場合の (不当利得) 返還請求に拡張した。

[1] A&P. 112, S. 311 ff. ヘック「法律解釈と利益法学」第七章命令と利益法学 (第二節) 8 認識論上の地位 ヘックは、法学改革運動について国会の制御を受ける政令による民法の推進形成を提案しているところで、次のように述べる。新旧法学の対立は、旧法学は実用的概念実在主義から顛倒法の採用、新法学は命令概念中心から脱して利益概念中心へということにあるが、これを演繹的探究

方法と帰納的探究方法の対立とみるのは適切でない、とする。そして、註四八五では、人の出身地の判定については、その人の著衣の色と話す方言とでは、著衣の色が同じだからといって同じ出身地に属するという結論を引き出すことはないが、特有の同じ方言を話すならば出身地は同じと推定する傾向がある、という例を示して、帰納的演繹的組成分子を説明する (翻訳につき、上出、津田利治訳)。

・ヘック利益法学三九二頁以下参照。

[16] § 2 (S. 5 ff.) ヘックは、債務法の序説の中でその主要問題を論じ、債権をめぐる生活事象は①給付内容・債務の問題と②債権者の満足の確保・給付の強制ないし責任の問題を提示する。そして、給付の内容の決定のために、現代の法では二つの指導原則 (根本命題) が妥当する。私的自治の支配と適切さという目標、つまり法の生活利益への適合である。そして、第三番目に、債権者優先が加えられる。これは副次的な意義しかもたない。普通法上の格言で、疑わしきは被告のために善く解す in dubio pro reo と表現されたが、十分な根拠をもって法命題とされうる。債権 Obligation は債務者に給付 Offer を要求するが、債務者は十分な根拠がなければそれを提供する必要はない。

[18] § 137 上出 [6] 参照。

[22] § 137 Nr. 4 (S. 411) ヘックによれば、七九四条の決定根拠は、その成立史が全く疑問の余地なく示しているように、取引の必要であって形式ではなかった。したがって、お互に対立する諸形式は、規範の獲得にも規範の解釈にも役立たない。しかし、依然として、文献上、七九四条の規定は創造説の法律的承認であるとすることもがある。エネケツェルスは、当時の最新版においても、七九四条は契約説からは説明され evident えないといって、契約説を否定する。ヘックはこのように述べた上で、エルトマンの著作に触れ、

本文に掲げたようにエルトマンの言葉を引用する。そして、ヘックはこれに対して次のように述べている。すなわち、エルトマンは *Abtun als Sonderleistung* [本文中は *Sonderbestimmung*] という言葉の下に取引の必要への復帰 *Zurückführung* を理解している。しかし、創造という形式に反対する者はこの批判にたいまぐつとはない。何故ならば、七九四条をその理論の帰結として、その貫徹 *Durchführung* としつて説明する *erklären* ような理論は、(a) 役立つべき、何を提供するのだろうか。そのような理論は歴史を偽造するものである。というのは、七九四条は理論から生じたのではなくて取引の必要に由来したことは全く確かなことであるから、とヘックは、*abtun, Durchführung, erklären* を隔く字体にして、旧方法論の誤りを強調している。

[24] *A&P. 112, S. 98, Anm. 141* ヘック・前掲「法律解釈」第五章 歴史的解釈とその補完(第一〇節) A法獲得の事象 7 偶然の機会の取扱 *a* 無視術 *masz*、ヘックは次のように述べる。法獲得について認識の不安定性、つまり複数の解明の可能性は否定できない。この不安定性の取扱いの第一の原理は無視術である。法学者は空所の戦慄(真空嫌悪) *horror vacui* をもって、歴史的探究から成果が得られないことを怖れる余り、不適切な認識手段を利用して見掛けの成果で満足する(充填現象) ことがあってはならない、として、ここでヘックは、シャロロック・ホームズの方法を註一四一で挙げている。すなわち、立法者は頑迷な犯罪人の如く扱われ、立法者は(立法的) 裁断を良く識っていたのに、頑に沈黙して、最後に炯眼な裁判官が、立法者の不用意な言葉尻を掴み、その秘匿した裁断思想を白状させるといふ方法を、シャロロック・ホームズの方法とっている。しかし、ヘックによれば、このような場合、事實は、立法者に裁断思想が欠けることが多く、裁断思想をもちながら、その通知意

思が欠けることは滅多にない、として、立法者は全知ではないが、その代り率直である、とする(上田翻訳一七七頁参照)。なお、ヘックは註(24)で旧方法論の影響を説いて、「法律におけるそれぞれ個々の価値構成 *Wertformung* の過度の顧慮もまた、実質的な洞察の欠如に基づく」とするが、原文通り *Wertformung* なのか *Wertformung* (文言構成) なのか、疑問である。

[25] 概念の擦替えによる規範獲得がライヒ裁判所判決の中にも見出される例として、
§ 50 Nr. 4 (S. 149) 第三者のためにする契約——処分の制限 第三者のためにする契約における権利の直接移転(諾約者から第三者へ受取人へ) という觀念から、①第三者の権利は直接に取得される②その権利は一度も契約者に属さない③契約者の財産に対する処分の制限に服さない、という結論を得るのは、概念の擦替え *Begriffsvertausung* (*quaterio terminorum*) である、とする。
§ 68 Nr. 2 (SS. 208~209) 債権譲渡 弱められた譲渡 *abgeschwächte Abtretung*、つまり債権 *Forderung* 譲渡の性質的に分割された一部 *qualitative Teilung* の譲渡(これについて法律は利益権、債権質権について認めているが、これ以外の性質をもつ弱められた譲渡(設定的譲渡) は許されるか。この問題について見解は分れているが、否定説が優勢であり、ライヒ裁判所は初め浮動的であったが、許容性を否定することに傾いている。この否定は、物権法的類型の限定(法定) *numerus clausus* で、つまり私的自治は債権の成立のためにのみ妥当し、譲渡には妥当しない、というところに第一の根拠を置いている。債権の譲渡は(準)物権契約であり、物権法の領域では私的自治はその働く余地がないとするライヒ裁判所の根拠は意外なものであり、ヘックはこれを説得力なしとする。

[26] 旧見解の法律規定の解釈への影響について例示する。

§ 10 (S. 32 ff.) 選択債務 法律の規定が概念構成に頼っていて、利益考量に拠っていないとして、古い見解(概念法学)の法律への不当な影響を指摘している。

§ 70, § 72 (S. 214 ff.) 債務引受 債務引受の概念に関して、取引上の広義の概念に対し、民法典の用語は非常に狭く、免責的債務引受のみを指している。債務引受は、体系上債権譲渡と Parallel な制度として並列され、債権譲渡において法変更的效果は両債権者の契約(債権者契約)に基くことされるので、債務引受にこの類推を行うと、内部的な債務者契約ということになる。(Theorie der Zessionsanalogie)。(まね)へ、債権譲渡では債権者の利益のみが問題となり、債務者はその利益が犠牲にされるのではないから、契約当事者から排除されるが、債務引受に債権譲渡の類推を行うのは、この差異を見逃している。もちろん、旧債務者は債権者に対してその追認なしに免責されない。そこで、内部的な債務者契約は、他人の権利、つまり債権者の債権の処分であって、この処分は権利者の追認 *Genehmigung* によってその有効性を獲得する」とする。

このような構成によって、債権者は契約者の地位から追認者の地位へと落とされることになる。(Vertretungs= oder Genehmigungstheorie)。(まね)の見解は普通法で優勢であり、この見解の結果が、成文法に示すように、民法典の規定の基礎となった。

§ 128 Nr. 4 (S. 386) 従たる契約 *Hilfsverträge* —— 保証 *Bürgschaft* —— 質権設定契約 *Pfandbestellung* 立法者の立法過程は意外なものであるが、利益状況の考量に基くものではなくて、概念形式から帰結を引出したものである(真正の概念法学)。

[27] 過去の法律の理解について旧見解が支配した例として、

§ 3 Nr. 4 (上田 [7])、§ 24 (上田 [7])、§ 69 (上田 [7])、

§ 72 (上田 [7])、[29]、§ 122 (上田 [7])。

§ 78 (SS. 237~238) 債務関与者の複数 —— 各説 —— 歴史及び構成 連帯債務の教義史において、公式化の問題は、債権譲渡及び債務引受におけると同様に、大きな役割を演じている。ここでも、同一性問題 *Identitätsproblem* がかわっている。(まね) ここでは、時的に互に相継ぐ命令形象の關係が問題となっているのではなくて、同時に存在する命令形象の分節 *Gliederung* が問題になっている。連帯債務 *passive Gesamtschuld* にかつては、その要素につき一部共通であり(給付内容)しか一部異なっている(異なる債務者の責任)という命令形象がそこにあるのであるから、公式化問題は全く手近にある。唯一の債務 *Obligation* が複数の人間關係を伴って存在するのか、一つの対象をもった複数の債務が存在するのかという問題が投げかけられる。債権譲渡及び債務引受におけると同様に、ここでも、二つの表現方法が許される。一つは同一の要素を前景に立て、他は差異を前景に立てる。そこで、複数の債務者を伴った一つの債務が存在するということもできるし、また、同一の対象をもった複数の債務があるということもできる。

§ 123 (S. 370 ff.) 共同關係と組合 *Gemeinschaft und Gesellschaft* —— 共同権利者關係 *Mitberechtigung* の諸形式 民法典は *Mitberechtigung* のために二つの形式を認めた。一つは持分を有する共同關係(共有) *Gemeinschaft nach Bruchteil* (七四二条)であり、他は総手的共同關係(合有) *Gemeinschaft zur gesamten Hand* という呼び方が慣用的となつてゐるもので、組合財産、婚姻共有財産、共同相続財産等の場合で、この呼び方はドイツ法に由来している。*Gemeinschaft nach Bruchteilen* はロー法法の共有 *communio pro indiviso* を承継している。ロー法では、個人の自由と対象についての共同の利益との間の衝突を個人の自由と有利

に決定した。民法典もまた、この形式において関与者の独立性を強調しているが、しかし、ローマ法よりは、共同の利益による制限の点でより先へ進んでいる。民法典は、個々の権利を制限し、限定的な多数決制度 *Majoritätsentscheidung* を認めた（七四三ないし七四五条）。

[28] §78（上出）[27] 参照。

[29] 或る規定の大きな法領域への組入れ、他の領域への類推の可能性について。

§3 Nr. 4 ドイツ民法典の債務法は、私法上の債務関係について規定されているので、他の法領域・公法上の債務的法律要件には法律命令として妥当しない、とされてきた。しかし、公法上の関係にあつても、私法において決定的な意味をもつ利益衝突が生じうる（たとへば、官吏の官舎に関する国家の義務、補助者の過失についての責任、二七八条。ここでは、とくに公の利益の侵害に考慮が払われなければならないのは自明のことであるが、しかし、もしこの関与 *Beteiligung* が適切でなく、利益状況が現実と同じであるならば、使用者の宿舎における同じ取扱いが命じられる、とドイツはいう。しかし、ライヒ裁判所は類推適用も許容されないとする。§110 Nr. 6 (S. 335) 雇傭契約——総説、概念、種類および範圍 *Verheftung* 雇傭契約は役務 *Diensten* と対価との交換を内容とするが、自由な雇傭契約は請負契約に極めて近いので、その限界づけについては屢々疑問が生じる。自由な雇傭契約に属するものとして、医師、弁護士、代理商 *Handlungsgenossen*、問屋 *Kommissionäre* 等を挙げて、続けて、公証人 *Notar*、執行官 *Gerichtsvollzieher* に関しては、早くには委任、そして雇傭契約という考えがとりあげられた（合同部決定 *Plenarbeschluss*）。ライヒ裁判所はこの見解を第二の合同部判決 *Plenarentscheidung* で、官職上の義務

が問題となる限りで、放棄した。何故ならば、これらの義務は同時に契約上の拘束の対象にならないからであるとする。執行官についてのライヒ裁判所の合同部判決は、公証人にも及んだ。この根拠は、説得的でない。ライヒ裁判所の最近の判例 *Praxis* によれば、義務の公的な性質（特徴）は、雇傭契約の考え方の類推適用にとつて障害とならない、としている。