

シュレーゲルベルゲル『民法典への訣別』（邦訳）

舟橋， 諄一
九州帝国大学法文学部

<https://doi.org/10.15017/14419>

出版情報：法政研究. 12 (2), pp.207-240, 1942-10-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

シュレーゲルベルゲル『民法典への訣別』(邦譯)

舟 橋 諄 一

はしがき——ここに譯出するのは、ドクトル・フランツ・シュレーゲルベルゲル (Dr. Franz Schlegelberger, Staatssekretär im Reichsjustizministerium) が、西曆一九三七年一月二十五日にハイデルベルク大學で行つた講演を内容とする、『民法典への訣別 (Abschied vom BGB)』と題する小冊子である。なほ、これに關しては、別に發表する拙稿『民法典への訣別論について』(日本經濟法學會第三回大會報告書「經濟法の諸問題」(3)所收)を参照せられたい。

法の本質を民族生活の外部に求めず、それを、單に、秩序づける面から見た生活觀の特殊相 (eine besondere Anschauung des Lebens unter ordnenden Gesichtspunkten) だと認むる者は、法の發展が、生活觀 (Lebensauffassung) の變遷、ならびに、民族の生活目的の方向 (die Richtung der völkischen Lebensziele) に依つて、必然的に決定されるといふことを、深く確信してゐるに相違ない。ドイツ民族の精神的ならびに道義的再生は、世界史的意義をもつ出來事であつて、それはまた、不可抗的な強い力をもつて、法律觀 (Rechtsauffassung) の變

遷をも、もたらした。しかも、この變遷は、その深刻さにおいて、近代法律史上類例を見ないものである。われわれドイツ人は、今や再び、みづからの自我 (das eigene Ich) の禮讚、ならびに、大衆すなはち複數自我 (eine Ichheit) の意見に對する心遣ひから、解放せられた。われわれは再び、われらの力の根源、すなはち、民族におけるわれらの繋がり (unsere Verbundenheit im Volke) に、思ひを致すに至つたのである。民族の心臓の鼓動と個人の心臓の鼓動との和音は、再び回復された。民族的繋がり (Volksverbundenheit) の自覺は、われわれをして、みづからの民族の魂に觸れしめる。民族共同體 (Volksgemeinschaft) は、もはや一の夢ではなくて、よろこばしき一の現實なのである。それは、新らしきドイツの生活型式の指導觀念であり、同時にまた、われわれの法を新たに整備するについての中心的視點 (Blickpunkt) を與へるものである。

この、法の新たな整備は、生活を法的に觀察しはじめに際して現はれるものである。われわれがすでに學生時代に聞いたところによれば、法学および法内容の最上級の區分は、公法および私法の區分だとされ、もし一の法規範に對して個人の利益が何よりも先づ第一に決定的である場合には、かかる法規範は私法に屬し、また、もし一の法規範に對して全體の利益が基準とされ、それに個人が從屬しかつ奉仕する場合には、かかる法規範は、公法に屬すべきものとされるのである。どこまでこの二區分が是認せらるべきかの問題が、ドイツにおいて、まさに現在、改めてまた活潑に論議されてゐることは、確かに偶然ではない。だが、しかし、生活領域を社會的に

考察することの進むにつれて、必然的に、この境界は次第に抹殺されざるをえない。これについては、近代的勞働法の發展を指示するだけで充分であらう。すなはち、勞働法は、狭い私法的境界から脱して、遙かに公法の領域にまで進出してゐるのである。おもふに、この問題を餘すところなく論じ盡くすことは、學理に一任せらるべきものと信ずる。あらゆる徴候 (Zeichen) が必ずしも當てにならぬものばかりとは限らぬとするならば、學理はそれによつて、なほ相當に長い間、豊富なる研究資料をもつに至るであらう。だが、公法と私法との區畫の問題が、なほ未だいづれの國においても、満足にかつ普遍妥當的に解決されてゐないこと、さらにまた、窮餘の解決策が講ぜられた限りにおいても、文明國の圈内での一致が未だに達成されてゐないことは、まづたく、この問題に内在する不透明さを示すものである。ただ、わたくしは、ここでは、以前にはわれわれ自身の間においてさへ刑法を民法の一部として取扱ひ、また、今なほフランスでは、ドイツとは反對に、民事訴訟の法が主としてもつばら私法に數へ入れられてゐるといふことを、指し示すにとどめる。往々にして、われわれは、私法の法典中に取扱はれてゐるすべての法領域を私法のうちに含ませることによつて、いはば經驗的に、私法の圈を決定することに、逃げ道を求めようとする。だが、それは甚だしく危険な企てであり、わたくしは直ぐ後で、さらにもう一度、他の事と關聯して、それに立ち戻つて論ずるつもりである。で、差しあたり、わたくしはこの問題につき、これ以上立入つて論ずる必要を認めない。

目下のところ二つのことを確定するだけで、わたくしには充分である。その第一は、ある種の生活領域で、純粹に私法的に秩序づけられてゐるものが存在するといふことである。もし、わたくしが自分の自動車をドイツ民族共同體の受託者として所持してゐると、誰かが主張しようとするならば、それは誇張にすぎらうであらう。だが、もし、例へば車體またはタイヤが公共の目的のために要求せられるならば、それだけですでに、法的考察の變化が起りうる。そして、その際、引渡強制が命ぜられるか、あるひは、引渡を勧告されるかは、何ら決定的でない。しかるに、これと根本的に異つて判断せらるべきは、次の諸事例である。すなはち、例へば、誰かが古文書のうちに音楽の傑作の手稿を發見するとか、あるひは、——最近新聞紙上に現はれた事件だが——外見上價値少なき什器として、世界大戰において沈没したドイツ海軍の英雄的艦船の裝具を取得するとか、といふやうな場合である。かやうな事例においては、すべての民族同胞の共同の利益に對する顧慮が個人の利益を蔽ひ隠し、かくて、法律状態は公法のため有利に推移する。そして、それは、再び復活したドイツ民族の精神のおよび道義の心構へを特徴づけ、また、第二の確定たる、ますます強まりつつある力をもつて公共の利益を個人の利益に打ち勝たしめるといふことを、特徴づけるものである。

すでに一七九四年のプロシヤ一般國法 (das Preussische Allgemeine Landrecht) の序章 (Einleitung) に、次のやうな言葉があつた。それは、『民族成員ノ個々ノ權利及ビ利益ト、共同生活ノ福祉増進ノタメノ權利及ビ義

務トノ間ニ矛盾ヲ生ジタルトキハ、前者ハ後者ニ後レザルベカラズ』、といふのである。しかし、ナチス黨の綱領が、『公益ハ私益ニ先ダツ』(„Gemeinnutz geht vor Eigennutz“)といふ要求を掲ぐるのと、何たる相違のあることであらう。なぜなら、この要求は、單に法的に秩序づけられた生活に關するにとどまらぬからであり、また、それは、ただに法命題(Rechtssatz)たるのみならず、すでに信仰命題(Glaubensatz)となつてゐるからである。そして、それは、單に民族同胞の行動のみならず、その思想までも規定すべく、かくて、かれらの道義的觀念を、——公益と私益とを法的に調整する機會をもはや斷じて存在せしめないやうに——しかく、強めかつ導くべきものとするのである。アードルフ・ヒトラーの國家は、總統の言葉によれば、『すべての人の對立する利益の間の均衡を維持すること』⁽¹³⁾を、また、プラトリーの言葉を借りれば、『すべての人に、おのおのの個人が國民のために成就した成果に對する、かれらの分け前を』⁽¹⁴⁾、といふことを、目標とするのだが、かやうなヒトラーの國家は、人間の精神狀態の民族共同體觀念への變化を、すでに法律の前景においても求め、かつ、促進してゐる。法律觀の醇化は、この變化に従はなければならぬのである。

誇りをもつて第三帝國は、各人にその分を(suum cuique)、といふ古プロシヤの標語を信奉することを公言する。だが、個人の權利に對しては、民族共同體の有する、名譽と自由とを保持しつつ生存することに對する權利、全民族の有する、公共の福祉の増進とその文化財の保護とに對する權利が、優先するのである。

われらの立法は、はたしてこれに一致してゐるであらうか。誰か、この問ひに對し、良心に疚しさを感ずることなしに肯定せむとするであらうか。

確かに、まつたく、國民社會主義國家の法規定にして、民族共同體の必要に對する顧慮を、望まじき限りの明瞭さをもつて、要求してゐるものがないわけではない。これに關聯しては、ただ外國爲替法 (Devisenrecht) を想起してもらへば、それで充分である。しかし、これと對照せらるべきものとして、ドイツ民法典 (BGB) の未だに變更を受けざる次の規定を引用したい。すなはち、物の所有者は、「法律又ハ第三者ノ權利ニ反セザル限り、其ノ物ヲ任意ニ處理シ、他人ノ凡ユル干渉ヲ排除スルコトヲ得」といふのである。さて、わたくしは、すでにしばしば、いかに、一つの法律が生活觀および法律觀の變遷に伴ひ、往々にしてはほとんど氣づかれずにその内容を變じ、そして、彈力的に、民族の變化した精神状態に適應するか、といふことについて注意を促し、また、若し法を尙早的に規範化することについて存する危険を指し示した^(四)。しかし、他面において、民族の生活目標——それがすでに到達せられたものであらうと、あるひはまた、やつとそれに進路を向けられたものであらうとを問はず、それ——と、民族共同體の内部における行動の指針たるべき法規との間の間隙を、あまりに永い間放置しておくことは、回避せられなければならない。もし、法 (Recht) と法律 (Gesetz) との間の矛盾を適時に終熄せ

しむることをしないならば、それは、無責任にも、法律に對する服従の意志を弱め、もつて、國家に重大な損害を及ぼすこととなるのである。また、われわれは、法律状態が變更せられない場合にも、聰明な裁判官は確かに正當なる判決を見出すであらう、などといふことで、安んじてはならない。なぜなら、民衆をして、いかなる命令に従ふべきかにつき、決して疑念を起させてはならぬからであり、また、立法者が明らかにしてゐないといふ理由で、民衆をして已むを得ず訴訟によらしむることがあつてはならぬからである。そこで、さらに、次のことを注意すべきである。すなはち、わたくしがすでに以前に述べたやうに、今や現行法(五)のあらゆる規範は、ナチス黨綱領に認められた道義秩序および世界觀を顧慮して解釋し、適用せらるべきことについては、まったく何らの疑ひをも容れないのだが、しかし、他面において特に強調せらるべきは、法の領域においても、總統が——そして、ひとり總統のみが——發展の速度を決定するであつて、もしも裁判官がこの決定に先き廻りしようとするならば、かれはその任務を誤認し、その義務に背くこととなるのである。裁判官は法律に拘束せられてゐるといふことを、當局が今まで繰返し非常に力を籠めて強調したのは、よろこばしいことである。裁判官が、惡しき、または、不完全なる法律に従つて下さざるをえなかつた判決のゆゑをもつて非難されることを、もしわれわれがそのまま認めるならば、それは、責任の轉嫁を意味し、司法に對する信頼を失墜せしめるものである。

わたくしが今しがた、ドイツ民法典の所有概念を引合ひに出したのは、それによつて、單に民法典革新の必要

に對する一例を擧げたに過ぎない。所有内容のかやうな説明は、ドイツ民法典全體の枠内で特に目立つて見えるやうなものでは、決してない。それは、ただ、この法典の過度の個人主義を表はす多くの標識 (Kennzeichen) のうちの一つに過ぎないのである。もちろん、所有の制限も現はれてをり、特に債權法の領域においては、例へば高利に關し、違約罰の減額に關し、また、賃借人保護ならびに勞務者保護に關して、社會的な諸種の保護規定がある。しかし、その際明らかに讓歩 (Konzessionen) が問題とされてゐるだけであつて、それこそは、個人主義原則そのものの妥當性については、何ら變更を加へず、否、これをまさに行き過ぎから防止することによつて確保しようとするのである。なるほど、民法の殆んどすべての領域において、部分的にはすでに大戦前に始まり、戦時および戦後の立法によつて促進されて、法の個人主義的態度から共同體觀念への轉向が始まつてはゐた。しかし、この運動は、その始發點において立ち止つたままであつた。第三帝國に課せられた使命は、ここに原理的變化をもたらし、共同體よりの自由 (Freiheit von der Gemeinschaft) と云ふ民法典の原理を、共同體における自由 (Freiheit in der Gemeinschaft) と云ふ原理によつて、交替せしめることであつたのである。

共同體觀念の復興と密接に關聯するのは、生活財の評價 (die Bewertung der Lebensgüter) における變化である。再び獲得した自由を誇りとし、かつ、軍備力の回復をよろこびとして、ドイツ民族は、その名譽およびその成員の名譽に對して、特に鋭敏な感覺を有する。ドイツ民族に對して倦むところなくなされたる啓蒙の勞苦

により、この民族は、同じ血、同じ種族の統合力に對する深き理解を獲得し、その内部的團結は、婚姻、家族および氏族からの健全なる成長に基づくことを知つてゐる。人格と名譽、婚姻と家族と子女の幸福をば、ドイツ人は今や再び、貨幣ならびに財産より高く評價する。町人根性の國民 (Kriemervolk) のために書かれたかのごとく、財産の法的規律および保障を最初に置き、はるか間隔をおいて始めて、婚姻および家族を取扱ひ、人格法を知らず、^(五六) 不法行爲法における自由を所有と同一の段階に置き、しかして、『名譽』なる言葉をまつたその語彙のうちには有しないやうな法律が、いかでか民族の胸奥に訴へることができらうであらうか。

農民をドイツ民族の血の源泉として維持しかつ保障することに對する、總統およびその政府の配慮、ならびに、自然とその創造物とに對する愛情の復活は、その結果として、思ひがけなくも土地所有 (Grundbesitz) の精神的なる價值上昇 (ideelle Wertsteigerung) をもたらし、そして、これとは反對に、動産 (bewegliche Habe) の法的保護に對する關心をいちじるしく後退せしめた。しかし、また、われわれの經濟状態をまつたく冷靜に觀察することによつても、次のことを次第に認識させられてきた。すなはち、もしも、都市と田舎とが理解をもつて協力し、かつ、——もしそれが必要とあるならば——不自由を共にすることによつて、ドイツの土地に對する慈しみを他のすべての配慮より重んずるといふことがなければ、ドイツ民族の自由は、再び夢の國に沈没し去らざるをえないといふことである。——然るに、ドイツ民法典にとつては、所有は一つの統一的にして『純粹なる』

概念であり、同法典は、土地所有と動産所有との間に何らの差異も認めてゐないのである。

ドイツの自由と安寧とに對する・すべての民族同胞の一致團結、すなはち、眞の僚友精神 (der Geist echter Kameradschaft) は、勞働の高貴 (der Adel der Arbeit) に對する新しい感情を生ぜしめ、しかし、それに伴ひ必然的に、法的考察においても、ドイツ民法典とは反對に、財貨の生産 (Güterzeugung) を、財貨の移動 (Güterbewegung) より前に、かつ、上に、立つに至らしむるのである。

共同體觀念による個人主義の克服と同様に、生活財の評價替へ (Umwertung der Lebensgüter) もまた、法の原理的改編 (eine grundsätzliche Neuordnung) を要求する。

然らば、右の改編は、ドイツ民法典への手入れ (Überarbeitung) によつてなしとけることができるものであらうか。たとひ明瞭なる『否』のみが、この間に對する答たりうる。

ドイツ民法典は、構想 (Konstruktionen) を抽象 (Abstraktionen) としての法典である。それは、『巧妙なる技術 (künstliche Technik) を整然たる體系化 (folgerichtige Systematik) を手段として、豊富なる實生活 (Reich-

runn des Lebens) を若干の網羅的な定式 (erschöpfende Formeln) の中に封じ込めること』を企て、かくて、それは、空理空論 (Doktrinarismus) を千篇一律 (Schablone) とに墮してゐる。ドイツ民法典は、あまりにも實生活とかけ離れた概念を弄ぶ。むしろ、立法は、概念的總括 (Begriffliche Zusammenfassungen) を放棄する、とはできない。立法はそれを、法素材の區分 (Einteilung) ・秩序 (Ordnung) および實際的利用 (praktische Verwertung) の目的のために、必要とする。所有、契約、親族、等々の概念をもたない法は、考へることができないやうに思はれる。だが、これらの概念は、ただ、生活自體からのみ獲得することが許される。然らざれば、生活事象 (Lebensvorgänge) が、健全なる民族感情 (gesundes Volksempfinden) に従へばまじたく適合しないやうな概念の中に詰め込まれ、そして、民衆に理解のできる司法のかはりに、かの名題の概念法學 (Begriffsjurisprudenz) が現はれるといふ危険が生じ、かかる危険は、いかに過大視するも決して過大視しすぎることはない。サビニーは、概念を『現實的實體』 („wirkliches Wesen“) と呼んでゐる。この人格化 (Persönlichung) にあたり、すでに、概念の危険なる支配者意思が現はれてゐるのであつて、サビニーが他の箇所(九)で次のやうにいつてゐることは、間違ひではない。『われわれが、これらの概念を支配するのではなく、むしろ、われわれは、われわれの意思に反し、また、しばしば、われわれはそれを少しも知らないでゐて、それらの概念により規定され、驅り立てられる。』を。もし、この概念法學が、ドイツ法律學を永い間有害な仕方(十)で支配してきて、今日なほ、多くの法律家を、魔法使がその憐れむべき弟子を扱ふやうな仕方(十一)で、支配してゐるとするならば、われわれが率直に

認めざるをえないやうに、ドイツ民法典もまた、それに對して充分責任があるのである。

法的取引の客體 (Gegenstand des Rechtsverkehrs) の呼稱 (Bezeichnung) を技術的に容易ならしむるために、ドイツ民法典は、『物』なる名稱を不動産 (Grundstücke) にまで押し擴げてゐる。同法典は、異なるものを同一文字の上位概念のもとに接合されるものと感じ、區別の基準を移動性の有無に見出し、かくて、物を動産と不動産 (bewegliche und unbewegliche Sachen) ——後者は Grundstücke (*構成部分を含めての土地) といふに等し——とに區分するに至つてゐる。葡萄牙國を一つの『不動産』 („unbewegliche Sache“) と呼ぶるが、國民のうちの誰がそれを理解しうるであらうか。『不動産ノ所有權ト結合シタ諸權利』は『不動産ノ構成部分 („Beistandteile des Grundstücks“)』と看做される⁽¹⁰⁾。法律生活にとつて、教會保護者の權利 (Patronatsrecht) または物權的先買權 (dingliches Vorkaufrecht) が、一筆の耕地と同等た⁽¹¹⁾らふことを考へてみるためには、いかに多くの努力が必要であらうか。また、全然、構想の領域に存するものとしては、法人に關する理論 (die Lehre von den juristischen Personen) がある。これら實體 (diese Wesen) の權利および義務が歸屬するのは、實は人間 (Menschen) にであるから、これを、ひととは、まつたく忘れてゐるのである。なるほど、ドイツ民法典が技術的補助手段として使用してゐるこれらの概念の大部分は、多くの生活事象の規定からの抽象によつて、はじめて獲得せられたものであるから、ひととは、ひととは信するかもしれない。しかし、この抽象は、血と肉の最後の殘片

までも絶滅してしまふのである。熱帯の海に、小さいながら、巨大な怪物よりもなほ恐れられてゐる肉食魚でピラニア (Piranhas) というのがあり、その勢力範囲に入つて来るあらゆる生物をば、人間であらうと、牛であらうと、あるひは馬であらうとを問はず、すべて、氣味の悪いほどの速さで、僅か二三分の間に、文字どほり骸骨にしてしまふのだが、もし、われわれがドイツ民法典の概念世界を見廻すならば、そこでは、ピラニアが血腥く活動して、やりたい事を存分になし遂げたといふ印象を、しばしば受けずにはゐられない。われわれが、この型式 (*) の定式 (Schemen und Formeln) の世界において、現實の生活、すなはち、製粉所、鍛冶屋、醸造所、工場、または、農場に出會ひ、また、機械および肥料について何事かを聞くならば、⁽¹¹⁾ まつたく獨特な感動を與へられるであらう。しかし、あらゆるものを骸骨化するところの従物概念 (Zubehöbegriff) がより詳細なる規定を要するといふ理由だけで、ドイツ民法典の編纂者たちがかやうな讓歩を強ひられたにすぎぬのだといふことを認識するとき、これにより、右の體驗についての悦びは覆へされるであらう。

ドイツ民法典は、その歴史的大部分において、教科書 (Lehrbuch) となり終つてをり、かくて、同法典は、かやうなものとして、民衆への近接 (Volksnähe) を斷念し、かつ、全民族、または、——その素材の異なるに應じて——民族のある一部に向けられるかはりに、ただ、法律家にだけ向けられてゐる。實際、それはすでに、その握ね上げられた抽象的用語の結果として、全民族を法秩序の基礎および關聯について教化するといふ、一大國

民法典のもつ使命を達成することができない。ティボーのいふところによると、常識に眞直ぐに入り易く、かつ、常識のうちにその學說の主たる基礎を有するところの法律學のみが、充分效果的に普及する能力をもちうる^{*(二三)}。しかし、法律家に對しても、ドイツ民法典は、あまりにしばしば、パンの代りに石を與へる。賣買法上の簡單な争ひを判定するために、ひとは、實際的適用において密接に纏れ合つた法規範を、あるひは第一編に、あるひは第二編の總則に、あるひはその各則のうちに、探し求めねばならぬ。もし、ひとが、賣買契約についての、解除 (Rücktritt) および瑕疵擔保による解除 (Wandlung) を、給付の遲滞および不能、ならびに、意思表示の取消に關する法規と關聯せしめて取扱ふことは、まつたく堪へ難いことだといつても、それは誇張ではない。抵當および相續法の重要な諸規定は、甚だしく不明瞭であり、かつ、あまりに技巧的であるから、女人にとつても、たゞ、非常に都合よくいつたときのみ、理解できるのである。

これらすべてのことにもかかはらず、ドイツ民法典を、ローマ法教科書 (Pandektenlehre) から民衆的なドイツの法律に變形させることは、もしも、それに、なほもう一つの他の缺點——それを、わたくしは、取除きえないもの^(一)と考へてゐるのだが——が附着してゐなかつたとするならば、單純に思考し明朗に行動するドイツ人にとつては、なほ可能でもあつたらう。わたくしは、かやうな缺點を、法律生活がその上で動いてゐる諸平面 (Ebenen) の差異を、見落してゐる點に、認めるのである。

おそらく、他の領域からの類例をあげるによつて、原理的なるものを最も明瞭に説明することができよう。すなはち、動物園において、ひとは、柵の中でライオンの隣りには虎か熊かに出逢ふであらうが、しかし、狼または麩には出逢はないであらう。種の區別は、自然的區分を基礎づけるものである。——それからまた、一つの農耕車に馬または牛が繋がれても、誰も奇異な感じを抱かない。しかし、大きい馬の隣に小さい馬を並べると、ひとはそれを嗤ふ。かやうな繋ぎかたは、秩序に反するのである。——あるひは、さらに第三の例をあげよう。數年前外國の主權者がベルリンを訪問した際に、慶祝の催しが行はれた。その番組は、「名歌手」(Meistersinger——*組合歌人)の第三幕と、「人形の精」(Puppetee)とから成り立つてゐた。この組合せについては、ほんの少しでも音樂的素養をもつてゐるひとはみな、侮辱だと感じた。誰が何といつても、動物は直ちに動物ではなく、馬は直ちに馬ではなく、音樂は直ちに音樂ではない。そこには、まさしく差異が存するのであつて、われわれは、それを輕々に無視することを許されないのである。

しかし、ドイツ民法典によつては、所有は直ちに所有であり、賃貸借は直ちに賃貸借であり、契約は直ちに契約である。わたくしが「箱の葉卷の所有者であらうと、あるひは一箇の土地の所有者であらうと、わたくしの法律的地位は同一である。わたくしは、『法律又へ第三者ノ權利ニ反セザル限り』、『物ヲ』、『任意ニ處置シ、他人

ノ凡ユル干渉ヲ排除スル』ことができる。前の場合には通常ありふれた消費財に關し、後の場合には神聖化された郷土の土地に關するのだが、こんなことはどうでもよいことなのである。不動産は一つの物だ。これで、一般的な所有概念の構成要件が與へられたことになるのである。かくて、法律家にとつて問題は落着し、感情價値 (Gefühlsseite) は法の考察にとつて除去せらるべきものであるが、同様に、物の經濟的價値の差異もまた、ここでは重要性をもたない、——と、かやうにドイツ民法典は考へてゐる。だが、ドイツ民族は、これを見解を異にする。かれらにとつては、土地所有は、葉卷よりもより高き平面にあり、それは、かれらにとつて、全民族共同體がその分配に關與するところの、郷土の土地の一部なのである。かれらは、土地所有が、法的概念を通過して、行く過程において、法的に一つの商品のごとくに取扱はれることに對しては、我慢できないのである。

ドイツ民法典は、賃貸借契約 (Mietvertrag) の概念を認めてゐる。そして、これによれば、賃借人は、『賃借人ニ對シ賃借期間中、賃貸セラレタル物ヲ使用ヲ許容スベキ』義務を負ふのである。個々の場合にいかなる物が問題となつてゐるかは、ドイツ民法典の法に従へば、どうでもよいことなのである。自動車、書籍、舞踏場、仕事場、あるひは住宅などの賃借は、すべて同一の型に従つて取り扱はれるのだが、それにもかかはらず、しかし、健全なる國民感情に従へば、住居の賃借は、法的にも、日曜日の遠乗りのための自動車の賃借とは何らか異つたものであつて、それは、比較すべからざる二つの生活事象に關するといふことが、了解でき

るのである。

夫婦財産制に關する契約は、なるほど特別の方式を必要とする。しかし、それは、ドイツ民法典によれば、すべての他の契約、例へば、家屋の修繕に關する契約、あるひは、バターや野菜の供給に關する契約と同様に、一つの契約なのである。これについては、何ら説明を加へる必要がない。

技術の過重視と概念の禮讃は、ドイツ民法典の編纂者をして、實生活を蔑視するに至らしめた。そして、かやうな蔑視は、現代のドイツ國民の法的生活に對して責任をもつ人々に對し、もはや選擇の自由を失はしめてゐる。つまり、ドイツ民法典は、過去の作品であり、それは、急速なる交替 (beschleunigte Abösung) を必要とする。かやうな斷案を下すことによつて、二、三とはいはず、おそらく多數の、法律家の間に、哀愁、否それどころでなく、悲痛の念さへ喚び起すといふことを、わたくしはよく知つてゐる。まつたく、ひとが、まづおそるおそる試してみ、それを採用し、そして、おそらく永い生涯の間、熟練と誠意をもつて仕事に用ひた道具に對し、別れを告げるといふことは、決してやさしからうはずがない。そして、わたくしはまた、義務としてなさねばならなかつた一切の批評にもかかはらず、次のやうな人々を深い感謝をもつて思ひ起すことに躊躇しない。すなは

ち、それは、非常なる愛國的獻身をもつて、世紀の轉換期に際し、その創造した作品により、私法の領域において全ドイツ種族を一つの統一的法秩序に結合させた人々である。

しかし、各時代はいづれも、自己に適合する法を維持し、かつ、創造することに對する權利と義務とを有する。

われわれが、さて、法の建て直しに着手する場合においても、なほ、ドイツ民法典、ならびに、それと結びつてゐる學理 (Wissenschaft) および裁判例 (Rechtspraxis) は、決して、無用なものになり終つてはゐないであらう。わたくしは、ここに、總統の言葉——これについては、わたくしはすでに一度言及する機會をもつたのだが——を繰返したい。

『人類の革新にして眞に價值あるものは、すべて、』——と總統はいふ——『また、虚心坦懐に過去の諸世代の立派な業績に結びつきうる。かかる革新は、過去のために自己の影が薄れるやうなことを惧れる必要はなく、むしろ、それは、自分の側から、人類文化の一般的財寶に對し非常に價值ある貢獻をなすのだから、かかる革新は、まさに、右の貢獻を充分に尊重せむがために、しばしば、過去の業績に對する思ひ出をみづから喚び起さむと欲する。かくして、新たに授けられたものに對し、はじめて現代の充分な理解を確保することができるのである。』

ただ、この世に、自分の側からは何ら價值あるものを贈ることができないくせに、何物かを——それがどんなものだから分つたものではない——世に與へむとしてゐるかのごとく振舞はうとする者に限つて、現實にすでに與へられたものをことごとく嫌惡し、好んでこれらを否定し、あるひは、抹殺さへするであらう。（二四）』

また他の箇所では——

『何かある新らしい理念や、ある教義や、ある新らしい世界觀や、あるひはまた、政治的乃至經濟的運動などが、過去を全般的に否定しようとする試み、これを誹謗し、無價値化しようとするならば、この動機からだけでも、極度に用心して怪しいと見なければいけない。大概の場合、この憎惡の原因は、單に、自己の低劣さか、または、惡意そのものである。人類の、眞に實り多き革新は、常に、また、永遠に、最後のよき基礎が中絶したところから、さらに建設されて行くべきであらう。かかる革新は、既存の眞理の利用を恥づる必要はないであらう。また、あらゆる人類文化と、人類そのものは、各世代がその礎石を積み重ね、附け加へ來つた唯一の長い發展の成果にほかならぬではないか。かくて、革命の意義乃至目的は、建物全部を破壊することではなく、悪い構造や不適當なものを取除いて、邪魔物を取拂つた健全な部分に、さらに擴張と増築を施すことなのである。（二五）』

無論、實際いふまでもないことなのであるが、新しい法の創造にあつて、ドイツ民法典、ならびに、それの學理 (Wissenschaft) および司法の實務 (Praktische Rechtspflege) における形成 (Ausgestaltung) を、思想的に跳び越えて考へることはできないのである。むしろ、過去の偉大な精神的作品をわれわれの時代のために利用することこそ、われわれの常に意識してゐる使命であるであらう。

私法の改造 (Umgestaltung) に對して基準とならなければならない大方針、すなはち、個人主義よりドイツ共同體觀念への轉向と、法の掟を生活財の正當なる評價に適合せしむることについては、わたくしはすでに述べた。しかし、わたくしは、さらに次の、不可避的に迫つてくる問題に對し、取るべき態度を明らかにしなければならぬのである。

四十年前に作られたドイツ民法典の後繼者が、同種の法典、すなはち、再び一つの民法典たるべく、また、たうるであらうか。わたくしは、これに對し、何ら躊躇するところなく次のやうに言明する。すなはち、わたくしは、革新問題のかうな解決をもつて、ありうべからざることだと考へ、そして、かやうな方法による改革は、必ず失敗に歸するに違ひないであらう、と。

ドイツ民法典が、世紀轉換の際すでに、天壽を全うせずして尙早の最後を遂げざるをえない運命にあつた原因を、深く顧みれば顧みるほど、ますます明瞭に、次のことを認識できる。すなはち、民法典の編纂者たちによつて成就された巨大な事業は、問題の提起が、誤つてゐるに、失敗に終らざるをえなかつたといふことである。婚姻および家族法を、賣買契約を取扱ふのと同じ法律のうちで取扱ふやうなことは、許されることではなく、また、土地所有に對し、工場製品に對すると同じ法律のうちで法的運命を定めるやうなことも、許されることではないのである。

例へば、プロシヤが、百年以上も、そして、一般に満足の念をもつて、プロシヤ一般國法 (das Allgemeine Landrecht) —— それにはならぬに、まつたく別の領域をも包含してゐるたが——の支配のもとに生活したといふことをもつて、右に對する異論となすべきでない。まさに、プロシヤ一般國法を引合ひに出すことにより、かへつて、わたくしの考へてゐることを充分に明瞭にすることができるのである。この偉大なる立法事業は、ドイツ民法典の意味における私法の法典編纂ではなくて、それは、法のあらゆる領域、特に國家行政全般、例へば警察制度、教育制度、宗教制度のごときをも包括する一種の法律集成 (Gesetzesammlung) であつた。かやうな集事業業 (Sammelwerk) においては、極めてさまざまなる生活圏が、その包含する規範全部を一つの共通な上位概念——これをいま民法または私法と名付けるにしても——のもとに置くところの一つの法典におけるよりも、

はるかに危険なく、お互に並び合つてゐることが出来る。なぜなら、實際、後者のやうなやり方によると、例へば、婚姻および後見制度の全部が民法であるといふやうな誤つた解釋に陥り、そして、そこに取扱はれた法的素材を全部同一の平面に無理やりに置くことになるからである。しかし、この均等化 (Enebnung) は、昔からの生活經驗に従へば、低い物を高い平面にあげる結果とはならないで、むしろ、高い物を低い平面に沈下させるに至らしめ、かくて、法を通過して行く過程において、生活事象および生活財にしてその正當なる評價に民族の運命がかかりうるやうなものを、がらくた化するに至らしめる。それゆゑ、ドイツ民法典がそのうちに取扱ふ相同じからざる法領域を包んでゐる締め金を、解き放つことが、われらが法の再生にとつて前提となるのである。

この主張が、おそらく、多くの人たちの、まつたく一般的な反對に遭遇するであらうといふことは、わたくしにはよく分つてゐる。わたくしは、ここで、國民的ドイツ法のために戦つた闘士の、十九世紀に起源する言葉を援用したい。^(一六) 『われらの民法の全般的變更は、専門的學識ある法律學者の間において、おそらく大多數の反對者を見出すであらうが、ひとは、これによつて、できるだけ聞誤つかぬやうにありたい。それは、常に變らな^いであらうし、また、それと異つたことは、まつたく期待できない』と。しかし、わたくしは、確實に豫期する二つの抗辯に關して、考へを述べてみたい。この二つは、その重要性において甚だしい相違がある。

その第一の抗辯はかうである。もし、ドイツが——その法典は多くの國々にとつて模範とされたのみならず、東アジアの言語にまで翻譯されるに至つてゐるのだが——多くの文明國とは反對に、民法典の様式による法典編纂を斷念するならば、ドイツは、國際社會内におけるその優越的地位を失はないであらうか、といふことである。しかし、この抗辯は重要性をもたない。ドイツの世界における文化的地位は、立法に關する限り、一つの法典編纂——すなはち、法規範を通し番號の條文で一卷に總括すること——をもつてゐるといふことにかゝるのではなくて、その法の質と道義的内容のいかにかゝるのである。ところで、もし、法が國民——それに對して法が向られてゐるのであるが——の心構へと調和しないやうな場合には、かやうな道義的内容を缺くこととなるのである。單行法 (Einzelgesetze) も、全體系 (Gesamtwerk) と同様に、模範となることができるのである。

このことは、もちろん、次のことを條件とするのだが、かくて、また、わたたくしは、ここに、その第二の、より重大に考慮せらるべき抗辯に移ることとなる。それは、新しく創らるべき法もまた、基本的法律問題の統一的把握 (eine einheitliche Erfassung der grundsätzlichen Rechtsprobleme) に基づくことであらうか、すなはち、法の原子化 (eine Atomisierung des Rechts) を現はれしめなうか、基本的問題をして、同一の法的思索 (Rechtsdenken) から生まれる一樣なる解決を見失はしめないかといふことである。これについても、依然として、サヴィニーの次の言葉が當てはまる。^(一七) 『二重の感覺 (Sinn) が法律家にとつて不可缺である。すなはち、各時代および各法形態

の特殊なるものを的確に把握するためには、歴史的感覚 (der historische Sinn) が。また、各概念および各規定を、全體との生き生きした結合と相互作用とにおいて——すなはち、唯一に眞實にして自然的なる關係において——觀察するためには、組織的感覚 (der systematische Sinn) が。』

この線に沿つて表明される懸念は、時折り、總則編は、いつたい、どこにいくことになるか、といふ問題の形をとる。かやうな問題提起は、わたくしにとつて、自己の立場を擁護することを容易ならしめる。わたくしは、かう主張する。すなはち、總則編が再來しないことはよいことであり、また、必要なことである、なぜなら、それは、血のない概念 (blutlose Begriffe) にもつての集合場所であるからであつて、かやうな概念は、そこで道具になるのではなくて主人公となり、かつ、法律を教科書に變造することに對する危険の源泉たるものなので、と。總則編なくとも立派な法律が存立しうることについては、なほ、フランス民法典 (code civil) も證明するところである。

しかし、いかなることがあらうとも決して斷念してならないこと、それは、法的素材の全般を洞察し、認識することである。責任を自覺せる法律改革 (Gesetzesreform) は、學問的基礎なしに濟ますことはできない。よき意志が能力を補ひうるといふ信念ほど、禍あるものはないやうである。ここでもまた、『巨匠をどうか輕蔑して

くれるな」といふ勸告があてはまる。よき立法には、單に、『偉大な男らしき高貴なる精神乃至絶對的な堅忍不拔』のみならず、『無限に周到かつ多様な知識』^(一八)を必要とする。ひとは、創造せむとする時に際して、創らるべき作品の全體がその心眼の前に想ひ浮んだとき、はじめて仕事に着手していいことになる。そして、それから個々の仕事の行程に應じて、それぞれに適した道具を選ぶ。しかし、ひとは、この道具を、完成された作品を觀察する人々の前に擴げて見せることはしない。精密なる仕事は、それ自身の力だけで動いていかなければならぬのであり、そして、その作品の取得者または利用者が何かなは些細な補助を必要とするにしても、それは、その作品自體のうちに與へられてをらねばならない。綿密に考へ抜かれた計畫による法の革新、ならびに、技術的補助手段の適切にしてむらのない適用が前提とされるならば、また、新らしき法秩序の作者が歴史的感覺にさらに組織的感覺をも結合するならば、外形的に結集された一體的規範(Normenblock)の不存在に對して向けられるあらゆる懸念は、すべて根據なきものなることが判明するであらう。

われらの法の健全化と民衆への近接は、外形的(ausserlich)にも生活面の差異が現はれるやうにしてやる場合にのみ、達成されうる。

かくて、この目的のためには——すでにドイツ民法典より分離して獨自の道を歩んでゐる社會的勞働法(sozial-

ales Arbeitsrecht)を除き——法的規範の三つの群が選出されるべきである。これらを、わたくしはさしあたり、簡単に次のやうに名附けたい、すなはち、人の法 (das Recht der Personen)、團體の法 (das Recht der Gemeinschaften)、および、不動産乃至土地法 (das Grundstücks- oder Bodenrecht)。

これについて個々別々に述べれば、次のごとくなるであらう。

人法 (Personenrecht) においては、權利能力・行爲能力および不法行爲能力、禁治産および失踪宣告、また、人間がその意思を表示する方法および方式、などに關する諸規定のほかに、なかんづく、なほ、人格權 (Personlichkeitsrecht) もまた、取扱はるべきであらう。それゆゑ、ドイツ民法典におけるやうに、單に氏名に對する權利のみならず、名譽および自由の保護、名譽喪失が權利の擔ひ手たり得る能力に對して有する意義や、智能的創作物の權利なども、取扱はるべきであらう。ここには、さらに、婚姻法、家族法全般、および血統連續の法としての相續法も、屬することとなる。

團體の法 (Recht der Gemeinschaften) ——これに對しては誠實 (Treu) の觀念が指導的であらねばならぬのだが——においては、社團 (Verein) および社團法人 (Körperschaften) が取扱はるべきであらう。しかし、

その際、職分團 (Strände) および經濟團體 (Wirtschaftsverbände) の區分を顧慮すべく、また、現在、法をおそらくあまりにもひどく分裂せしめてゐるところの種々なる取引條款 (Geschäftsbedingungen) の秩序を、注視すべきであらう。

不動産法 (Grundstücksrecht) は、——これは動産の法から分離されて——單に、土地所有權の取得、ならびに、債權的取得行爲、および、先買權 (Vorkaufsrecht)、再買權 (Wiederkaufsrecht)、買戻權 (Rückkaufsrecht) のうちを取得權 (Erwerbsrechten) について、規律しなければならぬであらうのみならず、右の所有權の内容をも規定し、併せて、相隣權および用益權ならびに土地擔保權 (Grundpfandrecht) を取扱はねばならぬであらう。ここに、住宅および營業所の法、ならびに、不動産用益賃借法 (Grundstückspachtrecht) が、またその正にあるべき地位を見出すであらう。

この三つの法の大領域を排除すると、現在ドイツ民法典のうちで取扱はれてゐる領域およびこれに屬する領域のうちで、なほ残るところは、次のごとき法的規律であつて、すなはち、これは民法と呼ぶかはりに、それよりも誤解が少く、かつ、國民により親しみのあるものとして、むしろ、日常生活の法的取引に關する規律 (Regeln über den Rechtsverkehr des täglichen Lebens) と呼んだ方がよいところのものである。これに屬するものは

しては、誠實信義および取引慣行の尊重に關する一般條項 (Generalklausel) ならびに、競業に關する諸原則のほか、給付障害の法を含めての契約秩序、損害賠償秩序、労働と賃銀に關する諸規定、財貨の生産と財貨の分配の法、それから最後に、金銭と金銭貸借に關する諸規定がある。この法律秩序の重要な部分が、もはや、前述の、國民共同體にとつて比較にならぬほどはるかに重要な生活領域に關する規律と、連結せられないこととなるならば、この部分は、從來よりもより公正な評價を受くるであらうことを確信する。なぜならば、この連結すなはち、比較すべからざるものとの比較は、右の部分をまつたく不當にも、がらくた法 (Bagatelrecht) のやうに見えさせるからである。

右の四つの大きい章 (Abschnitte) のそれぞれの終りに、國際法 (das zwischenstaatliche Recht) が取扱はれねばならないであらう。

なほ、ひとは、法律の完全無缺性 (die Lückenlosigkeit der Gesetze) なる迷信に陥らぬやう戒心すべきである。あらゆる生活關係を規制するといふやうなことは、立法の、可能なる目的でもなければ、また、追求し甲斐のある目的でもないのであつて、わたくしは、また、次のサヴィニエの見解に同感である。すなはち、立法は、なほほど教科書には載つてゐるが、しかし、裁判の實際には非常に稀にしか現はれて來ないやうな論争には、決し

て、かかづらつてはならないといふことである。^(一九) 欠缺を補填することは、その必要な場合には、裁判所の任務となるのである。

以上をもつて、將來の法秩序の梗概を與へることができたとするならば、わたくしは、ここに、一つの誤解を豫防しておきたいと考へる。すなはち、わたくしによつて與へられた、かの區分に對應する四つの法律の完成 (Ausarbeitung) に、今から着手するといふやうなことは、問題となりえないのである。かやうなことは、理論のために、法の改良を無期延期することを意味するであらう。總括的標題は、最初は、素材の思考上の整序 (eine geistige Ordnung) にはかならねばならぬである。革新事業 (Erneuerungsbaiten) は、むしろ、緊急性のいかに應じ、極めて種々雑多なる諸領域において、同時に、着手されなければならぬ。そして、可能となるや否や直ちに、單行法の形で (in Einzelgesetzen) したがつて、民法典の變更としてではなく、纏め上げられねばならないのである。但し、その際、一つの部分の豫定計畫が成就されるや否や、この部分に屬する單行諸法律を、連續番號附の一つの統一的法律に統合することは、依然として留保されてゐるのである。それから、さらに、もう一つ。現在すでに、第三帝國は、おびただしい數の法律規定によつて、ドイツ民族の法的生活を革新した。はたして、また、いかなる程度において、これらの規定が、次に、新らしい總括的規律 (Gesamtregelung) に移し入れらるべきであらうかについては、吟味せられるであらうし、そして、それは、個々の場合々に依るであらう。

現在でもすでにいへることは、新しい法律の二、三のものが、非常に鞏固な獨立的生存 (Einzelleben) を營んでゐるから、それらが、かやうなものとしてそのまま保持されねばならないといふことである。さうしたものとしては、例へば、世襲農地法 (Erbhofgesetz) や、特許法 (Patentgesetz) がある。ここでも、生成の途上にある立法事業は、他の古い法の法領域におけると同様に、國民同胞に對し、法的規律の關聯をその眼前に明白に示すやうな指示を、與へるだけにとどめるであらう。このことは、一つの義務であつて、それを果すことについては、法を學理上公法と私法とに分つことによつて、何ら制限を受けてはならないのである。

すでに一度、ハイデルベルクから、ドイツ法の改編を要求する叫びが發せられてゐる。ティボーは、彼れの一八一四年に現はれた、ドイツに對する一般の民法の必要に關する著述——それは、偉大なる業績を記録する歴史中の不朽の一頁たるものであるが——のうちで次のやうにいつてゐる。⁽¹¹⁾

輕率なる變更は、常に有害である。そして、もしも子孫が、確乎として眞面目に、かれらの祖先が幸福と満足を見出したところの、まさにその同じ道を歩いて來るならば、民族の性格は、すば抜けて力強き (Kraft) と堅實な (Gediegenheit) を獲得するやうになるのである。このことは、眞實であつて、まさに、たびたび繰返していはれるだけの値打がある。しかし、まさに、かの不變性 (Unwandelbarkeit) すなはち、民族の、古代に對す

る、かの祝福に充ちた畏敬の念こそは、民族の總力から生み出され榮譽の作品と呼ばれるに値ひするやうな法律によつて、はじめて到達されうる境地である。然るに、これに反して、もしもわれわれが、従来よりの法のままに放置しておかれるならば、われわれには、劣悪、不自然にして、われわれの特性と往々衝突するところのものが残され、そして、そのつぎはぎ細工は、年また年と、終はるところを知らざるに至るであらう。かくて、それゆゑ、かかる堅實なる榮譽の作品を、なかんづくこの時代において——すなはち、天下の人心が偉大なるものに對して、今まで嘗てないほどに昂揚せられ、また、あらゆる正しい市民が誠實に堪へ忍び、行動する氣持をもつてゐるやうなこの時代において——少くとも、子孫に立派な相續財産を遺さむがために、われわれに與へて欲しいものである。かかる作品が、かかる時代に創られるならば、それは、われわれの子々孫々にとつて、一の寶物 (Heiligum) となるであらう。

わたくしは、本日、次のことをお傳へできるのを、よろこびとする。總統兼總理大臣閣下は、ドクトル・ギェルトネル大臣閣下 (Herr Minister Dr. Günther) の上申に基づき、司法省が、現在民法典のうちに規定されてある法の革新に即刻着手すること、ならびに、一つの新しい法典の代りに生活財の多様性に對應する單行諸法律を準備することについて、承認を與へたる旨表明されたのである。

註 (本文中または左の註のうち、*印を附したのは、すべて譯者の補正乃至挿入によるもの)

- (I) Riezler im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch Band 2 S. 610, 612.
- (II) Völkischer Beobachter, Berliner Ausgabe v. 26. Januar 1936.
- (III) Plato *Πολιτεία* Buch V, deutsche Ausgabe von Horneffer S. 234.
- (IV) Zu vgl. die Vorträge „Von der ewigen Jugend des Rechts“ in der Sammlung Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren, Berlin 1930, und „Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung“, Berlin 1934.
- (V) Zu vgl. der Vortrag „Ein Volk erlebt sein Recht“, Berlin 1936.
- (VI) Hierzu: Otto Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 84.
- (VII) Gierke S. 17.
- (VIII) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, Heidelberg 1814, S. 29.
- (IX) S. 113. (* S. 112?)
- (X) § 96 BGB.
- (XI) Gierke S. 283.
- (XII) § 98 BGB.
- (XIII) Thibaut, Die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814, 2. Ausg. Zus. 18.

- (1E) Mein Kampf, 116.-118. Aufl. S. 285. * 眞鍋氏邦譯、上卷三九三頁。拙譯はなるべくこれに據ることとした。
- (1F) Das. S. 286. * 眞鍋氏邦譯、上卷三九五頁。同前。
- (1K) Thibaut, a. a. O.
- (1P) S. 48.
- (1Q) Thibaut S. 35.
- (1R) Savigny S. 132.
- (10) Thibaut S. 59, 60.

附記——この邦譯に當つては、本學の小牧教授ならびに菊池教授より多大のお力添へをいただいた。記して感謝の意を表したい。ただ、わたくしの微力のため、なほ誤譯なきを保しがたいのみならず、譯文も甚だ生硬なのは、残念である。