

ラアトブルツフ入門私法論の素描

住 田 始 男

は し が き

初めて法律學を學ばんとする若き學生諸君のために本稿を書く。現代ドイツの法哲學の最高峰に位すといわれる巨匠、グスタフ・ラアトブルツフ (Gustav Radbruch 1878—) が會てマンハイム商科大學での講義を基礎とし、一般の教養を具えた知識人を法學の門戸にまで導き、法の中に含まれている根本の問題を、國家觀や世界觀や生きた生活感情と直結した姿において示すことを狙つて書つた「法學入門」 (Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929) は、「法哲學綱要」 (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1922)、「法哲學」 (Rechtsphilosophie, 1932) と並んで彼の三大著作をなすものである。最近、尾高朝雄教授は「ラアトブルツフの法哲學」という一書を公刊せられて、右の「法哲學」の重要な點に關して、その全貌を紹介し、その冒頭に、ラアトブルツフの法哲學のもつ價值を高唱せられ、ラアトブルツフの法哲學を理解することが、今日の日本の再建にとつて大に參考となる點を強調していられる。

改めて述べるまでもなく、ラアトブルツフは新カント哲學から出發しつゝ、新カント主義のもつ弱點を補強し多彩、豊富な獨特の法哲學理論を展開した。彼は民主主義の透徹した理論家であり、徹底した戦争反對論者であり、かつワイマール憲法下に民主政治の行われた頃のドイツ社會民主主義の立場から活躍した優れた政治家でも

あつた。ラアトブルッフの學問上の業績は、刑法學と法哲學の二つ領域にまたがつているが、彼の學風的一端を紹介する意味で、本稿では、右の「法學入門」について、その「私法論」(Privatrecht)の部分を取り上げて概観を行うものである。本稿の題名は些か生硬な憾みをもつが、このような意味のものであることを汲みとりたい。もとより、この概観は私自身の理解を媒介とするものであるから、こゝに扱われる内容も、繁閑精粗すべて私の評價に従つたもので、必ずしもラアトブルッフの所説の忠實な再現とはならないであらう。また、章節の區ぎりなども取扱いの便宜から、私の勝手に試みたものである。かくして、こゝに述べられる多くのことが、すでに今日においては常識以上に一步も出でない程度の、全くの入門論に終つているとすれば、それは、悉く私の力の足らざるが故である。

なお、ラアトブルッフへの入門としては、「法學入門」中その最初の項「法」(Recht)の部について、反覆味讀することが最も望ましく、さらには、前記尾高教授の著書について學ばれるならば、學生諸君のこの點における理解は大に深め得られるであらう。

一、私法と公法

法學的觀察方法に従うと、「國法」(Staatsrecht)が、他の一切の法律の淵源であり、國法が國家を創造し、⁽¹⁾國法が國家意思を構成する。この意思構成に基いて、法律の形式で、爾餘の一切の「法規」(Rechtsätze)が發生するとみるのである。しかし、歴史的觀察方法によると、その關係は全く反對で、そこでは、自己や他人の物についての法律、賣買や取引についての法律および親族や相續についての法律、つまり、「私法」(Privatrecht)が不動の基礎をなし、國法は變りうる上層建築にすぎないと考えられている。史上いかに國法が變遷をうけ來

つたことか、それは、單に十九世紀以降において、そうであつたというばかりではない。私法に強行性を附與した國家意思是、最初の段階においては、神聖ローマ帝國の意思（絶対國家の意思）として、やがて、それはその下なる個々の國家の意思（立憲國家の意思）として、さらに、次の段階においては、ドイツ帝國の意思が、初めには皇帝の意思として、次には共和國の意思として現われている。ところが、これらの國家意思是、その内容においては、常に本質的には同一であつて、私有財産制、契約自由制、一夫一婦制、相續制に基礎をおいた私法秩序をもつて貫かれてゐる。二十世紀における社會主義的なワイマール憲法も、私法におけるこの四基礎概念を嚴肅に承認したものである。

私法にとつては、私的生活關係こそ最大の關心事であつて、何よりもまず、個々の人間を夫や妻として、親子として、或は商人や農夫として豫想するを常とする。私法が公的生活關係を問題とし、個人を國民として感知するのは、然るのちのことに屬する。日常既存の利益が、政治組織の變革に對してよりも、私法の改變に對してより多くの抵抗を示さざるを得ないのは、まさに、この間の事情に基くものである。

ラアトブルツフは、私法の基礎に横わる原理の數千年にわたる右の「永續性」(Dauerhaftigkeit)と、そこから生じた原理の「自明性」(Selbstverständlichkeit)を捕えて、他の法律部門の研究が研究の當初において、法律政策的な基礎觀念を無視し得ないとき、私法のみは、未だ會てかゝる哲學的、政策的原理論の前に立たされなかつたことの理由をそこに見出している。自明性の哲學は、常に斬新な哲學の背後に隠れて目だたない。しかし異端が現われると、これに對して自己の敎説を辯明し、敎義的に基礎づけるために、辯證法と敎義學が生れ出る如くに、「私法學」(Privatrechtswissenschaft)をして最初にその指導原理を反省せしめる機會を與えたものは私有財産を、從てまた私法一般を排撃する「社會主義」(Sozialismus)の出現であつたと指摘している。ラアト

ブルツフは幾分誇張された表現を氣に懸けながら、社會主義的法體系は、もはや私法の關知しない法體系であり經濟や家族の問題、特に、財貨の社會的生産と配分、並に社會的任務としての家族員の教育等の問題は、むしろ公法に屬せしめらるべきだと斷じ、反對に「無政府主義」(Anarchismus)は、一切の法律を私法に改めることを欲し、命令する國家の代りに、自由な契約を行わしめようと願うものであると述べている。

ところで、「公法」(öffentliches Recht)とは一體⁽²⁾なる法であるか。公法と私法とは、いかなる點で區別されるか。一般に公法と私法とは、法の本質から論理的に導き出される先天的な概念であるといわれる。いま、ラアトブルツフの確定に従うと次の如くである。一の義務が他人の命令によつて基礎づけられるときは、きまつて公法であるが、私法上の義務は、きまつて、義務者の自發的服従によつて發生する。納税の義務を果したり、陪審官としてその職責をつくすことなどは、好む好まぬに拘らない。けれども、購入した品物の支拂をしたりにまた、上下秩序の關係に立つ人々の法律關係について、公私兩法の區別を次に説明している。支配者と服従者との法律關係は公法の對象であり、私法は、法律的に平等者とされた者を對象としてゐる。たゞし、國家對個人間の一切の法律關係が、公法關係として迫るのでなく、時には國家と雖も「國庫」⁽³⁾(Fiskus)として、平等の立場で個人に對立する場合がある。例えば、豫めそれにつき相談することもなく、國家が軍隊の宿營を個人の家に割當てるのは、公法の上にたつが、國家がその官廳を個人から借用する家屋に移轉する場合は、私法の上にたつてあろう。

前に公法と私法とは、先天的な概念であるといつたが、それは、公法と私法との區別が古くから自覺されてきたという意味ではない。中世のドイツには、公法と私法との區別は認められていなかった。だから、ペロウ

(Below) の如きは、中世國家の國家性を強調し、さような國家的關係は私的關係に還元できないものであり、従てまたこのような關係を規律する法は、私法と區別さるべき獨自の國家法であると考へるのである。彼はそこから階級國家の本質と中世の國史、殊には古代ドイツ帝國の滅亡の所以を探究し得るとしたのである。⁽⁴⁾ 國民の二大義務としての兵役、納税の義務は、中世ドイツ國家にあつては、國民たる地位に基くものとして、⁽⁵⁾ 義務者の側での特殊引受としてのみ基礎づけられた。ラアトブルッフは、中世における公私法の關係については、兩者が相混淆して存在した點を卒直に把握し、一方においては國家權力の重大な害惡のために私法への人氣が支配的であり、他方において私法は益々公法的な、例へば軍國的義務によつて拘束をうけた點を眺める。それ故にまた、完全な私法上の權利能力は、公法的な兵役能力への豫想に結びついた點を見おとしはない。さらにすゝんで、公法上の權能は、謂わば榨取的・支配的な「領民權」(Grundholden) 裁判權、警察權、課税權等が、私法の様式に従う騎士領所有權と結合せしめられることによつて高められ得たのである。私法を「官職」(Amt) のために存せしめ、その故に、また、逆に官職が私法の基礎の上に營まれていく如く假裝することが、階級國家の本質であり、宿命でもあるとラアトブルッフは説いている。

このように、公法と私法との間には限界線が常に劃然と引かれ、現實の法關係は必ずそのいづれかに屬して、他の領域には屬さないという如きものではない。いま見たような公法的色彩は、今日も依然として、勞働關係の中に餘燼をとどめてゐる。特に地主とその日傭小作人、主婦と女中、身分的家族主義的立場をとる事業主とその勞働者等の關係について、自由契約的法形式に對する反抗が試みられつゝあるのも、まさに此の故である。

ようやく、公法と私法との嚴格な分化が齎らされたのは、ドイツへのローマ法繼受以來のことである。⁽⁶⁾ そこで「領主」(Landesherr) は身分的な隸屬關係から解放され、彼に最高君主のもつ公法的命令權が貸與されるに

至り、また、他方には、家父長的、官憲的要素が、東エルベの騎士領所有主の領土権によつて、その農民を撫で廻し、ローマ奴隸法の影響をうけて、無遠慮にも利己的「奴隸」私法へと變化しつゝ進んだ経緯が指摘せられる。やがて、そこから法律的概念構成は世界史の中へ侵入し、或は世界史的地位を意識しうるまでに發展を遂げる端緒を得たのである。ところで、今日、現前の法律生活に見られる深刻な變化の中に、再び、最も明瞭に、私法にも公法的關係としての現象が現われ、公私兩法の相互浸透による新法律領域の生成、即ち公法的であり、私法的でもあるところの經濟法、労働法の發展を見つゝあること周知の通りである。⁷⁾

(1) 國家は最も嚴密固有な意味での法團體である。それ故に、いかなる場合にも法を離れて國家はありえないという法國家同一説について、尾高朝雄教授「法哲學」昭和十四年 二六〇頁

(2) 近代法の諸性格の中で、容易に氣づく顯著なことがらは、こゝでは公法と私法とが峻別されていることである。尤も公法の限界づけの基準に關する法技術的構成については、必ずしも見解の一致をみない。尾高朝雄教授「實定法秩序論」昭和十七年 四七三頁

(3) たゞし、國庫と國家とを同一とみる法學上の既成概念は否定もしくは修正されなければならぬとする見解について尾高朝雄教授「實定法秩序論」昭和十七年 四五七頁

(4) Below: Der deutsche Staat des Mittelalters, B1. 1. 1914. S. 291f.

(5) 出征義務は封建君主と家臣との間の封建契約によつて、また所謂 *Bederlichkeit* は封建君主と等級代議員との間の妥協によつて基礎づけられている。

(6) 磯村哲助教授「近代法に於ける公私法の分化について」私法 第一卷 五七頁

(7) Gustav Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 92.

二、ローマ私法とドイツ私法

ローマ法は、ドイツに一四五〇年から一五五〇年の間に、極めて徐々に入りこんだために、ドイツ法律史上最も結果の重大なこの出来事は、同時代の人々に殆ど氣づかれないうで實現した。従つて、いま後時代の人が、この歴史の経過のありのままの影響を、個々の原因について探究してみても、徒らに不可解な謎の残片を意識するばかりであろう。偉大な影響を微少な原因から導き出さざるを得ないというこの要求は、しかしながら、通常、同時代の偉大な精神運動の部分現象として、ローマ法の「継受」(Rezeption)と呼んで理解せられてゐる。それは、科學における「人道主義」(Humanismus)、藝術における「文藝復興」(Renaissance)、宗教における「宗教改革」(Reformation)と並稱されるものからのものである。

これらの精神運動は、一方においては、スコラ哲學による中世的歪曲に抗する「純正復古派」(reine Antike)の闘争によつて特徴づけられてゐる。けれども、ラアトブルッフは、この闘争において「ローマ法の継受」は、覺醒された純正復古派の側においてよりも、反つてスコラ哲學の側に立たされてゐたとみる。なぜならば、それは、ローマ法の純粹な形においてではなく、イタリースコラ哲學の手にうけとられたそのまゝの姿でドイツに齎されたからである。だから、ローマ法の継受は、これに、法の上に移譲された人道主義として簡単に看做し去ることは許されないであろう。たゞ、それは他の理由から發したローマ法の採用が、復古派への人道主義的尊敬という利益を齎したことともなる。しかし、他方において、人道主義、文藝復興および宗教改革は、中世的極權からの最初の「個人解放」(Befreiung des Individuums)たる意味を有し、やがて、ローマ法の継受もまた個人主義精神運動を組織するものとなつたのである。

かように、ローマ法の継受は、特に法律史的動機と並んで、絶えず精神的なものを漂わせたといつて差支え

ない。その法律史的な側面については、ラアトブルッフは二點をあげて問題としてゐる。第一は、ドイツ固有法が一樣なものでなく、地方毎に異り、都市毎に區々であり、不確實なものであつた。むしろ、本文の慣習法として、それ故に漸増する取引の要求に合致しないものであつたという點に理由があつた。これに對して、ローマ法は成文法として、かつ、普通法として存在し得たのである。それは、全く非歴史的ではあるが、ローマ皇帝、從てまた、ユステイニアン皇帝をドイツ帝國の祖先として眺め、コルプス・ユリス *Corpus Juris* をドイツ皇帝のものとして、「ドイツ帝國の普通法」(*Reichs gemeines Recht*)として眺めることに慣れきつたと、どう事情によるものである。第二の點としては、ローマ法の適用についての眞剣な理論的把握と實際的な運用の問題が残るだけであるが、そこには、一連の複雑な事情が共働した點を見のがすことができない。(イ)上級法院特にドイツ帝國高等法院の創設(一四九五)、これは管轄区域内の無数の地方法や都市法の知識を以てしては、裁判所に何ものをも期待し得なくなつたので、ローマ法の適用を規定し、その判決に對して下級裁判所——その判決が上級審で破棄されないことを欲する——は、これに適合せざるを得ないものとする。(ロ)新進裁判官の任用、益々複雑化した經濟生活に條件づけられて、學識豊かな法律家を裁判官に任用するのでなければ、四分五裂の状態にあるドイツ法を系統づけることができない。(ハ)著述事業の促進、これらの法律家の登用とともに、著述の仕事が埒り、國民に判り易い法典の形で、ローマ法の新しい理解が次第に普及し徹底をみたわけである。(ニ)多數都市法地方法の法的順應、最後に、一方では、帝國高等法院や地方高等法院の判決に適合せしめるために、他方では、聯邦分立的法律を一樣なものに置きかえるために、地方法、都市法の多くは、ローマの法律原理に順應を示したのである。かようにして、一の偉大な國民が、外國の、言語を異にした、千年も古い法典のために祖國の法律を棄て去つたという、まことに類例のない出來事は完了したのである。

ところで、このことは非難さるべきであるか、それとも讃歎さるべきであるか。この点について、ラアトブルツフは次のような批評を興えている。即ち、これに對する答は、古來から論争のある法哲學上の基本問題——個人主義的法律觀と超個人主義的法律觀との對立において、いかなる立場をとるかの程度に應じて、種々に提出されるであろう。なぜならば、ローマ法とドイツ法との對比の中に、人は最もよく自らの世界觀的立場の映像を發見することができるからである。前に觸れた公私法の區別が、ドイツ法上問題とされなかつた理由として、素朴な法律思想では抽象が不可能であるという點と並んで、さらに一層深く、次の超個人主義的立場が指摘されねばならぬ。ゲルマン法の見解では、個人は常に全體の中で有機的分肢とみられ、個人のための法律は、個人をしてそれぞれの立場から「全體社會」(Gesamtheit)のために奉仕せしめるための生活の基礎を形づくつているものとして秩序づけられ、その内容は常に共同の利益で限界づけられているものである。もしもそれらの制度がこの目的にそぐわなくなれば、私權や私權の保護はいつでもこれを取り去つて差しつかえないのである。だから、自由な所有權に比して壓倒的多數の制限的不動產權、所持者に軍事上の制限と責任とを負擔せしめた封建領地、その處分は家族の同意を要するものとした相続財産等にみられた例の如く、個人はそのあらゆる權利を全體のためにのみ、また全體の利益においてのみ附與せられている。そこでは、公法が優位を占めて、私法は、單なる公法の放射にすぎず、公法の構成要素にすぎないものとせられたのである。

これに對して、個人があらゆる權利の出發點でありまた歸着點でもあるとする正反對の見解は、ローマ人の個人主義的立場に示されている。こゝでは、法の中心はあくまで私法に存する。こゝでは、「共同社會」(Gemeinschaft) は個人のために存在し、公法は私法を保護するための手段にすぎない。ゲルマンの法律觀にとつて、公法が出發點である如く、ローマの法律觀にとつては、私法が出發點である。この故に、ゲルマン法上の所有權

が、常に、一の制限された處分權であるに對し、ローマ法上の所有權は（一般には不明瞭にしか表現されていないが）その目的物の上に無制限に行使しうる力として内容づけられ、その行使は、他の個人の私權によつて、または、あらゆる個人の利益のために公權によつて、單に「⁽⁴⁾外部的に」制限をうけるだけである。所有權に役だつということが、他のあらゆる權利の終局の目的であり、所有權こそは、ロマニステンにとつて、天與の神聖である。それは、一七八九年の人權宣言にいわれた「神聖不可侵の權利」(unverletzliches und geheiligtes Recht)たるものである。⁽⁵⁾

(1) 純粹ローマ法をドイツ民族の上に、すでにローマ時代から、さらに約二千年を經過し成長を遂げた世界にそのまゝ適用することは恐らく不可能であつたに違いない。

(2) 一四九五年、帝國高等法院條例は、ローマ法が補充法たる效力を確認した。

(3) この點に關連して、拙稿、「シュェパン學說の根本的缺陷」商工經濟研究第十一卷四號、第十二卷一號。

(4) ローマ法とゲルマン法との權利行使に關する觀念の相違は、所有權の内容乃至行使の限界について最も顯著である。この點について、平野義太郎氏「民法におけるローマ思想とゲルマン思想」昭和二十二年 五一頁

(5) Vgl. Rudolph v. Jhering, Der Geist des römischen Rechts

三、私法の基礎概念

ところで、超個人主義の法律觀を抱くゲルマン派と雖も、やがて、ローマ法に對して、ドイツ人が初めて法律的思想を學び得た點につき感謝を表明せざるを得なかつたであらう。なぜならば、ローマ法を根柢として、私法の上に廣汎にわたり、法的思惟にとつて不可缺の意味をもつところの範疇概念の裝置が構築せられ、ローマ法が

その實際への適應性を失つてしまつた後もなお、若き法律家はこの法律的概念の世界にあるローマ私法の古典的な形式へと不斷に導き入れられたからである。⁽¹⁾

(一) 權利 右の概念世界の重要問題に、ローマ法の個人主義的利己主義に適合するものとして、「權利」(subjektive Recht) の概念がある。權利とは、通常、「法律的に擔保せられた意思力」として、または、「法律的に保護せられた利益」(イェーリク Jering) として把握せられてゐる。⁽²⁾ ラアブルツフによれば、この二箇の表現はいづれも正しい。たゞ、前者は權利の法律的性格乃至法律的结果に、後者は權利の前法律的性格乃至法律政策的動機に關連せしめての表現である。畢竟するに、權利は權利者の意思のために、その内容によつて規定せられた方向に自由な大道を拓くものである。たとえ、彼が具體的個々の場合に全く權利の行使につき利益をもたぬとしても、權利にとつて支障を生ずるものではない。

權利は立法者がこれを附與し、また、配分する。しかし、多くの場合において、權利者が權利の内容につき利益を有するから、例えば、貸主は貸與物件の返還につき利益を有するから、返還については、立法者は貸主の權利を定立するであろう。權利とは立法者の保護の下におくところの自己で享受する利益である。それは同時に、道徳的な人格者の利益でもある。道徳的規範は、一方において、義務を課するものであるが、従つて、他方において、この義務を果すために必要な一切のものを擔保するものである。權利とは義務のためにのみ存し、それは道義への可能性であり、また、非道義への可能性である。人は權利の面を通して道徳に奉仕することもできれば、逆に不道徳のために役だつことも可能である。權利を基礎として道徳上の義務を實現することは、一つの可能性であつて必然性ではない。⁽³⁾ 權利は終局的には、彼の義務を行うところの權利以外の何ものでもなく、その故に、各人の義務の上に存在する倫理的苦惱をその部分とする。權利とは、まことに、二本の強力に分岐した線の

交點である。いつもは、相互に敵視し對立する二つのもの、即ち自己の利益と道德的な要求とが、權利においては互に手をとつて存立する。いつもは、規範によつて拘束せられてゐるが、こゝでは反つて、規範によつて解放せられてある。このように、權利は、通常、互に戦うところの人間の二側面、つまり人間の自然的な欲求と人間の倫理的な價值とを同一の目的にさしむける。それは精神力の最強の「集積者」(Akkumulator)であるとも例えることができる。以上は、ラアトブルツフが權利の概念について解説するところの大意である。

(二) 法人 權利は「權利主體」(Rechtssubjekt)を要求する。權利主體たる能力は、今日では、總ての人に附與せられる。人が權利の客體たるにすぎないところの奴隸の如きは、もはや、認められ得ない。ところで、個々の人間のみでなく、例えば、多數人の結合たる「社團」(Verein)もまた權利主體たる地位を享有する。通常この種のことを、人間・自然人に對置せしめて、「法人」(juristische Personen)として取扱う。法人の本質をめぐつて、古くから法哲學上の論争が展開せられてゐるが、そこでは、(イ)法人の人格性は法によつて初めて發生するものであるか。擬制されたものであるか、それとも必ず實在するものであるか。(ロ)それは、法的實在にすぎないか、さらに、前法的實在性を有するものであるか。(ハ)それは、法のためにのみ存在するものか、法と獨立しても存在するものであるか。論争は以上の諸點にかゝつて深刻であるが、ラアトブルツフはこの問題については、次のような角度からこれに對決して、彼の立場を表明してゐる。

法人の利益が、悉く構成員の利益に溶けこんで剩すところがなく、従つて、例えば次の如き場合、即ち「商人が私人と會社との兩面を具え、双方に分屬してゐるために、各獨立した仕事に従事する別個の人格として、各別の帳簿を備へてゐる場合において、法人の諸權利が構成員の權利と嚴密に區別されてゐるとしても、これは單に技術的理由によつてなされたものにすぎないと考へべきものであるか。または、反對に構成員の一切の利益が差

引かれた後になお利益の幾何かが残存して、それが法人自身によつてのみ支擔せらるべきものと考えられるか、従つて法人独自の権利は、法人独自の利益を護るために役だつものと考えべきものであるか。問題をこのように提起し直してみるのである。一體、權利主體もしくは人格の概念は決して實在の概念ではなく、それは法秩序によつて形づくられた概念である。いわゆる法人はもとより、自然人と稱せられるものも、最も嚴密な意味での法人である。従つて、いわゆる法人は擬制の產物であるか、實在の存在者であるか、ということとは、法學の思惟にとつては全く無關係である。たと法を超越する目的觀を導き人れることによつて、初めて法人の本質の問題が意味をもつのである。⁽⁴⁾換言すれば、こゝにも、個人が全法律事物の最初にして最後たる存在であるか、否か、それとも、超個人的實在もまた独自の法律的價值に數え得べきであるか、否か、という法哲學上容易に決着をみることのできない根本問題の一つにつきあたるのである。即ち法人本質論の中にも、一方に個人主義的なロマンステンの立場があり、他方には超個人主義的なゲルマニステンの立場があることを發見しうるのである。

(三) 物權と債權 權利は大きくこれを二種類に別けることができる。「物權」(Sachenrechte)と「債權」(Forderungsrechte)とがそれである。一方に一頭の馬に對する所有權があると、他方に購つた馬を要求する所有權以外の權利がある。物權は物に對する權利であり、債權は人に對する權利である。物權は自己の馬を乗りまわしたり、車を曳かせたりする權利、つまり、自己の欲するまゝに利用する權利である。自ら處分する權利である。債權は他人が處理する權利である。購つた馬を他人が私に引渡すべき權利である。物權にあつては、それに対する侵害の發生した瞬間をもつて、初めて義務者の登場をみるものである。物權はそれが妨害されない限りは、萬人に對して作用するか、または、何人に對しても作用しない。物權が侵害されると、それを侵害したその人に對して效力を生ずる。即ち、私の馬を抑留する何人からでも、私はその返還を請求しうる。債權はその成立

の瞬間から特定人を相手とする。即ち私は馬の賣主からのみその引渡を請求しえられる。例えば、賣主から馬を盗んだ男から直接に引渡をうけることはできない。物權は繼續的の利用を保障するが、債權はその満足の瞬間において消滅する。即ち私は私の馬所有權を日毎に新しく享有しえて、騎乗に散策に使用しうるが、購つた馬の引渡をうける權利は、引渡の瞬間において取得し、一回だけの享有で消滅する。物權は目的であるが、債權は發生的には手段にすぎない。購つた馬の引渡を要求する權利は、この馬の所有權の中に消え去つてしまふ。

このように對比せられる物權と債權とを、さらにその作用について討究し、ラアトブルツフは極めて含蓄ある表現を用いて、近代における債權の優越性に言及している。次にこれらの點を鳥瞰することゝしよう。物權と債權とは恰かも自然的世界における質料と力の如くに、法的世界での質料であり力である。一は靜的な要素であるが、他は動的な要素である。このいづれかの一が優越するにつれて、そこに、法律生活の靜、動二つの形式を區別することができると。中世から近代に至るまで法律生活は靜的形式であつた。勞働の秩序は物權法の上に基礎づけられた。手工業勞働者は生産手段の所有者であつた。地主は物權法の故に、その勞働力の支配者であつた。これに對して、當初、債權關係は物權に到達するまでの、生産者と直接消費者を結ぶ短い道にすぎなかつた。ところが、今日の法律生活は資本主義的であり、動的形式である。所有權は資本と化して、人を支配する力となり、その限りでは、力を附與する債權關係の經濟的中心點をなす。資本は勞働契約において勞働を呼びよせ、消費契約的方法で勞働を處分する。債權による力と利子との享有は、今日では全經濟生活の目標である。債權は、もはや物權に達するための手段ではなく、それ自體法律生活の目的である。外見上、最も物權的な生活關係たる、人のその住居に對する關係は、大多數は債權たる賃借權の對象である。そして、逆に、住居についての物權たる家屋所有權は、殆んど全部が賃貸料を目的とする債權の根源たるにすぎない。經濟的價値は間斷なく債權によつて流

動化され、以前の如くに、物権の中で靜止状態のまま見出されることはない。貨幣——法律的には物であり、經濟的には物権に達する手段——も、經濟生活の究極の目標ではない。債権によつて呼びよせられた貨幣は、直に新たな債権を基礎づけるために展開しなければならぬ。氣持のよい靴下の中や、居心地のよい金庫の隅で休養をづけ、死藏されることは許されない。理想とされる經濟上の究極状態は、擔保化した資本、公債化した資本、債權化した資本であり、請求權の状態でなければならぬ。

- (1) Die schönste Einführung dieser Art: Rudolph Sohm, Institutionen, 17 Aufl. 1923.
- (2) 權利概念に關する諸學說を詳細に検討された論述として、末川博士「權利侵害論」昭和五年 三〇二頁以下
- (3) 尾高朝雄教授「ラアトブルツフの法哲學」昭和二十二年 七一頁
- (4) 前掲書 一三二頁
- (5) 近時、債權が物權と同じく我々の財産の主要部分を成すに至つた結果、進歩的な學者は、物權的請求權を物權についてのみならず、債權にも認めるべきである點を強調する。

四、ドイツ民法典

すでに述べたように、ローマ法によつて、統一的ドイツ法學は齟らされたけれども、ドイツ法という統一的立法は與えられなかつたのである。舊ドイツ帝國がその精強な連邦の前に力を讓らねばならなかつたと同じく、その有するローマ私法は、これを、たゞ、「補充的に」のみ——連邦の法律が反對規定を有しない場合にのみ——「效力ある」ものと主張することができただけである。従つて、この間隙から生ずるドイツ國內の新たな法律分裂を防止することはできなかつたのである。ようやく、ドイツ帝國が、連邦の立法權に對して無條件的優越を要求

することとなり——“Reichsrecht bricht Landrecht”——しきりに求められた私法の統一は、こゝに、長期の保障をもつて呼び戻されたのである。一九〇〇年一月一日施行の「ドイツ民法典」(Bürgerliche Gesetzbuch)がそれである。しかし、ドイツ民法典の價値は、これを、一九二二年一月一日施行のスイス民法典 (Eugen Huber の業績) に比較するとき、あまり高く評價することはできないとラアトブルッフは批評している。なぜならばドイツ民法典は一般に精神的産物の有機的・不可分の性質を誤解して、集合委員會の合作たる匿名の仕事とされてゐるからである。

ドイツ民法典の成立は不運な時代においてであつた。それは、個人の經濟力が自由に活動することにより、自動的に公共の福祉が齎らされるというかの個人主義的經濟觀、一切の私益と公益について安定せる調和の學説が既に凋落を思わせる時代であつた。しかも、新しい社會主義的經濟思想、即ち經濟力の自由競争場裡に現われる經濟的弱者の保護を、規則正しくとりあげるのは國家の義務であるとする思想は、まだ、私法の中に浸透するに至つてはいなかつた。經濟自體の發展が、自由經濟形式から新たな經濟形式即ち個人の經濟力がもはや恣意に作用すべきでなく、益々廣汎に及ぶ經濟的統一の中に、一丸となつて組織され規制された新拘束經濟としては、まだ殆んどその緒につかない時代であつたのである。従つて、ドイツ民法典は一箇の階級的意味における市民法となり、市民的自由主義時代の精神における法典として、その大部分がローマ法の個人主義的概念構成の領域で成立したものであるといわなければならぬ。ところで、ドイツ民法の草案について二人の著名な批評家の活躍がみのがされてはならない。その出發點においては異つていたが、社會的法律思想の闘士として、その一人はオットー・ギールケ (Otto Gierke)、彼はドイツ法的立場から草案の個人主義的浪漫主義に抗争した。他の一人はアントン・メンガー (Anton Menger)、彼は社會主義的見解に立つて草案の經濟的自由主義を批判した。(1) このように、

ドイツ民法典は兩時代の轉回點に立つて成立したものである。ラアトブルッフはこの法典の地位を巧みに比喩して、それは兩足を依然として市民的自由主義、浪漫的個人主義の法律思想に踏まえつつ、しかも、遠慮ぶかく序でがてらに、その兩手に新しい社會主義的法律思想を捧げたものであると喝破してゐる。

(一) 財産法 市民的思想における法的形式としての「平等と自由」(Gleichheit und Freiheit) は民法「財産法」(Vermögensrecht) の根本思想をなす。しかし、それは現實の農民、手工業者、工場主、企業家、勞働者使用主等には、全く無關係で、單に人を、權利主體として「人格」(Person) としてそのように扱うだけのことである。このような「人格」を徹底的に自由なりとみるのである。何人も彼が自由な決意によつて自らを義務づけたときだけ義務を負うものとみるのである。法律的世界は自由意思で入り組んだ相互間の義務づけ、即ち自由な契約の世界として了解され、そこで一切のものを商品化しようところの一箇の巨大な市場として把握せられてゐる。「契約自由」(Vertragsfreiheit) ⁽²⁾こそは、自己の財産をもつて好むまゝに振舞うことのできる自由たる「所有權の自由」(Eigentumsfreiheit) ⁽³⁾とともに財産法の基礎觀念をなすものである。そこでは、いうまでもなく、契約自由と所有權自由とは相互に全然結合しえぬものと誤解されるかもしれない。ところが、契約自由と結合した所有權は、單に物の上に及ぶ支配力としてのみでなく、人間の上に及ぶ支配力をも意味し、且つ契約自由とはかゝる力を有する所有權者のための自由であり、これに無縁なる人にとつては全く無力である。資本家とは私所有權者が、彼の物の上だけでなく、他人の上にもその支配力を及ぼすとき、彼に名づけられる稱呼でもあるか。まことに私所有權と結合せる契約自由こそ、資本主義制度の法律的基础をなすものである。これに對して、社會主義的法律制度の本質は、經濟的弱者の利益のために、契約自由に制限を命じ、所有權に義務を課すという點に存する。

ドイツ民法典よりも早く、一八八〇年にはすでに高利自由の原則は終熄し、殊に金銭貸借における利息の協定には、限界が附されたのである。アントン・メンガーは、ドイツ民法を批判して「勞働契約の自由は、健康、道徳、信仰の保護のために、厳格な規定によつて、これを制限すべきである。また、強者の法律上の契約自由を制限して、弱者の契約について實質的自由を確保すべきものである。」といつたが、かの戦時經濟は經濟的弱者並に一般共通の利益のために、契約自由と所有權自由に對して重大な制限を附加したことを意味している。とりわけ、現行法における賃借人保護はこの意味で重要である。

ワイマール憲法は新に社會的法律觀を原理的に表明せんとして努力を傾けたものといふことができる。ドイツ民法典の立場を越えて進歩的なワイマール憲法のもつ徴候的な意義は、その所有權に關する調子の高い憲法的基礎と民法の不徹底な「濫用禁止」(Schikaneverbot)との間にみられる差異について看取せられるであらう。

「權利の行使は」民法では、他人に害惡を加えることのみを目的とする場合には「許すことができない」とせられたのに對し、ワイマール憲法にあつては「所有權は義務づけられ」てあり、權利の行使は同時に「公共の福祉に奉仕する」ものでなければならぬとせられることとなつたのである。民法の規定に従えば、所有權の自由は權利濫用の禁止によつてのみ制限をうけるものであつたが、⁽⁴⁾憲法では權利の社會的使用という假説によつてようやく正當な説明を與えられることとなつたのである。ところで、この新たな法律精神は經濟法、勞働法という二個の新法律領域の生成を促し、初めて完全な突破口を得るに至つたものである。この勞働法、經濟法などの新法律領域が、民法典の外に、新住宅法を包含して、かつ民法典に次いで成立したということは極めて注目すべき點である。しかし、ラアトブルッフはドイツ民法典は自由主義的法律時代の所産であつたため、この新時代の精神が、民法の驚くべき正確さをもつてからみあう各條文の間に侵入することは至難のことであつたとも指摘している。

少くとも民法財産法の規定は、社會的な法律思想の攻撃に對して、強情な自由主義の牙城の如くに、依然としてその持場を固守しつゞけたので、勞働法、經濟法などの一連の社會的立法は、その陣地を民法城門外に構築せざるを得なかつたとも譬喩せられるであらう。

(二) 家族法 財産法における右の傾向に對して、民法「家族法」(Familienecht)の規定については、今日もなお民法本來の自由主義的精神の鋭い貫徹によつて、法律改正の努力が促されている點に特徴がある。即ち家族法における法律改正の熱望は、財産法において見たような新しい拘束に向うことではなく、むしろ反對に、從來からの古い拘束を弛めるといふ方向において示されている。⁽⁵⁾

自由な契約を謳歌したドイツ民法典は、婚姻については、これを端的に契約として個人主義的に理解することをしてしないで、反つて超個人主義的に把握し、所謂「夫婦の意思から獨立した道德的、法律的秩序」(von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung)として理解するといふ態度をとつてゐる。ところが、現在、とめどもなく一貫して婚姻の中にも契約思想が浸透し、こゝから家族法、財産法の關係にわたつて、夫婦の地位の平等と離婚の自由とが強調せられている。

家族についても、婚姻の場合と同じく、これを各家族員間の關係として、個人主義的に把握し得られるし、また、各家族員を超えた社會學的な全體として、超個人主義的にも理解することができよう。殊に後者は、家の傳統家の榮譽として、「光榮ある家名」と「輝く楯」に象徴せられるところである。ドイツ民法典はこの超個人主義的な把握を家族法の中に残存せしめている。それは、地方法の總則規定において家族世襲財産を認めて、各家族員に對する拘束は家の利益において最も鋭く實現されると留保する方法によつても示されているが、殊にドイツ民法典では無制限な相續財産を、最も遠い親族にも認めるという方法によつて徹底せしめている。そこには大家

族主義の思想が、なおその餘韻を残しているとみるべきであろう。この大家族思想は、そのまゝ超個人主義的な家族觀の表現である。ところで、個人主義的な家族觀では、たゞ、家族員の人的關係によつて限定された小家族を是認することができるだけである。

ラアトブルッフは、ワイマル憲法に規定された家族世襲財産を解明し、そこには、傳承の超個人主義的家族法を犠牲にして、個人主義的家族法の前進が表明せられてゐる點を指摘し、此の運動は、次の歸結を辿るであらうと述べてゐる。即ち、速き親族に對しては相續權を奪ひ、その地位に代つて國家の相續權を擴大するという社會主義的な立法が豫想せられるであらうと。

この、國家の相續權思想の中に、今や、家族法の努めてやまない弛緩が、古い拘束からの解放を得て自由主義的思想に安住するというだけでなく、進んで、古きものに代りうる新たな結合によつて、社會本位の法律思想とも一致しうるものであることが看取せられる。さらに、この事態は一層明瞭には、教育立法の領域において著目せられる。⁽⁶⁾ドイツ民法典は、教育權を「兩親の權力」思想に基礎づけて、子女兒童の教育は兩親固有の權利から當然、兩親の側にあるものとし、かりに、それが後見裁判所の監督下におかれたときにも、同様に考へてゐる。これに對して「兒童福祉法」(Jugendwohlfahrtsgesetz, 1922)「少年裁判所法」(Jugendgerichtsgesetz, 1923)においては、「家族法は信託された共同社會の教育に關するもので、家族がその信賴を破るならば、その教育權は何時でも剝奪せられる」という新思想が徹底してゐる。こゝにおいて明瞭に觀察しうることは、家族法的關係の弛緩は、個人主義的思考の方向を示しているというよりも、反つて、社會的な思想の發生を物語つてゐるものであるといふことである。⁽⁷⁾

ところで、家族法的關係のこの動搖は、しかし、すでにドイツ民法典自身の中にも示されたところである。民

法典の家族法にとり上げられた固有の特徴的な點として、家族員相互間の顯著な扶助義務が指摘せられる。それは、夫婦關係や親子關係が道德的な保障から、すんで法律的な保障への志向を示したものである。この傾向は新立法「少年法」(Jugendrecht) においては一層強められている。さらにワイマル憲法が、少年の教育は「両親に課せられた最高の義務であり、自然の權利である」として、これを特色づけているものとすれば、兒童福祉法は、両親のこの權利に對して「すべてのドイツの兒童は教育を受ける權利を有する」として、兒童の權利を強調した點が特に興味をひく。のみならず、少年裁判所法とともに、兒童のこの權利を積極的に保障すべく心を砕いて「教育を受けんとする欲求が、家族によつて満足せしめられないとき、こゝに、公共の少年保護が開始せられる」旨を明にしてゐる。以上が家族法における傾向についての、ラアトブルツフによる展開の概略であるが、最後に、「法における人間」(Der Mensch im Recht) の問題につき若干の記述があるけれどもこゝでは觸れない。

(1) Otto Gierke: Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, 2 Aufl. 1889; Arton Menner: Das bürgerliche Recht und die bezizlosen Volklassen, 4. Aufl. 1908.

(2) 單に生存中とはもとより、死後においても遺言の自由として行ふ。

(3) 拙稿「個人所有權の問題」高松高商論叢 昭和十五年十月

(4) 改正民法は第一條に「私權ハ公共ノ福祉ニ違フ」、「權利ノ濫用ハ之ヲ許サス」等の規定を追加した。この點につき、日本民法の占める思想的地位を比較省察すべからざる。

(5) 改正民法第四編、第五編の立場がこゝにあることは興味ふかい。

(6) 拙稿「ソウイェト・ロシヤの教育政策」産業と教育 昭和九年十月、拙稿「徒弟教育立法の提唱」同上誌 昭和十一

年二月

(7) Über das neue Rechtsgebiet des Jugendrechts vgl. Arthur Wegner, Jugendrecht, ein Lehrbuch zur Einführung 1929. など、この點については、新憲法に見える自由權の社會化の諸規定を對比すべきである。

(8) Radbruch: Der Mensch im Recht. 1929.

五、結 語

偉大な立法事業の後には、常に、法律發展にとり長期の靜止状態が伴うものである。それは、豪壯な統一ある大建築が様式を紛すような改變工事の計畫をためらう事情にも比せられるであろう。ドイツ民法典も、經濟的、社會的見解の急激な變化、乃至は、經濟的、財政的諸關係の危機的混亂の中にあつて、本質的には變革を體驗していない。すでに見た如く、ドイツ民法典と並んで確かに多くの新立法（住宅法、労働法、少年法）が登場せざるを得なかつたが、ドイツ民法典の有する彈力的な諸概念——例えば取引安全や信義誠實の原則——は、豫期しない新現象の生起に際して、判決に正當性の根據を附與することを得て、民法典に決定的な地位を確立したものである。ラートブルッフはこの點を指摘して、ドイツ民法典の立法者は、豫見しえない發展をあらかじめ固定された形式で支配しようとはせず、賢明にも自制と謙讓のなかで、多様な方向において裁判官に法創造、法形成の任務を課したものであると適切に批評している。裁判官のこの任務は「法的安全性」(Rechtssicherheit)の一種の通風路として、民法典が經濟的諸關係の基本的變化によつて粉碎されることを防止したものであるとしよう。ドイツ民法典が時代の巨大な要求に對して結局これを擔保している事實は、その堅固な概念組織の中にあつて、處々に現われる右の概念の抽象性に負うところが甚大である。

ラートブルッフの私法論は大よそ右のような論述を要旨としている。正義、合目的性、法的安定性の三理念おラートブルッフ入門私法論の案指

よび個人主義と超個人主義の目的論的對立は、ラアトブルッフがあらゆる問題について縦横に驅使する論法であるが、以上の要旨においても、ラアトブルッフは法人の問題にせよ、所有權や契約の問題にせよ、婚姻や相続の問題にせよ、常に個人主義の立場と超個人主義の立場とを對比しながら、その綜合をはかるという行き方を示している。極端な超個人主義に對してはもとより批判的であるが、しかし、單なる個人主義も行きつまりに逢着している點を明かにして、その打開の道を個人主義の中への社會的な考慮の導入という方向に求めている。これらの點については、尾高教授が近著「ラアトブルッフの法哲學」の中で、私法の哲學についての批判を試みられた箇處に、適切に論ぜられているから、こゝに要點を引用して本稿の理解を助ける結びの語としよう。「個人主義と超個人主義とは、簡單なこれかあれかの關係におかれているのではなく、そのいずれをも超越した高次の立場において綜合さるべきものであるといわなければならない。更にこれに超人格主義・文化業績主義の見地をも加えて、綜合的に問題を處理して行くのが、正しい立法であり、正しい法の運用であるということになつて來なければならぬ。ラアトブルッフは、法哲學の總論においてはこれら三つの立場を併立させ、そのどれが正しいかは學問的には決定されないと説いた。しかし、そのどれが一つだけが正しいと考へようとするところそのことが謬りなのであつて、眞理はむしろその三つの綜合と調和の上に見出さるべきなのである。單なる三つの立場の折衷や妥協ではなく、それらを渾然と一體化する道を求めるのが「正法」の學としての法哲學の任務なのである。そこに相對主義を乗り越えたきわめて幅の廣い絶對主義があり得るということは、ラアトブルッフの私法哲學が、これの標榜する相對主義を或る點まで裏切つて、自らにして物語つているところであると見ることができよう」。

(1) 尾高朝雄教授 前掲書 一四五頁。

なお、本稿の記述にあたり、教授のこれらの著書に負うところが多かつた點を特に附記しておく。