

# フィリップ・ヘック 『利益法学』 (上)

高 須 則 行

## 【訳者まえがき】

本号より2回に分けて訳出するのは、Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz, Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a.M., gehalten am 15. Dezember 1932*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1933. である。

原著は、通常の学術論文とは異なり、フランクフルト大学での特別講義が基となっていることから、翻訳にあたり、話口調としていることをお断りしておく。

訳文中、古いドイツ法学の概念の翻訳に関しては、藤井信吉編集『独和法律新辞典』(有斐閣書房・1912年)などを、またドイツ民法典に関しては、東季彦『全譯独逸民法』(有斐閣・昭和23年)、『現代外国法典叢書(1)～(5) 独逸民法 [I]～[V]』(有斐閣・昭和63年復刻版初版第1刷)を適宜有効に利用させていただいた。

## 【凡例】

\* 原文中イタリックのものには傍点を付した。

\* 訳文中、( ) は原著者が付したもの、[ ] は訳者が付したもの、[ ] は言語を示したものである。

\* 原著には末尾に脚注があるが、それらはすべて、次号に載せることとする。

## 序 文

以下の出版物は、大学での授業水準のために簡単なまとめを与える。講義のために脚注の中で個々の解説と文献の紹介が付け加えられている。

## 目 次

- I プログラム
    - 2つの理論の対比 S.8
  - II 法の要素の因果性
    - 法の要素 S. 10.— 一般概念の因果性 S. 11.— イェーリングの理論 S. 12.— 利益対立の理論 S. 12.
  - III 裁判官による事件裁決
    - 比較的古い法理論 S. 15— 認識ドグマ S. 15— 構成による欠缺補充 S. 16— 比較的新しい理論 S. 19— 基礎 S. 19.— 欠缺補充 S. 20.— 裁判官による法創造 S. 21.— 死亡の場合の第三者のための契約 S. 21. (以上本号)
  - IV 法学の構造
    - 比較的古い理論 S. 25.— 利益法学の要求 S. 27.— 大学での授業 S. 30.
  - V 結び
    - 方法変更の価値 S. 32.
- 脚注

## I プログラム

親愛なる御同輩の皆さん、拝啓 聴衆の皆さん！

私の特別講義のテーマは、私にとって、他のテーマが持つであろう意義とは違った意義を持っています。それは、大学教師が検討する多くの問題の一つにかかわるものではありません。そうではなく、まさしく本来的に私のライフワークにかかわるものです。私は、大学教授資格取得論文以来<sup>(1)</sup>、私の講義、学術的論議、実践的遂行、とりわけ後者では、債務法と物権法についての私の二つの綱要の中で<sup>(2)</sup>、利益法学の方法を擁護してきました。私が新たな聴衆の前で利益法学の方法を論ずることができることは私の喜びです。もっとも、私は、皆さんを後で失望させないために、最初からある限定を述べておかなければなりません。

利益法学は、実用法学のための方法論です<sup>(3)</sup>。利益法学は、裁判官が自らの事件を裁決する際に従うべきであり、それゆえに、裁判官の作業の準備をしようとする研究者にとっても重要である諸原理を突き止めようとします。それに対して、利益法学は、生の哲学ではありませんし、法哲学と呼ばれるところの哲学の一分野でもありません。折りにふれて<sup>(4)</sup>、私たちの理論に対して次のような非難がなされます。すなわち、私たちは、確かに利益の比較衡量を話題にしますが、立法者に一般的基準、〔すなわち〕法秩序がそこから生み出される生活財の序列を提供してはいないであろう、という非難です。確かに、そのような序列を私たちは与えてはしません。そして、本日もまた皆さんはそのような序列について話を聞くことは何もないでしょう。というのも、この至高の目標を私たちは決して定立することはなかったからです。私たちは裁判官のために仕事をしようと思います。裁判官は、新たな法秩序を自由に創造することは許されてはいません。そうではなくて、〔裁判官は〕

与えられた法秩序の中で、一般的に承認された理念の実現に参画しなければなりません。ですから、私たちの方法の目標は、たとえそれが依然として極めて重要であったとしても、限定的なものなのです。

方法論についても、時間が短いので、私は、基本的な見方に限定しなければなりません。方法論は一時間では伝えられません。事細かな点の論究については、私は文献を参照するように指示せざるを得ません。しかし、基本的特徴のためには十分な時間があるでしょう。というのは、私が初めから強調しなければならないことですが、話の内容は、分かりにくい特別な技芸論 [Kunstlehre] ではないからです。そうではなくて、基本的考えはとても分かりやすいものです。場合によると、私が利益の系統的整序の原理 [Maxime der Interessengliederung] として、あるいは対立理論 [Konfliktstheorie] として後ほど論究するであろうところのより実証的原理は除かれますが、話の内容は、非常に分かりやすい基本的認識である、と私は言いたいのです。むしろ、多くの聴衆の皆さんは、講義の終わりで、非常に当たり前の事柄を聞くために、私たちは特別講義を必要とはしなかったであろう、と思うことでしょう。しかし、この基本的認識は、それでもたいへん長きに亘って誤解されてきました。そして、それはまた、依然として誤解されたままであります。その認識の解明は、その認識を解放するために、まさに技芸的理論、古い概念法学とその後響から解放するために必要なのです。この解放活動は、今日もまた、私たちの考察の中心点になければなりません。

私が私法と現代のドイツ法だけを注視することによって、さらなる限定がなされます。基本的問題が、その他にも現れます。それは、近代では、公法においてとりわけ詳細に論究されています<sup>(5)</sup>。しかし、本日は時間的に限られています。

私の講義の主たるテーマは、先に述べましたように、かの比較的古い傾向、〔すなわち〕概

念法学を比較的新しい理論と対比させることで。比較的古い傾向は、学問的一般概念に重点を置きました。一般概念は、法規範の基盤、または研究の主たる対象とみなされました。この傾向は、今日では、生活への作用 [Lebenswirkungen] をより強調する共通の新しい見方によって押し戻されています。その名称はさまざまです。目的論的傾向 [teleologischen Richtung]、現実主義的法学または社会学的法学 [realistischer oder soziologischer Jurisprudenz]、あるいは利益法学 [Interessenjurisprudenz] という名称が用いられています。斥けられなければならない傍系の後裔 [Seitensproß] は、裁判官を法律への拘束から解放しようとする自由法論 [Freirechtslehre] です。狭い意味での利益法学として呼ぶことができるのは、先ほど述べたような利益の系統的整序の原則、または対立理論をとりわけ強調する比較的新しい理論の形式です。古い概念法学は押し戻されていますが、復活の試みが全くないわけではありません。それに数えられるのは、一部は、ハンス・ケルゼン [Hans Kelsen] の方法論です。しかし、同じことが、他の現象についても言えます。より重要なのは、古い理論の後響が今日にもなお生き残っていることです。その後響は、学問、司法、部分的には立法の中にも現われています<sup>(6)</sup>。古い理論に通じている者だけが、その理論の影響を避けることができます。ですから、本日の私の講義でも古い傾向と新しい傾向の対比が中心になる予定です。

この対比を私たちは、三つの観点に従って、つまり、三つの主要な論点に関して考察しようと思います。第一の論点は、法の要素の因果関係に関わります。第二の論点は、事件を裁決する際の裁判官の活動に関わります。第三の論点は、法学の構造に関わります。これら三つの論点を私たちは順々に述べるつもりです。それらの論点の各々の場合に、私たちは、まず初めに古い理論の解決に注目し、そしてそれに新しい傾向の解決を対比させようと思います。

## II 法の要素の因果関係

私たちの第一の主要な論点、〔すなわち、〕法の要素の因果関係では、法的命令、生活利益、学問的秩序概念との相互関係が問題になります。

法学的意味での法は、意識内容、より厳密に言いますと、習俗や道徳のように、命令観念に属します。もっとも、個々の法規、法律の各条項は、孤立的に評価すると、それらの多くは命令ではなく、むしろ叙述文 [Aussage] です。しかし、説明される命令の存在によってのみ法的意義を獲得するのが、命令に関する叙述文です。ドイツ民法典第 99 条における果実概念の規定<sup>(\*)</sup> は、ただ果実について述べている命令が存在するので、意義を持ちます。全体としての法秩序は、命令から成り立っています<sup>(7)</sup>。

ところで、法的命令に歩み寄るのが、その生活への作用の観念、機能的考察 [die Funktionsbetrachtung]、いわば法の生理学 [die Physiologie des Rechts] です。法的命令は、生活に作用しますし、生活に作用しようとします。〔法的命令が作用するのは、〕時間的に与えられた世界ではなく、むしろ、変動する、迫り来る、要求する生活です<sup>(8)</sup>。生活の利益は相互に格闘します。生活の要求を、私たちはすでに、日常用語では利益と呼んでいます<sup>(9)</sup>。その用語では、例えば、物質的財産の保護だけが考えられているわけではありません。すでに日常用語では、人間の至高の利益、道徳的利益や宗教的利益が用いられています。この最広義でのみ、〔すなわち、〕すべての財産とすべての生活の理想において、その概念は法学にとって役に立ちますし、またこの最広義でのみ、その概念は用いられていました。

法の要素の第三のグループは、学問的概念から形成されています<sup>(10)</sup>。学問は、全体を見通すために、命令観念または利益観念を變形 [Umformung] させます。とりわけ、集合概念の形成による類別化 [Klassifikation] がなされ

ます。この成果は、それが命令概念である限り、学問的一般概念と呼ばれることが通例です。より厳密には、その名称は、秩序概念です。それは、一部は法律用語と、一部は新たな造語（形成権、抽象的法律行為等々）とかかわります。そのような秩序概念は、たとえば、主観的法、個々の主観的法、法律行為、その種類の学問的概念です。これらの概念の発展は完結することがありません。学問の進展が、常に新たな秩序概念と新たな形成物を生み出します。

これら三つの要素の因果関係について、古い理論と新しい理論が根本的に対立します。

概念法学は、学問的一般概念を法的原因的な基礎概念として捉えました。〔つまり〕法規範とそれゆえに間接的に生活への作用を引き起こした観念としてです。一般概念の原因性に関するこの理論は、歴史法学派によって支配的となりました。歴史法学派は、法が民族の確信によって発生すること、そして、文化が発展しているところでは法律家と法学が民族を代表することを教えました。民族精神の成果としてみなされたものは、評価と価値理念だけではなく、直接的に法学によって形成された一般概念もです。一般概念は、法規範の淵源とみなされました。たとえば、人格的紐帯としての義務の観念から譲渡の不許容性が導き出されました。法律行為（意思理論と表示理論）の概念規定からは意思の不存在に関する法規範が説明されました。契約あるいは片務契約としての指図証券と無記名証券の場合の債務の発生の観念から取得者の立場が、〔また〕物権あるいは債権としての物上負担 [Reallast] の概念からその法的効果が〔説明されました〕。この古い原因論は、今日では、捨て去られています。法の発生に関する見解がいかに異なっているとしても、そこには法的命令が歴史的に一般概念への整序に先行する、という意見の一致が大勢を占めています。命令は、生活の需要とその評価によって生み出されたものであり、構成された一般概念の観念によってではありません。それは慣習法や制定法にも当

てはまります。物上負担は、ドイツ法では、定期的給付を継続の関係のために保証する需要によって生まれたのであり、物上負担の債務的性質か物権的性質かに関する熟慮によってではありません。というのは、物上負担は、この対立がドイツ法にとって馴染みがなかった時代に生まれていたからです。無記名証券に関するドイツ民法典の条項は、当時すでに行われていた構成上の論争に対する態度決定とはかかわりなしに、関係当事者の利益状況を考慮して適切に言い表されました。同じことが、法律行為の意思の不存在の取扱いにも当てはまります。現代の法律の発生史は、それどころか、たいてい十分に知られています。私たちは原動力を知ることができます。利益を満足させるために、格闘が行なわれるのであって、概念規定の正しさ、あるいは、決定された定義の首尾一貫した貫徹のためではありません。古い理論の影響によって時々惹き起こされる例外は、誤った措置とみなされます。法は、歴史的に利益の産出物です。この認識は、今日では、一般的なものとみなされることができます。

この認識の浸透への主たる関与は、偉大なロマンリストであるルドルフ・フォン・イエーリング [Rudolf von Jhering] に当然帰せられます。彼は、もともと概念法学者でありましたが、その後、サウロ [Saulus] からパウロ [Paulus] になりました。彼は、法の創造者は概念ではなく、むしろ、利益、目的である、という指導原理を立て、それを根拠づけました。その限りで、イエーリングは、当然に目的論的傾向の創始者、そしてそれをもって利益法学の創始者とみなされます。しかし、イエーリングは、新たな基本的考えを完全に貫き通してはいません。彼の理論に対して二つの異議が唱えられています。一般的に認められている異議は、イエーリングは、法の発見に関して、適切な結論を引き出さなかった、というものです。法の発見の古い方法の根拠を取り去った者が、同時に、その素晴らしい叙述者です。この一般的に認められた異議

の他になお、二つ目の異議が唱えられています。イェーリングは、生活への作用の決定的意義を認識していましたが、この生活への作用を十分に整理してはいませんでした。イェーリングは、利益の保護を強調し、それを法律の目的として論じます。『法における目的』は、彼の比較的新しい主著のタイトルですが、法律の目的は十分に考察されてはいません。

根本的に重要なのは、むしろ、次のような認識です。すなわち、あらゆる法的命令は、利益対立に決着をつけたり、対立している利益の相互作用に基づいていたり、いわばこれらの力の合力であったりするという事です。法律による利益の保護は、決して空虚な空間の中ではなく、むしろ、常に、すべての財産がすでに要求されているところの、利益に満ち溢れた世界の中で実現されます。ですから、〔法律による利益の保護は、〕常に他の利益を犠牲にして〔実現されます〕。それは例外なく認められています。仮に新たな精神作品に対する著作権が承認されたり、新たな発明に特許が与えられたりしますと、それによって競争相手の利益や後発の発明者の利益が後方に追いやられます。法律の目的が示しているのは、勝利を収めている利益だけです。しかし、法規範の内容、目的充足の程度は、基礎になっている利益の重要性に依存します。あらゆる租税法の目的は、共同社会のための財源の獲得です。しかし、個々の法律の特性は、納税者への配慮から明らかになります。ですから、イェーリングの目的法学は、十分ではありません。それは、対立理論とも呼ばれる利益の系統的整序の原則によって深められなければなりません。どの法規範の場合も、決着がなされた利益対立が浮き彫りにされています。もちろん、このことは、ある命令の場合にのみ上手く行くかもしれません。ある命令の解説は、解説される命令の中に移し換えられますが、それは条項の対立内容を認識するためです。この原則は、私たちの理論の要素であって、その要素は、私がついさき自明ではないものと

呼んだものです。人はこの原則に慣れなければなりません。その適用は自己鍛錬〔Selbstdisziplin〕を必要とします。私たちは多くの事例で比較的生の目的概念で巧くやっているので、その適用は、必ずしも自然に理解することができるわけではありません。しかし、あらゆる徹底的な討議は、利益の系統的整序を必要とします。それは、いわば法学的顕微鏡〔ein juristisches Mikroskop〕です。この原則は、一般的に承認されてはいません。この原則は、狭い意味での利益法学を類似の傾向から区別します。目的論的傾向の多くの擁護者によって目的概念が依然として前面に出されています<sup>(11)</sup>。しかしそれにもかかわらず、正しい認識は浸透しています。

私の同僚でありますチュービンゲン大学のアウグスト・ヘーグラー〔August Hegler〕は、前年にマックス・リュームリン〔Max Rümelin〕<sup>(12)</sup>について大学事務局長講話を行いました。そこで、彼は、目的を作業概念として引き立て、そして、利益法学の擁護者が利益衡量に与えた重要性はそれにふさわしいとすることに疑いを抱きました。しかし、ヘーグラーは、数週間前に刑法の保護の改革に関する第二の大学事務局長講話を発表しました<sup>(13)</sup>。そして、この講話はもっぱら利益対立の研究から成り立っています。実務上の検証は、ヘーグラーの理論上の疑念を取り除きました。そして、私は、利益の系統的整序の原則を真剣に取り扱う者は誰でも同じ経験をするであろうと信じています。その原則は、もしかすると些末なことであるように思われます。しかし、それは適用において意外に効果的であることが明らかになります。自己鍛錬は、その原則を遂行することによって必要ですが、それは、やりがいもあります。

作業概念の精巧な系統的整序は、他の学問でもその価値を証明しました。化学は、原子における物質の系統的整序、〔すなわち〕原子論が浸透した時ようやく、その今日の発展を獲得しました。そして、電子の中の原子の更なる分

類が新たな進歩を約束します。私は、私たちの対立理論、利益の系統的整序が、化学にとっての原子論と同じように、法学にとって決定的であるだろうと主張することまでは考えていません。しかし、作用の仕方は比較が可能です<sup>(14)</sup>。そして私は長年の経験に基づいて対立理論もまた私たちの任務にとって重要な意義を有していることを確信しています。

### III 裁判官による事件の裁決<sup>(15)</sup>

私たちが注目したい第二の主要な論点は、裁判官による事件の裁決です。それは私法にとってあらゆる方法論の中心点です。判決は、何よりも法に生活への作用を獲得させるものです。それはいよいよもって生き生きとした法をもたらします。思索する法律家であろうとする者は、事件を裁決する際の裁判官の態度をはっきりと知らなければなりません。

比較的古い理論は、認識ドグマ [Erkenntnisdogma] と名づけられる非常に明確な見解を主張します<sup>(16)</sup>。それは、裁判官を合理的活動に限定しました。裁判官は、法規範を認識し、事態を論理的に包摂しなければなりませんでした。彼は、認識に関する論理の法則に従って法を適用しなければなりません。彼は、評価をしてはいけませんし、決して規範自体を作り出しはいけません。典型的な表現は、「概念をもってする計算 [Rechnen mit Begriffen]」というものでした。計算は、感情的判断のない、純粋な認識の典型です。要するに、裁判官は、機械工学の法則によってではありませんが、同じように論理の客観的法則によって、事態を投入した場合に判決を下すという、いわば自動機械とみなされました。裁決の生活上の正しさ [Die Lebensrichtigkeit] は、裁判官には考慮に入ってはいませんでした。ですからまた、裁判官が責任を負わされることもありませんでした。

裁判官の認識への限定は、万一法律の欠缺が

生じた場合にも当てはまりました。〔法律の欠缺の〕補充の手段として利用されたのが、特別な方法、〔すなわち〕概念構成による欠缺の補充でした<sup>(17)</sup>。この方法は、古い原因理論の立場からは論理的に正しいものでした。伝承されてきた法的命令が、基礎をなしている概念からの結論であったならば、この原因的な概念の認識は、新たな規範も生み出すことができなければなりません。しかし、古い原因理論が捨て去られ、そして学問的な秩序概念が、もはや法的命令の原因としては認められなくなり、むしろ、その事後的統合として認識された後でも、その方法は、しっかりと保持されました。概念構成による規範獲得は、素朴な概念実在主義から法律学的技芸論になりました。このとりわけ奇妙な方法は、構成による、あるいは体系からの欠缺補充と呼ばれました。その反対者はこの方法を「真面目な定式利用 [ernstliche Formelverwertung]」あるいは「転倒方法 [Inversionsmethode]」と名づけます。人は現存する法規範から統合してある概念を獲得しようとしていました。そしてその後でこの概念から下降的に新たな規範を導き出そうとしていました。

この態度の古典的叙述は、イエーリングの『ローマ法の精神』第2巻357頁以下の箇所で見られます。私はこの叙述をあらゆる研究者たちに読み返すことを勧めることができます。イエーリングは、法律学の二つの段階、〔すなわち、〕低次の段階と高次の段階を区別します。

低次の法律学は、法律の解釈、〔すなわち〕法律の内容の明晰化、不明確性や矛盾の除去、そして、秩序概念による素材の結合に取り組みとされます。この思考操作は、人間の表現の解釈に取り組む他の学問から論理的に区別されてはいないとされます。

高次の法律学は、法学にとって全く特有の方法であるとされます。イエーリングによれば、その方法は一般的秩序概念の自立化 [Verselbständigung]、〔つまり〕自然物体 [Naturkörper] との類似による、形成された明

確な物体 [Körper] としての秩序概念の取り扱いにあります。ですから、イェーリングはまた、その名称に自然科学的方法を用います。統合によって獲得された概念は、その構造に関して、厳密に規定されます。たとえば、あらゆる主観的法的場合、主体、内容、対象が確定されます。たとえば、そのような構造問題は、多数当事者の共有財産の場合、分有されているのは物であるのか、それとも権利であるのか、あるいは価値であるのか、〔また〕ローマの連帯債務関係の場合、同一の内容を伴う複数の債務が存在するのか、それとも複数の主体を伴う一つの債務が存在するのか、が問題とされます。構造研究の成果は、定式、定義に書き留められるとされます。それによって概念は構成されるでしょう。一度獲得された成果、確定された概念は、確固なものとして保持され得るであろうし、新たな規範の獲得のための基礎として利用され得るでしょう。要するにまた、〔そのことは、〕概念を規定するには注視されていなかったような事件の判決のためなのです。概念の自立性は、真剣に取り扱われなければならないでしょう。まさにこの限界のない利用可能性に構成の価値があるとされます。ですから、イェーリングは、この確定された概念の全体性、〔すなわち〕体系を、新たな素材の尽きることのない淵源として称賛しています。

概念法学的法発見に関するイェーリングの叙述は、その当時、相当に適切なものでした。この法発見は、もちろん、独占的に行われているものでは決してありませんでした。概念法学的法発見と並んで、たとえ誤解を招く根拠づけであったとしても、法の類推または法律の類推による生活上の正しい補充が常に存在していました。そればかりか、生活上の正しい判決への努力は、構成による欠缺の補充にも影響を与えました。複数の構成があり得る場合、生活上の正しい結果をもたらすであろう構成が優先されました。それは、隠花社会学 [Kryptosozilogie] とも呼ばれ、まさにイェーリングによって特に

好んで取り扱われた概念法学の仮装の根拠づけの形式 [die Form der begriffsjuristischen Scheinbegründung] でありました。

概念構成による欠缺補充は、根拠のないやり方です<sup>(18)</sup>。ある程度の数の命令を統合する定式から新たな定式が獲得されることはあり得ません。たとえば、ある研究者が、ある種の法律行為を、その下で特定の諸法規範が当てはまることを理由に、それを抽象的と呼んだのならば、今や彼には、他の法規範の存在を主張する権限がまだありません。なぜならば、ひとはこれらの〔他の〕法規範もまた抽象的という同じ言葉で特徴づけることができるからです<sup>(19)</sup>。そうでなければ、ひとは、とりわけ曖昧な名称の使用によって常に新たな規範を獲得することができてしまうでしょう。そればかりか、そのようなやり方への誘惑は、法学以外でも明らかになります。議論の場合、指導原理が、ある意味で証明され、そしてその後で他の意義で用いられることが観察されることもまれではありません。しかしこの方法は、正しいとは認められません。それは、詭弁概念 [quatermio terminorum]、〔概念のすり替え [Begriffsvertauschung]〕と呼ばれるよく知られた誤謬です。実際に、イェーリングの高次の法律学は、体系的な概念のすり替え以外のなものでもありません。その特有なことは、そのように認められた誤謬が学問的方法の地位にまで高められたということにすぎません。私は本日、その歴史的な説明に立ち入るつもりはありません。私は学説彙纂の性質が概念のすり替えを本質的に推し進めたという意見を固持します<sup>(20)</sup>。真面目な定式利用は、論理的に根拠づけられませんし、しかも、それは生活価値を持っていません。その成果は、生活上の正しさを保証することが全くありません。というのも、妥当性が規範の獲得に力を貸さないからです。その成果は、経験、多数の構成の論争が示しているように、法的確実性の需要によっても正当化されません。長所と思われるのは、自らの判決の客観性の信念です。なにしろ、

裁判官は所与の法を適用するという考えをもっているからです。しかし、この信念は、錯覚であって、誤謬の性質をまだ知らなかった者の場合にのみ、存在します。真面目な定式利用は、魔法を信じている者だけに役立つ魔法の手段です。前に(17頁〔本訳書55頁〕以下)言及しました第二の定式、概念法学的な見せ掛けの理由づけは、どちらかと言えば、生活上の需要を正当に評価しますが、それでも十分ではありません。なぜならば、構成の可能性が制限されているからです。第二の定式は、裁判官の威厳に合致するところの、事実<sup>21)</sup>に即した理由づけの責務にも違反します。真面目な定式利用は、その他に、裁判官において、彼自身の責任の意識を弱めます。たとえ法律の欠缺性がどんなに明らかであるとしても、〔また〕たとえ立法者が概念構成から生まれる規範を決して用いないであろうことが明確であるとしても、〔さらにまた〕たとえこれらの規範がそれを貫徹させる場合、重要な生活利益を損なうとしても、〔裁判官自身の責任の意識を弱めます〕。裁判官はあらゆる責任から解放されていると感<sup>22)</sup>じることが出来ます。彼は、ピラトゥス〔Pilatus〕のように、我が身の潔白を主張し、「私には責任がない、責任があるのは概念である〔*schuld sind die Begriffe*〕」と気にせず<sup>23)</sup>に言うことが出来ます。

比較的新しい傾向は、裁判官を純粹な認識に限定することを退けるのと同じように、秩序概念の構成による欠缺補充も退けます<sup>22)</sup>。結果の生活上の正しさが前面に押し出されます。とりわけ、そのことは、たとえある程度の揺り戻しが認められるとしても、帝国裁判所の判決についても言えます<sup>23)</sup>。法律解釈と法発見の詳細について、一部立ち入った態度決定が欠けています。さらに意見が分かれています。私は狭い意味での利益法学だけに言及するつもりです<sup>24)</sup>。

出発点は二つの認識です。第一の認識は、私たちの憲法によれば、裁判官は法律に拘束され

ているというものです。裁判官もまた、立法者のように、諸利益を画定し、利益対立を裁決してなければなりません。当事者間の争いでは、利益対立が裁判官の身に現われます。しかし、立法者が行った比較衡量は、裁判官独自の評価に優先し、そして、その比較衡量は、裁判官にとっての基準となります。第二の認識は、私たちの法律が、生活の多数の問題との関係で欠陥があり、不完全であり、矛盾から解放されてはいない、というものです。現代の立法者は、この不十分性を自覚しています。そして〔彼は、〕それゆえに、裁判官に対して文字通りの服従ではなく、利益に適った服従を期待しています。〔すなわち、彼は、裁判官に対して〕法律命令の下での論理的包摂だけではなく、欠けている命令の補充と不完全な命令の補正も期待しています。このことは、以下のように表現されます。すなわち、裁判官は、個々の命令を適用しなければならぬだけではなく、法律によって保護に値するとみなされる利益全体も擁護しなければなりません、と。

それらの結論の中から私は欠缺補充の場合の方法だけに言及しようと思います。その際にも、利益の体系的秩序の原則、対立理論が適用されなければなりません。裁判官は、法律上の構成要件が存在していない場合、先ず初めに、紛争事件に存在するところの利益対立を具体的に説明しなければなりません。その後、彼は、同じ利益対立が法律による他の構成要件の形式の中で裁決されていないかどうかを審査しなければなりません。それが肯定される場合には、裁判官は、法律上の価値判断を転用し、同じ利益対立を同じように裁決しなければなりません。それは、法律の類推と法の類推として昔から使われていた方法です。しかし、それは、利益法学によって正しい根拠づけとより明確な画定、適用のより重要な確実性も得られます。

裁判官が、欠缺を補充する場合、法律上の価値判断を適用しなければなりません。彼は、生活利益の彼独自の評価に従って〔利益〕対立

を裁決することもできます。このことは、法律が明文上の権限移譲 [Delegation] (裁判官の裁量) によって、あるいは不確定な、評価を求める言葉 (重要な理由) の使用によって裁判官に彼自身の価値判断を引き合いに出すように指示している数多くの事例に当てはまります。しかし、それを超えて彼独自の評価が広まらなければならない場合があります。それは、裁決が法の全体構造 [Gesamtgefüge des Recht] によって求められる場合であり、それから、法律上の価値判断が相互に矛盾するか、あるいは役に立たない場合です。そのような事例においては、裁判官は、彼が立法者として提案するであろうところの裁決を適切に把握しなければなりません。この指図は、有名なスイス民法典第1条にあります<sup>[\*2]</sup>。その指図は、内容から言って、ドイツの裁判官にとっても当てはまります。

私たちがこの基本原則による裁判官の事件裁決を論理的に特徴づけようとする場合、それは、単なる認識活動として、〔つまり、〕法規範の認識と論理的包摂としては特徴づけられません。裁判官は、完成された法規範を適用するだけでなく、規範それ自体を作り出さなければなりません。彼は、法創造的にも活動します。もっとも、彼の裁判官規範は、法律規範の効力をもってはいません。裁判官規範は、他の裁判官を拘束しません。とりわけ、裁判官は、立法者よりも自由ではありません。裁判官は、法律上の価値判断に従わなければなりません。ただ補助的に裁判官独自の評価の手を借りることができるだけです。この現代の裁判官は、決して法自動機械ではありません。〔彼は〕むしろ高められた自由をもっていますが、またそれに相応しい厳しい責任をもっている、広い範囲で立法者の補助者であります。

私たちの方法が意味のある重要な個別の問題、たとえば、歴史的な法律解釈の問題、時代遅れになった法律の問題、裁判官と法律との関係には、本日、私は立ち入ることができません。私は以前の研究を参照するように指示せざるを

得ません<sup>(25)</sup>。それに対して、欠缺補充の仕方について討議される対比を例を挙げて解説することは、私として適切であると思っています。

例として私が選ぶのは、死亡事例における第三者のための契約です<sup>(26)</sup>。その主たる適用範囲は、第三者のための生命保険です。しかし、私は、保険法が関係するのでこの形式には言及しないで、全く簡単な事実関係に注目しようと思います。

ある年金生活者にはいく人かの姪がいます。そして、彼は遺言書で彼女たちに同じ割合で遺贈しました。しかし、彼はうっかりして一人の姪を忘れていました。ところで、彼が遺言書を書き換える代わりに、彼は、生存中、自由にかつ単独で〔財産を〕処分できますが、それを処分しない場合には財産は、彼が死んだ後に、その姪の所有になるという約定をもって、相応しい金額を銀行に寄託します<sup>(27)</sup>。〔彼の〕生存中の法的地位は明らかです。その姪は、主観的法的法をまだ取得してはいませんが、むしろ遺言者からは保護されていない期待だけは取得しています (§331)<sup>[\*3]</sup>。ところで、叔父が亡くなり、遺産が借金だけであることが判明しました。誰が財産を請求することができるのでしょうか。姪でしょうか、それとも遺産債権者でしょうか？ 直接的に適用できる法律規範はありません。私たちは、〔法律規範の〕欠缺に直面しています。〔そこで〕叙述された二つの方法に従って欠缺を補充しようと思います。まず初めに、対立研究による利益法学の方法に従って〔補充しようと思います〕。

この方法によれば、同じような利益対立が法律で裁決されているかどうかの問題とされます。私の考えでは、そうであることがはっきりしています。それどころか、一人の姪、〔すなわち〕契約で遺贈された姪の場合だけでなく、他の姪たち、〔すなわち〕遺言書で遺贈された姪たちの場合にも、遺産債権者との利益対立が存在します。より正確には、同じような仕方です〔彼との利益対立が存在しています〕。これら

べての事例において、姪たちの利益は〔叔父の〕死亡前には、保護されていません。姪たちは、主観的法を持っていませんが、遺産債権者はすでに権利を持っていました。遺産債権者の利益はすでに保護されていました。ところで、遺言書で〔遺贈された〕姪たちとの対立に対しては法律上の裁決が存在しています。〔そこでは〕遺産債権者が優先されています。それは、強行法規であって、決して推定される遺言内容ではありません。遺言者は、遺言受領者を遺産債権者よりも優先させることは決してできませんでした。しかし、利益状況の同一性は、契約で遺贈された姪もまた同じように取り扱われること、つまり、遺産債権者との関係で後回しにされることにならなければなりません。

同じ結論に至るのが、第二の規範、つまり、2301条<sup>(\*)4)</sup>の死因贈与の取り扱いです。遺言者は、遺言書の変更と第三者のための契約による以外に、彼が死因贈与によって忘れられた姪に財産を与えることによって、彼女を保護することができました。遺言者がその際に贈与約束で十分であると思ったならば、贈与された姪の立場は、遺言者が生きている間、私たちの契約上の姪よりもなお強力な立場にありました。そればかりか、契約上の姪は、〔遺言者の〕生存中、まったく権利を取得していませんでしたが、贈与された姪たちは、すでに権利を取得していました。それがたとえ単なる債務的なものであったとしてもです。しかし、2301条2項によれば、贈与約束は死後処分として取り扱われます。ですから、贈与された姪は、遺言書で贈与された者と全く同じように、遺産債権者の前で退かなければなりません。この法律上の価値判断は、そもそもまだ権利を獲得していなかったところの契約で贈与された姪の事例にもなおさら転用されなければなりません。

同じ取扱いの正しさは、正反対の裁決が法の網の目をかいくぐろうとする試みをもたらずであらうことによっても、また歴史的発展を顧みること<sup>(28)</sup>によってもさらに証明されます。遺

言者は遺言の典型的行為によって終意による受遺者を債権者の優位から保護することはできません。第三者のための契約は、それが先ほど描かれたように、遺言よりも大きな犠牲を個人的に第三者に課すことはありません。この形式がより強い効果をもっているとするならば、遺言者は、この仕方でも遺産債権者の保護を無に帰せしめること、〔すなわち、〕債権者保護の遺産部分を手に入れることができることになるでしょう。実際に、この動機が生命保険の場合に相当な役割を演じます。法の網をかいくぐろうとする気を起こさせるのは、大抵、法律が同じにある利益状況を異なって取り扱っている印です<sup>(29)</sup>。それゆえに、相続税法もまた、死亡を原因とする第三者のための契約を死亡による取得として取り扱っています<sup>(30)</sup>。

そうして、利益審査の結果、遺産債権者の相続法上の優位を転用することによる欠缺の補充が明らかになります。反対の例、〔すなわち〕概念構成による欠缺補充が、帝国裁判所の判決の分かりやすい説明の中に見られます。帝国裁判所は、確定している実務の中で<sup>(31)</sup>、利益対立を私たちがそのように行ったものとは全く反対に裁決しました。第三受領者は、遺産債権者よりも優先されます。なぜでしょうか？ 決して利益対立の他の比較衡量、あるいは生活上の正しさの他の価値判断の理由からではありません。その反対です。帝国裁判所は、自らの裁決ですら危惧する必要がないわけではないと思っています。しかし、帝国裁判所は、他の方法に従っており、そして、概念に、〔すなわち〕取得の概念的特質に自らが拘束されていると思っています。帝国裁判所は、「契約により第三者が直接に給付を請求する権利を取得する効力をもって、第三者に対する給付を約することができる」というドイツ民法典328条の文言を決定的であると宣言しています。ですから、私たちの事例では、第三受遺者である姪は、直接的に契約から権利を取得しました。したがって、帝国裁判所はそう判断します。〔つまり〕遺言者

の財産からではありません、と。それ故に、第三受遺者の取得は遺産債権者から取り上げられます。第三受遺者、〔すなわち、〕私たちの事例では契約上の姪は、優先されなければなりません。328条の「直接的」という概念は、その内容に従って、与えられた有効範囲をもっているのか、あるいはしかし、全く他の法規範を統合するのかどうかは論じられてはいません。その問題が提起されるならば、成立史、法文内容、関係性はその返答についての疑念をそのままにしておきません。328条の「直接的に」という文言は、第三者の承認、あるいはそれ以外の関与〔Mitwirkung〕の必要性だけを否定すると言われています。利益状況、〔つまり〕第三受遺者と契約者との間の利益状況だけが注視されています。遺産債権者との関係については全く考慮されてはいません。「直接的に」は、「関与なしに」を意味します。しかし、関与の不要性が、遺言受領者の利益よりも第三受領者の利益をより高く評価するという事実に即した理由を与えることができないことは、明らかです。というのは、関与は、遺言受領者にとっても必要ではないからです。要するに、帝国裁判所は、明確に画定された命令内容を統合する概念定式から全く新しい法規範を導き出しました。そこにあるものは、古典的な定式利用、方法論的概念取

り違い、リユームリンが精霊に背く罪〔Sünde wider den Heiligen Geist〕と呼んだ方法です。その際に、散発的な誤った判決が問題なのではなく、むしろ今確定している実務、同じ誤りに基づいている判断を下した三つの部署の判決が問題なのです。それどころか、帝国裁判所は、最近<sup>(32)</sup>、「直接的な取得」という同じ定式からさらに第二の規範を導き出しました。それは、指名の撤回が特別に行われていなかった限り、第三受遺者を、譲渡による取得者よりも生存中に優先しました。私たちの事例において、たとえ遺言者が、彼の生存中に、姪への指名を撤回することなしに、保全のために請求権をXへ譲渡したとすると、姪は、譲受人Xよりも優先し、そしてそれによってすでに認められた確実性を彼から補償もなしに奪い取ることになるでしょう。古い定式の利用の新たなこの成果は、なお一層、生活の需要と生活の見方と矛盾します<sup>(33)</sup>。帝国裁判所が原則的に生活上の正しい成果を求め、そして定式の利用を控えることが承認されたことは、確かに喜ばしいことです。しかし、生活上の正しさの探求は余りにも漠然としたプログラムです。利益状況の原則的審査だけが、實際上、概念法学を防ぎます。

〔未完〕