

フィリップ・ヘック著『利益法学』(下)

高須 則行 訳

【凡例】

*本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、本号に載せることとする。

IV 法学の構造⁽³⁴⁾

第三の主要な領域について重要な対比が意味を持っています。その領域とは、法学の構造です。法学は、医学と同じ様に、実用的学問です。法学は、裁判官が事件を裁決する準備をしなければなりません。まずは、さまざまな対立事件に当てはまる諸規範を提案することによって、つまり、規範獲得によってです。次に、規範的素材の全体的見通しのつく形成[Formung]と整序[Ordnung]によってです。これら二つの任務の関係は、基本的なものの見方の転換によって変わることがあります。

比較的古い理論には、二つの任務を厳密に分ける理由がありませんでした。主たる任務と見なされたのは、学問的概念を精密に規定することでした。これらの概念は、全体的見通しに役立ちましたが、同時に、本来は規範の原因的説明を、そしてまたその後、規範を補充する確固たる基盤をもたらしました。これらの概念は、現存する法規範の説明と新たな法規範の獲得のために役立ちました。精密な概念規定とこれらの概念の統一的な演繹の体系、[つまり] 概念ピラミッドへの組み立てが、法学の目標でした。この見解の結果として、ドイツ法学は豊かな概念的研究を提供しましたが、それは、諸外国の法律家にとって、とりわけ人目を惹き、また奇妙なものと思われました。概念規定のこれらの問題は、認識問題として、

[つまり] 客観的な実在性に関する問題として取り扱われました。それゆえに、唯一の概念規定だけが正しいものであり得ました。ですから、定義について、あるいは前に言いましたように、法的事物の法学的本性について、非常に活発な議論がなされました。主観的法の概念、法的人格の概念は、繰り返し研究されました。物上負担の法学的本性に関して、膨大な数の研究書がありました。さらに膨大な数に上ったのは、指図証券と無記名証券の場合の債務の発生が、契約の概念に属するのか、それとも片面的契約、あるいは仲介的定式に属するのかどうかという論議でした。まさに少し前の時代の最も有名な論争テーマが、そのような構成論争でした。「概念崇拜[Begriffkultus]」がありました。しかし、これらすべての研究は、最終目標の点で、完全に実目的を追求しました。というのは、正しい定義は、なにしろ、すべての法的問題の裁決を可能にするとされたからです。物上負担の概念からあらゆる規範が導き出されることになりました。さらに、伝えられた法規範によって裁決されない問題にとっても[そうでした]。

これらの概念研究の背後に退いたのが、生活関係および生活上の需要の探究でした。生活は、法的概念の適用領域でしたが、その淵源ではありません。外国法との比較は、現行法にとって意味のないものでした。そして、立法論

に関する意見[Urteile de lege ferenda]は、法学の外にあるものでした。私たちが普通法学の古典的最後の著作、*ヴェントシャイト* [Windscheid] の教科書に注目するならば、物凄い精巧さをもって構築された概念体系が見出されます。しかし、*ヴェントシャイト* が生活の形式と生活上の需要についてほとんど言及していなかったことは、私たちの今日の立場からすれば、驚くべきことです。その本の核心は、概念体系であって、生活とその秩序ではありません。

私の考えによれば、比較的新しい方法は、二つの任務、[すなわち] 規範獲得と整序を厳密に区別しなければなりません。規範獲得は、生活および生活上の需要の見方にに基づきます。今日では、これらの考察は前面に出て来なければなりません。これらの考察は、利益研究、法社会学、法的事実研究と呼ばれています。

[そこでは] 生活や生活上の正しい秩序が問題とされます。法的命令は、これらの生活上の需要、利益状況から説明されますし、またこれらの利益研究に従って補充されます。具体的に現実的な生活の見方から命令は形成されますが、[それは、結局のところ]、事件の裁決によってこの具体的な生活をさらに形作ることとなります。新たな方法による教科書は、*ヴェントシャイト* の教科書と異なる特色を帯びます。その対象は、生活への部分的適用を伴っている法概念の体系ではありません。そうではなくて、その特有の対象は、生活それ自体、そしてその要求、その問題です。ただ解決方法として、法的命令とそれに内在している法的共同体の価値判断が考慮されます。法の継続的形成は非常に困難な任務です。補助手段として、法の比較や立法に関する評価も重要になります。

もちろん、比較的新しい方法もまた全体的見通しや整序を必要とします。学問的秩序概

念は無くしてはならないものですし、それを仕上げることは利益法学の主張者によっても疎かにされることはありません。これらの概念の組み立て、法体系もまた、全体的見通しや叙述にとって重要です。しかし、これらの概念および体系の形成にとって、まさに全体的見通しおよび叙述の目的が決定的でなければなりません。[それは、] 定式化の問題であって、認識の問題ではありません。また、獲得された認識の統合の問題であり、因果的探究の問題ではありません。ですから [それは]、時間的に規範獲得の後に続く、二次的な任務にかかわる問題です。学問的作業の場合、まず初めに、規範が確定され、また補充されなければなりません。その後に、統合が行われます。研究の初めではなく、むしろ、終わりに置かれるべきなのが、体系への整序です。「主観的法」および「法律行為」という概念は、法規範がそれから説明されたり、補充されたりするところの基本概念ではありません。そうではなく、それらは、私たちが貼り付けるレッテル、[つまり] 私たちが、伝えられた、また補充する規範を手元に用意して置くために、それらをその中に入れて置くところの学問的引出し[wissenschaftlichen Schbladen]です。この見解によって概念構成に関する古い論争問題は他の特色を獲得します。様々な定義が正しいものであり得るという可能性が広い範囲で明らかになります。[つまり] 等価的構成[äquivalenter Konstruktion]の可能性が明らかになります。そして、そのことを私は概念形成に関する私の著作『概念形成と利益法学』で詳細に論じました。唯一正しい定義についての信念は、多くの事例で錯覚であることが明らかになっています。有名な論争は、無意味なものとして片づけられます。私は私の概論で一部を証明したと思っています。たとえば、その一部とは、私の債務法の 105 節で指図証券と無記名証券に関する論争問題であり、私の物権法の 109 節で物上負担と質権に関する構成です。しかし、

同じことが他の論争問題にも当てはまります。たとえば、主観的法および法律行為の概念です。法体系もまた他の特色を帯びます。演繹的体系に対して帰納的体系が取って代わります。

比較的新しい方法は、もちろん、古い方法と同じ様に、法学を必要とします。利益法学が学問的作業の必要性を排除するであろうと折にふれて主張されているとするならば、それは大きな誤解です。その反対です。学問の範囲がどちらかと言えば広がります。社会生活および追究されるべき価値理念の探究は、ほとんど終わりのない任務です。法学は存在し続けますが、その構造はもちろん異なったものになります。構成論争、正しい概念規定をめぐる論争、概念崇拜は意味を失います。そこで、それらは生活の探求や生活上の価値判断に取って代わられます。

私が皆さんに述べました方法の変化は、基本問題に関して受け入れられたと思われるかもしれませんが。すべての結論に関してではありません。とりわけ、学問の構造について、概念形成と体系形成についての見解は、他の理論と同じように是認されたとするには程遠いものがあります。それらは、他の基本的見方を共有する研究者によっても斥けられています。ハインリッヒ・オェルトマン[Heinrich Oertmann]のような、私法の傑出した代表者もまた、最近、彼の著作である『概念と利益』[[Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft](1931)]の中で、利益法学における概念と体系への立場に対して厳しい異議を唱えました。私は、この点について、概念形成に関する私の著作での応答を参照するように指示せざるをえません。また、[私は]皆さん、親愛なる学友にとって、とりわけ重要である下位問題[Unterfrage]だけに、つまり、大学での勉学への私たちの方法の利用可能性に言及したいと思います⁽³⁵⁾。

オェルトマンは、法規範をその利益作用から説明することは初学者にとって極めて困難

であるだろうと考えています。大学での講義は、今日でも比較的古いやり方に対応して、概念の体系、一般的概念からの法規範の導出に基づいて行われているとされます。せいぜいのところ、演習の中で利益状況に言及することができるとされます。この見解を私は不適切で、取返しが見つからないもののように思います。私にはその反対のことが正しいように思われます。

法規範の生活上の需要との関連を認識することは、それほど難しいことではなく、むしろたいへん簡単なことです。確かに、個々の規定の場合には、難しさが見られるかもしれませんが。しかし、それはかなり稀な例外です。全体として私たちの法律は、古代におけるピュティア[Pythia] [DelphiのApolloの女神]、あるいはアムモン[Ammon] [古代エジプトの主神]の託宣のように、神秘的な予言ではありません。そうではなく、私たちの法律は、人間の決議であり、それは世間の注目の中で実行され、そして至る所で作用し合う諸利益を認識させます。法を生活上の需要へと還元することは、あらゆる素人にとって当たり前のことであり、そして初学者が大学に携えて来る一つの見解です。同じことは、現存する規範が生活上の需要に対応して説明され、そして必要であるならば、補充され得るという原則についても言えます。この原則にも、日常生活の中で絶え間なく行われている全く単純な基本的思考がかかわっています。その把握はなぜ初学者を手こずらせると言われるのでしょうか？ 古い概念法学的理論とそれに対応する叙述、[すなわち]概念による法規範の説明とは、全く異なっています。この[概念法学的]理論は、実際に学ぶことが難しく、それゆえに理解することも難しい技芸論[Kunstlehre]でした。なぜならば、この[概念法学的]理論はまさに内在的な根拠づけを欠いていたからです。私たちの生活に満ちた学問が非常に多くの初学者にとって味気ないもので、生活から

乖離したものと思われていたのは、まさにこの技芸論のせいなのです。古い方法の教育上の欠点は、数多くの証拠によって裏づけられます。プラーニッツ[Planitz]は、著名な法律家の自叙伝の作品集を出版しました⁽³⁶⁾。自叙伝の中で繰り返し語られているのは、著者が、彼らの最初の学期で、膨大な量の概念的な論議と構成論争によって萎縮させられていたこと、それから、私講師の誰かが生活への作用を引き合いに出すことによって利益を呼び起こすまでであったことです。その際に、示された事例における古い方法の萎縮的作用には、後で優れた業績をあげたところの、つまり、とりわけ法学の才があった聴講者がかかわっています。現代においても、教育における相違が見て取れます。学生たちが繰り返し私に断言したのは、彼らが利益法学との出会いによって初めてその勉学の喜びを得られたということです。そして同じ意見が私の概論の読者から私に届きました。私はどの研究者にも、彼がまだそれを行っていない限り、この方法を試してみることを勧めることができます。

古い方法の残響は、学問の構造に関してもなお、他に疑う余地なく明らかです。この点に関して、さらに大規模に解放作業が行われなければなりません。同じことが、対立理論の首尾一貫した遂行についても言えます。さらに、私ははっきりと自覚していることがあります。それは新たな傾向がなお更なる強化をすぐにも必要としていることです。解決される問題は新たな傾向によって押し退けられます。生活と学問には限りがありません。個々の研究者は、役者のように、短い期間だけ活動します。私の年齢で人は共同研究から次第に退きます。人は観衆の役割に入ります。しかし、展望は喜ばしいものです。方法論に没頭し大成功を収めたり、作業を受け継いでやって行ったり、新たな問題に取り組んだりする比較的若い研究者が大勢います。私たちの方法論の

将来について、私は心配していません。実務においても裁判官の任務の正しい見解が、かなりの妨害にもかかわらず、次第に受け入れられています。帝国裁判所裁判官のバッヒンガー[Wachinger]がドイツ裁判官新聞で公表した論文は、とりわけ喜ばしいものです⁽³⁷⁾。バッヒンガーが支持するのは、私が皆さんに講演した利益法学の原則です。

V 結び

親愛なる御同輩の皆さん、拝啓 聴衆の皆さん！ 私たちの論議は終わりにになりました。私が体験し、皆さんに詳しく語りました私たちの学問における方法の変化は、たいへん重要です。イエーリングが彼の時代にある種の軽蔑をもって低次の法律学と呼んだところのやり方だけが、今日では学問的なものと認められます。非常に褒め称えられるイエーリングの高次の法律学は、私たちにとって錯覚であるように思われます。

私の長い間の生活経験の中で得られた確信によれば、この変革には偉大な進歩が含まれています。私の亡くなった友人、マックス・リュメーリンは、法の多くの変化を体験しました。数ある中でもドイツ民法典の施行です。しかし、彼は、彼の人生の思い出の中で、すべての変化において方法の変化が極めて偉大な進歩であると述べています。

方法の利点では生活の価値が断然に第一位を占めます。私は個人的に確信していることがあります。それは、利益法学の方法が、他の手段で獲得されたものよりも、生活上の需要とさらに私たちの民族の法感情により完全に合致する裁決を下すことを裁判官に可能にさせるということです。私たちはすべてを私たちの民族の共同体への尽力に捧げますが、その尽力はこの手段で極めて効果的に行われます。さらにそれに関連するのが、他の二つの利

点です。第一にはより高い職業的な満足度です。裁判官は自らを、自動機械ではなく、むしろ高められた責任をもってはいますが、しかしまた困難な任務の達成によって与えられる誇りをもっている立法者の共同作業員[Mitarbeiter der Gesetzgebers]であると思っています。第二には、しかし、比較的新しい方法は司法の信用にも影響を及ぼすこととなります。私たちの判決に対して形式主義と生活からの疎隔という批判が繰り返されています。確かに、この攻撃は、相当な部分で特別な目的追求に基づきます。この攻撃は、今日、客観的に正当な根拠はありません。しかし、それでも、概念法学の古い方法がまさに形式主義および生活からの疎隔という二つの非難を受けるのが本質的に相応しかつたということは、誤解されてはなりません。それは、私たちの前任者の罪ですが、その罪は私たちに負わされているように思えるのです。私たちはその罪を認識し、その結論と共にそれを避けるならば、私たちの職務に対して部分的に失われた信用を取り戻すためにも、私たちは、私たちがすべきことをすることなのです。

脚注

私の論文の略称：Begriffsbildung = Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932. Gesetzesauslegung = Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz Ziv.-Arch. 112, S. 1 ff., 1914. Rechtsgewinnung = Problem der Rechtsgewinnung 1912, 2. Aufl. 1932. Sachenrecht = Grundriß des Sachenrechts 1900. Schuldrecht = Grundriß des Schuldrechts 1929.

(1) Vgl. Begriffsbildung, S. 32ff.

(2) Vgl. die unter Abkürzungen angeführten Schriften.

(3) Begriffsbildung, S. 25ff.

(4) Z. B. von *Hermann Isay* in Ziv. Arch. NF. 117, Heft I.

(5) Begriffsbildung, S. 4ff.

(6) 著作権の新しい提案もまた、概念法学の強い影響を示す。Vgl. die überzeugenden Ausführungen bei *de Boor*; »Vom Wesen des Urheberrechts«, Marburg 1933.

(7) Gesetzesauslegung, S. 14.

(8) Begriffsbildung, S. 36ff.

(9) 利益は、生活現実の一部である。その個別的考察と満足は、完全な理性に適った因果的説明を断念する者にとっても価値の高いものと思われるにちがいない。もちろん、法学は、生活の多様さから法学の目的にとって重大である特徴だけを際立たせる。これらの特徴は、利益概念に統合される。現実の全くの多様さは把握できないが、重要でもない。法学がかかわらなければならない物的利益[Sachinteressen]にとって、物理学が突き止めるであろう電子の総数は問題にはならない。したがって、ヴァルツ[Walz] Jw. 1932. S. 3749 が私に唱える異議は、私には正当であるようには思われない。

(10) Begriffsbildung, S. 63ff.

(11) Begriffsbildung, S. 44ff.

(12) »Zum Gedächtnis von Max Rümelin«, Kanzlerrede 1931.

(13) Die Reform der Strafrechtspflege, Kanzlerrede 1932.

(14) Vgl. z. B. Begriffsbildung, S. 147.

(15) Eingehende Erörterung in meiner Gesetzesauslegung, Ergänzung in Begriffsbildung, S. 91 ff. Vgl. auch die ausführlichen Untersuchungen von Ehrlich, Juristische Logik, Ziv. Arch. 115, S. 125ff.

(16) Vgl. auch *Max Rümelin*, »Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre«, Kanzlerrede 1930, S. 14ff.

(17) 定式利用の方法と利益に適った補充との対比を、私は、私の『概念形成』で、私がとりわけ引き合いに出したかった「修復の比喩」で説明した。Vgl. für die ernstliche Formelverwertung a a.O.S.93 Anm. 2, für die stilistische Formelverwertung S. 96 Anm. 2.

(18) Begriffsbildung, S. 96. und Nachweisungen.

(19) Sachenrecht, S. 123 c.

(20) »Rechtsgewinnung« S. 18(15), auch Begriffsbildung,

S. 92.

(21) もっともなことに、既に第二回ドイツ裁判官会議(1911年)はあらゆる見せ掛けの根拠づけに反対の態度を表明した。Vgl. ferner Begriffsbildung, S.98 ff.

(22) ある境界問題は、なお議論の余地があるが、重要ではない。Vgl. Schuldrecht, S. 475 und *Rümelin*, *Erlebte Wandlungen*, Kanzlerrede 1930, S. 37, 38.

(23) *Lobe*, »Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts« in »Fünfzig Jahre Reichsgericht«, 1929. Müller-Erzbach »Reuchsggericht und Interessenjurisprudenz« in der Festgabe für das Reichsgericht II, 161.

(24) 『法律解釈』と『概念形成』で詳細な解説が行われている。S. 104ff.

(25) Gesetzesauslegung, S. 247ff.

(26) 本書で論議される問題は、一般の問題、とりわけ、相続法の規定が死亡事例での「具体的」行為にどの程度まで適用可能か、という問題の内部の下位問題である。処分者の財産関係を彼の死後に規律するところの処分、死亡事例での処分の場合、特異な利益対立が生じる。この処分のために歴史的な発展は、特別な典型的定式、とりわけ、遺言、そして利益対立の特性を考慮する特別な法規範を形成した。それは死亡事例における典型的行為である。ところで、それ以外にすでに生存中に効果を及ぼす処分が、具体的な約定、期限付与、条件によって同じように死後に初めて効果を及ぼすことはあり得る。それは死亡事例における具体的行為である。それによって部分的に同じ利益状況と利益対立が、死亡事例における典型的事例の場合のように、生ずる。このことはどの程度事情が同じなのか、それから同じ利益状況は相続法の規定の転用によってどの程度同じように取り扱われるのかが問題となる。我々の法律は二つの特殊な事例だけをほとんど満足しない仕方です201条の規定で裁決してしている。文献では取扱いには議論がある。エンデマン[Endemann]は、彼が「死後の」行為と名づけるこの行為のために相続法の適用を完全に拒否した。Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. 3 § 30, Bd. 4 § 78IV Nr. 6. その他の点では、見解は分かれている。Vgl. z. B. *Ortloff*, Arch. für bürgerl. Recht 21, S. 361, J. *Lehmann* a. a. O. 36, 81. *Eckstein*, Gruch. 55. 751. 私見によれば、

利益対立の同等性は広範囲に及んだ等しい取扱いに至らなければならない。Vgl. Schuldrecht, S. 149 und 299 und für das ältere Recht Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 4 S. 1 ff.

(27) 我々の例の動機は、RGE. 88 S. 137 の事例にあった。

(28) 第三者との契約は、法史において死亡事例での典型的行為のための古代の、素朴な[primitive]形式として我々に現われる。我々は、第三者を古代ローマの売買式遺言[Manizipationsrestamente]の場合に遺産の買主[familiae emtor]の人格の中に見出す。そして我々は第三者をザールマン [*Salmann*] [中世ゲルマン民族法における相続財産の受託者] とのドイツ法的遺贈の場合に見出す(さらに、サリカ法典のアファトミー[Affatomie]の場合にも)。我々の例の銀行は、遺産の買主とザールマンの現代的復活である。

(29) 法律行為的に比較的新しい、洗練された行為形式を強いる、それゆえに事情によっては不都合な指図が適切に表現されるが、素朴な形式には転用されない場合、生活は素朴な形式に立ち戻ることを迫られる。ザールマンの行為のこの復活が、確かに最も特別な状況によって促進され、第三者のための生活保障の場合には、大量現象である。

(30) Erbschaftsteuergesetz, Fassung vom 22. Augst 1925 § 2 Abs. I. 「死を理由とする取得として、..Nr. 4、[すなわち] 遺言者によって締結された契約に基づいて第三者の生存中に遺言者の死と共に直接的にもたらされる財産上の利益の取得が当てはまる。

(31) 51 S. 405(VII. Ziv. S.), 71 S. 327(VII. Ziv. S.), 80 S. 177(II. Ziv. S.), 88 S. 137(III. Ziv. S.), 106 S. 1(I. Ziv. S.).

(32) 127 S. 269(VII. Ziv. S.), 136 S. 49(VII. Ziv. S.).

(33) Vgl. meine Bemerkung zu der jungsten Entscheidung des RG. JW. 1932, S. 2517.

(34) Begriffsbildung, S. 126ff.

(35) Begriffsbildung, S. 212.

(36) Vgl. die Nachweisungen in Begriffsbildung S. 213 Anm 1.

(37) Deutsche Richterzeitung, 1932, S. 225ff. »Was not tut?«

〔*1〕 ドイツ民法 99 条「物の果実とは、物の産出物、および物の用法に従い取得されたその他の收穫物を言う。」

〔*2〕 スイス民法典第 1 条「②この法律に規定がないときは、裁判官は慣習法に従い、慣習法もないときには自己が立法者であったならば法規として制定するであろうところに従って裁判をすべきものとする。」

〔*3〕 ドイツ民法 331 条「①要約者の死後、第三者に給付を為すべき場合において、疑わしきときは、第三者は要約者の死後、給付を受ける権利を取得する。②要約者が第三者の出生前に死亡したときは、第三者に給付すべき約束を破棄し、または変更することができない。但し、かかる権利を留保したときはこの限りではない。」

〔*4〕 ドイツ民法 2301 条「①受贈者が贈与者の死後、生存することを条件とする贈与契約は、死因処分に関する規定に従う。②贈与者が出損したものを給付して贈与を実行したときは、生前贈与に関する規定を準用する。」

【訳者解説】

利益法学の創始者であるフィリップ・ヘック [Philipp Heck] は、法律学方法論の著作として、『法獲得の問題』 [Problem der Rechtsgewinnung] (1912)、『法律解釈と利益法学』 [Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz] (1914)、『概念形成と利益法学』 [Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz] (1932) をそれぞれ公刊した一方で、民法の教科書として、『債務法概論』 [Grundriß des Schuldrechts] (1929) と『物権法概論』 [Grundriß des Sachenrechts] (1930) を著している。彼によれば、『法獲得の問題』は、彼の法律学的方法論の筋書き的まとめであり、『法律解釈と利益法学』は、法律解釈の問題を方法論の中心点と捉え、歴史的解釈説と客観的解明説を区分して検討を加えている。最後に、『概念形成と利益法学』は、ヘックが、ハインリッヒ・オエルトマンの『法学における利益と概念』 [Interesse und Begriff in

der Rechtswissenschaft] (1931) の中で行った利益法学批判に応答するとともに、利益法学の方法論をさらに一層基礎固めし、理由づけようとしたものである。以上の著書は大著にわたるものであるが、前号と本号で訳した『利益法学』は、1933 年に出版され、前述の大著を踏まえて、ヘック自らが考える三つの論点を取り上げ、概念法学と利益法学を対比し整理している有用な著作であると思われる。

ヘックが取り上げた三つの論点とは、一つは、法の要素の因果関係に関する点、二つは、裁判官の事件の裁決に関する点、三つめは、法学の構造に関する点である。

(1) 法の要素の因果関係について

ヘックは、法の要素として、法的命令、生活利益、学問的秩序概念を挙げる (S. 10、前号(上) 51 頁)。そして、それら三つの要素の因果関係について、概念法学と利益法学が対比されている。

ヘックによれば、法的命令は、「習俗や道徳のように、命令観念に属し、さらに、その法的命令は、生活に作用するとされる (S. 10、前号(上) 51 頁)。それゆえに、法定命令に付け加わるのが、法的命令の生活への作用の観念であり、機能的考察、法の生理学と呼ばれるものである (S. 10、前号(上) 51 頁)。そこでの生活とは、単なる「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」とされる (S. 10、前号(上) 51 頁)。生活の要求は、「利益」と呼ばれ、その利益には、物質的財産の保護のみならず、道徳的利益や宗教的利益などの、いわゆる精神的利益の保護も含まれている (S. 10、前号(上) 51 頁)。第三には、「学問的一般概念」である。学問的一般概念は、「秩序概念」とも言い換えられ、学問によって、命令観念と利益観念を全体的見通しのために変形させたものとされる (S. 10、前号(上) 51 頁)。ただこの学問的一般概念は、完結することはなく、学問の進展が常に新たな秩序概念と新しい形成物を生み出すことになる

と主張される(S. 11, 前号(上)52 頁)。

概念法学は、学問的一般概念を法の原因的な基礎概念と捉える。つまり、この学問的一般概念が法規範を生み出し、また間接的に生活への作用を引き起こすものと考えられている(S. 11, 前号(上) 52 頁)。ヘックによれば、この一般概念の原因性に関する理論は、歴史法学派によって支配的になったものとされる(S. 11, 前号(上) 52 頁)。歴史法学派は、民族精神を主張するが、その民族精神の成果としてみなされたものが、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でもあったとされる。それゆえに、一般概念は、法規範の淵源ともみなされたのである(S. 11, 前号(上) 52 頁)。

利益法学は、概念法学とは異なり、法的命令が、歴史的に一般概念への整序に先行すると考えている(S. 12, 前号(上) 52 頁)。つまり、法的命令がまず初めに生み出され、その後法的命令を一般概念へ整序する作業が行われるのである。法的命令は、生活上の需要とその評価によって生み出されるのであって、概念法学が主張するように構成された一般概念によって生み出されるものではないのである(S. 12, 前号(上) 52 頁)。その例として、ヘックは、ドイツ法にとって馴染のなかった時代に生まれていたとする物上負担と無記名証券に関するドイツ民法典の条項を挙げている(S. 12, 前号(上) 52 頁)。

(2) 裁判官による事件の裁決について

ヘックによれば、概念法学は、「認識ドグマ」と呼ばれる見解を主張する。「認識ドグマ」とは、裁判官を合理的活動に限定し、裁判官はただ法規範を認識し、それに事態を論理的に包摂することによって判決を導き出さなければならぬとする考え方である(S. 15, 前号(上) 54 頁)。したがって、裁判官は、認識に関する論理の法則に従って、法を適用するだけであって、価値判断をすることのみならず、法規範それ自体を作り出すことも許されてはいないと

される(S. 15, 前号(上) 54 頁)。要するに、裁判官は、事態を投入すれば判決が取り出されるという、あたかも自動機械とみなされていた。それゆえ、裁判官にとって裁決の「生活上の正しさ」は考慮されることもなく、したがって、裁判官が責任を負わされることもなかったのである(S. 15, 前号(上) 54 頁)。

概念法学は、法律の欠缺補充の手段として概念構成による欠缺補充を用いる(S. 16, 前号(上) 54 頁)。というのも、概念法学によれば、法的命令は基礎をなしている一般概念から導き出されたものであって、この原因的概念である一般概念を認識すれば、欠缺を補充する新たな規範が生み出されると考えられるからである(S. 16, 前号(上) 54 頁)。さらにまた、ヘックによれば、この原因理論が捨て去られた後でも、概念構成による欠缺補充は、法的命令の事後的統合と認識され、法律学的技芸論と理解されているとする(S. 16, 前号(上) 54 頁)。法律的技芸論とは、現存する法規範を統合して、抽象的概念を創り出し、その概念から下降的に新たな規範を導き出し、欠缺を補充するやり方とされる(S. 16, 前号(上) 54 頁)。ヘックは、このような仕方を「真面目な定式利用」あるいは「転倒方法」と名づけたのである(S. 16, 前号(上) 54 頁)。

利益法学は、裁判官を純粋な認識への限定も、秩序概念による欠缺補充も斥ける(S. 19, 前号(上) 56 頁)。そして、利益法学においては、概念法学で考慮に入れられていなかった「結果の生活上の正しさ」が前面に押し出される(S. 19, 前号(上) 56 頁)。ヘックによれば、この考えの出発点は、次の二つの認識によるとされる。すなわち、一つは、憲法によれば裁判官は法律に拘束されていることから、裁判官が利益対立を裁決する場合、立法者が行った比較衡量が、裁判官の独自の評価に優先し、立法者の比較衡量が基準となるという認識である(S. 19, 前号(上) 56 頁)。第二は、法律には生活との関係で欠陥があり、不完全

であり、また矛盾が存在するという認識である。それゆえ、現代の立法者は、法律のこの不十分性を自覚していることから、裁判官に対し、文字通りの服従、すなわち、事態の法律への論理的包摂だけではなく、利益に適った服従、つまり、欠けている法的命令の補充や不完全な法的命令の補正を期待していると主張する(S. 20, 前号(上) 56 頁)。

ヘックは、欠缺補充の方法に言及し、それは、紛争事件において法律上の構成要件が存在していない場合、まず初めに当該紛争事件に存在するところの利益対立を具体的に把握すること、そしてその後、同じような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るかいないかを審査し、それが肯定されるならば、裁判官は同じ利益対立を同じように裁決しなければならないと述べる(S. 20, 前号(上) 56 頁)。その欠缺補充の方法は、ヘックによれば、従来から言われている「法律の類推」ないしは「法の類推」と呼ばれるものであり、利益法学によって正しい根拠づけと明確な確定、適用のより重要な確実性が得られる点にその利点があるとする(S. 20, 前号(上) 56 頁)。

ところで、ヘックは、欠缺を補充する場合、先ほど述べたように、まず初めに立法者が行った法律上の価値判断を適用しなければならないとするが、次に、裁判官自身の価値判断が行える場合があると主張する。それは「裁判官の裁量」等の明文上の権限移譲[Delegation]がある場合と「重要な理由」等のいわゆる白地規定を用いて裁判官自身の価値判断を引き合いに出すように指示している場合である(S. 20, 前号(上) 56-57 頁)。さらにまた、ヘックは、白地規定が明示されていなくても裁判官自身の価値判断が行われる場合もあるとしている。それは、裁決が法の全体構造によって求められている場合と法律上の価値判断が相互に矛盾するか、役に立たない場合であるとされる(S. 20-21, 前号(上) 57 頁)。ヘックは、その場

合に、スイス民法第 1 条を引き合いに出し、裁判官は自らが立法者として提案するであろう裁決を適切に把握しなければならないと主張する(S. 21, 前号(上) 57 頁)。

利益法学は、裁判官の事件裁決を、概念法学が理解しているように法規範の認識と完成された法の論理的包摂ではなく、むしろ法規範それ自体の創設としての法創造的活動と特徴づける(S. 21, 前号(上) 57 頁)。とはいえ、裁判官は立法者よりも自由であるわけではなく、彼は法律上の価値判断に従わなければならないが、したがって、現代の裁判官は、概念法学が言うように、いわゆる自動機械ではなく、むしろ、高められた自由を持ってはいるが、またそれにふさわしい厳しい責任を負っている立法者の補助者と理解されている(S. 21, 前号(上) 57 頁)。

(3) 法学の構造について

ヘックによれば、法学は実用的学問であることから、法学の任務は、裁判官が事件を裁決するための準備をすることと考えられている。そして、その準備作業には二つの任務があり、一つは、さまざまな対立事件に当てはまる規範の提案、つまり、規範獲得であり、もう一つは、規範的素材の全体的見通しを付けるための形成と整序である(S. 25-26, 本号(下) 31 頁)。

ヘックによれば、概念法学は、規範獲得と規範的素材の形成・整序という法学の二つの任務を分けてはいないとする。つまり、概念法学においては、学問的概念を精密に規定することが、ひいては現存する法規範の全体的見通しと新たな法規範の獲得のために役立つものと考えられている(S. 26, 本号(下) 31 頁)。それゆえに、概念法学の目標は、精密な概念規定とこれらの概念の統一的体系、つまり、概念ピラミッドへの組み立てとされる(S. 26, 本号(下) 31 頁)。それに関連して、概念規定の問題は、認識問題、つまり、客観的な実在性に関する問題として扱われ、唯一の概念規定だけが正しいものとされる(S. 26, 本号(下) 31 頁)。

概念法学では、概念研究が前面に出て来るため、生活関係および生活上の需要の探求が背後に退くことになる。生活は、法的概念が適用される領域であって、法的概念が生み出される淵源ではあり得なかった。さらに、外国法との比較は、現行法にとって意味のないもの、また、立法論に関する判断は、法学の領域外とされたのである(S. 27, 本号(下)31-32 頁)。ヘックは、概念法学の代表的教科書として、ヴィントシャイトの『パンデクテン教科書』[Lehrbuch des Pandektenrechts] (3 Bde, Bd. I 1862, Bd. II 1865/66, Bd. III 1870)を挙げて、彼の教科書は物凄い精緻さをもって概念が構築されてはいるが、生活の形式と生活上の需要についてほとんど言及していない点が驚くべきことであると評している。つまり、彼の教科書の核心は、概念体系であって、生活とその秩序ではないとされる(S. 27, 本号(下)32 頁)。

利益法学は、概念法学と異なり、規範獲得の問題と規範的素材の形成・整序の問題とを区別する(S. 27, 本号(下)32 頁)。規範獲得は、生活および生活上の需要の見方に由来することから、利益研究、法社会学、法的事実研究と呼ばれるこれらの考察が前面に出て来ることになる(S. 27, 本号(下)32 頁)。さらにまた、利益法学においては、概念法学では排除された法の比較や立法に関する評価が重要なものとされる(S. 28, 本号(下)32 頁)。したがって、利益法学においては、法的命令は、生活上の需要、利益状況から説明されるとともに、これらから法の欠缺が補充されることにもなる(S. 27, 本号(下)32 頁)。

ところで、ヘックは、利益法学にとっても全体的見通しや整序は必要とされ、学問的秩序概念は無くしてはならないものであり、また疎かにされるものでもないと主張する。しかしながら、それは時間的に規範獲得の後に続く、二次的任務と位置づけられ、概念法学が言うところの認識問題、因果的研究の問題とは異なり、定式化問題、獲得された規範の統合の問

題として取り扱われることになる(S. 28, 本号(下)32 頁)。定式化問題と理解されることから、ヘックによれば、一般概念は、私たちが貼り付けるレッテル、すなわち、私たちが伝えられ、また補充する規範を手元に用意しておくために、それらをその中に入れて置くところの学問的引き出しと理解され、様々な定義の可能性、つまり等価的構成の可能性が明らかになるとされ、概念法学において理解されている認識問題ゆえに唯一の正しい定義が存在するという信念は錯覚であると主張する(S. 28, 本号(下)32 頁)。ところで、利益法学が学問的必要性を排除するものであるとする主張は、ヘックによれば、誤解であるとされる(S. 29, 本号(下)33 頁)。ヘックは、利益法学にとって、法学の領域に社会生活および追及されるべき価値理念の探求が組み込まれることから、概念法学に比べて学問の範囲が広がると考えている(S. 29, 本号(下)33 頁)。利益法学にとっても法学は存続し続けるが、その構造が異なるものになり、概念法学が信奉していた概念崇拜は意味を失い、生活の探求や生活上の価値判断がそれにとって代わることになる(S. 29, 本号(下)33 頁)。それと関連して、法体系の性質も変わり、概念法学にとってはそれが演繹的体系であったものが、利益法学では帰納的体系という特徴を帯びるものとなる(S. 29, 本号(下)33 頁)。

ここまでは、ヘックによる利益法学と概念法学との対比を①法的要素の因果関係、②裁判官の事件裁決、③法学の構造という 3 つの論点について整理してきた。ここでは紙幅の関係上、次の点だけに限定して検討を加える。この点は、ゾームとヘックがドイツ法律家新聞において論争した小論文を訳者が翻訳した際に訳者解説として指摘した点と関連している。すなわち、ゾームとヘックとの論争から見えてくる点は、法学教育とは何か、そしてそれに関連して教科書の在り方とは何かという点であった(高須【訳者解説】紀要 53 号 22 頁)。

この論点に関しては、初学者にとって概念法学の思考方法と利益法学の思考方法のどちらが容易なのかという点であり、さらに、教科書の叙述の在り方としては、ヴィントシャイトの『パンデクテン教科書』の叙述の仕方なのか、それとも、ヘック自身の執筆した『債務法概論』、『物権法概論』の叙述の在り方なのかという点に関連する。

ヘックによれば、私法学の傑出した代表者と評されるハインリッヒ・オェルトマンが、法規範を利益作用から説明する利益法学の思考方法は初学者にとっては極めて困難であると考えているとする(S29-30, 本号(下)33頁)。ヘックは、本書ではオェルトマンのこのような考えを十分には説明してはいないが、初学者にとっては概念法学の思考方法は困難で、利益法学の思考方法が容易であるとしてオェルトマンに反論する(S. 30, 本号(下)33頁)。その反論の理由として、ヘックは、法律は人間の決議であり、それは世間の注目の中で実行され、そして至る所で作用し合う諸利益を認識させるものであって、あらゆる素人にとって当たり前のことであり、初学者が大学に携えて来る見解であると述べている(S. 30, 本号(下)33頁)。確かに、ヘックが主張するように、素人といえども、日常生活の至る所で対立する利益

を認識し、その利益対立を何らかの価値判断に基づいて裁決しているであろう。しかしながら、素人の価値判断は、ゾームが述べるように、「裸の利益法学」、単なる利益衡量であり、それだけでは法学とはなり得ないであろう（「第1小論文（ゾーム）」『八戸学院紀要第53号』13頁）。法学の主要な任務は、実践的に必要なものが満たされるどころの形式が叙述されなければならないとするゾームの主張には（「第3小論文（ゾーム）」『八戸学院大学紀要第53号』20頁）、ここでもまた耳を貸さなければならないように思われる。さらに、今後の研究課題としては、民法学の教科書であるヘックの『債務法概論』ならびに『物権法概論』における叙述の仕方の検討が必要となるであろう。というのも、ヘック自身が、利益法学の教科書は概念法学の教科書（代表的教科書としてヴィントシャイトの『パンデクテン教科書』）とは異なった特徴を備えていると主張しているからである（S. 27, 29, 本号(下)32頁, 33頁）。したがって、概念法学的教科書の叙述の仕方と利益法学的教科書の叙述の仕方を分析、比較することによって、概念法学と利益法学の論争の新たな位相が開かれて来るのではないかと考えられる。

【引用文献一覧】

ヘック、フィリップ(Heck, Philipp)著、高須則行訳
2018『利益法学(上)』(Interessenjurisprudenz, Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. Dezember 1932, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1933.) 八戸学院大学紀要第56号49-59頁。

ヘック、フィリップ(Heck, Philipp)著、高須則行訳
2018『利益法学(下)』(Interessenjurisprudenz, Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M., gehalten am 15. Dezember 1932, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1933.) 八戸学院大学紀要第57号31-41頁。

高須則行訳

2016「ドイツ法律家新聞におけるゾームとヘックの『概念法学』に関する3つの小論文」八戸学院大学紀要第53号11-22頁。