

# フィリップ・ヘック著「法の基礎」(上)

高須則行訳

## 【訳者まえがき】

本号と次号の2回に分けて訳出するのは、Philipp Heck, Grundlagen des Rechts, in: *Deutsche Staatsbürgerkunde, herausgegeben von Adolf Bauser*, Verlag von Berthold & Schwerdtner Stuttgart, 1922. SS. 139-157. である。

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下線を付した。

\*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。

\*原文中はページに、(\*)でなされた脚注があるが、訳文ではそれらを通し番号にしたうえで、各号の末尾に載せることにした。

## 第1章

### 法の基礎(\*1)

Von Professor Ph. Heck in Tübingen

#### I. 客観的法——概念と体系的整序

1. 「法」という言葉は、様々な表象のために用いられる。とりわけ、日常生活の言葉使いでも、学問の言葉使いでも、二つの基本的意味が対置している。「法」について我々が念頭に置いているのは、まず、ある種の準則、国家共同体がその構成員に遵守を求める命令である。この意味で我々はドイツ法、ローマ法あるいはフランス法について、民法、刑法、鉱業法等々について話題にする。この表象は、とりわけ、客観的意味での法[*das Recht im objektiven Sinn*]、客観的法[*das objectives Recht*]と呼ばれる。しかし我々は、同じ言葉を、これらの準則が人間の利益のために及ぼすある種の効果、準則によって付与される権能にも用いる。そのような保護的地位[*Schutzposition*]は、

たとえば、所有権、請求権、政治的投票権等々である。保護的地位は、主観的意味での法[*Recht im subjektiven Sinn*]、あるいは主観的法[*das subjectives Recht*]と呼ばれる。

2. 我々が客観的法を考察対象に組み入れるならば、それは、直接的に知覚可能な世界に属するものではなく、むしろ、意識内容、より正確に言えば、戒律、習俗、道德等々と並んで消極的命令表象[*die passive Gebotsvorstellung*]、あるいは当為表象に属する。確かに、もし我々が法を社会的形成物として全面的に限定しようとするならば、事物や人もまた法に数えられるだろう。[たとえば、] 裁判所の建物、刑務所、法典、裁判所記録、君主、州、裁判官、弁護士、被告人、訴訟当事者等々[である]。しかしそれにもかかわらず、絶対的に必要不可欠なもの、

決定的なものは、人間があることをすべし、あるいはそれを差し控えるべしという人間の表象である。これらの表象が共同体の中で失われるならば、物的または人的機構もその意味を失ってしまう。そのような場合には、法律文書は紙屑となり、また、このことを現代は我々に目に見える形で示したように、君主は私人となる。

3. 法的命令は、二つの通例の徴標によって他の命令から区別されている。命じられている行動は、国家共同体の利益に関わり、そして直接的にあるいは間接的に国家共同体の利益にとって重要である。そして、その遵守の動機に数えられるが、国家による強制の予期である。この第二の徴標は、多少詳細に考察されなければならない。

命令表象は、命じられている行動項目を含んでいるだけではない。むしろ、この内容は、通例、遵守理由の表象、「制裁表象」と結び付けられている。「私はすべし[ich soll]」という要素は、通例、当為理由の表象によって補われ、そして、支えられている。この第二の表象〔制裁表象〕は当為表象を支え、そして遵守の動機が他の行為動機と対立している場合に勝利を収めるために必要なものである。

ところで、制裁表象は、法的命令の場合、必ずしも同じであるとは限らない。しかし、大多数の法的命令の場合に中心となっているのは、法的強制の表象、〔すなわち〕国家共同体がその意思を、必要であるならば抵抗する個人の意思に対して物理的優位性をもって貫徹するという予見である。それゆえ、強制可能性は、法規範の通例の徴標とみなされる。この強制理論に対して、遵守には他の動機もなお入り込むとして異議が唱えられ得る。その動機に数えられるのが、安定した時代では法律への忠誠と倫理である。分別のある国民は、国家への心情から法律を遵守する。というのは、国民は法秩序の価値を全く正しいものとして評価し、そしてその中に彼が高尚と思う財産を見

るからであり、また、国民の道徳的熟慮が彼に法律違反を禁じるからである。さらに、不法によって損害を受けた者からの抵抗への恐れも重要である。それに、思慮深さ、エチケット、習俗の命令が加わる。工場主が自らの法的義務を履行するのは、あらゆる違反が彼にとって自らの顧客を減少させるだろうし、彼の業務の評判を損なわせるだろうという考慮からでもある。それゆえに、最高裁判所[höchsten Gerichte]の判決の場合のように、現実の強制があり得なくても、法規範が遵守される場合がある。しかし、この考察は、国家による法的命令の大多数が、強制を欠いてはいないこと、また強制を欠くことはあり得ないという認識を排除することはできない。他の動機は、その立場としても、強制の存在に依存している。国家による強制が介入せず、法的命令が繰り返し違反される場合には、結局、法律への忠誠、倫理、思慮深さによる支持もまた失われる。法的命令は、戦時経済の経験が改めて証明したように、徐々に失われていく。さらになお正しいのは、国家の権力手段による明白な強制可能性は、国家への心情と倫理による支持を多かれ少なかれ欠いている場合でも、命令に法的命令の特徴を与えることがあり得るということである。

4. 法的命令は、道徳、取引慣行、礼儀、エチケット、〔つまり〕時々「文化規範」とまとめられる命令としばしば合致する。しかしそれでも、規律の領域と制裁表象は異なっている。

道徳命令の領域は、国家の利益によって境界づけられるのではなく、むしろ内面的生活の理想によって境界づけられる。広大な共通領域のほかに、法と道徳にはそれぞれの固有の領域がある。それになお、道徳命令の違反は、国家権力の力を作動させることはなく、むしろ、自身の倫理的人格性の毀損と良心の声をもって威嚇する。

我々が広い意味で習俗とまとめることができる命令には多様な形態がある。それらの領

域は、法が介入するつもりのない生活領域、法の空虚な空間か、あるいは、法的命令が特定の社会的集団の諸要求に応じず、それゆえに、補充されるか、もしくはまた、他の命令によって排除されるように法的に規律される領域かのいずれかである。制裁は、外面的であるが、国家権力の介入が欠けている。それにとって代わるのが、社会的反応である。それは、一部は直接的に侵害された、たとえば、無作法に取り扱われた取引仲間の社会的反応、一部はしばしば非常に厳しい、組織立てられた形式における関連する全生活集団、同じ身分仲間や同業組合の社会的反応である（共同体からの追放、ボイコット）。

道徳の命令と習俗の命令は、それゆえに、それだけでは法的命令ではない。なぜならば、国家意思がそれらを支えていないからである。しかし道徳の命令と習俗の命令は、とりわけ民法の領域において広範囲で行われているのだが、法が特定の状況のために道徳の命令と習俗の命令を参照するように指図し、そしてそれらの遵守を法の制裁のもとに置く場合に、法的意義を獲得する。そうして、たとえば、善良の風俗に違反する法律行為は無効である（民法 138 条）。そして契約は取引上の慣習を考慮して信義誠実に従って解釈しなければならない（民法 157 条）。

5. 国際法と教会法を法的領域とみなす方がよいのか、あるいは、それらを文化規範の部類に入れた方がよいのかは議論の余地がある。

国際法は、国家相互関のための原則と呼ばれている。そして、その原則は、一部は事実上の慣行から推論され、一部は個々の国家の契約で定立される。そして〔その原則は、〕諸国家、あるいは関係諸国家を義務づけようとする。ところでもちろん、個々の国家は、その臣民にこの原則の遵守を指図することができる。そしてこのことを我々の帝国憲法 4 条(\*2)が規定した。しかし、そのような命令で拘束されるのは臣民だけである。国家は、命令を廃止し

たり、また例外によって骨抜きにすることができる。このような仕方でも国際取引に関する国家法だけが生ずる。しかし問題は、国際取引に関して、個々の国家から独立し、国家を拘束する規範が存在するのか、また我々がその規範を法規範に数えなければならないのかということである。これらの当為表象は、明らかに不十分であり、そしてとりわけ、非常に不確かである。しかし当為表象の存在が否定されることはあり得ない。実際の生活においてたびたび遵守され、そして国家がただ特別な理由だけでそれから逸脱するところの、国家相互間の行動のための諸規範が存在する。国家法とそれらの規範は、利益領域を共有している。それらの規範は、国家の至高の利益、そして外的財産世界、統制利益、経済利益、財産利益と関係する。さらに、国際法は、国家法と同じような仕方でも定式化され、それゆえに、同じような法的取扱いを必要とし、また理解しやすい。しかし、その違いは、制裁にあり、それゆえに、拘束力の程度にある。〔国際法には、〕国家による強制措置と比べられるであろうところの、個々の国家よりも上位に置かれる力が欠けている。その遵守の主たる動機は、つねに、侵害された国家による抵抗の恐れ、つまり、国内の法的生活においても無いわけではないが、副次的な意味を持っているところの、かの反応思考である。それゆえに、国際法は、その逸脱を迫る重大な利益がない限りで、遵守されるにすぎない。しかしそれゆえに、国家は、重要な問題について国家の利益になるように国際法の擁護を当てにすることができる。ただ、それは国家の固有の力が十分である限りでのことである。それを歴史の観察と我々自身の現代の観察が示す。その結果、国際法の生活上の価値は、国家法のそれよりもはるかに低い。国際法は、個々の国家がその上で信頼してそれぞれの国家の生活を整えることができるところの確固とした、侵害を許さない基盤ではなく、それは、その時々々の力関係の成果を越える

ものではなく、力関係の移り変りによって無効となってしまうものである。「国際法」との名称は慣習的なものである。それは、対象と法的取扱いの合意に基づく。国際法は、ただそれがこの規範グループの低い生活上の価値について、それゆえに固有の国家の力の不可欠性について素人を惑わすことに適している点で、政治的に懸念がないわけではない。

教会法の場合、我々には、教会行政法の他に、教会共同体がその構成員のために定立する規範がある。この規範と国家法との関係は、変化した。国家から教会を分離することが認められているところでは、その関係は、原則的に世俗の協会の定款の場合と同じである。規律された利益と当該条項の格別な重要性だけが、国家法と並んで対等の地位におけるその表現を見出すところの体系的な特殊的地位を正当化する。

6. 国家法の規範は、その対象に従ってグループに分けられる。一般的な区分は、「私法」あるいは「民法」と「公法」の区分である。民法は、平等に位置づけられる人間として国民相互の関係、そして国家的利益に仕えるとは定められていない団体と結社、家族、私的共同体、私的結社の権利を規律する。公法は、国家とその構成体（州、群、市町村）に関係する。それでも、その境界線はすべての規範にとって一様には引けない。私法の準則もまた間接的に国家的利益によって規定される（戦争の私法、ある私法上の法律行為の禁止）。他方で、国家が個々人と平等なものとして取引に入る場合（例えば、国庫）、私法が広範囲で国家に適用される。このことは、たとえば、私人との国家財政上の建物の賃貸の場合、国家的施設のための引渡契約の締結の場合等々に当てはまる。

二つの大きな法領域は、特別法の形成を示す。民法の特別な領域は、商法、経済法、鉱山法、狩猟法、著作権法等々である。公法の内部では、広い意味での国家法を、その条項が国家権力

の組織、あるいは個々の機関の行動に関係する事情に応じて、憲法（狭い意味での国家法）と行政法に分けられる。国家司法の大いなる重要性と初期の発展が導いたのは、刑法と訴訟法が独自の法領域として国家法と行政法の傍らへ歩み寄ることであった。

## II 客観的法——生活上の意義と法理念

1. 国家による法的命令は、国家共同体の利益を保護し、その生活条件を保障するために存在する。国家共同体の構成員の保護もまた法的命令に属する。法は、共同体の中で結び付けられる諸利益を秩序づけ、そしてそれらを相互に、また直接的な公共利益に対して境界を定める。もともと、人間生活の全領域が法的規制に服されるわけではない。法的領域と並んで法の空虚な空間が存在する。たとえば、社交的交流、内面の精神的発展は、法によって言及されることはない。法的領域の範囲は、歴史的に変化した。たとえば、中世において宗教的生活は、法的強制の支配下にあった。それに対して、今日ではそれは、法律による規制から除外されている。ちなみに、法が保護する利益は、極めて多種多様である。財産的利益だけではなく、理念的財の欲求もまた〔法が保護する利益の中に〕取り入れられる。

法と社会生活との関係は、次の点で規定されることも珍しくはない。すなわち、法は形式を含み、その形式の中で社会生活は行われるという点である。生活の流れに対してその流れるべき河床を示してやる堤防と運河との対比は明らかであるだろう。というのも、国家共同体は、法を通して法的に規律された領域において、生活を統制し、ある活動を阻止し、他の活動を促進させ、共通の利益を守るべきだからである。生活にとってこの秩序の意義は、つねに二重の意味がある。法は、平和秩序[Friedensordnung]であり、またそれは、財産秩序[Güterordnung]である。

2. 法秩序は、第一に、平和秩序である。それ

は、人間にかの法的確実性をもたらす。そして、法的確実性は、お互いの争いにおいて、攻撃と防御において力を使い果たす代わりに、個々人の力を全体にとっても価値のある彼らの作業に役立つ権限を彼らに与える。法秩序が、力強い状態にあり、そして法律執行が躊躇せずに行われる場合、法的確実性というこの財産は、その重要性についてともすれば過小評価されかねない。それは、当然のことと思われる。しかし、法が揺らいでいる時代には、以前に欠けていた見解がたいへん容易にもたらされる。

法的平和を作り出すことによって、法は人間の基底的な社会的需要の一つ、秩序需要に合致する。この秩序需要は、法の保守主義を表わしている。とっくに時代遅れになっており、目の前の利益をもはや満足させることのない秩序もまた維持される。なぜならば、秩序の排除は利益の争いを引き起こすだろうからである。しかしまた、同じ需要は、革命によって現行法の破壊の下で生まれる新しい秩序がなぜそうすぐに正当であると承認されるかを説明する。秩序需要は、法の破壊を認めないが、内的争いを恐れる者にも新たな支配を受けさせる。

3. しかしさらに、法秩序によって生活財の配分は、決定的な影響を受ける。法は、生活財を獲得する道を開けるか、あるいは閉めるかのいずれかである。法は、一方を有利に扱い、他方に負担を課すことができる。個々人の生活態度にどの程度深く介入するかは、時代と状況の変化に左右される。現代ドイツが租税立法について示している財政負担は、過去にはほとんど知られていなかった。その代わりそれだけに一層、過去は他の仕方の影響が豊富であった。

4. さて、法秩序の内容は、共同体の中で一つにまとめられた人間諸集団の意思と力関係によって規定される。

法は、歴史的に考察されると、闘争の成果で

ある。そしてそれは、継続的に闘争の対象である。民族の中に現存する諸々の力は、それらの意欲の願望に応じて、また自身の利益と公共の利益の表象に応じて、法の改変と継続的形成を獲得しようとしてつねに努力する。闘争の激しさと結果は、そのつど一般的な関係によって条件づけられている。しかし、闘争は、完全に無くなることは決してなく、現代においてもこれまでと同じように活発である。我々が政治的活動と呼ぶものは、主に、法といろいろな方向にその改変を求める格闘以外の何ものでもない。

これらの努力において、現行法、実定法に対置されるのが、ひとがそれをこの関係において特徴づけるように、望まれる法、理想法である。妥当する規範は、妥当すべき規範と対比される。この理想的なものとの対比において、現行法は正しくないもの、あるいは公正でないものと特徴づけられる。

5. ところで、この理想法の内容は、個々人あるいは諸集団によって、一部は熟慮を通して、一部は法感情を通して獲得される。熟慮は以下のような手続きで行われる。すなわち、判断者が思考の中に現行の法規範に代えて他のものを組み入れ、生活関係へのその効果を思い描き、この効果を判断者の生活上の理想を考慮し現行法の効果と比較し、考えられた法を選ぶという手続きである。そうして共産主義者は、我々の経済法の完全な社会主義化によって財産の配分について現に存在している不平等が除かれ、すべての人々がより高い生活の楽しみを享受するところの将来を望んでいる。そのような判断は、たとえ一人ひとりが首尾よくその人への影響を度外視し、そして他の影響の状況だけを注視することを追求するとしても、たいていは非常に不確実な基盤に基づくことは明らかである。判断の確実性は、現行法と人間行動へのその影響の完全な認識を前提とするであろうし、しかし同じように、計画された法規範とその効果の何らか

の見方も前提とするであろう。それに、再び自己認識と最後には世界観に依存している自分自身の生活理想の意義が付け加わる。ただ事実限定された領域でのみ、たとえば私法と手続法の個々の問題の場合には、判断は、確実な状態になる可能性がある。ある種の規範を拒否し、あるいは他の規範を要求する法感情も事態は異なっているわけではない。感情的判断の内容もまた、我々の意識の生得的な部分ではなく、むしろ以前の経験や熟慮の沈殿物である。そして経験や熟慮が成り立つ場合、個人的な運命と個々人の個性が決定的影響を及ぼしており、その影響は自己省察によってまだ審査されていないものである。実際に、判断の二つの形式は厳密には区別されない。それらはたいてい一緒に作用する。理性に合致した判断もまた、つねに感情に即して獲得された基盤に由来する。このことは、効果の見方についても、またとりわけ、完全に理性に合致した分析には到達し得ない構造を持つところの基準と生活上の理念についても同じように当てはまる。他面では、感情的判断もまた自己省察においては理性に合致した根拠づけを明らかにする。判断者は、夜間にカンテラをもって行くハイカーと同じである。彼は、彼が歩いて行くところでは、光を用意することができる。しかし背後には常に暗い壁がある。様々な判断者の法理念は、それゆえに、ただ経験、見解、生活上の理念の結び付きが十分である限りでのみ、一致することになる。しかし、それらは、個々人の相違が影響を及ぼすやいなや、分裂することになる。

6. 法理念のこの相対性は、もっとも、一般的には認められてはいない。現行法に対して、自然法、正しい法が、主観的なものとしてではなく、むしろ普遍的に妥当する理念として据えられている。17, 18 世紀では、この理論は、影響力の強い学問的傾向、自然法学派によって主張された（フーゴー・グロティウス [Hugo Grotius] 1573-1645、ザミュエル・プーフエン

ドルフ [Samuel Pufendorff] 1632-94、クリスティアン・トマジウス [Chr. Thomasius] 1655-1738)。彼らは、時代と場所から独立して、人間の本性から直接的に生じるとされる法が存在するだろうことを教える。この法は、現行法の批判のための基準として、また現行法の欠缺補充のための補助手段として用いられた。今日一般的に認められているのは、そのような永久不変な法は存在しなかったし、また存在することはないのである。しかしそれでも、批判的法哲学（とりわけ、ルドルフ・シュタムラー [Rudolf Stammler]）(\*3)によって、あらゆる個々の法的問題にとって所与の状況の下で必要不可欠な解決、「正法」は、学問的に普遍妥当な仕方では確定されるという意見が主張されている。この見解が正しいとするならば、我々は、いつの日か政党の政治的争いが専門家の学問的議論に変わるであろうことを期待するかもしれない。残念ながら、この考えは適切ではない。法理念の基礎、そしてそれゆえに法理念自体は、言うまでもなく法的同輩の非常に多くの集団にとって共通であるか、あるいは共通であるように思われるかもしれない。そればかりか、立法という方法での法の継続的形成は法理念の基礎に基づいている。しかし普遍的妥当性は、そのような場合にも存在しない。見解の相違も生活上の需要の相違も排除されることはない。世界観の論理的証明は不可能である。各人に残されているのは、各人の理念を誠実にそして人間の認識の不確実性を意識して検証すること、そしてその後で各人の信念を毅然として擁護することだけである。

### III. 法の要素；法規範、法規、そして法概念

1. 前述の箇所では法は人間の命令表象のグループに属することが詳述された。

ところで、心理学は、命令表象の二つの在り方、すなわち「規範」、仮言的命令 [hypothetische Gebote]、条件的命令 [bedingte Gebote] と

「定言命法[kategorischen Imperative]」、無条件的命令[unbedingte Gebote]を区別する。そして、後者について、我々は「事件命令[Fallgebot]」、個別命令[Einzelgebot]というドイツ語を用いようと思う。

規範は、二つの部分から成り立っている。それは、「仮言[Hypothese]」と「主旨[Tenor]」から構成されている。あることが生じる「ならば[Wenn]」、「あなたはすべし[sollst du]」。定言命法は、一つの部分からなり、「あなたはすべし」である。規範は、とりわけ以下のことによって作用する。すなわち、規範は、条件が生じた場合に、義務者の意識の中で定言命法、事件命令を生み出すこと、〔つまり〕規範が現実と関わり合いになる、現実化することである。巡邏将校が来るならば、歩哨は番兵を呼び出すべしという規範（訓令）は歩哨に適用される。ところで、巡邏将校が来る。今、歩哨にとって「あなたは呼び出すべし」という事件命令が適用される。

2. 法の領域では、命令は、法律と学問的叙述において、通例、一般的「規範」（「一般的法[leges generales]」）として現れる。帝国憲法、民法典には、ほとんど例外なく規範が含まれている。もっとも立法者自身もまた事件命令（特別法[leges speciales]）を公布することができる。帝国憲法の条項の規定、「ドイツ帝国は共和国である」は、個別命令である。ベルサイユ平和条約にも、さらに多くの個別命令が含まれている。しかし、法的命令の類型は、二つの部分からなる規範である。我々は、仮言を条件あるいは構成要件、そして主旨を法的効果と呼ぶ。法的効果は条件全体に依存するが、それは「法律的事実」あるいは法的事実と呼ばれることが通例である。法規範もまた、主に構成要件が現実化することによって活動する。その場合に、一般的命令は具体的内容を獲得する。〔つまり〕一般的命令は、結局、定言命法、事件命令に姿を変える。一般的規範の内容は、「もし貸付金を受け取った者は、受け取っ

たものを約束の期限までに返済する義務を負う」というものである。AはBから貸付金を受け取り、10月12日に返済することを約束した。10月12日が到来したならば、貸付金を返済するという具体的命令がAに当てはまる。その条件の発生によって初めて、一般的規範は、我々が主観的権利と呼ぶ保護状態を発生させる。法律的事実に関して最も重要なのは、法律行為、とりわけ、私人がそれによって相互関係を形成するところの契約である。契約によって契約誠実の命令は、より特別な内容を獲得する。しかし生み出された命令は、未だに一般的であり得る。ひとはその特別な効果の発生によって初めて事件命令に姿を変える取引規範[Geschäftsnorm]について正当に話をする。賃借人は、賃貸借契約によって路面が凍結している場合に、歩道に砂を撒くという義務を負っている。路面が凍結した場合に初めて、事件命令が存在する。

3. ところで、法規範の生活上の意義は、構成要件が生活の中で実現されているのか、そしてどの程度、実現されているのかにかなりの程度で依存している。このことがそうでないとするならば、法律規定は、あらゆる実践的効果を欠いている可能性がある。我々の民法を支配する契約自由〔の原則〕は、たとえば、法律の変更可能な（自由裁量の）規定を取引規範と取り換える権限を当事者に与える。我々のドイツ民法典が疑問視するところの賃貸借当事者の関係は、戦前に我々の大都市の賃貸借契約によって基礎づけられた関係とは決して一致しない。そして、その関係とは、法律の自由裁量権を貸主の利益になるように一方的に変更するものであった。生活の抵当権は、ドイツ民法典に従って推測されるであろうものとは異なっているように見える。動産に対する質権は、ドイツ民法典ではたいへん詳細に規定されている。しかし、それは、生活においてドイツ民法典では決して言及されていない保証目的のための所有権移転によって強く抑

え込まれている。会社の形式の生活上の意義は、それがドイツ商法典の中でどのように詳細に規定されているのかではなく、この形式を会社がどのくらいの数で、そしてどのくらいの範囲で受容するのかに左右される。株式会社と有限会社に関する法律の規定では、どの程度で、そしてどの種々の形態で社会生活がこの二つの形式を用いるかは分からない。

4. これらの詳論が示すのは、法的領域に当てはまる一般的規範の全体と具体的命令、〔すなわち〕多かれ少なかれ構成要件の現実化の結果として生活を統制する仮言的事件命令の全体は、二つの異なった対象、社会生活の二つの異なった形成物であるということである。しかし、法と法秩序という言葉は、二つの概念〔一般的規範と具体的命令〕のために使われる。ひとはそれらを仮言的法あるいは仮言的法秩序と具体的法あるいは具体的法秩序と区別することができる。法学は、客観的法と法秩序という言葉の場合に、まず初めに仮言的秩序を思い浮かべるのが常である。しかし生活においては具体的形成物との関係もまた現れる。素人が「この事件で何が法であるのか？」と問う場合、彼が思い浮かべるのは、具体的命令であって、諸規範の咬み合わせ〔*ineinandergreifen*〕が事件の裁決を生み出すところの関係している規範ではない。そして判決の内容が「帝国の名において、被告Aは原告Xに 1000 マルクを払わなければならないことが法であると宣告される。」というものであるならば、それは具体的事件命令であって、一般的なもの、判決の対象を形作る法律規範ではない。学問の比較的狭い言葉遣いは、学問が先ず第一に一般的規範に取り組んだことから明らかとなる。具体的な形態の調査、法的事実研究が決して上手くいかなかったわけではなかった。しかしそれでも、それは表舞台からもはや退いた。社会学的傾向と呼ばれる（エールリッヒ〔*Ehrlich*〕）法学の新たな傾向は、具体的法だけを法と認めようとする。それは相対立した一面性に

すぎない。たとえ関連はしているが、それでも識別可能な二つの社会的形成物が関わる問題である。そしてその二つは、研究を必要としており、また受け入れ可能である。

5. 法律の一般的規定の現実化は、強調されたように、様々な段階で中間的規範〔*Zwischennorm*〕と補充規範を用いて行われる。中間的規範は、一部は国家あるいは半国家〔*halbstaatlich*〕に由来し（たとえば、国家機関の命令、地方自治体機関の命令）、一部は共同体に由来し（取引慣習、善良の風俗の命令等々、そしてそれらは時々文化規範としてまとめられる）、一部は私人に由来する（取引規範、契約による法〔*leges contractus*〕）いわゆる私的自治の結果。たとえば、商法上の売買契約の契約当事者間の法的関係は、ドイツ民法典とドイツ商法典の諸規定から生じるが、しかしまた取引慣習と法律で指図されるところの当事者の取り決めからも生じる。これらの中間的規範は様々に取り扱われ、また整序される。我々が客観的法に数え入れるのは、先に言及された言葉遣いに従うと、国家、あるいはそれでも公的な法に由来する規範、いわゆる自治権の場合の拡張を伴う命令のみである。それに対して文化規範と取引規範は、たとえそれらが法律で参照するよう指図されることによって法的妥当性を獲得したとしても、支配的な専門用語では、法規範とは呼ばれない。

6. 一般的規範は、我々の現代の法律においては、通例、法規の形式で現れ、そして、それらは個々の条項で並べられている。

これらの法規は、たとえそれらが直接的に義務を課す形式ではなかったとしても、通例、命令あるいは禁止の文法的形式を示してはいない。確かにそのような法規が存在する（たとえば、ドイツ帝国憲法 A 132 - 134 条、ドイツ民法典 723 条、726 条、758 条その他を参照せよ）。しかし多数の法規は他の特徴を備えている。法的事態に関する叙述文が存在する（ドイツ帝国憲法 A 1 条「ドイツ帝国は共和国であ



る」、ドイツ民法1条「人の権利能力は出生に始まる」を参照せよ)。概念規定、定義も珍しくない。(ドイツ民法99条1項は、「物の果実とは、物の産出物、その他物の用法に従い収取したる收穫物をいう」と規定している)。さらに、許可、いわゆる「授權法規」もたびたび見られる。(たとえば、ドイツ帝国憲法107条以下の基本権と基本義務を参照せよ)。これらの形式と法の命令特徴との表面上の矛盾は、命令文だけが自立的意義を有しているという認識によって解消される。他の法規は、非自立的である。それらは、命令、その内容、その施行、その停止に関係する。それらは、例外と拡張を定め、そしてただそれによってのみ実践的意義を有する。ドイツ民法99条の果実の概念規定は、他の規定、より詳しく言うならば、このことはたとえば993条で行われているように、命令が果実について論じていない場合には、意味を持たないだろう。日常生活においても上司が、たとえば建物を建築するために彼が望んだ目的物を叙述文の形式でより詳細に記述することによって、命令を説明することがあり得る。非自立的法規は、命令の説明文である。

7. 法秩序が、全体として考察されるならば、秩序、そして人間の利益の保持であるように、あらゆる個別の法的命令も利益の衡量に基づく。私人間の利益の争いが問題となる場合、基準は、共同体の中で支配的になり、そしてそれ自体、共同体利益に基づく価値判断から生まれる。非所有者から他人の物を善意で取得した場合、本来の所有者の自分の物の保持の利益と善意の取得者の彼の取得の効果の利益が相対立している。現代の法がたびたび善意取得者を優先する場合、それは、取引を容易にするという一般的に認められた需要に基づく。そのような利益衡量があらゆる法的命令の基礎をなしている。非自立的法規、定義等々は、確かに、ひとが非自立的規範を、ふさわしい命令と結び付ける場合に初めて、利益内容を獲得する。ドイツ民法932条2項の善意の定義

は、932条1項と結び付くことで初めて利益衡量の特徴を獲得する。法的命令の利益内容の研究は、法秩序の実際の理解と法的命令の目的に適った適用にとって極めて重要な手段であり、またそうであり続ける。

8. 法学で重要な役割を演ずるのが、法概念である。我々が広い意味で法概念と呼ぶものは、我々が法秩序とその要素から形成するすべての表象である。したがって、たとえば、ドイツ帝国憲法1条は「ドイツ帝国」、「共和国」、「国家権力」、「民族」という概念を使用する。それらを再現するために、一部は日常生活の言葉から借用された法的言葉や一部は法律学の目的のために特別に作られた法的言葉が使用される。たとえば、公務員名称、違法名称、「仮登記」、「鉄道統一体[Bahneinheit]」等々。狭い意味での法概念でひとが思い浮かべるのは、仮言的命令に関係する表象だけ、つまり一般的に抽象化された命令概念である。そのような表象は、法的命令と法規の場合にはすでに立法者によって形成されるか、あるいはその後によりやく学問によって形成されたのかのいずれかである(法律上の概念と学問上の概念)。学問的法概念は、命令を思想に合致するように加工することによって、解析(分析)によって、あるいは統合(総合)によって成立する。ひとは、たとえば、構成要件の個々の要素を独立して強調しようとする。ひとは窃盗の徴標を調べるか、あるいはひとは徴標を共通に持っている違法行為を一つのグループにまとめ上げるかである。ひとは、たとえば、財産犯罪のグループを形成し、そしてその後でそのグループを一つの体系に秩序づける。この一般的概念と対置するのが、この概念の現実化、具体的法規範の対応する要素である。国家という一般概念に対応するのが「ドイツ帝国」であり、地方自治体という概念に対応するのが地方自治体Xである。他の例は、「Y氏のM通り7番の家の所有権」、「Bによって10月1日に犯されたRの財布の窃盗」、「より詳細

に表示された目的物をめぐる当事者間の係争中の民事訴訟」である。法学は、最近の哲学(たとえばリッケルト[Rickert])の用語法によれば、個別概念[Individualbegriff]が存在するにもかかわらず、このような思考形成物について法概念を語ることをたいていの場合に避けている。法学は、たいていの場合、「法的具象概念[Rechtskonkreta]」という不確かな表現を用いることを好む。命令概念の側に歩み寄るのが、法の利益側面に関係する表象、利益状況と法的確実性、善意の保護、取引利益等々の価値理念である。これらの表象もまた抽象的であり、また具体的でもあり得る。

法概念と法的命令との関係についての見方は入れ替わった。19世紀初めの歴史法学派は、一般的法概念が民族精神で作られ、そして法的命令を引き起こすということをたびたび想定した。したがって、たとえば、法律行為の効果に関する規範は、法律行為の基礎的概念によって生み出されるとされた。学問的概念形成と体系形成は、現行法規の因果的基礎を明らかにし、そこから現行の法規の補充のための出発点を獲得するとされた。今日では法的命令は、利益の衡量から生み出される、第一次的要素であるという認識が支配的である。学問的命概念の形成は、叙述[Darstellung]と秩序[Ordnung]だけに役立つ。しかし、比較的古い見解、概念法学[Begriffsjurisprudenz]は、判決と法学の方法に強い影響を与えた。概念法学は、定義と概念から新たな法規を獲得するという誤った努力に導いた。それに関連して、定式化問題の過大評価が存在した。そして、その過大評価は、古い法律学にとって、定式化主義の批判を正当に受けたのである。

#### 脚注

(\*1) 法に関する一般的な概観は、学問では「概説」あるいは「百科事典」というタイトルの下で行われる。オット・フィッシャー[Otto Fischer]の『法と国家に関する学問概論 [Einführung in die Wissenschaft

und von Recht und Staat]』は、分かり易い、とりわけ非法律家にとって明確な叙述を与える。法律学の初心者にとって明確であるが、非法律家によっても利用され得る素晴らしい概説書の数は非常に多い。私は最近から、C. B. グリュバー[C. B. Grueber], J. W. ヘーデマン[J. W. Hedemann] (1920), J. コーラー[J. Kohler], P. クリュックマン[P. Krückmann], G. ラードブルフ[G. Radbruch]そして R. シュミット[R. Schmidt] (1921)の概説書を挙げる。ホルツェンドルフ[Holtzendorff]とビルクマイアー[Birkmayer]の百科事典、ならびにメルケル[Merke] (Enzyklopädie. 5. Auflage 1913)とシュテンルンベルク[Th. Sternberg] (Einführung 2. Auflage 1913)の二つの小論文は比較的高度な要求をたてる。

本節で「法の基礎」の下で取り扱われる問題は、「一般的法理論」として、また「基礎論」あるいは「原理論」と名づけられる領域に属し、部分的に法哲学にも数えられる。より簡潔な考察は先に挙げたすべての論文の中で行われている。より深く進む考察として以下のものが強調される。すなわち、オイゲン・フーバー[Eugen Huber]『法と法実現[Recht und Rechtsverwirklichung]』(1920)、フェリックス・ゾムロ[Felix Somlo]、『法律学的基础論[Juristische Grundlehre]』(1917)、重要だが、簡単には読めない、ビーアリング[E. R. Bierling]の書作、『法律学原論[Juristische Prinzipienlehre]』(第5版 1894/1917)である。

(\*2) ドイツ帝国憲法第4条の内容は、「国際法の一般的に承認された準則はドイツ帝国法の拘束力のある一部として通用する。」

(\*3) Wirtschaft und Recht. 1896. 12. Auflage 1906. Die Lehre von richtigen Recht. 1902. Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft in Hinneberg, Kultur der Gegenwart. 1908. Die Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.

(以下次号)