

# フィリップ・ヘック著「法の基礎」(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。

\*各ページに脚注があるが、それらはすべて、各号の末尾に載せることとする。

## IV 主観的法

1. 主観的意味の法と我々が呼ぶのは、前述で強調したように、ある種の法力の付与によって個人に保護されている利益、[すなわち]境界づけられた、よく言われているように、「個別化された」、保護された利益を自ら主張する権限を備えた保護的地位である。

まず偶然の利益が対比される。それは、この目的が法的命令の基礎をなさずに、個人に生ずるものである。商売に税金が課される場合、このことは、租税法が公布された際には意図されなかったにもかかわらず、競争相手に有利に働く可能性がある。この利益は単なる反射的效果と呼ばれる。主観的法に近い関係にあるのが、単なる保護的地位、法的命令は保護を目的とはするが、付与される境界づけられた法力がないところの利益状況である。警察命令は、公道が舗装され、そして清掃されていること、[また]静けさの妨げになる騒音が夜間に起こらないように取り計らう場合、これらの命令と禁止は、道路の利用者と住人の利益を凶って発せられる。しかし、我々は主観的法の存在を否定する。なぜならば、これらの利益はある種の境界づけられた意思力の付与によって保護されていないからである。

2. 主観的法の保護形式は、非常に広がっており、そしてすべての法領域において、とりわけ私法においてはさまざまな形態で存在する。保護された法益の仕方に応じて我々は、財産権、人格権、そして家族権、[そして]財産権の

内部では再び債権、物権、営業的財産権、著作権、そして特許権を区別する。保護の仕方に応じて絶対権と相対権が対置される。絶対権は、法益をあらゆる人々の侵害から保護し、相対権は、ある特定の個人による侵害だけから[保護する]。絶対権は、たとえば、所有権、あるいは著作物に対する著作権である。債権の場合、比較的弱い、相対的な保護で十分である。主観的法は、公法においても現れる。国家と国民との関係は、相互の主観的法の特徴をもっている。刑事事件は、さらに国家の主観的刑罰権を生じさせる。訴訟法にも事態と法的用語がある。

我々の法的用語が、客観的法と主観的法のように2つの異なった表象に対して同じ言葉を用いていることは時々残念に思われていた。共通の上位概念が欠けている。しかし究明は、法という言葉をも具体的法秩序のために用いることによってもたらされる。個々の主観的法、法的個体は、よく言われているように、すでに以前に気づいていたが、(上記Ⅲ, 2を参照せよ) 具体的法秩序の直接的効果にはかならない。それは法的具象概念に属する(上記Ⅲ., 8以下を参照せよ)。

その実体に応じて、表現が許されるならば、主観的法は、命令素材から成り立っている。それはある程度特殊化された命令、事件命令の複合体である。複合体は、その程度に応じて、客観的には境界づけられない。言葉は、特別な生活財あるいは生活関係を顧慮して与えられ

ている保護の成果および権限の全体と、この全体の中に含まれる個々の権限のためにも、様々な程度で用いられ得る。特定物に対する Y 氏の所有権は、主観的法であるが、譲渡、果実取得、妨害排除、権原のない占有者への返還請求の権限もまた我々は主観的法と呼ぶ。家具付き住宅の賃借人の権利もまた数多くの個別の権利に分解され得る。

4. ところでさらに、我々が主観的法と呼ぶ命令複合体は、ある要素に分解されるのがふつうである。その際に、命題の文法的要素が模範として役に立った。我々は保護された利益の担い手、たとえば、ある物の所有権者を権利の主体（享受者と処分者）と呼ぶ。我々は、保護されそして保障される利益の保持を、それが作用するところの世界の内容と部分、権利の客体もしくは対象と呼ぶ。この配置の場合にも広い自由が存在する。とりわけ、対象は、同一の保護的地位のために様々に選択され得る。1,000 マルクの支払いの請求権の対象と呼ばれ得るのは、たとえば、債務者の意思でもあり、また 1,000 マルクの給付でもある。同一の仕方の構成の場合に重要なのが、まさに認識問題ではなく、むしろ定式化問題である。

5. 個々の主観的法は意識的形成物であって、物的対象ではないのに、我々は、物的事柄の変更のためにもまた主観的法のためにも、その名称を利用する。我々は、権利の発生、終了、新しい主体への移転、権利承継等について話題にする。[権利の] 発生の場合には特徴づけられた事件命令の成立が、終了の場合には事件命令の消滅が意味されている。我々が、A から B へ権利が移転するという場合、それに関連して、A の利益のために妥当したところの事件命令の複合体は、今度は A の利益のためにはもはや妥当しないこと、しかし同じ内容の事件命令の複合体は B の利益のために効力を発したことが意味される。主観的法のこの変更のすべては、当然に具体的法秩序の変更でもある。

## V. 法源と法適用

1. 法源と学問が呼ぶものは、上記の意味（上記 III, 5）での法規範、つまり主に仮言的  
法秩序の規範が効力を獲得するところの諸形式である。これらの法源は、自治の産出物、定款 [Statut]、慣行 [Observanz] を含めて、法律と慣習法である。最近、法的事実全体あるいは裁判官の法感情が法源として付け加えられるならば（イエリネック [W. Jellinek]、ヴュステンドルファー [Wüstendörfer] など）、この逸脱は、当該著作者が仮言的法と具体的法の間を区別せず、そして実際に具体的法秩序の基礎を研究することに基づく。

2. 法律は、ここでは実質的意味で捉えられている。それは、至高の国家権力あるいはその機関の命令 [Gebot] であって、形式的意味での法律あるいは命令 [Verordnung] が憲法の意味で提示されているかどうかはどうでもよいことである。法律は、今日では、法の通常法源である。我々は、過去の時代が知らなかったような夥しい法律の下で生活している。ある法律は、他の法律と入れ替わる。慣習法による法形成のための余地はほとんど残されていないように思われる。

3. 慣習法は、過去において非常に重要な役割を演じた。極めて重要な例と認められているは、ローマ法のドイツへの継受である。現代にとっても慣習法は重要でないわけではない。法規範が継続的にそして異論なく行われていたならば、[それから] 逸脱する裁決は、慣行が法的思い違いから生じたことが明らかになった場合ですら、法破壊と感じられるであろう。

慣習法の妥当性は、様々に説明される。（確信説、意思説、形成説）。実際にすでに根づいている法的慣行から逸脱することに反対することは、人間の秩序需要、法的確実性の公準であって、その継続的使用を法的同朋が信頼する十分なわけがあったのである。

慣習法の効果と親近性があるのは、法破壊

によって権力を握った国家権力の正統化である（II., 2）。ひとは2つの現象〔平和秩序と財産秩序〕をまとめるであろうし、そして第二の場合には、促進された慣習法あるいは「一時的法[Momentanrecht]」について話題にするであろう。疑わしい事件においてのみ、しかし絶対的ではないが、法秩序を規定する当局の実務は、慣習法ではない。それでも実務は慣習法になる可能性がある。取引慣習は、慣習法ではない。それには特別な意義がある。なぜならば、それは法律ならびに法律行為を解釈する場合にまず第一に考慮されなければならないからである。しかしそれには自立的妥当性がなく、またその準則は法規範としては妥当しない。

4. 国家は、比較的狭い集団で生じた秩序もまた訴訟に関して法規範として取り扱うことができるが、契約規範としては取り扱うことができない。この場合において、ひとは一般的な私的自治、〔すなわち〕自らの事柄を法律行為によって規律する権限とは異って、真正な自治について話題にする。そのような真正な自治を公共団体は法律の基準に従って備えているし、備えた。そして部分的にまだ今日においても高級貴族の家族は〔それを〕備えている。真正な自治の新たな形式は、法律による承認と1918年12月23日の命令〔労働協約令〕による労働協約の官公庁の拘束力宣言によって作り出された。真正な自治の領域で妥当する規範は、それが意思表示によって定式化される場合には、定款と呼ばれ、それが慣行によって生じる場合には、慣行と呼ばれる。

5. 立法とは、困難な、ただ限定された解決可能な課題である。立法者は、生活を秩序づけ、将来の事例のために指図を与えようとする。しかし生活の多様性は、完全に観察されるためには、余りにも広い。新たな問題、新たな利益状況そして対立が継続的に姿を表す。完全な、欠缺のない法律の理念は、以前では確かに追求されていた。それは決して達成されえない。慣習法もまた完全な秩序を与えない。とい

うのも、それは、度々繰り返される事実状態のためだけに生ずることが可能であり、また稀な事例のためには役に立たないだろうからである。それゆえに、法秩序には欠缺が存在する。それに対して古い法学では、法秩序の閉鎖性の理論[*die Lehre von Geschlossenheit*]が大勢を占めている。なぜならば、欠缺は学問的上位概念からの演繹によって補充されたからである。今日ではすべての法律は、必然的に欠缺が存在しており、また明確でないことに関して意見が一致している。賢明な立法者は、このことを知っており、そして極めて頻繁に起こる、予見可能な事例を規律すること、そしてちなみに文化規範に関連づけることによってか、あるいは裁判官の裁量へ委ねることによってかのいずれかで裁決を可能とすることで満足する。この目的に役立つのは、また不確定表現の使用、たとえば、信義誠実による裁決（BGB. § 157 und § 242）である。

6. 法律は、裁判官の事件裁決を通して実行される。裁決は、法律命令が直接的に予測されている領域では、概念的整序、いわゆる包摂推論によって行われる。法律命令は、上位命題であり、その構成要件は、上位概念である。判断されるべき事実状態に構成要件の徴標がみられることを確定することが下位命題を形成する。結論は、判決である。判断を下すことは、この形式において純粹に論理的な操作、時々言われているように、「概念による計算[*Rechnen mit Begriffen*]」として表れる。しかし、通例、その過程は単純なものではない。法律は、上位命題として使われるであろう孤立している法的命令だけを含んでいるのではなく、むしろ、具体的事実状態に当てはまる法的命令が前もって組み立てられなければならないところの他の内容の諸法規も含んでいる。ところで、この法的研究の成果は、立法の欠缺具備性の結果としてはなほだ消極的なものである。正確に当てはまる命令は、存在しないか、あるいは明確には認識され得ないかのいずれかである。

その場合に、裁判官は欠けている規範を補充しなければならない。法的研究は法律の解釈 [Auslegung] と呼ばれる。しばしば欠缺補充もまたこの表現 [解釈] に加えられる。

7. 法律の解釈, 解釈 [Interpretation] の理論は、以前には特別な表示, 「ヘルメノイティーク [Hermeneutik]」の下でまとめられた。それには様々な困難性や論争問題がある (\*4)。2つの主たる観点が顧慮されなければならない。一つは、立法者の意思の問題である。法は、利益を保護するために公布された命令から成り立っている。それゆえに命令の基礎になっている利益について問われなければならない。この利益研究は、もっとも、非自立的法規の場合、ひとが非自立的法規を、それが関わっている命令と関連づける場合にだけ、上手くいく (上記 III., 6 und 7 を比較せよ)。第二は、あらゆる認識手段を自由に利用することである。法律の成立史もまたその公布によって追求された意図について価値のある情報をもたらすことがあり得る。

8. 解釈の結果、適切な裁決規範が存在しないことが明らかになる場合、裁判官自身は、法的保護の付与が法律の中で認識される一般的な価値判断に合致する範囲内で、規範を創り出さなければならない。裁判官はこの規範を上位概念の学問的定義から導き出してはならない。このことは以前に教えられたのではある (Begriffsjurisprudenz III., 9 参照せよ)。そうではなく、立法者と同じように、考慮の対象となる利益の研究と衡量によって [規範を] 獲得しなければならない。スイス民法典 (\*5) は補充のこの仕方を明示的に指図するが、しかし我々の法にとっても裁判官のこの課題は認識されなければならない。刑法におけるように (StGB. § 2 und R. Verf. Art. 116) ある制限あるいは特別な法規定 (厳格法, 形式規定) の目的が立ちはだかるところでは、そうではない。この補充はさらに昔からも法的類推, 法的命令の拡張として取り扱われていた。もっ

とも、この裁判官の命令形成の範囲や取り扱いに関して意見ははるかに分かれている。自由法運動と呼ばれる最近の傾向は、法律の言葉の内容が裁判官を拘束しない限り、彼に自由な運動を与えようとする。正しい見解によれば、裁判官は法律に含まれている価値判断と、ある程度生活の中で支配的な価値判断に拘束されている。自身の価値判断、自身の法的理念の現実化は、ただ補充的にかかわるだけである。この新たな見解は、裁判官の立場を引き上げ、そして裁判官の責任を高める。彼は法律的自動機械 [ein juristischer Automat] ではなく、むしろたとえ立法者の従属的補助者 [abhängiger Gehilfe] であつたとしても、自発的 [ein selbsttätiger] 自動機械である。

(\*4) Vergl. Heck. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Archiv f. d. Zivilst. Praxis 112 (1914).

(\*5) 1 条: 法律は、文言の内容あるいは解釈に従って規定が含まれているすべての法的問題に適用される。

法律に規定が読み取れない場合、裁判官は慣習法に従って、それも欠けている場合、裁判官は立法者として定めるであろう準則に従って裁決しなければならない。

裁判官はその場合に実証された理論と伝統に従う。

[完]

#### 【訳者解説】

フィリップ・ヘック著「法の基礎」(1922)は、概念法学を批判し、利益法学の創始者であるフィリップ・ヘック (1858-1943) が法一般について論述した貴重な文献である。というのも、ヘックは「法獲得の問題」(1912), 「法解釈と利益法学」(1914), 「概念形成と利益法学」(1932) をそれぞれ著しているが、それらは法解釈方法論の主張と理解されているのに対して、本文献は法についての彼の一般的な考え方が現れているからである。

本文献では、ヘック自身が5つの項目に分けて法の一般理論について述べている。第1は「客観的法—概念と体系的整序」、第2は「客

観的法—生活上の意義と法理念」,第3は「法の要素：法規範,法規そして法概念」,第4は「主観的法」,第5は「法源と法適用」である。訳者解説では,(1)法と他の社会規範,(2)実定法と自然法,(3)法規範の構造に限定して説明する。

#### (1) 法と他の社会規範

ヘックは,まず初めに客観的法と主観的法を説明する。客観的法とは,「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。それに対して,主観的法とは,客観的法としての「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」とされ,また「保護的地位」と呼ばれ,いわゆる権利のことを指す(紀要第61号1頁)。

ヘックによれば,法は,物体のように「直接的に知覚可能な世界に属するもの」ではなく,むしろ,戒律,習俗,道徳等々と同じように「当為表象」,いわゆる観念の世界に属すると理解されている(紀要第61号1頁)。当為表象とは,「人間があることをすべし,あるいはあることを差し控えるべし」との観念である(紀要第61号2頁)。当為表象は,法と同じように道徳にも備わっているので,法と道徳等の違いは他の徴標に求められなければならない。その徴標とは,ヘックによれば,国家共同体の利益に関わっていることと国家による強制の予期という二つの徴標である(紀要第61号2頁)。これらの点からヘックは,国家法を念頭に置いていると考えられる。

ヘックにとって,国家による強制の予期が,法を道徳等の社会規範から区別する重要なメルクマールと考えられている。つまり,我々が法的命令を遵守するのは,国家によって強制されることが前もって示されているからであると理解されている。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く,遵守理由の表象,「制裁表象」と結び付けられている。つまり,「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」,いわゆる強制可能性が法規範の通例の徴標とみなされている。ヘックは,そのような制裁表象が法的命令の大部分に備わっており,その制裁表象が当為表象を支えていると理解している(紀要第61号2頁)。

ところで,法規範は,抵抗の恐れ,思慮深さ,エチケット,習俗の命令などの強制理論とは別の動機によっても遵守されているのではないかという反論があるが,それに対して,ヘックは,他の動機は,強制の存在に依存しており,国家による強制が介入されず,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として(紀要第61号2頁),ヘックは,強制理論を擁護している。さらに,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命令においても,法と呼ばれる特徴を見出すことができるが,その特徴とは国家の権力手段による明白な強制可能性であるともしている(紀要第61号2頁)。

#### (2) 実定法と自然法

ヘックは,法秩序の内容は共同体の中で一つにまとめられた人間集団の意思と力関係によって規定されるとするが,それは,法は闘争の成果であり,また継続的な闘争の対象であることを意味する。民族の中で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努力している(紀要第61号5頁)。そして,その努力の中で,ヘックは,現行法(実定法)に理想法が対置されると述べる。つまり,この理想法と実定法の対置において,実定法を評価する法として理想法が想定される。ヘックは,その理想法について17,18世紀のグロティウスやプーフENDORFの自然法を挙げている(紀要第61号5-6頁)。ヘックによれば,そのような永久不変の自然法は存在しなかったし,また存在することはないと批判する(紀要第61

号 6 頁)。さらに批判的法哲学のシュタムラーが主張する、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の解決とされる「正法」を取り上げるが、この考えは適切ではないと批判する(紀要第 61 号 6 頁)。ヘックは、法理念の普遍的妥当性は存在しないとし、法的同朋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ているかもしれないと述べている。そしてヘックは、あたかもラードブルフの考えのように、世界観の論証は不可能であるとし、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だけであると主張する(紀要第 61 号 6 頁)。

### (3-1) 法規範の構造: 規範(仮言的命令)と定言命法

ヘックの法規範の構造を考える上で重要なのが、命令の在り方である。ヘックによれば、命令表象には、規範(仮言的命令・条件命令)と定言命法(事件命令・個別命令)の二つの在り方がある。規範は「仮言」と「主旨」という二つの部分から成り立っている。つまり、あることが生じる「ならば」、「あなたはすべし」という二つの部分である。それに対して、定言命法は、「あなたはすべし」という一つの部分から成り立っている。そして、規範は、条件が生じた場合には、義務者の意識の中で定言命法が生み出され、そこに規範が現実と関わり合いになる、言い換えれば、現実化すると理解されている(紀要第 61 号 6-7 頁)。

法の領域では命令は、法律と学問的叙述において一般的規範として現れる。そして、仮言は「構成要件(条件)」、主旨は「法的効果」と呼ばれる。法規範は構成要件が現実化することによって活動することになるが、それは一般的命令が具体的内容を獲得する過程であり、また、一般的命令が定言命法に姿を変えることもとも理解されている。具体的に言うと、「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」という一般的規範が、「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に当てはまると理解される。ヘックは、その条件の発生によって初めて、一般的規範は、我々が主観的法(権利)と呼ぶ保護的狀態を発生させると理解している(紀要第 61 号 7 頁)。

### (3-2) 法規範の構造: 自立的法規と非自立的法規

ヘックによれば、一般的規範は、法律においては法規の形式で現れ、個々の条項として並べられているとされる。ドイツ民法 993 条「第 987 条ないし第 992 条に掲げたる要件が存在しないならば、占有者は、収取した果実が普通の経営方法に従い物の収益と認められない限り、不当利得の返還に関する規定に従い、これを返還しなければならない」という規定のように、法規は命令・禁止の文法的形式で現れている。しかしながら、それ以外にも「授權法規」やドイツ民法 99 条 1 項「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」というように、概念規定や定義規定も珍しくない。そこで、ヘックはこれらの関係をどのように捉えるかを検討している。ヘックによれば、ドイツ民法 99 条の果実の概念規定は、ドイツ民法 993 条のように、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と述べている。ヘックは、命令・禁止の文法的形式の法文を自立的法規と、叙述文法規を非自立的法規と呼び、叙述文法規は、自立的法規である命令・禁止法規に関連する限りで、意味を持っていると理解している(紀要第 61 号 7 頁)。このような関係はまさにケルゼンの「自立的法規範[selbständige Rechtsnorm]」と「非自立的法規範[unselbständige Rechtsnorm]」の関係と類似しているように思われる。