

は豫期せらるべき法益損害の危険の度に從つて測定せらるゝ、限りに於いて、畢竟、法益侵害説の主觀的對偶に外ならない。斯くの如き、社會的危険性の程度と種類とに依る犯人典型設定が、法律と民衆的風俗秩序との一體性より評價の尺度を得るところの、隨つて義務違反の要素に決定的重要性を附與しなければならぬところの新しい法律の思想(志向)典型設定より如何に遠く距たつて居るかは、是れ亦、裏切者の例に依つて示されるのである。

單に法益侵害(外面的なる國家安全性の侵害)の眼點のみよりしては、ドイツ人に依つて爲さるゝ、ドイツ國家の秘密の漏洩と、外國人に依つて爲さるゝ、それとの間に差別を付けることが出来ないと同様に、犯人の社會的危険性の尺度を以てしては、ドイツ人の裏切者と外國人の密偵との間の本質上の差別を立つることが出来ない。獨り、法益侵害といふことより出發する行爲刑法(Das Tatstrafrecht)がさうであつたのみならず、社會的危険性より出發するところの行爲者刑法(犯人刑法——Das Täterstrafrecht)も亦、現行法に見るが如き、外國人にして彼れの國の利益の爲めにドイツの國家の秘密を探索する者も等しく「國を裏切る者」(賣國奴、叛逆者——Landesverräter——)であるといふ、頗る奇怪にして言語的にも矛盾せる結果に到達した。社會的危険性を帯びたる外國人の密偵とドイツ人たる叛逆者とを刑法的に差別する可能性、並に之と同時に、「裏切者、叛逆人」といふ思想(志向)典型に對する決定的批判標準は、件のドイツ人の行爲が、ドイツの民族共同態に對する彼れの誠實義務の最も重大なる違反であるといふことよりして初めて生ずるのである。

併し乍ら若し人が、賣國奴(叛逆者)を以て、思想(志向)典型及行爲者典型の作成に於ける義務違反要素の意義に對する唯一の例であるかの如く想定するならば、それは誤れるの甚しきものである。犯人と犯行(行爲者と行爲)との本質把握に對する義務違反の原則的且つ一般的意義を明かにせんが爲めに、後來尙ほ更めて詳論するところあるべき、不眞正不作爲犯(Die unechten Unterlassungsdelikte)の中より一例を挙げよう。若し母が其の幼兒を哺育することを怠り之を餓死せしむるならば、此の母を「殺人」の犯人典型に指定することに對して、何人も疑義を挾まないであらう。之に反して、母の亡狀を聞知しながら、自己の職務に反して適時に干涉を加へざる養育者若しくは警察官は、假令其の不作爲は正しく刑罰に値するとは謂へ、尙ほ且つ當然「殺人犯」といふ犯人典型に屬する者とは考へられない。從來支配したる法益教義——それを取つて、不眞正不作爲犯の問題は一箇の因果關係の問題であつた。さうして此の場合に、干涉の法律的義務の確認を以て能事畢るとしたる(一三)——の立場よりすれば、此の二つの場合に疑も無く存在する本質上の差異を否定しなければならぬであらう。此の差異は、其の都度違反せられたる義務の種類と特殊性とよりして初めて承認せられ説明せらるゝのであり、此の義務が此の場合にも亦、一定の犯人典型への指定に對する決定的批判標準たることを示すのである。

(一三) 之に關する詳細は、後條第七章に於て論ぜられて居る。不作爲の問題に關する此處の敘述並に後章の敘述は、政府刑法委員



會 (Das amtliche Strafrechtskommission) の評議に於けるダム (Dahn) 氏の此の問題に關する議論に依つて一部の刺戟を受け  
たものである。

以上叙べたるところよりして之を觀るに、犯罪を行爲者の犯罪的思想(志向)の表現として理解せんとする  
試は、犯罪を以て義務違反なりとする觀念と必しも同一事ではないが、併し決して氷炭相容れざるものではな  
い。寧ろ反對にかの試は、幾多の場合に、義務違反要素を想起することに依つて初めて成功することが出來  
るのである。何となれば、或る者が其の行爲に依つて法益侵害に對する一箇の原因を設定したといふ眼點の  
みよりしては、彼を孰れかの一定の思想(志向)は犯人の典型に編入することが、尙ほ未だ可能ならざるが如く  
觀ゆる——場合が極めて多いからである。斯かる場合に彼れの義務違反の要素を併せて考慮することに依つ  
て彼が孰れの典型に屬すべきか、正確に決定せらるゝのであるが、併し更に其以上に、一切の犯罪が、民衆  
の風俗秩序に對する侵害として、必ず何等かの點に於いて義務違反であり、かかるが故に決して倫理的に無  
關心事ではあり得ないといふ認識よりして、吾人の新しき法律の思想(志向)典型設定と、謂はゆる「現代學  
派」(“Die moderne Schule”)の犯人典型との原則的差異が生ずるのである。

#### 四 刑法教條に於ける義務違反思想の効果

次に吾人が、刑法上の強音符の、法益侵害より義務違反への移動を建設的に有效ならしめ、且つ此の強音

符移動が刑法の個々の形態に及ぼしたる種々なる効果を擧示せんと試みるならば、問題が、各論篇の個々の  
犯罪典型の鑄出に在るか、若しくは「犯罪の一般論」の叙述に在るかに従つて、此等の効果が夫れ々種々  
を殊にすることが明かになるであらう。

如何となれば、一切の犯罪は第一次に民族共同義務の違反であるとする認識が必然的に到達する結果  
は、かの開明主義時代及第十九世紀の刑法學に依り、犯罪は法益侵害なりとする觀念より抽出せられたる、  
犯罪そのものの本質に關する若干の一般的斷言を訂正することであるからである。かくの如き訂正よりし  
て、就中かの犯罪を三つの要素、犯罪構成要件適合性 (Tatbestandsmäßigkeit)、違法性 (Rechtswidrig-  
keit) 並に、罪責 (Schuld) に分割する考へ方の疑問に値するものなることは明瞭である。更にこれよりし  
て、違法性の——今日まで一般に慣用せられて居る術語を依然として踏襲すれば——主觀的觀念が生ずる、  
さうして斯くの如き違法性と義務違反性との融合よりして更に、罪責と犯罪未遂との領域に於いて、通例  
「意思刑法」(“Das Willensstrafrecht”)といふ概念を以て呼び做さるゝを常とするところのものが生ず  
る。不眞正不作爲犯の問題も亦、犯罪の概念が法益侵害より義務違反へ置き換へらるゝことに依つて、最も  
甚大なる影響を受ける。併し乍ら同一の置き換へは、必しも種々なる犯罪と之に對應する犯人典型との分化  
及分類に對する尺度を尙ほ未だ完全に吾人に與へ得ない。それは此の尺度が法益侵害刑法に取つて種々雑多  
なる法益よりして極めてなだらかに生じたと全然趣を殊にして居る。勿論、謂はゆる義務刑法の立場より



しても亦、殺人の中に存する義務違反は、等しく民族的共同義務に對する違反であつても、竊盜を犯せるものとは別に、一層重く科刑しなければならない。併し乍ら、此の二つの義務違反の區別と相異なる評價とに對する批判標準は、依然として、双方の場合に夫れ／＼侵害せられたる攻撃目的物の差異である。随つて、義務違反思想を以て方針とする刑法と雖も亦、其の各論篇に於いては、或は之を法益 (Rechtsgut) と名づけ、或は保護價值 (Schutzwert) と稱し、若しくは其他種々なる名稱を以て呼ばるゝところの犯罪の攻撃目的物の差異を全然無視することは出来ないであらう。さればこそ吾人は先に、本篇に於いて取扱はれたる問題の中心を爲すものは、強音符を從來の法益侵害より義務違反へ移動せしむることの力説であるが、併し、義務違反思想も亦、個々の犯罪と各論篇との形態を定むる上に於いて之を重視しなければならないところの種々なる分化可能性を其自身の中に包蔵して居るといふことを強調したのである。斯うした分化可能性は其の都度現はるゝ犯人の共同態に於ける種々異なる地位より生ずる、さうして此の地位の相異が更に、義務の種類と強度とに従つて義務範圍の差異を伴ひ、随つて既に上に述べたる兒童虐待及僚友竊盜の例が之を示したるが如く、同一の法益侵害についても、共同態に於ける犯人の特殊なる地位と、此の地位より生ずる種々なる義務との如何に従つて、夫れ／＼相異なる判断に到達しなければならないのである。かるが故に新しき刑法は、その各論篇に於いて、元來それが義務違反の種類といふことより出發するが故に、且つその限りに於いて、舊き刑法よりも遙に強く、犯人の共同態内に於ける地位といふことに着目し、それと

共に一般的にして抽象的なる犯人概念より具體的なる犯人概念に轉じなければならぬのであるが、併しさりとして他方、法益侵害思想の正當なる核心をこれが爲めに漫然棄却して、右に述べたる犯人概念の具體化の代價として、彼れを行爲の抽象的水平化を拂ふ必要は毛頭無い。

世人が義務違反の眼點の教條的利用に對して極めて一般的に、懐くかもしれない疑義、随つて此處に簡單なる説明を要するところの疑義に對しては、以上に依つて既に其の解答の一部が豫め與へられて居る。即ち、人或は斯う考へるかも知れない。犯罪の觀念に於いて、法益侵害から義務違反に轉じたところが、それは畢竟單に、一箇の抽象を、他の抽象に代ふるに過ぎないではないか、随つて先に、「誠實義務」の餘りにも廣き擴張と一般化とに對して提出せられたる抗議は、それよりも一層一般的なる義務違反概念の利用に對してこそ就中適切ではないか、と。

斯くの如き抗議に對しては二様の辯駁がある。第一としては、義務違反の要素を正面に推し進むと謂つても、それは毛頭、或る單一の眼點を重大なる不法性あるものとして新に絶對視するといふ趣意ではなく、單に、一箇の強音符移動を表現せんとするものに外ならないといふことを、もう一度強調しよう。寧ろ、或る一箇の原則の獨裁專權の代りに、義務違反が、爾餘の種々なる原則、就中、思想(志向)典型の原則と併立せしめられ、斯くして個々の犯罪の形態化と彼等の體系的配列とに對して、時としては非常に強く影響し、時としては之に反してさまで影響しないといふ具合になつて、初めて各箇の犯罪の具體的なる特殊性が、法律



上の効果を發揮する可能性を見出たのである。「總則篇」に於いて——總則篇の問題性は、此の可能性の中に現はるのであるが——それは、義務違反刑法の派生物であるところの「一般論」(“Allgemeine Lehre”)は、若し或る一群の犯罪が、將來に於いても亦、主として法益侵害の眼點に依つて其の特別なる不法内容を決定せられ、さうして義務の要素と思想「志向」の要素とが、此等の犯罪に於いて例外として退却する場合には之を適用し得ないといふ點に於いて表はれて居る。

併し乍らかの抗議に對しては、更に第二の辯駁がある。それは、義務其もの、内容と範圍とが、抽象的——規範主義的に之を缺陷無き幾つかの構成要件に書き更へ、決定することを得るものにあらずして、専ら具體的なる多くの秩序と情況とよりして生ずるものであるといふこと、是れである。法益侵害が比較的容易に、敘述的なる犯罪構成要件に依つて書き更へ得られたこと、並に本來の法益其自身が既に多くは、法律上の抽象手續の方法に依つて得られ、且つ概念的に豫め形作られたことは、自由主義的なる法律安定性法の原因のイデオロギイ (Rechtssicherheitsideologie) の立場より之を觀れば、たしかに法益刑法の一箇の長所であつたが、併し乍ら新しき法律思想の立場よりすれば、其の本質的弱點であつた。斯の法益刑法思想と相對して、義務違反より出發することは、諸般の義務が直接に源を其處に發する種々なる具體的秩序をして刑法上の評價に影響を及ぼすことを得せしむる一箇の手段を現はすものである。這般の消息は、義務違反要素の個々の適用可能性を取扱つて居る次章に於いて明かになるであらう。

## 五 各論篇に於ける義務違反思想

其の著「犯人の本質」(“Das Wesen des Täters”)に於いて、エーリック・ヴォルフ (Erik Wolf) が、一八七一年の獨逸刑法 (StGB) に於ける大多數の刑罰威嚇の構成要件は「……する者は」(“Wer”)の語を以て初まつて居るが、此の無色の「者」の背後には、開明主義の形式的、抽象的且つ自然主義的なる犯人概念が潜んで居る(二四)と指摘したのは至言である。犯人は、この刑法に據れば「甲若しくは乙の法益を侵害する者」(“Wer dieses oder jenes Rechtsgut verletzt”)である。即ち一見すれば自明にして何等の前提も無きもの、如くなる此の命題は、二重の様式に於いて或る一時代の世界觀的内容を表現するものに外ならない。即ち一方に於いて、此の命題の中に含まれて居る。法益侵害思想の獨裁が、犯罪とは他人の個人的生活圏に對する干犯なりとする開明主義的觀念を包容するが如く、之に對する必然的の反面として、犯人といふ側に於いても亦、件の「……する者」の中には、其の他人との没交渉性と無拘束性に於いて、到底現實の人生より生じたと謂はんよりは、寧ろ、開明主義の自由及平等の前提より生じたる、抽象的にして孤立せる個體が姿を現はして居るのである。

(二四) 前掲同著、就中一九頁以下及八頁以下。

さは謂ふもの、尙ほ且つ一八七一年の獨逸刑法に於ける犯人、必しも悉く斯くの如き没交渉なる「者」



ではない。寧ろ舊刑法と雖も既に、少なからざる例外の場合を認めて居る。即ち其處では例外として、犯人概念が、共同態内に於ける犯人の地位といふ眼點の下に具體化せられ、随つて同時に行爲が義務違反の眼點の下に現はれて居ること、是れである。今茲に此等の場合を列挙することは必しも無益ではないやうに見える。何となれば斯かる列挙は單に例證的意義を有するのみならず、亦同時に、若し義務違反の要素を基礎として各論篇の個々の犯罪の形態を更に一段と構成して行くならば、それが孰れの方角に於いて効果を示すであらうかを直觀せしむるが故である。

吾人は、現行刑法に於ける此等の義務違反を、略ぼ四つの種類に分つことが出来る。第一類に在つて問題と爲るものは、凡ての職業、官職及營業上の義務の違反である。刑法第三百三十一條以下の瀆職罪 (Beam-tendelikte) の全部、辯護士の背任罪 (刑法第三百五十六條)、過失に因る殺害並に過失に因る傷害の場合に於ける刑の加重 (刑法第二百二十二條第二項第二百三十條第二項) 醫師、辯護士及其他、職業の秘密を守るべき義務を有する者の秘密漏洩の罪 (刑法第三百條)、醫師の虚偽の證書發行の罪 (刑法第二百七十八條)、後見人、教師、教育者、醫師及官吏の自己に委託せられたる人に對する猥褻の罪 (刑法第七十四條)、僧侶の教壇濫用の罪 (Kanzelnmissbrauch —— 說教壇より國事を論ずる罪——譯者) (刑法第三百十條 a)、陪審員、參審員及證人の職務違反の罪 (刑法第三百十八條) 並に原則として、看守人が被拘禁者を逃去せしむる罪 (刑法第二百一十一條) が之に屬する。

第二類は、親族及婚姻より生ずる諸般の義務の違反を包容する。之に算へらるべきものは、姦通罪 (刑法第七十二條)、養父母の養子女に對する猥褻罪 (刑法第七十四條)、重き猥褻媒介罪 (刑法第八十一條第二號)、夫の賣淫幫助 (刑法第八十一條 a 第二項)、父母、後見人其他に依る被保護者の虐待 (刑法第二百二十三條 e)、子女に對する養育及監督の義務の履行缺陷 (刑法第三百六十一條第九號)、並に、扶養義務の不履行 (刑法第三百六十一條第十號) 等である。

第三類は、就中、背任 (Untreue) の罪 (刑法第二百六十六條) にして、既に上に述べたる諸部類の一に屬せざるもの、並に、船員の乗船契約 (Der Heuervertrag) (刑法第二百九十八條) を包括する。此の部類に於いて主として問題と爲るものは、法律行爲に依つて引受けられたる凡ての義務の履行である。

之に、第四類として、ドイツ民族共同態の成員若しくは賓客としての犯人の地位よりして生ずる一般的義務の違反が加へられる。此の部類に屬するものは、犯罪告發義務の不履行 (刑法第三十九條)、兵役義務の違反 (刑法第四百十條第四百十二條)、並に共同的危險の場合に於ける救助義務の違反 (刑法第三百六十條第十號) 等である。刑法に於ける共同態思想の徹底に伴つて尙ほ一段と完成せらるべきものが、正に、可罰的なる義務違反の此の第四の部類であることは言を俟たずして明かである。叛逆 (賣國) は義務違反なりとする觀念は、ドイツ人の賣國的行爲 (Volksverrat) と外國人の密偵行爲との區別を立てしむるものであるが、此の觀念については既に上に指摘せられたるが如くである。併し乍ら、法益侵害思想が義務違反思想に依つ



て押し退けらるゝことは、右の區別より更に一步を進めて、一般的にドイツ人の犯罪行為と外國人の行為との區別、随つて之と共に、刑法上、屬人主義 (Das Personalitätsprinzip) に依つて屬地主義 (Das Territorialitätsprinzip) が排除せらるゝの結果を將來しなければならない (一五)。蓋し民族同胞の民族共同態に對する義務と外國人の在留義務とは、其の他の見地に於いても亦之を同一視することが出来ないからである。

(一五) 之に關してはダーム著「國民社會主義の刑法とフランス主義の刑法」(Dahn, "Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht") (一九三五年刊) 二九頁以下、並に "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 誌第五十五卷三九九頁以下所載、グラーフ・ブースバッハ (Graf Busbach) 論文等參照。

既に舊法に據りて犯罪構成要件作成が義務違反の眼點の下に行はれたる種々なる場合の前記の列擧も、將た又、此等の場合の四部類への排列も、決して完全にして一點の批難を加ふべからざるほどの的確なるものと認められんことを要求し得ない。しかも此の列擧は、あらゆる犯罪の實體的不法内容を排他的に法益侵害の中に求め、随つて犯罪構成要件の解釋をも亦單に法益保護機能の眼點よりしてのみ企てんとすることは (一六)、既に現行法に依りても亦謬れることを、遺憾無く明示するに足るであらう。

(一六) シュヴィンゲ著「刑法の目的論的概念作成」(Schwinge, "Teleologische Begriffsbildung des Strafrechts") (一九三〇年刊) はこの誤謬に陥つて居るものであり、之に對しては既に、"Monatsschrift für Kriminal-Psychologie" 誌第二十二卷七六頁、並に "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft" 誌第九十五卷二九五頁所載、ダーム (Dahn) 論文、シャッフシュタイン著「刑法に於ける目的論的概念作成の問題について」(Schaffstein, "Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht")

(一九三四年刊) 一三頁以下、ケムバーマン著「犯罪と其の要素との認識」(Kempermann, "Die Erkenntnis des Verbrechen und ihrer Elemente") (一九三四年刊) 九頁等が反駁を試みて居る。此等の諸家が悉く、犯行の不法内容に取つての犯人の思想(志向)及動機的重要性を正當に指摘して居るに拘はらず、不法に取つて、並に、是れ亦同様に法益侵害思想の排他性要求と相容れざる犯罪構成要件解離に取つて義務違反の要素が有つて居る獨立の重要性は、尙ほ未だ殆んど顧られて居ない。

犯罪構成要件の解釋に取つて義務違反思想の有する重要性を示す一例を擧げんが爲めに、偽誓 (Meineid) — 刑法第五十四條) に於ける客觀並に主觀の理論の對照を指摘しよう。證人が、なるほど自己の觀念に據れば虚偽なる、併し乍ら其の實は眞實なる陳述を爲したる場合、彼は果して既遂偽誓の罪を犯したる者なりや否やといふ問題は、客觀說に依つては否定せられ、主觀說に依つては肯定せられる。此の理論の争の背後には、法益侵害と義務違反との對照が潜んで居るのである。偽誓の不法内容を法益侵害といふことに、即ち司法の確實性の侵害の中に看取する者は、此の場合に、偽誓罪構成要件の實現を否定しなければならぬ。何となれば斯かる侵害は毫も生じなかつたからである。之に反して、偽誓は義務違反なりとする觀念は、陳述の客觀的正當性を顧慮すること無しに之を以て既遂偽誓と看做す結果に到達する。如何となれば此の證人は主觀的に虚偽なる陳述に依つて彼れの誠實義務に違反したからである (一七)。

(一七) 最近の獨逸大審院判決集刑事事篇 (RGSt=Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf sachen) 第六十八卷二七八頁は、此の問題を切り抜けんとして居るが其の議論は毫も人をして首肯せしむるに足らない。

更に、舊刑法の義務違反罪構成要件の觀察は、如何なる法律技術的形式に於いて義務違反思想が個々の犯



罪の形態作成と體系的配列とに影響を及ぼし得るかを示す點に於いても亦、頗る教訓に富むものである。多くの場合に於いて、特別に重き、随つて刑罰を科すべき事件を特に摘出せんが爲めに種々なる義務違反を區別することが、個々の犯罪の形態を決定するに當り、義務違反の要素と法益侵害の要素との組合はせに導くであらうといふことは、既に述べたるが如くである。吾人が上に列擧したる現行法の種々なる犯罪構成要件は、殆んど例外無しに斯かる組合はせの例である。併し乍ら同時に現行法に於いて如何に法益侵害思想が優勢を占めて居るかを示す特徴は、此の思想が僅に官吏の瀆職罪 (Amtsdelikte) を一の例外として、各論篇の體系法を決定して居ることである。例へば、後見人、保護者及教育者の彼等の被保護者に對する義務違反が、虐待に依つて行はるゝときは (刑法第二百二十三條b)、身體傷害に關する章に於いて現はれ、又その義務違反が猥褻行爲に依つて行はるゝ限りには、猥褻の罪 (刑法第七十四條第一號) に關する章に於いて現はれて居るが如き、是れである。之に對して、相互全然相異なる諸種の法益侵害が、統一的に第二十八章に於いて職務違反の眼點の下に一括せられて居ることは、其の強音符を義務違反思想に置くところの一犯罪部類の構成の一例である。既に斯くの如き體系的配列よりして、個々の職務上の犯罪の實體的非法内容に取つての義務違反の眼點の主位的重要性が発生する事實は、此等犯罪の構成要件標識の解釋に際して其の實際的意義を帯び來るが、更に、此等の犯罪に適用すべき刑罰の指定標準を量定する際にも同様である。

同じく舊刑法の支配の下に在つて既に法益侵害の眼點が、義務違反の眼點の爲に追ひ退けられて完全に退却したる第二の領域は、軍刑法の各論篇である。極めて少數の例外 (一八) を除いて、軍刑法の刑罰威嚇は悉く、諸種の義務違反に對して指し向けられて居る、さうして軍刑法第二篇の諸章は、勿論極めて不完全ではあるが、軍人義務の體系化の一箇の試を現はすものである。義務違反要素が、恰も國防、共同態の特別刑法に於いて斯くの如く特に顯著なる重要性を與へられて居ることについて、其處に如何なる内面的理由が存するかは、此の共同態が具體性と緊密度とに於いて疑も無く爾餘のあらゆる共同態を凌駕することに鑑みて、何等特別なる説明を要しない。軍刑法上の犯罪構成要件の構造は、其自身のみを以てしても既に、吾人が此處に擁護しつゝある命題、即ち、共同態的なる刑法思想の立場よりすれば、犯罪は義務違反たること多くして、法益侵害たること少しとする命題の正當なることを示す重要な一箇の立證理由を現はすものである。如何となれば、民族的形態が「全體的動員」(“Die totale Mobilmachung”) の姿を示して居る時代、「政治的兵士」(“Der politische Soldat”) といふことを以て理想典型とする時代に在つて、軍刑法の法律形式と諸概念とが「一般的」刑法、「市民的」刑法の中へ侵入し來ることは當然自明なるが故である。斯の侵入と共に、前世紀の發展が逆になつた。如何となれば、第十九世紀に於いては、カール・シュミット (Carl Schmitt) の謂はるゝ、「兵士に對する市民の國家法的勝利」(Der staatsrechtliche “Sieg des Bürgers über den Soldaten”) は、民事的の法益侵害思想が、既に軍刑法に於いても入場權を請求したる限りに於い



て、刑法上前述の時代と正反對なる現象を見出したからである。就中、軍刑法の新しき編訂者中最も著名なる者の一たる M. E. マイエル (M. E. Mayer) は、軍刑法のあらゆる犯罪を、紀律といふ法益の侵害として解釋せんと試みた。斯かる解釋を以てしては、例へば敵前に於ける怯懦 (軍刑法第八十四條) 若しくは戦友竊盜 (軍刑法第三百三十八條) の如き軍刑法上の犯罪を到底正當に處置し得ざること、多言を俟たずして明かである。若し法益侵害解釋が、結局は致命的効果を現はす緊めジャケットたることを示さなければならぬとあるとするならば、それは正しく此處である。

(一八) 斯種の例外の一は、例へば、第二章が「戦地に於ける戦闘力の殺滅」(Die Gefährdung der Kriegsmacht in Felder) といふ標題を掲ぐることに依つて示唆せられる。之に對應して軍刑法第六十二條に於いて、故意の服務義務違反、(義務違反要素) に依る敵軍企圖の助成 (法益侵害要素) が刑罰に附せらるゝ限に於いて、法益侵害原則と義務違反原則とが組み合はせられて居るのである。

其の他の點に於いては主として法益侵害原則より出發して居る一箇の刑法體系に於いて、官吏及兵士の犯罪の場合に限り斯くの如く義務思想が著しく進出することは、疑も無く軍隊と官吏との階級制度團體 (Die Armeec- und Beamtenhierarchie) 其自體のみが「國家」(“Der Staat”) として、毫も國家の掣肘を受けざる市民の社會と相對立して居た立憲主義時代の社會的並に國家法的構造の特徴である。同様に、現在は刑法的にも亦、義務思想が益々廣き生活區域を征服し、隨つて各論篇の犯罪の形態に對し、益々大なる範圍に於いて影響を及ぼさなければ休まないことは、現在に於ける共同體の發展に對應する自然の數である(一九)。等

族 (職業階級) の懲戒裁判權、就中、獨自の義務違反構成要件と名譽刑とを有する勞働法の社會的懲戒裁判權は、正に刑事的刑法に取つての先達であり、刑事的刑法が他日自ら自己の全部若しくは大部分を放棄せんことを欲しないならば、其の歩調を之に整へなければならぬものである。

(一九) 此の場合、義務思想が更に新しき刑法に於ける各論篇の體系をも支配しなければならぬか否かは、此處で詳説する邊無き一箇の特殊問題である。筆者の觀るところを以てすれば、斯くする必要は無い。何となれば國民社會主義の刑法には、其自身に相應はしき別箇の種々なる秩序準繩が使用に供せられて居るからである。尙ほ之については、フライスター著「將來のドイツ刑法」各論篇 (Freisler, “Das kommende deutsche Strafrecht” besond. Teil), (一九三五年刊) 九頁以下參照。

## 六 義務違反性 (Pflichtwidrigkeit) 違法性 (Rechtswidrigkeit) 及罪責 (Schuld)

刑法の各論篇に於いて、義務違反の思想を假令如何に強く且つ徹底的に高唱するとも、それは個々の犯罪の規矩と評價とに取つて、攻撃目的物の有する重要性を完全に抹殺することは出來ないであらうといふ洞察は、それにしても尙ほ、犯罪は義務違反性 (Pflichtwidrigkeit) なりとする觀念には、あらゆる犯行に對する一般的にして原則的なる意義が附随しないといふことを主張するものではない。義務違反性觀念に基づく一般的推論は、其の類型形態に對し、將來に於いても亦、義務違反以外、不法として重視すべき各種の眼點



が依然として共に作用して居るところの犯罪に對しても亦、全面的ならざるまでも少くとも部分的には效力を要求する。如何となれば此等の犯罪、即ち義務違反以外の眼點を以て律せらるゝ犯罪と雖も、其の本質よりして之を觀れば爾餘の凡ての犯罪と同様に、畢竟、民族共同態に對する義務の違反であり、さうして、侵害せられたる、若しくは危くせられたる攻撃目的物の價值に依る刑罰威嚇の差等も單に、當該行爲に依つて、行はれたる義務違反の種々なる評價を基礎とするに過ぎざるが故である。

一切の犯罪は義務違反なりとする觀念の刑法教條的意義は、謂はゆる犯罪の一般論 (Allgemeine Lehren des Verbrechens) に於いて發現する。犯罪の形態を定むる二つの原則の中、孰れが一般的犯罪論に對する支配權を握るを至當とするかの問題に對する解答の中に、吾人が先に法益侵害より義務違反への強音符移動と名づけたるところのもの、實際上の効果が表はれて來るのである。

單一體的生活過程たる「犯罪」を三つの「要素」即ち、犯罪構成要件適合性、違法性及罪責とに分割することは(二〇)、第十八世紀の後半、自然法の影響の下に其の端を發し、さうして最近三十年間の教條に依つて完結せられたものであるが、此の分割は、犯罪を以て法益侵害なりとする觀念より出發する。このことは先づ第一に、刑罰威嚇を受くる犯罪構成要件と不法除斥の原因との原則對例外關係の中に現はれて居るが如き、犯罪構成要件適合性と違法性との兩分について謂ひ得る。如何となれば、或る行爲の不法内容が、法益侵害の中に認めらるゝ場合にのみ、其の行爲が「其自體として」は立派に法益侵害であるに拘はらず、之を違

法的であり隨つて刑罰に値するものと看做し得ざる種々なる場合に於ける何等かの訂正手段が直に必要となるからである。母體に取つて重大なる生命の危險に因つて醫學上示唆せられたる妊娠中斷を敢行せんとする醫師の場合に、先づ一應、彼は其自體として墮胎の罪を犯す者なりと斷定し、然る後に初めて、此の不法を除斥するに足るところの原因を物色することは、全然意味を爲さない。しかも在來の刑法的思考は、斯の迂餘紛糾せる幾條の小徑を辿つて、漸く其の庶幾する目標への道路を自己の爲めに開拓しなければならぬ。是れ實に法益侵害より出發することの必然的な結果であり、それと開明主義の原子論的分解思想との類似性は茲に現はれて居るのである(二一)。人が或る行爲の違法性を、謂はゆる「純粹に客觀的に」其の結果に従つて、即ち換言すれば、刑法第二百十八條に於いて、胎兒の殺害といふ眼點の下に決定する限り、取り敢へず一先づ、行爲者の人格如何を問はず、外面的結果の平等を基礎として、種々なる妊娠中斷の一瞥的評價を行ふことは避け難い。此の眼點よりすれば、死刑執行官も、正當防衛の爲めに或る密獵者を射殺する保林官も共に「其自體として」殺人罪を犯す者であり、手術を行ふ醫師は、「其自體として」身體傷害の罪を犯す者であり、當事者の一方の爲めに欺かれて實體的に不當なる判決を下す裁判官は「其自體として」曲法の罪を犯す者である。併し乍ら吾人の論議の關係に於いて必要なることは、刑罰威嚇を受くる犯罪構成要件と不法除斥の原因との原則對例外關係、並に之より生ずる種々なる不合理は、吾人が一切の行爲の不法内容を主として犯人の義務違反の中に認むると同時に一舉にして消滅するといふ斷定である(二二)。攻撃目的物は何で



あるか、並に此の目的物に對應する客觀的犯罪構成要件が實現したりや否やの問題は、僅に第二次的で、義務違反の事實が肯定せられたる後に初めて提起せられ得るに過ぎない。何となれば此の問題は、最早、違法性の存在如何に取つてはなしに、單に尙ほ違法性の程度に取つて、並に可罰性に取つて若干の重要性を有するに過ぎざるが故である。

(110) 此の分割に關して、並に其の誤謬に關しては、前掲ケムバーマン著「犯罪と其の要素との認識」(Kempmann, "Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente") 七頁以下、就中八頁が方法的眼點よりして遺憾無く之を論じて居る。今此處では單に軽く觸れ得るに止まる此の問題に關する詳細は、本書に於けるダームの論文「犯罪と犯罪構成要件」に述べられて居り、余の觀るところを以てすれば其の説は全然首肯し得るものである。

(111) 本書に於けるダームの寄稿「犯罪と犯罪構成要件」並に前掲ケムバーマン著書七頁以下参照。

(112) 犯罪概念の決定の爲めに全體的、綜合的にして且つ本質的な方法を求めんとするケンパーマン(前掲著書)の要求は至當である。犯罪は義務違反なりとする觀念は正しく斯かる方法の趣旨に合するものである。如何となれば、義務違反の中に、犯人と犯行との特殊性が分離せられず、現はれて居るからである。

吾人が義務違反を犯罪概念の構成に對する基礎として選ぶことに依つて、從來の違法性と罪責との關係も亦、完全に一變することは、義務違反といふものの本質よりして生ずる自然の結果である。規範的な罪責概念の起生以來、義務違反思想が責任説に於いて既に今日に至るまでに、假令比較的なき、やかなるとは謂へ、或る程度の教條的重要性を獲得したことは周知の如くである。此の場合の發展の徑路は略ぼ次の如くであつ

た。即ち、犯罪は法益侵害なりとする觀念は、先づ違法性と其の實體的内容とに關する純粹に客觀的な觀念に導かなければならなかつた。此の事については何等別段の證明を要しない。やがて主觀的不法要素の發見が、原則に對する例外の承認を必然的ならしむるが如く觀えたるときに至つても尙ほ、人々は原則として右の觀念に固着して居た。其自身が法益理論の一結果であつたところの斯かる違法性の客觀的觀念は、第十九世紀の刑法教條をして、中世期の終末以來一般に承認せられて居た、科刑の主觀的前提、即ち例へば、犯人の故意及引責能力といふが如き要素を、罪責といふ上位概念の下に總括し、さうして此の罪責を、客觀的違法性以外の一箇獨立にして主觀的な犯罪要素として、客觀的違法性と併立せしむることを餘儀無くした(113)。次いで最近數十年間に、過失(Fahrlässigkeit)及緊急狀態(Notzustand)の教理の影響の下に、舊來の純粹に心理的な罪責觀念が、罪責概念の規範的性質の認識に其の地位を讓つたとき、人々は、罪責を解釋して、犯人より客觀的法律規範に對應する内面的態度を要求したる一箇の義務規範に對する抵觸であると爲した。斯くして犯罪は違法性にして且つ同時に主觀的義務違反性であると看做さるゝに至つた。しかも其の際謂ふまでも無く義務違反性には、僅に第二次的なる、さうして違法性に對して下位に在る意義が認めらるゝに止まつた。といふのは、違法性と異なり、義務違反性は、行爲の可罰性其のものの理由と爲るものではなしに、單に之を限界づけ、制約するものに過ぎなかつたからである。

(113) 教義史 "Dogmengeschichte" は、第十八世紀の後半に於いて自然法並に開明主義の影響の下に、犯罪を或る主觀的法(權利)



の侵害なりと解釋し、さうして之を以て彼等の各論席の體系を樹立したる最初の普通法の權威(エンガウー Egan, コッホー Koch, 兩マイスター——Die beiden Meisten)が、やがて亦、客觀的違法性と主觀的罪責とを區別したる最初の人々であつたことを示して居る。降つてボエメル(Böhmer)も尙ほ、其の著「刑法の諸要素」(Elementa juris criminalis) (一七三五年刊)に於いて、正當防衛行爲の無罪性を理由づくるに、此の行爲の場合には行爲者の故意(Dolus)が除外せられて居るといふことを以てした。尙ほ此問題に關しては、シャッフシュタイン著「普通刑法學に於ける一般犯罪論の發展」(Schaffstein, «Die Entwicklung der Allgemeinen Lehre vom Verbrechen in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts») (一九三〇年刊) 九三頁參照。

爾後の教條的發展に取つて其の方向を決定したるものは、人々がその際開明主義の基礎觀念に固着し、開明主義の擧に倣つて、法律秩序の凡ての規範は、人間の外面的、行爲のみを彼等の規律の對象とするものであるといふことより出發したる事實であつた。何となれば、違法性と義務違反性との區別と共に生じたる不法と罪責との二者は、其の後、罪責も亦規範的性質を有することが認識せられ、並に、客觀的なる罪責要素と主觀的なる不法要素とが發見せられて、二者の混融を容易ならしめたであらうと覺しきにも拘はらず、爾來も依然として全然分離せられたる二つの領域として止まつたことが、右に述べたるが如き開明主義的觀念への膠着より生じたる結果であるのみならず、更に義務規範(法律規範に對して)の由來と性質とが刑法教條に取つて到底征服し難き難關と爲つたかの觀ありしことも亦、法律の合理主義的本質決定より生じたもう一つの結果であつたからである。斯うした多くの難關は、就中ゴルトシュミット(Goldschmidt)の義務規範理論に關する有名なる論争の中に發現した(二四)。

(二四) フランク祝賀論文集(Frank Festgabe) (一九三〇年刊) 第一卷に於けるゴルトシュミットの論文四三三頁以下、並に同處に引用せられて居る同氏に對する諸批評家の議論參照。

試に過去を回顧して觀察すれば、從來の教條的體系の全體關係に於いて首尾一貫何等の矛盾も無かつたものは、之を侵害することが即ち罪責であるとせられた規範を以て、一箇の實驗的なる、若しくは實驗的と謂はざるまでも兎も角、理性的なる方法に依つて感知することを得る尺度と看做したる、規範的罪責說中の一變種のみであることが承認せられなければならない。即ち此の一種の罪責說は、犯人の罪責と社會的危險性とを同一視し、此の罪責を計測するに、同一の事情に於いて豫期することを得る人間の平均行爲の尺度を以てするものであるが、斯うした同一視と計測とが、規範的罪責觀念を、舊き體系に於ける内面的分裂無しにも承認する唯一の可能性を表はすものであつた。不法といふことの實體的内容は法益侵害であると決定すること、刑罰の有する一般豫防的並に特別豫防的效果の種々なる可能性に依つて、罪責の實體的不法の程度種類を決定することが同一の精神的平面の上に在り、彼等の起原より觀て最も密接に互に結び付けられて居ることは、此處でも亦明かである。

之に對比すれば、義務規範の、隨つて亦罪責の起原を倫理に求めて、しかも同時に法益侵害説を固執することは、悉く一箇の體系的矛盾を暗示するものである。今日より觀れば、フロイデンタール(Freudenthal) (二五) の如き就中急激なる特別豫防主義者が、紛れも無き倫理的規範的罪責說の代表者であつたこと、並に



彼が其の強要可能性説 (“Die Zumutbarkeitslehre”) に於いても亦、最も廣汎なる實際上の多くの結論を此の觀念より抽出したること、然るに他方、其の他の點に於いてはフロイデンタールとしかく近接して居るリープマン (Liepmann) が、規範的罪責説に對する最も峻烈なる批判者であつたことは、頗る奇異の感を懐かしむるものがある。併し乍ら、此處でも亦ダーム (Dahn) (二六) が、ラートブルーフ (Radbruch) とリープマンとの間に、確信犯人 (Überzeugungsvorwörer) の特惠處遇を繞つて生じた、略ぼ之と趣を同じうする論争に對して與へたる説明が適合する。リープマンは此のラートブルーフとの論争の場合に於いても亦、徹底的なる論理家であり、彼に取つては、法律と道徳との「混淆」の原則的拒否よりして、義務違反性説の拒否並に確信犯人の特別待遇の拒否が自然に生じたのである。之に反してフロイデンタールの罪責説は、ラートブルーフの確信犯人と同様に、如何に刑法の分裂瓦壞の時代に於いて、全然別種の精神世界に由來したる種々なる刑法的思考形式と立證とが、苟も刑法の限界縮小の意味に於いて効果を示すことが出來た限り、毫も論理の徹底に顧慮すること無く例外的に採用せられ、一方的に利用せられたかを示す一箇の特徴的例證である。

(二五) フロイデンタール著「現行刑法に於ける罪責と問責」(Freudenthal, “Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht”) (一九二二年刊) 就中九頁及一四頁。

(二六) “Deutsche Juristen-Zeitung” 誌一九三四年卷八二六頁所載、ダーム論文。

法律の本質と民族の風俗秩序に對する法律の關係とに關する吾人の基礎觀念より自然に生ずる結果は、新しき刑法に於いて義務規範の主觀的規律根柢と此等の規範の由來とが其の問題的性質を失つたといふことである。併し乍ら同時に、犯罪其自身が主として義務違反であると看做さるゝ事實よりして生ずる第二の結果は、不法決定に於ける法益侵害要素の後退と共に、違法性を義務違反性として解せらるゝ罪責より分離すべき内面的理由が消滅するといふことである。併し乍ら此の事は、意思刑法に關する國民社會主義の原則に依つて標語的公式の中に總括せられて居る。犯罪は義務違反なりとする觀念が、意思刑法に適合すること、猶ほ犯罪は法益侵害なりとする觀念が結果刑法 (Das Erfolgstrafrecht) に適合したるが如くである(二七)。此の關係は、就中、未遂犯に對する刑法上の取扱に於いて明瞭に表はれる。若し吾人が、或る行爲の不法内容を單に法益侵害の中にのみ求むるならば、吾人は勿論、從來の刑法と同様に、未遂犯と既遂犯とによつて相異なる評價に到達しなければならぬ。如何となれば、未遂の違法性は此の場合には、精々のところで、法益を多少危くしたといふことの中に見出され得るに過ぎざるが故である。之に反して若し犯罪が義務違反であるならば、それよりして必然的に未遂犯と既遂犯との同視が生じなければならぬ。如何となれば、義務違反の事實と程度とは、毫も此の行爲に依つて惹起せられたる結果の發現に依つて左右せらるゝことが無いからである。

(二七) 此の場合に勿論注意しなければならないことは、義務表様論 (Pflichtentypologie) と相並んで、法益保護思想を再び取り戻



し、さうして、部分的に之を補充しなければならない。上に記したる意味に於ける「思想(志向)表露論」(「Die Gesinnungstypologie」)も亦、結局、「意思刑法」と其の結果とに到達するといふことである。

以上の外に尙ほ、義務思想よりして緊急状態の内容と限界とに取つて生ずる種々なる結果を述べなければならぬ。抑も、フロイデンタール、ゴールトシュミット及其他若干の權威が、義務違反を基礎とする罪責の構成を利用して、之より刑法第五十二條及第五十四條の根本的擴張を導き來り、以て強要不可能性(Die Nichtzumutbarkeit)を普遍的に法律を超越する罪責除斥の原因たらしめんと企てたることは周知の事實である。將來の刑法も亦、何等かの一般的緊急状態規定を含むであらう。政府刑法委員會の提案に係る文言は、第一讀會の草案に據れば次の如くである。「他ノ方法ヲ以テシテハ之ヲ除去スルコト能ハザル重大ナル損害ノ現在ノ危険ヲ自己又ハ他人ヨリ除去セン爲メ已ムヲ得ス刑罰ノ威嚇アル行爲ヲ爲ス者ハ健全ナル民族觀念ヨリ觀テ其ノ損害ヲ忍容スベキコトヲ本人又ハ危険ニ臨メル者ニ期待若クハ要求スルコトヲ得サル場合ニ限リ之ヲ緊急状態ニ於テ行爲スル者ト看做ス」(二八)

(二八) ギュルトナー著「將來のドイツ刑法。總則篇」(Gürtner, "Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil") (一九三四年刊)六三頁。並に草案に對するクレー(Klee)の説明參照。

斯くの如く草案の緊急状態規定は現行法に比すれば著しく擴大せられて居るが、それは一方に於いて新しき刑法に於ける義務思想の重要性に對する一證據であると同時に、他方に於いてそれは、此の思想の内容と

意義とが、フロイデンタール、ゴールトシュミット一派の強要可能性説のそれと全然別箇のものであることを、既に其の文言に依つて明かに表はして居るのである(二九)。此の強要可能性説が、義務違反性と強要可能性とを云爲するのは、單に「刑法の個別化」(「Individualisierung des Strafrecht」)の爲めの、換言すれば、一箇の極端に個人主義的なる倫理の種々なる評價へ刑法を順應せしめんが爲めの一手段を意味するに過ぎなかつた。随つてエーベルハルト・シュミット(Eberhard Schmidt)(三〇)やゴールトシュミットに取つては、「強要し得る」(「zumutbar」)義務履行の尺度が、「英雄主義を其人より要求することを得ざる」抽象的なる「者」(「Wer」)の、實驗的に確認せられ得る「平均行爲」より生じたのであり(三一)、一方、フロイデンタールに取つては更に一步を進めて、人間が其の個人的にして自然なる特殊性に於いてあらゆる事物の規矩準繩ですらあつたのである。斯うした抽象的にして且つ同時に實驗的——自然主義的なる尺度と反對に、將來の法律に於ける義務の内容と範圍とは、行爲者に對し、彼が民族共同體と其の種々なる小區分との中に在つて占めて居り、さうして其の行爲に依つて接觸せらるゝところの具體的地位に應じて提出せらるべかりし要求に従つて決定せらるゝのである(三二)。或種の人、例へば登山案内人若しくは消防手等が、災害事故の場合に於ける救援に際して、特殊なる危険を冒すべき義務を有すること、随つて彼等に對して刑法第五十二條及第五十四條を無造作に適用することが出来ないといふことは、既に定説と爲つて居る。此の場合に根柢に横はる思想は、客觀的にして且つ同時に具體的なる義務決定といふ思想であり、これこそ將來の



法律に於いて一般的に承認せられなければならないものである。將來の刑法より一例を挙げれば次の如くである。即ち、賣國（叛逆）の場合には民族同胞としての犯人の具體的地位が問題とせられる。併し乍ら、ドイツ國に對する外寇の防禦に當るべき民族同胞の義務が、假令彼れの生命の危険を理由としても毫も之を變動すること能はざるものなることを示さんが爲めには、單に、戰爭の場合に於ける彼れの國防義務を指摘するのみで足りて居る。随つて賣國犯人は決して緊急状態を口實として援用することは出来ないといふ結論を生ずる(三三)。それは假令、生命を喪ふの危険の急迫に依つて刑法第五十二條及第五十四條の前提が具備するが如く見ゆる場合と雖も同様である。併し乍ら此の場合も亦、「政治的兵士」よりは英雄主義をも要求しなければならぬ場合が極めて多いといふ一般的斷案に對する單なる一例に過ぎない。

(二九) 前掲クレーの剴切なる意見參照。

(三〇) フォン・リスト・シュミット合著「刑法教科書」(v. Liszt-Schmidt, "Lehrbuch des Strafrechts") (一九三二年刊) 第二十六版、二二四頁以下並に二八三頁以下。

(三一) エーベルハルト・シュミットは前掲「刑法教科書」に於いて之を明言して居る。

(三二) "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften" 誌第五十四卷五三頁以下所載、エーリック・ゾルフの論文參照。

(三三) "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft" 誌第九十五卷二九二頁所載、ダーム論文も亦同一趣旨である。

緊急状態の如上の觀察は、獨り義務違反思想が「一般的」犯罪論の一箇の具體化と、且つ同時に其の或る程度の解消とに貢獻することの一證據であるのみではなく、それは亦、不法の主觀化に依つて刑法が復たも

や知らず識らずの裡に弛廢するであらうといふことが單に杞憂に過ぎざることを示すものである。如何となれば、義務違反思想の中に横はる道德的尺度は、決して或る自主的個人倫理より由來するものではなく、一に民族の風俗秩序より生ずるものであり、随つて、若し吾人が此處で假に舊來の分離主義の術語法を踏襲するならば、不法の單に見掛のみの主觀化が義務違反性の客觀化に依つて相殺補償せらるゝと謂ふことが出来るのである(三三a)。

(三三a) 之に關しては、最近の "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 誌第五十五卷一七頁所載、メツガー (Mezger) の論文參照。氏も同様に次の如く説いて居る。將來の刑法に於ける「主觀的」違法性は、「從來の罪責の思想よりも強度に客觀的に方向づけらるゝであらうが、併し同時に亦、舊式の客觀的違法性よりは、より多く主觀的且つ個人的に考へらるゝであらう」云々。

## 七 不真正不作爲犯に於ける違反性と義務違反性

法益侵害思想が其處に無限の紛糾と障礙との誘因と爲つて居り、さうして義務違反より出發すれば比較的容易簡單に此の混亂より救はれ得るところの問題圏は、謂はゆる「不真正なる」("unecht") 不作爲犯罪のそれである。

不真正不作爲犯罪の問題は、過去一世紀以來、因果關係の問題 (Das Kausalitätsproblem) であると思ひ込まれて居た、さうしてそれが爲めに當初より自ら正しき解決の可能性を杜塞して居た。此の錯誤の原因



は、第十九世紀の凡て法律とは風馬牛なる形式論理的方法論と相並んで、犯罪は法益侵害なりとする観念である。既に本篇の冒頭に於いて、法益侵害思想と、國家の任務は、其の市民の個人的生活圏への不法なる干渉の防止に在り、さうして之に對應して此等の市民の義務圏は、それが斯くの如き干渉の不作爲を目標とする限りに於いて主として消極的でありとする開明主義の根本觀念との關係について指摘するところがあつた。此の開明主義的體系の中に在つては、其の不履行が不眞正不作爲犯罪を構成するところの、共同體の利益を目的として積極的に活動するの義務、或る損害を能動的に除去するの義務は、刑法上の種々なる基礎概念の作成に當つて當初は全然顧みられなかつたほどに、しかく甚しく例外視せられて居た。一切の犯罪は其の不法内容を法益侵害より承け來るとする命題は、不作爲犯罪といふことを眼中に置かずして樹立せられたものである。併し乍ら他方人々が、流石に、不作爲に依る斯うした種々なる義務違反も亦確實に存在し、且つそれが十分に刑罰に値するといふことを全然打消すことが出来なかつた爲めに、此處に彼等は、少くとも此等の義務違反の中最も重大なる場合を、遅れ馳せに後より法益侵害と解釋すべく腐心しなければならなかつたが、しかも尙ほ、之れが爲めに一方、開明主義的出發點と斷然相絶つて、苟も不作爲者が結果の出現に對する何等かの條件を具備したる凡ての場合を擧げて直に其の中に包括するだけの決心を有ち兼ねた。斯くして、個人の法律的義務圏は果して、並に如何なる程度まで、共同體の幸福に對する積極的助力にまで延及するかといふ、獨り世界觀的のみに決定せられ得る、さうして國家理論の奧秘に徹せざるべからざる問題が、

刑法に於いては、一種特異であると同時に、成文法主義の形式論理的方法論の特徴たる變裝の中に、因果關係の問題として現はる、といふ奇怪なる事態が生じ得たのである。

此の問題が、今日に至るまでの理論上並に實際上の主流學說より與へられたる究極の解答は、單に、批點の打ちどころ無き建設的説明の到底不可能なることを覺つた投げ遣りの斷念を隠しをほせないことにのみ基因するものではない。それは亦、實際上の結果に於いても極めて飽き足らないものである。何となればそれは人生の具體的關係の複雑性に遺憾無く處し得ないからである。今一例を以て之を明瞭ならしめよう。若し登山案内人が、氷河龜裂の斷崖に墜落した彼れの旅客を、助け得た筈なるに拘はらず（例へば、旅客の死後其の懷中物を掠奪せんとの下心より）之を爲さなければ、その場合の彼れの不作爲は、恰も彼が旅客を故意に谿谷に衝き落としたる場合と同様に判決せらるべきであることは疑を容れない。然るに、或る見識らぬ旅客が登山の危難に陥つた場合、之を谿谷より救出することは、職業上當然の義務なるに拘はらず、何等かの利己的なる動機よりして此の救援を拒んだ案内人に對する刑法的判決となると、既に第一の場合の如く簡單に片附けられないやうに見える。更に同じく斯くの如き公益的救助の義務を一般的に負うて居ると謂ふもの、それが自己の職業に依るのではなしに全く自由意思に基づいて居るところの見張所員が同一なる事情の下に彼れの義務を完うしない場合、之を如何に判決すべきであらうか？ 若しくは、偶然に遭難者と同様に谿谷の中に彷徨つて居た見識らぬ登山客が、救助隊に参加すべきことを懲慥せらるゝ場合は如何？ 更に



亦、現に遭難者の元來の道伴れでありながら、道徳上より觀て一點の疑も無き彼等の救援義務を同様に果たさざる者ありとしたら、此等の者の行爲は刑法的に如何に評價せらるべきであらうか？。

此等の凡ての場合に於いて、救援の不作爲の責むべきことは固より言を俟たずとしても、しかも其の非難は、歪められて居ない法律感覺に取つて各個の場合毎に量的に異なるのみならず、時としては亦、質的にすら決して一樣ではない。此の差異は、既に本篇の初に他の場合について述べたるが如く、其の都度違反せられたる義務の具體的特殊性に基因するのである。しかも現在の主流學説は全然此の事を閑却して居る。それは極めて形式的なる「全部か然らざれば皆無」に歸着する。即ち、若し救援に對する法律上の義務の存在が肯定せらるゝなれば、そのときには、件の不作爲者は、登山客の死亡といふ法益侵害を「惹起」した者であり、随つて殺人の廉を以て死刑に處せられなければならない。若しくは、法律上の義務の存在が——特に最後に擧げたるが如き場合に於いて——否定せらるゝとする。そのときには、行爲者は死亡を「惹起」したのではなく、随つて無罪として放免せられる。斯くの如き凝固して動きの取れない「二者様一」の不合理であることは絮説を須たすして明かである(三四)。しかも一般に行はるゝ法益説に取つては、それが不可避的である。如何となれば、法益説に取つて、結果除去を目的とする法律上の義務といふことの承認は、不作爲者に依る法益侵害の惹起を理由づけんが爲めの單なる一補助解釋に過ぎず、不作爲は、此の學説に従へば、斯くの如き法益侵害よりして初めて、且つ獨り、これのみよりして其の不法内容を與へらるゝが故である。

(三四) プロイセン覺書 (Die Preussische Deutschrift) 第三百三十二頁に於いて規定せる不真正不作爲犯に於ける刑罰減輕の可能性は、それ故に有罪の不作爲の擴大と同様に、全然正しき法律政策的並に法律教條的感覚を基礎とするものである。但し此の可能性は現在の主流的法益侵害説とは冒頭より相容れず、又之を以てしては説明することが出来ない。

吾人が不作爲の不法内容を、第一次的に、此の不作爲の中に存する義務違反其物の上に築き上ぐるとき、そこに初めて、個々の場合につき具體的義務違反の中に横はる其の特殊性を正しく理解する可能性が生ずるのである。謂はゆる思想(志向)典型に依る區別の要求も亦これと方向を同うするものであることは既に之を説明した。かくすれば、殺人罪に因つて死刑に處せらるゝ者は、其の義務違反が彼を殺人犯人と認めしむるに足る者のみである(三五)。その曉には、當然刑罰に處すべき不作爲の範圍を擴大することも、それが新しき國家に於ける民族同胞の一變せる義務觀念と此の國家の刑法とに相應するだけに、何等の疑懼をも生ぜしめないであらう。但し「不行爲者」(“Nicht-Täter”)の斯の義務違反を法律技術的に補足することは、當然適當なる特別刑罰威嚇を以てすべく、決して謂はゆる法益侵害の惹起といふ眼點よりしてはならないのである。

(三五) 刑法委員會の審議に於けるダーム(Darm)氏の之に對應する公式に従へば、「健全なる民族觀念に依り行爲者と看做さるる者のみが、結果を惹起する其の不作爲に對して行爲者としての刑罰を受く」べしとせられて居る。尙ほ本篇に於ける同氏の寄稿参照。其の所説も亦同一の方向に動いて居る。



## 主權法 (Das Hohheitliche Recht) の新しき基礎概念

エルンスト・ルドルフ・フーバー

(Ernst Rudolf Huber)

## 一 民族、國家及法律

民族 (Das Volk) の種類 (Art) と理念 (Idee) とは、其の有する規定力と鑄型力とよりして一切の政治的・法律的觀察が出發しなければならぬところの基礎的與件 (根本的既定事實 Grundgegebenheiten) である。自己の本質を有機的に體驗するところの天成の共同態としての民族、一箇の歴史的任务を行動しつゝ、完うするところの政治的統一體としての民族こそ、爾餘のあらゆる現象に其の意義と其の内面的方向とを與ふるものである。これは先づ第一に國家と法律とについて謂ひ得ることである。といふのは、此の兩者は、民族的原理があらゆる物を貫徹する作用に依つて初めて一箇の新しき生命ある相關性と新しき具體的な意義とを與へられたからである。一箇の自己目的に終始する支配權構造であつた當年の國家は變じて民族的國

家 (Der völkische Staat) と爲り、抽象的な規範構造であつた法律は、民族的法律 (Das völkische Recht) と爲つたからである (1)。

(1) "Völkische Schrift für die gesamten Staatswissenschaften" 誌第九十五卷二七頁以下所載、E. R. フーバー論文、並に同處に引用せる文献参照。

すると今度は、民族的原理の斯うした無條件の適用に服従せる國家を、隷屬的な物、第二位的なる物と看做さんとするのが屢々試みられた。人々は國家を、民族若しくは運動 (Die Bewegung) の掌中にある一箇の單なる「手段」、一箇の器具と名づけ、之を生命無き道具にまで貶下した。官僚主義的な權力裝置國家なると、多元論的な黨派國家若しくは利害團體國家なるとを問はず、要するに國家は「道具」なりとする傳統的觀念を征服することの必要であることは固より言を俟たざるところであるが、それと同時に、國家の概念を貶黜し、其の固有の威嚴と最高權とを剝奪することは、決して正當若しくは適當でない。民族的世界觀は吾人をして國家の聲望威力を斯くの如く縮小することを餘儀なからしむると信ずるのは誤解である (二)。しかも彼等は、民族的原理に内在する政治的要求は、國家が完全に殘る限無く、民族の種類と理念とに依つて充満透徹せられたるときに、初めて眞に満たさるゝといふことを看過して居る。併し乍ら斯くの如き「民族的國家」は、最早決して隷屬的な物、第二位的なる物ではあり得ない。民族的精神と民族の本質との充満に依つて國家は一箇の新たな威嚴と最高權とを帯び來つたのである。民族的國家は毛頭、彼より



引離され區別せらるゝ民族といふものの掌中に在る生命無く本質無き道具ではない。此の國家は、政治的形態に於ける民族其自身である。民族の新たに成れる統一體が、指導者 (Führer) の下に支配權的秩序に於いて結合せられ、指導者を通して政治的に決定し行爲し、独自の種類と理念とに歸依して、其自身が國家と爲るのである。

(II) R・ホーレン著「國家法的思想に於ける變遷」(R. Höhn "Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken") (一九三四年刊) 三六頁參照。

國家の然るが如く、法律も亦、若しそれが民族的秩序 (Die völkische Ordnung) と解せらるゝならば、決して貶下せられてはならない。民族的法律は、民族の政治的秩序より發生成長し、政治的統一體の存在及生命、壞廢及更新と直接に結びつけられて居るところの「政治的正義」である。併し乍ら斯くの如き政治と法律との不可分なる一體性とは、決して、法律が政治的目的の爲めの單なる一手段に過ぎないとの意味ではなく、法律が種々雜多なる政治的目標や努力や、可能性や必要の日々の變化に伴つて無造作に内容を變更するとの意味ではなく、將た又、それは變動常ならざる政治上の合目的性若しくは機宜の埒内に於いて破折廢止せられ得るものであるとの意味ではない。斯くの如き「法律」は日常政治的利益の走狗であり、變轉常無き政治的情勢の單なる一反映に過ぎざるべく、決して最早真正なる法律ではなく、況んや民族的法律であることから最も遠いものである。それ故に、民族的原理は、國家の機械視的概念を征服すると同様に、亦法律

を以て特定の利益と目的の打算との願使に甘んずる「手段」乃至「道具」に外ならずとする、法律の機械視的概念をも粉碎する。民族的概念に取つて、法律は、民族の生命と民族の秩序との直接なる表現である。それは社會的行爲の「埒」でもなければ、國家が其の強制權力を行使せんが爲めの「手段」でもない。法律は、民族的統一體の一箇の端的直接なる生命現象である。それは民族の共同體生活が這裡に營まるゝ秩序である。民族共同體と法律とは、此處で解消すべからざる一體と爲つて居り、民族の共同體は、法律に於いて彼れの存在と作用との秩序を見出すのである(三)。さうして全體としての民族共同體は一箇の政治的本質であり、一箇の政治的使命を滿たすが故に、法律も亦幾多の政治的の力に依つて負荷せられ、且つ種々なる政治的價值に依つて決定せられる。併し乍らそれは、政治的法律なるが故に、力と價值との一秩序であつて、毛頭多數の利害關係と意見との一體系ではない。それは民族の本質と精神とが自己を表明する永續性と恒常性との爲めの表現であつて、決して日々刻々に變動する紛々たる與件の映像ではない。民族的發展と生長との各種の偉大なる潮流は法律となつて直接に顯現する。併し乍ら小さき波動は、法律の秩序の牢平たる堰堤に逢つて粉碎する。政治的法律の本質は、民族の本質と意義とへの原則的照準に於いて現はれ、日常問題と第二位的なる便宜性とへの隸屬の中には決して現はれない。

(III) カール・ラレンツ稿「民族精神と法律」(K. Larenz, "Volksgeist und Recht") (Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, 誌第一卷四六頁所載) 參照。



## 二 公法と私法との問題

あらゆる法律が斯くの如き民族的——政治的性質を有するならば、果して公法と私法との區別が、それも尙ほ依然として成り立ち得るであらうか？此の問題は今日では屢々否定せられて居る(四)。即ち或者は、此の區別が「先天的」性質を有するものではない、換言すれば、法律概念其自身の中に存するものではなく、或る特殊の時代の政治的基礎觀念に依存するものに外ならないと説いて居る。又古代のドイツ法は斯かる區別を識らなかつた、それは初めて繼受 (Die Rezeption) と共に羅馬法より踏襲せられたと力説し、随つて此の區別が羅馬法繼受のその他の種々なる成果と共に一掃せられんことを要求して居る。更に亦、親族、土地、勞働の法律に於いて此の區別を今日も尙ほ依然として固執することは不可能であつて、吾人の新しき法律に於ける此等重要なる領域の施設は、此の双方の法律種類の孰れにも配屬せしむることは出来ないといふことが指摘せられる。さうして最後に、吾人の法律の一部分の「私的」(„privat“)にして「民事的」(„bürgerlich“)なる性質は、今日では既に征服せられた、あらゆる法律は「公的」(„öffentlich“)である、換言すれば、民族と共同態とに牽連せる法律であると説かれて居る。

(四) エックハルト著「法律學の研究」(K. A. Eckhardt, „Das Studium der Rechtswissenschaft“) (一九三五年刊) 二二三頁參照。

吾人は先づ第一に、公法と私法との區別がドイツ國に取つて如何なる歴史的機能を有するかを極めて簡單

に考察しよう。たしかに、古代ドイツ法はかゝる概念的區別を識らなかつた。唯だ、國家の最高權と個人の權利との關係の區別への若干の端緒が極めて曖昧に存在したに過ぎない。併し乍ら、孰れの原始的法律にも特有なる斯の無差別は、ドイツに於ける歴史的發展の間に、極めて不利なる効果を遺した。如何となれば、それは、最高權的國家觀念に對する私法的思考の優越を喚び起したからである。それはあらゆる法律關係の私法的解釋に導いた。随つて最高權的並に政治的關係も亦、同様に私法的に解釋せらるゝことを免れなかつた。國 (Reich) と領土 (Territorium) とは、私法的に考へられ、皇帝 (Kaiser) と大名 (Fürst) とは、最高の地主と看做され、彼等の最高權は、私法的の讓渡 (Veräußerung) や擔保差入 (Verpfändung) や其の他種々なる制限を受け、君主權は、私法的なる相續分割の適用を受けた。政治的繫争問題を民事訴訟の方法に依つて裁判せしむることは、ドイツ人の不幸なる傾向であるが(五)、その由つて來るところは、最高權關係と私權關係とを區別する能力の陥缺に在る。剛毅英邁なる皇帝や諸侯の下に政治的權力が牢乎として磐石の如く存在したときには、斯かる法律秩序的陥缺も尙ほ之を忍ぶことが出来た。併し乍ら彼等の羸弱なる子孫の下に在つては、法律は獨り政治的秩序が一切の根底を失ふに委せたるに止まらず、寧ろ更に進んで秩序を解消し、統一を破砕するに與つて力となつた。ドイツの法律は、ドイツの諸種族の政治的統一並に秩序への發展と歩調を合はせなかつた。法律は政治を見殺しにして顧みなかつた。斯の絶望的なる状態の中に、歴代の皇帝と諸侯とは、主權を主權として明瞭ならしめ、主權的法律關係を民衆の個人的關係より區



別せんが爲めに、羅馬法と、羅馬法の中に與へられたる公法及私法の區別とを利用した。羅馬法繼受が主眼ではなしに、寧ろ、主權の領域と爾餘の權利との間に明確なる限界を設けんと欲する要求が、羅馬法の概念技術の踏襲に導いたのである。此の基礎に於いて初めて世襲的割據領土 (Das patrimoniale Territorium) — Territorium は、ドイツ國領土 — Reichsgebiet に對する地方的侯伯領土 — Landesgebiet — の謂ひである——譯者) が絶対的國家 (Der absolute Staat) に依つて征服せらるゝことを得た。此の絶対的國家は、若し從來の無政府状態に代へてドイツ民族の政治的統一を再び實現せしめんとすれば、實に歴史的に必然なる過渡段階であつた。即ち公法と私法との區別は、此處では、政治的<sup>最高</sup>權力が個人權的に破壊することを防止せんが爲めに役立つたのである。

(五) トライチケ著「第十九世紀のドイツ史」(Treichke, „Die deutsche Geschichte des 19. Jahrhunderts“) (一九二八年版) 第四卷一三一頁、並に第二卷一七六頁及二九三頁參照。尙ほ、「謂ふまでも無く輿論といふものは、とかく政治的關係と事件とを私法的にといはんよりは一般に私的關係及事件と同様に解釋せんとする傾が餘りにも甚しい」といふ、ビスマークの有名なる所言を參照。

併し乍ら、斯く謂へばとて、絶対的國家及民法國家 (Der bürgerliche Rechtsstaat) に於いて、公法と私法との區別が出来上がった、その方法様式が一箇の宿命的に不幸なる過誤發展であつたことは争はれない。既に絶対的國家に於いてすら、双方の法域の完全なる分裂を招き、法律の單一性を破壊する内面的並に外面的分離を將來した。支配權秩序としての國家と社會秩序としての民族との間の内面的關係は存在しなかつ

た。即ち單に國家の無條件なる命令權力に依つて僅に外面的統一が保全せられたに過ぎなかつた。公法と私法とは一切の内面的交渉を喪ひ、公法の優位は、單に一箇の外面的秩序を造り出すに止まつた。やがて私法の解放が徐々に行はれて、法律の外面的統一すら倒壊せしめた。國王より其の最高の裁判官たる地位を奪ひたる「裁判所の獨立」、國家をして、最高權のあらゆる干渉に對し、私法上の法人として責任を取らしむる「國庫説」 („Fiskustheorie“ — „Fiskus“ とは、財産權の保持者、若しくは、公法上及私法上の意味に於ける凡ての義務と權利、債務と債權との保持者としての國家の意。即ち國庫説とは、國家を斯かる權利及義務者なりとする觀念の謂である——譯者) は、公法と私法との區別をして、益々、國家と社會との對立の表現と化せしめたる發展の最も顯著なる證據である。此の分離が最も鋭く徹底的に行はれたのは、民法國家の場合であつて、此處では一切の概念的區別が、直に一箇の實體的區別に誇張せられた(六)。問題は最早や、主權の領域と個人權の領域との區別ではなしに、主權の繩張を個人の利益に服従せしむることであつた。社會が國家に對して自己を主張することが益々強くなり得たに比例して、私法が此の抗爭に於いて愈々強く進出した。民法國家の要件は、公法と私法との分離し且つ對抗することであるが、併し亦同時に、私法と私法的思想とが公法よりも優位を占むることである。

(六) フーバー著「ドイツ法律學」(E. R. Hüfer, „Die deutsche Rechtswissenschaft“) 二二頁以下參照。

私法の優先は、民法國家に在つて無數の現象の中に現はれた。それは先づ第一に、私法の領域を公法の領



域の犠牲に依つて擴大せんと努むる普遍的傾向となつて出現した。あらゆる財産權上の關係を、彼等が公法的關係に其の起原を有したる場合にも亦、私法に付託することが多年の慣はしであつた。官吏の俸給請求權や、公用徵收、警察上の緊急状態、職務違反等の場合に於ける損害賠償の請求權を通常訴訟方法に轉付することは、此の一般的傾向の單なる一沈澱に過ぎなかつた。併し乍ら此の一般的傾向は、亦右に述べたるが如き明言的な法律規定とは没交渉にも現はれた。幾多の主權的關係は、不當利得償還請求權若しくは損害賠償請求權の形式に於いて私法と普通訴訟方法との繩張に引き入れられた(七)。更に亦、例へば公共道路の特別利用に關する合意及其他之に類するもの、如く、元來、主權的關係の土壤の上に生長したる種々なる契約關係も亦、私法の領域の中に移された(八)。同様に、所有權に基づく請求權は、終始一貫常に私權として取扱はれ、問題が例へば公共道路の共同使用の如く、所有權の主權的制限の限界に關する場合と雖も毫も渝らなかつた(九)。

(七) 大審院判決集民事篇 (“*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*.” = RZG.) 第二百二十七卷二七六頁、第三百二十二卷一七四頁、第三百三十八卷三〇〇頁參照。

(八) 大審院判決集民事篇、第三百三十二卷二二五頁、第三百三十三卷一四四頁、第三百三十三卷二四四頁、第三百三十五卷三三三頁參照。

(九) 大審院判決集民事篇、第二百二十三卷一八一頁、第二百五卷一〇九頁、第三百三十一卷二七三頁、第三百三十二卷三八九頁參照。

尙ほ一層危險であつたのは第二の傾向、即ち、公法に對する私法の鬭争に現はれて、公法的領域其自身を

私法的思想に服従せしめんことを庶幾する傾向であつた。あらゆる領域に於いて、「訴權的思想」(“*Das aktionenrechtliche Denken*”)、「民事請求權思想」(“*Das bürgerliche Anspruchsdenken*”)がのびり出た(一〇)。それは、民事訴訟法に於いては、權利保護請求權説、訴訟關係説、乃至、實質的確定力説となつて現はれた。刑法に於いては、國家の刑罰請求權、並に、刑事訴訟に於ける當事者關係の説となつて現はれた(一一)。就中それが最も明瞭に現はれたのは、決定的なる各種の基礎概念の中に私法的思想が闖入したる憲法及行政法の領域であつた。「法人國家」(「國家の法人格」——“*Die juristische Staatsperson*”)の教義は、斯くの如き公法の私法化の最も重要な表現である(一二)。それは國家の有せる包括的主權を分解して個々の高權的權利の限られたる狭少なる總計と化せしめ、民衆の共同態に對する全體的誠實拘束を分裂して正確に規定せられたる法律的義務の一箇の複合體と化せしめた。此の教義は亦、全部の憲法及行政法を一貫して居る、主權的公法(公法的權利——“*Die subjektive öffentliche Rechte*”)の理論が其の上に完成せらるゝことを得た基礎をも成すものであつた。即ち、憲法は、國家の諸機關と市民との相對立せる權利義務の觀念の上に建設せられた。一方に於ける選舉及投票權並に一般的人權及自由權と、他方に於ける國防義務及納稅義務とが、右の建設過程に於ける構成分子を成すものである。更に行政法に至つては、私法に由來したる此の個人權(“*Die subjektive Einzelrechte*”)の觀念に依つて尙ほ一層強く貫徹せられた。既得權(“*Wohlerworbene Rechte*”)と謂ひ、公法的契約(“*Der öffentlich-rechtliche Vertrag*”)と謂ひ、瑕疵ある行



政行爲 (Der fehlerhafte Verwaltungsakt)、公用徵收 (Die Enteignung)、乃至、公法の團體の自治と謂ひ、凡て此等の學説は、悉く如上の觀念に依つて導かれたものである。行政裁判權の全體系も此等の思想よりして構成せられた。私法の種々なる學説の個人主義的——民法的內容は、一步々々公法を侵蝕し去つた。國家に對する社會の勝利は、極めて正確に斯くの如き公の主權の領域の私法化に於いて表現せられて居る。

(一〇) ランゲ著「法律國家より法治國家」(H. Lange, „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat“) (一九三四年刊) 一一頁參照。

(一一) „Deutsche Jurisenzeltung“ 誌一九三四年第八十九號所載、シャッフシュタイン稿「刑罰請求權」の概念と其の法律政策的內容』(Schaffstein, „Der Begriff „Strafanspruch“ und sein rechtspolitischer Gehalt“) 並し「Deutsches Strafrecht」誌一九三五年第五號所載、ヘンケル稿「刑罰手續に於ける當事者思想」(Henkel, „Der Parteigeranke im Strafverfahren“) 參照。

(一二) カール・シュミット著「フーケー・ブロイス」(Carl Schmitt, „Hugo Preuss“) (一九三〇年刊) 八頁。ホエーン著「國家法思想に於ける變遷」(R. Hahn, „Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken“) (一九三四年刊) 一三頁以下、及同著「個人主義的國家概念と法人國家」(Derselle, „Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson“) (一九三五年刊) 二二頁以下參照。

然るに民族的法律に在つては、正反對なる過程が行はれる。謂はゆる「公」法が、獨り政治的主權及指導の指導的原理の下へ引き戻さるゝのみならず、更に亦、此の原則が「私法」の全領域をも決定するのである。この事も亦二重の様式に於いて行はれる。第一には國家が彼れの主權的活動を著しく擴張する。經濟と文化との領域内に於いて一箇の廣汎なる國家行政と、更に一層廣汎なる公共的自治とが發展する。農民法、

勞働法、企業法、乃至文化的自治法は、廣き範圍に涉つて國家若しくは公法的團體の主權的作用が貫徹する。即ち、謂はゆる「公」法は其の外面的範圍に於いて著しく増大せられ、從來謂はゆる「私」法の一部を成したる幾多の領域、施設及形式を包括するに至るのである。併し乍ら、それよりも尙ほ一層深刻に作用するものは、個人的生活圏及法律圏に公共的拘束が徹底することである。政治的の種々なる價值と力とが彼等の拘束力と義務賦課力とを全部の法域の上に普ねく擴張する。謂はゆる「私」法は、最早市民的——社會的の自主圏ではなくなる。民族的共同態と政治的全體性との諸種の原則が、斯の市民社會の領域に於いても亦、堂々と自己を貫徹する(一三)。舊來の私法の基礎概念たる、親族、所有權及契約は、最早從來の意味に於ける市民的——社會的的制度ではない。彼等は民族的共同態の基礎形式となる、換言すれば彼等は、諸般の政治的原則に依つて決定せられ拘束せらるゝところの公共秩序の施設となる(一四)。此の共同態秩序の基礎に取つて決定的なるものは、自由なる隨意と個人的任意とはなしに、公共的にして責任ある拘束である。

(一三) ヴィーアッカー著「所有權法の變遷」(F. Wieacker, „Wandlungen in der Eigentumsverfassung“) (一九三五年刊) 二二三頁參照。

(一四) フーバー著「ドイツ國家學」(E. R. Huber, „Die deutsche Staatswissenschaft“) 六三三頁以下參照。

此の過程が、社會を國家の命令權力の下へ引き戻し、私法に對する公法の其のかみの優位を恢復するところから、此の過程を目して、國家と社會との自由主義的分離を消滅せしむる一箇の逆進的過程以外の何物で



もないとすることは皮想の見である。吾人が自由主義的分離を征服するといふのは、決して今更、單純に絶對的國家と其の權利とを新に建て直はすといふ意味ではない。斯くの如き退歩は、歴史の本質と革命の意味とに矛盾するものである。發展に於ける決定的なる核心は、私法に對する公法の優位が確立せらるゝことではなしに、法律が二つの根本的に相異なり、互に本質的に敵視する體系に分裂せられて居る状態の征服せらるゝことである。民族的國家の法律は一箇の内面的單一體である、それは、同等なる、本質的なる多數の價値と力との秩序である。それは、統一あり集結して一體を爲せる共同態の法律である。民族は、永劫に渝らざる同一の民族的種類と理念に基づきて、單一なる法律の裡に生くる純正なる共同態である。法律は、其の對象と形式とより觀て、或は其の事項領域と施設とより觀て如何に異なるものありとするも、其の性質と意味とよりすれば、民族的共同態の統一的秩序に外ならない。公法と私法との區別對立は、共同態法律 (Das Gemeinschaftsrecht) の本質的單一性に依つて征服せられる。民族共同態の中には、唯だ一箇の本質的に同種なる秩序が存在し得るのみなるが故に、隨つて亦、そこに存在する法律は唯だ一に限られるのである。

### 三 主權法 (Hoheitliches Recht) と民權法 (Volksgenössisches Recht)

併し乍ら共同態の法律の斯かる本質的同種性 (Die Gleichartigkeit) は、決して無差別的なる單一形式性 (Die Gleichförmigkeit) を意味するものではない。寧ろそれは一箇の内部的分節を必然的に豫想する。

恰も共同態其自身が、決して劃一的なる集團ではなしに、分節より成る一箇の秩序であり、しかもそれが爲めに本質上一箇の統一體たることを失はざるが如く、共同態の法律も亦、種々なる法律材料と法律機能とに従つて幾多の段階に分たれ、しかも此等の區別は毫も内部的分離と對抗とを意味しない。法律材料に關して今日最も適切なりと覺しき分類は、近來の法律研究の順序に於いて、假令恐らくは尙ほ未だ究極の細目に至るまで明瞭に成し遂げられては居ないとは謂へ既に試みられて居るが如き分類 (一五) である。惟ふに大體的分節としては、法律を、國家 (Staat)、等族 (職業階級 — Stände) 及法律取引 (法律生活 — Rechtsverkehr) に三大別することを以て足れりとする事が出来るであらう。法律を分つて公法及私法とする舊來の分類と、此の法律材料の分類とは全然別箇のものであつて其の間秋毫の交渉も無い。寧ろ此等の領域の孰れに於いても、人々が從來ならば、公法若しくは私法の孰れか一方に押し片着けたであらうと思しき種々なる形式と關係とが相並んで立つて居る。斯くの如き結合は、「等族」の部類に於いて最も明瞭に現出する。併し乍らそれは「國家」の部類に在つても亦現はれて居る。公共の手に在る經濟的活動は、假令「私」法的形式に於いて行はるゝ場合と雖も、此の「國家」の部類の埒内に於いて取扱はれなければならないのである。さうしてかの結合は、契約權 (Vertragsrecht) 土地使用權 (Bodenrecht) 及營業權 (Gewerberecht) に對する「公法的」束縛を考慮しなければならないところの「法律取引」の部類に於いても同様に現はれて居る。法律材料の分類に對する實體的の原則としては——殊に科學的體系の樹立に當つては——公法と私法と



の舊來の區別は、最早一顧にも値しない。何となれば斯の區別は内面的に相聯繫する材料領域を分裂せしむべきが故である。

(一五) エックハールト著「法律學の研究」(K.A. Eckhardt, „Das Studium der Rechtswissenschaft“) (一九三五年刊) 參照。

共同態の法律には、斯くの如く材料領域に依る第一の主要なる分節の外、更に、機能に依る第二の區別がある。此の區別は、材料に依る法律の分類の原則を示唆するものではなく、總括的な共同態法律と、其中に在る個々の法域との内部に於ける法律形態の種々相を表現するものである。此の二種の法律形態は、主權的指導(Die hoheitlichen Führung)と民族同胞の協力(Die volksgenössische Zusammenwirken)との二大基礎範疇に遡源して居る。法律形態の此の二つの基礎形式よりして、主權と民權との間の機能的差別が生ずる。但だ牢記すべきことは、此の區別が決して民族的秩序を互に對峙する二つの材料領域に分割することを意味するものではなく、それは單に、單一體的なる共同態法律の内部に於いて、並に多くの個々の法域(國家、等族、法律交通)の内部に於いて相異なる形態を有つた法律の生ずる可能性が——主權の指導若しくは民族同胞の協力の手段を以て——與へられて居るといふことを力説せんとするものであること、是れである。随つて民族的秩序の範圍内に於ける法律關係が主權的手段を以て、且つ主權的形式に於いて形作らるゝか、若しくは此等の法律關係が、民族同胞の共通の關係と爲つて現はるゝかは——法律の原則的同種性に拘はらず——依然として別箇のものたることを失はない。

主權的指導と民族同胞の協力を區別することは共同態法律の本質に屬する。共同態法律は、あらゆる法律を「自由なる合意」(„Die freie Einigung“)といふ基礎範疇に遡源せしめたる契約國家説(Die vertragliche Staatstheorie)若しくは組合國家説(Die genossenschaftliche Staatstheorie)が證明せんと欲したるが如き、一貫したる「合意法律」(Das Einigungsrecht)でもない。將た又それは、ヴォルシェヴィキ體系の如く、命令と強制とに依つて個人的人格と其の自己責任とを全然排斥するところの、完全なる命令秩序でもない。共同態法律に在つては、かゝる命令と合意との對立は、主權的指導と民族同胞の協力とに依つて征服せられた。指導は、外面的強制と赤裸なる命令とではない。随つてそれは民權の形態を排斥しない。又、共同態法律に於いて、拘束の原則が適用せられて、個人主義的獨尊と私的自主とが適用せられないことは、決して民族同胞の作用の可能性を破壊し去るものではない。共同態はなるほど「自由なる同意」を基礎として立つては居ない。併し乍ら若し共同態が純然たる強制秩序に凝硬せざらんと欲するならば、それは民族同胞の自己責任的な協力を缺くことが出来ない。随つて共同態法律と其の種々なる分節との内部には、一方には本質的に主權的指導に依つて決定せらるゝところの幾多の法律關係と法律形式とがあり、さうして他方には、本質的に民族同胞の協力に依つて特徴づけらるゝところの種々なる關係と施設とがある。此の差別性は、毛頭、主權的法律關係と民權的法律關係との間に本質の對立と敵視との存在すべき理由とはならない。しかも同時に此の差別性は、簡單にいつまでも之を無視することを容さない。蓋し、若し然らざれば、共同態法律の内面



的構造は竟に之を理解することが出来ないからである。

二三四

共同憲法律の範圍内に於いて、今日では主權が、唯一に重要なものとして現はる、場合が極めて多い。何となれば、主權に於いて政治的指導と民族的統一との諸原則が最も明瞭に現はる、が故である。如何に強く主權が今日進出せんとしつゝあるかは、既に之を指摘した。指導の手段に依りて主權的に形作らるゝところの法律關係は日を逐うて増加して居る。從來の「私法」の領域は、益々廣く主權的管理に依つて蠶食せられて居る。併し乍らそれにも拘はらず、直接に主權的指導の形式に於いて形作られざる生活關係の範圍は、今日も尙ほ依然として頗る廣汎である。謂ふまでも無く此等の關係に對しても亦、種々なる政治的原則と力とに依る内面的束縛は依然として效力を有し、隨つて彼等は其の基礎態度に於いて、政治的指導を規矩準繩とすることは疑を容れない。併し乍ら彼等は直接に、指導（主權的）に依つて造型せられず、民族同胞の協力に一任せられる。斯かる關係に對して適用せらるゝ法律は、其の機能に於いて主權的法律と區別せられて居る。しかし乍ら此の民族同胞的法律（民權——*Völksgenössisches Recht*）は、今日では舊型の「私法」（私權——*Privatrecht*）と固より毫末の相通するところが無いものである。此處で問題となつて居る法律は決して互に孤立する「私人」の法律ではなく、後に詳述すべき公の責任に於いて作用する民族同胞の法律である。既に生命を失ひたる、且つ人を誤り易き「私法」といふ表現の代りに、此處では、「民族同胞的法律」といふ表現が使用せられる。此の表現は、それが「主權法律」（*Das Hohheitsrecht*）にあらずして、換

言すれば、直接に主權的指導に依つて創造せらるゝ關係を問題とせずして、民族同胞の個人的效力と個人的作用との領域を問題とすることを意味せんと欲するものである。民族同胞以外の者（*Nicht-Völksgenossen*）も亦、此の法律に參與し得るといふことは、決して此の名稱を不當なりとする理由となり得ない。何となれば、外國人の同等待遇といふことが此の法律に於ける本質的なもの、即ち其の主旨ではないと同時に、「民族同胞的法律」（*Völksgenössisches Recht*）といふ表現は、此の法律の本來の根元、即ち民族同胞の共同態生活を指示して居るからである。

主權の法律と民族同胞的法律との區別は、互に拮抗する二つの法律體系の分離、隨つて彼等の對立に導くものでは決してない。假令それが如何なる形式と方法とを以て發現しようとも、常に同一なる基本價值と同一なる目標及拘束とを標準とする全民族的法律の單一性は、右の區別に依つて秋毫も累せらるゝところが無い。此の區別は單に、民族的國家（*Der völkische Staat*）とは、決して、一切萬事を主權的強制の手段に依つて整頓する全體的國家行政の體系を意味するものではなく、政治的指導の時を逸せざる限に於いて、民族同胞の協力を基礎形式とする民族的法律生活が獨自の發展を遂ぐべき餘地を残すものであるといふ事情に考慮を加ふるに過ぎない。同一なる精神を以て満たされ、同一なる目標に依つて決定せらるゝ主權の法律と民族同胞の法律とは、要するに民族の共同態生活が形作らるゝ場合の兩形式に外ならない。隨つて、若し之を目して、それは畢竟、新しき名稱の下に隠れて、私法と公法との舊き分離が依然として持續せらるゝもの

二三五



であると主張するならば、それは全然見當違である。此の舊き對照の根本に横はつた「分離思想」は、拙稿「ドイツ法律學」(„Die deutsche Rechtswissenschaft“)の中に遺憾無く駁撃されて居る(一六)。併し乍ら筆者は同書の中に亦、「分離思想」の征服が、拘于定期的なる平等思想に導き、それが爲めに、事柄の中に存するあらゆる區別を看過し、随つて一切の具體的問題に對して、凡ての對象は其自身と同一であるといふが如き、換言すれば民族は民族であり、法律は法律であり、指導は指導であるといふが如き、重複語的公式を以て答ふること以外の方法を解せざるの弊に陥つてはならないといふことをも強調した。由來一切の科學的認識は、凡ての現象の内面的構造が検討せられ叙述せらるゝことを豫想する。此の内面的構造は、本質的に同種であり、しかも彼等の機能と構成とに於いては夫れ／＼相異なる多くの分節と段階とより成り立つて居る。斯くの如き同種性の中の差別性を摘出することは、決して、分析學的分離思想へ逆轉することを意味しない。克く區別することを得る者のみが克くあらゆる秩序の構造を認識することを得る。獨り斯くの如き者のみが、眞に秩序を思考するの能力を有する者である。それ故に、主權の法律と民族同胞の法律との區別は、第十九世紀の「分離思想」と秋毫の相通するところ無く、反對に吾人の共同憲法律の構造と形態との眞正なる理解に對する前提である。

(一六) E. R. Huber, Die Deutsche Staatswissenschaft, 一五頁以下參照。

主權の法律の概念に取つて決定的なるものは、政治的指導が直接に作用するといふ點である。此の觀念を

導入することに依つて吾人の主權の法律は、舊來の公法と區別せらるゝのであつて、其の舊來の公法は之を定義せんが爲めに、謂はゆる「權力理論」(„Gewaltheorie“)が應用せらるゝも將又「利益説」(„Interesstheorie“)が適用せらるゝも何等の差異を生じない。オットー・マイエル(Otto Mayer)に依つて創始せられ、公法を限定するに、當該法律關係に於いて公の權力の保有者が、「斯くの如き者」として、即ち公の權力の保有者たる資格に於いて關與したるか否かの眼點を以てしたる「權力理論」は、國家を目して、主として支配的強制權力なりとしたる、舊き官權思想の典型的表現である。随つて公法の此の定義は、かの絶對的國家の觀念世界の所屬物である。此の觀念世界が第十九世紀の全部を通じて尙ほ法律生活と法律科學との中心に留保せられて居たことは、動もすれば世人の注目を逸する事實であるが、抑も第十九世紀をして、殘る限無く個人主義、自由主義並に唯物主義に解消し去ることを免れしめたる眞實の國家の力は、一に此の觀念世界に由來したものである。斯くして行政法に於いても亦、斯の權威的「權力理論」は、謂はゆる「利益説」、即ち、自由主義の論理に徹底して、當該の法律規範が公の利益に役立つか、私の利益に資するかに従つて公法と私法との區別を定めんことを欲したる理論に對して克く自己を貫徹することを得たのである。此の利益説は、完全に、民法國家のイデオロギーに相應するものであつた、さうしてそれは、公法を擧げて私人的利益の優位に服従せしめんが爲めの思想的構成を提供することが出來たであらう。即ち權力理論は、ドイツの行政法に於いて、國家が自由主義の解消作用の狂瀾怒濤を遮ぎらんとしたる防禦陣地の一である。



立憲主義時代の典型的反對命題の一に屬してゐたところの、此の「權力理論か利益説か」の何れか一の選擇は、今日では既に過去のものと爲り了つた。單に、「公法」に取つては公の利益を、「私法」に取つては之に反して個人の利益を以て標準たらしめんことを欲したる利益説は、あらゆる法律とあらゆる法律關係とが、公共的、政治的價值に依つて決定せらるゝに至つた今日、最早使用に堪えない。併し乍ら、絶對主義的國家思想の遺物として一箇の自由主義的環境の裡に僅に命脈を維持したる權力理論も亦、今日の主權的法律を表現せんが爲めに之を適用することが出来ない。何となれば、權力理論は、排他的に國家の官權的性質と國家權力の權威的性質との觀念に依つて決定せられて居るからである。随つてそれは、主權的法律を理解せんが爲めに適當なる出發點と看做すことは出来ない。主權といふもの、本質は、決して、支配的權力の概念を以てしても、將た又、公の利益の概念を以てしても説明せられ得るものではない。謂ふまでも無く主權は支配的權力を必要とし、又同時に、公の利益に資するには違無い、併し乍ら此等の二つの概念は、主權の本質の核心に觸れず、随つて、主權の基礎觀念が問題となつて居る此處では、多く益するところが無い。主權的法律の意味と本質とは、獨り政治的指導(Die politische Führung)の概念よりしてのみ之を理會することが出来るのである。

#### 四 國家 (Staat)、等族 (職業階級 — Stände) 法律取引 (Rechtsverkehr)

主權と民權(最高權的法律と民族同胞的法律)との區別は、法律を若干の材料領域に分類することと必しも合致しない。例へば吾人は、「國家」といふ領域が、排他的に、主權的法律に依つて決定せられ「法律取引」といふ領域が、排他的に民族同胞的法律に依つて決定せらるゝと謂ふことが出来ないのである。なるほど、國家に取つては最高權的指導が、又、法律取引に取つては、民族同胞の協力が、法律形態化の典型的様式であるといふことは之を斷言することが出来る。併し乍ら斯くの如き、國家と主權、法律取引と民族同胞的法律との典型的連繫は、今日では既に著しく破壊中斷せられて居る。双方の領域に於いて種々なる主權的形式と民族同胞的形式とが極めて深く貫流して居る。彼等が合流して初めて材料領域の統一體が形作らるゝのである。法律形態の兩形式の斯うした結合は、「等族」の領域に於いて尙一層明確に表はれる。此處では、主權的形式と民族同胞的形式とが、殆んど對等の強さに於いて吾人の眼に映する。種々なる形態形式を捌き別け、之を箇々別々に考察し、説明せんとする一切の試が此處では蹉跌するに違無い。如何となれば、此處に主權的指導と民族同胞的協力が最も密接に相互を條件づけて居る。孰れかの一を離れて他を理解することは到底不可能なるが故である。吾人の新しき法律體系が其の上に構成せらるゝ、材料領域に依る區別は機能に依る區別とは全然沒交渉である。兩形態形式の區別は、材料領域の内面的構成を説明せんと欲するものであるが、併しそれは何等の體系形成力をも要求しない。

國家は、原則として、主權的指導の諸形式に於いて發現する。憲法と行政とが、原則として主權的法律形



態の領域である。憲法と行政との本質は、此等の領域の主權的構造に留目せざれば、到底之を理解することが出来ない。國家的行爲の各基礎形式——法律、行政行爲及判決——は、今日では之を主權指導の形態化として認識しなければ解釋せらるゝことを得ない。併し乍ら國家は必しも常に主權的資格に於いて現はるゝものと限らない。國家は、民族同胞的法律の種々なる形式と施設とを借用する可能性を有つて居る。それは「法人」(Juristische Person)の形式に於いて、恰も一箇の單純なる民族同胞の如くに法律取引に參與することが出来る。國家が之が爲めに眞に一箇の「法人」と爲るのではないこと(一七)、それは單に、便宜の目的に出づる外面的形式の使用の問題に過ぎないことは、言を俟たずして明かである。即ち國家は、決して一箇の眞正なる「法人」たることは無い。併し乍ら彼は「法人の如くに」法律取引の中に在つて行爲することが出来るのである。その際に國家は、民族同胞的法律の凡ての規則に服従する。彼が關與する法律關係は、民族同胞の之に對應する法律關係と同様に取扱はなければならない。併し乍ら決定的なる要點は、國家が、民族同胞的法律の外面的形態を採つて現はるゝ場合と雖も、彼れの本質を放棄せずして、依然として「國家」として終始すること、並に、彼れの行爲が單純なる一箇の法律取引とは爲らずに、何處までも「行政」(„Verwaltung“)たることを失はないこと、是れである。謂はゆる「國庫的行政」(„Die fiskalische Verwaltung“)は、國家行政の重要缺くべからざる一部門である、隨つて之を瑣末繫争事件視(Bagatellisieren; Bagatellsachen)とは、舊オーストリアに於いて金額一〇〇クローネ以下に關する繫争事件に對する名稱であつた——譯者)してはならない。然るに若し吾人が國庫行政を、無造作に一般的法律取引の領域の中へ指定するならば、此の重大なる國家行政は忽ち瑣末繫争事件と化するのである。是に由つて之を觀るも、材料領域の構成を形態化形式の區別と一致せしめんとすることの如何に困難なるかは明かである。「國庫的行政」は、實體より觀れば國家の一部であり、純正なる行政の一部である。併し乍ら、其の機能よりして之を觀れば、民族同胞的法律である。

(一七) ラインハルト・ホーン著「個人主義的國家概念と法人國家」(R. Höhn, „Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson.“) (一九三五年刊) 參照。

然るに個々の場合に於いて之を觀れば、國家が果して或る一箇の生活關係に於いて、主權の保持者として關與するものなりや否や、若しくは彼が「國庫」(財産權の主體としての國家)として一箇の法律團體員(Ein Rechtsgenosse)の如くに振舞ふことを欲するか否か、判然しないことの有り得ることは謂ふまでも無い。一般的に推定すれば、國家が其の最高權作用を放棄しなかつたと觀る方が常に當つて居る。但だ極めて明瞭なる少數の場合に於いてのみ吾人は、國家が、爾餘の權利保持者と同等の地位を基礎として折衝交渉せんと欲したと想定し得るに過ぎない。國家が指導の手段を以て行住するところ、就中、彼れが命令と強制との手段を使用するところに在つては、彼は主權的機能に於いて行爲する者である。隨つて吾人は、國家が口に「契約」を云爲するも、しかも事實上には、主權的手段の適用に依つて民族同胞的合意を排斥する場合



に、之を民族同胞的法律の形式に於ける法律形態と看做すことは出来ないのである。但だ、協力作用の明瞭なる場合が當面に在るところ、國家が明かに最高權的手段を使用すること無しに法律取引に立ち入りたるところに於てのみ、吾人は民族同胞的法律の適用を敢てすることが出来る。獨り折衝交渉し、契約する場合の國家のみが「國庫」である。併し乍ら政治的指導の埒内に在つては國家は儼然たる主權の保持者である。等族（職業階級——*Stände*）は、彼等の中に、主權と民權（主權的法律と民族同胞的法律）とが最も深く貫徹して居ることに依つて特徴づけられて居る。凡ての等族的組織は、其自體としては、其の法律上の性質より觀て、謂はゆる「公法上の社團」（„*Körperschaften des öffentlichen Rechts*”）（一八）である。換言すれば彼等は、主權的指導權力を國家より委任せられたる團體（*Genossenschaften*）である。此の委任は、或は明言的に（例へば、ドイツ全國食料品生産配給聯盟——*Der Reichsnährstand*——に於けるが如く）、或は暗黙に（例へば、勞働戰線——*Die Arbeitsfront*——に於けるが如く）行はれ得る。併し乍ら此の指導權力は決して、主權的社團の生活の全部を決定しては居ない。社團的生活の範圍内に於いては、民族同胞的法律の形態化形式が、個々の團體員の間依然として效力を存積する。例へば勞働法（*Das Arbeitsrecht*）に於けるが如く、一方には明瞭なる主權的形態化形式がある。獨り勞働監理官（*Der Treuhänder*）の行爲が主權的法律に屬するのみではなく、經營共同體（*Die Betriebsgemeinschaft*）の指導者（*Führer*）にも亦、國家より彼に委任せらるゝ主權的法律形態化の手段が使用に供せられて居る。即ち例へば、經

營規程（*Die Betriebsordnung*）の發布の場合に於けるが如き、是れであつて、經營規程は其の本質より觀て紛れも無く一種の主權的なる掟を現はすものである。併し乍ら勞働法に於いては、斯くの如き主權的形態化形式と密接に結び付けられて居る幾多の民族同胞的法律關係がある。なるほど勞働關係は、其の内容上、屢々主權的規律（團體雇傭協約法——*Tarifordnungen* 並に經營規程——*Betriebsordnungen*）に依つて決定せらるゝことは事實である。それにも拘はらず勞働關係其自體は、民族同胞的法律の發現形式の一たる「人身權的法律關係」（„*Persönliches Rechtsverhältnis*”）として終始する（一九）。同様に農民法（*Das Bauernrecht*）に於いても主權的形式と民族同胞權的形式とが交錯して居る。謂はゆる市場法（*Die Marktordnung*）の制定は主權的法律制定の一行爲である。此の市場法の範圍内に於ける各種契約の締結は、之に反して、依然として民族同胞的法律實現の一過程たることを失はない。新しき等族的形式が今日に至るまで尙ほ極めて微弱なる發展を遂げて居るに過ぎない工業的經濟（*Die gewerbliche Wirtschaft*）の法律に於いてすら、此の典型的結合が見受けられる。謂はゆる強制的カルテル（*Die Zwangskartelle*）は主權的指揮の權能を擁して居る。然るに其の範圍内に於いて個々のカルテル組成員は、單純なる民族同胞的法律關係を設定し得るに過ぎない。斯うした主權的法律形態と民族同胞的法律形態との結合は、等族的生活の全領域に取つて典型的特徴を成して居る。

（一八）フーバー著「ドイツ社會主義の形態」（E. R. Huber, „Die Gestalt des deutschen Sozialismus”）（一九三四年刊）二九頁以



下参照。

(一九) 人身權的法律關係 (Personenrechtliches Rechtsverhältnis) の概念については、「Deutsches Arbeitsrecht」誌一九三五年卷九五頁以下所載、シーベルト (Siebert) 稿「人身權的 (社會法的) 法律關係としての勞働關係」(「Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis」) 参照。

或は次の如きことが試みらるゝかも知れない。それは、等族法 (Das ständische Recht) の斯うした特性を採り上げ、さうして一方に於ける主權的法律と、他方に於ける民族同胞的法律との中間に、法律形態の第三の種類を構成して、之を「等族法」と命名しようとする試みである。然るに此の試みに對しては二種の考量が異議を唱へる。第一には、右の試みの中には、法律形態の材料領域と形式との混淆が現はれて居る。抑も等族法は、全體の共同態法律 (Gemeinschaftsrecht) の材料の一斷片であるが、併し此の材料領域に典型的に適當なる特別の「等族的」法律形態の種類といふものは存在しない。寧ろ、主權的法律と民族同胞的法律との結合こそ、此の領域の法律形態に取つて典型的特徴なのである。此の事實は當然の意義を有するものである。といふのは、元來、等族其自身が、一方、民族の國家的秩序と、他方、民族の法律取引の一般的秩序との間の中間關節であるからである。等族が彼等にのみ特有なる法律形態の種類を展開せずして、既存の主權的法律と既存の民族同胞的法律とを不可離的に結び付けばこそ、彼等が、吾人の民族秩序内に於ける結合的要素としての作用を完うするのである。——第二には、斯くの如き特殊なる等族的法律形態といふものを建設することは、先に「公」法と「私」法との間に第三の一法域、「社會法」(「Das Sozialrecht」) を造り

出ださんとして失敗したる試への逆轉を意味する(二〇)。抑も此の試みは、當年自由主義の時代に於いて、舊き國家の遺物と個人主義的社會の廣き領域との間に、種々なる團體の社團的生活を容るゝに足る餘地を設けんとするの意味を有するものであつた。即ち、「社會法」の概念は、舊き國家概念を前提とすると同時に亦、自由主義的なる社會概念を豫想し、さうして此等の存續せる舊き構築物に介在する一箇の中間秩序を建設するものである。國家的秩序と團體秩序と社會秩序とは、此處では完全に鼎立し、法律の單一性は此の三分に依つて破壊せられて居る。然るに今日、主權的法律と民族同胞的法律との中間に一箇の特別なる等族的法律形態を建設することは、前車の覆轍を踏む所以に外ならないであらう。それは、「國家的」秩序と「市民的」秩序とに於ける舊き法律思想の保守に與つて力となり、さうして就中、從來の「私法」をして其の舊き性質を存續せしむるの結果を將來するに違無い。如何となれば、新しき形式と思想とは、等族的法律形態の領域に限らるゝが故である。かくして「等族」(「Stände」)といふ材料領域を、等族的法律形態の特殊なる一種類と同視することは、國家と個人とに介在する一箇の中間秩序を造り出すであらう。併し乍ら等族の眞の意義は、主權的指導と民族同胞的協力作用との中間に立つて兩者を結合し仲介する要素たることである。獨り主權的形態形式と民族同胞的形態形式との結合に依りてのみ、等族は吾人の共同態法律の堅固なる鏡た<sup>カギ</sup>ることを得るのである。

(二〇) 「Blätter deutsche Philosophie」誌、一九三三年第七卷二九八頁以下所載、拙稿「組合的職業秩序」(E. R. Ha'ver, «Genoss-



最後に法律取引 (Der Rechtsverkehr) の材料領域に於いては、典型的形態化形式として民族同胞的協力作用が——例へば土地の利用、物資及貨幣に對する處分、義務を負はしむる契約の締結、乃至、不法の回復等に於いて——現はれる。併し乍ら斯かる法律取引と雖も亦、廣き範圍に互つて主權的手段に依つて形作らるゝことを看過してはならない。それは單に一般的法律規定が法律取引を規律して居るといふ點に於いて然るのみではなく、亦凡ての具體的法律關係が、指導の行爲に依つて設定せられ、變更せられ且つ時として絶滅せらるゝ點に於いて然るのである。斯種の場合は既に從來の法律に於いても目を逐うて益々多く現はれたところであるが、人々は之を「私法を形作る國家行爲」 („Privatrechtsgestaltende Staatsakte“) と名づけた(二一)。「私」法の種々なる關係が「公」の權力に依つて創設せられ、變更せられ又は絶滅せらるゝことが斯の國家行爲の問題であつた。公用徴收 (Die Enteignung) や命令的契約 (Der diktierte Vertrag) が、就中經濟行政法に於いて支配的役割を略取したる斯種の場合の典型的實例であつた。彼等の本質は、斯くして形作られたる種々なる法律關係が、其の起生の状態より觀れば「公法的」性質を有し、其の内容より觀れば之に反して「私法的」性質のものであることに存した。ドイツの行政學は——其の先頭にオットー・マイエル (Otto Mayer) を擁して——夙に斯くの如き公法と私法との結合の不合理を鳴らして居る。さうして公法と私法とが依然として對立反抗を續け、之を同一なる法律關係の中に結びつくるものが、相容れざる原則

の混淆と看做されなければならなかつた限り、事實上、此等の現象には先天的に若干の矛盾が内在した。然るに、其自身の中に毫も相容れざる諸要素を含まざる、謂はゆる共同體法律に於いて初めて、法律取引の法律關係が主權より起生することは、何等變則ではなく、一箇の極めて自然にして正常なる現象と看做さるのである。

(二一) 拙著「經濟行政法」(E. R. Hueber, „Wirtschaftsverwaltungslehre“) (一九三二年刊) 九一頁以下參照。

「私法を形作る國家行爲」といふ概念が、今日となつては如上の構成物に對して最早適用不可能となつたことは謂ふまでもない。何となれば、此の概念は、吾人が觀て以て過程の本質的なものと爲すところを毫も表現して居ないからである。吾人が記述せんと欲する現象の眼目は、主權的指導の一行爲に依りて法律取引の諸關係が創設せられ、變更せられ若しくは廢止せらるゝことであり、此の過程の結、後には、斯くして形作られたる法律關係が、民族同胞的法律實現の軌道に復歸する。吾人は此の過程に對して「私法を形作る國家行爲」といふ語よりも、「法律取引を形作る主權行爲」 („Der rechtsverkehrsgestaltende Hohheitsakt“)

——若しくは略して、「取引を形作る主權行爲」 („Der verkehrsgestaltende Hohheitsakt“) ——の語を使用することが出来るであらう。此の行爲 (主權行爲) の中に、共同體法律の單一性が明瞭に現はれる。法律取引の諸關係は、政治的統一體と相對峙する自主的にして不可侵なる領域の數部分ではなしに、彼等は全一體として、大なる政治的統一秩序の中へ編入せられるのである。彼等は個々の場合に形式と内容とを單に法律取引



の行爲に依つて得るのみならず、亦主權的行爲に依つても之を與へられ得る。斯くして生活關係は、其の起生より觀れば主權的指導の直接作用に依つて特徴づけられて居るが、併し其の内容に於いては、この直接作用に對應して民族同胞的協力作用に依つて形作らるゝ法律關係と合致するのである。それ故に法律を體系的に秩序立つる場合に、此等の生活現象を内容的に彼等の主權的要素と本來の法律取引に屬する要素とに分解することは、單に實際的に不可能なるのみならず、亦學問的に無意味にして誤謬である。併し乍ら、さればとて主權的形態化過程と、大體に於いて民族同胞的協力作用に委ねられて居る法律關係との差異を無視せんと欲するならば、これ亦一箇の科學的誤謬である。何等の差別をも認めようとし、傍若無人の混淆ではなしに、二つの判然たる要素の意識的にして精確なる結合に依る統一體の發生が此處では行はれたのである。法律取引の諸種の關係を形作る主權行爲は、あらゆる法律を本質的なる統一體と解して、しかも尙ほこれが爲めに種々なる構成要素の存在を忘却するの誤に陥らざる觀念に取つての一個の證明である。

此の「法律取引を形作る主權行爲」の本質を、それは、原則として私人の自主權に委ねらるゝ一領域に對する上部及外部よりの干渉を意味するといふやうに誤解してはならない。形作る主權行爲は、毛頭外來の強制權力の干渉ではなしに、指導の一行爲に外ならない。這般の消息は、例へば特許權若しくは礦業所有權の附與に於けるが如く、主權行爲が權利設定の效力を有するところに在つて極めて明瞭である。併し乍ら、斯うした權利設定にあらざる場合の主權行爲、即ち權利を變更する若しくは權利を消滅せしむる主權行爲と雖

も、亦決して、外部より闖入する官憲的權力の「干渉」ではない。寧ろ斯種の主權行爲は、之に依つて影響せられたる生活關係の性質の中に當初より存在したる種々なる拘束を實現するものに外ならない。例へば「公用徵收」は、外來の權力の干渉として、はなしに、所有權者に當初より存在したる一箇の政治的義務の具體化として從來の權利狀態に或る影響を與ふるのである。或る一箇の主權行爲に依る民族同胞同志間の契約關係の發生は、此の双方の當事者間に當初より眼には見えぬ存在したる義務的拘束を實現するのである。小作地取上 (Die Abmeierung) — 小作人を其の借地より追ひ出すこと — (譯者) は、決して「官憲的干渉」ではなく、農夫が其の中に立つて居る具體的義務狀態より生ずる、主權的指導の一行爲である。それ故に、法律取引を形作る主權行爲は、法律構成の互に矛盾衝突する諸要素を漫然と糾合するものではなく、法律取引の中に當初より備はれる諸般の政治的拘束に、指導の手段に依りて具體的なる形態を賦與するものである。法律の單一性が、此處では種々雜多なる形態の可能性に拘はらず、明瞭に現はるゝであらう。

但だ、主權的法律形態と民族同胞的法律形態との間に限界を劃せんとする場合に多少の困難を惹起する原因は、あらゆる財産法的問題を、其の起原の主權に在るに拘はらず、謂はゆる「私法」の繩張の中に押し込めんとする普遍的傾向が尙ほ依然として根を張つて居る事實にある。財産法上の請求權は、其の本質に於いて常に、彼等が由來し發生したる法律形式に依つて決定せられる。若し彼等が、民族同胞的基礎關係に由來するならば、彼等自身は民族同胞的種類のものとなり、之に反して若し彼等が何等かの主權的關係に基づ



くならば、彼等自身も亦其の性質に於いて、主權の極印を打ち込まれる。然るに此の區別は、斯うした主權的請求權が動もすればかの舊き「國庫説」(„Die Fiskustheorie“)——國家は財産權の保持者なりとする觀念を基礎とする理論——譯者)に基づきて通常の訴訟方法に附せられた爲めに、爾來「民法的」(„Bürgerlich-rechtlich“)債權と看做されて居ることに依つて混亂せられる。斯種の請求權の主權的性質を再び明瞭に浮き上がらしむることは、行政法の改革に取つて一箇の重大なる任務であり、それには、此等の請求權を普通の訴訟方法の繩張より引離して行政裁判所に移管することが必要である(二一a)。このことは、就中、官吏の財産法的請求權について、並に公用徴收、警察上の緊急状態、乃至職務違反等の場合に於ける損害賠償請求權について謂はれ得ることである。此の場合に必要な區別は、更に亦、主權的起原を有する幾多の金錢上の請求權に在つて、必要なる權利保護の途が講せられて居ないことに依つても困難ならしめられる。斯かる場合に、斯種の請求權を其の主權的性質に拘はらず、普通の訴訟方法に委ねんとする傾向の生ずることとは自明の理である。何となれば、其以外に、裁判所より權利保護を受け得る方法が絶無なるが故である。之に依つて生ずる危険なる混亂を除去する唯一の途は、斯種の場合に對して行政裁判所に依る十分なる權利保護の方法を樹立するに在る。賠償請求權、引渡強制、乃至利用關係に基づく主權的金錢債權の爲めには、行政裁判所の權限を確立し、之に依つて主權的法律關係と民族同胞的法律關係との區別が、獨り理論上のみならず亦實際上にも有効に遂行せられ得ることを計らなければならない。

(Hilf) „Deutsches Recht“ 誌、一九三五年、第十五—十六號所載、拙稿「司法と行政」(E. R. Hatler, „Justiz und Verwaltung“) 参照。

## 五 憲法と行政

主權的法律の主要機能領域は、憲法と行政とである。此の場合、憲法 (Die Verfassung) は、或る一民族の政治的基礎秩序の法律(二二)を表はす名稱であり、行政 (Die Verwaltung) は、諸般の一般的政治的原則の實施を目標とする法律を包括するものである(二三)。憲法は、政治的共同生活の秩序を總括し、行政法は、各種の重大なる政治的並に法律的指導思想の具體的實現の秩序を總括する。憲法は其の性質上より觀て、顯著なる意味に於ける政治的法律である。憲法生活のあらゆる價值と力と施設とは悉く直接に政治的性質を帯びて居る。此等のものは民族と國家との指導的政治原則の明白なる表現である。行政法は之に反して往々、非政治的なる、技術的なる法律と看做される。人は之を目して、主として技術的法律執行の手續であると爲し、此の技術的法律執行に取つて種々なる政治的價值と政治的態度とは最早多く重視するを要しないとす。オットー・マイヤー (Otto Mayer) が、此の評価を表現した言葉は人口に膾炙して居る。「憲法は生滅し行政法は永存す」(„Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“) 言ふ心は、憲法が常に不斷の政治的變動に累せらるゝに反して、行政法は、政治的發展に左右せらるゝこと無く永久不變に效力を存



するとするに在る。此の見解は、行政法の廣汎なる領域範圍が、ビスマルクのドイツ帝國にも、ワイマール共和國にも、將た又國民社會主義ドイツライヒにも終始一貫して存続する事實に於いて一箇の外面的證據を見出だして居る。併し乍ら其の實、此の外觀は人を欺くものである。凡そ謬れるの甚しき、行政法は秋毫も憲法の發展に累せらるゝこと無く、あらゆる危機と變遷と革命とを一貫して其の不變の存在を保存すといふ見解に若くものは無いのである。

(III) 拙著「憲法の意義に就いて」(E. R. Haber, „Vom Sinn der Verfassung“) (一九三五年刊) 參照。

(III) マウンツ著「憲法の新しい基礎」(Th. Maunz, „Neue Grundlagen des Verfassungsrechts“) (一九三四年刊) 參照。

行政法も亦、等しく政治的法律であり、其のあらゆる基礎は、憲法其物の中に與へられて居る。さうしてそれは、獨り此の政治的基礎の眼點よりしてのみ理解せられ得るものである。それは直接に政治的基礎秩序より其の精神と法律的内容とを享受する。勿論、行政の法律規定は、外面的に觀て、憲法の變更に、時としては革命の轉變にすら超然として生き永らへることがあり得る。それは、一九一八年十一月、帝政覆滅の際にも、一九三三年三月、國民社會主義革命の時にも示された事實である。併し乍ら主要なる事は、前後不變なる紙上に書かれたる法律の文言にあらずして、法律規定が初めて其の内容をそれより得來るところの精神である。然るに行政法規の此の精神の由つて來るところは、政治的全體系である。憲法の中に表現せらるゝ政治的世界觀は、亦行政をも支配する。随つて行政法は、重大なる憲法變更の度毎に、且つ政治的變革の都度、直接に之

れが影響を免れない。寧ろそれは就中強く影響せらるゝと稱するを妨げない。何となれば、主權的國家が最も鋭く個人と出會ふところは、紛れも無く行政法なるが故である。併し乍ら、個人に對する國家の關係如何といふ問題は、憲法の變更の都度、根柢より新たに提出せられ解決せらるゝところの問題の一である。此の問題に對する新様の解答も亦、國民社會主義革命の特別に重大なる結果の一を成して居る。舊き體系の一箇の主要なる特徴が、政治的統一體に對する市民の優位といふことであつたとするならば、共同態への民族同胞の編入と國家への彼等の隸屬とが、革命的態度の主要原則の一である。斯くの如き政治的地位變更が、幾多の他の新しき政治的原則と相並んで、行政法に取つて最も重大なる意義を有するものであることは言を俟たない。行政法は、幾多の法律の個々の規定に於いてこそ何物も變更せられなかつたに拘はらず、唯だ一に革命といふ事實のみに依つて、全體に於いて全然新しき内容を承け容れた。新しい價值觀念は、外面的に不變なるが如く觀ゆる行政法規の内部に於いて直接に其の作用を發揮して居る。種々なる新しき政治的準繩と、一箇の新しき政治的道義性 (Politisches Ethos) が全部の行政法とあらゆる個々の法規の解釋及適用とを決定する。それ故に、前に引用せられたるオットー・マイエルの公式に對して、次の如き命題を樹てなければならぬ。曰く、民族と國家とに於いて主潮と爲つて居る世界觀の一切の變動、就中、民族と國家とに對して效力ある政治的基礎秩序の一切の變動に響應して、直下に行政法の變遷が將來せられる。憲法と行政とは完全なる生ける關係に立つて居る。彼等は相共に永存し相共に生滅する、さうして相共に新しき主權



的秩序にまで成長する、と(二四)。

(二四) エーハーン・ヘッケル (Joh. Hecker) の著「公法の現状と研究とに關する報告」(„Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts“) (一九三五年刊) 二六頁、「行政と憲法とは一箇の統一體である。兩者の世界觀的並に組織的構造は全然相等しい」とする個處參照。

吾人の憲法秩序と行政秩序との發展の歴史は、右の命題の正しきことを示して居る。通例、近代的國家は、憲法的見地よりして三つの大なる時期に分たる、こととなつて居る。即ち、中世期の等族國家 (Der Ständestaat)、絶對的國家 (Der Absolute Staat)、並に立憲制度と議會制度とを包括する「憲法國家」(Der Verfassungsstaat)、是れである。此の三つの憲法上の時期には、行政秩序の三つの影響なる時期が精確に對應して居る。即ち、等族國家には、領主の最高權の時代が對應し、絶對的國家には、警察國家が、憲法國家には、市民的法治國 (民法國家) が對應する。斯の行政秩序の三つの典型は、其の都度の政治的基礎秩序が行政生活の領域内に於いて沈澱したる成果以外の何物でもない。此の三つの行政體系に取つて夫れ特色を成して居るあらゆる原則も、施設も乃至形式も、直接に政治的基礎秩序より抽出せらるゝものである。吾人は今日、近代的國家の第四の憲法時期、即ち、全體的、民族的總統國家 (Der totale völkische Führerstaat) の時代の初頭に臨んで居る。此の總統國家は、獨り本來の憲法の範圍に於いて自己の特徴を明確に極印して居るのみならず(二五)、亦同一の明瞭さを以て行政の領域をも貫いて居る。行政法のあらゆる

根本問題と基礎概念とは、憲法の諸觀念の眼點よりして新たに考究せられなければならない。行政法の全構築は、其のあらゆる個々の施設及形式と同様に、政治的基礎秩序よりして新しき内容と新しき意義を領受するのである。

(二五) 拙著「政治的憲法の本質と内容」(E. R. Tücher, „Wesen und Inhalt der politischen Verfassung“) (一九三五年刊) 參照。

## 六 行政の基礎思想

憲法の領域に於けると同一の強さを以て、新しき法律思想は、直下に行政秩序の中に其の効果を發揮する(二六)。但だ、政治的秩序の革命的改造と關聯して行はるゝ行政法の根柢を覆す變動の表はるゝのは、謂ふまでも無く、外面的なる法律變更に於けるよりも、内面的内容の變化に於いて一層多い。ドイツの革命は、行政法に於いて、市民的法治國 (民法國家) の終焉を招致した、さうして吾人の時代の獨特の政治的原則に依つて決定せらるゝ新しき行政典型を樹立した。行政に於いて (恰も憲法に於けると同様に) 効果を發揮する此等の原則とは、民族的統一體と國家的主權との二者、是れである。

(二六) マウンツ著「行政法の新しき基礎」(Th. Maunz, „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“) (一九三四年刊)、並に同氏稿「一九三三年爾後に於けるドイツ行政法の發展」(„Die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts seit 1933“) („Zeitschrift



für die gesamten Staatswissenschaften" 誌第九十五卷三一頁以下所載)。コエロイター稿「國民社會主義國家に於ける行政法」(Koellerer, "Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat") („Deutsche Juristen-Zeitung" 誌一九三四年卷六二五欄所載)。タターリン・タルンハイデン稿「新國家に於ける行政法の基礎」(Tatarin-Tarnheiden, „Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat") („Archiv des öffentlichen Rechts" 誌續篇第二十四號三四五頁以下所載)。イエルーザレム著「行政法と新國家」(F. W. Jerusalem, „Das Verwaltungsrecht und der neue Staat") (一九三五年刊)等參照。

民族的統一體 (Die völkische Einheit) の思想は、行政法の眞の價值内容を決定するものである。市民的法治國 (民法國家) に在つては、市民の財産と自由とが基礎價值であり、行政秩序は此の基礎價值に奉仕することを專一として居る。全體の行政法は、個人と個人の沒國家的なる生活圏との立場よりして考へられ、此の生活圏を保護し、一指を觸るゝこと無く之を保全することが肝要なりとせられて居る。行政法は市民の自由圏への干渉を、苟も可能なる限り制限せんが爲めに、行政部に對してあらゆる碍を設ける。行政法の價值は、此處では、如何なる程度に於いて行政法が個人の爲めに權利の安固を行政部に對抗して保護するかといふことを標準として測定せられなければならない。斯くの如き民法國家的基礎態度と吾人の今日の思想は完全に相絶つた。吾人の思慮と行爲とを左右する基礎價值は個人にあらすして民族である。行政法の價值を測定せんが爲めの尺度は、果して並に如何なる程度に於いてそれが民族及國家の共同態に取つて利するところがあるか、果して並に如何なる程度に於いてそれが共同の民族的任務を完うすることに貢献寄與するかといふことである。吾人の行政法を決定する基本觀念は、最早、市民の所有權(財産)と自由ではなしに、共

同態への奉仕に於ける勞働と給付(勤勞と功績)とである。行政法の意義は、最早、財産と自由との保護にあらずして、此の勤勞と功績との助長促進である。併し乍ら斯くの如き根本的なる方向轉換は、決して單純に當年の警察國家への、警察國家の種々なる理想、形式乃至施設への復歸を意味せざること、猶ほ、一方の憲法秩序の内部に於いて、毛頭も絶對主義への復歸が行はれざる如くである。寧ろ主眼は、全然新しき種類の憲法と相呼應して、同様に新しき種類であり、眞に「民族的行政」であるところの行政を構造するに在る。但だ、憲法秩序を對象とするところの政治的構成工作が、眼に見えて且つ一層迅速に成果に到達することが出来るに反して、行政法の執拗強靱なる團塊は、極めて緩漫に且つ複雑多様な變革改造を経るにあらざれば到底之を觸め直はすことを得ないといふ點に若干の困難がある。それだけに一層、舊き行政法の斷然たる再考に着手し、之に依つて立法的改正作業が尙ほ未だ開始せられざる前に、豫め行政法を内部より民族の精神の裡に改新することが急務である。

斯くの如き、民族の精神に出づる行政法再考は、先づ第一に、謂はゆる行政法の一般的部分、即ち、個々の行政法規がそれを土臺として築かるゝ不文の基礎思想を對象とすることを要する。行政法の斯かる基礎思想は、謂ふまでも無く彼等が発生したる時期の政治的精神に由来するものである。吾人の「一般的行政法」 („Allgemeines Verwaltungsrecht") は、殆んど例外無く自由主義時代に完成せられたものであり、隨つて市民的法治國 (民法國家) の諸般の政治的原則を包容して居る。今日の急務は、行政法に於いて之れとは別



箇の不文の基礎概念を發展せしめ、之に依つて自由主義の種々なる基本觀念に代ふるに民族的基礎價值を以てすることである。行政の法規と適法性との教義、裁量の概念 (Der Ermessensbegriff) と不確定法の概念 (Der unbestimmtes Rechtsbegriff) との區別、法規命令 (Die Rechtsverordnung) と行政命令 (Die Verwaltungsverordnung) との區別、行政行為 (Der Verwaltungsakt)、就中瑕疵ある行政行為 (Der fehlerhafte Verwaltungsakt) の學說、主觀的公法 (公法上の權利) —— Das subjektive öffentliche Recht) 及行政契約 (Der Verwaltungsvertrag) の理論、營造物 (Die Anstalt) と社團 (Die Körperschaft) との區別——此等は悉く、行政法上、新しき把握を必要とする、特に重要な問題であつて、しかも斯種の問題は此他にも枚擧に遑がない。彼等は其の自由主義的——個人主義的内容より解放せられ、民族的精神を以て満たされなければならぬものである。

民族的原則に依る行政法改新は、國家的主權の本質が、再び完全なる威望に到達せざる以上、到底覺束ない。市民的法治國 (民法國家——Der bürgerliche Rechtsstaat) は、國家の主權を廢止除斥し、國家を「法治國」として、純粹に法律的なる權限と權能とを之に賦與するに止めんとする努力に依つて指導せられて居た (二七)。此の「法律化」(Die „Verrechtlichung“) に依つて國家は合理化せられ、爾餘諸般の法律上の施設と同一平面に引き卸ろされた。國家に内在して其の固有の本質を成し、支配秩序と命令權力とに初めて内面的辨是と外面的威望とを與ふる所以の特殊なる主權は、斯くの如き法治國的取扱の爲めに行方不明になつ

て仕舞つた。國家に於ける一切の事が尺度と數字とを以て計り得るやうになつた途端に、國家の主權的威尊は消滅した。國家をして斯くの如く計算し得る大さと化せしめたる最も有力なる手段は、國家權力を割いて三つの相分離せる領域と爲し、次いで此等の三權力の相互的妨碍と制肘とに依つて個人の自由と安全とを高めんことを趣旨とする、謂はゆる權力分割であつた。國家を分裂せしめて生じたる此等の三機能の孰れの中にも、古來の無條件にして不可分なる主權は命脈を繋いで居ない。國家は尙ほ僅に、法律上の權限を有するに止まり、最早秋毫の政治的主權を有しない。

(二七) カール・シュミット稿「法治國を繞る争は何を意味するか」(C. Schmitt, „Was bedeutet der Streit um den Rechtsaat?“) („Zeitschrift für die Gesamten Staatswissenschaften“) 誌第九十五卷第二號所載) 参照。

併し乍ら、主權無きところに眞の國家は存在しない、さうして苟も政治的革命といふ以上、其の最初の任務は、國家的主權を再建することではなければならなかつた。革命的運動は、舊國家を粉碎し、之を民族的國家として改めて創造することに依つて、克く政治的統一體に與ふるに、それ無しには政治的存在と政治的行爲との到底不可能なる主權と威嚴とを以てした。斯くの如く國家の主權が再建せられたればこそ、之を基礎として、完全に纏まりたる國家權力をも再び創造することが出来たのである。間髪を容れざる決斷を以て權力分割の原則が、國家權力の單一性原則に依つて征服せられた (二八)。立法と行政とは、政治的指導に於いて合一せられた。裁判權は國家的行爲の統一體の中へ送り返された。さうして國家の眞正なる主權を發生



せしめんとするならば、ライヒの権力と諸邦の権力との分離も亦、同様に除去せられなければならなかつた。

(二八) 拙著「國家權力の單一性」(E.R. Huber, „Die Einheit der Staatsgewalt“) („Deutsche Juristen-Zeitung“) 誌、一九三四年卷第九五〇欄以下所載) 參照。

斯くの如くにして、主權的なるライヒ權力が確立せらるゝと共に、立法は最高指導の一部分と爲つた。國家の行爲の基準となる原則は、政府の法律に依つて、一般的拘束力を以て決定せられる。法律は最早、國家の行爲を議會の制約に服従せしめんとすることを任務としない。法律は、國家行爲の(出来る限り窮屈なる)制限ではなしに、指導が依つて以て其の全體的、包括的任務を完うするところの手段である。就中、行政法は、最早國家の任務を出来るだけ制限することを趣旨としない、寧ろそれは、統一的にして普遍的なる國家の主權的性格がその中に再び發現する法律的形式である。行政は、指導の一般的目標を具體的に實現せしむる行爲である(二九)。それは、民族的共同態の生活を形態化し、保護し且つ助長せんが爲めに、指導者に與へられたる支配權的手段である。それと同時に國家は——市民的法治國の場合と異なりて——主として各種の危険の防禦を以て能事畢れりとせず、更に一層強く、共同態生活を指揮し、形成する積極的任務を有つて居る。随つて行政の核心は、最早、警察ではなしに、經濟の指導と文化の扶翼とである(三〇)。舊き行政法が經濟と文化とに對する國家の干渉を出来る限り抑制排除したるに反して、新しき行政法は、國家の手

に委ぬるに、其の政治的指導の任務を、寧ろ經濟と文化との生活領域に於いて完うせんが爲めの手段を以てする。經濟行政と文化行政とが今日の行政生活に於ける二つの主要領域である。

(二九) マウンツ著「行政法の新しい基礎」(Th. Maunz, „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“) 一七頁參照。

(三〇) 「公法の現狀並に研究に關する報告」(„Berichte über die Lage und das Stadium des öffentlichen Rechts“) 二五頁以下所載、ヘッケル(J. Hecker)の論文參照。

國家的主權の原則は、單に、國家のあらゆる機能が或る一箇の最高權力に於いて統合せらるゝことを將來するのみに止まらない。それは更に進んで行政秩序の全構造の中に自己を貫徹する。それは行政構造に於ける嚴格なる段階組織と、明瞭なる責任と無條件なる權威とを要求する。段階組織(Die Hierarchie)とは、行政構造が上より下に向つて一貫せる指導權力を以て整然と段階づけらるゝの謂である。最近プロイセンの州長官(Der Oberpräsident——プロイセンの十一州——Provinzen——の各箇の行政長官——譯者)の地位に見たる強化は、此の一貫せる命令秩序の最も顯著なる外面的表象である。州長官は、州に於けるライヒ政府及邦政府の恒常的代表者である。さうして其の資格に於いて、彼れの管轄區域のあらゆる國家的並に其の他の公の機關部に對し、一般的監督權を有し、緊急の場合には一般的指揮權をすら擁して居る。明瞭なる指導秩序は、右の外更に、一切の謂はゆる自治權(Autonomien)が排除せらるゝこと、國家の影響と國家の命令權とよりのあらゆる自主的解放が、公共秩序の領域に於いて廢止せらるゝことを前提とする。



随つて凡ての自治團體が國家的指導秩序の中へ包容せられなければならない。それが、ドイツ市町村法 (Die Deutsche Gemeindeordnung) に於いて實現せられた。舊法律が、市町村に對する國家監督を、法律違反の防遏に局限したるに反し、新しきドイツ市町村法は、市町村の行爲を國家指導の政治的目標に隸屬せしめ、一に後者の成を仰がしめて居る。斯くして市町村の自治は、政治的にも亦、公の行政の一般的段階組織の中へ編入せられた(三一)。

(三一) ローマン稿「新しき市町村憲法の諸原則」(K. Lohmann, „Grundsätze des neuen Gemeindeverfassungsrechts“) („Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften“ 誌第九十五卷一九三三年—第三號所載) 參照。

責任 (Verantwortlichkeit) の原則は、或る一定の行政上の決定に對して何人が責任を負ふべきかを不明瞭ならしむるの恐ある一切の施設の除去を要求する。此の隱蔽の由つて來りし主因は、何人が眞に一定の裁決の擔當者なりやを曖昧模糊の裡に葬り去ることを常としたる合議制 (Das kollegiale System) であつた。唯、一人に最後の決定權力があることが、行政生活に於ける完全なる責任に取つての前提である。此の理由に基きプロイセンに於いては、一九三三年十二月十五日付法律に依つて、一切の決議官廳 (縣委員會、郡委員會、市町村委員會) が廢止せられた。同一の理由に基づいて、「ドイツ市町村法」も亦、都市の各代表團體より一切の獨自の裁決權限と一切の統制權限とを剝奪して、彼等を市町村監理官 (Gemeindefeiler) の諮問機關たるに止まらした。此等の合議制機關は、十中八九が第十九世紀中に、自治的に組織せられたる決議

官廳を行政に關與せしむることに依つて、行政を民主主義化し、自由主義化せんが爲めに設立せられたものである。斯くの如く匿名の合議體に依つて本來の責任の所在を隱蔽するといふ風習は、主權的秩序の埒内に在つては當然消滅しなければならなかつた。之に反して、責任の原則は決して、行政裁判權を排斥しない。但し、行政裁判權が、事苟も政治的規律に關する場合、即ち、叛逆、騷擾並に公然たる攻撃に對して民族及國家の秩序を維持するに役立つべき行爲に關する場合には不可能であることは謂ふまでも無い。併し乍ら事の政治的問題に關せずして、法の適用に關するところに在りては、行政裁判權は、新しき行政構造の缺くべからざる一部である。勿論、行政裁判權の趣旨は、最早舊來の如く、個人の主觀的法 (權利) と一身の利益とを國家に對して保全するに存しない。其の任務は寧ろ行政官廳をして、法と法律とを誤用若しくは濫用するの弊に陥らしむること莫からんことを期するに在る(三二)。斯くの如き行政裁判所に依る法律擁護が初めて責任の原則に、完全なる現實性を賦與する。國家の主權と民族同胞的法律の威望とに資するものは、行政裁判權の撤廢にあらずして其の一段の完成である。

(三二) ヌナウト稿「新しきライヒに於ける行政裁判權」(Knauth, „Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich“) („Reichsverwaltungsblatt“ 誌一九三五年卷八八五頁以下所載)、並に、マウンツ著「行政法の新しき基礎」(T. v. Mann, „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“) 四七頁以下參照。

最後に、國家の主權的權力が此處に絶頂に達するところの權威 (Die Autorität) の原則は、無條件なる拘



束力を發生せしめ、此の拘束力は、一切の行政上の決定に附屬する。行爲する行政官廳は、あらゆる民族同胞に對する無條件なる優越性を彼に與ふところの政治的指導權力の保持者として現はれる。一切の行政命令が、時に利用せらるゝことあるべき上訴權に顧慮すること無く、即時に實施し得らるゝ性質を有することは、此の權威的地位の結果である。行政官廳の政治的決定に對して行政裁判に依る制肘の除外せらるゝことは既に略述したる如くであるが、此の除外も亦同様に、權威の原則より生ずる結果である。最後に、瑕疵ある行政行爲と雖も一應は效力を有するといふことも亦、此の權威の原則に基づいて生ずるものである。違法性が必しも或る行政行爲を即座に無造作に無効ならしめないといふことは、自由主義的法律思想の徹底的推究に在つて必然的に生じなければならぬ結果と相反することであるが、是れ亦、法律論理に拘泥する解釋を以てしては到底説明し得ざるところである。此の事實に對しては唯だ一つの理由がある。即ち國家は、單に法律的權能の保持者たるのみならず、亦一箇の主權的權力の體現であるといふこと、是れである(三三)。

先に市民的法治國(民法國家)に在つて、心ならずも容認せられた、反原則的なる例外であつたところのものが、總統國家に在つては、あらゆる國家行爲に先天的に内在する主權的性質の一箇の自明なる結果と爲つて居るのである。

(三三) 拙著「經濟行政法」(E. R. Hübner, Wirtschaftsverwaltungsrecht) (一九三三年刊)二二二頁以下参照。

## 七 行政の適法性

國家の主權的性質を仔細に觀察すると同時に、抑も行政は「法律規定の執行」なりや、將た又、「法律規定の埒内に於ける自由なる行爲」なりやの舊き論争問題が、再び浮び出る。徹底的自由主義は、行政を目しても司法と同様に、専ら法律規定の執行なりとした。法律規定の中に内容的に豫め決定せられて居るところのものは、裁判官の判決に依りて若しくは行政行爲に依りて必ず實行せられなければならないとした。但しそれは單に、「法の實現」(„Rechtsverwirklichung“)の爲めであつて、決して法律適用に依りて、其以外の社會的、經濟的、乃至、文化的性質を帯びたる目標に到達せんが爲めではなかつた。此の觀念に對して穩健なる自由主義は夙に抗議を試みて居た。獨り裁判官の判決のみが法の實現であり、之に反して行政は、法律規定の埒を逸せざる限に於ける社會的、經濟的若しくは文化的國家目標の實現である、法の實現は行政の目標にあらず、法律規定は單に行政の限界を劃定するに過ぎない、といふのが此の抗議の趣旨であつた。斯うした、法の實現と法律規定の埒内に於ける自由行爲との對照は、今日も屢々、舊來の行政法と今日の行政法との間に於ける差異を説明せんが爲めに援用せられる(三四)。人は今日の行政の本質を、それが徹底的自由主義國家に於ける行政法の如く法の實現ではなしに、法律規定の埒内に於ける自由行爲である點に認めて居る。



(三四) コーロイター稿「國民社會主義國家に於ける行政法」(O. Koelliker, „Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat“) („Deutsche Juristen-Zeitung“) 誌、一九三四年第六二九欄所載) 參照。

余の觀るところを以てすれば、此の見解は、法律に關する疎漏なる觀念より出發して居るものである。法律を一種の「垣根」と看做し、此の垣根の彼方には自由なる生命が自己の衝動のまゝに脈搏して居るといふ考へ方は甚だ中らない。法律は民族の公の生活が其の中に在つて自己を形作るところの秩序其物である。法律に於いて民族の共同態生活は初めて自己の有意義なる、合目的なる、且つ健全なる形態化を體驗するのである。此の生ける秩序の實現が司法の目標でもあり、亦行政の目標でもあるが、但だ其の際に司法は主として現存の秩序の内部に於ける平和保全に力を注ぎ、行政は主として益々發展して休まざる秩序の新しき諸要素の形態を完成することを任務とするの差あるに過ぎない。行政は、指導者の確立する規矩準繩と、指導者の下すところの裁決とを基礎として民族の中に健全にして秩序正しき生活狀態を將來することを本分とする。克く此の本分を盡くすことに依つて行政は、立法者と裁判官とに比して毫も遜色無く法律を形作り法律を實現することが出来る。行政は、單に法律に「恪遵」し、單に「無意識的に」法律成文を以て操作して能事畢るとしてはならない(三五)。それは意識的に、但し謂ふまでもなく、當年の徹底的自由主義が考へたるが如き、單に技術的なる規範執行に依りてはなしに、法律規定の中に表示せらるゝ政治的指導者意思の自由なる遂行に於いて、法律的秩序を形作らなければならない。行政は法律に依つて「制限」せらるゝもので

はなく、現存の法律秩序に依つて導かるゝものである、さうしてそれは民族の生々進化する法律秩序を展開せしむべき役割を振當てられて居るものである。

(三五) ヴァンツ (Maurer) の「行政法(新しき基礎)」(„Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“) は見るところを異にして居る。

此の眼點よりして提出することを得る重大なる問題は、新國家に在つて、行政の適法性 (Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) の原則が效力を有するか否かといふことである。此の問題は、吾人が先づ、此處に謂はゆる「適法性」とは、„Recht“ (正しきこと、當に斯くあるべきこと) に適ふの意味なりや、將た又、„Gesetz“ (成文法規) に適ふの意味なりやを十分に區別しなければ之を解決することが出来ないものである(三六)。專制君主の行政行爲は „Recht“ に適ふものであつた。此等の行爲は決して君主の任意横暴ではなく、君主の法的裁決權力の成果であつた。併し乍らそれは „Gesetz“ に適ふものではなかつた。何となればそれは一般的なる成文法規的基礎を缺いて居たからである。彼等は其都度、事前の一般的規範制定無しに、機に臨み變に應じて決定せられたのである。斯くの如き豫測先見を容さざる手續が、市民に取つて多大なる不安心を伴ひたるが爲め、自由主義は、これまで行政行爲の基礎となつて居た、不文の「法」を最早承認せずして、單に一般的なる、議會に依つて決議せられたる「法規」のみを眞實の「法」として承認した。斯うした自由主義的態度より觀れば、獨り「法規に適合する」行政のみが、適法なる行政であつた。不文の法の原則と慣習法とは、決して行政行爲の十分なる基礎ではなかつた。さうして形式法律的授權が缺け



て居た若干の例外的場合に、成文法規と相並んで慣習法及未だ成文法とならざる授權も亦、其の缺陷を補填しなければならなかつたが、併しそれとても、單に原則に反する破格としてのみ此の役割を勤むるものに外ならなかつた(三七)。斯くの如き國家の必要に對する例外的讓歩を觀て、直に自由主義的思考と雖も必ずしも獨り行政の缺陷無き形式的法規適合性の原則のみを宗としたるものではないと早合點してはならない。

(三六) ランゲ著「法律國家より法國家」(H. Lange, „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat“) (一九三四年刊) 三一頁參照。

(三七) トーベ稿「立法體の留保と適法性の原則」(K. Thoma, „Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit“) („Handbuch des Staatsrechts“ 第二卷二二九頁以下所載) 參照。

指導者國家(總統國家) (Der Führerstaat) は市民的法治國の斯の根本觀念を否定する。指導者國家に取つて最高の價值は個人の自由と安全とではなく、民族と國家との福祉である。行政が法律規定に適ふことが肝要ではなしに、行政が法に適ふことが、新しき思想の目標である。行政は、内容的に細別せられたる法規に依つて出來得る限り滿遍無く拘束せらるべきものではなく、民族的共同態の生ける法を發展し實現すべきものである。それにも拘はらず、行政の法規適合性の原則は、無造作に之を弊履の如く打ち捨て、はならない(三八)。如何となれば法律規定其物は、民族が其の裡に生存しつゝある共同態秩序の表現として指導者(總統)より出づるものに外ならざるが故である。指導者より發する法律(Das Führergesetz)は、決して本來の共同態秩序の下位に立ち、之に推し當て、計量せらるべき第二位的なる法源ではなく、それ自身が最

高秩序の不可侵なる組成部分なのである。それは、民族共同態の不文の指導思想を具體化する。随つて指導者の法律を、彼等の上に位する法の理念に推し當て、計測することは不可能なることである。如何となれば、一切の指導者法律が、其自身、斯かる民族理念の直接なる表現なるが故である、「指導者(總統)以外の何人も、或る一定の規則が適用せらるべきか否かに關して最後の裁斷を下すことが出來ない。指導者に向つては正義の保護に對する保證の必要は無い」(三九)。共同態の本質も、政治的指導の原則も共に、諸の行政官廳が、法律規定の中に體現せられて居る共同意思に格遵して苟も悖らざらんことを儼として要求する。法律規定と相扞格する行政行為といふものは當初より存在し得ない。但だ此の場合に法律規定が、其の本義に従つて適用せられ、字句に拘泥して適用せらるべからざることとは固より言を俟たない。斯の意味に於ける行政の「適法性」は、最早、あらゆる法治國の原則と秋毫の交渉を有たないものである。此の適法性は、最早、行政部に對する市民的、法治國的の議會法律の優位を保證するものではなく、其の目標は、最早、國家權力に對して、個人の沒國家的生活圏を保護することではない。反對にそれは、爾餘のあらゆる考量とあらゆる努力に擧んづる指導者意思の無條件なる優位を保證し、之に依つて共同態の統一性と政治的指導秩序の打撃力とを創造するのである。

(三八) 拙稿「國家權力の單一性」(E. R. Huber, „Die Einheit der Staatsgewalt“) („Deutsche Juristen-Zeitung“) 誌一九三四年第九五七號所載) 參照。



(三九) カール・ラレンツ著「ドイツの法律改新と法律哲學」(K. Larenz, „Deutsche Rechtsrenewung und Rechtsphilosophie“) (一九三四年刊)三四頁參照。

以上の考量に際しては、共同体生活の一定の範圍が法律(成文法規)を以て規律整頓せられて居るといふことが豫想せられて居る。然るに民族的生活の廣汎なる領域は、今日も尙ほ依然として、成文法的規律の手の及ばざるところが多い。随つて行政官廳は斯うした法律の手の届いて居ない領域に於いて若し或種の措置が必要又は適當であるとの見極めがついたならば、法律的基础を俟たずに、獨斷專行することを妨げざるか否か、若しくは「法律の留保」(„Der Vorbehalt des Gesetzes“)の原則が、一切の行政措置を、それが尙ほ未だ法律に依つて許容せられざる間は、嚴として排斥するか否かといふ疑問が生ずる。斯かる場合には、先づ第一に、抑も如何なる理由よりして立法者が、これまで既に、當該領域の詳細なる規律を設けんことを企圖しなかつたかといふことを詮議して見なければならぬ。此の詮議の結果、多くの場合に、立法者は、行政官廳が或種の諸領域に於いて行爲することを好まざることが判明する。其の好まざるは、或る立法者が當該領域を目して國家的措置に依りて形態化せらるゝには尙ほ未だ十分に成熟して居ないとするが故なることもあるべく、或は又、立法者が或種の領域に對しては直接なる國家的措置其物が一般に不適當であると考ふるが故なることもあるであらう。そこで、若し立法者の沈黙が以上の如き意味を有するものならば、行政官廳が法律に依る授權を俟たずして獨斷專行せんと欲することは指導意思に對する一箇の干犯であり、随つて

彼等の措置は、違法であるとしなければならぬであらう。併し乍ら時としては亦、指導の斯かる排斥的意見が判然と認識せられ得ないといふことも必しも絶無ではない。例へば、何等かの全然新しき、到底豫想することを得ざる事態が発生して敏速なる行爲を必要とする場合の如き、是れである。斯種の場合に在つては、法規的根拠を缺くの故を以て行政行爲を爲すことを排斥することは出来ない。此處で若し共同態の正義信念が國家の行動を要求若しくは容認するならば、行政官廳が適宜の行爲に出づることは毫も妨げない。この時には、何等か之に相應する慣習法的規則の形成を俟つて初めて行政官廳の行爲が辯護せらるゝのでは決してない。如何となれば、由來慣習法は、從來の見解に依れば、多年の慣用を経て初めて成立するものである、といふ意味は、行政官廳の行爲が當初は不法を意味するものであつたが、漸く若干の存續を経て法に變化するのであるといふことである。然るに若し民族の正義信念が行政官廳の行爲と恰も合致するならば、相當に多年の慣習を俟つに及ばずして、當初より法的に是認し得らるゝからである。慣習法ではなしに、不文の共同態の法が斯種の場合には、行政行爲の適法性の由つて來る所以の基礎である。

但し、斯くの如く行政行爲を特に不文の共同態の法へまで直接に遡源せしむることは、謂ふまでもなく常に一箇の例外であるに違無い。通例としては現存の行政法規が、優に満足すべき結果に導くに足るであらう。如何となれば行政法規は、其の意義に従つて解釋せられ適用せられ、且つ類推(Die Analogie)が、行政法に於いては、單に容認し得るのみならず、亦缺くべからざるものなるが故である。即ち、明確にして



動かすべからざる規則と紛れも無き規定との存在する場合と雖も、尙ほ一切の法律問題の中には自由なる裁定の廣き餘地が残つて居り、さうして行爲する行政官廳の估券を引下げて單なる法規に當嵌むる自働機械と化せしむることは、決して行政法規の本旨ではない。一箇の民族的行政を築き上げんが爲めに、解釋技術のあらゆる手段が法律適用の使用に供せられなければならない。斯の如き本義解釋と類推的形成との必要は、就中、幾多の舊き行政法規にして其の外面的形狀を其のまゝに繼承せられたるもの、場合に生ずる。斯かる舊法律が廢止せられなかつたことよりして、指導者が彼等を目して、吾人の斯しき共同態の法の中へ一肢體として組み入るゝに適したるものと爲したことが推定せられる。併し乍ら斯くの如き舊法の承繼は、それが必ず今日適用せられつゝある凡ての政治的並に世界觀的原則に隸屬せしめらるゝことを前提とする。これが爲めには、舊き法律の適用が國家の諸般の政治的目標と民族共同態の種々なる價值とに奉仕するやうに、此等の法律の解釋を勇敢に更改し、形態を修正完成することが必要である。行政官吏が、舊き法律を、獨自の見解に依り時代に適合せざるものとして擅に適用外に抛却するの權能を有せざること、毫も裁判官と選ぶところが無いことは言を俟たない。併し乍らそれだけ一層、行政法を死せる、硬直せる規範として取扱はずに、行政法に於いて民族の中に發生し民族と共に成長する生ける秩序を看取すべき行政官吏の義務は緊要を加ふるのである。若し行政機關が、解釋の方法を斯の基礎態度よりして使用するならば、若し彼等が就中、類推の可能性を正しく應用するならば、民族の健全なる觀念と法の適用との間に生ずる矛盾撞着は容易

に之を避くることが出来るであらう。斯かる矛盾は多くの場合、一に法律の不十分なる理解より生じ、民族にも法律にも秋毫の益するところが無いものである。それ故に獨り裁判官のみならず、行政官吏も亦、「指導者の意思と共に效力を生ずるあらゆる法律規定 (Das Gesetz) を、法 (Das Recht) として承認し、適用するの責務に拘束せられて居る。併し乍ら行政官吏は、法規を、指導者の精神を以て、換言すれば共同態の現在の法意思、具體的な法理念に従つて適用することを要する」(四〇)。

(四〇) カール・ラレンツ著「ドイツの法律改訂と法律哲學」(K. Larenz, „Deutsche Rechtsrenewerung und Rechtsphilosophie“) (一九三四年刊) 三六頁參照。

#### 八 行政法に於ける總括的條項 (Die Generalklausel)

行政が二つの階段に於いて法律の拘束を受け得ることは周知の如くである。即ち、それは、單なる權限規範 (Die Zuständigkeitsnormen) に依つて拘束せらるゝか、若しくは内容規範 (Die Inhaltsnormen) に依つて拘束せらるゝかである、換言すれば、自由なる行動に出づべき法律的授權に依るか、若しくは實體的内容への法律的拘束に依るかである。自由主義的思想は、行政が内容規範に依つて束縛せらるゝ場合にのみ満足する。蓋し斯くしてのみ行政部が完全に議會の下風に立たしめらるゝが故である。之に對して行政は、官廳の裁量に自由なる餘地を残し、議會の影響制肘を出來得る限り排除するところの漠然たる權限規範に依る拘



束を庶幾する。如何となれば、眞に善良なる行政は、獨り自由なる行動の餘地が若干の程度まで存する場合にのみ可能なるが故であり、又、行政措置の種類及範圍を決定し得んが爲めには、一般的標識に依らずして一に箇々の場合の特殊なる事情に依らなければならぬからである。市民的法治國の理想は、右の闘争に於て議會が行政部に對して勝を制し、隨つて行政行爲を實體的法律規則へ嚴格に内容的に拘束することが存分に行はるゝ場合のみ到達せられる(四一)。かるが故に市民的法治國は、一切の廣汎にして弾力性ある總括的條項、一切の不確定的授權を拒否する。如何となれば、若し然らざるときは、行政部は最早議會の意思に依つて内容的に拘束せらるゝこと無く、行政行爲の豫測可能性は消え失せるからである。自由主義は、原則として市民の利益を善良なる行政の要件の上に位せしめんとするの傾向があり、隨つてそれは行政が實體的法律規範に身動きの出来ないやうに緊縛せらるゝことを要求する。此の要求が貫徹せられず、行政法に種々なる一般的授權と不確定的制限とを見る場合には、自由主義は、出来る限り之に對して制限的解釋を加へんとして百方苦心するのである。

(四一) 拙稿「國家權力の單一性」(E. R. Huber, „Die Einheit der Staatsgewalt“) („Deutsche Juristenzeitung“, 誌一九三四年卷第九五〇欄以下所載) 參照。

舊き行政法に於いて、法治國主義のあらゆる努力にも拘はらず維持せられて來たところの總括的條項は、自由主義の如上の要求に基づいて三重の加工を施さるゝことを免れなかつた。即ち彼等は自由主義化(Libe-

ralisiert)せられた、彼等は法律化(verrechtlicht)せられた、さうして彼等は、裁量の濫用(Der Ermessensmissbrauch)の教義に依つて縮少せられたこと、是れである。總括的條項の内容の自由主義化は如何にして行はれたかと謂へば、行政生活の廣き概念を自由主義的なる法の精神を以て満たしたことである。由來、總括的條項といふものは、一種の白紙的概念であり、其の内容は其都度書き加へられなければならない、さうして此の書き入れは或る時期を決定するところの價值觀念に基づいて行はるゝものである。舊き君主制國家に對する市民的社會の勝利は、行政生活の方面に於いては主として、市民的價值觀念が行政法のあらゆる總括的條項を風靡し、公共的利益(Öffentliches Interesse)、共同福祉(Gemeinwohl)、公益(Gemeinnützigkeit)等の概念、別けても公の安寧及秩序(Öffentliche Sicherheit und Ordnung)の概念が彼等の意義内容を市民的社會の精神より享受したといふ形式となつて發現した。君主制的官僚國家に對する自由主義的思想の紛れもなき勝利は、かの有名なるプロイセン上級行政裁判所の「クローイツベルク判決」(Das Kreisberg-Urteil)に於いて闡ひ取られた。それは、「公の安寧及秩序」に對する考慮といふ概念が、單に、危険の防遏といふことに局限せられ、さうして積極的なる福利増進が警察の權限より除外せられたことである。之と共に、國家の手に依る一切の福利警察を以て自由なる個人に對する一箇の堪へ難き後見看視と感したる市民的法治國の觀念が、警察權の總括的條項の内部を貫徹した。併し乍ら斯くの如き警察權の自由主義化は、亦同時に行政法の全領域に對しても決定的であつた。如何となれば、市民的法治國に在つて、行



政は經濟及文化に對する容喙より殆んど完全に除外せられて居り、行政の核心領域は此處では警察である。随つて自由主義の攻撃は當然行政の此の核心に向けられなければならなかつた。さうして警察權の自由主義化が、市民的——法治國的勢力の最後の決勝であるからである。

總括的條項の民主々義化と密接なる關係に立つところの其の法律化（Die Verrechtlichung）は、弾力性ある授權の領域内に於いても亦、行政を客觀的法律原則に拘束するの實を擧げんとするの主旨であつた。此の目的の爲めには、裁量の概念と對照の地位に置かれて之と區別せられたる不特定法律の概念（Der unbestimmte Rechtsbegriff）の教義の結構が役立つた。此の教義に従へば、自由裁量に在つては、裁決は、權限ある官吏の主觀的なる自由なる意見に委ねられる。權限ある官吏は自己の主觀的意見に従ひ、自己の個人的確信に従ひ、自己の知識と良心とに従つて、何物が合目的であり、若しくは必要であるかを決定すべきである（四二）。即ち此處では法律は獨自の立場を放棄し、裁決を完全に行政官廳の考量に委ねることを意としない。法律は獨自の實體的裁決を下すことを差し控へて居る。随つて、同一の法律要件に對して數箇の裁決が可能であり、その孰れもが法律上同一程度に於いて許容せられ得ること、なるのである。之に反して不特定法律概念に在つては、なるほど授權は此の場合にも亦延長可能であり弾力を有つて居るが、それにも拘はらず行政官廳は法律に依つて與へらるゝ特定の客觀的尺度に束縛せられて居る。此の場合に問題となるものは、行政官吏が客觀的に認識せられ得る各種の批判標準に従つて充填し適用することを要する種々なる價值

概念である。行政官吏の主觀的確信は排除せられる、さうして彼は法律が總括的條項に依つて之を表現せんことを欲したる種々なる價值觀念へ法律的に拘束せられる。即ち此の場合には法律自身が、外面的には一箇の弾力性ある概念の形式を假りて、其の實質體的裁決を下すのである。斯くの如き不特定法律概念は、行政官廳を法律的に拘束する。さうして此の不特定法律概念が果して正當に使用せられたりや否やは一箇の法律問題である。随つて行政訴訟手續に在つては、不特定法律概念の適用の當否が追つて検査せらるゝに反して、裁量概念に在つては斯くの如き裁判官の統制監督は當初より除外せられて居る。然るに自由主義的法治國に於いては、總括的條項を出來得る限り不特定法律概念として解釋し、之に依りて彼等に一定の客觀的法律内容を與へ、さうして彼等の適用を行政裁判所の統制監督の下に置かんとする傾向がある。此の趨勢が最も明瞭に現はれたのは、復たもや前の自由主義化の場合と同様に、警察權の場合であつて、此處では「公の安寧及秩序」の概念が、プロイセン上級行政裁判所に依つて不特定法律概念として取扱はれ、裁判所の統制監督に服従せしめられたのである。此處でも亦、吾人が先に警察權の意義について指摘したことが適用する。即ち、市民的社會に對抗して自己を防衛する國家的行政の中心陣地は警察權である、さうして警察に關する總括的條項の法律化は、國家の抵抗の中心を世紀の市民的精神に屈服せしむるのである。

（四二） マウンツ著「行政法の新しい基礎」（Th. Maunz, "Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts"）（一九三四年刊）一四頁以下参照。



最後に、裁量限界 (Ermessungsgrenze) の教義は、行政官廳に自由裁量が許容せられなければならない場合にも亦、行政行為の法的制限を見出ださんとする意味を有するものであつた。由來、自由なる裁量とは、常に義務に違反せざる裁量を意味するが故に、茲に、フランス流の「權力の横領」 (Détournement de pouvoir) の學說を踏襲して、裁量の濫用 (Ermessensmissbrauch) と裁量の超過 (Ermessensüberschreitung) とを、法律違反として取扱ひ、裁量の限界を裁判官の統制監督に服せしめたる、義務違反の理論が發展した。此の學說は、非客觀的動機に出づる行為と、法律其自身の中に必要なりとして掲げらる、各種の主觀的考量の無視とを禁止する。裁量濫用とは、豫め想定せられて居る各目的以外の目的の爲めに一切の權限行使の謂であり、裁量超過とは、法律的準繩に依つて割せられたる最大限界の一切の蹂躪の謂である。自由なる裁量は「専恣」 (Willkür) ではない。それは此の學說自身に於いて、之れが侵害は違法であり、裁判所に依つて罪を問はれ得るところの一箇の法律概念となつて居る。行政裁判權に於いては、裁量自體の統制といふことは無かつたけれども、尙ほ且つ、裁量の最大限度の統制は實現せられた。行政裁判所は (さうして漸増的に民事裁判所も亦) 斯くして次第に裁量行為の限界を決定し、且つ此の限界の遵守を監督する可能性を獲得するに至つた。

行政が、市民的法律適合性 (Die bürgerliche Gesetzmässigkeit) より民族的適法性 (Die völkische Rechtsmässigkeit) へ變遷したことは、總括的條項の本質、内容及制限に關する斯種のあらゆる問題を、更めて檢

討に附すべきことを促すものである。今日新たに解答すべきは、第一に、拘束せられたる行政と自由なる行政との關係如何の問題である。指導の思想は決して、下位の各行政部局の自由なる行為を除斥するものではなく、寧ろ反對に指導こそ、下位指導の獨自の主動と自由なる決斷力と自己責任的行為とを前提するものである (四三)。指導者 (總統) 國家に於ける内面的、精神的結束性は、あらゆる外面的形式に於いて假令廣汎なる自由を許容するも毫も痛痒を感ぜざるほどに強固である。指導者國家の法律適合性の原則は、毛頭硬直せる強制原則ではなく、それは行政官廳に獨自の裁量決定の恢々たる餘地を許容する。随つて總括的條項や政治的價值概念や乃至弾力性ある形式の適用が、指導者國家の行政法に於いては著しく増加する。新しき行政の原則は、かの當然固定的概念と多岐に分化せる指令とを以て操作しなければならぬ官僚的中央集權主義ではなしに、生ける指導でなければならぬ。國家が、或る一定の機構に従つて單調に且つ凝固して作用する死せる装置ではなく、その中に在るあらゆる機關が内面的衝動に基づき且つ、共同精神と共同生活とに於ける獨自の關與より發して決斷行為するところの一箇の生ける共同態であることを示さなければならぬのは正しく此處である。政治的秩序のあらゆる段階に於ける下位指導機關無しには、指導の永續存在を期することは出来ない。併し乍ら行政に於ける下位指導者は、總括的條項に依つて獨自の作用 (さうしてそれは單に機械的——技術的なる執行のみではなく) が彼等に可能ならしめられざる限り、竟に存在し得ない。

(四三) タターリントルンハイデン著「新國家に於ける行政法の基礎」 (E. Taurin-Tarnheyden, Grundlagen des Verwaltungsrechts)



但し、指導者國家の斯かる總括的條項は、内容的に全然新しく把握せられなければならない。總括的條項に新しき内容を盛ることの決して輕々なる措置を容さざる重大事であることは、行政法が廣き範圍に涉つて此種の不特定なる概念を通して初めて其の政治的意義を取得するが故であり、主潮たる政治的觀念が有効に顯現すること、此等の總括的條項に於けるが如く明瞭なるところは他に絶無なるが故である。總括的條項は此等の主潮政治的價值觀念の精神に準據して之を解釋適用しなければならぬ。公の安寧及秩序、公共の利益、共同福祉、需要、適當なる損害賠償、不當なる苛酷、此等は悉く、標準となるべき政治的觀念を盛り込まるゝときに初めて彼等の眞實なる内容を取得するところの斯種の輪廓概念 (Rahmenbegriffe) である。此等の總括的條項が從來の解釋を離れ、一箇の新しき、民族的なる意義に於いて理解せらるゝことに依つて、全部の制定法が、假令外面的變動は無くとも自から變化する。例へば全部の警察權は、若し吾人が核心概念たる「公の安寧及秩序」といふことを理解するに、從來の如く社會の立場、特立せる個人の總計の立場よりせずして、民族の立場、政治的共同態の立場よりするならば、一箇の全然新しき内容を取得する。同様に若し吾人が「公共企業」 („Öffentliches Unternehmen“) 「全體の福祉」 („Wohl der Allgemeinheit“) 「適當なる損害賠償」 („Angemessene Entschädigung“) 等の概念を理解するに個人利益よりせずして民族的全體よりするならば、公用徵收法の全體が一變せらるゝであらう。更にそこには從來の行政法に見ら

れなかつた幾多の新しき總括的條項が附け加へられる。此等の新しき總括的條項の中、此處では單に、市町村法よりして「國家指導の諸目標との一致」 („Übereinstimmung mit den Zielen des Verwaltungsrechts“) の概念、公共勞働法よりして「社會的名譽」 („Soziale Ehre“) の概念を擧ぐるに止めよう。此等の概念の中には、新しき民族的基礎價值への行政生活の拘束が直接に顯現して居る。斯うした新しき内容的理解が、吾人の行政法の全部を、外面的法律變更を俟つまでも無く優に改新し得る決定的手段である。恰も先に自由主義的精神が警察國家の總括的條項を利用し、之に依つて總括的條項の中に自己を貫徹し、かくして全部の舊行政法に代ふるに新しき秩序を以てしたるが如く、今度は民族的精神の攻撃が第一に自由主義の戦線に於ける此の重要なる、併し乍ら特に不安全なる急所に向けられなければならない。總括的條項の奪取は行政に於ける舊き法律思想の抵抗を決定的に破砕するであらう。

指導者國家に於ける總括的條項は、實行の衝に當れる凡ての行政官廳が彼等の自由に拘はらず、客觀的價值に拘束せられて終始するとき、初めて可能である。併し乍ら斯くの如き客觀的尺度への服従を實現せんが爲めに、指導者國家の總括的條項は、必しも「不特定法律概念」に變義せられ、さうして之に依つて裁判官の統制監督の下に置かるゝことを要しない。自由なる行政行為を法律的尺度と法律的規範とに拘束することが目標ではなく、要は、裁量決定を新しき政治的思想の諸般の價值に拘束するに在るのである。即ち、指導者國家に於ける裁量は、先に市民的法治國が之を認めたる、さうして原則としては拒否しつゝも、しかも尙



は若干の範囲に於いて缺くことを得なかつたところの「自由裁量」では決してない。指導者國家の裁量の諸概念は、行爲する官吏の個人的見識と穩健なる思想感情とを唯一の頼りとしなない。彼等は下すべき裁決を單に官吏の主觀的良心性にのみ委ねて置かない。指導者國家の總括的條項は、新しき民族秩序と國家秩序との種々なる政治的基礎觀念に適合せる裁決の權限を附與するものに外ならない。官吏は、規範に依つて拘束せらるゝこと（不特定法律概念の場合に於けるが如く）もなければ、將た又、彼れの良心の裁定に依頼せしめらるゝこと（裁量概念の場合に於けるが如く）もない。彼は唯だ、彼れの内部に生きて居る、新しき政治的思想の諸原則の意識に基づいて行動することを要するのみである。從來の選擇、即ち、規範法律的拘束か、然らずんば主觀的個人的自由かの悩みは、官吏たる者に取つて自明なる唯一義的の政治的並に世界觀的基礎態度に依つて征服せられる。併し乍ら此の政治的拘束は常に指導への拘束である。如何となれば、指導が正しく世界觀の保持者であるが故に、原則的にも將た又個々の場合についても何物が政治的世界觀に適應するかは、指導が之を決定するからである。更に指導は、政治的基礎理念の本旨に適する裁量の均整せる適用を確實ならしめんが爲め的手段をも手にして居る。それ故に裁量は、舊き型の「自由裁量」にあらずして、自己の尺度を自己の裡に保持する「政治的裁量」である。

最後に、裁量限界の教義は、指導者國家に在つて初めて其の眞の意義を取得する。市民的法治國に於ける裁量限界の教義は行政官廳の當初より存在せる自由に對して外部より制限を加ふること、猶ほ民法に於いて

個人の權能が法の濫用の禁止に依つて相手方の利益の爲めに外部より制限せられたるが如くならしめんとする試として發現した。之に反して指導者國家に於ける裁量は、内容的に拘束せられて居る。一切の總括的條項が、民族の世界觀的基礎態度と指導の政治的意思とに依つて決定せられる。隨つて裁量が自己の限界を自己の裡に藏すること、恰も民族同胞的法律に於いて一切の權能が、誠實及義務の思想を通して自家の拘束を自家の裡に藏したるが如くである。指導者國家に於ける裁量の本質を成す一要素は、裁量の適用が内部より拘束せられて居ること、さうして濫用と任意とが裁量決定をして違法と爲らしむることである。裁量の濫用は、行政官廳に讓與せられたる法の權力が民族の世界觀と政治的指導意思とに忤らつて行使せらるゝ場合に成立する。總括的條項の這般の濫用は民族と指導とに對する背信であるが、併し同時にそれは法及法律の侵害である。斯の如き裁量濫用は、指導者國家に在つて金輪際に至るまで之を排斥しなければならぬ。それは獨り國家と善良なる行政との利益の爲めのみならず、就中民族的世界觀と政治的指導との現狀と進化とを確保せんが爲めである。特に指導者國家に在つて裁量が専恣に墮することを最も忌むべしとする。何となれば行政官廳に許與せらるゝ偉大にして權威的なる權力地位の一切の濫用は直に指導の思想の威嚴を泥土に委するが故である。若し個人的利益と主觀的見解とが裁量の操作を決定するならば、國家に於けるあらゆる政治的起生に對して最高の責任を負ふところの指導は其の威望に於いて著しく動搖せらるゝであらう。政治的に拘束せらるゝ裁量の濫用は一箇の行政機關として犯し得る最も重き背信罪である。總括的條項の濫用の中



に藏せらるゝ、背信の重さを十分に賠償、民族的指導者國家の不可侵なる原則としての行政の適法性を維持し得るもの、獨り最も峻嚴なる官吏法的並に刑法的追究あるのみである。(完)

## 法(權利)の濫用 (Der Rechtsmissbrauch) の本質

— 權利の具體的形態化について —

ヴォルフガング・ジーベルト

(Wolfgang Siebert)

權利行使の不許容、若しくは權利濫用の學説は、法律取引(「民法」)の領域に於いて、裁判上にも學問上にも、過去多年の間、少くとも吾人が此の學説と結び付けられて居るところの原則的問題の方面より觀るならば、決してさまで重要な役割を勤めて居なかつた(一)。筆者は之に反して、權利濫用の思想の正しき決定と利用とに依つて、新しき法律思想と新しき法律適用とに對する重要な一貢獻を提供することが出來ると信する者である。その場合に法學比較が貴重なる一助を與ふる。何となれば諸外國、就中フランスとスイス(二)とに於いては權利濫用の學説が甚だ進歩して居るからである。但し同時に特筆しなければならぬことは、比較法學が吾人に援助を與へ得るのは、單に教義的輪廓の發見と決定とに關する場合のみであつて、權利濫用の學説の世界觀的基礎と目標とは、吾人に取つて一に、ドイツ國民社會主義の法律觀念が之を



決定するものであるといふこと、是れである。

(一) 此の問題に關する文献は甚だ多くないが、其中注目すべきものを擧ぐれば次の如くである。ハーゲル著「悪意行權及權利濫用」(Hager, „Schikane und Rechtsmissbrauch“) (一九一三年刊)。ジューバー著「私權の限界」(Siber, „Die Schranken der privaten Rechte“) (一九二六年刊)。シュタムラー著「正法論」(Stammler, „Lehre vom richtigen Recht“) (第二版、一九二六年刊)。リーツラー著「自己の行爲と結果との矛盾」(Riezler, „Verbre contra factum proprium“) (一九二二年刊)。最近のものとしては、ジーベルト著「權利行使の失効不許容」(Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsanfechtung“) (一九三四年刊)。例證豐富。例へば八三頁及九五頁)。其他數種の學位論文、例へばオステンドルフ(Ostendorf) (一九三三年)、ケーニヒスベルク大學、リュディヤー(Rüdy) (一九三四年)、ミンヒェン大學)等。次に一般的に、民法第二百二十六條に關する各種教科書及註釋の説、就中、エンデマン(Endemann)の„Lehrbuch“ I § 84a; フォン・ツール(von Tuhr)の„Allgemeiner Teil III“ 五四五頁以下。エンネツェルス・ニッペンダー(Enneccerus-Nipperdey)の„Allgemeiner Teil“ § 226 BGB ノーテン(H. Lehmann)の„Allgemeiner Teil § 15“。ホルトマン(Oertmann)及シタウディンガー・リーツラー(Staudinger-Riezler)の民法第二百二十六條解説等。所有權の制限に關する特殊文献については下記(註一六)参照。——以下本篇の敘述は、筆者が一九三五年四月二十七日、キール大學に於て試みたる就任講義を基礎としたものである。

(二) フランスの文献。デュスタン著「權利の精神並に其の相對性。謂はゆる法の濫用の理論」(Josserand, „De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits“) (一九二七年刊)。並に„Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts“ 誌一九二七—二八年卷一四三頁以下所載同氏論文。サレイユ稿「民法改正委員會第一分科委員會に提出したる報告」(Salleilles, „Rapport présenté à la première sous-commission de la commission révision du code civil“) („Bulletin de société d'Etude législative“) 一九〇五年刊所載)。同著「債務總論」(„Théorie générale de l'obligation“) (第三版、一九二二年刊)。プラオル・リバル著「フランス民法要論」(Planiol-Ripert, „Traité pratique de droit civil français“) 第六卷 (一九三〇年刊) 七八

一頁以下。同著「概論」(„Traité élémentaire“) (第十一版、一九三二年刊) 第二卷二九七頁以下。リベール著「市民的義務に於ける道德的法則」(Ripert, „La règle morale dans les obligations civiles“) (第二版、一九二七年刊) 一六二頁以下。ドゥモグ「一般義務論」(Demogue, „Traité des obligations en général“) (一九二三年刊) 第四卷三六五頁以下。オーブリー・ラウ著「フランス民法講義」(Aubry-Rau, „Cours de droit civil français“) (第五版) 第四卷。ボンカース著「ポトリ・ラカン・テイネリーの理論的並實際的學說に對する補遺」(Bannecase, „Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie“) 第三卷 (一九二六年刊) 三七二頁以下。コラン・カピタン(Colin-Capitant) (第七版) 第二卷一八五頁以下。テセルトール「法の濫用と權利の衝突」(Desserteaux, „Abus de droit et conflits de droits“) („Revue trimestrielle“) 誌一九〇六年卷一一九頁以下所載)。ドイユーギュー著「私法の一般的改正」(Duguit, „Les transformations générales du droit privé“) (一九二〇年刊) 等。ドイツの文献としては、メルク稿「フランス民法第一千二百二十八條註D」(„Zivilgesetze der Gegenwart“ 第一卷第二號四五七頁以下)。ミユラー・エルト著「利益主義司法の行方」(Miller-Ertzbach, „Wohin führt die Interessenjurisprudenz?“) (一九三二年刊) 六七頁以下。前掲ジーベルト著「權利行使の失効と不許容」(Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsanfechtung“) 六八頁以下。前掲リーツラー「自己の行爲と結果との矛盾」(Riezler, „Verbre contra factum proprium“) 前掲リーディヤー學位論文二頁以下等。——スイスの文献としては、スイス民法第二條に關する解義各書、就中、エッガー(Egger) (Fischer-Haas-Oser 第二版)。シュタムラー祝賀記念論文集 (Die Festgabe für Stammler) (一九二六年刊) 三一七頁以下所載。ライヒマン(Reichel) 論文。K・フーバー著「權利濫用」(Karl Huber, „Rechtsmissbrauch“) (一九〇九年ベルン大學學位論文)。H・トリューエップ著「權利濫用」(H. Trüeb) (一九〇九年ベルン大學學位論文)。ユロア著「權利濫用の理論」(Carrot, „La Théorie de l'abus du droit“) (一九一〇年チューネーグ大學學位論文)。„Zeitschrift für schweizerisches Recht“ 誌一九〇六年卷七一頁所載。マルティン(Martin) 論文。„Schweizer Juristen-Zeitung“ 誌一九〇六年卷二六七頁所載。A・フーバー(A. Huber) 論文等。——ソヴィエトロシア民法第一條については、私權は法律の保護を受く、但し其の行使が社會的並に經濟的職分と矛盾する場合は此の限



に在らず」——例へば、マクレッツォフ・ティマーシェフ・アレキシェフ・サワツキー著「ソヴイェトロシアの法律」(Maklakov, Timashev, Alexiew-Sawatzky, „Das Recht Sowjetrusslands“) (一九二五年刊) 二五五頁以下、エリアヒエヴィッチ・ノルデーターゲル著「ソヴイェト民法及商法概論」(Kilichevitch-Norde Tager, „Traité de droit civil et commerciale des Soviets“) (一九三〇年刊) 五六頁以下、Z. Ausl. Inter. Pr. R. — 誌一九二八年卷六九頁以下所載、シェーンドルフ (Schöndorf) 論文、ハッゼ著「ソヴイェトロシアに於ける私法財産」(Hauser, „Privateigentum in Sowjetrusslands“) (一九三四年、ハレ大學學位論文) 三七頁以下等參照。

## 一

「權利行使の不許容」 („Unzulässigkeit der Rechtsausübung“) に關しては、ドイツ民法全篇を通じて唯だ一箇所、極めて目立たざる條項に於いて言及せられて居るに過ぎない。それは民法第二百二十六條、即ち、權利の行使が單に他人に損害を與ふる一目的のみを有し得る場合に之を許容せざることを宣言せる、謂はゆる「惡意行權條項」である。其の過度に細心なる文言が誰が目にも直に著しく映する此の規定は、最後の瞬間に至つて初めて民法の中に攝り入れられたものである。第二草案の中には尙ほ全然見受けられなかつた此の規定は、其の後、聯邦參議院 (Der Bundesrat) に依りて、單に所有權の行使に對し、第八百八十七條第二項として制定せられ、次いで漸く帝國議會委員會に依つて一箇の一般的規則にまで引上げられ、之に應じて民法の「總則篇」 („Allgemeiner Teil“) の中へ移された。併し乍ら當時の立法者が尙ほ未だ、許容

すべからざる權利行使に關する一箇の纏まつた「學說」を、況んや「體系」などを夢想もしなかつたことは、善良なる風俗に反する方法を以て故意に第三者に損害を與へたる場合に於ける損害賠償義務を問題とする民法第八百二十六條の取扱に於いて明かに示されて居る。即ち此の規定は、或る特別な權利の行使に於いて爲されたる行爲にあらざる行爲についてのみ適用せらるべきものであつた。然るに帝國議會委員會は、「或者が、假令形式上完全なる權利を行使する場合と雖も、他人に對し、善良なる風俗に反する方法に於いて損害を與ふるは、決して之を正當と看做し得ざる」ことを理由として右の制限を採殺した(三)。併し乍ら同時に亦、惡意行權の禁止が所有權への限定よりも解放せられたるが爲め、茲に根本に於いて既に、權利行使の不許容と權利濫用とに關する二つの、一般的規定が創造せられた、さうして其の相互の關係は立法者にとつて相當に苦心の對象を成したに違無い。

(三) 同委員會報告書九九頁。

次いで立法者は、親族法中の若干の規定に於いて、明言的に或る法(權利)の「濫用」といふ字句を使用した。例へば、婚姻法に於ける婚姻上の共同生活を爲すべき義務並に、夫の決定權の場合の如き、就中顯著なるものである(四)。然るに注目すべきことには、民法草案理由説明書 (Die Motive) —— 現在のドイツ民法 —— BGB —— の第一讀會草案 Der Entwurf erster Lesung —— が、一八八七年十二月廿七日、起草委員會長より政府に提出せられたるとき、之と共に提出せられたる理由説明書を謂ふのである——(譯者)



は、之について極めて一般的にして何等重要な意義を有せざる説明を加ふるに止まつた。例へば、第一千三百五十四條第二項（——妻ハ夫ノ決定カ其ノ權利ノ濫用ナルコト明白ナルトキハ其ノ決定ニ從フノ義務ヲ有セス——譯者）に於ける濫用の禁止は、同條第一項（——夫ハ婚姻上ノ共同生活ニ於ケル凡テノ事務ノ決定權ヲ有シ殊ニ住所及住宅ヲ定ム——譯者）に依りて、殆んど絶對的なるかの觀ある夫の決定權に、初めて「必要なる調節劑」（„Das nötige Temperament“）を與ふるものなり（五）云々とある説明の如き、是れである。さは謂へ、これは夫の權利が内容的に局限せんとするものであるといふことが、既に理由説明書の中に附け加へられて居る。併し乍ら大體に於いて此等の規定は權利行使の制限に關して法律中隨處に散見する其他の個々の規定（例へば第三百二十條第二項、第四百五十九條第一項第二段、第一千二百條）（六）と同様に、尙ほ未だ、權利の本質及内容に關する一箇の原則的教義の爲めの出發點とは看做されなかつたのである。

（四）ドイツ民法第一千三百五十三條第二項、第一千三百五十四條第二項、第一千三百五十七條第二項、第一千三百五十八條第二項、第一千三百六十六條參照。

（五）民法第一讀會草案理由説明書（Die Motive zum Entwurf erster Lesung）第四篇一〇五頁參照。

（六）プランク・クノケ（Planck-Knoke）著民法釋義第一卷に於ける、民法第二百二十六條に關する例證集覽參照。

法（權利）の濫用の教義が重要視せられなかつたことには、疑も無く、惡意行權（Die Schikane）の構成事實（法律要件）の狭き定義も亦與つて力となつて居る。事實上「單ニ他人ニ損害ヲ與フル目的ノミヲ有シ

得ル行爲」（„Die Handlung, die nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen“）と云ふが如きものは、若し吾人が此の文句を眞に文字通りに取るならば、決して世に存在しない。現に實際上にも亦、大審院の判決に到達したる事件にして、第二百二十六條が其の文言を餘りに甚しく歪曲若しくは蹂躪せらるゝこと無しに適用せられたるものは極めて稀である。一九〇九年中、大審院に依つて判決せられたる事件（大審院判例集民事篇——„Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen“——第七十二卷二五十一頁所載）は甚だ有名になつて居る。それは、わが息子と不和になつた或る父が、自己の所有地内に在る母の墓を訪るゝことを息子に禁止した事件である。之に對して大審院は、右の禁止に制限を加へて、重要な教會の式日に限り、息子が墓參することは差支無しといふ判決を下した、さうして父が、禁止の理由として、若し偶然息子と出會ふことがある場合には、さなきだに著しく損はれて居る自己の健康が必定尙ほ一層損害せらるゝの恐があり、隨つて右の禁止は毛頭、息子に何等かの損害を與ふるの目的を有せざるものであることを頻りに疏明して申立てたるに拘はらず、大審院は、結果に於いて頗る満足すべき此の判決を理由づくるに、第二百二十六條の惡意行權條項を以てし、かるが故に右の父の禁止は或る程度まで無効であると宣告した。此の事件は其後屢々、單なる教室用實例として取扱はれた事實であるが、それに在つてすら尙ほ且つ、第二百二十六條の適用は、或る程度まで此の規定の文言を無視して行はれなければならなかつた譯である。加之、此の場合、第二百二十六條のみを以てしては、理由説明として十分ではない。何となれば、此處



では息子の墓参の権利といふことが判決の出発点にして且つ歸着点でなければならなかつたからであり、随つて父の行爲が悪意行権條項に該當するか否かの判断のみを以てしては、尙ほ未だ息子の権利の有無を決定することが出来ないからである(七)。

(七) 之に關する詳細は、前掲ジーベルト著「權利行使の失効と不許容」(Fiebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“) 一四三頁以下参照。

學界も亦、多年の間大體として、民法第二百二十六條を純粹に積極法的(Positivrechtlich)に解釋することを以て満足して居たことは、悪意行権の狭き定義、之より結果する實際的事件の稀少、並に當時一般に支配したる法律適用方法等よりして直に之を首肯することが出来る。此の文言の意味が稍々曖昧なることは、謂はゆる「客觀」説と「主觀」説との間の論争に基礎を與へ、さうして此の論争は動もすれば文法的論理を以て果てしなく續けられた。併し乍ら之を除けば、第二百二十六條を以て、民法第八百二十三條第二項の意味に於ける一種の保護法規であると看做すこと、並に、悪意行権の場合に於いては、「通例として」民法第八百二十六條をも適用しなければならぬことについては、何人も異論が無かつた(八)。

(八) 例へば、フォン・トゥール(V. Thun)著 „Allgemeiner Teil“ 第三卷五五八頁以下に於ける説明参照。

即ち斯くの如く、立法も司法も乃至學界も共に、法(權利)の濫用の一般的學説を完成することに風馬牛であつたが、それには疑も無く更に一層深き原因があつた、さうして此の原因は、吾人が主觀的法(Das

subjektive Recht —— 權利)の學説の發展の跡を辿るときに容易に之を看取することが出来るのである。

主觀的法の本質に關する論争は、ウィントシャイト(Windscheid)及イエーリング(Jhering)に依りて、多年の間、意思力(Willensmacht)なりや、將た又、法に依りて保護せらるる利益(Rechtlich geschützte Interesse)なりやといふ方向に導かれて居た、さうして間も無く民法の教義に於いては、次第に謂はゆる「結合理論」(„Kombinationstheorie“)に依つて、主觀的法は之を、利益満足の目的の爲めに個人に附與せられたる意思力と説明しなければならぬとする結果に到達した(九)。かくて萬人一致して、「私法の中心概念」であり、「法律生活の多趣多様性よりの最後の抽象」であると看做したる此の主觀的法の行使に對しては、「行使の目的は問ふところにあらず、一切の利益無き法(權利)行使も、更に一步を進めて、一切の理性的利益に反する法(權利)行使すらも亦之を妨げず」といふ原則が適用せられた、さうして其の際常に「自己の „iura“ 法又は權利を行使する者は何人をも侵害せず」(„Qui suo iure utitur, neminem laedit“) (一〇)といふ古語が例として引用せられた。併し乍ら此の場合の „iura“ が、抽象的 —— 個人主義的なる力と觀せられたことは、主觀的法と法的義務(Rechtliche Pflichten)との關係に關する説明の中に最も明瞭に示されて居る。義務は「私法の第二の基本概念」と名づけられ、それと同時に主觀的法(權利)と並べ置かれた。と思ふ間もなく次には、一個の人間の私法的義務には他人の主觀的法が對應するといふ命題、並に、權利と義務との間には一箇の相關性が存在するといふ命題と共に、人々は無造作に一種の對立視に到達し、



此の對立視の教義的徹底は、權利と義務との益々出でて益々甚しき乖離を將來せずんば止まなかつた。

(九) 主觀的法(權利)の學說の發展に關する概観は、例へば前掲フォン・トゥールの著書第一卷五三頁以下、前掲エンネツェル・スーニッペルダイ著書第六十五條、H・レーマン(H. Lehmann)著 „Allgemeiner Teil“ 第十條等參照。

(一〇) 例へば、前掲フォン・トゥール著書第三卷五六頁以下、五六頁以下參照。「自己の „Recht“ を行使する者は何人をも侵害せず」といふ命題を、リューディ(Rüdy)は前掲著書(一九三四年ミュンヘン大學學位論文)四一頁に於いて剴切に單なる「袖書割」に過ぎずと爲し、若し此の „Recht“ が形式論理的内容を以て満たされて居るならば、それは一箇の錯誤を表はし、若し又、何等かの「利害關係と結びつけられたる」(„Interessengebunden“) 内容を盛らるゝならば、一箇の争ふべからざる自明を言ひ表はすものに外ならないと述べて居る。

(一一) 就中明瞭にこれが現はれて居るのは、前掲フォン・トゥール著書第一卷九三頁以下を嚆矢とする。——オットー・フォン・ギルケ(Otto v. Guericke)の「獨逸私法」(„Deutsches Privatrecht“) 第一卷二五四頁以下は、主觀的法(權利)の基本組成要素は、不可分なる外面的關係に在る若干の權限と義務とであると斷言し、更に一步を進めて次の如く述べて居る。「吾人の國民的觀念に従へば、正義は、單に此の外面的關係のみならず、亦一箇の内的關係が存在し、かくして義務無きところに權利無く、權利無きところに義務無きことを要求する。……但し固よりこれは、或る場合には通用せざる、且つ通用する場合と雖も單に、近接的に通用するに過ぎざる一箇の原則たるに止まるものである」云々。共同體の要求に基づく具體的形態作成に依つて權利と義務とを有機的に結合するといふところまでは、オットー・フォン・ギルケも亦、尙ほ未だ到達しなかつた。即ち彼は、單に權利と義務とが眞に一箇の内的關係の中に持ち來たさるゝ僅少の場合、例へば古獨逸の族長保護權(Die Minn)、封建時代の采邑法(Das Lehensrecht)、鐵山所有權(Das Bergwerksigentum)——(しかも何故に鐵山所有權のみを擧げて居るかを知らざるに苦しむ)——の如きものを識るに過ぎない。さうして其の他に於いては依然として對立の觀念を擺脫することが出来ない。蓋し彼は、義務を以て、權利の「相關物」(„Korrelat“) にして獨立の起原と意義とを有するものと看做すか故である。(但し後條(註一三)參照)。ギ

ルケはかくして義務に許容するに權利と相對する同等の權力を以てし、義務を目して單に權利の派生物と爲すことを欲せざる者である。然るに吾人の立場より觀れば、權利と義務とは一箇の共同的基礎を民族的共同體と民族同胞の法律狀態との中に有する、隨つて「相等しき強さ」を有するもの、換言すれば、眞に一箇の(具體的なる)單一體を形作つて居るものである。——各の義務は、亦一箇の權利と結び付けられて居なければならぬといふ命題については、今茲に詳細に論及する邊が無い。共同體思想よりすれば此の命題は斷然否定せられなければならないものである。

斯くの如き觀方を取つては、權利に加へらるゝあらゆる制限が、紛れも無く全體系と相容れざる例外として映じなければならぬ。さうして此の例外の必要は、若し之れが無かつたならば、謂はゆる「萬人の萬人に對する争闘」(„Bellum omnium contra Omnes“) を避けることが出来ないが故に己むを得ず承認せられなければならぬものであり、さうして其の存在は、謂はゆる「社會契約」(„Contrat social“) (I) (II) (III) を以て辯是せられたものである。かくして民法第二百二十六條も亦、此の眼點の下に取り扱はれた。即ち權利行使に對する此の第二百二十六條の「制限」を説明するには、斯くの如き特殊なる場合に立法者が、權利の所有者に彼れの「其自體としては」(III) 與へられて居る權利を使用することを禁ずるのであるといふことを以てするの外はなかつた。

(II) 此の問題の公式化は、ルッソーの「社會契約論」(Rousseau, „Contrat social“) 第一卷第六章に極めて明確に表はれて居る。即ち「共同の力を盡くして各成員の身體と財産とを防衛保護し、且つそれに依りて各人が全體として結合しつゝ、しかも彼



自身以外の何者にも服従せず、且つ依然として従前の如く自由であり得るが如き一の團結形式を發見すること、是れである。

(一三) 嘗て主潮を爲して居た、謂はゆる「外面説」(„Die Aussentheorie“) が是れである。併し乍ら次第に「内面説」(„Die Innentheorie“) が歴倒的に承認せられて來た。それは、權利行使の制限を以て、權利の内容の限界を劃すること (Beschränkung) — 形態創造 (Gestaltung) ではなく！ — と看做したものである。之については、既にオットー・フォン・ギールケが、其著「私法の社會」的任務 (O. v. Gierke, „Die soziale Aufgabe des Privatrechts“) (一八八九年刊) に於いて述べて居るところを参照せよ。曰く「義務無きところ權利無し」といふ命題と、一切の權利はそれに内在する一定の限界を有すとす吾人のゲルマン的觀念とは、内面的に密接なる關係を有するものである。本來其自體としては無制限であるが、唯外部より之と拮抗對立する他の權能によつてのみ制約せらるゝ權能といふことを認むる羅馬法的體系は、一切の社會的權利概念と相容れない。吾人の觀るところを以てすれば、如何なる法的支配も、其の中に在つて保護せらるゝ理性的利益が之を要求し、社會生活條件が之を許容する限度以上に延及することを容さない。」云々 (同書二〇頁)。

獨り、所有權の場合に關してのみ、法 (權利) の濫用の説が、司法と學界とに依つて他の場合よりも稍々立入つて取扱はれた。此の場合、最初に所有權の義務内容といふことを特に強調したる功績は司法に屬する。既に遠くワイマール憲法第五十三條 (同條第三項。所有權ハ義務ヲ課ス所有權ノ行使ハ同時ニ公共福祉ニ資スルコトヲ要ス——譯者) に先だつて、獨逸大審院が、所有權は單に權利を與ふるのみならず、亦同時に義務を課すといふ命題を樹立した (一四)。勿論、此の判決に於いて問題となつて居るものは、依然として單に、不法行爲 (Unerlaubte Handlung) 若しくは危險惹起の責任 (Cefährdungshaftung) に基づく損害賠償請求權の域を出ず、さうして大審院は、惜しいかな、所有權者の法律上の義務を、民法第八百二十三條

以下 (民法總則第七章、個々の債務關係、第二十五節、不法行爲。第八百二十三條乃至第八百五十三條——譯者) の眼點の下に取扱ふに止まつた。一方、學界に取つては、權利行使に對する特に數多き制限と私有財産の權利を繞る政治的——世界觀的鬭争とは、所有權、就中、土地所有權の内容を一層精密に討究せんとする特殊の一動機を與へた (一五)。此の際に人々は、主として民法第九百三條の文言の失敗を論じた、さうして次第に強く、「本來其自體としては」無制限なる所有權といふ概念を排撃するに至つた。かくして、所有權の諸種の限界は、現代的法律の發展に於いてしかく廣汎なる範圍を占むるに至つたが故に、今日では假令理論的にも最早、單に「外部より」權利に迫らんとする副作用を云爲することが出来ない、寧ろ此等の限界は、所有權の本質に内在するものと看做さなければならぬ (一六)。隨つて例へば、所有權者の惡意行權行為は、最早、所有權の内容ではないといふが如きことが一般に承認せられた。しかも人々は、根柢に於いて尙ほ依然として、所有權内容に制限を加ふるといふ觀念に終始し、此の制限の大部分は「公法的」限界であると看做され、隨つて、個人主義的——私法的出發點は、「社會的」認識に拘はらず之を廢棄することを要しないと考へられて居た。さればこそ、法律政策の目標も、精々のところ、「相對立する諸種の利害關係」の間に於ける「調和的均衡」 („Der harmonische Ausgleich“) に止まり、到底、具體的にして共同態に相應はしき形態創造を企つことは出来なかつたのである。

(一四) 特に、大審院判例集民事篇 (Entscheidungen des Reichsgerichts, in Zivilsachen) 第八十九卷一二二頁以下參照。



(一五) 之に關しては、ヘーデマン著「民法の進歩」(Hedemann, „Fortschritte des Zivilrechts“) (一九三〇年刊) 第一卷二九九頁以下の周到なる叙述参照。そこには土地所有權が團體、國家社會主義、マルクス主義、法律學並に土地改良の見地に從つて夫れ別箇の線に沿うて整頓せられなければならないことが説かれて居る。

(一六) 前掲ヘーデマン著「民法の進歩」三一七頁以下、並に、前掲ジーベルト著書「權利行使の失效及、許容一九五頁に於ける文献一覽中の例證、特にオットー・フォン・ギルケ著「獨逸民法」第二卷三五八頁、三六四頁以下、四〇五頁以下、及、ホルシュタイン著「公法上の所有權制限」(Holstein, „Öffentlich-rechtl. Eigentumsbeschränkung“) (一九二〇年刊) 参照。最近の文献としては、ヴァーアッカー著「所有權構成の變遷」(Wiacker, „Veränderungen der Eigentumsverfassung“) (一九三五年)、就中、其の二二頁以下並に五三頁以下を擧げたい。

## 一一

次いで法(權利)の濫用の一般的學說の發展に對する決定的刺戟が、全然別箇の方面より、且つ當初は變裝したる形式に於いて現はれた。即ち、謂はゆる「總括的條項」(善良なる風俗——Gute Sitte——、信義誠實——Treu und Glauben——等。民法第八百二十六條、第二百四十二條參照)の方面よりしたるもの、是れである。此の場合に第一次的に問題となつたものは、裁判に於いて種々異なる理由説明を以てばあるが斷えず適用せられ、さうして文献に於いては激しき論争を惹起したが結果に於いて遂に壓倒的に承認せられた、謂はゆる„*Exceptio doli*“即ち、„*Finrede der Arglist*“ (「詐欺的故意——惡意——の

抗辯)であつた(一七)。此の惡意の抗辯は、多年の間、裁判が依つて以てあらゆる種類の願はしき結果を説明せんことを欲したる、一箇の綜合概念、一箇の窮策にして且つ一種の安全瓣であつた。しかもその教理的不透明性に拘はらず、それは結果に於いて大抵首肯し得るが如き方法に於いて適用せられた。注目すべきことには、その際、かの惡意行權條項が最早何等の役割をも演じなかつたことである。同條項の代りに當初よりして民法第八百二十六條(善良ナル風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ之ニ對シ損害賠償ノ責任ヲ負フ——譯者補)が、次いで——徐々に益々明瞭に、特殊なる故意の抗辯(*Exceptio doli specialis*)より一般的なる故意の抗辯(*Exceptio doli generalis*)に至る過渡として——民法第二百四十二條(債務者ハ誠實ニ且ツ取引上ノ慣習ニ從ヒ給付ヲ爲ス義務ヲ負フ——譯者補)が現はれた(一八)。

(一七) 例へば、前掲エールトマン(Oertmann)著書七〇八頁以下、第九百九十四條の前の注意Bを参照。

(一八) 例へば、形式の欠陥及時效の「惡意的」援用に關する大審院の裁判の發展(民法第二百四十二條に對する大審院判決註釋——RGKomm.——第四)参照。

即ち、不法行爲法(Das Deliktsrecht)より生じたる「惡意の抗辯」の斯の發展は、フランスに於ける法(權利)の濫用(Abus des droits)の學說の發展と著しき類似を示して居る。といふのは、フランスの法律の實際及學問に取つても亦、不法行爲に基づく責任に關する基本規定たる民法(Code civil)第千三百八十二條が法(權利)の濫用の判斷に對する出發點であつた、さうして今日フランスに於いて法(權利)の濫用



(Abus des droits)の學說の有する普遍的にして包括的なる重要性に拘はらず、不法行為法の基礎は尙ほ未だ放棄せられて居ないのである(一九)。然るにスイスに於いては之に反して、立法者が現世紀の初、フランスに於ける過去幾多の成果に鑑み既に一步を進め、権利の行使と法(權利)の濫用とに關する規定を、基本條文として法律の開卷に置くことが出來た。かくてスイス民法第二條には、何人も其の権利の行使に當つて信義誠實を以て行為することを要する旨、並に、權利の明白なる濫用は法律の保護を受けざる旨が明記せられて居る。即ち外國の法律を一瞥すれば、其處でも亦、法(權利)の濫用の學說の中に含まるゝ進歩は、不法行為法に由來したること、並に、次いで之より次第に一般的にして包括的なる學說が建設せられたることは直に首肯せられる。――

(一九) 就中前掲註ニテ、スラン著「法の精神」、特に九頁以下參照。外に前掲ジーベルト著「權利行使の失效と不許容」七〇頁以下、及、前掲リューデー學位論文二頁以下等參照。

吾がドイツ民法第八百二十六條及第二百四十二條が大審院の裁判を通して異常に發展したることについては、今此處に絮説することを要しない(二〇)。謂ふまでも無く、それと同時に惡意の抗辯(一般的)の適用範圍は次第に増大した、さうして、此の殆んど無氣味と思はるゝほどになつた構造物の正體を一度明瞭に把握する必要が益々痛切に感ぜらるゝに至つた。人々は、凡そ世に惡意の抗辯といふものが果して存在し得るか否かの争が、今では既に完全に過去のものになつたこと、更に亦、之を一般的惡意の抗辯と特殊的惡意

の抗辯とに分類することのみを以てしては足れりとすることを得ず、更に進んで此の「抗辯」の實質的内容、その背後に潜める法律思想、其の法律要件となる事實狀態、乃至其の法律上の結果を一層詳細に討究しなければならぬことを看取した(二一)。

(二〇) 之に關しては、例へばヘーデマン著「總括的條項の逃避」(Hedemann, „Die Flucht in die Generalklauseln“) (一九三五年刊並に前掲エンネツェルスニッペルダイ著「民法總則」(Enneccerus-Nipparday, „Allgemeiner Teil“) 第二百八條、六九五頁以下等を紹介すれば足りる。

(二一) 之については、ブレンナー著「一般的惡意の抗辯」(Brenner, „Exceptio doli generalis“) (フランクフルト大學一九二六年度學位論文)參照。

かくして人々は最近に至つて、一般的惡意の抗辯の純粹なる場合は、權利行使の不許容の教義が此等の場合より展開せらるゝときに、最も明瞭に之を把握することが出來るといふ認識に到達した。此の教義の一個の體系的端緒點としては、民法第二百二十六條(他人ニ損害ヲ加フルノ目的ノミヲ有シ得ル權利行使ハ之ヲ許サス――譯者補)が尙ほ十分に役立ち得るが、併し其の主要なる存在状態を提供するものは、民法第八百二十六條(善良ナル風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ之ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負フ――譯者補)及第二百四十二條(債務者ハ誠實ニ且ツ取引上ノ慣習ニ從ヒ給付ヲ爲スノ義務ヲ負フ――譯者補)であり、之と相並んで、親族法に於ける濫用の存在状態は之を特別法(Leges specialis)として附け加へなければならぬものである(二二)。大審院の最近の裁判(二三)も亦、幸にして益々明確に此の教義



に合流して居るが、之に關しては尙ほ後章(七)に於いて詳述するであらう。

- (二二) 例へば、前註に掲げたるブレンナー著「一般的惡意の抗辯」一五頁。ヒルデブランド著「説明の責任」(Hilfenand, "Erklärungshaftung") (一九三一年刊)一八二頁以下、同著「權利の發見」("Rechtsfindung") (一九三五年刊)六七頁以下。前掲ジ  
ーベルト著「權利行使の失効と不許容」特に五五頁以下、並に "Juristische Wochenschrift" 誌一九三四年一八二九頁所載論文。ガ  
ドウ (Gadow) 稿 "Jherings Jahrbücher etc." 第八四卷一七四頁以下所載論文等參照。
- (二三) 例へば、大審院判例集民事篇 (Einscheidungen des Reichsgerichts, in Zivilsachen) 第四百十四卷三七九頁以下、同第四百十  
五卷三一五頁、同第四百十六卷三九六頁等參照。

### 三

以上の結果は、吾人の法律に於ける變革に依つて一箇の重要な原則的意義と高き目標とを帯びて來る、隨つて之を彫琢補綴して一箇の明瞭且つ安全に適用し得る、權利濫用の教義に完成することは、惟ふに目下の急務である。

劈頭第一に、争ふべからざるものとして確認せられなければならないことは、「善良なる風俗」("Gute Sitten") 及「誠實信義」("Treu und Glauben") の概念が、國民社會主義の法律原則に従つて決定せられなければならないといふことである。何となれば此等の概念の決定に當つては、主潮的民族通念を標準とすべしといふことが從來通則として主張せられて居たからである(二四)。

(二四) 之に關しては、カール・シュミット著「法の實施に對する五原則」(Carl Schmitt, "Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis") (一九三三年刊)參照。

此の内容的變化と共に、續いて民法第二百四十二條及第八百二十六條の法律政策上の意義と評價とも亦、根柢より變動する。從來は、此の兩條が「嚴密なる解釋」の妥當ならざる結果に對する最後の救出手段として利用せられたることが稀でなかつたところよりして、此の兩條の適用を以て、動もすれば「總括的條項への一逃避」(二五) と稱することが出來たに反して、今日の總括的條項は、新しき諸般の法律思想が、それを辿つて現行法の中に侵入し、さうして現行法の全部と謂はざるまでも少くとも一部分を、具體的なる民族的共同態秩序の主要なる本質的内容と合致せしめ得る所以の一道路となつて居るのである(二六)。

- (二五) 前掲ケーデマン著「總括的條項への逃避。法及國家に取つこの一危険」(Hedemann, "Die Flucht in die Generalklauseln; eine Gefahr für Recht und Staat") (一九三三年刊)。
- (二六) 之に關しては、就中、"Juristische Wochenschrift" 誌一九三三年卷二八五八頁所載ランゲ (Lange) 論文、並に同著「舊き債務法より新しき債務法へ」(Lange, "Vom alten zum neuen Schuldrecht") (一九三四年刊) 四二頁以下。カール・シュミット著「三種の法學的思想について」(Carl Schmitt, "Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens") (一九三四年刊) 特別五七頁以下。

總括的條項、就中、信義誠實 (Treu und Glauben) の原則の本質並に意義に關する如上の見解に對しては、最近に至つても尙ほ幾多の疑義が挾まれて居る、「イェーナ大學經濟法協會紀要」("Mitteilungen



des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht<sup>(1)</sup>) の一に現はれたる一研究室報告(一九三五年刊第二十九號三六頁以下)に於いては、債務法に於ける共同態思想と、誠義信實の原則とが截然として相容れざる對照を爲すものであるとせられて居る。曰く「誠義信實の原則は、一箇の調停和解思想(Ein Ausgleichsgedanke)である。双方の契約當事者の相對立する、さうして互に交叉錯雜する要求が、此の原則に依つて相互から分離せられる。そこには、双方當事者が各自の要求に於いて少しく讓歩することに依つて達成せらるゝところの一條の中間線が或る程度まで劃せられる……然るに共同態思想は全然之と趣を異にするものである。共同態思想に在つては、當事者は對立せずして共立する。然らざれば、共同態といふことは冒頭より全然成り立ち得ないからである」云々。固より斯くいふことは、債務關係(相互的)に及ぼす「民族の大共同態」の影響を否定せんとする意味ではない。但だ此の影響とは、國家が債務關係に對して「干渉する」(„eingreifen“)といふ結果を生ずるに止まるの謂である。其の例としては、ランゲ(Lange)に依つて(前掲同著「舊き債務法より新しき債務法へ」六五頁)提出せられたる要求、即ち、善良なる風俗に反する行爲の對象物は、民法第八百十七條(給付ノ受領者カ其ノ受領ニ因リテ法律ノ禁止又ハ善良ナル風俗ニ反スヘキ事項ヲ給付ノ目的ト爲シタルトキハ受領者ハ返還ノ責ニ任ス。給付者モ亦右ノ違反ニ付キ其ノ責ニ任スヘキトキハ給付者ハ返還請求權ヲ有セス。但シ或ル債務ノ負擔ヲ給付ノ目的ト爲シタルトキハ此限ニ在ラス。此種ノ債務ノ履行ノ爲メニ給付シタルモノ、返還ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス——譯者)に反して

之を國家に歸屬せしむべし。但し其他に於いては、或る共同の作業が中心に立つ場合(經營、出版契約、組合)に於いてのみ、其處に共同態の存在するものと看做すことを得とする要求が引用せられて居る。

——以上の見解に於いて、民法第二百四十二條は、若しそれが右に記されたる如き調停和解機能(さうして單に之れのみ)を有するものとせらるゝならば、共同體思想と全然没交渉であるとする點は確かに正當である。何となれば、若し吾人が共同態思想に於いて單なる矯正機能、換言すれば、外部よりして個人の利己心を驅逐する効果のみを認めんと欲するならば、それは決して共同態思想の本旨に適ふものではないからである。(尙ほ前掲カール・シュミット著書「三種の法律學的思想について」五九頁、並に左記の本文をも參照)。併し乍ら、雙務契約を斯くの如き共同態思想の埒外に置き、斯くして後、民法第二百四十二條を利益の調停和解として適用することは正しくないやうに見える。かくては、雙務契約も亦、民族同胞同志間の一箇の契約であることを看過するものである。一切の契約は悉く民族共同態の内部に於ける行爲發現ならざるは無い、さうして此の共同態と其の秩序とを基礎としてのみ吾人に取つて契約といふものが存在し得るのである。即ち如何なる契約も畢竟、共同態秩序の一斷行を實現して居るものであり、あらゆる緊張は、獨り此の共同態秩序を基礎とし、其の諸原則に従つてのみ解決せられ得るのである。随つて „Juristische Wochenschrift“ 誌一九三五年卷六八五頁所載、ロイター(Reuter)の見解(前掲ランゲ著「舊き債務法より新しき債務法へ」の批評)の如きも亦、如上の理由よりして之を否定しなければならな



い。ロイターの見解に従へば、債務關係の基礎に取つて問題は單に、如何なる程度まで個人の意志に對し、公共の利益を計つて制限を加ふべきかといふ點に存し得るに過ぎないと謂ふのである。吾人の見るところは之に反して、寧ろ「公共利益」(„Das Allgemeininteresse“)と義務思想とが(個人の意思に制限を加ふると共に)亦、債務關係を支配し、形作らなければならない。併し乍らかくすれば、謂はゆる信義誠實(Treu und Glauben)の原則も亦、今日——多元論(Der Pluralismus)——世界は獨立せる單體本質、即ち原子又は單子の複數より成るとする哲學的觀念より轉じて、國家及社會は獨立の個人の複合體なりとする觀念——譯者)と契約當事者を相對立する二者に分離する思想(Das trennende Vertragsdenken)とが既に克服せられたる——に在つては、正しく共同態思想の一表現である。隨つて此の意味に於いて民法第二百四十二條も、吾人の觀るところを以てすればたしかに貴重であり、特に實地に取つては、現在のところでは不可能である。但だ、吾人が既に具體的にして緊密なる共同態秩序を有するところ、例へば經營共同態(Die Betriebsgemeinschaft)の如きものに在つては、民法第二百四十一條を以て、既に過去の遺物となりたる過渡的解決と看做すことが出来る。

以上の見解を以て吾人は既に、ホーン(R. Höhn)が其著「法律共同態と民族共同態」(„Die Rechtsgemeinschaft und die Volksgemeinschaft“) (一九三五年刊) 六四頁以下に民法第二百四十二條に對して挾みたる疑義に對する吾人の態度を表明して居るのである。なるほど第二百四十二條が、これまで大抵の

場合に、根本に於いて個人主義的なる「法律共同態」の走狗として適用せられたといふ非難は、吾人が今方に右に述べたる批判に鑑みても亦、たしかに肯綮に中つて居る。但だ筆者は、信義誠實の原則が、從來と異なれる意味に於いて適用せられ得る、又、適用せられなければならないと信する者である。さうして民法に於ける第二百四十二條が、具體的なる、共同態に相應はしき形態創造の力をも有することは、後條第四章以下、並に第五章の途中に於いて證明せらるゝであらう。

斯くの如く、從來の民法が、民族的共同態法律(Das völkische Gemeinschaftsrecht)に依つて一變せられた結果、これまで謂はゆる主觀的法(權利)に對して尙ほ一般に支配して居た、權利の「制限」といふことに關する見解が最早、成り立ち得ざることになつた(二七)。元來、斯かる制限は其の本質より觀て、權利の所有者に適用せらるゝ、例外的に調節的規定(Ausnahms- und Ausgleichsbestimmung)に過ぎずして、決して權利「其自體」を動搖せしむるものにあらずとする觀念は、一箇の典型的に個人主義的——規範主義的なる分離思想を基礎とするものであつた。即ち、此の觀念の出發點として、一方に於いては、「供與する」規範を後楯として自己の權利を擁する個人が立つて居り、次に「制限する」規範が此の個人に對して現はれる。是に於いてか吾人は必然的に、其自體としては自由なる、併し乍ら或る對抗規範に依つて若干の制限を受くる權利といふ觀念に到達するのである。所有權に關しても亦、人々はあらゆる「社會的進歩」に拘はらず、斯の基礎觀念より脱出することが出来なかつた、之に反して若し共同態——或は全民族の、或は家族



の、乃至等族（職業階級）其の他の——が個人と其の権利とに對する出發並に到着點、起生原因並に目標、本質基礎並に力源と看做さるゝならば（二八）、共同態の斯かる「存在理由を決定する」(„existenziell“)

(二九) 意義は、かの規範及對抗規範の併立を認むる學説が一箇の統一なる形態創造に依つて克服せらるるの結果を將來する。その曉には、共同態のあらゆる要求が、最早、相對立する外面的制限ではなしに、權利の内部に存する自然の限界である。即ち個人主義の立場より觀て、權利所有者の本質と敵視する制限は、共同態思想よりすれば、反對に權利内容の本質上必然的なる形態と爲る。之と同時に、從來の謂はゆる「主觀的法」(權利) („Das subjektive Recht“) は征服せられ、その代りに、民族共同態の法律に於いて、民族同胞としての資格 (Die völkergenössische Berechtigung) が現はれて來るのである。

(二七) 之に關して、並に以下の敘述に關しては、ジールト著「權利行使の失效と不許容」(Stierl, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsanübung“) (一九三四年刊) 八三頁以下。ラレンツ稿「民族精神と法」(Larenz, „Völkgeist und Recht“) („Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie“ 誌——„Logos“ 誌の後身——第一卷四〇頁以下所載) 參照。又、政治的存在の單一性を其の眞正なる各種の共同態及具體的秩序と共に破壊したる分離思想に關しては、„Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九五卷八頁以下所載、E. R. フーバー (E. R. Hufer) 論文參照。

(二八) ジールト稿「民法に於ける民族共同態」(Stierl, „Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht“) („Das nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung“——一九三五年刊——九五七頁以下所載) 並に前掲ホーン著「法律共同態と民族共同態」(Höhn, „Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft“) 中、特に七頁以下及七二頁以下。

(二九) 前掲ラレンツ論文「民族精神と法」四〇頁以下及五七頁以下。

以上の結果よりして吾人は容易に、權利の内容の廣き具體化に到達する。如何となれば、共同態思想に基づく形態創造は、共同態といふものが眞に生けるが儘に把握せらるゝならば、必ずや常に、具體的に本質に即したる形態創造であるに違無いからである(三〇)。此の際に出發點を成すものは、民族同胞の具體的地位である。さうして此の出發點よりして——即ち何等の縁もゆかりもない一般的基本概念として、はなしに、單に尙ほ此の地位の具體的結果として三一——吾人は第二の交渉點たる、夫れ——具體的——社會的拘束を伴ふ民族同胞としての資格、例へば、世襲莊園の所有者としての農夫、企業の持主としての企業家(三二)を見出だし、更に亦、例へば勞働關係、婚姻、賣買契約(動産、不動産、權利に關する賣買契約、現金買、信用買等)を見出だすのである。かくして、各個の權利概念、各個の權利と法律關係とが、生命ある民族的共同態に奉仕する各自の任務に對應して、夫れ——新しき具體的な内容を盛られ、隨つて、共同態思想を具體化する「信義誠實」又は「善良なる風俗」等の概念の諸要求が、其の都度、強度と方向とを異にするにつれ、それよりして權利内容の具體的限局性 (die konkrete Bedingtheit) 若しくは、相對性 (die Relativität) が自然に生ずるのである(三三)。

(三〇) 之に關して、並に以下の敘述に關しては、原則的にカール・シュミット著「三種の法律學的思想」(Carl Schmitt, „Vier drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“) (一九三四年刊)、及、ホーン著「法律共同態と民族共同態」(Höhn, „Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft“) (一九三五年刊) が遺憾なく説明して居る。



(三一) 本書所載、ラレンツ稿「法律上の人と権利主體」(Larenz, „Rechtsperson und Rechtssubjekt“) (一九三五年) 參照。

(三二) 之については、ウィアッカー著「所有權構成の變遷」(Wacker, „Wandlungen der Eigentumsverfassung“) (一九三五年刊) 一一頁及二四頁以下參照。

(三三) 權利の相對性といふことは、法(權利)の濫用の議論と關聯して過去にも既に屢々力説せられた。之については、就中、ヂョスラン著「權利の精神と其の相對性」(Jossand, „De l'esprit des droits et de leur relative“) 參照。ドイツの文献の中よりは、就中、ミュラー・エルツバッハ(Müller-Erzbach) 稿 „Archiv des Zivilprozesses“ 誌第百六卷三三四頁以下所載論文、並に同氏著「利益說法學の行方」(„Wohin führt die Interessenjurisprudenz?“) (一九三二年刊) 六七頁以下が注目に値するものである。但し此の相對性は、當初單に一箇の限界概念(„Ein Rahmegriff“)に過ぎない。決定的に重要なものは、具體的權利内容に對して規準となるところ源泉及力は何ぞやといふ問題である。尙ほ此の事に關しては後條第四章に詳説する。

斯の相對性は、權利の具體的なる秩序と形態化との一結果である。随つてそれは、デカダニス(頽廢)時代に於いて、種々雜多なる立場が對立して相下らざる結果、孰れの認識に對しても主張せられたるが如き相對性とその選を異にし、一々政治的責任の尺度に依りて決定せられたる、さうして民族的秩序と共同態との統一的思想を以て原因並に目標とする、各權利内容の具體的形態の原則的認識を本旨とするものである。随つて亦、此の相對性は、決して動もすれば支離滅裂ならしめんとする不確實性の表はれではなく、統一的根柢の上に生長し、統一的任務に基づいて存在する、本質的なる權利形態の結果である。

權利が斯くの如く具體的に局限せられて居ること、若しくは相對的であることは、其の結果として、苟も權利が「社會的機能」より離反し、共同態と相容れざる目的の爲めに利用せらるゝ場合には、それは最早、

權利内容に依つて掩はれ得ざること、即ち一種の越權(Die Rechtsüberschreitung)を現はすこと、なる。此の結果は、幾多の場合に於いて、即ち、權利内容の具體的形態化が、例へば前に述べたる所有權の種々なる形態に於けるが如く、孰れかと謂へば一般的に適用する、客觀的なる方法に於いて表はれて居る場合に、容易に之を認むることが出来る。併し乍ら眞實の權利内容が漠然たる字句を以て言ひ表はさるゝ、法文に依つて掩はるゝこと益々強く、權利内容に對する交渉點が益々不確實なるに随つて、具體的形態を認識することは益々困難であり、それが個々の場合に於ける一定の行使を俟つて初めて看取せらるゝことが益々多い。かゝる場合に、當該「行使行爲」が其の實、最早權利内容と一致せざるものなることの認識に到達せんが爲めには、法文の細心周密なる解釋が必要である。

斯くの如く、權利内容の具體的形態が掩蔽せられて居り、個々の場合に就いて吟味せられて後初めて明瞭となる場合こそ、法(權利)の濫用の眞の場合である。随つて權利濫用も亦、其の實は越權、即ち、權利無き一行爲である。併し乍ら、權利濫用が、爾餘の「より單純なる」越權の場合と異なる點は、後者に在つては、權利の限界を越ゆる行爲が當初、權利の外形を以て掩はれて居ることである。斯くの如く、權利の外觀的(「形式的」——„formell“——)内容と、眞正なる(「實體的」——„materiell“——)内容との分裂が生じ得るといふのは、畢竟、法律條文が常に抽象的——典型的字句を以て表現せらるゝが爲めであり、しかもそれは法律技術上、到底完全に避くことの出来ないものである。かるが故に、濫用的行使



(Die missbräuchliche Ausübung) は、其の實、行使ではないのであるが、併し尙ほ外觀的には、一種の行使たることを失はない(三四)。「純然たる皮想的觀察を以てすれば存在するが如くなれども、更に深く主觀的資格を把握検討するときは、實體的に單に、限界超過の意味に於いてのみ存在するに過ぎざる一つの權利の超過が、權利の濫用といふものである」(三五)。フランスの學説は、越權の場合に於ける如上の區別を、「法(權利)の濫用」 („Abus de droit") と「法(權利)の超過」 („Excès de droit" —— 越權)との對立、若しくは「濫用的行爲」 („Acte abusif") と「不法行爲」 („Acte illicite") との對立に依つて表現して居る。之に關する有名なる教壇的實例は次の如くである。曰く「若し余が隣人の地所の上に一建築物を構ふるならば、余は余の權利を超過する者である。之に反して若し余が、自己の地所の上に、但し單に損害を他人に加へんとする意圖のみよりして建築するならば、余は余の權利を濫用する者である」(三六)。

(三四) 前掲ジーベルト著「權利行使の失効と不許容」八七頁以下並に其以外の例證參照。

(三五) オイゲン・フーパー (Eugen Huber) のスイス民法評議會に於ける説。"Bulletin" de la Société d'Etudes législatives 誌一九〇六年卷一〇三六頁以下參照。前掲リュデーの學位論文も之と一致して居る。

(三六) 前掲デュスラン著「法(權利)の精神と其の相對性」六三頁、並に "Revue trimestrielle" 誌一九〇六年卷一二〇頁所載セルトール論文。

以上の認識と同時に説明せらるゝものは、就中フランスに於いて甚だしく論争せられて居る問題、即ち「法(權利)の濫用」といふことについて一箇の特別なる學説を樹つることの意味並に理由如何の問題であ

る。なるほど「法(權利)の濫用」 („Der Rechtsmissbrauch") 及、「許容すべからざる權利行使」 („Die unzulässige Rechtsausübung") といふ表現は、其の語の意味より觀て妥當を缺いて居り、一箇の「言葉の争」 („Logomachie") (三七) に外ならない。如何となれば、權利(法)といふもの、具體的形態を認識すれば直に知らるゝが如く、此の場合には權利が行使せらるゝのではなしに、權利が超過せらるゝのであり、謂はゆる「濫用の始まるゝところ權利は終止する」 („Le droit cesse, où l'abus commence") (三八) が故である。是に於いて人々は、「法(權利)の濫用」といふ表現を、其の語の意味に於いて辻褄を合はせんが爲めに、或は之に代ふるに他の表現を以てせんが爲めに百方腐心した。即ち、法(權利)の濫用とは専ら「形式的」法(權利)に關するものであつて實體的法(權利)に關するものではないと解釋すべしと説き、若しくは、濫用せられ得るものは、單に「法規」 („Gesetz") のみであつて「法」(權利) („Recht") ではないのであるから、"Rechtsmissbrauch" といふ言葉に代ふるに "Gesetzesmissbrauch" といふ言葉を以てすべきである(三九) と主張するが如き、是れである。併し乍ら斯くの如き分離と區別とは悉く否定せられなければならぬものである。如何となれば、彼等は、あらゆる法(權利)の統一的にして具體的なる形態と法律秩序の統一性との根本的認識を再び覆没し、隨つていつまでも、法(權利)の濫用は、其の實、越權であるといふ命題に停頓しなければならぬからである。併し乍らそれにも拘はらず、法(權利)の濫用及「許容すべからざる權利行使」の特別なる學説には存在の理由がある。何となれば、獨り法(權利)の濫用



の本質の認識のみが、克く法（権利）の具體的形態を十分に明瞭ならしめ、さうして之に依つて、法（権利）が其の内容に於いて義務と目的とに拘束せられて居るものなることを如實に示すが故である。かくて法（権利）の濫用の學説は、特に現在の吾が民法に取つて何物にも代へ難き役目を勤めて居るのである。

(三七) プラニオルリペール著「フランス民法概論」(Planiol-Ripert, "Traité pratique de droit civile français") 第六卷七八五頁。

(三八) 同上「概論」(Traité élémentaire) 第二卷二九八頁。

(三九) 就中、オッペンハイマー著「法規濫用」(Oppenheimer, "Der Gesetzesmissbrauch") (一九三〇年ケルン大學學位論文) 參照。

#### 四

以上に關聯して尙ほ明瞭にするの要ある唯一の事は、如何なる源泉に基づき、且つ如何なる方法に依つて、個々の權利及權能の具體的内容が確定せられ得るかといふことである。かくして吾人は、これ亦就中フランスに於いて討究の對象となつて居る權利濫用の「批判標準」(„Kriterien“)の學説に到達する。權利の濫用 (Abus des droits) の學説は、最初、主として主觀的觀念の基礎の上に築き上げられた。即ち、他人に損害を加へんとする意圖 (Die Schädigungsabsicht) といふことが主要なる眼點とせられて居た(四〇)。併し乍ら間も無く人々は、ドイツ民法第二百二十六條に類せる斯の觀念が、權利内容を具體的に把握せんが爲

めには甚だ不十分なることを認めた、さうして形態を定め限界を設くる目的として、例へば「利害關係の欠缺」(„Default d'intérêt“) 就中、「合法的動機」(„Motiv légitime“) (四一) といふが如き、益々多く包括的なる客觀的批判標準に到達し、隨つて復たもや權利の相對性へ逆戻りした。かくて、個々の權利に對して合法的動機を確定し、之を準繩として其の都度、果して當該行使行為が尙ほ權利内容の實現なりや、若しくはそれが實は越權、即ち「權利の社會的機能に於ける横領」(„Déournement du droit dans sa fonction sociale“) なりや否やを吟味することが肝要となつて來た。スイスに於いては、民法第二條第二項に依る明白なる濫用の批判標準たらしめんが爲めに、結果に於いて同様に、合法的動機といふことが、權利の形態に對する源泉並に尺度として展開せられた。但し其の方法に於いては、一箇の興味ある差異が示された。即ち、民法第二條第一項に、權利の行使は信義誠實に従つて之を爲すべきことの命令が掲げられて居り、權利濫用の禁止は此の命令より導來せられたるが故に、結局に於いて、信義誠實の原則が、權利内容の穿鑿に對する基礎と爲つて、合法的動機の方は反對に、此の總括的條項の結果であり、具體的表現であるといふことになつたのである。

(四〇) 就中、サノーユ (Sallières) が „Bulletin de la Société d'Etudes législatives“ 誌、一九〇五年卷三三五頁以下に於いて之を主張して居る。

(四一) 前掲ヂョスラン著「權利の精神と其の相對性」三六八頁以下。並に同著「民法講義」(„Cours de droit civil“) (一九三〇年



刊)第二卷四三一項。

權利の内容の形態を定むる源泉及力の確定に於ける方法上の差異は、權利濫用のドイツの學說に在つても亦見受けられる。文献に於ける一方向(四二)並に司法界は、總括的條項——善良なる風俗(Gute Sitten)及信義誠實(Treu und Glauben)——を出發點として採り、さうして此處より個々の權利の内容の具體的形態に到達せんと試みる。文献に於ける他の方向は、此の方法を目して、總括的條項への逃避、醇風美俗秩序よりの許すべからざる、危険なる借財と爲して居る。謂へらく「信義誠實」「善良なる風俗」等の如く、無數の頭が有つて、理性の手には容易に掴まれない怪物めきたる概念は、要するに手引を與へ得るに過ぎない。併し乍ら手引を與へても尙ほ個々の權利の上に超然として直接の關聯が無い。それ故に個々の權利は、法の構造其自身よりして、其中に隠されたる利害關係の明確なる把握に依りて其の限界を認識せられ、其の内容を「合理的」に決定せられなければならない云々(四三)。

(四二) 例ぐば、„Juristische Wochenschrift“ 一九三三年卷二八五八頁以下所載ランゲ(Lange)論文、並に、前掲ジーベルト著「權利行使の失効と不許容」(Stielert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“) 一〇六頁以下、一五一頁以下等が之に屬する。

(四三) 就中、ミューラーエルトツバッハ著「利益法學の行方」(Müller-Erbach, „Wohin führt die Interessenjurisprudenz?“) (一九三二年刊) 六七頁以下、同著「商法」(G. Landelsrecht) 二八三頁以下は代表的である。前掲リュエディー(Kiddy)の著書(ミンクン、ン大學一九三四年學位論文)特に五五頁以下、六六頁以下、一〇三頁、一三二頁以下が之に追隨して居る。

個々の權利に於ける利害關係と利益の保護とを基礎として立つ斯の方法は、それが漠然たる用語を姑息なる間に合はせ手段なりとして拒否し、随つて個々の權利と個々の法條との精確なる把握と解釋とへ強要する點に於いて、疑も無く多大なる價值を有するものである。同時にそれは、論理的——抽象的なる法律解釋に對して緩和(Auflöckerung)の必要と方途とを遺憾無く示して居る。併し乍ら國民社會主義の法律觀念の意味に於いて吾人の民法を變革せんが爲めには、斯の利益説は、最早十分ではないであらう(四四)。加之此の利益説は、餘りにも甚しく合理主義的なる、個々の目的に拘泥せる、随つて必然的に分析的なる方法たるの嫌がある。即ちそれは、當面の問題となる利害關係を調査し、之を個別化し、然る後之を比較計量するの任務を裁判官に課するものである。しかも、利益と必然的に之に對立せしめらるべき反對利益とを結合して見たところが、それは決して一個の全體性的出發點及目標點を成すことが出来ない。斯くして利益といふ概念は、法(權利)及法律(權利)關係の内容に新たな形態を與へんが爲めの力として、到底、具體的秩序と共同態との思想の要求するところのものを成し遂ぐることが出来ないのである(四五)。

(四四) 此の所説並に以下の所説は、全體としての「利益法學」に對する筆者の態度を表明せんとする意圖ではない。此處では單に、法(權利)濫用の學說に取つて利益といふことが如何なる意義を有するかを問題とするのである。後條(註四六)に掲ぐる文献の引例も亦、單に、共同態思想を基礎として權利内容に具體的形態を附與せんとすることに取つて利益説の有する意義に關するものである。

(四五) 之に關しては、„Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷三四三頁以下所載ケンケル(Kenkell)論文。



シャフンスタイン著「刑法に於ける目的論的概念作成の問題について」(Schafstein, „Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht“) (一九三四年刊)、並に同著「ドイツ刑法」(„Deutsches Strafrecht“) (一九三五年刊) 九七頁以下。  
 „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷二八三頁以下所載ダーム(Darm)論文。ラレンツ著「法律哲學及國家哲學」(Larenz, „Rechts- und Staatsphilosophie“) 第二版(一九三五年刊) 二〇頁以下等參照。(刑法に於いて「法益」——„Rechtsgut“——の學説は、權利濫用の定義に於ける「利益」の學説と略ぼ同一の線上に立つて居る。尙ほ „Monatsheft für Kriminalpsychologie und Strafrechtsform“ 誌第二十五卷(一九三四年) 六五頁以下所載、エンギッシー稿「利益法學と刑法」——  
 Englisch, „Inressenjurisprudenz und Strafrecht“——參照。

法(權利)の内容を形作る究極の目的は利益保護に在りとする觀念が、共同態思想に依る法(權利)の具體的、政治的秩序の成立を妨げ、若しくは少くとも困難ならしむることは、利益説を根柢として發展し、法と利益との間の、就中、自己の利益と之に對立する利益との間の「不均衡性」(„Disproportionalität“)といふことの上に築き上げらる、法(權利)濫用の體系が最も明瞭に之を示して居る。即ち之に依つて個々の權利保有者の利益が主要にして必然的なる出發點を爲し、次に他の種々なる利益が此の利益に對抗して來る。さうして假令吾人が、此等の對抗的利益は、場合に依つては自己の利益よりも高く評價せられなければならぬといふことを承認するとしても、尙ほ且つ吾人は、自己の利益が或る程度まで獨立して存在する出發點を成すといふ觀念から到底離脱しない。斯の如きは、「利益」並に、法(權利)の任務及目的について共同體より出發する評價と正に氷炭相容れざるところである。利益説は結合せずして却つて對立せしめ、形

態を創造せずして、僅に調停するに過ぎない。斯くの如くにして共同態思想のあらゆる要求は意に満たさるゝの時を知らない。

それ故に、法(權利)の内容の形態創造に對する、從つて亦、法(權利)濫用思想の決定と適用とに對する決定的標識としての利益といふ概念は之を否定しなければならぬ。吾人の觀るところを以てすれば、共同態の具體的秩序、換言すれば、政治的責任と政治的功績とより出發して個人の權利を形作るところの力として、かの概念に代はるべきものは、義務である(四六)。これよりして法(權利)の本質に取つて極めて原則的なる認識、即ち、主觀的法(權利)と義務とは、最早相並んで立つものではない、況んや相對抗して立つものでは猶更なく、寧ろ義務は權利の中に攝取せられ、隨つて權利と義務との結合が達成せられ、此の結合は、法の具體的形態に於いて其の明瞭、發刺且つ力強き表現を見出たすのであるといふ認識が伴生する。斯くの如き權利と義務との結合は、吾人が之を「人」(„Person“)「權利主體」(„Rechtssubjekt“)の概念の變遷に遡及して考ふるときに、最も正しく且つ最も具體的に把握せられる(四七)。甚だ異とすべきは、民法の殆んどあらゆる教科書に於いて、眞先に先づ主觀的法(權利)の概念が説明せられ、次に初めて權利主體(並に權利能力——Die Rechtsfähigkeit——)の概念が説明せられて居ることである。既に此處に一箇の分解的なる、更に端的に謂へば本來顛倒的なる抽象が存在する。いづれにもせよ、苟も民族的共同態の上に築き上げらる、法(權利)に在つては、共同態と其の關節たる人、即ち民族同胞とが出發點とせられなければ



ばならない、さうして其處よりして初めて、第一に人の具體的義務が、次いで其の權利の具體的形態が決定せらるゝことを得るのである。

(四六) „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷六三頁以下所載、E. R. ツーバー (E. R. Tüber) 論文、並にジーベルト著「ドイツ法」(Siebert, „Deutsches Recht“) (一九三五年刊) 五六頁以下参照。尙ほ、此處でも亦、刑法に於ける各種の變遷との類似が認められ得る。即ち今日では、犯罪は、共同態といふものより抽出せられたる具體的義務の違反と解せられ、さうして其の際に、或る種類の犯罪構成事實(類型)、即ち、叛逆及背信罪 (Verrat- und Treubruchdelikte) が特に重視せられる。尙ほ、„Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷二八三頁以下所載、ダーム (Dahm) 論文、同著「共同態と刑法」(Dahm, „Gemeinschaft und Strafrecht“) (一九三五年刊)、同稿「犯罪と類型」(Dahm, „Verbrechen und Tatbestand“) (一九三五年) (本書所載)。シャッフシュタイン稿「義務違反としての犯罪」(Schaffstein, „Das Verbrechen als Pflichtverletzung“) (一九三五年) (本書所載) 等参照。

(四七) 之については、ラレンツ稿「法律人と權利」(Larenz, „Rechtsperson und subjektives Recht“) (一九三五年) (本書所載) 参照。

## 五

信義誠實の原則の中に藏せらるゝ義務及共同態思想の具體的形態創造力に關する如上の觀念、並に、一般に總括的條項其ものゝ意義に關する疑問と關聯して、尙ほ簡單に、謂はゆる法の安固(權利の安全) (Die Rechtssicherheit) の動搖、並に、裁判の軟弱化 (Verweichlichung der Rechtsprechung) と云ふ兩眼點に言

及しなければならぬ。兩者は此の關係に於いて諸方面より表明せられたる疑懼である(四八)。併し乍ら此等の疑懼は、上に叙述せられたるが如き總括的條項の意義の變遷に依つて既に其の疑懼たる理由の大部分を喪つて仕舞つた。世界觀の支離滅裂の時代に在つては、總括的條項がその上に存立すべき、又、彼等に依つて表はさるべき堅固なる基礎が存在しなかつたが故に、彼等は殆んど何等の效をも擧ぐることが出来なかつた。然るに今日に在つては、信義誠實、善良なる風俗、乃至、義務及共同態思想といふが如き諸概念は、彼等が健全なる民族感覺の極めて自然なる、既に言語的にも力強く且つ内容に富める表現として有する價值より觀て之を缺くことを得ざるものである。即ち、彼等は吾人の現行民法に於いて、共同態の民族的原則の具體化であり、苟も吾人が識り得る限に於ける最も確實にして最も力強き法條である。此の民族的原則が、數學的に之を把握し計算し得ざることは、單に抽象的—個人主義的思想の立場より觀ての一缺陷たるに過ぎない。同時に、斯の抽象的—規範主義的思想こそ、紛れも無く一種の無力、一種の浮薄及軟弱化の表現であつたといふことを、極めて率直明瞭に力説して置くの要がある。蓋し、敢然として共同態生活の諸般の具體的秩序の中に踏み込み、さうして此處で一箇の生命に満ちたる司法に到達せんと努むるよりは、抽象的—成文的規範の蔭に隠るゝことの安易なるは、言を俟たない。抽象は實際に於いて硬直凝固なる形式への逃避であり、具體化は、生命への果敢なる邁進である。

(四八) 之に關する包括的敘述は、最近、„Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ (「國民社會主義法律及



立法百科全書」(一九三五年刊)九七一頁以下所載のフーバーナーゲル(Hübner)の該博なる論考を以て最とする。

總括的條項、就中、信義誠實の原則が、今日に在つても尙ほ、一箇の抽象的なる、さうして根本に於いて個人主義的なる「法律共同態」(„Rechtsgemeinschaft“——權利共同關係)の意味に於いて解釋せられ、適用せられ得るの危険(四八)は、權利の内容が、「民法的」(„Bürgerlichrechtlich“) (民族同胞的)資格を包容する具體的秩序よりして決定せられなければならないとする、吾人が此處に再三再四力説したる認識と要求とに依つて疾く既に征服せられた筈である。權利の内容が斯くして決定せられたる曉には、義務及共同態思想は、最早決して、外部より個人に押し付けらるゝ一群の價值概念ではなしに、一箇の具體的にして能動的なる共同態の表現であり結果である。併し乍らその曉には、信義誠實並に善良なる風俗の概念は、幾度も繰返して力説することを要するが如く、凡ての權利の上に位するのではなしに、民族同胞の法律地位の中に、さうして之と同時に、個々の權利の中に實現せらるべきであり、又必ず實現せらるゝに違無い。此の權利は其の場合、常に、全民族共同態を基礎として決定せられなければならないが故に、個々の秩序と法(權利)との分離的絶縁と間隙とも亦、之を避けることが出来る。即ち、民族の生活法則の全體を具體化するものとしての義務思想は、或る一箇の状態が全體秩序より取り出ださるゝことを防止するのである。かくして總括的條項は、それが正當に適用せらるゝ場合には、眞に具體的なる形態創造を保證すると同時に亦、個々の民族同胞の權利と、民族的生活の基本法則との無條件なる合致を保證する(五〇)。

(四九) 之に關しては、就中ホエーン著「法律共同態と民族共同態」(Höhn, „Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft“) 六四頁以下、並に本篇第三章參照。

(五〇) 此の結果の必然性に關しては、前掲ホエーン著書、特に七三頁以下參照。個々の状態と全體秩序との分離の危険については、„Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷三四頁所載、ヘンケル(Henkell) 論文參照。對象より引き離されたる尺度といふ觀念に對しては、就中、ダーム稿「犯罪と犯罪構成事實」(Dalm, „Verbrechen und Tatbestand“) (本書所載)が遺憾無く駁撃して居る。

即ち之に依つて吾人は、義務思想に依つて權利内容を共同態に相應はしく決定せんが爲めには、全體的にして且つ同時に具體的なる基礎を缺くことが出来ないといふ結果に到達する。斯かる基礎が、現在適用する民法に取つて實現せらるゝのは、民族共同態に於ける法(權利)の具體的形態創造に對する根柢を提供するところの、隨つて民法の援助的原因(Juris civilis adjuvandi causa)、或は補足的原因(Supplendi causa)、或は修正的原因(Corrigendi causa)として適用せられず、民法の完成的原因(Juris civilis implendi causa)として適用せらるべき總括的條項に依つてある。

斯くの如き、義務及共同態思想に依る權利の具體的形態の全貌は、法(權利)の濫用の學說に依つて初めて明瞭となり、實現せられる。權利濫用(Rechtsmissbrauch)が其の實、權利超過(越權——Rechtsüberschreitung)であること、並に、濫用的權利行使の確認が、改善せられたる法律解釋の方法に依つて獲得せらるゝ、眞の權利内容の認識に基づくことが、斯くして明白となるのである(五〇a)。



(五〇a) 此等の結果の貴重なる確證と補充とを示すものは、盛に論議せられて居る税法に於ける法(權利)の濫用の場合である。税法に於いては、民法の形式及形態創造可能性の濫用に依つて納稅義務が回避若しくは減輕せられ得ること、若し濫用が認められたる場合には、租税は、經濟的過程、事實並に關係に適合せる法律の形態に在つて徵收せらるべきが如くに之を徵收すべきことが規定せられて居る(一九三四年十月十六日租稅調整法——Das Steueranpassungsgesetz vom 16. Okt. 1934——第六條。舊全國公租公課法——Die Reichsabgabenordnung——第十條)。文獻並に司法に在つては此の原則が通例として既に、謂はゆる税法の「經濟的」解釋といふことを以て説明せられて居る——是れ實に、本文に述べたるが如く、法(權利)の濫用の判断が、一箇の改善せられたる法律解釋を基礎とすることを示す、有力なる一證明である。之について現に、租稅調整法第一條が、凡ての税法は國民社會主義的法律觀念に従つて解釋せらるべく、其の際、民族通念や税法の目的並に經濟的意義やが考慮せられなければならないと規定して居るとすれば、此の解釋方法は今日では、單に税法のみならず、あらゆる法律に對して適用せらるべきものであり、随つて、税法に於ける法(權利)濫用に關し、右の解釋原則を基礎とする明言的規律は、當然何等の疑義無く一箇の一般的法律原則にまで引上げられ得るものである。——尙ほ之に關しては、例へばベッカー著「全國公租公課法」(Becker, „Reichsabgabenordnung“) (第七版、一九三〇年刊)中の一〇六頁以下に於ける同法第五條説明、並に„Deutsche Juristen-Zeitung“ 誌一九三四年卷一一九四頁以下所載同氏論文。ラインハルト著「新税法」(Reinhardt, „Die neuen Steuergesetze“) (一九三四年刊)二二頁以下。前掲ベッカー著書一一九頁以下所載、判例一覽。並に、ブラウ・オエフテリッング著「税法と民法」(Blau-Oeffering, „Steuerrecht und BGB“) (一九三四年刊)七五頁以下等參照——尙ほ注目すべきことは、舊全國公租公課法第十條第二項に基づく濫用の個々の場合に關する規定が、實地に於いて障礙を爲したことが多し、ところより新しき租稅調整法第六條の中へ取り入れられなかつたことである。即ち個々の場合に何を濫用と看做すべきかは、國民社會主義的解釋に従つて決定せらるゝのである。前掲ラインハルト著「新税法」二二三頁以下參照。

## 六

次に、民法の領域に於ける法(權利)濫用の個々の適用範圍について謂へば、先づ第一に第三ライヒの立法が、例へば婚姻及養子縁組と云つた様な全般的法律制度の濫用に付いて幾多の重要な實例を示して居る。之に關して眞先に注目し値することは、民法第二百二十六條が、民法第千三百二十五條aの新項の文言に依つて征服せられて居ることである。此の新項は、婚姻が婚姻上の共同生活を創立せんとすること無しに、妻をして夫の家の氏を稱することを可能ならしめんことを唯一の若しくは主たる目的として締結せられたるものなりや否やを穿鑿するものである。更に余の觀るところを以てするに、此の規定は、婚姻の本質並に任務を決定するに、一方には出發點としての「婚姻當事者」(„Ehepartner“)の利益があり、他方、之に制限を加へんとする公共的利益としての國家の利益があつて、此の兩者が對立するといふ考よりせず、具體的共同態の統一的形態作成といふ考よりしななければならないといふことに對する一箇の確證である。一般に、親族法に於いて法律的に取締られたる權利濫用の場合(前掲、註四參照)が、これまでも既に、具體的、人身權的(Personenrechtlich)共同態を基礎として婚姻法の具體的形態を造り出だすべき機會を提供した(且つ現に提供して居る)、さうして司法は幾多の場合に於いて之に成功した(五一)。

(五一) 例へば、大審院判決集民事篇(Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen)第九十七卷二八四頁、第百三卷三四九



頁。"Recht" 一九一四年第二四七〇號等參照。

同一のことが、例へば**所有權** (Das Eigentum) についても謂ひ得る。かの世襲莊園 (Der Erhof) に於ける**所有權**が、**共同態思想**に依り、義務及奉仕の思想に依つて形作られたる「所有」であることは、幸にして壓倒的に承認せられて居る。世襲莊園所有を目して、謂はゆる「**一般的**所有權****」 („Der allgemeine Eigentum“) に比すれば、讓渡禁止若しくは其他種々なる條件あるが故に、「限られたる」**所有權**、若しくは「未だ完全に發展せざる」**所有權**であるとする結論に歸着する見解は誤つて居る。何となれば斯かる見解は、**共同態的法律**の中には到底存在し得ざる、「其自體として」の**所有權** (Eigentum „an sich“) 即ち一箇の抽象的—絶對的なる**所有權**の概念を出發點とするものなるが故である(五二)。同様に、一九三三年十二月十三日付法律に於いて之を見るが如く、民衆勤勉化の爲めに特別の重要性を有する經營に對する**相隣權** § 「制限」 („Beschränkungen“ der Nachbarrechte gegenüber den Betrieben, die für Volkserthüftung von besonderer Bedeutung sind) 云々といふが如きことも亦、單に立法技術上の考慮よりしてのみ是認せられ得るに過ぎないもの、如くである。即ち、此の場合に於いても亦、其の實は、**所有**の具體的形態如何の問題であり、隨つて斯くの如き經營に對して不作爲請求權を主張することは、**所有權**の一濫用を現はすべきが故である。

(五二) 尙ほ、ブーセ著「全國食料生産聯盟の法律」(Büsse „Recht des Reichsnährbundes“) (一九三三年刊) 二七七頁以下、二

七九頁。ジーベルト著「ドイツ法」(Gierbert, „Deutsches Recht“) (一九三五年刊) 五六頁以下參照。

訴訟法に於ける**權利濫用**といふことは、就中フランス(五三) に於いて多く論究せられたものであるが、

ドイツに於いては、例へば一九三四年十二月十三日付執行可能性の濫用防止に關する法律 (Das Gesetz zur Verhütung missbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. XII. 1934) (五四) の如き法律が之を取扱つて居る。

(五三) 例へば、ヂョスラン著「法(權利)の精神並に其の相對性」(Josserand, „De l'prit des droits et de leur relativité“) 五四

頁以下、プラニオル・リベール著「フランス民法概論」(Planiol-Ripert, „Traité pratique de droit français“) 第六卷七九五頁以下。

並に前掲リューデー (Rüdy) の學位論文四四頁以下等參照。——此等の著書はいづれも詳細なる判例を掲げて居る。

(五四) 裁判の方面よりしては就中、„Juristische Wochenschrift“ 誌一九三〇年卷三八六六頁所載、「訴訟上の故意の抗辯」 („Ex-ceptione doli prozesualis“) の興味ある判例(ナウムブルク控訴院)を擧げる。

**共同態思想**と**民族同胞の地位**とを出發點として築かる、**權利**と**義務**との一體性は、以上の如き立法者の容喙干渉を俟たずとも、兩者を分離する思想に基づいた從來の結果に對して、屢々原則的に異なる見解を將來する。例へば、**代理權**の濫用の問題に於けるが如き是れであつて、此處でも亦、これまで大に賞讃せられて居た、**代理權**と**業務執行義務**との分離といふことが大なる範圍に於いて再び征服せられなければならないのである(五五)。更に、**信託** (Die Treuhand) の問題も亦、從來動もすれば、**法律上の權利**と**誠實義務**との間に於ける架橋し難き對立の立場よりして觀察せられた、さうして人々は一旦斯くの如く截然たる區別を立て



、然る後に更めて出来る限り廣汎なる調節に到達しようと試みた、焉ぞ知らん此處でも亦、成功を約束するに足る唯一の途は、被信託人(Der Treuhänder)の地位の権利と義務とを結合して之を具體的に形態化することに在るのである(五六)。例へば裁判に於いても互しく従來の如き微温的な端緒を一擲して、若し保全所有権者(Der Sicherungseigentümer)の請求が此の債権者の義務地位と一致しないならば、之を保全所有権の濫用として却下すべきであつた。

(五五) 之については、"Juristische Wochenschrift" 誌一九三五年卷一〇二頁以下所載、並に "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft" 誌第九十五卷(一九三五年)六二九頁以下所載、ジーベルト論文参照。

(五六) "Deutsche Juristenzeitung" 誌一九三四年卷一二四〇頁以下所載並に "Juristische Zeitschrift" 誌一九三四年卷三〇五四頁以下所載ジーベルト論文、及、同著「法律行為的信託關係」(Siebert, "Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis") (一九三三年刊)参照。

喧しく論せられて居る謂はゆる「権利喪失」"Verwirkung" (Verwirkung) とは月賦販賣等に於いて分割拂を爲さざりしとき失權するが如きを謂ふ)も亦、余の觀るところを以てすれば、權利濫用の一つの場合である。(但し、喪失が其の具體的法律要件に於いて沈黙思想(Verschweigungsgedanke)に影響せらるゝことの頗る多いことは争はれない)。此の見解は就中、喪失の適用領域を明確ならしむるの結果を將來するものである。即ち權利濫用の教義が適用せられ得る限り、換言すれば吾人が、義務及共同態の思想に依つて理由づけられたる權利の具體的形態を確認することが出来る限り、喪失の思想も亦適用可能である(五七)。

(五七) ジーベルト著「權利行使の失効と不許容」(Siebert, "Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung") (一九三四年刊)、並に "Juristische Wochenschrift" 誌一九三四年卷一八二九頁以下所載論文等参照。クラウゼ著「法律取引に於ける沈黙」(Krause, "Schweigen in Rechtsverkehr") (一九三三年刊)、並に "Deutsche Juristenzeitung" 誌一九三四年卷一五二二頁所載論文は少しく見解を異にして居る。最近では、大審院の意見("Juristische Wochenschrift" 一九三五年卷一八四一頁及二四九〇頁)並にクラウジング(Klausing)の説("Juristische Wochenschrift" 一九三五年卷一八四一頁註)も亦、吾人の所見と一致して居る。

喪失思想の斯くの如き原則的適用と、個々の場合に於いて事實状態の細密周到なる検査が行はなければならないとすることは決して矛盾しない。但だ妥當を缺くのは、喪失を當初より特定の法域に局限すること、若しくは之を特定の法域より原則的に隔離することである。随つて例へば大審院判決集民事篇第四百四卷二二三頁、"Juristische Wochenschrift" 一九三四年卷一八四頁の如く、權利喪失を單に價值引上法(Das Aufwertungsrecht)——かの大インフレーション後、紙幣債務を新しき本位貨幣價值に換算することを規定したる法律、一九二五年七月十六日公布——譯者補)、工業的權利保護(Gewerblicher Rechtsschutz)——謂はゆる無形財貨權——Das Immaterialgüterrecht——即ち、著作、發明、特許、意匠、商標に關する權利の保護を目的とする法域——譯者補)及勞働法(Das Arbeitsrecht)に於いてのみ認めんとする意見、並に亦例へばヴェスターマン著「國民社會主義の社會政策」(Westermann, "Die N. S. Sozialpolitik" (一九三五年刊)一六四頁の見解は之を否定しなければならぬ。但しヴェスターマンは、"Deutsche Juristenzeitung" 誌一九三五年卷三九七頁以下に於いて少しく前説を改め、勞働法に於ける權利喪失を認めざるに至つた。現在では大審院の意見が "Juristische Wochenschrift" 一九三五年卷一八四一頁に於いて是正せられて居る。

更に特筆すべきことは、勞働法に於いて最近再び前面に進出し來つた「善良なる風俗に反する解約告知」(Die sittenwidrige Kündigung) (五八)の問題も亦、同様に權利濫用の教義を以て解決せられ得るとい



ふこと、是れである。

三三〇

(五八) 之に關しては、マンスフェルト著「ドイツ労働法」(Mansfeld, „Deutsches Arbeitsrecht“) (一九三四年刊) 三二九頁以下。 „Juristische Wochenschriften“ 誌一九三五年卷一三二頁以下所載クラウゼ (Krause) 論文。モリトリア著「解約告知」(Molitor, „Kündigung“) (一九三五年刊) 一六二頁以下等参照。

最後に尙ほ、訴訟法上實際的に極めて重要な問題、即ち舉證責任 (Die Beweislast) の法則について一言しなければならぬ。從來、舉證責任の學説は、最も典型的なる方法に於いて、權利と義務とを分離對立せしむる規範思想を基礎として立てられて居た。随つて「其自體として」の權利といふ抽象的觀念の征服と共に、舉證責任の從來の學説も亦、その大部分に於いて征服せらるゝのである(五九)。

(五九) ダーム稿「犯罪と犯罪構成事實」(一九三五年) (本書所載) (Dahm, „Verbrechen und Tatbestand“) 参照。

## 七

權利濫用の適用せらるゝ場合の中、現在に於いて特筆を値するものは、資本金會社 (Die Kapitalgesellschaften

——例へば株式會社、有限責任會社に於けるが如く、關與者の責任が其の出資を限度とする企業形式——譯者)の法律である。即ち此處では最近の大審院の二判決 („Entscheidungen der Reichsgerichts in Zivilsachen“ 第四百四十六卷七一頁以下及三八五頁以下) が、權利濫用の本質と造形力とに對する特に明瞭なる一例を提供

することが出来る。

一。資本金會社の中、權利の濫用的行使の問題が、最も容易に且つ最も明白に浮び出でなければならなかつた領域は、表決權 (Das Stimmrecht) の行使の問題就中、總會に於ける多數と少數との關係、並に個々の株式種類の相異なる表決資格の問題である。之に關して大審院の判決は、極めて興味ある發展を經過したが、以下若干の判決を引用して之を明かにしなければならぬ(六〇)。

(六〇) 以下の敘説については、就中、ヒューク稿「總會決議の反風俗性」(Hueck, „Sittenwidrigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse“) („Reichsgerichtsstasgabe“ 第四卷一六六頁以下所載)。ウィーラント著「商法」(Wieland, „Handelsrecht“)

(一九三一年刊) 第二卷二〇三頁以下。E・ハイマン稿「會社の損害と爲るべき行為に對する株主の責任」(E. Heyman, „Die Haftung der Aktionäre für gesellschaftsschädliche Handlungen“) (カールラント記念論文集——Festschrift für Wieland——(一九三四年刊) 二二二頁以下所載) 等参照。

現在では非常に有名となつて居るヒベルニア事件 (Hibernia-Fall) (六一) に於いて、大審院は次の如く述べた。「原告ノ申立ノ趣意カ、總會ノ決議ノ結果トシテ株主ノ多數派ト少數派トノ間ニ於ケル爾來ノ權力關係カ原告ノ不利トナルカ如クニ移動シタルコト、並ニ多數派カ其ノ權利ヲ無遠慮ニ行使シタルカ爲メ、少數派ト其ノ努力トハ著シク損害セラレタルコトヲ主張スルニ在ル限リ、原告ノ申立ハ現在ドイツ國ニ於イテ效力ヲ有スル株式會社法ヲ基礎トセサルモノナリ。法律ニ於イテハ多數派カ會社ノ管理ニ關シテ、並ニ會社ト其ノ株主トノ利益ノ爲メニ爲スヘキコトト爲ササルヘキコトトノ何ナリヤ決定ストノ原則カ一般ニ承認



セラル、トコロナリ」云々——勿論大審院も亦、多数派の決議が法律に違反することのあり得ることを認め、それは株式多数派が決議採擇に當り、善良なる風俗に反する方法を以て故意に株式會社の不利益若しくは少数派の不利益と爲るべき行爲を敢てしたる場合に推定せらるゝものであると爲して居る。併し乍ら其の際、多数派の故意 (Dolus) といふ、之を證明するに甚だ困難なる主觀的法律要件にしかく決定的なる價值が附與せられて居り、随つて「多数派ガ、單ニ (!) 勝手ニ (Willkürlich)、毫モ正當ナル理由無ク」決議を採擇したる場合には、通例として法律に對する違反が想定せられない——僅に「但シ之ニ伴フ特殊ナル情況ニ依リ斯カル行爲カ同時ニ民法第八百二十六條 (善良ナル風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ與ヘタル者ハ之ニ對シ損害賠償ノ責任ヲ負フ——譯者補) ノ法律要件ヲ滿タス場合ハ此ノ限ニ在ラス」(六二)とせられて居るに過ぎない。即ち此處では裁判は尙ほ完全に謂はゆる不法行爲法 (Das Deliktsrecht) の埒内に停滯し、随つて實際に使用し得る權利 (法) 濫用思想を尙ほ未だ全然出現せしめて居ない。更に甚しきに至つては、他の一判決 (六三) に於いて、表決權の行使に對する唯一の限界として、例の民法第二百二十六條 (他人ニ損害ヲ與ヘントスル目的ノミヲ有シ得ル權利ノ行使ハ之ヲ許サス——譯者) が引用せられて居ることである (六四)。

(六一) 大審院判決集民事篇 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 第六十八卷二三五頁所載。之に對する批判的なる意見としては、"Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht" 誌第七十三卷四三九頁以下、並に "Herings Jahrbücher etc." 第六十一

卷三八四頁以下所載、ミューラーエルツバッハ (Müller-Erzbach) の説を特記する。

(六二) 大審院判決集民事篇第六十八卷三一四頁以下及三二七頁。

(六三) 大審院判決集民事篇第八十一卷三七頁及四〇頁。尙ほ同判決集民事篇第一百九卷三八七頁、並にシュタウプビンナー (Stau-Pinner) 著書中、民法第二百五十二條註三一、b 及 c 參照。

(六四) 此の見解が如何に一般的に承認せられて居たかは、例へばフォン・トゥール (v. Tuhr) の「民法總則教科書」(Lehrbuch des Allgemeinen Teils) (第一卷五一頁) の敘述が之を證明して居る。「或る決議が無効となるのは、決してそれが多数派の權利の無遠慮なる行使を意味するが爲めでも、若しくは隨意放恣にして非理性的なる理由に基づくが爲めでも、若しくは會社の利益に衝突するが爲めでもない。この事は、社員ノ支配的地位よりも當然生ずる結論である。蓋し社員ノ多数の意思は、獨り定款に於いてのみ、さうして結局、當初確定せられたる會社の目的に於いてのみ一定の制限を見出すのみであつて、其の他のものよりしては秋毫の制肘を受くべき理由が無いからである」云々。

然るに一九一三年以降 (六五)、大審院の裁判は一種の過渡的段階に入つて居る。假令、表決權行使及權利濫用の問題が、依然として舊の如く民法第八百二十六條の法律要件よりして、即ち不法行爲法の立場よりして判断せられて居るとは謂ふものゝ、尙ほ且つ、善良なる風俗の概念が初めて次第に強く且つ具體的に把握せられて居る。「極メテ明白ニ利己的目的ヲ無遠慮ニ追求シ、且ツ故意ニ他ノ社員ノ損害ヲ計ツテ爲サレタル決議ハ、之ヲ多数派カ少数派ノ不利益ヲ目的トシテ有意ニ (Wissentlich) 權力ヲ濫用シタルモノト認ム」(六六)。他の一判決は一層明確である (六七)。「多数派ノ責ムヘキハ、其ノ行爲ニ際シテ一ニ利己的動機ニ左右セラル、コトニアラス、同時ニ會社ノ利益ヲ促進スルコトナク少数派ヲ犠牲トシテ偏ニ自己ノ利益ヲ追



求スルコトニ在リ」云々。次いで、或る種の決議が株主に直接關係ある場合に於ける株主の表決權禁止の必要に關する規定（商法第二百五十二條第三項——決議ヲ以テ責任ヲ解除セラレ又ハ義務ヲ免除セラレヘキ者ハ、其ノ決議ニ際シテ議決權ヲ有セス、又他人ノ爲メニモ議決權ヲ行フコトヲ得ス。株主ト法律行爲ヲ爲スコト、又ハ、株主ト會社トノ間ニ於テ訴訟ヲ提起シ又ハ之ヲ結了セシムルコトニ關スル決議ニ付キテモ亦同シ——譯者補）の解釋に當つて發現したる文言は、たしかに誠實義務思想に對する、隨つて之と共に權利濫用の教義の廣汎なる適用に對する端緒を與へ得るものである。即ち大審院判決集民事篇第七卷二〇四頁には、次の如く記されて居る。「社員ハ其ノ權利ヲ會社契約ニ基ツイテ享有ス、社員ノ權能ハ其ノ社員タル資格ニ於テ彼ニ賦與セラル、モノトス。隨ツテ社員ハ右ノ權利ノ行使ニ當リ原則トシテ會社ノ利益ニ依リ指導セラレ、會社ノ外部ニ存スル自己ノ私的特殊利益ニ依リ指導セララル、コトヲ容サス」云々。

(六五) 試中、大審院判決集民事篇第七卷二〇二頁、二〇四頁參照。謂ふまでも無く是より先にも既に一九一六年の *juristische Wochenschrift* 五七五頁に同一傾向が現はれて居るが、併し其後大審院判決集民事篇第五卷三七五頁に再現した。次いで此の發展の一般的針路に沿うものは、同第七卷七二頁、第八卷四一頁及三二七頁、第十三卷一九四頁、第十九卷一〇四頁及二五三頁以下並に三八七頁、第三百三十二卷一四九頁等枚舉に違がない。

(六六) 大審院判決集民事篇第二百二十二卷一六六頁。

(六七) 同上第二百二十二卷二四頁。外に同第九卷二五五頁參照。

此の命題に直接連結せられ得るものは、大審院の最近の二の判決である。此の兩判決は、會社法の從來の

發展の結末にして、且つ同時に一箇の新しき内容的形態の端緒なりと評價せられ得るものである。

第一の判決(六八)は、上記のものと同様に、表決權禁止の問題を取扱つたものである。問題は、或る合名商事會社 (*Offene Handelsgesellschaft*) の總有的所有 (*Gesamthandigentum*) に屬して居る株式 (株主權) は、若し此の合名會社の一社員が當該株式會社の取締役團の一員であつたならば、其の株式會社の株主總會に於ける責任解除 (*Entlastung*) 及検査人選任 (*Prüferbestellung*) の決議に際し表決に參與するの權利を有するか否かに在つた。これは商法の新しき第二百六十六條に依つて裁決せられなければならなかつた。大審院第二民事部は、右の表決權の問題を正當に否定したが、其の判決理由の中より次の數節を原文のまゝ引用することゝする。曰く「商法第二百六十六條第一項第二段ノ規定ハ既ニ今日ノ國家制度ヲ貫ク共同思想ヲ基礎トスルモノナリ。其ノ趣旨ハ一ノ共同態ノ成員ノ右共同態ニ對スル誠實關係ヲ從來ヨリモ一層大ナル程度ニ於テ力説シ、個々ノ成員ノ行爲ニ對スル準繩タラシメ、之ニ應シテ株式會社ノ諸機關カ專一ニ共同體ノ利益ト繁榮トヲ念トシテ其ノ一切ノ措置ヲ講シ利己的ナル個人的考慮ニ依ツテ制肘セラル、コト莫カラシヤウ豫防策ヲ施スニ在リタルモノナリ……株主カ當面ノ問題ノ如キ場合ニ共同態思想ヲ自己ノ個人的考慮ノ下ニ位セシムルコトアルヘキ危險ハ、上記ノ意味ニ於テ表決ノ禁止ヲ擴大スルコトノカノ誠實關係ヲ考慮シテ極メテ適切ナルヲ想ハシメタリ」云々(六九)。

(六八) 大審院判決集民事篇第四百四十六卷七一頁以下。 *juristische Wochenschrift* 一九三五年卷一二三六頁以下には、同一判決



がランゲン (Langen) の註解と共に載せられて居る。(但し筆者の觀るところを以てすればランゲンの註解には多少妥當ならざるところがある。)

(六九) 大審院判決集民事篇第四百六卷七六頁。

株式法に於ける共同態思想と誠實義務とに關する此の第一の判決に、間もなく明言的に權利濫用の教義を引いて此の法律思想の實現に資せんとしたる大審院第二部の第二の原則的判決(七〇)が續いたことは、決して偶然ではない。此の判決の對象は、第一に、商法第二百七十一條に基き或る一人の少數派株主が取消請求權を行使せんと欲したる事件であつた。大審院は此の事件について次の如く述べて居る。即ち、「其自體として」取消請求の權利ある者に對しても、事情に依りては、彼は總會の決議に對する取消請求に依り彼れの社員としての誠實義務に違反する者であるといふことを以て對抗することが出来る。斯くの如き誠實義務は少くとも、彼が利己的に會社と利害關係無き目的の爲め多數派に對して彼れの意思を強制せんが爲めに彼れの社員たる權利を利用してはならないといふ限りに於いて存在する。かゝる利己的目的の爲めに權利を濫用する株主は、彼れの誠實義務に對し、且つ同時に全然一般的に法律取引に於ける信義誠實 (Treu und Glauben im Rechtsverkehr) に對して重大なる違反を犯す者である(七一)。斯かる權利の濫用は到底許し難い、此の取消請求權ある者には「許すべからざる權利行使の抗辯」を以て對抗することが出来る云々(七二)。

(七〇) 大審院判決集民事篇第四百六卷七六頁。

(七一) 大審院は從來此の問題を動もすれば、權利保護の利益 (Das Rechtsschutzinteresse) の眼點の下に取扱つて居た、さうして之

と共に、凡ての權利と義務とを伴ふ社員資格の事實其ものが既に一箇の十分なる權利保護の利益を現はすものであるといふ理由を以て、或る特別な權利保護の利益(民事訴訟法第二百五十六條)の必要を否定して居た。(之については、就中、大審院判決集民事篇第四百五卷三三六頁及三三八頁、若しくは之にレーマン——Lhmann——の註解を附したる „Juristische Wochenschrift“ 一九三五年卷四二一頁參照。) 幸にして權利の實體的形態創造の爲めの斯かる訴訟法的辻路が、今では、權利濫用の教義の應用に依つて最終的に除去せられて居る。尙ほ、大審院判決集民事篇第四百六卷三九五頁參照。

取消請求權に必要な制限を加へんが爲めの別箇の途を、最近ギーゼケ (Gieseke) が „Deutsche Juristenzeitung“ 一九三五年卷五三八頁以下所載論文を以て提示して居る。ギーゼケは、決議無効の訴の本質を、従前の状態の回復に依つて損害及危險を除去することを請求する權利の中に看取する、さうして之よりして違法性 (Widerrrechtlichkeit) と株主の被害 (Schädigung des Aktionärs) との兩者が相合して、訴の基礎を成さなければならぬと結論する。此處に代表せらるゝ立場よりすれば、違法性と被害とに關する此等の考量は、當然無効出訴權の中に取り入れられなければならないといふ結果を生ずる。然らば、違法性と被害とは、最早、追加的の前提ではなく、彼等を理由づくることの事情あつて初めて具體的に形成せられたる無効出訴權が起生し得るのである。——即ち此の一例に據つても、法(權利)の具體的形態の教義が、亦違法性の體系的地位をも著しく改造し得ることが明かである。之に關して、特に刑法については、本書所載、ダーム稿「犯罪と犯罪構成事實」(Dahm, „Verbrechen und Tatbestände“) (一九三五年) 參照。

(七二) 「許すべからざる權利行使の抗辯」 („Einwand der unzulässigen Rechtsausübung“) と稱呼の訴訟法上の的確性に關しては拙著「權利行使の失効と不許容」(Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“) 一四五頁以下參照。

以上に引用せられたる數種の判決の中に現はれて居るが如き裁判に於ける變化は、即ち權利濫用の教義の明瞭なる貫徹を將來するものである。



(a) 大審院は、謂はゆる不法行為法 (Das Deliktsrecht) の根底を放棄した。就中、極めて狭き、殆んど悪意行權 (Die Schikane —— 民法第二百二十六條に謂ふところの、他人に損害を加ふるの目的のみを有し得る權利行使——譯者) と呼ぶところ無き、善良の風俗に反する故意の加害を要件とする民法第八百二十六條の法律要件を放棄した。不法行為法に代つて、信義誠實の原則が進み出た。即ち今や會社法に於いても亦、民法第八百二十六條が同第二百四十二條 (債務者ハ誠實ニ且ツ取引上ノ慣習ニ從ヒ給付ヲ爲スノ義務ヲ負フ——譯者補) に依つて交代せられたのである。之と共に、權利濫用の事實の有無の決定に對する包括的な客觀的批判標準が造り出される。如何となれば、信義誠實に對する違反である爲めには、必しも本人の責任 (Ein Verschulden) といふことが必要でないからである (七三)。

(七三) 主潮的意見としては、例へばヘーデン著「債務法」(Hedemann, „Schuldrecht“) 五五頁參照。

(b) 次いで、信義誠實よりして、社員たる者の誠實義務 (Gesellschaftliche Treupflicht) といふことが抽出せられ、此の義務の内容は、會社法の具體的要件に基づいて決定せられる。利己の動機に因り、會社と没交渉なる、若しくは會社に有害なる目的を追求することは、許されないこととなつて来る。此の眼點よりして、不正當なる多數勢力も、少數派の暴力行使も等しく排撃せられなければならない。しかも此の場合に特に強調しなければならないことは、共同思想の要件は、單に個々の會社の状態のみよりして之を決定することを容さざること、反對に、全經濟に於ける個々の會社の地位と任務、並に、民族全體に對する信託人

的責任の思想が、一切の具體化の究極の基礎を成さなければならないこと、さうしてこれが信義誠實の原則の本質に適應する所以であること、是れである。

(c) 之と共に裁判は、自ら意識して極めて責任の重き任務を引受ける。それは會社が法律の範圍内に於いてする權利行使爲の客觀的内容と客觀的正當性を検討すること、是れである。之に關してはウィーラント (Wieland) (七四) が劃切に次の如く述べて居る。即ち、裁判の舊來の局面は依然として第十九世紀末葉の自由主義の觀念に依つて指導せられて居た。此の觀念に従へば、裁判官は社團の自主を小心翼翼として擁護し、其の内容的合宜性ではなしに、單に外面的合法性のみを検査することを以て足れりとした。此の觀念に取つては、特殊なる、就中主觀的な事情の附加に依りて、際立つて「不徳義」(„Das Unsitliche“) のスタンプが之に押捺せられたる決議のみが不當なるものと考へられ得るに過ぎなかつた。それ故に大審院が今日、權利濫用思想の廣汎なる適用に於いて、權利行使爲の内面的客觀的合宜性にまでも立入つて検査するといふ任務を引受くることによつて、大審院は、それが有する本來の特に重要な地位に在つて法律に於ける共同思想の實現、法律と道德との一致に對する努力、權力と義務との結合、眞に具體的な司法の必然性、さうして最後に——經濟政策的に觀て——經濟は民族に奉仕せざるべからずといふ原則に益すること蓋し少くないであらう。

(七四) ヴィーラント著「商法」(Wieland, „Handelsrecht“) 第二卷二〇六頁以下。



但し此の場合に於いても亦、會社法の斯の内容的新形態を、單に利益保護と没目的とに關する考慮のみよりして説明せんと欲すること(七五)は之を否定しなければならぬ。此處でも亦、信義誠實の原則の具體的發現としての義務が、法律の形態を創造する原動力となるべきものである。同様に、從來盛に論せられた、さうして大審院も亦、可なり長い間、株式法を支配する一原則として之を適用して居た(七六)、謂はゆる凡ての株主の平等なる取扱の原則も亦、何等かの他の方向よりして初めて一定の内容を與へられ得るところの一箇の形式原則(Das Formalprinzip)の意義以上に出づることが出来なかつた(七七)。特に此の際に人々が、動もすれば其の都度解釋に依つて初めて理由づけらる、「社團法に於ける私的自主權の制限」(„Schranke der Privatautonomie im Verbandsrecht“)と思ひ做して居たところのものは、其の實、社員拘束と信託人的責任とを基礎とする、さうして權利濫用の教義に依つて、明瞭且つ實際上廣汎なる効果を現はすことを可能ならしめらるゝところの誠實義務の當然の一結果に外ならない。同時に大審院の諸判決の用意周到なる理由説明は、民法第二百四十二條が、毫も總括的條項への「逃避」が行はるゝこと無くとも十分に適用せられ得ることを示して居る。

(七五) 此の傾向を示す者は他にも多いが、就中、ミューラー・エルツバッハ「商法」(Miller-Ertzbach, „Handelsrecht“)二八三頁以下に著しい。

(七六) 大審院判決集民事篇第百十三卷一五六頁。

(七七) 之に關しては、„Juristische Wochenschrift“ 誌一九三四年卷三〇二五頁以下所載、リッター(Ritter)論文等參照。リッターは此の際かゝる内容を與ふる者として、信義誠實を擧げて居る。

二。大審院の最近の判決に依つて社員たる者の誠實義務といふことがしかく強調せられたことは、更に他の一方向に於いても、權利濫用の教義に取つて重要にして貴重なる一箇の端緒點を將來した。誠實義務の存立と效力とを確實ならしめんと努めて大審院は、社員が自己の社員たる地位を何等かの特殊なる法律形式を以て變裝若しくは隱蔽することに依つて此の誠實義務より逃るゝことを容さないといふことを特に強調して居る。

此の判決の爲めの出發點を成したものは、前に述べたる如く、其の業務執行の當否が検査に附せられんとする或る株式會社の取締役の一員が、同時に他の或る合名商會社の社員であつた場合に於ける表決權禁止といふ問題である。此の場合に件の合名會社は其の所有株を以て、検査人任命の動議に對する表決に加はることが出来たか? 即ち検討せらるべき問題は、或る一箇の總有者(Der Gesamthänder)の表決棄權義務は、會社の總有的所有(Das Gesamteigentum)に屬する凡ての株式より其の表決權を奪つたか否かといふことであつた。是より先き、一九〇六年並に一九二六年の兩判決(七八)に於いて、大審院は類似の場合に之を否定した。その時の大審院の説明は次の如くであつた。即ち、此の場合には、合名會社其自體とは交渉無く、單に其の一人の社員のみに關係ある決斷の問題である、株式會社に於ける行爲に際して、件の合名會



社の社員は、合名會社の代表者として行動するのではない、彼は寧ろ其の業務執行に基づいて、單に個人的に、随つて合名會社に對しては何等の效果無しに責任を負ふのである云々。斯くの如く合名會社の社員に於ける私人としての領域と會社の領域との形式的分離を基礎とする立場を大審院は今では放棄して居る、さうしてそれは、株式會社に對する株主の義務といふ眼點に基づいたのである(七九)。

(七八) 大審院判決集民事篇第六十四卷一四頁、及、第百十二卷三八二頁。

(七九) 大審院判決集民事篇第四百六卷七五頁以下の理由説明參照。尙ほ本章前條參照。

併し乍ら此の結果は、合名會社の場合であつたに、其の總有的共同狀態 (Die Gesamthandgemein-schaft) の性質よりして解釋上にも尙ほ比較的容易に之を説明することが出來た(八〇) ののであるが、之に反して、同じく表決禁止と社員の誠實義務とに關するものであるとはいふものゝ、大審院の第二の最近の判決に於ける法律狀態は前者よりも甚だ難解であつた。それは、株式會社に於いて其の業務執行の當否が検査に附せられんとする重役の一員が同時に或る有限責任會社 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) の社員であり、さうして今、此の有限責任會社が前者の株主として表決せんと欲する場合にも亦、表決權を禁止することが至當であるか否かといふ問題であつた(八一)。有限責任會社は一個の法人であり、それが自己の株式を提げて表決するのである！

(八〇) 大審院判決集民事篇第四百六卷七五頁參照。尙ほ其他にも、ミューラー・エルツバッハ著「商法」(Miller-Ertzbach, "Hand-

Verrechtung) 一八六頁等參照。

(八一) 大審院判決集民事篇三八五頁以下。

然るに此の時、大審院に依つて判決せられたる事件に於ける實際の事情は次の如きものであつた、即ち彼自身の株式に依つては表決することを許されなかつた筈の社員が、右の有限責任會社を事實上にも法律的にも支配して居たのである。と謂ふのは、他の社員は此の第一の社員の妻、息子及息子の妻であり、又、業務執行人は、「家父」と其の息子とであつたが、併し又は定款に依つて息子を何時たりとも罷免する權利を有つて居たからである。そこで若し或る有限責任會社の一人の業務執行人が、業務執行人として此の會社をしかく完全に支配し、有限責任會社の意思が必然的に件の業務執行人たる社員の意思と合致するほどであるとしたならば、その時には大審院が正當に述べて居るが如く、有限責任會社の所有する株式は、表決禁止の問題に取つて、恰も右業務執行人が個人として所有する株式と同様に取扱はるゝことが當然である。若し斯かる場合に表決權行使を法人に許可せんと欲するならば、それは形式をして内容の上に位せしむるものと謂はなければならぬ。

即ち大審院は、此の理由に依つて、社員が法人の形式的權利能力の蔭に隠れて彼れの誠實義務を回避することを防遏せんと欲するのである。權利能力は、之を援として共同態思想と誠實義務との要求を回避せんが爲めに濫用せられてはならない。



斯くして大審院の此の最近の判決は、吾人を或る一問題に導くものである。それは其の原則的重要性の故を以て尙ほ簡單に一言しなればならないもの、即ち、私法に於ける法人の権利能力の濫用の問題である。

権利濫用の教義は、此處で特に重要な、謂ふまでも無く亦、特に困難なる課題に逢着する。法人の権利能力は、從來主として一箇の抽象的—絶對的概念として適用せられて居た。権利能力の限界は、人が自然の權利狀態を必然的に顧慮しなければならない場合、即ち親族法に於いてのみ認められて居る。併し乍ら其の他に於いて法人の権利能力は、宛然として一箇の堅固にして動かすべからざる屋蓋であり、その蔭に法人の成員と代表者(役員)とは、外部より見れば完全に其の姿を没するが如き觀を呈して居る。獨り外觀のみならず、法人の内面的構造も亦、斯うした權利能力といふ凝固した概念に依つて支配せられて居ることは、人々が成員の權利關係を常に個々の成員と法人との間のみ看取して、決して成員相互間に想定しないことに於いて就中最も明瞭に現はれて居る。斯くて法人は、此等の凡ての點に於いて、權利能力無き人の團體(Der nicht rechtsfähige Personenverband)と截然たる對照に置かれるのである。

然るに、前に述べたる「同族有限責任會社」に關する大審院の判決、並に一人會社(Die Einmann-Gesellschaft)に關する幾多の議論や權利濫用に關する一般的考量は、之に反して、共同體思想と義務とを、法人の權利能力の場合にも亦、其の形態を決定し之を制限する力なりと認め、隨つて此の權利能力をも亦、具體的なる秩序及形態の思想に隸屬服従せしむるの至當なることを明示するものである(八二)。之と共に權利濫

用の教義は、改善せられたる法律解釋に依り、此處でも亦、從來の法律の變更と將來の法律の準備との爲めに一箇の重要な貢獻を爲し得るであらう。

(八二) 此處でも亦問題は——謂はゆる主觀的法(權利——Subjektives Recht——)の決定(本稿第三章參照)に於けると同様  
に——民族共同體と民族同胞とに出發して、そこより權利能力の觀念を構成せんとする觀察方法への復歸といふことに外なら  
ない。その際に、眞實なる團體人格の「有機」論(Die „organische“ Theorie vom realen Verbandspersönlichkeit)が如何に多く吾人  
に裨益を與へ得るかについては、„Deutsche Juristenzeitung“ 誌一九三五年卷七二三頁以下所載拙稿を參照せられ度い。

—(完)—



## 法律上の人 (Rechtsperson) と主観的法(権利) — Subjektives Recht)

—法の基礎概念の變遷について—

カール・ラレンツ

Karl Larenz

公法と私法との差別を設けて、之を對立せしむることは、吾人に取つて今日では頗る疑問に値するものと爲つたが、斯かる對照の由つて來るところは、法律の教義が、此の二つの領域の各箇に對して夫れ々相容れざる若干の基礎概念を造り上げたこと其の多きに居り、さうして法律思想に取つて此等の基礎概念は最も重大に評價せらるべき意義を有つて居る。試に民法概論に於ける普通の叙説の一に就いて、如何なる基礎概念が其の體系を支持し決定して居るかといふ角度よりして之を觀察するならば、吾人は容易に、主として唯だ一箇の概念があらゆる論議説明の中心に立つことを認識する。即ち主観的法(権利)の概念、是れである。民法總論の體系は、通例次の如き體裁となつて居る。それは、権利の保有者たり得る者としての人(Person)を以て初まり、次に權利其自身、其の内容及種類、更に主観的法の對象物としての權利客體(Das Rechtsobjekt)

に及び、最後に、「權利の取得及喪失」の教義の核心としての法律行爲を取扱ふといふのが定型となつて居る。併し乍ら法律行爲は亦、之を不法行爲(犯罪)——Das Delikt)と合せて、多くの他人との接觸に於ける人の行動といふ眼點よりして觀察することが出来る。即ち此の全體系が、法律上の人(Die Rechtsperson)と主観的法(権利)——Das subjektive Recht)との概念の上に築き上げられて居るのである。若し今日見る如く、私法が分離せる一箇獨立の法域として公法と併立する状態を征服せんと欲するならば、吾人は上に述べたるが如き私法概論の體系と、此の體系の根柢を成して居る基礎概念とを嚴重なる批判的檢討に附することを避け得ない。若し此の檢討の結果、此等の概念が今日では既に征服せられて過去のものとなつた觀念世界に屬することが明かになるならば、それと同時に、今後再び典型的に私法的なるものと考ふことを容されずに、専ら共同憲法律の思想より抽出せられなければならない新しき概念を物色するの必要が生ずるであらう(1)。

(1) 拙著「ドイツの法律改新と法律哲學」(„Deutsche Rechts-erneuerung und Rechtsphilosophie“) (一九三四年刊)に於いて、筆者は既に、人(Person)といふ抽象的概念を排撃して、「一般的に人たること」(Das Person-Sein)が基本ではなしに、具體的に、成員たること(Das Glied-Sein)が決定的でなければならぬと述べた。併し乍ら此の命題の中に横はる自然の結論、即ち、多數の個人の分離獨立せる法としての私法といふものは最早存在し得ず、凡ての法は共同體の法と看做されなければならないといふことには當時尙ほ未だ言及しなかつた。

今此處に、一般に法の概念の意義について一言することは必しも無用でない。吾人の後に残して來た時



代が、概して種々なる抽象的——一般的概念の意義を餘りにも過大に評價して居ることは疑を容れない。此の時代は、法律規範及判決の見透と「豫測可能性」(„Die Berechenbarkeit“)とを計らんとするに急なる餘り、全然別種なる幾多の生活關係と法律構成體とを、出來得る限り廣く包括するやうに想定せられたる、随つて極度に内容に乏しき、形式的なる一般概念の下に攝取することに腐心した、さうして之と共に、現實の生活秩序の豊富さ、分節整然たる充實性を破壊して、之に代ふるに、一箇の抽象的に想定せられ、論理的に完成せられたる體系を以てした。併し乍ら、概念作成及體系樹立の此の方法の弊害の認識は、直に概念と體系とを一概に放棄することを正當なりとする理由と爲り得ない。何となれば、概念の機能は今日と雖も依然として缺くべからざるものなるが故である。即ちそれは、複雑性の中の單一性と分節次序とを認識するといふ機能である。征服排除すべきものは、其自體としての概念にあらずして、抽象的なる一般概念である。一般概念とは反對に、具體的概念は、人生の多趣性を破壊せずして、彼自身の進展の原則として之を自家藥籠中のものとする。随つて具體的概念は、絶えず自己を蟬脱し、常に具體化を求めて休まず、且つ自ら具體化である。換言すれば、それは種々なる差別を自己の中に攝取し、之を自己より排斥しない。斯かる具體的にして有機的なる概念形成の本質に關しては、近年の法律哲學に於いて、假令最終的斷案は尙ほ下されて居ないまでも、幾多の貴重なる説が述べられた(二)。此處では單に、吾人の當に努むべきところは、抽象的概念に代ふるに、他の抽象的概念を以てせずして具體的概念を以てし、之に依つてドイツの法律の將來の有機的體

系の爲めに一箇の豫備工作を供與するに在るといふことを示唆するを以て足れりとしなければならぬ。

(II) 法律學に於ける「具體的概念」に對する要求は、眞先にビンダー(J. Binder)に依つて、就中、其の著「法律の哲學」(„Die Philosophie des Rechts“) (一九二五年刊) 八八八頁に詳細に説明せられた。尙ほ、„Zeitschrift für Handelsrecht“ 誌第百卷一頁以下、特に七二頁以下所載、同氏稿「私法學に於ける方法論争に關する私見」(„Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft“) 參照。右の外、シェーンフェルト著「辯證的法律學の概念」(„Über den Begriff der dialektischen Jurisprudenz“) (一九二九年刊)、同「法の認識」(„Von der Rechtskenntnis“) (一九三一年刊) 同「アンホルデン法典を基礎として觀たる同種族の法律意識」(„Das Rechtsbewusstsein der Langjarden auf Grund ihres Etilkes“) (一九三四年刊) 參照。„Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌第九十五卷一頁以下所載、ノーバー(E. R. Huber)の論文に於ける「形態」(„Gesalt“) の概念の適用も亦、同一の方向に在るものである。尙カール・ミヒアエリス(Karl Michaelis)の論文「ドイツ法律思想の變遷」(„Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens“) (一九三五年稿、本書所載) の結尾觀察をも參照。哲學の文献よりしては、ブルンシュテット(Brunstäd)の„Luzik“ 一九三四年春所載論文、及、就中、ヘーゲルの「論理學」特に、その概念論が擧げられる。

從來の教義は、人を、權利及義務を擔當する可能性ある者(Der mögliche Träger der Rechte und Pflichten)として觀察する、即ち法律の意味に於ける人格(Die Persönlichkeit)を、權利能力(Die Rechtsfähigkeit)と同視する(三)。從來の教義は、一切の人間が其自體として、即ち民族所屬性若しくは其他の



種々なる前提條件を顧慮せず、人 (Person) であり、且つ同時に権力能力ある者であるといふことを當然自明であると観する。人としては、換言すれば、權利を享有する可能性に關しては、あらゆる人間が從來の教義に取つては平等に通用して居る。随つて從來の教義は、亦權利能力に無數の等級若しくは段階のあることをも概して認識しない。寧ろ反對にそれは次の如く判然と宣言して居る。「人間の權利能力は原則として平等である」(四) と。之と共に既に、(かの抽象的なる人の概念が出来上つたについては、平等といふ思想が其の世界觀に基づく先天的條件 (Das weltanschauliche Apriori) となつて居ることが、) 隱約の間に現はれて居る。前世紀に於ける學說の發展徑路を一瞥すれば、這般の消息は自から明かである。それは人の概念の元來世界觀的なる、即ち、自然法的——個人主義的なる内容を明瞭に認識せしむる一個の發展である。

(三) エンネツェルスニッペルダイ著「總則篇」(Enneccerus-Nippelley, „Allgemeiner Teil“) 第七十六條の一、フォン・トワール (v. Tuhr) 著「總則篇」第一卷三六五頁參照。

(四) 前掲エンネツェルスニッペルダイ著第七十六條の三。權利能力に幾多の段階ありとの思想は、オットー・フォン・ギール著「ドイツ私法」(O. v. Gierke, „Deutsches Privatrecht“) 第一卷三三六頁に見られる。

第十九世紀の普通法に於ける民事法 (Zivilistik) は其の最も重要な基礎——例へば、意思の概念の意義又は抽象的なる所有權移轉 (Die Übergangung) の説等、その最も踏易きものである——の多くに於いて、主としてサヴィニー (Savigny) ——一七七九年生一八六七年歿) の教義に依つて決定せられて居る。サヴィニ

ーに在つても亦、人の概念の世界觀的意味と、それが精神的に晩期自然法 (カント及壯年時代のフィヒテ) の主觀的——倫理的理想主義に由來することが明瞭に現はれて居ることは、彼が次の如く書いて居る有名な一節に於いて之を窺ふことが出来る(五)、曰く「凡ての法 (權利) は、各個人に内在する道義的自由 (Die sittliche, jedem einzelnen Mensch innewohnende Freiheit) の爲めに存在する。故を以て、人 (Person) 及權利主體 (Rechtssubjekt) の當初の概念は、人間 (Der Mensch) の概念と正確に合致しなければならない、さうして此の兩概念の本來的同一性は、次の公式を以て表現せられる。曰く、各個の人間、而して獨り各個の人間のみが權利能力を有する」云々。斯く如き人の概念の決定に於いて吾人は、就中カントの法律哲學の倫理的個人主義を認識する。如何となれば、法律とは、凡ての他人の道義的自由の爲めに個人の專横意思に加へらるゝ制限であるとするのが、カントの根本思想なるが故である。サヴィニーが他の箇所において、法律は、道徳の命令を執行することに依つてはなしに、各個人に内在する道義的の力の自由なる展開を保證することに依つて道徳に奉仕する云々と書いて居るのは(六)、正しく此のカントの基本思想を繼承する者である。これよりしてサヴィニーに取つては、一切の法律關係が人と人との間に於ける一箇の交渉であるといふ結果を生じ、彼の觀るところを以てすれば、カントの道義的の人の概念が、亦私法の基礎概念でもありといふ結論を生ずる。吾人は此處に、歴史派 (Die Historische Schule) の法律學說に於ける決定的破綻を目睹する。即ち歴史派は、それが私法教義の構成に着手した瞬間に、民族精神の體現としての法律の本質に關す



る従来の「有機的」見解に裏切を働いたのである(七)。蓋し歴史派は、其の揚言したるが如く、独自の民族の精神より、随つて固有のドイツ法的觀念より、並に共同的思想より出發して、彼等の凡ての法律的基礎概念を「有機的」に展開する代りに、極めて無造作に個人主義的自然法の基礎概念を踏襲した、さうして此處では此等の概念がカントの法律哲學の中に保持したる形式に於いて之を爲したのである。

(五) サヴィニー著「體系」(„System“) 第二卷二頁。

(六) 同上「體系」第一卷三三三頁。此の見解は精確にカントのそれと對應して居る。尙ほ之に關しては、ホルシュタイン・ラレンツ著「國家哲學」(„Holslein-Larenz, „Staatsphilosophie“) (一九三三年刊) 一〇〇頁以下參照。

(七) 此の破綻に關しては、ユリウス・ビンダー著「法律の哲學」(Julius Binder, „Philosophie des Rechts“) (一九二五年刊) 四四〇頁、並に拙著「公法の狀態及研究」(Larenz, „Die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts“) (一九三五年刊) 中の「法律哲學」に關する敘述參照。

サヴィニーに追隨する法律學の觀念に於ける人(Die Person)は、純粹に其自體として、即ち、其の編入せらるゝ共同體とは秋毫の交渉無しに、専ら彼れの道義的自由の爲めに、權利を享有し義務を負擔することを得る者であるところの個體である。即ち、此處でも亦全然自然法に於けると同様私法の基礎概念にまで引き上げられて居るものは、依然として啓蒙主義(Die Aufklärung)の沒個性的なる個體、社會的、世界的、此の原子である。人としてのあらゆる人間の平等性は、紛れも無く權利能力の平等性の中に、換言すれば、權利を享有する機會が法律秩序に依つて平等に供與せらるゝことの中に現はれて居る。斯くの如き沒個性的なる

個體の觀念と人としてのあらゆる人間の平等性の觀念とを超越するもの、即ち、人間の彼れの民族、或る等族、或る宗教共同體若しくは或る家族への所屬性、一言にして之を蔽へば人間を一箇の具體的人格(Die Konkrete Persönlichkeit)に造り上げるところの一切のものは、意識的に人間の權利能力に取つて没交渉であると看做される(八)。斯くして權利能力が、一定の民族への人間の所屬、隨つて亦一定の法律共同體への彼等の所屬を基礎とせずして、單に、人間として彼等に歸屬する個人資格を基礎として成立することの中に、既に、民族同胞と外國人との區別、即ち法律團體員と非法律團體員との區別は、最早私法に於いて何等の役割をも演じ得ないといふことが決定せられたのである。

(八) ヘーゲルは、斯うした「人」の概念に、彼が名づけて「抽象的法」(„Das abstrakte Recht“)と爲したるもの、埒内に於いて若干の限られたる適用範圍を讓與した。蓋し斯くして同時に此の概念を「止揚」(„Aufheben“)せんが爲めである。彼は、此の概念に關して次の如く述べて居る、曰く、主體は、「形式的なる、自己を意識せる、但し其他に於いては無内容なる、單純なる特立獨行感」としての「人」(„Person“)である。意思の特殊性は、「抽象的なる人格其自體の中には尙ほ未だ含まれて居ない」。「人」の概念の中には、各人が一の個體であり、さうして斯かる個體として凡ての他人と平等であるといふ觀念が潜在する。かるが故に一個の人(Person)であるといふことは、凡そ人間(Mensch)について謂はれ得る最も一般的なること、併し乍ら隨つて同時に亦、最も抽象的なることであり、さればこそ最少なることである。それ故に「單なる抽象たる人は、既に其の表現の中に輕蔑に値する或ものを有つて居る」のである云々。——抽象的法律のあらゆる形式は其自體として何等の存在を有せず、當然、家族及國家の具體的なる共同體關係の中に没入しなければならぬといふことを示さんとするのが、正しくヘーゲルの法律哲學の趣旨である。しかも筆者は、ヘーゲルに於ける抽象的法の觀念を目して、彼れの法律哲學の中、今日では既に過去のものとして生命を失



ひたる、當時の時代の所産に過ぎざる部分なりとする者である。之に關しては、*Deutsche Literaturzeitung*、誌一九三五年卷、六五七欄以下所載、ビンダー (Pinder) に關する筆者の所説、又、一般にヘーゲルについては、ホルシュタイン・ラレンツ著「國家哲學」(Holstein-Larenz, „Staatsphilosophie“) 一四六頁以下、並に拙著「現時の法律哲學及國家哲學」(Larenz, „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“) 第二版(一九三五年刊)二二四頁以下參照。

併し乍ら、人たること (Das Personsein) が、今日に至るまで依然として優勢を保ち續けたる民法教義に取つて、權利を享有する——萬人平等なる——能力といふこと以外の何物をも意味しないとするならば、此の抽象的なる人の概念に、初めて其の眞正の意味を與ふるものは、即ち主觀的法 (權利) —— Das subjektive Recht) であることは言を俟たない。主觀的法の概念は、フォン・トゥール (v. Tuhr) の言を假れば、「私法の中心的概念にして、且つ同時に、法律生活の多趣多様性よりの最後の抽象」である(九)。同時に此の概念は、法律的義務 (Die rechtliche Pflicht) の概念と鋭き對照の中に立つて居る。なるほど今日の教義と雖も、或る權利と結び付けらるゝ義務、或る權利の所有者なるが故に之に課せらるゝ義務——謂はゆる「間接に歸屬する義務」 („Mittelbar zuständige Pflichten“) ——の存在は之を認めて居ることは事實である。併し乍ら主觀的法 (權利) の概念は之に依つて毫も影響せられない。權利に對する關係に於いて義務は、全然別箇のもの、精々のところ、外部よりして權利に加へらるゝ制限として現はれて居る(一〇)。に過ぎない。

(九) 前掲フォン・トゥール著 „Allgemeiner Teil“ 五三頁。是より先き既にベッカー (E. I. Becker) が、ドイツ普通法 (Das

gemeine Recht ——羅馬法繼受後現民法施行以前に於いてドイツ全國に行はれたる法——譯者) に對して同様なることを述べて居る。曰く「主觀的法 (權利) の概念は、全法律構造の大黒柱である」云々(同著「今日のパンデクテン法の體系」——„System des heutigen Pandektenrechts“ ——第一卷四六頁)。

(一〇) 獨りオット・フォン・ギールケは前掲著書 „Deutsches Privatrecht“ 第一卷二五一頁以下に於いて異を唱へて居る。義務を以て、外部より權利に加へらるゝ制限なりとする觀念に對しては、最近且つ争ふべからざる理由説明を以て、ジーベルト (Siebert) が其の著「權利行使の失効と不許容」 („Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsanwendung“) (一九三四年刊) 一〇四頁以下、並に「權利濫用の本質について」 („Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs“) (本書所載) に於いて駁撃を加へて居る。

今日も尙ほ依然として支配しつゝある主觀的法 (權利) の概念の精神的根源は、人の概念のそれと全然同一のものである。若し吾人が、法の目的を、カントの倫理的個人主義の響に倣つて、各個人に對し彼れの道義的自由を其處に無碍に展開することを得る一箇の領域を保證するに在りと認むるならば、彼に留保せられ保證せられたる此の自由なる意思活動の領域こそ、彼れの「主觀的法」 (權利) と名づけらるべきものであることは言を俟たない。事實に於いて、これがサヴィニー並に彼に追隨する普通法學說の、採つた定義である。法律關係、並に之と共に權利の本質をサヴィニーは「一切の他人の意思とは没交渉に支配し得るところの一箇の領域を個人の意思に賦與する」ことの中に看取して居る(一)。即ち權利とは、單獨意思の獨立自由なる支配權力であり、且つ此の意思の絶對的な道義的價值に依つて辯護せらるゝものである。同様にプーファ (Puchta) に取つても、凡ての法律關係は「權利の自由の派生物と觀察せらるゝ人間相互間の關係」



に外ならない(一二)。此の際に留意すべきことは、プーフタも亦、單に抽象的な人(Person)、權利享有者として個々の人間のみを承認したること、随つて此の人間の「自由」とはプーフタに取つて單に個人の意思力を意味するに止まつたことである(一三)。此の觀念に取つては、主觀的法(權利)が有法以前よりして既に個人に歸屬して居り、さうして法律秩序が單に或る程度まで之に確認を與ふるに過ぎざる權力として觀察せらるゝか、將た又、法律に依つて初めて個人に附與せらるゝ權力として觀察せらるゝかの差別は、(此の後の場合に於いても亦、畢竟、單獨意思の自由なる活動が凡ての私法の本來の基礎と目的とを爲すと考へられて居る限り、)何等問ふところではない。

(一) 前掲サヴィニー著「System」三三四頁。

(二) プーフタ著「Pandekten」第十二版四六頁。

(三) シェーンフェルト稿「プーフタとヘーゲル」(Schönfeld, „Puchta und Hegel“) (カンダー祝賀記念論文集——Festschrift für Binder——一九三〇年刊二八頁)参照。

主觀的法(權利)は、個人の道徳的自由と決定との爲めに彼に賦與せられたるか、若しくは、少くとも確認せられ保證せられたる支配圏であるとする觀念の中より、意思の道徳的決定の要素の方は忽ち消失する。しかも意思力に尙ほ若干の制限を加ふる原動力と爲り得べきものは此の要素に外ならない。此の要素が消失したる後に残るものは、**意思の形式主義**(Die Formalismus des Willens)である。意思の形式主義といふのは、**客觀的法**(法律的規範の全體——Das objektives Recht)を以て、毫も主觀的意思の内容如何を顧

慮すること無くその主觀的意思の處分に任せられ、依つて以て益々大なる作用の餘地を主觀的意思に供與するものなりとする觀念を意味し、此の觀念は現在に至るまで依然として其の勢力を失つて居ない。此の見解の最初の代表者の一は、法律哲學者、ヴィルヘルム・シニッケ(Wilhelm Schuppe)であつた。彼は、「各人が獨自の個人的信念と傾向とのまゝに行爲することを得ることが凡ての高級なる人類社會の基本條件」であり、さうして法律は、それが主觀的意思を體得して自からも主觀的意思に對應するが如き行爲若しくは不作為のみを欲する點に於いて、右の認識を尊重して居ると力説する(一四)。即ち、個人の道義的人格の展開ではなしに、單に、其の自己目的にまで引き上げられたる任意(Das zum Selbstzweck erhobene Belieben des Einzelnen)が、斯くして主觀的法(權利)の本來の核心と看做さるのである。換言すれば、主觀的法(權利)は、法律秩序に依つて保證せられたる(意欲の自由)(„Wollen-Dürfen“)法律を以て付與せられたる意思權力であるかの如き觀を呈するのである(一五)。

(一四) シニッケ著「權利の概念」(Schuppe, „Der Begriff des subjektiven Rechts“) 三九頁及四九頁参照。

(一五) 前掲ベッカー著「今日のパンデクテン法の體系」(Baker, „System des heutigen Pandektenrechts“) 第一卷四六頁に於ける定義、並にヴィントシャイト(Windscheid)の著書参照。

此の「意思形式主義」に對して、間もなくルドルフ・フォン・イェーリング(Rudolf v. Ihering)が冷罵を浴びせ掛けた。曰く、「斯の見解に隨へば、全部の私法は、意思が運動し練習せんが爲めの競技場以外の何



物でもなく、意思は人間が依つて以て權利を享有する機關であり、權利享有とは、人間が力の歡喜と光榮とを感ずることの謂であり、何等かの意思行爲を實行したといふこと、例へば抵當權を設定した、訴を取下げた、さうして之に依つて法律上の人格としての自己を證明したといふことに満足するの謂である」(一六)云々。イェーリングの斯の攻撃が、法を保護するの職分を有する、道義的に拘束せられたる自由といふ元來の思想に比すれば、なるほど皮相に止まるの憾があるかも知れないが、併し乍らヴィントシャイト (Windscheid) 其他の徒の形式的意思及權力の概念に比すれば一理無きにあらざることには言を俟たずして明かである。但しイェーリングが次いで利益 (Das Interesse) といふことを主觀的法 (權利) の核心として持ち出したとすれば、勿論斯くの如き權利概念の唯物主義化は、毫も意思説の個人主義よりの絶縁にあらずして、單に意思説を一箇の社會學的——實證主義的思考に翻譯したるものに過ぎない。此の翻譯は、其の限に於いて完全に當時の顯著なる傾向に對應したものであることは謂ふまでも無い(一七)。個人主義的出發點は、イェーリングにもヴィントシャイトにも乃至第十九世紀の教義の全般にも共通である(一八)。

(一六) イェーリング著「羅馬法の精神」(Ihering, „Geist des römischen Rechts“) 第三卷三三〇頁。

(一七) 拙著「現在の法律哲學及國家哲學」(K. Lorenz, „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“) 第二版、一九三五年刊、一三頁以下参照。

(一八) 單に外觀的に過ぎないが、フンチャールト (Punscharf) は此間に在つて一個の例外を成して居る。其著「羅馬私法の基礎的權利關係」(„Die funtamentealen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts“) (一八八五年刊) の五七頁に、現時の法律學

は一個の「餘りにも一方的なる主觀的法 (權利) 説」(Hierzu einschneidende Lehre des subjektiven Rechts) である、それは一切の權利がそこへ溯源しなければならぬ、「具體的な客觀的法的法律關係」(„Die konkreten objektiven rechtlichen Rechtsverhältnisse“) を闡却して居る云々と述べて居るのは、たしかに時流を抜いた卓見である。併し乍ら、此の「客觀的法的關係」を、債務法に在つては單に、債務者の責任の中のみ、又、所有權に在つては所有權者の目的に對する物の服從の中のみ看取したる點に於いてフンチャールトも亦竟に個人主義的基礎觀念を擺脫することが出来なかつた。

更に別箇の形式化を意味したものは、トーン (Thon) の主觀的法 (權利) 説である。此處では根本に於いてかの人 (Person) の説に於けると同一なる經過が行はれた、即ち、「古典派」(Die „Klassiker“) の倫理的意思概念に發したる路が心理的意思及人の概念を經由して、一箇の抽象的—法理的、規範主義的なる意思及人の概念に通じて居ること、是れである。主觀的法 (權利) が依つて以て自己と爾餘の等しく法律に依つて保護せらるゝ利益状態とを區別すべき特殊の法理的批判標準を發見せんとするに急なるの餘、トーンは過つて、主觀的法 (權利) の本質を、それが侵害せられたる場合に與へらるゝ保護が權利者の任意の中に置かるゝことに在りと認め、隨つて權利の眞の特徴は請求權 (Der Anspruch) であり、法は、權利者に彼の利益が侵害せられたる場合に一定の請求權が供與せらるゝことより成るといふ謬想に陥つた(一九)。かくしてトーンに在つては主觀的法 (權利) が、單なる「偶然作用」(„Chance“) と化し、法律秩序は、權利者が侵害を受けたる場合に、専ら本人自身が救助を要求することの條件の下に初めて彼に救助を與ふるといふことになるのである。トーンの此の見解は自らヴィントシャイトに影響を及ぼした、さうしてフォン・トゥール



(v. Thur) (110) 及レーマン (Lehmann) (111) の定義に於いて明瞭に表はれて居るが、エールトマン (Oertmann) は後に至つて再び之を抛棄した(112)。更に、人 (Die Person) に關してトーンの如上の見解に對應するものは、ビンダー (Binder) が其の新カント主義の影響を受けたる初期に於いて企てたる、人を一箇の相關 (Die Relation) の概念に稀薄化せしめんとする試(113)、並に、人が單に一箇の假想せられたる責任歸着點として現はれ、主觀的法 (權利) が法理的想定の一產物として現はるゝケルゼン (Kelsen) の學說である。併し乍ら斯くの如きあらゆる權利概念の極端なる形式化への傾向は未だ曾てドイツの法律學に於いて全幅的に支配したことは無かつた。主觀的法 (權利) に關しては寧ろヴィントシャイトの觀念が、若干の變更—その大部分は利益說に對する讓歩—を加へられて居るとは謂へ、今日に至るまで主潮として残つて居る(114)。

(一九) トーン著「法律規範と主觀的法」(Thon, „Rechtsnorm und subjektive Recht.“) 一一三頁及二一八頁。

(二〇) 前掲フォン・トゥール著書五五頁。

(二二) レーマン著「民法總則篇」(Lehmann, „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.“) 六六頁。

(二三) „Archiv für zivilistische Praxis“ 誌第百二十三卷一三六頁。

(三四) ビンダー著「法人格の問題」(Binder, „Das Problem der juristischen Persönlichkeit.“) (一九〇七年刊) 但し後年の著者

「法律の哲學」(„Philosophie des Rechts.“) (一九二五年刊) 四三九頁は別箇の見解に立つて居る。

(二四) 前掲エンネツェルスニッペルダイ著書六五頁參照。

主觀的法 (權利) の概念の形式化への傾向と、此の概念を出來得る限り、苟も私法的と看做さるゝあらゆる法律關係に適用せんとする努力とが手を携へて進んだ。かくして獨り土地所有權のみならず、例へば、後見若しくは親權の如き具體的なる法律地位すら、主觀的法 (權利) の概念の下に隸屬せしめらるゝに至り、之と共に此等の法律地位の本質が全然誤解せられて仕舞つた。先づ所有權について謂へば、ドイツ普通法 (Gemeines Recht) — 羅馬法繼受以來、新民法施行に至るまでドイツ全國に效力を有したる法律—譯者) に於いては、周知の如く、所有權は「其自體として」(„an sich.“)、其の概念上、或る一箇の物に於ける無制限なる支配權であり、所有權に對する種々なる制限、就中、公法的性質を有する制限は、單に所有權の効果を防止することが出來るであらうが、決して其の實體を動搖せしむるものではないとする觀念が築き上げられた(二五)。大審院の判決に於いては、一九〇〇年前後より以來、所有權其自身が同時に義務を設定するといふ思想が存在したるに反して(二六)、學說の多くは依然として、其自體としては無制限なる所有權といふ概念に固着して居た(二七)。謂ふまでも無く此の觀念は近來、稍々弱められ、所有權は決して人が或る物に於いて有し得る制限無き支配權ではなく、單に概念的に最も少く制限せらるゝ最も包括的なる支配權たるに止まると解せらるゝやうになつた(二八)。ことは事實である。しかし乍ら、所有權の本質は、抽象的支配權力、所有權者の原則的に自由なる任意の中に在りとする觀念は依然として異議を申し立てられなかつた。それと共に、所有權と結びつけらるゝあらゆる義務が、専ら權利の滅殺と看做さるゝことも亦、依然と



して變らず、所有權は單純なる支配權力なりとする觀念は依然として存続した。甚しきに至つては、此の抽象的に個人主義的なる所有權概念が、論理上唯一の考へ得らるゝ概念とすら看做された。現に某羅馬法學者が、法律上最も包括的なる支配權力としての所有權といふ概念は、ドイツ法に於いても羅馬法に於いても全然同一であり、單に此の支配權力の範圍が其の都度變動して一定しなかつたに過ぎないと主張し得たのは、尙ほ最近の事に屬する(二九)。

(二五) 例へばシュタウテンガー (Staudinger) 著「物權總論」(Kommentar zum Sachenrecht) 第九版、民法第九百三條の序説 I—II の如きも尙ほ此の見解を採つたものの一である。

(二六) 大審院判決集民事篇 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 第五十二卷三七三頁以下參照。此處で大審院は、かの有名なる古語「彼れの權利を行使する者は何人をも侵害せず」(Qui iure suo utitur, neminem laedit) に對する駁撃を試みる後、今日所有權者が彼れの物に因りて他人に損害を加へたる場合には、彼が適當なる注意を以て其の損害を避くべきであつた限りに於いて、之に對する賠償の義務を負はなければならないと宣告して居る。

(二七) ジーベルト稿「法(權利)濫用の本質に(こゝ)」(Stierl, „Von Wesen des Rechtsmissbrauchs“) (一九三五年) (本書所載) に於ける説明參照。

(二八) 例へば、前掲フォン・トゥール著書一三四頁、ヴォルフ著「物權」(M. Wolff, „Sachenrecht“) 第五十一條一等、是れである。

(二九) フリッツ・シュルツ著「羅馬法の原則」(Fritz, „Prinzipien des römischen Rechts“) (一九三四年刊) 一〇二頁。

其の實、此の場合の問題は、他の所有權は姑く措きて少くとも土地所有權に在つて、若し人が其の本質を單

に抽象的なる支配權關係としてのみ觀察するならば、それは大なる誤であるといふことを認識することに存する。即ち土地所有權の場合に於ける法律關係の中には、支配權限は單に其の一つの要素を現はすに過ぎず、之と相並んで義務が、前者に比して毫も遜色無く重要な他の一要素を現はして居るのである。吾人は今日、當年のゲルマン法律が常に然りしが如く、所有權を一箇の委託せられたる財貨、即ち所有權者に共同態より「其の對象物を獨自責任に於いて且つ物の性質に適當であるやうに取扱ふべく」割當てられたる財貨と見る者である(三〇)。若し近年の法律發展に於いて、並に、從來の法律學に依つて與へられたる所有權の定義に於いて、所有權といふもの、中に含まれて居る幾多の具體的關係の中より、僅に尙ほ、物に對する抽象的支配といふ一つの關係のみが残されて居るとするならば、それは所有權の内容の底止するところ無き滅殺であり、當初の内容の漸次喪失であると看做されなければならない。之に對して吾人が、前に述べたるが如き意味に於ける主觀的法(權利)以外の何物をも所有權の中に認めざることを拒否するのは、一層充實したる、一層深き意義内容を今日再び想起するからである。之と關聯して指摘せられ得ることは、哲學が未だ曾て法律學者の抽象的なる所有權概念を踏襲したことが無いといふことである。哲學に在つては所有權は寧ろ、人間と本質的に結び付けられたる、さうして人格が其の中に自己の本質の一表現を造り出だすところの一箇の財貨と看做されて居る。換言すれば、人(Die Person)の「獨占支配區域」(„Der Bannkreis“)とも、併し乍ら亦、人に割當てられたる活動範圍とも、社會的任務並に義務とも看做されて居る(三一)。



- (三〇) フランツ・ヴァーアッカー著「所有權構成の變遷」(Franz Wencker, „Wandlungen der Eigentumsverfassung“) (一九三五  
年刊) 二四頁。
- (三一) ユーリウス・ビンダー著「法律の哲學」(Julius Binder, „Philosophie des Rechts“) 四六七頁以下、フリードリッヒ・ブルン  
シテート著「所有權と其の秩序」(Friedrich Brunstl, „Das Eigentum und seine Ordnung“) (ビンダー祝賀記念論文集) —  
Festschrift für Binder — 一九三〇年刊、一二二頁以下所載) 等参照。「獨占支配區域」としての所有權については、ニコライ  
・ハルトマン著「精神的存在の問題」(Nicolai Hartmann, „Das Problem des geistigen Seins“) (一九三三年刊) 一二二頁以下參  
照。吾人の古典的哲學者の中土地所有權の社會的機能を最も強調した者はフイヒテ (Fichte) である。フイヒテ全集 (メデイクス  
版) 第二卷二一九頁、第三卷四七〇頁以下、並にホルシュタイン・ラレンツ共著「國家哲學」(Holstein-Larenz, „Staatsphilo-  
sophie“) (一九三三年刊) 一一七頁以下參照。

土地所有權を抽象的なる所有權概念の下に屬せしめ、更に進んで之を一般的なる主觀的法(權利)といふ  
ものに屬せしむることが如何なる實際的結果を生じたるかについては、詳述することを要しない。其の最も  
重要なものは、孰れの主觀的法(權利)なるを問はず、其の自明の特性として觀察せられたる、生存者間  
に於ける並に死亡を理由とする自由なる處分權である(三二)。隨つて一人相續法(Das Anerbennrecht) —  
上代獨逸の農地相續法に於ける秩序であつて、之に依れば農地所有權は分割せられず唯だ一人の占有者  
— Der Anerbe — に移轉すべき規定であつた — (譯者) の如き制度は、單に體系の本旨に反する例外  
としてのみ現はる、ことが出來、それには必然的に極めて狭小なる餘地が與へらるゝに過ぎなかつた。更に  
所有權放棄の可能性も亦、主觀法(權利)の概念よりして當然自明なる結果と認められて居た。勿論法律教

義は、放棄することを得ざる權利といふものをも認めないではないが、併しそれは單に例外としてのみである  
(三三)。更に、土地所有は主觀的法(權利)なりとする觀察は、其の土地所有の資本價値の動産化(Die  
Mobilisierung) — 土地を信用の補償擔保とすること — を助長しなければならなかつた。如何となれば、權  
利に負擔を課すること(Die Belastung des Rechts)も亦、任意に權利を處分する可能性の一結果に外なら  
なかつたからである。

(三二) フォン・トゥール著書第二卷一三四頁參照「權利の内容の中には、物の實際の利用といふことの外、此の支配權の全部若しく  
は一部を他人に讓渡する權能といふことが含まれて居る」云々。同様に第二卷三六五頁にも「處分權(Die Verfügungsmacht)は  
權利の内容の一部を成す一個の權能である」隨つてそれは、「特殊なる制限を除きて、權利者に歸屬する」云々とある。(エンネツ  
ェルス・ニッペルダイの著書第百三十五條も同様である)。

(三三) 「法律學辭典」(Handwörterbuch der Rechtswissenschaft) 中、ミーネ (Miner) 稱「放棄」(Verzicht) の項參照。  
— 放棄可能性の除外若しくは制限は、私權若しくは期待權(Die Anwartschaft) — 並に此等より發生する各種の權能に在つては、  
例外を成すものである」云々。フォン・トゥール著書第二卷二六五頁には「權利は意思力なりとする觀念よりして、放棄の原則的  
許容が結果する」云々。又同所註一七一には、放棄の可能が、主觀的法(權利)と法律に依つて保護せらるゝ利益との區別に對す  
る特徴的指標であると述べられて居る。ヴァルスマン (Wasmann) は、其著「拋棄」に於いて、なるほど主觀的法(權利)の概  
念より互に拋棄の可能性を抽出することを否定して居るが、併し、若し其處に何等かの利益が存在し、且つ何等特別なる除外の理  
由の之を拒むものが無い場合には常に權利を放棄することを得ることを想定せんと欲する(同書六九頁)。

親權及後見に關する學説は、所有權の場合に於けるが如く遠走りして居ない。親權及後見の場合には、其



の法律上の地位が、権利を附與すると同様に亦義務をも生せしめ、随つて其の譲渡は不可能であり、之を放棄することを得ず、一種の「極度に屬人的なる」(„Höchstpersönlich“)性質を有するものであることが承認せられて居る。親權と後見とは、現行民法に於いても著しく固有獨逸法を模範として、即ち一方的なる權力地位として、はなしに、獨逸法の謂はゆる幼弱保護權 (Mundschaft) —— 又、Mundschaft, Mundrechtとも謂ひ、其の氏族に屬する兒童、未婚の女子、不具廢疾者のみならず、一般に例へば孤兒、外國人(猶太人をも含む)及奴隸等の如き要救助者に對する保護の權利及義務——譯者)に類する配慮として形作られて居る。之に反して、ワイマール憲法の下に在りては、兩親の教育及養護の權利は、「先天的に」彼等に屬する權利であり、之に對しては國家と雖も原則として「干渉する」ことを得ないとする觀念が、重要な役割を演じて居る(三四)。即ち此處では、兩親の斯の「權利」も亦、畢竟、共同態に依つて割當てられたる任務であり、此の任務の履行に對して共同態は自家の諸種の機關を通して常に監視を怠らず、且つ共同態が其の必要ありと認むる限り何時たりとも自ら手を下すことを得るのみならず、亦手を下さなければならぬといふ洞察が缺けて居るのである(三五)。

(三四) „Archiv für öffentliches Recht“ 第五十一卷一八七頁以下所載、ホルシュタイン論文參照。——現行民法の編纂者は、兒女の生命身體及教育を監護する權利は、専ら兩親に過失ある場合に限り之を彼等より剝奪することを得るといふ立場を採つた。(ムーグダン著「民法資料」——Mugdan, „Materialien zu BGB.“——第四卷九八八頁參照)。當時は、後見裁判所に依つて採らるゝ

措置が、「兩親の教育權に對する官憲の干渉」であるといふ觀念が主潮として支配して居たのである。さればこそ民法第六百六十六條に於いて、此の主潮的觀念に従ひ、父の過失といふ要件が後見裁判所の干渉の前提として現はれて居る。(民法第六百六十六條。父が子ノ心身ヲ監護スル權利ヲ濫用シ子ヲ閉却シ若シクハ破廉恥又ハ不道德ノ責アル行爲ヲ爲シ之ニ因リテ子ノ精神上又ハ身體上ノ利益ヲ害スルトキハ後見裁判所ハ損害除去ニ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス……下略……譯者補)。それ故に現行民法の法律觀念に従へば、「子は、其の兩親の教育上の給付能力の危險」を負担するのである。(フリーデルケ—ポリッヒカイト共著「ライヒ少年福利法」——Friedelung-Kolligk, „Reichswohlfahrtsgesetz“——第二版六一頁)。兩親の「權利」と相並んで、教育せられんことを求むる子の「權利」といふものを立て、國家を以て此の「權利」の實行の爲めに配慮すべき職分ある者と宣言して居る、少年福利法第一條の文言は、具體的法律思想より觀れば完全に失敗である。「子の權利」の宣言に依つて、共同態に對する任務及義務に代ふるに、單に子のみに對する任務及義務を以てして居るのは、紛れもなき個人主義的手法である。

(三五) „Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt“ 誌一九三五年四月號、„Deutsches Recht“ 誌第五年卷八九頁以下所載、グデーブラー稿「國民社會主義の親族法」(Weiler, „Nationalsozialistisches Familienrecht“)參照。

上述に依つて吾人は、抽象的なる人(Person)の概念、並に、意思力としての主觀的法(權利)の概念が、今日見るが如き形を採るに至つたのは、畢竟其のはじめ個人主義的に考へられたる觀念内容の漸進的形式化の結果に外ならざることを見た。此の形式化は觀念の内容を犠牲として其の範圍、即ち適用領域を擴大したが、併し乍ら此等の概念の個人主義的中核内容に於いて秋毫の變動をも之に依つて與ふることの無かつ



た形式化である。しかも若し今、吾人が此の認識よりして結論を抽出せんと欲するならば、それは單に此等の概念を否定することのみを以てしては成し遂げ得られないことは言を俟たない。吾人は進んで、此の兩概念を、吾人の法律思想に適合せる他の概念と置き換ふるの試を敢てしなければならぬ。吾人の法律思想に適合せる概念は、一方に於いては再び形式的、抽象的に墮するの過を繰り返すこと無く、多趣多様な等級と分化との可能性を包蔵しなければならぬが、併し他方に於いては尙ほ且つ、吾人の法の統一的なる基本思想を、其の個々の現象の把握に於いても亦、明瞭に表現するに適して居るものであることを要する。此の目標に到達せんが爲めには、先づ極めて簡単に、法律概念の變遷、即ち「客觀的意味」に於ける法の變遷に立ち入ることを避け得ない。蓋し一は他を俟たずしては全然考へられ、洞察せられ得ないからである。

### (一) 民族共同態 (Die Volksgemeinschaft) の生活形式としての法

個人主義に取つて、法は常に、究極に於いて個人の利益に歸着する事象 (Angelegenheit) である。個人主義の解するところに據れば、法は、多數の、且つ其の際相互に掣肘し合ふものと考へらるゝところの個人の間の一關係であるか——例へば自然法の契約説に於けるが如き其の最も著しきものであるが、併し亦、倫理的個人主義 (カント、壯年時代のフイヒテ、ヴィルヘルム・フォン・フムボルト等) の教義に於いても同様である——然らざれば、多くの個人の上に位する、一箇の強制秩序——個人間に一定の結束を可能ならしむること

を當初の主旨とする、併し乍ら結局に於いて再び凡ての個人の異存無き利益に資する強制秩序である。此の後者は、就中、制定法主義 (Der Positivismus) の觀念であつた。かくて制定法主義は、客觀的法を個人の上に位せしめ、随つて自然法の契約説を否定しなければならなかつたが、併し此の客觀的法を、單に一箇の形式的強制秩序と解し、其の内容を制定立法者の任意の處分に委ねて顧みなかつた。随つて法は、上方より、若しくは外部より生活關係に押し付けられ、民族の生活と其の自然なる内在的なる秩序と組織との上に、さながら網の如く投げ掛けらるゝ、一箇の隨意のおきて (Eine willkürliche Setzung) の觀があつた。「須らくあるべきこと」(當爲 „Sollen“) と「現に在ること」(存在 „Sein“) 法律規範と生活關係との截然たる分離、随つて亦、客觀的法 (制定法規の意味に於ける) と共同態成員の生活地位との截然たる分離が、如上の法律的「規範主義」(Der juristische „Normativismus“) の基礎を形作るものであつた。斯くして法は、一定の規範の中に確立せられて多くの個人の上のしかる——併し乍ら却つて此の法に服従せしめらるゝ、個人の利益を目的とする——一箇の強制秩序と觀せられた。

斯の法の觀念を吾人は残り無く征服した。法は、吾人の見解に隨へば、民族共同態の生活形式、其の現實の存在秩序であり、單に一箇の「須らくあるべきこと」なるのみならず、亦一箇の「現に在ること」である(三六)。それは外部より共同態に押し附けられずに、共同態の内在的組織及秩序として共同態と共に常に存在する。法律規定は、此の民族的生活秩序の形態化手段である。それは民族的生活秩序を創造するものでは



なく、既存の民族的な生活秩序を一層完成し又は改造するものである。それは生活秩序に奉仕し、之を鑄型し發展する。共同態が法の根源であり、法は隨意に創造せらるゝことを得るものにあらずして、單に或る一箇の共同態生活より、其の形式乃至形態として出現し得るに過ぎない。共同態は、民族の組成員が一箇の純正にして自由なる共同態の中に共同生活を營むことを可能ならしめ、保證することを任務とする法の目標であり、内面的意義であり、且つ「理念」(„Die Idee“)である。共同態と法とは相互より分離せられ、一は生命の現實、一は規範なりとして引き割かれてはならない。兩者は互に繋屬牽連し、辨證的並に具體的意味に於いて同一物である。法は共同態が、其の中に在つて、且つそれを通して自己の共同態たる生命を統一的に嚮導し形成する所以の形式であり、さうして、共同態が正義の目標形相として自己の中に包蔵する、正しき秩序と眞の共同態の姿とを指示するものである。法は「生きつゝ、自己を發展せしむる」形式として、之を共同態の生命より引離すことが出来ない。然り、それは此の生命其物の形式と秩序との現はれである。それは此の生命と引離して考へられ得ざる、其の「契點」(„Moment“)の一である。何となれば世には、形式と方向と形態とを有せざる生命は有り得ないからである。

(三六) 之に關して、並に以下の説に關しては、拙著「ドイツの法律改新と法律哲學」(K. Larenz, „Deutsche Rechtsentwicklung und Rechtsphilosophie“) (一九三四年刊)、「民族精神と法」(„Volksgesist und Recht“) („Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie“) 第一卷一九三四年刊所載)、「現在の法律哲學と國家哲學」(„Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“) (第二版、一九三五年刊)、並に、フーバー著「政體の本質と内容」(E. R. Hueber, „Wesen und Inhalt der politischen Verfassung“)

(一九三五年刊) 四七頁以下、及、本書に於ける、ミヒアエリス、ダーム及フーバー諸家の寄稿論文参照。

併し乍ら、之と共に法が、多數個人の上に位する、一箇の強制秩序たることは終を告げる。寧ろ法は、或る一民族の成員が其の中に立つて居るところの秩序、此等成員を包容し保有する秩序、其の中に在つて彼等が各自の特別なる地歩、及び之と共に各自の任務と關節地位とを有する秩序である。法の中に立つ(„Im Recht stehen“)とは、他の多くの個人に對する關係に於いて立つの謂にあらずして、或る一箇の民族生活の秩序の裡に在つて自己の特定の地位、自己の職能、自己の關節地位を有するの謂である。此の關節地位が其の場合に、爾餘の民族同胞に對する各種の關係をも包含すること、並に、此の關係地位よりして單に全共同態に對する諸般の義務のみならず、亦特定の他の民族同胞に對する義務が自然に生ずることは、これ亦、共同態秩序の當然の一結果である。如何となれば、共同態は、其の組成員より離れて存在せず、反對に彼等を包含し、且つ之と共に同胞の同胞に對する關係をも包含するが故である。最後に、何人も熟知するが如く、法が時あつてか亦、強制權力として、動もすれば反抗せんとする個人に臨むことは、單に個人が共同態に反して竟に何事をも爲し得ざることを證明するに止まり、個人が原則として法の中に立ち、法に依つて初めて民族共同態に於ける彼れの特種の關節地位を享受し、さうして此の地位の中に、彼れの任務の存するが如く亦、同胞並に具體的成員としての名譽が存在し、隨つて民族同胞の法と名譽とは引離して考へられ得ざるものであるといふ事實に秋毫の變動をも與へない。



以上に依つて、吾人の観るところに従へば一箇の新しき體系が其の上に築き上げられなければならないであらうところの凡ての基礎概念が既に示唆せられて居るのである。基礎概念とは、法律團體員 (Der Rechtsgenosse) としての民族同胞 (Der Volksgenosse) (従来の抽象的な人——Die Person——に代はるべき) 法の中に於ける彼れの地位としての彼れの具體的法律地位、共同態内に於ける彼れの關節地位、並に、他の凡ての民族同胞に對する關係より見たる彼れの地位、是れである。

(一) 法律團體員 (Der Rechtsgenosse) としての民族同胞 (Der Volksgenosse)

吾人が權利と義務と法律關係を形成する可能性を有するは、決して個體として、單に人間として、若しくは一箇の抽象的——一般的理性の保有者として、はなしに、法に於いて自己の生活形式を定むる共同態、即ち民族共同態の成員として、ある、個人が一箇の具體的人格である所以のものは、彼が共同態の中に生活する存在、換言すれば、民族同胞であるからである。獨り民族共同態の成員としてのみ個人は彼れの名譽を有し、法律團體員として尊重を享受する。法律團體員であること、換言すれば法の中に生活し、且つ、一定の關節地位を充たすことは、それ故民族同胞の一特權である。謂はゞ、それは單なる人間其者の特別なる性質ではなしに、民族同胞の特別なる性質である。法律團體員は、民族同胞たる者に限り、民族同胞は、獨逸人の血液ある者に限られて居る。此の命題は、「各人」(„Jeder Mensch“)の權利能力を宣言する現行民法第一條(人ノ權

利能力ハ出生ノ完了ニ始マル——譯者補)に代へて、之を吾人の法律秩序の先頭に置くことが出来るであらう。

獨り法律團體員のみが、完全なる分量に於いて民族共同態の法律生活に參與する。彼は種々なる特定の法律地位に立つて居り、此等の地位に依つて彼の爲めに凡ての義務が、さうして恐らくは亦凡ての權利が設定せられ、此等の地位に於いて彼は共同態内に於ける自己の任務、及此の任務と共に自己の個人的名譽を有つて居る。民族共同態の域外に立つ者は、亦法の中にも立つて居ず、法律團體員ではない。謂ふまでも無く、外來者と雖も客員として法律團體員と平等に取扱はれ得る、又、取扱はるゝであらう。ドイツの國土に居住する外國人はドイツ國家の支配權力に服従し、身體並に生命の保護を享有し、法律取引に參與して居る。彼が決して、法(又は權利)の客體(Das Rechtsobjekt)といふが如きものにあらざることには言を俟たない。吾人は一個の人間が専ら人(Person)であり、法(權利)の主體であり得るか、然らずんば専ら法(權利)の客體であり得るとする、かの抽象的な就二選一(Entweder-Oder)の習慣を脱しなければならぬ。非法律團體員と雖も法(權利)の主體たることを失はない。彼は、法律共同態(Die Rechtsgemeinschaft) (Mitte)としての民族共同態が一定の範圍に於いて彼に許容する一箇の限られたる權利能力を享有する。併し乍ら彼は民族同胞の然るが如く、其の出生素性其ものの故を以て共同態に所屬し、共同態の法の中に生活すべく運命づけられては居ない。彼は權利能力が彼に許與せらるゝ限に於いても亦、尙ほ且つかの共同態的生活——それが常



住不斷に更新せられつゝ、續行することに依つて、共同體秩序としての法が自己を形成し、維持する所以の生活の共同擔任者ではない。彼は裁判官若しくは參審員ではあり得ず、若しくは其の他何等かの「官職」に就くことが出来ない。最も重要な法律地位より彼は永久に除斥せられて居る。例へば彼が、世襲莊園 (Der Erbhof) の所有者と爲ることを得ざるが如き、是れである。斯くして外國人は、吾人の法の保護を受け、廣き範圍に於いて法律取引と其の萬般の施設とに參與し、さうして客員として尊重せらるゝに拘はらず、竟にドイツの法律團體員ではない。

(三七) 法律共同體 (Die Rechtsgemeinschaft) とは、法律に於いて自ら自己の生活形式を定むる共同體の謂である。即ち筆者が此處に用ひて居る „Rechtsgemeinschaft“ の語は——余の從來の諸著に於けると同様に——ホエーン (Höhn) が其の著「法律共同體と民族共同體」(Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft) に於いて使用したる同語と稍々其の意味を異にして居る。

然らば、ドイツの民族同胞ではあるが、或る外國の國籍に屬し、外國の法の下に生活する者、例へばジューベンビルゲン若しくはブラジルのドイツ人の如く、最早ドイツの國籍に屬せざる者は、ドイツの法律團體員なりや否や？ 筆者は答へて曰はんと欲する。彼がドイツに來らざる限り、即ち、外國の法が彼に取つて實際上決定的に準繩となつて居る限り、彼は單に、素質上、若しくは可能性より觀て、ドイツ法律團體員であるに過ぎない。若し彼がドイツに來るならば、彼は此處で (勿論、ドイツ國籍の缺如より生ずる若干の制限を忍ばなければならぬが) 一切の他の民族同胞と同等なる地位を有し、隨つて彼も亦、法律團體員である。

併し乍ら、事茲に出でざる限り、彼は單に、ドイツの法律團體員たるべき、但し目下實現せられざる能力を有するといふことに過ぎない。彼は何時たりとも此の能力を現實化し、ドイツの法律生活に參與することが出来る。

併し乍ら、民族同胞は、獨り民族共同體の成員であるといふに止まらず、亦、それよりも狭き種々の共同體、即ち或る家族 (Familie)、或る等族 (職業階級、身分——Stand——) の成員でもある。斯くの如きより狭き共同體の成員としても亦、彼は法の中に在る。換言すれば、民族秩序の分節たる種々なる秩序の中に立つて居る。彼れの家父としての地位、若しくは莊園主 (Der Bauer)——新しきドイツ農業憲章の概念に於いて、單なる農夫又は農民の意味にあらずして、前出、世襲莊園の所有者たる資格能力ある者。之に對して右の資格無き農夫は、農業主——Der Landwirt——の名稱の下に前者と區別せられて居る——譯者補)としての地位は、若し吾人が法を具體的秩序と觀るならば、それが彼れの法律團體員としての存在 (Rechtsgenuss-Sein) に影響すること、恰も彼れの民族への所屬性が之に影響すると同様である。之に對して或る特殊の能力、例へば「莊園主たる能力」(Die Bauernfähigkeit)といふが如き、孰れの民族同胞にも彼が民族同胞なるが故に直に彼に屬するものではないところの能力が要求せらるゝ限り、そこには凡ての民族同胞が甲乙無く有する一般的權利能力の一段の擴大を見るのである。即ち、權利能力が、決して人間其自體に歸屬するものにあらずると同様に、權利能力は決して各個の民族同胞に取つて同一なるものを意味



しない。權利能力は、決して、苟も考へられ得るあらゆる義務と權利との主體たる能力ではなしに、民族共同態内に於いて、其の一部は凡ての民族同胞に對して自由に開放せられて居り、一部は更に別箇の諸種の前提に結び付けられて居るところの特定の肢體の地位に就くべき能力である。それ故に、苟も民族同胞でありだにすれば何人も甲乙無く有し得る一般的權利能力が、或る特種の法律地位、例へば莊園主の地位の爲めの特別の權利能力に依つて或る程度の擴大を見ると同様に、他方に於いては、名譽權の減少する毎に之に因つて若干の制約を受ける、さうして民族共同態より突き出さる、「叛逆者」よりは全然之を剝奪することを妨げないのである。勿論、權利能力は固有の意味に於いて叛逆者より「剝奪」せらるゝのではなく、彼自身が既に其の裏切りに依つて彼を共同態に結び付け、共同態を彼に結び付けて居る紐帶を切斷し、之と共に自己を法の埒外に置いたのである(三八)。更に、公民權 („Bürgerliche Ehrenrechte“) の喪失の中にも亦、例へば參審員の職の如き名譽職に就き、或は後見人と爲るが如き能力の喪失を自然に伴ふ、權利能力の縮小が存在する。義務違反に因る親權の剝奪も亦、權利能力の減殺である。之を要するに一切の名譽罰は、民族同胞の法律團體員としての存在の妨害、随つて亦權利能力の損害を意味する。それ故に、此の法律團體員としての存在は、決して抽象的——一般的なる或るものではなく、具體的なる或るものである。それは、其の都度、民族共同態内に於ける、並に、民族共同態の一部分たるより狭き各種の共同態内に於ける一員としての地位に依つて内容的に決定せられ、さうして民族同胞の名譽と密接に結び付けられて居る。

(三八) ドーム稿「背信(裏切)と犯罪」(Dahn „Verrat und Verbrechen“) („Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft“ 誌 第九十五卷二八三頁以下) 參照。

即ち、權利能力は、能力の種類に依つて段階のある、随つて具體的なるものである。前に述べたる莊園農民の生活秩序以外にも之に類する種々なる具體的生活秩序が完成せらるゝ程度に應じて、之に依つて條件づけらるゝ特別の擴大せられたる權利能力が、一般的權利能力に對して重要性を増し來るであらう。最後に此の觀察よりして、亦、法人の權利能力の特別なる意義が現はれて來る。法人の權利能力は、一般的權利能力に對比してすら、甚だ制限せられたるものでしかあり得ない。今日に於いても既に法人は、世襲莊園の所有權者と爲ることが出来ない。(全國世襲莊園法——Das Reichserbhofgesetz 第十七條第二項)。即ち法人には如何なる場合と雖も莊園主たる能力が缺けて居るのである。

かるが故に、從來各人に甲乙無く歸屬して居るところの、「人」(Person)たるべき能力、換言すれば、苟も考へられ得る一切の權利の可能なる保有者たるべき能力に代ふるに、吾人の新しき體系に在つては、其の特別なる範圍が、一定の成員たる地位に對する本人の能力如何に従つて其の都度定めらるべき、民族同胞の具體的權利能力を以てしなければならない。謂ふまでも無く、若し此の勢の趨くところ、遂に民族同胞の各人の一般的權利能力が、かの莊園主能力の如き特殊なる能力に對して次第に其の重要性を失ふに至るならば、それは民族共同態の統一性に取つて危険なる結果を將來するであらうと一應は考へられる。併し乍ら



これは畢竟紀要に過ぎない。かの特別な権利能力は決して、民族同胞の一般的権利能力と肩を比ぶる獨立の能力として現はるゝものではなく、單に後者の擴大及特別な具體化形式として現はるゝものに外ならない。其の基礎は依然として常に、一般的權力であり、民族同胞の法律團體員たる存在である。

### (三) 法の中に於ける地位としての法律地位

權利能力 (Rechtsfähigkeit) といふことを、最早一般的に、主觀的法 (權利) を享有すべき能力と解してはならないこと、それは單に、一定の法律地位に立つべき能力に過ぎないといふことは、以上に依つて明らかである。即ち權利能力は客觀的法の能力であり、共同態の法律的生活への參與の可能性を示すものである。法律生活への參與は、民族同胞の法律地位に於いて表現せられて居る。或る法律地位の中に立つといふことは、或る具體的秩序の中に立つことを意味し、此の秩序の中に在つて一定の地位を占むるといふことは、一箇の共同態内に於いて、随つて亦他の凡ての同胞に對して種々なる義務を負担すること、且つ此等の義務の故を以て亦、種々なる權利 (Berechtigung) 若しくは權能 (Befugnis) を有することを意味する。但し此等の權利若しくは權能は、謂はゆる「主觀的法」 (Subjektives Recht) の意味に於ける權利とは全然別箇のものである。法律地位は、決して主觀的意思の力ではなく、客觀的法即ち共同態秩序の具體化様式である。法律地位の内容は、第一次的に意欲許容 (Wollendürfen) 若しくは、行爲可能 (Können) ではなしに、或る一

箇の存在 (Sein)、即ち、法律團體の一員としての存在 (Gliedersein) より流出する一箇の當爲 (Sollen) である。法律地位は一箇の任務であり、機能である、分擔である。其の中に在る決定的要素は、義務であつて、此の義務よりして時に何等かの權利が結果し得るのである。併し乍ら民族同胞は彼れの任務と義務との中に彼れの個人的名譽を有つて居る。此の限に於いて彼れの法律地位は、共同態に於ける彼れの業績に應じて彼に歸屬するものといふ意味に於ける「彼れの權利」である。

是を以て吾人の解する「法律地位」の概念は、從來の教義の解したるところとは全然異なつて居る。即ち吾人は之を各種の主觀的法、期待權 (Die Anwartschaft) 及權利狀態 (Die Rechtslage) の總括の意味 („Rechtsstellung“ を此の意味に解すれば、人は之に „Pflichtstellung“ —— 義務地位 —— を對立せしめたのである) に解せず、一箇の法律團體員 (民族同胞) が客觀的法内に在つて占むる地位、共同態内に於ける彼れの「場所」 („Der Ort“) の意味に解する。義務といひ權利といふも畢竟、或る一定の法律地位の其程度の特別な表現に外ならない。吾人は、從來の觀念に従へば一箇の主觀的法 (權利) を「有つ」が如くに、一箇の法律地位を本來「有つ」者ではなく、單に法律地位の中に立ち、若しくは法律地位を充たすに過ぎざる者である。獨り民族同胞のみが法律團體員として法律地位の中に立つのである。之に反して、物は或る「法律狀態」 („Rechtslage“) の中に在るのであつて、此の法律狀態といふものと法律地位とは言語の上よりしても將た又實質の上よりしても全然別箇のものである。



併し乍ら、等しく法律地位といふ中にも、それが或る共同態内に於ける一員たる地位の場合なるか、若しくは他の民族同胞に對する關係に於ける法律地位の場合なるかに従つて明瞭なる構造の差異が存在する。此の二者の中、第一のものは一層嚴密に人格と結び付けられて居る。此種の法律地位よりしては、決して個々の權利若しくは義務が引き離され得ないが、第二の種類の法律地位よりしては時にそれが引離さるゝことがある。法律地位の概念の具體的なる意義内容を明かにせんが爲めには、先づ第一に此の差異を詳に把握することが必要である。

#### A 共同態の一員たる地位としての法律地位

試に世襲莊園の所有者としての莊園主 (Der Bauer) の法律地位、若しくは親權の保有者としての父の法律地位を観察すれば、吾人は、前者が、莊園に對する監護、後者が子に對する養育を以て主要なる内容とする一箇の任務を共同態より割當てられて居る者なることを見るであらう。此の法律地位より生ずる義務は、第一次的に共同態 (民族、氏族) に對する義務であり、第二次に至つて初めて——しかも決して全部がさうであるといふ譯ではないが——亦他の民族同胞に對する義務ともなつて居るのである (例へば退位したる相続人 (Weichende Erben) に對する莊園主の義務)。此の任務の遂行に便ならしめんが爲めに、法律地位は

は種々なる權能を附與するが、併し此等の權能は、決して之をかの任務より引き離し、單に假想的にも義務に對して獨立せしむることは出来ないものである。例へば世襲莊園に於ける所有權は、莊園を占有し、之を経営し、凡ての利益を收むるの權能、並に第三者に對する所有權保護を莊園主に附與する。此等の權能は一として、専ら利己的なる「權利」ではない。其の行使は、専ら莊園の經營及維持の具體的義務の要求に適合するが如き方法に於いてのみ實現せられなければならない、随つてそれは此の埒内に於いて同時に亦莊園主の義務である。彼れの權能の行使は、毛頭彼れの任意に附せらるゝものではない。一定の秩序に随つて利益を爲すことを懈怠する莊園主、過失に依りて田畑の穀物を腐朽せしめ、若しくは其の保管義務に反して穀倉又は農具を廢物に歸せしむるが如き莊園主は、義務に違反して行爲する者である。彼は、其の所有權の行使が彼れの任意に附せらるゝとの辭柄を設けることが出来ないであらう。彼が收むる利益、並に之より生ずる所得の處分に関しても亦、彼は決して全然自由ではない。彼はかくすることが經營の續行に取つて必要なる限り、右の利益若しくは所得を莊園の爲めに使用しなければならない。更に進んで彼は、家族の身分相應なる扶養と債務の償還との爲めに之を使用しなければならない、さうして尙其處に多少なりとも剩餘があつたならば、初めてそれが彼れの自由なる處分に委せらるゝのである。

親權 (Die elterliche Gewalt) に基づく父の權能、即ち、子を教育し、其の居所を指定し、其の引渡を第三者に要求するの權利 (此の最後の權利に對する不適當にして殺風景なる „Kindesvindikation“ —— 「兒



童返還請求權——といふ呼稱は、全廢すべきである）に在つても亦同様である。此等の權利は亦同時に義務である。其の中に在る子に對する權力は、獨り教育及監護の義務の埒内に於いてのみ行使せられ得るものであり、隨つて此の義務が此等の權利の内容と範圍とを決定する。監護權の濫用は、既に現行民法に依るも、後見裁判所の干涉を將來することとなつて居る。親權の義務たる性質が頗る損傷せられて居ると思しきものは、利己的權利として形作られて居る、子の財産に於ける用益權であり、此の點に於いて吾人は法律の改正を望んで休まない。

以上に述べたるが如き、任務範圍としての法律地位の性質よりして、此等の法律地位が原則として任意に處分することを得ざるものであるといふ結果を將來する。莊園主たる農夫が尙ほ相續裁判所の同意を得て彼の莊園の全部若しくは其の一部を處分し、之を讓渡又は擔保に供し得る僅少の場合は、世襲莊園法の目的上已むことを得ざる、處分不可能の原則に對する例外であつて、決して所有權の自由なる處分可能性の原則の復活と看做さるべきものではない(三九)。又、全部の法律地位が處分せられ得ないと同様に、それより流出する個々の權能も亦、任意に之を處分することが出来ない。蓋し此等の權能は、抑も當初より此の法律地位と結び付けらるゝ義務の履行に便ならしめんが爲めにのみ附與せられて居るものであり、隨つて決してこの法律地位と引離され得ざるが故である。法律地位と之より流出する諸種の權能とは、隨つて原則上之を拋棄することを容さない。これは親權について一般に承認せられて居る(四〇)。世襲莊園の拋棄は、全國

世襲莊園法(Das Reichserbhofgesetz)第三十七條の法意に従つて、莊園主が相續裁判所の同意を得て、或る先位相續權者に引渡すといふ形式に於いてのみ可能である。即ち現行民法第九百二十八條(土地ノ所有權ハ所有者カ不動産登記所ニ拋棄ノ意思ヲ表示シ且之ヲ土地登記簿ニ登記スルニ因リ消滅セシムルコトヲ得。拋棄セラレタル土地ノ先占權ハ土地ノ所在スル邦ノ國庫ニ歸屬ス。國庫ハ所有者トシテ土地登記簿ニ登記スルニ因リテ所有權ヲ取得ス。——譯者補)に依る一方的意思行爲としては、不可能である。民法第八百二十七條に依れば其の莊園は無主の土地となり、其の氏族との連絡は解消するであらう。即ち、世襲莊園の拋棄といふことは全然あり得ずして、單に共同態の同意を経て、現在の莊園主の次位の權利者に之を引渡す可能性があるのである(四一)。莊園主たる農夫が、個々の權能、例へば利用權、若しくは第三者に對する所有權的請求權を拋棄し得ざること、以上に依りて何等爾餘の説明を要しない。

(三九) 「全國食料品業者聯合の法律」誌(„Recht des Reichsnahrungsmittelgewerkschafts“)一九三四年卷二七八頁所載、ブーセ稿「世襲莊園法と民法」(Busse, „Erbhofrecht und bürgerliches Recht“)キーン著「全國世襲莊園法教科書」(Dalle, „Lehrbuch des Reichserbhofrechts“)一九三五年刊)三七頁、シュミートンドルフ著「世襲莊園に於ける所有權」(Schmidtendorf, „Eigentum am Erbhof“)一九三五年キール大學學位論文)三二頁以下、並に前掲ヴァーアッカー著書「所有權構成の變遷」(六〇頁等參照)。(四〇) 前掲ヴァルスマン著「拋棄」(Walsmann, „Verzicht“)九九頁、キップヴォルフ著「親族法」(Kipp-Wolff, „Familienrecht“)三二三頁及三三五頁參照。

(四一) 全國世襲莊園法第十五條第二項に依りて設置せられたる管理人(Verwalter)も亦、管理を拋棄し、若しくは之を他人に委託することを得ない。更に彼は、重大なる理由無き限、管理の引受を拋棄することをも容さない。それ故にシュトル(Stoll)の



„Archiv für Zivilrecht“ 誌第四百四十卷三三〇頁の説は中つて居る。管理人の用益も亦、一單に、世襲莊園法の中に設定せられたる管理人及用益者としての法律地位の一部に過ぎず、随つて例へば質入することが出来ないといふが如き制限の下に置かれる。

„Recht des Reichsanhaltandes“ 誌第三年卷一六頁所載、ブーセ稿「全國世襲莊園法第十五條に依る世襲莊園に於ける管理及用益」(Bussé, „Verwaltung und Nutzniessung am Erbfhof nach § 15 REGG“) 参照。

即ち、以上叙述したる諸種の法律地位は、具體的義務に依つて内容を決定せらるゝ、權能を附與するものに過ぎない。具體的義務は、單に他の民族同胞に對してのみならず、共同態に對して存するものである。此の場合に於ける義務は、尙ほ後に言及せらるべき各種の法律地位の場合に於けるそれと異なり、獨り權利に内在する限界たるに止まらずして、亦實に權利の目的決定でもある。個々の權能は法律地位より引離され得ない。其の行使は原則として決して權利者の任意に附せられない。それは處分と拋棄とを容さない。随つて此等の權能は、其の意味と法的構造より觀て、從來の教義の主觀的法としての權利とは全然種類を異にするものである。彼等は決して抽象的なる意思力ではなく、單に一箇の意欲許容のみならず、亦必ず同時に一箇の當爲を表はして居る。彼等は目的と結び付けられたる、さうして義務に依つて決定せらるゝ權能である。個々の權能よりも猶更、全體の法律地位は、因習の意味に於ける主觀的法ではない。それは任務であり義務である。

此等の法律地位が、謂ふまでも無く、亦謂はゆる「主觀的法」の意味とは全然異なる、且つ一層深き意味に於いて、權利者の「權利」 („Das Recht“) でもあることは、既に示唆せられたるが如くである。即ち、

當該民族同胞が、共同態内に於ける彼れの業績に應じて彼に歸屬するところのもの、随つて此の意味に於いて「彼れの有」であるところのものを、此等の法律地位に於いて享有するといふ意味に於て、然るのである。或る一箇の任務範圍を「彼れの有」として割り當てらるゝことに於いて民族同胞は、具體的人格並に共同態成員として承認せられ、彼れの名譽が彼に保證せられる。随つて一旦供與せられたる法律地位は、決して専恣に、且つ彼れの一身上に存する何等かの理由無しには之を彼より剝奪することを容さない(四二)。共同態も亦、専恣に行爲することを容さない。民族同胞を共同態に結び付ける忠實信義の羈絆は、亦共同態をも民族同胞に結び付ける。斯くの如く共同態も亦、個々の民族同胞に結び付けられて居ることこそ、ドイツ法の主要なる特徴を現はすものであり(四三)、此の特徴を没却しては、共同態の本質が誤認せらるゝの恐がある。眞のドイツ的なる、随つて國民社會主義的なる觀念に依れば、個々の民族同胞は決して共同態に依つて押し潰され、抹殺せられず、却つて共同態の中に在ればこそ、同胞としての彼れの正當なる自尊と個人的、民族同胞的名譽とを承認保護せらるゝのである(四四)。民族同胞を法律團體員として、其の具體的なる成員地位を承認することは、個人主義的なる人の概念を基礎とするものではなく、共同態思想を根柢とするものである。ドイツ的社會主義が根本的に自由主義並に共產主義より自己を區別する所以も亦、正しく此の點に存する。共同態に依つて且つ共同態の利益の爲めに民族同胞に委託せらるゝ任務は、此の民族同胞の義務であると同様に亦其の名譽でもある。それは、正しき共同態秩序に従つて彼に歸屬するところのものといふ