

14.5

14. 5-54



1200501213198

司法資料
第二四六號

一般條項への逃避及び
獨逸大審院と利益法學

司法省調査部編



始



145-54

14.
54

料資法司

號六十四百二第

一般條項への逃避及び
獨逸大審院と利益法學

〔禁轉載〕（昭和十三年十二月）

司法省調査部

發行所寄贈本

本號には(一)ケーマンの「一般條項への逃避」Justus Wilhelm Hedemann; Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. 1933. 及之に對する H. Kreller (Archiv für die Zivilistische Praxis. Bd. 18. 1934. SS. 242—244.) Karl Larenz (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 100. 1934. SS. 378—382.) Ph. Heck (Juristische Wochenschrift. 62. Jahrgang. 1933. Bd. I SS. 1448—1449.) の批評又は紹介と(二)ミューラー＝ヘルツバッハの「獨逸大審院と利益法學」Rudolf-Müller-Erzbach; Reichsgericht und Interessenjurisprudenz. im Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. I SS. 161—177. を邦譯收載した。

前者は一般條項の導く危機を警め後者は實定法の中に一の抽象的原理を求めんとして居ることは共に我々の注目に値するものと信じ茲に筆寫に代へて排印する。

譯者はいづれも佐藤莊一郎氏である。

昭和十三年十二月



司法省調査部

14.5
54

司法資料
第二四六號

一般條項への逃避及び獨逸大審院と利益法學

總目次

一般條項への逃避 (ユスツス・ヴィルヘルム・ヘーデマン) (一)

右に對する批評 (二五)

其一 ハー・クレラーによる批評 (二五)

其二 カール・ラレンツによる批評 (三二)

其三 ヘックによる批評 (三七)

獨逸大審院と利益法學 (ルドルフ・ミュラー||エルツバッハ) (三三)

一般條項への逃避

(ユスツス・ヴァイルヘルム・ヘーデマン)

ユスツス・ヴィルヘルム・ヘーデマン
(Justus Wilhelm Hedemann)

一般條項 (Generalklauseln) への逃避
— 法律及國家に取りての一危険 —

言



本書は一貫して之を歴史的に理解せられんことを希ふものである。歴史的とは、本書が過去の事象を更めて探り立つるといふ意味に於いてでない。本書が現在の形相を進化の流の中に投射して居るといふ意味に於いて、Historischであるとの謂である。古き羅馬法、及之に續くビザンツ法の若干の回想は、之を鏡像として役立たしめんとするものである。斯かる鏡像が時として必しも眞實と致せざることあるべきは、固より言を俟たない。併し乍ら彼等が意識を喚び覺まし、且つ責任感を強化することは依然として變らない。

讀者に對しては、其の眼を最近の數十年間に注がれんこと、竝に本書を其の全體よりして判斷せら

れんことを期待する。書中に描寫せられて居る個々の領域に於いては、或は缺陷若くは誤謬を見るかも知れない。併し乍ら、全體が吾人の今方に運命の岐路たる一箇の問題の前に佇みつつあることを示すに足るものあることは、筆者の竊に期して憚らざるところである。

一九三三年四月一日

イエーナに於いて

ユスツス・ヴィルヘルム・ヘーデマン

目次

序 說——『法は善と衡平との術なり』(IUS EST ARS BONI ET AEQUI)……

一、要件 (Tatbestand)

(一) 往年の一般條項 (一般的故意—惡意—の抗辯—Exceptio doli generalis—) 及、プロイセン普通法——Das Preussische Allgemeine Landrecht——第十條第二項第十七號)

(二) 現行ドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch) の一般條項、就中第八百二十六條及第二百四十二條

(三) 自由法運動 (Freirechtbewegung) と増額評價の問題 (Aufwertungskampf)

(四) 信義誠實 (Treu und Glauben) の全盛景氣

(五) 労働法 (Arbeitsrecht) 及、不正競争禁止法 (Wettbewerbsrecht) の征略

(六) 各種特別法に於ける一般條項の根柢

(七) 商 法

(八) 公 法

(九) 民事訴訟

(一〇) 執行法

- (二) 刑法
- (三) 税法
- (三) 行政法
- (四) 國家法
- (五) ビザンツ主義 (Dr. Byzantinismus)

二、評 價

- (六) 一般條項の理論
類似現象との區別
效果範圍の限界
多くの一般條項の相互關係
法律體系に於ける地位
- (七) 一般條項の進出の理由
法律素材の過剩
内面的不安定
疲弊困憊
- (八) 一般條項の業績

緊迫せる個々の紛争の解決

新たなる法律制度の創造

裁判の地位の昂揚

- (九) 一般條項の第一の危険、優柔化
- (三〇) 一般條項の第二の危険、不安固
- (三) 一般條項の第三の危険、恣意
- (三三) 吾人の見解

『わたしは常に、法律といふものは嚴格に之を遵奉すべきもの、特に自由といふことが極端に幅を利かして居る時代には猶ほ更さうであると考へて居る』

(ゲーテ。——エッカーマンとの對話、一八三一年二月十九日)

ビザンツのユスティニアヌス皇帝が紀元五三三年——即ち今より正確に十四世紀以前——に『學說彙纂』(Die Pandekten)を欽輯し、傳ふるが如くは舊記二千卷三百萬行(Versus)の中より摺據して、五十卷十五萬行の大著を作らしめたとき、卷頭に題するに次の一節を以てした(學說彙纂第一卷第一章第一節首條)。

『凡そ法(ius, Recht)に従ひて苟もせざらんと欲する者、宜しく先づ其の名の由つて來るところを識るべし。斯の名は正義(iustitia, Gerechtigkeit)に採りたるものなり(a iustitia appellatum)。蓋しケルズス(Celsus)の的確に道破したるが如く、法は善と衡平との術(ius est ars boni et aequi)なるを以てなり』

ケルズスは、紀元第二世紀初葉の人、此のユスティニアヌスの題言の出典の著者たるウルピアーン(Ulpian)は第三世紀初葉、ユスティニアヌスは第六世紀初葉の人である。即ち、法は善と衡平との術なりといふ公式は、少くとも四世紀に互つて世に流布して居たものである。それにも拘はらず、此の公式は、ケルズスが初めて之を口にしたとき既に、更に過去數世紀を蔽ふ

一發展過程の結果であつた。何となれば、羅馬法の發展の冒頭に存在したものは、衡平と善の法——*ius aequum et bonum*——ではなしに、『嚴正法』——*ius strictum*——勿論、此の二つの公式は、羅馬法の最初からあつたのではなく、ビザンツ帝國時代に初めて生じたものであるが——であつたからである。即ち或る事を約束したる者は、其の言葉のあらゆる考へ得べき嚴格さを以て之に拘束せらるる(Uti lingua nuncupasset, ita ius esto——言葉の發せられたるが如くに法はあれ——言即法)といふのが、原始羅馬法の精神であつた。然るに其後に至つて次第に法的行爲の二分が現はれ、嚴正なる法の行爲(*stricti iuris negotia* [iudicia, actiones])——に對して、善意の法的行爲(*Negotia bonae fidei*)といふものが生じた(後者の事例は、ガイウス——*Gaius*——第四卷第六十二章、及、ユスティニアヌス皇帝の法學提要——*Institutiones*——第四章第六節第二十八條に掲げられて居る)。是に於いて吾人は初めてかの有名なる『善意』(*bona fides*)といふものに逢着した。吾人は以下論せんとする問題の全體を包括する關係に取つて、此の『善意』と、前記の『善及衡平』とを同一のものと視ることが出来る。如何となれば、訴訟方式に於いて『凡そネールスが善と衡平とに因りネギディウスをして給付せしむることを要するもの』(*Quidquid Nerum Negitium ex bono et oequo dare facere oportere*)と謂はれたこと、『凡そネールスが善意に因りネギディウムをして給付せしむることを要するもの』(*Quidquid N. N. ex fide bona dare facere oportere*)と謂はれたことは、畢竟實際上同一事に歸着したからである。併し乍ら一方、謂はゆる『嚴正なる法的行爲』に在りても亦、訴訟方式の中へ一箇の保護

條項、即ち、抗辯の挿入を見るに至つた。それは、過去(又は特別)の悪意(dolus praeteritus, specia-
lis)よりして、益々現在の悪意(dolus praesens)にまで引き上げられた悪意の抗辯、即ち一般的悪意
の抗辯(Exceptio doli generalis)是れである。『若し此の事件に於いて何物もアウルス・アゲリウスの
悪意に出でざりしとき、又は出でざるときは』(si in ea re nihil dolo malo Auri Agerii factum sit
neque fiat)(ガイウス第四卷第百十九章)と云ふが如き、其の一例である。吾人は此の造語を、再び
前記の兩語と同視することが出来る。但だ善意の裁判(Bonae fidei iudicia)に在つては、善意(Bona
fides)と云ふことは直に一切の悪意(dolus)の排除を當初より包藏する(Exceptio doli inest bonae fidei
iudiciis)が故に、明言的に之れが添加を抛棄したのである。

斯くして吾人は、三つの要素的概念に直面する。善と衡平(bonum et aequum)、善意(bona fides)
「悪意の抗辯」(exceptio doli)是れである。以下現行の法律について試みらるる検討に於いて『一般條
項』といふ語が如何なる意味に於いて用ゐられて居るかは(最初は單に民法のみに對して)略ぼ之に
依つて決定せられて居る。之を總括して此等の三つの羅馬法上の公式は、一箇の大なる歴史的過程を
如實に示すものである。即ち人々は、嚴正より弛緩に移動した。當初それは單に形式の問題であり、
言葉の弛緩、解釋の伸縮性に過ぎなかつた。併し乍ら遅くともユスティニアンの時代と前後して、そ
れは更に實體的意味に於いても亦弛緩が現はれた。即ち、嚴正に代はる寛容、苛酷に代はる優柔、是
れである。但し羅馬人自身が既に此の大なる發展過程を明瞭に意識したとは覺えない。併し乍ら彼等

も亦、一方には嚴正なる法(durum ius)、法の理性(iuris ratio)、峻烈(asperitas)、嚴苛(severitas)
等と他方には、衡平(aequitas)、人情(humanitas)、好意(benignitas)若くは善意(bona fides)との間
の動搖を、時として重壓的に感じたことはあるかも知れない。

そこで我等現代人が、嚴正と弛緩、正確に輪廓づけられたる個々の法條と漠然たる一般條項との斯
かる間隔の中の何處に立つて居るかと自問して見るならば、なるほど吾人は、羅馬人よりも一層明瞭
に、より多く意識的に地位を定め得るであらうが、併し他方に於いては、事柄が尙ほ餘りにも吾人に
近接して居るだけに、吾人も亦決して確實なる最後の判断を下すべき資格を有しない。併し乍ら、資
格を有せざることは、此の現象を追究する義務より吾人を解放するものでない。如何となれば此の間
題は——歴史的に觀て——凡そ第二十世紀の法律學者に取つて存在する最も重要な問題なるが故で
ある。以下には先づ要件(Tatbestand)(一)が敘述せられ、次に評價の試が之に連接せられて居る
(二)。

一

事實として、一般條項が最近五十年若しくは三十年の間に、驚くべき進出の勢を示しつつあること
は疑を容れない。此の過程には獨り立法のみならず、法律學も裁判も共に與つて居る。

(一) 吾人の歴代の祖先即ち、バンデクテン學者及地方法學者「Landrechtjuristen」ザクセン民法の裁判官、及、フランス民法 (Code civil) の裁判官——就中最後の者——も亦、既に、一般條項を有つて居た。今茲には二つの一般條項を摘出する。此は共に特別に著名であり、共に今日に至るまで效力を存續して居るものである。其の一は、獨逸普通法 (Gemeines Recht) の領域に由來して私法に屬し、他は一七九四年のプロイセン普通法 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten) 中に在りて公法に屬するものである。

獨逸普通法は、勿論第一次的に、一般的惡意の抗辯を吾人に提供して居る。此の抗辯の羅馬法に於ける發現の跡は吾人が先に論及したるが如くである。第十九世紀に於いてそれは如何に成つたか？ 法律教科書の裝飾であり、裁判に於いては、極めて稀なる、なるべく一般化することを防がれたる、單に二三の場合に應用せられたる補助手段たるに止まつた。それは、大審院判例を一瞥すれば明かである。一八七九年に大審院は其の活動を開始した。當初より大審院は (半) 公式の判決集を發行した。そこで次の如きことに注目せられ度い。最初の十七卷には此の一般的惡意の抗辯の片鱗だに含まれて居ない (第六卷三三三頁に言及せられて居るのが唯一の例外であるが、顧るに足らない)。一八八六年に、それが初めて現はれて居る。第三十卷に至るまでに、即ち十三箇年の時日の間に、筆者は僅に十箇の判決が此の抗辯を使用して居ることを發見したに過ぎない。此等の十判決の素材は不統一を示して居る。それは全然『其の場合に應じて』處置せられて居るに過ぎない。或は保證、或は代理權、

或は留置權、或は抵當權讓渡等が、一般的惡意の抗辯に依り、其の都度の個々の點に於いて理論付けられて居る。或る場合には又此の抗辯が『信義誠實』(Treu und Glauben) と同一視せられて居る。或る場合には抗辯の基本思想が、稍々強き調子を帯びて居る。即ち單に抗辯といふことが許容せられて居るのみならず、更に惡意が依つて以て損害賠償請求權を取得せんが爲めの訴の要素として役立つて居る。要するに、全體としては最小限度の獲物に過ぎない。

第十八世紀の終に出でたるプロイセン法律よりしては、次の規定が傳はつて居る。——警察ハ『公ハ平穩安寧及秩序ノ維持竝ニ公共及其ノ個々ノ成員ニ切迫スル危険ノ防止ノ爲メニ必要ナル營造物トス』(Allgem. Landr. für preuss. Sta. §10 II 17)——平穩、安寧、秩序、即ち正しく公法學者に依つて『總括的委任』(General de legation) と名づけられて居る一般條項が、此處では公法の領域内に現はれたものである。此の一般條項の使用は、第十九世紀に入りても可なり後年まで極めて稀であつたやうに見える。特に之に注目せられたことは絶無である。浩瀚なるコッホの地方法釋義 (Koehl, Kommentar zum Landrecht) も、何等の特筆なしに此の規定を引用するに止まり、一として之に關して發せられたと覺しき判決を引用してはない (例へば一八六三年刊第三版)。勿論、特に法律的關係に於いて促進的效果を示した「一八五〇年三月十一日警察行政ニ關スル法律 (Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850)」が發布せられて以後、斯かる判決は決して絶無ではなかつた。併し乍ら彼等は依然として散在的であり、さうして忽ち再び忘れられた。プロイセン上級行政裁判所の創設 (一八

七五年)と共に初めて多少の眞剣味が現はれて來た。茲に至つて人々は一七九四年の立法の材料を追
求した、さうして註釋家ロエンネ (Rönne) が、一八八年中 (其の著『プロイセン普通法補遺及註解』
— Ergänzungen und Erläuterungen des ALR — 第七版第四卷六〇八頁に於いて) 之を要約したる
が如く、『第十條第二項第十七條の精神及意義について』穿鑿し、且つ新設の裁判所の判決を頼りとし
て此の一般規定の理論を開拓し始めた。併し乍らこれとても依然として頗る隱密の裡に終始し、明か
に控目の色を帯びて居た。

然るに今日では、一般的惡意の抗辯 (信義誠實) 及第十條第二項第十七號 (現在では、一九三一年六
月一日新プロイセン警察行政法 — Das neue preussische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 —
第十四條。尙ほ第七十九條第二項 a 號參照) は直に俚言的と爲つた。如何なる受験生も之を識り、斷
えず之を口にして居る。實地の裁判にもそれが氾濫して居る。理論の方は尙ほ未だ之に伴はない。
(二) 現行民法の施行は、此處でも亦再び境界標石と爲つた。筆者が一九一三年中イエーナに於い
て『民法に於ける發生及成長』(Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht) に於いて、或る國家
學及法律學專攻科に講義したとき (此の講義は其の後印刷に附して公刊せられた)、筆者は次の數句
を鑄出した。『いづれの法律實務家も吾人の民法法典の個々の條項の運命が、甚しく差異あるもの
となつたことを熟知して居る。その中には若干の王侯がある。併し乍ら其の傍に無數の顧みられざる
乞食が居る。幾百の條項は今殆んど何等の役割をも演じて居ない。此等の條項は貧民の如く世に埋

もれて居る。彼等は若干の少數者が嶄然として彼等の上に擡んづることを甘受しなけれでならない。
……例へば、凡ての契約は信義誠實の極印を示すことを要するといふ通則の王者の威風に對し
て、相續法の片隅より出づる幾十幾百の條項は殆んど物の數ではない』(九頁)——爾來諺の如く爲つ
た王者的條項は次の如くである。

第二百五十七條 『契約ハ取引上ノ慣習ヲ考慮シ信義誠實ノ要求ニ從ヒ之ヲ解釋スルコトヲ要ス』

第二百四十二條 『債務者ハ信義誠實ニ且取引上ノ慣習ニ從ヒ給付ヲ實行スル義務ヲ負フ』

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
害賠償ノ義務ヲ負フ』

第二百二十六條 『他人ニ損害ヲ加フルコトノミヲ目的ト爲スコトヲ得ル權利行使ハ之ヲ許サス』

右の外、しかく重要ならざる若干の條項、例へば第三百三十八條又は『重大ナル事由』に因る告知に
關する諸規定の如きものについては尙ほ後に述ぶるところがあるであらう。

此等の新しき一般條項の辿つた進路は一樣でなかつた。法典の施行の當時、疑も無く特に多くのこ
とが其の背後に期待せられた第二百二十六條は、頗る勢を失つた。其の適用は不活潑にして且つ極め
て稀であつた。第二百五十七條も亦徐々に少しく後退し、それは現在のところ、二重存在を續けて居
る。即ち一は解釋學の一箇の實質的屬具としてであり、他は之よりも稍々多くの場合に且つ重要な
役目を帯びて居るのであるが、第二百四十二條の忠實なる護衛兵としてである。かくして第八百二十

六條と第二百四十二條とが、主たる候補者として残つた。彼等の間には競走が始まつた。

しばしが程は、第八百二十六條が此の競走に勝を占むるかの如くに見えた。まことに其の走路は華しいものであつた。それは次第に民法のあらゆる可能なる節款に對する矯正手段 (Korrektiv) となつた。例へば契約違反の場合である。當事者自身は、若し契約に違反したならば契約其ものに基いて十分に訴求せられ得た。併し乍ら外部より來る教唆者に對しては何等の武器も無いやうに見えた。忽ち人々は、第八百二十六條の撻船鉤を擔ぎ出して敵舟を拿捕し去つた。又、相隣權の規定があつた。現行民法に於いても、存續せられたる地方法に於いても一種異様な其場丈の解決 (Die Kasistik) が最も頻繁に行はれたのはまさしく此の領域であつた。併し乍らそれにも拘はらず、此等無數の個々の規定のいづれにも該當し得なかつた場合が頻々として生じた。第八百二十六條が早速助太刀を勤めた。又、婚姻豫約違背の場合も同様であつた。婚約者たる男女は既に婚姻豫約法に依つて十分に壓力を受けて居る。併し乍ら若し花嫁の父が腹黒き方法を以て婚姻豫約を斷絶せしめたならば如何？ 如何にして此の父に對して損害賠償を訴求することが出来るか？ 大審院の一判決は第八百二十六條を持ち出して居る。——加之此の一條は遙に民法の埒を超えてすら效力を生じた。まさしく一般條項の特性であるやうに見える『蔓延』 (Weiter wandern) 『蠶食』 (Weiterfressen) の最初の一例である。かくして吾人は、就中勞働法の新しき材料の中に、力強き調節機としての第八百二十六條に逢著する。同盟罷業、工場閉鎖乃至ボイコットに關する全然新規にして特異なる理論は實に本條より發生したる

のである。即ち、原則として此等の經濟的戰爭手段は許容せらるべきである、但しそれには、不正なる手段を使用することを得ずといふことと、鬭争は相手方の完全なる生存破壊を目的とすることを得ずといふこととの二重の制限を受けるといふこと、是れである。さうしてカルテル法をも同時に包括しつつ、既に一九〇二年中大審院は、明白に之を一般化して次の如く述べて居る。『民法第八百二十六條ハ、不法行爲ニ關スル刑法及民法ノ規定ノミヲ以テシテハ營業上ノ競争又ハ貸銀鬭争ノ過激化及餘弊ヲ防止スルコト能ハサルヘキ場合ニ於テ之ヲ救ハンカ爲メノ一手段ヲ提供スルモノナリ』云々 (大審院判決集第五十一卷三八四頁)。更に第八百二十六條は深く營業權保護 (Gewerblicher Rechtsschutz) 著作、特許、意匠、商標等の諸權利に對する法律的保護に關する法域——譯者補) の法律の中に侵入したが、之については尙ほ更めて言及せらるるであらう (本書三四頁)。甚しきは本來しかく冷酷なる民事訴訟すら竟に第八百二十六條の影響を受けずして畢ることが出来なかつた。即ち、幾多の議論を生じたる一訴訟事件を契機として、正常ならざる手段に依り取得せられたる既判力に對抗せんことを欲したるとき、形式を根據とする訴訟學者の異論は第八百二十六條に依りて一舉にして打倒せられた (後出(九))。——人若し現行民法の制定時代を回顧し、さうして右に描寫せられたる (しかも描寫して悉くさざることを甚だ多き) 結果を之と比較するならば、斯くまでの發展力が此の第八百二十六條に伏在し得ようとは何人も夢想だにしなかつたことを見て喫驚するに違無い。當時、一九〇〇年には、人々は此の一條を單に、不法行爲に基く訴 (Actio ex delicto) の體系の仕上げの一筆とさふほどの

のと看做したに過ぎない。帝國議會の總會に於いても同條は討議無しに採擇せられた！それは眞に『疾驅』と名づけ得るものである。

然るに最近十年間に、第八百二十六條は第二百四十二條の爲めに追ひ越された。此の『信義誠實』の法則は、現行民法制定時代に於いても既に一層多く尊重せられて居た。そこには自然に *Bona fides*、『善意』の理論、及、既に數百年來時々『信義誠實』の公式と共に法律條文の中に引用せられた舊き商慣習との連結があつた(例へば、一七三六年五月二十日付詐欺破産者に對するフリードリッヒ・ヴィルヘルム第一世勅諭中に見るが如き、又 *Corp. Const. March. 12* 二百五十五頁の如き是れである)。學問的加工も亦、現行民法の施行後直に現はれた。即ち既に一九〇二年、控訴院判事シュナイダー (Schneider) が其の著書『債務關係の法に於ける信義誠實』(*Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*) を公判した。同年シュタムラー (Stammler) は其の著『正法の理論』(*Lehre vom richtigen Recht*) に於て『信義誠實』の公式を、親族法の『濫用禁止』(民法第三百五十四條第二項、第三百五十七條第二項、第六百六十六條)、及、所々に散見する『公平ナル裁量』(*Billiges Ermessen*) と共に考究した。シュタupp (Staub) も亦、既に一九〇二年中、*Deutsche Juristen-Zeitung* 誌(二四頁)に於て第五百五十七條及第二百四十二條を簡單に採り上げ、更にヴェント (Wendt) は一九〇六年中、*Archiv für die Civilistische Praxis* 誌第百卷に於て、『信義誠實』と云ふ新しき概念と相並んで尙ほ、一般的惡意の抗辯の餘地と必要とがあるか否かに關する氏の討究を四〇〇頁以上

に互つて發表した。一般條項といふ感覺は、此の場合に明かに認め得られる。即ち、單にシュナイダーが、第二百四十二條に對して往々、一般條項の名稱を明言的に使用したのみならず、當時の幾多の新しき教科書の一(これは勿論其の後殆んど世人より忘却せられて居るが)に於いても第二百四十二條は『謂はば法律又は法律行為の一切の規定に對する、一箇の補足である。それは、選ばれたる表現に欠缺ありと認められたる場合に、之に因り當事者に不利益を生ぜざらしめんが爲めである』云々と明確に述べられて居る(ゴルトマン||リリエンタール——Goldmann-Lilienthal——第二版二九二頁)。其の後一九一二年中、時代に先驅せる銳き反對がヘンレ (Henle) に依つて開始せられたることによつては、尙ほ後に言及せらるるであらう。

之に反して、實地の裁判は、第二百四十二條に對しても亦、顯著なる抑制を示した。當初、本條適用の場合は、極めてまばらに蒔かれて居た、さうして内容的には、多年の間、單に此の新しき條項に向つて、たどたどしく手探りに近寄るといふ程度の問題に過ぎなかつた。即ち本條は、大審院判決集第四十八卷に初めて現はれて居る。續く四卷には片言も之に及んで居ない。次に第五十三卷に至つて僅に一箇所これが引用せられて居る。以下三卷には再び皆無である。其の後次第に第二百四十二條が稍々頻繁を加へて來た。併し乍ら人々は何處までも本條を通常の解釋の常軌に固著せしめて居た。之以上に出でて創造の境地に通ずる一切の使用は、嚴に拒否せられた。ハーヘンブルク (Hachenburg) が———原來の趨勢を豫感しつつ———株式會社制度に於ける(正確に謂へば、有限責任會社法に

於ける——Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 誌一九〇七年卷、四六〇頁以下) 議決權の濫用に對して鋒を向け、『信義誠實』に依る之れが防止を提案したるとき、大審院は之に對して、一九一二年中、次の如く異論を唱へた。

『就中、斯クノ如ク彈力性ニ富ミ、一ニ裁量ト公平トニ倚ラントスル條項ハ、會社生活ノ活動ニ——(吾人が論せんとする主意の問題性の全部が、此處に明瞭となつて来る)——最大ナル不確實性ヲ誘致セサルヲ得サルヘシ。特ニ正當ナル使用ヲシテ濫用ノ觀アラシムル事實ニ關シテ常ニ頻々トシテ論争ヲ生スヘキカ故ニ一層然リ。更ニ議決權行使ヲ除外スル問題ニ於イテハ明瞭ニシテ截然タル限界線カ實際裁判ニ取ツテ缺クヘカラサルモノナリ』(判決集第八十一卷四〇頁)。

越えて一年、筆者が上に述べたる『民法に於ける發生と成長』とに關する講義を行ひ、青年の感激に於いて筆者の謂はゆる『王者の如き諸條』を禮讚したるとき、ナウムブルクの高級判事兩氏は、眞摯なる會談に於いて筆者に對し、斯かる『信義誠實』法律學の危険を説き、人一度此の道に踏み込むときは、忽ち滑り出して最早踏み止まることが出来なくなるであらうと戒めた。

(三) 併し乍ら、とかくの中に既に、方向轉換が現はれた。第二百四十二條に與ふるに、無限の可能性の國土に飛び行かんが爲めの翼を以てしたものは、主として——相互の間に全然交渉無く、且つ其の本質に於いて全然相異なる——二つの場面であつた。即ち一は、大戰前時代の自由法運動 (Die Freirechtsbewegung) であり、他は、戰後時代の増額評價の問題 (Der Aufwertungskampf) である。(註)

大戰後に於けるマルク貨の價格崩落に因りて價值を喪失したる債權を、民法第二百四十二條の『信義誠實』に依りて、當初の經濟的價格に適合せしむることを目的とした立法である。此の立法は、或る金錢債務の内容は一に額面價格に依つて定まる。換言すれば、マルク對マルク——Mark gleich Mark——といふ觀念を拋棄したが、併し亦他方に於いて、或る金錢債務の内容は、債務關係の成立の當時に於ける債務金額の實際の經濟的價值に従つて之を定むべしとする觀念をも拒否し、債務關係の變動の種類及範圍は『信義誠實』の原則に従つて之を評價することを要すとした。かくて、一九二五年七月十六日増額評價法——Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925——に依りて、金錢債權の増額評價は次の如くに規律せられた。即ち(a) 抵當權、土地負擔、工業債券、質證券、公立貯蓄金庫に於ける預金、保險請求權の増額評價に對しては、一定の百分率の高度に於ける成規的増額評價——Normalaufwertung——を施行す。(b) 其の他の凡ての請求權の増額評價は、信義誠實の原則に従つて之を定む、といふのである。尙ほ之については諸種の例外が設けられたが今此處に直接の關係が無いから省略する——譯者補。

自由法運動は——ヘルマン・カントローウィチ (Hermann Kantorowicz) の小著書『法律學のための戰』(Der Kampf um die Rechtswissenschaft) に其の端を發し、一九〇九年以降就中、カールスルーエの辯護士エルンスト・フックス (Ernst Fuchs) に依つて承繼せられ、やがて極端なる方向と穩健なる方向とに分離しつつ——著々として、拘束性より可動性へ、語義嚴守より自由解釋へ、嚴正にして狹

隘なる個々條項より判事王國 (Richterkönig) への線を辿つた。併し乍ら此の『學派』は(其の反對者が動もすれば此の點を看過して居るが)終始一貫して判事を責任の埒より逸脱せしめず、寧ろ却つて層高き規準に服膺せしめんことを欲したるが故にこそ、獨自の倫理的要素が混和せられて居る一般條項が此の學派の眼に理想的なるものとして映ずることは自然の數であつた。一九二六年中、エルンスト・フックスは、其の獨得の誇張したる激越さを以て當年を回顧しつつ次の如くに書いた。

『現行民法に取るべきものは、唯だ一箇所、即ちそれが抽象的なる場合に應じての解決 (Abstrakte Kasuistik) の原則を堅持して進む可き行手を指し示して居る箇所のみである。此の道標は『取引上の必要といふ自由法の海への入口』といふ銘を載せて居る。それは、第二百四十二條である。

第二百五十七條、第三百三十八條、第二百二十六條、第八百二十六條を既に包藏して居る此の『王者』の如き一箇條は、爾來アルキメーデスの點となり、其處よりして舊き法律の世界が蝶番より取り外づされて仕舞つた』(『Jurist』誌第一年卷、三四九頁)

斯くして、全般の法律生活を僅に若干の一般條項に壓縮することが、直に原則の地位にまで引き揚げられた。併し乍ら此處に引用せられたる諸條は、なるほど其れ以外の一切の事を包含して居るかも知れないが、尙ほ且つ法律の條文に屬するが故に、假令一般條項が原則と爲つたとしても、『成文法律の土臺』(Der gesetzliche Boden) は決して放擲せられたのではないといふ主張が、常に之と並行して居る。併し乍ら事實上今や、少くとも時間的に自由法學派の進出と一致して、第二百五十七條、第二

百四十二條、第八百二十六條の盛花期が始まつた。從來此等の法律規定の適用に對しては、殆んど羞耻心と謂ひ得るほどの遠慮が存在したが、今や斯かる遠慮會釋は見る間に減少した。そこには、人言はんとする一切萬事に『信義誠實』若しくは『善良なる風俗』の符縁を取り附くる流行が始まつた。

一九二三年以降の増額評價の問題は、之を目撃體験したる法律家に取つて、眞に忘れ得ざる一場の活劇であつたが、これこそ嚴正法 (ius strictum) と衡平 (aequitas) との對照を最も眩しき光の裡に映發せしむるものである。此の場合に於ける嚴正法は、謂ゆるマルク對マルク (Mark gleich Mark) の貨幣法則に依つて表示せられた。衡平は、謂はゆる『權利を奪はれたる』(entrechtet) 債權者の百萬入合唱の中に次第に其の聲を高めた。最初の間裁判所は、他の種々なる手段、例へば、事情變更の原則 (Ius in rebus sit stantibus) 又は、『義務以上の義務を盡す』(Ueberobligationsmäßige Kraftanstrengung) と謂ふ理論、又は『期待不可能性』(Nichtzumutbarkeit) の理論等を以て、貨幣價值下落の禍を征服せんと試みた。しかも結局に於いて、あらゆる裁判上の力が第二百四十二條、即ち信義誠實に向つて流れた。之に依つて人々は、筆者が拙著『大審院と經濟法』(Reichsgericht und Wirtschaftspraxis) (就中一八四頁以下) に於いて詳細に描寫したるが如く、貨幣法をも亦、其の蝶番より取り外づして仕舞つた。洵に前代未聞の影響範圍を有する一大事件、公法の最も基礎的なる法律の一を、第二百四十二條の民法的一般條項に依つて放擲したものである。

(四) 爾來吾人は、第二百四十二條の天井知らずの全盛景氣を見て居る。實例を引用することは無

用である。それはあらゆる註釋書を満たして居る。それは群を成して各裁判所の判決を貫いて居る。大審院判決集にして、其の判決の少くとも半ダースを以て之を確證しなかつたものは一卷も無い。幾多の熱心なる著者は、信義誠實に關する此等無数の判決を一卷に集成することに著手した(例へば、ムブルガー著、一九三〇年刊『取引に於ける信義誠實』——Hamburger, Treu und Glauben im Ver-
kehr, 1930——筆者も亦、前掲著書『大審院と經濟法』の末章に於いて、本事項竝に之に次いで生じた現象に言及した)。

之と相竝んで、他の類似の一般條項の曲線も亦、急激に上昇して居る。一般的惡意の抗辯は、現行民法制定當時に於ける明瞭なる否定(民法起草委員會議事録第一卷三三八頁以下參照)に拘はらず、更に又、文獻に於ける當初の反對説(シュナイダー對ヴェント論戰)にも拘はらず、夙に民法の體系内に於ける確乎たる地歩と第二百四十二條に比肩する同等權利とを取得した。なるほど吾人は今日も尙ほ甚だ多數の著者に於いて、一般的惡意の抗辯を不可とする説を耳にすることが出来る。併し乍ら此等の説は要するに舊き文書の上の反抗の餘勢以上に出づること甚だ多からざるものに過ぎない。さうして學究的議論はともあれ、實際裁判は極めて冷淡にかかる反對論を尻目にかけて通り過ぎた。一九〇四年の六月中は尙ほ態度未決であつた大審院(判決集第五十八卷三五六頁)が、同年九月には既に、假令『特別ナル事情ノ發生』を必須條件とするとは謂へ、とにかく第五十七條、第二百四十二條、第八百二十六條の傍に、一般的惡意の抗辯 (Eine allgemeine Einrede der Arglist) を竝び立たしむる可能性に迎

合して居る(同第五十八卷四二九頁)。其の後五年にして既に最高裁判所は、これまでに達成せられたる結果の一回顧を興へ得るまでに進んだ(同第七十一卷四三三頁)。其の後更に進んで大審院は、特別の惡意の主觀的要件を要せざるものとし、『民法に於いて暗黙に承認せられたる』惡意の抗辯の機會を被告に與へんが爲めには、原告が以前の態度に對して、單に客觀的に違反して居るといふことのみを以て足ると爲して爲る(同第八卷一〇頁)。斯くの如き例は枚擧に違が無い。即ち是れ亦、嚮に半ば拋棄せられたる一般條項の輝かしき祝勝行列に外ならない。さうして此の新たに生れたる一般的惡意の抗辯もかの『信義誠實』と全然同様に、既に其の傳記家と理論家とを見出だした(一九二六年度フラクフルト學位論文、ヴィリー・ブレンナー著『大審院の判決に於ける一般的惡意の抗辯』——Willy Brenne, Exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Frankfurter Dissertation 1926. 尙ほ後條、訴訟法の場合に擧げられて居る、マーティン・タム——Martin Tamm——の學位論文參照)。種々なる契約を解除せんが爲め的手段としての『重大ナル事由』(Der wichtige Grund)も亦、お伽噺の一躍七里の長靴を以て進出した。重大なる事由は、或は既に其の略取したる幾多の陣地を固守し、或は尙ほ未だ其の外に立ちつつ、一般化の明かなる調子を以て其の要求を通告して居るといつた貌である。かのカルテル法の新しく且つ困難なる材料を扱ひこなさんとする、ヨーロッパに於いて企てられた最初の試が、即座に、重大なる事由に基く告知といふ一般公式を以て始まり、且つ之を——カルテル法中の私法的の一半の——核心としたといふことは(一九二三年十一月二日獨逸カルテル法第

八條——Die deutsche Kartellverordnung vom 2. Nov. 1923——正確には、經濟的權力地位濫用防止法——Verordnung gegen die wirtschaftliche Machtstellung——譯者補)、たしかに進化史上最も顯著なる一過程と稱することを妨げない。大戰後の新形態に於ける使用貸借法(Das Mietrecht)も亦、印象深きものである。なるほど同法の條文に現はれて居るところのものは、紛れも無く、極めて綿密に斧鑿彫琢したる個々の事實の必死の固執に對する一箇の模範的實例、即ち一般條項の正反對なるものである(一九二八年二月十七日修正、一九二三年六月一日使用貸借人保護法第二條乃至第四條——Mieterschutzgesetz vom 1. Juni 1923, Fassung vom 17. Februar 1928, §§ 2—4)併し乍ら一般化の閃光は既に所々に洩れて居る(例へば第四條に於ける『使用貸借人ニ對スル重大ナル不正』——schwere Unbilligkeit für den Vermieter——の如し)さうして、強制使用貸借法を全廢して、しかも同時に民法の使用貸借法を改正しようといふことが考慮せられて居る今日では、(或種の使用貸借關係に於いて)使用貸借人の告知權を簡單に『重大ナル事由(又は『信義誠實』の基礎の上に築かんとする聲が漸次増加しつつある。否、それどころではなく、ケーニヒスベルク市長博士、名譽博士ローマイエル(Dr. h. e. Lohmeyer)の印象深き一論策に於いては、重大なる事由に因る告知を取扱つて居る個々の法域、即ちカルテル法、使用貸借法、勞働法(民法第六百二十六條、商法第七十條)組合(會社)法(民法第七百二十三條、商法第三百三十三條)等を總括し、且つ之を超えて全然一般的に『獨り私法の領域に止まらず、行政法(!)の領域に於いても亦、或る法律關係は「重大ナル事由」に因り期限到

來前に之を廢棄することを得』といふ命題を設定せんとする試すら企てられて居る(Deutsche Juristen-Zeitung 誌一九二九年卷一五九二欄以下。尙ほ後出(一六)の條下參照)。

之に對して、法律學の驚くべき協力が加はつて居る。上に掲げたる諸例に於いて此の協力が既に感ぜられる。以下手當り次第に取り出ださるる實例は、人が或る場所に於いて行詰となつた場合に、如何に常に信義誠實若しくは『善良ナル風俗』等への縫り著さが行はるるかを示さんとするものである。——例へば茲に謂はゆる混合契約(Mischte Verträge)といふものがある。此の場合に吾人は如何に之を取扱ふべきか? 吸收主義(Absorptionsmethode)と云ひ、結合主義(Combinationsmethode)と云ひ、解放主義(Emanzipationsmethode)と云ふが如く、幾多の美しき理論は考案せられて居る。併し乍ら、さらば孰れの時に甲が、何れの時に乙が適用せらるべきか? 之に對しては確乎たる個々の事實(Einzeltatbestand)が存在しない。結局、チュービンゲンの法學者フィリップ・ヘック(Philipp Heck)が、其の著『債務法綱要』(Grundriss des Schuldrechts)(一九二九年刊、二四四頁)に於いて述べて居るが如く、『其の都度の事情に従ひて、或は甲の手續、或は乙の手續が優位を占むるであらう。但だ究極目標は常に、民法第二百四十二條に適合する一箇の規範の獲得といふことでなければならぬ』といふに歸著する。——又此處に雙務契約の場合に於ける財産減損(Vermögensverfall)といふことがある。なるほど、相手方に先ちて給付を爲すべき義務を負ふ者は、既に法律其れ自體に基きて、『契約締結ノ後ニ至リ相手方ノ財産状態ニ著シキ減損ヲ生シタルトキハ』彼が先に拋棄した

契約不履行の抗辯 (Exceptionon impleti contractus) を再び取得することは事實である (民法第三百二十一條)。しかも彼は依然として契約に膠著せられて居る。即ち、なるほど彼は給付を爲すことを要しない。併し乍ら相手方も亦、給付を爲さないからである。忽ち第二百四十二條の魔法杖を以て、法條の中には之に關する片言隻句も無い解除權が彼の爲めに呪なひ出される。曰く、『斯くの如き浮動狀態は、いつか一度は終熄しなければならぬ。相手方に先ちて給付を爲す義務を負ふ者には、契約を解除する權利が許容せられなければならないであらう。此の解除權は第二百四十二條よりして之を抽出することが出来る。蓋し相手方に先ちて給付を爲す義務を負ふ者をして、其の給付を用意すべきか否かにつき、何時までも不決定の狀態の裡に止まらしむるといふことは、信義誠實の趣旨と相容れざるが故である。』是れ、シュタウディンガー (Staudinger) の註釋書が、他の諸家のそれと共に主張するところである。——次は限定的種類債務 (Begrenzte Gattungsschuld) の問題である。即ち、茲に債權者が五人あり、併し乍ら債務者の有する貯藏品が凡ての債權者に對して一樣に満足を與ふるに足らない場合があつたとする。舊理論は制先を懲瀆して居る。即ち最初に申出づる債權者は完全なる辯濟を受け、爾餘の者は傍觀を餘儀なくせらるるのである。誰が目にもこれは不都合と映ずる。それ故に此の舊説は第二百四十二條を以て叩き伏せられる。凡ての債權者は分配に忍従しなければならぬ。各自は唯だ一定の『割當』 (Quote) を受領するに止まつて居る。其の理由説明に曰く、『要するに信義誠實の原則は之を債務者に適用し得ると同様に債權者にも亦適用し得るとする、古來の眞

理の問題に外ならない。併し乍ら果して茲に如何なる場合に債務者が分配を實行すべきかについて、孰れの條項よりしても全然之を看取することが出来ない。唯だ信義誠實と取引上の慣習とに基いて結論することを得るのみである。』フランクフルトの教授、デ・ボリア (De Boor) が其の著『債權の競合』 (Kollision von Forderungenrechten) (一九二八年刊) に於て説くところは、是の如くである。但しこの場合に、第二百四十二條の第二の要素、取引上の慣習が、爾來の推移の間に次第に『信義誠實』を凌駕しつゝあることは事實である。

當代の文獻より出でたる斯種の證據は夥しき數に上つた。しかも發展の重心が裁判の方向に在つて、學說文獻の側に存在しなかつたことは、終始一貫せる現象である。

(五) 一九〇〇年、現行民法と共に生れ出でたる諸種の一般條項は、決して此の法典の領域のみに止まらなかつた。彼等は幾多の隣接領域にも闖入した。これが第八百二十六條に於いて著しく事實となつたことは、既に(一四頁)之を述べた。以下更に右の絲を緬ひ續けて見よう。

現行民法の一般條項に取つて之を成し遂ぐることに、眞に遊戲の如く容易であつたものは、労働法の征服である。恐らく吾人は、労働大審院 (ライヒ労働裁判所 — Das Reichsarbeitsgericht) —— 吾國各種の最高法廷中の最年少者 —— が『信義誠實』と『善良ナル風俗』との適用に於いてレコードを造つたとすら謂ひ得る。例へば『或る契約關係の告知も亦、あらゆる他の行爲及法的行爲と同様に、動機及目的といふ考慮に於いて、民法第三百三十四條、第三百三十八條及第八百二十六條の適用に服従しなけ

ればならぬ』といふことが、其以前に發せられた幾多の他の判決に支持せられて、一九三一年中、恰も一箇の自明事であり確乎たる裁判上の理論であるかの如くに明言せられて居るが如き、是れである。(Juristische Wochenschrift 誌一九三二年卷二八二六頁)。やがて個々の適用が簇出した。さる若きドクトル試験受験者は、有名なるベンスハイム判例集 (Bensheimer-Sammlung) の最初の五卷に於いて、民法第百五十七條及第二百四十二條、即ち信義誠實が、如何に頻々と現はれて居るかを、偶然にも算へ上げ、逐卷増加の事實を指摘して居る(一九三二年度イェーナ大學學位論文、Henke, Die Pflicht zur Ersatzzeit — 二九頁註)。又他の一書は、労働法上の裁判が『善良ナル風俗』を武器として征服したところのものを集成して居る。(Hamburger Rechtsstudien 誌第九號、一九三二年刊所載、オettinger (Oettinger) 論文)。更に此の事實は、亦、其の本質より觀て民法的なる労働法上の事象にのみ限られなかつた。元來労働法は、民法が不知不識の裡に公法に移り行く領域である。恰も此の領域に於いて『信義誠實』と『善良ナル風俗』とが、徐々に公法的なる當事者の間に滑り込むことは、何物よりも看易い道理である。かくして其處に企業委員會組織 (Betriebsräteorganisation) —— (註) 企業委員會は、労働者及使用人の委員會であり、憲法及法律 —— 獨逸ライヒ憲法第百六十五條、及、一九二〇年二月四日企業委員會法 —— に依つて保證せられて居る。即ち少くとも二十人の被僱者を有する凡ての企業に於いて、被僱者の中より選出せられ、雇主と交渉し、必要ある場合には調停委員會を招集し、賃率契約 —— Tarifvertrag —— 及調停契約の實施を監視することを任とする。株式會社に在りては、一名乃至二名の議決權ある代表者を監査役會に送り、企

業貸借對照表の閱覽を要求することを得るのであつた。ナチス立法は、集團労働契約を以て、双方當事者が互に永久に相容れざる労働者及資本家であるといふ假想を固執し、階級闘争的に考へられて居り、労働條件を水準化し、硬直にして非彈力的であるとして之を否定し、隨つて其の負擔者たる企業委員會の制度をも廢止した —— 譯者補) が、歴然たる權力分配の兆候の下に、『政治的』評議會制度 (Das Ratesystem —— プロレタリアートの獨裁の實施を目的として、被僱者の職業代表の基礎の上に樹てらるゝ中心的國家機關の構造を指す。即ちソヴェエト制度である。其の經濟的利益代表に制限せられたるものは、獨逸ライヒ憲法第百六十五條) に於いても規定せられて居る —— 譯者補) の色調を帯ぶることは尙ほ淺かつたが、併し兎に角『經濟民主主義』 (Die Wirtschaftsdemokratie) の礎と解せられて初めて送り出された。それは最早、舊型の民法ではない。更に、此等の『委員會』に對して存在した、さうして一箇の短き特別法に依りて貸借對照表にも延及せられた、かの報告義務 (企業委員會法 —— Betriebsrätegesetz —— 第七十二條及、一九二一年二月五日企業貸借對照表ニ關スル法律 —— Gesetz über die Betriebsbilanz vom 5. Februar 1921) も亦同様に、舊型の民法ではない。併し乍ら、されば此の報告義務の限界は何處に存するか? 其の消極的方面のみは明瞭に法律よりして看取せられる。即ち、企業秘密の漏洩に互ることを得ずといふこと、是れである。其の他に於いては、それは論争と經營經濟的小闘争との恰好の戰場である。そこで労働大審院は、當事者の要請に迫られて明確なる解決を與へんと努めた。一箇の冗長なる決定で、苟も制定の沿革と幾多の條文とより採り來り得るほどの一切のものを掻き集めた。さうして結局、斯くの如く苦心して掻

き集められたる材料を、『報告ハ、企業委員會ノ任務ノ履行ノ爲メ、取引ニ於ケル信義誠實ニ從ヒ、且ツ同時ニ企業秘密ノ保全ノ下ニ雇主ニ對シテ期待スルコトヲ得ル一切ノ事項ヲ包含スルコトヲ要ス』といふ公式に改鑄することが落であつた(特に労働公報—Reichsarbeitsrat—一九三〇年卷第一部一七頁所載、一九三〇年二月二十六日付決定)。併し乍ら之よりも尙ほ一層重大なることは、文獻に於ては殆んど顧みられず、しかも此處でも復た即座に一箇の自明事として承け容れられたことではあるが、労働協約の世界への第二百四十二條の侵入である。第二百四十二條が創設せられたときに、それが單に個人的契約を目標として鑄造せられたものであることは疑を容れない。そこで假令吾人が強ひて労働協約の成立を、舊來の債務法の通常の契約と同視し、『債權的』部分を『規範的』部分より分離しても、此の債權的の道程に於いて單に主觀的意味に於ける法(Das Recht im subjektiven Sinne)のみならず、客觀的意味に於ける法(Das Recht im objektiven Sinne)が造り出たさること、労働協約が『法源』の一と爲ること(ヤコービ—Jacobi—)の學說のみが孤立して之に反對して居るが、それが通常の法律と肩を比ぶるに至ること、此等の事實は依然として動かない。さうして今や斯くの如くにして客觀的の法を生み出だす諸因子が彼等の替り役に於いては信義誠實の極印を打ち込まれ、彼等の各個に例へば『期待可能性』を理由とする告知權(拒絶權)が、民法第二百四十二條よりして附與せられる。幾千の個人は局外者として立ち、彼等の主觀的の法(權利)は一に労働協約を足場として立つて居る。然るに卒然として此の労働協約が崩壊する。何となれば双方の『立法者』——被傭者の團體と雇主の團體——の

間に於ける——局外者たる個人には目に見えざる——關係の中へ、民法よりして信義誠實が持ち込まれたからである。それならば、謂はゆる『授權立法』の時代に於ける議會と内國との間の關係にも、將た又更に進んで、現今の非常時立法に於けるライヒ大統領と議會又は政府との關係にすらも『期待不可能性』の極印を打ち込み、双方『當事者』の各個に信義誠實に依る拒絶權を許容することは如何であらうか?

次には、特許權法、實用新案保護法、商標權法等の如き、營業權保護の多趣なる領域である。此處でも亦、同様に最近半世紀に互る印象深き發展の跡を見る事が出来る。それはまさしく幾多の特別事實を含む一領域の問題であり、此の點に於てはところ／＼刑法(後出(二)の條下)に類似するものであつた。保護の方法は百方に互つて講ぜられたがしかも尙ほ且つ足らざるを憂へた。例へば或る蓄音機レコードが流行し出したとき、間もなく或る抜目なき男が積鑄に依つて他社の音盤を自己の營業の爲めに安易廉價に複製するといふ不正行爲が起らずには濟まなかつた。しかも之に對しては、一九一〇年中大審院が明言しなければならなかつた如く、『現在ノ立法ノ状態ニ依レバ』特別法に於ける保護は一として存在しなかつた。併し乍ら直に第八百二十六條が繰り出された(大審院判決集第七三卷二九六頁)。之を別としても當時既に大審院は『取引生活ニ於ケル不信ナル行爲ニ對スル保護ヲ目的トスル民法ノ諸規定、就中第八百二十六條ノ規定ノ適用ハ、現存ノ諸種ノ特別法ニ依リテ排斥セラルルコトナシ』とする一箇の恒久的判例を回顧することが出来た。爾來營業權保護の領域をも征服した民法の諸種の

一般條項の根ぎしを益々固からしむるに至つた一群の判決が續いて居ることは、此の材料の學者又は實務家の何人も知悉するところである。

(六) 併し乍ら恰も此處に吾人は、或る程度に於いて第一の過程と反馳する第二の一過程、即ち、各種の特別領域の一般的民法よりの解放を認めることが出来る。といふのは此等の特別領域は、相集つて独自の一般條項を作らんが爲めにかくの如く變化するのである。

此の變化の典型的なるのは、(營業權保護と特別に密接なる關係に在る)諸般の著作權法である。此等の法律の制定に際して人々は、此の場合に締結せられたる契約が一般的民法の庇護の下に在るべきこと、随つて此處でも亦第五百五十七條及第二百四十二條が、其の信義誠實(及取引上の慣習)を參酌しつつ適用せらるべきことを疑はなかつた。又幾多の註釋書の示すが如く、人々は實際に於ても種々なる衝突點 (Kollisionspunkt) に於て之を貫徹した。例へば、不確定條件出版契約に於ける未必の價格引上 (出版法——Verlagsgesetz——第二十一條)の規定に於いて、又はかかる契約を目的消滅に因りて告知する場合 (同第十八條) に於いて、又は、引渡したる著作物が『契約に適合せる性質』を有するか否かの争の場合 (同第三十一條)、乃至、著者に對して課せられたる、自己の出版者に對して競争を爲さざる義務に於けるが如き是れである (尙ほ此の最後の問題については、立法理由書が明言的に次の如く述べた。『著者ハ著作物ニ關シテ、出版者ニ對シ信義誠實ニ反スル競争ニ陥ルコトヲ許サズ』云々。八七頁)。併し乍ら、やがて人々は民法に於いて今方に洗禮を了へたばかりの信義誠實の公式を

或る一箇所——勿論それはさまざま重要ならざるものであるが——に於いて特別法自身の中にも採り入ることを可とすると考へた。さうして一九〇一年及一九〇七年に至り、條文の中に、一八七〇年の舊文學保護法には尙ほ未だ含まれて居ない、一箇の變更禁止條項を挿入して、文學及音樂著作物の著作權の取得者(文學著作權法、正確には、一九〇一年六月十九日文學及音樂著作物ニ關スル法律——Gesetz vom 19. Juni für Werke der Literatur- und Tonkunst——第九條)、此種著作物の出版者(出版法第十三條)並に、造形美術著作權の取得者(美術著作權法——正確には一九〇七年一月九日造形美術及寫真著作物ニ關スル法律——Gesetz vom 9. Januar 1907 für Werke der bildenden Künste und Photographie——第十二條)は、原則として其の領受したる精神財貨に變更を加ふることを得ずと規定したときにも、此等の三箇所の孰れにも悉く次の如き文言が附け加へられて居る、『權利者カ之ニ對シ信義誠實ニ從ヒ其ノ同意ヲ拒ムコトヲ得サル變更ハ之ヲ妨グズ』。此の規定は本來、單に民法第五百五十七條の掲ぐる原則の特殊なる一適用を含むものに過ぎない。』(ユン・フィリップ・アルフェルト(Philipp Allfeld)の説は、多くの註釋家の一致するところであつたとは謂へ、ともかくも、民法の一般條項の一は、かくして隣接せる特別法の條文の中に、初めて地盤を占めたのである。

其の後間もなく(一九〇九年)、それは不正競争の領域に於いて一層切實に現はれた。一八九六年の不正競争防止法の最初の體裁は一般條項思想と尙ほ全然風馬牛であつた。それは排他的に特別事實のみを取扱つて居た。刑法との類似が此の點に於いて特に明瞭である。併し乍ら他の幾多の領域に於

けると同様に、これのみでは足りなかつた。そこで既に一九〇一年中、大審院は此の領域へも民法より其の第八百二十六條を借用して來た。併し乍らそれでも尙ほ足りなかつた。假にそれを以て足りたとしても、民法法典より借用したる條項に依存することを屑しとせず、何とかして之より獨立せんことを欲した。かくして結局一九〇九年に至り、不正競争防止法に、独自の公式を先頭に押し立てたことを以て、改正事業は一段落を告げた。即ち、『營業上ノ取引ニ於テ競争ノ目的ノ爲メニ善良ナル風俗ニ反スル行爲ヲ爲ス者ニ對シテハ不作爲並ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得』といふ箇條、是れである。——まさしく新法律の起草者が、其の一般條項たることを意識しつつ取り上げたる、優先的一般條項 (Generalklausel zur § 107) である。それは改正委員會の報告に於いて、一般條項が『法律全體を支配する』と斷言せられたるに徴しても明かである。それならば、かの幾多の特別事實は如何なるか？ 吾人は必ず斯う疑問するであらう。之に對しては、此の材料の第一の識者にしてベルリンの辯護士兼教授たる、ヘルマン・イザイ (Hermann Isay) が答へて居る。『若し從來のままに發展が繼續せらるるならば、營業所有權、精神的所有權及美術的所有權に關する各種の法律の殆んどあらゆる特別規定は蛇足と爲るであらう、さうして將來人々は、著作權法、美術保護法、商標法、特許法、實用新案及意匠法を一切廢棄したる上、唯一の規定を以て足るであらう。不正競争防止法 (Unlauterer Wettbewerb-Gesetz) 第一條、是れである』云々 (營業權保護及著作權法誌 (GRUR) 一九二八年、七一頁)。

尙ほ一言すべきことは、民法第八百二十六條が、それでも尙ほ、其の一旦占領したる陣地より完全

に追ひ拂はれなかつたといふことである。それは或る程度まで、かの新しき特別條項の尾にしがみ着いて離れなかつた、さうして民法第八百二十六條と不正競争防止法とは爾來二十餘年の間、形影相隨、ふ同胞の如く並び立つて居る。彼等は此のツォイスの双生兒 (Dioskuren) の役割に於いても亦既に傳記家を見出した (例へば、ジークフリート・グリュエーネバウム著『獨逸判例法。民法第八百二十六條及不正競争防止法第一條を基礎とする一研究』——Siegfried Gröhebaum, Deutsches Richterrecht, eine Untersuchung auf Grund § 826 BGB. und § 1 UWG.——一九三二年刊)。

(七) 正確に之と並行して、商法の重要な一特別部分が發展せんと欲するものの如く見える。商法と一般民法との特に近接せる親族關係に照らして、民法の種々なる一般條項が商法の繩張内に出しやばることは、これ亦毫も異とするに足らない。併し乍ら商法に於いても亦、或る一つの、極めて目立ち易き (今日懸案となつて居る『改正』に於いて、舞臺正面に立つて居る) 個處に於いて、先に不正競争の領域に見たると同様なる『解放衝動』が認められるのである。

それは、株式會社法に於ける議決權濫用 (Stimmrechtsmissbrauch) の問題である。既に久しき以前よりそれは新聞紙上に溢れ、法律學の文獻も亦、數年來此の問題を論じつつあり、之に劣らず裁判も益々多く之に屬する種々なる現象の取扱を餘儀なくせられた。此の場合に於いて最初は復たしても例に依つて、あらゆる吾人の民法の一般條項、即ち第二百四十二條、第二百五十七條、第三百三十八條、第八百二十六條が行列を揃へて進んだ。第二百二十六條すらところ／＼に引き合に出された。吾人は既に

ハーヘンブルクが一九〇七年中、會社に於ける議決權行使を、信義誠實の趣旨に依らしむべしと提案したことを述べた(前出一八頁)其の流は今日に至るまで絶へない。例へば第五百五十七條及第二百四十二條を、コンツェルンの總會決議にも應用すべしと主張するフリートレンダー (Friedländer) (其の著「コンツェルン法」——Konzernrecht——一九二七年刊、二九二頁)に於いて見るが如くである。或は又、株式會社の新法典に對して、『株主信義誠實ト相容レサル様式及方法ヲ以テ其ノ權利ヲ行使スルトキハ之ヲ權利ノ濫用ト看做ス』といふ文言を提案して居る。ブレイメンの辯護士リーフシュッツ (Lieschütz) の著書(一九三二年刊)に於いて見るが如くである。他方、反對意見を有する者も無いではなかつた。併し乍ら此等の反對論者が、かの二つの信義誠實の條項の適用可能性を否定したのは、主として純粹に構成的なる理由に出でたるものである。——第五百五十七條は契約の解釋に關する規準である。然るに議決權は『解釋問題』と全然没交渉なるが故に、第五百五十七條は後者に適合し得ない。第二百四十二條は債務關係の範圍内に於ける給付に關する規定である。然るに議決權は、一箇の支配權 (Ein Herrschaftsrecht)にして給付にあらざるが故に、同條は後者に適合し得ない云々——さうして之と共に、此の問題の進化史的の大きさを看誤つて居る。大審院はこれ亦吾人が既に述べたるが如く、(ハーヘンブルクに反して)一切『信義誠實』に耳を傾くることを欲しなかつた。併し乍らその代りに大審院は、此の領域に於いて益々多く『善良ナル風俗』と相抱擁するに至つた。今此處に興味あることは、斯くして發生する『無効性』と『取消可能性』に關する商法の特別規定との衝突(アルフレッド・ヒューク著、

一九二四年刊、『株式會社に於ける總會決議の取消可能性と無効性』——Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, 1924——参照)といふことよりも、大審院も亦竟に降服して、一般條項への道を辿らなければならなかつたといふ事實が、明らかに現はれ出づることである。それが一箇の降服であつたことは疑を容れない。何となれば、かの有名なるヒベルニア會社訴訟事件 (Hiberniaprozess)——同社は、ヴェストファーレンの炭礦株式會社である。一九〇四年、其の資本金が六千萬マルクに増加せられたとき、プロイセン政府が株式買収に依つて全國石炭業のシンヂケート關係を左右せんと試みたが竟に徒勞に畢つたことがある——譯者補)——一方當事者(少數派)が相手方(多數派)に對し、『善良ナル風俗ニ反スル』議決權濫用の非難を以て抗爭を試みた最初の事件——に於いて、一九〇八年中、大審院は尙ほ依然として、少數派が之に因り『最も甚シキ損害ヲ被ル』場合と雖も、多數派は『其ノ權利ヲ忌憚無く行使スルコトヲ得』、是れ株式會社の法律的構造の『避け難キ結果』であるとする立場を、明瞭頑強に固執したからである(大審院判例集第六十八卷二四五頁)斯うした『權力思想』の承認は、なるほど其の後に至つても大審院に依つて完全に拋棄せられたといふ譯ではない。併し乍ら『會社の休戚』(Wohl der Gesellschaft)といふことが規律的因子として次第に明確に介入し來り、遂に相手方の赤裸々なる利己心が基礎的要素となつた、さうして爾來『善良ナル風俗』の理論が自由無碍の歩を運ぶに至つた。(此の發展は、拙著『大審院と經濟法』——Reichsgericht und Wirtschaftsrecht——三二九頁以下に叙述せられて居る。)

當初は此の一切が、尙ほ民法の軌道に從つて走り、その際、何等明瞭なる原則無しに、第三百三十八

條と第八百二十六條とが交互に現はれて居た。然るに今や、かの不正競争に關する法律に於けると同様に、商法に於ても亦、一箇の獨自の原則が挿入せられんとするもの如く見える。加之人々は此處では更に進んで『善良ナル風俗』の公式より自己を解放して、事態に或る具體的なる極印を打ち込まんとすら欲して居る。かくて數年を出でざる間に、『會社ノ周知セサル特別利益』(Gesellschaftsfründe Sondervorteile)と云ふ一箇の新しき術語が確立せられた。一九二六年、獨逸法曹ケルン大會(Der Kölner Deutsche Juristentag)に依つて設置せられたる著名なる學者の委員會が到達した解決は、是れであつた。同委員會は一九二八年の報告に於いて、將來の法律條文として次の如く提案した。『株主カ議決權ノ行使ニ依リ會社ノ明白ナル利益ヲ侵害シテ會社ノ關知セサル特別利益ヲ……追求スル場合ニハ此ノ行使ヲ許サス』云々。一九三〇年の司法省公定草案は、取消の訴(第三百三十六條)及、損害賠償請求權(第八十四條)の基礎として之を採用した。さうしてイエーナの商法學者、アルフレッド・ヒューク其人すら——しかも彼は『效力を毀損する諸種の瑕疵原因を可能なる限り精密に一定するとの必要』を力説し、且つ『若し依つて以て或る決議に對し多數派の權利濫用を理由として異議を申立つべき諸前提が、現在よりも一層精密明確に一定せられ得るならば』洵に慶賀すべきであると爲したる當人であるに拘はらず——或る『一般的原则』(Allgemeines Prinzip)の必要より脱却することが出来ない。彼も亦、彼自身の提案の中に『會社ノ關知セサル利益』を攝取して居る(同氏著、一九三三年刊、『總會決議の權利と株式會社法改正』—Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsreform, 1931—

四一、四二、四九頁)。此の新しき、特別に商法的なる公式に在つても亦、その内容が畢竟一箇の一般條項の問題たることは、此の公式の生みの親達、かの法曹大會—委員會が極めて明白に承認したところである。といふのは、彼等が獨り民法第八百二十六條と此の公式との親族關係を告げて居るが故のみではなく、彼等が明言的に其の決議の成立を叙述するに次の言葉を以てして居るが故である。曰く『委員會の大半は、斯くの如き一般條項が議決權濫用を有効に防止し得ること……遙に幾多の場合、場合に應じての規定に勝るものあることを確信す』云々。即ち、限定せられたる個々規定は一切無用、救は一に一般的條項の中に在りといふのである！

尙ほ吾人が看過し難いことは、此等の事柄に關する論議に於いて國家法の種々なる思考形式を鏡像として力を盡されたことが甚だ多いといふことである。普遍平等の議決權の中に『株式民主主義』(Aktien-demokratie)が現はれて居ると稱せらるるが如き、其の一である。之と『貴族主義的』原則(理事國)とを對立せしめて、兩者の得失を比較し、或は同一の意味に於いて、株式會社の將來の『寡頭主義的構造』を云爲するが如きも、其の一である。又多數の人々が、『株式制度の戰略』(Strategie des Aktienwesens)と云ふものをも確立することを得ると信ずるが如きも其の一である。是に於てか復たもや、先に勞働法の場合に於けるが如く(三〇頁)現實の國家に於ける各種の權力因子の相剋『信義誠實』若くは『善良ナル風俗』の趣旨に従はしむべきか否かといふ、世にも怪奇なる問題が浮び出るのである。

(八) 今や吾人は將に公法の領域内に踏み込まうとして居る。一般條項を振り廻すことが、此處では私法の場合に比して遙かに重大なる結果を齎らすに違無きことは、多言を俟たずして明かである。公法上に一般條項を以て達成せらるるところのものは、個人の場合を超えて成長する。さうして百倍の遠きに効果を及ぼすのである。視覺的印象も亦、全然別箇のものである。私法に於いては、人々は法規の屈伸性に慣らされて居る。既に契約の自由といふことが、大なる可動性の準備を整へて居り、最も伸縮性に富む一般條項も、私法に在つては例へば訴訟法、刑法、乃至國家法に於けるほどに目立たない。何となれば、此等公法上の諸領域に於いては、素材が冷酷であり、事實が嚴格である爲めに融通性ある一般條項に依つて之を軟化することは、全體と對象して直に甚だ異様に感ぜらるゝが故である。それにも拘はらず一般條項は公法の戸口の前に於いても足を止めず、却つて其の祝勝行列を益益明瞭に、益々盛大に此等の分野へも延長した。

(九) 民法よりの過渡を示すものは、民事訴訟である。此處でも亦、事件の序幕に於いては、民法の一般條項が先づ殺到し、第二幕に至つて訴訟法の範圍内に於ける獨自の一般條項が擡頭して居る。民法第八百二十六條の侵入については、既に之を述べた(一五頁)其の輝かしい功績は、形式的確定力の征服といふことであつた。此の點に於いては、大審院が、既に現行民法の施行の寸前に、獨逸普通法の惡意の抗辯(Actio doli)を使用して先鞭を着けた(大審院判決集第四六卷七九頁)。併し乍ら、今日吾人が知り得る限に於いては、それは特に注目せられて居ない。民法第八百二十六條が行はるるに及んで

初めてそれは極めて活潑に取扱はれ、論争せらるる題材と爲つた。一九〇五年、大審院は初めて次の如き命題を樹立した。曰く、『下サレタル判決ノ形式的確定力ハ、民法第八百二十六條ノ適用ヲ妨クルコトナシ。確定力カ故意ニ權利ニアラサルモノヲ權利トシテ認メシメンコトヲ目的トシテ違法ニ誘致セラレタル場合ニハ其ノ效力ヲ失ハサルヘカラス』(大審院判決集第六一巻三六五頁)。當時それは甚だしく世人の耳目を聳動し、強硬なる異議を招いたものである。併し乍ら大審院は、爾來幾多の判決に於いて飽くまで其の立場を固執した。例へば一九二六年に至つても尙ほ、或る離婚訴訟に於いてすら依然として之を主張したるが如き、是れである(Juristische Wochenschrift誌、一九二六年卷一一四八頁參照)。併し乍ら學說並に大學に於ける講義は其の後も尙ほ永く鎮靜の氣配を示さなかつた。例へばゲッチェンゲン(當時はエアランゲン)の法學者、パウル・オエルトマン(Paul Ortman)の如き權威者が、一九一六年に至つて尙ほ一研究を公表し、其の中に大審院に對して彼れの從來の忠順を斷つことを宣言し、『當事者の道德違反を理由として確定判決を動搖せしむる一切の可能性は之を否定せざるべからず』といふ理論を再び樹立せんことを求めたるが如き、其の尤なるものであつた(Archiv für Bürgerliches Recht誌、第四二卷二頁以下參照)。しかも彼れの抵抗は無益であつた。民法より侵入し來れる一般條項の勝利は今日に至つて最早疑ふことが出來ない。

信義誠實と固く同胞の誼を結んで、一般的惡意の抗辯も亦、訴訟法の範圍内に自己の地歩を占めた。勿論、學說は世紀轉換期前後に現はれた當初の反對(Hellwig, Schneiderの諸氏)以來、尙ほ依然と

して若干の尊敬すべき訴訟法の代表的學者に見るが如く、否定的態度に終始して居る。さうして此の否定的態度の中には、理論的動機と訴訟政策的動機とが交錯して居る。併し乍ら訴訟體系の若干の箇所について——しかもそれは決定的なる箇所であるといふことを特に附言しなければならぬ——此の抵抗も遂に一般的悪意の抗辯に依つて突破せられた。此の場合に先導を爲したものは復たもや實際の裁判であり（二七頁参照）新進の著者達が之に追隨した。——主要なる場合は訴の（契約に依る、例への和解の方法に依つて行はるる）取下である。被告が獨立して原告に對して取下を爲すべきことを訴求し得ることは、一般的にと謂ひ得ざるまでも、大多數の人々に依つて承認せらるるところである。併し乍ら、それが『繁瑣にして且つ高價なる迂路』であるといふ吾人の最高法院の言は中つて居る。それ故に被告には、同一の訴訟内に於いて、相手方が合意を破つて繼續する訴を拒絶し得る途が開かれないければならぬ。即ち、Einrede der Arglist（故意の抗辯）exceptio doli generalis（一般的悪意の抗辯）是れである。如何となれば『當事者の訴訟關係も亦、彼等ノ實體法的關係ト等シク信義誠實ノ原則ニ依リテ支配セラルルコト、猶ホ民法ノ法ニ對シテ承認セラルル一般的悪意ノ抗辯カ訴訟ニ於テ債權者ノ態度ニ對抗スルカ如クナルヲ以テナリ』と大審院は宣言して居る（一九二二年六月一日判決、判決集第二百二二頁。和解の方法に依りて取下げられたる控訴の繼續に對して右の態度を擴大したる例は、一九二八年十二月二十日判決、同集第二二三卷八五頁参照）。併し乍らそこには尙ほ、それならば原告は之に對して新たな訴訟により、若くは取下げられたる上訴を新たに主張することに依りて竹筵返しを喰はすことが出来るか

否か、といふ厄介なる問題が依然として未解決のまゝに残つて居た。此の問題については、ナウムブルク控訴院が、一九三〇年中の一裁判に於いて、極めて明白に、しかも一層廣き範圍に於いて態度を表明して居る（Juristische Wochenschrift 誌一九三〇年卷三八六頁以下参照）。同控訴院は原告が反復して訴求する事が原則として可能であることから出發して次の如く述べて居る。『民事訴訟法ノ規定ニ依レバ、法律上ノ結果ハ抗告ノ取下ニ拘束セラレズ、且ツ又、抗告期間モ定メラザルガ故ニ、抗告ハ原則トシテ一旦取下ゲラレタル場合ト雖モ、更メテ之ヲ提起スルコトヲ得ルハ、學說モ亦一致シテ之ヲ承認スルガ如クナリ』。併し乍ら忽ち悪意の抗辯（Arglisteinwand）が堰堤として之を防ぎ止めて居る。曰く、相手方が既に取下を承認し、且つ之に基きて『決定的措置』を爲したる場合等に在つては、一旦行はれたる取下は前記に拘はらず『相當なる訴訟法的效力』を得なければならぬ云々。即ち其の結果は明白且つ強力である。それは上訴權の喪失といふことであり、悪意の抗辯が、本來ならば權利ある者の手より之を叩き落したのである。——同控訴院が結語として其の判決を飾つて居る一公式は、筆者が既に最近の文獻（マーティン・タム著『係争中の訴訟に及ぼす裁判外和解の影響』。一九三一年度イナ學位論文——Martin Tamm, Die Einwirkung des ausssergerichtlichen Vergleichs auf den schwebenden Rechtsstreit, Jenaer Dissertation von 1931——）中に於いても見受け、且つ優に一派を形成するに足るべきものである。曰く『即ち更メテ提起セラレタル抗告ニハ一種ノ訴訟上ノ悪意ノ抗辯（Eine Art exceptio doli processualis）ヲ以テ對抗スルヲ得』云々。

惟ふに此の最後の語句は、一箇の思想的遊戯である。舊き民法上の一般條項より解放せられたる、眞に『獨立せる』一制度を之に依つて造り出ださんとする意圖に依るものとは見えない。寧ろ吾人は訴訟法の領域に於ける、斯かる獨立の一過程を、謂はゆる一應の證據 (Prima-facie-Beweis) ——の急激なる進出に見ることが出来る。弛緩は明瞭である。舊來の嚴格なる立證責任規定に在りては、要證事實が判然と分配せられて居た。即ち、汝は甲の事項を、相手方は乙の事項を證明することを要した。立證責任ある當事者が先づ行動を開始する。完全なる證據を此の當事者は擧げない。併し乍ら彼は、『典型的なる事件經過』 (Typischer Geschensablauf) ——此の語も亦既に、一般化せられて居る)まで前進する。之以上彼に期待することが出来ない！ 隨つて證明の此の段階より以後は、相手方が證據を引受けなければならぬ。——これが數年を出でずして、謂はば一箇の理論の如きものと爲つた。大審院は既に時折之を口にして居る。例へば、或る控訴判決に於ける若干の説明を目して『控訴判事カ、第一次ノ外面的事實 (Der erste Anschein) ノ證據ニ對シテ適用セララル諸原則ヲ忘レタルコトヲ恐レシムルモノナリ』と稱するが如き是れである (判決集第一三四卷二四一頁、一九三二年)。かかることは十年前までは耳にしなかつたところである。なるほど、『立證の容易化』 (Erleichterung der Beweisführung) と云ふが如き語句は、既に其以前には散見して居る (例へば、判決集八四卷三八五頁一九一四年)。併し乍ら一箇の『概念』及之と同時に一箇の訴訟上の一般條項の構成に對する根源は、一九二五年十二月十二日付判決を以て嚆矢とするが如く見える。即ち此の判決に於いては、立證責任者

の『困難ナル狀況』より出發し、『完全ナル證據』の輕減を許容し得るものと認め、且つ之と同時に次の如き法則を樹てて居る。『是レ既ニ、蓋然證據 (Wahrscheinlichkeitsbeweis) ——或ハ、第一印象ノ證據—— Beweis des ersten Eindrucks ——最初ノ視察ニ基ク證據—— Beweis auf ersten Besicht ——謂ハユル一應の證據—— Prima-facie-Beweis ——』ヲ指示スルモノナリ。即チ、事物ノ正常ナル經過ニ於イテ日常生活ノ經驗ニ從ヘバ一定ノ發害的原因ニ遡源スヘキ一定ノ事實確立スルトキハ、事件ノ通常ノ經過ト異ナル進行ヲ主張スル者ニ於イテ之ヲ證明スヘキヲ通則トス』云々 (判決集第一二卷三三一頁)。爾來、これは裁判所の不斷の武器となり其の使用は年を逐うて益々頻繁となつた。大審院は既に過度の使用を戒め、『一般化』があつてはならない。第一次外面的事實の證據の原則は『之ヲ典型的事件經過ニ限定スルコトヲ要ス』 (判決集第二三〇卷三五九頁、一九三〇年) と宣告しなければならなくなつた。併し乍ら大審院自身も亦竟に此の一般的補助手段の進出より免れることが出来なかつた、さうして例へば、一九二九年末に於いて是認められたる制限 (判決集第二百二十七卷二八頁) を、僅に滿一年の後には既に『行過ぎ』として拋棄した (判決集第二三〇卷二六四頁、一九三〇年)。孰れにもせよ今日では、大審院は恰も一箇の自明事の如くに一應の證據を使用して居る (判決集第一三六卷三六〇頁、一九三二年)。

此の現象は、歴史的經過の全體より觀て、全然之を『信義誠實ノ法學』若くは『善良ナル風俗ノ法學』と並置することが出来る。それは決して立證責任の分配の變更の問題ではなく、『單ニ裁判官ノ證據判斷 (Beweiswürdigung) ノ領域ニ於ケル』一過程の問題に外ならずと、繰返して力説して居ること

（判決集第一三四卷二四二頁、一九三二年）其自體が兩者の類似關係を示すものである。判斷（Würdigung, Wertung）こそ、まさしくかの民法上の（而して又あらゆる他の法律上の）一般條項の最も内面的なる核心である。さればこそ此の場合にも亦彼の場合と同様に、『期待可能性』（Das Zumutbare）や、『強要不能』（Nicht-ansinnen-können）等が振り舞はされるのである。さればこそ又、此處では訴訟上の立證責任について、彼處では實體的の（債務者及債権者の）義務と權利とについて、從來の『分配』に秋毫の變動が生じて居ないといふが如き、氣休めの説明が與へられるのである。さればこそ又、裁判官に對して、法律を尊重すべし、彼等の樹てたる『分配』を尊重すべし、併し乍ら同時に又、『判斷』に依りて當事者に期待し得る和解を誘致すべしといふ注文が生ずるのである。その際に大審院が、一見條項（Prima-facie-Klausel）を生かさんが爲には、例へば『事實ノ裁判ニ當ル判事ハ場合ニ依リテハ或ル全體事情（！）ヨリシテ一方ノ當事者ニ有利ナル結論ヲ抽出スルコトヲ餘儀無クセラルルコトアルベシ』若くは『爾後ノ（事實ニ關スル）判斷ハ、（控訴）判事カ自己ノ心證ニ依リ之ニ對シテ終局的態度ヲ決定スルコトヲ要スル具體的事情ニ繫ツテ存ス』（判決集第一三四卷二四二頁）といふが如き語法を用ゐて見ることを見れば吾人は——若し上告の可能性といふ問題を姑く措くならば——正確に之と同一なる思想が『善良ナル風俗』の分野、及『信義誠實』の公式を支配することを明かに看取しなければならぬ。

（一〇）最後に、執行法（民事訴訟上）も亦、最も明白に此の發展過程を共にして居る。しかも、

此處に進行しつつある變化こそ、特に重要なものである。如何となれば、以上述べたる種々なる現象の場合に比して遙に強く、事實狀態の形式的弛緩と手を携へて決定的なる實體的方向轉換が此處では行はれて居るのである。換言すれば、一般條項への道が、寛容（Milde）の道と合致して居るからである。

執行法が伸縮性への方向を探るについては、吾人が大戰終末以來體驗しなければならなかつた異常なる經濟狀態が與つて力と爲つたことは疑を容れない。随つて、一般條項は、此處では倫理的色彩より轉じて、經濟的なるものへ變形して居る。併し乍ら兩者が併立して居る場合も亦稀ではない。

此の道の一端は既に過去に遡つて居る。初期の諸段階は、かの有名な『増額評價法の苛酷條項』（Härteklausel des Aufwertungsrechts）（一九三一年刊、イェーナ學位論文、ローベルト・ヴァイ著『一九二五年七月十六日増額評價法の苛酷條項に基く回復額の低減』——Robert Weh, Die Herabsetzung des Aufwertungsbeitrages auf Grund der Härteklausel des Aufwertungsrechts vom 16. Juli 1925.——参照）増額評價が一般的に信義誠實を基礎として立つことについては、前記八頁参照）の如く、殆んど忘れられて居る。之に反して東部地方救済（Die Osthilfe——一九三一年三月三十一日法律に依りエルベ河以東地方の農業に對して與へられたる保護。後、バイエルン東部に及ぶ——譯者補）農業債務免除（Die Entschuldung——一九三三年六月一日農業債務關係調整法——Das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. Juni 1933.——に依つて規定せられたる免債手續であり、此の手續の繼續中は農業經營主は廣汎なる執行保護を享受し、且つ抵當權其の他の法律行為に依る負擔を土地に課することが禁せられたるもの——譯者補）農業調停（Vermittlung）——一九三二年九

月二十七日大統領令に依る特別なる債務調整手續——譯者補——及其の他に類する諸種の『手續』は、直接に吾人の眼前に立つて居る。此等の手續に在りては、場合に應じて決せらるる個々の事實状態と一般條項とが雜然として交錯すること、人をして啞然たらしむるものがある。例へば債務者は其の債務不履行が『經濟的全般状態其他ニ基ク』事情に因る場合には、其の土地の強制競賣の一時停止を請求することを得るが、併し債権者は、防禦の爲めに、此の停止が彼に取つて『過度ノ不利益ヲ來タスベキ』ことを以て之に對抗することを得るといふが如き、是れである。——かくの如く此處彼處に一般條項が散見して居るが、併し、之を交錯して場合に應じての解決も亦稀でない。例へば、停止は就中、『債務者カ土地ノ使用貸賃ノ缺損若ハ土地又ハ土地ノ上ニ在ル經營ノ其ノ他ノ收益ノ著シキ減退ニ因リテ此等ノ收益ヲ以テ填補スヘキ定期給付ヲ履行スルコト能ハサリシトキ』並ニ『債務者カ土地價格ノ最初ノ十分ノ七以內ニ止マル抵當權又ハ土地負擔ニシテ一九三一年三月三十一日以後ニ滿期トナリタルモノニ對シ賠償ヲ受ケサリシトキ』若くは『債務ノ不履行カ天災地變又ハ獸疫ニ遡源スヘキトキ』若くは『債務不履行カ、經營ノ唯一又ハ主要ノ目的トスル生産物ノ價格カ甚シク一九三〇年末以來ノ農産物價格以下ニ低落シタルコトニ基因シ、且ツ債務者カ經營ヲ通常ニ繼續シ得ルコト確實ナリト認めラルトキ』之を請求することを得るといふが如く、個々の場合を一々規定して居ること、是れである。

(法律公報第一部七二〇頁所載、一九三一年十二月八日第四次緊急令第五條——Vierde Notverordnung vom 8. Dezember 1931, Reichsgesetzblatt I S. 710, § 5——法律公報第一部四七八頁所載、一九三二年九月二十七日農業調停手續其他ニ關スル命令第一條第一項)

第一號——Verordnung über landwirtschaftliches Vermittlungsverfahren usw. vom 27. September 1921, RGBl. S. 1. 478 Art. 1 Ziff. 1, 1.)

場合に應じての解決方法より一般條項に眼を轉じて之を觀察するとき二つの條項の正面的對立が特に注目に價する。即ち先づ債務者が謂はば一般的なる財産欠缺の抗辯 (Exceptio deficientis pecuniae) を爲す權利を取得し、次に債権者が同様に一般的なる財産欠缺の反對抗辯 (Replicatio deficientis pecuniae Rechtsprece) を提げて登場するのである。加之、尙ほ極めて最近の事に屬する一九三二年十一月十一日付命令に依れば、三者間に於ける斯様の考量をすら發動せしめ得ることになつて居る。即ち或る抵當權に於いて人的債務者と土地所有者とが同一人ならざる事實が介入する場合に於いては『區裁判所ハ其ノ裁判ニ當リテ、債権者、土地所有者及債務者ノ經濟状態ヲ考慮シテ係争訴求ノ公平ナル和解ヲ誘致スルコトヲ要ス』とせられて居るのである(法律公報第一部——RGBl. 1——五二五頁所載、同令第二條第二項) 此の例は同時に『經濟的』一般公式と『倫理的』一般公式との併存を證明するのである。

併し乍ら更に之を超えて生ずる重大なる問題は、若し斯の如く兩者間又は三者間に於ける『公平なる』和解といふことが成り立ち得るならば、抑も法の宣告(判決——Rechtsprechung)と云ひ、法の適用 (Rechtsanwendung) と云ふことが、當初より存在し得るであらうか否かといふことである。之に對しては既に一九二〇年中、かの企業委員會法 (Das Betriebsrätegesetz) が法律の通常なる軌道に従つて爲されたる解約告知に對し、『不公平なる苛酷』 (Unbillige Härte) を理由とする告知排除の

可能性を對抗せしめた（一九二〇年二月四日企業委員會法第八十四條第四號）とき——此の『不公平ナル苛酷』といふが如きことも亦、廣汎なる重要性を有する一箇の『一般條項』である——筆者は此の問題を提出し且つ否定の意見を陳べたことがある（『Deutsche Juristenzeitung』誌、一九二〇年卷五五一欄）。併し乍ら確實なる解答は今日に至るまで發見せられて居ない。嘗て、使用貸借調停所（Mietdingungsinter）の『調停』事務に關して、大審院が此等調停所に對し、彼等は『法律問題ヲ解決スル』を任とするものにあらず、彼等は『社會的救濟ノ實施ヲ目的トスル機關ニシテ司法機關ニアラザル』旨を證明したる限に於いて、大審院も亦、筆者と等しく否定説を採つた（判決集第一〇七卷二八六頁）此の見地に於いても亦、吾人の一般條項の題目が、正しく司法の宿命的問題であるかの如く見ゆることは、何人も之を拒まないであらう。

多くの人々は、此の一切を『旦夕的』なるものとして、經濟闘争に依つて惹起せられたる一度限りの混亂として片附け去らんと欲するであらう。併し乍らこれこそ紛れ無く、宿命的問題である。いづれにせよ、企業委員會法の領域より引用したる上述の例は、間もなく再び消滅すべしと思はれなす。更に又、執行法の『寛容に至つては、寧ろ退却よりも前進の勢を示して居るやうに見える。とにかくイェーナの民事訴訟法學者カール・ブローマイエ（Karl Blomeyer）の強制執行法に關する最近の周到なる叙述に於いて、『發展』に捧げられて居る一章の末段に次の如き一節を見るのは決して偶然ではない。『併し乍ら現在の社會的觀念に取つて、此の法律は其の今日の體裁に於いても亦、尙ほ

未だ足れりとしなす。國家が從來と全然異なる程度に於いて、福利國家（Wohlfahrtsstaat）でなければならぬとする信念は益々勢力を逞くして居る』云々。さうして來るべき執行法の新法典化に當りても亦、人々はこの事を注視して苟も忘るること無からんと努めて居るが如く見える。例へば、一九三一年の民事訴訟法に對する報告委員草案（司法省公刊）は、『債務者保護規定の標題の下に爾餘の諸種の要件と相並んで、『差押カ、債務者ニ對スル不必要ノ苛酷ト認メラルヘキ』場合には、執行を中止すべしといふ思想を織り込んで居る（第九百五十條）が如き、是れである。同草案は又、『凡テノ事情ヲ考慮シテ之ヲ適當ト認メ且ツ債權者ノ經濟状態ヲ危殆ナラシメサル場合』に於ける『支拂期間』（Zahlungsfrist）をも再び許容して居る（第九百五十二條）さうして理由説明の中にも同様に、債務者に對して『債務者之ヲ受クルニ値シ且ツ債權者ニ之ヲ期待スルコトヲ得ル』『寛假』を與へんとする傾向が現はれて居る。（五四〇頁）

（一）併し乍ら、衡平（Aequitas）人情（Humanitas）好意（Benignitas）の時代が果して出現するであらうか否か（九頁）の決定に對しては、民法、及、之に聯屬する民事訴訟よりも、刑法（及刑事訴訟）の方が一層多く關與する。そこに進行しつゝあるところのものに取つても亦、駭々たる幾多の『一般條項』が、假令其の名は刑法に於いて未知であり、さうしてあらゆる別個の稱呼（Ausfüllungswerte, Verhaltige Begriffe——等）に依つて蔽はれて居るとは謂へ、其の證徴を認め得るのである。由來刑法は、あらゆる法律部門の中最も特異にして最も門戸閉鎖的な性質を有するものであつ

た。それが目下蓬着しつゝある危機も亦、随つて特異であり、随つて、法律體系の爾餘の諸部分に於いて看取せらるるべき一切のものを直に刑法に推し當つることが出来ず、又反對に後者に看取せらるるものを前者に移すことも出来ない。それにも拘はらず、全體發展に於ける諸種の類似相は、如何なる觀察者にも、さうして恐らくは専門家よりも寧ろ局外者の眼に一層明瞭に映ずるであらう。

弛緩過程は刑法の領域に於いて赤裸々に現はれて居る。吾人の前に現行法として横はるものは、依然として(若干の變更を加へたる)一八七一年五月十五日の刑法である。之と相並んで各種草案の一系列があり、更に此の系列と相並んで改正案文獻の大群がある。兩者の對照相異は著しく目に映ずる。弛緩——幾多の刑法著者の用語に従へば『軟化』(Erweichung)——は到る處に見受けられる。

刑法學者自身の間には、最も多く犯罪構成事件の弛緩(Auflockerung der Tatbestände)と云ふことが口にせられる。多くの人は之に一の形容詞を附け加へて、例へば構成要件の『社會學的』(soziologisch)弛緩といふが如き言葉を用ひ、さうして此の弛緩を一層高き目的の爲めに已むを得ざるものとして忍び、舊き『線を以て限界づけられたる概念』の代りに『單に相對的なる含蓄を有するに止まる概念』を以て満足せんとする傾向を示して居る(例へば、グリューンフト——Grünhut——)。他の人々は、確定的科學(bestimmende Wissenschaft)の軌道の中に踏み留まりつゝ、幾許の『評價的』要素、幾許の『規範的』要素が犯罪構成要件の中に集喰つて居るか、犯罪構成要件が、就中『文化的』評價要素の織り込まれる場合に、如何に散漫となるかの指示を以て満足し、さうして僅に『規範的犯

罪構成要件の著しく擴大せられたる適用』が、刑法第二條第一項と最早や相容ること能はず、随つて『法律無ければ犯罪なく、刑罰無し』(nullum crimen, nulla poena sine lege)と云ふ、固定性の大きな獨斷理論を倒壊せしむるの恐があることを警告するに止まつて居る(例へば、一九二六年刊、トレイガー祝賀記念論文集——Traeger-Festschrift——二二七頁、二二九頁所載、メツガー——Mezger——)更に他の一群は之に反して、滿腹の闘志を懷き、『就中最近の諸草案』に現はれて居る、此の『明瞭且つ截然と限界づけられたる犯罪構成要件に對する嫌惡』を峻烈に批判して居る(例へば、ダーム——Dalm——シャツフシュタイン——Schaffsteinの諸家)。さうして平素『個別化』又は之に類する弛緩手段に對する容認に於いて甚だ遠く進んで居る諸學者すらも、尙ほ且つ、『今日の刑法發展に於ける犯罪構成要件の軟化』に對し、其の『精神化』(Psychisierung)『流動狀化』(Verflüssigung)に對しては、明言的に抗議を提出しなければならぬと確信して居る(例へば、ドロースト——Drost——)。此等の抵抗が向後幾十年に互つて成功するであらうといふことは疑はしい。反對に幾多の事が人をして謂はゆる『權威的』刑法への欣然たる歸信に拘はらず、『弛緩』の一段の前進を豫期せしめ——且つ憂慮せしむるものがある。

吾人の當面の關係に取つては斯うした刑法の『改正作業』に於いて、民法の諸種の一般條項概念が、意外に多く使用せられて居るといふことが特に重大である。一九三〇年の草案(聯邦議會委員會第一讀會、及、獨逸會議の決議)に於いては、『善良ナル風俗』が獨り脅迫の定義(第九條第六號^a)

に於いてのみならず、更に、名譽に關する脅迫 (Ehrennötigung)——刑法的告訴を爲すべきこと、又は、名譽に關する事實を公表すべきことを以て人を脅迫して行爲又は不作爲を強要すること。從來の強要罪の擴張であり、之を犯したる者に對して特別の刑罰が規定せられて居る——譯者補) (同草案第二百八十條) 及、同意ニ依ル身體傷害 (Körperverletzung und Einwilligung)——第二百六十八條) にも現はれて居る。又、少くともインフレーション時代以降、凡ての民法學者の間には、一箇の家常茶飯の概念として普及して居る期待、可能性が『善良ナル風俗』や『信義誠實』と密接に提携して、刑法に於いても亦益々地盤を擴げて來た。此の概念は債務問題より出發して次第に成長して居る。特に多く注目せられたことは、此の概念が、犯罪行爲者 (又は其の他の遭險者) に對して『急迫ノ損害ヲ忍フヘキコトヲ期待スヘカラサル事情アル場合』に於いては、罰すべき行爲と雖も之を咎めず (草案第二十五條) とする、謂はゆる緊急状態の公式の中へ侵入したることである。さうして理由説明 (一九三〇年草案以前の一草案に對する) を閱讀するならば、吾人は、此の期待及不期待に對する他の一つの尺度として『苟モ正當且ツ公平ニ思考スル萬人ノ觀念』 (Aufassung aller gerecht und billig Denkender) 即ち大審院が、多年來、依つて以て民法第八百二十六條 (又は同第三百三十六條) につき、其の善良なる風俗の概念を説明して居るところの公式と全然同一なる公式が見出だされる。加之、此の理由説明書の他の一箇處に於いては、明言的に次の如くにして述べられて居る。『善良ナル風俗ノ概念ハ、元ハ民法ニ採リタルモノナリ。民法ニ於イテ此ノ概念ハ、一般ニ適當ナルモノ (Das Erlaubte) ト不法ナルモノ (Das Unerlaubte) トノ限界ヲ劃成スル爲メ

ニ極メテ有效ナルコトヲ示シタリ。大審院ノ動カスヘカラサル判決ニ依レハ、善良ナル風俗ハ、苟モ正當且ツ公平ニ思考スル萬人ノ合宜感 (Anstandsgefühl) ト正確ニ合致ス』云々。さうして此の圓舞を完結せしめんが爲めに、——勿論それは、或る法律の條文又は之に對する理由説明の中ではなく、國際刑法協會 (Die internationale Kriminalisten-Vereinigung) の一會議 (一九二六年、ボンに於けるドイツ部會——Deutsche Landesgruppe——第二十一回會議) に於いてではあるが——信義誠實も亦、比較價值として登場して居る。即ち此の會議の席上に於いて、當時尙ほ著名なる代議士であり、かの増額評價の問題 (二八頁) 以來『信義誠實』の觀念が沁み込んで居た地方裁判所部長、ウンダリッヒ (Der Landgerichtsdirektor Wunderlich) は、一九二五年草案に對する其の報告の冒頭に於いて次の如く述べ居る。『本草案に於いても亦、時代の風潮に順應して、從來に比すれば遙に廣き活動の餘地が刑事裁判官の自由裁量の爲めに許されて居る。現今到る處、人々は裁判官を固定せる法則の束縛より解放せんと欲し、信義誠實の原則は全民法を支配して居る。さうしてあらゆる手續法に於いて人々は一般に適用する拘束を擺脫せんと努めて居る』云々 (報告書三八頁)。何人も之れより明瞭に一般條項の勝利を宣言することは出来なす。

國際刑法協會々議に於けるウンダリッヒの此の報告の主題は、『裁判官の裁量』といふことであつた。由來、一般條項と裁判官の『裁量』との間に、不可避なる關係のあることは、此等の事象の觀察者が常に繰返して注目を餘儀無くせらるるところである。随つて亦、刑法に於いて一般化せられたる

概念が進出するに伴つて、裁判官の裁量といふことに關する検討が行はれることも自然の勢である。それは獨りかの國際刑法協會の會議に於いて行はれたのみではない。刑法の文獻は到る處之に依つて満たされて居る。一九三〇年には、ボンの少壯法學者ドロースト(Dross)が、『刑事裁判官の裁量』(Das Ermessen des Strafrichters)と題する浩瀚なる著書を公表した。其の翌年には、謂はゆる『青年右翼黨』(Die Jungen Rechte)——一九三二年のプロイセン州會選舉を機會として初めて東部獨逸に現はれた政治的團體で、政策的に固定して居ない各種の青年團體を糾合し、かの『Jugendlicher Orden』黨と提携して居たものである——(譯者補)の一代表者たるダーム(Dahm)が、斯かる『弛緩』の過度に對する攻撃戰線に立つて、『言語の粥』(Wortbrei)を痛撃した著書が之に續いた。更に一年の後、ケルン大學講師兼檢事カール・ペーターズ(Karl Peters)が、刑事裁判官の刑事政策的地位に關する著書の中に、『政治的裁量』と題する長さ一章を挿入した。一方、法律草案材料も亦、此の多分に洩れることが出来なかつた。即ち一九三〇年の草案は時に頗る長久に亙るものも含まれて居る十箇條を以て、明瞭に一種の科刑量、定便覽を讀者に提供したが、その中には下級の一般條項として『特ニ輕キ場合』『特ニ重キ場合』及、就中『減輕情狀』が足竝を描へて行進して居る。

此處で吾人は再び『減輕』(寬容) (Milde) と云ふことに逢著する。それが、刑事司法の範圍内に於いて、全線に亙つて進出しつつあることは、一箇の公然の祕密である。減輕過程は——若し吾人が頻々たる『大赦』に依つて刑事司法に加へられたる幾多の重大なる損害を姑く措くならば——刑の執行の學說及實際に於いて最も明瞭に現はれて居る。それは往々にして單に實驗を基礎とし、改正熱に囚はれたる若干の個人に依つて鼓吹せらるるものに過ぎないが、併し全體としては頗る重大なる、且つ明かに將來の形勢を決定すべき一箇の時代現象たることを失はない。併し乍ら減輕寬容は、獨り刑の執行の方面のみならず、亦既に、幾多の浩瀚なる刑事法典をも占領し初めた。一九二四年以來、刑事訴訟法に於いて、『輕微ナル』場合、即ち謂はゆる 'Bagatellesachen' に對する法定主義 (Das Legalitätsprinzip) は覆された。『違警罪ハ犯人ノ罪責輕微ニシテ行爲ノ結果些細ナルトキハ之ヲ追究セス』(第百五十三條とあるのがそれである——小なる一般條項、一般的免責 (Generalpardon) 寬容を求むるの主張 (Exceptio lenitatis) である。之と密接して刑法、各典の各種草案には、『減輕情狀』の一般化が現はれて居る。恰も羅馬時代の法務官 (praetor) が一切の公式に善意の抗辯を攝取するを常としたるが如く、今日の刑事裁判官は、——形容的に謂へば、——一切の公訴狀の中へ『刑罰量定ノ事由ノ考慮ニ當リ減輕ノ理由ト爲ルヘキ情狀著シキトキハ……』(一九三〇年草案第七十四條) と云ふ酌量の主張 (Milderungs-exception) を必ず挿入しなければならないのである。

これは尙ほ未だ法律となつては居ない。併し乍ら、其の間裁判に於いては既に、反對派——若し吾人が斯く曰ふことを得るならば——即ち『青年右翼』の二人の代表者の注目すべき研究 (ダーム・シャッフシュタイン合著、『自由主義刑法が權威的刑法か?』——Dahm-Schaffstein, 'Liberales oder autoritäres Strafrecht?'——一九三三年刊、三二頁) に於いて『其自體としては刑罰を以て威嚇せらるる行爲に對する、新しき且つ異常に伸

縮、ある正當の事由及免責の事由の承認』と名づけられて居る。全然類似せる一過程が演出せられた。實際に於いて之に屬する主要なる實例は、一箇の時代史的出來事と名づけらるるに値する。それも亦、明確なる、一般化的公式への衝動を示すものである。それは『超法律的緊急状態』(Übergesetzlicher Notstand)と云ふ公式である。これは十年前には尙ほ未知の概念であつた。六年前に大審院が初めて、有名なる一九二七年三月十一日付判決(大審院刑事判決集第六一卷二四三頁以下)に於いて其の基礎を据え付けた。一年の後『超法律的緊急状態』といふ、堂々たる言葉が鑄造せられた(判決集第六二卷三五頁以下)爾來、此の新しき、解放力に満ちたる一般條項の爲めに、判決集は毎卷必ず孰れかの場所を留保して居るやうに見える(例へば第六三卷二二六頁、第六四卷一〇三頁)孰れの下級裁判所も之を識り、孰れの受験生も其の魅惑的なる響に囚はれて居り、國際刑法協會は、一九三一年五月、其のエッセン會議を、大審院判事ヴァーヒンガー(Wachinger)、ハムブルク大學教授エーベルハルト・シュニッツト(Eberhard Schmidt)兩氏の報告に依り、此の一般條項に關する討論に使用した。先に民法第八百二十六條及第二百四十二條の民法的一般條項の場合に使用せられた『疾驅』といふ言葉は、此の場合にも繰返され得るであらう。堂々たる理論も既に樹立せられて居り、幾多の『反對説』も之に伴つて生じた。併し乍ら、それが『正當の事由』(Rechtfertigungsgrund)の問題であるか、若くは、『免責の事由』(Entschuldigungsgrund)の問題であるか、『利益秤量説』(Güterabwägungstheorie)に従ふか若くは『目的主義』(Zwecktheorie)を探るか、一般的構成要件よりして更に『國家の正當防衛』(Staatsnotwehr)及『國家の緊急状態』(Staatsnotstand)(判決集第六十四卷一〇三頁、第六十三卷二二五頁)を抽出すべきか否か、といふが如きことは、此の大なる時代の事件に取つて多く問ふところではない。此處では唯だ、寛容、一般條項、裁判官の裁量といふ主要現象が問題となるのみである。

此等の刑法上の過程と、大戦前時代の自由法運動(一九頁)との間に、或る精神的相關性を認め得るか否かは、更に長き時間的距離を俟ちて、始めて之を確認し得るであらう。大多數の刑法學者は斷乎として斯かる相關性を否定して居るが、謂ふまでも無く此の場合に彼等は、單に最も極端なる『自由法心醉』のみを眼中に置いて居るのである。ポンの學者ドーナ伯(Graf zu Dolna)は一九二六年國際刑法協會々議に於ける其の報告に於いて、劈頭次の一句を掲げた。『自由法運動の巨浪は、毫も刑法の基礎を累さなかつた』云々。併し乍ら、之と相並んで刑法を事として居た、さうして、今日の運動に於いても尙ほ明かに其の呼吸が感ぜらるる、有名なるリスト派に於いて、謂はゆる『利益の秤量』『自由なる法の發見』乃至『判事國團』を有する民法に於けると同一なる進化史的法則が作用して居なかつたとは決して斷言することが出來ない。併し乍らいづれにもせよ、大戦後時代に於ける凡ての價值の崩落が、民法に於いても刑法に於いても同様に、一般條項の進出に翼を與へたことは、何人も之を否定し得ないであらう。彼方、民法に於いては、それは吾人が先に、信義誠實の進出に於ける『第二の浪』と名づけた(前出(三)の條下)物質的價値の崩落であつた。此處、刑法に於いて同一の意味に作用したものは、最も重要な各種の倫理的、生活財貨の動搖である。即ち、國家、所有權、宣

誓、性的純潔、悉く疑問的と爲つた。やがてそれが容易に『寛容』の凱旋鹵簿の爲めの一輓馬となつた。さうして其の供奉の中に——或は政治的色彩を帯び、或は帯びずして——『裁量』『評價權』『補充概念』(Ausfüllungsbegriff)乃至『一般條項』が現はれた。

(一一) 次に来るべきものは税法である。刑法と同様に、税法も亦當初は徹頭徹尾、截然と輪廓づけられたる構成要件の上に築き上げられて居た。刑法に於いて、構成要件が満たされたる場合には、刑罰之に伴ひ、其の満たされざる場合には、刑罰あること無しとせられたるが如く、税法に於いても亦、構成要件が満たされたる場合には税を納付することを要し、然らざる場合には、税を支拂ふことを要せずと定められて居た。然るに今や税法に於いても、構成要件に弛緩粗笨と爲り、一般條項が入城を開始し、若くは之より先既に端緒があつたところでは一段の前進を爲し、つつあることは、何人も看取するが如くである。

此處に吾人は、一箇の特異なる兩面性に逢著する。それは——多少の隔たりはあるが——かの民事訴訟の執行法に於いて吾人の遭遇したる兩面性、即ち、債務者と債權者との双方共に補助陣地としての一般條項を享受して居る(四七一頁)ことを想起せしむるものである。如何となれば、事實上税法に於いて、一方には納稅義務者を追求せんが爲めの一般條項、他方には彼を解放せんが爲めの一般條項が出来上がつて居るからである。

第一の方向に於ける發展は次の如き徑路を採つた。先づそこには、前に述べたるが如く、明確に輪

廓づけられたる構成要件が存在する。其の結果として、納稅義務者の、租稅負擔ある構成要件より租稅負擔無き構成要件への逃避が生じた。稅務官廳は追求權 *Droit de suite* を有するか? 大審院は之を否定した。多數の構成要件——竝に『形式』——に付きて市民は選擇の自由を有す、といふ原則を樹て且つ實施した。(拙著、『大審院と經濟法』——*Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*——一頁以下參照)。併し乍らやがて立法者が稅務官廳に代つて追求を(ところ／＼に)引受けた。但し當初は、個別追求に止まつた。即ち立法者は當該税法の最初の改正を機として、從來『租稅負擔無かりし』構成要件をも採り入れて新に課稅した。此の方法が如何に煩勞多きかは謂ふまでも無い。しかも大抵の場合に改正法も亦遲滞である。そこで一九一九年、かの有名なる聯邦公課法 (*Reichsabgabenordnung*) に於いて、大英斷が行はれた。『民法ノ方式及形成ノ自由 (*Verwaltungsund richterliche*)ノ濫用ニ依リテ納稅義務を回避及減輕スルコトヲ得ズ』云々——今日となつては既に土著すること多年(一九三一年五月二十二日付新體裁に於いて、即ち同第十條)であるが、當時は目を驚かしめた一般條項である。

更に吾人は、此處でも亦、斯種の公式の蔓延を目賭することが出来る。一九三一年十二月、政府が其の浩瀚なる(第四項)緊急令を發し、之に依つて物價、利息、使用借貸、賃銀及俸給の一齊引下の端緒を啓いたとき(イェーナ經濟法學會報告——*Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht*——第二十三號二〇頁以下參照)政府は此の物價形成の領域に於いても亦、引下義務ある構成要件より、其の義務無き構成要件への逃避が始まるであらうといふことを先見した。さうして前述のものと全然並行せる一般條項を

挿入した（同緊急令第一編第一章第九條。法律公報—Reichsgesetzblatt—第一部七〇一頁所載）。

併し乍らやがて（税法に於いては）別箇の方向、反對の方向が生じた。納税義務者の利益を計り、隨つて同時に再び『寛容減輕』の國土に折れ入る方向、是れである。此の場合吾人は批判に於いて細心でなければならぬ。如何となれば、税法に於いては、常にと謂ひ得ないならば屢々、寛容の若干の個處があつたからである。此處でも亦吾人は過去に於いて既に本來の司法の域を立去り、『裁量』の本場、行政法（後出（一三）の條）への圍を跨いだ。併し乍ら筆者の觀るところを以てすれば、謂はゆる苛酷條項（Harteklausel）の制、進出は全然現代史的關係に屬するものである。

現に吾人が目撃するが如き苛酷留保、一層正確に謂へば、寛容留保（Mildvorbehalt）は、大戦時代、より萌え出でたものであると謂ふことが出来るであらう。一九一六年六月二十一日戦時税法（Kriegssteuergesetz vom 21. Juni 1916）に於いて筆者は初めて救助條項を見出した。『聯邦參議院ハ特別ノ苛酷ヲ避クルノ目的ヲ以テ納税義務者ノ申請ニ基キ或種ノ異常ナル偶得財産ニ對スル公課ヲ免除シ若クハ財産増加又ハ餘剰利益ノ別段ノ算定ヲ許可スルコトヲ得』（第三十六條）。次いでそれは、一九一八年の非常戦時税に於いて繰返された。但し條文は比較的に細目的であり、且つ『苛酷』の公式と相竝んで、『公平』及『不公平』といふ公式をも用ゐる。居る（一九一八年七月二十六日法律第四十條。法律公報九七三頁所載）。其の少しく前に、ドイツ人にして其の居所を永續的に外國に移さんとしたる者に適用せらるべき、脱税防止法が發せられたが、此處でも亦、一種の苛酷條項を挿入することが至當であると考え

へられた。『……申請ノ却下ヲ異常ノ苛酷ト認ムヘキ場合ニハ申請ニ基キ第一條ヲ以テ定ムル義務ノ免除ヲ爲ス』（一九一八年七月二十六日法律第二十一條。法律公報九五六頁所載）。これに續いて、例の如く一般化を行ひつつ、一九一九年十二月十三日聯邦公課法（Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919）（法律公報一九九三頁以下所載）が現はれた。特徴的なることは、同法も亦、『苛酷』といふ語と『不公平』といふ語とを交互に使用して居ることである。即ち税の徵收が『納税義務者ニ對スル著シキ苛酷ヲ伴フヘキ』ときは猶豫を與ふる（同法第一百五條第二項、新體裁第二百二十七條）と云ひ、徵收が『事情ニ依リ不公平ナルヘキ』ときは之を免除する（第八條第一項、新體裁第三百一一條）といふが如くである。斯かる用語の動搖は爾後の進行にも殘つて居る。即ち、一九二二年には『苛酷ノ調整ニ關スル』命令（法律公報第一部八四三頁所載）が出て居り、一九二五年には相續税法が、猶豫事由として『著シキ苛酷』を踏襲し（同法第三十七條、法律公報第一部三三八頁所載）、之に對して一九二七年には土地取得税法が免税について再び『公平ノ理由』を振り舞はして居る（同法第三十二條。法律公報第一部七七頁所載）。併し乍ら其の間に、經濟的強音符への改鑄が現はれ、之に依つて前に述べたる（四七頁）民事訴訟の執行法との驚くべき類似が展開する。之に對する主要なる箇所は、一九二五年の所得税法の次の規定である。『査定ニ當リテハ納税義務者ノ給付能力ニ著シキ障害ヲ與フル特別ノ經濟的事情ヲ酌量シテ所得税ノ減輕又ハ免除ヲ爲スコトヲ得』（同法第五十六條。法律公報第一部二〇〇頁所載）。併し乍ら當時世人は此の第五十六條に對しても直に『苛酷條項』といふ表現を慣用した、さうして今日に至るまで其のままに残つ

て居る。

一般に此の用語の動搖の中に在つて、苛酷といふ語が最も多く使用せられて居る。それは就中、税の減輕（擔保の設定を含みて）に付き聯邦公課法に依つて展開した手續に對して確定的なるものと爲つた。即ち『苛酷手續』といふことがそれである。此の苛酷手續は、間もなく理論的に作り上げられ幾多の判決が之について下され、且つ文獻に於いても亦、それは相當の地歩を占めた。此の最後の方面に於いて吾人は再び民法との接近に逢著して一驚を喫する。此の材料の最新の研究者（シエトイエル・ジュンデイクス・ハイン著『税の輕減及苛酷手續』—*Steuersyndikus Hein, Steuerersparungen, Steuererleichterungen und Härteverfahren*—一九三三年刊）は、其の緒論の劈頭第一頁に於いて次の如く述べて居る。『税法と現行民法々々の民法とに於いて、血縁的思想系列が此處に會合する。税的負擔の平等、耐重可能性及正當といふことが税法に於いて主眼たることを要すると全然同様に、民法も亦、一定種類の義務の耐重可能性期待可能性の思想に依つて支持せられて居る』さうして其の後間もなく、此の序節の末尾に之と共に環線は完結する、さうして公平の思想、竝に信義誠實の原則が、税法に於いても亦、終局的に勝を制した』と書かれて居る。

(一三) 判断するに極めて困難なるものは、行政法の領域である。行政法は『裁量』の發祥地と目せられて居る。人は動もすれば、其自體が——若くは『責任ある』裁量——*verantwortliches Ermessen*——『合法的なる』裁量——*gesetzmäßiges Ermessen*——といふが如き結合に於いて——既に一箇

の『一般條項』であると思ふかも知れない。併し乍らそれは餘りに漠然たる斷定と謂はなければならぬ。此の場合には寧ろ發展過程の注目すべき反對方向が現はれて居る。これまでに論ぜられたる諸領域に在つては、道が相對的に狭く限界づけられたる個々構成要件より發して一般化に通じて居るに反し、此處では寧ろ、『裁量』の餘りにも一般的なる基礎よりして、一般的ではあるが尙ほ多少の内容を以て満たさるる一般條項に至る發展過程が行はれて居るやうに見える。惟ふにかのプロイセン普通法第十條第二項第十七號の一般條項（前出二頁参照）が、最近の二十年乃至三十年間に、次第に多く引用せらるるに至つたことが、既に此の發展過程に屬するものである。如何となれば此處に現はれて居る『秩序』『安寧』『切迫セル危險』等の要素は、『裁量』を或る程度まで調整し得るものなるが故である。勿論、此の發展過程について確實なることを斷言することは、非専門家に取つて困難である。

併し乍ら、唯だ一事が火を賭るが如く明かに現はれて居る。それは、此處でも亦信義誠實の祝勝行列があつたこと、是れである。此の行列の後を追ふ市民は、信義誠實適用の場合の頻出と、最早如何ともすべからざる一般化の無数の宣告とに呆然とするに違ひ無い。

最初に民法第二百四十二條の俘虜となつたものは、尙ほ私法と密接して居る諸種の領域であつた。例へば、道路建設負擔、建築許可、學校負擔等に關する市町村と市民との間の契約の如き、是れである。此の方面に在つては、大戰前既に、憚るところ無く『信義誠實』の外に恐らくは亦『善良ナル風

俗』を以て操作せられて居たやうに見える。大戦後に至つて、謂はゆる『公共團體の手』(Öffentliche Hand)の差出がましい活動が附け加はり、かくしてそこに從來ありふれた型の孰れにも當て嵌まらない幾多の現象が生じた。例へば當時世人の注目的となつたイルゼーデル精錬所(The Iseder Hütte)の事件(これについては、ヘーデマン著『大審院と經濟法』——Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftrecht——一八九頁以下に記載せられて居る)に於けるが如き、是れであつて、此の事件はそれが公共團體によつて取扱れて居る間に一九二六年中益々多く『善良ナル風俗』の疑問符を附せらるに至つた。當時大審院は次の如くに述べた(一九二六年十二月九日付判決。Juristische Wochenschrift誌一九二七年六七〇頁以下所載)『聯邦政府カ、原告——イルゼーデル精錬所——ノ負擔スル重壓ヲ利用シ政府ノ保全スヘキ凡テノ利害關係ノ適宜ナル考慮ノ範圍ヲ超エテ聯邦ニ對スル特別ノ利益供與ヲ遂行セント欲シ且ツ之ヲ遂行シタルトキハ風俗上非難スヘキ行爲ヲ爲シタル者ト謂フヘシ』當時大審院は(ベルリン控訴院——Das Kammergericht——と反對に)聯邦政府にかかる行爲無かりしものと看做し得ると信じた、さうしてそれが爲め、やがて此の判決が Juristische Wochenschrift誌上に掲載せられたるとき、次の如き簡潔なる標題が用ゐられた。『聯邦カ或ル契約ニ基ツキ其ノ意圖シタル法律案ヲ金錢ノ供與ニ對シテ撤回シタルトキハ其ノ契約ハ必シモ直ニ善良ナル風俗ニ反スルモノト爲スコトヲ得ス』云々。吾人は此處で、立法の際に於ける事項も亦、信義誠實若くは(善良ナル風俗)の特徴の下に置かれなければならぬかといふ、眞に重大なる問題に逢著すること三度である。

民法の此の一般條項の爲めの特別なる試合場として次に開かれたるものは、官吏法である。官吏と之を任命する國家との間の關係は、分類上いづれに入れるべきやについて常に問題となつて残つて居る。官吏關係の公法的性質が如何に強調せらるる場合にも、私法的勞務契約の遺韻が何處までも絶えない。注目すべきは、民法第六百十八條の『社會的保護規定』を官吏關係にも移轉し得るか否かが検討せられ、且つ、それは決して『民法第六百十八條ニ對應スル類推適用ニアラスシテ、同一ノ社會的原則ノ公法ヘノ獨創的(！)移入ナリ』といふ、明言的補足を加へてではあるが肯定せられて居る、一九一九年の大審院判決(一九一九年十月二十八日付判決、判決集第九十七卷四三頁)である——さうして大審院は、彼れの裁判上の獨創活動への此の誇らしき歸信を爾來、好んで繰返した(例へば、一九三〇年九月十六日付判決。Kundschau für Kommunalbeamte誌一九三一年卷三三頁所載)。さうして今や此の半類推、半獨立の奇異なる軌道に乗つて、信義誠實も亦、官吏關係の中へ侵入した。不思議にも其の最初の發足は、前記の判決と同様に一九一九年十月に屬する。併し乍ら『信義誠實』は此處では尙ほ頗る遠慮勝に、國庫と官吏との間に交換せらるる意思表示の單なる解釋の埒内に姿を現はして居るに過ぎず、且つ其の際に『信義誠實』といふ公式を押し立てた者は、控訴裁判所であつて大審院ではなかつた(一九一九年十月十日付判決。判決集第九十六卷三〇三頁)。併し乍ら間もなく趨勢は、往々にして、官吏の『誠實義務』に對し國家(市町村)の『扶助義務』が照應するとするイデオロギイ的方向轉換と相結びつつ、官吏關係の全線に互る信義誠實の原則の承認へ急速に突進した。例へば一九二九年十一月二十二日付大審院判決

の如き其の典型的事例である。即ち之に依れば、當事者双方即ち官吏と任命官廳とが其の官吏關係を告知の適用を受くべき關係なりと誤解したるが爲め、官吏が辭職願を提出したる場合に、此の官吏を辭職願に拘束することは『信義誠實ニ反ス』といふのである。其の結果、『被免官者は其の俸給の引續仕拂を請求することを得、行はれたる罷免の『形式上ノ行爲』は、信義誠實の前に潰滅するのである。更に一九三二年七月六日付チューリッゲン上級行政裁判所の一判決（*Zeitschrift für Beamtenrecht*）（第四卷三〇頁、五一號）も亦是れである。之に據れば、數年前の事に屬する理由を持ち出して官吏に待命を命ずることは、信義誠實に反し、隨つて其の官吏は職に留まることを得るのである。

官吏關係よりしてそれはやがて忽ち、國家と市民との間の一般的關係に推し及ぼされた。それは多くは次の意味、即ち公の機關が別段のことを期待する意思を有せざる限り、市民は此等の機關の意思表示や、多年の受動的態度や、或る法律に對する——假令誤つて居るにもせよ——多年の取扱方を信じて、彼等が『信義誠實』を以て自己の限界の中に安住するものであるといふ意味に於いてである。（此の種の法律事實は、バイデルベルグの國家法學者、ヴァルター・イェリホックの、*行政法公報*—*Rechtsverwaltungsblatt*—一九三二年卷八〇七頁所載論文、IIの條下に掲げられて居る）併し乍ら大審院は亦反對に、市民に對しても、彼が官廳との交渉に於いては、信義誠實の要求するところに從ひて行爲しなければならぬことを明示して居る。即ち、或る雇主が重傷者を雇傭する場合に、其の使用人の状態に關して、『直接に法律に』規定せられて居る通知義務は無いかも知れない、併し乍ら其の場合の事情や、救濟本部との『永續的交渉

や、乃至『信義誠實の原則よりして』此の義務が生じ得る、如何となれば『雇主ト官廳トノ間ニ於ケル公務上ノ交渉ニ於イテモ亦、信義誠實ノ原則ノ適用ヲ見ルヲ至當トスルヲ以テナリ』云々。大審院は、前審裁判官の判決を是認して斯の如く宣言して居る（一九三二年七月八日付判決。判決集第三百三十七卷一五七頁以下）。

局外より來る觀察者は、知らず識らずに斯う考へるに違無い。それにしても斯くの如く行政法上の事項を信義誠實を以て浸潤飽和することに對しては、何處かに限界が見出だされなければならないであらうと。亦學說に於いても彼は、極めて罕に斯種の薄弱なる提案に遭遇するに過ぎない。併し乍らそこには、かの民法の範圍内に行はれたる一般化を殆んど凌駕するほどの一箇の一般化が勝を制して居る。判決集第一百二卷に於いて大審院は尙ほ用心深く抑制的に『是レ決シテ民法第二百四十二條ニ含マルル法律思想ハ之ヲ公法ノ法律關係ニ適用スルコトヲ許サストノ謂ニアラス』と述べて居る（一九二五年十二月十一日付判決）。然るに既に次卷に於いて『國家ノ支拂義務ハ、民法第二百四十二條ニ於イテ民法上ノ債務關係ニ對シ法律ノ明文ヲ以テ承認セラレタルノミナラス、亦斯カル法律的公式ノ有無ニ拘ハラズ法律生活ノ全般ニ於イテ適用セララルル信義誠實ノ眼點ニ從ヘテ之ヲ判斷スルコトヲ要ス』とある。（一九二六年二月二日付判決。第三百二十六卷二四四頁）。さうしてこれが其の後も尙ほ續いて居る。第二百二十六卷には『信義誠實ノ原則ハ民法ニ於ケルト等シク公法ニ於イテモ效力ヲ有ス』（一九二九年十一月二十二日付判決。第三百二十六卷二四四頁）。第三百三十卷には『蓋シ信義誠實ニ從ヘハ公法ノ領域ニ在リテモ亦、各人

ハ其ノ行爲及意思表示ノ效果カ相手方ニ於イ之ヲ解釋スル如クナルコトヲ認ムルコトヲ要スルヲ以テナリ』(一九三〇年十月七日付判決。第三百十卷九九頁)等。さうして此處でも亦、吾人の諸裁判所の宣言に追隨して學說に於ける多趣多様なる、迎合的なる反響が現はれた。五十年前、三十年前に同一の事が可能であつたと主張し得る者があらうか?

(一四)之に反して國家法の學說及實地に於いては、『信義誠實』が殆んど全く影を潜めて居る。何故であるかは後に述べらるるであらう。但し、これよりして此の方面に於いては一般化への衝動が當初より全く存在しなかつたと結論することは決して出来ない。此處でも亦、此の衝動は跳梁して居るのである。但だ他の場合の如く明らさまなる方法、常に『司法的』に捕捉し得る方法に於いてではなすことは謂ふまでも無し。

其の温床は、多様性、即ち國家内に在つて相生相尅する種々なる力の多様性である。試に人が現今の國家の『經驗的に現實なる』状態を見極はめんとするならば、それは如何なる姿を現はすであらうか? それは『種々なる社會的竝に經濟的權力集團の一箇の妥協目的物、互に諒解する無数の異種の因子即ち政黨、利益團體、コンツェルン、労働組合、教會等の一箇の集積體』として現はれて居ると、かの描寫力に富みたるベルリン大學(現在ではケルン大學)の國家法學者カール・シュミット(Carl Schmitt)が一九三〇年に書いた。グライスヴァルト大學國家法教授ヘルファールト(Herrfahrdt)も亦同様に、『人民が幾多の部分に分れ、各獨立の勢力となつて組織せられたるものが、今日有機的

に全體に編成せられざるが故に、國家をあらゆる重大なる決意に於いて妨碍する』(一九三二年)と述べて居る。最後に公共的經濟運用の特別領域については、財政及財政法の領域に於ける指導的頭腦ポピッツ(Popitz)は『相互に十分に結合せられざる、種々雑多なる性質及種々雑多なる法律的資格とを有する意思保有者の殆んど見渡し得ざる複合體』(一九三〇年、一九三二年)を認めて居る。此の現象に對しては、既に幾多の術語も亦見出だされ、そのいづれもが忽ち確定的のものと爲つた。即ち公共經濟の領域に於ける此の紛糾錯雜に對しては『多頭政治』(Polykratie)、國家全一體の内部に於ける各種の政治的要素の此の紛糾錯雜に對しては『多元論』(Pluralismus)——國家は、他の種々なる社會的集團——教會、労働組合等——と併立する一箇の特別なる社會的集團に過ぎず、隨つて何等特殊なる道德的要求を提出することを得ざるものであるとする觀念、即ち本質に於いて民主主義的國民國家體系の國家觀である——譯者補)といふが如き、是れである(カール・シュミット、就中氏は『多元論的政黨國家』——Pluralistischer Parteienstaat——と云ふ言葉を用ゐて居る)。さうして其の怪奇なる伴生現象として吾人の眼に映ずるものは、政治的議會(Das politische Parlament)——ライヒ憲法第二十一條)に對しても、將た又、經濟議會(Das Wirtschaftsparlament)——一九二〇年五月四日臨時ライヒ經濟評議會ニ關スル命令——Verordnung über den Vorläufigen Reichswirtschaftsrat vom 4. Mai 1920,——第五條)に對しても、『全人民の代表者にして獨り自己の良心にのみ服従し委任事項の拘束を受けざる者』と考へられて居りながら、此の名譽ある特性を完全に拋棄して、紛れも

無く多元論及多頭政治の走狗と化したる『代議士』(Der Abgeordnete)である。

惟ふに、此の紛亂せる状態は、假令極めて『權威的』(autoritär)なる爲政方法を以てしても一朝一夕にして之を征服することは出来ないであらう。既に多年の間、特に嚴酷に支配せられて居るイタリアの例が之を示して居る。仔細に觀察する者は、イタリアに於いても亦、多元論的活動が依然として表面の下に作用して居ることを認識する。但だ斯かる情勢に在つては、多様な要求に表現を興ふる『代辯者』の姿態が變化するに過ぎない。多様多趣なる素材、此の素材より發生する諸般の要求、及、之と共に代辯者の複數性は依然として残つて居る。斯くの如き時代を経験する人間の精神が、此の複雑性を超脱せんが爲めに力を假すべき何等かの手懸を求むるといふことは、それだけ一層容易に首肯せられ得るところである。此の場合に當初先づ種々なる不可測なる現象が浮び上がる。例へば全體國家』(Der totale Staat)への憧憬、若くは『獨裁』を求むる叫の如き、是れである。之と相並んで職人は、超黨派的據點『中立的』權力の探求といふが如く、前者に比すれば、稍々思慮冷靜なる公式化努力に達著する。之に對して吾がドイツに於いて眞先に現はれたものは、『黨派的政治的病疫』により解放せられ、就中、政治的幹部階級(大臣、長官)の專制より引離されることを要する(オットー・ユェルロイター——Otto Koelliker——一九三〇年)、即ち、複合主義的錯雜の中に再び不偏不黨の一圓柱な打ち建つべき『新たなる種類の使命』が之に賦與せらるべき(アーノールト・ユェット——Arnold Koetger——一九二八年官吏(吾業的)階級(Das (Beamtens-) Beamtentum)である。

さうして、とにかく假令掻い撫でもせよ此等の事象について思を致したる凡ての者には、最少限度として、種々なる——規則的若くは不規則的なる力の間に於ける『調整』の要求が眼前に搖曳する。

然るに此の状態は、内面的必然性を以て一般條項の領域に導かざるを得ない。勿論多數勢力の相互に對する關係は、具體的なる個々事實の形態に於いても表示せられ得る(その場合、此等の個々事實は、權限の規律——*Verhältnißskriterien*——の性質を帯ぶるであらう)。しかも今日の如き不安定と明白なる過渡との時代に於いては、それだけでは足りない、さうして斯かる場合にこそ逸早く一般條項が奉仕を提供する。惟ふに此の點に於いて吾人は、今方に或る發展の冒頭に臨んで居るのである。

さうして此處でも亦、適當に信義誠實若くは善良ナル風俗が利用せらるることは毫も異とするに足らないであらう。吾人はこれまでに三度、如何に這間の事象が相接近して居るかを示した。現代の株式會社、及、現代の大コンツェルンに在つて、管理(統治)者集團、『少數派』等、種々なる勢力の集團が争鬭する場合に、裁判官は『善良ナル風俗』の杖を揮つて彼等を引き分ける——何故に國家に於ける種々なる權力因子の相尅に對しても同一の事が行はれないか?。(前出三九頁参照)。勞働協約の當事者双方は客觀的法(法規)を制定する。即ち彼等に許されたる經濟的自主の埒内に於いては『立法者』であり、彼等の關係は危機一髪の際に當つて『期待可能性』と『信義誠實』とを以て規律

せられる——何故に國家の立法に關與する多數の因子の關係も亦、其の揆を一にしなひか？。(前出三一頁參照)。甚しきは國家は更に一步を進めて、往々此の固有の國家的立法權力を、私人との間に於ける交渉の中に投げ入れたことすらある。國家は極めて明白に『善良ナル風俗』を以て強迫せられた——何故に種々なる國家的因子が、法律制定に當りて存在するに、然らざるか？(前出六九頁參照)。

然らざる理由は、明かに此等の公式——其の場合に於いてはしかく勝利を得たる公式の有する『感傷的』(sentimental)要素の中に存する。感傷は、嚴酷なる『政治的』事象に適合しない。併し乍ら若し吾人が、往々にして他の諸領域に於いても亦、感傷的境地が拋棄せられ、一般條項の色彩が經濟的方面へ染め更へられたこと、即ち執行法に於いて『經濟的全體狀態』といふことが尺度として強要せられ(前出四八頁)、株式會社法に於いては『會社ノ關知セサル特別利益』が嚴禁せられたる(前出三八頁)ことを想起するならば、吾人は直に、國家の立法體の行動に對して之を移すことの可能性を見るのみならず、既に其の間に幾多の現實的竝類似に逢著する。但し謂ふまでも無く一箇の注目すべき差異が残つて居る。即ち國家の立法體の場合には、之に關與する種々なる力を對立の形に依つて暴露することが避けられる。凡ての公式は客觀化せられ、庶幾すべき目標に照らして方向づけられ、さうして之に依つて同時に、『前文』(Preamble)といふ古來慣用の様式との常套的接觸が保たれること、是れである。

歴史的なる——但し何時にても反復せられ得る——模範的實例を提供するものは、大戦中に始まり、

爾來波の如く幾度か歸來した、謂はゆる『授權立法』(Ermächtigungsgesetzgebung)である。それは、『目的公式』(Zielformel)の典型を創造した(但し本書印刷中に發生したる、一九三三年三月二十四日の授權法の場合には之と趣を異にする)。何等かの『目的公式』無き斯種の授權法は絶無である。それは善く見える。將來に對する希望を喚起し、精力横溢の趣が深い。併し乍ら其の背後には、此等の公式について屢々現はれたる斧鑿と變更との示すが如く——往々其の他の種々なる『多元論的』勢力に伴はれて——議會と從的立法者との間に於ける嫉視が潜んで居る。——即ち、限られたる一般條項に依りて抗争を調整規律せんとする努力である。かくして大戦の直前に、聯邦參議院は任意の措置と謂はざるまでも、『經濟的損害の防止ノ爲メニ』必要と認むる措置を命令する權限を與へられ(一九一四年八月四日法律第三條)、大戦の終末には宰相が『經濟復員に因る經濟生活ノ障碍ヲ豫防センカ爲メニ』必要なる命令を發する權限を與へられ(一九一八年十一月七日命令。尚ほ、立法ノ簡易ナル方式ニ關スル一九一九年四月十七日及一九二〇年八月三日法律參照)、ルール流域入寇の間には聯邦政府は、『外國ノ干渉ヲ抗止センカ爲メニ』必要なる規定を發布する權限を與へられた(一九二三年二月十四日緊急法第六條)。恰も此の最後の場合に先つて、目的公式の爲めの鋭き闘争が行はれた。何となれば此の緊急法の草案は、目的公式として、『經濟的竝ニ社會的困難ニ因リ公共ニ急迫スル危險ヲ除去センカ爲メニ』といふ文言を提議したからである。續いて同年秋には、大なる整理を齎らした二の最も有名なる授權法が現はれた。其の一は『聯邦政府カ財政的、經濟的及社會的領域ニ於テ必要且緊急ト認ムル措置』とい

ふ一般條項を含む。一九二三年十月十三日法律であり、他は『聯邦政府カ國民及聯邦ノ困難ニ鑑ミテ必要且緊急ト認ムル措置』といふ一般條項を含む、一九二三年十二月八日法律である。

此等の法律に在つては、多數の立法的因子間に於ける限界劃定、及之と共に其の調整均衡の意圖が、到る處に明かである。即ち被授權者は目的公式の埒を越ゆることを容されぬ。之に反して、一九三〇年夏と共に湧き上がった、幾多の緊急大統領令の巨浪に在つては、それが單に裝飾的標題となつて居るに過ぎないやうに見える。如何となれば此處では、幾多の大なる『法典編纂的』綜合命令 (Kodifikatorische Sammel-Verordnungen) に於いて——吾人は最初に専ら斯種のものにのみ言及するのであるが——『財政的、經濟的並ニ社會的緊急ノ除去ヲ目的トスル』といふ、文言（一九三〇年七月二十六日）、『經濟及財政ノ安全ヲ目的トスル』といふ、四度連續して現はれて居る公式（一九三〇年十二月一日、一九三一年六月五日、『並ニ政治的非常ノ防遏ヲ目的トスル』といふ語を追加した一九三一年十月六日、『並ニ國內ノ平和ノ保護ヲ目的トスル』といふ語を追加した一九三一年十二月四日）、及最後に『經濟的』系列に於いて選ばれた、『經濟ノ振興ヲ目的トスル』といふ字句（一九三二年九月四日）は、かの授權立法の場合の如く條文中に採り入れられずして、單に標題の中に掲げられて居るに過ぎないからである。併し乍ら、大統領令の最新の典型は、主たる要素としての『經濟的なるもの』より離れて、再び決定的に『政治的なるもの』に復歸して居るが、此の典型に在つては、右に述べたる事態が一旦變動した。此處では吾人は、例へばかの極度に利用せられた、一九三三

年二月四日『ドイツ國民ノ保護ヲ目的トスル命令 (Verordnung zum Schutz des deutschen Volkes vom 4. Februar 1933 — Reichsgesetzblatt 第一部三五頁所載) に於けるが如く、『公ノ安寧ニ對スル直接ノ危険』若くは『公ノ安寧及秩序』といふ公式を、再び法律の條文中に見受ける。加ふるに、此の最後の文言は、凡ての此等の數多き緊急大統領の相互間の關係、及かの授權立法との關係を示して居るものである。蓋し此等の大統領令及授權立法は悉く、有名なる聯邦憲法第四十八條を基礎とするものであり、同條は其自身が『公ノ安寧及秩序ノ回復』といふ一般條項を有し、且つ之に依つて同様に、權限を劃定し、種々なる立法的勢力の相尅に對する一箇の規律を與へんと欲するものなるが故である。即ち聯邦の大統領は、任意に行爲することを得ず、單に安寧及秩序の原則に適合する限に於いてのみ行爲することを得るのである——恰も私法の極めて通常なる債權者又は債務者、若くは株式會社法の極めて通常なる支配集團が任意に行爲することを得ず、専ら信義誠實又は善良なる風俗の原則に適合する限に於いてのみ行爲することを得ると、毫も選ぶところが無い。

(一五) 吾人はかくして、最後の、且つ極めて危険なる點に到達した。國家を更に斯くの如き最後の公式の桎梏よりも解放し、之を赤裸々の權力國家と宣言せんとする努力は、近來文獻に於いて明白に現はれて居る。即ち其の曉には、國家の諸機關は、最早何物にも——『信義誠實』にも『安寧及秩序』にも拘束せられないであらう。

國家の行爲と斯かる包括的公式との外面的連結が、全然消滅するであらうといふことは考へられな

い。世界史上のあらゆる僭奪者、獨裁者、征服者と雖も、彼等の行爲を『國家の休戚』『安寧及秩序』『正義』其の他に類する、何等かの目的公式と結び付けんとする要求を有し、且つ巧に之を實行するに躊躇しなかつた。併し乍ら正しくこれこそ、凡ての時代と民族とを超越して、一般條項の極度の危険を示すものである。或る卓絶せる勢力が一般條項を制定し、さうして獨立自由なる裁判官が之を操作する場合には、此等の條項は其の大なる可動性に拘はらず、尙ほ尺度たることを失はない。併し乍ら國家が最高權力として自から独自の行爲の爲めに一般條項を制定するときは、可動性因子は權力因子と合流して一となり、一般條項は尺度たることを終止して、一方的且つ傍若無人に帶用せらるる武器と化する。

かくして羅馬帝國、特にそれがビザンチン國家に轉じ初めたる當時の羅馬帝國が、再び忽然として吾人の眼前に現はれる。蓋し、古來の純正なる『法』(ius)に對して、『衡平』(aequitas)の爲めに門を八文字に押し開き、さうして何物を『衡平』と看做すべきかの確認を、一に彼れの帝意に留保したる者は、實にコンスタンティン(西曆三〇六乃至三三七年の皇帝)其人であつたからである。曰く『衡平と法との間に於ける差異の解釋を検するは、獨り吾人の有する権限にして且つ當爲なり』(Inter aequitatem insque interpositam interpretationem notis solis et oportet et licet inspicere)——衡平と法との間に挿入せらるる解釋の當否を吟味することは、獨り吾人の當に爲すべきことであり、吾人にのみ容されたることである。(紀元三二六年法律。勅法集—Codex—第一章第十四節第一條)。如何なる力が此の誘惑的

にして王者的なる命題に内在するかは、一千年の後尙ほ、後期法典義解學者(Post glossatores)たるバルトールス(Bartolus)ザリツェートゥス(Salyetus)其の他の諸家が、かの三二六年の法律について『裁判官は、此の權利、即ち成文法を制限する權利を有する君主に依りて授權せられたる場合の外、不文の衡平原理に基きて成文法の適用に躊躇することを容れず』(Iudex non debet (i) recedere a iure scriptis propter aequitatem non scriptam, nisi auctoritate principis (i), ad quem hoc pertinet, scilicet ius scriptum)と宣言して居ることに依つて計量することが出来やう。しかも此の場合にも尙ほ、『衡平』の概念を、皇帝の自我以外の種々なる價值、皇帝の自我を超越せる價值を以て満たすべき可能性は残るであらうと誰も考へる。しかも事實が決して然らざることは、這般の問題の究明に於て特に著しき功績を示した。フライブルクの法律史家、フリッツ・ブリングスハイム(Fritz Bruns)が(ザルバーニ雑誌—Savigny-Zeitschrift—第四二卷六四三頁以下、同第五二卷七八頁以下參照)、『絶對的帝權は、衡平を宣告すると同時に、法(ius)の制約より解放せられたる。皇帝の意思の權威をも宣告した』と云ふ、鋭き命題を以て吾人に對抗して居ることに依つて之を窺ふことが出来る。

要件 (Tatbestand) よりして吾人は次に評價 (Bewertung) に轉ずる。一般條項は今方に力強く進出しつつある。向後幾十年の間にそれが底止するであらうことを豫言する何物も無い。此の現象は如何に之を分類すべきであらうか？ それは吉か凶か？

當年ウルピアンが、善と衡平とに歸信したとき、没落が不氣味なる一點の雲として遙かの空に現はれた。コンスタンティン皇帝と共に明瞭なる方向轉換が始まつた。ユスティニアン皇帝の下に没落が完了した。

吾人も亦、そこまで來て居るか？ シュペングレー (Spengler) が『西洋の没落』 (Untergang des Abendlandes) と觀たことは正しいか？ 構成要件の弛緩は、一般條項への逃避は、果して眞に一箇の柔弱の兆候であらうか、但しは又、硬直せる構成要件の窮屈さの脱却、自由、新しき世界觀といふが如き、登高感に出でたるものであらうか？

(一六) 義務として慎重なる價值批判へ拘束せられて居る法律學者は、先づ専門家的理論の武器を以て新しき現象に接するを常とする。今筆者も亦、此の舉に出でなければならぬ。但だ此處では極めて簡單なる略圖以上に互る違がない。此の略圖は、次の四問題に制限せらるるであらう。(一) 一般條項と法律の世界に於ける類似の現象との區別、(二) 一般條項の効果範圍 (若し限界があるならば其の限界)、(三) 多くの一般條項の相互關係、(四) 法律體系に於ける一般條項の地位、是れである。此の四問題は悉く全然新しいものであり、最後の闡明を距ること尙ほ甚だ遠いことが明かになるであらう。

既に第一の問題、類似現象との區別といふことが、頗る厄介である。いづれの法律を問はずその中には夥しく『伸縮性ある』概念 (Delnbare Begriffe) がある (刑法に於ては) メッツガー—Mezger—の謂はゆる『規範的』概念—Normative Begriffe—の如し)。如何にして此等のものと一般條項とか區別せられ得るか？ それは明かに一般條項により大なる幅に依つて區別せられる。『伸縮性ある』概念は、畢竟、構成要件 (Tatbestand od. Tatbestandsteil) の部分たるに止まるであらう。之に反して一般條項は、(個々の) 構成要件を超越せんと欲する。勿論、境界は流動的である。五十年前、當時制定の途に在つた現行民法の離婚法が審議せられたとき、『裁判官の裁量の爲めに一層大なる活動の餘地』を得んが爲め、個々の要件に、謂はゆる相對的の離婚原因 (Der relative Scheidungsgrund) が附け加へられた。此の離婚原因は果して眞に一箇の『一般條項』の性質を帯びて居るであらうか？ 審議に於いてはそれに對して屢々 'Clausula Generalis' (一般條項) の名が冠せられた (例へば、立法理由説明書—Motive—第四卷五七三頁前)。併し乍らそれは——吾人の尺度を以て測れば——見當違の見方であつ

た。——特に印象深きものは、或る一般條項が次第に再び狭められて行く場合である。此の場合に一般條項は、一箇の單なる伸縮性ある法則の水準にまで低下することがあり得る。恐らく此の事は、株式會社の範圍内に於いて、議決權の濫用に對する處置に關するかの過程について謂ひ得るところである。即ち。最初は『信義誠實』又は『善良ナル風俗』といふが如き廣汎なるものが『會社ノ關知セサル特別利益』といふものは壓縮せられたこと、是れである。(前出三八頁)之と反對に、多くの伸縮性ある個々法則の合計よりして、一般條項が発生することがあり得に。之に對しては、例へばかの『重大ナル事由』を擧ぐる事が出来るであらう(前出二三頁)、斯くの如き一去一來、斯くの如き限界の浮動が學者をして畏怖せしめてはならない。未だ曾て何人も、國家法を極めて精密に行政法より、機關を單なる代表者より、若くは『一般論』を『各論』より、眞に是非の辯を容さざる、數學的に測定し得るが如き方法に於いて區別することに成功した者は無い。一般條項と單なる伸縮性ある個々概念とを對照區別せんとする場合に於いても亦、同一の事を忍ばなければならぬであらう。——更に一層困難なるべきものは、一般條項と憲法上の謂はゆる『綱領規定』(Programmsatz)と稱する現象との相異を定義することである。斯かる『綱領規定』、換言すれば『方向を指示する價值判斷』及之に類する各種の公式が一九一九年のライヒ憲法に於いて盛に採用せられて居ることは周知の如くである。併し乍ら彼等は相互の間にも甚しく差異があり、尙ほ未だ決して終局的に(研究し盡くされて居ない。隨つて一般條項との對照相異を明確に摘出することは困難である。筆者の私見に據れば、一般規定は

強さに於いて綱領規定に勝つて居るものである。一般規定は、法律制定 (Rechtssetzung) 若くは對法律干渉 (Rechtsbeeinflussung) を目的とする直接意思が内在することに依つて綱領規定と異なつて居る。斯くいふことが何を意味するかは、尙ほ第四の問題の解答の際に一層明かになるであらう。

第二の問題は、或る一般條項の効果範圍に打ち繞らざる限界の詮議である。斯くの如き限界が現實に存在しなければならぬこと、若くは少くとも立法者の意中に在ることは言を俟たない。然らざれば、一國民の法律生活の全般を統御せんが爲めには、唯だ一箇の一般條項を以てして足るであらう。然るに實際に於いては一般條項と相並んで幾多の他の法規があり、且つ契約自由が存在するところにて在つては、此等の法規に更に當事者の種々なる取極が附け加へられる。此の全部の素材は、何等かの方法に於いて一般條項に制限を設けることに役立つに違無し。一般條項は一舉手一投足にして此の素材を蹂躪することは出来ない。かくして暫時の間、少くとも或る種の法律上の個々規定は、一般條項に取つて明白に難攻不落であるかの如く觀えた。例へば民法の範圍内に於いては方式規定、法定期間、乃至、消滅時效の制度の如き、是れであつて、此等は一般條項を以て奈何ともすべからざるものと考へられて居た。然るに近來、此等のものに對しても既に『善良ナル風俗』若くは『信義誠實』の公式の鋭牙が咬み付いて居る。即ち、信義誠實に反する方法を以て方式不遵守の利益を取得したる者、善良なる風俗に反する方法を以て期間を回避したる者は、法定の個々の要件を楯として其の蔭に隱るることを容さない。といふことになつた。民事訴訟については、民法第八百二十六條に依りて形

式的確定力（既判力）が覆滅せらるる場合を想起することが出来る（前出四〇頁）。それにも拘はらず。若し人が、扶助（*auxilium*）と補充（*supplet*）とは、必然的に権利の矯正（*in-corrigere*）が踵を接して生ずるといふ認識の中へ一切を解消せしめて拱手傍觀することを欲しないならば、何處かに一定の限界が横はらなければならない。——當事者の契約自由に対する關係も亦、毫も之と異ならない。契約に依る合意が常に一般條項に逢つて覆ることは異とするに足らない。此處に一般條項といふもの本質が存するのである。併しながら、契約合意の大軍を全體として僅に一箇乃至數箇の一般條項を以て殲滅するといふことは到底考へられ得ない。筆者は一般條項の効果範圍の限界を、其の機能よりして次の如くに決定せんと欲する者である。即ち一般條項は單に、其の精神と扞格する契約要素の防止を職分とするに止まり、反對に契約自由の領域への進攻に轉ずることを容さざるものであるといふこと、是れである。

多數の一般條項の相互に對する關係が、第三の問題の對象を爲して居る。然るに此處でも亦、これまでに一切の準備作業が缺けて居る。それどころか、單なる問題提出すら筆者は未だ曾て何處にも之を見出したことが無い。之に關する一の先決問題は、果して個々の一般條項は、夫れ々々一定の法域に限定せられて居るか否かといふことである。吾人は一應之を肯定しなければならぬであらう。蓋し吾人がこれまでに識り得たる凡ての一般條項、即ち、信義誠實は民法、減輕情狀は刑法、公の安寧及秩序は國家法、苛酷條項は税法及執行法といふが如く、各一箇の本據領域を有つて居るからである。

併し乍ら彼等は果して斯かる各自の郷土に拘束せられて居るであらうか？ 經驗は之を否定する。吾人は、就中、信義誠實が、殆んどあらゆる法域を席捲して前代未聞の祝勝行列を舉行したことを知つて居る。此の現象は、明白に一切の理論的把握を嘲笑し（例へば『類推』又は之に類するものとして）、吾人をして、果してこれに尙ほ一箇の純然たる法律的事實と看做し得るものであるか、但しは寧ろ一箇の超法律的事實（*Meta-juristischer Vorgang*）と考へられなければならないのではなからうかといふ疑問を懐かしむるほどに強力である。——勿論、二つの一般條項の衝突が想起せらるる場合には、即座に再び義務に相應はしき冷靜なる考慮が介入して來る。如何となれば此の場合には、色彩が識別せられなければならないからである。即ち或は甲の一般條項が優先的地位を占め、或は乙の一般條項が勝を制するのである。筆者は尙ほ未だ實際的となつた此種の場合を見出すことが出来ない。併し乍ら其の一例は容易に之を想定することが出来る。吾人は、如何に大なる役割を、『信義誠實』が、行政官廳と市民との間に於ける交渉に於いて演ずるかを窺ひ知つて居る（前出六八—九頁）。就中裁判所は、其の都度常に、此の場合の當事者双方は、各相手方の（長時日に互つて實證せられたる）態度に信賴し得なければならぬといふ原則を以て臨んで居る。かくして之れが結果として、信義誠實の趣旨の下に、一旦採られたる措置の不可變性といふことが生じた。併し乍ら若し突如として、かの警察法及之に類する幾多の法律に於ける一般條項たる『公共の幸福』（*Das allgemeine Wohl*）が其の間に出現したならば如何？ そのときには人々は、一議に及ばず『信義誠實』を無効ならしむる傾向を有する

であらう。併し乍ら、果してかかる傾向は、一箇の單なる、不確實なる感情以上の何物かに遡源するものであらうか？ 此の場合に、一方の一般條項は『私法的』であり、他方の一般條項は『公法的』であり、随つて前者よりも力強かるべき筈であるとする、無造作なる公式のみを以てしては、確かに十分でない。如何となれば、當年、かの増額評價の重大なる問題が、『公法的』なる本位貨幣法に對する信義誠實の勝利に依つて決定せられたことは姑く之を措くとしても、『信義誠實』は、それが私法的關係の埒内に留まる間は知らず、苟も公法的關係について引用せらるる限り、之と共に自ら一箇の『私法的』尺度より一轉して『公法的』尺度と爲らぬといふ證據は決して擧がつて居ないからである。即ち、多數の一般條項の相互間に於ける關係如何といふ、第三番目の理論的問題も亦、尙ほ未だ判断を下すに熟して居ないことが明かである。

以上の三問題よりも更に懸け離れて困難なるものは、抑も法律體系の孰れの地位に一般條項を編入すべきか？ といふ、最後の問題である。一般條項が——一般的現象として之を観るとき——前節に述べたるか如き境界踰越の可能性は全然之を措くとしても、必しも常に各自の郷土領域に永く纏綿して留まることを得ざることは言を俟たない。寧ろ彼等は、法を形式(Rechtsgestaltung)の爲めの一般的なる武器及手段として現はれて居る。既に述べたるが如く彼等には法制定の意思が内在する(前出八三頁)。随つて彼等は、裁判官若くは立法者に取つての單なる道案内以上のものであり、此の點に於いて『解釋』及、既に述べたる『綱領規定』と異なつて居る。併し乍ら更に次のことが考へられる。即

ち一般條項は亦、或る既存の思想の單なる發展、進化以上のものであり、之に依つて彼等は『類推』とも區別せられ、更に亦、メツガーの謂はゆる、刑法上の『規範的』構成要件要素(Normative Tatbestands-elemente)とも趣を異にして居る。彼等は寧ろ、斷えざる更新の裡に、かの生々として進化する法律に伴ひ、之に影響を及ぼさんことを欲するものである。是に於いて尙ほ未解決のまゝに残つて居る重要な問題は、此の場合に一般條項は果して、實體法の要素であるか、若くは裁判權の要素であるかといふことである。人々は時として一般條項を『白地規定』(Blanketvorschritt)と名づけて居る。それでも尙ほ白地と稱する場合に之に挿入せらるべき素材のことが考へらるるか、將た又、白地に記入する行爲其ものが考へらるるかに随つて、解決は依然として未了である。一見したところでは、後者、即ちそれは記入行爲其ものであるといふ考へ方がより多く人を首肯せしむるもの如くである。そこには、かの自由法運動に於いて、若くは刑法上の裁量の説明に於いてしかく屢々奏でられたる絃の韻が交つて居る。かかる場合には、動もすれば『成文法より裁判官及行刑官吏への一般的重點移動』(Allgemeine Schwerpunktverschiebung vom Gesetz auf den Richter und Vollzugsbeamten) (ドローストが刑法について述べたる言葉) 又は之に類することが謂はれる。然るに筆者の觀るところを以てすれば、反對に、實體的方面が絶對的に多くを占めて居る。あらゆる文化價值、國民及個々關與者のあらゆる經濟的利益は、一般條項に依つて法律全體への入口を見出だすべきである。何人が、其の案内の手續を引受くるかの問題は、第二位である。何故に、本來の裁判官と相並んで行刑

官吏も亦、否更に私人たる當事者すらも亦、法律の制定又は運用に關與することが不當であるのか？そこには秋毫も斯かる理由はない筈である。かくして一般條項は、取りも直さず一箇の、未だ何人に依つても手を染められざる立法 (Ein Stück offengebliebener Gesetzgebung) に外ならぬ。それは亦、前にも既に觸れられたる、極めて微妙なる問題、即ち、又『信義誠實』といひ、『苛醒條項』といひ、『比例を失する不利益』といひ、『期待可能』といひ、乃至『超法律的緊急状態』といふが如き一般條項を以て事に當る裁判官は果して尙ほ『法律を適用する』者たることを失はざるか、但しは又、寧ろ、一種の『調停』(Ausgleich)の形態に於いて一箇の新たな状態を設定する者にあらざるなきかの問題とも接觸を保つものである。かかる場合には、裁判官は謂ふまでも無く其の裁判官たる威嚴と相並んで、亦或は一個の立法者として、或は亦一個の形成力を有する行政官吏として現はれて居る。それは、此處に立法と司法と行政とか融合して一と爲ることを意味するであらう。蓋し亦、大なる歴史的事象の一たることを失はない。

(一七) 更に若し吾人が此の現在の觸目しつつある出來事、かかる一般條項の驚くべき堆積と勢力擴大との原因を尋ぬるならば、吾人は相互に關聯する三つの現象に逢着するであらう。

第一の原因は、吾人が方に其の累を蒙りつつある、素材の堪へ難き過剩である。これ亦疑も無く、數十年に互る一時代の歴史の明瞭なる一斷片に外ならない。何人か克く此の過剩に追隨し得るであらうか？ 最も精力絶倫なる立法者若くは其の他の法律を掌る者と雖も日暮れ途遠きを嘆じなければなら

ない。なるほど吾人は、法律製造機械の休息無き作業を熟知する、併し乍ら吾人は、それが徒爾であることを臆ろげながら感得する。司法省部内の事情に精通せる局長シュレーゲルベルガー (Schlegelberger) の、立法『合理化』(Rationalisierung der Gesetzgebung)の叫(同名著書第二版、一九二八年刊)は、今日に至るまで何等の反響も無しに消え去つた。熱病に冒さるる者の如く立法は、益々出で、益々糾紛錯綜を極むる現代事相の跡を追ひかけて居る。しかも到底之に追ひ着かない。そこに残るものは斷片である。併し乍らそれは前代未聞の豊富さに於いて残つて居る。司法の形相も全然同様である。試に大審院民事判決集の第一卷、第五十卷、第百卷、第百四十卷を並べ見よ——一箇の驚倒すべき比較がそこに展開せらるるであらう。第一卷は謂ふまでも無く、第五十卷も亦尙ほ依然として古典的民法と古典的訴訟との軌道の中にいと悠々として漫ろ歩いて居る。若し萬一にも例へば著作權法の如き、謂はゆる『隣接領域』よりの判決が其の間に挿入せられたならば、それだけに既に著しく目に立つた。然るに今は如何であるか？ 多趣多様を極めたる、紛糾錯雑せる、互に無關係なる法律素材の山である、加之、大審院の外に、他の『最高法廷』即ち、ライヒ經濟裁判所 (Das Reichswirtschaftsgericht。當初は戰時特別施設として一九一五年に創設せられ、後にヴェルサイユ平和と關聯して私人と官廳との間に生じたる各種の經濟的爭議の調停を目的とする恆久的審級となつたもの——譯者補)、カルテル裁判所 (Kartellgericht——經濟裁判所の特殊なる一部——譯者補)、ライヒ勞働裁判所 (Reichsarbeitsgericht——大審院の一部を成し、勞働爭議に於ける最高審級となるもの——譯者補)等の『最高法廷』の一例が儼然として控へて居る——純然たる斷片的仕事のみであること

は、正確に立法の場合と選ぶところが無い。斯かる四分五裂、斯かる細項瑣事への互解に對して、一般條項は、宛ら體系の救済者の如く、圓屋根の如く層々たる細片の上へ蔽ひかぶせられ得る包容的圓蓋の如き役目を買つて出て居るのである。

一般條項の『進軍』に對する第二の理由は第一の理由よりも深きところに根ざして居るものである。それは、内面的不安定 (Die innere Unhaltbarkeit) —— 内面に據所となるべきもの無き不安心さ——といふ公式を以て表現せられ得るものである。謂ふまでもなくこれは、現在の瞬間に於いて甚だ不愉快且つ嚴肅なる主題である。如何となればドイツ人は彼等に特有なる情熱を以て、恰も今、斯かる安住の據點を求むるに渾身の精力を傾けつつあり、且つ多くの人々、就中青年は、既に之を把握し得たりと信じて居るからである。併し乍ら、假に之を認むるとしても、とに角、過去に於いて——しかも大戦直後時代及大戦時代を遡つて更に遠く『内面的の聲』が缺けて居たといふ事實は依然として動かない。少くとも法律の領域内に於いてはさうであつた。此處でも亦、其の魅惑的なる音色を響かしたものは、例の如く一般條項であつた。彼等の殆んど凡てが、即ち、信義誠實も、善良なる風俗も、小さき罪人に對する同情も、ドイツ民族の保護も、一種の倫理的音色を帯びて居る。冷靜なる、研ぎ澄ましたる個々法則を以てしては、到底斯くの如き誘惑的印象を喚び起こすことは出来ない。此の印象が『内面的の聲』の回復に依つて尙ほ遙に壓倒せらるるであらうといふことは、必しも考へ得られざることではない。併しながら其の曉に果して此の不氣味にも進出したる一般條項が消え失せるで

あらうか？蓋然性の軍配は、寧ろ、謂はゆる『新しき精神』が一般條項を自家藥籠中のものとするであらうといふこと、即ち從來之を見たよりも一層甚しく一般條項を驅使するであらうといふ見方の方に揚がつて居る。

現存する歴史家に取つては、第三の理由、即ち疲勞困憊について語ることが最も困難である。此の理由も亦、假令最新の現在に對して如何に好意的なる判斷を興へ、將來について希望に滿つる觀察を敢てしやうとも、之を過去——略ぼ最後の一代、三十年の——より抹消することが出来ない。抑もかの素材の殺人的過剰と内面的不安定よりしては、力の徐々なる減退以外のものが生じ得よう筈は無かつたのである。その場合に復たしても安易なる一般條項が、快く『助』を假した、さうして一般條項の斯の任侠が彼等の爲めに日に——路を開き路を擴げた。此の事については尙ほ一般條項の『危険』の條下に於いて更めて述べらるるであらう。今茲では、單に此の現象を、何故に信義誠實、善良なる風俗、及その他の一般的條項が現在に至るまで駁々たる前進を續けたかの第三且つ最後の原因として舉示することを要するのみである。

(一八) 以上吾人が目眩したるところに據れば、さながら一般條項は、絶對に有害なるものなるかの如き觀を呈するかも知れない。併し乍ら斯かることは謂ひ得ない。如何となれば一般條項の本質は兩岐的であり、さうして後條に評價せらるべき危険も、單に此の本質の兩岐性の中に伏在するに過ぎざるが故である。そこで先づ第一に、此等の一般條項に依り司法(並に法律理論)の範圍内に於いて

偉大なる仕事成し遂げられたこと、且つ向後も常に反復して成し遂げられ得ることを確認しなければならぬ。即ち吾人は最初に、貸借対照表の資産の部、一般條項の幾多の業績を観察することとする。

彼等の法律的價值、一層一般的に觀て、彼等の精神力的價值は明かに、其の内面的效果範圍の限度が固定して居ないといふ點に存する。彼等は、可動性、『自由』、弛緩を供與する。吾人は——大學の自由に關するヨハン・ゴットフリート・フイヒテ (Johann Gottlieb Fichte) の有名なる言葉に倣つて——吾人の問題を、何物よりの弛緩なりや? (Lockering wovon?) の詮議とせず、何の爲めの弛緩なりや? (Lockering wozu?) の吟味とするを可とするであらう。まさしく之に依つて吾人は、何物が一般條項に依つて成し遂げられたか、且つ成し遂げられ得るかを取ることが出来る。何の爲めに人々は一般條項を使用したか、何の爲めに人々は一般條項を使用し得るか?

三、心の目的の爲めである。差し迫つた當面の個々葛藤を解決せんが爲め、全然新しき、永續を豫想する諸種の法系を建設せんが爲め、並に、司法を一段高き壇場へ全般的に引き揚げんが爲め、といふこと、是れである。

當面の個々葛藤の解決については、本書の第一部の各章よりして幾多の實例が、極めて容易に且つ陸續として現はれて来る。例へば或時は信義誠實其の他の尺度が、一旦極めて確定的に締結せられたる契約を修正し、時としては無効にする爲めに適用せられる。又或時は更に一步を進めて、例へばか

の理事者と爾餘の株主との間に於ける衝突の場合、若くは、カルテルと其の成員の一との間に於ける葛藤の場合に見るが如く、關係私人間に於ける經濟的財貨若くは經濟的權力の新規分配が之に依つて遂行せられる(『重大なる事由』に因る告知)。刑法に於いても亦同様であつて、此處では、贖罪の請求と事件の特別なる状態との間に於ける葛藤が、減輕情狀——一般的の寛容を求むる主張—*generalis exceptio leuitatis* (前出五七頁) を以て處理せられる。又、公法に於いても同様であつて、此處では、主として立法に従事する諸因子間に於ける政治的權力の分配が其の都度各種の國家法的な一般條項に依り、國家の裁判所 (Der Staatsgerichtshof) 又は之に類する機關に於いて規律せられ得る。——法律の中へ織り込まれたる一般條項は、凡て此等の無數の事態、並に其の他苟も其の現はるる到る處に於いて、かの『一般性』の有する弱點、即ち、豫め『具體的なるもの』を遺漏無く把握し得ないといふ弱點を、斯くの如くにして緩和して居る。かくて一般條項は『順應能力』『彈力性』の旗幟の下に、常に繰返して凱旋を祝賀する。既に現行民法の理由説明書が、一般的たらんことを欲する規範に免れざる斯の弱點を指摘した、曰く『如何なる法律も規則も或る債務の範圍と内容とを、あらゆる方向及從點とに依り精確に叙述することは到底之を望み得ない。或る給付義務の内容は、獨り具體の場合に於いてのみ完全に之を認識することを得る』(第二卷二六頁)。それ故に同理由説明書は、第一草案(一八八八年一月三十日付を以て、十一名の法律家より成る委員會の提出したるもの——譯者補) 中、債務者の給付義務は、『取引上の慣習』及『信義誠實』に従ひて之を定むべしとして居る箇所(同草案第三百五十九條)を

指示して居る。斯うした一般條項の順應能力よりしてこそ、爾來常に回想的觀察の場合のみならず、將來に對して向けらるる觀察の場合に於いても亦、全體としての法律、就中現行民法の生存能力が結論せられたのである。それ故に筆者自身も亦、此の偉大なる法典が四半生紀の齡に達したとき、信義誠實、善良なる風俗及其の他に類する公式を引用して、次の如く書いた。『若し吾人が或る法典を生あるものと觀するならば、爾來發現する幾多の新しい精神的觀念の壓力を受けて、其の法典の血液は、二十五年以前と全然異なりたる形に於いて循環する』(Deutsche Juristenzeitung、誌、一九二五年卷六欄)。又、現行民法の有名なる註釋家、オェールトマン(Oertmann)は、其の後六年、『立法者の將來の任務』(Gesetzgeberische Zukunftsangaben)と題する一の論文集に於いて、現行民法が恒久不滅の價值を有する所以は、一に第五百五十七條、第二百四十二條、第八百二十六條等の『首唱的』規定が、法律を其の都度新たに將來の中へ、しかも『種々なる必要と觀念との變遷に斷えず順應しつつ』『充填』することを可能ならしむるが爲めであると述べて居る(Deutsche Juristenzeitung、誌、一九三一年卷二、二六五欄)。

斯くの如く將來に向つて效力を延長すること、並に之に伴なふ耐久性が、やがて亦、一般條項に與へらるる第二の業績可能性の基礎とも爲るのである。一般條項は此の耐久性と、其の間に完了せられたる眞實實驗の可能性との御蔭に依り、全然新しい各種の法系を發生せしむることが出来る。此處に再び吾人の祖先の一般條項を回想せんが爲めの一點がある(前出二〇頁)。蓋し一般的惡意の抗辯よりし

て羅馬人及、後年に至つてバンテクテン學者達は、例へば、相殺、留置權乃至訴權讓渡の利益(Bene-
ficium calendarum actionum)——保證人が債權者に對して辨濟を爲したるときは、債務者に對する債權者の請求權は、此の保證人に移轉したる事實、若くは、一定の債務者が債權者に辨濟したる場合に、同一債務に基づく他の債務者に對して債權者が有したる訴權を讓渡することを請求する權利に對する羅馬法の表現——譯者補)の如く、今日吾人に取つて自明の事と爲つて居る種々なる法系を發展せしめたからである。更にかのプロイセン普通法の有名なる一般條項、即ち同法第十條第二項第十七號よりしても、ハテック(Hatzeck)が述べて居るが如く、建築警察、劇場警察、風紀警察等、幾多の『特別なる警察形式』が發展した(同氏著、ドイツ及プロイセン行政法教科書——Jahrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts——第五及六版、一九二七年刊、三三二條)この事は、吾人の一層新しい種々なる一般條項について、明かに猶ほ一層多く謂はれ得る。筆者は今茲に、國家法の代表者達の繩張に立ち入つて、如何に多くの新しい法律現象、純然たる法系が、ライヒ憲法第四十八條(『公ノ安寧及秩序』——譯者補)及之より抽出せられたる諸種の一般條項(例へば、『民族ノ保護』——Schutz des Volkes——等)よりして成長したかの證據を列擧することを欲しない。又刑法についても同様に、『超法律的緊急狀態』なる言葉を創造したことを想起して、極めて簡單に之を一言するに止める(五八頁)。如何となれば吾人の當面の問題に取つては、民法の種々なる一般條項の奇蹟を明示するのみにて事足るが故である。其の特異性と效果範圍の廣さとに於いて忘れ難き極めて著大なる例は、吾が民族同胞の幾百萬人

に取つてまさしく彼等の生活に於ける決定的要素と爲り、且つ、法律的にも無数の註釋、判決集及カード索引を生ぜしめたる、かの増額評價 (Aufwertung) の法系である。何物にそれは立脚したか？ 『缺けて居る客觀的基礎は、信義誠實の原則 (民法第五百七條、第二百四十二條) に依つて創造せられる』ことを、吾がドイツの最高法廷が、極めて簡潔に有無を謂はさず確認して居る (大審院判決集 第二卷二七四頁所載、一九二二年六月七日判決。尙ほ既述二〇頁及、拙著『大審院と經濟法』— Reichsgericht und Wirtschaftsrecht— 三二六頁參照)。併し乍ら此の眞に巨大なる例は決して孤立して居ない。今茲に擧げられたる民法の二つの一般條項は、漸次生長して斷えず種々なる新しき法律現象を産み出だし、此等の現象は、次第に民法理論の金城鐵壁と爲つて復た抜くべからざるに至るのである。例へば今日では最早や缺くべからざるものとなつた、契約締結に際しての過失 (Culpa in contrahendo— 契約することの過失、例へば契約の目的が當初より不可能事であつたか、若くは法律の禁ずるものであつた場合に或る他人と契約したる事實其ものに依りて爲されたる過失の意— 譯者補) の思想の如き、是れであつて、當初は最大なる疑懼を以て取扱はれたるに拘はらず今では完全に土着して仕舞つた。『此の思想は要するに民法第二百四十二條の一般的法律思想の一派生物である』ことは、幾多の大なる註釋の一 (シュタウディング) が、一般に承認せられたる見解に從つて斷言したるが如くである。若くは、特に奇異にして且つ遠大なるものは、權利喪失 (Verwirkung) の法系である。これも亦以前には全然知られなかつたものであるに拘はらず、今では消滅時効及取得時効と肩を並べて堂々たる征服の軍を進めつつあり、幾多の少壯學者に依つて屢々單行本

として取扱はれて居る (一九三三年、エルトマン— Erthmann— イーナ學位論文參照)。吾人が此の法系を遠大と呼びたるは、それが民法の諸區域に停滯せずして、更に— 是れ亦、斯くの如き一般條項の驚くべき蔓延の一例である— 公法の國土にも足を踏み入れて居るからである。さうして此の場合にも、例の如く『信義誠實』といふ語の羽搏きに依つて其處へ運ばれたのである (Rechtserwaltungs-Blatt 誌、一九三〇年卷、二七五頁所載、司法官試補キッヘンホフ— Kichenhoff— 論文參照)。尙ほ近來、『信義誠實』より生れたる其他無数の公法上の『法律現象』を研究せんと欲する者は、既に述べたるハイデルベルク大學イエリネック教授の論文 (前出二二頁) の末尾に、多くの示唆を見出だすであらう。

たしかに斯かる創造的業績は、其自體として既に、關係者、即ち法律界をして滿腹の得意を懐かしむるに足るものである。併し乍ら吾等の一般條項の業績能力の觀察は、此處よりして更に一段の高所に通ずる。蓋し一般條項は概して其の使用宜しきを得る場合には、法律家の所作を一段と高さ壇場に引き揚ぐるに適するが故である。此の場合に於ける間隔は謂ふまでも無く頗る大きい。それは單なる裝飾の域よりして最高なる倫理的辯定の境にまで達して居る。— 『信義誠實』を以て既に定まりたる、十分に有效なる裁判を『裝飾すること』は、殆んど既に現代の法律家の遊戯と爲つて居る。既定且つ遺憾無く理由付けられたる判決の後、尙ほ最後に『信義誠實』若くは亦、『善良なる風俗』が一種の冠の如く之に加へられたる裁判は枚擧に違がない。例へば『積極的契約違背』(Die positiven Vertragsverletzungen) が、既に多年の間、一般的に承認せられて何人も之を怪しむ者無きに至つた後

——但し最近に至り、チュービンゲンのハインリヒ・シキトフ (Heinrich Stoll) は、之に對して死亡宣告を下すことを得ると斷言して居る (Archiv für die civilistische Praxis) 誌、新編第十六卷二五七頁以下所載)——尙ほ追ひ掛けて大審院の幾多の判決の中に、漫然と信義誠實の箝縁を以て飾られたるが如き、是れである。更に刑法に於いても亦、吾人は斯種の箝縁、一般條項より借用し來れる渦巻模様の上置は、種々多なる判決に於いて應接に遑無きを感じず。勿論、斯かる平板化の蔭に伏在する危険が稻妻の如く浮び出る——併し乍ら此の危険は、一般條項の適用の趣旨が單なる渦巻模様裝飾以上に在る場合には消失するが如く見える。即ち適當なる一般條項の使用を以て、謂はゆる字句法律學 (Buchstabenjurisprudenz) に對抗せらるる場合に、既に此の危険が消失することは、現行民法起草委員會議事録 (Protokollen) に於いても既に時として言及せられて居る (議事録第二卷三三九頁)。更に裁判官が彼の面前に現はるる當事者の緊張關係に於いて、弱者の側に立たんが爲めに、一般條項を利用する場合には尙ほ一層容易に此の危険が消失する。ミュラーアイゼルト (Müller-Eiselt) は、警拔なる一論文に於いて、殆んど『景氣變動の如く』債權者最負と債務者最負とが、一般的民衆心理の中に交替往來することを指示して居る。かかる状態の間在つては、『當面の瞬間に於ける主たる基本體勢 (Die gerade herrschende Grundhaltung) に依りて不利益の地位に立つことを餘儀無くせらるる側の當事者に、何等かの一般條項に依つて援助を興ふることは、實際に於いて裁判官——提供せらるべき給付を決定しなければならぬ——の任務と爲ると稱するも過言ではない。かかる場合には一般條項が更に一步を進めて

一箇の法系全體の支柱的、理由とすら爲り得ることは、先に増額評價の問題を論じた際に吾人の確認したるが如くである。一般條項の土壤の上に成長した此の創造物こそ、紛れも無く、倫理的、感情 (Ethischer Pathos) に依つて灼熱せられたものであつた。大審院は此の場合に決然として自己を最高貨財の保護者、殆んど既に超法律的の境地に在る『正義』の番人と感じた。斯くの如き高雅なる感想は、謂ふまでも無く亦、かほどに重大ならざる價值評價の場合にも、或る程度に於いては日常の瑣事に於いてもあり得る。かくして一般條項は、裁判官の威容の一箇貴重なる屬性となることを得るであらう。之に對する憧憬は明かに吾人の時代を貫流して居る。ベルリンの法律學者エルンスト・ハイマン (Ernst Heymann) が法律哲學の今日の状態に關する一觀察を結ぶに次の言を以てしたることは、寔に肯綮に中つて居る。曰く『或る淨化せられたる理論への隠れたる衝動は、吾人の實際裁判に於いて信義誠實と善良なる風俗とが、驚くばかり過度に強調せられて居ることの裡に現はれて居る。法及正義の哲學的なる、一層深き認識を求むる、一箇の無意識なる、しかも痛切なる叫である』 (Schmitt-Ott 祝賀記念論文集——Festschrift für Schmitt-Ott——所載)。

(一九) 併し乍ら次に、冷酷なる、殆んど残酷とも稱すべきほどの明瞭さを以て、此の『両面性ある』一般條項の他の一面が、歴史的觀察の領域より其の食物を興へられつつ、押し寄せて來る。即ち一般條項の危険性、是れである。それは、柔弱化 (Verweichlichung)、不安固 (Unstabilität) 及、恣意 (Willkür) の三語を以て悉くさるるものである。

柔弱化は、第一次的に、思想に於ける柔弱化である。尙ほ第二の、一層悪性なる柔弱化については、後來更に言及するであらう。思想柔弱化といふことに依つて何物が意味せらるるかは、法律學生の研究材料に於いて最も明瞭に現はれる。吾人教授達は這間の消息を熟知して居る。年を逐うて『信義誠實』『第十條第二項第十七號』(ラロイセンの普通法第十條第二項第十七號を指す。同號は平穩、安寧、秩序等の一般條項を含むものである。——譯者補) に依る安易簡便なる概念が擡頭して居る。徹底的解釋の困難なる勞作は益々多く回避敬遠せられる。單一法條は冷酷にして殺風景であり、多數の單一法條の結合と對照とは、尙ほ一層困難であり、時間がかかる。之に比較すれば、或る事件を『解決』するに信義誠實、乃至、善良なる風俗を以てすることの如何に容易なるかは言を俟たずして明かである。吾人は、一般條項の増加に寄與したるあらゆるそれ等の原因(前出二五六頁)、即ち素材の驚くべき過剩と四分五裂、之よりして生ずる一般的疲勞困憊を後進の青年の爲めにも亦、辯解の理由として承認し、彼等にも亦、寛容の抗辯を許與するに吝かならざる者である。併し乍ら、此處に一箇の憂慮すべき柔弱化過程が進行しつつあるといふ、客觀的現象は、之を沈黙に附することを得不い。

此處よりして吾人は、一躍して立法者に到達する。此處でも亦同一の光景が現はれて居る。獲物を追ふが如き急ぎ足を以て立法者は彼れの幾多の法律、幾多の緊急命令、幾多の施行規則(Ausführungsgesetz)を製造した。彼は個々構成要件を、或るものは極めて丹念緻密に、或るものは既に稍々拙速に拵へ上げた、さうして結局——彼自身の仕事に對する不信に襲はれて——一般條項に落着いた。此の過程を特に明瞭ならしめんと欲するならば、人は次の如く謂はなければならぬ。曰く、取扱はるべき素材を遺憾無く徹底的に思考すべき時間も力も興味も缺けて居た。立法者の思考は當初よりして既に挫折した。彼は一般條項への逃避を開始した。

併し乍ら最も危険なるものは、此の柔弱化現象が裁判官の行動の領域に侵入することである。此處でも亦、輕減の事由、責任解除の事由は十分に存在する。裁判官の團體に屬する孰れかの一個人に對しては、毛頭批難を向くべき謂はれない。併し乍ら若し此處でも亦、現に明かに認め得るが如く、簡單なる一般條項に誘惑せられて過度に之に逃避するならば、司法の全體が其の累を被らなければならぬ。此の危険は一箇の想像的の例に依つて即座に明證せられる。即ち、競合する過失(Contra concurrentes = mitwirkendes Verschulden)、是れである。此の場合に立法者は、分配の權利を裁判官に許容した(民法第二百五十四條)。併し、何人が過失者であつたか、明瞭ならざる場合、過失者の究明が種々なる困難を興ふる場合は如何? 是以上の穿鑿は無益だ——折半しよう! といふことになる。一步を轉じて、刑法に於いても亦同様である。此の場合の問題は、犯罪につきて有罪か若くは無罪か(Schuldig oder unschuldig?)といふことである。吾人は之を知らない、そこで吾人は仲介的なる『減輕情狀』を採用する。——此の例は想像的であると謂ふかも知れない。事實上それは今日尙ほ、一箇の正體無き幽靈の如く作用して居る。併し乍ら、一旦辿られた、現在では尙ほ光に照らされて居る途が、いつとはなしに次第に斯くの如き幽暗の境に通ひ下らないとは、何人が保證するか? 重荷を負

ふ者、疲れたる者は憩を求め——さうして徐々と滑り行く間に益々多く一般條項の憩ひの枕に絶るであらう。

(110) 之よりして不安固 (Unsicherheit)、内面的及外面的の不安固、總括して、全法律生活の不安固が生ずる。蓋し、抑も『善良なる風俗』といひ、『信義誠實』といひ、『公の安寧及秩序』といひ、『超法律的緊急状態』といひ、『苛酷』乃至『寛容』といふのは何物であらうか？ 現行民法が造られた當時は、人々は尙ほ、數箇の一般條項には數箇の『原則』が存在するか、それとも又、此等の一般條項の凡てを總括する唯だ一個の統一的原則が存在するか否かについて、殆んど哲學的に論争するだけの閑暇を有つて居た。今日に至つても尙ほ吾人は、往々にして幾多の一般條項につき彼等の安固の程度如何の比較を見受けることが出来る、さうして例へば『善良なる風俗の方が、信義誠實といふ軟弱なる公式よりも遙に確乎たるものである』といふが如き言句を讀むことがある。若くは吾人は、非法律家と法律家とは斯くの如き公式、就中信義誠實を、全然相異なる意味に於いて使用したといふが如き、二三の學者の驚くべき斷言に逢着する。若くは、『善良なる風俗』『期待可能性』等の公式にして『凡て此等の説明は、かの「貧困は多くの場合に於いて缺乏に由來する」といふが如き説明と共に之を同一段階に置くことを妨げないであらう！ 斯かる説明は、畢竟一步も前進しないものである』(ドーナ伯——Graf Dolna——一九二七年)といふ、赤裸々なる懷疑主義が讀者の前に現はるることもある。しかも斯くの如きものの上に無數の判決を築き、斯くの如きものの上に一箇の廣大なる法

律世界を支へんとするのであらうか？ 其處に安固性のあり得る筈はない。

現行民法の編纂に従事したる人々と雖も亦、たしかに、全然斯くの如き一般條項の必要を認めなかつたといふ譯ではないが、併し彼等は常に慄然として、他の箇所に於いて不安固に沈淪することの危険を警めた。『一般的惡意の抗辯の認容に依り、確乎たる法律規範に代ふるに裁判官の主觀的感情を以てし、法律と道徳との境界が抹消せらるるの憂無しとしない』云々(民法起草委員會議事録第一卷二三九頁末尾) とあるが如き、其の一例である。併し乍ら斯かる警めは、民法の施行に次いで生じた嬉々たる行往坐臥の裡に、忽ち忘れられた(前出二二頁)。此の間に在つて唯だ一人、少壯氣鋭なる學者、ルドルフ・ヘンレ (Rudolf Henle) が、數年の後(一九一二年)猛然として其の聲を揚げた。彼が『自由法禮讚』を一箇の『法律的頹廢現象』(Juristische Dekadenzerscheinung) と呼び、自由法禮讚を痛撃すると共に、就中、信義誠實——法律學と一般的惡意の抗辯との兩つの『流行病』を痛撃したのは當時に在つて甚だ異とするに足るものであつた。併し乍ら、爾來一般條項の斷えざる進出と蔓延とを経て、今日では斯くの如き聲が此處彼處に再び明瞭に激發して居る。例へば、『それは、あらゆる境界の完全なる抹殺である。法律は最早や裁判所の裁判の爲めの規範たることを失つて居る。人々は、客觀的尺度に代ふるに主觀的感覚を以てすることに安住して、其以上に進むことを要しない』云々(聯邦勞働裁判所の一判決に關する、ハーゲンブルク＝ミンゲ——Hachenburg-Bing——論文、Deutsche Juristenzeitung、誌、一九三二年卷二七六欄所載)とあるが如き、是れである。

これが爲めに累を蒙る者は、能動的關係者と受動的關係者とを問はず、司法官と一般公衆とを分たない。裁判官は、若し彼が眞面目に自己を検討するならば、斯くの如く動搖する尺度を以て行動することの不氣味に増加するを見て、必然的に衷心の不安を感ずるに違無い。特に彼に對して、動もすれば最高法廷よりして、善良なる風俗は一箇の變動し得る價值 (Wandelbare Größe) であるといふ警告が與へらるるに於いては一層然らざるを得ないであらう。(大審院、一九二八年十月二十六日付判決、Juristische Wochenschrift、一九二九年卷二四九頁所載。『何物カ善良ナル風俗ニ反スルカニ關スル觀念モ亦、決シテ恆久不變ニアラス、又然ルコトヲ得ス、寧ロ一民族ノ道徳的、精神的並ニ經濟的生活ト凡テノ必要トノ流ノ中ニ且ツ之ト共ニ交替變動シ得ルコトハ……固ヨリ之ヲ看過スルコトヲ容サス』云々)。蓋し前に述べたるかの『順應能力』(Anpassungsfähigkeit) の苦々しき反面である。それ故に凡ての良心的なる裁判官は、假令彼が十二分にメツッガー (Mezger) の謂はゆる『評價を爲す勇氣』(Mut zum Urteilen) を有する場合に於いてすら——例へば上告可能性等の尺度を以て測るときは——『信義誠實』『善良なる風俗』又は類似のものに依つて築かれたる土臺が益益動搖を來たしたことを告白して居る。それよりも更に明瞭なるものは、辯護士の側より出づる嘆聲である。即ち、若し一方の當事者又は双方の當事者が交互に『信義誠實』とか、『苟も公平且つ正當に思考する萬人の合宜感』とかいふものに依りて裁判官を或る信念に強制することを得るならば、若くは裁判官が自發的に此等の『援助的』公式に頼るならば、何人か克く訴訟の勝敗を豫想し斷言することが出来るか? といふ嘆聲である。最後に一般公衆、依頼者、訴訟者、諸種の經濟的階層、さうして彼等の背後に在る全人民が、一般條項に依つて支持せらるると謂はざるまでも、少くとも之に依つ

て蔽はるる不安固性の累を蒙ること、日を逐うて益々滋からんとして居る。例へば、ドイツ全國商業使用人組合 (Der Deutsche nationale Handlungsgehilfenverband) が其の一九三一年度會計報告書中に、『單なる衡平の理由の過度の斟酌は、柔弱と法の不安固とを誘致する』と斷言したるが如き、之を示すものである。更に亦吾人は、一の裁判所が他の裁判所に對し、若くは裁判所の或る種類が他の種類に對し競争しつつあることは、既に往々にして見受けることが出来る。例へば某辯護士が昨年作成したるパンフレットの中に記した、『通常の民事裁判所が、上級行政裁判所に比して信義誠實の適用に對するより多くの理解を示すことは、いづれにしても之を推定することを得る』といふ文句の如き、是れである。

現在の状態を斯くの如く商量觀察して行く間に、吾人は以上の外に尙ほ、言葉の用法に於ける注目すべき轉回に逢着する。最近屢々見受くるが如く、經濟界の諸圈よりして『信義誠實の再確立』が要求せられ、其の消失が痛切に嘆息せらるる場合には、それは『一般條項』の讚美の意味ではなく、寧ろ反對に、其の排撃が意味せられて居るのである。勿論此の場合に於いては、必しも全然、同一尺度を以て比較計量せられ得る大きさが問題となつて居るのではない。經濟界の斯かる所言に於いて考へられて居るものは、就中最近の緊急立法よりして發生した、契約への忠實 (Vertrauenshaftung) の甚だしき動搖である。然るに締結せられたる契約をとかく『弛緩せしめ』若くは『無効たらしめ』るのは、決して一般條項の所爲のみによるのではなからう。一般條項は往々にして單に、立法者が或は極めて明瞭

に、或はさまで明瞭にはないといふ差こそあれ、締結せられたる契約に對する斯かる『矯正』の際に之を使用すべきことを裁判官に命ずる道具に過ぎないのである。併し乍らやがて此の道具が使用せらるる限りに於いて、斯くの如き經濟界の所言の裡に喚び出だされたる『信義誠實』は、謂ふまでも無く直下に『一般條項』と衝突する。さうして裁判官が假に個々の場合に於いて契約の弛緩若くは無効を、明示的に信義誠實の極印の下に實行したといふが如き場合には、吾人は、信義誠實——即ち之に基いて裁判所の行つた契約の無効——に對し之を不當なりとして、信義誠實——契約を忠實に守るべきことへの復歸——に慫ふるといふ、世にも奇怪なるバラドックスに到達する。さうしてそれは、單なる一箇の言語の遊戯以上のものである。一九三二年の春に開催せられた、さる大なる工業組合の會議は、明瞭に『信義誠實の擁護』といふ旗標を押し立てたものであつたが、其の席上に來賓として臨んだ、ドイツ辯護士會 (Der Deutsche Anwaltsverein) 會長は、其の見聞したるものの印象を次の言葉に依つて要約した。『法律と法とに依つて危くせらるる信義誠實！ 凡そ一國民が陥ることを得る最も残酷にして最も狂氣じみたる概念歪曲である』云々。洵に斯かる要約に於いて法律、生活の不安固が頂點に現はれて居る。

(一一) 不安固よりして路は恣意に通ずる。但し吾人が特に力説したるが如く、それが長い路であることは謂ふまでも無い。最初の一段階は、一般條項の實體的内容が、終始同一なるものではないといふことを特徴として居る。そこでは倫理的内容が主重となつて居る。併し乍ら吾人は幾多の箇所に

於いて、經濟的方面への移動を目撃した(四七頁、及、一三二頁)。さうして更に他の關係に於いては、政治的公式が之に附け加はつて來ることも前述の如くである(二三三頁参照)。若し此等の三つの世界、即ち倫理と經濟と政治との三者が一般條項の本質の範圍内に在つて明瞭に區別せられて居るならば、其の複雑性も尙ほ比較的容易に之を忍ぶことが出來るであらう。併し乍ら吾人の擧げたる諸種の例も、吾人の經驗も、三者の錯雜紛糾を示して居る。既に此處で、倫理的尺度を以て測るべきか、經濟的尺度を以て測るべきか、將た又、政治的尺度を以て測るべきかを、恣意的に決定すること (Willkürliche Entscheidung) が必然的であるかも知れない、必然的ならざるまでも少くとも誘惑的であるかも知れない(尙ほ數多の一般條項の衝突に關する一五〇頁の敘述参照)。それと同時に明かになることは、如何に夥しき權力 (Macht) が此處に蓄積せられて居るかといふことである。さうしてそれが別箇の一危険、即ち虛榮と獨善との危険を生ぜしめる。柔弱なる性質の者に取つては、條項の奴隸ではなしに道德の審判者であり、信義誠實の唱導者であるといふこと、若くは更に之を政治的なるものに移して、國家思想の宣傳者一箇の世界觀の干城であるといふこと、若くは一切を引括めて、正義の最高なる代表者であるといふことは、まさしく誘惑的なる韻を有するに違無い！ 吾人は既に、即ち之に對する憧憬が存することと述べた(前出九九頁)。併し乍ら光明の一面は紙一重を隔てて暗黒の一面と相境ひする。困憊は動もすれば直に雄大なる公式の蔭に、柔弱は似而非倫理の蔭に、安易は『信念』の蔭に隠れる。しかし乍らやがて再び、他の一面が現はれる。さうしてこれまで自ら之を有すると想像して居た、若くは他

人に對して偽り示されてすら居た正義に代つて、恣意が生ずる。

幾多の一般條項より發生したるが如き——かく廣汎なる效果範圍を有する矛盾葛藤を解決することとは、裁判官の任務であり得ないと主張する所が、現在では決して少くない。時としては、民法の範圍に對してすら斯種の疑念が表現せられて居る。併し乍ら斯かる異論を生ぜしめたるものは、就中、最近に於ける公法上の種々なる緊張状態であり、さうして其の際に人々の眼中に在つたものは、共和國憲法第四十八條、及、國事裁判所である。若し斯くの如くにして裁判官が排除せらるるならば、一般條項といふ存在は、國家權力の究極の保有者の許に歸來して、其の命を仰がなければならぬ。そのとき、國家權力の保有者は何を爲すか？ 問題が司法の埒外に逸出することは直下に看取し得るが如くである。そのときには、多くの人の思考は、政治 (Politik) といふ言葉に逢着して停頓する。彼等は、政治といふことが、此の點に至るまでは一箇の空虚なる言葉として止まつて居ること、並に、吾人が此處でも亦、(前出九二頁参照。即ち、一般條項に依つて與へらる、弛緩についてそれが何物よりの弛緩なりやを問はず、何の爲めの弛緩なりやを検討するを可としたるが如く——譯者補) 直下に、何の爲めの政治なりや？ といふ風に問題を設定しなければならぬことを覺らない。『國家の幸福』『公共の幸福』『民族の保護』といふが如く、明瞭に國家の側に向つて強調せられて居る諸公式も亦、問題の斯かる轉換に超然として没交渉ではあり得ない。若し然らずして、國家の幸福等につき、それが何の爲めであるか、不問に附せらるるならば、吾人はまさしく、明白なる恣意の境に立つ者である。

吾人の考察は、『政治』の全般を究明せんと欲するものではなく、何處までも一般條項の章に限定せらるるものであるといふことを、今此處に強調するを可とするであらう。斯の留保の下に吾人は、稍々具體的なる疑問を提出して、此の問題に迫らんと欲する。即ち、その疑問とは、若し一國內に於いて人民體 (Volksgörper) が兩半身に分裂して、甲と乙との階級、等族、宗教、世界觀を生じ、さうして其の一方の半身が、吾々こそ善良なる風俗の守護者であり、汝等他人は全然與り知らない、といふ命題を樹てたならば如何？ といふことである。此の問題は明瞭に之を把握することを要する。

今日のソヴィエト・ロシアは、歴史的に重大意義ある一例を擧示して居る。此の國に在りては、謂はゆる『ソヴィエト組織』に包擁せられて居る凡ての力の道徳、法律感情、世界觀が、意識的に法律の全體に對して決定的なるものとして押し立てられて居り、さうして此の基礎思想が到る處に一般條項の形式に於いて表現せられて居る。例へば一九二二年の民法々典の冒頭には、『人民ノ權利ハ其ノ社會經濟上ノ用法ニ反シテ之ヲ實行スル場合ノ外法律ノ保護ヲ享有ス』といふ條文が掲げられて居り、其の直後(第四條)には、『ソヴィエト共和國聯邦ハ國ノ生産力ヲ發展セシメンカ爲メ人民ノ權利能力ヲ供興ス』といふ文言が見受けられるのである。此の兩條の言はんと欲するところは、苟もソヴィエト組織と相容れざるものは、法律の保護の埒外に在るといふことである。即ち、何物が『生産的組織』乃至『社會經濟的組織』に適合し、何物が然らざるかを決定し、之に關する處分を爲し得る者が、一に此のソヴィエト國家自身であることは言を俟たずして明かである。さうして其の場合に裁判

官がソヴェエト國家の命を維れ奉じて犬馬の勞に服しなければならぬことは、民事訴訟法の一箇條(第四條)が之を示して居る。曰く『或ル事件ノ裁決ニ資スヘキ法律又ハ命令アラサルトキハ裁判所ハソヴェエト立法並ニ勞農政府ノ一般政策ノ原則ニ從ヒテ此ノ事件ヲ裁決ス』。是亦、驚くべき效果範圍を有する一箇の一般條項であり、徹頭徹尾一方の半身、支配的地位に在る半身の世界觀的見解に指向するところのものである。最後に、尙ほ一層深刻なるものは、一九二六年の刑法の二つの一般條項、即ち第六條に於ける『ソヴェエト組織ニ背致シ又ハ勞農政體カ共產主義ノ法律秩序ニ至ル過渡ノ時代ニ對シテ樹立セル法律秩序ヲ侵害スル一切ノ行爲又ハ不作爲ハ之ヲ公共ニ危險ナルモノト看做ス』といふ罰則的一般條項、又、第十三條に於ける『刑法ニ規定スル行爲ヲ爲シタル者ニ付キ裁判所カソヴェエト政體ニ對スル攻撃ヲ防止センカ爲メノ正當防衛ノ狀態ニ於テ……之ヲ爲シタル者ナルコトヲ確認シタルトキハ凡テノ社會防衛ノ措置ハ之ヲ當該行爲者ニ適用セス』といふ免責的一般條項、是れである。(前出二〇四頁、國家の正當防衛に關する敘述參照)。斯かる組織の全部が、階級抗爭の觀念に依つて保持せらるるものである、其の自明の結果が、單に一方の(支配的地位に在る)階級のみが、此等の一般條項の實體的内容に關する判斷を下すものであることは一目瞭然である。これ實に人民全體——法律秩序の理念より到底之を無視し去ることの出来ない人民全體——を尺度として計量すれば、赤裸々なる恣意に外ならない。

(三二) 併し乍ら一般條項の政治的取扱は、必しも法律秩序の破局を誘致するとは限らない。其の

解決を筆者は次の如き方法の中に看取する。即ち、權力の其の都度の保有者は、法律秩序の中、眞に國家に必要なる諸般の問題と其の他の部分との差別を明確に看取しなければならないであらう。さうして若し彼が獨り第一の方向に於てのみ、換言すれば、眞に國家に必要な問題についてのみ、一般條項の最後の解釋、隨つて亦其の使用(若くは不使用)を彼の恣意に服従せしむるならば、それは決して忍び得ないものではなく、特に物情不安の時代に在つては、恐らくは寧ろ歡迎すべきものであらざらざるを得ない。併し乍ら若し權力保有者が此の方法に於て一步を進め、特に民法の中、竝に刑法の非政治的部分の中にまで其の手を延ばすならば、隨つて此處でも亦、可動性因子が權力因子と融合して一體となるならば、(前出一三八頁參照)、そのときこそ、ビザンツ興りて衰頽を示すの秋である。

此の語の深長なる意味を筆者は窃に意識して居る。それは最大なる警告を意味するものでなければならぬ。多くの文化國家が、法律的一般條項の——それ自體としては恐らく極めて微少なる——兆候を示すだけにても、既に或る危機の裡に在るといふことは明白である。あらゆる國民に在つて、一般條項は、上來ドイツ國について證明せられたるが如く、著々として進出しつつある(このことは、幾多の研究が筆者に示して居る)。併し乍ら其の間自ら差異がある。或る國民は他の國民よりも一層多く斯くの如き愉快に響く公式の双手の中に飛び込まんとする傾向を有し、或る國民は他に比して一層多く一般條項より何物かを作り出して、其の危険を避くる能力を有する。孰れにもせよ、各國民は、自己の國民的特質の基礎の上に、此の——數十年に互る——現象と自己との關係を闡明しなければな

らなう！

このことは、吾人が本書の劈頭を飾つた羅馬の古語、『衡平と善との術』(Ars agni et boni)を反覆することを妨げない。此の語の意味について論争した者は、ドイツの學者であつた。『法律の理想は此處に美しく描き出だされて居る』。ヴィントシャイト(Windscheid)は斯く教へた。『併し乍ら、術(ars)は理想ではなし。それは理想實現の技術(Kunst der Verwirklichung des Ideals)である』と、デルンブルク(Dernburg)はヴィントシャイトを反駁した。筆者はデルンブルクと見るところを同する者である。

實現の技術——それは先に吾人が一般條項の可動性、『順應能力』、竝に其の業績能力について述べたるところと精密に合致するものである。併し乍ら直下に次の疑問が擡頭する。果して何人が斯かる實現の衝に當るべき職分を有する者であらうか？ 此の疑問に對して愈々最後の決定を下すべき場合に立到つて、もう一度吾人の眼に映ずる者は、裁判官の姿である。假令一般條項は、實體法の一部を成すものであつて、手續の法律に屬せざるものであるとは謂へ(前出一五三頁前出)、それが福祉を下すか、將た又、災禍を齎らすかの偉大なる歴史的問題は、究極に於て各個の國民の司直に繫つて存する。國家權力の保有者は、必要なる場合には、謂はゆる『國家の緊急』の一般條項の運用を其の手に握ることを妨げない。併し乍ら若し彼が其の身を踏み越えて、秩序立ちたる訴訟の確實なる基礎を蹂躪するならば、特に若し彼が裁判官の獨立の原則を破壊するならば、彼の面前に歴史的過去の暗影が立ち塞

がるであらう。即ち先に擧げたる學者の道破したるが如く、『羅馬の訴訟の制限が切り崩されたと云ふ、衡平(aequitas)や、善意(bona fides)や、乃至、善及衡平(bonum et aequum)が、殆んど無差別に縱横無盡に使用せられたとき、『善と衡平とに依り』(ex bono et aequo)と云ふことが、ビザンツ人の新しき衡平に餘地と理由とを興へんが爲めの手段となつた』ことは、此の場合にも亦、正確に適用せられる。

此の『ビザンツ人の新しき衡平』が、單に思考力の衰退のみならず、かの衡平、人情、寛容等の絢爛たる衣裳を著けて徘徊する、遙に危険なる種類の柔弱化を伴生せしめたることは、吾人の既に知悉するところである(前出八頁、及、五一頁参照)。若し裁判官が此等の概念の暗黒面に墮したるならば、彼は復た『審く者』ではない。彼の適用するところのものは、最早『法』ではなく、不確實なる尺度に依る寛容と苛酷との感傷的なる分配に過ぎない。

吾人が今日、尙ほ斯かる事態を距ること遠きは疑を容れない。併し乍ら法の適用の堅牢なる接目に著手の龜裂が生じて居るとしては、吾人が、今日の法律の國土を行脚する間に、既に幾多の箇所にて觸目したところである。吾人も亦既に——例へば執行法の説明の場合に於けるが如く(前出四九頁)——此處で『裁判官』の爲しつあることは、果して尙ほ法の適用と稱し得るものなりや？ といふ問題に直面しなければならなかつた。就中、今、吾人が來し方の途を回顧するに當つて、あらゆる重さを以て吾人を壓するものは、期待可能(Das Zumutbare)の現象である。到る處吾人は此の現象に

遭遇した。雇主と企業委員會との間に於ける調停の場合（前出二九頁）、増額評價の爲めになされたる多大なる労力の場合（前出二二頁）、最新訴訟法の一應の證據の場合（前出七九頁）、執行法の弛緩の場合（前出五一頁）、續いて就中喫驚すべきものとして、刑法（前出五六頁）及税法の苛酷手續（前出一一〇頁）に於ける新しき緊急状態公式の場合、悉く是れならざるはない。甚だしきは、労働協約（前出三〇頁）を論じたる際の如き、吾人は、例へば國家に於ける各種の立法的因子の交互作用も亦、之を期待可能性若くは期待不可能性の特徴に繋らしむべきか否かといふ、修辭的問題にすら直面することを餘儀無くせられたのである。此等の凡てが尙ほ依然として法の適用であらうか？

決定は裁判官の掌中に在る。彼等は之を肯定することが出来る。併し乍ら之を肯定せんが爲めには二重の用意を必要とする。第一に裁判官は、敢然として此の不氣味に進出する一般條項の正體を見究めなければならぬ。次に彼は、一般條項の使用に於ける極度の節約を自己の義務としなければならぬ。獨りかくしてのみ彼は、彼自身の、随つて亦彼れの國民の司法の顛落を防止すべき足場を確保することが出来る。今や青年ドイツは、元氣好く未來に向つて行進を開始した。歴史の警告圖が彼の前に掲げられて居る。此の圖を前にして彼は克く爲すところあるの實を示さなければならぬであらう。

(完)

「一般條項への逃避」に對する批評

其一 ハー・クレラーによる批評

國民的昂揚 (Die nationale Erhebung) — 國民社會主義ドイツ労働黨、即ちナチスが、其の革命及政權掌握に冠する矜持的稱呼 — 譯者補) の勝利と共に、吾人の法律發展に取りても亦到來したる意氣深き轉換期に當り、特別な細心の注意を以て最近の法律史の脈搏を搜り來つた一碩學の手に成る本書に依り、現在の状態が鋭く照らし出だされたことは、洵に時宜を得たるものである(1)。著者が本書前半(一——七九頁)に於て頗る明快に、法律家にあらざる一般人に取りても亦、極めて平易且つ啓發的に敘述して居る要件 (Tatbestand) は、法律専門家に取つては、多言を要せずして之を悉くすることが出来る。即ちそれは、法律感情を満足せしむる裁決が、成文法律の適用といふ、正常普通の方法を以てしては之を成し得ずと覺しき場合に、其の都度依つて以て斯かる裁決を見出ださんと試みて、時に立法者が、時に裁判が創造したる周知の補助手段の問題である。即ち、吾人の法律發展に於ける最近の過去と爲つた時期に取つては、一般的惡意の抗辯 (Exceptio doli generalis)、及、プロイセン普通法 (A.L.R. = Allgemeines Landrecht) 第十條二項一七號、又、現行法に取つては、謂はゆる『王者的條項』 (Königliche Par-

Enghien) (2) たる、民法第五百五十七條 (契約の解釋は信義誠實及取引上の慣習に従ふべき旨の規定——譯者補)、同第二百四十二條 (債務者は誠實に且取引上の慣習に従ひ給付を爲すべき旨の規定——譯者補)、同第八百二十六條 (善良なる風俗に反する方法を以て他人に損害を加へたる者は損害賠償義務ある旨の規定——譯者補) 及同第二百二十六條 (他人に損害を加ふることを目的とする權利行使は之を許さざる旨の規定——譯者補) 等、是れである。ヘーデマン氏は、吾人の新しき諸種の法典に於ける此等の法條が、加何にかの自由法運動及増額評價の問題に依つて其の『疾驅』を促進せられたか、如何に類似の諸法制 (ヘーデマンの謂はゆる『新に發生したる』惡意の抗辯——*Einrede der Arglist*——、重大なる事由——*Wichtiger Grund*——等) に依つて支持せられたか、竝に彼等が如何に、私法の其の他の諸領域 (3) 又は訴訟法 (4) 刑法 (5) 乃至税法 (6) に侵入したかを如實に描寫して居る。興味あるは、『裁量の發祥地』である行政法に於て、此の『餘りにも一般的なる基礎より……尙ほ多少の内容を以て満たさるる、一般條項に至る發展經過が行はれて居るやうに見える』と同時に、他方、此處でも亦、『信義誠實の祝勝行列』が認められ得る (六五頁以下) といふ觀察である。更に著者の説明に従へば、國家法も亦、かのカール・シュミットに依つて描寫せられたる『多元論的黨派國家』 (*Pluralistischer Parteienstaat*) よりの出口を、諸種授權法の『目標公式』及、大統領緊急令の憲法第四十八條への憑依の形態に於て見出だした、さうしてこれこそ紛れもなく『一般條項の極度の危険』、即ち國家に依り彼自身の行動に對して設定せられたる一般條項が、最早、準繩尺度たることを中止して、一方的且つ無統制に振廻はさるる武器と爲る

の危険を暴露するものである (七八頁以下)。

- (1) ヘーデマンの著作の中、特に擧ぐべきものは、『第十九世紀に於ける民法の進歩』 (*Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*) 第一卷、一九一〇年刊。第二卷の壹、一九三〇年刊。尙ほ本『Archiv』の既刊第一五卷三四九頁以下所載、Kümeln 及 A. B. Schmidt 兩氏論文參照) 及『大審院と經濟法』 (*Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*) 一九二九年刊。本書に就ては、『Archiv』第一三卷一〇一頁以下所載、Schonfeld 論文參照) の外、一列の小冊子 (『民法に於ける發生及成長』——*Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht*——一九一三年刊。『法律世界種々相』——*Bunte Bieder aus der Rechtswelt*——一九一七年刊。『民法の新時代』——*Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*——一九一九年刊) 並に、一九二一年以降刊行のヘーデマン氏の『イェーナ經濟法學會紀要』 (*Mitteilungen des Jener Instituts für Wirtschaftsrecht*) に於ける繼續的週次報告等である。
 - (2) 斯種の條項に對する此の『Königliche Paragraphen』といふ表現は、ヘーデマン著、前掲『發生及成長』九頁に遡源する。
 - (3) 雇傭協約法 (*Tarifrecht*) に於ける信義誠實。不正競争防止法 (*UWG = Gesetz gegen den unehrlichen Wettbewerb*) 第一條。株式會社法 (*Aktienrecht*) に於ける表決權濫用に關する規定等。
 - (4) 形式的既判力に對する民法第八百二十六條。合意に反して繼續せらるる訴訟の場合に於ける惡意の抗辯、一應の證據 (*Prima facie-Revers*)、強制執行の場合に於ける債務者及債權者保護。
 - (5) 犯罪構成要件の弛緩、一九二七年刑法草案第二十五條の緊急狀態公式に於ける推定不可能性、判事の裁量、減輕情狀の一般化、『青年右翼』の反動。
 - (6) 一九三一年五月二十二日改正、聯邦公租公課法 (*RAVG = O*) 第十條。即ち、『苛酷條項』
- 之に依つて、評價(本書後半、八〇——一一四頁)への過渡が得られる。著者は、一般條項と『伸縮可能なる概念』 (*Dehnbarer Begriff*) 及『綱領命題』 (*Programmsatz*) との關係、確定的成文法條及契約自由に於ける一般條項の限界、多數の相互に對する關係 (7) 竝に法律體系に於ける一般條項の地位を検討して居る。次に、一般條項の現今の勢力擴大に對する原因としてヘーデマンは、過多なる

材料集團、最近數十年の世情に於ける『内面的動搖』、竝に、人をして一議も無く此の援助に縋らしむる倦怠を擧げ、一般條項が、個々の葛藤の解決の爲め、幾多の新しき法制(8)の爲め、さては、『司法を一段高き壇場平面へ全般的に引揚げる』(九二頁)の爲めに成し遂げたる功績を承認しつつ、しかも結末に於て、此等一般條項より發生する懼ある種々なる由々しき危険、即ち、獨り法律學徒、法律制定者に之を見るのみならず、亦、『想像的實例』(一〇一頁)を設けて結局、『有罪か若くは無罪か? 吾人は之を識らない、それ故に吾人は仲裁的なる「減輕情狀」を採用する』(9)といふが如き判決を下すこと無きを保せざる裁判官にも之を見る、思考の柔弱化、一般條項の中に現はるる諸概念の不確實性に基因する全法律、生活の不安固、最後に、倫理的、經濟的乃至法律的價值が動もすれば混合するが爲め、單に一般條項にのみ拘束せらるる裁判官若くは政治家が往々にして陥る獨斷、專行等の弊を明瞭に指示して居る。かくて、一般條項の政治的取扱が『法律秩序の破局』を誘致すること莫からんが爲め、國家權利の保有者は、之が應用を『眞に國家に必要な諸問題』に制限しなければならぬ。蓋し若し彼が斯くして更に民法及非政治的なる刑法の領域にまで干渉するならば、そこには『ビザンツが浮び出て、徴候は』『衰亡を』指すであらうと道破して居る。

(7) 八四頁以下に於て著書は、相異なる一般條項の衝突する場合として、一方、長時日の間一貫して實證せられたる他人の行爲に對する信頼の保護といふ、謂はゆる信義誠實を基礎として立つ命題と、他方、一般的幸福といふ公法上の一般條項との矛盾撞着の例を設けて居る。此の例に於て余は第二の一般條項に取つて有利なる判決を下す者であるが、其の理由は、單にヘーデマンの謂はゆる『漠然たる感情』(Unbestimmtes Gefühl)のみならず、更に、公益の私益に對する優先は、信義誠實の規範其

自身の中に包含せられて居るといふことに在ると觀せんと欲する者である。

(8) 但しかの貨幣價值引上といふ法制が、當時、法律的に幾多の註釋、判決集及カード目錄を喚起したる(九六頁)ことは、著者も亦、決して之を、民法第二百四十二條の一般條項の功績の中に算へんと欲しないであらう。如何となれば此等のもの、中に集積せられたる精神的勞作が其自體として貴重なることは言を俟たないとは謂へ、尙ほ且つ斯くの如き大規模なる裝置の必要性こそ、紛れも無く第二百四十二條が單獨にては、貨幣價值引上の實地に對する一箇の基礎として如何に不確實なるものに過ぎざるかを示して居るからである。

(9) 此處に著者の想起して居るものが、確認せられたる行爲の孰れの範疇又は法律條項に屬すべきかに關する疑義の生じたる場合であることは明かである。如何となれば、苟も其の名に値するほどの裁判官にして、或る刑事事件に於て證據問題に於ける疑義に際し、本文の如く振舞ふことあるべしとは、到底考へ得られないからである。

本書は、其の一言一句に溢ると同一なる嚴肅なる憂民と憂法との至情を以て熟讀玩味せらるるに値するものである。其の全内容に對する批判的態度決定は、本誌の殘幅が之を容さない。蓋しそれは、法條と指導者精神ともいふ、大なる國家法上の問題の展開を必要とすべきが故である。併し乍ら、一般條項の私法上の效用如何といふ、限定せられたる問題に對しては、少くとも著者自身に依つて説明せられて居る考量を、一般條項の爲めに有利に引用することが出来る。試にヘーデマン氏が、ツェルズスの『善及衡平の術』(Ars boni et aequi)と、ビザンツ法學者の衝平(aequitas)の縁を附したる任意專斷とを、印象強く其處で對照せしめて居る歴史的背景を、氏が本書結尾に於て、ドイツの若き時代の勇氣溢るる前進の行手と觀じて居る、來るべき時代への欣然たる展望を結び附くるならば、そこに過去及現在の起生の中にて、同一なる幾多の力の効果を看取することが出来るであらう。羅馬の

古典法學者の一般條項——善意及惡意 (Bona fides et dolus malus)——は、尙ほ、純正なる羅馬精神の原始生物的法律感覺を以て満たされて居た。之に反して人がベリュート及コンスタンチノープルの書齋の裡に在つて、衡平、人道其の他の美しき名稱を冠したところのものは、舊き地中海世界の瀕死の雜駁なる民族混合體の妥協的概念であり、實際に於て裁判官の任意專斷に最早何等の制肘をも加ふることは能はざるものであつた、『信義誠實』の概念も亦、之に關して『少くとも社會政策の領域に於ては、竟に何等の一致存在せず』(10) と謂はるることを得たる階級闘争の時代に於ては、同一の運命に脅かされた。併し乍ら此の概念は遠からずして再び、凡てのドイツの裁判官に内面的に意識せられたる、確乎たる内容を獲得するであらう。さうして、吾人の時代の大業が完成せられ、吾人が單一の民族となつた曉には、多くの爾餘の一般條項と等しく、司法の最も適當なる基礎を爲すであらう。

(10) カーン・フロイント著『聯邦勞働裁判所の社會的理想』(Kahn-Freund: Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts) 二八頁。尙ほ、本『Archiv』誌既刊第一六卷三六三頁所載拙稿參照。

チユービンゲンに於て

ハー・クレラー (H. Kuller)

其二 カール・ラレンツによる批評

吾人の法律發展に於ける一轉換期に當り、ヘーデマンは、將來に取つて最も重大なる意義を有する吾人の法律生活の一現象に目を注いで居る。それは、個々の事實狀態の明確に輪廓づけられて居る規範を押し退ける一般條項の進出が最近數十年間に、あらゆる法域に於て驚くべき程度に現はれたことである。即ち民法に在りては、就中かの『信義誠實』、『善良の風俗』に對する違反、特に第八百二十六條等が其れであつて、此等はいづれも裁判が個々の事實狀態の制限を打破せんが爲めに、益々多く之を使用するのである。民法第八百二十六條は、民法の範圍を超えて勞働法及營業權保護法に於ける裁判官の法律形成の手段となつた。訴訟法に對しては同條に更に進んで、既判力の効果を減殺することすら役立ち得た。『信義誠實』の原則よりしては——大審院の當初の躊躇もいつか消えて——就中、此の原則を利用して裁判所が貨幣法の法的效力の墻壁を乗り越えなければならなかつた増額評價法に於て、無数の裁判が展開せられた、其の他の同種の一般條項は、『一般的惡意の抗辯』、特に賃借法及勞働法に於ける『重大の事由』、及、不正競争防止法第一條である。公法に於ても亦、一般條項は更に一段の進出を示さんとして居る。此の方面に於てヘーデマンは、就中、訴訟法に於ける一應の證據の出現を擧げ、次には執行の場合に於ける各種の苛酷條項、刑法に於ては犯罪構成要件の規

範的要素の説、及、期待不可能性の説、更に裁判官の裁量の擴大、竝に一九三〇年の草案に於ける『減輕情狀』の一般化を擧げ、最後に、税法、官吏法、國家法よりの爾餘幾多の場合を擧げて居る。

ヘーデマンは、斯の如く其の著書の前半に於て、悉く同一現象、即ち一般條項の進出を告げて居る凡ての現象を周到に點檢したる後、後半に於て此の發展の批判に轉じて居る。最初に彼は其の原因を發見せんと試みた。さうして一般條項が恰も之に對して難境よりの救出者の如く見ゆるところの、材料の過多と没關聯性との中に之を見出だし、次には、寛容への漸増的傾向と思考の一種の内面的倦怠との中に之を見出した。勿論、ヘーデマンも亦決して一般條項の幾多の長所を看過しては居ない。法律は一般條項を援としてあらゆる變化したる法律觀と要求とに順應することに成功して居る。全然新しき幾多の法制が一般條項の援助に依りて發展した。就中一般條項は、裁判官を促して法律條文の權威に依存する代りに、正義の理念と道義の尺度とを以て自己の所爲を測定せしむるに至つた點に於て、司法を一段高き段階に引き上ぐることを得た。それにも拘はらずヘーデマンの批判は、大體に於て否定に歸著して居る。既に、其の著書の傍題が之を示す如く、彼は、一般條項への逃避を以て、『法律及國家に取りての一危険』と看做した。此等の條項の惜しげ無き適用は、其自體として既に、倫理的要求の弛緩の端緒を示す一徵候であるが、ヘーデマンの見解に従へば、それは思考竝に實際に於ける懦弱化に導くものである。それは、動もすれば裁判官を誘惑して、明確なる是非の裁決の代りに、安

易なる中道を選び、理由の缺如を超越せんが爲めに若干の美辭麗句を假用するの弊に陥らしめる。かくしてそれは判決の不鮮明に導き、結局任意專斷に導かなければならない。裁判官自身に取つては、彼が自己を目するに復た法律の單純なる從僕と解釋者とを以てせずして、自から一箇の超法律的正義の鼓吹者と道義的導師とを以て任ずるとき、そこに誇大妄想の危険が生ずる。加之、變轉動搖する尺度、更に甚だしきは主觀的感情が基準と爲る場合に必然的に發生する法の不安固が之に伴つて現はれる。ヘーデマンは此の一切の背後に、末期羅馬の趨勢が警告的實例と爲つて浮び上ることを看取する。便宜主義に墮了する裁判の政治的危険は言を俟たない。かくして最後に、果して吾人は、一般條項の進出を以て、吾人の法律文化の滅亡の端緒の一兆候と看做すべきか否かの疑問が發生することを防ぎ得ない。

吾人は此の問題を輕々に採り上げてはならない。併し乍ら吾人は、ヘーデマンの所説に對する批判を試る場合に、本書出現後の一年間にドイツに於て行はれた、道徳的竝に法律的思想の深刻なる變動も亦之を看過することが出来ない。ヘーデマン自身も亦、今日では幾多の事項について觀方を改めて居ることは疑を容れない。例へば刑法に於て、過度の寛容が現在以上に擴大するといふことは、目下のところ、最早之を憂ふるを要せざるが如き、是れである。又、此の方面に於て、判事の裁量の伸縮性といふが、向後尙ほ依然として、倫理的要求の底止するところ無き低下といふことと同意義のものと認めらるるであらうと推定することは出来ない。加之、全體より觀て、一般條項の適用が、取り

も直さず、法の嚴正の低下であるといふことは、過去の時代についても亦、必ずしも常に中つて居ると謂ふことを得ない。例へば、かの『信義誠實』を根柢として、本來ならば何等の契約上若くは法律上の基礎を有すること無かるべき種々なる從的義務が設定せられ、之に依つて債務者に對する要求が低減せらるること無く、寧ろ却つて増大せられたることの如き、是れである。それ故に懦弱化と過度の寛大との危険は、決して必然的に一般條項の適用と結びつけられて居るものではない。此の限に於て、將來に於ける一般條項の適用に伴ふ危惧は、最近の過去に於けるよりも少い。

他方、一般條項は、特に今日の時代に、種々なる新しき法律觀念が法の適用の中に進入する足場としての實效を證明した。彼等は之に依つて、少くとも過渡時代中、法律條文の變更を須るすとも尙新しき精神に順應するといふ、重大なる任務を果して居る。例へば、大審院民事判決集 (Entscheidungen des Reichs in Zivilsachen) の最近卷 (第一四二卷) には、之に依つてドイツの法及名譽の觀念を發揚せんが爲めに、かの『善良なる風俗』の觀念を極めて妥當剴切に適用したる幾多の判決が掲載せられて居る (判決第一三號及第七四號參照)。併し乍ら、如何なる程度まで吾人が、將來、吾人の法律を新たに形成せんとする場合に、ヘーデマンが裁判官自身の爲め、司法の爲め、且つ之と共に民族共同體の爲めに懼れて居る弊害が発生すること無しに、一般條項の適用に於て前進することを得べきかは、極めて困難且つ嚴肅なる一問題である。

一般條項を適用せんとする裁判官の地位が、今日に在つては從前と全然異なるものであること

は疑を容れない。世界觀四分五裂の時代に於て、裁判官は苟も何等かの決定的態度を示すや、必ず民衆の孰れかの一部の反感憤激を買はなければならなかつたに反し、今日の裁判官は、民衆が枝葉末節の問題はとも角、決定的なる凡ての基礎に於て共有する、法律及國家觀念に依つて支持せらるることを得るのである。民族共同體の道德的觀念が確立し、裁判官が之を以て彼自身の判決の基礎とするのと益々多きに從つて、任意專斷の危険は次第に消滅する。其の曉に至れば、法の安固に關する憂惧も亦、最早一般條項に對する異議の決定的理由と爲らぬ。蓋し吾人の觀るところを以てすれば、斯かる憂惧は、一般條項が其の爲めに使用せらるる裁判の正義と即民族性との價値に依つて蔽ひ去らるるが故である。それにも拘はらず、一般條項の若干の危険は、假令それが、完全に民族的なる法律思想の精神に於て適用せらるる場合と雖も、尙ほ依存として存続することは、筆者も亦之を認むるものである。そこには安易への誘惑が残つて居る。又、周到に秤量せられたる差別と等級との代りに、動もすれば、萬事を、程度に多少の差はあれ、其の不確實なる一般性に依つて蔽ひ去らんとする一般條項が進み出づる場合に於ける過度の單純化と、材料の眞實なる精神的把握の拋棄との危険が残つて居る。此等の危険を指摘したることは、其の所説の若干は今日既に稍々時代遅れの觀あるに拘はらず、依然としてヘーデマンの偉大なる功績たることを失はない。隨つて國民社會主義國家も亦、決して、裁判官を一定の法律規範に拘束することを斷念することを得ない。又、整然たる法律體系に代ふるに、單に若干の少數の一般條項を以つてせんと計ることを得ない。併し乍ら、一般條項を無造作に再

び排除することも亦、將來の課題ではあり得ない。吾人は今日、一見すればしかく明確に輪廓づけられて居るが如きいづれの構成要件と雖も、必ず裁判官の價值判斷の爲めの餘地を遺して居ることを知つて居る。此の認識の徹底と共に、裁判官に彼れの職務の威嚴が再び興へらるるであらう。要は一に、新しき法律秩序の道德的基礎と主旨とを、單に一般條項の形式に於て個々の規定の無盡藏なる材料に結び著くるに止まること無く、此の材料其自身の中へ織り込むことである。各個の法律觀念が或る新しき、具體的なる内容を以て満たさるることに依つて、個々の事實狀態其のものの凝固性が征服せられなければならない。此處にドイツ法律學の將來の任務が存する。ヘーデマンが恰も現下の決定的時期に際して、明晰周到を以て一般條項の問題に著手したことは、吾人に取つてドイツ法律學が克く如上の任務に堪ふるものたることの最善の證據である。

キールに於て

カール・ラレンツ (Karl Larenz)

其三 ヘックによる批評

一、吾人の著名なる經濟法學者が、法律形成の根本問題を取扱つて居る本著は、『法律と裁判官』(Gesetz und Richter)と云ふ題號を附せられ得るであらう。如何となれば本書は畢竟、如何なる範圍に於て立法者が生活の秩序を、彼自身之れが實施に當る代りに、裁判官の個々の裁決に委任すべきか? 如何に裁判官が、其の賦與せられたる權能を行使すべきか? の問題に歸著するものなるが故である。此の問題設定を通して本書は、法把握 (Rechtsgewinnung) の目的論的方法 (利益法學) の一検討に導いて居る。

本書は、既に行はれたる變遷の記述と、其の評價との二部に分かれて居る、さうして評價の結果は、一箇の『急迫する危険』の警告である。

二、第一部に於ては、實際裁判、理論及立法への『一般條項』の不斷の進出が敘述せられて居る。著者は、民法の一般條項、特に其の第二百四十二條及第八百二十六條より出發し、さうして其の廣汎なる適用を、就中増額評價鬭争⁽¹⁾の引用の下に描寫して居る。理論的基礎としては、ヘーデマンが、カントローヴィッチ (Kantorowicz) の著書、『法律學のための戦ひ』(Der Kampf um die Rechts-wissenschaft) を以て始まつたと稱する、自由法學運動が特筆せられて居る。異とすべきは、目的論的

方法（利益法學）が、カントローヴィッチの著書よりも古きものなるに拘はらず、著者が此の方法について全然述ぶるところ無きことである（2）。併し乍らヘーデマンは、單に民法の一般條項のみに局限せずして、更に訴訟法、刑法、行政法及國家法に於ても亦、之を見る一般條項の發現及類似の諸現象を追究して居る。さうして此處に特別な功績が存在するのである。相異なる法律領域が、隨つて亦、性質を異にする問題を示すことは謂ふまでも無い。ヘーデマンが最も力を置めて指示して居る諸種の政治的眼點は、更に評論の機會を俟たなければならぬ。本紹介の範圍に於ては、主として私法のみを考量する外はない。

（1）ヘーデマンは、民法第二百四十二條の援用に依る貨幣法廢止を、『未曾有の影響範圍を有する』一事件と稱する。併し乍ら此の事件の評価に當つては、同貨幣法が、爾來幾多の出來事に依つて後に取り残されたこと、同法の認めたる利益狀態が別箇の利益狀態に依つて押し退けられたることに注目しなければならぬ。強制通用の效力剝奪は、評者の觀るところを以てすれば、民法第二百四十二條に依つて理由付けらるべきものではなく、寧ろ、『法律の理由休止するときは、法律其自身も休止す』（Cassente Ratione legis cessat lex ipsa）と、古き通則に依つて説明せらるべきものである。

（2）カントローヴィッチは、自由法運動の始祖ではなく、シュタムペ（Stampe）及エールリヒ（Ehrlich）の著作に憑依する者であり、シュタムペ其人は更に、利益法學より發足した者である。尙ほ、タ著『概念形成と利益法學』（Meck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz）二〇〇頁參照。

私法の一般條項は、しかく多數であり廣汎であるとは謂ふものの、彼等は尚ほ單に、現在の法律秩序の一箇の一般的基本思想、即ち、目的論的法把握及法律補足への裁判官の拘束の部分的現象たるに過ぎない。評者は此の拘束を轉付（Delegation）と名づけんと欲する。此の基本思想は、例へば民法

に於て、單に著者が詳細に論じて居る二つの一般條項に現はるのみならず、吾人の法律の全構造に於て、種々なる限界づけられざる概念（Ventralbegriff）の適用に於て、竝に無数の個々轉付に於て現はれて居る。假に第二百四十二條又第八百二十六條の兩一般條項が存在しなかつたとしても、尚ほ且つ其の他の明瞭なる基本思想が實生活の必要と結合して、此の兩條項に匹敵する何等かの法の把握に導くであらうといふことは、決して誇張の言ではないであらう。著者は此等の一般條項を看過して居ない、併し乍ら評者の觀るところを以てすれば、十分に強く之を指摘せざるの憾がある。之れが爲め、一般條項に對する氏の批判は要するに目的論的裁判の一批判に歸著するものであることが、明瞭に現はれて居ない。

三、評價に關する部分には、三箇の原因と三箇の危険とが擧げられて居る。原因としては、（一）處理せらるべき材料の過多、（二）倫理的關係に於ける現代の内面的動搖、（三）精神の倦怠が擧げられ、危険としては、（一）軟弱化、（二）法の安固の危殆、（三）裁判官の任意專斷が現はれる。

（a）評者の觀るところを以てすれば、唯一に決定的なる原因は、新時代の生活に依つて、特に、萬華鏡の如く變幻推移する利益狀態の複雑性と不斷の變動とに依つて法律形成に課せらるる任務の重大さの中に存するものである。内面的動搖と倦怠とは、若しそれが認められ得るとしても、畢竟伴生現象に過ぎない。既に大戰以前に在りても、あらゆる實生活上の要求を、單に論理的括約を以て事足りたる命令に依て秩序づくることは、立法者に取つて不可能であつた。嚴密なる成文法主義者の眼に

理想として映じて居た斯種の秩序は、緊迫する實生活の要求を毫も満たすこと無くして了つたであらう。現在に於ては、凡ての困難が遙に大きい。目的論的方法に依る裁判官の補足の権限は、絶対に之を缺くことが出来ない。此の権限は亦、大なる範圍に於て種々なる生活價値を保全して居る。嚴密なる成文法主義への復歸は問題となり得ない。吾人の唯一の任務は、裁判官の臨件裁決（解釋、缺陥補充、及、法律訂正）の慎重なる完成に依りて、方法の生活價値を高め、其の短所を低減することである。

(b) 著書の擧げたる三箇の不利益の中、最大なるものは、法の安固に對する脅威である。個々の事件に對する生活に即したる裁決、及、判決の豫想可能性に依る完全なる法の安固の二つの理想は、時として扞格支吾することを免れない。一般に評者の觀るところに據れば、著者は自由法運動と法律に忠實なる利益法學とを區別せざるが故にこそ、かの三箇の危険を過大に評價するのである。此等の危険は、一般條項、其の他の轉付及缺陷が、無拘束なる裁判官意思の領域と看做さるる場合に極めて大きい。自由法裁判はかく看做すものであり、之に反して利益法學はかく看做さざるものである。吾人の學說に従へば、裁判官の法律形成に對しても亦、成文法律の價値判斷の間接効果は依然として作用して居るのである。此の原則の適用に依りて、判決の豫想不可能性は著しく縮少せられ、他の二つの危険、軟弱化と裁判官の任意專斷とは除去せられる。隨つて亦、目的論的方法の適用も、著者が爲さんと欲するが如く之を精神的倦怠の象徴と解することを得ない。凡そ嚴格なる思考作業が、成文法

律に於て行はるる利益秤量の探查と、此の探索の中に認めらるる立法的理想とを要求することは、此の方法の反對者も亦、屢々之を承認するが如くである。

チュービンゲンに於て

教授 Ph. Heck

獨逸大審院と利益法學

(ルドルフ・ミュラー＝エルツバッハ)

獨逸大審院と利益法學

(Reichsgericht und Interessenjurisprudenz)

ミュンヘン大學教授

ドクトル・ルドルフ・ミュラー＝エルツバッハ

(Rudolf Müller-Ertzbach)

獨逸大審院は利益法學に對して如何なる態度を採つて居るか？ 吾人は今茲に、最高法術の裁判官の判決の多種多様な領域の凡てに互つて此の問題を追究するの違が無い。唯だ吾人の注意を特別に要求する若干の法律問題及法律現象に對する大審院の態度を観察することに依りて、獨逸の最高法術の判事諸氏が、一層深き正義の命令に服従しつつ、一箇の新しき法律の基礎を据え付けたることを證據立てんと欲するのである。

此の觀察は、又同時に、一箇の責任多き職務に忙殺せられ乍らも、單に從來踏み慣らされたる道に追隨することのみを以て満足することを欲せざる人々が如何なる考へ方を有するかといふことの一徵標を示すべきものである。此等の人々は、法を創造する種々なる力、一切の法律形成の諸源泉にまで掘り下げて行つた、さうして彼等に依つて裁判せらるべき利益紛争が、眞に法律の中に、利益の同一なる状態に於て模範を有するか否か、換言すれば法律が此の争に對して眞に公平なる規矩準繩と爲り得るか否かについて、判然と見究むるところがあつた。さうして彼等が、かく法律の基礎を探究したるに拘はらず、竟に法律より何等の説明をも得ることが出来なかつた場合には、彼等は、累を蒙りたる各個の利益をして、それが物質的のものなると、將た又、人格的要求、即、精神的、藝術的乃至道徳的要求に出でたるものなるとを問はず、其の處を得せしむべき血路を自から發見せんと試みた。斯の如く其の眞理探究の衝動に於て道を誤らず且つ合議裁判の任に當る判事等をして納得せしむることを得る判事は、其の一段と大なる説得力に依りて一層調停和解の效力を有すること多く、さうして之に依りて正義を眞正なる勝利に導くことを得るやうな裁判をするに違無い。同時に斯くの如き判事は、今日最も銳利なる觀察の手段を以て裝備せられ、數學的精確を以て進行し、精神界の廣漠なる視野にまで自己を引揚げつつある各種の自然科学に對して、從來よりも一層不利なる立場に在る法律學を助けて其の視力を銳利深刻ならしむる者である。

吾が最高法衙の幾多の裁判の中に生きて居る此の新しい精神を最も手近に吾人に説明するものは、

かの單に概念的——構成的 (Begrifflichkonstruktiv) にのみ方向附けられて居る法律解釋學と其のあらゆる補助手段とを以てしては、到底之を完全に解決すること能はざる一箇の問題である。それは、他人の利益 (Fremde Interessen) 即ち、當事者として自から契約締結に關與する者以外の者の利益が、契約上の拘束の目的 (Gegenstand) と爲り、若くは其の他の方法様式に於て直接に契約に干渉する場合であり、さうして斯かる場合は實際上稀でない。

抑も裁判が、必要に迫られて、『他人の利益を——本人の同意に依り又は其の他の方法に依りて之を爲す權利を與へられて——自己の名を以て締結したる契約の目的と爲したる問屋、運送取扱人及其他の者は、契約違反の場合に於て此の他人の利益をも亦、損害賠償請求權の基礎と爲すことを得』といふ原則を奉ずるに至つたことは、大審院が此を問題にした時よりも遙に以前の事に屬する。

(就中、獨逸國高等商事裁判所判決集第一二卷二六〇頁、第一四卷四〇〇頁其の他、並に之と關聯して大審院判決集民事部第一二卷一二二頁、第二七卷一二六頁、第四〇卷一七四頁及一八七頁、第五八卷四二二頁、第七五卷一七二頁其の他參照)。隨つて第一民事部が、一九〇六年一月二十九日附判決 (判決集民事部第六二卷三三五頁所載) に於て、賣主に與ふるに運送人又は運送取扱人に對する契約上の訴を以て、買主の利益をも追求することを得るの權利を以てして居ることは當然である。しかも同部は更に進んで一般的に、若し數箇の相前後して存在する利益が一契約に關係を持ち、さうしてそれが契約の相手方の契約違反行爲に依りて侵害せられたる時は、『此等の利益が相並んで存在し得る限り』亦此の追求權を當該契約違反者に對して主張することを旨

を附言して居る。勿論現行法律は、其の體系に反して彼より強奪せられたる此の法律構成を正當化する事は出来ない。現行法律は飽くまでも——假令幾多の例外を容認しなければならぬと謂ふもの（尙ほ此等の例外については後に述べる）——原則として、一契約に基きては専ら其の契約締結に關與したる當事者のみが權利を取得し義務を負ふことを得ることを固執して居る。随つて他人の利益を契約上の損害賠償請求權の基礎と認むる裁判、及其の結果は、吾人の法律體系内に於ける一箇の異物（外來物）として現はれて居るものである。若くは一層正確に謂へば、之に依つて餘りにも形式論理的に發展したる從來の法律の改造に對する一端緒が啓かれたのである。

然るに大審院は更に一步を進めた。大審院は斯かる他人の利益を以て、其自身の例に於ても亦、其の爲めに締結せられたる契約より生ずる契約上の拘束に服従すべものと爲した。大審院は、斯かる局外の利害關係人、即ち運送取扱人に運送契約を締結すべきことの同意を與へたる荷送人が、契約外に於て、此の場合に累を蒙りたる其の所有權に基き、彼れの物品の損害を理由とする賠償請求權を運送人に對して主張せんと欲する場合に於てすら、其の荷送人は當該契約の諸拘束に服従することを要する者であると認めて居る。（大審院判決集民事篇第七〇卷一七四頁及第七七卷三二〇頁、並に、*Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 誌一九一六年卷二一〇〇頁所載、一九一六年三月十四日附大審院判決參照）。就中荷送人は、假令彼が運送契約の締結に與らなかつたとは謂へ、尙ほ且つ前記の彼の請求權が、契約を以て合意せられたる運送人の責任の一定の制限を以て對抗せらるることを容認しなければならぬとせられて居る。現行法

律よりしては、斯かる法律構成も亦之を理由付けることが出来ない。是に於て第一民事部は、尙若干の根據を法律に求むることを得んが爲め、一九〇九年一月四日附判決（大審院判決集民事篇第七〇卷一七七頁所載）に於て、荷送人が此の契約上の合意を以て對抗せらるることを容認せんと欲せざるは、信義誠實に反する者であると主張することを餘儀無くせられた。又或る時は同部は裁判官に對して一應は寛恕せらるべき窮策を使用し、當事者の暗黙の意思表示であると牽強附會して辛うじて其の欲したる判決に漕ぎ著けて居る。即ち同部が、一九一一年十一月二十五日附判決（大審院判決集民事篇第七七卷三二〇頁所載）に於て、運送取扱委託といふこと其自身が既に、謂はゆる『信義誠實に依る』解釋を以てすれば一種の權利放抛であり、之に依り荷送人は運送人に對して運送契約上當然追求することを得るもの以上の請求權を追求することを斷念した者であると爲して居ること、是れである。さうして同時に同部は『民法第三百二十八條の根本思想』即ち、法律自身が或る種の場合に於いては契約當事者にあらざる利害關係人に對する直接の効果を契約に附與して居るといふことを引いて援となした。

之に反して第六民事部は、一九一八年一月三日附判決（大審院判決集民事篇第九二卷二二頁所載）に於て、謂はゆる『信義誠實』への單純なる依倚を脱却せんことを欲し、其の理由として、信義誠實の援用は、同部の見解に従へば、民法が第三百三十三條、第五百五十七條及第二百四十二條に明言するところにあ依り、専ら契約關係について若くは債務法上の義務の履行についてのみ之を爲すことを得るものであることを擧げて居る。此の判決に於て、運送取扱人が運送契約に基きて取得したる權利は、經濟的

には、排他的に運送取扱人に委託を爲したる者即ち荷送人の利益と爲るべきものであるといふ事態よりして、荷送人は運送人に對し單に運送契約に因る運送取扱人の権利のみを主張し得るに止まることは『直に』首肯せられ得ることであり、法律論理に適合するものと認むる云々と説明せられて居る。然るに此は決して尙ほ未だ終局的なる理由説明とするに足らない。假に荷送人が、其の運送取扱人に依つて締結せられたる運送契約より生ずるあらゆる抗辯を以て對抗せらるることを容認しなければならぬとしても、それはなるほど利益状態よりして之を説明することが出来るに相違無いが、併しそれは、かの判決が謂ふが如くしかく『當然に』生ずる結論ではない。さりとして亦別に多大なる迂餘曲折を要する譯ではなく、單に尙ほ一箇の中間關節あるを以て足るのである。即ち、同一の利益を法律的に主張する凡ての者は、此の權利追求に關する限り、一箇の單位（單一體）として現はるるものであるとする命題、是れであり、此の命題は、幾多の法律現象よりして容易に之を抽出し得るところである。（此の命題の理由説明及成立経緯は、『イェーリング年鑑——Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts——第七三卷一三五頁以下所載、法律生活に於ける多數の單一人格の融合——Die Verschmelzung von Einzelpersönlichkeiten im Rechtsleben——に關する拙稿に詳説せられて居る）。

大審院は是れ以上前には進まなかつた！ 併し乍らそれは、此の方向に一樣に進んで来て、相當に廣き進攻戦線を展開した。以下はその概況である。

一九一四年六月十九日附判決（大審院判決集第八五卷一八四頁所載）は、出發點と看做され得るものである

が、此の判決に於て大審院第三民事部は、他人の利益——但し此の場合は物的利益ではなく人的利益である——が或る契約に干與して居る一事件に於て、依然として狹隘なる形式的觀念に固著して居る。事案は、四歳の一小兒が其の父の囑託に基いて醫師の手術を受けた。その時醫師が適當ならざる行爲に因り著しく小兒を傷け且つ健康上の損害を興へたといふのである。最初に原審は、事件の眞實に即して、斯かる場合に於ける父は、自己の名を以て醫師と治療契約を締結する者であり、隨つて通例として無財産なる小兒の法定代理人たる資格に於て、且つ其の小兒の名に於て行爲する者ではないと宣告した。之に反して上告審が、醫師と父との間に締結せられたる此の契約に於いて、小兒は『單に第三者』たるに止まり、『醫師が父に對して負ふ契約上の給付を之に對して實行すべき者』であるといふ結論を抽出したことは、利益關係の正鵠を得ざるものである。蓋し同部は、醫師と相對する契約の一面に於いて、小兒が契約債權の主たる利害關係人であることを看做して居る。かくして同裁判所は、醫師は契約に基き、單に父に對してのみ、且つ父自身が其の扶養義務と之に基きて彼に對して生じたる費用とに因りて損害を蒙りたる限度に於いてのみ責に任ずべき者であるとの推定に到達した、さうして一方、治療契約の主たる利害關係人、小兒に對して、醫師は單に、不法行爲に因る責任を負ふことを要すると爲し、且つ此の場合には右の外更に技術上の瑕疵（Kunstfehler——又、Berufsfehlerとも稱し、醫師が過失に因り患者の治療を怠りたる場合を指す、獨逸刑法第二百二十二條及第二百三十條の規定するところである——譯者補）に對する責任をも負はなければならぬと爲した。但し此の刑法上の責任に對しては何等の理由説明も擧げ

られて居ない。

併し乍ら、斯くの如き小兒に對する不法行爲に因る醫師の責任といふことは、如何にして之を説明すべきであらうか？ 患者又は患者の法定代理人の同意を以て醫療的施術を行ふ醫師は、決して民法第八百二十三條第一項の意味に於いて不法に行爲する者ではない（之に關しては尙ほ、大審院判決集第六八卷四三二頁以下所載、第六民事部判決に現はれて居る大審院自身の態度を參照せよ）。然りとすれば、治療の瑕疵の爲めに其の健康に永續的損害を受けたる小兒は、若し醫師との契約に基く請求權又は彼れの利益に對する其の他の斟酌考慮が、第三民事部の主張するが如くに彼に拒否せらるるならば、實際に於いて毫も法律上の保護を享有せざる者となるであらう。それ故に此の判決は、或る契約が、契約當事者以外の者の爲めに其の同意を以て、又は其の他の權限に依りて締結せられたる場合に、之に基く請求權を此の第三の利害關係人に與ふることが、法律發展の自然の歸趨であることを示すものである。然らざれば、例へば或る兒童が幼稚園に於いて保護監督の欠缺の爲めに負傷したる場合等にも、此の兒童は幼稚園主に對して何等の損害賠償請求權をも有たないであらう。如何となれば、保護監督の義務が由つて發生する唯一の原因たる保護監督契約は、此の場合に於いても亦、獨り兒童の父のみが獨立の締結者として之を締結したものであり、隨つて此の父のみが契約に基きて損害賠償請求權を有し、且つ大審院第三民事部の主張に従へば、單に自己の損害につきのみ賠償を請求し得るに過ぎないからである。

實際に於いて、立法は既に此處彼處に此の必然の論理的歸趨に順應し、第三の利害關係人にも、彼自身を當事者として居ない契約に基きて一定の請求權を與へて居る。例へば運送契約に基く荷受人に對しては商法第四百三十五條に依り、建物火災保險契約に基く抵當債權者に對しては、國保險契約法(VVG = Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908) 第百條及第百一條に依り、他人の計算に對する保險(國保險契約法第七十五條以下)の場合に於ける保險利害關係人、及、商業仲立人との契約に基き共同の利害關係を有する第三契約締結者に對しては、商法第九十八條及第九十九條に依りて夫れ夫れ請求權を與へて居るが如き、其の顯著なるものである。(尙ほ之に關しては、利益狀態を規準として下したる、一九一五年十月五日附大審院判決——Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht、誌一九一六卷七五四頁所載——參照)。併し乍ら吾人の文獻は殆んど唯に、第三者に對する給付を目的とする契約に對する立法者の同一の態度のみに著目して居る。隨つて人々が動もすれば——吾人が後條に於いて其の誤れることを指摘するであらう如く——之に關するあらゆる現象を、彼等が之に注目する限に於いて、無造作に『第三者の爲めにする契約』(Verträge zugunsten Dritter)として押し片附けて仕舞はうとするに至つたことは、蓋し自然の數である。

大審院第六民事部が、同様に他人の利益を契約上の拘束の目的とする他の一事件を解決せんと試みたる、一九一五年六月七日附判決(大審院判決集民事部第八七卷六四頁所載)に現はれて居る措置も亦、此の傾向の多分に洩れないものである。同判決の解釋に據れば、妻及女兒と共に辻馬車に乗りたる父は

『同時に同行の妻及女兒の爲めに、旅客運送契約を締結したる者』である。此の解釋に依りて判決部は、妻及女兒が契約の當事者にあらずしに拘はらず、辻馬車の持主に對する契約上の損害賠償請求權を之に許與することを得る理由を見出した。

併し乍ら契約に斯かる法律的特徴を附することは、日常進展しつつある生活過程の實情に適合しな
い。といふのは、若し假に第六民事部の説くところに従つて、父が眞に運送契約を彼れの妻及女兒の
爲めに締結した者と推定することは、換言すれば、妻及女兒を乗車客なりと宣言し、旅行の方向、其
の速度、生ずることあるべき旅行中斷又は豫定期限前の中止等に關する取極を彼等の手に委ねること
を意味する。斯かることが父の意圖に適合するものにあらずることは明かであり、父の行爲の客觀的
表示價値 (der objektive Erklärungswort seines Verhaltens) も亦、斯かる結論に持ち來たされ得な
い。是を以て吾が商法は、之と類似の事情に在る運送契約につき、利益關係を一層正確妥當に商量
して、運送物品及其の運搬に關する支配權を荷送人と荷受人との間に巧に分配した、さうして之に依
り、此の双方の利害關係人が運送の良好なる實行に於いて共通に有する利益を、其の孰れの一方に於
いても他に比して劣ること無からしめて居るのである。

大審院も亦、前記の判決と踵を接したる、一九一五年十一月十八日附第四民事部の一判決(大審院判
決集第八七卷二九一頁所載)に於いて、第三者に對する給付を目的とする契約の解釋は、決して常に正しく
事情に適合すると稱し難いことを認めた。此の判決に於いて取扱はれたる事件は、某僧院が在院の一

修道僧の手當の爲めに、棧を以て醫師を迎へんことを注文した。然るに其の際、輓馬の驚逸の爲めに
醫師が負傷したといふのであつた。

同部は、此の契約が運送せられたる醫師の爲めに締結せられたる契約であるとする解釋は、『取引
の通則及取引觀念』に適合せざるものなりとして、明言的に之を否定し、裁判所は決定的觀點を更に
明確に力説して、醫師は決して『棧の使用に對する直接の權利を取得したる者』にあらずと附言し
た。一方、僧院は、修道僧の容態が快方に向つた場合には運送契約の解除告知を爲すべき權利を依然
として有することを主張した。

そこで、僧院が運送契約に基づく自己の請求權を之に讓渡した醫師に、契約上の賠償請求權を認與
せんが爲めに、同部は、現行民法々典の規定するところに據れば、或る債務關係を成立せしめんが爲
めには、毫も自己の財産法的利益の存在を必要としないといふことより出發し、そこから同裁判所
は、契約上の債務者も亦、相手方當事者が、其の第三者に讓渡したる利益を主張せんが爲めの財産法
的利益を有せざる旨の抗辯を以て自己の契約上の義務を免るることを得ないことは明かであるとの結
論を抽出して居る。勿論、判決裁判所は尙ほ未だ、之を以て一方の契約當事者が、今茲に裁判に附せ
られて居る事件に於いて爲したるが如く、彼が全然其の累を蒙らなかつた損害を主張することを得る
といふことを説明したるものではない。併し乍らそれはさまで重要なことではない。何となれば裁判
所は、之を説明せんが爲めには、單に、かの問屋、運送取扱人等の損害賠償請求權の爲めに有利に役

立つ慣習法的形成を援用するのみを以て足るからである。但し、或る他人の利益が契約上の義務の目的と爲され得るとする裁判所の判断、及、契約締結に關與せざりし乗客を無事に目的地に送り届くべき運搬器所有者の義務に依りて、其の乗客の利益が恰も彼自身が契約を締結したるが如くに保護せられなければならないとする判断は、之を輕視することが出来ない。

然るに次いで現はれたる一九一八年五月十一日附第一民事部の判決（大審院判決集第九三卷三九頁以下所載）に至つて、あらゆる斯種の場合に生ずる利益状態が完全に處理せられて居る。此の事件に於いて相手方の契約上の保護管理に委ねられたる他人の利益は、他人の一曳船であつた。此の曳船を或る大運送取扱人が賃借し、さうしてエルベ河上の運送に當らしめんが爲めに、更に契約を以て之を曳船業者に委託した、その時船が甚しく毀損せられた。

此の時には、第三者に對する給付を目的とする契約といふ、極めて誘惑的なる觀點は、當初より排斥せられた。即ち同部は直に、一方の契約當事者、即ち大運送取扱人の『利益』が、第三者、即ち曳船所有者の利益と『結合』せられて居たといふことより出發した。判決の文言に従へば、此の大運送取扱人は、其の契約の相手方即ち、曳船業者に、彼自身の利益と同時に亦、曳船所有者の利益の爲め『即ち二箇の並行する利益の場合に於て』一箇の保護管理の義務を負はしめたるものであり、且つ、契約の相手方は『契約に直接關與せざる或る第三者の利益が其の間に介入し來ることあるべきを……豫期しなければならぬ』といった様な仕方て之を負はしめたのである。さうして次に裁判所は極めて適切

に、斯かる事情の許に在りては、前に記したるが如く夙に一般に承認せられて居る原則に依り、他人の利益を管理する契約者は、此の他人の利益をも亦、契約上の損害賠償の訴の基礎とすることを得ることを援用して居る。

第一民事部は、もう一度極めて明瞭に、あらゆる斯種の場合に於いて決定的なるものは、或る他人の利益が契約上の保護管理に委ねられたといふことであると斷言し、之に反して、かく他人の利益を管理する契約者も亦、問屋又は運送人の如く、他人の計算に對して行爲したると否とは、問ふところにあらずと爲して居るが、判示の此の消極的方面も亦、重要ならずとしない。蓋し茲に裁判に附せられて居る事案に於いても亦、かの大運送取扱人は決して、曳船所有者の計算に對して運送契約を締結したる者にあらざるが故である。

同時に同部は、大運送取扱人を以て、『並行する利益の結合に於いて』契約を締結したる者であるとする斷言に依りて、吾人が既に上に述べたる判示、即ち、同一の利益若くは單に並行するに止まる利益に在りても、之を代理する場合には、代理人と本人とは、法律的に觀て——其の範圍及程度に多少の差はあれ——一箇の單位（單一體）に融合する者なりとする判示に接近するのである。惟ふに此の法律現象が觀察せられたのは、運送法に於いて荷送人と荷受人との間に於ける法律的融合の場合を以て嚆矢とするであらう。（拙著『Handelsrecht』——第二版及第三版、第一四九章第四節並に『Jherings Jahrbücher für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts』第七三卷一三五頁以下所載前掲拙稿に於ける概説參照）。

今暫らく此の利益關係、及之に對する大審院の態度に徧すれば、同一の判旨は、第二民事部が一九一三年五月二十二日附を以て（大審院判決集民事部第八二卷二九〇頁所載）、別箇の法域に於いて之を表現して居る。同所に於いて第二民事部は、組合契約に依りて設立せられたる有限責任會社と謂ひ、商業登記簿に登記せられたる有限責任會社と謂ふも、畢竟、『相異なる發展段階に於ける同一の合同』に外ならず、『此等の段階は、唯だ尙ほ未だ存在せざる、登記に依つて條件づけらるる權利能力に依つて相互より區別せらるるに過ぎず。其の他の點に於ては將に成立せんとする會社は、登記を了したる會社と同一の法律的構成物なり』と斷言して居る。但だ第二民事部は、之を説明するに、相異なる發展狀態に於いて夫れ々の基礎を爲して居る利益の同一性を以てせず、單に、今將に成立せんとする會社の爲めに設立狀態に於いて發生したる凡ての權利及義務が、何等の讓渡の手續を要せずして直に登記を了したる會社に移轉するの事實を擧示するを以て足れりとして居る。併し乍ら此の法律的同一性は、其の實單に、其の基礎を爲す利益の同一性に外ならない。

第二民事部は尙ほ他の一問題に於いても亦、同一の結果に到達した。一九二四年一月十八日附判決（大審院判決集第一〇八卷四三頁所載）に於いて、子會社の持分が親會社の手に在る場合に於いて、子會社が独自の法人格を有するに拘はらず、其の財産は法律上之を親會社の財産と看做さざるべからざること承認して居る。（尙ほ大審院判決集第一〇二卷二八六頁以下所載、第二民事部の見解參照。之については本稿末尾に於て更に言及する。）

更に同民事部をして、其の一九二二年二月二十八日附判決（大審院判決集第一〇四卷一三八頁以下所載）に於いて、——法律學說と一致して——問屋營業に於ける委託者と問屋とを一箇の法律的單位と看做さしめ、又、有限責任會社に在りて、其の社員を以て委託者とする問屋との間に於ける或る法律行為に關して決議を行はんとする場合に、有限責任會社法第四十七條第四項に依りて表決權を此の社員に拒ましめたるものも、亦同様に、夫れ々の基礎に横はる利益の同一性といふことである。同判決の文言を借りれば、『是れ事實が形式に對して勝を制し』たるものであつて、社員が其の一人を構成員とする或る利益保護協同團體（Das Konsortium）との取引に關して決議せんとする場合も亦同様である。即ち此の場合にもかの利益の同一性といふことを理由として右の一社員に表決權を附與せざることを得る。同一の意味に於いて同民事部は、一九二一年十一月十八日にも其の判決を下して居る。（大審院判決集民事部第一〇三卷、一九五頁以下所載）。即ち同民事部は、此の判決に於いて、有限責任會社の一社員が、單に『業人形』となつて或る非社員の爲めに持分を取得せんと欲する場合には、會社の定款が非社員に對する讓渡につき規定せる社員持分の讓渡に對する會社の承諾を要すと宣告して居る。

更に、斯くの如き或る利益單一性に於ける法的單一性の發見に依りて、有價證券法上の一箇の周知の問題の解決も亦發見せられた。問題とは、取立受任者に對し其の委任者の人的抗辯を以て對抗し得るか否かの疑問の謂である。

蓋し、裏書人の人的抗辯を許容する理由が、隠れたる取立委任裏書 (Das verdeckte Prokurandament) に在りては、兩者、即ち裏書人と其の取立委任者とが、同一の利益、即ち裏書人が債権者として有する利益 (Das Gläubigerinteresse des Insassanten) を代表するといふことに在るは明かである。

此の法律的特殊性は、次の考量よりして尙ほ一層簡單に之を導出することが出来る。それは、眞實の債権者は、債権者たる利益を有する者、即ち取立委任者でなければならぬのであつて、決して國高等商事裁判所、及、當初は大審院も亦 (大審院判決集民事篇第六卷五頁、第三卷三〇一頁其の他參照) 之を主張したるが如く取立委任者が眞の債権者ではないといふ考量である。何となれば、若しあらゆる權利が一に現存する利益の爲めのみ與へられて居るとするならば、獨り債権者たる利益を有する者に對してのみ、債権者たる權利を許與することを得るが故である。随つて吾人が最高裁判所と共に謂ひ得るが如く、此の場合に於いても亦、事實が形式に對して勝を制しなければならぬ。

大審院は、被裏書人が、専ら裏書人の利益の爲めのみ債権を主張する場合に於いても亦同様に、國高等商事裁判所の立場 (同裁判所判決集第六卷五四頁、及、第一三卷三〇一頁參照) を一躍し、且つ現行基準法規 (獨逸手形法第八十二條、獨逸小切手法第十八條第二項、獨逸商法第三百六十四條第二項) の餘りにも狹隘なる文言に惑はざるること無く、裏書人の人的抗辯を許容するの舉に出でたことは事實である (大審院判決集民事篇第四卷一〇〇頁、第一卷九頁、第三卷二二九頁其の他參照)。併し乍ら大審院は、此の場合にも亦、利益が先に引用したる各種の場合と同様なる状態に在ることを考慮せず、随つて利益關係に因

る基礎づけを與へなかつた。

大審院は寧ろ、感情的なる、さうして (當面の事情に適應せざる救助手段たる、思意の抗辯 (Excepio dolis) を引いて援と爲さんと欲したが、これは、事實に反せる惡意擬制 (Die Dolusfiktion) に陥るの危険が稀でない。例へば第一民事部が、勿論今は昔となつた事ではあるが、一八八九年一月二十六日附判決 (大審院判決集民事篇第四卷一〇〇頁以下所載) に於いて、原告たる取立委任者の側に惡意の行爲がありとの認定を飽くまで救はんが爲め、取立被裏書人は、手形訴訟の進行中に初めて、彼が裏書人の利益の爲めに訴に依りて取立でんとしたる手形債権に對して正當に抗辯が提出せられて居ることを自ら知り得たる場合と雖も、尙ほ且つ裏書人の故意の道具として利用せられたることを免れないといふ、苦しみ主張を餘儀なくせられたるが如きは、最も顯著なる一例である。若し此の判決を文字通りにとれば、苟も抗辯がそれに對して提出せらるゝ債権を追求する者は、悉く惡意に行爲する者とならなければならぬ。併し乍らやがて其後の判決に於て往々大審院自身が、抑も純然たる他人の利益のみを代表する取立委任者は、果して何等かの權利に依つて支持せらるゝ者なりや否や、といふ疑問を口にするに至つたことは、蓋し正道に復する端緒と看做すべきものである。例へば、同じく第一民事部の一八九五年十二月二十三日附判決 (大審院判決集民事篇第三卷五五頁以下所載) の如き、是れである。更に同民事部が、一八九八年十一月十日附判決 (大審院判決集民事篇第四卷四二頁以下所載) に於て、取立委任者は『單に、手形より生ずる (裏書人の) 權利を主張』する者に過ぎずと確認したことは、

層明瞭に法律状態を洞察するものであり、さうして第五民事部も亦、*Recht* 一九二一年第二八八八號所載、一九二二年七月九日附判決に於いて、或る小切手の取立人について同じことを述べて居る。しかも尙ほ吾が最高裁判所は、此の判旨を十分に利用し、其の援助に依りて、事實に反する悪意の擬制の袋小路より脱出することを得るまでに至つて居ない（大審院判決集第二卷九頁、第三卷二二九頁、第三六卷五五頁所載、同民事部判決参照）。

以上觀察せられたる利益關係と近く隣接するものは、**利益共同關係**（利益共同體——*Interessengemeinschaft*）

——コンツェルン、プール等の如く、多數の企業が各自の法律上の獨立性を維持しつゝ、合同企業の意味に於ける經濟的統一を企圖し、共同の收入に基き豫め合意したる一定の標準に依りて利潤を分配する、凡ての企業形式の總稱（譯者補）の場合である。此の方面に於いては、一九一四年二月三日附第二民事部の獨創的なる判決（大審院判決集第八四卷二二五頁以下所載）が吾人の注目を促すものであり、さうして此の判決は其の結論に於いては大多數の文獻に於いて是認せられて居る（之に關しては、*Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 誌一九一四年卷第八號一六七欄以下所載、*O. Schreiber*、同三七〇欄以下所載、*Hener*、同一九一五年卷第九號九五欄以下、*Krickmann*、*Recht* 一九一四年卷第一八號二六三欄以下所載、*Knuckhelm*、*Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 第六六卷二〇二頁以下所載、*Oertmann*、の各論文、*A. Hader* 著 *Die juristische Sammelendung* 一九一三年刊四九頁以下参照）。この判決は、其の決定的出發點、即ち給付の不可能性に關する説明こそ尙ほ多少の議論の餘地を残して居るとは謂へ、克く大局の觀察を得て居る。裁判所は、數人の相異なる買主が、同一の賣主たる種子栽培者に對し、

當初より單に限られたる量に於いてのみ期待せられ得る種類の甜菜種子を注文したる場合には、此の買主の間に一箇の利益共同關係が存在するものと看做して居る。買主達は此の種子が其の賣主の畝に於いてのみ取得せられたことを知悉して居た。随つて彼等は、不作の場合には、彼等の凡てが其の注文しただけの量を得ることが出来ないことを覺悟しなければならなかつた。

第二民事部は、之に對して次の如き解決を與へて居る。即ち、若し當面の事案に於けるが如く一九一一年の不作が不可抗力に依つて惹起せられたるときは、買主に對する不十分なる供給の危険は、之を賣主の責任に歸することを得ないといふのである。勿論賣主は、其の當然期待することを得なかつたが故に、賣主は、第二民事部の判決に従へば、一九一一年に於いて實際に收穫したる種子を、注文せらるる重量に應じて數人の買主の間に按分する權利を有するのである。

裁判所が、危険負擔の思想を適用して居ることは正當である。裁判所は、收穫の良否が賣主に依つて左右せらるること能はざる限りに於いて、賣主を不作の危険より解放して居る。そこで裁判所は、斯の如く人間の力を以て如何ともすること能はざる危険を賣主の全體に負擔せしむることに依つて、彼等を、一箇の利益共同關係であると同時に亦、一箇の危険共同關係（*Gefahrgemeinschaft*）でもあるところの一團體に集括するのである。斯種の危険共同關係は、此の外にも亦、多數の利害關係人が彼等の中の何人も之を支配することを得ざる共同の危険に依つて脅かさるる場合に屢々認めらるるとこ

るである。但だ此の危険共同關係の包括する範圍に、廣狹の差あることは、組合、大共同海損、相互保險、多數の關係保險者が危険共同關係に包括せらるる重複保險の場合、若くは多數の共同運送人又は其の他の連帶債務者の内部的關係等に於ける其の個々の適用の場合が之を明示するが如くである。

同様な事實及利益の状態が、例へば穀物の如く互に混合して一箇の集合貯藏物 (Sammellager) を爲すものを受寄物とする多數の寄託者 (倉庫營業の場合に於ける) の間にも亦、一箇の利益及危険共同關係を發生せしめる。斯くの如くにして綜合せられたる多數寄託者は、倉庫營業者が適當なる注意を用ゐたるも之を避くることを得ず、随つて商法第四百十七條の規定に依り第三百十九條第一項に従ひて其の責を負ふことを要せざる集合貯藏物の一切の滅失及毀損を共同に負擔しなければならぬ。例へば蒸發に因る重量滅失の如き之に屬する。随つて斯の如き避くべからざる滅失の場合に於いて、倉庫營業者は、寄託者の各個に重量滅失に比例して引渡量を減少することを妨げず、又集合貯藏物の部分的毀損の場合には、之に相應して各寄託者に、毀損したる物品と毀損を免れたる物品とを適當に配分することを得るは、大審院の裁判に依りても明かである (Holdsheim's Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Stener- und Stempel Fragen, 誌第一五號一〇五頁參照)。

相異なる多數の荷受人の肩書地に宛て、發送したる海外共同送荷が途中に於いて毀損又は減少し、しかも運送人が之に對して責を負ふことを要せざる場合に對しても亦、右の解決が適用せられなければならない (詳へは、Andreas Harder, Die übergeseitige Sammelendung — 一九二三年刊五二頁以下參照)。

一箇の繼續的利益共同關係が存在するといふ單なる事實よりして、第三民事部は、一九一八年二月十二日附判決 (大審院判決集民事篇第九二卷二〇二頁以下所載) を以て、若し此の利益共同體の關係者の一人が其の契約義務に違反するならば、そこに報告義務が存在するものであるといふ結論を抽出して居る。

第二民事部は、一九一八年十一月五日附判決 (大審院判決集民事篇第九四卷一〇六頁以下所載) に於いて、或一人の匿名組合員が、著しく業務執行に關與して之に影響を與へたる場合には、此の匿名組合員は之に因りて生じたる企業價格に於ける一定の配當分を有する者であると大膽に宣告して居る (Recht, 誌一九二四年卷一〇五頁 B. Nr. 3 所載、大審院判決も同様である)。同民事部が、匿名者は營業持主と權利共同關係に立たずとする、より多く形式的なる思考を一蹴したことは正當である。勿論裁判所は、之に依つて既に最も古き法律に於いて一般に認められた、價值を創造することは、權利を取得することを意味するとする思想を表現するものであること、竝に獨り此の思想のみが其の判決を正當化するものであることに想到して居ない。併し乍ら吾人は、研究が尙ほ未だ殆んど進められて居ない此の關係が、やがて裁判官に依つて闡明せらるべきことを期待し得ないであらうか？

契約外責任關係の判斷に際しての利益法學の長所を明示する例證は枚舉に遑が無いが、今單に其の

一として、第一民事部の一九一二年一月十三日附判決（大審院判決集民事篇第七六卷一七六頁所載）を引用することとする。此の判決は、一隻の海洋汽船を自由なる水路に曳き出だす際に、他の船に損害を興へたといふ、珍らしからざる事件に關するものである。斯かる場合には、海洋汽船が航行の指導を留保し、曳船には單に極めて僅少なる獨自の運動自由が残されて居るに過ぎないことを常とする。從來ドイツの裁判は、『曳船は曳かるる船の奴僕なり』（The tug is the servant of the tow）とするイギリスの格言の影響を受け、假令過失が曳船の乗組員に在りたる場合と雖も、曳かるる海洋汽船の所有者に責任ありと宣告し、しかも之に對して曳船は、船體外に移されたる海洋汽船の機關なりといふ、寧ろ譬喩的にして内容の正確を缺きたる常套語に依據するの外、毫も人をして首肯せしむるに足るほどの理由説明を提示することが無かつた。然るに第一民事部は、前掲の判決に於いて、僅々數語を以て茲に終局的なる法律政策基礎づけを興へた。即ち同部は、控訴裁判所たるハムブルク控訴院の説を採用して、かの曳かるる海洋汽船を『同時に彼自身に依つて指導せらるる、危険なる企業の本來の擔當者』であるとした。之に依つて同部は、利益及危険状態よりして十分なる理由説明を興へて居る。即ち海洋汽船は、それが他人に對する危険發生の利害關係人なるが故に、且つそれが、曳船の指導者として後者より生ずる危険を左右する者なるが故に責任を負はなければならないのである。

かくして大審院は、民法第八百三十三條及自動車法（Kraftfahrzeuggesetz）第七條に依る、動物占有者及自動車保持者の契約外責任の問題に於いて其の採りたるところと同一なる立場に到達して居る。此の立場に於いて大審院は、動物占有者を『動物の危険なる使用に於いて自己の特別な利益を求むる者』、『自己の利益の爲めに他人を動物より生ずる危険に暴らす』者にして、且つ同時に『動物に對する支配力』を、隨つて亦、動物に基因する危険に對する支配力を有する者と看做して居る（例へば、一九〇五年十一月二十日附判決——大審院判決集民事篇第六二卷八三頁以下所載——に示されたる第四民事部の立場、並に同第六六卷四頁に於ける利益状態に關する同部の立場も亦同様である）。同様に、第六民事部の判決に従へば、自動車の保持者は、自己の利益の爲めに之を使用し、且つ之に對する處分權（Verfügungsgewalt）を有する者である（大審院判決集民事篇第八七卷一四七頁、第九一巻二七〇頁及三〇四頁所載判決參照）。

商標權の保護も亦、大審院は同様に利益状態に遡及しつつ、終始一貫其の判決に於いて之を認め（就中、大審院判決集第九七卷九五頁、第一〇一巻三七四頁、第一一二巻一九五頁、第一一二巻一六二頁、第一一四巻三六三頁參照）。之に反して保護商標及保護標章（Abwehr- od. Defensivzeichen und Abwehrwappenverzeichnissen）、竝に、豫防商標、及豫防標章（Vorratszeichen und Vorratswappenverzeichnissen）に對しては、單に此等の要求に保護を興ふべき理由ある場合にのみ之を約束して居る。

親族法の領域に於いては、第七民事部が、一九〇九年十月二十六日附判決（大審院判決集民事篇第七二巻一二八頁以下所載）に於いて、其の事件の問題となつて居る利益の精密なる考量を判決の根柢とした。同民事部は、右の判決に於いて、或る夫が其の妻を離婚したる後、向後其の兒女の監護及教育に當つて妻の助力を缺かなければならなかつたことに對して、姦夫より損害賠償を請求することを得ると信じた

ることを、其の理由無しとして却けた。先に控訴裁判所は、訴へられたる姦夫が、刑法第七十二條の罰則 (Strafornis) に違反したる者なるが故に、事實に於いて民法第八百二十三條第二項に依り、他人の保護を目的とする法律に反したるの理由を以て損害賠償の義務を負はなければならないと認定した。然るに第七民事部は、刑法に依つて保護せらるる利益に對する此の判決の考量が適切にあらざることと證明して居る。今同民事部の説明の中に、單に此處に關係ある一節のみを引用すれば、刑法が姦通に刑罰を科するは、婚姻關係其自身、即ち道德的、竝に高き人的利益を其の保護の下に置かんと欲するものにして、決して民法第八百二十三條第二項の規定が其の目的とするところより觀て唯一に之を眼中に置き之を豫想するが如き、單なる經濟的財貨を保護せんと欲するものにあらず云々といふのである。

更に、大審院の剴切なる婚姻法上の一判決を引用して、利益法學が親族法に取つて如何に缺くべからざるものなるかを明かにしよう。此の一例を特に追加する所以は、大審院自身が、判決集第一〇二卷二七四頁所載の判決に於いて示したる、利益法學への意義深き、意識的なる歸依——尙ほ此のことについて後段に於いて再び述ぶるところがあるであらう——に於いて、此の判決方法を初めて専ら財産法に局限したからである。

或る夫が、彼に依つて告訴せられたる者の依然として彼、告訴人の妻と不倫の關係を續行したることを主張し、此の關係の停止を訴求した。第六民事部は、一九〇九年四月二十二日附判決(大審院判決

集民事部第七一卷八五頁以下所載)に於いて、此の注目すべき訴を却下した。同部の引用したる理由は、抑も法律が婚姻の承認と共に之に保護を供與する高き道德的利益は、物質的利益の主張を主眼として裁判せられて居る訴訟手續に於いて、即ち通常の民事訴訟に於いて之を追求することを得ず、専ら、此の極めて微妙なる人的利益に對しても十分に行き届きたる考慮を保障して居る民事訴訟法第六百六條以下の特別なる婚姻訴訟手續に於いてのみ追求せられ得るといふに在つた。即ち刑法第七十二條の引用に依つて支持せらるる同部の見解に従ひても亦、婚姻關係及其の道德的價値の維持の爲めには、直接に婚姻の解消が訴求せられざる限り、婚姻關係の此の最も痛切なる一面に關する一切の裁判上の審理は之を見合はせなければならぬ。

意思表示及契約の解釋に當りても亦、最高裁判所は利益狀態の検討と考量とに依りて、法律狀態の一段と深き認識に到達して居る。大審院は極めて一般的に、契約は『一當事者又は相手方の一方的利益竝に單なる内面的意思に依りて之を解釋することを許さず』一に『當事者双方の利益竝に其の表示したる契約意思を考慮して』之を解釋することを要すといふ要求を提出して居る(例へば大審院判決集民事部第七九卷四三八頁所載、一九二二年六月二十五日附第二民事部判決、同第八八卷四一六頁及第八九卷六頁以下所載第六民事部及第三民事部判決)。大審院の言ふところが、極めて平易卑近なるが如くにして其の實決して然らざることは、爾後も依然として此の要求に牴觸する者の跡を絶たざるに見て明かである。多くの決定が暗黙に合意せられたるものなるかの如くに、裁判官又は法律學者に依つて、毫も當事者双方の利益の検討

及闡明無しに、否應無く當事者に押し付けらるることは、たしかに日常の現象である。更に大審院の言ふところは、かの民法第五百七十七條に對する單に感情にのみ依頼せんとする法律的解釋原則以上のものである。第一民事部に至つては更に一步を進め、其の一九一七年一月十三日附判決（大審院判決集第八九卷三二九頁所載）に於いて、船荷證券の解釋に對し、直接に『双方の利益の間に於ける仲介』を要求して居る。此の場合に於ける裁判官は常に利益の三種類のみを考慮することを要することとなつて居るが、此の三種類の利益については次頁に於いて言及せらるるであらう。

斯くの如く、利益状態の觀察を根柢とする解釋の劃切なる適用は、大審院自身が、一九〇六年十一月二十三日附判決（大審院判決集第六四卷三三〇頁）に於いて之を示して居る。此處で第二民事部は、保證の約束か將た又、謂はゆる重疊的債務引受（Die kumulative Schuldübernahme）かを決定すべき一箇の手懸を提供した。由來此の兩者を確實に區別することは極めて困難である。といふのは、單に保證の約束のみが民法第七百六十六條に依りて書面の方式に依ることを要するものとせられて居り、隨つて單に口頭を以て保證の意思表示を興へたるのみにては無効であり、之に反して債務引受には此の規定が適用せられざるが故である。然るに第二民事部は、此の場合に利益状態に於ける相違が、一個の客觀的標識を興ふると判決した、さうして大審院判決集第七一卷一一七頁所載判決も亦、此の見解を固執して居る。（尙同第六八卷二二九頁以下をも參照）

即ち、債務引受に在りては、債務に加入する者が債務の存續又は辨濟を以て自己の利益とし、保證

人には此の事が無いといふことが、兩者の區別の客觀的標識である。

最近大審院は、或る契約締結の基礎を爲す利益に對する考慮を、強制的契約（*illicite Vertrag*）の場合に於ける契約の解釋に際して、最も眞面目に取扱つて居る。大審院は斷乎たる態度を以て、發言の權利を失ひたる側の當事者の利益に多大なる顧慮を興へた。從來判事は、單なる契約の解釋に依つて、契約に約束せらるる當事者の利益を擁護する自由を有すること極めて少いと信じて居た。大體に於いて判事は、不明なる若くは疑はしき箇所生じたる場合に限り、其の契約の文言を作成したる、隨つて不明瞭の箇所を生ぜしむると否とは一に其の力を以て之を左右することを得たる、強者側當事者に對して不利に之を解釋するに止まらなければならなかつた。（最近に至り再び第六民事部が、一九二四年三月四日附判決——大審院判決集第一〇八卷一一二頁所載——に於いて、第一民事部が一九二七年二月二十三日附判決——同第一一六卷二一五頁所載——及一九二七年三月十一日判決——同第一一六卷二七六頁所載其の他——に於いて此の立場に復歸した）。然るに第一民事部は、一九二〇年二月七日附判決（大審院判決集第九八卷二二三頁以下所載）に於いて、從來よりも遙に勇敢に、服従者側當事者の利益に對して考慮を興へた。此の判決に現はれた事件には、數多の曳船業者が、彼等の指圖したる條件に於いて、被曳船の所有者に對し、損害賠償請求を提出せんとする場合には四十八時間の除斥期間を守るべきことを強要して居た。之に對して第一民事部は干渉して曰く、斯くの如く峻苛なる規定は、曳船業者が之に依りて『其の契約の相手方の權利又は利益を殺滅せん』と欲し、しかも『公平と

取引の慣習とに依りて承認せられたる彼等自身の利益は毫も危くせらるること無し』と信じたるに因りたるものと考ふることが出来ない。寧ろ『彼等は斯かる條件の設定に當り、相手方の正當なる利益を斟酌せんと欲したることを豫想』すべきである云々。かくて同判決部は、此の事件を更に一段と客觀的立場の下に置き、斯かる苛酷なる指圖の規定は、之を指圖したる者の『正當の理由ある利益』に適合する『限に於いてのみ是認せられ得る』と附言し、さうして最後に其の説を結んで曰く、然らざれば、『純然たる形式主義的にして且つ取引上の信義誠實に反する方法に於いて、船の所有者の正當なる權利をすら倒壊せしめんが爲め的手段が之に依つて強者側當事者に提供せらるるであらう云々。

更に、或る權力地位 (Machtstellung) が、其の團結に依りて獲得せられたると若くは其の他の經濟的又は組織的優越に因りて獲得せられたることを問はず、強度に利用せらるる場合、特に斯かる地位の保有者が之に依りて自己の過失竝に指導的使用人の過失に對する一切の責任を回避するの舉に出でたる場合に、大審院が近來の判決に於いて、あらゆる斯種の合意を、善良なる風俗に反するの故を以て無効に歸せしめたることを附け加ふれば (大審院判決集民事篇第一〇二卷三七七頁、第一〇三卷八三頁以下、第一〇六卷三八八頁、第一九五卷二一九頁以下、並に、J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten、誌第七九卷一〇一號參照)、吾が最高法術の裁判官が、發言の權利を失ひたる當事者の利益を庇護せんが爲めに、全力を傾倒して遺漏無かりしことを窺ふに足るのである。之に依つて獨り法律發展の爲めに新しき途が拓かれたのみではない。それは亦、ドイツの裁判官の勇敢なる社會的行動でもあつた!

之と同時に、當初殆んど人の目に著かないことで吾人の注意に値するものがある。それは、第一民事部が、強制的契約と雖も、強者たる當事者の側に於ける『公平及取引上の慣習に依つて承認せられたる利益』が要求するところのもの以上に出づることを得ずと確言して居ることである。之に依つて同民事部は、民法が第八百二十三條第一項及第二項に於いて相互對立せしめて居るに拘はらず、尙ほ未だ世人に依つて殆んど注意せられざる二種の大なる利益集團に、第三の一集團を附加した。かくして法律が専ら問題として之に保護を興ふべき利益の範圍は、合計して次の三集團を包容するものである。即ち、

一、主觀的、絶對的法 (Subjektive absolute Rechte——權利) の目的となりたる利益 (民法第八百二十三條第一項)

二、一般的、客觀的法律 (Allgemeines objektives Gesetz) の保護の中に攝取せらるる利益 (民法第八百二十三條第二項)、及最後に、

三、少くとも公平及取引上の慣習 (Die Billigkeit und Verkehrssitte) が之を承認する利益 (前掲大審院判決集民事篇第九八卷一二三頁)

かのインフレーション時代は、發見せられたる利益を規準とする契約解釋の領域に於いて、かの一躍して有名となつた一九二〇年九月二十一日附第三民事部判決 (大審院判決集民事篇第一〇〇卷一二九頁以下

所載)を生ぜしめた。此の判決に於いて裁判官は、既存の恆久關係が、其の規準たる事情の根本的變動に因り——此の判決の當面の場合に於いては、ドイツ貨幣の價格崩落に因り——土崩互壞したる場合には、現行法律に拘はらず自ら法律を制定しつつ之に干渉し、さうして此の變動に依りて破られたる『双方利益の均衡』を更めて誘致するの權利を有するものであると宣言した(同一三三頁)。

一般的なる概念標識(定義)を與ふることは、裁判の事とすべきところではない。それ故に大審院も亦、多く第十九世紀の定義慾に感染しなかつた。なるほど吾人が、直に大審院判決集民事篇第一卷に於いて、其の二五二頁に、鐵道の概念について、それが凡そ定義といふものの傑作として爾來日刊新聞にも普及するに至つた、かの周到を極めたる敘述を見出すことは事實である。併し乍ら此の敘述には二つの注目すべき認識が其の根柢に横はつて居ることを看過してはならない。即ち其の一は、それが鐵道の概念を、單に國義務法(Das Reichshaftpflichtgesetz)の意味に於いてのみ特徴づけて居る點に於いて、概念といふものが元來相對的のものであるといふ認識を表現して居ることであり、第二は、或る法律上の概念の妥當範圍は、其の法律の目的よりして之を推定しなければならぬといふことの完全なる理解を表現して居ることである。

此の定義の父、第一民事部は、其の言ふが如く、明言的に法律の『文言』を『法律の目的と』結び付けて居る。且つ又、軌道經營の特殊の危険、軌條と不可避的に結び付けらるる一箇の大なる力の喚起が、『鐵道』といふ概念の妥當範圍に對する規準となるものであることを認識して居る。同一の道

程に依つて就中第四民事部が、大審院判決集民事篇第六二卷八〇頁以下所載判決に於いて、民法第八百三十三條の意味に於ける『動物占有者』について、先に引用したるが如き定義に到達した。

同様に第七民事部は、一九〇四年六月二十八日附判決(大審院判決集民事篇第五八卷三四二頁所載)に於て次の如く斷言して居る。曰く、民法は經濟的考慮に基きて、同體的構成部分(Wesentliche Bestandteile)と非同體的構成部分(Nichtwesentliche Bestandteile)とを區別する。民法が、同體的構成部分は特別な權利の目的と爲ることを得ずと規定して居るのは、經濟的價値の無益なる破壊を豫防せんと欲するものである云々。随つて或る一箇の構成部分をして一箇の同體的構成部分たらしむる要件の解釋に當つては、民法第九十三條の規定の此の目的を併せて考慮することを要すると、此の判決部は結んで居る。

一層明確に同一の思想を代表するものは、第五民事部の一九〇二年二月十三日附判決(大審院判決集民事篇第五〇卷二〇七頁所載)である。『精神病』(Geisteskrankheit)の概念を、民法第六條第一號、同第百四條第二號第三號及第百十四條の意味に於ける『心神耗弱』(Geisteschwäche)の概念より區別せんが爲めに、右の判決は、言語的若くは醫學的考量の如きものに依倚せずして、此處でも同様に其の規準的規定の目的といふことより出發して居る。此の場合に於ける民法の立場は單に財産上の利益を對象とするものであるが、第五民事部は此の立場を踏襲して、『當該病弱者の思考、意欲及行爲がその精神力の障礙に影響せられて』同人が幼兒の如く全然行爲能力を缺くか、將た又、滿七歳に達した

る未成年者に見るが如く單に限られたる行爲能力を有するに止まるかといふことが決定的であると看做し、随つて、或る精神異常者を、精神病者と看做すべきか若くは前記の各規定の意味に於ける心神耗弱者と看做すべきかにつきては、同人の行爲上の洞察力の程度を以て標準としなければならないと爲して居る。

鑛山所有權の定義に當りて、第五民事部は、一九一五年九月十八日附判決（大審院判決集民事部第八七卷三九二頁以下所載）に於いて、此の權利を目して、それが全般の民營鑛山に對する基礎を提供するものなるに拘はらず、單に『警察處分に依り何等の賠償を須めずして之を制限し得るのみならず、之を沒收することすら可能なる一箇の權利』に過ぎずと爲したる從來の通念を否定した、同部は、先に規準的プロイセン立法の生立史より生じたる諸般の疑義を確乎たる理由に依りて一掃した、さうして鑛山所有權の現今の經濟的意義を規準的なものと觀察した。随つて同部は、鑛山所有權を以て、『一切の他の私權と等しく、獨り他の市民に對してのみならず國家に對しても亦自己の地位を主張し得る、確乎として獨立せる一私權』と爲し、さうして之に依つて再び眞に本來の歴史的發展と合致するに至つた。蓋し、此の點に於いてプロイセンの立法が模範として採つた一八一〇年ナポレオン鑛山法（Code des mines de Napoleon）は是より先既に、鑛山所有權を斯くの如き確乎たる權利に築き上げ、之を土地所有權と同列に置き、且つ之と共に鑛山業者の爲め、土地信用の金融資源を開いたからである。かくして近來の幾多の判決が一層密接に實生活と結び付けられ、新らしき生命を以て満たされた。

第三民事部自身が、意識的、計画的なる宣言を以て、判事が實生活と彼に迫り來る實生活上の利益とに對して有する新しき態度の例證を示したことは、眞實に對する感覺をしかく活潑ならしむる此の精神の助長と普及との爲め慶すべきことである。即ち同部が一九二〇年六月二十二日附判決（大審院判決集民事部第九卷三三四頁所載）に於いて、判事に對し『法律家的解釋に先ちて人生の諸般の眞實と事實の力とを考慮することを要す』ることを諭したるが如き、是れである。同様に同民事部は、一九二〇年九月二十一日附判決（大審院判決集民事部第一〇〇卷一三三頁所載）に於いても『判事の第一且つ至上の任務は……其の裁判に於いて、人生の拒否すべからざる要求に適合し、此の關係に於いて實生活の經驗の指導するところに恪遵するに在り』と宣言して居る。

同民事部は更に一九二一年六月七日附判決（大審院判決集民事部第一〇二卷二七四頁所載）に於いて、財産法の領域につき一層明確に利益法學の立場に歸依して居る。

同所に曰く、『此の領域に於ける裁判』に當りては、『……第一に經濟的利益を考慮せざるべからず、法律は苟も可能なる限り、彈力性を以て此の利益に順應することを要す。獨り斯くの如くにしてのみ、裁判は克く其の眞正なる任務即ち實生活、換言すれば人生の需要と人生の要求（Lebensbedürfnis und Lebensanforderung）とに奉仕するの任務を完うすることを得べし』云々。

然らば、斯くの如き利益法學への決定的なる歸信に依つて何物が收穫せらるるであらうか？

固より裁判所は、既に従前より屢々、利益狀態を彼等の判決の出發點とした。殊に、例へば就中民

法の第五條、第三十六條、第二百八十條第二項、第二百八十六條第二項、第三百二十五條第一項、第三百二十六條第一項及第二項、第三百四十三條、第三百六十八條、第四百六十八條、第六百三十四條第二項其の他に於けるが如く、法律自身が明言的に利益状態を指示し、判決をして此の利益状態の性質に依倚せしむる場合に於て一層さうであつた。さうして同一の事が法律研究の態度についても謂はれ得る。それは例へば、被保険人の利益が明確に保険保護 (Versicherungsschutz) 及 保険契約の目的であり、且つ此の利益を脅かす危険と結合して、反對給付即ち保険料の尺度と爲つて居る損害保険の領域に於いては、他の方法に依りては到底考へられ得ざるところである。

併し乍ら、苟も科學的に觀察し科學的に思考することを解するほどの者は、何人も、單に時々、且つ其の程度に差こそあれ畢竟偶然に、恐らくは卒如として觸目する關係に於いて、若干の現象を觀察し、さうして法律の發展に對する之が影響効果を追究することと、之に屬するあらゆる個々現象の總括が、計畫的に且つ一定の意圖を以て行はるることとが、如何に徹頭徹尾相異なるものであるかを知悉するに違無い。獨り後者の場合に於いてのみ、初めて秩序立てられたる科學的觀察と思考とのあらゆる利益が其の價値を發揮することを得るのである。

最高法衙の裁判官の職務に取つては、更に他の一進歩が之に伴つて生ずる。即ち裁判官は之に依つて、其の第二の任務を完うし、最も微妙にして最も高き人生の要求と人生の價値とに對する一層深き認識を以て、法律を補完し、法律の思想的内容を豊富にすることを可能ならしめられる。たしかに吾が

ドイツの裁判官は、嘗ては餘りにも狹隘なる教理に束縛せられ、往々にして餘りにも甚しく制抑せられたるが爲め、かの第十九世紀の後半吾國に於いて主流的であつた教理を以て、雷に實際に於いてのみならず、亦教理に於いてすらも、生命に屬するものを生命に還すことを一も二も無く拒絶して居た。如實に之を示すものは、裁判官よりして要求せらるるものが決して、新しき法律形態の創造的構築といふが如き大袈裟なるものではなく、單に營利生活の稍々低劣なる精神の警察的防止に過ぎざる場合、即ち、不正競争の抑遏の領域に於いてすら、ドイツはフランスの裁判官が夙に彼れの民法 (Code civil) の自由なる補完に於いて、獨力を以て創造したるところのものを、漸く事々しき立法の方法に依りてフランスより輸入しなげなかつた事實である。

ドイツ裁判官の斯くの如き態度を、吾人が同文同種のオーストリアに於いて得たる一經驗が、其の外國の同僚との對照に於いて一層強烈に暴露して居る。(ナツイアスキー編纂——『ドイツ國家法學協會叢書』——Nawasky, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler——第三號二六頁、一九二五年刊參照)。オーストリア人が、其の一七八一年一般裁判法 (Die Allgemeine Gerichtsordnung) に規定する、舊式にして極めて繁瑣緩漫なる書面訴訟手續を廢止し、他の諸國に於いて遂げられたる進歩に追隨せんと欲したるとき、彼等の眼に映じたものは、時代のあらゆる要求に適合したる手續を有するベルギーであつた。人々が此の模範的の手續の法律的基础を検討するに及んで、何ぞ圖らんそれは、オーストリア自身に於いて有したると全然同一なるもの、即ちベルギー人がオーストリアに從屬したりし時代より此方、

規準的法律として彼等の間に残存したる、かの一七八一年一般裁判法に外ならざることが明かにせられた。即ちベルギーの裁判官に取つては、同一の出發點を以てして優にかくの如く極めて現代的なる訴訟手續を創造するに足りたのである。

若し、或る法律形態と其の基礎を爲す利益との間に於ける關係の觀察が、吾人に取つて夙に、自明なるものであつたならば、幾多の問題——其の或るものは今日も尙ほ依然として、吾人の餘りにも偏狭に、形式的論理に拘泥して能事畢矣とする解釋論に無数の征服すべからざる困難を興へつつある問題も亦、一層簡單且つ明瞭に解答せられ得たであらう。事實に於いて此等の問題は、此の點に於いて餘りにも皮想的に築き上げられて居る法律體系が、相當なる程度まで改造せらるる場合にのみ之を解決することを得るものである。

それ故に、數十年來、裁判が一般的取消權に對して飽くまで固執したる、社團及組合法 (Verains- und Gesellschaftsrecht) に於ける關與意思表示の取消不可能性の如きも、獨り利益狀態といふことよりしてのみ之を是認することが出来るものである。蓋し、かかる意思表示の取消を許容せず、一旦發生したる株式會社の株主が、詐欺等を理由として彼等の加入意思表示を取消したるが爲め、會社が再び其の根源より破壊解散せらるることを忍び得ざるものは、一に社團及組合の債權者の利益に外ならぬ。此の取消不可能性を初めて認めたるプロイセン最高法院 (Das Obergericht) は、一八六二年二月十三日附判決 (Sachhost Archiv 第四六卷二二〇頁所載) に於いて、既に此の社團債權者の利益を以て規

準的判決理由と爲した、さうして國高等商事裁判所 (Das Reichsoberhandelsgericht) は、一八七六年

四月十一日附判決 (判決集第二〇卷二七〇頁以下所載) に於いて同一の事をもう一度判然と確言した。

それにも拘はらず、此の認識は再び行方不明になつた、若くは行方不明とまでは及ばなかつたとしても、それは最近に至つて初めて、利益法學助成運動の影響の下に、第一民事部に依り、一九〇九年四月二十八日附判決 (大審院判決集民事篇第七二卷九頁所載) に於いて再び日の目を見せられたほどに、深く蔽ひ隠されて居た。

若し、斯かる株式引受申込及關與の意思表示に於けるあらゆる内面的關係は、利益狀態の影響の下に、局外の社團債權者に對して、退却しなければならぬといふことが、確立せられたる認識であつたならば、人々は逸早く此の現象の普遍的有效性をも認識したであらう、さうして就中、有價證券法への橋を疾く既に架け了つたであらう。蓋し此の法域に在りては、流通證券の場合に同一の利益狀態が同一の法律形態を發生せしめて居るからである (尙ほ詳細は、Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 誌第一卷五六七頁以下所載、Kundgebungen in fremden Interessensbereich に關する拙稿參照)。

吾人が尙ほ社團法に徂徊せんと欲するならば、吾人は次の事實を見出だすであらう。それは權利能力を取得したる、或る社團が、其の前身社團 (Vorverein) に依り設立中に造り出だされたる法律上の地位に移行する場合に關するものである。第一民事部は當初、一八九七年二月二十七日附判決 (大審院判決集民事篇第三九卷二九頁所載) に於いて、諸種の契約より生じたる權利及義務を説明せんが爲めに、此の

移行は、此の場合に権利能力ある社團が後日に至り前身社團の地位に移行すべきことが暗黙の裡に第三契約締結者との間に合意せられて居ることに基因するものであるとして問題を解決せんと欲した。後年に至つて初めて此の不十分なる——絶対的權利への移行の説明とは爲り得ざる——解釋が放棄せられた。爾來會社は全體の創立段階を通じて終始同一のものであり、單に法律上の形式が變化するに過ぎないといふことが認識せられた。(前に引用せられたる大審院判決集民事篇第八二卷二九〇頁所載、第二民事部判決參照)。若くは第六民事部が一九一四年七月十一日附判決(同第八五卷二五九頁所載)に於いて述べたるが如く、新に権利能力を取得したる社團は、既存の法律的構成體を繼續するものであると認められた。併し乍ら吾人が既に述べたるが如く、判事が此の移行の理由を、前身たる組合と後身たる権利能力ある社團とが單に相異なる法律形式に於いて之に奉仕するといふに過ぎざる利益の同一性、竝に、利益の同一性は法律上の單一性を伴ふといふ認識の中に求めたならば、それは一層簡單に、しかも一層割切に發見せられたであらう。かくすれば、吾人が、大審院判決集民事篇第八三卷三三七頁、第一〇五卷二二九頁所載判決に於いて見るが如き、新に権利能力を取得したる社團の移行は、専ら社團の設立の爲めに必要な取引及法律行為に限定せらるべしとする、狹隘に失したる見解も亦避けられたであらう。同様に清算の状態に在る社團の行動自由に對して、商法第四百四十九條第二段、第六十條第二項、第二百九十八條第一項、第三百二十條第二項に於ける法規の加ふる束縛も亦、裁判(國高等商事裁判所判決集第二二卷三〇八頁參照)に依りて訂正除去せられなければならなかつたものである。

利益の同一性は亦、一人會社(Einhandlungsgesellschaft)の唯一社員と會社自身との間に於ける法律上の單一性の推定を強要する。このことはアメリカの法律に於いて廣く承認せられて居る(William W. Cook, the principles of corporation law——一九二五年刊三二二頁以下參照)。ドイツ法の爲めには、ルドルフ・イザイ(Rudolf Isay)其の他の諸家に依つて代表せらるる『單一性説』(Einheitlichkeitstheorie)が、之を目標として進んで居る(Haasman, Die Tochtergesellschaft——一九三三年刊、二六頁以下參照)。ドイツの裁判は、此の方面に於いて尙ほ未だ十分に、利益状態への順應を示して居ない。随つて大審院は當初の間此の立場を自家藥籠中のものとする事が出来なかつた(大審院判決集民事篇第八五卷三八二頁以下、第八七卷二五頁、第九二卷七八頁以下所載判決參照)。さうして、大審院が結果に於いては明かに斯くの如く判決したる後も——例へば、同第一一四卷六八頁以下所載、一九二六年六月十日附第四民事部判決の如し——之に對して十分に人を首肯せしむるに足る理由説明が與へられなかつた(尙ほ大審院判決集民事篇第九九卷二三四頁所載の注目すべき判決參照)。

第二民事部が、或る有限責任會社の社員持分全部の賣渡を以て、會社の企業其のものの賣渡と看做すといふ決斷を下すまでに頗る難色を示したことも亦、之と對應する。吾人は此の目標に到る道筋を、純然たる形式に拘泥したる一九一五年一月二十六日附判決(大審院判決集民事篇第八六卷一四八頁以下所載)より、實生活に即したる一九二〇年三月十六日附判決(同第九八卷二八九頁所載)を経て、正確に賣渡の經濟的目的に照準を合はせたる一九二八年三月九日附判決(同第二二〇卷二八六頁以下所載)に至るまで明瞭

に辿ることが出来る。

利益法學が尙ほ端緒の域に在ることは、社員、の利益と社員、の權利との間に於ける不可離なる關係が殆んど注目せられざることに徴しても明かである。それ故に大審院も亦、有限責任會社法第十五條第三項、特に第四項の方式規定の要求を満たすことが出来なかつた。第二民事部の一九一二年九月二十七日附判決（大審院判決集民事篇第八〇卷九九頁所載）は、有限責任會社の社員、の利益の確立を計ると同時に、亦、其の全團體の結束と、延いては會社生活全般の健全化とを庶幾する此の方式規定の目的が認識せられなかつたことを示して居る（詳細は、拙著『商法』三四二頁以下に論せられて居る）。

若し社員、の利益と社員、の權利との間に於ける此の關係が、吾が學界の共有物であつたならば、大審院も亦、最近再び第二民事部が、一九二七年十一月四日附判決（大審院判決集民事篇第一一八卷三三〇頁所載。此の方向に於ける大審院の同様な判決の他の例證は、同三三二頁參照）に於いて爲したるが如く、しかく輕卒に、議決權の行使の爲めにする、謂はゆる株式、の資格移轉（Die Legitimationsübertragung von Aktien）の許容性を承認しなかつたであらう。如何となれば、元來社員、の利益の推動力（Triebkraft）は、議決權及其の行使を、會社の事業其のものの利益の方向に於いて推進すべきものなるに拘はらず、斯かる承認に依つて此の推動力か除却せらるるが故である。更に同民事部は、一九二七年九月十六日附判決（同第一一八卷九九頁所載）に於いて、議決權は専ら統一的にのみ之を行使することを得るといふ要求を表明して居るが、此の要求についても亦、社員、の利益と議決權との間に存する此の必然的關係よりし

て、十分に人を首肯せしむるに足る理由説明を求め得たであらう。

社員、の均等なる取扱の原則を適用するには、社團の獨自利益を尺度として社員、の行爲及取扱を計量しなければならぬ。或る一社員、の利益が、單なる多數決に因りて他の社員、の利益よりも強く累を蒙り、屈服を餘儀無くせらるることを忍び得るは、一に社團の獨自利益が之を必要とする場合に限るのである。同様に、社團が例へば事業整理等の場合に、果して凡ての社員、を均等の前提の下に置か否かを検討せんと欲する場合にも亦、社團の利益が尺度である。斯かる關係も亦、尙ほ未だ理論に依つては十二分に闡明せられて居ないが故に、大審院がかの幾多の異議を招きたる、判決集民事篇第五二卷二八七頁以下、第七六卷一五五頁以下及第八〇卷八一頁以下所載判決に到達したることも怪しむに足らない。此等の判決は、資本會社の整理の問題を取扱つて居るものであるが、此の場合、裁判所の専ら庇護を興へんとして居る、犠牲心なき株主が最も甚しく會社の利益を毀損する者であり斯かる社員が全企業を、解散と、之に伴なふ廣汎なる價値失墜との危険に曝らす者であることが、就中看過せられて居る（詳細は、拙著『商法』第二及三版二九六頁以下參照）。

然るに最近に至つて、利益状態が再び、實際上重要な問題に於いて其の面目を恢復した。問題は、株式會社の總會の決議が其の内容に因りて強制的法律に牴觸する場合、此の決議は、當初より無効（nullity）なるものなりや將た又、單に、取消し得べき（anfechtbar）ものたるに止まるやといふことである。大審院は、是より先 ヒュック（Hueck）が其の著『株式會社に於ける總會決議の取消及無

效』(Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften) 七〇頁(一九二四年刊)に於いて主張したる説に追隨して、其の侵犯せられたる法律規定が『第一次的に公の利益の爲めに』與へられたる場合に限り、無効を認定せんと欲して居る(例へば、第二民事部一九二七年九月十六日附、大審院判決集民事篇第一一八卷七二頁所載判決。尚ほ、Juristische Wochenschrift、誌一九二七年卷一六七七頁第三參照)。

社團法の領域に於ける大審院の如上の極めて僅少なる判決及態度表明に徴するも、實生活の要求の精確なる把握に照準を合せた裁判が、尙ほ未だ吾が最高法術の裁判のあらゆる分野に普ねく其の實を結ばしむるの域に達して居ないことが明かである。併し乍ら、理論的豫備作業の進捗が餘りにも少き以上、これ亦當然期待せられなければならないことである。同種の利益状態と之より生ずる法律形態との探究及比較といふことは、最も多望にして且つ最も刺戟に富む研究題目の一であるに拘はらず、尙ほ未だ殆んど其の緒に就いて居ない! 権利を創造する種々なる力と利益とにまで掘り下げて之を白日の下に置くことを須むずして尙ほ遺憾無く法を發見し、裁判を行ふことか出来るといふ觀念が、依然として沉く流布して居るが、之に反して何人も橋を架せんとするに當り、其のあらゆる部分に及ぼす重力の影響と使用せらるる建材の堅牢性及弾力性とを十分に確知することなしに克く目的を完うすることが出来るとは考へないであらう。

それ故に、吾人は大審院創設五十年紀念の此の目出度き回顧に際しても、決して此の前途多望なる

運動が尙ほ未だ端緒の域を脱せざることを忘るる者ではない。併し乍ら吾人は、大審院が僅々數十年の活動を以てして既に冷靜且つ毅然として、先導の任を併せて引受けたることの中に、此の運動が必ず祝福に満ちたる力にまで強化するであらうといふことに對する最善の保證を認むることを憚らな

5。

(一九二八年六月、完稿)

號數 年月 司法資料表題

第一號	大正〇、二	定型アル犯罪ノ調査(賭博編)	第一九號	大正三、四	獨逸國少年裁判所法草案及同理由書
第二號	〇、三	第二回國際少年保護會議議事錄	第二〇號	三、五	市加古少年裁判所ノ研究
第三號	二、一	國際刑事協會獨逸支部ニ於ケル保護 視察制度創設ニ關スル會議議事錄	第二一號	三、五	勞働裁判法ニ關スル獨逸國裁判官會 議事錄及評論(附)統一の勞働法 編纂委員會起草勞働裁判法私案
第四號	二、二	米國ノ家庭裁判所	第二二號	三、六	獨逸國ニ於ケル暴利取締法及活動ノ 實況
第五號	二、三	獨逸ニ於ケル檢事局及司法警察	第二三號	三、六	戰前ニ於ケル獨逸國ノ社會的立法 (附)丁抹ノ社會政策的立法概観
第六號	二、四	米國ニ於ケル少年裁判所ト社會	第二四號	三、七	獨逸國經營協議會法及關係法令集
第七號	二、五	第二回國際少年保護會議提出報告書 第一集	第二五號	三、七	獨逸國ニ於ケル賃率契約、勞働者及 使用人委員會並ニ勞働爭議ノ調停ニ 關スル法制(附)調停制度概観
第八號	二、六	英國及ラエ一のナノ警察	第二六號	三、八	獨逸國ニ於ケル住宅及移住制度(附) 英國ニ於ケル農業小作紛議仲裁ノ實 況
第九號	二、七	復讐ニ關スル佛國法令	第二七號	三、八	短期自由刑論
第一〇號	二、八	獨逸ニ於ケル調停手續ニ關スル規程 佛國戰時家賃法伊國小作契約法	第二八號	三、九	西班牙國假釋放ニ關スル法令集
第一一號	二、九	英國ノ判事及ますた論	第二九號	三、九	獨佛英ニ於ケル商工業者ニ關スル特 別裁判法制
第一二號	二、〇	英佛ノ辯護士法制	第三〇號	三、〇	獨逸國勞働裁判所法草案及理由書
第一三號	二、二	獨逸ノ辯護士法制	第三一號	三、〇	獨逸國少年裁判所法
第一四號	二、三	獨逸ニ於ケル監獄作業ノ經營並ニ管 理ニ關スル調査報告	第三二號	三、二	司法制度改良論
第一五號	三、一	辯護士倫理	第三三號	三、二	獨逸新經濟法
第一六號	三、二	獨逸國調停法草案及同理由書	第三四號	三、三	職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率 契約ニ關スル立法例(佛伊白蘭國之 部)
第一七號	三、三	英國監獄制度			
第一八號	三、四	獨逸國少年福利法草案同理由書及確 定法文			

第三五號 大正三、三 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例、埃國及瑞西之部

第三六號 〃 一、一 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例（丁抹瑞典諾威之部）

第三七號 〃 一、一 英國ニ於ケル略式刑事手續及寸こつとらんどニ於ケル刑事手續

第三八號 〃 一、二 佛國借家借地法

第三九號 〃 一、二 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例（英國、加奈陀之部）

第四〇號 〃 一、三、三 佛國監獄制度及同職員令

第四一號 〃 一、三、三 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例（南亞之部）

第四二號 〃 一、三、四 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例（澳洲之部）

第四三號 〃 一、三、四 職業組合、仲裁及仲裁裁判並ニ賃率契約ニ關スル立法例（米國之部）

第四四號 〃 一、三、五 英國法律生活概要及同國ノ刑事探訪制度

第四五號 〃 一、三、五 英國裁判所構成論（一、英國裁判官ノ地位（附）司法行政機關）

第四六號 〃 一、三、六 英國裁判所構成論（二、英國ニ於ケル起訴官廳及辯護士ノ地位）

第四七號 〃 一、三、六 瑞西辯護士法

第四八號 〃 一、三、七 露西亞事情

第四九號 大正三、七 米國ノ刑罰制度

第五〇號 〃 一、三、八 獨逸國民事訴訟改正律令

第五一號 〃 一、三、八 英國裁判所構成論（三、下級裁判所ノ部（其一）治安裁判所）

第五二號 〃 一、三、九 英國裁判所構成論（四、下級裁判所ノ部（其二）州裁判所及檢屍官裁判所ノ組織）

第五三號 〃 一、三、九 英國裁判所構成論（五、中央審トシテノ英國高等法院ノ組織及權限）

第五四號 〃 一、三、〇 佛國商事裁判制度

第五五號 〃 一、三、〇 獨逸國ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑事手續ニ關スル法令

第五六號 〃 一、三、二 英國裁判所構成論（六、地方審トシテノ英國高等法院及其他ノ上級裁判所ノ組織）

第五七號 〃 一、三、二 獨逸國勞務契約法草案及評論（附）佛國勞務法正文

第五八號 〃 一、三、二 米國少年裁判法

第五九號 〃 一、三、三 英國裁判所構成論（七、英國ニ於ケル非訟事件裁判所、特種裁判所及仲裁裁判所ノ組織（附）裁判所相互ノ關係）

第六〇號 〃 一、四、一 不定期刑言渡ノ制度

六一號 〃 一、四、一 改善不能性犯人ノ處遇

六二號 〃 一、四、二 英國刑事訴訟概観及巡回裁判所ニ於ケル訴訟記録

六三號 〃 一、四、二 北米合衆國裁判制度（一、聯邦司法省ノ組織、職制及裁判制度）

第六四號 大正四、三 獨逸國後見制度（前編）

第六五號 〃 一、四、三 獨逸國後見制度（後編）

第六六號 〃 一、四、四 刑ノ執行猶豫制度

第六七號 〃 一、四、四 假釋放

第六八號 〃 一、四、五 國際刑事學協會獨逸支部ニ於ケル行刑上ノ果進制度、宣誓セサル證人ノ處罰及ヒ不定期刑制度ニ關スル會議議事録

第六九號 〃 一、四、五 諸國ノ刑法草案

第七〇號 〃 一、四、六 英國司法警察論

七一號 〃 一、四、六 英國ニ於ケル少年犯罪者ニ對スル刑法上ノ處遇

七十二號 〃 一、四、七 司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所ノ實務（第一篇）

七三號 〃 一、四、七 英國陪審ノ組織資格選定召集等ニ關スル省取調委員會報告書（附）金山檢事宇野判事視察報告書

七四號 〃 一、四、八 漢堡ニ於ケル常設仲裁裁判所

七五號 〃 一、四、八 司法行政上ヨリ見タル普國區裁判所ノ實務（第二篇）

七六號 〃 一、四、九 獨逸國陪審裁判所記録（附）秋山檢事鈴木判事視察報告書

七七號 〃 一、四、九 刑罰ニ關スル制度（其一）

七八號 〃 一、四、〇 佛蘭西の政治組織（現代佛蘭西の政治、行政及ヒ司法制度の概観）

七九號 〃 一、四、二 一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書（總則篇）

第八〇號 大正四、三 刑罰ニ關スル制度（其二）

八一號 〃 一、五、一 北米合衆國の刑事裁判（其一）

八二號 〃 一、五、二 北米合衆國裁判制度（二、カリホルニヤ州ノ裁判制度）

八三號 〃 一、五、三 北米合衆國の刑事裁判（其二）

八四號 〃 一、五、四 一九二五年獨逸刑法草案並ニ理由書（各論篇）

八五號 〃 一、五、五 陪審制度視察報告書集（附）がるそん教授述陪審制度論

八六號 〃 一、五、五 刑罰に關する制度（其三）

八七號 〃 一、五、六 正義と貧民（其一）

八八號 〃 一、五、七 正義と貧民（其二）

八九號 〃 一、五、七 刑罰に關する制度（其四）

九〇號 〃 一、五、八 刑罰に關する制度（其五）

九一號 〃 一、五、八 英國に於ける警察裁判所

九二號 〃 一、五、九 司法行政上ヨリ見たる普國區裁判所の實務（第三篇）

九三號 〃 一、五、九 刑罰に關する制度（其六）完

九四號 〃 一、五、〇 英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷（其一）

九五號 〃 一、五、〇 諸外國に於ける辯護士制度概観

九六號 〃 一、五、二 歐洲諸國に於ける上訴制度

九七號 〃 一、五、二 佛國裁判制度 第一（治安裁判所の組織及權限）

第九八號	大正二五三	佛國裁判制度(地方裁判所、控訴院、大審院の組織及權限)
第九九號	二五三	國際行刑會議報告書集(一)
第一〇〇號	昭和三一	國際行刑會議報告書集(二)
第一〇一號	三二	公の秩序に對する犯罪に關する比較法制論(其一)
第一〇二號	三二	公の秩序に對する犯罪に關する比較法制論(其二)
第一〇三號	三二	英國陪審の組織資格選定召集等に關する省取調委員會報告書 第二卷(其二)
第一〇四號	三三	司法ニ關スル法制
第一〇五號	三三	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第四篇)
第一〇六號	三四	司法行政上より見たる普國區裁判所の實務(第五篇)完
第一〇七號	三四	保安處分
第一〇八號	三五	陪審裁判所に於ける發問(總則篇)
第一〇九號	三五	陪審裁判所に於ける發問(各論篇)
第一一〇號	三六	ケート・ウエブスター事件の陪審公判(英國著名裁判 其一)
第一一一號	三六	單獨判官と司法官制
第一一二號	三七	國際行刑會議報告書集(三)
第一一三號	三七	國際行刑會議報告書集(四)
第一一四號	三八	佛國刑事裁判所の組織及び司法警察
第一一五號	昭和三八	チエツコ・スロヴァキア共和國の刑法典草案及同理由書(總則篇)
第一一六號	三九	米國の勞働法制(上)
第一一七號	三九	米國の勞働法制(下)
第一一八號	三九	刑法草案集(瑞西一九一八年案、塊一九二二年案、伊一九二一年案)
第一一九號	三九	チエツコ・スロヴァキア共和國の刑法典草案及同理由書(各論篇)
第一二〇號	三九	佛國陪審に於ける發問の方式とその判例
第一二一號	三九	賭博に關する調査
第一二二號	三九	佛國の檢察制度
第一二三號	三九	フレデリック・バイウナータリス及エデイス・トムソン事件の陪審公判(英國著名裁判 其二)
第一二四號	三九	一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(總則篇)
第一二五號	三九	大逆罪に關する比較法制資料
第一二六號	三九	一九二七年獨逸刑法草案竝に理由書(各論篇)
第一二七號	三九	刑法改正に關する比較法制資料(前篇)
第一二八號	三九	刑法改正に關する比較法制資料(中、後篇)
第一二九號	三九	佛國裁判所の構成ニ關スル法令
第一三〇號	三九	米國裁判所の組織及び訴訟手續

第一三一號	昭和三九	ソヴィエト露西亞の法制(前篇)
第一三二號	三九	ソヴィエト露西亞の法制(後篇)
第一三三號	三九	限定責任能力者社會上危險なる精神病者及犯罪の常習飲酒者に對する處遇
第一三四號	三九	一九二七年伊太利刑法豫備草案
第一三五號	三九	治安判事論
第一三六號	三九	各國政府の報告に據る私生子の地位に關する研究
第一三七號	三九	刑の量定(前篇)
第一三八號	三九	刑の量定(後篇)
第一三九號	三九	佛に於ける家族制の變遷
第一四〇號	三九	陪審裁判手續に關する問(前篇)
第一四一號	三九	陪審裁判手續に關する問(後篇)
第一四二號	三九	德川禁令考後集(第一帙)
第一四三號	三九	獨逸司法制度(前篇)
第一四四號	三九	獨逸司法制度(後篇)
第一四五號	三九	ソヴィエト露西亞民法(前篇)
第一四六號	三九	ソヴィエト露西亞民法(後篇)
第一四七號	三九	アメリカ合衆國に於ける少年裁判所
第一四八號	三九	ソヴィエト露西亞刑法
第一四九號	三九	ソヴィエト露西亞裁判所構成法刑事訴訟法 行刑法
第一五〇號	三九	英米獨佛の手形法及小切手法
第一五一號	昭和三九	德川禁令考後集(第二帙)
第一五二號	三九	佛國民商事裁判管轄
第一五三號	三九	佛蘭西に於ける檢事の職務
第一五四號	三九	獨逸刑法及び行刑法施行法草案
第一五五號	三九	獨逸刑法及び行刑法施行法草案理由書
第一五六號	三九	國際行刑會議報告書集 五
第一五七號	三九	國際行刑會議報告書集 六
第一五八號	三九	國際行刑會議報告書集 七
第一五九號	三九	德川禁令考後集(第三帙)
第一六〇號	三九	少年保護司指針
第一六一號	三九	米國イリノイ州に於ける不定期刑言渡竝に假釋放に關する調査
第一六二號	三九	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(前篇)
第一六三號	三九	一九二九年末現行カリホルニヤ州刑法(後篇)
第一六四號	三九	佛國司法制度(前篇)
第一六五號	三九	佛國司法制度(後篇)
第一六六號	三九	德川禁令考後集(第四帙)
第一六七號	三九	支那歷代刑事法制的思想 上卷
第一六八號	三九	支那歷代刑事法制的思想 下卷

第一六九號 昭和七、四	司法事務の經費節減、簡易化及促進 (獨逸裁判所書記同盟の改革案)
第一七〇號 七、六	德川禁令考(第一帙)
第一七一號 七、八	刑事事件集(附)刑事事件取扱小引
第一七二號 七、〇	ソヴィエト法の理論
第一七三號 七、三	德川禁令考(第二帙)
第一七四號 八、三	德川禁令考(第三帙)
第一七五號 八、五	民事事務修習の案
第一七六號 八、八	德川禁令考(第四帙)
第一七七號 八、九	一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並 に説明書(一)
第一七八號 八、〇	一九三一年獨逸新民事訴訟法草案並 に説明書(二)
第一七九號 八、二	捜査事務に就て
第一八〇號 八、三	德川禁令考(第五帙)
第一八一號 九、一	獨逸刑法第一讀會終了(一九三〇年)
第一八二號 九、二	犯罪生物學原論
第一八三號 九、四	德川禁令考(第六帙)
第一八四號 九、五	ナチスの刑法(プロシヤ邦司法大臣 の發言)
第一八五號 九、七	プロシヤに於ける司法官教育關係法 令彙纂
第一八六號 九、八	英國に於ける裁判と警察
第一八七號 九、九	時代民事慣例集(人事の部)
第一八八號 昭和九、〇	一九三二年フランス刑法改正豫備草 案(總則)並にポーランド改正刑法 及ポーランド違憲罪法
第一八九號 九、二	取締法規違反の定型(附)特別刑法 に於ける犯罪主體と刑罰主體の異な る場合の歸納的觀察
第一九〇號 九、三	米國ユタ州に於ける不定期刑言渡 宣告猶豫及假釋放に關する調査
第一九一號 一〇、一	一九三〇年獨逸刑法草案並に現行獨 逸刑法典(附録重要附屬法令)
第一九二號 一〇、二	時代民事慣例集(動産の部)
第一九三號 一〇、三	獨逸裁判所構成法及同刑事訴訟法
第一九四號 一〇、四	一九二八年スペイン刑法
第一九五號 一〇、五	ポーランド新民事訴訟法(一九三三 年)
第一九六號 一〇、六	獨逸刑法提要(上)
第一九七號 一〇、七	ソヴィエト・ロシヤは犯罪を克服 する
第一九八號 一〇、八	伊太利刑法典
第一九九號 一〇、九	伊太利刑事訴訟法典 附伊太利重罪 法院條
第二〇〇號 一〇、一〇	一九二二年 第二回 海牙萬國手形 法統一會議議事録
第二〇一號 一〇、一〇	一九二二年海牙に於ける爲替手形及 約束手形に付ての審査委員會議記 録

第二〇二號 昭和一〇、二	中華民國刑法・刑事訴訟法
第二〇三號 一〇、三	ユーゴスラヴキヤ新民事訴訟法
第二〇四號 一〇、一	獨逸刑法提要(中)
第二〇五號 一〇、一	德川民事慣例集 不動産の部(上)
第二〇六號 一〇、二	佛國刑事訴訟法
第二〇七號 一〇、三	伊太利刑法典報告
第二〇八號 一〇、三	伊太利刑事訴訟法典報告
第二〇九號 一〇、四	佛國民事訴訟法改正草案
第二一〇號 一〇、四	米國に於ける指紋採取法(附)沃度 を以て檢出したる潜在指紋の定着方 法(獨)我司法省指紋採取規程 並指紋分類規程及同規程附表
第二一一號 一〇、五	ナチスの法制及び立法綱要(刑法及 刑事訴訟法の部)
第二一二號 一〇、五	英國の刑事裁判
第二一三號 一〇、六	德川民事慣例集 不動産ノ部(下)
第二一四號 一〇、六	個人主義的國家概念と法人國家
第二一五號 一〇、七	獨逸刑法提要(下)
第二一六號 一〇、八	德川民事慣例集 訴訟ノ部
第二一七號 一〇、九	ドイツに於ける刑事訴訟手續並に行 刑制度の改正について
第二一八號 一一、〇	新獨逸刑法に對する國民社會主義的 綱領(第一節)
第二一九號 一一、二	民事司法の疾患外三篇
第二二〇號 昭和一二、二	刑事政策(犯罪學を基礎とする)
第二二一號 一二、三	德川裁判事例(刑事ノ部)
第二二二號 一二、三	一九三〇年獨逸國株式會社法及 株式會社法草案並に說明書 一九三一年九月獨逸國株式會社 法改正に關する緊急律令
第二二三號 一二、一	一九三五年六月二十八日の獨逸刑法 の改正條文と各理由書
第二二四號 一二、二	獨逸辯護士の新職務法(附)改正獨 逸辯護士法條文
第二二五號 一二、三	佛國法學通論
第二二六號 一二、三	初等英法教科書
第二二七號 一二、四	フランス、ドイツ及びイギリスに於け る裁判所と判事
第二二八號 一二、四	第十一回國際刑法及び監獄會議關係 論文集
第二二九號 一二、五	滿洲帝國新刑法典同草案同施行法新 刑事訴訟法典同草案
第二三〇號 一二、六	獨逸刑事判決の作成
第二三一號 一二、七	新法律學の基本問題
第二三二號 一二、八	清國全權大臣李鴻章ヲ狙撃シタル小 山豐太郎ニ對スル謀殺未遂被告事件 記録
第二三三號 一二、九	滿洲帝國民法典
第二三四號 一二、〇	將來の獨逸刑法(總則)
第二三五號 一二、三	滿洲帝國商事法規

- 第二三六號 昭和三、一 將來の獨逸刑法(各則)上
刑法委員會事業報告
- 第二三七號 二、二 滿洲帝國民事訴訟法、強制執行法
- 第二三八號 二、三 將來の獨逸刑法(各則)下
刑法委員會事業報告
- 第二三九號 二、四 一九三七年獨逸株式法理由書
- 第二四〇號 二、五 法律家たるの適性に就て(法律家特
に判事の職務に就ての心理學的考
察)
- 第二四一號 二、六 一九三七年獨逸國司法官試補指導者
會議錄
- 第二四二號 二、七 株式會社貸借對照表論(上)
- 第二四三號 二、八 株式會社貸借對照表論(下)
- 第二四四號 二、九 獨逸に於ける試補養成上の諸問題
- 第二四五號 二、一〇 戰爭と犯罪
- 第二四六號 二、一一 一般條項への逃避及び獨逸大審院と
利益法學

12.5
54

