

(翻 訳)

## ヨハン・ブラウン「債務法改正と我々の時代の使命」

采 女 博 文

数年来民法典の中心的部分の根本的な改革が準備されている。しかしこの領域の立法についての我々の時代の「使命」という根本的な問題が計画の推進者によって真剣に問われてはいない。それゆえ本稿はもっぱらこの問題を追究し、結論として懐疑的な評価に至っている。

### 一 序

一九八四年に設置された債務法改正委員会の最終報告書を一九九一年一月に連邦司法大臣は発表した(Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992. V)。これによって、その序論が述べているように、「一九〇〇年一月一日の民法典の施行以来初めて、民法典のこの古典的な領域を包括的に改正し」、その際同時に「我々の民事法をより実地的により見通しのきくものに、法を求める市民によりわかりやすく作り替えるという大きな課題に着手した」。これは確かに称賛すべき意図である。しかしながら政治の領域においては意欲と能力とは昔から別のことである。それゆえ、その努力目標は無視して、まずは、民法典の中心的領域を、経験的に立法者による改革と結びつけている危険にさらすことがそもそも薦められるかどうかを問題にする。

この問題が特別な衝撃を与えるのは、この問題は無言のうちに別の問題を口にしているからにほかならない。つまり、立法者は民法の領域においてはそもそも格別の積極性を示すべきなのか、むしろ立法者は裁判例と学説の進歩がもたらす成りゆきに任せるべきではないか。法律の素人にとってはそのような問題はちよつと不思議に思えるかもしれない。もちろん、法はすべて立法者の筆になると信じる者は、立法者はやがてまたその裁量によって法を改正してもよいことをほとんど疑わないだろう。しかし法律家の場合にもそのような考慮に関して了解をますます頼りにしてはならなくなっている。へたぐえ<sup>註</sup>、U. Huber, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 647 (772 ff.); U. Diederichsen, AcP 182, 101 ff. 参照。いったい憲法自体が連邦の立法者に民法の領域における(競合的)立法権限を承認しているのではないか(基本法七四条一号)。あるいはそこには「憲法の委託」すらあるのではないのか。へU. Huber, S. 778 ff.。この委託を果たすことをどうして妨げることができのだろうか。

とにかく民法においては問題性は、公法において常に認められるのとは本質的に異なつて現れる。公法においてはすでに、法律に基づくのでなければ個人の自由と所有権を犯してはならないことに対して法律の留保(Gesetzesvorbehalt)が配慮してある。それゆえ、ある行為は「行為が行われる前に加罰性が法律上定められている場合」(基本法一〇三条二項)にのみ罰することができるのと同様に、また租税とその他の負担についても法律を必要とする。それに対して、国家に対する個人の関係ではなくて私人相互の調整が問題である民法の場合は、法律なしでも、広い領域において裁判することができ。それゆえ裁判所は、どのような諸要件の下で諸加害が損害賠償義務を成立させ、また諸契約が契約上の請求権を成立させるかを立法者が宣言するまで待つ必要はない。つまり裁判所は、立法者の宣言と無関係に、当事者間相互の関係において妥当と思われる判決を下すことができるし、むしろ下さなければならぬ。裁判所もまたこの権限を今日まで繰り返し利用してきた。

それゆえ民法においては、公法におけるのとは本質的に異なつた機能が法律にはある。見通し難くなつた実務を分かり

やすくすること、望ましくない繁茂を適正な程度に切り詰めること、あるいは実務が全くないし必要な時にできないような発展に道を拓くことが問題である場合にのみ法律を必要とする（後者の場合の立法の不可避性について、R. von Ihering, *Der Kampf ums Recht*, 4. Aufl. Wien 1874, S. 7 f. は精力的に強調している。しかしながら、F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 40 ff. 参照）。これら全ての場合に、立法者は、他の法領域には生じることのない問題、すなわち法律によって支配されているのではない法発展の過程に規制のために介入することを何が正当化するかを問題にしなければならない。

## 二 法典編纂の争い

これはドイツにおいてはまさしく、伝統のあるまた多彩な感情に満ちたテーマである。法典編纂をめぐる争いは、すでに一八一四年、ナポレオンの制圧と政治的自由の奪回の後に、一八〇六年に解体していたドイツ帝国を土台に記憶に残る議論になった。民族的な感情の再覚醒に刺激されて、当時ハイデルベルクの法学者テイボーが世間に「ドイツにおける一般民法の必要性について」という呼びかけをした。そこで彼はとりわけ「我々の民法は……極めて急速な革新を必要としているし、すべてのドイツの統治機関が力を合わせて……ドイツ全体に施行される法典の編纂を実現するように努めるのでなければドイツ人の民法上の諸関係は幸せなものにはなりえない」という確信を語った（A. F. J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814, S. 12.）。

この論文が今日もお思い出されるのは、そこで展開されている民法典のための論拠のゆえにではなくて、むしろやがてこれに反対して提出された諸理由のためである。というのは、その時代の有名な法律家の一人、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーが将来にわたる文字どおり古典となった論文「立法と法学に関する我々の時代の使命」で断固と

してテイボーに反対したとき、テイボーの呼びかけはほとんど刷られていなかったからである。サヴィニーの論文は、ドイツにおいて根本的な民法の改革が問題となるとき、今日でもなおその席を占めている。もちろんこの論文はたいがい引用されるだけで、ほとんど読まれていないし、いずれにせよもはや理解されていないへしかし、M.Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 67 ff., H.H.Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht, Paderborn 1983, S. 25 ff., 45 ff. はサヴィニーに詳細に立ち入っている。

サヴィニーの熟慮においては政治的な諸衡量も重要であったかもしれない。F.C. von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 152. v. 貴族の彼は貴族の特権をほとんど享受できない民法典の創出にはほとんど何の興味もなかったかもしれない。それにもかかわらず、彼の論拠は別のものであったし、だからこそ今なお考慮に値するのである。

実際サヴィニーは、民族の民法は簡単に取り替えることができるようなシャツではないということをかきわめて深く確信していた。「通常の状態においてはすべての法は法律から、すなわち最高の国家権力の明文の諸規定から成立する」し、法学は「単に法律の内容を対象に」するというような「一般的な見地」からはるかに離れて、サヴィニーは法のなかに「法それ自体ではなく (kein Dasein für sich)」、「特別の面からみた人間の生活自体」をみていた。それゆえ彼には民法の成立はきわめてたやすく言語とも比較しうるものにみえた。つまり言語と同様に、法もまた「深部から静かに作用する諸力」によって生み出されるのであり、「立法者の恣意によって生み出されるのではない」。

もちろん確かにこうしたことすべては立法者の関与を排除しない。しかし良い法律を期待することができるのは、要するに、法律を实らせる土台が、時代の基本的な法的確信と一致している確かな法学によって準備されている場合のみである。法学自身が提供することができるよりも多くのことを法律に期待することをサヴィニーは現実的であるとほまつたく思わなかった。思想上未熟な法律をつくることを彼は不吉なことと考えた。つまり彼は「非常に欠陥があり根拠付けのな

い知識の状態が外部からの権威によって固定化される場合に不可避的に生じる大きな危険を」必死に訴え、注意を促した。あらゆる時期が良い法律をつくるのに適しているわけではない。むしろサヴィニーは、「あらゆる時代がすべて使命を帯びているという意見」のなかに「最も有害な予断」を見た。「まさに法にとって……教養の全盛期とみなしうる」ところの「中間的な時代」においてのみ、役に立つ法典を期待することができる。

とくに、称賛に値する法典を作り出す彼の時代の能力に関しては、ためらうことなくこの能力を極めて明確に否定している。サヴィニーは、この判断を納得させるために三つの事情を挙げている。つまり、同時代の法学の不十分な状態、何か堅牢なものを作り出すのほとんど役立たない未熟な法律用語、最後に、彼がそう考えているのだが、ごく最近作り出された（プロイセンとフランス、オーストリアの）法典というまったく納得のいかない実例。「……現在の状態の評価について我々は一致している」とサヴィニーはその論文を結んでいる。「というのは、我々は現状に欠陥があるということを知っているからである。しかし、彼らは諸悪の根源を法源のなかにみているし、法典を通して救い出せると信じている。私はむしろ我々のなかに弊害の原因をみるし、それゆえまさに我々は法典創出の使命を帯びていないと信じている」。

法典編纂をめぐるはなしあたりそのままであった（GansとBeselerとの新たな論議については、J. Braun, ZNR 1982, 156 ff., H. H. Jakobs, S. 79 ff. 参照）。確かに、その後ますます多くの法律が作られた。しかし、民法の核心領域はドイツの広い領域において長い間手つかずのままであった。

### 三 民法典の施行

しかし一八七一年の後、この問題が再び出された。このきっかけを与えたのはまたしても政治的な出来事であった。すなわち第二次ドイツ帝国の成立が再び獲得された民族的統一を統一的な私法典を通して完成するという種々の願望を生じ

させた。確かに、帝国憲法には民法法全体の領域への帝国の立法権限は最初は規定されていなかった。しかし、憲法がいわゆるラスカー法八一八七四年Vによって相応に補充された後に、再び法曹に「立法に関する時代の使命」について見解を明らかにすることが求められた。

テイボーとサヴィニーとの間で闘われた法典編纂の争いから半世紀以上たったそのとき、テイボーが勝利を収めた。よりにもよって忠実なサヴィニー学派の一人、高齡のベトマン・ホルベクが初めてこのことを言い渡したということは歴史の大いなる皮肉である。すなわち「我々の時代の課題としての立法と法学について」という彼の論文のなかで、ベトマン・ホルベクは法典編纂に無条件に賛成した。その間にいかに風向きが変わったかを、外面上からして見てとることが出来る。サヴィニーは彼の同時代人を性急な立法から守るために全部で一六二頁を費やしたのに対して、ベトマン・ホルベクはすでに着手された法典編纂に対するすべての疑念を払拭するために六二頁で十分であったのである。

その際、彼はサヴィニーを後になって間違っていたと言ったわけではない。過去に関してはサヴィニーの見解は完全に是認された。しかしベトマン・ホルベクは、「一八一四年にサヴィニーが主張した技術上の疑念を」「過大評価なしに解決とみなして」良いと信じていた。むしろ「(現在と)比較しながらの回顧」は彼に、「ドイツ精神のたゆまぬ営みは法の領域にも過去六〇年の間に豊かな実りをもたらしたし、まさにかの偉大な法学者が予見したように、とにかく、優れた法典をつくることができる時がやってきたのだ」ということを確信させた。M.A. von Behnmann-Hollweg, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, Bonn 1876, S. 4. V. この言葉に最も顕著に現れているだろう。すなわち、密やかではあるけれども、とくに希薄だというほどではない自費。その影がすでに私法にまで差した法実証主義(Rechtspositivismus)の勝利の喜びに包まれた確信。あるいはかつてサヴィニーがその態度から民法を守らなければならないと信じていた無批判的な態度への逆戻り。これにより結果として、いずれにせよその態度から立法問題が将来再び論じられる態度が固定された。

それに続く経過は周知の通りである。一八八七年に民法典の第一草案が完成し、年内に公刊された。一八九五年に第二草案が出され、続いてすぐ第三草案が出された。一八九六年に法律はライヒ官報に公告され、最後に一九〇〇年一月一日に発効した。私法の統一法典編纂への切望がいまや満たされたかのように思える新しい時代が始まったかにみえた。相応して歓喜は大きかった。「完成された。作品 (Werk) はそこにある」と、エルンスト・フォン・ヴィルデンブルッフはドイツ法律時報 (DJZ) で歌った。「喜びの瞬間に、立ち会った。今、変わるドイツ祖国じゅう。正義が普段の装いに」 (E. von Wildenbruch, DJZ 1900, S. 1.)。

#### 四 民法典からの不幸な「別離」

振り返って見ると、この新しい時期はきわめて長く一九三三年まで続いた。やがてその綱領においてなかならず、ローマ法をドイツ共同法 (deutsches Gemeinrecht) に置き換えることを目的としていた政党が権力をとった。良き伝統に従って、さしあたりまずサヴィニーの古い問題に立ち向かった。しかし、帝国司法省の事務次官、シュレーゲルベルガーが「立法についての我々の使命」という講演のなかで「我々は現在、自らの民族の本質を認識し民族に固有の内在的秩序を民族に適うように形成し、ドイツ民族のためにドイツ語で語られた法律を創出する倫理的精神的諸力を有しているかどうか」という問題を投げ掛けたとき、それは結局レトリックにすぎなかった。というのは、さっそくすぐ次の文に彼はこう続けている。「喜びと感謝をこめた『肯定』のみがこの問題の答えでありうる」 (F. Schlegelberger, Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, Berlin 1934, S. 7.)。加えてさらに、シュレーゲルベルガーは、我々はこの可能なことを実行に移すことも義務付けられているかという問題を投げ掛け、すぐに、「この問題をも、しかもとりわけ民法に關しても熱狂的に肯定する」ことを告白する。

上述の関連においてとりわけ二、三の付随的なことがらが我々の注目をひく。まず第一に講演の量。民法を再度作り替えるための立法者の権限を根拠付けるために、シュレーゲルベルガーはたった二七頁を必要とした。次に、ともかく二〇年以上も精一杯働いてきた現行民法典への決定的な無価値評価。シュレーゲルベルガーの意見によれば、——当時多くの者が同じ見解であったが——、民法典はそれに寄せられていた期待を満たすのではなく、「ひどい幻滅」を与えていた。大きな立法作品の全体が、「当時の生活観からみても失敗」していた。抵当権法や相続法という最も重要な諸規定は、「不明瞭で技巧にすぎている、事情に通じている人にすら運のいいときにしか理解されないほど」であった。この評価に従えば、民法の生みの親は明らかに無益な労を費やしたことになる。最後に、結局のところ講演は自分たちの時代を以前の時期に超越させる思い上がった高慢な発言という印象を与える。起草者は以前の時期に全幅の信頼を置いていただけに、ますますいやな印象を与えるやり方である。

「民族法典」による民法典の置き換えが公式に着手されるまで、もちろんなお数年がかかった。最初は、伝統的な法典編纂の外に、個々の題材に関して特別な規律をすることで間に合わせた（婚姻法、遺言法、失踪法）。一九〇〇年の民法典ではなくて一八一一年の「一般民法典」が適用されていた領域がドイツ帝国に組み込まれたオーストリアの併合が初めて展開を加速させた。一九三九年五月一三日に帝国司法大臣は「民族法典」の創出へ向けてスタートの合図をした。二年後に「ドイツ民族法典の第一編の草案」が刊行された。しかしやがて戦争の影響を受けて企画は行き詰まり、「民法典は救われた」。古くさくなつたと主張された民法典を何かより良いものに置き換えるという彼らの時代の使命を少なくとも疑つてはいなかつた多くの者はこのことを大変残念に思つたはずである。しかし第三帝国の崩壊と国家秩序の回復の後、多くの者は逆に、民法典がいわゆる改良と大衆化のための意図的な荒療治から無傷で生き残つたことを喜んだ。

## 五 変わった兆しの下での改革

しかしながら喜びは長くは続かなかつた。まず最初に、民法典がまずは同様に形式的には引き続き通用していたドイツ民主共和国で完全な改革へ向けた願望が比較的早く大きくなった。長い目で見ると、しかしながらここでは「民事社会」全体がその国家からの相対的な自立性ともども歴史のごみの山に放り出そうとされていた。第一歩として、一九六五年に家族法が分離され、一九六五年の家族法典として固有の基礎の上に据えられた。それから一〇年後民法典はその他の部分においても消滅させられ、一九七五年の民主共和国の民事法典に置き換えられた。民法の領域における従来の法典編纂計画の場合には、通例、統一的な民法典によって民族の一体性を確固としたものにしようとしておこなわれていたが、いまや趨勢は民族の一体性を法典編纂上の処置によっても引き離すことにある。

連邦共和国においては、そのすぐ直後におこなわれた改革論議は別のことが原因となっていた。その際、民法典は「古い社会モデル」を基礎に置いているというしばしば繰り返された主張がなかならず親代りとなった。F. Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1952. など。もうひとつ別の改革関心事は、現代の産業社会の「規制の必要性の高まり」を通じて生じている法の分散を止揚するということであつた。しかしながら、法律の文言が変わることなく同じままであつたところでも民法は絶えざる発展をとげてきたという、流布した法律実証主義 (Gesetzpositivismus) にとって酔いの覚める経験がそれこそ重要であつた。この事実はその自体、民法はなお国家制定法とはまったく別の源泉から供給されているというサヴィニーのテーゼのみごとな証明であつた。しかし、サヴィニーの意図にならなっているこの発展を変つた世界のなかで改めて理解するというのではなくて、「民法典の規定と実際に通用している法の規律との乖離がいつそう大きくなることをどの程度まで将来ともなお堪え忍ぶことができるか」へ *Abschlußbericht*, S. 14. へという問題が投げかけられた。この問題設定のなかにもう、

すでに一八一四年にサヴィニーの述べた恐れ、私法典は一度世に現れると民法の自由な発展を継続して妨げ、学問を単なる字句によってうち負かしてしまう恐れがいかにも當を得たものだったかが明らかになる。この恐れを例証するように、シュラムが一九八三年に「立法と法学に関する我々の時代の使命」という表題の論文を公にしている。そこで彼は法律の字句に對置して法の思想(Gedanken)をも通用させるといふ裁判の試みを、これによつて結局「法自体を危険に」さらす質的な種類の部分的な服従拒絶として批判している。T. Schramm, NJW 1983, 855 (856, 858) V. その際、立法者が民法の領域においても実務の専制君主であることをシュラムは理由付けを必要とするものとはそもそもは考えていなかった。ひょっとしたらこのことに関してはその余地もが彼には欠けていた。というのはそうこうしている間に、かつてそれほど揺り動かしたテーマはNJW雑誌のわずか三頁にまで縮められていたからである。

すでに一九七八年の初頭に連邦司法大臣は、債務法つまり民法典の中心的な部分のひとつの改正について官邸において熟慮したとの報告をしていた。期待通り決定的な変更と改良の提案が提起された多数の鑑定意見の提出の後に、一九八二年一〇月に一つの政治的な変化が起きた。つまり国家統制的な進歩観に励まされている社会民主連立が、全体として強く助成思想(Subsidiaritätsgedanken)に縛られていたキリスト教民主連立に取って代わられた。しかしこのことによつて、部分的には一連の学説からの根本的な批判にも関わらずA. E. Wolf, ZRP 1982, 1; ders. ZRP 1983, 241; H. H. Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungsrecht, 1985. 参照V. 企てを停止させることはもはやできなかった。現代の民主主義においては、立法手続はずっと前から固有の原動力に従っているし、これに反対して抑制するという訴えは聞き入れられる見込みをほとんど持っていなかった。本来の計画に従つて、ただもう課題が縮小されただけであった。計画はいまや「一般給付障害法と、売買契約と請負契約の瑕疵担保責任、時効法をとくに判例と実務の諸成果を考慮して見通しやすくかつ時代に合ったものにする」ことを立法者に許すような諸提案をする」というだけになった。しかしこのこともまた、遠大な計画によつて驚愕させられた人々をとりあえずなだめるための駆け引き的な譲歩にすぎなかった。むしろ連邦司法

大臣は、小さな改革に「引き続いて」「債務法をどの程度まで改正すべきかを……判断する」ことを明らかに留保していた。それゆえ直接着手されたものは、始まりにすぎない。つづいて目前に迫っているものはつきりとしている。このことは企ての支持者によっていつものように秘匿されている。

一九八四年に設置された債務法改正委員会は、すでに提出された最終報告書のなかで、私法の領域における「立法者の行為の正統性」の問題、すなわち発展過程に立法行為でもって介入をする時期が熟しているかどうかの問題に關しても述べるに至っている。この問題の過去における取扱いを知っている者は委員会の解答に疑いをいれないであろう。解答は、「サヴィニーによって要求された法学の深化はこの間におこなわれているから、状況は今日サヴィニーの時代とは異なっている」という内容である。しかしいづれにせよ立法と学問の権限の間の厳格な分離は、今日「いかなる立法者によっても引き受けられていない」という。サヴィニーの大きな問題は現在そもそももはや真剣に問題にされていないことをこれほど明瞭に表現することはほとんどできないだろう。立法者が民法の領域においても、周期的に絶えず種々の諸理由から「行為の必要性 (Handlungsbedarf)」を言い渡すことを決して思いとどまらないうことと、立法者がこのためにそのつど「ティボーの感動的な数を動員する」(E.Picker, AcP 183, 369 (373)) の皮肉な表現に明らかに樂々と成功することによって、この問題はまったく時代遅れになる。

## 六 法律学のスタイル変化

法学が実際に、法学の成果の法律への書き込みだけを願望することができるような「陶冶の絶頂」(Savigny, Beruf, S. 26, Vに達している)のであるならば、このすべてのことは言及するに値しないかもしれない。確かに、この時点がそうこうしている間にやってきているというのは、年々常用句になってきている。しかし実際にそうであろうか。というのは現

在、法学 (Rechtswissenschaft) という力強い名前に正当に値するものが展開しうるための客観的な条件だけでもあるだろうか。

サヴィニーにとって法学は、あらゆる細部が共通の法確信のみに基づく一般的な指導的諸原則に還元されることができるとともに、逆にまたこの諸原則が空虚な抽象化に突き果ててしまうのではなく、具体的な経験に満たされるように、所与の法素材を方法的かつ体系的に貫き通すという試みということであった。サヴィニーにとって、そのような試みが成功するための諸前提は、法学が法律による干渉から解放されて法学の固有の目的に委ねられたままであることのように思えた。というのは立法者が、変更することなく引き受けなければならないデータを予め与えれば与えるほど、学問の普遍的な概念と調和したい足かせを法の学問的な認識はかせられる。この連関の見通しがすでにサヴィニーの時代にユリウス・フォン・キルツヒマンをして「学問としての法学の無価値性」について嘆かせている。キルツヒマンにとって実定の法律は「法と学問との間に押し分けて入り、両方がその悪影響を被っている存在と知識 (Sein u. Wissen) の混種形態」であった (J. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848, S. 21)。彼が考えていたように、法曹は「実定の法律を通して、腐った材木のみによって生きていく虫けら (Würmer) にされる……学問が偶然的なものとその対象とすることによって学問自身が偶然的なものになった」。法律上の規律が包括的であればあるほど、法律による干渉が積み重なれば積み重なるほど、この傾向はますます優勢にならざるをえないということは明らかである。というのはあらゆる新しい法律によって法の認識 (Rechtserkenntnis) は一定の範囲でゼロの地点に逆戻りさせられる。だから一九世紀の解釈学者たちもまた心にやましさを持ちながら民法典を認めたのである。それゆえこの法典が施行されるよりも前に、チーテルマンは「法学に対する民法典の危険性」を訴えていた。彼は将来の差し迫った視野狭窄、あらゆる許される議論 (Argument) がいわゆる立法者の意思への縮小、そもそも「単なる文言法学と条文法学」という誤った道に対して警告した (E. Zitelmann, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*,

Bonn 1896, S. 14. >) についてはまさにサヴィニーがすでにみていた危険が考えられている。すなわち、法学が「単なる字句に打ち負かされてしまう」。

実際、法解釈学の科学性 (Wissenschaft) について七〇年代のなかばまで激しい争いが行われていた。今日この問題をめぐっていくぶん静かになっているとすれば、これは今日の学問がそのような疑問を超越してしまっているからではないだろう。むしろこの静寂は、法的思考のスタイルが再び変わったということとより強く関連しているように思われる。何年も前から、法との専門的な取り組み、法解釈学がますます新しいモデル (Leitbild) の方向を向いてきているかを観察することができる。このモデルでは法的思考の「科学性」という古い問題はいわば逸れてしまう。過去の時代においては、そのつど正しいと認識された法律観を論拠をしめすことによって根拠づけるということがもっぱら問題であったのに対して、最近では、議論との関係のなかでは単なる情報と記録 (Information und Dokumentation) にすぎないものがまったく別の位置価値を獲得している。一言でいえば、議論の質がしばしば、判例・文献の参照の量によって置き換えられるという危ういものになっている。容易に確かめることができるように、この過程は文献に制限されることなく、ますます判決のなかにも目につくようになってきている。

進行中の変化は、法学がそのなかでしだいに成し遂げられていく媒体 (Medium) がもはや「内在的な体系」の叙述を目的とする教科書ではなく、法律の条文を「表面的に」解説する注釈書であるということに最も良く表現されている。今日教科書が足りないということではない。むしろ余りに多すぎる。しかし言いたいことは、手もとの知識を教授法上器用に仕上げるということにその意図が尽きてしまう著作物がしばしばあるということである。同時に、そのことを越えた決定的な認識目標 (Erkenntnisziele) を追求していた古い教科書のスタイルは目につかなくなっている。

法学が「陶冶の絶頂」に到達しているということから今日いかにかけ離れたところにあるかは、サヴィニーが彼の時代に自分の認識を書きとめたところの何十年もかけて熟成した「現代ローマ法の体系」と今日市場にあふれている多くの著

作物とを比較すると最も良くわかる。自分の時代の学問的水準を貧弱に思っている者が自ら何を提供しているかを知り、また同時に、現在の学問的優越を十分な自信もなしに宣言することができる現在が何もかもを学問とみなすのをみると、深く恥入るのみである。

このことは、より以前の時代の指導的学者を偉人に仕立て上げ、現在の代表者を凡人とみなそうとするロマン主義的な過去の美化とは何の関係もない。一九世紀の民法法学の高揚が単に、法解釈学をより高い水準に高めようとする関与者たちの意思に理由があったのではなく客観的な諸理由もあったのとちょうど同じように、今日観察される水準の低下も関与者すべての力の外で変容している諸要素と関連している。学問・教育活動の組織化から始まって、法解釈学が今日さらされていくひっきりなしの時局性の圧力 (Aktualitätsdruck) まで、現下の日々を越えて広く構想された基礎的研究のための諸条件はますます悪くなっている。

一点のみを取り上げる。撰取されるべき文献・判決の量が今日ほど多いということは今まで一度もなかったし、依然としてどこまで増大するかを予想することができない。しかしこの領域でも増大は必ずしも有益と言うわけではない。際限なく拡張する豊かな社会がついにはそれ自身のゴミで押しつぶされそうなのに似て、文字どおりすべてのことを教える情報政策もまた、表面的な事柄の単なる「ゴミ処理」が原則的な事柄についての深い熟慮の余地をますます少なくするほど多くの情報のゴミを生み出している。

これに対し、それぞれの専門領域において印象に残る仕事をしている数多くのスペシャリストがいるということは反論にはならないし、むしろこのテーゼを確認するだけである。というのは、現代の法学者は実際、もはやゼネラリストではなくてスペシャリストになっている。現在の諸条件が分化を強いているし、いっそう強要するであろう。しかし、サヴィニーが法学の高い水準を不可欠と考えたとき、このことは考えられていなかった。逆に、サヴィニーは学問的な全盛期の特徴を「指導的な諸原則の所有」とそれに支えられた方法が「一人二人の偉大な著述家だけにもつぱら所有されていると

いうのではなくて」、「むしろすべての人の共有財産」になっているということを見ていた。Savigny, Bernf. S. 29, vgl. auch S. 133, 157. ）。しかし、ますますの分解と破砕、際限のない発展分化と、私法の領域におけるほとんどすべての伝統的な合意の喪失という我々の時代に、サヴィニーが頭に浮かべたような種類の立法の基礎として役立ちうるような共通の法確信が相変わらず存在していると誰がはじめに主張しようとするだろうか。

これが欠けているとすれば、民法典が相変わらず提供している形式的にひとまとまりのものを必要もなく危険にさらさないということが本来、首尾一貫した結論ということになる。伝統的な体系への奥深い干渉はすべて、提案されている草案の場合にも実際にこのことが問題であるが、連続性の破壊、論議の従来の脈絡の切断をもたらすことは避けがたい。一九〇〇年一月一日から民事訴訟法に新しい条文番号が与えられたというだけでも、避けがたくされた「置換」がもうなかでできなくなったが故に、古い文献と裁判例への通路が実際上埋められてしまう結果をもたらした。法学がそれに関与している者の幅広いコンセンサスに基づいているところでは、そのような変更の利益・不利益は互いに相殺されるだろう。しかしそのことが欠けているところでは、それ自身の基盤について不確かな状態にある学問が似たような釣合のとれた体系をもう一度築くことができるという希望はほとんど持ちようがない。

計画された債務法の改正を通して債務法の基礎を補強するような熟慮がされはじめるとすれば、確かに喜ばしいことである。このための刺激は提出された作業のなかに十分すぎるほどある。しかしここで与えられている刺激が広範な論議に影響を及ぼすかどうか、またどの範囲で及ぼすかは、後になってみないとわからない。

## 七 立法の固有の力学

しかしなお、日々の経験が教える多様な例を考慮してみなければならぬ。他のことを知らない者は、立法をおそらく、

合理的な草案と立法機関の承認の他何も必要としないかのよう想像する。改正提案の際に抑制と体系忠実に努めたとなんとも無邪気に委員会が述べているのを読むとき、間違っていると分かっていながら、委員会の構成員が立法についても同じ見解を持っていたと考えたくなる。しかしながら実際、議会の立法手続はまったく予測のつかないものである。その影響を受けて、多くの十分に考えられた提案が、核心に触れたあるいは核心から逸れた諸問題について戦術、票集め、党利党略、妥協の諸理由から、見分けがつかないまでにされてしまう。キューブラーの適切な言葉を使うと、「法律が十分には考え抜かれていないとか、あるいは公共の利益を犠牲にして個別利益に手を貸すようなやり方で法律が成立したり成立しなかったりするかという恒常的な危険を」通してとりわけ際立っている「ずっと前からくすぶっていた立法の危機」は真実、「民主的に組織された産業社会の常態そのもの」である（F.Krübler, JZ 1969, 651）。従って現代の立法マシーンを動かしている誰も、自らの意図がその際反対のものに変えられてしまわないと確信することはできない。それゆえ委員会が、債務法改正の企てに対してこれまで述べられてきた批判のすべてを自らの提案がほどほどの線であるとして退けるとすれば、このことは余りに楽天的である。

私法の領域において現代の立法者に何を期待することができるかは、過去二〇年間に公布された法律を一瞥すると最もよく明らかになる。ここでは、なされた苦勞に敬意を払うとしても、残念ながら、透明性（Transparenz）、市民との親和性（Bürgernähe）と法的な専門能力（juristische Sachkompetenz）をしばしば非難される民法典に匹敵する優れた法律はないも同然であることがしばしば嘆かれる事実である。旅行契約についての法律は「この型ではこれほどのものありえないほど、確かに善意ではあるが表面的で、不十分にしか考え抜かれていない、不明瞭で不完全な規律の試みの例」であると証明されてくる（A.Reichmann, JZ 1973, 737（742）など参照）。民法六一 a 条（雇用関係における男女の均等待遇）については一般的な注釈書において、「この規定は「立法の素人芸の新しい頂点」であるといわれている（Palandt-Putz, BGB, 40. Aufl. 1981）。なかんずく離婚法と離婚効果法を新しく規律した一九七六年の第一婚姻改正

法は、その冗漫で奇形な諸規定によって技術的な点においてすでに、婚姻の意欲のある者があらかじめ法律を一瞥するや婚姻を思いとどまらせうるとしか考えることができないものになっている。この種の別の例を一九九〇年の消費者信用法が提供する。この法律も用語上、立法技術上、消費者とその権利との間に実際のところより高い壁を築いてしまいうるようにならされている。なお加えて法律は、実体法と訴訟法との最も簡単な関連を知っていなかったとわからせる弁済の規定 (Tilgungsregelung) を含んでいる。なおより大きな失敗を督促手続の新しい規定の際に立法者はおかしている。数え切れないほどの裁判例が示しているように、それ以来、督促手続は債務者にとってまさに致命的な場面になった。立法者はむしろ債務者を強く保護しようとしていたにもかかわらず、こうである。この二つの事例の場合、学問の側から発せられた警告は、明らかに完全に間違った諸規定の公布をまったく阻めなかった (J. Braun, JUS 1992, 177)。いかに無頓着に、票集めを考える立法者が助言をすべて無視してでも明らかかな愚行を成し遂げるかを、とりわけまた動物の法的地位の改善のための法律により民法のなかに新しく追加された九〇 a 条 (動物は物ではない。動物は特別法によって保護されている。物に関する規定は、別段の定めがない限り、動物に準用する) は証明している。

今日、立法者呼びだそうとする者は誰でもこのことを考えなければならぬ。それゆえ、この経験は無視して、それ自体としてみると承認することができる提案が、あらかじめ立法手続を通過する必要もなく法律になりうるとするのは軽率であろう。しかし法律の草案は、起草者の手から離れると、ヘーゲルに従って定式化したいけれども、悪魔の所与の諸条件の下にある。悪魔 (Teufel) が欲しているとすると、追い払うつもりは魔物 (Geister) をひとは決して意のままにできないことがたぶんすぐに明らかになるだろう。

## 八 展望

もちろん、立法は我々の宿命になっているという問題が残ったままである。しかしこのことで揺るがされたりしない。私法の領域においても法律が国家的な制御手段として投入されていることは否定されがたい。そのような干渉が政策的な諸理由から避け難くなっている数多くの事例がある。たとえばEC指令による国内法の転換のような他の場合には、干渉はともかく避け難いであろう。しかしこれらすべてのことは、ここでは問題ではない。問題になっているのは、むしろ、私法の中心領域において立法の手段をそのための不可避的な理由が何もないところでも投入すべきかどうかということである。法学によって方向づけられた実証主義以前のスタイルの分散した (dezentral) 法形成がより大規模に保持されているというか、もつと正確に言うと、民法典による切断の後改めて形成された唯一の領域がいまやまたも立法の時代に犠牲にされるべきかどうか。

サヴィニーはかつて、法律を迫る行動主義の日限を切った焦燥をシナイ山におけるユダヤ民族の焦燥と比較した。「神の律法 (Gesetz) を待つことができず、焦燥から黄金の子牛をつくり、そのために真の証の石板 (wahre Gesetztafeln) は打ち砕かれた」。現在の状況においてはしきりと別の督促をされていると感ぜられている。しかし我々は、呼びだした魔物を自らの力ではもはや振り切ることができない魔法使いの弟子のように振る舞うわけにはいかない。

(翻訳者あとがき)

本稿は 'Johann Braun, Vom Beruf unserer Zeit zur Überarbeitung des Schuldrechts, Juristen Zeitung 1993, SS. 1-8' を訳出したものである。ブラウンは、一九四六年生まれ、教授資格論文は Rechtskraft und Restitution - Die

Grundlagen des geltenden Restitutionsrechts (H.M.Pawlowski 指導、一九八二年)、Trier 大学教授を経て、本論文執筆時は Passau 大学教授である (Hyung-Bae Kim = W.Frhr.v.Marschall, Zivilrechtslehrer deutscher Sprache, 1988)。  
債務法改正委員会の最終報告書の刊行後、いくつかの記念論文集、A c P、N J W、J Z 等の雑誌に様々な論稿が発表されているし、一九九四年の第六〇回ドイツ法曹大会の民事法分科会のテーマとしても取り上げられている。大会の議事録 (Verhandlungen des sechzigsten deutschen Juristentages, BdII/1 (Sitzungsbericht – Referate und Beschlüsse), K 103.) によれば、計画されている債務法の改正を原則的に望ましいとする者が出席者の約九割である (101:10:3)。  
委員会の最終草案に関する反応のうち、ブラウンのものは小稿ではあるが、ドイツ民法学の変容過程の一断面として興味深い指摘を含んでいるので紹介することにした。なお、同様にサヴィニーの法源論に立ち戻りながら債務法の改正に反対しているヤーコプス法源論についてはすでに簡単な検討をおこなっている (鹿児島大学法学論集三〇巻一号参照)。  
なおブラウンのこの論稿には、九一個の注が付されているが、文献注は基本的に省略し、本文の理解に不可欠と思われる注のみを、本文の当該箇所へ V を使用してその内容を簡略化して挿入することにした。また ( ) を使用して簡単な訳注を付した。