

(翻 訳)

エルンスト・ヴォルフ

「民法典、法治国家の放棄することのできない基礎」

采 女 博 文

一 シュムデー博士の主張への反駁

以前の司法大臣、フオーゲル(Vogel)博士とシュムデー博士によって定式化されたテーマ「債務法の改正」は、誤った外見を生じさせる。二人の前大臣の行動は、個々の改良ではなくて、その名前で惑わせながら民法典の実質的な排除に向けられている。眞の選択肢は、リープ(Manfied Lieb)による報告テーマのなかに表現されている。「市民法から社会法へか(Vom bürgerlichen Recht zum sozialen Recht?)」。このことは数多くの言明と計画の全体構想から明らかになる。

シュムデーは、「現行債務法を調べるために」「民法典」を手にとる者は「基本的な法律問題」を見落としていたり「誤って答えたりする危険」にさらされていると主張している。Schmude, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des SchuldR, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, Bd. 1, 1981, Vorwort, S. V. >。

この主張は当たっていない。債務法を含む民法典は、論理的に完結した法体系を法典として含んでいる。誰からも反駁されていないし一度も変更されていないこの体系のなかで債務法の「基本的な法律問題」のすべてが答えられている。考

えうるあらゆる特殊問題・個別問題とその答えとはこの体系のなかに必然的にはめ込まれている。「基本的な問題」は必然的に一般的な問題であり、そのようなものとして一般性的のみ解答することができるということについては変えることはできない。体系の必然的な一般性は決して不完全なものではない。

以前の司法大臣、シユムードは、「民法典の第二編」は「ずっと以前からもはや我々の債務法の唯一の源泉ではない」と主張している（Schmude, Gutachten, Vorwort, S.V.）。

この主張は非常に誤解を招きやすい。まず第一に、民法典の第二章は決して債務法の唯一の源泉ではなく、それと並んで数多くの債務法上の特別法、たとえば商法が最初から存在していた。これらの特別法は民法典の体系のなかに組み込まれていたし、今も組み込まれている。第二に、このことによって与えられている法状態は民法典の施行以来なら変わってはいない。

民法典は私法の客観法上 (sachlichrechtlich) の諸関係 (民事法上の諸関係) に関して規律された諸規定の法典である。法典というものは、ある種の法的諸関係の体系的に規律された全体規定 (Gesamte Regelung) である。その際、歴史的な立法行為の統一性は重要ではない。そうでなければ法典というものは個々の点における後からの立法によって変更することができなくなってしまう。必然的なものは、連続する条文番号の統一性ではなくて、体系の統一性のみである。学問的な体系というものは、一定の種類の対象に関する学問的に認識された諸概念・諸法律・諸規則 (Regeln) の論理的に完結した (矛盾のない) 秩序である。

法治国家の権力分立と、法律と法への法認識の拘束性とに結びついた学問的な法体系を通して、同じ諸場合は法的に同等に判断されるし (公平 *Gerechtigkeit*)、確定されている事情の下で訴訟当事者は可能な限り大きな確実性をもって裁判所がどのような法的な判断をするかをあらかじめ判断することができる (法的安定性) ということが保障される。公平と法的安定性は論理的な体系を通してしか達成できない。

法典の体系にとつて、あらゆる特殊問題やさらには個別問題までをも汲み尽くす諸規定をおくということは必要ない。このことは体系の一般性のゆえに最初から排除されているし、ユートピアでしかない。

限定された一般的な諸規定、たとえば特殊な債務関係についてのようなものを、法典のなかに採用するか、あるいは特別法のなかで規律するかは体系にとつて付随的な目的性的の問題である。特別法の量もまた重要ではない。「見通しがたいたこと」や「法の分裂」を特別法の存在によつて理由づけることは根本的な誤りである。「私法秩序の統一性の喪失という犠牲を払つて特殊性が得られている」というシュムデーの主張はなりたたない。論理的に完結した体系の承認は、間違ひなく、法学を含むあらゆる学問の必然的なメルクマールである。このことは、真の認識は矛盾のないものでなければならぬということから生じる。このことは論理的な体系を通してのみ保障される。論理の諸規則に矛盾する判断はまた必然的に実質的にも誤っている。論理的に完結した体系の拒否はそれゆえ学問的な法認識の拒否と同じ意味を持つているし、これまた同様にあらゆる法認識の拒否と同じ意味を持つている。というのは思考法則を免れることは誰にもできないからである。

以前の司法大臣シュムデーは、「債務法は二〇〇以上の法律に分裂している」と主張している。「民法典の外に」「今日まで、債務法の領域に属するあるいはその内容に関連する約二七〇〇の規定を有する約二五〇〇の法律と命令が成立している。この数」は、「すでにそれ自体でここで生じている法領域全体の見通しがたさを示している。私法に関するどの法令集でも」これらすべての規定を見いだすことはできないへSchmude, NJW 1982, 2018. >。

この説明はなりたたない。以前の連邦司法大臣は、二七〇〇の規定の内容を民法典に引き受ける意図があると主張しようとしているのだろうか。彼は、一部は立法の良き時代に成立しているこれらの法律を余計なものであるとか誤つているとかと主張しようとしているのだろうか。いったいどうして彼は、民法典に手を掛ける代わりに、この二七〇〇の諸規定の改正に取り組まないのだろうか。

シムムーデは、「折々の勝手な、偶然的な細分化が生じるといふ危険」について語っている。「特別法の内在的な統一性を破壊することなく、ある規定をなおその今の関連から解き放ちうるかどうか、まず判断されるべき」である。〈Schmude, NJW 1982, 2019 f.〉。

これによればシムムーデは、「諸規定の数を全体として」「減らし」、「類似問題を処理するための変形の数も」少なくとも自ら追求している「そのような諸規定の民法典への包括的な統一」はあるいはまったく無意味ではないかどうかがわからない。包括的で費用のかかる「債務法の改正」のための準備を始める前にこの問題を自分の官庁で解明することが連邦司法省の仕事ではないだろうか。

シムムーデによれば、「債務法の改正」は「細部の問題をめぐる議論で消耗しないための立法者への提案」である。「債務法においては」、「この間に、個別的解決に依ることが債務法秩序全体の改良をもちや意味しないほど極めて多くの根本問題が提起されているし、構造問題が残っている」。特別法の取り扱いに関係している所管上の障害 (Ressortschwierigkeit) が「必要とわかった仕事をほとんど促進することを妨げてはならない」〈Schmude, NJW 1982, 2021.〉。

「必要とわかった」という主張は何に根拠づけられているのだろうか。いったい「細部の問題についての議論」は重要ではないのだろうか。しかしとりわけ、シムムーデによって「提起されている」「根本問題」と「残っている」「構造問題」とは明らかに一般的本質的な種類のものであり、主張されている「見通しがたさ」と「分裂」とは何の関係もない。以前の連邦司法大臣は、「特別法上の諸規定は可能な限り民法典に戻すべきである」と述べているが、これは、考えられている特別法上の諸規定は遺言法を例外として民法典の内容では決してなかったから誤りである。

これまで「私法に関するどの法令集のなかにも」「これらの諸規定すべてを見いだすことはできない」とすれば、それらの民法典への引き受けは、一種シェーンフエルダー法令集のようなものへの民法典の転換を意味する。「これらすべて

の「名前を出されていない「諸規定」は、やはり代替物なしに削除されてはならないだろう。諸規定を若干のいわゆる一般条項で、すなわち空虚な文言 (Leerwörter) で置き換えるという試みは、それによって個々の事例すべてにおいて裁判官の衡量とそれに伴う裁判官の恣意が法律上の諸規定に置き代わるということに帰するだろう。

シュムーデは、「民法典の第二章」は「ずっと以前からもはや我々の債務法の唯一の源泉ではない」という見解を理由づけるために、「債務法」は「広く判例の成果を通じて積み重ねられている」と述べている。「法律を公布する立法者と法律に厳格に拘束されて解釈し適用する裁判官との単純な分離」は決して存在していない (Schmude, NJW 1982, 2020.)。

この説明は法的には成り立たない。判決は法律に拘束されている。このことは、法律の概念から、学問的な法認識の本質から、そして基本法二〇条三項 (立法は憲法秩序に、執行権と裁判は制定法と法に拘束される) から出てくる。民法典の内容と矛盾する裁判実務——これによって制定法が置き換えられる——は、法律と憲法に違反している。「立法者」と「裁判官」との「単純な分離」は、「決して存在していなかった」というシュムーデの主張は、歴史的に適切ではない。法的には、この主張は法律、憲法、法治国家への絶縁状である。憲法に適合した法治国家が憲法違反の裁判官国家に置き代えられる。この裁判官国家では判決が法律に拘束されるのではなくて、立法が判例に従う。この誤った展開については、数多くの公然たる言明が存在する。連邦労働裁判所の新しい長官、ルドルフ・キーセル (Rudolf Kiesel) 博士は、Frankfurter Allgemeinen Zeitung 雑誌の一九八一年一月二八日号における「我々の法がますます不確実になっているのはなぜか」という表題の論文のなかで次のように述べている。

「私が思っているというか恐れていることは、増大している不確実性を裁判官が一部は無意識のうちに確定しなければならぬということである。「この不確実性」には、「根があり、それゆえ私には特別に気がかりである」。この不確実性の諸原因についての詳細な叙述の後、長官は述べている。「司法権 (rechtsprechende Gewalt) の強まりを心配すべきである。裁判所はますます権力的になる」。しばしば引用される裁判官国家 (Rechtswegstaat) が途中で裁判官国家

(Richterstaat) に向かっている。裁判官法が優勢的な行為原理になるが、しかしこれは定期的に選挙人に承認と正統性のために提示されなければならない政治的な綱領ではない。憲法のなかにつなぎ止められている伝統的な権力分立とはもはや一致し得ない司法権の立法権 (gestaltende Gewalt) にまで至るこの拡大に関して、利用手段も正統性も司法権には欠けている。「ここには、法を発見し同時にまた法を形成する司法権の努力のなかに、古い時代のあらゆる裁判のはじめに存在していた非合理的な要素が入り込むという危険はないのだろうか。予見することができないがゆえに非合理的である」。「結局、論理的に追試できないがゆえにもはや予見可能ではない」。「したがって法的命令の予見可能性を欠いているから、個々人の自由と同様に民主的な多数決原理も危険に陥る」。

このことがすでにどこへ導いているかをマイリケの著書「連邦労働裁判所」はよく明らかにしている。マイリケはこの連邦裁判所を自己任命の特別立法者と言い表わし、「法の継続形成か法の歪曲か」を問題にして論じている (Heinz Meilicke, Das Bundes-Arbeitsgericht, 1981)。その本の序論において彼は、一九一八年の法治国家は失われ、独裁がそれに代わったと述べている。「一九四九年に連邦のドイツ国民には改めて法治国家が贈られた」。立法、行政、司法が分離された。数年の後再び労働法において立法権と司法権とが一手に集まる。こんどは連邦労働裁判所が立法と司法とを要求している。このことは連邦労働裁判所に関してのみあてはまるのではない。

以前の連邦司法大臣シュムーデは、「債務法上の諸特別法と膨大な裁判例に照らして」、「民法典の社会モデルをずっと以前に古くさくしている現代の産業社会の規律の必要性が明らかに」なると述べている。「経済取引における不均衡状態」は、「もつもとの法律の原文 (Gesetzestext) ではほとんど考慮されて」いない。「賃借人保護の重要な構成部分」の採用と「旅行契約について」の法律とを通してこのことは変わっている。「この発展」を続行することが重要である。

この主張されている「現代産業社会の規律の必要性」は完全に管理された経済に特徴的なものである。この規律の必要性は、民法典に対する債務法上の諸特別法とは何の関係もない。主張されている「経済取引における不均衡状態」にも同

じことが言える。しかしとりわけ、シュムードはこの「規律の必要性」の論議を自らが要求している債務法の単純化といったどのように調和させようとしているのだろうか。

シュムードによれば「続行することが重要な」「この発展」は、旅行契約についての法律が「実際のところ、解明したよりも多くの問題を生じ」させたことによって特徴づけられている。「原因はまず第一に体系的な領域における取扱いの素人性である。この法律はせいぜい、この型のものではこれ以上のものはないほど、善意ではあるけれどもしかし表面的で十分には考え抜かれていない不明瞭かつ不完全な試みの例として大学の授業になじむぐらいであろう」(Teichmann, JZ 1979, 142. v.)。「賃借人保護」に関しても同じようなことが言える。つまり民法典に追加された諸規定(参照。特に、五五六 a 条―五五六 c 条、五六四 a 条、五六五 a 条、五六五 d 条、五六九 a 条、五六九 b 条、五七〇 a 条。以下の説明は、「賃借人保護」として考えられているものの法的な実質問題に関してではなくて、単に先の諸条文の規律の仕方だけに關している。v) に従えば、この「保護」は、住居についての賃借人の法律行為上の自由が賃借人のために広範に排除されていることと、自由な告知のための権利に代えて不確定の「諸理由」の範囲内においてのみ告知可能性を持つこととがその内容である。この告知可能性は、「正当な利益」、「賃借人とその家族にとって過酷」、「あらゆる諸事情を考慮して」のような空虚な文言 (Leerwörter) を通して規定されているし、裁判所によって「社会的」という魔法の言葉の下で自由な衡量に従って是認される。この規定は他の疑問を別にしても矛盾があり、不明確である。

二 民法の私法上の基礎

民法典の改正の場合、民法典だけはボンの立法の重大な失敗ではない。そこからは「債務法の改正」に着手することの正統性を導き出すことはできない。

「現代の産業社会」は「民法典の社会モデルをずっと以前に古くさくしている」というシュムデーの説明は、法的に動機づけられ理由づけられた「債務法の改正」ではなくて、シュムデーが民法典の社会モデルと呼んでいるもの、すなわち民法典の体系の排除を問題にしていることを明らかにしている。

「民法典の社会モデル」というようなものは、この関連において同様に主張されている「基本法の社会モデル」と同様に存在していない。Alfred Wolf, ZRP 1978, 251.。 「社会モデル」という言葉でもって、民法の本質的要素が、同時に法治国家憲法とあらゆる法の本質的要素であるものが、すなわちすべての人間の平等と自由とが否定される。シュバルクが連邦司法省の以前の一員として「債務法の改正」を計画したとき、民法典の反対者達によって主張されていた「不均衡状態」を理由づけて次のように述べているとき、このことが明らかになされている。

「従って結局、民法典の観念像、すなわち自らの法律関係を自律的に自由に形成し、非難されうる過ちに関してのみ介入する法仲間という観念が、民法典の誕生期に始まった発展の原因である。この発展は民法典とその「パンデクテンの基本シエーマから導き出される契約類型規定」の外側で「特別法」や「契約の型」として行われたし、「体系的に必要なものではなく」、「その規律の正統性を社会の現実」から得ている。Schwark, JZ 1980, 742.。

「社会的現実」に基づく「規律の正統性」は存在していない。「社会的現実」という空虚な文言の背後には、政治的権力集団と権力闘争とが隠れている。

民法典一条（人の権利能力は出生（分娩の完了）に始まる）に規定された民法の基礎と民法典のなかでのその規律は、あらゆる個々の人間だけが人間としての自らの属性の力で自然人（natürliche Person）であり権利能力を有するということである。同じことが基本法一条（一項（人間の尊厳は不可侵のものである。人間の尊厳を尊重し保護することは、すべての国家権力の義務である））に不可侵の人権の承認として、基本法二条（一項（各人は、他人の権利を侵害したり、憲法秩序あるいは良俗法規に違反したりしない限り、自己の人格の自由な発展を求める権利を有する）。二項（各人は生

命権や身体を害されない権利を有する。人格の自由は不可侵のものである。これらの諸権利は法律の根拠に基づいてのみ侵害することができ(る)。」に人格 (Personlichkeit) の自由な発展を求める権利、生命、身体の不可侵、人格 (Person) の自由として規定されている。これらの諸権利は、性別、血統、人種、言語、出身地と家系、信仰、宗教的ないし政治的な見解とは無関係であり(基本法三条三項参照)、しかし同時にまた身分的・階級的・集团的帰属、社会的経済的地位やたとえば労働者とか消費者とかの「機能」、財産と収入、要するに当該人間のすべての特別な性質や諸関係とも無関係である。民法と法治国家憲法との間、民法典と基本法との間には、この点において何ら相違はない。これらの共通の基礎は、現実の、生まれながらの、経験可能な、学問的に認識可能な個々の人間である。

それぞれの信条ごとに必然的に主観的な、すなわち個々人ごとに異なっているし、事件ごとに変わりうる世界観上信じられた理念的「人間像」を下に据えることによって、現実の個々の人間という民法と憲法の学問上の基礎は放棄され、「人間像」、「理想像 (Leitbilder)」、「理想像機能」、「社会モデル」などの代替しうるイデオロギーに置き換えられる。このことによって権利と人間は政治的に制御され支配される。このことは民法典とも基本法とも調和しがたい。両者からは当然に、国家は法の君主ではなく、法によって制約されているし、しかも手続のみではなく実質的な内容上も制約されているということになる。このことは国家による立法にもあてはまる。

すべての人間の生まれながらの法的な平等と自由は、国家制定法によっても取り除くことができない民法典の本質的要素である。

民法上の平等と一致する生まれながらの法的な平等は、あらゆる人間が決定能力のための素質を有する生物として、これと同時にその権利能力において、そして人権を含む生まれながらの法的な諸関係において、他の各人と同じであることにある。この平等はあらゆる人間に関して平等な要件が平等の法律効果を生じさせるところまで広がる(法の前の平等、基本法三条一項(すべての人間は法律の前に平等である))。

民法上の自由と重なり合う生まれながらの法的な自由は、人間各々が自らの目的物についての諸権利の範囲内において、自らの決定を通して自ら自由に決定することができ、当事者の権利をその限りにおいて制限する他人の権利が存在しない限り、他人の権利へのあらゆる干渉は法的に排除されるということにある。この自由は、法律行為を通してとくに契約を通して自らの法的な諸関係について決定する自由を含んでいる（法律行為上の自由、とくに契約自由）。この法的な自由は基本法二条において憲法上保障されている。契約自由は、民法典の第二章全体を通して前提とされ、それでもって制定法上承認された債務法の基礎であり、その本質上いわゆる実定法である。

あらゆる人間の民法上の平等と自由は、民法と民法典という言葉と結びついた民法上（*Bürgerlich*）という言葉は決して身分上の、経済上の、社会上のあるいは政治上の特別な集団を意味してはいるのではなく、一般的な人間上（*allgemein menschlich*）というのと同じ意味であることを示している。この言葉は、古い身分秩序における市民身分と関連も、「市民」（*Bürger*）と「プロレタリア」と「オロギー」に対する、とりわけいわゆる「有産階級」の「特権」に対するイデオロギー的政治的闘争は、このことを何ら変えるものではない。

民法と民法典とは国籍所有者（国民）としての人間の法的地位とも何の関係もない。民法典は連邦共和国の市民に関してのみならず何らかの理由で連邦共和国の法律の下にいるすべての人間に関して適用される。国家的な内容の法的な諸関係（公法上の諸関係）のみが排除されている。民法は、連邦共和国の法律が適用されるあらゆる人間の、国家上外の諸関係における一般的な法である。

三 民法典の法治国家上の意義

民法の内容上の国家上外的（私法的）性格は、国家の立法による民法典の成立から区別しておくべきである。これについては次のことを述べておきたい。

民法典を通して、広範囲にわたる意義を有する複数の相互に関連する諸課題が果たされている。つまり、

（1）実質的な私法の領域における法の統一性の確立。

（2）実質的な私法の領域における完結した法体系の確立（法典編纂）。

両方の課題は完全に果たされたし、第二のものは輝いている。民法典はその当時世界で高度なものとみなされていたローマ普通法というドイツ法学（パンデクテン法学）の学問的な仕事の成果である。この法学にはとりわけサヴィニーとヴィントシャイトが大きく寄与していた。そこに貫き通されている法的体系は確かにローマ法大全のパンデクテンを資料にして作り上げられているが、しかしそこから取り出されたのではない。この体系は初めて自分の講義を民法典に受け継がれている五部に分けたクリスチャン・ヴォルフ（Christian Wolf）の学派の一人、ジョージ・アーノルド・ハイゼ（Georg Arnold Heise）（一七七八年—一八五一年）を通して啓蒙主義の自然法学説にさかのぼる。このことはサヴィニーの著作『現代ローマ法の体系』（一八四〇年）という題名に表現されている。これに基づく民法典の体系は改良することのできないものである。少なからざる外国の法律における法典の模倣がこのことを十分に示している。

第三のものをつけ加える。これは民法典の施行の時代にはほとんど実質的な意味を持っていなかったが、しかしその後

の時代において重要な意味を持つようになった。この第三のものは、実質的な私法の領域において完結した法体系の確立を通して、裁判の制定法への拘束を前提として、裁判官の恣意的な判決の可能性とそれと同時に裁判を通しての私法上の諸関係への国家の干渉が法的に広範に排除される、ということである。民法典の完結した体系と結びついているこの効果

の法治国家上の意義は高く評価してしすぎるということはない。国家上外の（私法上の）「社会的」人間の諸関係に対する国家権力の憲法上の制限は、民法が完結した体系を通して自らを規定し、それと同時に限定するものでなければ、効果的な有効性を持ち得ないままである。憲法からは、この内容上の規定と限定を導くことはできない。このことは、民法から、完結した体系に基づいてのみ可能である。

四 民法と民法典に対する闘争

法と法治国家の本質的要素としてのすべての人間の民法上の平等と自由に対しては、唯一の選択枝、つまり権利の剥奪と政治的支配しかない。従って、民法と民法典に対する闘争は、もちろんそう言っていないにせよその本質上法に敵対的である支配的政治的権力によっておこなわれる。闘争は明らかに同時に法的安定性にも向けられている。

この闘争は、一九世紀以来政治的には二つの側、つまり保守的・権力国家的な側と革命的・社会主義的な側から発している。既に民法典第一草案の公刊後始まった民法典に対する闘争は、保守主義者（オットー・フォン・ギールケ）とマルクス主義者（メンガー）によって指導的におこなわれた。両者とも民法典を「非社会的（unsozial）」としたことは偶然ではない。サンディカリスト的社会主义的助言国家（Rätestaat）は、封建的身分制的権力国家に本質的に類似している。

現在においては、民法と民法典に対する社会主義的な闘争だけがなお重要である。そもそもあらゆる制定法と同様に民法典を叩いた自由法学派の指導的主張者、カントロロヴィツ（H.U. Kantorowicz）とエーリッヒ（Eugen Ehrlich）は、マルクス主義に影響された見解を主張していた。

連邦司法省の代弁者たちが援用しているオットー・フォン・ギールケ（Otto v. Gierke）は、「社会主義的な油滴でもつ

て「私法を「滲み通すこと」を要求した。「社会的理念」、「ゲルマン的法思想」、「ドイツ的」は、ギールケにとって広範囲にわたって同一のものであった。「不屈のドイツ的法思想」とか「生粋のドイツの法」という彼の社会主義的に影響されたゲルマン的イデオロギーは、「民法典を致命的に傷つけることはできなかったにしても」、これによってギールケは本質的に国家社会主義の法イデオロギーの準備のために寄与した。このことは第三帝国によって承認され、とりわけ彼の息子、ユリウス・フォン・ギールケによって確認されている。「私法の社会的課題」とか「社会法」とかの言葉の利用は、社会主義的な要素の表現である。

シュバルク (Schwark) がその国家社会主義的覚え書き『給付障害法の理論』(一九三六年)を援用しているハインリッヒ・シトル (Heinrich Stoll) に従えば、「債務法上の契約の社会主義的形態」と「債務法の社会主義的形態」は「国家社会主義の理念」と「一致している」。「民法典からの訣別」の後その位置にとって代わる国家社会主義的「民族法典」は、そのイデオロギー的な基礎において社会主義的であった。

一九四五年以降の時代になると、民法典に対する社会主義的な闘争においては、マルクス主義的なイデオロギーが国家社会主義イデオロギーにとって代わった。

ヴィーアツカーは一九五三年に、「所与の法秩序の社会モデルとその変容、いわばその密かな草案……を解明すること」も「法制史の課題に属すると書いてゐる」Wiacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953, S. 4. >。

民法典の基礎にある「パンデクテン法学」の「諸前提」は、彼に従えば、「一九世紀において社会進歩の先駆者と認められていた層、とりわけ市民の企業家階級の政治的経済的理念ともつばら」一致していた。「というのは自由と平等は完全な民主主義の下での国民の政治的地位に関しては一致できるようにしても」、「経済的な財貨の処分の際には実際には融和させることはできない。それゆえ立憲国家がますます、この財貨処分の秩序づけを自らの主要な課題とする管理国家や福祉

国家になればなるほど、古い大きな法典の理念はそれだけですますます問題になる」。自由主義の企業家階級の自由の情念 (Freiheitspathos) と身分制のない民主主義的な国民の平等の情念 (Gleichheitspathos) とは、「当時でも、『財産と教養』がすなわち経済的文化的自由主義の理念の担い手が民族的社会の決定的代表者と認められ、彼らの要求を全体として民族の他の階級に認めさせるか強要することができたという諸前提の下でしか一致させる」ことはできなかつた。「西・中央ヨーロッパの法典編纂の社会モデル」は、ヴィーアッカーによれば、「経済社会の単一の階級による篡奪」に基づいている。「モデルは有産階級を民族的法秩序の主な代表者に行っているし、このことは必然的に他の階級身分や職業身分の犠牲の上でおこなわれている」。「しばしば世間知らずと非難される民事法学の最も重要な仕事はおそらく、『一九〇〇年の大法典に新しい社会モデルを組み込むという大変革』である。

ヴィーアッカーによれば、民法典に組み込まれた「新しい社会モデル」——このモデルを通して、ドイツ私法秩序の基礎に置かれていた「形式的な自由倫理」は社会的責任の実質的倫理という元の姿に戻された——は、社会主義的なものである。ヴィーアッカーによつて「姿に戻された」という言葉で表現された、権力的な福祉国家 (der obrigkeitlichen Fürsorgestaat) (「警察国家 (Polizeistaat)」) と彼が広範囲にわたつて受け継いでいるマルクス主義の社会主義との歴史的な関連は、当たっている。しかしながらヴィーアッカーが無視しているのは、「市民階級」の「財産と教養」に対する論駁は、かつて彼自身が所属していた国家社会主義のキール法学派のイデオロギー的な闘争スローガンであつたことである。民法上の平等と自由と民法典を「企業家階級」や「有産階級」の上品な「篡奪」とする叙述は、一種の社会主義的な歪曲である。あらゆる社会主義はその本質上全体主義的であることがこの根本にある。国家から自由な私法、人権、あらゆる人間の法的な平等と民法は、社会主義社会には存在していない。マルクス主義と国家社会主義とが一致しているこの世界観上の根本が、制定法と法とを排除する。民法に対する闘争は、その本質上あらゆる法に対する闘争である。

「社会 (Gesellschaft)」は、ヴィーアッカーによれば、「個人的な契約上の自己」制限を通してはじめて拘束される主体

の多数では決してなく、所与の共通の諸課題を通じてすでに相互に拘束されている法仲間の共同関係 (Genossenschaft) である。それゆえ、「一九世紀の自由主義的法モデルの批判者たちのなかで」、「新しい社会の未来をほらんだ前兆を認識していた」オットー・フォン・ギールケが勝ちをおさめる」という。

ギールケが「その未来をほらんだ前兆」を「認識していた」「新しい社会」は、国家社会主義的「ゲルマン的」「民族共同体」であった。ヴィーアッカーが「一九世紀の自由主義的法モデル」と呼んでいるものは、人権 (Menschenrechte) に基づく自由主義的民法と法治国憲法である。

ヴィーアッカーの「社会モデル」論はドイツ私法学に受け入れられている。

一九七八年の民法法学者会議において、ヴィーアッカーの学説を援用して、「財産法を、役割を特殊化した群法 (Gruppenrecht) に分割する方法による」「私法の社会モデルの革新」が要求された。「財産法を、同等の市民の間の私的な生活領域の民法、企業家間法取引を規制する企業法、最後に私的な消費者と企業家との間の諸関係に関する特別な規律である消費者法とに分割する。私的自治の役割は、従ってまた国家による経済への間接的な統制と直接的な干渉との範囲は、とくに伝統的な民法法の諸原理は消費者法の枠内に退くことになるように、個々の領域ごとにまったく異なるだろう」。この努力の目的は、「一般的財産法を分けて、経済過程における当事者の役割に従って本質的に新しく構築すること」(H.P. Westermann, AcP 178, 151 ff.) である。

「社会モデル」という言葉は、なんら法的な内容を有していない。つまりこの言葉で表現されていることは、法とは何の関係もない。国家権力によってのみ可能な、「法」としての「社会モデル」の導入は、国家を自らの権力装置として支配する「社会的な」権力集団が自らの支配の「モデル」をあらゆる人間に強制し、それによってあらゆる人間の諸権利と自由を取り上げようことを意味している。このために、民法典——これによれば、あらゆる人間は平等で自由である——を取り除くことが必要であった。

提案されている「役割の特殊化した群法」は、その根本と本質的な細目において、ドイツ民主共和国（DDR）において民法典を取り除いた後に一九七五年の「民事法典」に貫かれた共産主義的な考え方に照応している。

「全体としての供給過程と個々の給付関係」は、「国家的な課題を遂行するために」処理されるべきであるから、市民と事業体との関係は同権を基礎とする「私的自治」という伝統的範疇ではもはや適切に把握することはできない。社会主義民事法によっても承認されていた民事法主体の原則的平等秩序は、市民相互の法関係にのみ通用するが、市民と事業体との法関係という実際上より重要な作用領域に関しては通用しない。

「ドイツ民主共和国」においては、とりわけ奪権された「市民」と支配的な政党的役員との関係における法的な平等と自由は排除されていることをつけ加えておきたい。社会主義的支配の本質をなすこの「不均衡性」は、もちろん「ドイツ民主共和国」のいかなる法律にもいかなる解説書にも述べられてはいない。

五 忍び込む社会主義

マルクス主義の教義によれば、法は経済的政治的権力者の支配装置の一つでしかない。「現実的」なのは権力だけである。「実際の民族生活は」、「社会における個々の階級や集団の間の権力関係のみ」を我々に示している。「いかなる法規も」、「既存の権力関係と、すなわち支配層と有産階級の諸利益と矛盾しているとき」「存在と有効性」を主張すること」はできない。したがって、法と法治国家とが否定されていることは明らかである。社会主義的なイデオロギーに従う人間がこのことを認めようとしないうしろ、教義的マルクス主義のみならずあらゆる社会主義はその思考上の根本からして法とは一致できないということがしばしば見誤られている。社会主義によれば、絶対的な「社会」に対する「諸義務」のみが存在し、個々の人間の権利、ひいては法は存在しない。

社会主義的なイデオロギーの根本は、思考の端緒を個々の人間に置くのではなく、絶対的なものとして措定された社会「全体」や「部分の全体」（全体思考）並びに絶対的なものとして措定された「階級」（「階級思考」）ないし「集団」（「集団思考」）に置いていることにある。この集合的な端緒からは個々の人間、個々の人間の権利や自由への思考の方法的な道筋は存在していない。逆の主張は思考則上不可能である。

連邦共和国における現在の状態は、階級闘争的なマルクス主義のスローガンはしばしばもはや公然と主張されるのではなくて文言上隠されているということによって混乱させられている。シュムデー博士によって使用されている「不均衡」という表現は忍び寄る社会主義の慣用の用語である。彼によって主張されている「経済上の取引における不均衡状態」は、「社会」の経済上の権力集団の間のもの、すなわち社会主義イデオロギーの意味での「社会的」「諸階級」の間のそれである。「もともとの法律原文ではほとんど考慮されていなかった」この「不均衡状態」を今や原文に採り入れるべきであるという以前の連邦司法大臣の説明は、民法典と民法を内容上取り除くという綱領と同義である。このことは、シュムデーによれば「すでに生じている民法秩序から社会法秩序への変容を、民法典の第二章のなかではつきりとさせる」ことが彼によれば重要であるということからも結論として出てくる。

六 判例の諸成果は法秩序の一部ではない

シュムデーによれば、「債務法の体系的な完結性と見通しのよさを回復する」課題が現在出されている。「現行債務法の諸原則」が「民法典から再び確実に明らかになる」べきである。そのことを通して「市民にとってそしてまた法適用者にとっても法秩序は再びより見通ししやすい、よりわかりやすい、より説得力があるものになる」〈Schmude, Gutachten,

Vorwort, S.V.〉。

ここで略述されているこの目的を達成するためには、民法典を堅持し、法律と契約への裁判所の憲法上の拘束へ立ち戻るといふ道しかないだらう。というのは、民法典の「債務法の体系的な完結性と見通しのよさ」は批判の余地のないものである。しかしながらシユムーデが、次のように続けるとき、彼はまさに逆の目標を追求している。

「特別法と個々の諸規律の局面の次に」、「学説と判例の新しい発展」が生かされるべきであり、必要ならば法律の文言のなかに受け継がれるべきである」。

シユムーデによって引き合いに出されている「新しい発展」というのは、日々増え続けている法律とは無縁の (gesetzfremd) 裁判例のことである。このなかでは、頭でひねりだされた証明の仕組み (Nachweisapparate) の助けを借りてもほとんど誰も正解を見つけないことができる。この問題をコンピュータによって解決しようと試みられていることで、十分にわかる。

それゆえ、シユムーデによって主張されている「判例の諸成果」は、これを彼は「生きた (gelebt) 債務法」とも名付けて惑わしているが、そのような諸成果は存在していないから、もともと「我々の債務法秩序の部分」ではない。法律と法律行為だけが法律効果を根拠づけることができるのであり、これらから解き放されてしまえば、裁判所の判決にとって客観的なメルクマールは決して存在しない。一致は偶然であり、矛盾は避けられない。このことはしばしば同一の裁判所の判決に関してもあてはまる。種々の矛盾する膨大な裁判例から、事例ごとに自らのそのつどの意図に適しているようにみえるあらゆるものを探しだすことができる。このことは何ら「判例の諸成果」ではない。

加えて、憶測の「諸成果」を民法典に組み込んだり、シユムーデも言っているように、「統合したり」することは、考えられている判例のその一部は法律との不一致のゆえに法ではないから、排除されるべきである。これらの多くの判決が相互に矛盾していること、そして各々の判決は当面の個別事例にのみに関係していることから民法典への受け継ぎは方法上不可能となる。これらの個別的な判決から一般的な法律を導き出す試みは、論理的に不可能であり、誤りをもたらさう

だけである。「最高裁判所の判決の判旨 (Leitsätze)」の参照及び「これらの判決の確立した基本構造」や「債務法の本質的な秩序」の主張は、このことを何ら変えうるものではない。

七 法律上の規律の実体に反する除去

債務法の体系的な完結性を回復することが重要であるとすれば、まず第一に体系上の根本が解明されなければならない。たのではないか。このことは明らかにおこなわれていない。全体で一八八〇頁にのぼる二巻本で刊行された、統一的な構想なしに委託された個別問題に関する一七の鑑定意見書のなかで、それらが一つの全体的に連関している体系を含んでいると誰も主張しようとはしていない。すでにある一七の鑑定意見についての事前の体系的な取扱いもなしにこの間に委託された七つの追加鑑定意見にも同様なことが言える。

「債務法の改正」は規範の洪水をくいとめるのに役に立つというシュムデーの主張は、ボンの「毎年の法律の雪崩」が起きる前に、債務法上の内容を有するたいの特別法はすでに存在していることからしてすでに説得力を持ち得ない。シュムデーの主張は、この雪崩の真の諸原因から目を反らすにおあつらえむきである。彼によって要求されている、私法における法の分裂を法律を通して元に戻すという「法政策の課題」は、むしろ「規範の洪水」を減らすどころか増大させるという結果になる。

私法における法の分裂を元に戻すためには、シュムデーによれば「将来あらゆる法律草案の際に、そこに存在する一般的な規則からの乖離が実際にどうしても必要なかどうか真剣に吟味されること」が必要である。「自らの部門すべてにおいて立法者は自制し、ぜひとも必要な新しい規律を基幹法律と結び付けるべきである。その場合に」「立法者は法秩序の内在的な統一性をより良く認識する」であろう。

この叙述は、「立法者」はこれまで「法秩序の内在的な統一性」を十分には認識していなかったことを意味する。そうだとすると立法者は、「私法における法の分裂を制定法を通して元に戻すこと」を目的とする「債務法の改正」をどのようにより遂げることができるのか。司法大臣が権限を有している「立法者」は、「そこにある一般の規則からの乖離が実際にどうしても必要なかどうかをこれまで「真剣に吟味して」いなかったのか。そして立法者がこれまで「自制する」ことができなかったとすれば、どのようにして「債務法の改正」を通してこの欠けている自制力を「立法者」に与えるというのか。以前の連邦司法大臣は専門大臣として自らの機能不全をここに証明していることにならないのか。

本来何が問題なのか、シユムーデはつぎのような言葉で述べている。

「問題の特別規律から」、「民法典の債務法の基本規則自体が不完全なもの」であったか、あるいは古くさくなっているという結論を引き出すことができる。「そのような特別規律の民法典への組み込み」は、「特別規律に関する諸原則を認識し、時代に適合した諸基本原理を作り出し、これを法典に書き込む」ということを意味する。「その場合には、特別規律を代替物なしになくすことができる」。

「特別規律」は例外規律であり、そこからは共通の「基本原理」への帰結は論理的には不可能である。特別規律が「なくなる」とは、法律上の規律の実体に反した(sachwidrig)内容上の変更と同じ意味である。

民法典のいわゆる「不完全で」「古くさい」「基本的諸原理」は、契約の自由と有責責任である。これにとつて代わろうという「現代の」「基本的原理」は、国家による分配の原理である。自らの法的諸関係に関する個々の人間の自己決定と自らの決定を通じて責任を負わなければならないような諸故障に関する限りでのみの個々の人間の責任に代えて、裁判所による分配が導入されるということになる。シユムーデがつぎのように述べているときには、このことが問題である。

「債務法の改正」によって、「民事法取引における当事者の形式的平等を力と従属関係において今ある現実を考慮して実質的な平等へ導く」という特別法によって開始された過程が広い土台の上で継続される。弱者の自由もまた、「債務法体

系における公平で適切な利益調整を通して保障される」べきである。

取り除かれることになる「形式的平等」はあらゆる人間の法的な平等と自由である。「実質的な平等」は、「階級のない社会」というマルクス主義のユートピアにおいて約束されているような絶対的な経済的「平等」の別の言葉である。「公平で適正な利益調整」、「力と従属関係の今ある現実を考慮して」というのは、マルクス主義の「プロレタリアート独裁」と「DDR」における「役割の特殊化した群法 (Gruppenrecht)」とに似つかわしい。

シュムデーは「社会的な法治国家における社会的私法」とか「民法典を生き生きと保つ」とか言っている。彼が主張しているのは、その際まず第一に「民事法の再考慮 (Rückbesinnung) が」(Schmude, NJW 1982, 2020, N. 20)には Fritz V. Hippel, Raiser, Wieacker, Großfeldなどの文献が援用されている。第二に「我々の私法の基礎についての意識的な再考慮 (Wiederbesinnung) とそう」から出てくる私法の改造」が問題であるということである。第三に「社会的な調整が強められ、債務法が社会秩序の一つへとさらに発展させられる」。第四にそのことを通して「[議会の関与なしの]我々の私法秩序の根本的な改造」を避けるためにこれらすべてがおこなわれるべきであるということである。

これらの主張の矛盾は明らかである。方法論上、民法典の諸要件と諸法律効果——これらがなければ判決の法律への拘束は不可能である——を、実際には法律上の規律を意味するのではなくその否定を意味する「社会的な保護価値」とか「信頼保護」とか等々のような包括的な空虚な文言でもって置き換えることが問題である。法律上の諸要件と諸法律効果の抽象的なメルクマールによって、諸法律要件と諸法律効果を用いて立法者がおこなってきた一般的な法律上の規律が取り除かれる。それらの代わりに、内容のない「諸原理」が魔法で呼び出され、それを用いて客観性、一般性、適法性という誤った外観が作り出される。それによってあらゆる訴訟が認容されたりも棄却されたりもするから、「訴訟の雪崩」がますます増大することは避けられない。

八 制定法から逸れた判例の恣意

シムムーデによれば、「債務法の統一性をはつきりとさせること」に「成功すると」、「市民の法への接近と、利益対立の公平な調整とが容易になる。社会的な法治国家」は、その市民が法の見通しのきかなさのゆえに自らの請求権を再三実現することができないことを堪え忍ぶこと」はできない。

この主張は通らない。確かに、「市民は再三」裁判所において「自らの請求権を実現することができないということはその通りである。しかしこのことは「法の」、いずれにせよ民法典の債務法の「見通しのきかなさ」にあるのではなく、法律から逸脱した判決の恣意にある。その結果、いかなる弁護士もはや法律上あるいは法律行為上理由のある請求権に関する訴訟がいかなる結果になるかを客観的に判断できない。関係する市民や弁護士が連邦共和国で下された裁判例のすべてをそらんじていたとしてもこのことは何ら変わらないだろう。立法を通してもこのことを何ら変えることはできない。「民法典の債務法の改正」の支持者らによれば裁判所は現行の法律にまったく拘束されずともよいのと同様に、裁判所が改正された法律に期待通りに余り拘束されないままであるとすればますますこのことが当てはまる。将来の「判例の諸成果」は、要求されている法律の改正後もまた「我々の法秩序の構成部分」であり続けるはずである。それゆえ民法典の「改正」は一種中間的な行為を意味するにすぎない。

市民は、その内容でもって当事者間の明示的ないし黙示的な表示を通して締結した内容の契約が有効であることを信頼する。市民はこの内容だけを民法典の債務法上の契約の自由と一致して正しい (Recht) と考える。このことのみを市民は「信義誠実」に従っても信頼することができるし、このことだけを「倫理的」、「誠実に」、「期待可能な」、「公平な価値に」、「保護の必要な」、「保護に値する」、「正しい」などと考える。

法という概念によっても、法を混乱させ排除する説教めいた空虚な文言によっても、人が契約上引き受けていないし、

裁判官がこの目的のためにはじめて発見する義務が「信義誠実」などの援用の下で課されたり、あるいは契約上合意された義務から判決を通じて解放されたりすることを人は期待することはできない。逆の見解に従えば、法と矛盾しており、そのために実際には「信義誠実」にも違反しているものが「信義誠実」などを援用して法と呼ばれる。

九 民法典 —— 優れた法典編纂

シュムードはエルンスト・チーテルマンの一九九〇年の「新しい法典を歓迎して」——そこではチーテルマンは法典への極端な期待を退けている——での言葉を引用している。「法的な至福の新しい時代が開かれることになる。真にドイツ的な、国民性に基づく、『社会的な』」(Zitelmann, DJZ 1900, 3. V.。この退けはとりわけギールケの熱狂的な見解——この見解をシュムードは自らの見解のために援用している——に向けられていたことにはシュムードは触れていない。引用箇所は、大きな幻滅の感情を引き起こした民法典の第一草案に関係している。この草案についてはチーテルマンによれば、第一草案に対する批判は民法典にはもはや当てはまらないほど多くかつ本質的に「大いにかつ幸いに改良されている」。

シュムードによれば、「民法典」は「なんら『完全』を求めてはいない。法典編纂は、まったく実際のな、部分的には時代と結びついてはいるが、全体としてそのいっそうの有効性をいつでも熟慮しなおしうる政治的衡量に支えられていた」。この主張は成り立たない。シュムードによれば、民法典は完結した体系を基礎にしてはいないし、その内容上政治的なものということになる。このことは適切でもないし、シュムードがその叙述を引用しているチーテルマンもこの種のことを主張してもいない。チーテルマンの叙述は、ライヒ法とラント法との当時の関係における局地的な法の統一に関している。これについて彼はこう述べている。

「まず第一に統一性については苦勞せずに達成できるものを取り上げ、より一層の拡充は将来に委ねるということは政治的には大いに賢明であつた。疑いもなく法典はその存在そのものを通して、今日なお留保されている諸領域にも法の統一化をもたらすような力となるだろう。そしてなんと云つても、何よりも既に我々は最も大事なものをつまみ法的思考の統一性 (eine Einheit des juristischen Denkens) を持った」。

従つて、「まったく実際のな、部分的には時代と結びついてはいるが、全体としてそのいっそうの有効性をあらゆる時代に再考する政治的な衡量」は、別の言葉で言つと、政治的な楽天性 (politische Opportunität) は、民法典の法的な内容との関連においてはシユムーデの説明に反してまったく問題になりえない。

チーテルマンによれば、「言葉は」「恣意に対する、主観的な正義衡量 (subjektive Gerechtigkeitserwägungen) の判断に対する、雰囲気や時流の偶然性に対する保護壁であるのである」。

一九世紀の普通法上の学問から生まれたという民法典の法的な実質について、チーテルマンは傑出したものと評価して次のように述べている。

「ドイツのこの法曹世界において、法の眞の学問がはじめて生まれた。我々から失われてはならない宝物が」。

この学問をその体系から分離することはできない。この体系と共に、同時に法典としての民法典が成立している。

(翻訳者あとがき)

本稿は、Ernst Wolf が ZRP 雑誌 (Zeitschrift für Rechtspolitik) に執筆した論文 Das BGB, eine unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaats, ZRP 1983, SS. 241-249 を仮訳し紹介するものである。この論文は、一九八二年十一月六日と七日に「債務法の改正」をテーマに開催された Katholische Akademie Schwerte の会議の報告に加筆したもので

ある。会議の他の報告者は、連邦司法省参事官 Alfred Wolf (Medicus (München))、Lieb (Köln) である。

E. Wolf 45 Kein Abscheid vom BGB, Absage an die geplante Neuordnung des Schuldrechts, ZRP 1982, 1 ff.において、民法典を支持し、企画されている債務法の新秩序に反対していた。その後、NJW雑誌において当時の連邦司法大臣 シュムーデ (Jurgen Schmude) は、司法省が債務法改正に着手することにした諸理由を説明した (Schuldrechtsüberarbeitung – eine Herausforderung an den Gesetzgeber, NJW 1982, 2017)。本稿で仮訳し紹介する論文は、このシュムーデ論文に焦点をあてながら、あらためて債務法改正に反対する論陣をはっているものである。

Ernst Wolf は、一九一四年生まれで、一九五五年から一九八三年までマールブルク大学の正教授を務めている。一九三六年から一九三七年にかけて、トーマス・マンなどが参加していた反国家社会主義サークルへの加入を理由にたびたび逮捕拘留を繰り返した (Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, Zum Geleit; Hyung-Bae Kim ≡ W. Frhr.v. Marschall, Zivilrechtslehrer deutscher Sprache, 1988)。

なお原文には七七個の脚注が付されているが、基本的に省略し、一部は本文中にハ ヴを使用して取り込んだ。また「」を使用して簡単な訳注を付した。