

私的自治と私法の優位性

安達, 三季生[訳] / RITTNER, Fritz / リットナー, フリッツ
/ ADACHI, Mikio [ed.]

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / Review of law and political sciences

(巻 / Volume)

84

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

26

(発行年 / Year)

1987-01

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00010810>

私的自治と私法の優位性

ドイツ・フライブルク大学教授

フリッツ・リットナー

安達三季生 訳

A

I ドイツ法と同様に日本法も法秩序を通常三つの大きな法領域にわけている。すなわち私法・公法・刑法である。法学部もそれに従って、形式上では実際上、三つの細分類がなされている。これらの三つのいわば下位学部 (Subfakultäten) はその構成員の数において非常に差異があるが、夫々の間には、明示されていないが原則的に、質的対等性があり、それは異った学部間におけるそれと類似している。そのために、学部間の対立と類似すべき対立が前述の三つの法部門の間に存在する。しかしその対立はまさにカントが学部間の対立を不一致の一致とか一致せる不一致として捉えた (一七九八年) と同様な対立である。

そのような対立は、本来的には序列 (ランク) の問題とかかわりのない問題である。序列の問題は、量的な問題が議論される時にはじめて登場してくる。たとえば講座数や研究所の数や国家試験の科目の数を見ると、私法が第一位にあり、

それに公法が続き——もつとも私法との差は次第に縮まっているが——そして刑法は自ら第三の地位に甘んじている。

II したがって私法の一種の優位性が、なお暫定的なものであるにせよ、存在するように見えるならば、それにはそれなりの根拠があるはずである。

1) 一つの根拠は、私法が刑法と並んで長い間法律学の主要部分であった(サウイニイ・一八〇二年)という点にある。この二つの法領域は、ローマ法の最初の時代から殆ど絶えず発展してきた。国家法および行政法の歴史は、教会法や国際法の歴史とともにずっと後になって始まっている。しかし夫々の歴史が益々失われてきている今日においては、このような根拠はどれほどの重みをもつといえるであろうか。我々は古代や中世の諸関係から、ますます増大する速度でもって離れているのではなからうか。現行法、とくに法典化された時期以後における現行法は、ローマ法大全やドイツ普通法が——古典時代のローマ法は言わずもがな——現代人にとって次第に色あせたものとなってしまう程に、これらと別個の独自のものとなっているのではなからうか。

2) もう一つの、恐らくはより、確かな根拠は、現行法の実務において、私法に——刑法と並んで——今日もなお非常に大きな重要性がおかれている点に見出されるであろう。ドイツにおける裁判官の数はそのための確かな手がかりを与えるであろう。一九八五年一月一日におけるドイツの連邦および各州のあわせて一七、〇三二名の裁判官(職業裁判官)のうちの一三、〇四〇名の裁判官が、したがって七五%を超える裁判官が通常裁判所に所属しており、他方、行政、租税、公務員の各裁判所では約一七%の裁判官が、また、労働・社会の各裁判所では約九%の裁判官が職務についている(一九八五年の統計年鑑による)。普通裁判所の裁判官の数は各分野に分けられており、そのうちの民事に従事する裁判官の数は推定するしかないが、それは少くともそのうちの半分、もしくは若干それを上廻る数とならう。

もしこれに、絶えず増大する仲裁裁判所の裁判官の数を加えるならば、法律実務に関しては、私法は他の法領域をずっとひきはなしていると思われる。

3) しかしながら、現代の法源理論は、これと反対の方向を示している。すなわち法源論は「法秩序の階層的構造」(エーリングガー・一九七五年)を示しており、そしてこれは、ドイツ連邦のように憲法裁判所をもっている連邦国家においては特に多様に分類されているが、法源論における階層的構造によると、私法は、単なる連邦ないし各州の法という、かなり低い段階におかれている。憲法は国家の最高法規として、単なる公法やその他の国家法や行政法の上にあつて光を放射している。私法はこれら共同社会に関連する領域の外におかれているように見える。それはたしかに歴史的な点からは尊敬されるに値し、また、個々の点で成熟したものであるかも知れないが、しかし全体としては、よ、法技術的であり、またあまり法倫理的に基礎づけられることはなく、そして殆ど政治とは縁がないように見受けられる。

III このような現状では、私法の優位性は、たとえそれがあつても、全く弱い基礎におかれている。それがもっている法実務上のきわだった重要性は、たしかに、研究や教育の点で私法を——多様な様相を示す私法を——これ以上ひき下げてはならないということを要求させるであろう。しかしその他の点では、さほどたいしたことのない状態におかれているように見える。

B

I これまで述べてきたような状況は、一定の前提をもとにして存続する。この前提とは、法律学が三つの領域に

私的自治と私法の優位性(リットナー)

区分されるという想定のことである。しかしこの区分は十九世紀末以来ますます疑問の余地の多いものとなってきた。産業法（ハインリッヒ・レーマン・一九一三年）およびそこから成立してきた経済法や労働法、さらには税法もまた、従来の体系にうまくはめ込むことは出来なかった。新たに登場してきたこれらの法領域を、従来の体系をいわば増築することによってその中におさめようとする試みは、すでに一九二〇年代に不成功に終わった例えばヌスバウム・一九二二年）。このほか、教会法とか国際法とか鉱業法は従来の体系の中に適切な場所を見出すことが出来なかった。英米法の諸法を見てそれを参考にしようとしても役に立たなかった。というのは、英米法では、本質的にさような厳格な体系的観念を用いずにすませており、そのために、新しい法領域を發展させたり、また同時に、不要に帰したものをしりぞけてしまうことがずっと容易になされている。しかし大陸法はおそらくも啓蒙主義時代の自然法以来、英米法よりもずっと強く学問的に洗練されており、体系的な思考に強く結びつけられている。体系的思考を回避しようと試みる人は、単にそれを内面的に抑圧しているだけであり、従って多かれ少なかれ、無意識的な、だからまた不明瞭な形での体系的な構想を、あるいは、もっとよい表現を使うなら、思い違いを拡げているのである。

体系についての疑問は、しかし本質的に、私法と公法についてもたれており、刑法はそれにわずらわされていないも同然であるが、刑法の場合、刑法適用の前提となるべき私法上および公法上の問題ととり組まなければならない。このような前提問題は経済犯罪の場合——それは私法公法の両方の方向に向かっており、例えば一方で破産犯罪、他方で補助金をめぐる犯罪が問題となるが——その範囲と重大性が増大してきている。私法学者はしかし、私法制度の機能の仕方に永続的に影響を与えているところの、行政法上および憲法上の諸規範や諸々の法現象や諸問題に、実務と研究の双方の面で絶えずぶつかっている。そして公法学者は、彼が例えば経済行政法や租税法やあるいは憲法や国

際法あるいはヨーロッパ共同体法を研究する場合、たえず、私法上の諸制度や諸規定ととりくまなければならぬ。

これらの私法と公法とが混和している状態は、サヴィニー（一八四〇年）が彼の時代に書いたような、両法領域の間の移行現象および近似現象と明瞭に区別しなければならぬ。またそれは、裁判所構成法や行政裁判所規則の適用のために法的手段を区別する必要から、やむをえず開発せねばならなかったような単なる境界設定の方式に還元することはできない。その原因はもっと深い所に横たわっている。伝統的な大陸法の、とりわけドイツ法の体系は、理論一点ばりのための過度の緊張状態を起こしている。それは、なかんづくドイツの自然法理論の影響によるものであり、またそれが歴史的な条件によって規定されていることが、屢々見失われている。法体系的な思考自体が、かの自然法理論の束縛を脱しきれずにおり、二次元な方法による幾何学的方法で行なわれている。

II 近代の大陸法体系のような複雑な法体系は、二次元的ないし三次元的な方法ではすまされない。というのは、それは本質的に、もっと多くの、基準となる根本原理をその中に含んでおり、その原理によって法素材を区分することができ、また区分しなければならぬからである。このようにして我々は、おそくてもオットー・フォン・ギールケ（二八六年）以後、人格および団体の法をひとつの体系的な一体性をもつものとして把握しなければならない。それは私法・公法・教会法・国際法の夫々への分類にこだわることにない、そのような分類と別個になされる体系である。同様に、契約は、もはや私法の限界も国際法の限界もとび超えており、またドイツ行政法の中に、すなわち行政手続法五四条以下の中にその実定法的な居場所を見出した (§§ 54 ff. Verw. VerG)。だから今や、一般的契約法についての考察がなされるべき時である。個々の法領域の中においても、またどこにでも、その種の横の結合関係が見られる。それは客観的に見て伝統的な体系的観念とは相異なった体系的な関連性である。例えば社團法 (Gesellschaftsrecht) は

この二、三十年來、民法契約法や債務法あるいは商法の文脈の中に同じような形で存在する諸制度や諸規定をあわせてとらえている。有価証券法はドイツ法の場合、同じようなもう一つの例となろう。もつともスイス法では、これは一つの法典の中にまとめておさめられている（スイス債務法九六五条と一一八六条）。ただ思考経済的な理由だけが、ますます広がっていく体系的諸関連の発見と発展とに限界を設けるだけである。

法体系は、そもそも分割 (*Division*) (ディクター・ネール・一九七二年) の意味での、つまり二次元な方法でなされる分類と対立するものである。それは、区分 (*Partie*) つまり全体を部分に区分し、そして二つや三つよりも多い区分の観点に依拠してなされる分類の方法でのみ把握しうるものである。後者すなわち区分 (*Partie*) は、限界のない現象の分類をも許容する。そして例えば法体系は、それが永遠に変化するものであることにかんがみてこのような現象に属する。そのような体系は、全体的にも部分的にも、具象的な形で (*Concret*) 描くことはできない。ただそれを熟考 (*Nachdenken*) しうるだけである。ということは次の意味である。法学者は、予め見出され集められた材料すなわち諸々の法規範や諸制度について、それぞれがそこできかなる地位を占めるかについての意味関連を尋ねる。そうでないと、例えば銀行家とか医師のための法律書に見られるように、年代記的な観点とか全くの実用的観点から、法規や判例からの引用文を集めるだけに終わってしまうからである。そして法的意味関連という場合の意味は、その大部分が素材自体から生じてくる。なぜならば、それは法的な価値の評価とか決定から出てくるからである。法体系は、絶えざる変動を蒙るものであるから、法学者は、その課題の法的な側面とならんで、歴史的な側面をも把握しなければならぬ。

III 大陸法のあらゆる現行法においてその基準となっている基本的諸原則は、すべての人間が法人格を有するものとして自由であり、平等であるという公準 (*Postulat*) から生じている。この公準は、少なくとも三千年にわたる発展

の歴史から生まれたものであるが、法人格者としての人間を法の中心においている。この公準は、それが世界全体に適用されるべき公準としての主張をもつものであるために、世界全体の歴史を、この公準による大胆な実験という形で進展させてきた。この公準は、次のような認識をふまえている。すなわち法と正義は、もっぱらすべての個人個人の人間の行為という形でのみ実現されるものであるということ、これをもつと現実と則して表現すると、それが人間的な弱さというものを許容している限りにおいて、その実現が保証されるということである。またこの公準は、原則としてすべての個々の人間が等しく、法的な行為をなしうる権限を有するものであることを認めている。この公準がキリスト教の便命から生じているのか、それとも、それと異なる世俗的な段階のものであるのか、の決定については、ドイツ法はこれを留保している。特にドイツの一九四九年以来の現行憲法であるグルントゲゼツ(Grundgesetz)は、それが前者すなわちキリスト教的な使命と異なるものだと宣言していないからである。ところで、すべての人間が法人格者として自由であり平等であるという前提のもとでの法的行為——最大限に正義の実現を保証するものという意味での法的行為——にはただ二つの種類だけが存在しうる。

1) 第一に、デモクラシーの原理によれば、国家権力したがってまたすべての高権力(hoheitliche Gewalt)は、国民から生じ、市民全体の自由で平等な選挙権から生じる。すなわちあらゆる高権力的な行為、つまり、そのために任命された国家諸機関で働く人間の行為は、自分の権利のための行為ではなく、他人のために委託され信託された行為である。法秩序は、このような行為の正しさ(Richtigkeit)を通常の場合に保証することをその任務としているが、その正しさというのは、政治的・行政的な決定が合法性をもつという意味であると同時に、それが実用に役立つものとしての合目的性をもつという意味である。というのは、政治的・行政的な決定の合法性および合目的性はいわば自動的

に国民の意思から出てくるものでなく、また、民主主義の多くの変態的な事例が示すように、民主主義の原則から直接に出てくるものでもない。それはまた、代表制の思想とか、また今日見られるような人権尊重的な民主主義の強調（E・W・ベッケンフェルデ・一九八二年）から直接出てくるものではない。そうではなくて、一方で、正しい、つまり最適の人が夫々の官職につき、他方で、決定自体が正しくなされることを保証するためには、細心で多様な予防手段が必要である。国家および地方公共団体の組織法および公務員法、そしてまた夫々の審級の裁判所のための手続法は、まさにこの目的をもつものにほかならない。国の高権力的な行為は非常に制限された程度でしか、前述の意味での正しさを保証するのに適していない。いわゆる社会主義圏の国々におけるように、すぐれて高権力的な形態を利用する法体制の経験は、このような認識を疑う余地のない一種の共有財産ならしめているのである。しかしドイツにおいてもまた、過度に要求される民主主義（*der überforderte Demokratie*）とか国家ないし統治の形式としての民主主義の荷重性の限界（*die Grenzen der Belastbarkeit*）（E・W・ベッケンフェルデ・一九八二年）について語られており、これによって高権力的な行為の限界が考えられている。

2) すべての現代的法秩序が選択しうるもう一つの基本原理は私的自治の原理である。それは、すべての人に等しく法的な取引に参加する任務を、すなわちまず第一に、他人と契約を結ぶ任務を与えている。それは、民主主義原理と同じように、すなわち選挙権と被選挙権の場合と同じように、個人々に単に形式的に平等な権利と自由を与えており、個人々がいかなる方法で事実上それを行使するかは未決定のままにしている。そして民主主義の場合と同様にも、行爲の正しさをいくらかでも担保するために細心で多様な予防手段が必要である。この任務に仕えるものとして、とりわけ、私法秩序がある。これは例えば民法の強行規定のような高権力的な要素をその中にとり入れること

よってなされているが、その際、行政法のような他の法部門の助けを借りている。したがって私的自治の領域においてもまた、通常、恣意が支配しているのではなくて、例えば契約締結の場合のように、当事者が互になす審理 (Einvernehmen) と、当事者自身によって発見される利益調整がそこで行われている。

高権力的な行為におけるのと異って、ここでは人間は、まず第一に他人のためにではなく直接に自己自身のために行う。そして自分で決定しておこなう。しかし、通常は単独で行うのでなく、他の一人もしくは多数の人となす (すなわち契約あるいは決議がこれである。遺言はその例外であり、遺言者の死亡によって法律効果が発生する)。行為に關与している人がその法律関係を原則として直接に自ら、そして同時に、少くとも一人の他人と審理することによって形成するということは、当事者の利益が配慮されるための保証となる。このことは、財産的利益についてだけあってはまるのではない。私的自治は決してそれに制限されるものでないからである。なお、代理と団体機關の行為は、この点についての重要な例外である。これについては細かく場合をわけた考察が必要であるが (ミュラー・フライエンフェルス・一九五五年)、特別なしかし同時に様々な方法で高権力的な要素がその法關係に加えられていることは、その特殊な機能と対応するものである。

3) 法的行為についての以上の二つ以外の他の基本原理については、現代の法制度はそれを容認していない。例えば、ヨーロッパの中世に支配していた、身分的・共同体的な原理は、それが平等の原理に矛盾するものであるから、どんな形態であれ、現行法によって実現されていない。同じことは、カトリック教会によって推奨されている、補助の原理 (Subsidiaritätsprinzip) についてもそれが上下の階層的共同体における下位のそれ (家族、村落共同体など) を——四〇年のカトリック教書によると——必要な部分的共同体とみ、それによって一種の段階的な能力階層性を生じ

させる限りにおいてあてはまる。もつとも補助原理についても、それがもし、リンカーンの述べている意味でのそれならば、ここでいったことはあてはまらないであろう。リンカーンは「国民が個人で、独力でなしうることには政府は干渉すべきでない」と述べているからである。個人と国家との間の中間的な団体に対しては、個人が譲渡しうる権利だけをそれに帰属させることができるのである。

4) 以上のことから法体系の問題について次のような命題が導かれる。すなわち、高権力的な法と私的自治による法とを区別することができるが、しかしそれは伝統的な、公法・私法の区別の仕方とは異なった方法による区別である。これと同様な意味においてすでにローマ人は当初、「公法(juris publicum)と私法(jus privatum)」という言葉を用いていた。つまりこの二つの大きな法領域を互に対立するものとしてとらえていたのではなく、前者でもって、国家によって作られ、また国家の命令によって拘束される法を、従って高権力による法形成を考え、他方では、後者でもって個々人によって私的自治にもとづいて作られる法を、従って私的自治による法形成を考えていたのである(カーザー・一九七一年)。私法の優位性は、この意味において私的自治による法形成を意味する。この意味における私法と、もう一つの意味の私法、すなわち体系上公法と厳格に対立させた意味での私法とが充分に区別して扱えられていないことが、今日に至るまでの議論をわかりにくいものとしてきている。

C

I 最高法規としての憲法から眺めると、あらゆる私的自治による行為は、自由権が保証するところの消極的な状態(status negativus)にもとづくものである。「疑わしきは自由のために」(in dubio pro libertate)という法格言を憲法

学者は次のような蓋然性から生じる推定にもとづくものとしている。即ち「人間は自発的に合法的に、そしてまた社会全体の福祉に適合して行為をなす」という蓋然性から生じる「予断的な推定」にもとづくものとしている（P・シュナイダー・一九六〇年）。しかしながらこの推定は容易にくつがえしうるものであるし、またこのことから一層容易に、次のような推論が導き出される。すなわち個人々の自発的な行為についての正しさを保証するものが欠けていることにかんがみて、個人以外の他のもの、すなわち国家とか立法者とか行政が介入してこなければならぬ、したがって高権力による規制はますます拡大されるべきである、という推論である。

そのような、今日支配的とまでは言えないにしても広く行きわたっており、それにも拘らず専門家の間で充分検討されていない観念は、いくつかの前提にもとづいて作られているが、それを精密に吟味する必要がある。

1) 第一に、私法すなわち前に述べたような私的自治により形成されたものとしての私法は、そもそも法ではなくて、単に個人々の自発的な行為であり、自主性である、さらにいえば、単純な恣意である、という考えが前提になっているのであるが、この考えに若干の私法学者（例えばフルーメ・一九七九年）も加担している。しかし同時に彼等は、少くともかの憲法学者よりは明瞭に、国家が立法者としてまた行政機関として価格の自律性に過度に介入することに對しては、反対している。彼等私法学者は、これによって、戦術的に見ると、一方では、私的自治による法形成の是認のための一つの橋頭堡すなわち法の良質性を放棄するが、それはもう一つの、消極的狀態という橋頭堡をよりよく防衛することができるためである。それはしかし必要でもなく、また實態に即してもいない。むしろ第一の橋頭堡を國家の侵入から防衛することは、もう一つのその防衛を前提にしている。具体的にいうと、私的自治による法形成は、自由と平等の原理（前述BⅢ2）参照）にもとづくとともに、それによって個々の場合に實際に作られるものが、

正しいものであるはずだ（前掲フルメ）ということにもとづいている。私法上の法律行為に関与する者は、その法律関係を自ら形成しようと欲する。そしてそれは可能なのだが、それはしかし、原則として共同して行うことによってつまり契約あるいは決議によって可能となるのであり、個々人の恣意によって可能となるのではない。

以上の理由によって、私法の根拠づけのためには、人間が自発的に法にかなった行為をなすという推定は必要ではない。むしろ契約と決議という私的自治による法形成のための通常的手段であるこの二つは、すでにそれ自身の中に一方的な行為から通常生じる危険に対する保障が含まれているが、それはそれらが、少くとももう一人の他者との共働を前提とすることによる。私的自治による個々人の行為が倫理的な意味で正しいか否かについての問題、すなわち道徳上の問題は、たしかにこれに随伴している問題であり、あらゆる法秩序の重要な前提であるけれども、しかし法の問題の彼方にある問題である。

2) 第二に、前述の意味での私法が、国家による法形成と比べて、法的な意味でよくない結果をもたらすという考えは、第一の考えと同様に広く行きわたっている。この考えは、もし法秩序の階層的構造にしたがって憲法から出発し、まず国家とその組織を、そしてまた高権力による法形成の極めて多様な手段とその統制の機構に眼を向けていく場合には、容易にこれを理解しうることである。しかし高権力による法形成の諸結果が通常より、良いものだとこのことは、単に暗黙のうちに前提されているにすぎない。民主主義の原理によって国家の行為の正当性を根拠づけることが右の考えを維持するのに影響を与えているが、しかしこれは、国家の行為が具体的に良い行為であるための保障には決してならない。むしろ、国家が良質のすぐれた仕事をなしようという意味での国家の能力は、国家の活動が増大するとともに逆に減退してきているということが今までに明白になってきている。我々が近時実際に体験してきたよ

うな、国家活動が過度に広がっている状態は、あたかも、その器官や手足の過度の肥満のために普通の働きが出来ず、その機能が広範に失われてしまっている人間に似ている。そのような状態では、法は困った状態におかれる。というのは、法治国家においては、あらゆる国家の行為は、同時に法の実施でもある。ところが法の実施は大量的になされ、例えば税法については、法律家でない人達、とりわけ中級および下級の公務員や職員にその実施が委ねられている。さらにまた、そのために必要な無数の規定、特に行政のための規定が、国家活動の全体にわたってこれを窒息状態におかばかりとなっている。いわゆる法規定に従ってなされる公務員の職務が、今日のあらゆる行政を痲痺させている。個々の公務員が危急の場合に、法規定と並んで、またはこれに反してでも自分自身の責任で行っている限度でのみ、合理的な結果がもたらされている。

高権力による行為を国民意志によってあれ、代表制によってあれ、多元的国家論によってあれ、ともかく民主主義理論の見地から理解する人達は、右の事柄をすべて見落している。というのは、この人達は、高権力による行為も、常に個々の人間を通して——その際その個人は、勿論信託による拘束を受け、またそのためにその個人は高度な法的および倫理的な責任が要求されるのであるが——実現されることを見あやまっているからである。すでに言及したような(B III)参照)、重大な不正な行為を阻止するための細心で多様な予防手段は——その例として、議会による統制や裁判所による統制やさらには公開を通しての統制等々無数の統制手段があるが——いずれも充分とはいえない。国家の行為をする人自身即ち人間が、非常に高度な倫理的な条件を満たしていなければならないが、しかしこれは通常的であるというよりも例外的なことである。このことからして、高権力による行為は、それがいくらかでも正しいものであるためには、その範囲を狭く限界づけられねばならない。この限界を超えると国家は暴力(Macht)とし

て、しかも個々人の暴力として作用し、そして暴力は国民の名において、したがって結局は個人的な責任なしに行使されるから、最も冷酷な巨大怪物(ニイチェ・一八九二年)として作用する。全体主義的な民主主義の諸々の危険は、憲法上の権利とか権力分立という手段だけでは永続的に禁じることができない。それらは際限もなく、刑罰規定を設定し、またその他の抑圧的手段を設けるのである。私的自治による法形成の意味における私法を広範に認めることだけがこのような危険に対抗するのに役立つ。このことがしかし憲法理論や憲法学説によって殆ど気がつかれなかったのは、それが当然のことながら、憲法にのみ、したがって国家にのみその眼を向けており、法の全体を把握していなかったことにその責任がある。

II このような構造的な、したがって原理上克服しえない、高権力による法形成の弱点を認識することは、今までの幾多の私法理論や、また種々の自由主義的および個人主義的な立場に立った国家理論、社会理論、経済理論によりよりも一層明白に、私法のすぐれた業績能力を浮かび上らせることになる。これらの今までの諸学問上の理論は、屢々、抽象的に形式化された、また非常に狭く捉えられた要件を私的自治による法形成自体の要件として、もしくはそれによる正しい法形成のための要件として、設定することによって、それに至る道を自ら閉ざしている。多くの私法学者もまたそのように、次の場合にのみ、すなわちある契約の当事者が同等に強い場合とか、あるいはその力が同等でないにしてもそこに私的自治の永遠の自己撞着が見られる場合にのみ、私的自治を認めようとしている(フルーメ・一九七七年)。シュミット・リンプラーによる、契約が正しいものであるための典型的でかつ非常に制限された保障という考え方(シュミット・リンプラー・一九四二年)でさえ、屢々、私法上の契約は、ただ契約による公正が保障される限りでのみ是認される、という意味に変えられている(L・ライザー・一九六〇年)。市場経済のモデルを、完全な競

争もしくは機能しうる競争を伴わせることによって基礎づけている人達は、容易に市場の故障 (Markversagen) の場合を見つけ出すことになる。そしてそれに対処するために、かなり多くの人達は高権力による法形成の助けを借りようとする。しかしそれによって今度はまた政治の故障 (Politikversagen) が発生し、困った状態に陥るのである (例えば N・ライヒ・一九八四年)。私的自治に保留される狭い範囲は、明確に境界をつけられているわけではないから、それはユートピア的な、現実的でない範囲にまで縮小することになる。これに代るものとしてはただ高権力による法形成だけが認められるのであるから (前述B III) 参照)、従ってその範囲は強力に拡張されることになる。私的自治に対する信頼が再生しない限り、国家による他律性が蔓延する (イゼンゼー・一九八五年)。その際、法の良質性が一層後退するのは明白である。私的自治を早急に廃棄しなければならぬと考える人達は、大抵、私的自治が高権力による法形成に対してもっているところの一連の長所を見失っているが、その長所の重要なものを列記すると次のとおりである。

1) 私的自治による構成は、自己決定という大きな長所をもっている。すなわち当事者は、自己の法律関係を自ら、したがって事態に即して柔軟に、また国家をわずらわすことなしに規律しうる。当事者が自ら直接に規律しえず、代理人や社団の機関を通して行為をおこなう場合にも、高権力による法形成の場合と比べると、格段に実状に適合したものとなる (前述B III) 参照)。私法が及ぶ範囲においては、高権力による法形成と結びついているところの多くの高度な前提条件とか、著しい出費をなしにすませることができ (前述B III) 参照)、またとりわけ、社会的法治国家の官僚制の費用 (R・ヴァール・一九八〇年) を節約することができる。

2) 私的自治による法形成は、附加的に高権力の要素によってこれを規律することによって、その欠点をカバーすることができる (リットナー・一九七二年)。これは例えば、強行規定をとり入れることによって、また、公証人や公認

会計士のような第三者の協力とか登録官吏を含めた裁判所や経済監督官庁等々の協力を得ることによってなしうる。したがって高権力的な機関の広範な部分が、付加的にはあるが、いくらかでもより、良い結果を生じさせるための保証の目的で用いられる。しかし逆に、公権力的な法形成がこれに対比しうる方法で、つまり、私的自治の要素を用いることによって、それを補完したり、その正当性の保証のために強化するということは不可能である。

3) 私的自治による法形成の場合の法の良質性は、全体として決して高権力による法形成の場合のそれにひけをとるものではない。むしろ多くの点で凌駕している。前に1)と2)で挙げた特徴と可能性が通常の場合、私法の法的な良質性を確保するのに役立つ。これは特に、法的な取引において登場する人達がよく教育され自覚をもった人達であるときにおいて、そうである。これに反して、高権力によって基礎づけられた法が実施される場合には、法の良質性は、公職につく人の如何により、またその道徳的な資質如何にかかっている。

4) 私的自治による法形成にとつては、法は最後の手段として機能する。すなわち、予め特別に定められた訴訟の場合を除外して考えると、実際には起きることの稀な、法的紛争の場合にのみ必要とされる。そして、非常に多くの法律行為は、当事者が何等法規範に関与することなしに処理され、さらには、屢々そうであるように、彼等の行為の法的な側面を全く考慮することなく、互に信頼しあうことによって処理されている。これに反して高権力的な行為は、法治国家の場合、常に、法規定を介入させ法知識を働かせることが必要となる。しかも言語矛盾であるが非法律家をも介入させることが必要となる。(このことはさらに独自の問題を投げかける。前述C I 2)参照)

5) 私的自治による法形成は、国家の負担を非常に多くとり除き、また、危険な国家権力の集中を阻止する働きをもつ。これに対して、高権力的な秩序は殆ど何事もなしえず、せいぜい個々の公務員の権力の行使を一定の限度に抑

制しうるだけである。しかしその抑制のためには、また強力な装置を必要とする。この装置はしかしながら、権力の頂点に権力を集中させることを阻止しえないし、またこの装置によって必要とされる法技術が単なる権力技術に墮落することを阻止できない。

6) 私的自治による法形成は、巨大な官僚制の問題を解決することを容易にしている。まさに我々がマクス・ウェバーとともに官僚制の不可避性を直視し、かつての中国やエジプトにおけるような官僚制による専制支配を恐れなければならぬならば、国家の官僚制をなるべく小さなものに抑えることが重要であり、また、這入り込んでくる官僚制的な仕事を私的自治の領域に、したがってとりわけ私的な企業や団体に移譲することが重要である。というのは、これらは高権力を持たないし、国家のような永続的な存在でない。また、私企業などでも起こりうる一種の役人根性を回避することは、公務員における役人根性の回避よりも容易である。

7) 私的自治による法形成は、終局において、個々人が倫理的な自治のために必要とする自由の領域を個々人に確保する。それがなければ、そしてまた、社会生活にそれを干与させることがないならば、高権力による法形成から必然的に、カントのいう魂のない専制主義(カント・一七九五年)が発生するであろう。民主主義による正当化もこれを緩和することはできないであろう。

8) 最後に、私的自治による法形成は、国際性という大きな利点をもっている。それは原則として、各々の人間を法人格者として法的取引に関与させるのであるが、高権力による法形成は、例えばドイツ人、ヨーロッパ共同体の市民、その他の外国人等の間に区別を設けているし、また屢々実質的な理由からそれが必要でもある。

III 私法の優位性は結局、単に私法が依然として実用的に極めて重要である(前述A I 2参照)ということに基づく

みてなく、それが法形成の方法として確実に特別にすぐれた能力をなお有することに基いている。このことの中に、欧米諸国の社会と経済が今日に至るまで、その様々な憲法上および政治上の關係の差異にも拘らず、等しく本質的には私法にもとづいて作られていることの理由が存する。近時、殆どすべてのこれらの国々において現代的な福祉国家が簇生したことによつて、多くの点で——特に重要なことは、財産没収に近い作用をもつた税制を通して——私法の機能する方法が非常に変わってきたために、その正しい法形成のための保証が著しく失われてきた。それにも拘らず、今までの所、私法の実質は、依然として損われてはいない。それは恐らく、現代福祉国家の業績 (Leistungen) も、個々人が私的自治による法形成の方法で成し遂げること依存しているからであろう。これとは異なつた考えが現在のドイツの最も代表的な憲法学者の一人であるコンラッド・ヘッセの憲法教科書(一九八五年)の中に読みとられる。ここでは次のように書かれている。「現在ではもはや、今日の社会的、経済的制度が主として私的所有権と契約自由と自己制禦とに基づいている、と語ることは殆ど出来ない」と。わたくしの思うに、このような確定は今日の状況を正しく理解していかないだけでなく、更にそれは、憲法的にも極めて疑わしいところの、誤れる發展を正常なものにまで高めてしまう危険を冒している。右の確定は、むしろ共産圏の国々の状況に適合しているのであるが、しかしこれらの国々においても近時は、私的自治の法形成に、できる限りの方法で——もっともイギオロギー的な配慮からして屢々おもてだつた形はとっていないが——より、多くの余地を与えようと努めているのである。

D

終りに、今まで述べてきたことから法律学にとって生じる当然の帰結として、とりわけ三つの事柄を確認すること

ができる。

1) 法律学は、その研究においても教育においても、十九世紀の体系から解放されねばならない。そして、法律秩序を再び総体として見る(フリーリング・一九六八年)ために、三つにわかれていた小学部(私法・公法・刑法)の限界を克服しなければならない。そのためには、法律学は首尾一貫して、その課題たる法律そのもの、および実定法秩序と結びついていなくてはならない。国家のみに、憲法のみに、経済のみに、所有権のみに、あるいは犯罪現象のみに、結びついてはならない。個々の法秩序の領域を、法学者はたえず、全体の体系と多面的に関連させつつ注視しなければならぬ。というのは、前者は後者の中で単に一つの意味を有するにすぎないからである。私法学者は、公法の領域にも注目している必要がある、また公法学者は、私法を見失ってはならない。このような思考方法は、大陸法系の法発展が我々に伝えてきた遺産にもとづいている。我々は、これを人が言語を捨てることができぬのと同一ように捨てることはできない。この思考方法がいつの日か法の国際的な一様化によって(特に大陸法と英米法との統一によって)捨て去られることになるか、それは将来に委ねられた問題である。

2) 学部は従来と同様に、若しそれが原則として学生に法秩序の全体を教示するのならば正しい線を行っている。一九六〇年代の終り以来のドイツの法律学の講義の体系に見られるような、課目の選択性の導入による、部分的なかつ控え目な特殊専門化も、特にそれが、少くとも幾多の課目において、私法と公法との間の伝統的な限界が克服される形になっている場合には正しい方向である。しかしながら、法律学研究はなお依然として、現行法の体系が是認しうるよりも一層強く、十九世紀の伝統に固執しているように思われる。また、憲法の優位性は、それが単なる制定法に対する憲法の関係に限定され、また制定法の上では基礎づけられていない一つの法秩序(R・ヴァール・一九八一年)

として承認することに限定するならば、さような憲法の優位性と、本論文で述べている私法の優位性とは必ずしも矛盾するものではない。法源論による法のランクの秩序が同時に価値の秩序を意味するということは、法源の關係においてのみ妥当することであり、また、とりわけそこでの疑わしい問題の解釈に(A・ハンゼル・一九三二年)ついてのみ妥当するのである。

3) 最後に法政策論的にいって、私法の優位性は強調してもしすぎることはないし、私的自治擁護のための勇氣(イゼンゼー・一九八五年、レッヒエラー・一九八五年)を要請しすぎることはない。この要請は、デレガチオン(規制緩和)の觀念よりも更に進んだものである。この觀念は近時アメリカ合衆国であられ、そして全く正当にも大衆の人氣を得ているが、しかし原理的にネガティブ(消極的)なプログラム(旗じるし)だという弱点をもっている。また、私的自治の要請は、これと多くの点でよく似たひびきをもっているところの、市場經濟のプログラムよりも一層徹底しており、より具体的である。また、後者は、市場と国家とを対立させる不毛な議論にぶつかってしまふ。私的自治の要請は、一方で、法律關係の形成のために今日二つだけの選択肢が——そしていずれも夫々の点で不完全な二つの選択肢が——可能であつて、そしてそのうちの一つ(私的自治)は、もう一つ(デモクラシー)の長所をとり入れることができる、という認識にもとづいている。また私的自治の要請は、他方において、今日の国家による、大量処理および権力支配の技術に対する恐れにもとづいているのであるが、この技術は、法的良心を完全に根絶させるという危険を自ら包含しているのである(ヘルマン・ハーラー・一九三四年)。

以上のような考えが、より一層一般的な形で、また一層根本的な形で、すでに二千年もの昔に、古代中国の偉大な思想家である孔子によって述べられている。論語の第二卷第三章の中で次のように述べられている。

「孔子は語った。律法によって導き、刑罰によって命じるならば、人民は回避するであろう。道理によって導き、徳によって命じるならば、人民は良心をもち、善に到達するであろう。」と。(訳者註 原文は次のとおり。子曰。導之以政、齊之以刑、民免而無恥。導之以徳、齊之以礼、有恥且格。)

東西の法律学者に課された課題として、このような考えを、現代に適合しうるようにつくりかえていくことほど、より高い課題はない。このことを指摘して私の講演の結びとしたい。

Literature

Bachof, Über öffentliches Recht, in: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 1 ff.

Böckenförde, E. W., Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: Festschrift für Eichenberger, 1982, S. 301 ff.

Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1979

Gierke, Otto von, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1 und 2, 1868-73

Heller, Hermann, Staatslehre, 1934

Hensel, Albert, Die Rangordnung von Reichs- und Landesgesetzgebung, in: *Anschütz-Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts*, 1932, Bd. 2

私的自治と私法の優位性(リッターナー)

- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl. 1985
- Isensee, Mehr Recht durch weniger Gesetze? in: Rupert Scholz (Hrsg.), Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts, 1985
- Kant, Zum ewigen Frieden, 1795
- ders., Der Streit der Fakultäten, 1798
- Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Bd., 2. Aufl. 1971
- Koschaker, Europa und das Römische Recht, 4. Aufl. 1966
- Leheler, Vorrang der Verfassung? in: Festschrift für E. Wolf, 1985, S. 361 ff.
- Lehmann, Heinrich, Grundlinien des deutschen Industrierichts, in: Festschrift für Zitelmann, 1913
- Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955
- ders., Zur "Selbständigkeit" des Handelsrechts' in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 583 ff.
- ders., Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, 1982
- Nell-Brenning von, Subsidiaritätsprinzip, in: Staatslexikon, 6. Aufl., 7. Bd. 1962, Sp. 826 ff.
- Nietzsche, Also sprach Zarathustra, 1892
- Nörr, Dieter, Divisio und Partitio, 1972
- Nußbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1922
- Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1975

- Raiser, Ludwig, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: DJT-Festschrift 1960 Bd. I, S. 101 ff.
- Reich, Norbert, Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen 1984
- Ritter, Öffentlichrechtliche Elemente in der Unternehmensverfassung, in: Coing/Kaiser, Öffentlichrechtliche Grundlegung der Unternehmensverfassung, 1971, S. 59 ff.
- Savigny, Juristische Methodenlehre (1802), hrsg. von Gerhard Wesenberg, 1951
- ders., System des heutigen Römischen Rechts, I. Bd., 1840
- Schmidt-Rimpf, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff.
- Schneider, Peter, In dubio pro libertate, in: DJT-Festschrift 1960, Bd. II, S. 263 ff.
- Statistisches Jahrbuch 1985, hrsg. v. Statistischen Bundesamt
- Wahl, Rainer, Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Sozialstaats, in: Die Verwaltung 13 (1980) 273 ff.
- ders., Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981) 485 ff.
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 19, bis 23. Tsd. 1985

〔訳者あとがき〕

西ドイツ、フライブルグ大学教授フリッツ・リットナー (Fritz Ritter) 博士は、本年九月、韓国政府の招聘で訪韓されたが、その帰途日本に立ち寄られ、同二十七日に法政大学で講演された。本稿はその際原稿の邦訳である。そ

私的自治と私法の優位性 (リットナー)

の原稿は、もともと本年八月に出版されたミュラー・フライエンフェルス博士の七十歳祝賀記念論文集にリットナー教授が寄稿された“Über den Vorrang des Privatrechts” (私法の優位)と題する論文にもとづいており、それに若干手を加えたものである。なお、リットナー教授は、すでに十年ほど前にわが国の公正取引委員会の招聘で来日されており、また、その後も一九八二年に再度来日されたが、その際法政大学で「西ドイツの共同決定法」について講演された。したがって今回は法政大学での二度目の講演会であった。

同教授は、わが国でも著名な経済法学者であり、主著ともいへば *Wirtschaftsrecht* (経済法)・1979 は版を重ね、広く読まれている。しかし同教授は、本稿の内容からもうかがわれるように、非常に幅の広い学者であり、民法・商法・会社法・手形法・税法などについてもすぐれた研究業績がある。現に、同教授がハベリタシオン(教授就任論文)に手を加えて発表された *Die Werdende juristische Person* 1973 (生成中の法人) は、生成中の法人に関する諸問題について、その歴史的な背景について考察を加えつつ、会社法・経済法・民法・憲法・行政法等のあらゆる角度から検討した特色ある論文である。

同教授の学問的立場は、本稿によっても明らかに示されているように、ネオ・リベラリズムの立場であり、ベームやオイケンのいわゆるフライブルグ学派につながっている。同教授は戦時中の一時期に在籍されたロストック大学で、本稿にも引用されているシュミット・リンプラー博士の指導を受け、後にその勧めによって学者の道を選ばれたそうであるが、ナチスに批判的であったリンプラー博士から受けつがれた自由主義的な立場は、同教授の波瀾に富んだ、しかし重い生活体験を通して確固たるものとなっていたと思われる。同教授は、前後十年間の兵役に服され、そのうちの四年間はシベリヤで強制労働に就かれたとのことである。

私的自治の問題に関しては、近時わが国でも多くの学者によって論じられており、主要な論文の紹介および学説の推移については星野教授の「意思自治の原則・私的自治の原則」(星野編「民法講座」I、三三五頁以下)で詳細に述べられているが、そのうちドイツ法ないしドイツ法学説史に関連した論文の主要なものとして浜上(阪法六五号)原島(山中還歴)高橋(三)関法二四卷三・四・六号)山下(関学三四卷一号〜三五卷一号)村上(法協百周年Ⅲ)同(法協九七卷七号)諸教授の論稿がある。(なお、私的自治をテーマにしてドイツ語で発表された邦人の論文として、ラレンツ博士の七十歳祝賀記念論文集(一九八三年)に寄稿された北川教授の *Standard als Weg zur "besseren Privatautonomie"* およびニエラー・フライエンフェルス教授の七十歳祝賀論文集(一九八六年)に寄稿された村上教授の *Zur Geschichte des Begriffs "Privatautonomie"* があることは注目に価する。)

本稿は、ドイツの代表的な経済法学者の一人であるリットナー教授が、リベラリズムの立場に立った明確な法政策上の主張をもってこの問題にとりくみ、同時にそれを通して、伝統的な法律学の体系に代る新しい体系の構築を試みたものであり、極めて意欲的な労作であるが、その論調の根底には、同教授の生活体験にもとづく信念と、これを訴えずにやまない強い情熱が感じられる。同教授の説に賛成するか否かは別としても、法の体系についての伝統的な考え方ないしは従来の固定観念について、これをあらためて考えなおすことを余儀なくさせる一種の衝撃力をもつものと思われる。

本稿は、短いスペースの中に極めて多くの内容が、しかも同教授の多面的で該博な学識によって裏づけをされつつ、コンパクトに盛りこまれており、それだけに訳出については苦勞した。私はこの夏しばらくフライブルグに滞在する機会を得、その際この原稿を同教授から手交されたので、その難解な部分について、直接、教授に会って問いただす機

会をもつことが出来たのであるが、それでも充分に納得できなかった部分も二、三あったことを告白しなければならぬ。もし原文の入手を希望される方があれば、法政大学の私の研究室まで連絡して頂きたい。

おわりに私事にわたることであるが、リットナー教授と私の関係について触れることを許して頂くと、同教授は、私が一九七三年から七四年にかけてフライブルクに法政大学在外研究員として滞在した際に大変お世話になった方であり、私とその一年三ヶ月の滞在期間中にドイツ語で「手形・小切手法の一般理論」(Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheckrechts) という題の論文をまとめ、これをドイツの出版社から Europäische Hochschullehrer-Schriften という叢書の一冊として出版できたのは、同教授の助力のおかげであり、その援助なしは、不可能だったと思われる。今夏も二ヶ月にわたってフライブルクに滞在した際に世話になった。また、同教授は古くから正田彬教授と親交を結ばれており、正田教授は一度ならず、フライブルク大学に招かれてリットナー教授との共同ゼミナールをもたれている。原島重義教授も一九七四年に同教授のもとで研究されたことがあり、同教授の援助のもとにドイツの著名な法律雑誌 ACP に *Einige Gedanken zur "Gefährdung" des bürgerlichen Rechts aus japanischer Sicht am Beispiel des subjektiven Rechts* と題する論文を発表された (Band 176, S. 289)。このほかリットナー教授は今までに、ドイツに留学した日本人学者を数多く (本学の前田重行教授もその一人であるが) 世話されている。本稿の内容との関連からすると、私的自治についてすぐれた研究業績をもっておられる原島教授がその翻訳の最適任者であるが (なお、九州大学でも、同じテーマで講演されている) 諸般の事情から、わたくしがひきうけることになった次第である。