



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ファシズムと法学者：ナチス私法学の功罪を中心に
Author(s)	五十嵐, 清; IGARASHI, Kiyoshi
Description	論説
Citation	北大法学論集, 14(3-4), 24-43
Issue Date	1964-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27820
Type	departmental bulletin paper
File Information	14(3_4)_P24-43.pdf



ファシズムと法学者

——ナチス私法学の功罪を中心に——

五十嵐 清

おことわり 本稿は、一九六〇年一月一六日、明治大学で開催された民科法律部会の総会において筆者のなした報告を、若干の補正を加えただけで、再現しようとするものである。この報告は不十分な資料に基づいてなされたものであり、本来はもっと補正を加えて発表すべきであるが、当分その可能性がないので、一応この程度で公表することにする。御批判をいただき、将来の補正を期したい。

—

本稿は、学会からの依頼により、「ファシズムと法学者」という表題をつけたが、はじめにテーマを限定したい。第一に、本稿はファシズム一般ではなく、とくにナチスを取りあげる。この限定は、主として筆者の専攻領域によるものである。第二に、「法学者」より「法学」を中心⁽¹⁾に考察する。これは主として資料的制約のためである。ただ、法学者と法学とは密接な関係があり、法学を論ずることによって、ある程度、表題の目的を達しうる。第三に、本稿は私法学を中心とする研究である。したがって、以下は公法学については多分あてはまらないであろう。ナチス法学の特色は公法学の面に主として見られたと思われるので、この限定は「ファシズムと法学者」というテーマにとり致命的

である。しかし、これも筆者の専門からくる限定である。ナチス私法学は、わが国の私法学者により戦前すでに注目されるところであったが、戦後におけるその評価についてはまだ言及するものがない。そこで、このような限定も、それなりの意義をもつであろう。

さて、本稿のテーマとしては、ナチス時代に私法学者は何をしたか？ 戦後いかなる反省がなされているか？ ということが中心問題となる。しかし記述の順序としては、あるきわめて特徴的と思われる事例をあげて、いきなり問題の核心に迫るという方法をとることとする。各節に見出しのないのは、そのせいである。

(1) ナチス時代の私法学者の大部分は現存しており、まだ評伝の対象となっていない。個人的知識を別とすれば、七〇歳または八〇歳のときに捧げられる祝辞、死亡のときのネクロロジイなどが主たる資料となるが、その例も多くない。のみならず、ナチス時代に活躍した学者についても、その部分は省略されることが多い。たとえば、ジーベルトの場合がそうである。

二

一 まず、現在の西ドイツで活躍している代表的私法学者にはどんな人がいるか、ということの問題にしよう。そこには、一人の傑出した学者を見出すことは困難であり、十指に余る学者をあげることが必要であろう。その場合に、つぎの三人の学者は必ず入るものと思われる。⁽²⁾

(1) ラーレンツ(Karl Larenz, 1903-) 現在、債権法の第一人者であり、その教科書『Lehrbuch des Schuldrechts, I-53, II-56』は、明快な理論構成のゆえにわが国でもっとも愛好されているが、本国では六三年度に早くも第六版を出している。その他、モノグラフィイとしては、事情変更の原則に関する画期的業績である『Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 51, 2. Aufl. 57』と私法学の方法論に関する包括的著述である『Methodenlehre der Rechtswissen-

論 説 schaft, 60とがあり、いずれも学界に大きな波紋を投じている。最近、長年住みなれたキールを去り、ドイツ最良の法

学部をもつといわれるミュンヘンに移ったことは、学界における評価を物語るものであるといえる。

(2) ジーベルト (Wolfgang Siebert, 1905-1959) 戦後のわが国では、成富信夫氏の紹介(とくに「権利の自棄による失効の原則」昭和三年)により有名となったが、ドイツでは労働法および経済法の面で第一線学者として活躍していた。民法上の業績も多く、とくに Soergel-Siebert, BGB, 9. Aufl. という大コンメンタールの編集者としてのエネルギッシュな活動は注目的であった。戦後長らく不遇の地位にあったが、五七年にハイデルベルクの教授として迎えられ、今後を期待されていた。

(3) ヴィンツァー (Franz Wieacker, 1908-) 現在西ドイツを代表するロマニストであり、近世私法史の開拓者の一人である。その Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 52 はこの分野での古典的価値を有する名著と評価されているが、わが国においても、鈴木禄弥教授の訳業(「近世私法史」昭和三十六年)を通じてあまねく知られるところとなった。民法上では、短かい論稿が多いが、いずれも鋭い分析を示しており、それぞれ論議の的となっている。

二 さて、ここで歴史の齒車を三〇年ほど後へ戻し、一九三五年当時この三人の学者は何をしていたかを見ることとしよう。当時はナチス私法学の建設期にあたる。

(1) ラーレンツは三三年に早くもキールの教授となっていたが、三五年には、新ヘーゲル派の法哲学を代表する Rechts und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. のほか、ナチス私法学の樹立に大きく貢献する二つの論文、Wandlung des Vertragsbegriffs, Rechtsperson und subjektives Recht, を発表している。これらの論文は、ナチス私法理論を代表するものとして、当時のわが国に紹介されていた(とくに、我妻「ナチスの契約理」論「杉山教授還暦祝賀論文集」)。さらに、ラーレンツは債権法の新しい教科書である Vertrag und Unrecht, 36, 37 を著わし、文字通りナチス債権法の第一人者となる。

(2) ジーベルトは三三年にハレの講師、三五年にキールの(助)教授となり、ラーレンツとともにキール学派の一

人として活躍した。とくにナチス労働法学の建設者として有名であり、三五年にはその代表的著作『Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit』が出版されている。(その内容につき、吾妻「ナチス民法」の精神二一四六頁以下参照)。契約法の分野においても、新理論の樹立に貢献した Die allgemeine Entwicklung des Vertragsbegriffs³⁷ がある。三八年にベルリン大学に招聘されたことは、彼に対する当時の評価を物語るものである。以後、主として労働法に従事している。

(3) ヴィアッカーは三三年に早くもフライブルグの講師、三七年にライプツヒヒの(助)教授となる。三五年には、ナチス所有権理論の基礎を作ったと評価される Wandlungen der Eigentumsverfassung が発表されている。(我妻「ナチス所有権理論」牧野教授還暦祝賀法理論集参照)。彼は、ローマ法研究の傍ら、この方面の研究をすすめる Bodenecht, 38. Zum System des deutschen Vermögensrechts, 41. Vielheit und Einheit der deutschen Bodenrechtswissenschaft der Gegenwart, 42. をもいついで発表し、ナチス物権法理論の建設者としての栄誉を担った。

以上の敘述から分るように、この三人の学者はまさしくナチス私法学の積極的建設者であったといわなければならない。その三人がそろいもそろって現在指導的活動を続けていることは、少くともわれわれにとって奇異の感がする。もっとも、ジーベルトは長らく正式のポストに着くことができず、その間、追放的現象があったように思われる。

三 以上のような例は、上記三名にとどまらない。同じくナチスの指導的私法学者であったハインリッヒ・ランゲ (Heinrich Lange, 1900-) も今日かなり活躍している。とくに、BGB. Allgemeiner Teil, 52. Lehrbuch des Erbrechts, 62. の二つの教科書を通じて、わが国でも知られている。ただし、戦前ミュンヘンの教授をしていたランゲも、戦後はザールブリュッケンからヴェルツブルグへ移り、必ずしも陽の当る場所にいるわけではない。さて、ランゲのナチス時代の活躍もめざましいものがあり、初期には多くの講演を通じてナチス私法理論の樹立に貢献し、ナチス物権法

説
の教科書というべき Bodén, Ware und Geld, 37-42 を著わし、さらに相続法改正委員会の委員長として指導的役割を演じ、その結果は五冊の理由書 (Denkschrift) となって発表された。

論
以上の学者は、いずれも三〇代の若さをナチス私法学の建設のために捧げた人達であった。(以下、ナチス私法学者という学者を指し、他のナチス時代に活躍した学者と区別する) これに対し、当時すでに私法学者として一家をなしていた人達については、どうであったか。そのような例として、レーマン、ヘーデマンおよびニッバーダイについて一瞥しよう。

(1) レーマン (Heinrich Lehmann, 1876-1963) 彼は戦後の私法学界において最長老として君臨していた。そのことは、八〇才を記念して捧げられた論文集 Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts が雄弁に物語っている。さて彼の場合は、ナチス私法理論の樹立に積極的に寄与したことは認められないが、それでも商法の教科書である Handel und Gewerbe, 38 を書き、また民法改正にも参与し、担保に関する Reform der Kreditsicherung an Fährnis und Forderungen, 37. の責任者となっている。

(2) ヘーデマン (Justus Wilhelm Hedemann, 1878-1963) 彼は戦前、しかもナチス以前よりわが国に知られていた大家である。ナチス時代には、レーマンよりもっと積極的であった。そのライフワークというべき Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert も、三五年に出た第二巻下においてナチス土地法に迎合したのみならず (後巻、法一〇号)、民法改正に関するいくつかの著述をし、さらにナチス立法の最終段階ともいうべき Volksgesetzbuch の編纂に当って、その責任者となった。ただ、彼は戦後まもなく比較的若くして引退し (六八才)、もっぱら文筆活動に従事した。そのため、戦後は学界の指導的立場には立たなかったといえることができる。

(3) ニッバーダイ (Hans Carl Nipperdey, 1895-) いうまでもなく、現在西ドイツ労働法学の最高権威者であり、長らく連邦労働裁判所長官をつとめた。民法でも Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil の改訂者として学界に君

臨している。そのニッパードイも、ナチス時代には労働法と損害賠償法の面で活躍している。前者では、フック(Hueck)ディーツ(Dietz)とともにした Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit のコンメンタール(三四年—四三年)があり、後者では損害賠償法の改正問題を論じた Grundrissen der Reform des Schadenersatzrechts, 40 が有名である(紹介批判、川島・法協五九巻四号)。

(2) このことは、筆者がその三人を他の学者より優れていると評価したことを意味しない。三人と同等、あるいはより以上と評価する学者がいけないわけではない。しかし、この三人が現在のドイツ私法学を代表するという点では異存はないと思われる。なお、本稿は、拙稿「西ドイツ民法学の現況」北法二一巻一号の副産物として生れたものである。したがって、本稿に登場する私法学者の経歴と業績については、前記拙稿も参照していただければ幸いである。比較法研究二三号以降には、その続きがある。

三

一 以上の敘述により、ナチス時代に活躍した私法学者はほとんど例外なく今日も第一線で活躍している、ということが明らかになった。もっとも、現在活躍している私法学者は必ずしもナチス時代に活躍していたわけではない。したがって、ナチス私法学者の今日における活躍ぶりを評価するためには、さらに現在の私法学に対して彼等がいかなる貢献をしているかということを判断しなければならない。

現在の西ドイツ私法学が直面している問題はきわめて多い。しかし、ここでは法律行為理論を代表的なものとしてとりあげる。古典的法律行為理論は、現在の複雑な社会的経済的変動に対して十分対処しえなくなったことは明らかである。このため、ドイツにはつぎの二つの新理論が誕生した。

(1) 行為基礎論(Geschäftsgrundlage) これは、要するにドイツにおける事情変更の原則であり、第一次大戦後の変

動期にエルトマン(Eertmann)によって提唱され、判例に採用されることによって広く承認された(拙稿「ドイツ法における行為基礎論の発展」北法九卷二二頁参照)。しかし、今日におけるこの理論は一九五一年に発表されたラーレンツのモノグラフ「Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung」に基礎を有するといえる。この著書におけるラーレンツの功績は、主観主義的、心理学的法律行為理論より客観主義的理論へと転回させた点に主として認められることができる。おそらくこの立場をとらないかぎり、事情変更の原則の基礎を承認することは困難ではないかと思われる。比較法的に見ても、イギリスのフラストレイション法理における最近のライト卿理論に同様の傾向が見られる(拙稿「英法におけるフラストレイション法理」北法九卷二二頁参照)。ところで、ラーレンツにおけるこのような転回は、すでにナチス時代に見られるのである(Vertrag und Unrecht, S. 164)。そして、戦後ラーレンツの理論を支持し、発展させたのは主として前述した学者たちである。すなわち、ラーレンツの理論はほとんどそのままニッパダイによって承認された(Enneccerus/Nippelley, Allgemeiner Teil, II, § 177)、ジーベルトによって二四二条のコンメンタールの中で具体的な展開を見せた(Siebert, Trennung und Glauben)。そのシュミットリンブラーはまたナチス時代に契約法の革新のための論文、Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941)を書いてゐる。要するに、戦後の行為基礎論の発展は、ナチス時代に活躍した私法学者の手によって為されたといえることができる。

(2) 事実的契約関係論(faktische Vertragsverhältnisse) 現在の社会生活においては、契約によらずに債務関係の成立を認めざるをえない場合が多い。事実的契約関係論はこれを正面から認めようとする理論であり、これまた現代の落し子である。この理論も、ナチス時代の後半に、ナチス的色彩の下に、ハウプトによって提唱された(Haupt, Über Vertragserfüllung, 41)。そして、戦後のこの理論の発展はふたたびナチス私法学者の手によって為された。すなわち、ラーレンツはハウプトの主張の一部を社会類型的行為による債務関係として捉え(Lehrbuch, I, § 4)、判例の認めるところとなった。ジ

ヘルムは、*Fiktive Vertragsverhältnisse* 58 において、ハウプト理論の具体化を促進した。他方、ヴィアッカーは最近の論文、*Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, 61 において、意思表示理論の新構成の必要性を説いている。社会類型的行為論はフランス法でいう附合契約理論とほとんど同一の機能を有するものである、ということが出来る。したがって、これも比較法的に孤立した理論ではなく、現代の意味をもつ理論といわなければならない。

以上の二つの新理論に対して、ドイツの内部で批判がないわけではない。ラーレンツの行為基礎論に対しては、とくに各方面から批判が集中している。そのうち、ラーベルの弟子たち、ブローマイヤー (Blomeyer) とケーゲル (Kegel) は問題をもっと実質的に、「危険の分配」という角度から眺めるべきだと主張し、エッサー (Esser) も同調している。ただ、彼等の場合には、契約の解釈は客観的に為すべしという点で、ラーレンツと同一である。これに対し、近時、フルーメは伝統的私的自治の原則の立場からラーレンツを批判している (Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, 60)。

事実的契約関係論については、ハウプトの理論そのものは一般的には承認されていない。しかし、ラーレンツの社会類型的行為論はかなり広く支持されているようである。ところが、これに対しても批判がないわけではない、とくに五七年の私法学会におけるレーマンの批判 (Léman, 1957) が有名であり、学会においてもかなりの反響を呼んでいる。

これらの激しい批判にもかかわらず、なお全体として、上述の新理論はドイツの学界において根を下ろしているといえることができるであろう。それらは、いずれも現在の問題に対する一つのすぐれた解決方法であるからである。そこで、そのような問題に対しサヌ私法学者が解決のために大いに貢献している、という事実は認めざるをえないであろう。

二 つぎに、戦後の西ドイツ私法学の方法論を問題としよう。そこには、いくつかの注目すべき現象が見られるが、

従来の抽象的概念的方法論に代わって、具体化・類型化の傾向が明らかである。そして、この点でも、上述の三人のナチス私法学者の活躍を無視することができない。

たとえば、ラーレンツの行為基礎論の特色は、前述のほか、その類型論にも見られる。すなわち、エルトマンの行為基礎論が単一の公式で表現されるものであったのに対し、彼は行為基礎を主観的と客観的に分け、さらに後者を等価関係の破壊と契約目的の到達不能の二つの場合にわけ、それぞれ要件と効果とを確定しようと努力した。この類型論は、種々の批判に遭遇しているけれども、理論を数歩前進せしめるものであるということが出来る。

また、ジーベルトの業績もこのような立場から評価することができよう。彼の BGB 二四二条^(信義)のコンメンタールはぼう大な判例をいくつかの類型に分けてみごとに整理した点で、画期的な業績であったし、「事実的契約関係論」に関する著述も、類型ごとの考察をしている点で高く評価されるべきものをもっている。さらに、ヴィアッカーもこの傾向を押すすめているが、とくに「Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 56」は、二四二条の判例を機能的な立場から三類型に分けて論じており、わが国にも影響を与えている^(とくに、好美清光「信義則の機能」について「一橋論叢」四七巻二号)。

以上のような具体化・類型化の傾向は上記三名の学者に限らず、かなり広い層に見られるものであり、戦後の方法論の一つの特色とすることができる。そして、このような傾向には種々の淵源があるが、カール・シュミット (Carl Schmitt) の「具体的秩序思想 Gedanken der konkreten Ordnung」の影響が大きいと思われる。この有名なナチス法思想がラーレンツにより私法学に導入されたのである^(吾妻「私法学から見た具体的秩序の思想」民商一四巻四号)。したがって、これまたナチス法学の発展と評価することができる。

三 さいごに、戦後の西ドイツの私法学にとって忘れてはならないものに、近世私法史学の発達がある。これについても、鈴木禄弥教授の説かれるごとく^(とくに「ドイツ近代私法史学」の発達「比較法研究」六号)、その淵源はナチス時代にあり、この時代に上から作

りだされた課目であるとされている。しかも、戦後におけるその発達も、ナチス時代に活躍した学者に負うところ大である。ウィアッカーの「近世私法史」がその代表的なものであるが、その他 Grundzüge der neuen Privatrechts-geschichte, 49 の著者であるモリトール (Molitor) も、ナチス時代に労働法学者として活躍している。この分野は、戦後新しい研究者の関心を集めているけれども、なおナチス私法学の発展であると評価することが許されるであろう。

以上の考察により、戦後の西ドイツ私法学をナチス私法学の発展として捉えることは十分可能である、といわなければならない。

(3) この点で、とくに有名なのは、ケメラの不当利得論 (Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, 54) である。磯村・論叢六三巻三号の紹介、および川村「不当利得における利得と損失」法学教室二号、同「返還さるべき利得の範囲」判評五五・五七・六四・六五末参照。なお、拙稿・北法一一巻一号九九—一〇〇頁は川村教授の論稿により補正されなければならない。その他、戦後の新教科書を代表する Westermann, Sachenrecht und Esser, Schuldrecht 二つの傾向は明らかに見られるし、私法方法論に関する二つの傑出したモノグラフである Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 56. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 60 はこの傾向を代表するものといえよう。後者の説く類型論はわが国でも、採用され成果をあげている。とくに磯村「市民法学(下)」日本近代法発達史一〇巻二〇六頁以下参照。

四

一 以上のように、戦後の西ドイツ私法学をナチス私法学の発展として捉えることができるとしても、ナチス私法学に対する反省があってもよいのではないか、ということが考えられる。これが、つぎの問題である。戦後のドイツ法学者の中で、ラートブルフをはじめとし、ナチス体制を批判したものは決して少ないわけではない(この点で、とくに矢崎「法実証主義」昭

三八参)。しかし、私法学者のなかには、そのような批判者がほとんど見当たらない。ここでは、フリッツ・フォン・ヒッペル (Fritz von Hippel, 1897-) について言及しよう。彼は、すでにナチス時代に、若い学者の行きすぎを批判していた(たとえば、ワイファッカーの「土地」)。戦後は、その私淑するラートブルフとともに、もっとも本格的なナチス批判者となった。[法]を批判したACP147 207を見よ。まず、Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, 46, 2. Aufl. 47. において、ナチスの支配秩序は本来の法秩序とあらゆる点で反対であったことを具体的に論証した後、Vorbedingungen einer Wiederherstellung der heutigen Rechtsdenkens, 47. において、今日の法思想の回復の前提条件について論じているが、その中で、世界戦の論争をやめて、現実の事態の観察の中から問題解決の道を見出すべきことを、とくに強調している。そのような傾向は、法秩序の倒錯を論じた Die Perversion von Rechtsordnungen, 55. や、現在における私法の意義の変遷を扱かう Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, 57. の中に、ひきつづき見られるところである。もっとも、ここでは新たに迫りくる共産主義的法秩序との対決の意図も鮮やかである。このような法秩序という立場からのナチス体制批判で果して十分であるか、という疑問を発することは許されよう。われわれはそこにいざんとし、ドイツ的発想法を認めることもできよう。しかし、多くの私法学者が沈黙していたこの時期に、積極的にナチス体制の批判の問題をとりあげたヒッペルの功績は否定することができない。

二 それ以外で、通常、ナチス法学に対する反省の結果とみなされる現象として、自然法の再生、比較法の発達、人格権の高揚などが考えられる。これらの現象と私法学者との関係について、以下に順次考察する。

(1) 自然法の再生 ナチス時代に法実証主義が悪用されたため、戦後再び自然法思想が西ドイツに復活し、実務にもかなりの影響を与えたことは明らかである(もっとも、その自然法の内容に問題がある)。これは、ナチス法学に対する反省現象としてもっとも顕著なものであるが、私法学者でこれに積極的に参与したものは少ない。代表的な学者としては、コ

ライント (Helmut Coing, 1912-) をあげうるにすぎない。彼は、戦後のわが法学界では、Grundzüge der Rechtsphilosophie, 50 を通じて一躍有名となったが、戦後ただちに自然法の立場から多くの論文を書き、めざましい活躍を見せており、法哲学上の著書として、Die obersten Grundsätze des Rechts, Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, 47 があった。彼はナチス時代にも活躍していたが、フランクフルトを中心とする近世私法史の実証的な研究のみに従事しており、彼自身としては反省すべき材料はないと思われる。要するに、自然法の再生をナチス法学の反省と見ることは可能であるとしても、これをナチス私法学の反省と見ることは困難である。

私法学の方法論として、ナチスの法実証主義に対する反省と結びつくものではない、いわゆる評価法学 (Wertungsjurisprudenz) が注目される。これは利益法学の発展であり、利益法学がナチスに屈服せざるをえなかったことに對する反省の結果と見ることが出来る。しかし、その評価基準は多元的であり、自然法との結びつきは乏しく、法実証主義の系列に属するものと見ることもできる (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 123ff.)。

(2) 比較法の発達 ナチス法学はその狭隘な人種観に基づきドイツ固有法の優越性を強調した。戦後における比較法学の隆盛は、それに対する反省の結果と見られなくはない。しかし、こう断定するには疑問がある。ドイツの現代比較法学はラーベル (Ernst Rabel, 1874-1955) を中心として戦前すでに開拓されていた。とくに、ベルリンにカイザー・ヴィルヘルム (現マックス・プランク) 外国私法・国際私法研究所の開設された一九二六年はエポックメイキングな年であり、ラーベルはここで (三十七年まで) 初代所長として活躍するとともに、多くの弟子を養成した。今日、西ドイツで指導的な比較法学者と目される人達、ベッカー (Walter Becker, 1905)、『フロイヤー (Arwed Blomeyer, 1906)、『ケメラー (Ernst von Caemmerer, 1908)、『シッヴァイデルト (Konrad Zweigert, 1911)、『ケーゲル (Gerhard Kegel, 1912-) などはいずれもラーベルの弟子である。彼等はすでにナチス時代に比較法学者としての仕事をはじめており、しかも

それはほとんどナチスの色彩をもたないものであった。とりわけ、国際動産売買法の統一のために書かれた *Rabel, Das Recht des Warenkaufs*, I, 36 はその本国では禁書とされたが、ドイツ比較法学の実力を世界に示すものであった。⁽⁴⁾戦後の比較法学はこれらの基礎の上に発達したものであり、これをナチス法学に対する反省の結果と見ることは事実と反するであろう。もともと、ナチスは、ユダヤ系という理由で、ラーベルはじめ多くの優秀な比較法学者を国外に追放した。しかし、結果的にはそれらの学者がその後、英米諸国で活躍し、大陸法とコンローの接近に著しく貢献した。これなどはナチスのけがの功名といふべきである。

(3) 人格権の高揚 戦後の西ドイツ民法学が扱ったテーマのうち、ナチス法学に対する反省という面で一番注目されるのは人格権に関する問題であろう（以下五十嵐・松田「西ドイツにおける私生活の私法的保護」戒能・伊藤編、ブライヴアシー研究所収参照）。ナチスは人間の尊厳を極端に否定した。戦後の再生自然法は、コーイングに見られるように、人格を最高価値と規定したが、この見解が広く承認されたのは、ナチス時代の経験の故であろう。それが、ボン基本法の基本原理となり（二条一）、私法上の一般的人格権承認の学説・判例となって発展した。このような人格権の確立にもっとも貢献したのは、コーイングのほか、新人フーブマン（Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 53）である。しかし、人格権の問題については、ほとんどすべての私法学者が何等かの貢献をしている。とりわけ、ニッパードイは上記二名以上に大きな影響力を与えたのではないかと思われるし、ラーレンツやラインハルト（Rudolf Reinhardt, 1902）の活躍も見逃すことができない。ラインハルトは戦前すでに人格権に関する著書（*Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung*, 31）を有したが、ナチス時代には、損害賠償法の改正を論じたり、商法の教科書 *Handel und Gewerbe*, 38 を著わしたりして、かなり活躍していた。すなわち、戦後の人格権確立については、ナチス時代に活躍した学者も活躍しなかった学者も、ひとしく寄与しているのであり、それをナチス法学に対する反省の結果と解することも一面的である。⁽⁵⁾要するに、人格権の問題は、現在の文明諸国がいずれも解決を迫られている問題であり、フア

シズムを経験すると否とを問わない。ただ、ドイツの場合、従来の立ちおくれを回復し、一挙に指導的役割を果しうるに至った理由の一半を、ナチスに対する反省の強さに求めることが可能であろう。

このように、多少はナチス私法学に対する反省と見られる現象もないわけではないが、それはきわめて少なく、しかもその場合でも、他の原因の競合を認めないわけにはいかない。したがって、全体としてみれば、現在の西ドイツ私法学をナチス私法学の発展と考えることができる。そして、われわれが現在の西ドイツ私法学に何等かの価値を認めようとするならば、それに先行するナチス私法学の功績も認めないわけにはいかないであろう。

以上は民法を中心として考察したのであるが、私法の他の部門でも同様なことがいえそうである⁽⁷⁾。

(4) 本文に掲げた学者のほかにも、ラーベルの比較法研究所の出身者にすぐれた学者が多い。Max Rheinstein(1899-)、Walter Hallstein(1901-)、Ludwig Kaiser(1904-)、Eduard Wahl、Friedrich Kessler などがその例である。このうち、ラインシュタインとナスラーはアメリカで活躍しており、ハルシュタインはEACの指導者として有名である。彼等は、大規模な比較法辞典として知られるRechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil und Handelsrecht des In und Auslandes, 6 Bde, 29-38 の中で、多くの項目を執筆したほか、以下のすぐれた比較法的研究を戦前に発表している。Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht, 32. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 38, 39. Kegel, Probleme der Aufrechnung; Gegenseitigkeit und Liquidität rechtsvergleichend dargestellt, 38. Kegel-Rupp-Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, 41.

なお、学会報告のさい、磯村教授より、「自分としては、ナチス時代に、ラーレンツなどよりも、比較法学派の諸研究を高く評価していた。」旨の発言があつた。卓見というほかない。筆者自身としても、ドイツ私法学の今後については、比較法学者に期待するところが大である。しかし、ドイツ私法学の現状分析という観点では、本稿のように、いわゆるナチス私法学者を中心とする考察も存在理由があると思われる。

(5) 恐らくはユダヤ系という理由で、独逸二国を逃れてアメリカで活躍した私法学者としては、前述のラーベル(ミシガン、そこで国際私法の名著を完成)、ラインシュタイン(シカゴ)、ケスラー(エール大、契約法の面で活躍)のほか、Albert Ehrenzweig(1906-カリフォルニア大、不法行為法と国際私法の面でわが国でも有名) Stefan-Albrecht Riesenfeld(バークレイ)などがある。イギリスで

は「Martin Wolff (1872-1963), Otto Kahn-Freund (1900), F. A. Mann などの活躍が注目される。これらの生命法学者の果たした役割の総合的研究は、今後の比較法学の一つのテーマとなろう。

(4) 戦後の人格権をめぐる論争において、実質的なものは、人格権の保護と言論の自由の限界の問題であるが、この点では、ほとんどの学者は人格権の保護の方を強調しており、ナチス私法学との結びつきはない。学者間の対立は主として理論構成についてであり、最大の焦点は一般的人格権概念を承認するか否かにあった。承認説はニッバーダイ、フリーマン、コーイングによって代表され、非承認説はラートレンツ、ラインハルト、エッサー等によって代表される。どちらかといえば、後者にナチス私法学の発展としての面がなくはないが、この対立を強調することは疑問である。なお、ナチス時代に積極的に活躍した学者が人格権の問題をとりあげる場合にも、自己反省が表白されることはない。

(5) この点は専門的考察をなしえないので、若干の例をあげるにとどめる。ナチス時代に発生し、発達した新しい領域としては、近世私法史のほかに、経済法がある。ドイツ経済法学はレーマン、ヘーデン (Deutsches Wirtschaftsrecht, 39)、ニッバーダイ、フリーバー (Ernst Rastoff Huter)、ジーベルトなどの手によつて戦前戦後を通じて発達した。フリーバーは公法学者であり、ナチス時代にはナチス公法学の樹立に貢献した人である。労働法の分野ではナチス時代に労働関係説がジーベルトやニッキンシュ (Nikkinsh) によつて発展せしめられた。これは戦後にも大きな影響を与えている。ただし、批判もある(片岡「労働契約と労働関係」民商三八巻五、六号参照)。民訴法における新訴訟物理論はナチス時代に進展をみた。この点は、三ヶ月教授の諸論稿参照。法史学の面でも、法制史を歴史としてあつかう最近の傾向はナチス時代とその淵源を有する(石川武「学説史と思想史」北法九巻三号参照)。ナチスにより排斥されたローマ法学についても、却つて歴史学としての自覚を強めたことが指摘されよう。これに対し、公法や刑事法の分野では、民主主義、法治国家主義、罪刑法定主義等の基本的原理が踏みにじられたので、ナチス法学を高く評価することは不可能である。しかし、そこでも、刑法における目的的行為論のごとく、戦後に影響を与えた理論の発生が見られる。

五

一 ここで、改めて、ナチス私法学とは何であつたかを考えてみたい(以下は、吾妻「ナチス民法学の精神」(ウイアカカ)。ナチス私法学は三段階を経て発展した。

(1) まず、ナチスの私法学の理念的建設の時代が先行した。ここでは、ラーレンツをはじめとし、革新的私法学者が大いに発言した。彼等の主張の一つは、人種、血と結びついた協同体理念の高揚である。今一つ注目される主張は、具体的秩序思想である。これは具体的考察の必要性を強調し、とくに所有権について不動産と動産を区別せよという主張となる。しかし、以上の主張からナチ的粉飾を払うならば、それは結局、権利の絶対性の否定、とくに土地所有権の社会的制約性の承認、契約自由の原則の適用範囲の制限などを意味するであろう。それは、結局、現代社会生活の必要の反映であり、比較法的に同じ傾向を見出すのに困難ではない。

(2) ナチス私法学者の主張は、具体的には、一九三五年の大学教育過程の改正となって実現した。それによって、民法総則は消滅し、その代りに、「人」は「親族法」に、「法人」は「社団および会社」に、「法律行為」は「契約と不法」に吸収された。また、「家産法」は「相続法」と合体した。物権法は、動産物権をあつかう「商品と貨幣」(信用買ひ)と「土地法」に分れた。商法では、「商人と商行為」が「会社」より分離された。以上は、抽象的な民法典の編別を批判し、これを生活秩序の実態に則して再編成しようとする主張の現われである。そこには明らかに行きすぎがあり、ナチス後期においてはドイツ内部においても批判的となった。戦後、すべてが旧に復したのも当然であろう。しかし、この試みも決して理由がなかったわけではない。われわれは、このナチス教育プランを英米法のそれと比較した場合、あまりにも一致していることに一驚せざるをえないのである。

(3) 法学教育課程の改正につづいて、民法改正事業が行われた。もっとも、ナチス初期の「世襲農場法」(Reichserbhofgesetz, 1933)は、土地所有権および相続法に大きな影響を与えた。その後の具体的な立法は、特別法による民法典解体という形で行われた。「婚姻法」(Ehesatz, 1938)、「遺言法」(Testamentsgesetz, 1938)、「失踪法」(Verschollenheitsgesetz, 1939)が主なものである。しかし、これらの法律の内容は、若干のナチスのイデオロギーにとらわれた制度を除けば、民法典の発展としての意義をもつ

(とくに「婚姻法」につき、拙稿「ドイツ法に
おける離婚原因の変遷」比較法研究二号参照)。以上のように、ナチスによる民法改正が実現したのは少部分であったが、各部門ごとに民法改正委員会が組織され、準備作業は着々と進展して行った。しかも、これらの仕事は、原則としてナチス思想の影響なしに行われたと評価することができる(ヴァイツァー・前掲六三九頁注二六)。そのことは、委員会によって公表された多くの文献によって今日でも知ることができる。すなわち、ナチスの政治権力といえども、私法に対しては実質的な影響を与えなかったのである。さらに、一九三七・三八年頃より、ナチス私法学に対し、ドイツ内部で批判が高まってきたことも注目されなければならない。⁽⁸⁾

二 以上のような発展を辿ったナチス私法学は結局何であつたろうか。それは、要するにBGBの発展であつたと結論することができるであらう。BGBは永久不変の自然法典ではなく、制定当時の時代に制約されたものであり、それは一言でいえば市民社会の私法典である。したがって、第一次大戦後の社会的経済的変動は当然に新しい私法学を要求したのである。ナチス時代の急激な社会的変革は、それをさらに強度に要請し、それに答えたのがナチス私法学である、ということが出来る。ドイツの私法学は、ナチスが出現しなくても、同じ方向を進んで行つたであらう。ナチス私法学は、要するに、そのテンポを早め、かつより徹底的に変革を実行したのである。したがって、存在したのは「ナチス時代の私法学 Privatrechtswissenschaft in der nationalsozialistischen Zeit」であつて、「ナチス私法学 nationalsozialistische Privatrechtswissenschaft」ではなかつたのである。

以上のことは、ナチスの私法学者であつたと否とを問わず、今日の多くのドイツ私法学者の認めるところであるのみならず、わが国でも、戦前すでに若干の学者により(とくに、我妻、吾妻両教授)承認されていたのであつた。本稿は、それを再確認しただけのものである。

(8) 代表的なものを若干あげる。Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 36 (これは「今日のわが債権法学に対しても多大の影響を与えている名著である」)。Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, 40 (紹介、川島・法協五九巻四号) Lange, Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht. I-V (この相続法改正委員会の業績については、戦後、Boehmer が激賞している。なお遺留分法につき、拙稿「遺留分制度の比較法的研究」法協六九巻三二七〇頁以下参照)

(9) 代表的なものとして、民法典の体系・根本原理を擁護しようとする Manigk, Neubau des Privatrechts, 38 (吾妻・前掲五七頁以下) Heck, Der Allgemeiner Teil des Privatrechts, AcP 146, 1. 利益法学の立場から「ナチス法学を批判した Müller-Erzbach, Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hermit, 39 (批判的紹介、川島・法協五八巻四号)「ナチス家産制度を批判した Boehmer, Die Vermögensverfassung des deutschen Hauses, 43 (著者自身によれば「友人に反対され、決死の覚悟で出版したが、何事も起らなかったこと」)

(10) たとえば、Wesenberg, Neue deutsche Privatrechtsgeschichte, 54, S. 216-9. は「特別法による民法の解体は全く表面的なものであり、内容的には発展である。いわゆるナチスの立法は公法の分野にかぎられていたとし、「全体としてみれば、第三帝国の学説と実務における法発展の継続性については、一見そうであるよりは、ずっと問題の余地がなかった。」と結んでいる。その他、戦後、ナチス法を批判した私法学者にあつても、私法学を批判したものはほとんど見当たらない。本稿では触れなかったが、私法裁判についても同様のことがいえる。私法裁判において、ナチスの偏向が見られた例としては、有責配偶者の離婚請求を容易に認めた判例が有名である。たとえば、RGZ168, 38. これが戦後、批判されたことはいうまでもない。Dölle, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht, 46, S. 17 ff.

六

以上で、ナチス時代の私法学の評価はおわる。それは、ドイツ私法学の発展に貢献したといえる。あの政治的圧力の下で、しかも後半は戦時中にもかかわらず、なお、このように私法学の伝統を守り、それを発展させたことに、われわれは一応敬意を表すべきであろう。

しかし、まだ問題が残るように思われる。(以下は筆者の個人的感想にすぎないが、学会で報告したままを、綴る

説 ことにする。すなわち、ナチスのようなファシズムの体制下にあつては、たとえ実質的には学問の進歩になるようなことであつても、ナチスの粉飾をつけてまで、それを発表すべきであらうか。それは、ナチス支配体制を強化することに客観的に奉仕し、国民全体を破局に導くのに貢献するのではないか。われわれは、まず、ナチス時代の多くの私法学者に対し、このような批判を加えることが許されるであらう。

これに対する一つの答えは、彼等といへども、市民としての面で抵抗したことはありうる、ということである。

しかし、残念ながら、この点に関する資料は乏しい。⁽¹⁾ また、既述のように、ナチス法学に対する批判を試みた学者もいないわけではない。私法学に対する批判のみならず、直接、ナチス法の基本原理を批判したものもある。たとえば、指導者原理を批判したベーマーのように^(Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II, S. 214)。

しかし、われわれはそれだけで満足すべきであらうか。ファシズムの支配下の私法学者の最大の任務は、ファシズムに対抗すべき私法学を探し求めることではなからうか。そして、そのような傾向はドイツには見られなかった。その理由として、二つのことが考えられる。

(1) イデオロギーの面で、ドイツ私法学者は一般に反共主義者であり、このため、反ファシズムの線が弱くなるということが考えられる。この点は、現在も同様である。もっとも、それは果して西ドイツ私法学者だけの責任であらうか。コミュニズムの側にも問題がないとはいえない。

(2) 法学方法論の点で、ドイツ私法学があまりにも法学的であり、社会科学的アプローチを導入しないことにも問題がある。この方法では、法学は技術化し、あらゆる政治体制に仕えることにならかねない。もっとも、高度に技術化した今日の社会は、一層、法学の技術化を要求してやまない面がある。果して、将来の私法学は、この問題を解決することができるであらうか。

ひるがえって、わが国の戦時下の私法学をふりかえりみるに、そこには最後まで批判的精神が失われていなかったことを誇ることができる。とともに、見るべき発展もなかったといわなければならない。戦後の私法学は、法社会学を中心として、飛躍的な発展を見せた。他面、理論的研究では、諸外国に大いに遅れをとった。戦後のわが学界は、つねに新しい私法学を問題としている。しかし、五年後に新しい私法学のあり方を議論しないで済むような私法学を建設することがわれわれの任務であらう。

(1) たとえば、マイヤー (Georg H. Meyer, 1907-1945) はその一人である。彼は、ラーベルの弟子で、ロマンリストとして教授資格を有していたが、ナチスにより教授就任を妨げられた。そこで、弁護士として、新聞に反ナチ的文章を多く発表して活躍した。時には、Konzentrationslager に入れられた。戦後、ソビエトへ連れて行かれ、死亡した。その他では、ジューズ (Theodor Süss 1892-1961) もナチスに反抗し、ユダヤ人の保護にあたったことが、最近のネクロロジによって伝えられている。Nippelley, AcP 160, 194-5) の種の資料は今後増える可能性がある。しかし、第一線学者の多くがレジスタンス運動に参加したフランスの場合に較べると、前提が違うとはいえ、かなりの差があるように思われる。