

F.C.サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その二)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 大阪市立大学法学会 公開日: 2024-09-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 守矢, 健一 メールアドレス: 所属: 大阪市立大学
URL	https://ocu-omu.repo.nii.ac.jp/records/2002274

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	F.C.サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その二)
Author	守矢, 健一
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 60 巻 1 号, p.172-156.
Issue Date	2013-09
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

翻 訳

F. C. サヴィニ

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の
使命について』(その二)

守 矢 健 一

目 次

は し が き

第一章：導 入

I. Einleitung. (以上, 59巻2号)

第二章：実定法の成立

II. Entstehung des positiven Rechts. (以上, 本号)

II. Entstehung des positiven Rechts.

[8] Wir befragen zuerst die Geschichte, wie sich bey Völkern edler Stämme das Recht wirklich entwickelt hat: dem Urtheil, was hieran gut, vielleicht nothwendig, oder aber tadelnswerth seyn möge, ist damit keinesweges vorgegriffen.

Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Chracter, dem Volk eigenthümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben kein abgesondertes Daseyn, es sind nur einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden, und nur unsrer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend. Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkührliche Entstehung ausschließt.

Wie diese eigenthümlichen Functionen der Völker, wodurch sie selbst erst zu Individuen werden, entstanden sind, diese Frage ist auf geschichtlichem Wege nicht zu beantworten. In neueren Zeiten ist die Ansicht herrschend gewesen, daß alles zuerst in [9] einem thierähnlichen Zustand gelebt habe, und von da durch allmähliche Entwicklung zu einem leidlichen Daseyn, bis endlich zu der Höhe gekommen sey, auf welcher wir jetzt stehen. Wir können diese Ansicht unberührt lassen, und uns auf die Thatsache jenes ersten urkundlichen Zustandes des bürgerlichen Rechts beschränken. Wir wollen versuchen, einige allgemeine Züge dieser Periode darzustellen, in welcher das Recht wie die Sprache im Bewußtseyn des Volkes lebt.

Diese Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewußtseyn ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig, während wir, in unsrem künstlich verwickelten Daseyn, von

第二章：実定法の成立

[8] 高貴な氏族より成る諸民族においてⁱ，法が現実^{けみ}にどのように展開してきたか，その歴史をまずは紐解いてみよう。もとより，歴史に関する際には，そこでなにか良いことか，それどころかあるいは必然的でもあるか，あるいはまた，なにか非難さるべきことか，ということの判断の先取は，一切行わない。

まず，記録された歴史をみると，市民法は既に，ある性質を持っていることがわかる。すなわち，言語や習俗，国制と同様に，市民法もまた，民族に固有のものになっている。このように，法も言語も習俗も国制も，それぞれ切り離された存在ではなく，一個の民族に発する様々の力であり活動であり，本来的には相互に不可分に結合しているが，われわれが観察するや否や，それぞれに区別された性質を持つものとして現れる，というに過ぎない。これらの現れをひとつに結びつけるものは，民族に共通の確証であり，内的必然という一様の感情であって，かかる一様な感情は，現象発生が偶然と意思的決定ⁱⁱとに基づくという思考をおよそ一掃する。

民族に固有のかような諸活動があってはじめて，民族は個性ある個体となるのであるが，では民族のこのような諸活動がどのように生成してきたのか，という問いに，歴史を通じて答えることはできない。近年では，以下のような見解が支配的であった。すなわち，全ては当初は獣的な状態で生存していたが，[9] 徐々に発展する中でましな存在になり，最終的に，現在のわれわれが立脚する高みへとたどり着いたのである，とⁱⁱⁱ。われわれは，この見解には触れず，市民法に係る，記録に残されたあの最初の状況が示す事実^{iv}にのみ注意を向けてよい。法が言語と同様に民族の意識に生きたある時代における，いくつかの一般的特徴を描写することを，われわれは試みよう。

この民族の若年期というのは，術語には乏しいけれども，自らのおかれた諸状況と諸関係とについてはっきりとした意識を持っている。若年期は，かかる諸状況と諸関係とを全体として余すところなく感じ取り，そして生き抜いているのである。対してわれわ

unserm eigenen Reichthum überwältigt sind, anstatt ihn zu genießen und zu beherrschen. Jener klare, naturgemäße Zustand bewährt sich vorzüglich auch im bürgerlichen Rechte, und so wie für jeden einzelnen Menschen seine Familienverhältnisse und sein Grundbesitz durch eigene Würdigung bedeutender werden, so ist aus gleichem Grunde möglich, daß die Regeln des Privatrechts selbst zu den Gegenständen des Volksglaubens gehören. Allein jene geistigen Functionen bedürfen eines körperlichen Daseyns, um festgehalten zu werden. Ein solcher Körper ist für die Sprache ihre stete, ununterbrochene Übung, für die Verfassung sind es die sichtbaren öffentlichen Gewalten, was vertritt aber diese Stelle [10] bey dem bürgerlichen Rechte? In unsren Zeiten sind es ausgesprochene Grundsätze, durch Schrift und mündliche Rede mitgetheilt. Diese Art der Festhaltung aber setzt eine bedeutende Abstraction voraus, und ist darum in jener jugendlichen Zeit nicht möglich. Dagegen finden wir hier überall symbolische Handlungen, wo Rechtsverhältnisse entstehen oder untergehen sollen. Die sinnliche Anschaulichkeit dieser Handlungen ist es, was äußerlich das Recht in bestimmter Gestalt festhält, und ihr Ernst und ihre Würde entspricht der Bedeutsamkeit der Rechtsverhältnisse selbst, welche schon als dieser Periode eigenthümlich bemerkt worden ist. In dem ausgedehnten Gebrauch solcher förmlichen Handlungen kommen z. B. die germanischen Stämme mit den altitalischen überein, nur daß bey diesen letzten die Formen selbst bestimmter und geregelter erscheinen, was mit den städtischen Verfassungen zusammen hangen kann. Man kann diese förmlichen Handlungen als die eigentliche Grammatik des Rechts in dieser Periode betrachten, und es ist sehr bedeutend, daß das Hauptgeschäft der älteren Römischen Juristen in der Erhaltung und genauen Anwendung derselben bestand. Wir in neueren Zeiten haben sie häufig als Barbarey und Aberglauben verachtet, und uns sehr groß damit gedünkt, daß wir sie nicht haben, ohne zu bedenken, daß auch wir überall mit juristischen Formen versorgt sind, denen

れは、技巧的錯綜状態にあり、われわれ自身の豊かさを享受し統御するどころか、むしろこの豊かさに圧倒されてしまっている。民族の若年期が明朗で自然に適っていることは、市民法においても見事に示されている。個別の人間についてみると、誰にとっても、かれの家族関係や土地所有は、これを大切にすることで一層重要なものになる。同じ理由から、私法上の諸規則もまた、民族の信頼の対象になり得る。但し、このような精神的諸活動が保持されるためには手がかりがなければならない。そのような手がかりに当たるのは、言語の場合には、間断なき使用であり、国制の場合には可視の公権力である。では、市民法の場合にこのような手がかりになるのは何であろうか？ [10] われわれの時代においては、それは、明示された基本的諸命題であり、これらは、文書および口頭で、提示される。このような種類の手がかりは、しかしながら、相当の抽象化を前提しているから、かの若年期においては可能でない。これに対して、若年期においては、法的関係が成立し消滅したりするところではかならず象徴行為^{iv}が見られる。こうした行為は感覚的に諒解可能だからこそ、法が、実際に特定のかたちにおいて保持され得るのである。そうした感覚的諒解可能性の真摯さと尊厳とは、先に触れた家族関係や土地所有といった若年期特有の法関係そのものの持つ意義に相応しい。こうした儀礼的行為が広汎に使用されたという点では、たとえばゲルマン氏族は古イタリア氏族と一致する。ただし、古イタリア氏族においては儀礼の型自体がよりはっきりしており^v、また一層整序されてもいるのであって、だからこそ古イタリア氏族は都市という国制を持ち得た。こうした儀礼的行為は、若年期における法に固有の文法であると理解することができる。そして、より古い時代のローマの法曹の主要な業務が儀礼的行為の維持と正確な適用とにあったということには、まことに大きな意味がある。後の時代に生きるわれわれはこのような儀礼的行為をしばしば野蛮であり迷信であると輕蔑し、われわれがこうした儀礼的行為を持たないことを以て、われわれが成長したことの証しだなどと思いなす。実は、われわれも至るところで法的諸儀礼の恩恵を蒙っているのだが、ただ、その古い諸

nur gerade die Hauptvortheile der alten Formen ab- [11] gehen, die Anschaulichkeit nämlich und der allgemeine Volksglaube, während die unsrigen von jedem als etwas willkürliches und darum als eine Last empfunden werden. In solchen einseitigen Betrachtungen früher Zeiten sind wir den Reisenden ähnlich, die in Frankreich mit großer Verwunderung bemerken, daß kleine Kinder, ja ganz gemeine Leute, recht fertig französisch reden.

Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Character des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten, und auch hierin ist es der Sprache zu vergleichen. So wie für diese, giebt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit, wie jene früheste Erscheinung. Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigenthümlichkeit verliert. Allein diese innere Fortbildung auch in der Zeit der Cultur hat für die Betrachtung eine große Schwierigkeit. Es ist nämlich oben behauptet worden, daß der eigentliche Sitz des Rechts das gemeinsame Bewußtseyn des Volkes sey. Dieses läßt sich z. B. im Römischen Rechte für die Grundzüge desselben, die allgemeine Natur der Ehe, des Eigenthums u. s. w. recht wohl denken, aber für das unermeß- [12] liche Detail, wovon wir in den Pandekten einen Auszug besitzen, muß es jeder für ganz unmöglich erkennen. Diese Schwierigkeit führt uns auf eine neue Ansicht der Entwicklung des Rechts. Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen

儀礼のうちまさしく主要な長所、すなわち諒解可能性および民族に一樣な信頼、[11]
これが喪われており、他方でわれわれのもつ諸形式は、だれにとってもなにか恣意的な
もので、従って重荷であると感じられるようになっている——こうしたことをわれわれ
は憂慮しなくなっているだけなのである。われわれは、若年期に対してこのように一面
的な見方をする限りにおいて、あたかもフランスに赴いた旅人が、そこでは子供が、そ
れどころかいやしい身分の者たちまでもが、何の苦もなくフランス語を話すことを、実
に腑に落ちないといった面持ちでながめているのと、大差はない^{vi}。

もとより法と民族の本性とのかかる有機的連関は、時代が進行しても維持され、この
点においても、法は言語と比較すべきものである。言語と同様、法においても、一瞬た
りとも絶対的な静止状態などありはせず、法は、民族のその他のすべての活動と同様の
運動と展開とに服し、そしてこの展開は、民族の最初期におけるあらわれと同じく、内
的必然という法則に服している。つまり、法は民族とともに成長してゆき、民族とともに
自己を形成し、民族がその個性を喪失するならば、法も最後には死滅する。ただ、こ
うした内的継続形成は開拓された時代^{vii}に及んで、考察の上である大きな困難に達着す
る。すなわち、すでに主張しておいたように、法の本来的な立脚点は民族に共通の意識
である。この意識は、たとえばローマ法の場合、ローマ法の基本的諸性質、たとえば婚
姻や所有権やの一般的性質に即してみるなら、具体的にこのことだと誰にもすぐにわか
る。けれども、パンデクテンによってその抜粋がこんにちまで伝わる、ローマ法の細部
という細部についてまで、[12] 誰もが民族に共通の意識を認識できるはずがない。か
かる困難は、法発展についてのある新たな観方へと、われわれを導く。すなわち、開拓
がより進んだ時代には、民族の活動は、須らく相互に独立していく度合を深める。そし
て、これまでは揆を一にして営まれていたことが、いまや個々の身分に専属するよう
になる。法曹もいまやこのように独立した身分となる。法は今後は、言語によって形成さ
れ、法は学問的な方向を採り、かつては民族全体の意識に生きた法が、いまや、今後は
この活動において民族を代表するに至った法曹の意識に委ねられることとなる。法の存

anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentirt wird. Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. Aus dem Zusammenwirken dieses doppelten Lebensprinzips erklären sich alle spätere Erscheinungen, und es ist nunmehr begreiflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkühr und Absicht, entstehen konnte. Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das *politische* Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das *technische* Element desselben.

[13] In verschiedenen Zeiten also wird bey demselben Volke das Recht natürliches Recht (in einem andern Sinn als unser Naturrecht) oder gelehrtes Recht seyn, je nachdem das eine oder das andere Princip überwiegt, wobey eine scharfe Gränzbestimmung von selbst als unmöglich erscheint. Bey republikanischer Verfassung wird das politische Princip länger als in monarchischen Staaten unmittelbaren Einfluß behalten können, und besonders in der Römischen Republik wirken viele Gründe zusammen, diesen Einfluß noch bey steigender Cultur lebendig zu erhalten. Aber in allen Zeiten und Verfassungen zeigt sich dieser Einfluß noch in einzelnen Anwendungen, da wo in engeren Kreisen ein oft wiederkehrendes gleiches Bedürfniß auch ein gemeinsames Bewußtseyn des Volkes selbst möglich macht. So wird sich in den meisten Städten für Dienstboten und Miethwohnungen ein besonderes Recht bilden und erhalten, gleich unabhängig von ausdrücklichen Gesetzen und von wissenschaftlicher Jurisprudenz: es sind dieses einzelne Ueberreste der früheren allgemeinen Rechtsbildung. Vor der großen Umwälzung fast aller Verfassungen, die wir erlebt haben, waren in kleineren Deutschen Staaten diese Fälle weit häufiger als jetzt, indem sich Stücke altgermanischer Verfassungen

今は今後はより一層技巧的で手の込んだものになる。それは、法は二重の生を持つからである。すなわち一方では、法には、民族全体の生の一部としての側面が依然として存続しており、このことを法は放棄するわけではない。しかし他方では法曹の手になる特化された学問となってゆく。このように二重化した生の原則がしかも相互に協働するところから、後のすべての現象は説明できる。ここからまた、あの無数の細部もまた全く有機的な仕方です、つまりある主体による意思の決定や意図に拠ることなく、生成し得たということも、理解し得るのである。話を簡潔にするために、われわれは、今後は、法の民族全体の生との関連を政治的要素、法の特殊的に学問化された生を法の技術的要素、と名づけることにする。

[13] 要するに、さまざまな時代に応じて、法は、同じ民族のものであっても、(自然法とは異なる意味を持つ)自然発生的な法であることもあれば、学識法であることもある。それは、どちらの原則が優勢かということに依存する。ただし、両者の明瞭な区別は不可能であることは言うまでもない。共和政期の国制では政治的原則が独裁政期の国家の場合よりもより直接的な影響を保持することができるし、とりわけローマの共和政においては、開拓の進んだ時代においても政治的原則の持つ影響力が活き活きと保持されるだけの原因がいろいろとあった。とはいえどのような時代でもどのような国制でも、政治的原理は、個別のさまざまな実務慣行において、影響を与える。即ち、比較的小規模の集団にあっては、必要があつて頻繁に繰り返されることながら、ただひとつの集団においてのみならず複数のそれに共通に見出され、このような必要が結局は民族に共通の意識の形成をも可能とするのである。たとえばほとんどの都市において、使用人とか貸家の場合に、制定法からも学識法からも独立に、特殊な法が形成され維持される。これらは、かつて一般的に見られた法形成のあり方が、なお個別的には行われるということを示している。ほとんどすべての国制のあの徹底的な転覆をわれわれは経験したが、そのような転覆が起こるより前には、ドイツのなかでも比較的小さな諸国家ではこうした事例が現在よりもずっと頻繁に存在した。なぜなら、古ゲルマン国制の断片がそれま

häufig durch alle Revolutionen hindurch gerettet hatten.

Die Summe dieser Ansicht also ist, daß alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, [14] nicht ganz passende, Sprachgebrauch als *Gewohnheitsrecht* bezeichnet, d. h. daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkühr eines Gesetzgebers. Dieser Zustand ist bis jetzt nur historisch aufgestellt worden, ob er löblich und wünschenswerth ist, wird die folgende Untersuchung zeigen. Aber auch als historische Ansicht bedarf dieser Zustand noch einiger näheren Bestimmungen. Zuerst ist dabey eine ganz ungestörte einheimische Entwicklung vorausgesetzt worden; der Einfluß früher Berührung mit fremdem Rechte wird weiter unten an dem Beyspiel von Deutschland klar werden. Eben so wird sich zeigen, daß allerdings ein theilweiser Einfluß der Gesetzgebung auf bürgerliches Recht, bald löblich, bald tadelnswerth, statt finden kann. Endlich finden sich große Verschiedenheiten in den Gränzen der Gültigkeit und Anwendung des Rechts. Wie nämlich dasselbe Volk sich in viele Stämme verzweigt, Staaten sich vereinigen oder zerfallen, so muß bald dasselbe Recht mehreren unabhängigen Staaten gemein seyn, bald in verschiedenen Theilen desselben Staates, neben gleichen Grundzügen des Rechts, eine große Mannichfaltigkeit einzelner Bestimmungen gelten.

でのすべての転覆を超えてしばしば保存されていたからである。

ここに示した見解の全体を纏めてみよう。すべての法は、支配的ではあるが必ずしも適切とは言えない用語法に拠るなら、[14] 慣習法と呼ばれる、ある仕方 で成立する。すなわち、法は、まずは習俗と民族の確証とによって、次に専門法学によって、生み出される、つまり、どこでも内的で密やかに活動する諸力によって、生み出されるのであり、立法者の決意によってではない。こうした状況をわれわれは、ここまで、単に歴史的に、再構成してきた。こうした状況が称賛さるべきで望ましいものであるか、ということは、以下の考察が示すであろう。ただ、歴史的な観方として示された、法発展のかような理解について、なお、註釈を加えておく必要がある。すなわちこの歴史的な観方においては、何にも邪魔されずにそれぞれの土地に応じた展開がおこなわれてきたということが前提されている。他の土地の法との接触がかつてもたらした影響については、ドイツを例として後述することとしたい。次に、立法が市民法に対して良かれ悪しかれ影響を及ぼす場合があることも、後述する。最後に、法の妥当及び実施の境界のあり方にもいろいろの相違がある。すなわち、同一の民族が多様な民族に分かれていたり、多様な国家が連邦を為していたり、あるいはばらばらに分かれていたりすることに対応して、相互に独立する国家に共通の法が存在する場合もあれば、同一の国家の様々の部分に、法の共通の基本的特徴は維持されながらも個々の定めについて相当の多様性が見られる場合もある。

Unter den Deutschen Juristen hat *Hugo* das große Verdienst, in den meisten seiner Schriften die herrschenden Ansichten gründlich bekämpft zu haben¹⁾. Hohe Ehre gebührt auch hierin dem Andenken *Mösers*, der mit großartigem Sinn überall die Geschichte zu deuten suchte, oft auch in Beziehung auf bürgerliches Recht; daß dieses Beyspiel den Juristen größtentheils unbemerkt geblieben ist, war zu erwarten, da er nicht zünftig war und weder Vorlesungen gehalten, noch Lehrbücher geschrieben hat.

1) Vorzüglich in der Encyclopädie ed. 4. §. 21. 22. Naturrecht ed. 3. §. 130. Civilist. Magazin B. 4. Num. 4.

ドイツの法曹のなかでは、そのほとんどの著作のなかで、支配的な見解に反対して徹底的に闘ってきたという点で、フーゴ^{viii}にこそ最大の功績が[15]帰せられる^{1) ix}。またこの点でも、メーザ^xの追憶にも高い栄誉が与えられる。メーザは常に、見事な洞察力を以て歴史を理解することを試みたが、それを市民法との関連で行ったことも少なくない^{xi}。法曹には、市民法に係るメーザの見解という先例はほとんど知られていないが、それは、メーザが職業的な法曹ではなく、講義を受け持つことも教科書を執筆することもなかったためだったのであろう。

1) とりわけ *Hugo, G.*, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie zum ersten mündlichen Unterricht über die Quelle, Anfangsgründe und Lehrarten aller in Deutschland geltenden Rechte, 4. Aufl. (1811), §. 21 f.; *ders.*, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, 3. Aufl. (1809), §. 130; *ders.*, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, in: *ders.*, Civilistisches Magazin, 4. Bd. (1813), SS. 89-134.

訳 註

- i 「氏族」とここに訳されたドイツ語の原語は *Stämme* である。サヴィニは、この語が示す実体として、たとえば古代ローマの *gens* を念頭に置いていたであろう。ローマ共和政において、個人—氏族—民族の三段が区別され、個人を私、後二者を公と捉えることが出来る、そのような社会構造をサヴィニが見ていたことについては、*Savigny, F.C., Ueber die juristische Behandlung der sacra privata bey den Römern, und über einige damit verwandte Gegenstände, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 2 (1816), 362-404, bes. 385 f.*
- ii *Willkür* はサヴィニの思考構造において、枢要な構成要素をなしている。通常定着しているのは「恣意」という訳語だが、「恣意」という日本語にはそもそも否定的な含意がある。サヴィニの用法においても「恣意」という意味で *Willkür* の語を利用することはないが、この語の原義たる「意思的決定」(vgl. Art. „Willkür“, in: *DW Grimm Bd. 30 (1960), Spp. 204-212, bes. 205*) の意味が強く残っていることにも注意しなければならない。サヴィニ自身が一義的にそのような含意で *Willkür* の語を使用することもある。「意思的決定」としての *Willkür* は近世における自由都市の立法にも連なる系譜を持っている。サヴィニは全体として立法に反対する法理解を持っているから、「意思的決定」の意味での *Willkür* を語る場合でも否定的な色彩がまわりつくけれども、それは、語そのものに付着した省察に欠けた否定とは区別さるべき、法理論的で意識的な否定なのである。翻訳にあたっては、「恣意」と「意思的決定」との双方を文脈に応じて使い分けることとしよう。
- iii 現実の歴史とは関係がない、とサヴィニが断ったうえで書いている、本文のような見解は、自然状態をめぐる考察の、かれ自身による要約である。ホプズ、グローティウス、プーフENDORF、ロック、ルソーなど、多彩な論者による自然状態論が、サヴィニの念頭に置かれていたであろう。
- iv サヴィニの知己フリードリヒ・クロイツァ *Friedrich Creuzer (1771-1858)* が、すでにギリシャ古代に関して象徴行為の研究を開始していた、cf. *Creuzer, F., Idee und Probe alter Symbolik, in: Studien, hg. von demselben und C. Daub, 2. Bd. (1806), 224-324.* この作品の冒頭で、クロイツァは、象徴が文法と近縁性を持つことを指摘しているが、これは単なる類推にとどまらず、クロイツァにおいて、ギリシャにおける象徴の実践において、ギリシャの文法家が遺したテキストを重要な手掛かりとしていたことには注意を要しよう。他方、サヴィニは、『占有の法』において、象徴行為として具体的

に *mancipatio*, *manumissio*, *vindicatio* (これらはすべて、ローマ市民法と不可分の関係を持つ) を列挙するとともに、ローマ市民以外の者が法関係に参入する売買や賃貸借について象徴行為の概念を認めないことには十分注意する必要がある, vgl. *Savigny, F.C.*, *Recht des Besitzes*, 1803, §. 14.

- v 契約について一例を示そう。Eichhorn, K.F., *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 1. Theil, 3. Ausg. (1821), S. 202 f., は, *Lex Ribuaria*, *Lex Baiuvariorum* や *Leges Visigothorum* を引証しつつ, 契約の有効性を裏づける形式として書面や証人の存在を挙げるものの, こうした形式の具体的な意味内容は不明だとする。これに対して, サヴィニは *Savigny, F.C.*, *Ueber den Literalcontract der Römer*, in: *Abhandlungen der Königl. Akademie der Wissenschaften aus den Jahren 1816-1817*, 289-306, において, ローマ法の契約における形式の意義を, とくに書式債務について, 考察している(書式契約については(サヴィニによれば)その痕跡が *Inst.* 3,13 に見られる)。近代においては契約は意思の合致により成立し, 形式は副次的な意義を有するに過ぎないとされることが多いが, 手形法の如く, 形式そのものが契約成立を本質的に構成することもないではない。但し手形法は契約法の例外を為すと一般には考えられている。ところがローマ法においては契約の成立不成立に形式が本質的に関わることがむしろ原則だったことをサヴィニは指摘する。口頭の場合について *stipulatio* を, 書面の場合について *literarum obligatio* をそれぞれ例示し, とくに書式債務について立ち入った考察を加えている。もとよりローマ法における形式主義の指摘は, それ自体としてはほとんど陳腐であるとする言い得るかもしれない。しかし, サヴィニは実体権の成立を本質的に構成するものとして形式の問題を特定の捉えている。伝統的にはローマ法における形式の問題は訴権と連動させて論ぜられることが多かった(たとえば, ドイツを超えてギボンなどにも大きな影響を与えたハイネクツィウスは *Inst.* 4,6 の構成に従ってそうしている, *Heineccius, J.G.*, *Antiquitatum Romanarum Iurisprudentiam Illustrantium Syntagma*, Pars II, editio nova Francofurti 1771, Liv. 4, Tit. 6) が, サヴィニは形式の問題を訴権と区別して論じ得ると考えていることにも注意しなければならない。
- vi 子供の達者なフランス語は, 法的儀礼のわかりやすさに対応しているが, いわば啓蒙された成人は, その意外な重要性を却って看過しがちだということを, サヴィニは, いわばロマンティックの立場から, 批判的に指摘している。
- vii すでにブーフENDORF は, *natura* との対比において *cultura* の語を用い, 楽園的でない自然状態に対する開拓された社会的状態を対置する, *Pufendorf, S.*, *Eris*

Scandica, 1677, Cap. III. De statu hominum naturali. サヴィニの用法により近いのは、しかし、ヘルダーのそれであろう、*Herder, J.G., Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 3. Teil (1787), VII.

viii グスタフ・フーゴ Gustav Hugo (1764-1844) は、ゲティンゲン大学で法学を学ぶ。1788年から同大学の員外教授、1792年には正教授。生涯をゲティンゲンで過ごす。かれは、法学を、ピュター Johann Stephan Pütter (1725-1807) にも影響を受けて、三つに区分した。すなわち、なにが正しいか、それがただしいのは、理性に根拠づけられているか、どのようにして正しいものとなったのか、という問題に分れる。そして第一の問いは実定法学が、第二の問いは法の哲学が、第三の問いは法の歴史学が、それぞれ取り扱うこととされる。そうして、フーゴは、後二者を、本来的に学問的な法学だとし、第一の、法の職人的な取り扱いと区別した。それは、17世紀および18世紀に広く普及していた方法、すなわちユスティニアヌス法典の法文、パンデクテンの現代的慣用、さらにはドイツ固有法を、並列的に並べて考察を展開する方法に対する批判をも意味していた。このような綱領に基づいて、かれは法学入門、自然法、およびローマ法史の著作を執筆し、改版のたびに大きな変更を加えていった。さらにかれは、雑誌に数多くの小さな論稿と書評を掲載したことでも先駆的な役割を果たした。Vgl. Art. Hugo, Gustav, in: ADB 13 (1881), SS. 321-328 (Mejer); Art. Hugo, Gustav, in: NDB 10 (1974), SS. 26-27 (K.Luig); Art. Gustav Hugo (1764-1844), in: *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, hg. von G. Kleinheyder und J. Schröder, 4. Aufl. (1996), 207-211 (J. Schröder); Art. Hugo, Gustav (1764-1844), in: *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hg. von M. Stolleis, 2. Aufl. (2001), SS. 313 f. (K. Luig).

ix サヴィニがここに引用した文献において、フーゴは異口同音に、実定法の法源は、制定法にとどまるものでないことを力説している。フーゴの見解は、法は言語および習俗と同様に、制定法のみならず慣習によっても生成するものである、ということである。また、制定法に一面的に限定された観方が専制君主政に親和的であるというニュアンスを込めていることにも注目すべきである。

x ユストゥス・メーザ Justus Möser (1720-1794) は、オスナブリュクで活躍した法実務家、政治家、思想家。イエナおよびゲティンゲンで法学を修める。同時にフランス文学にも親しむ。1747年には国務弁護士 (Advocatus Patriae), 1756年に騎士団の法顧問 (Syndikus), 1762年には刑事裁判所の法顧問 (Justitiar) となる。7年戦争終結後は、統治権継承問題や戦争の事後処理に奔走する。1783年には枢密書記官

(Geheimer Referendar), 枢密法務顧問官 (Geheimer Justizrat) となる。Vgl. Art. Möser, Justus, in: ADB 22 (1885), SS. 385-390 (Wegele); Art. Möser, Justus, in: NDB 17 (1994), SS: 687-689 (W. Sheldon); Art. Justus Möser (1720-1794), in: Deutsche und Europäische Juristen (wie Anm. viii), SS. 277-282 (J. Schröder); Art. Möser, Justus (1720-1794), in: Juristen (wie Anm. viii), SS. 445-447 (I. K. Ahl). 邦語においては, 坂井 榮八郎『ユストゥス・メーザーの世界』(2004)が重要。

- xi サヴィニは具体的な文献を明示しているわけではない。しかし, *Möser, J.*, Schreiben eines alten Rechtsgelehrten über das sogenannte Allegieren (zuerst 1768), in: ders., SW4, 117-119; ders., Vorschlag zu einer Sammlung einheimischer Rechtsfälle (zuerst 1773), in: ders., SW5, 183-186; ders., Von dem wichtigen Unterscheide des wirklichen und förmlichen Rechts (zuerst 1780), in: ders., SW7, 98-101 (内容も顧慮したうえでタイトルを邦訳するとそれぞれ「いわゆる引証について, 年配法曹のしたためた手紙」;「邦内判決集成の提案」;「本当の法と形式に則った法との区別の重要なことについて」とでもなるうか)といったメーザの論考にかれば目を通していた, vgl. *Savigny, F.C.*, Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum „Geist der Gesetzgebung“, hg. v. H. Akamatsu und J. Rückert, 2000, 193-199, 209-212. これらのメーザの論考においては, 全体として政府による統一的な立法より, 裁判実務による法発展, 学説の自由な展開による見解の多元化を推し進めるトーンが支配的で, 背後にイギリスやオランダにも見られる経験的自由主義への親和性が垣間見られる。