

『使命』における、サヴィニの慣習法論について

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://doi.org/10.24544/ocu.20180117-059

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

Title	『使命』における、サヴィニの慣習法論について
Author	守矢, 健一
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 60 巻 2 号, p.381-415.
Issue Date	2014-01
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	大阪市立大学法学部創立六〇周年記念号 (上)
DOI	10.24544/ocu.20180117-059

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

『使命』における、サヴィニの慣習法論について

守 矢 健 一

目 次

- 一・はじめに
- 二・ガクネアの『使命』理解の紹介と、それへの疑問
- 三・サヴィニ『使命』における慣習法論・再考

一・はじめに

フリードリヒ・カール・フォン サヴィニ (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) は、国法 (Staatsrecht) と区別された近代市民法の体系を構築しようとした。この市民法の体系は、法源論のなかで、法律⁽¹⁾に対して、法曹法を特に重視する立場を採っている。かかる立場をサヴィニが採用するのは、かれが、法生成論において慣習法に重要な意義を担わせるからである。実定法は、フォルクの若年期には、フォルクそのものから生まれるが、やがて専門法曹が、フォルクを代表して法形成発展に従事する、とサヴィニは構想した。専門法曹が法形成についてフォルクを代表するに至った時代の典型とされるのは、ローマ帝政期のいわゆる古典ローマ法学である。ローマは共和政から帝政へと国

制を変化させたが、サヴィニは、その独特の慣習法論を媒介させ、ローマにおいて、国制の変化に直接の影響を受けない、市民法の連続的展開があったと見る事ができる、と主張した。サヴィニにおける公法と私法の峻別論も、ローマ法史についての見通しと綯い交ぜになった、慣習法に係るかれのかような観方と関連させて考察されねばならない。⁽²⁾

サヴィニが生きた時代のドイツは、ヨーロッパ全体の動きと連動して、政治的に、また知的に、激動した時代であった。一七七九年にサヴィニは生まれるが、その直前の一七七六年に、アメリカ合衆国が独立。少年時代である一七八九年にフランス革命が勃発。一八〇三年には帝国代表者会議によってドイツの領域地図が大きく書きかえられる。一八〇六年には神聖ローマ帝国が終焉を迎える。その後、各州において、改革政策が推し進められてゆく。一八一三年に、ドイツはナポレオン軍から「解放」される。一八一四年のヴィーン会議以降、全体としては保守的なヴィーン体制が確立されるものの、一八三〇年には七月革命が勃発。一八四八年には三月革命が起こった。その後は、ドイツには全体として政治的には根本的保守気分が支配する一方で産業革命が進展してゆくが、マルクスらにより、資本主義を根底的に批判する考察と政治的実践が開始されたことも忘れるべきでない。⁽³⁾ サヴィニは、こうした政治的激動期を生きた。かかる政治的激動に、とりわけ一八世紀末以降一九世紀前半までのドイツの知識人たちは、敏感に反応した。カントの批判哲学の展開と、これに刺激を受けつつ同時にこれを凌駕しようという、次の世代の哲学者（フィヒテ、シェリング、ヘーゲル）の、大いなる知的冒険の魅力に、十代のサヴィニがまったく無関心でいられるはずがなかった。また、ゲーテ、シラ、ヤコビー、あるいはロマン派のシュレーゲル兄弟、ノヴァーリスといった面々の、華麗にして複雑な文藝的営みに、かれがまったく無関心でいられるはずがなかった。⁽⁴⁾

こうした歴史的文脈を背景に置いてみるだけでも、サヴィニが公法から私法を独立させたということは単なる概念

的構成に過ぎないわけではなく、むしろこの概念的構成自体に政治性があるであろうと推測したくなる。しかしこうした推測を説得的に論証することは容易ではない。史料にのこされた痕跡から離陸して自由な空想の羽をはばたかせるのではなく、サヴィニのテキストが他のテキストと形成する緊張を孕んだ関係を分析しなければならない。そしてそのことは現在、また、日本においても、必要な作業のように見えるのである。

すなわち、サヴィニが私法を公法から独立させたことに對して、最近、私法と公法との関連に着目する民法学者の考察もあらわれており、こうした大きな問題が考察の対象となってきたことは歓迎すべきである。⁽⁵⁾しかし、私法を公法から独立させたことの歴史的含意を明らかにすることなく、区別の存在を前提したうえでこれの関係を考究する、という手続をとつても、それは結局、サヴィニの準備した土俵の上での考察となるであろう。サヴィニの用意した土俵を相対化するには、相対化の前に、土俵そのものを直視し、ときには拘泥しさえしなければならないのであるまいか。

筆者がみずからに空想を排するためには、現在、筆者が持っている空想を仮説として提示し、その可否を史料に即して点検していくことが必要であろう。誰しも自らの思い込みから完全に自由ではあり得ない⁽⁶⁾、そのこと自体は必ずしも非難さるべきことでもない。それでも、思い込みの反復は、思考の運動にとつて危険である。⁽⁷⁾そこで、ここでは、わたしの思い込みを、歴史的テキストに曝して、長い時間をかけて、傷つけねばならない。わたしの空想は、こうである。サヴィニは、古代ローマに於いて、共和政から帝政期への国制の変化にもかかわらず、ローマ市民法が私法として継続的展開を遂げたように、当時のドイツにおいても、大きな政治的変動、たとえば神聖ローマ帝国の消滅にもかかわらず、私法の継続的展開というものが可能である、と考えていたのではなからうか。そして、サヴィニがこうした構想を得るにあたっては、かれの提示した慣習法論が重要な役割を担ったのではあるまいか。

そこで本稿では、サヴィニの、『立法と法学とに向けた、われわれの時代の使命について』(一八一四年)⁽⁸⁾に表現される限りでの慣習法論の、意義の一端を明らかにし、国制と、公法から独立させたという意味での「私法」との関係がどうであるのか、ということに係る考察を行うにあたっての、ひとつの(わたしにとって)重要な手掛かりを獲得したい。⁽⁹⁾公法と切り離された私法と国制との関係という問題領域は、これまでの歴史学のなかでは、どちらかといえ(10)ばないがしろにされてきたように見える。しかし、神聖ローマ帝国の消滅後に、なお、ローマ法を素材とした民法の継続的展開を説くサヴィニの見解が、政治史的文脈とのあいだに内包する、ある緊張関係に、歴史学は、もう少し驚きと関心を寄せてもよいのではあるまいか。しかも、サヴィニの極めて体系的な法理解は、一方、それ以前の普通法における非体系的法理解と自然法的体系思考の併存と、⁽¹¹⁾際立った相違を見せると同時に、他方、そのようなサヴィニの法理解の与えた後世の私法学に対する影響力は極めて大きい。すると、サヴィニが唱えた私法の独自性説を重視しない歴史学は、当時たしかに存在した、ある知的潮流を全体として無視していることにならないだろうか。

さて、こんにちの日本の法学に於いて、法源論に対する関心は、低い。商法に於いては、ソフトローに対する関心が存在するが、これは、例外である。私法における、特別法たる商法に対する一般法の位置を占める民法において、一方に民法典改正論議への熱中があり、他方に個別研究の低下と新手の教科書の隆盛があるが、それは、学説や判例、実務を法源論との関係でどのように位置づけるか、についての関心の低下を、示唆していないだろうか。⁽¹²⁾もつとも、法源論に対する関心の低下は、極東の一時的な現象ではない。

すでに、一九六〇年に公刊された著書『立法理念史研究』⁽¹³⁾において、ステン・ガグネア(Sten Gagnér, 1921-2000)が指摘しているように、法源論に対する関心の低下は、近代に特徴的な現象である。近代における主権者による立法権の独占および他の法源(裁判例、学説、慣習など)に対する、法律(Gesetz, lex, loi, law, etc.)の法源論的優位が、

法源論を法律一色で染め上げてしまいかに見えるからである。その結果、現在では、「法を法律によって変えたり法律によって新たな法を創出することが、そもそも可能かとか、それが推奨すべきことなのか、という問いは、法政策的意義を完全に失った」⁽¹⁴⁾。

もちろんだからといって、現在の法曹が、立法以外による法の実質的变化に全く無頓着になったというのではない。「法を法律によって変えたり法律によって新たな法を創出することが、そもそも可能かとか、それが推奨すべきことなのか、という問い」は、「実は、ある別の形で、再び浮上している、あるいは少なくとも、残り続けている。たとえば、巧みに定められた法律によって契約の領域を整理することは、どの程度目的に適っているか、そもそも可能か、といった問いに姿をかえて。この問いと密接に関わる問いとして、例えば、法律に大事なものは概念性かそれともカズイスティクか、という問いや、民法典の総則の目的合理的如何、という問いがある。こうして、一般的な手続として原則的には承認を受けたはずの立法という営為が、実は突き当たらざるを得ない限界が浮上する。立法という営為を法哲学的にどう性質規定するかという問題は、法社会学的な性質規定の問題に移行してしまっているように見える。しかしこのようにしても、問いは片付けられたというわけにはいかないし、現代の法源体系が当然に立法をその中心に据えているからこの問いは用済みだというわけでもない」⁽¹⁵⁾。要するに、現代においても法源論は、国家制定法中心主義によって片がついたというわけではない。

(1) 本稿が分析対象とする典拠において、法律という語は、Gesetzに対応し、実定法という語は、とくに断らない限り、positives Recht に対応し、場合によっては、法律の語に鋭く対立し得る。

(2) なお、公法学について、慣習法論に着目する最近の邦語文献として、石川健治「憲法変遷論評註」藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集』（二〇〇四）、七四五―七八五頁所収、特に七六二頁以下があるので参照いただきたい。より大きな歴史的文脈を把握するに有益な文献として、Stollers, M., Die Historische Schule und das öffentliche Recht, in: ders., Konstitution und

Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, 2001, 33-46.

(3) 邦語文献で基本的なのは、成瀬・山田・木村編『ドイツ史2——一八六八年—一八九〇年——』(一九九六)。

(4) サヴィニのこうした面に光をあてた最近の仕事として、以下を挙げたい。Rückert, J. Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984; ders., Savigny-Studien 2011: 村上淳「『仮想の近代』(一九九二)」; 和仁陽「サヴィニー・ギュンターローデ・クライスト」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』(一九九三)、『二二—二四三頁所収』; Nörr, D., Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch, 1994; Kiehrer, H. Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts, 1997; Moriya, K. Savignys Gedanke im Recht des Besitzes, 2003. もっとも、思想的・政治的影響が法学的な著作に単純に反映されるわけではないことは、上記の各研究もよく意識している。ただ、部分的には上山安敏の仕事の批判的検討を手掛かりにして、可能な限り史料に即して、法実務と法学の距離、概念史、法学教育の在り方の大きな歴史——すなわち、サヴィニの考察に先んじた考察とサヴィニの考察以後にあらわれた考察との双方——を、具体的な法的論点に即して踏まえながら、サヴィニの法的考察について、精密且つ射程の長い認識を提出した、石部雅亮の一連の論文が、とりわけ重要である。なお、かかる研究は欧語にも管見の限り類例を見ない、石部雅亮「法典と法律学」(一)〜(三)、それぞれ法学雑誌二七卷(一九八一)、三六九—四〇八頁、同二八卷(一九八二)、四三—七二頁、同二九卷(一九八三)、四四—四七四頁所収。同「プロイセン一般ラント法の講義について」法学雑誌三二卷(一九八五)、八二—九八四頁所収。同「法律の解釈について」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(一九八八)、五七—一七七頁所収。同「いわゆる『法典論争』の再検討」法学雑誌三九卷(一九九三)、四四五—四六七頁所収。同『実務法学』(Praktische Rechtsgelehrsamkeit)について」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』(一九九三)、『一三七—一六六頁所収』。同「啓蒙期自然法学から歴史法学へ」河内他編『市民法学の歴史的・思想的展開』(二〇〇六)、一五三—二〇一頁所収。また、石部・笹倉『法の歴史と思想』(一九九五)、特に一〇七—一二二頁(第八章石部担当部分)。歴史学と古代史学、および史学史に着目する観点から、サヴィニの占有論を方法的に分析するという興味深い試みもまた、邦語文献によって行われるに至った、木庭顕「Savigny による占有概念の構造転換とその射程」海老原編『法の近代とポストモダン』(一九九三)、一六七—一九一頁所収。ただ、この研究は方法的負荷がやや重たい。テクストのしっかりした解説を通じて、精度を一層高める必要がある。その意味で貴重な素材を提供するのは、Vano, C., Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna, 2000; dies, Der Gaius der Historischen

Rechtsschule, 2008. 後者は前者のドイツ語訳であるが、部分的な改訂を含んでいる。なお最近、ドイツ語では *Reuter, W. P., „Objektiv Wirkliches“ in Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen- und Methodenlehre, 2011* があらわれたが、これについては *Moriza K., Rez. zu diesem Werke, in: ZSS rom. Abt. 130, Bd. (2013), 716-723.*

- (5) 山本敏三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治」(一)法学論叢二二三巻四号(一九九三)、一二〇頁、同二三三巻五号(一九九三)、一二九頁所収；同「憲法と民法の関係」法学教室二七一号(一九九四)、四四・五一頁所収などが、最近の議論のきっかけになっているようである。山本敏三「憲法・民法関係論の展開とその意義」新世代法政策学研究 Vol. 5 (二〇一〇)、一二九頁。山本は「上記『現代社会におけるリベラリズムと私的自治』の冒頭において、『私法の中心にある民法典はまさに国家法であって、これまで憲法の拘束を受けないかのように言うのは不正確ではないか』(四頁)と問いを投げかけている。しかしそもそも、『民法典が私法の中心にあるのかどうかは、本稿でも示される通り、容易に解決できない問題である。なお、来栖三郎は、契約法を考究するにあたって、徹底した実態調査を基礎としたこともここで想起してよかった。

- (6) プラトン『国家』(プラトン全集二一、一九七六年)、特に第七巻。

- (7) Deleuze, G. *Différance et répétition*, 1968.

- (8) Savigny, F. C., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814. この著作に限り、以下の引用は Savigny, Beruf と簡略に記す。

- (9) サヴィニの慣習法論を包括的に理解するためには、『使命』を読むだけでは不十分である。すでに、山田晟「サヴィニにおける慣習法」法協六八巻一号(一九五〇)、一四一頁所収があり、重要。なお *Moriza K., Zum römischen Wohnheitsrecht bei Georg Friedrich Puchta, in: ZRG rom. Abt. 128 (2011), 298-338.*

- (10) 重要な研究の蓄積は存在する。ただ、広義の意味で、公法学者あるいは国制史学者の手になるものが多く、私法学者が特別の関心を持って研究する場合が少ないうち見えて、*Bulinger, M., Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; Gagner, S., Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „Öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonistischen Bereich (zuerst 1967), in: ders., Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte, hg. von J. Rückert, M. Stollis und M. Kriebbaum, 2004, 121-161; Grimm, D., Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, hg. W. Wilhelm, 1972, 224-242; 村上淳「近代法の形成」(一*

九七九)の第三章; Schröder, J. Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, hg. von H. Lange, 1993, 961-974; Stollens, M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2. Bd., 1992, bes. 51-53; ders., Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufeinanderordnungen, hg. v. W. Hoffmann-Riem und E. Schmidt-Alsmann, 1996, 41-61; 石部「啓蒙期自然法学から歴史法学へ」(前掲註4)の特に一八一—一八五頁。

- (11) 尤も、自然法概念が一八世紀の後半に入って、経験主義にかなり親和的になるため、本文における説明は、便宜的なものに過ぎない。自然法概念の変質については Thiele, H. Die Zeit des späten Naturrechts, in: ZSS germ. Abt., Bd. 56 (1936), 228-263; ders., Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 1947; 磯村哲『「ルノーと自然法学」序説』法学論叢六〇巻(一九五四)の一一—一九頁; 同「啓蒙期自然法理論の現代的意義」(初出一九五六)同「社会法学の展開と構造」(一九七五)の一一—一四五頁所収; 石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(一九六九)の特に一二五—一三九頁; 石部「法典と法学」(前掲註4)の特に三七—三九二頁; 同「啓蒙期自然法学から歴史法学へ」(前掲註4)の特に一七一—一八一頁; Klippel, D. Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976; Schröder, J. „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, hg. von D. Schwab et al., 1993, 419-433; ders. und Pielmeyer, I. Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Naturrecht — Spätaufklärung — Revolution, hg. von O. Dann und D. Klippel, 1995, 255-269.

- (12) 戦後の日本の民法学は法社会学に深い関心を示した。そもそも日本において、法学は社会科学の一つとして理解される傾向があったことは、戦後における民法と法社会学の深い関係についても重要な指摘がある。これを踏まえたうえで、Moriya, K. Neuere deutsche Rechtsgeschichte in Japan, 2. Teil: Von 1980 bis zur Gegenwart, in: ZNR 31 (2009), 95-131, bes. 100f. において、星野英一以降、民法学の——川島武宜らの強烈な影響に対する反動としては理解できないわけではなく——脱イデオロギー願望が、副作用として隣接諸科学への関心の低下を招く面があったことを指摘した。なお、磯村哲の仕事の個別研究として、守矢健「日本における解釈構成探求の一例——磯村哲の法理論の形成過程——」松本・野

田・守矢編『法発展における法ドグマティクの意義』（二〇一〇）、三二―二七頁。

- (13) Gagner, S. Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, 1960. かつて筆者はこの著作の題名を『立法に関する思想史の研究』と訳したことがある、守矢健一「サヴィニの法学が採った、過去に対する態度について」村上淳一編『法律家の歴史的素養』（二〇〇三）、三一―九頁所収、三頁以下。しかし、ガグネアは Ideengeschichte を、Idea の歴史と考えていることが明白なので、これを「思想」の歴史と捉えるのは、焦点がずれており、この機に訂正した（、vgl. Gagner, Ideengeschichte, 54f. ガグネアが本書でしばしば Ideologie という語を用いている、日本語として一般に流通するイデオロギーの意味と必ずしも同義に用いているのではなく、立法の Idea の学、という含意を狙っていることであろう。「理念史」と訳した所以である。

(14) Op. cit. 52f.

(15) Op. cit. 53.

二. ガグネアの『使命』理解の紹介と、それへの疑問

二・1: 実務への関心と歴史学

さて、一九世紀後半以降のヨーロッパにおいては、近代国家の貫徹とともに、公式の法源理論は法律実証主義の単色に染め上げられてしまったが、その直前の一九世紀の初頭、近代的歴史学の誕生（ヴォルフ、ニーブア、ランケ）と相俟って、まさしく法政策的な議論の局面で、多層的な法源論の展開があった。そのような議論の顕著な例が、サヴィニの『使命』である——ガグネアは、このように理解する。⁽¹⁶⁾

ガグネアは『立法理念史研究』の冒頭の箇所において、サヴィニの『使命』の叙述の理論史的な側面について、こんにちに至るまで、およそ最も徹底した分析と解釈との一例を提示した。『立法理念史研究』の中心課題は、一二世紀以降のヨーロッパにおける立法理論を、そのアリストテレス受容のあり方に特に注意を払いながら分析することに

あるのだから、それは、一見、不思議なことではある⁽¹⁷⁾。だが、サヴィニのテキストについてもかかる徹底した分析を行うことをかれが自らに課したのは、サヴィニの『使命』を基本的に歴史的多層性において理解したからであろう。ガグネアは、ヴィトゲンシュタインにも依拠しつつ、史料をして語らしめる方法を終始一貫してとり続けた⁽¹⁸⁾。この方法はすでに『立法理念史研究』の全体をも貫いている。ガグネアは、もともと法実務に対する関心を隠さなかった⁽¹⁹⁾。しかしかれは、法実務に対する関心と同じように、一三世紀の史料にも関心を持った⁽²¹⁾。過去のことは現在より遠い、という紋切型は、かれには通用しなかった。かような態度を持つことによって初めて、歴史的史料の解釈を現在の問題に引きつけ過ぎることの危険という問題が、単なるアカデミックな関心を越えた切実な重要性を持つにいたる。むしろ、過去によって現在というものの自明性を動揺させねばならない⁽²²⁾。現在の自明性とは自らが抱く思いなしそのものである⁽²³⁾。自らが関心を抱く史料にとことん語らせることによって、自らが史料に対して抱く先入見が裏切られる瞬間を、待つこと、不意打ちを食らうこと、これが、かれにとって、かれが批判的な歴史研究をする以上は、切実な重要性を帯びたのである⁽²⁴⁾。

さて、サヴィニの『使命』では、ガグネアの作品と同様に、「立法」という主題に対して歴史的な考察が為されるとサヴィニ自身が宣言するにもかかわらず、最終的には、この主題に対して明確に法政策的な価値にかかる判断が、論証を経た帰結として下される。すなわち、民事法に関して、立法に凡そ反対である、という著名な判断である。従って、ガグネアにとっては、サヴィニにおける政策的判断と歴史的考察との関係を分析し、サヴィニの政策的判断が何によって構造化されており、それがさらに、歴史的考察をどのように規定するか、ということをはっきりと捉える必要があった。

サヴィニが、法の成立について、どのような考え方を知っていたのかについて、ガグネアは、『使命』の綿密な読

みを基礎として、以下のような整理を行う。かれの整理によれば、サヴィニは、法の成立について、おおよそ三つの異なった見解を知っていた。すなわちそれぞれ、理性法的な立場⁽²⁵⁾、法律実証主義的な立場⁽²⁶⁾、慣習法的な立場⁽²⁷⁾である。サヴィニが、慣習法的な立場から、法典編纂肯定論を攻撃することは、一般によく知られているが、ガグネアは、サヴィニが単にそのような法政策的な立場を闡明するだけでなく、法典編纂肯定論の系譜に、理性法的なそれと法律実証主義的なそれとがあることを分析的に区別したことを重視する。というのは、そこに、ガグネアは、法政策的な考察のただなかにあつて歴史家サヴィニがひよいと顔をのぞかせた瞬間を見るからである。サヴィニは、理性法的な法典編纂論も、法律実証主義的な法典編纂論も、共に攻撃の対象とするわけだが、双方の立場を一纏めにして批判したわけではない、ということになる。つまり、法生成論に異なった立場があり、そのうちのどのような立場をとるかにはサヴィニにとってどうでもよいことではなかった、ということの意味する。ガグネアによれば、サヴィニは、単に、法政策論の次元で法典編纂論に反対しただけではなかった。ガグネアのサヴィニには、「法を法律によって変えたり法律によって新たな法を創出することが、そもそも可能かとか、それが推奨すべきことなのか、という「理論的な」問いは、法政策的に、全くどうでもよいもの」どころではなかった。

こうした考察をふまえたうえで、サヴィニは、人為的な立法によらない、連続的な慣習法的法発展こそを健全な法発展だと考え、そのような立場から、理性法的か法律実証主義的にかかわらず、およそ法典編纂論に、全体として反対する。この点に、ガグネアは、サヴィニの立論の、いわば歴史学的弱点があつたと批判的に指摘する。ガグネアの所論を、以下に、やや立ち入って再構成してみよう。

説 二・二：ガグネアのサヴィニ理解

論

もとより一九世紀後半におよび、理性法的立法論は、法律実証主義の貫徹とともに事実上の説得力をも失ってゆく。しかし、そもそも、一三世紀後半以降に、アリストテレス受容を媒介して形成されてゆくところの人為的立法の理論は、形而上学的秩序論の打破を目指すものである、というのが、ガグネアの『立法理念史研究』の全体を貫くものとも重要なテーゼである。⁽²⁸⁾ 理性法的立法論は、形而上学的秩序論の一つの変奏に過ぎない。理性法的法典編纂論は、理性に反する立法に対しては拒否的に反応する。他方、法律実証主義的法典編纂論は、理性といった形而上学的枠組をそもそも想定しない。よって、理性法的法典編纂論と法律実証主義的法典編纂論とを立法理論としてひとくくりにする（そのうえで両者の法典編纂論に全体として反対する）ことは、原理的には到底できないはずだ。このようにガグネアは考える。ではサヴィニにそれができたのはなぜか。ガグネアは、サヴィニが、形而上学的思考法に依然として拘泥していたために、立法理論そのものに敵対的になっていたからだ、と理解する。サヴィニの慣習法論も、かかる形而上学的思考法（ここでは特に、觀念論哲学とロマンティク、とりわけシェリング哲学）の発露のひとつとしてガグネアは解釈するのである。⁽²⁹⁾ 形而上学的イデオロギーに足をとられたために、サヴィニには、一方、慣習法論と理性法的法典編纂論との形而上学的共通性が看過され、⁽³⁰⁾ 他方、法律実証主義と理性法との区別を最終的に軽視し両者を立法理論と断じてこれに拒否的な態度を示すことになった、というのが、ガグネアのサヴィニ理解なのである。

かようなガグネアのサヴィニ理解は、かれの周到な中世法学分析を踏まえたものであり、正面から検討すべきものである。また、サヴィニもそこに吸収され得るとガグネアが考えるところの、ドイツ觀念論哲学には、戦後に至っても隠然たる影響力が法学をめぐる言説に看取される、というのがかれの基本的な評価である。そしてこうした評価に刺激されて、優れた法学現代史研究がかれの弟子たち（シュトルアイス、リュケアトなど）⁽³¹⁾ により行われることに

なった。

また、ガグネアのサヴィニ理解は、テキスト解釈として、おおよそ穏当なものである。すなわち、サヴィニは一方でたしかに、理性法論と法律実証主義とのずれを察知していたと考えてよい。サヴィニは、「ドイツ諸邦に共通して妥当する法典」を新たに構想しようという意見は、「二つの意味で歴史的な脈絡において理解されねばならない⁽³²⁾」、と言っている。歴史的な脈絡のひとつは、係る意見が、一八世紀中葉以降に多く見られた法典編纂の提案と密接に関連するものである、ということである。「歴史的特性とは凡そ無縁たるべく、また純然たる抽象性にとどまることにより、どの民族にも、そしてどの時代にも、同じく有用たる⁽³³⁾」べきものとしての法典が構想さるべきだという考え方である。これが、おおよそ、理性法的な法生成論に対応する⁽³⁴⁾。

引き続き、サヴィニは、「ドイツ諸邦に共通して妥当する法典」を理解するに資するもうひとつの歴史的脈絡の明確化を行う。曰く：「第二に、右に紹介した法典提案は、ドイツの法曹の大多数に予てより支配的な、凡そ実定法の成立についてのある総論的見解と結びついたものである。この見解によると、通常は、凡そ法は法律によって、つまり最高の国権が公布した規範によって、成立するとされる⁽³⁵⁾」。このような法律実証主義的法把握の起源は、理性法的思考よりも古くから存在し、場合によっては理性法的思考と対立しさえする、と、サヴィニは説く⁽³⁶⁾。ただしこれに続けてかれは言う：「しかし両見解が仲良く共存することのほうがはるかに多かった⁽³⁷⁾」。

その限りで、ガグネアのサヴィニ理解には問題はない。しかしそれでは、この理解に基づいた、かれのサヴィニ批判は適切か。サヴィニは、いうまでもなく、理性法の立場から法律実証主義を批判したのではない。慣習法論の立場から、理性法の立場および法律実証主義の立場を批判したのである。ガグネアにおけるサヴィニ批判の立論の根幹には、サヴィニの慣習法論を基本的な形而上学と捉える観方が横たわっている。問題は、この解釈がそもそも当たって

説
 いるかどうかなのである。⁽³⁸⁾ サヴィニのテキストを手掛かりとして、ガグネアは立法理論の系譜を辿り、現代において支配的な、法律実証主義の生成過程を歴史的に分析し、これを相対化し得た。それなのに、サヴィニの慣習法論を、それとして歴史的な文脈の中で捉えようという途を、ガグネアはあゆむことはなかった。先に指摘した通り、ガグネアは、一九六〇年という時代に於いて、なお、ヨーロッパの、とくにドイツ語圏の法学文献に、形而上学的な言説が

支配的であり、かかる言説が経験的現実を隠蔽する機能を持ったという状況を相当深刻に問題視していた。⁽³⁹⁾ その問題意識は二応理解できるものの、現状批判的な問題意識が、サヴィニのテキストの精確な読解に基づいた評価を行うにあたり、負の影響を与えていないか。ガグネアの作品もまた、イデオロギーから完全に自由でなかったのではない⁽⁴⁰⁾か。むしろ本稿とて、同様の危険から自由ではあり得ない。ともかく、ガグネアが塞いでしまったように見える途をもう一度開拓し、以て、現代の法源論の不活性を歴史学的に相対化する可能性は閉ざされていないように見えるし、それが、ガグネアの採った経験的方法には忠実たる所以でもあるまいか。

- (16) Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13), 24 f. und 50.
- (17) 示唆的な Stolleis, M. Sten Gagnér (1921-2000), ein großer Lehrer der europäischen Rechtsgeschichte, in: Quaderni Fiorentini 29 (2000), 559-569, bes. 560f.
- (18) Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13), 55.
- (19) この方法的立場について Gagnér, S. Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I, 1993, bes. 3. Kap. ガグネアの方法を実作に即して検討した註文を Moriya, K. Die Struktur der Frage: „Wozu Rechtsgeschichte?“ in: Rechtsgeschichte 3 (2003), 49-57. かれの方法を一般的に紹介した註文を Rückert, J. Zum wissenschaftlichen Werk von Sten Gagnér, in: Gagnér, S. Abhandlungen zur Europäischen Rechtsgeschichte, hg. v. J. Rückert, M. Stolleis und M. Kriebbaum, 2004, 759-786, bes. 780-784.
- (20) かれは一九四七年から一九五九年まで、法実務経験を持った、vgl. Rückert, J. Sten Gagnér zum Gedächtnis 3. März

1921-24. Mai 2000, in: ZSS germ. Abt. 119. Bd. (2002), 1094-1112. bes. 1097.

- (21) 法実務への関心と法学への関心の「ガグネフにおける並行性を推測できる表現が」Gagnér, Zur Methodik (wie FN 19), 1に見られる。弟子の觀察「こゝ」Kriebbaum, M. Sten Gagnér, in: JZ 21 (2000), 1046f. bes. 1046; Stollis, Sten Gagnér (wie FN 17), 560.

- (22) Vgl. Tacitus, C. Dialogus de oratoribus; Rigault, H. Histoire de la querelle des anciens et des modernes, 1856. なお「Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13) 4-5 ders. Zur Methodik (wie FN 21) には、時代の精神を無批判に吸い込んだ新たな研究動向に対するかなり手厳しい批判的記述が見られる。ガグネフの許から、現代法史をひとつの確立した分野として基礎づける研究を行った者が多く育っていったことは決して偶然ではない。」

- (23) 中村光夫は、このような問題を日本の近代文学において先鋭に自覚した者として小林秀雄を論じている、中村光夫『論考小林秀雄』（一九七七）、特に八〇頁、一五一頁、一七九頁。但し、中村は、そのような小林が、分析方法において根本的に私小説の伝統に止まり、歴史感覚が失われた点を批判する。

- (24) 現状批判を行う者にまみえられる尊大な自尊心が、ガグネフにおよそ無縁であったことが、以下の記述から窺われる、Rückert, Sten Gagnér zum Gedächtnis (wie FN 20), bes. 1094f.; ders. Zum wissenschaftlichen Werk (wie FN 19), 785f.; Stollis, Sten Gagnér (wie FN 17), 566-569.

- (25) Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13), 47.「サヴィニによると、法とは、すでに存在するものだ、と述べる者たちが居る。かれらによると、法は、例えば啓示によって顕らかになるが、ここでいわゆる啓示とは、啓蒙の表現によると、神に起源を持つものではなく理性の顕現なのである。かれらにはかかる理想法によって、地上の法生活に私たちを与えようとする。現実には存在する法体系の理想からの乖離や地域ごとの相違をかれらは認容しない。かれらにおいて、立法は、現実の世俗の法に對しては、これを修正しようとするのではなく、端的に顧慮しないのであり、世俗の法を転覆する。そして、理想法に對しては、これを虚心に記録するのであり、これを法典化する。」

- (26) Loc. cit.:「別の者たちは、適用さるべき法のすべては、立法行為によって、成立するのだ、と云う。そのさいの目標設定のあり方は、その都度の理念次第でいかようでもあり得る。目標設定は、立法者によって行われるが、立法者もまた国家あるいはなんらかのお上の組織を前提している。ここでは、立法は法に先行し法という結果に對して原因である。法典化は、特別な意味を持つものではない。なぜなら、法とは定立された法律のことであり、すべての法は原則的に、法典に定着され

たものであるから。」

- (27) Op. cit. 48:「また別の者たちは、法はすべて慣習法として成立する、という。たとえば以下のような考え方が、かかる理念と結びつく。すなわち、初期にはフォルクの生活のなかで構成員がみな参画する法形成が行われていたのに対し、後には法形成の専門化が起こる、という考え方である。専門化とはつまり、法曹がフォルク全体から別して身分を形成することであることであって、この法曹身分は法に絶えず配慮をせねばならない。法はたとえば言語と同様、単刀直入に理解することはできないのであり、こうした法を記録すること、法典にすること、を空想することは出来るかもしれないが、実際に実現することは極めて難しい。立法は、この立場においては、原則的に、法とは無関係の¹⁾ (arechlich) であり、法を傷つける²⁾ ことである。」

- (28) Vgl. Stollis, M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I. Bd. 1988. bes. 84.

- (29) Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13), 24-46. リュケットのサヴィニニ研究は、この見立ての延長上に成立する。

- (30) 理性法Ⅱ自然法は、経験秩序を超えた静的な秩序を表象するものであり、法律実証主義は、そのアリストテレス哲学受容の衝撃と相俟って、この静的な秩序の打破を目指すものと把握される。Gagnér, Ideengeschichte (wie FN 13), 121-367. サヴィニニの慣習法論は、ドイツ形而上哲学しかもとくにハイデルベルグ・ロマン主義に陰に陽に影響を受けた(24-46)「理性法の特殊的展開と理解される。慣習法論を、その固有の意義において見ないために、ブラックストウンの、立法に敵対し伝統を擁護する立場をも、ガグネアは、かれとしては聊か蕪雑に、「ロマン主義法史版」とか「サヴィニニの先駆者」といった標語によって、片付けようとする(30)。ガグネアは、慣習法の独自の意義をこのように極小化したうえで、サヴィニニが理性法と法律実証主義との根本的な差異を洞察しなかったと論難する:「自然法論と立法思想との両見解は、『いくつかの論点においては、相互に敵対的になることもあったが、両見解が仲良く共存する場合のほうがはるかに多かった』というサヴィニニの主張は、ドイツ啓蒙における立法のあり方の具象化である。ここドイツでは、近世合理主義および理性法の最中において、ある種の立法理論が貫徹した。この立法理論こそ、アリストテレスの『政治』の遺産を、書物に定式化し、思想的な内容として摂取したのであった。」(76)ドイツの近世においては、理性法が、法律実証主義の温床足り得たが、それは、ドイツ独特の、トマージウス・ヴォルフ的な、いわば法律実証主義の理性法が存在したからに過ぎない。そしてこの種の理性法は、根本において、永遠に狙いを定める元来の理性法と、大きく異なるのである。サヴィニニは、このようなドイツ啓蒙の特殊性を過小評価し、そのゆえ自分のおかれた精神的状況を過度に一般化してしまっている、というのが、ガグネアの

指摘である。——もとより、ドイツ啓蒙の特殊性は、すでに論者によって何度も指摘されていたことである。以下の文献を参照したあたり、Troeltsch, E., Die Aufklärung (zuerst 1897), in: ders., GS, Bd. 4, 338-374, bes. 363-367; ders., Der deutsche Idealismus (zuerst 1900), in: ders., GS, Bd. 4, 532-567, bes. 540f.; Wiercker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, bes. 156f, 187-197. 日本でも、磯村「啓蒙期自然法理論」(前掲註11)は、この図式を下敷きにして、特殊ドイツの啓蒙の延長上にサヴィニの歴史法学を位置づける。さらに、磯村哲「市民法学」(初出一九五九・一九六〇年):同『社会法学』(前掲註11)——一七頁所収、とくに五一―一頁、は、この見方を前提として、ゲルバーらに至る「ドイツ概念法学」の性格規定を行った。これに対して、ガグネアが目指すのは、特殊ドイツ的な啓蒙主義にも通底する、中世以降の立法理念がヨーロッパに共通して具備するところの、ある構造を剔抉することにあつた。それゆえ、かれのサヴィニ批判には容赦がなくなる:「マルシリウスの場合もホブズの場合も、トマージウスやヴォルフの場合もルソーの場合も、立法理論は、自然法的思考方法を突き破って出現したのだが、この自然法的思考方法は、常に、永遠なるものに狙いを定めるものであつた。その永遠なるものが、神の創造した秩序であるか、永劫に妥当する人間の理性であるか、いずれであるにもせよ立法への途は、自然法の崩壊を経由しなければならなかつたのである。この、立法という理念を巡る思惟は、ある、固有法則性を持った秩序新構築を目指した。この秩序新構築は、永遠の法秩序を眼前にしても、あるいは、単に伝来の法秩序に対してさえ、ためらいを持たない。近世近代における、法典編纂の大規模な取組は、こうした、革命的ともいふべき理念体系と結びついていた。サヴィニは、法典編纂の主導者たちにおける『土壌の欠如した高慢』を、『あらゆる時代にまたあらゆる事件に妥当する理想的立法とでも云うべきもの』への信仰を、咎めたが、これではまさに立法理論家たちがそこから脱却していったところの、一般的な自然法的発想源を咎めたに過ぎないことが、かれにはわかつてないのである。」(Gagné, Ideengeschichte, 109) 要するに、サヴィニの立法思想批判は、核心を射抜いていない、とづつのである。

(31) その初期の作品だけを括弧には掲げると、Stolte, M., Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974; Rückert, J., Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys? in: ZSS, germ. Abt. 103 (1986), 199-247.

(32) Savigny, Beruf, 4.

(33) Op. cit. 5.

(34) すこし包括的にサヴィニ自身の言葉を引用しておこう:ドイツに共通の法典が必要であるという「意見(Meinung)」は、第一に、一八世紀中葉以来に見られる数多の相互に類似する提案や試みと結びついたものである。このころ、ヨーロッパ全

体に亘り、全く分別の欠けた知的形成への衝動が活発化した。かつて存した様々の時代にはそれぞれにひとつのまとまりを持ち個性もあること、あるいはまた各々の民族とその国制とはその本性に相応しい発展があること——こうしたことに對する感受性こそが、何にもまして、歴史を救済するものにするために不可欠なのに、これが消失した。その代わりに出て來たのは、いまという時代に対する、ある法外な期待であつた。絶対無欠性とでも云うべきものを實際に表現するには、この期待こそふさわしいのだと、ひとは信じた。かような衝動はあらゆる方面であらわれた。この衝動が宗教および国制の領域でいろいろと作用したことは知られている。ただし、この領域において、こうした衝動に對していたるところで自然な反撥が見られ、以て、かかる衝動はまぎれもなく新たな一層生氣ある愛を大いに呼び覚ますこととなつた。また、市民法の領域でもかかる衝動は作用した。すなわちひとは、新たな法典を欲した。法典はその包括性によつて司法實務にある種の機械的確實性を提供するものとされた。法典さえあれば、裁判官は、自ら判断を下す任務から凡そ解き放たれて、法律の文言の適用に専心するだけだ、というのである。しかも法典は、歴史的個性とは凡そ無縁たるべく、また純然たる抽象性にとどまることにより、どの民族にも、そしてどの時代にも、同じく有用たるべし、とされた。さて、かかる衝動にせよ、あるいはまた右に紹介したような、この衝動のさまざまな作動にせよ、その責を個別のおかしな學者にのみ歸せしめる、などというならそれはとんだお門違いである。極めて敬意に値する例外はないわけではなかったが、これは、当時のヨーロッパのやまやまの民族に共通する意見に他ならなかったのである」(op. cit. 41)。

(35) Op. cit. 6.

(36) 関連する箇所を、ここでも包括的に引用しておこう：「第二に、右に紹介した法典提案は、ドイツの法曹の大多数に予てより支配的な、凡そ実定法の成立についてのある総論的見解と結びついたものである。この見解によると、通常は、凡そ法は法律によつて、つまり最高の国権が公布した規範によつて、成立するとされる。法学の扱う対象は法律が定めた内容のみということになる。この見解によると、立法そのものの内容も、また法学の内容も、まったく偶然的で定まらないものになるから、明日の法が今日の法と似ても似つかないものになることも大いにあり得る。この見解によると、完全な法典こそ最も必要であり、ただ、法典に欠缺がある場合にのみ、欠缺の頼りない補完である慣習法に嘆かわしくも依拠せざるを得ない、というのである。かような、第二の見解は、第一の見解よりもはるかに古くから存在するもので、両見解が相互に敵対的になるような論点も少なくないが、しかし両見解が仲良く共存することのほうがはるかに多かつた。しばしば両者のとなつたのは、次のような確信である。すなわち、実践的自然法あるいは実践的理性法とでも云うべきものがあるに違いない、そし

て実定法を最終的に完結させるためには、われわれは、そうした法を、発見しさえすればよいのだ、と」(op. cit. 6f.)。

(37) 註36の引用箇所を参照。

(38) そもそもサヴィニについてのガグネアのかかる観方は、本稿の脚註15に対応する本文で紹介した、別の文脈におけるガグネア自身の発言と、内在的な矛盾を生じないか、という問題もある。

(39) これが、Gagner, Zur Methodik (wie FN 21) の全体を貫く問題関心である。

(40) 脚註38に指摘した、テキスト内在的な矛盾は、したがってむしろガグネアの考察の柔軟性の表出とも言える。実定法学者としてのガグネアの考察を、イデオロギー批判の意義を強烈に自覚する法制史学者としてのかれの考察が、皮肉にもまさにイデオロギー的に抑圧してしまっているのではないか。

三. サヴィニ『使命』における慣習法論・再考

サヴィニは、『使命』において、周知の通り、法は、基本的に慣習法的に、生成する、と説いた：「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表現ではあるが、慣習法と呼ばれる、ある方法で成立する。すなわち、法は、まずは習俗と民族の確証 (Überzeugung) とによって、次に専門法学 (Jurisprudenz) 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 (Willkür) によってではない」⁽⁴¹⁾。このように、サヴィニは、立法活動に対抗的な文脈において、慣習法という概念を持ち出している。そして、このような思想の先駆者として、サヴィニは、ユストゥス・メーザ (Justus Möser, 1720-1794) およびグスタフ・フーゴ (Gustav Hugo, 1764-1844) を挙げている：「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「法律実証主義的な見解」に反対して徹底的に闘ってきたという点で、フーゴにこそ最大の功績が帰せられる。またこの点でも、メーザの追憶にも高い名誉が与えられる。メーザは常に、見事な洞察力を以て歴史を

説
論
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。法曹には、メーザの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(42)めだったであろう」。

三・1：メーザとサヴィニ

サヴィニはメーザについて、具体的な文献の書誌情報を記していない。しかし、メーザの次の小品は、サヴィニには知られていた。すなわち：「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」；「本法と形式に則った法との区別の重要なことについて」(43)。

「邦内判決集成の提案」において、メーザは、パンデクテンを引き合いに出しながら、立法者による新たな法律の作成よりも、判決集の作成のほうが、実務に益するところが多い、と説いている(44)。法実務を医療実務との類比において捉えていることも興味を惹かれる。この類比から、経験を抑圧したり排除したりするのではなく、むしろ経験に親和的なドグマティック概念という、ヨーロッパに伝統的な考え方が、メーザにとっては、ヴォルフ哲学の衝撃にもかかわらず、一八世紀後半のドイツにおいてなお、しっくりするものだったのではないかと、推測することはできる。

ただし、「本⁽⁴⁶⁾当の法(würkliches Recht)と形式に則った法(förmliches Recht)との区別の重要なことについて」で示されているように、メーザが、裁判実務を法律に対して優位に置くのは、法実務の単なる安定化を目指すからではなく、むしろ反対に、法実務が、法を、政治的決定や哲学的判断と異なった仕方、動かし得ることを指摘したいからである(47)。メーザは、形式に則った法については、「法の形式とは、資格を有する裁判官が当のものを宣言し、そのことがらが法的効力を獲得する、ということである」、というようにはっきりと定義するが、「本⁽⁴⁸⁾当の法」について

は、わかり切ったこととして、これを定義しない。実際、立法権者が、これこそが正しい法であるとしたところを、メーザが、「本当の法」という表現で示していることにはおそらく疑いがなく、さらに、法典に記された法律を「本当の法」の例として、明示で挙げている。⁽⁴⁸⁾「ところが」、そうメーザは続ける、「法典は、本当の法を内容とするに過ぎず、本当の法というものは、既に述べたとおり、必要とあらば、なくとも良い」。⁽⁴⁹⁾現に、本当の法なしで済ませている邦も存在する。これに対して、形式に則った法なしに済ませることはできない。⁽⁵⁰⁾ここに見られるのは、裁判によつて担保される、法のある種の実定性従つてまた可変性を擁護する立場である。形而上学的な色彩は希薄である。形式に則った法が、裁判によつて構築されるにせよ、それが硬直化してゆかないようにするために、メーザは、形式に則った法が、形式主義化しないために、不必要に煩瑣な訴訟手続を排除し、以て、裁判が臣民に使い勝手の良いものとなるべきことを、周到に付言する。⁽⁵¹⁾

このように、一方に於いてメーザは、裁判による法実務の展開の多様性を、体系的な立法が決して生け捕りにすることができないと断言する。他方でかれは、裁判による法形成を、実質的な（「本当の」）法と対置されたところの、形式的な、つまり手続を重視した、しかしまさに実定的な、法形成として、正面から認める。このようなメーザの立場を、法について静態的な見方を探つたものだと、われわれは評価できない。裁判による周密な法発展を、形而上学のひとつの分枝と位置づけるガグネアの見方には、メーザについて、無理がある。

そして、サヴィニの法の理解には、メーザと相似する要素が、いくつか存在する。まず、サヴィニが、基本的に、立法ではなく、裁判実務をその重要な構成要素とする、慣習法に、法形成の主要なあり方を見たこと自体、メーザの見方と親和的である。さらに、個別的に見ても、例えば、サヴィニは、『使命』第三章において、立法者が可能な事件のすべてを予見することが不可能であることを指摘し、⁽⁵²⁾これはメーザの立場と重なりあう。

もとより、立法者における法的想像力の限界の指摘は、一見、特に注目値するまでもない凡庸なそれであつて、メーザやサヴィニもその凡庸さのなかで立法批判を行っているのだ、と言えそうにも見える。しかし、それは問題の過度の単純化ではなからうか。

すなわちメーザによれば、重用すべきは、専門家による、充分に経験に裏づけられた、周密な専門知であつた。そしてその周密性が、単純化を志向する立法者の理性的判断の行き過ぎを、食い止めねばならないのである。それは、単に、専門家による理論の重視といったものではない。第一に、経験による裏打の必要なことは、メーザが強調してやまないことである。⁽⁵³⁾そして第二に、メーザの視線の先には、専門家による周密な議論を許容する、自由な国制そのものの擁護がある。「いわゆる引証について、年配法曹のしたためた手紙」において、学説のむやみやたらな引用で叙述を混乱させるより、健全な悟性に従つて、率直な考えを、法曹は表明すべきではないか、という意見に反対して、メーザは言う。「ただですね。引証にこだわる古い方法に、まず敵意を向けるのは、どうした国々においてであるか、あなた知つておいでですか。それは、専制政体に近い体制の国々でした。尊敬できる古い学識法曹の学説より健全な悟性を抛り所にする人たちがどういう人たちか、あなたは気がついておられますか。それは、君主に近い宮廷顧問官たちです。グローティウスやプーフENDORFを引証することなく、明示的に、悟性による決断が援用された戦争がどの戦争だったか、覚えておいででしょうか。それは、直近の戦争でした。⁽⁵⁴⁾そこで、誰もが、てんでに好き勝手なことをやっていました。最後に伺いますが、イギリスやオランダ、参事会や修道院では、慣習を引証することと、法的助言者に対する敬意とが、もつとも長いこと保たれてきたことには、もとよりおそろくお気づきでしょうね。⁽⁵⁵⁾」よつて、わたしたちは、こう結論すべきではないでしょうか。いまや全てのことがらが健全な悟性に基づいて執り行われ決断されねばならないとされているけれども、その健全な悟性というのは、実のところ強者への諂いであり、前述の

衡学は自由のかなりしっかりした支柱であるに違いない、と⁽⁵⁶⁾。メーザの思考の動きを注意深く追ってゆくならば、権力の中心からなされる一義的な意思的決断の限界を、法実務が注意深く補わねばならないということに、意が用いられていることが、頭わになってくる。健全な悟性（理性！）よりもむしろ、専門知の洗練にこそ、自由とのあいだに、なにか関連があるのだ、とメーザは示唆する。それは、法においてフォルクを代表する法曹（専門の単なる機能的分化ではない！）という、サヴィニのよく知られた思想と、呼応する⁽⁵⁷⁾。

メーザは変化に目を背ける反動的経験主義者ではない⁽⁵⁸⁾。そのような経験主義者であれば、過去の経験と、あるいは実質的な正義と、鋭く緊張関係に立ち得る、裁判による法の形式的妥当を擁護するはずはなかったであろう。つまり、メーザは、法の実定性をむしろ擁護する。ただ、その実定性に、ある種の形式性を求める点が興味深い。そして、この形式性が、裁判による法創造の周密性を、支える。かれが、実体法より訴訟手続を重視するのも、その意味で首尾一貫している。また、学説の引証も、学説の内容的な価値によって正当化されているのではなく、学説の引証という結論を導くまでの過程において、専制主義の体制を擁護するものでなければ、踏んでおくべき手続ないし形式として、尊重されているのである。自由主義の思想内容というよりは、その心性とでもいうべき次元に着目した考え方と云ってもよいかもしれない。サヴィニにおいては、法生成論において、一貫して、形式というものに着目されていることが、メーザとの関係で、想起される⁽⁵⁹⁾。しかも、サヴィニにおいても、法における形式性の重視が、法と国制との抜き差しならぬ関係についてのかれの考察と、連動する⁽⁶⁰⁾。

もとより、メーザの見解は、寛いだ小文のなかで展開されており、一方、惜しげもなく豊富なアイデアが撒き散らされているものの、他方、そのアイデアをどのように相互に結びつけるかという作業は、おおむね読者に委ねられている。また、本稿は、メーザの見解とサヴィニの見解とが同一だとまで主張するのでもない。それでも、慣習法

説論

を重視するメーザの立場を形而上学的だということはできないことはここで確認したい。また、それに賛意を表するサヴィニの立場は、プロイセン一般ラント法に顕著な、裁判官による解釈に懐疑的な立場に対する具体的な反論⁽⁶²⁾として提示されていることもやはり看過できない。このようなサヴィニの立脚点をも形而上学的だと断じるガグネアの主張は、やはり概括的に過ぎる。

三・二：フーゴとサヴィニ

では、サヴィニが、やはり賛意と敬意を以て言及する、グスタフ・フーゴ⁽⁶³⁾の慣習法論は、どのようなものだったのだろうか。

ここでは、フーゴが、法律との対比において特に詳しく慣習法論の意義を論じた論文「法律は法的真実の唯一の源ではない」⁽⁶⁴⁾を取り上げることしよう。

フーゴは、この論考において、実定法を、言語との密接な関係において捉えねばならないことを力説する。凡そ学問は言語的構成であり、数学も言語的構成たるを免れない。況や法においておや、というのである。⁽⁶⁵⁾

では、フォルクの言語は如何にして成立するか。言語は自ずと形成される。お上の命令によってではなく、お手本に基づいて、発達するのである。習俗も同じように生成、展開する。そして実定法もまたこれに同じなのである。⁽⁶⁶⁾

フーゴがここで念頭に置く法には、実定的という形容詞が付されていることに注意しよう。かれは実定法 (positives Recht) を語っているのである。したがって、ここで言われている実定法は、法律 (Gesetz) に限定される概念ではない。

もとより、実定法が高度に展開した場合に、立法による法律 (Gesetz) の策定が行われることはあり得る。そのこ

とまでを、フーゴは否定するのではない。法律は、もちろん、実定法の一つであるには違いない。⁽⁶⁷⁾ しかしながら、「実施に到らなかつた法律や取り極めも無数に存在する。法律は、ちよいと刺激を与える役割だけを持っていて、その法律が実際にどう理解されるかは、そこから一義的に決まってはこない」。⁽⁶⁸⁾ ポリツアイ令のばあいもそうであるが、「私法の場合においても重要なのは、裁判官が、弁護人が、そしてこうした実務法曹の教師が口頭の講義や著作を通じて、何を現在妥当する法と見ているか、である。わがローマ法典においては、ごく頻繁に、ココデ我々ハ法ヲ用ヒテイル Hoc jure utimur といふことが言われる。実際、至るところで、判決 (原文ママ) (arrets, reports, Erkenntnisse der Gerichte) に注意が向けられている。公布された法律を一方に、法律とは全く異なつたことがらが実際に妥当していることの充分な証左とを他方に見て迫られる選択において、迷うような法曹はいないであろう」。⁽⁷⁰⁾

実際に法がこのように行われている、ということから、そのように法が行われていることが良いことである、ということは、論理的に当然に導かれるわけではない。むしろ、法は、立法者の統御の下に置かれるべきだ、という観方が、このフーゴの論説が公刊された時代には支配的であり、⁽⁷¹⁾ これを論駁するためにこそかれは本小論を執筆している。すなわちフーゴはこの支配的見解を二つに分類する。ひとつは、法を立法者の厳格な統制の下に置き、法と法律とを同義とする見解である。もうひとつは、慣習法を、立法者が黙示に承認を与えた場合にのみその妥当を認める見解であり、これはいわば慣習法に立法権者の正当性を擬制的に読み込む見解といえよう。⁽⁷²⁾

第一の見解に対しては、フーゴは次のように反論する。実定法のもっとも重要な目的は、「法則 (Regel) の確実性と信頼性である。その規則がどうしてそういう規則になつたのか、ということとは、問わない。規則の内容を顧慮することも、たいていの場合、行わない。私法における命題は、ほとんど常に、現存するそれがそのまま良いものである」。⁽⁷³⁾ 法の内容をはっきりさせる必要がある、ということと、法律が必要である、ということとは、同じこ

説

とではないことを指摘し、法律以外の実定法の存在を論証しているのである。法律に慣れた現代のわれわれには、この見解は新鮮な驚きをもたらす。

第二の見解についてはどうか。統治者＝立法者に、慣習のすべてを知っている者は、医師のすべてを知っている統治者などというものと同様、まず存在しない、とフーゴは指摘する。⁽⁷⁴⁾さらに、言語および習俗と法との基本的同質性を基礎として、法の成立もまた立法者に全面的に依存するわけでないという見解が繰り返される。⁽⁷⁵⁾

こうして、フーゴによる、実定法の実質が法律のみに基づくものではないという主張を支えるのは、言語および習俗との法との根本的同質性の認識である。そこにあるのは、どちらかといえば経験主義的な法の把握である。それは、ヘアダやヒューム、コンディヤクの系列に属すのではなからうか。慣習法による法形成の主要な舞台として、必ずしも裁判を専ら念頭に置いているわけでないことも、メーザと比較した場合におけるフーゴの見解の特徴と見ることができよう。裁判例になるまでもなく、通常行われている実務慣行に対しても、フーゴは視線を馳せるのである。言語と法との並行関係の指摘は、こうした視角と連動しているよう。フーゴが、わざわざ「実定法」という表現を用い、この表現を法律と対置させていることも、かかる視角を背景に置いて観れば、得心がゆく。そして、フーゴの思考過程に、専ら形而上的な思弁を看取することはできない。

そして、サヴィニはフーゴのこのような考察に、基本的な同意を示しているのである。サヴィニもまた、『使命』において、実定法の成立過程を、言語および習俗との類推を手掛かりに叙述していることは、その二章からあきらかであり、⁽⁷⁶⁾またそれ自体としてはよく知られている。二章の表題が、「実定法 (das positive Recht) の成立」であることにも注意しなければならない。サヴィニもまた、法を、法律に縮減されない局面で、しかも経験的に把握可能なものとして捉えようとしていることがわかる。サヴィニの法生成論は、このように、ガグネアの所謂形而上学によって

余すところなく理解できるわけではない。

以上の論述もまた、サヴィニの慣習法論が、フーゴのそれと完全に一致することの論証を目指したものでなく、フーゴの線が、サヴィニへも及んでいることを指摘したにとどまる。

三・三：まとめ

メーザやフーゴの、経験的慣習法論の線は、サヴィニの思想にも及んでいる。サヴィニの慣習法論の理論的含意は、この意味において、形而上学的思考に吸収し尽くされはしないのである。むしろ、国家法律実証主義の興隆とともに理論的には忘却されたかに見える、（裁判・学説による法形成を含む）慣習法による法形成という視角は、実際の法実務においては否定できるわけではない。ガグネアは、自然法的思考法を突き破って、云わば「作為」の思想である立法思想が現れるその歴史的過程を観察し、以て、逆に現在の法生成理論が法律実証主義に覆い尽くされている状況を看破したが、法律と対峙しつつしかし形而下にとどまる、実定法の慣習法的生成に係る理論の系譜というものも、ヨーロッパの近代には存在し、この系譜もまた、いわゆる法律実証主義の陰に隠れて見えにくくなっているが、歴史的観察を行うことにより、特定は可能である。⁽⁷⁸⁾

ところで、サヴィニの慣習法論を貫くものとして、本稿冒頭に示したとおり、ローマ私法史についてのある独特な観方がある。⁽⁷⁹⁾ このことを、ガグネアはあまり重視しないが、それは適切であろうか。この点は別してさらに検討を深めることとしたい。しかし、本稿が示したとおり、サヴィニの慣習法論には、一八世紀後半の慣習法論と連続する側面がある。サヴィニのローマ史の観方には一八〇〇年前後の慣習法理論が影響を与えている可能性は大いにある。そして逆に、今度は同時代の慣習法論に対して、ユステイーニアース法典の解釈にあたり歴史的観点を重視したロマ

説
ニスト⁽⁸¹⁾としてのサヴィニが、独特のニュアンスを与えるという事態が考えられる。サヴィニの慣習法論は、かれのローマ(法)史理解とかれの(法学についての)現状認識との交錯点に位置し、そこには多層的な思想的伝統がまことに複雑に錯綜する。その多層性を丹念に選り分けると同時に層の絡み具合そのものを分析することを通じてはじめて、サヴィニの慣習法論が、ローマ帝政とどのような関係に立つか、神聖ローマ帝国の終焉とどのような関係に立つ⁽⁸²⁾か、ラントの中央集権的近代化とどのような関係に立つか、が明らかになるであろう。

(41) Savigny, Beruf, 13f.

(42) Op. cit. 14f.

(43) 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. サヴィニがこれらの小品を讀んで感服したことは、Savigny, F. C., Politik und Neuere Legislationen, Materialien zum „Geist der Gesetzgebung“, hg. v. H. Akamatsu und J. Rückert, 2000, 193-199, 209-212. 日本におけるメーザ研究の歴史については、Abe, K., Justus Möser in der japanischen Geschichtswissenschaft, in: OMI Bd. 79 (1972), 103-108 (筆者は未見)；坂井榮八郎「日本におけるメーザ研究」同『ユストゥス・メーザの世界』(二〇〇四)・二二三—二四八頁所収。法学研究の観点からメーザに着目した初期のもののとして、戒能通孝『入会の研究』(一九四三)、特に五一—四頁。

(44) Möser, Vorschlag (wie FN 43), 183f. 「一般的な命令や法律、理論は、実り多いこの世紀〔すなわち一八世紀〕にも、数多の巻に膨れ上がって行くことはやむを得まいが、それでもこうしたものは、ひとつの邦において、ローマ法、とりわけパンドクテンが、成し遂げた程のことを、到底なし得ないだろう。ことは、法術(Rechtskunst)に関わることであり、それは医術(Arztneykunst)の場合と事情は同じであるから。法術の実施および法的判断に係る正しい経験の集成は、一般的な理屈や仮説ばかりがのさばって経験に適切に触れることの少ない体系なんぞより、常に役に立つし利用価値も高い。」「わたくしの意図は、ここで、ローマ法を称賛する演説を行うことではなく、ただ、次の希望を正当化することにある。それは、われわれはわれわれ自身の経験をパンドクテン同様に集成し利用しようではないか、そしてそのさいに、一般的な法律や命

令にあまり重きを置かぬことにしようではないか、という希望である。可能な事件のすべては、毎日の経験がそれを無限に微細に変化させながら提供するものだが、まさにそのようなものとして、可能な事件のすべてを想定することは、およそ立法者の能力を——立法者が偉大であるか矮小であるかを問わず——超える。しかも、百年間に行われた裁判決定のすべてが集成されたなら、先例からの類推で決定することができないような新たな事件は容易に生じないだろう、と、かなりの信頼性を以て、推定することができる。したがって、立法者がそうした集成を実際に作らせ、それに承認を与えるならば、そうした法典は、命令の分厚い集成よりも良い、利用価値も高い法典となるう。」

- (45) Herberger, M. Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz. 1981. この作品について、守矢「日本における解釈構成探求の一例」（前掲註12）、三—七頁に簡単な紹介がある。

- (46) この訳語には一見問題がありそうだが、本文で紹介するメーザの立論からすると、このように訳したほうが（たとえば「現実の法」と訳すより）良いのではないか。メーザは、wirkliches Recht は無くともよいものであるが、それと同じ意味において、「現実の法」がなくても良い、と言いつつもりはなかったらうから。

- (47) Möser. Von dem wichtigen Unterscheide (wie FN 43). 99: 「人は誰しも間違いを犯すことがある。国王も哲学者も同様である。しかも、国王や哲学者は、あまりに高い地位にましますため、国王や哲学者の眼前に生起する大量の現象のどれ一つに対しても、本当にじっくりと正確に考究することはできない。それゆえ、どの邦 (Nation) も、以下のことを、邦の自由と財産の礎とした。すなわち、これが法であるとかこれが真実であると人が認識するところのものは、形式という印章を獲得するまで、法として妥当してはならぬ、ということである。法の形式とは、資格を有する裁判官が当のものを宣言し、そのことがらが法的効力を獲得する、ということである。これは、ヨーロッパのすべての邦に一致を見るところの、基本法則である [……]。』

- (48) Op. cit. 100.

- (49) Op. cit. 100.

- (50) Op. cit. 98f.: 「君主が、真の真実を形式に則った真実同様に実現させようとするならば、この、形式に則った法という第一の、およそ国家にとって神聖な基本原則、これなしに確実性というものはない、そのような基本原則は、破算になってしまふ。それは、現世における知恵は形式に則った真実ではなく真の真実に導いてゆくものでなければならぬ以上、ソロモンの賢慮など我慢ならぬなどと喚きたてることにほかならない。」

- (51) Op. cit. 101.
- (52) Savigny, Beruf. 21 f.: 「法典とは、それが唯一の法源でなければならぬから、実際にも、凡そあらゆる事件に対する決定があらかじめ含まれている、というのでなければならぬ。このことを人は、しばしば次のように考えた。すなわち、個々の事件をそれとして経験によって包括的に知り、次いで、それぞれの事件を法典の対応する箇所によって決定する、ということが可能でもあれば良いことでもある、というように考えたのである。だが、法的事件を注意深く観察したことのある者であれば、現実の事件の多様性は次から次へと産み出されてまさに限りがないのだから、こうした考え方は、不毛であるほかないことを、すぐに了解するだろう。」
- (53) Möser, *J. Verschiedene Wirkung der Theorie und Erfahrung* (zuerst 1776), in.: ders., SW9, 101. 以下は、短い全文を翻訳で紹介しよう・「譯にはおもむきのよう決まりごとが含まれている。そうした決まりごとはむかしむかしから保存され、しかも日一日とその真実味がよくわかる。どうしてだろうか。それは、決まりごとは経験からの帰結だからだ。命令や法律のなかには、ほとんど従われていなかったり、不服従に罰則が科されているのに利用されない、というものも、しばしばある。どうしてだろうか。それは、そうした命令や法律が、理論からの帰結であり、実務的な頭ではなく思弁的な頭が提案したからだである。」
- (54) 七年戦争のことだろうか。
- (55) Möser, Schreiben über das sogenannte Allegieren (wie FN 43), 118.
- (56) Loc. cit.
- (57) Savigny, Beruf. 12.
- (58) かつては、メーザとらえは保守主義者であるという紋切型が支配したが、最近の文献では、そうした見方はかなり克服された。Schröder, *J. Art. Justus Möser (1720-1794)*, in.: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, hg. von G. Kleinheyer und dems., 4. Aufl. (1996), 277-282. 以下は、参考文献の目録のようにつづいて便利である。本格的に、ders., Justus Möser als Jurist. Zur Staats- und Rechtslehre in den Patriotischen Phantasien und in der Osnabrückischen Geschichte, 1986; Rickert, *J. Historie und Jurisprudenz bei Justus Möser*, in.: Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, hg. von M. Stolleis, 1991, 357-381.
- (59) Savigny, Beruf. 9-11 以下は、明らかに、握取行為 (mancipatio) や法廷譲渡 (in iure cessio) を意識した、形式的行為

- の重要性を強調する記述、および、op. cit. 32f. における、擬制 *fiction* を重用するような、ある種の法的術語の発達重視。
- (60) ローマの共和政の終わりと、それにもかかわらずローマ市民法の連続的發展が帝政期にも維持されるとするサヴィニの記述の、極度の慎重を、参照して戴きたる、Savigny, Beruf. 31f.
- (61) 石部「法律の解釈について」（前掲註4）、特に、六二七二頁。
- (62) Savigny, Beruf. 81-95.
- (63) フーコの研究は、日本でもドイツでもあまり活発に行われつづかなう。ここにちのフーコ研究の水準を示すものとして、なにも挙げなければならぬものとして、Rückert, J., ... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte...? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Rechtspositivismus und Werbezug des Rechts. Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen, 12-14. Oktober 1988, hg. von R. Dreier, 1990, 94-128. フーコの仕事にも言及する重要な邦語文献として、石部雅亮「啓蒙期自然法学から歴史法学へ」（前掲註4）。
- (64) Hugo, G., Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten (zuerst 1812), in: ders., Civilistisches Magazin, 4. Bd. (1815), 89-134. この論文をサヴィニは『使命』の一四頁で、慣習法論との密接なかわりにこつて、引用している。そのほかにサヴィニが引用しているものとして、Hugo, G., Lehrbuch der juristischen Encyclopädie zum ersten mündlichen Unterricht über die Quelle, Anfangsgründe und Lehrarten aller in Deutschland geltenden Rechte, 4. Aufl. (1811), §. 21f.; ders., Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, 3. Aufl. (1809), §. 130 である。
- (65) Op. cit. 117f.: 「いかなるフォルクの実定法も、フォルクの言語の一部分である。これはおちそこの学問にも妥当するところからである。肝心なのは、あるひとつの表現の下にどのような諸術語 (Begriffe) を束ねるか、あるいは、さまざまの術語が共通の名称を持たぬようにして、どのような術語をどの別の術語から区別するか、ということだから。学問とは、よく整えられた言語に他ならぬ (Une science n'est qu'un langage bien fait)。[...]「数学においてすらそう云えるのだが」しかしこのことは、以下のような知見に関わる場合には、より一層真実である。それは、ある言葉が時代とともに全く異なった意味を得るに到ったり、あるいは、どの言語にも出てくる表現ではあるが、しかもその表現がそれぞれの言語のあいだで必ずや意味のずれを持っているもの、そうした知見に関わる場合である。そうした知見には、習俗に係る全ての事柄が、全ての実定的なことがらが、したがってまた全ての実定法が、含まれる。ローマ法における契約はフランス法において契約と

言われるものとまったく異なっている。フランス法では契約といえば書かれた契約をまず考えるがローマ法ではそうではない。フランス法には夫婦財産契約 (contrat de mariage) があるがローマ法にはない。」なお、「学問とはよく整えられた言語に他ならぬ」というのは、明示されていないが、コンディヤクからの引用であると言いつて良いのではあるまいか、*Condillac, E., La logique ou les premiers développemens de l'art de penser* (1780), dans : *Lequel, Oeuvres complètes*, t. 15, pp. 317-488, spécialement 419. seq. なお、フーコの『ヨーロッパ的教養について』、*Rückert, Gustav Hugos Beitrag* (wie FN. 63).

- (6) *Hugo, Die Gesetze* (wie FN 64), 117-121: 「言語は自ずと形成されるということ、そして、その後の言語の発展に対しては、語らあるいは綴ることに長けていると見られる個々の人々によるお手本が何ととっても最も強い影響を与えるということ。廷臣なり、ある身分の第一人者なり、敬愛されている文筆家なりが、何かを語る。他の者たちはそれを拝聴する。そして、こうした者が語ったことがらの多くは美しいものとして妥当する故に、他の者たちも、この語られたことがらを美しいものと了解する。そして、この語られたことがらをかれらは繰り返す。そして誰かがこの語られたことがらを公定〔ここに用いられている *versehen* の語の解釈については、参照 *Art. versehen*, in: *Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm*, 12. Bd. 1. Abt., 1956, 1236-1257, bes. 1242]、せずとも、この新たな表現、新たな言い回しは、すでに定着しているのである。／まさにこのことが、習俗の場合にも当てはまる。われわれヨーロッパ人のように、脱帽し頭を見せることが表敬であるとしてたり、アジア人の如く頭を覆うことが表敬であるとしてたりするのは、統治者が命じたからでもなければ集会で多数票によつて決せられたことでもないが、そのようなものとして、兎にも角にも妥当しているのである。あるフォルクにおいて、そしてある時代において、何が正しいとされているか、言い換えれば、習俗の法則という全く一般的な表現にびたり対応するものとして妥当するものは何か、ということ問うてみるならば、やはりいま述べたような次第のことが起こる。実定道徳のすべて——わたしにはこういう表現がまことに適切に見えるので、このような表現をお許しいただきたい——は、ただ言語と習俗とにのみ、ということとは、自ら生起するところのものにのみ、基づいている。／法論もまた、このような実定道徳の一つに他ならない。法論と云つてもよいが、実定法と云つてもよい。他人との争いにおいて、いわゆる強者の権利をのさばらせないためには、誰に頼ればよいのか、誰が命ずべきなのか、また、係る目的のためにどのような制度がつけられてきたか、という問いへのこたえ、と云つてもよい。そしてまた、どのような法則 (*Rege*) (そのような一般的意味の実定規則 (*Gesetze*)) に従うならば、この上位者が争いの当事者に寄り添うことを、人は期待できるだろうか、という問いへ

のこたえ、と云ってもよい。／公法も私法も、言語や習俗と同様、合意も命令もなしに、自ずと形成される。状況がそれを齎すからである。人が他の人もかかる法に従って振る舞っているのを見るからである。[……]／従って、狭い意味での実定法律がなくとも、実定法というものは、未だはなはだ粗削りなものであるとはいえ、成立し得るのである。」

(67) Op. cit. 121f.

(68) Op. cit. 122f.

(69) Op. cit. 125.

(70) Op. cit. 126.

(71) そのもっとも典型的なものは、プロイセン啓蒙的絶対主義のそれである。石部『啓蒙的絶対主義の法構造』（前掲註11）、一四〇―一四六頁。同書に、フーゴによるこの考え方に対する批判の紹介もある。さらに、石部・笹倉『法の歴史と思想』（前掲註4）、八〇―八二頁、九五頁。さらに、Moriya Zum römischen Gewohnheitsrecht (wie FN 9), 314f. これに対して、Haferkamp, H.-P., Georg Friedrich Puchta und die „Begriffswissenschaft“, 2004, bes. 148-150 の記述を、国制史への配慮がやや弱いように感ぜられる。なお、さらに、プロイセン一般ラント法の定めの詳細な成立史に即して貴重な Schwennicke, A., Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, 271-294, 26(二七〇頁註2)には関連文献が列挙され、便利である。

(72) Op. cit. 126. 石川が、「歴史法学派以前の慣習法」として紹介する慣習法理解は（石川「憲法変遷論評註」（前掲註2）七六二頁）、実際には近世の絶対主義的自然法論における、主権者による立法にひきつけて理解された慣習法論のことである。簡単には Krause, H./Köhler, G., Art. Gewohnheitsrecht, in: HRG Lfg. 10 (2009), Sp. 364-375, bes. 371f.

(73) Op. cit. 127. さらに、フーゴは云う、「白黒はいきりやせてはいるが、ほとんどの者が読んだこともなければ、読んだ者であっても多くの者が尊重しないような法律と、事情に通じた者の全てが賛同するところの毎日の慣行と、どちらが、法命題の確実性と一般的了解とを得るだろうか。例えば、遺言書が六名の証人の前で作成されればその妥当に疑問は差し挟まれない、という慣例を多くの者が知っていたとしよう。この慣例に対する信頼に基づいて、いま、ある者が、同様の遺言書を作成し、死去した。ところがここに、七名の証人が必要だとする法令がある。この場合、この法令にここで従うことを願うべきだろうか。むしろ、この遺言書に限って、これまでの数多の遺言書について承認されてきた妥当が否定されるならば、それは法令を楯に取った論理でしかない、と見られるのではないだろうか」（Op. cit. 128）。ここでは、厳格な要式性が要求

される遺言の場合でも、法律による定めが必然的に求められるとは言えないことが暗示されている！

- (74) Op. cit. 129. 医療と法術との比較はフーゴにおいてもごく自然なものだった。メーザについては註44および対応する本文を参照されたい。

- (75) Op. cit. 129f.

- (76) なお参照、守矢健一「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』(その一)(その二)」法学雑誌五九巻(二〇一二)、二八一—二九八頁、同六〇巻(二〇二三)、一五六—一七二頁。なお、「(その一)」および「(その二)」はそれぞれ同書第一章第二章に対応する。

- (77) 丸山眞男「近世儒教の発展における徂徠学の特質並にその国学との関連」(初出一九四〇年)同『日本政治思想史研究』(一九五二)、一一九—一頁所収、特に七八—一〇五頁。八三頁に、「安民といふ政治目的のためには道理にはつれてもいい」とまで突き詰める徂徠に「マキャヴェルリ」との並行関係を丸山が見るのは、よく知られているが、改めて注目に値する。道德の殻を突き破った政治の成立(なお、「自然」と「作為」との対置図式を展開する「近世日本政治思想における『自然』と『作為』」(初出一九四一年)同『日本政治思想史研究』(一九五二)、一九三—二一八頁所収、もあるが、ここでは行論が抽象に流れている)。ガクネアの仕事もまた、どちらかといえば、政治思想成立過程に関わるものだと言える。

- (78) サヴィニとF・ヘイロンとの関係については、別に公刊予定の拙論及び論文を参照。Moriya, K. Savigny und Bacon. Zur ideengeschichtlichen Vielschichtigkeit von Savignys „Vom Berut unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. (in Vorbereitung).

- (79) 問題の所在は、邦語文献でも予てより認識されている、山田「サヴィニーにおける慣習法」(前掲註)、特に九—一六頁。本稿とは少し違った角度から論じたものとして、Moriya. Zum römischen Gewohnheitsrecht (wie FN 9).

- (80) Gagné, Ideengeschichte, 28f. の分析を参照。

- (81) これは、サヴィニーの「広い意味での人文主義との関係で、さらに深めねばならぬ。そしてあたり、Moriya. Savigny und Bacon (wie FN 79).

- (82) こうした視角は、近世におけるタキトゥス受容と深く関係する。Baron, H. The crisis of the early Italian Renaissance, 1966, esp. 58-61: Schellase, K. C. Tacitus in Renaissance political thought, 1976; Momigliano, A. Tacitus and the Tacitist tradition, in: idem, The classical foundations of modern historiography, 1990, 109-131; Stolleis, M. Arcana Imperii und Ratio

『使命』における、サヴィニの慣習法論について（守矢）

Status, in: ders., Staat und Staatsräson in den frühen Neuzeit, 1990, 37-72.