

一九世紀ドイツ国法学における実定性の概念 について : 歴史法学との関連を中心として

西村, 清貴 / NISHIMURA, Kiyotaka

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

113

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

79

(終了ページ / End Page)

125

(発行年 / Year)

2016-03-15

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00013615>

一九世紀ドイツ国法学における実定性の概念について

——歴史法学との関連を中心として——

西村 清 貴

序論 本稿の目的

第一章 実証主義をめぐる諸学説

第一節 概念法学、法律実証主義、学問的実証主義

第二節 観念論的法理解

第二章 サヴィニーにおける実定法

第一節 『立法と法学における我々の使命』における議論

第二節 『現代ローマ法体系』における議論

第三章 実証主義国法学と法の実定性

第一節 ゲルバー私法学における民族と法

第二節 ゲルバー国法学における民族と法

結び

序論 本稿の目的

本稿の目的は、一九世紀ドイツ国法学における主流的学派であった実証主義国法学（その代表的論者はカール・フリードリヒ・フォン・ゲルバーとパウル・ラーバントである）をより深く理解するために、従来の研究において一九世紀ドイツ国法学を特徴づけるためにしばしば用いられてきた「実証主義」およびこの概念に密接に関わる「実定

「法」あるいは法の「実定性」という概念について、歴史法学との関連を意識しつつ、検討を加えることである。⁽¹⁾

そもそも、実証主義国法学がなぜ「実証主義」と呼ばれるのか。一例として、オリヴィエ・ジュアンジャンの議論を確認しよう。ジュアンジャンによれば、法学における実証主義とは、「一九世紀において、特定の科学性の基準を標榜し、かつ自然あるいは歴史の名の下に現行法に解釈や修正を通じて影響を及ぼしうる法源としての自然法や歴史に依拠することを拒否する立場」⁽²⁾である。このような実証主義は国法学にも影響を与え、ゲルバーが実証主義の立場に立って活動を始め、ラーバントによって完全に遂行された。⁽³⁾

「早くも一八五二年に、ゲルバーは、憲法学に「真正な科学的取り扱い」を与えるべき時が来たと記している。自由主義的な激動が収まった後、「真正な」国法学が開かれることになった。それゆえ、ゲルバーは、自らの著作をドイツの王党派的反動の流れに棹指すものと明確に位置づけたのである。

真性な科学的取り扱いとは、憲法学の領域からあらゆる政治的、倫理的、道徳的さらには歴史的な考慮が排斥されるべきことを意味する。これが実証主義のライトモチーフであって、実証主義は、法学から法以外の要素を取り除くこととして自己規定される。法は、法そのものによってのみ完全に理解され構成されることができ。これが、法実証主義の核心的思想である。⁽⁴⁾

ジュアンジャンと同様に、実証主義国法学が実証主義であるゆえんを、法学から非法的要素を排除することに求める研究はこれまで多く存在してきたが、⁽⁵⁾このような理解には、以下の点から疑問が存在する。すなわち、非法的要素を取り除いた結果として生じるとされる「法」という要素に関する疑問である。ここで想定されている法とはいったい

何を指しているのか。本当に、非法的要素を取り除けば法のみが残るのか。このような疑問について、「実定性」という概念を切り口として説明することが本稿の具体的目的である。ところで、本稿の理解では、この問題に解答を与えるためには、単にゲルバーの議論を確認するだけでは不十分であり、ゲルバーが多くの議論を継承した歴史法学における法の理解を確認する必要がある。すなわち、ゲルバーは、歴史法学の泰斗であるフリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーの考える（法律や慣習、学問といった個々の法源には還元され得ない）観念論的色彩を帯びた「実定法」という概念を大幅に継承している。本稿の考えるところ、この実定法こそがゲルバーの考える実定性を有した「法」（あるいは実定的な法学）の内容である。したがって、サヴィニーの議論について、ごく簡単にであれ、確認する必要がある。

以上を踏まえて、本稿の目的を達成するため、本稿は以下のような構成を取る。まず、第一章では、従来の法思想史において一九世紀ドイツ法学における実証主義的傾向を特徴付ける際にしばしば用いられてきた「概念法学」、「法律実証主義」、「学問的実証主義」といった用語についてごく簡単に確認した上で、これらの用語が不相当であると主張する近年の研究について紹介・検討する。第二章では、サヴィニーが「実定法」という用語をどのように用いていたかを検討し、サヴィニーにおける実定法が、経験によって認識可能な事実還元されるものではないことを確認する。第三章では、ゲルバーが法の理解について比較的明確に表現した「ドイツ法およびドイツ法学一般について」や、『ドイツ私法体系』⁽⁷⁾といった私法上の著作を検討することにより、ゲルバーがサヴィニーの意味で「法の実定性」の概念を強く継承していたことを示した上で、ゲルバーの国法学上の主著である『ドイツ国法綱要』⁽⁸⁾を主たる素材として、ゲルバー国法学においても「法の実定性」をめぐる議論が重要な役割を果たしていたことを示す。⁽⁹⁾

第一章 実証主義をめぐる諸学説

第一節 概念法学、法律実証主義、学問的実証主義

ゲルバーやラーバントもその流れのなかに位置づけられる一九世紀ドイツ法思想が実証主義であると述べられることは少なくないが、この実証主義の性格を位置づけるために様々な用語が用いられてきた。すなわち、「概念法学」、「学問的実証主義」、「法律実証主義」といった用語である。しかし、後で確認するように、今日においては、これらの用語によって一九世紀ドイツ法思想を位置づけることが不適當であると広く認識されつつあるように思われる。だが、これらの近年の議論について触れる前に、そもそも概念法学や学問的実証主義、法律実証主義といった用語がどのような意味を有しているかを確認する必要があるだろう。これらの用語は、論者によって相当程度、用法が異なるものであり、精確な特定が困難な部分もある。したがって、ここではこれらの用語の提唱者の議論を参照し、過度に議論が拡散することを避けることとしよう。

概念法学という用語が、ルドルフ・フォン・イェーリングに由来する用語であることはよく知られている。イェーリングはサヴィニーや特にゲオルグ・フリードリヒ・プファタを念頭に置いて、彼らの法学が現実生活からかけ離れたものであり、きわめて形式主義的・論理主義的であることを論難した。イェーリングは、ロマニステン（パンデクテン法学者）が、死後に赴くこととなる「法学者の概念天国」について、以下のように揶揄的に叙述する。

「理論家の天国がある天体は、もはや太陽系にはなく、太陽の光は差し込まない。太陽はすべての生命の源泉だが、概念は生活と調和しない。概念は、それが生活とのあらゆる関わりを絶って完全にそれだけで単独で存在する世界を、それ自身のために必要とするのだ」。

イェーリングによれば、「法制度をその現実の実際の意義を見ることなしに純粹に法源あるいは概念から組み立てる能力」を証明しない限り、この天国に入ることではできない。最初にこの天国に入ったのはプフタであるが、サヴィニーはかろうじて入ることができたとされる。⁽¹⁰⁾このような概念法学に対する批判と同時に、イェーリングは、生活との関係を重視する利益法学へと向かったとされるが、この点については本稿の目的からしてこれ以上論ずる必要はないだろう。

続いて、学問的実証主義および法律実証主義について確認しよう。この区別を広く知らしめたのはフランツ・ヴィアッカーである。学問的実証主義という語は、すでに確認した概念法学におおむね対応するものとして理解されることがあるが、⁽¹¹⁾ヴィアッカーの議論の意義は、この学問的実証主義と法律実証主義を区別した点にあるだろう。ヴィアッカーは学問的実証主義について以下のように論ずる。

歴史法学は、その力のほとんどを体系的私法教義学の構築に注いだ。その最も重要な現れはパンデクテン教科書であり、この学派はパンデクテン法学となった。

「このような法学「パンデクテン法学」の基礎には、学問的実証主義という法の見方が存在する。この法の見方は、すべての法命題とその適用をもつばら法学的諸概念および諸命題から導出しようとする。その際、この法の見

方によれば、法律学の外にある価値評価、たとえば宗教的、社会的あるいは学問的「原語は wissenschaftlich であるが wirtschaftlich の間違いか？」諸価値や諸目的に法創造ないし法変更を行う力を認めることはない。「倫理的、政治的あるいは国民経済学的熟慮は法律家それ自身の課題ではない」と一八八四年になおこの学派の大家であるヴィントシャイトは述べている。「……」サヴィニーおよびその同時代人は、このような確信の倫理的基礎付けをカントの法理論から借用した。カントによれば、法秩序は倫理そのものではなく、倫理を可能とするものなのであり、したがって「固有の存在意義」を持つ。このような哲学的基礎付けは、しかしながら、引き続く世代においてますます色あせた」。

このような学問的実証主義の特徴は、所与の法秩序を体系、それも完結性、無欠缺性を要求する体系として把握することである。いかなる法的ケースにおいても概念的包摂が可能であり、裁判官の法発見といわれるものは常に包摂であり、一つの論理的行為である、とされる。⁽¹²⁾

このような学問的実証主義から移行したのが「法と正義をもっぱら国家意思に還元する」法律実証主義である。⁽¹³⁾ 法律実証主義は、一九世紀中葉以降に存在した多くのドイツ諸国家における法典（刑法典、民法典）編纂活動を背景として登場した。

「一八四八年以降、自由主義的統一運動は、政治的敗北の後も、全ドイツ的法典のために活動し続けていた。学問的実証主義の代わりに、法律実証主義が登場するに至った。これは、公的意識においてはほとんど気づかれなかったが、法学に対する国家の勝利であり、文化国民に対する政治的国民の勝利であった。このようなわけで、「ロ

「マ法」継受以来初めて、全ドイツにわたって国家による法の定立が学問的法形成から独立した。学問的法形成に對して、法律において表明された「民族意思」が取って代わった。しかし、この民族意思は、立憲国家においては歴史的・権威的な力によって直接的に表現されたわけでも、障害なく表明されたわけでもない。実際には、立法はさしあたっては厳密に学問的に思考する内閣官僚制の仕事であった⁽¹⁴⁾。

このように、ヴィアッカーによれば、法を認識するにあたっての法学の重要性は、(留保を伴いつつも)学問的実証主義から法律実証主義への移行過程において欠落し、後者においては法律こそが決定的な法源であると認識されることになるのである。

本稿が叙述の主たる対象とするゲルバーやラーバントについても、しばしば、彼らが学問的実証主義に属するののか、法律実証主義に属するののかという関心から検討されることがある。一九八六年に公表された論文においてマンフレッド・フリードリヒは、ドイツ帝国成立前に活動したゲルバーを帝国憲法という統一的な法典が存在しないにもかかわらずドイツ全体に妥当するような国法を学問的体系化により導出しよとしたという理由により学問的実証主義に分類し、ラーバントを帝国憲法という法典を前提として議論を行ったという理由により法律実証主義に分類していた⁽¹⁶⁾。

これに對し、今日ではこのようにゲルバーは法学的実証主義、ラーバントは法律実証主義であると機械的に分類する議論が有する説得力は見失われているように思われる。たとえばヴァルター・パウリーは、ゲルバーもラーバントもともに意思というコードに基づいて学問的に国法学体系を構築しようとする明確な意図を有していたことを強調し、ラーバントを素朴に法律実証主義と見る議論から批判的に距離を取っている⁽¹⁷⁾。また、クリストフ・シェーンベルガーも、「両者「ゲルバーおよびラーバント」においては妥当する法を特定の一般的概念から再構成する法学的実証主義

が問題となっているのであって単なる法律実証主義が問題となっているのではない⁽¹⁸⁾としてゐる。ただし、シェーンベルガーによれば、みずからの学問的対象としてドイツ帝国国法という実定法がすでに存在していたラーバントについてはともかく、ゲルバーにとつては、統一的な憲法典は存在していなかった。したがって、「ラーバントは実定的に妥当する帝国国法を解釈し、体系化した」のに対し、「ゲルバーは実定法を取り扱ったのではなく、学問的体系を構成したのであった。この体系は、ドイツの立憲君主制が有する共通性から抽出するように加工され、解釈されたものである⁽¹⁹⁾」と説明し、両者の間にある程度の相違が存在することを認めている。

第二節 観念論的法理解

さて、ここまでごく簡単にだが、概念法学、法律実証主義、学問的実証主義といった用語法について確認してきた。これらの用語のなかでも、本稿冒頭で見たジュアンジャンの議論が、実証主義国法学を学問的実証主義に引きつけて理解する議論ときわめて類似したものであることは明らかであろう。これ以上これらの用語について検討することは、本稿の目的からしてそこまで重要ではないのでここで断念し、これらの諸用語の法思想的有効性を疑う近年の議論について確認しよう。

まず、概念法学という用語が不適當であるとする議論については、今日では邦語文献レベルでも広く知られている。すなわち、サヴィニーにせよ、プフタにせよ、あるいは彼らの継承者であるベルンハルト・ヴィントシャイトにせよ（歴史や社会的現実を無視した）純粹な論理操作により法解釈が成り立つとは考えていなかった。彼らにおいては現実感覚や柔軟性に富んだ理論、生活に即した社会正義に対する関心が見いだされるのだとされる⁽²⁰⁾。

概念法学のみならず、学問的実証主義や法律実証主義という用語についてもその不適切さが指摘されている⁽²¹⁾。まず、

法律実証主義について確認しよう。たとえば、ヴォルフガング・ペゲラーは、法律実証主義の代表的担い手と目されることの多いカール・ベルグホームの議論を検討し、ベルグホームの時代の法素材の大部分は法律というより法学や司法によって表現されていたことが指摘され、彼を法律実証主義と位置づけることはできないと論じている。⁽²²⁾ また、ヤン・シュレーダーも、第二帝政期頃の多くの法学者（たとえばゲルバー、イェーリング、ヴィントシャイト、ラーバントらの名が挙げられている）にとつて、確かに法律は重要な役割を果たしていたが、今日におけるほど、立法者によつても法理論家によつても法律は過大評価されておらず、重要であったのは法学および法実務による法の継続的・発展的形成であつたと説き、ベルグホームについてもペゲラーと類似した見解を示す。⁽²⁴⁾ このことはドイツ民法典（BGB）制定後も大きく変化しただけではない。というのは、BGB自身が法学と法実務によつて補充されることを予定していたからである。⁽²⁵⁾ 結論として、シュレーダーは、法律実証主義に接近する傾向がしばしば見られるとしても、法律を唯一の法源と見る立場（法律実証主義）は一九世紀や二〇世紀の法理論家の間にはほとんど存在しなかつたとする。⁽²⁶⁾

次に学問的実証主義という用語に対する批判について確認しよう。この批判はより複雑である。シュレーダーによつて行われた学問的実証主義の存在性を疑う議論は、（サヴィニーおよびその後継者は）「学問的」実証主義である」というよりも「実証主義である」という見方を批判するものとなっている。この点をより詳細に検討するためには、シュレーダーの歴史法学論、とりわけサヴィニー論をあらかじめ確認する必要があるため、まずはこの点について触れよう。

シュレーダーの議論の前提に存在するのは客観的観念論者としてのサヴィニーという像である。ゲオルグ・フリードリヒ・ヴィルヘルム・ヘーゲル、フリードリヒ・シュレーゲル、フリードリヒ・シェリング、フリードリヒ・ヘル

ダーリンらと共通した思想を有し、「現実において、絶対的なもの、普遍的なもの、必然的なものなどが作動していると見ていた」客観的観念論者としてサヴィニーを捉えるという像は主としてヨアヒム・リュッケルトによって説かれたものであるが、⁽²⁷⁾シュレーダーはリュッケルトの議論を大幅に受容しつつ、以下のように説く。

歴史法学（ここでは主としてサヴィニーが念頭に置かれている）にとって、法は常に実定法であった。しかし、歴史法学にとって実定法とは、一七世紀後半や一八世紀の自然法論者が考えたように立法者の意思によって成立するものではなく、民族精神や民族の意識から生じるものである。このことから、歴史法学にとって、法とは恣意的なものや偶然的なものではなく、「内的必然性を備えた所与の素材」を包含し、「即自的に必然的・倫理的な秩序」を含むこととなった。⁽²⁸⁾

「このことは、法律学方法論について、重要な帰結をもたらす。歴史法学にとって法は諸規定の無秩序な集合体として現れるのではなく、歴史法学は法において「内的な首尾一貫性」や「有機的な形成力」を前提とすることができた。「歴史法学にとっては」法の「体系」や、「全体的作用に至る相互的な完結性」が存在する。あるいはプフタが表現するように、「法は理性的なものである。このような側面によって、法は体系であり、属と種からなる有機体を形成するのである」⁽²⁹⁾。

シュレーダーによれば、学問的実証主義と呼ばれる立場は、このようなサヴィニーの客観的観念論を受け継いでいる。

「学問的実証主義という言葉によって」一般的には歴史法学およびパンデクテンが想定されている。このことは

「……」、法は、経験的に見いだすことのできる法律たる法および慣習法からのみ読み取られるが、しかし理性的な、そしてみずからを有機的に展開する全体なのであり、この全体から学問はさらなる法命題を導き出すことができるという立場に至る。しかし、このような立場を「実証主義」と名付けることはできない。ここで問題となっているのは、観念論的法理論なのであり、この理論は実定的に所与のものに目を向けるだけではなく、この所与のものに含まれているとされる理性的なものにも目を向けるのである。

「学問的実証主義」という名称が一九世紀後期における歴史法学の末裔（ベルグホム、ラーバント）——彼らはすでに歴史法学の観念論的法概念から離れているが、しかしなお歴史法学の方法論的理念に固執している——に對して用いられることが、一見したところもっともらしいだけにとりわけ悩ましい。ここでは観念論も実証主義も存在せず、一方から他方への移行という現象が存在するのであり、このような現象はそのようなものとして分類されるべきなのである⁽³⁰⁾」。

ヴィアッカーによる法律実証主義という性格付けに対するシュレーダーの批判が、「法律実証主義という概念には実証的な裏付けがない（法律を唯一の法源と捉える学者は当時においては数少なかつた）」という比較的わかりやすいものであったのに対し、ヴィアッカーによる学問的実証主義という性格付けに対するシュレーダーの批判は、「すべての法命題と判決とを法学的諸概念および諸命題から導出しようとする法の見方」を取る立場が存在するというヴィアッカーの議論をおおむね受け入れつつも、しかし、このような学問的実証主義の背景にある思想を実証主義であると位置づけることは適切ではない、とする議論であるといえるだろう。

学問的実証主義は実証主義ではないとするシュレーダーの主張が、本当に適切なものであるかは明らかではない。

ヴィアッカーが学問的実証主義を実証主義と呼ぶ場合、法律学の外にある価値を過小評価し、学問的に構築された法的体系にのみ焦点を当てる傾向を指して法実証主義的であると述べているように思われる。これに対し、シュレーダーが学問的実証主義は実証主義ではないという場合、サヴィニーやその後継者たちの議論の根底には、観念論的法概念が存在し、現実が存在する法（実定法）には必然的に理性的なものが含まれている——それゆえ、法は経験的事実に還元できない——ことがその根拠とされている。法学における実証主義という概念がきわめて多義的な意味合いを持つことは周知の通りであるが、加藤新平の分類に従えば、ヴィアッカーにおいては主として法の解釈適用の問題（法学的方法）について、シュレーダーにおいては主として法の一般理論について実証主義的であるか否かという議論が行われているように思われる。したがって、シュレーダーの所説を認めたとしても、必ずしも学問的実証主義という用法が即座に許されないとされるわけではないと思われる。

しかし本稿は、これ以上用語法を巡る対立について深入りすることは避け、シュレーダーの議論そのものに注目したい。シュレーダーの議論は、歴史法学の根底に存在するのは、経験的に確認できる法律や慣習法そのものではなく、その根底にある民族精神やそこから現れる理念であることを指摘している。シュレーダーやリュッケルトは実証主義国法学については本格的に論じてはいないが、本稿の理解では、このような認識は、歴史法学を受け継いだとされるゲルバーやラーバントの理解にも大きな進展をもたらす⁽³²⁾。このことは、ゲルバーやラーバントにおける法学観と、オーギュスト・コントらによって説かれたような実証主義（＝形而上学批判）との（直接的な影響関係とまではいわないまでも）類似性がしばしば指摘されるだけに重要である⁽³³⁾。本稿の理解では、そして本稿が示したいのはゲルバーにとって実証主義（あるいは法の「実定性」）のメルクマールは、民族精神や民族の確信と呼ばれるものであるということである。ジュアンジャンやヴィアッカーが説く非法的要素の法からの排除（このような理解それ自体も精確とは

いいがたいのだが」といったものは、法を民族精神の反映と捉えることから生じる付随的結果にすぎない。しかし、以下では、ゲルバーの議論を取り扱う前に、サヴィニー自身の議論を今しばらく確認することとしたい。

第二章 サヴィニーにおける実定法

第一節 『立法と法学における我々の使命』における議論

さて、サヴィニーの法思想、とりわけ法典編纂反対論が取り上げられる際、従来の法思想史においては、法典編纂の動きの背景に存在する自然法論に対する反発という観点から検討されることが多かった。⁽³⁴⁾ もちろん、このことは間違っているわけではないが、しかし、サヴィニーの批判は自然法論に対してのみ向けられたものではない。

歴史法学、とりわけサヴィニーの出発点の一つがドイツ統一民法典を制定しようとする動きに対する批判であったことはいうまでもない。その際、『立法と法学における我々の使命』⁽³⁵⁾（以下、『使命』という）におけるサヴィニーの認識では、ドイツ統一民法典制定の動きは、歴史的には二つの源泉を持つ。第一のものは以下のような思想である。

「ドイツ民法典が制定されるべきだという意見は第一に、一八世紀中葉以降に見られた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、ヨーロッパ全体にわたり、まった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にはその本性に相応しい発展があること——こうしたことに対する感受性こそが、何にも

まして、歴史を救いあるもの、そして実りをもたらすものにするために不可欠なのに、これが消失した。その代わりに出てきたのは、今という時代に対するある法外な期待であった。絶対無欠性とでもいうべきものを実際に表現するには、この期待こそふさわしいのだと人は信じた。かような衝動はあらゆる方面で現れた。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、こうした衝動に対していたるところで自然な反発が見られ、もって、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った。また、市民法の領域でもかかる衝動は作用した。すなわち人は、新たな法典を欲した。法典はその包括性によって司法実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、みずから判断を下す任務からおよそ解き放たれて、法律の文言の適用に専心するだけだといふのである。しかも法典は、歴史的個性とはおよそ無縁たるべく、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」(V.B, S. 4-5 [邦訳：17-18頁])。

第二のものは以下のような思想である。

「第二に、かの「法典編纂の」提案は、ドイツの法曹の大多数にかねてより支配的な、あらゆる実定法の成立についてのある一般の見解と結びついたものである。この見解によると、通常は、およそ法は法律によって、つまり最高の国家権力が公布した規範によって、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」(VB, S. 6-7 [邦訳：19-20頁])。

サヴィニーの説くところ、第二の思想は、第一の思想より古くから存在するものであり、両者が対立することもあったが、共存することの方がはるかに多かった。

「しばしば両者の仲立ちとなったのは、次のような確信である。すなわち、実践的自然法あるいは理性法とでもいうべきものがあるに違いない、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い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」(VB, S. 7 [邦訳：20-21頁])。

サヴィニー自身は、これら二つの思想について特に名前を与えていないが、守矢健一は、ステン・ガグネアの研究を踏まえて、第一の思想について理性法論、第二の思想について法律実証主義と呼ぶ⁽³⁶⁾。ここでまず確認されるべきは、サヴィニー自身は、理性法論(自然法論)に反対すると同時に、法というものは法律、すなわち最高の国家権力が明示する指示に還元されるのだ、法の内容は偶然的なものなのだ、という思想(法律実証主義)をも自身の立場とは区別していることである⁽³⁷⁾。このような用語法はヴィアッカーのそれからは逸脱するものであるが、『使命』における議論を確認する限りでは、さしあたりは適切と思われる。

さて、このような理性法論と法律実証主義との共犯関係に対抗して、サヴィニーは「実定法の成立」というタイト

ルを有する『使命』第三章のなかで、法が民族の中で歴史的に生成するのだという発想を提示する。

「まず、記録された歴史をみると、市民法はすでに、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 *Sitte*、国制 *Verfassung* 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すぎない。これらの現れをひとつに結びつけるものは、民族に共通の確信であり、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、現象発生が偶然と恣意的決定とに基づくとという思考をおよそ一掃する」(VB, S. 8 [邦訳: 21-22 頁])。

このような法と民族の有機的連関は、時代が進展しても維持される。法は、言語のような、民族におけるほかのすべての活動と同様に、内的必然性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 (VB, S. 12 [邦訳: 25 頁])。しかし、発展した法においては、法の細部に至るまで、誰もが民族の共通の確信に至ることができるわけではない。

「開拓がより進んだ時代には、民族の活動は、すべからく相互に独立していく度合を深める。そして、これまで法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。法の存在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あり、つまりある主体による意思的決定や意図によることなく、生成し得たということも、理解し得るのである」。

法におけるこのような二重の生のうち、前者は自然的な法 *naturliches Recht* (サヴィニーはわざわざ自然法 *Naturrecht* とは異なると断っている)、後者は学識法 *gelehrtes Recht* と換言されている (VB, S. 13 [邦訳: 25-27頁])。さて、サヴィニーはここまでの議論を要約して、有名な慣習法による法の生成論を説く。

「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よるなら、慣習法 (*Gewohnheitsrecht*) 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信仰とによって、次に法学によって、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、立法者の恣意によつてはならぬ」 (VB, S. 13-14 [邦訳: 28頁])。

サヴィニー自身も示唆しているように、そして、法学 (学識法) が慣習法に含まれていることから理解できるように、ここでいわれる慣習法が、一般的な法源論の一カテゴリーたる (法律、判例、学説等と並べて論じられるところの)

慣習法とは直接重ならないことには注意する必要がある。⁽³⁸⁾ 法源論の一カテゴリーとしての慣習法については、後述するように、サヴィニーは存外、冷淡である。『使命』における慣習法の議論は、つまるところ、「慣習法の理論というよりは、むしろ法成立の諸要因に関する一般理論なのである」。⁽³⁹⁾ 換言すれば、ここで行われている議論は、法は民族の中で、民族とともに歴史的・有機的に展開するという理論以外の何物でもない。

第二節 『現代ローマ法体系』における議論

さて、このような『使命』における議論を踏まえた上で、『現代ローマ法体系第一卷』⁽⁴⁰⁾（以下『体系』という）における法源論を確認しよう。『体系』における法に対するサヴィニーの見方は、『使命』におけるそれとはやや異なった印象を与えるのだが、この点については、『体系』の法源論を確認しつつ触れていこう。

さて、『体系』の法源論において最も重要な概念は「実定法」である。『使命』では実定法という概念はただ前提とされているだけにすぎず、取り立てて説明がなされていなかったが、『体系』では正面から取り上げられている。しかし、サヴィニーのいう実定法は、通常いわれるものとは大きく異なる。サヴィニーは実定法を以下のように説明する。

法は、偶然の影響によって、あるいは人間の意思や思慮、英知次第で全く異なって成立するのだと考える議論が存在する。しかし、このことは、ある法関係が問題となったり意識されたりするときには、その法関係に関する規則はすでに存在しているという明白な事実⁽⁴¹⁾に反する。

「一般的な法のこの性質、すなわち、それを求めることのできる所与の状態においてはどこでも所与のものとし

てすでに現実的な実在 *wirkliches Dasein* を有しているという性質から見て、それを**実定法**、*positives Recht* と呼ぶ。

さらに、実定法の主体を、すなわち実定法がその中に、またそのために存在するところの主体をたずねるとき、我々はそういうものとして民族を見いだす。民族の共通意識の中に、実定法は生きているのであり、それゆえに我々は**実定法を民族法**、*Volksrecht* と呼ぶこともできる。しかし、このことを決して、民族の個々の構成員の恣意によって法が作り出されるかのように考えてはならない。「……」むしろ、すべての個々人において共通に生きて活動している民族精神が**実定法を生み出す**のであ「る……」。

実定法の成立をこのように考えるにあたって、さしあたりまだ、民族の生活が時とともに進んでいくことを度外視した。いま、そのことが法に及ぼす影響をも考察するとき、そのことにとりわけ固定力を認めなければならぬであろう。法確信は、民族において生きていることが長ければ長いほど、ますます深く民族の中に根ざすであろう。さらに、法は慣行 *Übung* によって発展するであろうし、はじめは単に萌芽において存在していたものが、適用によって一定の姿で意識されるようになるだろう。それから、法の変化もまた、この方法で生ずるだろう。というのは、個々の人間の生活においては、完全な静止の瞬間というものは見られず、ずっと続く有機的発展が見られるが、民族の生活においても、またこの全体的生活を構成する各個の要素においても、事情は同じであるからである。現に、言語において、ずっと続く継続的形形成と発展が認められるが、法においても同じ仕方であることが認められる。また、この継続的形形成も、最初の成立と同じ法則に、すなわち、偶然や個人的恣意から独立した、内的な力と必然性から生み出されるという法則に服している」(SR, S. 13-17 [邦訳：41-43頁])。

すなわち、法は人間が作為的に作り出すものではない。法は、人間が作為的に作り出す以前に、現実が存在しているという意味で、実定法であり、法は民族に由来するものであるので、民族法でもある。実際、『体系』の中では実定法と民族法は互換的に用いられている。

ここで、実定法という語で論じられているものは、『使命』における慣習法にあたるものと考えてよいだろう。では、実定法と、法源としての慣習法や立法はどのような関係にあるのか。

まず、慣習法について確認しよう。サヴィニーは、まず、偶然と恣意によってなされた何らかの決定が繰り返されることによって、すなわち慣習によってのみ法が成立するという見解について取り上げ、この見解を以下のように批判する。

「ところで、各個の実定法の真の基礎に、すなわちその不動の核心に目を向けると、上述の見解では、原因と結果の真の見解がちょうど逆になっている。その基礎は、民族の共通の意識の中に存在し、実在している。この存在は、目に見えない。それでは、どのような手段によってそれを認識することができるか。我々がそれを認識するのは、それが外部的な行為によって現れることによって、すなわち、それが慣行、習俗、慣習 *Gewohnheit* において現れ出ることによってである。続けられた、したがって永続的なやり方の一様性で、我々は、単なる偶然とは逆の、その共通の根源を、すなわち民族の信仰 *Volks glauben* を認識する。したがって、慣習は、実定法の徴表 *Kennzeichen* であって、その成立原因ではない。[……]

ところで、ここで、個々の場合に現れた民族法の慣行が民族法の認識の手段と見られなければならないと主張したが、これは間接的認識と称し得るものであって、民族法が成立し、引き続き生きている仲間関係の一員に自分は

属さないで、民族法をいわば外から見ている人たちにとって必要なものである。というのは、そういう仲間関係の一員である人たちは、直感に基づく直接的認識をするので、慣行の個々の場合からこのように推論することを要しないからである」(SR, S. 34-38 [邦訳：57-59頁])。

サヴィニーの議論の趣旨は明白であろう。個々の慣行、習俗、慣習(以下ではまとめて慣習という)それ自体は決して実定法ではない。個々の慣習は、徴表として、その背景に存在する民族の意識を、すなわち実定法の存在を推測させるという意味を持つにすぎないのである。さらにいえば、このような徴表としての慣習も本来は必要がない。民族に属していれば、何が実定法であるかは、本来は、直感により認識することが可能であるからである。

慣習それ自体は実定法ではなく、単なるその徴表にすぎないことから、正しい慣習(実定法に合致した慣習)と間違った慣習(実定法に合致しない慣習)との区別が生じ得る。サヴィニーは、慣習法が成立するための条件を八つ挙げてゐる。すなわち、(1) いくつかの行為が存在するべきである。(2) 一様の連続した行為が存在するべきである。(3) そのような行為が長い期間を通じて反復されるべきである。(4) 判決が特に慣習法を基礎にしているときは、判決は慣習法の存在についての重要な証明となる。(5) 法的必然性を伴ってその行為がなされること(単に気前よくその行為がなされた場合には慣習法とはならない)。(6) 行為が錯誤に基づいていないべきではない。(7) 行為が合理的であるべきである。(8) 個々の行為に公知性は必要ない(SR, S. 171-181 [邦訳：168-173頁])といった条件である。ここでは、(6) についても少し確認しよう。サヴィニーは「理性から導き出されるのではなく、まず錯誤から、次いで慣習から得られるものは、ほかの類似の場合において効力を有さない」というディゲスタ第一巻第三章第三九法文を以下のように説明する。

「すなわち、慣習が共通の法確信に由来するのではなく、それどころか（そういう確信を必然的に排除する）錯誤に由来することが証明された場合には、それゆえに慣習法が認められるべきではなく、したがってそこには将来の同種の場合、この規則に従って判断すべき理由は見いだされない」（SR, S. 178, Anm. (1)）〔邦訳：173頁脚注（一）〕。

慣習は錯誤に基づき得る。錯誤に基づいた慣習は、法確信による承認を得ていない慣習であり、このような慣習は法ではない。慣習は、民族の法確信を反映している限りで実定法たる慣習法となるのである。

ところで、先にも触れたように、『体系』において慣習法という名で論じられている問題は、『使命』における慣習法論とはまったく同じものというわけではない。『使命』において慣習法という名前で論じられていたものは、「法は、まずは習俗と民族の信仰とによって、次に法学によって、生み出される」という法成立に関する理論であった。しかし、『体系』においては、法成立に関する理論は、むしろ、実定法という言葉の下で取り扱われており、慣習法という言葉によっては、あくまでもどのような場合に個々の慣行が慣習法として成立するのかわという問題（法源論）が取り扱われているにすぎないのである。

次に立法について確認しよう。ここでは、実定法それ自体は目には見えないが、現実が存在している（だからこそ直感によって把握される）ことが前提とされており、このような不都合に対応することが立法の意義であるとされる。

「仮に実定法が最高の確定性と確実性を有するとしても、やはり、思い違いや悪意から実定法の支配から免れよ

うと試みられることがあり得るだろう。そのため、実定法に外部的に認識可能な存在を与えることが必要となり得るのであって、そういう存在の力によって、個別的な意見がすべて片付けられ、不法な意思を有効に克服することが容易になる。こうして言語によって形を与えられ、絶対的な力を備えた実定法は、法律と呼ばれ「No……」(SR, S. 38-39 [邦訳：59-60頁])。

このような法律の性質からして、法律の内容は既存の民族法ということとなる。すなわち、法律は民族の機関であり、立法者は民族精神の眞の代表者と見られなければならない (SR, S. 39 [邦訳：60頁])。

さて、このような法律に対するサヴィニーの態度に、慣習法に対するそれと共通のものを見いだすことは容易であろう。すなわち、慣習にせよ、法律にせよ、これらが実定法を作るのではない。実定法はすでに存在し、慣習も法律も実定法を内容としてはじめて法源となり得る、換言すれば、実定法が慣習や法律を作り出すのである。

最後に、学問法は、『使命』における学識法に対応するものと考えられる。サヴィニーによれば、生活の諸関係の複雑化に伴い、法は細目にわたって作り上げられることとなるのだが、このような法を使いこなすためには、法の専門家という特別な職業身分が必要となる。しかし、このような身分はあくまでも民族の一部であり、「法は、この身分の特別な意識の中で、民族法の継続であり、独特の発展であるにすぎない」(SR, S. 45 [邦訳：64頁])。

この学問法は、さらに、理論的研究と実践的研究に分けられる。理論的研究とは、あらゆる純学問的研究であり、法源の原典の確定に向けられていようと、法源の説明に向けられていようと、法源に手を加えて法体系という結果を作ることに向けられていようと、こういう体系の内部的完成に向けられていようと問わない。このような活動によっては、新しい法が作られるのではなく、既存の法がより純粹に認識されるにすぎず、このようなものはさしあたり法

源に属さない。しかし、深遠な研究をしていると定評ある法学者の間である一定の期間、意見の一致が見られる場合には、このような意見には権威が認められる。法律職公務員がこのような権威に無条件に従うことは、当然であるだけでなく、望ましいことである。このようにして、相対的な意味で理論的研究が法源に数えられることはあり得る(SR, S. 87-90 [邦訳：99-100頁])。これに対して、実務的研究とは、法源の内容それだけに限定されないで、同時に、法源が介入すべき生き生きとした法状態に対する法源の内容の関係を目を注ぐあらゆる研究である。このような研究は、専門家の裁判所、特に同業団として形成される裁判所においてはどのような裁判も学問的性格を担うゆえに、慣習法の機関であり、同時に学問法の一部であるとされる(SR, S. 90-91 [邦訳：101頁])。

さて、ここまで確認してきたサヴィニーの法源論を踏まえるならば、サヴィニーを経験主義的に把握しようとするH・H・ヤーコブス⁽⁴³⁾が示す認識(民族の機関である立法や学問と異なり、慣習は民族の確信を直接的に体现している⁽⁴³⁾)は、やや誤解を招くもののように思われる。確かに、すでに見たように「法は慣行によって発展するであろう」と『体系』におけるサヴィニーが述べていたことを踏まえれば、『使命』と同様に、『体系』においてもサヴィニーが立法ではなく、まずは慣習が法成立の基本的あり方であると捉えていることについては疑いはない。しかし、法成立の基本的あり方が慣習であることと、慣習そのものが民族の法確信を直接的に体现していることは別の問題である⁽⁴⁴⁾。すでに確認したように、慣習が法確信を適切に表現していないことも当然にあり得る。(実定)法が、まずは慣習によって具体化されるにせよ、すべての慣習が民族の確信を反映しているわけではない。また、すでに確認したように、徴表としての慣習は、実定法を認識するためには本来は必要なく、民族に属していれば、何が実定法であるかは、直感により直接的に認識することが可能である(慣習≠民族の確信の徴表論の知名度に比して、このことはこれまでそれほどは強調されてこなかったのではないかと思われるが)ことからしても、慣習と法確信との間にヤーコブスが考

えているほどの必然的連関が存在するとまで考えることはできないのではないだろうか。むしろ、サヴィニーは慣習の背景に実定法という観念的な存在が実在しており、この実定法という基準に合致しているかどうかにより、経験的に把握し得る慣習の正誤が判断されると考えているという意味で、反経験主義であり、観念論的である。本稿の理解では、サヴィニーにおける反経験主義的・観念論的な法理解が最も明確に顕れているのは以下の文章である。

「民族法の中には二つの要素がある。すなわち、各民族に特別に属している個別的要素と、人間の本性の共通性に基づく一般的要素である。両方の要素が法史学および法哲学において学問的に承認と満足を得る。ところで、昔から法の性質の究明に従事してきた人たちの中には、法の理念をなにか独立して存在するものとして取り扱い、現存する現実の状態の中で理念の姿や、この状態への理念の考え方の影響に無頓着であった人が少なくない。しかしながら、自分の学問的な仕事に、現実の法状態に対する一定の関係を与えようと努力した人たちも、その場合しばしば、上述の二つの要素のうちどちらか一方だけを承認することによって法を一面的に取り扱うことになってしまった。すなわち、一方の人たちは、法の内容を偶然的などうでもよいものと理解し、事実そのものを認めることで満足したことによって、そうなってしまった。もう一方の人たちは、本当はすべての民族がそれぞれの実定法の代わりにただちに採用するのがよいような、すべての実定法を超越する標準法をたてることによって、そうなってしまった。前者の一面性は、法におけるすべてのより高い使命を見誤るのに対し、後者の一面性は、法からおよそすべての生命を奪う。一般的な課題を認めて、それをそれぞれの仕方で解決するのが個々の民族の歴史的課題であると考えるならば、どちらの間違った道も避けられるだろう。」(SR, S. 52-53 [邦訳：69-70頁])。

ここまでの議論をまとめよう。『使命』のサヴィニーは、単に反理性法論の立場をとっているだけでなく、法律実証主義にも反対し、「慣習法」による法形成こそが本来の姿であることを説いた。これに対し、『体系』におけるサヴィニーの議論には、若干の力点の相違が存在するように思われる。『体系』におけるサヴィニーの議論は、(理性法論に反対したのは当然として) 法律実証主義批判にとどまるものではない。『体系』においてサヴィニーは、同時に「慣習が法を作る」という発想にも反対した、あるいはこのような反対が『体系』のサヴィニーにおいて明確に現れることとなった。『体系』におけるサヴィニーの法思想にとってもっとも重要なのは、それ自体としては経験的に知覚可能ではないが、現実中存在し、直感によって把握される実定法(民族法)以外の何物でもない。経験によって知覚可能な法律にせよ慣習にせよ、これら自体が実定法を作り出すことはあり得ない。立法も慣習も、さらには学問も、目には見えない実定法に形を与えるものであるという以上の意義は持ち得ない。したがって、サヴィニーの議論を単に反法律実証主義とのみ位置づけることは(反法典編纂というトーンで書かれた『使命』において反法律実証主義的傾向が顕著であることは否定しないが) 不十分であり、サヴィニーはあらゆる経験主義的な法理解(経験的に知覚可能な対象に法を限定する立場)に反対したのである。そのため、サヴィニーが反対したところの経験主義的な法理解を、「法律実証主義」と呼ぶことは、間違っていないが不十分である。

第三章 実証主義国法学と法の実定性

第一節 ゲルバー私法学における民族と法

ゲルバーにおける法の概念を論じる際、重要であるのは、ゲルバーが、その学問的キャリアの比較的初期の私法学期に執筆した論文や教科書を参照することである。一般にゲルバーの主著は『公権論』⁽⁴⁶⁾や『ドイツ国法綱要』といった国法学における著作と目されているが、これらの著作よりも、私法学期に執筆された著作においてこそ、ゲルバーの法に対する理解が明白に現れているからである。したがって、以下では、まずは私法学期ゲルバーの著作をいくつか参照することにより、ゲルバーがサヴィニーら歴史法学の立場に対してどのような態度を取っていたかを明らかにすることとしよう。

まずは、ゲルバーがきわめて意識的にサヴィニーの民族精神論を明確に継承していることを確認しよう。⁽⁴⁷⁾ここでは「ドイツ法およびドイツ法学一般について」の一節を取り上げたい。

「法という領域もまた当然ながら前世紀「一八世紀」中葉以来、精神的生活のすべての領域に対して現れた精神的な活動によって把握された。法学もまた啓蒙の時代あるいは——そのようにいってよいのであれば——自然哲学的な時代を有したのである。歴史的に生成した法において恣意的な規則以外のなものも見いださないのである。自然哲学のみずからをこのようなお荷物から可能なかぎり根本的に解放し、自然法およびその創造物の主観的考察の中に安寧を見いだしたのである。健全な人間理性に基礎付けられたとされる新しい構造だけが一般的な混乱から助け起こすことができるようになった。人間は法を自由で主観的な決断にしたがって作り出すことができるということ、人間は人間が正しいと思うことを恣意的に時代に対して命じることができるということが考えられていたのである。したがって、この時代はすべての実定的なもの *alles Positives*——人々はそれを理性法のみすばらしい対立物としてイメージした——を並外れて過小評価することを特徴とした。このような努力の結果がいかに無価値なものであったか、

いかに完全な浅薄化が法律学にこの時代から最終的に生じたかは周知のとおりである。

しかしながら、法律学は我々の学問の発展において否定し得ない価値を有することとなった。このような「啓蒙の時代における」誤りは必要なものだったのであり、このことにより大転換が用意された。この大転換により法律学にはその唯一正しい原理、すなわち歴史的基礎が措定されたのである。このような歴史的基礎により、法律学は民族精神論に関する学の一部であると把握されたのである。法の歴史的な見方は、我々に迫る諸法命題の集まり Masse において、個別的・孤立的恣意の産物の集合 Summe を見るのではなく、民族精神による法的営為の産物を見たり、この法的営為が変転する倫理的性質や経済的影響、そしてそのほかの決定的な状況といった「法を」条件付ける要素からいかにして生み出されるかを見たり、「……」数千年における民族理性を見る。法の歴史的把握は、単に法律の解明に関わるのではなく、法命題を深遠にある民族精神において存在する諸過程の窮極的な外的産物として把握することを教えるという課題を有する⁽⁴⁹⁾。

啓蒙の時代において実定的なものが理性法のみすばらしい対立物として把握されていたというゲルバーの主張については簡単に検討する必要があるだろう。ここでもシュレーダーの議論を確認しよう。シュレーダーは、実定法概念史を以下のように説明する。実定法の「実定化」は一六世紀後半においてジャン・ボダンによって行われた。さらに、実定法 positives Recht あるいは実定法律 positives Gesetz とは、立法者の意思であるという見方がトマス・ホップズによって決定的なものとされ、このような議論は、ザミュエル・プーフンドルフのような自然法論者にとって継承されることになる。プーフンドルフにとって、実定法は、たしかに理性的であったり、目的適合的であったりすることもあるが、それは「立法者の裸の恣意」からも生じ得るのである⁽⁴⁹⁾。すなわち、この時代において実定法とは、

法律実証主義的に捉えられていたのである。もちろん、このように述べることは、この時代が法律実証主義の時代であったことを意味するわけではない。この時代はゲルバーが述べるようにまさに啓蒙の、あるいは自然法の時代であったのだから。そうではなく、あくまでもこの時代の自然法論における実定法のとらえ方が、法律実証主義的なものであったことを指摘するにとどまる。

先のゲルバーの主張は、このような自然法論における実定法観を踏まえて理解する必要がある。ここまで確認してきたサヴィニーの議論も踏まえて、多少本稿なりに敷衍して理解するならば、ゲルバーは、自然法論者が、自然法を理性的であると賞賛しているのに対し、実定法を単なる制定法と同一視し、恣意的なものであるとおとしめていることに対して憤慨しているのである。ゲルバーにとって自然法論者が捉える実定法は、真の意味で実定的という言葉に値するものではない。すでに確認したように、サヴィニーは「実定法」という言葉を民族精神と結びつけることによりはじめて理解することが可能であると説いた。確かに、ゲルバーはサヴィニーとまったく同様の言葉遣いをしていくというわけではないが、この箇所においては自然法論の議論に対し、民族精神論や法の歴史性に関する議論を援用することにより、実定的なものの意義を復権させようとするわけである。すなわち、ゲルバーにとって（実定）法学とは民族精神に関する学（の一つ）である。

続いて、ゲルバーが『ドイツ私法体系』の「法の成立」と題された章において法源の諸カテゴリーをどのように捉えたかを確認しよう。⁽⁵¹⁾ その際、確認しておくべきことは、ゲルバーは、自らの議論の前提としてパンデクテン体系に大きく依拠することを明言しており、そのため、法律については特別に言及する必要はない、と前置きをしていることである（SP, S. 60）。⁽⁵²⁾ ついで述べられているパンデクテン体系として典型的に考えられているのは、おそらくは、当該の章で頻繁に言及されているプフタやサヴィニーの議論ではないかと考えられる。このような理由から、ゲルバ

ーが法律をどのように捉えていたかは必ずしも明らかではない。しかし、ゲルバーが、法律を民族精神と関係づけな
い理性法論に対してきわめて批判的な態度を取っていたことはすでに確認しているため、この点について詳細に論じ
る必要はないだろう。

さて、ゲルバーが『ドイツ私法体系』において明示的に論じているのは、慣習法、貴族の自治、学問の三種である。
このうち、貴族の自治については、ゲルバー自身が深く関心を持っていたテーマであるのだが、⁽⁹²⁾法源としての性質を
否定しており (SP, S. 62ff.)、本稿にとって直接は関係ないので、残り二者についてのみ確認する。

まずは、慣習法である。

「慣習法の有する拘束力が国民的統一としての民族の法確信において根拠づけられている——全ドイツ民族の法
確信であろうと、ただその一部の法確信であろうと——ということは、ドイツ法の実務および歴史によって、以下
の別の命題とまさに同様に確認されている。すなわち、このような慣習法には成文法とまったく同様の効力が認め
られるという命題である。「慣習は」慣習法に関する認識の源にすぎないというローマ法の基本命題は、一般的に
ドイツ法についても同様に認められる [……]」 (SP, S. 60-61)。

このような議論が、本稿がここまで確認してきた『体系』におけるサヴィニーの議論を継承するものであることは明
らかであろう。⁽⁹³⁾サヴィニーにとってと同様、ゲルバーにとっても、慣習それ自体は法を形成しない。慣習法を形成す
るのは民族精神であり、慣習は慣習法を認識するための手段にすぎないのである。

次いで、学問法について確認しよう。ゲルバーは学問法を二つに分けている。一つ目の学問法は、「妨げられた法

形成を補い、固有法の個々の破片を集め、このような破片の歴史からその内的性質を探求し、獲得された原理から補充的な根本命題を流れさせる」(SP, S. 67-68) ものである。二つ目の学問法は、「法律家はただ慣習法の形成のための機関にすぎず、法律家は民族における精通者 Kundigen として慣習法を語る」(SP, S. 68) ものであり、具体例として、判例 Praxis や裁判慣例が挙げられている (SP, S. 68, Anm. 5)。ゲルバーのこの学問法の区別が、サヴィニーにおける理論的研究と実務的研究との区別に影響を受けていることは、ゲルバー自身がサヴィニーの『体系』の該当箇所に言及していることからしても疑いはないだろう。

さて、以上の簡単な検討からわかるのは、ゲルバーの法源論が、実定法をあらゆる法源の前提としたサヴィニーの議論を下敷きとしたものであることである。すなわち、ゲルバーもまた、サヴィニーと同様に、法を経験的に把握可能な事実⁽³⁴⁾に還元しておらず、まずは民族の確信として把握しているのである。

第二節 ゲルバー国法学における民族と法

続いて、ゲルバー国法学において民族精神論がどのような影響を果たしていたかを確認しよう。本稿の理解するところ、この論点が最も鋭く現れているのは、ドイツ国法の統一性という問題である。ドイツ帝国成立以前に活動したゲルバーの国法学にとっては、当然のように「一つのドイツ国法」について論じることが許されたわけではなかった。実際、一八五二年に公刊された『公権論』において統一的なドイツ国法の存在についてゲルバーは否定的な見解を述べる。

「私がドイツ私法に対して要求している学問的統一は、決してドイツ国法には帰され得ない。すなわち、ドイツ

私法の学問的統一性は、共通のドイツの民族精神の直接的作用に基づいているからであり、このような作用は、ドイツ民族における各諸国家の特殊性によっては削除されないものである。そして、国法もまたしばしばこのような共通の民族の力の影響の下にあるということは否定されないにしても、しかし国法における法の発生は、地域的な制約や状態の外的な作用にあまりにも強く結びつけられており、また、地域的なものと共通のものあいだの具体的な対立や、特定の諸領邦における意識的な完結性に対して本質的に従属しているので、かの觀察「ドイツ国法の統一性」はまったく正当化されないのである。また、イギリスやフランスの国民においては、現実に存在する政治的理念の大部分が、偶然の産物といわれることなしに、国民的な財として見られるのに対し、ドイツにおいてはこのようなことはあり得ないことも見逃すことはできない⁽³⁵⁾」。

このような議論に対し、一八六五年に初版が公刊された『ドイツ国法綱要』においては、異なった見解が示されている。すなわち、ゲルバーによれば、国法とは、現実に存在する国家の意思力を前提とする以上、本来は、特定の国家（領邦国家）の法であるほかはない。しかし、ゲルバーは以下のように述べることにより、「一つのドイツ国法の存在を正当化する。」

「ドイツの諸国家は、同種の政治的出来事の影響下にあるドイツ国民のかつての帝国的統一から展開してきており、その統一の創設に際しては、常に意識されたドイツ民族の精神がありありと関与してきたし、今なおしているので、個々のドイツ憲法の根本原理は決して偶然に合致しているわけではない。このような歴史的、精神的連関において、ドイツの諸国家の多数が古い状態の取り壊しにより今世紀において有機的的民族国家という意味におけるま

った新たな形成が実行されたにもかかわらず、個々の諸国法においていままなお表明されているドイツにおける国家という存在の個別性が有する元素的な特徴が存在するのである」(GS, S. 9-10)。

このような変化がいかなる理由に基づいているかという点についてここでは取り扱わない⁽⁵⁶⁾。本稿が確認したいのは、両著作の結論における相違にかかわらず、ドイツ国法(ドイツ私法も同様だが)の統一性が民族精神に由来するものであるという認識には相違は存在しないという点である。『公権論』においては共通のドイツの民族精神が、各領邦国家に対して直接的に作用しているとは認められないゆえに、一つのドイツ国法については語り得なかったのに対し、『ドイツ国法綱要』については共通のドイツの民族精神が、各領邦国家に対して直接的に作用していることが認められるゆえに一つのドイツ国法について語り得たのであった。

しかし、ゲルバーの議論をそのまま受け取るとは困難であろう。一八六五年当時のドイツには(君主制や共和制など)様々な政体を有した諸領邦国家が存在していた。それにもかかわらず、『ドイツ国法綱要』全体を通じてゲルバーは君主制を前提としたドイツ国法について論じたわけであるが、このことはどのような根拠から許されるのか。

「立憲君主制の形を取った有機的国家が、現存するドイツ民族の一般的な法確信であると見られねばならないことは疑い得ない。したがって、まずこのような法確信に方向付けられるのではなく、国勢学 Statistik に方向付けられた、例外的にかつての段階にあり続けているわずかな諸国家が有する国法の記述は、三つの都市共和国の国法と同様に度外視され得る」(GS, S. 10, Anm. 2)⁽⁵⁷⁾。

ゲルバーにとって、法学が、法を民族精神と関係づけ、民族精神の発現として説明する営為であったことは本章第一節で確認した。『ドイツ国法綱要』のゲルバーにとって、民族の法確信の内容は、立憲君主制であり、「例外的にかつての段階にあり続けているわずかな諸国家が有する国法」は民族の法確信とは無関係であり、ドイツ国法学の対象とはならない。すなわち、非立憲君主主義国家の国法に関する記述は、民族精神とは無関係であり、単なる国勢学にとどまり、法学的な議論とはいえない。

「ゲルバーは実定法を取り扱ったのではなく、学問的体系を構成したのであった。この体系は、ドイツの立憲君主制が有する共通性から抽出するように加工され、解釈されたものである」とシェーンベルガーが述べていたことは本稿第一章第一節で確認したが、ここまでの議論を踏まえれば、シェーンベルガーの議論は、不精確とまではいわないが、重要な論点に触れていないことが明らかとなるだろう。すなわち、ゲルバーがドイツ国法を導き出すために、いくつかのドイツ諸国家の排除をも行っているのであることが見逃されているのである。⁽⁸⁸⁾このような排除を正当化しているのが、「立憲君主制の形を取った有機的国家が、現存するドイツ民族の一般的な法確信である」という認識である。ゲルバーの私法理論において、個々の法源とは区別された、個々の法源の背景に存在する民族の法確信が存在することはすでに確認したが、このことはドイツ国法においても変わらない。ドイツ諸国家の憲法は、このような現在における法確信の具体的現れにすぎない。ドイツの諸憲法の背景に存在し、ドイツの諸憲法を成り立たしめているこのような民族の法確信の存在が認識されてはじめて一つの「ドイツ国法」について語ることが可能となるのである。このような議論に対して、「ドイツには立憲君主制国家だけが存在するわけではない」と反論することは、国勢学に基づく事実を前提とした議論であるにすぎず、ドイツ民族の民族精神を適切に表現していないので、ゲルバーにとつては法学的に無意味であることとなる。

法を民族精神と結びつけない叙述に対するゲルバーの批判は、ほかの箇所にも見いだされる。(私法学における)ゲルバーは、ある種の法の見方を(法)骨董学として批判しているのだが、その批判の趣旨は、国法学における国勢学批判と同様のものとして理解することができる。すなわち、(法)骨董学は、法を民族精神と結びつけて理解しない点に問題がある。この点を示すために、二つの例を挙げよう。まずは、「ドイツ法およびドイツ法学一般について」の一節である。

「このような学問『従来のドイツ私法学』に欠けているのは、簡単に述べるならば発展、という理念である。法とは民族における個々の恣意的な事実ではなく、民族の生命の核心と結び付いた現象であるという、それどころか民族の生命それ自体であるという思想なしには、そして習俗や言語、文化や宗教における民族の生命を展開させる文化的契機が有する一般的な傾向によって法も把握されるのだという思想なしには、数百年にもわたって積み上げられた法素材は、豊かな土壌において成長した頂を風の中でそよがせる力強い木々として現れるのではなく、やせかけた木の葉の無価値な塊として現れざるを得ない。」「このような学問においては」法、史、学、Rechtsgeschichteはなく、法、骨、董、学、Rechtsantiquitätenがあるにすぎない。〔後者においては〕法素材の漸進的成長や法素材の発展に内在する理念に関する描写はなく、ただ等しい正当性を有して相互に定立された、きわめて古いあるいはきわめて新しい記録の覚書Notizenの雑多な集合があるにすぎない。〔ここには、〕歴史的観点を伴った像ではなく、時には生き生きとした、そして時には生気を失った諸要素——それは観察者の目には等しく矛盾したものである——の混乱した提示があるにすぎない。したがって、いかなる判断、いかなる自由、いかなる支配も存在せず、死した文字面の下の下の卑屈な服従「があるにすぎないのである」。⁽⁶⁰⁾

続いて、ゲルバーがサヴィニーに送った手紙の一節を確認しよう。

「あなたの民事法学の卓越性が新しい道を示す以前は、ドイツ法もローマ法も同様の状態にありました。ローマ法は一つの土台でした。ローマ法は生き生きとしたものとならねばならず、現在の法意識に結び付かねばならなかったのです。しかし、アイヒホルン以来、ドイツ法の加工者は、ローマ法の領域においてはすでに達成されていた学問的進歩を利用することを蔑んできました。人々はいわゆるドイツ私法の遺物を叙述し、この遺物を骨董学的収集の対象として位置付けました。しかし、人々はゲルマン的素材を、いまなお将来へと迫っている生き生きとしたものとして把握しようと努力することはなかったのです。私はこのような欠陥から離れようと努力しようと感じ、このような努力における際、あなたの卓越した著作の影響によって本質的な貢献がなされたと感じました」⁽⁶¹⁾。

これらの引用におけるゲルバーの議論の趣旨はもはや明確であろう。ゲルバーにとって法は生き生きと存在する民族の法確信の現れとして理解されなければならない。したがって、法学におけるあらゆる叙述は、現代における民族の意識と結びつけられてはじめて有意義なものとなる。過去に存在した、あるいは現在存在する法素材は、現代における民族の法確信と結びつけられてはじめて法学にとって意味を持つ。ゲルバーの考える歴史的観点とは、今日においてもなお民族の法確信を表現している法素材がいかにして漸進的成長を遂げてきたか、あるいはこのような法素材の発展に内在する理念はなにかという点に着目することにある。裏を返せば、法を現代における民族の法確信と結びつけない研究は法学にとって意味を持たない⁽⁶²⁾。

これらの引用文やここまで確認してきたことから、ゲルバーの思想を以下のようにまとめることができるだろう。法は民族精神（民族の確信）の外的反映である。法が、単なる雑多な法素材の集合ではなく、体系性を有するものも、このような民族精神の反映であるためである。すなわち、法は、民族精神に内在する理念を伴いつつ過去から現在へと発展していく。もちろん、このことは法が常に一直線に発展することを意味するわけではなく、ドイツ国家における古身分制的国制から立憲君主政体への移行のように、大きな断絶が存在することもあり得る。したがって、法学は、このような断絶の存在の有無も踏まえて、法をより深く理解するために、民族精神が、現在において存在する法の発展に対してどのように働いているかに目を向けなければならない。これがゲルバーの考える法の歴史的理解である。このような法の歴史的理解と法骨董学や国勢学は明確に区別されなければならない。（法）骨董学や国勢学は、法を民族精神と結びつけることがない。（法）骨董学や国勢学は、法に関する何らかの（歴史的）事実を述べているにすぎず、このような事実が、過去から現在へと民族精神の発展として現れる歴史的脈絡のなかでどのように位置づけられているかを考察することもないし、法が一つの体系であることを認識することもない、と。

さて、ゲルバーに関する議論を終えるにあたり、最後に、ゲルバーが法の実定性と国勢学の実定性を対比している箇所を確認しよう。

「我々の公法学が考える実定性とは、しばしば、法律家の実定性であるよりもむしろ、国勢学者 Statistiker の実定性であるという私がかすでにかつて述べたことを私は繰り返す。歴史的な序論によって伴われた法律に関する報告 *Gesetzesmittheilung* はいまだ決して法学的な作業ではないことをさらに私は改めて強調する」（GS, S. 238）。

ゲルバーの説明は必ずしも明確とはいえないが、「歴史的な序論によって伴われた法律に関する報告」が、それ自体としては国勢学の対象にとどまるものであることは、ここまでの議論から明らかであろう。すでに確認したように、国勢学や骨董学は、法を民族精神と関係づけて論じない点に問題がある。ゲルバーは、このような国勢学の実定性と、「法律家の実定性」という言葉を対比しているのだが、ここまでの議論を踏まえて、多少筆者の推測を交えて述べれば、サヴィニーが実定法という言葉を民族精神と関係づけて用いていたように、ゲルバーもまた実定性という言葉を民族精神と関係づけて理解していると理解するべきであろう。先行研究において、ゲルバーにおける法の体系的構築が「法の実定性」の基準であると述べられることがある。⁽⁶³⁾このことは確かに間違っていないが、十分に精確とはいえない。ゲルバーにとって法の実定性とは、このような法の体系的構築を可能とする民族精神との関係づけである。

結び

最後に、本稿冒頭で立てた問題に対して解答を与えたい。ゲルバーは、法学の領域からあらゆる政治的、倫理的、道徳的さらには歴史的な考慮が排斥されるならば、ただ法的なものが残るとは考えていなかった。彼の法のとらえ方はむしろまったく正反対のものである。彼においては、法に対する真正な理解は、民族精神と結びつけられてこそ可能となる。法は民族精神の外的反映であり、そのようなものとして理解されなければならない。また、法学以外の学問的知見、たとえば歴史学によって得られた知見は、民族精神と結びつけられてはじめて法学にとって有意味となる。歴史学が法学から排除されるべきであるとするならば、それはそのような歴史学が民族精神と無関係に論じられているからである。⁽⁶⁴⁾民族精神と結びつけられないならば、歴史学は、法学にとって単なる骨董学にとどまる。現在の民族

精神と結びつかないような歴史学は法学から排除されるのであるが、逆に、民族精神を理解するためには法の歴史的考察はゲルバーにとっても不可欠である。

法を、経験的に認識可能な単なる事実ではなく、現実に存在する民族精神の反映と捉えること、これこそが、ゲルバーやその先駆者であるサヴィニーにおける法の「実定性」の内容である。(サヴィニーや)ゲルバーが法実証主義であると述べることは、このような意味での法の「実定性」に固執した論者として捉えることによってはじめて許されるだろう。

※本稿執筆にあたっての技術的諸点をここで述べておく。引用した文献に邦訳が存在する場合、邦訳を参考させていただいたが、西村が一部改めた箇所も存在する。また、文献を引用する際、西村による省略は「……」で示した。引用文内における西村による捕捉は角括弧(「」)で示した。引用を行う際、原文における強調は傍点で示した。

(1) 筆者の前稿(西村清貴「一九世紀ドイツ国法学における公権の概念について」(大野達司編『社会と主権』、法政大学出版社、二〇一四年、所収)でも、ゲルバーやラーバントを「実証主義と呼ぶことは不適切であると論じた。しかし、ここでは実証主義という用語そのものを検討の素材とするというよりも、従来のゲルバー、ラーバント研究において強調されてきた彼らの傾向を「実証主義と呼んだ上で、このような傾向が実際のゲルバー、ラーバントに存在することを疑問視するという構成を取った。本稿は、実証主義や実定法という用語そのものに即して論述を行いたい。

(2) オリヴィエ・ジュアンジャン、井上武史訳「ヨーロッパの憲法学における実証主義——四つの段階」(『岡山大学法学会雑誌』第六〇巻第三号、二〇一一年、所収)、一頁。

(3) 前掲三頁。

(4) 前掲三—四頁。

(5) たとえば最近の研究として、Rainer Schmidt, *Das Staatsrechtspositivismus Gerbers und Labards*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, (2014), S. 63.

(6) Carl Friedrich von Gerber, *Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, I, (1851), II, (1855), III,

一九世紀ドイツ国法学における実定性の概念について(西村)

- (1865), in: ders., *Gesammelte juristische Abhandlungen*, 2. Auflage, (1878).
- (7) Ders., *System des deutschen Privatrechts*, (1848). なお、本稿は第五版(1855)を用いる。以下S.4と略す。
- (8) Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, (1865). 本稿では一八八〇年に出版された第三版を用いる。なお、第三版ではタイトルが変更されており、*Grundzüge des deutschen Staatsrechts*となっている。以下G.5と略す。
- (9) 紙幅の関係もあり、本稿はさしあたり、ゲルバーの議論のみを取り扱い、ラーバントについては付随的に取り扱うにとどめる。しかし、ラーバントにおける法概念もまた、ゲルバーのそれと同様に、歴史法学との連関を踏まえてはじめて理解される得るものであると考えている。さしあたり、西村(前掲注1)、三八—三九九頁。
- (10) Rudolf von Jhering, *Im juristischen Begriffshimmel Ein Phantasiebild*, in: ders., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, (1884), S. 249-254. [邦訳: ルドルフ・フォン・イエーリング、大塚滋「高須則行訳」法学者の概念天国にて—白昼夢(上・中・下)』《東海法学》第一五号、第一六号、第一七号所収、第一五号—一七—一七七頁】。
- (11) 竹下賢『実証主義の功罪』(ナカニシヤ出版、一九九五年)の二〇七頁。
- (12) Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Auflage, (1967), S. 430-434. [邦訳(ただし第一版による): フランツ・ヴィアッカー、鈴木祿弥訳『近世私法史』(創文社、一九六一)年、五一—五一九頁】。
- (13) Ebenda, S. 431f. [邦訳: 516頁】。
- (14) Ebenda, S. 459. [邦訳: 550-551頁】。
- (15) 法律実証主義の原語は *Gesetzespositivismus* だが、ここでは法形式としての法律よりも、国家によって制定される法に焦点が当てられていることを考えれば、制定法実証主義と訳した方が適切かもしれない(実際、たとえば竹下(前掲注11)はそうように訳している)が、とりあえず本稿では一般と思われる訳に従う。
- (16) Manfred Friedrich, Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 111, 2, (1986), S. 205-207. 類似した見解を示すものとして中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題—個人の公法的地位論とその権利保護を中心として—』(法律文化社、一九九三年)の七一頁注1も参照。なお、ヴィアッカー自身(Wieacker (Anm. 12), S. 430-431)は、Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, (1958) を参照しつつ「ゲルバーもラーバントもこの字眼的実証主義に属する」と見ている。
- (17) ゲルバーにこうして Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, (1993), S. 148. ラーバント

- ごっこち Ebenda, S. 186-187.
- (18) Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, (1997), S. 89.
- (19) Ebenda, S. 22. ショーンベルガーに依拠する邦語研究として時本義昭『国民主権と法人理論』(成文堂、二〇一二年)、四三—四四頁。同四一頁も参照。
- (20) たとえば赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、一九九五年)、特に第五章や、松尾弘「ゲオルグ・フリードリヒ・プフタ」(勝田有恒)〈山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』、シネルヴァ書房、二〇〇八年、所収)。
- (21) たとえば近年公刊された Benjamin Herzog, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*, (2014) における、学問的美証主義および法律実証主義の両概念のごっこち、強く異論があることが言及されている(学問的美証主義のごっこち Ebenda, S. 45, 法律実証主義のごっこち Ebenda, S. 109)。
- (22) Wolfgang Poggeler, *Vom Naturrecht zum Positivismus. oder: Was Sie schon immer zur Methodenlehre wissen wollten, aber nicht zu fragen wagten*, in: *Juristische Arbeitsblätter* 4/97, (1997), S. 343.
- (23) Jan Schröder, *Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?*, in: Wolfgang Baumann/Hans-Jürgen von Dijkhuth-Harrach/Wolfgang Marotzke (Hrsg.), *Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte. Festschrift für Gerhard Otfried von Guericke*, (2006), S. 574-578.
- (24) Ebenda, S. 579-580.
- (25) Ebenda, S. 585.
- (26) Ebenda, S. 586.
- (27) Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, (1984), S. 234-236. ただし「近年においてはリュッケルト自身がヘーゲルやシェリング哲学とサヴィニーとの影響関係について否定的に理解していることが指摘されている(守矢健一「リュッケルトのサヴィニー研究について」(『法制史研究』第六四巻、二〇一四年、所収)、二二八頁および三二六頁注2)。
- (28) Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit* (1500-1933), (2012), S. 194-195.
- (29) Ebenda, S. 195.
- (30) Ebenda, S. 327. リュッケルトも、サヴィニーの孫の世代に属する学者(たとえばラーバントがそこに含まれる)において形而上学的要素が抜き取られた上で、サヴィニーの歴史的・体系的の方法が継承されたとする(ヨアヒム・リュッケルト、耳野健二／西川珠代

訳「サヴィニーの法学の構想とその影響史」(『Historia Juris 比較法史研究』第一号、未來社、一九九二年、所収、二四六頁)。

(31) 加藤の説明するところ、法実証主義とは、「認識の対象を専ら実証的経験的所与に限定し、経験を超えた形而上学的なもの(事物の隠れた本質、究極の原因や理念等)によって経験世界を基礎づけたり方向付けたりしようとする一切の試みを否定する反形而上学的・実証主義的思考態度が、法思想・法学の分野に現れたもの」であり、以下のような特徴を有する。第一の特徴は、自然法を否定し、法学の考察対象たる法としてはただ実定法だけを認める実定法一元論である。第二の特徴は、法の領域は道德の領域から明確に区別され、法の効力は法に対する道德的評価に依存しないというものである。第三の特徴は、法について一切の超越論的基礎付けの試みを排除し、法的実践を方向付けるものとしての法理念の探求に対して否定的態度を取るといものである。加藤は、法実証主義が以上の基本的特徴を共有することを前提として、さらに、第一次的には実定法秩序そのものの性質・構造・機能等の論理的分析を中心にした法の一般理論としての性格を持つ法実証主義と、第一次的には法の解釈適用の分野に属しめられる法実証主義を(両者の連関が意識されつつも)区別している。前者の典型はハンス・ケルゼンやジョン・オースティンであり、後者の典型は概念法学である(加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、一九七六年、二四七―二五八頁)。

(32) このような視座に基づいた実証主義国法学研究がこれまで存在しなかったというわけではない。たとえば、Bernd Schöler, Rechtswissenschaft, (2004), S. 369 f., 411 f. は、ラーバントが歴史法学およびヘーゲルに代表されるドイツ観念論から影響を受けていることを指摘している。また、Carsten Kremer, Die Willensmacht des Staates, (2008), S. 142f. は、客観的観念論者としてのサヴィニー像を踏まえた上で、サヴィニーの法理論をケルバーが継承したことを指摘している。本稿は「実定性」や「実定法」という概念に着目しつつ、彼らの議論をより深く掘り下げたい。

(33) たとえば西村稔「ドイツ第二帝政期の公法学」(上山安敏編『近代ヨーロッパ社会史』、ミネルヴァ書房、一九八七年、所収)、二七六―二八〇頁は、コントとドイツの法実証主義の間に、「形而上学的基础付けの放棄と専門科学の無条件の承認」が共通に見いだされることを指摘している。このような認識は、まさしく法の脱形而上学化を鋭くもくろんだハンス・ケルゼンが、自身を「カール・フリードリヒ・フォン・ゲルバー、パウル・ラーバント、ゲオルグ・イエリネックを最も主要な代表者と名付けるべき国家論的認識の一派に属することを感じる。右の一派は——曖昧な国家形而上学から絶縁して——実証的国家の一理論、すなわちまた、厳密に法学的であって、政治的に着色されない国家学を目的とする」(Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, (1926), S. VII「邦訳:ハンス・ケルゼン、清宮四郎訳『一般国家学』、岩波書店、一九七二年、頁二二頁)と述べていることにより補強される。しかし、ケルバーやラーバントを自身の先駆者と見るケルゼンの自己認識は精確なものとは思われない。

(34) 三島淑臣『新版法思想史』(青林書院、一九九三年、三三三頁以下)。

- (35) Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814. [邦訳：サヴィニー、大串克夫訳『法典論争』(世界文学社、一九四九年)。本稿は一八二八年に公刊された第二版を用いる。以下、VBと略す。また、現在、以下の邦訳が公刊されつつある。F・C・サヴィニ、守矢健一訳『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その一～二)、『法学雑誌』第五九巻第二号、第六〇巻第一号、二〇二二―二〇二三年、所収]。本文中で示した邦訳の該当頁はすべて大串訳のものである。
- (36) 守矢健一『使命』における、サヴィニの慣習法論について』、『法学雑誌』第六〇巻、二〇一四年、所収、三九三頁。
- (37) 前掲同頁。
- (38) 「かれ「サヴィニー」のいわゆる慣習法はわれわれの考えている慣習法のように狭いものではなく、学説をもふくむものであ[る……]」(山田晟「サヴィニーにおける慣習法」、『法学協会雑誌』第六八巻第一号、一九五〇年、所収)、四〇頁。
- (39) ゲアハルト・ディルヒャー、海老原明夫訳「慣習法の理論」(海老原明夫編『法の近代とポストモダン』、東京大学出版会、一九九三年、所収)、一二五頁。
- (40) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, (1840). [邦訳：サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』(成文堂、一九九三年)〕。以下、SRと略す。
- (41) 耳野健二『サヴィニーの法思考』(未來社、一九九八年)、二四三頁注81も、『使命』における法源論の相違について指摘している。
- (42) Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, (1983), S. 26-28, 32.
- (43) Ebenda, S. 33-34. 赤松(前掲注20)、八五頁も参照。
- (44) サヴィニーの慣習法論研究において、しばしば正反対の主張がなされてきた。一方は、リュッケルト(Rückert(Ann. 27), S. 304-308)やディルヒャー(ディルヒャー(前掲注39)、一二六―一二九頁)の立場であり、彼らはサヴィニーの慣習法論が観念論的、精神主義的であると理解してきた。他方、ヤコブスや守矢健一(守矢(前掲注36)、四〇六―四〇七頁)はサヴィニーにおける経験主義的側面を強調する。本稿の筆者は基本的には前者に与するものであるが、しかし、これらの対立のいくらかの部分は、サヴィニーにおける法成立に関する議論と、法源論を区別することによってある程度は解消できるのではないかと思われる。すでに本文中で確認したように、『体系』において説かれている法源論については、民族の法確信に従った正しい慣習と誤った慣習の区別が存在するとするサヴィニーの議論(Rückert(Ann. 27), S. 305も、サヴィニーにおいて「偶然的な慣習」と「必然的な慣習」が存在することを指摘

している)を経験主義的に把握することは困難ではないかと思われる。その意味では、リュッケルトらがサヴィニーを觀念論的に理解しようとすることは理解できる。これに対して、ヤーコプスらはもっぱら、法は元來、慣習を通じて發展してきたのだとする『使命』のメインテーマである法の成立に関する議論についてサヴィニーを経験主義者であるとしているように思われる。實際、『使命』と『体系』の議論をそれほど明確には区別しないヤーコプスはともかく、守矢はあくまでも『使命』に焦点を絞った上で、サヴィニーを経験主義的に理解しようとしているように思われる。とはいえ、本文において確認したように、『使命』においても『体系』においても、サヴィニーは法發展においては、民族の確信に伴う内的必然性が存在することを強調しており、このことを経験主義的に理解することは困難であろう。

(45) 耳野(前掲注41)、一九三頁による。「サヴィニーにおいては「慣習法」「立法」「学問法」のいずれもが、内的で不可視の「フォルクの法」の表出のための機関として位置づけられている」という評価が適切であると思われる。

(46) Gerber, *Über öffentliche Rechte*, (1852), 本稿は一九二二年版を用いる。

(47) Kremer (Ann. 32), S. 144-145 参照。

(48) Gerber (Ann. 6), S. 25-26.

(49) Schröder (Ann. 28), S. 99-101. 自然法論における実定法という語の用例について一っだけ示しておこう。「体系的な学としての法は、ただマ・プリオリな原理に基づく自然法と、立法者の意思に由来する実定(制定された)法に区別される」(Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe VIII, Hrsg. Von Wilhelm Weischedel, (1977), S. 345. [邦訳: 樽井正義/池尾恭一訳『カント全集——人倫の形而上学』(岩波書店、二〇〇二年)、五七頁])。ところで、市原靖久「カノン法学と実定法概念」(『宗教法』第九号、一九九〇年)によれば、実定法という概念は、一二世紀以降、カノン法学の中で彫拓されたものである。その際、実定法という言葉は、自然法と対置されつつ、人為的な定立行為、制定行為に起因する法(すなわち制定法)として理解されてきた。

(50) 「ただ実定法——すなわち、法律、民族の法確信、そして学問から現れる実定法——のみが直接的な効力を有する」(Gerber, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*, (1846), S. 276. 引用文に続く文章から確認できるように)「この民族の確信とは、慣習法のことを指す。

(51) ゲルバー私法学の法源論については、Kremer (Ann. 32), S. 146-148 参照。

(52) Gerber, *Ueber den Begriff der Autonomie*, I, (1854), II, (1859), in: ders., *Gesammelte juristische Abhandlungen*, 2. Auflage, (1878).

(53) ただし、ゲルバーの法源論全体についていえることだが、ゲルバーはサヴィニーと同時に(あるいはそれ以上に)プフタに依拠し

らる。Georg Friedrich Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, (1838), S. 11ff. を参照。

(54) なお、国法学におけるゲルバーの法源論 (GS, S. 12-16) については、ただ、法律や慣習法が法源として存在していることが指摘されるにとどまり、本稿との関係ではそれは重要ではないため(ただし、私法においてと異なり、法律こそが重要な法源として捉えられているという特徴がある)、取り上げないことにする。Kremer (Ann. 32), S. 172-178 を参照。

(55) Gerber (Ann. 46), S. 11.

(56) GS, S. 11, Ann. 5. ところでゲルバーは、「共通の国民的精神の持続的影響」が、複数の国家の存在によって妨げられる程度は、国法と比べ私法においてはより少ないことを指摘しつつも、『公権論』において私はこのことをいくらか鋭く強調しすぎた」と述べている。

(57) この引用文で想定されている「かつての段階にある」国家とは、古身分制的な国制をとっているメクレンブルクであろう (Kremer (Ann. 32), S. 125)。また、三つの都市共和国とは、ハンブルク、リュネンブルク、ブレメンであろう。

(58) この点について栗城壽夫「一般憲法学について」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、一九九七年、所収)、七五―七六、九三頁はかなり精確に認識している。また、Kremer (Ann. 32), S. 125-126 は、ゲルバーにとって「国勢学」、あるいは別の表現を用いれば、ドイツの全領邦国家の現実における憲法状態の詳細な模写は重要ではなく、「領邦法の国勢学的に精確な記述も、領邦法上の諸規定の合致に基づいた普通法上の諸命題も重要ではなく、彼は抽象化を要求したのであった」と説明する。なお、本稿の理解では、この点について最も精確に理解しているのはラーバントではないかと思われる。「普通ドイツ国法学にこだわる」著者「ゲルバー」は形式的・法史学的方向性からも、個別諸国家の憲法典における規定を単に国勢学的に編成することからもひとしく距離を取っている。立憲君主制の形を取った有機的国家——これこそが全ドイツ国民の近代的国家生活の根底にあり、したがって普通法上の意義を有するものである。この概念が著者の出発点であり、そこから彼は全体系を論理的に展開したのである」(Paul Laband, *Besprechung von C. F. v. Gerber, Grundzüge eines System des deutschen Staatsrecht*, 1865, in: *Literarische Centralblatt für Deutschland*, Nr. 3, Januar 13, (1866), S. 57. 本書評は匿名著者によるものであるが、今日ではラーバントの手によるものであることが確認されている。Pauly (Ann. 17), S. 160, Ann. 139)。逆に、ゲルバーは「必要な概念・原理を法文の観察や法関係の観察から得た」と説明する笹倉秀夫『法思想史講義下』(東京大学出版会、二〇〇七年)、二〇五頁には問題がある。

(59) たとえばゲルバーは別の箇所、諸命題の相互的連関を顧慮しない、トマジウスの弟子であるゲオルグ・ペイヤールの学問的手法を「裸の歴史的骨董学」と呼ぶ、批判しつつも (Gerber (Ann. 50), S. 27)。

(60) Gerber (Ann. 6), S. 9.

- (61) この引用はKremer (Ann. 32), S. 142に基つて。
- (62) ところで、法骨董学という立場を、法古事学 Rechtsaltertümer という名称によって積極的に擁護したのは、かのグリム兄弟の長兄であるヤコブ・グリムである。グリムは法古事学を歴史法学と対比させつつ以下のように述べる。「今日、ドイツ法の学問は、とりわけアイヒホルンの手によって新たな活気を見せている。しかし骨董学固有の研究についていえば、今日のゲルマニステンの歴史的な傾向そのものから期待されてしかるべき成果を上げるに至っていないのが実情である。彼らゲルマニステンにとって、古事の多くの点で、取るに足りない見栄えのしないものとして受け止められているとしても、あるいは彼らが、より重要な教義、すなわち後世の実務的な法へ強い影響力を有する教義に、さらに熱心に取り組んでいるとしても、やはり古事学に関し、さほどの実績があるとは思えない。今日状況に過剰に引きつけて捉えようとする思考の仕方ほど、古事学に対し内面的に関与することを妨げているものはほかにはない。私は、このような思考法が気になって仕方ない。したがって、歴史法学者と古事学探求者との間の踏み込み方、切り口の違ひについて、およそ考えられることを明らかとしたい。歴史法学者が、新しいものを古いものの歴史から説明しようとするのに対し、古事学探求者は古いものを古いものそれ自体から説明し、必要な場合には比較的新しいものをも援用しつつ説明の助けにするにすぎない。歴史法学者が古くなってしまったものを捨て去って顧みないのに対し、古事学探求者は単に新しいというだけではこれを取り上げない。歴史法学者が古きものを新たな法の体系につなぎ合わせようと躍起になっているのに対し、古事学探求者は古きものの多種多様な現象を、より広範でより自由な場面に残しそのままにしておこうとする傾向を有している。[……]この著作は資料で満ちあふれている」(Jakob Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer. 3. Auflage, (1881), S. VI-VII)。グリムと歴史法学の関係については、稲福日出夫『ヤコブ・グリム 郷土愛について——埋もれた法の探訪者の生涯』(編集工房東洋企画、二〇〇六年)、六二—六五頁(上記のグリムの引用文はこの箇所を参照した)、永田善久「自然的愛言学——ヤコブ・グリムの思想——」(『思想』九九五号、二〇〇七年、所収、四二—四四頁、堅田剛「サヴィニーとグリムの歴史法学」(同『ヤコブ・グリムとその時代——「三月前期」の法思想』、御茶の水書房、二〇〇九年、所収。ゲルバーが法骨董学として相手の立場を批判する場合、必ずしもグリムを直接に念頭に浮かべていたわけではないと思われるが、いずれにしても、本稿の見解では、ゲルバー法学における歴史の意義を取り扱う際には、なによりもまず、歴史学的方法と法骨董学との対立という当時の歴史法学の性格規定を巡る論争的文脈の中で検討されなければならないのである。なお、サヴィニーの方法論につき笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、一九七九年)、二五二—二七九頁におけるすぐれた議論を参照。

(63) 時本(前掲注19)、四一—四三頁。

(64) 歴史学についてほどゲルバーは明確に述べているわけではないが、ほかの非法学的諸学についてもゲルバーは同様に考えていたと

考えて良いだろう。「いわゆる哲学的序論において真に法律学的内容を持つもの、したがって、国家権力の内容と限界に関する教説全体は、いまや国法体系それ自体によって把握され、この体系という決定的な観点に結びつけられるのであり、哲学によって期待され得る体系とはまったく異なった方法によって規定されることとなる。これに対して、国法学はその体系的原理の基準に従って、単に倫理的考察に属する、あらゆる非法律学的素材を排除する」(G.S.S. 287)。哲学的、倫理的、政治的考察そのものが法律学から排除されるわけではない。排除されるのは、法学の体系と無関係な、「単に倫理的考察」に属するような議論である。すでに確認したように、法の歴史的考察は、「民族精神に由来する」法的営為が変転する倫理的性質や経済的影響、そしてその他の決定的な状況とといった「法を」条件付ける要素からいかにして生み出されるかを見」るのであり (Gerber (Ann. 6), S. 26) 倫理的、経済的知見そのものは法の理解のために有用である。