

G・W・F・ヘーゲルのサヴィニー批判： 実定法概念をめぐる

NISHIMURA, Kiyotaka / 西村, 清貴

(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)

114

(号 / Number)

1・2

(開始ページ / Start Page)

53

(終了ページ / End Page)

80

(発行年 / Year)

2016-10-31

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00014662>

G・W・F・ヘーゲルのサヴィニー批判

——実定法概念をめぐって——

西村 清 貴

はじめに

第一章 サヴィニーにおける慣習法と法律

第二章 ヘーゲルにおける二つの実定法

第三章 ヘーゲルにおける慣習法と法律

むすび

はじめに

ゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲルが、(直接に名指しているわけではないにしても)フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーの法典編纂反対論に対して、教養ある国民における法曹階層に対して法典を作る能力を否認することは当該国民や当該国の法曹身分に対する最大の侮蔑であるとして厳しい批判を行ったことは比較的良好知られていると思われる。⁽¹⁾ 一九世紀歴史法学の泰斗であり、民族の確信に基づく法の歴史的形成を主張したサヴィニーの法典編纂反対論がドイツ法思想史における一大転機を形成したことの意義、そしていわゆる近代法思想の完

成者であるヘーゲルの法哲学が有する意義を考えれば、このヘーゲルによるサヴィニー批判が有する法思想史における重要性については論を待たないであろう。

ところで、このヘーゲルのサヴィニー批判は、ヘーゲルが『法哲学』(の「市民社会」における「司法」の部分)において、「実定法」を論じるにあたり付随的に行われたものである。したがって、ヘーゲルのサヴィニー批判の意義を精確に理解するためには、ヘーゲルにおける実定法論を精確に踏まえる必要があるのだが、この論点を取り扱った従来の研究においては、いくらか誤解を招きかねない理解が示されていることがあり、必ずしもヘーゲルによるサヴィニー批判の意義が理解されてきたとはいえないと思われる。本稿はこのような認識を前提として、ヘーゲルにおける実定法観のより精確な理解に基づいて、ヘーゲルのサヴィニー批判の意義をいくらかなりとも明らかとし、一九世紀ドイツ法思想の理解にいささかなりとも貢献しようとするものである。

なお、ここで、『法哲学』というテキストに関するごく初歩的な解説を行った上で、本稿が『法哲学』のテキストを取り扱うにあたっての方針を示しておこう。ヘーゲルは一八一七年から一八二五年にかけて、計六回、法哲学の講義を行っているが(より正確には、一八三一年にも行われているが、ヘーゲルの死去のため二回で終了している)、この講義のための手引き書として『法哲学綱要』Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse が一八二一年に出版された。この『法哲学綱要』は本文と注解からなる(以下、この部分を『綱要』と呼ぶ)。ところで、ヘーゲルの没後、最初の(いわゆるベルリン版)ヘーゲル全集が刊行された際、『法哲学』を編集したヘーゲルの弟子であるエドゥアルト・ガンスは、ヘーゲルの法哲学講義の受講者であったホトーやグリースハイムの筆記録の一部をテキストに追加した。邦訳において「補遺」や「追加」と呼ばれるもの(Zusatz)がそれに当たる。本文と注解に、ガンスが選んだ補遺(追加)を加えるスタイルは、その後のテキストに

においても踏襲されており、『法哲学』のテキストとして最も親しまれていると思われる、Suhrkamp Verlag により出版されたいわゆるズーアカンプ版⁽³⁾や多くの邦訳もそのようなスタイルにおいて編集されている。しかし、ズーアカンプ版等に含まれている「補遺」や「追加」は、あくまでもガンスがホトーらの筆記録から選り出したものにすぎない。このことは、ガンスの法哲学が、必ずしもヘーゲル法哲学の忠実な祖述とはいえないという指摘が存在すること⁽⁵⁾もあわせて考えれば、より重要な問題をはらむであろう。

さて、これに対して、一九七〇年代から、カール・ハイント・イルディングがホトーらの筆記録を抜粋せずに公刊する⁽⁶⁾など、様々な編者によりヘーゲル法哲学講義録の公刊が行われており、『法哲学』の研究においてこれらを用いることが通例となりつつある。本稿もまた、この講義録によって、『綱要』を補充しつつ、検討を進めたい。

最後に、本稿が用いるテキストについて触れておく。本稿執筆時点では、ノルトライン・ヴェストファーレン州の科学アカデミー Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften によるいわゆるアカデミー版ヘーゲル全集の公刊がほぼ完了しつつあるが、第141巻⁽⁷⁾が『綱要』に当てられており、『綱要』の部分(本文と注解)を参照する場合⁽⁸⁾には、これを用いる(頁数は示さず、8番号と本文/注解の別のみを示す)。また、全集第26:1巻から第26:8巻が法哲学講義録に当てられており、一八一七/一八年、一八一八/一九年、一八一九/二〇年、一八二一/二二年、一八二二/二三年、一八二四/二五年、一八三一年の講義を確認することができるが、各年度における法哲学講義録を比較検討した結果、本稿のテーマについては、一八一九/二〇年版⁽⁸⁾、一八二二/二三年版⁽⁹⁾、一八二四/二五年版⁽¹⁰⁾の講義録が重要と判断したため、『綱要』とあわせてこれらも用いる。引用の際には、GWと略した上で、続いて巻数と頁数を示す。

第一章 サヴィニーにおける慣習法と法律

ヘーゲルによるサヴィニー批判を検討するにあたり、サヴィニーの議論について、最低限確認しておく必要がある。したがって、本章では、ヘーゲルが批判対象としているサヴィニーの慣習法および法律論について確認する。しかし、この論点のいくらかの部分については筆者の前稿において比較的詳しく触れたので、本稿にとって必要な限りで論じることとする。⁽¹¹⁾

ところで、サヴィニーの主著としては、『立法と法学に関する我々の時代の使命について』⁽¹²⁾（初版が一八一四年に刊行。以下、『使命』という）と『現代ローマ法体系』⁽¹³⁾（一八四〇年に第一巻が刊行。以下、『体系』という）が挙げられ、両者において慣習法や法律の位置づけはいくらか相違するのだが、ヘーゲルの法哲学講義は一八一七年から一八二五年にかけて行われたものであるため、基本的には前者のみについて考察対象とし、脚注において付随的に後者に言及することとする。

さて、サヴィニーは、「実定法の成立」という章題を与えられた『使命』第三章のなかで、法は民族の中で歴史的に生成するという発想を提示する。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、民族に共通の確信に基づいており、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（V.B. S. 8-12 [邦訳：21-25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。このような時代においては、法は言語によって形成され、法は学問的な方向をとり、かつては民族全体の意識に生きた法

が、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。したがって、法は、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いるとはいえず、法曹の手になる特化された学問となってゆく(VB, S. 13 [邦訳: 25-27頁])。このような法成立のあり方をサヴィニーは以下のようにまとめる。

「すべての法は、支配的ではあるが必ずしも適切とはい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、立法者の恣意によってではなく」(VB, S. 13-14 [邦訳: 28頁])。

したがって、サヴィニーのいう慣習法は、法学において通常用いられている、法源としての慣習法とは大きく異なる。サヴィニーにおける慣習法とは、おおむね、民族の共通の確信に由来する法は、人為によってではなく、人間の諸活動の中で次第に形成されるという法成立のあり方を指しているのである。なお、『使命』においては明確ではないが、『体系』においては、⁽¹⁴⁾ おおむね、このような法成立のあり方が実定法ということによって表現されているように思われる。

これに対して、サヴィニーにとって立法(法律)の意義はどこにあるのか。サヴィニーは、第一に、政治的的目的のために従来の法を変えるため立法が行われることがあるが、これはこのような法改正とそのほかの法との全体連関とのちぐはぐさが当該立法の部分の理解を困難とするため、避けなければならないとする。第二に、慣習を支え、疑問と不確かさを取り除く(例えば時効期間をはっきりさせるなど)という目的のために立法がなされることがあり、こ

れは有意義であるとする (V.B. S. 16-17 [邦訳：30-32頁])。

これらの議論に引き続き、サヴィニーは上記二つのような部分的な法律の制定ではなく、一般的な法典を作ることにはどのような意義が認められるかという点について論じる。これがいわゆる法典編纂反対論の実質的な内容となる。サヴィニーによれば、まず、従来存在してきたものを考慮せずに、普遍的理性法によって決定するべきであるという理由から法典編纂を擁護する議論があるが、しかし、このような発想は法の運用に携わる人や法の実務に詳しい人にとってはまったく空虚なものであるとサヴィニーは簡単に片付けている⁽¹⁵⁾。したがって、法典編纂の具体的な方法として現実的に考えられるのは、法典の内容としては、従来から存在してきた法を記録集成する aufzeichnen べきであり、ただ現実の政治の必要からいくらかの変更や改正が加えられるべきであるという議論である。サヴィニーはこのような議論を検討するにあたり、法典編纂にあたり行われるいくらかの変更や改正についてはさしあたり度外視し、もっぱら、従来から存在してきた法の全体を記録集成するような法典編纂について論じている (V.B. S. 17-19 [邦訳：32-33頁])。

さて、ここで注意する必要があるのは、サヴィニーが法の記録集成という活動が国家によって行われる場合と、私人によって行われる場合を本質的には区別していないことである。確かに、今日のように、法に関する特定の著書がほかに優越した継続的な影響力を持つことが考えられない時代においては、法典編纂という企てを考えるにあたり、国家自身の中心的関与を本質的なこととして前提することは自然である。しかし、既存の法を記録集成する仕事は、本来は、国家とは無関係に私人による法書 Rechtsbuch によっても行われ得るものである (おそらくザクセン・シュペーゲルのような事例が念頭に置かれているのだろう)。すなわち、国家によって編纂された法典 Gesetzbuch も私人による法書もいずれも、本質的には法律家による仕事であり、前者の場合は、ただ国家によってそれが要請さ

れ、確証されるという点に相違があるにすぎないとされるのである (VB, S. 19-20 [邦訳: 33-34頁])。

話を法典編纂そのものに戻そう。このような法典編纂のメリットと考えられるものとして、サヴィニーは二点を挙げる。第一は、何が法であるかが確実にわかることになり、一律の適用が可能となるというものである。第二は、法典編纂により、様々の方法に代わって国民全体に妥当する一般的な法が成立することである (VB, S. 20 [邦訳: 34-35頁])。後者については、サヴィニーの法典編纂反対論にとっては重要であるが、本稿の目的と直接関係を持たないため、もっぱら前者に関する議論についてのみ検討する。

さて、サヴィニーは、適切な法典を作り上げるためには、変更されずに保存されねばならない今までのものが余すところなく理解された (素材 Stoff の問題) 上で、それが正しく表現されなければならない (形式 Form の問題) と述べる (VB, S. 20-21 [邦訳: 35-36頁])。

素材の問題については、法典の完全性が問題となる。サヴィニーによれば、法典が編纂された場合、法典が唯一の法源となる以上、法典はあらかじめ全てを予測して作成されねばならないが、このことは不可能である。なぜなら、実際に生ずる事例は、多種多様に次から次へと現れてくるため、あらかじめ全てを予測することなどできないからである。したがって、法典に完全性を求めることなどできるはずがない。しかし、法を認識するにあたり、法学の助けを借りつつ、法が有する指導原則から出発して相互の関係を理解するという意味での完全性を追求することは可能である。しかし、このような指導原則に対する十分な認識なしに完全な法典を編纂しようとするならば、個々の規定は、起草者の気づかないまま、矛盾を多数包含することになる。このような状態は、実際の適用によりはじめて徐々に理解されるようになるのだが、思慮のない裁判官であれば、このような矛盾には気づかないだろうとされる (VB, S. 21-24 [邦訳: 36-39頁])。形式の問題については、法の内容についてどのように研究し尽くしたとしても、これを

叙述する能力が存在しない場合は、法典編纂はその目的を達することができないとされ、このような例として、法律の適切な長さの問題について触れられている (V.B. S. 24-25 [邦訳：39-40頁])。

これらの点を踏まえて、サヴィニーは法典を作る能力を具備した時代はきわめて少ないと論じる (V.B. S. 25-26 [邦訳：40頁])。そして、当時のドイツ人にもこのような法典編纂を行う能力は認められないとサヴィニーは論じるのだが (V.B. S. 45 ff. [邦訳：58頁以下])、この点の詳細について述べることは本稿の目的からして余分だろう。⁽¹⁶⁾

第二章 ヘーゲルにおける二つの実定法

さて、続いて『法哲学』におけるヘーゲルの議論を検討したい。本稿冒頭で述べたように、ヘーゲルのサヴィニー批判は実定法という概念が論じられる文脈で行われている。したがって、まずは、ヘーゲルにおける実定法概念を検討する必要がある。

ところで、ヘーゲルの実定法概念を検討する際、頻繁に取り上げられるのは『綱要』§§本文における以下の一節である。

「法が総じて実定的であるのは、(a) 国家において妥当性を有するという形式を持つからである。こうした法律上の権威が法の知識となっているもの、それが実定法学 Die positive Rechtswissenschaft である。(b) この法は、内容からいえば、以下の三つのことよって実定的要素を含む。(a) 一つの民族の特殊な国民的性格と、その民族の歴史的發展段階と、自然必然性に属するすべての諸関係の連関によつて。(β) 一つの制定された法の体系的な

るものは、普遍的な概念を諸々の対象と事件の特殊な、外から与えられた性質に適用することを含まざるを得ない、という必然性によって——ただし、この適用はもはや思弁的な思想ではなく、概念の発展ではなくて、悟性の包摂であるが。(7) 現実における決定のために必要な諸々の末端規定によって」。

本稿と同様に、ヘーゲルにおける実定法概念を検討した論文において、堅田剛は、このようなヘーゲルの議論を引用した上で、「ヘーゲルによれば、「実定法」とは端的に法律のことであり、これはまた「定立された」法にはかならない」と述べている。⁽¹⁷⁾

ところで、ヘーゲルが『綱要』において実定法や法の実定性について述べた箇所として、§211も挙げられる。ヘーゲルは、§210本文において、「法の客観的現実性とは、一つには法が意識に対して存在していること、すなわち総じて知られる、*gewußt werden* ということであり、もう一つには、法が現実性の力を持ち、妥当すること、したがってまた普遍的に妥当するものとして知られるということである」と述べた上で、§211本文において以下のように述べる。

「即、目的に法であるもの *Was an sich Recht ist* は、客観的な形において制定されて、すなわち思想 *Gedanke* によって、意識の対象となり、これこそが法であり、法として効力を有するものだ」と認められる、*bekannt sein* のだが、法律とはまさしくそうしたものである。そもそも、法はこのように対象となることによって実定法となるのだ」。

堅田は、§3で述べられた主張と、§211で述べられた主張のあいだに特段の矛盾を感じていないのだが、⁽¹⁸⁾しかし、本

稿の理解では、この点において、ヘーゲル法哲学に対する誤読が存在するように思われる。本稿の理解では、ヘーゲルが§3で述べていることと§211で述べていることは全く違う。§3においては、国家において妥当する法、すなわち法律の形をとったものを指して実定法と呼ぶ、という用法が示されていた。しかし、§211においては、⁽¹⁹⁾即自的な法が法律という形をとることを指して実定法と呼ぶ用法が示されている。すなわち、ヘーゲルにおいては、実定法という語について、二つの用法がある、あるいは少なくともヘーゲルは実定法学が用いる実定法という語を哲学的に読み替えている。

この点について、本稿の理解を補強するため、一八二四／二五年版を参照しつつ、もう少し詳しく検討しよう。まず、ヘーゲルは、法哲学と実定法学を区別する。⁽²⁰⁾法哲学（と自然法）は、内面的なものを源泉とする。しかし、実定法学は異なる。

「実定法学においては、法の源泉は別のところにある。『綱要』§§にその源泉が示されている。「法が総じて実定的であるのは、国家において妥当性を有するという形式を持つからである。こうした法律上の権威が法の知識となっているもの、それが実定法学である」。実定法学では、妥当する法を、国家において妥当するすべての法を、内容とするが、それらは制定された *sie Gesetz sind* がゆえに法律 *Gesetz* と呼ばれ、それらが妥当しているものとして制定されたという点において実定的なのである。実定法学では、現にそうであるものが法であり、概念にかなう理性的なもののみが法である哲学とは違う。実定法学には法律の権威付けが必要で、法は実定的でなければならぬ。法が実定法学の対象となるにあたり、上述の側面は、まずは法の形式にとってあてはまり、内容はその後ということである。法が妥当しているという形式がまずあり、「法の」内容は、理性的であったり、即自かつ対自に正

当であったり rechtlich することもあるが、非常に非理性的な、不正な unrechlich、非常に恣意的な内容を持つこともあり得るし、外的な力を有した權威によって与えられている場合もある。(……)

法が妥当すること、このことが実定法学にとっての根拠である。法なるものが実際に理性的であるかどうか実定法学は関わることはない。実定法学がこの点について関与せず、いうべきことを持たないのは、実定法学が「法の」素材やそれに結びつくべき反省に関係がないのと同様である。「これに対して、」法哲学は、法の認識とその発展において、事物の本性のみを根底におく」(GW, Bd. 26, 3, S. 1055-1057 [邦訳：15-17頁])。

さらに、ヘーゲルは続けて、法の内容という側面からも実定法学と法哲学は区別されると説き、実定法の内容(§§の α 、 β 、 γ)は、哲学や概念とは無関係であると説く。この点については、とりわけ、民族の国民的性格や歴史的発展は、(法哲学の対象である)概念の働きによって生じる理性的なものとは無縁であり、法の哲学的考察の対象外であると説かれていることに、歴史法学との関係から、着目しておきたい(GW, Bd. 26, 3, S. 1057-1059 [邦訳：17-21頁])。

ヘーゲルの主張の意義は明らかであろう。国家によって制定される法律を指して実定法と呼ぶ主張は、あくまでも(ヘーゲルが考えるところの)実定法学の立場からなされているものであり、ヘーゲル自身の立場、すなわち法哲学の立場からなされているものではない。堅田の議論の問題は、ヘーゲルにおける「法哲学における実定法」と「実定法学における実定法」を区別していない点にある。このような区別をしない結果として、堅田は、ヘーゲル自身が(批判的に)実定法学における実定法について説明している箇所を指して、ヘーゲル自身の法哲学における実定法概念と混同するという誤りを犯すこととなったのである。⁽²¹⁾

さて、ヘーゲル自身の実定法概念に話を戻そう。すでに確認したように、§211においては、即自的な法が法律という形をとることを指して実定法と呼ぶ用法が示されている。ここまでの記述から理解できるように、即自的な法は決して無内容なものではない。§212本文でヘーゲルは以下のように述べる。

「法が」即、自、的、に、あ、る、状、態、*Ansichseyn*と法、律、の、形、を、と、つ、た、状、態、*Gesetzseyn*とが一致するときのみ、法律の内容が法としての拘束力を持つ。法律の形をとった状態は、現存在の側面を形作るものであり、この側面においては、我意やそのほかの特殊性といった偶然的なものが入り込む可能性があるから、法律の内容は即自的な法と一致するとは限らない」。

すなわち、法が拘束力を有するためには、法は法律の形をとらねばならない。しかし、このことは、法律の形をとつたものが法であることを保証するわけではない。偶然等の理由により法律の形をとつたものの内容と、(偶然等が含まれない)即自的な法が異なることはあり得るからである。すでに見たように、即自的な法が法律の形をとることで実定法となるのだから、法律の形をとつただけでは、実定法とはいえない。法律の形をとることは、実定法と呼ばれるための必要条件であるが、必要十分条件ではない(これに対して、実定法学からすると、法律の形をとることが実定法と呼ばれるための必要十分条件であるということとなる)。

さて、ここまで見たように、ヘーゲルにとって、法、つまり即自的な法は、法律という形をとる以前に存在している。では、即自的な法と法律の関係はヘーゲルにおいてどのようなものであるのか。ヘーゲルは講義録の中で、法は法律とならなければならないと盛んに強調している(GW, Bd. 26, 1, S. 474 [邦訳: 117頁]、GW, Bd. 26, 3, S. 1344

〔邦訳：416頁〕のだが、なぜ即自的な法が法律と結びつかなければならないのか、つまり、法はなぜ実定法とならなければならないのか。⁽²²⁾この点について次章で検討しよう。

第三章 ヘーゲルにおける慣習法と法律

以下では、ヘーゲルにおける法律の意義について検討する。さて、この点を取り扱うにあたっては、比較的よく知られているヘーゲルの慣習法批判について確認する必要がある。§211の注解を確認しよう。

「自分の法則を本能として持つのは動物だけであるのに対し、それを慣習として持つのは人間だけであるから、慣習法でさえ、思想として存在しかつ知られる、という契機を含んでいる。慣習法と法律との違いはただ、慣習法が主観的偶然的な仕方であられ、したがって対自的には慣習法の方が無規定的で、思想の普遍性が曇らされており、その上、この法の知識が、あれこれの面からいっても一般的にいっても、少数の人の偶然的所有物であるという点にある」。

この引用文から、慣習法が法律に劣後する理由として、思想の普遍性が十分に達成されないこと、法の知識を持つ者がわずかな人にとどまることがあることが確認される。以下では、このような主張がいかなる意味を有しているかを確認していこう。まずは一八二四／二五年版を確認しよう。

「もちろん、法は慣習法によって始まる。それゆえにあたかも慣習こそが本当の法だ、という先入見が生じてくる。法が慣習とならねばならない、というのは本のだが、法が知らなければならぬ、ということとはそれとは別のことで、法は知られることによって普遍性という形式を持つことが可能となり、即自的な法を内に含むことが可能となる」(GW, Bd. 26, 3, S. 1344 [邦訳：416頁])。

ここでヘーゲルが用いている慣習法という用語には、『使命』におけるサヴィニーのような特別な意味は与えられていないと思われる。サヴィニーの言葉でいえば、慣習法というより習俗という言葉に対応すると捉えた方がおそらくは適切であろう。さて、このようにヘーゲルは、法がまずは慣習法という形をとることを認めている。その意味では、出発点においては、サヴィニーとヘーゲルのあいだに大きな相違は存在しない。しかし、すでに確認したようにサヴィニーにとって法は民族に共通の確信に基づいており、内的必然性という法則に服し、このような法はまずは習俗と民俗の信仰、次いで学問によって成立するのであり、立法者の恣意によって成立するわけではないのに対し、ヘーゲルによれば、慣習においても偶然的要素、サヴィニーがいうところの恣意的な要素が含まれることは決して少なくない⁽²³⁾とされる。

「慣習は、さしあたり、法の経験的な規定性 Bestimmtheit に従った法のあらわれかたである。というのは、慣習それ自体においては偶然的なものの要素がつきまとうからである。人間は最悪のものをも慣習として受け入れるので、奴隷制や農奴制を慣習とすることも可能である。慣習は、単に規定性と主体が一致していることにすぎず、慣習それ自体が主体をなすわけではない。慣習は法律の形をとる。というのは、法律は抽象的なものであるべきでは

なく、妥当するべきであるからである。これが生き生きとした状態であるが、自由の死であるような抽象的な生き生きとした状態もあり、慣習はこのような「抽象的であるにすぎない」生き生きとした状態をみずからのものとすることもあり得る。たとえば、古代ローマの悪しき相統法がその例で、それは卑劣な振る舞いや、憎悪や、ねたみや貪欲を発生させた。これらの悪しき心情はすべて、とても強力で、とても生き生きしてはいたが、生き生きしているからといって、十分ではない。法は知らなければならず、そのようにして法は法律となり、この法律は思想によって知らなければならない、すなわち法はそれ自体において体系とならなければならないのであり、このような体系は妥当するものとして設定される」(Ebenda [邦訳：417頁])。

生き生きとしている「lebendig」という表現が、サヴィニーのいわばスローガンであったことについてはそれほど詳細な説明を与える必要はないだろう。ヘーゲルの理解では、慣習法が成立するというプロセスにおいて、悪しきもの、偶然的なものが含まれることがある。奴隷制が慣習化することもあるし、古代ローマの悪しき相統法⁽²⁵⁾も存在し得る。これらは、確かに生き生きとしているかもしれないが、しかし、正義にかなっていないとはいえない。ヘーゲルの見解では、慣習法が有し得るこのような悪しき側面は、思想によって知られることにより、つまり法律となることにより、除去され得る。一八二二／二三年版は、以下のように述べている。

「法が教養ある意識に認識されるならば「……。」そのことによって、感覚や、私見 *Meinen* が有するすべての偶然的なものが消滅し、復讐や、同情、利己心といった形式が消滅する。そのことによって法はその真の規定性を有する。法が、法律という形式を取るならば、法はその榮譽に達するということ「……」は、偉大なことである」

(GW, Bd. 26, 2, S. 973 [邦訳：389頁])。

このように、ヘーゲルにとって慣習法は法律となる過程において、教養ある意識によって、すなわち思想によって知られることにより、真の規定性を有することとなる。さて、このような議論は、当然ながら慣習法が法律となりさえすればただちに真の規定性を得ることを意味しているわけではなく、さらにヘーゲルは、(慣習)法の単なる記録集成と、法典編纂とを根本的に区別するに至る。先に本稿は、サヴィニーにとって法典編纂という仕事も従来存在してきた法の記録集成という仕事も、本質的には、ともに法律家による仕事であり、前者の場合は、ただ国家によってそれが要請され、確認されるという点に相違があるにすぎないと考えられていたと述べた。これに対し、§211注解においてヘーゲルは、法典編纂と法の記録集成のあいだには根本的な区別が存在すると主張する。

「慣習法には、慣習として存在するというその形式によって、生活の中に溶け込んでいるという長所があるといわれる[……]が、これはまやかしである。なぜなら、一国民の妥当している法律は、成文化され収集されているからといって、国民の慣習であることをやめるわけではないからである。慣習法が収集され編纂される gesammelt und zusammengestellt werden ようになるということは、民族がある程度の文化に達しさえすれば必ずすぐに行われることであって、その際、この収集されたものが法典なのである。これは単なる収集であるから、確かに不定形、Unförmlichkeitであり、規定が曖昧であり、欠缺が存在する。そしてこの法典が法典が本来の意味でいわれる法典ととりわけ区別される点は、後者が法の諸原理をその普遍性において、したがってその規定性において思想によって把握し表現している点である」。

さらに、ヘーゲルは続けて、イギリスにおける判例法や、古代ローマの学説法について、立法者の代わりに裁判官や権威ある学者が決定を行っているという混乱が生じていると批判を加えた上で、

「一つの教養ある国民ないしはその国民のうちの法律家身分に法典を作る能力を認めないというのは、一国民ないしはその法律家身分に加えられ得る最大の侮蔑のひとつといえよう。なぜなら、法典を作るといっても、問題となり得るのは、内容、上新しい、法律の体系を作ることではなくて、現存の法律の内容をその規定された普遍性において認識する erkennen こと、すなわちそれを——特殊なものへの適用をも加えて——思想によって捉えることであるからである」

という（サヴィニー批判として）よく知られた主張を行う。

慣習法の単なる収集としての法典と、（思想によって認識された）本来の意味での法典との相違についてももう少し詳しく確認しよう。一八一九／二〇年版では、この点について以下のように述べられている。すなわち、慣習法においては知識の偶然性によって多様な例外が生じる。慣習法しか存在しない状態（ここでは、以下の引用から理解できるように、法源としての慣習法のみならず、判例法や学説法が支配している状態、あるいはより正確に言えば体系的な法典が存在しない状態が指示されていると理解した方が適切であろう。その意味では、この箇所における慣習法という語の用法は、『使命』のサヴィニーにおける慣習法の用法に近い）は、不定形な状態にある、すなわち、普遍的なものが取り出されず、また特殊なものが普遍的なものに従属せず、入り乱れて定立されている。

「このような仕方では大きな混乱が生じる。かくして、十二表法、元老院決議、法の精通者による解答 *responsa juris consultorum* などが雑多なる集合を作り出す。このような集合は、ドイツでは、もっとひどいものであった。例えば、あるときはこの、またあるときはあの偉大な注釈書を引用することができるということとなったのである。[……] もしある国民にいかなる法典も存在しないとすると、国民が一つの法典を作ることよりほかにするべきことはない。ところで、その際、確かにまず、全く新しい法典が見いだされ、発見されるべきであるというイメージが持たれるかもしれない。しかしこの際、重要なのは、すでに存在するものやすでに妥当しているものを、一定の分別ある方法で秩序づけることのみである」(GW, Bd. 26, I, S. 474-475 [邦訳：118-119頁])。

法律が存在していない、あるいは存在していても体系的に整序されていないならば、法源やその内容に関する相互の関係が不明なものとなり、どの法源がどの場合に法律家によって適用されるべきかという問題について混乱が生じてることとなる、とここでヘーゲルは述べている。

このような観点からヘーゲルは法律、なかならず体系的に整序された法典の必要性を要求したのであるが、このような議論が、サヴィニーに対する根底的な批判となっていく点については疑問がないとはいえない。サヴィニーの側からすれば、仮にヘーゲルの考えるような法典の重要性を認めたとしても、ドイツの法曹にそのような法典を作成する能力が存在しないことには変わりなく、それゆえにこそ、法学の発展が必要なのである、と応じることになると思われるからである。

ところで、本章冒頭で確認したように、慣習法が法律に劣る理由として、ヘーゲルは、普遍性が十分に達成されな

いこと、法の知識を持つ者がわずかな人とどまることを挙げていた。前者についてはここまでの議論においてすでに確認したが、以下では一八二四／二五年版の参照を通じて、後者について確認しよう。本稿の理解では、自由な意思を出発点とするヘーゲル法哲学の構造を踏まえれば、そしてヘーゲルとサヴィニーのあいだに存在する根底的な相違を理解するためにはむしろこちらの論点の方がより重要である。

さて、ヘーゲルは、「人々を」法律に対して義務づけるためには、自己意識の権利の面からいって、法律が普遍的に認められていることが必要である」という§215本文について以下のように説明する。いくら長くなるが、重要な箇所なので詳しく引用しよう。なお、引用中の鉤括弧で括られた文章は§215注解からの引用である。

「このこと [§215本文の内容] は、法律に対して自己意識が有する権利であり、法律は自己意識に対して妥当するのだが、しかし自己意識の側では、自己意識は法律を心得ていなければならない kennen müssen という権利を持つ。法律が個人に認められていなければならないという契機は、帰責能力にその根拠を持つ。個人は法律を心得ること、認識することができなければならない。法律が法典として存在するならば、私は法律について知識を得る kennen lernen ことができるが、そうでない場合には、知ることができかどうかは偶然に委ねられ、身を入れて勉強する可能性や、「知るための」費用等々に依存することになる。法律が、判決や注釈書、資料を集めたもの Sammlungen として存在している場合には、ここにおいてはやはり確固とした法律としての規定というものが存在せず、知識のあらゆる特別な部門においてあてはまることだが、確固としたものを見いだすことができない。「……」法律に関する特別な知識を持つ法曹階層は、しばしばこの知識を自分たちの独占物であると、ほかの人々はつつましく、法律など知らなくてよいのであり、知識はこの階層だけが持つと考えている。「……」しかし、

誰も靴が自分の足に合うかどうかを知るのに靴屋になる必要がないのと同様、一般的な関心に属する対象について知識を持つために、専門家になる必要はない。法は、人間にあって最も価値が高く、最も神聖なものである自由に関わるものであり、人間の意思を拘束する法について人間はみずから知らなければならぬ。法は一階層の独占物であることはできず、各人は法を心得なければならぬか、心得ることができるようでなければならぬ。「法への」接近はたやすい方法で可能でなければならぬ。「僭主、ディオニシオスのように、市民が誰一人読めないような高い場所に法律を掲げたり、あるいはまた、学術書や、「判決の」集録 *Sammlung*、判決とは異なった判断や意見、そして慣習等といった広範な資料 *Apparat* の中に、さらにその上に、外国語の中にまで埋め込み、妥当する法の知識について知識を身につけた者以外の接近を拒むのは、まさしく不法である。ユスティニアヌス法典のように形式の整わぬ集録にすぎないにせよ、もっと進んで、「プロイセン一般」ラント法のような秩序だった明確な法典であるにせよ、国民に法律を公布した支配者は、国民に最高の善行をなした者であり感謝を込めて国民により賞賛される者であるだけでなく、偉大な正義の行為、*Akt der Gerechtigkeit* をなしたのである」。このような法典が存在しないのは最高の不法である。というのは、法の内容は、恣意や主観的見解、学識に依存するべきものではなく、明確でなければならぬのだから。なにが法であるかを、誰もが心得なければならぬ。「プロイセン一般」ラント法やナポレオン法典に対して、学識法曹たちがどんなに非難の声を上げようと、臣民はそれに際して幸福を見いだす。このような法典が与えられることは、恩恵ではなく正義である」(GW, Bd. 26, 3, S. 1349-1350 [邦訳：424-425頁])。

ヘーゲルの議論の趣旨は明確であろう。ヘーゲルにとって、法は、人間によって意識的に認識される以前から存在し、

そして法はまず慣習法（サヴィニーにとっては習俗と呼ぶ方が適切であるが）として現れる。この点については、サヴィニーとのあいだに極端な認識の乖離は存在しない。⁽²⁶⁾ヘーゲルとサヴィニーが袂を分かつのは、（すでに述べた慣習にどの程度恣意的要素が含まれるか、という論点を別とすれば）以下の点にある。すなわち、サヴィニーにとって、法とは、このような慣習法が集成され、法律家によって指導法則に基づいて整序さえされれば十分なものであるのに対し、ヘーゲルにとってはこのような集成が法律として公布されること、そして望むべくは、整序された、すなわち「法の諸原理をその普遍性において、したがってその規定性において思想によって把握し表現するような」法典という形で公布されることが本質的に重要である。確かにサヴィニーは、法典のメリットとして、法の内容が確実となることを挙げていたが、このメリットは、基本的に法律家による法の適用の一律性を保つという点に関わっていたのであり、法律家ではない人々にとっての行動の指針としての法という視座はサヴィニーにおいては明確には見えてこない。これに対して、ヘーゲルにとっては、（確かに法律家による法の一律的適用という論点も重要であるのだが）、法は決して法律家の独占物ではない。先の引用文において、ヘーゲルは、「『プロイセン一般』ラント法やナポレオン法典に対して、学識法曹たちがどんなに非難の声を上げようと、臣民はそれに際して幸福を見いだす」と述べていた。これは明らかに、プロイセン一般ラント法やナポレオン法典の学問的完成度の低さを非難したサヴィニーの議論（V.B. S. 54 ff. 「邦訳：67頁以下」）を念頭に置いた批判であると思われるが、ヘーゲルにとっては、法典が公布されることそれ自体に意義があるのであり、法典の学問的完成度にはさほどの重点は置かれていない。ヘーゲルにとってなにより重要であるのは、人々の行動を規律する法は、法律として、望むべくは人々にとって接近がより容易な法典として広く人々に知らされなければならないことである。⁽²⁷⁾法がいかなる内容を有するかは、あらかじめ人々に知らされていなければならない。人々は、あらかじめ知らされたこの法の内容を踏まえて、みずからの行動を

律するのである。このようにして人々は責任ある主体として扱われることとなり、そのような存在として尊重されるのである。法が明確な法律（法典）という形で国家によって公布されなければならないのは、このように人々を責任ある主体として遇するためである。

むすび

最後に、ヘーゲルの実定法論を振り返った上で、ヘーゲルによるサヴィニー批判の意義についてまとめよう。

従来の研究においては、ヘーゲルが実定法を制定法、法律と同一視していると捉えられかねない理解が示されていたが、このような理解は精確ではない。ヘーゲルにとって実定性とは、理念としての法、即自的な法が、慣習法を経て、法律という形を取るプロセスを指すのであり、このようなプロセスを経た法が実定法と呼ばれる。したがって、単に法律という形をとっているだけでは、実定法であるとは限らない。

ヘーゲルが実定法を重視する理由は、法が法律という形をとるプロセスの中で、思想を通じて法が普遍的な形をとる、人々に知られるからである。このように法が実定法という形をとることにより、不正な慣習について反省が加えられる契機となり、法源間の関係が整理され恣意的な法の適用を避けることが可能となると同時に、人々は、自分たちの行動を規律する法がなにか、ということ容易に、精確に認識することが可能となり、責任ある主体として扱われることとなる。この目的を達成するには、従来の法を単に集成したにすぎない法律よりも、体系的に整序された法典が望ましい。

ヘーゲルによるサヴィニー批判は、サヴィニーにおける法曹による法の独占を批判し、立法者による法の成文化を

求めたものとさしあたり捉えることができるが、その際、ヘーゲルがこのような批判を通じて意図しているのは、恣意的ではない法の適用であり、そしてなによりも、各人を責任ある主体として取り扱うという正義の要請を実現することなのである。⁽²⁸⁾

※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のだが、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) たとえば堅田剛「ヘーゲル、サヴィニー、グリム」(同『法のことば／詩のことば』(御茶の水書房、二〇〇七年)、一〇一頁以下、同「ヘーゲル哲学と法の実定性」(同『ヤコブ・グリムとその時代』(御茶の水書房、二〇〇九年、所収)、五五頁以下、中山愈『法の哲学』に見るヘーゲルとサヴィニーの内なる論争」(『近畿医療福祉大学紀要』Vol. 11、二〇一〇年、所収)、四三頁以下。

(2) 『法哲学』というテキストの性質を取り扱った文献は数多く存在するが、ここでは権左武志「ヘーゲル法哲学講義をめぐる近年のドイツの論争」(同『ヘーゲルにおける理性・国家・歴史』(岩波書店、二〇一〇年、所収))のみを挙げておく。

(3) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke in zwanzig Bänden, Bd. 7, (1986).

(4) たとえば、(かこつ『世界の名著』シリーズの一巻として公刊されていた)ヘーゲル、藤野涉／赤沢正俊訳『法の哲学Ⅰ・Ⅱ』(中央公論新社、二〇〇一年)。本稿も本邦訳を参考としている。

(5) 川崎修敬「ガンスのヘーゲル解釈とフランス」(同『エドゥアルト・ガンスとドイツ精神史』(風行社、二〇〇七年)、三八頁。

(6) Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1819-1831*, Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting (1973-1974).

(7) Ders., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Gesammelte Werke 14.1, (2009).

(8) Ders., *Vorlesungen über die Philosophie des Rechts I*, Kollegien der Jahre 1817/18, 1818/19, 1819/20, Gesammelte Werke 26, 1, (2014). アカデミー版ヘーゲル全集からの翻訳ではないが、一八一九／二〇年講義録の翻訳として、ディーター・ヘンリッヒ編「中村浩爾ほか訳『ヘーゲル法哲学講義録一八一九／一八二〇』(法律文化社、二〇〇二年)。

(9) Ders., *Vorlesungen über die Philosophie des Rechts II*, Nachschriften zu den Kollegien der Jahre 1821/22 und 1822/23, Ge-

- sammelte Werke 26, 2, (2015). アカデミー版ヘーゲル全集からの翻訳ではないが、一八二二／一三年講義録の翻訳として G・W・F・ヘーゲル、尼寺義弘訳『ヘーゲル教授殿の講義による法の哲学Ⅰ・Ⅱ』（晃洋書房、二〇〇五、二〇〇八年）。
- (10) Ders., Vorlesungen über die Philosophie des Rechts III. Nachschriften zu den Kollegien der Jahre 1824/25 und 1831. Gesam-melte Werke 26, 3, (2015). アカデミー版ヘーゲル全集からの翻訳ではないが、一八二四／二五年講義の翻訳として、ヘーゲル、長谷川宏訳『法哲学講義』（作品社、二〇〇〇年）。
- (11) 西村清貴「一九世紀ドイツ国法学における実定性的概念について」〔法学志林』第一二三巻第四号、二〇一六年、所収、九二頁以下。〕
- (12) Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, (1814). [邦訳：サヴィニー、大串兎代夫訳『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、V B と略す。また、現在、以下の邦訳が公刊されつつある。F・C・サヴィニー、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』（その一～三）〔法学雑誌』第五九巻第一号、第六〇巻第一号、第六一卷第一・二号、二〇二二—二〇二四年、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。〕
- (13) Ders., System des heutigen römischen Rechts, Band I, (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、S R と略す。〕
- (14) 『体系』の法源論において最も重要な概念は「実定法」である。サヴィニーによれば、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と反する。サヴィニーによれば、法はいくつでも、常に存在している。このような法の性質を指してサヴィニーは実定法と呼び、このような実定法は民族の共通の意識の中で生きているので、民族法とも呼ばれる。また、法は継続的に形成されるのであり、その成立においてと同様に、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]）。
- (15) それゆえ、しばしば行われるように、サヴィニーの法典編纂反対論が反理性法的性格を有していたという点を過度に強調すること（例えば三島淑臣『新版 法思想史』（青林書院、一九九三年）、三三三頁は『『使命』の中で』サヴィニーは、法典編纂派の思考の基礎にある抽象的合理主義的自然法論の考え方を祖上に載せ、これに徹底的な批判を加える」と述べている）はあまり適切ではないと思われる。理性法論に反対することそれ自体は、サヴィニーにとって当然の前提であるにすぎないと思われるからである。
- (16) 法律にさしたる意義が認められない『使命』に比して、『体系』においては、『使命』が法典編纂に反対する闘争の書であったこ

とに關係するのかもしれないが) 法律に対する評価はいくらか柔らかなものとなっている印象が与えられる。長くなるが、サヴィニーの議論についての誤解を避けるために、紹介しておく。『体系』のサヴィニーは法律の意義を以下のように述べる。すなわち、サヴィニーは、「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 [?]」(SR. S. 38-39 [邦訳: 39-60頁]) と論じた上で、「立法者はむしろ国民 Zp. 200 の中心にあり、それゆえに民族精神の眞の代表者と見られねばならぬ」(SR. S. 39 [邦訳: 60頁]) とする。また、立法者の仕事は余分なものあるいは有害なものであるとする見解に対し、それは誤解であると述べる。サヴィニーによれば、立法の仕事としては、第一に実定法のための補足的助力と、第二に、実定法が次第に進歩する支えが挙げられる (SR. S. 40 [邦訳: 60-61頁])。第一のものは以下のようなものである。実定法の基礎は確実であるにしても、それでも細部の点には、たとえば一定の期間を条件として含むすべての定めのように不確定であり得るのであり、その性質上ある程度恣意の働く余地がある多数の規定が存在し、このような場合には(慣習法によってよりも確実に) 立法によって解決がなされる (SR. S. 40-41 [邦訳: 61頁])。このような議論は、『使命』においてもすでに見られたものであるが、『体系』のサヴィニーはこの第一のものよりも、第二のものの方がはるかに重要であると述べる。すなわち、「民族における」風俗・確信・欲求の変化によって既存の法における変更が必要になるとき、あるいは、時の経過のうち全く新しい法制度が必要となるとき、確かに最初の法を生み出したのと同じ目に見えない内的な力によって、これらの新しい要素が既存の法にはめ込まれ得る。しかし、ちょうどここで、立法の影響が著しく有益に、それどころか不可欠になる。そのような諸原因の作用は徐々にしか現れないから、必然的に不確実な法を持った中間期が生じ、この不確実さは、法律による宣言によって終結できるのである。さらに、すべての法制度は、互いに関連し合い、作用し合っており、それゆえにどの法命題が新たに形成されても、それ自体では変わっていないほかの法命題との矛盾が気づかれずに生じ得る。そのため今度は調整が必要になるが、これはほとんど全く反省と意図的な、したがって人的な介入によって確実に実現され得る」(SR. S. 41 [邦訳: 61頁])。このように、『使命』に比して、『体系』のサヴィニーにおいて法律の重要性の度合いが増しているように思われる(ただし、偶然に欠けている立法についての一時的のぎの代用として民族法を捉える見解に対してサヴィニーが激しく批判していること (SR. S. 43 [邦訳: 62-63頁]) は注意されるべきだが)。また、法の形成についても、「法は慣行 Übung によって発展するであろう」(SR. S. 16 [邦訳: 43頁]) とするような『使命』を想起させるような) 箇所も存在するが、「本来すべての実定法は民族法であり、この本来の法創造を(しばしばすでに早い時代に) 立法が助けて補充し、支えるということが出てくる。それから、民族の発展が進んで法律学が加わると、民族法には法律と法律学とで二つ

の器官が与えられ「……」(SR, S. 50 [邦訳: 678頁]) という表現も見られ、習俗や慣行による法形成という側面は、失われているわけではないにしても、やや後景に退いている印象が与えられる。

(17) 堅田剛「ヘーゲル、あるいは哲学的法学」(同『歴史法学研究』、日本評論社、一九九二年、所収)、一三二—一三三頁。

(18) 堅田(前掲注17)、一三二—一三三頁。

(19) 即目的な法の内実について検討することは、本稿の課題を大幅に超えるものであるが、§§本文や§209本文における記述を踏まれば、『法哲学』第一部で取り扱われた「抽象的な法」がまだ具体的な形姿を取っていない状態と理解してよいと思われる。

(20) 一八一九／一八二〇年版では、「我々の学問を証的な学問と比較しよう」という表現が見られる。そのすぐあとに、「実定法学」の対として「我々の哲学的法学」という表現が用いられていることを考えれば、上述の我々の学問とは哲学的法学を指すだろう(GW, Bd. 26, 1, S. 340-341 [邦訳: 78頁])。ヘーゲルにおいて哲学、法哲学、哲学的法学といった語は、実定的な学(実定法学)と対になるものとして用いられているという共通性を有する。

(21) 堅田自身は、「哲学的法学」と「実定法学」との区別が『綱要』の中に見いだされることそれ自体には気づいていたが(堅田(前掲注9)、一三四頁以下)、結局のところ、この区別がヘーゲルの実定法概念とどのように関係していたか、という点について考察を加えているとはいえず、彼の実定法に関する議論は混乱している。また、法哲学と実定法学の区別を意識しないKevin Thompson, *Institutional Normativity*, in: Robert R. Williams (ed.), *Beyond liberalism and communitarianism: studies in Hegel's Philosophy of right*, (2001), pp. 41-42 [邦訳: ケヴィン・トンプソン、中村浩爾訳「制度的規範性」(ロバート・R・ウィリアムズ編、中村浩爾ほか訳『リベラリズムとコミュニタリアニズムを超えて——ヘーゲル法哲学の研究』、文理閣、二〇〇六年、所収)、五九—六〇頁]による実定法に関する議論も混乱している。

(22) ヘーゲル法哲学の基本構造は、§§本文で示されているように、即自かつ対目的な自由の意思という理念がいかにして実現されるかという道筋を示したものであり、意思が、あるがままにある状態、無反省な状態(いわゆる即自)にあることから脱し、意思自身を批判的に対象とする状態(いわゆる対自)に移行し、最終的にこの両者が総合される(いわゆる即自かつ対自)という過程を哲学的に示すことにあると思われる。即目的な法が実定法となるプロセスは、以上で見たヘーゲル法哲学の基本構造に対応しているように思われる(§§219本文も参照)。このようなプロセスが具体的にどのような意義を有するのかをという点を、あくまでもその一端であるが、明らかとすることも本稿の目的の一つである。

(23) ただし、『体系』において明確だが、サヴィニーにおいて慣習が錯誤に基づくことはあり得る(SR, S. 178, Ann. (1) [邦訳: 173頁注(一)])。とはいえ、ヘーゲルが奴隷制全体を悪しき慣習と呼ぶような発想までサヴィニーにおいて見いだされるかといえれば、お

そらくそれは疑わしいだろう。

(24) たとえば、「法が生き生きとした発展にあるかぎり、法典編纂のための条件がきわめて整っていたとしても、法典編纂は必要とは見られなかった」(VB, S. 34 [邦訳: 26頁])。「そもそも歴史が諸民族の幼年時代においても、尊敬すべき教師であるならば、歴史は今日の時代においてもなお、別の神聖な役割を有するのである。というのは、歴史によってのみ、諸民族の本来の状態との生き生きとした連関は保持されるのであるから。そしてこのような連関の喪失は、あらゆる民族からその精神的生命の最良の部分を引き去らざるを得ないのである」(VB, S. 117 [邦訳: 138頁])。また、『体系』においても「豊かな生き生きとした現実の中では、すべての法関係は一つの有機的全体を成す」(SR, S. XXXVII [邦訳: 23頁])という表現が見いだされる。また、ディーター・ネル、青井秀夫／西村重雄訳「サヴィニーの「生きた直感」(lebendige Anschauung)」、『法學』第四五巻六号、一九八二年、所収)も参照。

(25) それぞれの子供が均等に財産を相続するのが好ましいにもかかわらず、古代ローマでは親が全く自分の思うままに遺言書を書いているとヘーゲルは批判する (Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke in zwanzig Bänden, Bd. 12, (1986), S. 349 [邦訳: ヘーゲル、長谷川宏訳『歴史哲学講義 下』(岩波文庫、一九九四年) 一〇〇頁])。『綱要』§ 180 本文および注解でも激しい遺言批判が行われている。

(26) もちろん、『綱要』§ 4 で示されているようにヘーゲルにとっての法の土台は精神的なもの(自由)であり、サヴィニーにとっての法の土台は民族の確信であるという相違は存在する。ここでは一見したところ、観念論と経験論の対立が存在するように思われるが、実際のところ、サヴィニーの議論にはかなりの程度、観念論的色彩がうかがえるように思われる。この点については、西村(前掲注 11)、八六頁以下。なお、ここまで確認してきた堅田の見解とは全く逆に、石部雅亮「立法の思想史」、『法の理論 三四』、成文堂、二〇一六年、所収)、八一―八二頁は『綱要』§ 211 本文を引用した上で、ヘーゲルにとって法典の内容は、新しいものの創出というよりすでに生成してきた法の承認であると説き、サヴィニーとヘーゲルの対立は著しく相対化されると述べる。本稿がすでに見たように、確かにヘーゲルとサヴィニーにおいては、成文化する以前に法が存在しているという見方が共通して存在し、石部の指摘はその意味では正当である。しかし、このような相対化により、ヘーゲルが立てた「なぜ法は法律とならなければならないのか」という問題が見逃されかねないことには注意する必要がある。ヘーゲルのサヴィニー批判は、ここから始まるのである。

(27) 屋敷二郎『規律と啓蒙』(ミネルヴァ書房、一九九九年)、一四二頁以下の理解に従えば、プロイセン一般ラント法の編纂を命じたフリードリヒ大王の関心もまさにこの点にある。

(28) したがって、ヘーゲルの批判は、サヴィニーは民族の確信による法の形成について語りつつも、もっぱら法形成を法律家にゆだねることによって民族法の本来のあり方から逸脱することになってしまったという、しばしば見られる、法の成立に関してゲルマニスト

によって行われることの多い批判とは（一見類似しているように見えたとしても）性質がだいぶ異なる。ヘーゲルの眼目は、法形成よりも、私人に対する法適用の態様にある。ゲルマニストによるロマニスト批判の一例としてOtto Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, (1903), S. 18-19 mit Anm. 58. ゲルマニストによるロマニスト批判に関する論文として、Jan Schröder, *Savigny's Spezialistendogma und die "soziologische" Jurisprudenz*, in: *Rechtstheorie*, Bd. 7, (1976).