

# 國學院大學學術情報リポジトリ

## エドゥアール・ランベールの比較法(2)法の「社会化」と「国際化」

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 姫野, 学郎 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/00001164">https://doi.org/10.57529/00001164</a>

## エドゥアール・ランベールの比較法（2） ——法の「社会化」と「国際化」——

姫野学郎

- I 問題の構成（以上51巻4号）
- II Saleilles
  - (a) 法的モデルニスム
    - (1) Saleilles、Gény、Lambert——「新古典様式」
    - (2) 法的モデルニスム
    - (3) 2つの問題提起——Aragoneses と Sabbioneti
    - (4) Paolo Grossi の法的絶対主義プログラム
    - (5) 2つの Saleilles 像——Aragoneses と Sabbioneti
    - (6) 「概念法学」と「注釈学派」
    - (7) 本章の構成（以上本号）
  - (b) 前史
  - (c) 歴史的方法
  - (d) 比較法
  - (e) 小括——「社会の有機的再構成」
- III Gény
- IV Lambert
- V おわりに

## II Saleilles

### (a) 法的モデルニスム

#### (1) Saleilles, Gény, Lambert——「新古典様式」

Jamin と Verkindt はその共著論文で述べている。判例評釈を開拓した<sup>(128)</sup> J.-E. Labbé、1895年法学教育改革を実現した C. Bufnoir を承け、F. Gény、R. Saleilles、E. Lambert は、その他の科学学派の論者らとともに、注釈学派の古典様式に対して、社会的調和——その後支配的になった用語法に従えば、社会平和——を求め、いわば新古典様式を提示した。<sup>(129)</sup> だが、「この新しい方法は同一のものではない。Saleilles はこれを歴史的方法と呼ぶのを好み、この方法は彼に言わせれば解釈者をテキストの——少なくとも形式的——後見から解放することはけっしてない、という利点を(裁判官の法律への従属によってくっきりと区別される憲法体系のもとで)もっていた。Edouard Lambert は比較方法を特権化する傾向にあり、[この方法においては] よき解釈は唯一の『普遍的法意識』からのみ導かれる<sup>(130)</sup>のである。けれども、結局においてこれら新しい解釈方法は、社会問題が法に浸透することを可能にする点で、古典的注釈方法 la méthode exégétique classique に対するあらゆる優位をもっていた。社会諸科学の水路をたどってであれ、判例の水路をたどってであれ、である。判例は今後はそれ自体として、かつそれ自身のために研究されることになる。」そして彼らはこの様式がバンドラの箱——裁判官の恣意と法の社会諸科学への希釈——を開く危険を誰よりもすばやく察知したのは Gény である、と述べ、その後の社会法の展開もけっして個人法に挑戦するものではなかったこと——「包摂」だけでなく「排除」の側面をももっていたこと——<sup>(131)</sup>を力説する<sup>(132)</sup>。そして、上掲論文の一方の著者である Jamin によると、1900年代における、これら3人の強迫観念は、こう<sup>(133)</sup>であった。すなわち、どのようにして、注釈方法によって主張された客観性——正義の条件そのものであり、社会的調和の源泉である——を問題に付することなく生活を法のなかに取り込むか、であった。そして、解釈者の客観

性確保という問題について、Saleilles は「法的構成」を擁護することによって答え、Gény は「事物の本性」に適合する解決、それゆえ激しく希求された客観性に向かう解決によって答え、そして Lambert は科学的自由探求よりもむしろ、比較方法こそがこれによって明らかになる「普遍的法意識」という土台のうえに、客観的に正当な解決を与えることを可能にする、と述べている。

「パンドラの箱」の問題はともかく、以上によって注目されるのは、2つである。第 1 に、Saleilles の歴史的方法と Lambert の比較方法は並行的にとらえられている。両者の関係はすでに E. Gaudemet によって取り上げられていた。「現在、歴史的方法と切り離すことができないように思われるのは、比較方法 *la méthode comparative* である。比較方法は、さらに、Saleilles の見方によれば歴史的方法の二次的側面にすぎない。この点で、彼はことに C. Bufnoir の弟子にみえる。けれども、彼はその偉大な先駆者の思考に対して、比較法を単に立法の道具 [である] だけでなく、実定法の解釈者の方法の一要素、いいかえれば Gény がすぐ後に所与と呼んだものに関する科学的探求のためのたしかで確固とした用具にすることによって、貢献したのである。」<sup>(134)</sup>

第 2 は、Gény が Saleilles および「その若く前途有望な弟子」<sup>(135)</sup>と目されていた Lambert と並べて論じられていることである。たしかに、Gény は、比較法を——最広義にこれをとらえても——直接の主題として論じることがなかった。けれども、Gény にとって、フランス語で書かれた最大の論敵は、一方で、C.-E. Delvincourt<sup>(138)</sup> や C. Demolombe からベルギーの François Laurant にいたる、大革命以来伝統的となった国家的法観念——Gény の用語に従えば「法律フェティシズム」——に立つ論者、他方で Saleilles——「民法典によって、しかし民法典を越えて」<sup>(139)</sup>——と Lambert<sup>(140)</sup>であった。前者注釈学派の意義についてはいうまでもない。「自由主義の到来と法典編纂の諸帰結の一つは、19世紀の間中、制定法は一部は国境によって閉鎖されていた、ということであった。…/19世紀末葉に、ヨーロッパの法的光景は一変

した。国際的諸関係およびあらゆるタイプの交流は密度を深めた。すなわち、知的、通商的、そして人的な交流が、<sup>(141)</sup>である。」現行法注釈の終焉が歴史を呼び寄せるように、閉鎖の時代の終焉は、比較法の到来を意味する。これに対して、後者、Saleilles と Lambert は、ことにパリ比較法会議の組織に力を注ぎ、<sup>(142)</sup>「現代的比較法」の建設に積極的に携わった。そればかりではない。1880年代以後訪れた西ヨーロッパの社会的・経済的変動<sup>(143)</sup>に対応し、何人かの論者によれば、ドイツの Otto Gierke、Rudolf Stammler、そして P. Grossi、P. Caroni をはじめとして多数の論者によればスイスの Eugen Huber と同様に（そしてわれわれによれば、チャネル対岸の H. Laski、F. Maitland、J. Figgis ら、大西洋対岸の O. W. Holmes、R. Pound、N. Cardozo らとともに）<sup>(144)</sup>——法の社会化を推進する役割を担って登場した。彼らは国際的、国内的に生まれつつあった非属地的諸団体——社会学者によって機能集団と呼ばれる——に着目した。ことに教会、労組、資本団体（カルテル・アントナント）である。Aragoneses と Sabbioneti（後出）によれば、Saleilles らの関心の中心は「社会問題」——普通選挙権と労働者の「包摂」——に<sup>(145)</sup>ある。<sup>(147)</sup>

「パンドラの箱」が開く二重の危険をいち早くかぎつけた Gény は、他方で、個人的知己でもある Saleilles と Lambert を避けて通ることはできなかつた。三者は個人的「友情」によって結びつけられていた。そればかりではない。方法論的立場も共有されていた。実際、Grossi をはじめ多くの論者は、Gény もまた、一定限度——すなわちその「破壊」「再建」作業のうち「破壊」作業を遂行した点——においてではあっても、国家・個人、法律・契約——立法者の意思・両当事者の意思（合意）——、意思実証主義と国家的法観念といった、一連の大革命的二項対立構造の批判者、法の社会化の推進者であった、と主張している。ことに Sabbioneti は、Aragoneses とともに、こう主張する。すなわち、J.-J. Rousseau 的な「社会のアトム的<sup>(152)</sup>節化」に対抗し、Saleilles は、「社会の有機的再編成」—— E. Durkheim の方向性における「中間諸団体の再建」——を志向した。こうして、比較法の<sup>(153)</sup>

中心的テーマは財団法人、社団法人（ことにドイツ・モデル<sup>(154)</sup>）に定められた。Aragoneses は付け加えている。すなわち、Saleilles はフランス・ドイツを中核としつつ、「私法領域において、一種国際的なひとつの法共同体 une communauté de droit と呼ぶもの<sup>(155)</sup>」の構築を説き、そのなかに「内容可変自然法」としての「文明人類共通法」をみいだしたのである。この「共通法」——比較法学者によって建設される「国際理論法」（M. Ancel の用語）——は「民法典を越え<sup>(157)</sup>」る内容をもつものとなろう、と。

しかるに、Lambert<sup>(158)</sup> の場合はどうだったか。「リヨンから、比較法のいまひとつの種類、真に社会的かつ国際的な科学の建設は、特権的な注意を産業法と労働法に向け、新しい国と文化に傾斜し、アメリカのバージョンにおけるコモン・ローに大変深く注意しつつ [、おこなわれる]。この建設は、陽気なベル・エポックを忘れてはじめて可能となるであろう。」<sup>(159)</sup> この一節のより立ち入った検討は、Lambert を検討する部分に譲られる。だが、少なくとも言及する必要があるのは、比較法学——少なくとも「機能的」比較法学——が固有法則性・自律性を獲得するには、偶発的「友情」（Tony Weir）や——1900年のパリ会議で与えられた——「方法と対象」「定義」「目的」があるだけでは十分とはいえない、ということである。「制度」化<sup>(160)</sup>（David Kennedy）、および対象の「立法共通法」——「戦闘スローガン」——からの「ヨーロッパ＝アメリカ法」への拡大が加えられなければならない。Saleilles による団体への着目はこの点でむしろ必然的であったとさえいえるのである。この当時、「制度」の役割を担ったのが、国際労働局とユニドロワ——さらに経済・金融委員会や世界経済会議——であった<sup>(163)</sup>。Lambert ——さらに R. Pound や J. Wigmore、J.-W. Hedemann や K. Renner ——はどちらの中樞を占めていたわけではない。けれども、その重要性はあとにみるとおり疑いの余地がないように思われる。

## (2) 法的モデルニスム

ベル・エポック期に立ち戻ると、法の社会化の運動はドイツ、イタリア、

ことにフランスのカトリック教会内部の改革運動と連動した。Saleillesが一方でサンディカリズム<sup>(164)</sup>、他方でMarie-Joseph LagrangeらだけでなくJohn H. Newman, Henry Edward Manning<sup>(165)</sup>にも関心を寄せたように、Harold Laskiも、一方で新組合主義、他方でThomas Chalmers, Newman<sup>(166)</sup>ばかりでなくF. R. Lammennaisに引き付けられた。

改革運動は——1891年回勅「レールム・ノヴァルム」、1892年「諸配慮の環境のなかで Au milieu des sollicitudes」を発出した教皇レオ13世主導にかかる——ラリマンと連動し、共和派右派に協力することで保守勢力を結集し（「カトリックかつ社会的」政党または「トーリー」政党の結成<sup>(167)</sup>）、これによって社会問題を解決するイニシャティブを握ることにあった。H. S. Jones<sup>(168)</sup>は、P. Waldeck-Rousseau (1899-1902)、E. Combes (1902-1905)<sup>(169)</sup> 両内閣の時代とは一変して、職業組合 syndicats の高揚、具体的にはストライキの頻発により、G. Clemenceau 内閣期 (1906-1909) に社会主義者＝急進派連合が崩れた点——前者が左に傾き、後者が中道寄りに傾斜する——を強調する<sup>(170)</sup>。ちょうどフランス側が「国家主権の実現を急ぐ共和派政権」に支配されたように、教皇庁もピウス10世のもとで「カトリック内部で興隆するウルトラモンタニズム」に暗転する<sup>(171)</sup>。舞台装置はできあがった。以上のように高揚したフランス政府・教皇庁間の緊張関係を背景としつつ、神学におけるモデルニスムと法学におけるモデルニスムはほぼ平行に進行する。

ことに1907年7月3日教皇令 Lamentabili、同年9月8日回勅 Pascendi dominici gregis<sup>(172)</sup>が発せられた数ヵ月後にはすでに Ernst Fuchs が『構成法学の有害性について』を上梓する、という調子である。この運動は、各国語で「法的モデルニスム」と呼ばれる。上山安敏は、つとに、平野敏彦の論文に依拠しつつ、法的モデルニスムをより広い文脈のなかでとらえ、「法学モデルネ」と呼んでいる<sup>(173)</sup>。こうして、モデルニスム——教会はこれを哲学的主観主義として非難する——の法学版の対概念として、注釈学派とか古典学派<sup>(174)</sup>といった用語が鑄造されることになる<sup>(175)</sup>。

Grossi は法学モデルネを以下のようにまとめている<sup>(176)</sup>。

「20世紀前半イタリアで活動していたもっとも思慮深い法律家のなかに、<sup>(177)</sup>Widar Cesarini Sforza がいる。彼は、その1912年の見事な論文のなかで、『法学モデルニズモ』について語り、20世紀最初の10年間にイタリア法律家らの精神を激しく動揺させた自由法論 *il giusliberismo* と同様にモデルニズムと呼ばれた、キリスト教的内省に関する態度との間に、根本的なアイデンティティの一致を見出している。モデルニズムは思想家らの精神を激しく動揺させ、1907年には回勅 Pascendi によってカトリック・ヒエラルキーの頑強な非難に出会うことになった。『自由法運動 *la Freirechtsbewegung* は、』——と Cesarini は述べている——『一種の法的モデルニズモである。この比較にはどんな誇張も含まれていない。』そして彼はこう主張した。『自由法の背後にかき乱されている精神とモデルニズモ教説の背後で高ぶっている精神とは同一の精神である』、と。Cesarini の貢献は、以下にある。すなわち、モデルニズムの呼称を宗教領域から法の領域へと形式上も移植することを、明瞭にし、率直に宣言した、ということに、である。とはいえ、フランスではすでに数年前に Raymond Saleilles、モデルニストのカトリックの苦痛にさいなまれた魂が、宗教的=法的対位法を強調することを忘れていなかったのであり、彼はそれぞれの場合において方法論的一致、完全に歴史主義的なある立場があることを明るみに出している。

診断はこう基礎づけられている。すなわち、聖書の新しい学者が新時代への最大限の一致を試みる企てにおいてこれを相対化しようとするのに対し、法律家は同様に、立法者のテキストから生じた規範テキストを相対化し、その後の生活に照らし、立法者の命令に適切な内容を与えようとしている、と。どちらの場合にも、問題はある文化的作業である。すなわち、その本質を突き詰めれば、<sup>(178)</sup>権威ある規範テキストを相対化することにある。相対化とは、[立法作業、立法機関ではなく] 解釈作業がなされる瞬間、およびそのなされる機関に対して、決定的役割を引き受けさせる、というものである。そして問題は、ある文化的作業であり、それぞれの場合に20世紀の最初の10年間にその円熟した <sup>(179)</sup>*epifania* を迎えたのである。



われわれの法学の分野では、『モデルニスム』運動は、その豊かな約束を、19世紀にすでにドイツで開花していた、あの不全感、およびあの感覚のなかに見出した。Bülowの1885年のGesetz und Richteramtとか、Kohlerの1886年のÜber die Interpretation von Gesetzenといった寄与は、1890年代的教義学を振り払い、法律を柔軟かつ開かれ、進歩的進化 una progressiva evoluzioneを可能にするものとしてとらえる最初の実質的な企てであった。」

Saleillesはその時代——「扇動家の時代」(Anatole France)<sup>(180)</sup>——に正面から向き合ったとあってよい。それはちょうど、世紀末 fin de siècleとか世紀転換期 tournant des siècles、さらに第1次大戦後に懐古的に用いられる呼称に従えば、「ベル・エポック」に相当していた。Aragonesesが彼を「モデルニスムの法律家」と呼び、「Saleilles的瞬間」<sup>(181)</sup>について語り、そしてSabbionetiが「Saleillesの企て」(il progetto Saleilles)<sup>(182)</sup>と名づけるゆえんである。

### (3) 2つの問題提起——AragonesesとSabbioneti

Saleillesをめぐるのは、2009年と2010年に、相次いで2つの労作が現れた。1つは、Alfons Aragonesesの『モデルニスムの法律家——Raymond Saleillesと比較法の諸起源』であり、いま1つは、Marco Sabbionetiの『社会民主主義と私法——Raymond Saleillesの第三共和制(1855–1912)』である。以下に提示する、本稿のSaleilles部分はこれらによりつつ展開される。2つの作品の基本的主張は、一見対立しているかのように見える。だが、彼らは、第1に、「法的絶対主義」という、Paolo Grossiが提示した研究プログラムを受け入れ、やはりGrossi同様に、法的モデルニスムに焦点を合わせている。第2に、共通のテキスト——ことにAragonesesがベルン連邦文書館で調査し上掲書に採録したEugen Huber宛書簡——の読解を前提にしつつ、それぞれのテーゼを打ち立てている。<sup>(183)</sup> いやむしろ、本稿があえて、——フランス本国の論者らの手になる重要文献をさしおいて——これら

を中心軸にすえて試論を提示しようとするのは、このゆえにである。

さっそく、3 点について彼らのテーゼに一瞥を加えたい。すなわち、第 1 に、Saleilles の法的言説のどこに中心性が付与されているか。比較法にか、それとも何か他のところにか。第 2 に、Saleilles の比較法の対象は何か。すなわち、比較立法にか、それとも学説および判例にか。第 3 に、彼の比較法の方法は何によって基礎づけられるか。すなわち、歴史主義によってか、それとも自然法と歴史主義の総合をめざした法観念によって根拠づけられるか。

(i) Saleilles の法的言説の中心性はどこにあるか。

Sabbioneti, p. xviii によるとこうである。「このようにして、歴史的方法は生まれた。疑いの余地なく、Saleilles のもっとも貴重な『所産』である。以上の本文を承ける注 p. xviii, n. 30 によれば、「この視点からみれば、比較法——つまり Saleilles の仕事のいまひとつの大きな一章——は、とくに、方法論的革新という、より一般的な企ての基本的構成要素として、それゆえこの幸先のよい文化的革新の前提条件として、意味をもつ。…比較方法は『Saleilles のヴィジョンにおいては、歴史的方法の一側面にほかならない。』…。いまひとつの方向性の研究は、しかるに、Saleilles の仕事における比較法の中心性を強調し、これをブルゴーニュの法律家 [Saleilles] の学問的所産の文脈における最大の重要性をもつ要素としてとらえている。この点について参照、Aragoneses, *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil Raymond Saleilles y la lucha por el derecho comparado*, 2007。さらに Aragoneses, *Un jurista del modernismo Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, 2009を参照。」

Aragoneses は述べている (p. 16)。「比較法学者の多数派は、[Lambert と Lévy-Ullmann が] Saleilles により創始された仕事の継承者であること

を認める点では一致する。[が、] 彼らが実践した比較法は Saleilles のそれと同一ではなかった。<sup>(186)</sup> Saleilles 学説中に散らばる他の社会諸科学とばかりでなく、反リーガリズムと自然法論とも違った比較をおこなったのである。<sup>(187)</sup> Ancel が強調するのは、Saleilles の仕事における『文明人類共通法』形式における自然法の重要さであり、彼によれば、——その方法と科学的関心にもかかわらず——、Saleilles は『理想的法 un droit idéal を再建しようとする法技術としての比較法をなお広範に承認していた』のである。」 Aragonese は明示的に比較法の中心性について語っているわけではない。むしろ、彼は Saleilles における自然法の契機<sup>(188)</sup>と「社会諸科学」の契機<sup>(189)</sup>(ひいては「社会学」の契機：後述)をともに強調しつつ、前者に軸足をおこうとするのである。だが、少なくとも相対的には、Sabbioneti による評価を是認することは許されるだろう。

こうして、Sabbioneti における Saleilles 歴史的方法の中心性、Aragoneses における比較法の中心性、という図式が描き出される。

(ii) 方法は何か。

つぎに、Aragoneses にいわせれば、Lambert の方法からも Lévy-Ullmann の方法からも区別される、Saleilles 固有の比較方法はどのようなものか。

上記のように、Aragoneses は Saleilles における歴史的方法の重要性を否認したわけではない。むしろこれに対する社会諸科学の影響を限定し、返す刀でこれを自然法にひきつけるのである。われわれはここで困難につきあたる。端的に言えば、とくにわれわれの(ii)点めをめぐり、2006年博士論文にも2007年ドイツ語著作にもない記述が付け加えられることによって、2009年スペイン語論著の論旨は一面では図式的なものに、他面では不整合な——と少なくともみえる——ものになっているのである。もっとも近似したテキスト<sup>(190)</sup>は2006年博士論文と2009年著書である。正確なテキスト批判は到底不可能で

あるとしても、ともかくも、以下新たに加えられた部分に傍線をほどこしつつ、2009年論著の論理を追うことにしよう。<sup>(191)</sup>

まず彼は以下のように述べている (p. 74-5)。「19世紀末から20世紀初頭にかけて、それまで法律家らによっては恐る恐る散発的にしか踏み込まれたことのない学問領域が発見された。社会諸科学の地がそれである。その目的はまだ定義されておらず、比較法はそのアイデンティティをこれら諸学に限定せざるをえなかった。一方では、歴史的方法の適用に甘んじる論者もいた。同時に、[他方で] Emile Durkheim は社会学的方法の基礎を確立しようとした。しかるに、法学の陣営では、法社会学のもろもろの研究や法の現代的理論が定義されつつあった。この文脈で、法律家のなかにも、比較法を用いる者が現れた。／フランス反形式主義的学派またはいわゆる、フランス法ロマン主義は、この新しい分野のなかに、リーガリズムの克服の方法を見出していた。たとえ、時として——これが Saleilles の場合であったであろう——社会学的方法 un método sociológico への参加 adscripción は現実のものというよりむしろ名目的なものであり、社会学の衣装をまとった歴史主義が用いられていたとしても。」<sup>(192)</sup>

Aragoneses は Saleilles の歴史的方法における社会学の契機を否認したわけではない (p. 97)。「Saleilles は、法を適用するにも解釈するにも、歴史のかつ進化的な方法 (いいかえれば社会学的方法) を提示した。裁判官は、この新しい前提によれば、その個人的基準を適用するのではなく、大衆の集合意識という基準を探求すべきである。そのためには、科学的かつ客観的な諸基準を採用しなければならない。つまり、『われわれがこんにち探求し確定すべきは、進化的解釈の科学的基礎である。いいかえれば、裁判官の主観的諸観念の外側でとらえられた、純粹に客観的なもろもろの要素に従って、<sup>(194)</sup>である。そうでなければ、古い自然法学派のあらゆる不便が再生産される』と。」そして彼は同じ節でこう加える (p. 98)。「Saleilles の法学的提案は、合理論的かつリーガリスト的パラダイムを歴史的=社会学のパラダイムへと転換することにあつた。この社会学的方法は比較法を実現することをも意味

していた。比較法は、——すでに Christophe Jamin が強調しているように<sup>(195)</sup>——この新しい方法の一体をなす部分であった。Saleilles がはつきり意識していたのは、比較方法は社会学的方法と並んで展開しなければならない、ということであった。『比較法は主要科学として、第1にはその社会学の側面により構想されたさまざまな立法の研究をその目的としている。第2に、その有機的類似性により構成された諸グループという形式、つまり諸立法の区別された研究により提起された法的小および実務的構成という形式のもとで近接化 [を目的とする]<sup>(196)</sup>。』/Saleilles の以上の問題提起は2つの重要問題を提示している。第1には、社会学と比較法との方法および対象の同一性の問題である。第2には、社会学的方法のあいまいさである。つまり Gabriel Tarde により実践された歴史主義と同一視しながら、しかし Emile Durkheim によって展開された社会学の方法を欠いている [ということである]。<sup>(197)</sup>

最後の一文によって、Aragoneses は Saleilles に対する歴史主義の影響を示唆する。実際、Aragoneses は、以上の一節に先立ち、Saleilles の歴史的方法に対する歴史主義の影響を明示している (p. 92)。つまり、「現代的比較法は比較立法という基礎から出発し、とはいえ、歴史と歴史主義により直接的に影響されている。Saleilles にとって、比較法は歴史的方法の、したがって科学としての歴史の論理的帰結であった。<sup>(198)</sup><sup>(199)</sup>」

そして、歴史と対比しつつ、比較法を自然法の方へ引き寄せる。「このようにして、比較法は、異なった諸国における法的進化の諸法則を観察するのに満足する歴史とは異なり、もろもろの立法の研究を通じ、立法進化の一般潮流を決定すべきである。フランスおよびこれを取り巻く諸国において、法の以上の進化を支配する諸法則を見出さなければならない。<sup>(200)</sup>」この一節はすでに博士論文に現れている。

Aragoneses は、そして断定する (p. 94)。「歴史的方法は、ある法秩序に現存する規範を社会的諸現実と各瞬間における歴史に適応させるのに役立つ。この機能を実現するために準備された最善の主体は、Saleilles の判断に従えば、判例であった。判例は、歴史的方法をつねにその動態において適

用するからである。Saleilles が歴史法学派に対して放った大きな非難は、まさしく、法の進化における裁判所の役割を何ら評価していない、というものであった。裁判官は歴史的方法の適用にあたり、歴史的方法の最良の適用者でありえ、さらに——法の歴史学派があれほどに批判した——国家主義に対決するのに役立つ。／Saleilles は、法の比較のために歴史的方法がもつ有用性と潜勢力をはっきり信じていた。「だが、歴史的方法が、——法をその文脈において研究することを越えて——どの点にあるかを具体的に示してはいない。あらゆる社会の進化を支配する同一の諸法則への言及がわれわれを導く考えは、歴史的方法が実際上リーガリズムの排気弁 una válvula de escape であり、これにより Saleilles はその法的分析のなかに自然法の要素を忍び込ませることができた、ということである。比較方法を歴史的方法に依拠させた事実は、われわれに対し、Saleilles の反リーガリスト的科学的プロジェクトに関する手がかりを<sup>(201)</sup>与える。」以下節を改めてこう続ける。「Saleilles の時代において歴史的方法と社会学とは、手を取り合って進展していった。Saleilles のような著者は、社会学の衣装をまとった歴史主義 *el historicismo vestido de sociología* を利用した。Saleilles にとって、比較 *comparatística* は、比較法 *derecho comparado* と隣接しており、比較方法は社会学的方法と隣接して<sup>(202)</sup>いた。」彼は Saleilles の比較法の展開を扱う章でも述べている。「学説法と判例法を国家介入から擁護するために、歴史主義と比較とが結合<sup>(203)</sup>される。」

Sabbioneti は明示的に Aragoneses に対して論争を挑むわけではない。むしろ、自らの主張を提示するときに、必要なかぎり Aragoneses に言及するにとどめている。とはいえ、Sabbioneti は Aragoneses の主張——「社会学の衣装をまとった歴史主義」——を見逃してはいない。彼はまず Saleilles の一節（注199および15(264)頁注213参照）を引いたあとで、本文でこう述べる（p. 154）。「歴史的方法への焦点化は、それゆえに、『歴史的進歩の方法』として理解された法解釈定義とともに結論づけられている。こ

の方法は、歴史と社会学との同一性——すなわち観察および実験という範疇にもとづく特殊実証主義的認識論の、法の領域における適用の所産——に基づいている。」そして、こう注記している (p. 154, n. 32)。「Aragoneses, Un jurista del modernismo, cit, p. 75 によれば、Saleilles は『社会学の衣装をまとった歴史主義を用いた』のであり、そこでは社会学的方法への言及は現実のものというよりむしろ名目的であった。」

(iii) 比較対象は何か。

すでに Aragoneses に従いつつ言及したように、法典編纂は比較に対する閉鎖性をもたらした。それゆえに、Aragoneses にとって、Saleilles が法律以外のもろもろの形式法源、ことに慣習、判例、学説を「対象」に加えたことは自明であった。<sup>(204)</sup> 慣習等については脚注にゆずる。ここでは以下を確認するにとどめる。すなわち、彼は Saleilles のページのなかに「生き生きとした実体」<sup>(205)</sup> としての法という観念を見出している (p. 93)。ここでは別の個所を引いておく (p. 95)。「Saleilles によれば、法とは社会生活の諸帰結のひとつであった。『組織された集団生活の帰結はすべて——これをわれわれは社会生活と呼ぶが——、法的帰結である。』<sup>(206)</sup> 法生活の帰結 [であるの] に加え、社会生活もまた、法の基礎でなければならない。つまり、『法は、社会生活の基礎であると同時に、<sup>(207)</sup> 帰結である。』そればかりではない。『法のなかにおいてこそ、社会諸関係は社会潮流——これらすべてが社会生活を形づくるが——は受肉し、[法] により社会諸関係、社会潮流は自己実現を遂げるのである。』<sup>(208)</sup>」「共通法は、立法的ではなく、学説および判例的——ちょうど Jhering の『比較法学 vergleichende Jurisprudenz』と同じように——なのである。』<sup>(209)</sup>

そして、Aragoneses はやはりこの点でも、博士論文にない記述を追加している (p. 103)。「Saleilles 的な比較法の方法と対象は、無意識的な形で社会学に重なり合う。比較法は、——以下で示すとおり——、ちょうど自然法から完全には自律しなかったように、社会学から自律しきれていなかった

た。／加えて、すでに述べたように、Saleilles は社会学的方法の具体化にも踏み込まなかった。このことが意味するのは、——刑罰の個別化に序文を寄せた——Gabriel Tarde との Saleilles の関係である。[こうしてわれわれは] Tarde と Saleilles は、——社会と法とに関する進化の諸法則の観察の学問としての——社会学のヴィジョンを共有していた、と推測することができる。二人にとって進化は害されることのありえない不変の自然法則によって特徴づけられる。實際上、法の変容に関する Tarde の仕事は、社会進化に関するこれらの法則への不断の言及をすることを妨げなかった<sup>(210)</sup>。Saleilles が支持したのは、社会学に関するこの古風なヴィジョンであって、たとえば Durkheim のそれではなかったのである。Durkheim は歴史的ないし道徳的諸決定要因に関するより客観的かつより自由な方法を展開していた。』節を改めて Aragoneses は続ける。「すでにわれわれは Saleilles の比較法学説における『文明人類共通法』に対して Saleilles が与えた大変重要な位置について触れている。…したがって、それは何人かの著者が強調しているように、Saleilles のキリスト教理想主義<sup>(211)</sup>から生じる過剰な要素なのではない。』

これに対して、Sabbioneti は Aragoneses が同様の文脈で引用した個所を引いている (p. 154——前出13(266)頁参照)。すなわち、「歴史的方法は、すぐれて科学的な方法である。あらゆる主観的要素から解放され、この方法は諸事実と諸現実 faits et réalités<sup>(212)</sup>に依存し、これらを分類し、ここからもろもろの現実が従う一般法則を抽出する。法に適用されるとき、歴史的方法は法を生活に適応させるほかに目的をもたない<sup>(213)</sup>。』

そしてこう続け、「対象」の拡大が「方法」と結びついていることを明らかにしている (p. 154)。「歴史的方法への焦点化は、それゆえに、『進化と進歩の方法』<sup>(214)</sup>として理解された、歴史と社会学との同一性——すなわち観察および実験という範疇に基づく特殊実証主義的認識論 epistemologie の、法の領域における適用の所産——によって根拠づけられた法解釈 un er-meneutica giuridica の定義とともに、結論づけられる。／その帰結として、



1890年論文以来、Saleilles は法学を観察科学として、——『歴史的方法』と『観察という純粋な方法』との同一視にもとづき——建設する。」

以上について少なくとも比較法の形成を扱う第2章では Aragoneses は深く立ち入っていない。Grossi や Caroni の主張——同様に Sabbioneti の主張でもある——に対して彼はとくに異存をもたないからである、と思われ<sup>(215)</sup>る。だが、このような「生き生きとした実体」としての法の観念、これにもとづく法源ヒエラルキー（以下32(247)頁注255参照）の変化——法律の中心性喪失、これと表裏をなす、慣習、学説および判例の重視——は、すでに2006年博士論文以来、Aragoneses にとって政治的含意を含んでいた。Sabbioneti は、この点について以下のように論評しつつ、自らの見解をこれに対置している（p. 356, n. 1）。「Aragoneses, Un jurista, p. 132 によれば、歴史的方法は、特別立法に対して強度に批判的な学問的問題提起という縁取りにおいて、法典を『もう十分 fare bastare』なものにするための方便であろう。もししかるべく柔軟化された法典が裁判の特権的地位にとどまるならば、しかしながら、モデルニスムは、本質的要素として、立法的改革の契機、いかえれば法律家の共同体によって準備された法律の新しいテキスト<sup>(216)</sup>に関する能動的かつ意識的企ての契機を提示するよう<sup>(216)</sup>に思われる。」

以上で一瞥したとおり、2人の著者が提出する Saleilles 像は一見したところ正反対である。

比較法をめぐる彼らの言説に対象を限定しても、ことに Aragoneses の場合、2009年論著にそれまでにはなかった要素が付け加えられた点はごく簡単に瞥見したとおりである。すなわち、法律家かつ社会学者 Gabriel Tarde を通じた歴史主義の影響である。こうして、一面では、Aragoneses における Saleilles 像は、——比較法に限っても——不整合なものになった。という<sup>(217)</sup>のは、こうである。もともと、「歴史主義<sup>(218)</sup>」と社会諸科学 sciences sociales（あるいは「社会学 sociologie」）<sup>(219)</sup>は、——しばしば大革命や Rous-

seau と関連づけられる——絶対的自然法と切り結ぼうとする努力のなかから生まれた。こうして、一般に、自然法——「普遍性」と超歴史的「不変性」によって特徴づけられる——と歴史主義——「個性」「発展」——、そして両者の矛盾を総合する「現代的文化総合」(E. Troeltsch)、そのさらなる分岐という図式が描き出される。<sup>(220)</sup>そして、Aragoneses に従えば、Saleilles 言説の中核を担う比較法＝理想的法は、社会諸科学および歴史主義に結びつき、なかでも歴史主義に傾斜することになった。ここに不整合が生じた。というのは、一方でフランスの文脈と切り離しがたい社会諸科学、他方でドイツの文脈で著しく発展した歴史主義——これら 2 つの概念が相応の整理を受けたのちに言及されるのではないから。他面において、歴史主義をあとから追加することにより、Aragoneses の議論は図式的理解の容易なものになった。あくまでもありうる読解のひとつに過ぎないにしても、である。というのはこうである。

ある論者によれば、フランス歴史学派のなかでもことに Savigny と近い関係にあった E. Lerminier は、ローマ法継受に代表される各国法の近接化を「第一義的には否定的なものと評価し、[これは] 民族および自然人らの個性の展開にとって致命的である、と信じた。」<sup>(221)</sup>この主張自体の当否はともかく、比較法は、もし歴史主義をつらぬくならば相違の一方的強調に陥り、さもなければ、いいかえれば法統一の理想＝「文明人類共通法」を放棄しないならば、外部から理想的法を導き入れるほかなくなるだろう。2009 年以後の Aragoenses に従えば、Saleilles の歴史的方法は、単に「社会学の衣装をまとう」にすぎない。こう理解することによって、Saleilles の法思考における比較法と自然法——同じ自然法といっても、大革命的这个よりむしろ、「事物の自然的秩序」擁護の用具としてではあるものの——との結びつきは強化される。ともかく、後述のとおり、歴史的方法は「脱法典化の時代」——個別立法による福祉国家的介入——のただなかであって、その反動性、19世紀的レッセ・フェールへのノスタルジーをあらわにする。

これに対し、Sabbioneti に従うと、比較法は歴史的方法＝内容可変自然

法(=相対的、仮説的自然法)の一側面をなしている。少なくとも Saleilles の意味における「歴史的方法」の中核は、——彼の中道 *via media* への志向性に照応して——絶対的自然法と歴史主義の「総合」「止揚」「折衷」(Sabbioneti にいわせれば「妥協」)<sup>(222)</sup>に、したがってそのさまざまな変形、たとえば自由意思論と——史的唯物論をはじめとする——さまざまな決定論・運命論の「総合」<sup>(223)</sup>に求められるから、歴史的方法は社会学と等価であり、その道具性が強調される。Sabbioneti によれば、歴史と歴史的方法の道具性——連帯の私法や法共同体の形成といった目的に対する手段性——とは、こうである。すなわち「歴史は、道具的キーにおいて救済され、第一次的な方法論的価値を引き受ける。秩序の維持、および——根本において——法典形式の存続はこれに大部分かかっているのである。[Saleilles の表現を引くと以下のとおりである。すなわち、]／「歴史は将来の法律家にとってそれ自体として研究されるべきでなく、むしろその研究が果たすべき方法論上の目的という職能において、[いいかえれば]法社会学の高次の教訓 *une haute leçon de sociologie juridique* として、[研究されるべきである]ということである。」<sup>(225)</sup>比較法も、歴史的方法同様に、道具的側面において把握される。<sup>(226)</sup>

歴史も比較法もともに、さまざまな現代的必要性に対する有用性によってその存在理由を確証されるのはなぜか。Sabbioneti は答える。「法の歴史記述と比較とは著しいアナロジーを示している。すなわち、両者とも法の真正に学問的な側面の再発見を目的とするように思われ、『法の精神 *juristischer Geist*』、およびいいかえればその進化を支配する原理を明るみに出す、という任務を帯びている。すなわち、前者は過去の法体系との関係における、後者は超国民的水準で、『進行しつつある歴史 *histoire en marche*』<sup>(228)</sup>として示される。この意味で、Bufnoir やフランス歴史主義者 [後出] の教えに再度結びつきつつ、Saleilles は、断言する。すなわち、比較法は『過去における歴史を構成していたものの現在に至る延長に過ぎない』<sup>(229)</sup>と。それは自己を實現する歴史なのである。／『比較法が現在示される諸物の比較であるよう

に、他のものは継起的な諸物の比較ではないだろうか。比較法の科学とは、時における一点へと縮減された歴史であり、歴史が諸制度の進化に適用された比較法であるのと同様である<sup>(230)</sup>。けれども、彼らは同一の研究プログラムを共有している。すでに示唆したように、Paolo Grossi の法的絶対主義のプログラムである。以下これを検討しよう。

#### (4) Paolo Grossi の「法的絶対主義」プログラム

「われわれは近年1789年の200年祭を祝った。」このように Grossi はその法的絶対主義の綱領的論文<sup>(231)</sup> (1991年) を説き起こしている。

以下では、以上の綱領論文をほぼ逐語的に紹介する。この論文は、いくつかの言語で公表されている。とくに英語版は、3つの部分に分かれ、それぞれに表題を付されている。すなわち、「法典編纂の肯定的および否定的諸側面」「法律家——解釈者から注釈者へ」「イタリアにおける法的絶対主義への反動」である。われわれは、一部——Adickes、Kohler、Bülow、さらに Gény を扱う部分——を「法律家——解釈者から注釈者へ」のなかから「法的絶対主義への反動」という項目を立てて独立させ、順を追ってみていくことにしたい。

##### (i) 「法典編纂の肯定的および否定的諸側面」

アンシャン・レジーム当時、私法は大部分「私人たちの法」*il diritto dei privati*<sup>(232)</sup>であった。いいかえれば私人たちにより——つまり公権力をもたない権威、慣習的母型により下から生まれるひとつの現実により——産出されるひとつの法であった。

その法的定義は、博士ら、裁判官ら、そして公証人らによる「interpretatio」のなかにみいだされる。この法は、2つの顕著な特徴をもっていた。国家のかなたに由来していたから、真正に「私的」*privato*なものとして、いいかえればその日常的法的経験における社会の大変率直な声として、提示された。慣習的母型と柔軟で可塑的な法定義——学説と判例により実現

された——のおかげで、この法は、諸事実の世界への浸透性を維持し、そこから不断の、死活を制する相互作用 *ricambio* を引き出し、「事実」と「法」とのあいだの、法的に有意味なものとしてでないものとのあいだの、あまりに厳格にすぎる区別を防止していた。

法典編纂は、進行方向の急転換をもたらした。政治権力の保持者は、法の産出ができるものと過信し、きわめて厳格にこれを独占した。法的経験 *l'esperienza giuridica* は、私法に関するかぎりには、同一の制定法的経験の内部において多元秩序的であった。とはいえ国家そのものと一致し、抑圧され、硬直化されていった。

ブルジョワジーが権力を掌握した時代、換言すれば経済的自由主義の時代は、法的世界にとってはもろもろの絶対主義のなかでも、もっともおそるべきものに一致していた。私人たち *i privati* は、演者かつ主役であったものの、以上でわれわれが暴力的な収用と呼んだものの犠牲であった。これこそは、歴史家が否定的にとらえなければならない義務を負う第1の結果である。つまり裁判の領域は、法律の領域へと収縮し、しかるに、法律外的領域は、有意味でないものと宣告された。法律家は、「*interpretatio*」により解釈すべき者として、普通法の世界では、あまりに古びてしまったユスティニアヌス法ときわめて新しい諸事実のあいだの仲介をする〔任務を負う〕ことに気づいていた。しかるに、いつの間にか、単に受動的なだけの一職能しかもたない注釈者の地位に貶められてしまっていた。

そればかりではない。法はいまや立法法であった。吸気口がなかったから、——法規という、あまりに選別的な力のゆえにではないとしても——、社会からの乖離という危険を冒した。

それだけではないのである。法は、そのかつての多元主義的側面を失ったから、——中間期の私法の大きな特権であった——その相対的自律性を減少させられ、そして権力保持者、そしてこれを獲得した階級に結びつき、その声を代表し、これらの声と同一化する、という危険を冒した。

法典編纂は、以上をも意味しており、歴史家はこれを指摘する基本的義務

を負う。しかし、より悪いことは、文化的水準で生じた。法の政治という、これらすべて莫大な作業を、われわれは、法的絶対主義と呼んできた。[これはいいかえれば] 権力の操作であり、歴史的にみれば相対的な操作である。そのもっていた、必然的とはいいがたい解決——これは歴史的諸力の一定の作用 *gioco di forze storiche* であり、これに固有であったが——[を与えるという] 自然法的潜勢力のおかげで、この操作は絶対的モデルのパラダイスのなかに投影され、今日と明日のためにありうる最善の解決となった。法的絶対主義は継続され、いな強化されさえした。[そして、] 実定的かつ操作的法組織、いいかえれば啓蒙主義的省察による先験的焦点化という総体 *complesso* となった。<sup>(233)</sup>つまり、君主こそが社会的事物の本性について解釈し、公共の福祉を保証するのである。至上性をもつ法源として、法律 [は再定位された。] なぜなら、法律こそは、その一般性および抽象性において、厳格な公平性および共同体の公の諸利益の厳格な尊重を保証するからである。法源問題へのその他のあらゆる解決——たとえば中世および中世後期のアンシャン・レジームの法的多元主義というはるかに複雑な解決——は、マニの流儀に従って、<sup>(234)</sup>何の上訴権もなしに、嘲笑され却下された。なぜなら、[そういう解決は] 妥当な仕方近代社会を法的に秩序づけるのに適切とはいえなかったからである。[法的絶対主義は] 自然 *natura*——これだけが労苦のすえに獲得された、権力維持のための知的かつ明晰な用具である——に一致するものとして提示された。

最悪なのは、そういうものとして、これが何を意図したか、である。宣伝は大変魅力的であったから、法におけるもっともあからさま道徳的剽窃のひとつを実現するほどであった。法律家は、博士であれ実務家であれ、この政治的作業の最初の犠牲者であった。というのは、法がほぼ全面的な収用に服し、これについて納得しているように見え、完全な受動的束縛を受け入れ、要求に応じて、立法者の過誤を技術的に修正し、確証する適格をもつという外科的用具を形成するのに満足を示していたのであったから。

## (ii) 「法律家——解釈者から注釈者へ」

かつての解釈者 *il vecchio interprete* は隷属に反抗することなく、平然と注釈者 *esegeta* に転身することを受け入れた。そして、19世紀の法典法諸国の法学 *la scienza giuridica* は、大部分、注釈の次元を引き受けた。<sup>(235)</sup>

われわれは、——P. Rémy の「注釈への賛辞」*éloge de l'exégèse* に反し——、注釈者らに対して、以下の3つの弔辞を述べることができる。

第1に、フランス〔語圏〕についていえば Delvincourt から Laurent にいたる幅広い人々は、法現象に関する退行的心理によって、それゆえに縮減的心理によって特徴づけられるということ。というのは、法は、彼らにとって彼方か、否むしろ上方にあり、権威的投影であるから。その産出は、政治権力保持者の手中に完全にゆだねられており、それについて学説と判例は受動的な名宛人である（より悪いことには、第三者である）。

第2に、これらの人々は、——法学の認識論的問題に対する絶対的なほどの感受性のなさを示しつつ——、もっと大がかりな危険を法の負担において冒した、ということ。すなわち、法律家は、理論的技術者として、重大な他律性により特徴づけられ、これに甘んじていた。このとき、自らの科学性が疑問視されるという危険を冒していたのである。

第3に、退嬰主義的心理によって支配されていたから、少なくとも知的怠惰の罪を犯し、法的領域 *universo giuridico* に関する、初等的かつ単純主義的のヴィジョン、すなわち本質的に没問題〔構成〕的のヴィジョンを提供した、ということ。こうして、運動と変化に関するあらゆる知覚を自らから締め出してしまった。

以上をきわめてよく証しだてる例はこう始まる。法律家にとってつねに、科学的言説に息吹を吹き込み、認識論的レベルでこれを資格づける、中心のかつ根本的問題は、法源に関する問題である。だが、注釈者によっては、もろもろの法源については何も語られず、またはあまりにわずかしか語られない。なぜなら、他の、かつ上位の場所においてすでに完全に解決された問題を扱いつつ議論をするには、もはや何も残されていなかったからである。し

かしながら、この問題こそはドイツにおいては偉大な Savigny が、Georg Beseler や Otto von Gierke のゲルマニスト的再検討が扱うことになる。ドイツは、依然として大変開放的な実験室でありつづける、という特権を享受した。[そして] この問題こそは世紀末に、François Génys、フランスの民法教授が取り組んだのである。彼は教壇上につねにナポレオン「法典」を開いたままにしていた。

たしかに、法律神話はあまりに頻繁に、法律家の精神のなかで無批判的法律崇拜へと変化し、皮相な観察者の目前では、19世紀的法学は違うことなく心性的に注釈的態度へと同一化した。とはいえ、法典のなかに埋もれた活動的かつ批判的な一筋の意識は、勝ち誇った法典の土壌のなかで朽ちていくことなどけっしてなかった。大がかりな社会的・経済的・技術的变化が大陸ヨーロッパの相貌に、——より成熟した文化的・方法論的なもろもろの成果に結びつきつつ——根本的刻印を刻み付けるとただちに、[この一筋の意識は] 開花するのに大して時間をとらなかった。以上が、19世紀の最後の20年間に生じたことである。

国境の内外を問わず、この19世紀全体のもっとも生き生きとしたものといえば、法源に関する議論であった。つまり19世紀は、活発かつ激烈な論争——Thibaut と Savigny のあいだの法典論争——とともに始まり、法源に関する思索的かつ生き生きとした省察——つまりちょうど1899年に初版が上梓された Méthode——とともに終結する。ここから生じた社会・経済・法的諸関係の大規模な変化が不可避的にもたらした複雑化のなかで、絶対主義のカードの城は、大部分、そうであったもの、いいかえれば知的かつ巧みな擬制にとって露骨に表れた。つまり、2人の主役からのみなる台本である。国家と個人がこれである。この国家は、考えうるかぎり単純に、それゆえに一枚岩的に構想された。

秩序は法律に、しかも完全に始源的な法律、つまり法典に還元された。民法典のほうはといえば、ただひとつの支柱——個人所有権——のうえに基礎づけられ、以下の主要な目的をもったきわめて単純な仕方、契約、遺言、



および契約に関する厳格責任の原則へと分節化されていた。すなわち、商品所有権の保護および自由かつ円滑な流通を実現する、という目的である。ほぼ Gaius 的な方向性における調和的かつ単純な以上の構成はすべて、大混乱のうちに諸事実の世界と衝突し、[それでも]——深奥から新しい現実を秩序づけるのにふさわしくないものとして示される——一種の法的アルカディアとして現れた。いよいよ制定法的なものとして現れるモデルのうえに打ち立てられた美しい啓蒙主義の寓話についていえば、法的なものの複雑性が再発見され、複雑性の再発見のみが、——教師であれ裁判官であれ——法律家に対して、革新された市民性の可能性を与えたであろう、ということが直観的に理解された。

(iii) 法的絶対主義への反動<sup>(236)</sup>

19世紀の最後の20年間は、まさしく日増しに増大する、経済的・社会的世界の複雑化の記録として解釈すべきである。その結果、法的なものの複雑性の再発見、および——これほどに複雑な社会を解明し、秩序づけるのには——、独裁的法源、つまり法律は不適切である、というはるかに明瞭な帰結が生じる。そして、根本には急速に成長した社会と法律とのあいだの断絶という怪物があった。

これこそは、——われわれの見方によれば——ラッパ手の高く鳴り響く音色に没頭する、極致にまで高められた意味であった。両義的な、Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885の甲高い音、そして Rechtsquelle に関する Adickes の哲学的なかつての提案 (1872) のきわめて「実証的な」調べである。法源は、ドイツの Josef Kohler が、1886年にウィーン<sup>(237)</sup>の Grünhut 雑誌上で質量ともに充実した Über die Interpretation von Gesetzen のなかでさしつらぬいた。

もし Kohler 論文を、判例の創造力 (これは1年後の論文の題名である)<sup>(238)</sup>の表明とか自由法論の徴候であるとして非難したり賞賛したりするならば、その意味はありふれたものになってしまう。彼のもっとも重要なメッセージ

においてこれを理解するには、純粹に法律外的な法に対してはるかに広い境界を示す試みである、ということに気づいたときである。これが立法者意思と法律意思の対照の意味であり、後者は「その直接のおよび間接的な法的効果——ひょっとするとその視野の外へと大きく外れているかもしれない——を伴う有機的目的への努力 *organisches Zweckstreben* としての目的論的意味において」理解されている。これが、——論文全体を活気づける——法律の潜在的柔軟性の原則の意味であり、[これは、人々の] 注意を（権威による定式化 *fomazione* ; *Formulierung* の瞬間に閉じられたモナドとしての）法律から、時間および空間における法律の一生、いいかえればその適用 *applicazione* ; *Anwendung*<sup>(239)</sup> へとシフトすること、である。

もし Kohler が、賛嘆すべき、何十年にも互る、パンデクティストらとゲルマニストらの考察により肥沃にされ、かつ来るべきドイツ民法典に向けた、弁証法的刻印を帯びた論争をすでに経ていたドイツの地の自由な雰囲気なかで、自らの正当性を訴えたとすれば、同一の緊張が、しかるに、フランスでもひそかに進行しつつあるのがわかる。フランスでは法典編纂はすでに実現され、今なお効力をもち、他国の諸法典のすべての母型かつ模範であり、かつその強靱に考え抜かれた構造において、もっとも強固でもっとも整合的でもあった。Edouard Lambert にしても、Raymond Saleilles にしても、ことに François GénY にしても [母型かつ模範] となるだろう。

GénY の上述の仕事、すなわち *Méthode* は現代の法思想の主たる証言の限られた一群に属している。法源に関する考察の歴史にとって、豊かで苦痛にさいなまれた世紀のエピローグとして書かれた本書は、法的絶対主義によりもたらされた息苦しい雰囲気終わりに、そして帰結に直面し、第一級の学者の自由な魂のなかに蓄積された居心地の悪さと不全感との総括なのであった。ヨーロッパ法学史における、より以上に解放的な瞬間のひとつにしばし立ち止まることを許されたい。

留意すべきは、GénY は職業上民法学者であって哲学者ではない、ということである。そして、彼は、——たとえ方法について大部分かつ注意深く語

った技術の人である、といっても——もっとも厳密な実定法という正確な囲いのなかに留まろうと望む、民法学者なのである。さらに留意すべきは、彼はフランス語とフランス文化の人物であるとはいえ、ロレーヌの地で生涯を送った人である、ということに誰が言及しようか。ロレーヌは19世紀末においては、以前にも増してドイツ的コイナーとの激突と出会いとの地であった。実際 Gény の2つの大冊<sup>(240)</sup>ともに、良心の入念な検討 *examen de conscience* <sup>(241)</sup>であった。新世紀の始まりの前年に、Gény は *Excelsior* のダンスを踊ることを拒み、内面をみつめ、自問することを選び取ったのである。実り豊かであろうとするどんな良心の検討とも同じように、*Méthode* は過去と現在との仮借なき診断であった。しかし、この良心の検討は、同時に再定礎の企てであって、そういうものとして方法論なのである。そしてこの方法論のゆえに、再定礎は可能となる。視線 [の運び] の本質的な屈託のなさを旗じるしに掲げ、この視点は、かつて入念に構成された聖堂のなかからこれら事物を引き出したあと、これらすべてを論じようとする。

Gény の仕事の高度に解放的な価値を否認することは不可能である。[これは] Saleilles が初版の序文中ではっきりと「率直な作品 *œuvre de franchise*」について語ったとき、はっきり Saleilles の鋭い才能が的をついていたことである。

ここで率直さによって意味されていたのは、明瞭に述べるだけでなく、伝統に起源をもつあいまいさとか誤解からも解放される、ということである。

[Gény の作品は] 何ら偶像破壊ではなく、——というのは、特徴的なあらゆる穏やかさで語る実定法学者であったから——、むしろ人為的偶像であっても、[立ち入りを] かつて禁じられた領域であっても、率直に、公平に、脱神話化をおこなう検討であった。このまさに自由な態度によってこそ、これら偶像のなかでも第一に、かつもっとも崇拜されてきた偶像、いいかえれば成文の実定的法律が逆照射され、法律は海中に没した(そして没したままである) 広大な大陸——つまり法——の「不完全な解明」しか表象しない、ということをはっきり確定することをためらわなかった。[これを解明する

ことは、]「法に関する大変制限された情報によってしか獲得できない。」<sup>(242)</sup>そして、「法／成文法」の弁証法は、——時には隠れた、時には公然とした、  
とはいえ、Méthode 全体につねに存在する——神経系統を形成する。いい  
かえればその内的緊張を表象するひとつの神経系がそこにはある。

2つの救済的意識が Gény の思考をつらぬいている。第 1 に、法の領域は  
法律の領域に比べて広大であり、法律は法を表象するには無力である（数年  
後に、——Gény によって開かれた価値ある突破口のおかげで——、法律の  
無力さは知的なフランス「実務家 praticien」の小著のなかで、とっておき  
の表題の榮譽を担う。<sup>(243)</sup>第 2 に、19世紀末、急速に社会経済的变化は生じてい  
った。そしてこの急速さに直面したから、「正しい意味における立法は、法的  
諸必要性の不断の進化を平坦かつ着実な歩みとともに跡づけるには、明ら  
かに無力である」<sup>(244)</sup>ことが明るみに出たのであった。地にたしかに足をつけた  
多くの法律学者について言えば、社会変化の意識こそは真の頼みの綱であつ  
た。というのは、この変化こそは、実際、制定法の不十分さを明らかにした  
からである。

ひょっとしたら、われわれは邪魔になった法典構造を厄介払いする瞬間に  
立ち至ったのだろうか。この特異な法律家 [Gény] のリアリズムは、実定  
法システムの割れ目という途方もない贅沢を認められていないことを理解し  
ていたし、つねに社会状態 l'état social に決着をつけなければならないこと  
を理解していた。つまり、1899年のフランスを形づくっており、過大な破壊  
を容れるわけにはいかない諸理念、諸事実、諸力の総体に、である。法典  
は、たとえ [たんなる]「既成事実」である [にすぎない] とはつきりと感  
じられているとしても、尊重すべきであり、立法者の作品であるゆえにもま  
た、丁重に扱わなければならない。Gény にとって幸いにも、2つの事情が  
有利に働いた。[つまり、]とどまることを知らない変化、および立法者はし  
ばしば惰眠をむさぼっていたということ、これである。古く、さらに年老い  
つつある成文法と並んで、日常的経験のための余地、いいかえれば生ける法  
のための余地があつた。[つまり、]この余地こそは学者の裁量の王国であつ

た。そこでは、学者は媒体なしに、条件づけられることもなしに、「事物の本性、[つまり] 実定的事物の本性」を問うことが可能であった。Gény が Adickes のページのなかで同じ用語と概念がもっていた曖昧さをほとんど克服するほどに定義していたように、である。Gény は、この言及のもつ不可避的な不正確さを考慮し、誠実にも Windscheid の手厳しい留保——非難されている表現 *verschrieener Ausdruck*——を引用している<sup>(245)</sup>。しかし、Gény は、この概念の実り豊かさを以下のなかにみだしていた。すなわち、つねに、かつどんな場合にも存在論的関連であることのなかにある。制定法という擬制、かつ人為の外部には、法典のミイラ化 *imbalsamazioni del Codice ; Mumifizierung des Gesetzbuchs* の外部には、ついに、——もはや単なる注釈者ではない——解釈者、真の解釈者が [おり]、科学的方法のゆえにのみ力を持ち、裁量性と責任とをともに主張することができる。[これらは、] 両者ともに、将来の法を構成するのに必要である。

そしてまた、公式的法と公認的法学——何年前かに、注釈者のコロスのリーダー François Laurent により見事に体現されていたが——について Gény が嫌悪していたのは、その過度の単純主義であった。何かが回復されるべきであるとすれば、法的なものの複雑さ、国家および法律の外部に広がるその展開こそがそれであった。この救済によってこそ、法律家＝解釈者 [の役割] 重要性の増大が達成される。なぜなら、この法律家＝解釈者は事物の本性と対話すべき、そして新しいもろもろの必要性へと完全に適応させることを保証すべき、特権化された主体となるから。

#### (iv) 「イタリアにおける法的絶対主義への反動」

イタリアにおいても、もっとも感受性を備えた民法学者らは、実定法秩序の閉鎖性への我慢ならなさ、および古びた概念用具を再検討する必要性を指摘していた。われわれは、彼らを喜んで紹介したい。というのは、彼らはむしろ知られるに値するにもかかわらず、イタリアの外ではほとんど知られていないからである。

1881年、Enrico Cimbali のローマ大学開講講義において、立法者を「人民の意識の直接的機関」としてとらえた結果はどんなものであるかは、はっきりと観念力となったように思われる。つまり、「このとき、法律そのものが変化した環境、および同様に変化した事情の影響と作用とを受けることが必要であり、これら事情の変更は、その〔法律の〕職務により規律されるべきものである」<sup>(246)</sup>、と。結論はこうである。〔第 1 に〕「制定法の進歩的進化 una evoluzione progressiva」こそがここにはあり、〔第 2 に〕「解釈者の職務」は増える一方であり、「不断の変化にある生活と活動の用具かつ規制者 lo strumento e il ministro」というのがそれである」<sup>(247)</sup>〔と述べている〕。

1887年 Carlo F. Gabba、1889年 Vincenzo Simoncelli がこれに続いた。

最後に、1893年 Cesare Vivante——現代イタリア商法を科学として基礎づけた人物——は、その Trattato di diritto commerciale の第 1 巻で、「諸事物からほとぼしり出る法の声を聞き分ける」ことをうながしつつ、形式法源のうちのひとつに「諸事実の本性 natura dei fatti」を加えることをためらわなかった。

以上散発的に蒔かれた種子は、しかし、広範な播種を意味していた。要するに、われわれは真にヨーロッパ的なコイネーに直面しているのである。Kohler, Bülow, Ehrlich, Stampe, Gény のなかに見出される直感と提案は、大陸ヨーロッパ全体を駆け巡り、——法的絶対主義が反論の余地なく支配していた——イタリアの地においてさえ、無傷のままに接触をもったのである。

もし1882年の Cimbali のローマ開講講義の日付に注意を払うならば、1881年、Kohler、Bülow、Ehrlich、Stampe、そして Gény のマニフェストは Cimbali にとってはまさに後継者たちなのである。われわれは、無益な自慢話や偽りの長子相続権主張をするつもりはない。というのは、Cimbali は、不当なコーラスへの混入を許さない、きわめて特異な声色をもっていたから。かえって、こう言いたいのである。すなわち、新しいものは、人々のなかに宿るのにはるかに先立ち、事物のなかに宿る。そのなかに知的な目は

この新しさを読み取ることができる。そうして、ここから教訓的省察と正当な諸帰結を引き出すことができる、と。

1880年代以後、ヨーロッパは、——1884年にさかのぼる Cimbali その人の円熟した綱領的著作の表題を借りるならば——「経済的および社会的諸関係における私法の新しい段階」にあった。ヨーロッパ中の民法学者らの周囲には、変化し、複雑化していく社会的、経済的光景が広がっていた。1880年代に、昨日の単純な世界は、今日の複雑な世界へと変化したのである。

人格の世界と財の世界は複雑化しつつあった。ブルジョワ的市民性とその擬似自由主義の成果というモデルの抽象性に関する、単なる修辞とはいえない非難が明らかになり、具体的なもろもろの主体が、社会的・法的表層に出現した。つまり、企業家、労働者、労働する女性・子ども、である。彼らを考察し評価したのが『新段階』である。そして、人々は、中間諸団体のはるかに濃密な叢生を記憶にとどめ始め、これら団体に対する、社会的=法的全秩序の重心軸の移動という帰結の輪郭を描き出した。法人格に対する啓蒙主義的反感は、——これを啓蒙主義はフランスの法典に対して手付かずのまま引きつがせ、これを1865年のイタリア法典が克服するには大変な労苦を要したわけであるが——、物理的実体をもたない主体、アソシアシオン、および倫理人の新しい一群——これらは増大しつつあり、やがて経済的・法的循環の神経節を掌中に収めるはずであった——の省察に直面させられ、消失した。この循環はもはや国家という一枚岩に解消されることはありえず、むしろ複雑で多元主義的な組織のなかに解消されるのである。

財に関する在庫目録の増大も付け加えられる。もはや土地と不動産ばかりでなく、何にもまして動産が [ある]。もはや物的財だけではなく、知的財産権も [ある]。債権は拡大し、さらに有価証券や信託財産がより頻繁に利用される。いくつかの財のための分化された特別法の必要性が加わり、その帰結としてさまざまな規律と保護とが加えられた。

制定法の無力さ<sup>(249)</sup>——単に1865年の統一的一般法典ばかりでなく、イタリアの立法者がはるかに多数産出した特別立法についても [当てはまる無力さ]

——は、法律家たちの理論的ページを置いてけぼりにし、この国の社会生活における実質的な——実質的とはいえ否定的——事情として立ち現れた。ますます氾濫していく現実を秩序づけるには、法的絶対主義により遂行された、かつての独占およびかつての収用は、不適切であることが明らかになった。というのは、ますます複雑化していったからである。学説と判例を、まさに *interpretatio* という資格において、法源レベルに含み入れる、という考え方が再登場した。いいかえれば、変化しつつある社会経済的景観のこだわりのない観察 [という資格]、およびこれを法的構成の用語のなかに翻訳する [という資格において、] である。世紀末のより用心深くなったイタリア民法学において意識されつつあった危険は、現実の王国と法律上の王国とのあいだにある解消しがたい格差であり、その破壊的な帰結は、秩序づけの用具としての法の信頼可能性が回復不可能なほどに失われる、ということであった。

生ける法の領域は日々社会において自発的に登場していく法の世界であるが、——もし意識の根深い危機に陥るのでなければ——、公式的な法との密接な対応を保たなければならない。Gény はその *Méthode* の記憶すべき一節で述べている。「何よりも、実定法は生き生きとしたものであり続けなければならない。ところで、生きるということは活動し、変容していくことである。法にとってこれはより以上のものである。生きるということは、社会生活のもろもろの要求へと完全にかつ不断に適応するために闘うこと、で<sup>(250)</sup>ある。」

以上はひとつの方法論的原則なのであり、これこそはわれわれが正当にも、われわれの法学のあの幸せな瞬間の革新的諸潮流にもまた属すると述べることができ、かつその名においてこそ、法的絶対主義の古い教義の多くが議論され、亀裂を入れることができるものなのである。しかし、この原則が 19 世紀末のイタリアで勝利を収めたのは、法律家らの大多数の沈黙のもとに、であった。そして、絶え間のない苦悩への、法源という [立ち入りを] 禁じられた領域における、新しい道の不断の探求への 19 世紀の——こんにち



にさえいたる——イタリア法学の変転は、このことを示しているのである。

現行憲法が法的経験 *l'esperienza giuridica* を——たとえ国家外であっても——そのあらゆる複雑性において回復するための勇氣ある選択を承認しているこんにちにおいてもなお、法的絶対主義は法律家の精神に侵入し、根深い篡奪として作用してきたことを示している。イタリア私法は、真正の法的多元主義が主張するであろうような、あの私人たちの法であることから程遠いところにあるのである。

以上が綱領論文の骨子である。他の論文等を参照しながら敷衍すると以下のとおりである。すなわち、法的絶対主義は、大革命以来の法律の国家による「独占」、反面における法律家 *il giurista*<sup>(251)</sup>——とひとまず訳出することにしよう——の受動的注釈への転落（「収用」）を意味する。

この用語自体は、——バルセロナ大学における本講演に立ち会った Carlos Petit によると—— Hans Reichel（当時チューリヒ大学教授）による 1915年の著作に由来する。<sup>(252)</sup> Petit<sup>(253)</sup> によって参照される Reichel から一節を引こう。「君主の絶対主義はもちろん打倒された。しかし、それに代わって現れたのは、憲法適合的な法律の、限界を知らない全能である。国王は死んだ。国王万歳。この教説が——自ら認めるように——現実に自由主義的であったか、に関しては疑わしい。たしかに、憲法適合的な法律は国王の恣意からの解放を意味したし、このかぎりでは個人にとって相当な防衛である。けれども、法律という単なる形式のなかにこそ、あらゆる態様の不当な抑圧に対する実質的保証がある、という主張は、歴史によって確認することができない。新旧の時代の民主主義について思いをめぐらせさえすれば多数の暴政は専制君主の恣意的支配よりも抑圧的であることがわかる。<sup>(254)</sup>」

さて、Grossi 自身による用語法に従えば、法的絶対主義は、法源のなかに厳格な階層秩序（以下これを「法源ヒエラルキー」と呼ぶ）——すなわち第1次法源としての法律・慣習、第2次法源としての学説・判例——をもたらした反面、その中世的・後期中世的な多元性、そしてことに法の歴史性・

事実性・社会性——一言でいえばその血の通った身体性 carnalit <sup>(256)</sup>——を奪ってしまった。裏を返せば、法をめぐる過度の単純主義が支配した。「解釈 interpretatio」は「注釈」へと縮減してしまった。

これが現代における国家の危機と法律の危機の根源にある。Grossi は述べる。「近代 modernit  の進行のあいだじゅう、われわれは法をあまりに政治権力の強い影の下に犠牲にしてきた。このことにより、消しがたい法の社会性を忘れ、かつこれを国家 lo Stato の鏡像に仕立て上げ、つまり権力の装置 apparato にすることが適切にすら見えなくもないほどになった」<sup>(257)</sup>。

Grossi が与える処方箋はこうである。すなわち、法にふたたび歴史性・事実性・社会性を取り戻すこと、法源の多元性、法の複雑性 complessit  ——多面的性格と呼ぶほうが妥当かもしれない——を回復すること、である。これによって、社会の複雑化、グローバル化への対応、いいかえれば「法のための救済」がもたらされ、「法律家の帰還」がうながされることになる。「…私が驚くのは、形式的手段的枠組みへと縮減された法であり、これはその絶対的中立性においてどんな内容にも服するのである。私が『法——権力と秩序のあいだで』<sup>(258)</sup>で表明したように、できうる限り〔政治および経済的〕権力から解き放たれた法、いいかえれば秩序づけの任務を負い、必然的に秩序づけられるべき諸事実へと溶け込まされる任務を負う法こそが人々を救済する帰結なのである。なぜなら、市民社会によってこんにち要求されることに照応しているからである。／法の身体性 carnalit  del diritto。もろもろの価値、諸事実、諸利益は法的側面に著しく現れ、その積極および消極面において示される。なぜなら、このことが要求するのは、その歴史性——自らの社会的行為の〔もたらす〕複雑なもつれに驚嘆した人間たちの忠実な鏡像であること——であるから。根本において、法は本質的救済、人間性の救済なのである。<sup>(259)</sup>」

##### (5) 2 つの Saleilles 像——Sabbioneti と Aragoneses

以上で Grossi のプログラムに一瞥を加えたわれわれは、Aragoneses と

Sabbioneti を対照し、それぞれの Saleilles 像、ことに Saleilles が比較法に与えた目的は何か、を明らかにすることができる。比較法をめぐる対立は、その「目的」をめぐる対立——レッセ・フェールへのノスタルジーか、それとも社会民主主義か——に、いいかえれば比較法にかならずしも限定されない「Saleilles の企て」「Saleilles 的瞬間」全体の評価に、かかわるのである。

まず、Aragoneses は以下のように述べている。

「比較法学者らが識別すべきこの理想的法は、それぞれの国の学問と立法とを指導すべきである。国家は、この形式により、自己の規範よりも理想的法により近い外国立法の諸点…を無意識的に模倣することになろう。同様のことは判例および学説についても生じる。というのは、これらはもし他の諸国の諸構成と諸方法とが自己のそれよりも『よりよい』ものであるならば、これら構成と方法とに開かれなければならないから。…以上の理念はエリート主義的かつ反動的な強い背景をもっていた。この底意は、もっぱら第三共和制の議会主義と社会と経済への国家介入とに対する批判の文脈でのみ理解される。比較法学者は単に自らに立法者を指導する役割を与えたばかりではない。多数派の私法および公法学説は共和派の急進性と議会に付与された強大な権限を批判していた。[これらは] 以下の展開の帰結であった。[まず] 第三共和制の民主主義的命令の [展開。つぎに] 議会が制定する法律は人民主権の最大の表現である、という理念の [展開。] 教授たちは、その技術的助けによってそれらの行き過ぎを修正することを要求していた。『われわれにはびこる過剰な民主主義』への批判は、Saleilles のような法律家に不変であった。学説は第三共和制の以上の法律絶対主義を否認し、議会および法律の過剰な重要性を補償するために、学説および判例に重要な役割を与えたのであった。／この文脈においてこそ、学説に基礎をもつ文明人類の共通法への Saleilles の賭けが特徴づけられるのである。」<sup>(260)</sup>

しかるに、Sabbioneti に従えば、「Saleilles の企て」は、社会民主主義の法=技術的用語への翻訳、これを通じた第三共和制の強化に向けられている。そして、彼はさらに踏み込んで以下のように述べている。

「以下で見るように、ある理念、——すなわち比較は、個別の国民的立法の多様性から出発しつつ、共通の法的基層を明るみに出すことができ、かつ比較は反対に普遍的文明化の単一のモデルに向けて収斂していくと考えられる法的な諸システムの諸傾向を表出している、という——理念は、すでに19世紀の法的内省 [E. Amari] のなかに現存していた。／だが、ここで取り上げているのは、注釈学派支配の時代に、自己主張に成功せず、少数派にとどまったある直観である。この時代に外国立法の参照は本質的に注釈という目的に照応していた。Amari——孤独な法律家であり、長らく忘却されることになった——の諸理念は、何十年かあとになってはじめて、広く知られるようになった。ことに世紀末の雰囲気から利益を受けている。世紀末は、国際交流の増大、および——文化的水準でも——国民的狭量さの克服によって特徴づけられていた。／以上が可能にするのは二重の意識の相互浸透である。第一に、諸国民は生活共同体によって、かつ集合的連帯の形式によって結び付けられているという理念、そして、第二に、これら国民は——法的水準では、歴史的に決まった経験から出発した、実務と観念の普遍化の過程に変容すべく運命づけられた——『人類の漸進的な歩み *marche progressive de l'humanité*』の参加を得る、という理念。／これら諸理念は著しい射程をもった文化的出来事——1900年万博を機縁にパリにおいて組織された第1回比較法会議——の結果としても、20世紀初頭ヨーロッパの学説においては<sup>(261)</sup>きりとしていてかつ完全な形成を見出す。」

そして、Aragoneses は Saleilles の「モデルニスム」をこう総括する。「このモデルニスムは、過去の道具を用いて大衆的産業社会の諸問題に答えようとした<sup>(262)</sup>」、と。すなわち、「明らかに Saleilles が維持した姿勢はその時代の社会的政治的文脈に適合していなかった。脱法典化の時代は速度を速

め、国家が展開した特別立法に対して、慣習も歴史的方法も、すでに値するものではなかった。Saleilles は、『特別立法の飛躍的増大』<sup>(263)</sup> という呼称を拒み、新しい工業社会の挑戦に直面するために、法典と歴史的方法——ここに含まれるのが慣習と判例である——の自足性を擁護した。／明らかなことは、Saleilles が、これらの特別立法が例外をなしているのではなく、むしろ Caroni が『脱法典化の時代』<sup>(264)</sup> と呼んだ時代の到来を特徴づけている、ということを理解できなかったことである。社会的、経済的現実、ますます専門化と複雑な機能分化に向かって進化していた。この現実直面するには、それぞれの事例で法典の命じるところを個別化する判例では十分ではない。反対に、国家に対して経済的技術的発展が生み出しつつあった不均衡へと介入することを可能にする、具体的かつ一般的な規律が必要であった。法典は20世紀という現代に対しては、あまりに小さい存在にとどまっていた。<sup>(265)</sup>」

しかるに、Sabbioneti は述べている。

「自然に問われることは、20世紀において、[Saleilles の企て] は、どの程度成功し実現したか、である。検証の作業は、この企てのいくつかの章を含むことになるはずである。つまり、方法論的革新——これが一方で連帯の私法の形成につながった——、他方において社会民主主義の法的構成に作用した。／法的方法および解釈理論の章に関するかぎり、Saleilles の研究の最終目的は、この領域においては、学説の中心性の(再)確認によって示される。いいかえれば歴史的方法の内容は、歴史的進化的性格をもつ解釈原則の定義のなかに解消されない。法律の脱神聖化に、法律の合法性の単なる場所への縮減にもとづく、一方法論を通じた注釈の克服は、疑いの余地なく、モデルニストの企ての基本的要素である。…歴史的方法の最終目的は[単に]——注釈の支配を打ち砕くことができる——[第三共和制の] 法律中心主義 *legicentrica*、しかも反リーガリスト的な解釈技術の定義であるばかりではない。むしろ、[その目的は] 法律家らの共同体の内側におけるもろもろの役割の再分配であり、また、*jurisconsultes* のヘゲモニーの肯定、および

(266)  
法産出の学問モデルである。」

Aragoneses の以上の見解について、Caroni はこう論評している。「ここで不可避に思われるのは、Aragoneses が最近の *Un jurista* で描き出した Saleilles の横顔に対決することである。Aragoneses は、彼自身が *Recht im Fin de siècle*, p. 1-68 で提示した評価にもかかわらず、以下のように主張する。すなわち、Saleilles は——これまで信じられてきたように——法実証主義と闘うためにというよりはむしろ、社会と経済への国家の立法による介入を区別対比するために比較法を賭け金にした、というのである。私は、産業革命によって引き起こされた流れに対抗する必要性を否定するわけではない。けれどもこの流れに対抗するのに、立法によらずに、法典を改正するのでさえなく、もっぱらより先入観のない解釈を用いることで、これを実現することを Saleilles は求めていた。特別法、すなわち脱法典化は、いいかえれば国家の介入の成果であるが、旧秩序を救い、法律家の優位をとにかくも救い出すという名目のもとに戦いえられたものである。このような不意打ち的で無慈悲な分析のゆえに、Saleilles の選択は苛立たしいほどに反動的、反民主的、王政復古的な特色を帯びてくる。…さらに別の問題点も忘れるわけにはいかない。すなわち、脱法典化の時代は実際にはもっと遅れて、すなわち Saleilles が亡くなって何十年かあとに幕を開けた、ということである。」<sup>(267)</sup>

すでに述べたように、われわれは Aragoneses による、Saleilles における「歴史主義」の追加を付け加えたい。

Sabbioneti と Aragoneses は、以上のように一見排斥しあう主張を提示する。それでは彼らはどこで対立し、どこで一致するか。

たしかに、「Saleilles の企て」(法的モデルニズム) に対する評価は矛盾しあっている。すなわち、Aragoneses によれば、この企ては、普通選挙権によって労働者の包摂と法律への正統性付与とを同時に実現した第三共和制による、特別立法を通じた社会経済への福祉国家的介入に対抗することに向

けられる。それは大革命によって実現された民主主義から切断される。しかるに、Sabbioneti にとっては、Saleilles の企ては、——むしろ「脱法典化の時代」到来以前に——、学説、判例、そして立法研究協会による民法典そのものの改正作業によって夜警国家から福祉国家への痛みなき、漸次的移行を果たすことにある。社会民主主義の実現はかえって大革命の理念の完成である。

しかし、彼らはすでに触れたように Grossi の法的絶対主義の研究プログラムを受け入れている。Saleilles の企てを大革命的なもろもろの二項対立の「総合」のなかに、そして何よりも法的絶対主義＝リーガリズム克服——法の社会的現実への適応——のなかに見出している点では、両者のあいだに相違がないのである。そして、Saleilles ばかりでなく、Gény、Lambert によっても共有される「新古典様式」は、法的絶対主義＝リーガリズム克服という共通の目的と結びついていたのであった。こうして、「Saleilles の企て」は Lambert や Lévy-Ullmann らのそれから峻別されるわけではない。

#### (6) 「概念法学」と「注釈学派」

Grossi のプログラムに対してはいくつかの論評がある。ここでは、対照的に思われる2つの評価を掲げる。

「こんにち、法学〔説〕は本質的に立法と判例との統合の役割を——いわば接続子として、教義学的に作用する制御装置として——担っている。裁判官のほうも、その成果を判決において手を加え、さらに先に進めるとき、法学の担い手である。けれども、法学は憲法上の『権限付与』を与えられたことはなかったし、いまもない。だから、慣習法、裁判官法および『法の一般原則』といった伝統的に法源の在庫目録に数えられてきた『法命題のカテゴリー』を憲法上承認することは正当にも、法学にとっては問題がある、といわれてきた。…国家的実定的法律の——いうまでもなく放棄できない——支配は、憲法のなかに確かな正当性をもつが、法律と並ぶ、かつ法律外的な決

定根拠を無用のものにするわけではない。それどころか、激しい社会的、経済的發展は、これを不可欠のものにしている。『独裁的法源——法律——の無力 [die] Unfähigkeit der monokratischen Quelle—des Gesetzes』のゆえに、Paolo Grossi は法典編纂以前の状況に依拠しつつ、多元的法源秩序を支持するにいたっている。<sup>(268)</sup> 実際、これにより、不可欠の決定根拠の枠組みは拡大し、法学および判例にはより大きな自律性が付与される。Grossi は、この自律性を法システムが機能するための不可欠の前提ととらえる。以上のことが想起させるのは、法史の教えるもろもろの経験である。強められた裁判官法と法学とを決定根拠ないしは法源として合憲性の枠内で構築することは、ドイツでは、これまで基本法20条3項を通じてのみ可能であった。そこで確立された『法』——序列上法律に劣後するが——への拘束に広い意味を担わせることによってである。こうして、19世紀末以来、『法源論を…より広い基礎の上に打ち立てる』<sup>(269)</sup> とか、『時代に適合した法源論を提示する』<sup>(270)</sup> とか、——あるは最近 Landau が述べているように——『法源論の、多様化し、民主主義的法治国家にも妥当するモデル』を提示する、といった要求が出されてきたことは驚くに足りない。そのような観念のなかに、ここで歴史的に議論されてきた3つの『法源経験』<sup>(271)</sup> がすべて含まれる。<sup>(272)</sup>

「Paolo Grossi は、イタリアの法哲学者 Capograssi から『法的経験』の概念を借用しつつ、この概念を中世の複雑かつ多面的な歴史的・法的現実を探求する解釈図式として用いる。法のグローバリゼーションをめぐる議論で、中世法システムとグローバルなソフト法のレジームは、しばしば2つのまったく異なった、かといって高度に類似した『法的経験』として接近されている。…[Harold Berman <sup>(273)</sup>の中世法論と] 類似した仕方で、とはいえ異なった企図とともに、Paolo Grossi は、複雑性と多元主義を中世的法的経験の中核的特質として描き出す。方法論的時代錯誤に挑戦し、法の内的人間性と歴史性を明るみに出そうとしつつ、Grossi は束縛を受けない多元主義を中世法の死活を左右する特質としてとらえる。中世法秩序は単一の法的経



験としてとらえられ、この経験は、——社会生活から自発的に生まれ出る——法秩序の多元性および多元的地域的自治体からなっている。」

「Grossi の語り narrative は、それ自体は中世的法秩序のロマンティックな脱政治化から距離を保ちながらも、中世法の有機体的かつ事實的生成を強調する [事物を] ロマン化する解釈を支え、法、権力および主権の間の生成的関連性を弱める。その垂直的側面を剥ぎ取られ、法は政治権力のかなたに、かつ上位にある社会的諸力から自発的に生じるものとしてとらえられる。／中世的事実性のロマンスはハード対ソフト論争にも浸透している。ソフト・ローは国民国家や国際諸制度といった政治的中心よりむしろ、社会的周縁から有機的に生成するのである。中世の法的経験におけると同様に、——と [Grossi ら] 論者は述べる——社会的、経済的諸事実は有意味な規範力を示している。<sup>(274)</sup>」

前者は Mohnhaupt のもの、後者は Anna di Robilant のものである。少なくとも、法治国家への明示的繋留を維持するかどうか、より基底的にはグローバル化に注目し、国民国家そのものを相対化するか、という一点では両者は異なっている。1991年講演末尾に現れているように、Grossi 自身は Mohnhaupt の理解に近い自己解釈をもっている。とはいえ、Grossi の議論の射程が di Robilant のそれ、さらに multinormativity にまで及ぶのもたしかである。

すでに言及したように、Aragoneses と Sabbioneti は、Grossi のプログラムを共有していた。そして、比較法をめぐる、2つの問題を提起した。第1に、Saleilles の言説における「比較法の中心性」を承認するか、それとも比較法は彼の「歴史的方法の一側面」にすぎないか。第2に、Saleilles の意味における歴史的方法は「社会学 [と] 等価」であるか、それとも「社会学の衣装をまとった歴史主義」か。

が、われわれの関心はむしろ、こうであった。Grossi は、ドイツ、フランスを含む西ヨーロッパ全体にあるパラダイム——法的絶対主義——が共有

されていることを前提にその議論を進める。法的絶対主義は、大まかには、概念法学、注釈学派に照応するだろう。ところが、問題の所在で明らかにしたように、ドイツにおける「概念法学→自由法→利益法学・評価法学」、フランスにおける「注釈学派→科学学派」という図式について近年疑問を投げ見る見解が現れつつある。ことに概念法学像は、1955年の W. Wilhelm の研究以来、書き換えられつつある（「原理法学 Prinzipienjurisprudenz」(P. Landau)<sup>(276)</sup>）。これによると、19世紀半ばにおける Seufferts Archiv 等の判例集公刊以来、判例と学説の協力によって19世紀末の社会経済的変容への対応、いかえれば法の社会化が企てられた。Grossi のプログラムと親和的に思われる、この見方は、ことに H.-P. Haferkamp——長らく Grossi が編集してきた QuF にも Mohnhaupt とともに論文を寄稿している——によって正面から展開されている。Grossi の表現を借りれば、法と社会との、規範性と事実性との「相互浸透 osmosi」が企てられたわけである。しかるに注釈学派はどうか。これがわれわれの関心である。結論を先取りすれば、Grossi と——これに忠実な立場を標榜する——Sabbioneti とは、ドイツの自由法とフランス科学学派を同視できるか、という問題に取り組んでいる。が、ことに科学学派が意識的な克服対象としたはずである、注釈学派をどうとらえるか、という問題についてそれほど深く立ち入っているとはいいがたい。かといって、一部のフランス論者とともに、ドイツ概念法学の場合ほど劇的な注釈学派、とくに——注釈学派と科学学派を架橋した——「中間的学説」の再評価ができるか、もまた問題であるように思われる。現に Grossi がこの見方（「賛辞」）に批判的な立場から「注釈への弔辞」を述べている点はずでにみたとおりである。けれども、少なくとも以下のような修正を上記図式に加えることは可能ではないか、と思われる。<sup>(281)</sup>

その機縁は、——すでに触れた——「法律フェティシズム」とか「民法典を越えて」といった「戦闘スローガン」を掲げ、先行者から自らを区別しようと試みるとき、Saleilles も Gény も Jhering を意識していたという憶測が成り立つように思われることにある。<sup>(282)</sup> 少なくとも Saleilles については、<sup>(283)</sup>

Aragoneses も Sabbioneti も、Jhering の影響を繰り返し強調している。

たしかに、Saleilles が「ローマ法によって、しかしローマ法を越えて」という Jhering のスローガン (Id, Unsere Aufgabe ; Geist) について、「ローマ法」を「民法典」に置き換えたの<sup>(284)</sup>に対して、Gény は、Unsere Aufgabe<sup>(285)</sup>に現れ、Grossi 講演にこだまする「民法のミイラ崇拜 civilistischen Mumien-Cultus」<sup>(287)</sup>を模したようにみえる、というだけでは十分な理由とはいえない。まして、Regina Ogorek によれば、Jhering が果たしたのは、裁判官の歴史的立法者からの——きわめて根深い問題を残した<sup>(288)</sup>——解放、すなわち（「受容的法学」に對置される）「生産的法学」の提示にすぎない。その法内容が変わったにすぎない。『前期』Jhering においては自然史的方法の助けを借りて論理的に演繹されたものが、『後期』Jhering にあっては社会的諸関連に関するその考察から引き出されたものとなった。たしかにその行動領域はもはや体系ではなく、生活であり、その形成用具はもはや構成ではなく社会的必要性である。しかし、この転換によって法の内容 Rechtsinhalt だけが変わったにすぎない。その内容を確定すべき立役者はしかるに同一のままであ<sup>(289)</sup>った。」

けれども、少なくとも法内容は変化した。1850年代——B. Windscheid と J. E. Kuntze によって「転換期」と呼ばれる——に、雰囲気は一変する。<sup>(290)</sup>

ことに Haferkamp によれば、この年代に、Savigny 的な、実務から切断されうる——かえって実務の学問化をめざす——、歴史と結びついた有機的な法観念が、歴史から切断され、実務と結びつき、目的 Zweck や実務的な生活の必要性 Bedürfnisse des Lebens により根拠づけられた法観念によって取<sup>(291)</sup>って代わられた。Haferkamp はいう。「1856年、Jhering はこれらの論者のなかでももっとも重要な綱領論文を公刊する。Jhering は、…、『破壊 Destruction』を、すなわち、こんにちにいたっても見せかけの露命をつないでいる法命題や制度を克服することを呼びかける。Jhering が求めたのは、古代の法源から、『ローマの法律家が語ったことがない』ものを引き出すこと、およびそのようにして、『ローマ法を通じてローマ法を越えて』い

<sup>(292)</sup>  
くこと、であった。』

他方、「生産的法学方法の中心的かつ愛好された操作は、『構成 Construction』へと発展した。構成は『法関係のその根拠にある概念への還元』であり、したがってこの場合にある法形象を（またはひとつの法的事案だけを）法体系のなかに組み込むこと、この形象を体系の一般諸概念と結びつけること、である。『構成』の語と概念は、——法を産出する方法として——、19世紀になってはじめて明らかに成立した。構成もまた、実定法の内的関係の観念を前提にしている。つまり、法が単に立法者の法命題からなるときは、この命題に包摂しさえすればよいとはいえ、何も新しいものを『構成し』てはならない。構成は、その対象が立法者の概念にすでに存在するときであっても、定義としてではなく概念形成として示される。… …<sup>(294)</sup>19世紀法学の自己意識は、これがもっぱら構成だけを留保しておく、ということによって特徴づけられる。『立法者は構成してはならない。』ドイツ民法典の立法者もこの留保を尊重し、これが容易に可能である場合——たとえば遺言を意思表示としてとか、消費貸借を諾成契約としてとか——にも、多くの場合、構成を断念した。<sup>(295)</sup>』

この見方を受け入れるならば、フランスにおける民法典→法律フェティシズム批判 (1899年)・「民法典を越えて」「破壊と再建」(同年)→科学学派、という系譜とドイツにおける自律的・有機的法観念→ミイラ崇拜批判 (1857年)・「構成と破壊」<sup>(296)</sup>「ローマ法を越えて」(1866年)→自由法論・利益法学、という流れとの間に、一定限度で並行性をみだし、この留保を付したうえで Grossi のプログラムに従うことは許されるのではないだろうか。一定限度とは、第1に、フランス法が法典編纂を起点とするのに対し、ドイツ法が「法曹法」、とくに「学問法」(G. Puchta におけるような学説の法源性)から出発し、それゆえ批判の対象が異なっていたことを承認する限度で、第2に、ドイツでは「現代ローマ法」の建設——(ユスティニアヌス以前の)「歴史」からの切断——が「転換期」における課題であったのに対して、フランス1895年に始まる諸改革の成果のひとつはまさに「歴史」「ローマ法」——

Saleilles 自身が回顧するところによれば、Durkheim がうまく表現したように、これこそが当時における「社会学」<sup>(298)</sup>であった——の法学教育への導入であった、ということを確認する限度で、である。そのうえではじめて、Magnaud 現象と Fuchs に始まる自由法運動に通約可能性が与えられるか、そしてこれらを Saleilles と Gény がどうみていたか、という問題が問われるのである。

以上の並行性論が許されないとしても、少なくとも、ドイツ——かならずしもドイツ歴史学派に限定されない——における、以上の法観念の転換がフランス歴史学派(後出)、中間的学派、および Saleilles それぞれの意味における「歴史的方法」出現の前提条件である、ということは可能ではないだろうか。この限度で、フランス歴史学派、中間的学派、Saleilles 自身による読解のどれが決定的であるか、はともかく、ドイツ歴史主義を Saleilles がどう受け止め、どう自らの法観念、そして自らの比較法観念を作り出していたか、という問題構成は依然意味を失わないように思われる。この意味に解するかぎり、Aragoneses による問題提起は重要性を失わない。他方、Sabbioneti による「道具性」の主張も——Haferkamp によって主張された——以上の転換を少なくとも想起させるのである。

#### (7) 本章の構成

Saleilles の比較法を中心とする本章の議論は、以下の要領で進められる。

第1に、フランス歴史学派、中間的学派に一瞥を加える。視点は(6)に示したとおりである ((b))。

第2に、おもに Aragoneses と Sabbioneti——そして結局は Grossi——を参照しながら、Saleilles の言説分析を試みる。これは2つの部分からなる。1つめは、Saleilles 言説のなかで、歴史的方法はどのようにして形成され、どのような役割を果たしたか、である。比較法は歴史的方法とどういう関係に立つか、歴史的方法の「一側面」であるか、それとも「比較法の中心性」が承認されるべきか、がここで論じられる ((c))。2つめは、

Saleilles が展開した比較方法は一方でどのような法観念、他方でどのような実践的意図と結びつけられていたか、である ((d))。結論をやや先取りするならば、「生き生きとした実体」という法観念——コレージュ・ド・フランスの講座名でもある「比較立法<sup>(299)</sup>」との区別——だけでは十分ではない。「一種国際的なひとつの法共同体」構築が社団・財団法の分野で企てられたことに注目してはじめて、「Saleilles の企て」へと通じる道が——どれほどおぼつかないとしても——開けるはずである。

(128) C. Jamin et P.-Y. Verkindt, *Droit civil et droit social : l'invention du style Néoclassique chez les juristes français au début du XXe siècle*, Nicholas Kasirer, dir, *Droit civil, avant tout un style?* 106-7 (2003).

(129) 科学学派をめぐっては、とくに以下が包括的なものとして参照される。大村敦志「共和国の民法学」同『20世紀フランス民法学から』3-99頁 (2009) (初出、『法協』121巻12号 (2004年))。

(130) 原文は“la bonne interprétation s'évinçant de la seule «conscience juridique universelle»”である。Jamin, Demogue et son temps *Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ 2006, at 9-10 を参照して、本文のように訳出した。

もっとも、「普遍的法意識」という用語法は、Lambert 自身のものではなく、Ancel の用語法であるように思われる。cf. M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé Elements d'introduction générale a l'étude comparative des droits* 119 (1971).

(131) *Droit civil et droit social*, cit, 119. 詳細はあとに述べる。

(132) Jamin は別の論文で、こう述べる。すなわち、Gény の後継者を自認する一人 H. Capitant は——Lambert も序文を寄せる *Grands arrêts de la jurisprudence civile* (1934) (1924年のミスブリカ) で——Langdell の方法への間接的とはいえ、たしかなオマージュをささげているように見える、と。Jamin, François Gény d'un siècle à l'autre, Thomasset, Vanderlinden et Jestaz, dir, François Gény mythe et réalités 26-7 (2000) (以下他の収録論文とともに FG mythe et réalités のページ数で引用)。とはいえ、Capitant 序文は、Lambert 序文に比べるとはじめて、Langdell の方法へのオマージュに見えるにすぎない、というほうが公平であるように思われる。Capitant は述べる (*Grands arrêts*, cit, p. iv)。Langdell の体系は、『『ケース』に学生を直接に直面させることによって、換言すれば本質的諸事実、弁論、および判決の簡潔な説明を含む裁判の要約に直面させることによって、学生の法的思考

l'esprit juridique を形成することにある。…学生に対して抽象的なもろもろの法原則を解説するのではなく、教師は彼らと事案 cas を論じ、この討論によってこそ、法準則をほとぼしり出させるのである。」しかるに、Lambert はどうか。詳細はあとにゆずるとして、彼はすでに Id, Introduction La fonction du droit civil comparé tom I Les Conceptions étroites ou unilatérales Les Moyens d'action du droit commun législatif et les sources du droit national—La Politique juridique, la jurisprudence et la théorie romano-canonique de la coutume—Les Rapports du droit romain et du droit comparé 96-101 (1903) ; Une Réforme Nécessaire des Étude de Droit Civil, Revue internationale d'enseignement supérieur 40, at 4 (1900) でコモン・ローにおける「ケース迷信 superstition du cas」について語っているのである。以下では、Lambert, Introduction La fonction du droit civil comparé tom I は単に Fonction と略して、Revue internationale 誌は、RIE と略して引用する。

(133) Demogue et son temps, cit, 9-10.

(134) Id, L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Génys en méthodologie juridique et en philosophie du droit, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys, tom. II, 5, at 9 (193.). Gallica で入手可能な版には発行年に関する記述が欠けている。[www.sudoc.abes.fr/](http://www.sudoc.abes.fr/) および [www.worldcat.org/](http://www.worldcat.org/) によれば、1934年刊である。

(135) Carlos Petit, Lambert en Tour Eiffel, o el derecho comparado de la *belle Époque* “p. 5 e ss” in Antonio Padoa-Schioppa, ed., La comparazione giuridica tra Otto e Nocevento (2001) を引きつつ、Marco Sabbioneti, Democrazia sociale e diritto privato La Terza Repubblica di Raymond Saleilles 248, n. 53 (2010).

以下では、それぞれ、Eiffel、Sabbioneti と略して引用。

(136) 日本の文献にしばしばみられた——ように思われる——傾向は2つである。第1はドイツ自由法論とフランス科学学派の同視、第2は Saleilles と Génys それぞれの問題意識および解決の同視である。なるほど、日本への紹介のされ方をめぐって異なった理解は、大村敦志「日本における科学学派の受容」、同『20世紀フランス民法学から』60頁以下(2009)に示されている。とはいえ、上記の状況認識は、かならずしも過度の単純化、戯画化とはいえないように思われる。たとえば、飛沢謙一「フランスの自由法論」(『恒藤先生古稀祝賀記念法解釈の理論』115頁以下(1960))はつぎの弁明とともに説き起こされる。「私に与えられたテーマは『フランスの自由法論』というテーマであるが、しかしフランスでは、ドイツにおけるような意味の自由法学という名称は余り用いられず、むしろ注釈学派に対して科学派とか新自然法派とかいった名称のほうが、一般的であるように思われる。もち論、フランスでも、科学派にぞくするものの中でも、特にフランソワ・ジェニーは、フランスの自由法派の祖と考えられているが、しかし彼が自由法派の祖とされるのは、彼が成文法の解釈を補充す

る諸原理を『自由な科学的探究』によって明らかにすべしと提唱したことによるものと思われる。しかしジェニーの方法は、成文法の框に対しては自由であるが、それが方法論的に科学的な制約に服する点では自由でないことを考えると、ジェニーの立場を単に自由法はとのみ見ることは、多少狭いのではないだろうか。…従って本論文では、厳密な意味の自由法派のみに限定しないで、広く注釈派に対するか学派を中心にして論じたいと思う」と。さらに参照、野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄ほか編『法哲学講座』第三巻237-9頁 (1956)。

- (137) Alfons Aragoneses, *Un jurista del modernismo Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado* 15, n. 21 (2009) および p. 18 は、Ralf Michaels —Id, *Im Westen nichts neues? Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 66, at 99 (2002)—を援用しつつ、K. Zweigert und H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (3. Aufl, 1996) が比較法 (判例、学説をも対象に含む) と比較立法 (立法だけを含む) とを截然と区別しない点を批判する。ここでは両者をともに比較法ととらえる。この問題については本稿の末尾で主題的に論及する。少なくとも Michaels は Zweigert und Kötz 批判を企てているわけではない、と思われる。

なお、Un jurista も、以下では Aragoneses と略して引用する。

- (138) 以後の本文 (22(257)頁) で、Grossi が言及する。Cf. Sabbioneti 7.

- (139) 以上 2 つのスローガンについては、以下の本文で触れる。

- (140) パリ会議をめぐっては、たとえば、Eiffel 26 に収められた、Saleilles 発 Huber 宛の1900年 4 月 4 日付書簡 (Aragoneses 202-3 所収のもの)。なお、Lambert の「立法共通法」も、「法律フェティシズム」「民法典を越えて」同様に、「闘争スローガン terminologie de combat ; expression de combat」であった。Eiffel 14, n. 44 (“terminologie de combat”) ; 34, n. 101 (“expression de combat”) ; Petit, *Absolutismo jurídico y derecho comparado Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert, Cappellini et al, De la Ilustración al Liberalismo* 130 (1995) (“terminologie de combat”) ; Lambert, *Fonction* 914 (“terminologie de combat”) ; *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l’enseignement du droit Congrès International de droit comparé Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 Procès-verbaux des séances et documents, I, 60* (1905) (“expression de combat”).

Petit, *Absolutismo jurídico* は以下では Petit, *Absolutismo* と省略して引用する。

- (141) Aragoneses 65.

- (142) Ancel, *Utilité et méthodes*, cit, 119.

- (143) Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato* 139, text accompanying n. 27 (1998). この論文はあとで立ち入って紹介する。本書は、以下では Grossi, *Assolutis-*



mo と省略して引用する。

(144) Stammler は、——Saleilles にも Lambert にも引用される——L. Petrazycki からその内容可変自然法の着想を得ている。もっとも、内容可変自然法の概念を提示した著作には Petrazycki への明示的言及はない (Id., *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung Eine sozialphilosophische Untersuchung* 184-8 (1896))。事物の本性 (後出) は、演繹的に展開される、絶対的自然法ではなく、仮定的かつ相対的な自然法と結びつく。こうした仮定的、相対的自然法「の存在は、法制史的研究によっても永らく完全に看過されてきた。19世紀全体を通し、自然法については『あらゆる時代と場合に妥当する理想的な立法』 (Savigny) を作ろうとする努力しかみなかった。/[ところが] Stammler は、以下のように述べる時、ついにこの歴史的自然法に対して固有の相対的自然法を対置したのである。すなわち、『それゆえ、たしかに、絶対的意味をもつ決まった法を跡づけるとき、かつての法学者は誤っていた。けれども、彼らは内容可変自然法を迫ったとき、正当にも行動したのである。これが、経験的に条件づけられた諸関係のもとで理論的に正当な法を含む法命題なのである』(…)。/Thieme が確定するところから従えば、Stammler は、その『内容可変自然法』によって啓蒙の『部分的自然法』にどれほど近づけるか、意識していないわけではなかった。」H. Marx, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde* 115, n. 229 (Diss. Göttingen, 1967). 以下 Marx と省略して引用。他方、彼は団体主義的立場に立ち (e.g., id., *Wirtschaft und Recht*, cit, 572-6 (1896))、Hugo Sinzheimer と近い関係にあった。彼はもはや法の欠缺を歴史学派的意味における学問法 wissenschaftliches Recht、類推によって補充しようとする立場にはなかった。その「正法」論は学問法とは切斷されている。Schröder, *Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?*, Id, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze* 1976-2009, at 583 (2010) [初出2005——ページ数は、2010年論集につけられた、初出論文のものである] 参照。Schröder 論文は以下、Id, *Gab es* と省略して引用する。

Stammler, *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, in: Rudolf Stammler und Theodor Kipp, *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubiläum* (1888) は、Sabbioneti 115-7 で Saleilles に対し、——「歴史主義と自然法のあいだの」「歴史の側面と理想の側面のあいだの」——総合をうながした論文として、論及される。Sabbioneti によれば、Saleilles, *Ecole historique et droit naturel d'après quelque ouvrages récents*, *Revue trimestrielle de droit civil* Année 1902, at 80 は本論文——および A. Fouillée (注223および246参照) の「観念力」——の刺激を受けて執筆された。Revue trimestrielle は以下では RTDC として引用す

る。Schröder は、本論文で展開された問題意識——普遍かつ不変の自然法の侵害からふたたび法はどのように成立するか——は、「まったく新しい」という。つまり、「Stammler の根本思想はあつという間に席卷した。」すでに1889年に G. Rümelin はこれを「革命」によって説明している。Id, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen 1850 und 1930*, Id, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, at 237-8 (2010) [初出2007——ページ数は初出論文のもの]。以下 *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts* と略して引用する。

Stammler のこの論文は新カント派による歴史法学批判、ことに「民族精神」批判の文脈でしばしば引用される。たとえば、Haferkamp, *Pandektistik und Gerichtspraxis, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 40, at 199, n. 120. なお、以下では *Quaderni Fiorentini* は QuF と略して引用する。

英語圏を扱う別稿で検討される Julius Stone も、Stammler は、1888 年論文で「人民の法の自己展開は意識的に逸脱されてはならない、という運命論的想定を拒絶した」と述べる。W. Friedmann に従えば「Stammler は『民族精神』というような観念をもちろん否定した。彼は国家が法を決定することをも否定した。国家は法秩序の一種特有のものにすぎない。それゆえ、Stammler は個別的かつ限界づけられたもろもろの法秩序を調整しかつ結合するひとつの世界法の可能性を想定しうる。」Stone, *The Province and Function of Law Law as Logic, Justice, and Social Control A Study in Jurisprudence* 317 (1946) ; Friedmann, *Legal Theory* 181 (5<sup>th</sup> ed 1967) ; Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* 280-2 (2. Aufl., 1923).

以上の「世界法」は、Puchta/Windscheid の「世界法」(拙稿(1)372(105)頁)と異なっているように思われる。詳細については別稿で述べる機会をもちたい。

- (145) David M. Rabban, *Law's History American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History* 420 (2013). 以上のほか、Laski の知己 Viscount Haldane も付け加えなければならない。David Schneiderman, Harold Laski, Viscount Haldane, and the Law of the Canadian Constitution in the Early Twentieth Century, 48 *U. Toronto L. J.* 521 (1998). その Laski との交友関係ないし思想的連関については、538-550, esp. 546-9. その連邦主義を解説する文脈で、Schneiderman は、——Gierke の影響を受けた——Haldane の団体論を論じている。機能的連邦主義については、533-6、団体論については、531-3、および552-9。Taff Vale 事件(後出)とこれに反する Free Church of Schotland 事件 ([1904] A. C. 515 (H. L.)) については 531, n. 52 および text accompanying n. 55。

William Y. Elliot, *The Pragmatic Revolt in Politics: Syndicalism, Fascism, and the Constitutional State* 392-4 (1928). 同書の p. 393 によればこうである。「ドイツにおける Gierke 学派と Maitland ら追従者の、Savigny とロマンストラの『擬制説』

に対する反抗は、はるかに根深い反対論に依拠していた。この根拠は、以下の信念に由来している。すなわち、わたしが社団 corporation の co-organism と呼ぶものは、生物学的意味において個人に表現される倫理的人格と異なるところがない、という信念にである。實在的倫理的人格というこのような観念に導かれて、Maitland はこう宣言する。すなわち、法的人格は『何らの擬制でもなく、何らの象徴でもなく、国家の機構の一部分でもなく、諸個人に集合的に付けられた呼称でもなく、かえって社団 corporate body およびその成員はたしかに、『生きた有機体、實在的人格であって、実体と成員、そして固有の意思を備えている』と。以上を真実として承認しつつ、Maitland が『究極的倫理的单位』を社団のなかに求め、たしかにそのようにしている、ということは奇妙なことではない。けれども、以下では、ゲノッセンシャフト理論 (Maitland の解釈するところによる) を純粹にその法的含意の観点からのみ、考察しよう。／手始めに、イングランドの Maitland と Dicey、アメリカの Pound、フランスの Achille Mestre と G. Davy——ある程度において Hauriou と Michoud——といった健全な思想家を社団人格の性質に関する、——ゲルマニスト的起源をもつ——以上の見解を (多かれ少なかれ) 誘い込んだ理由はなんであろうか。私が思うに、われわれは哲学における新ヘーゲル学派——イギリスでは Green や Bosanquet のような思想家に率いられている——の優勢という事実を、少なくとも Maitland がかわる限度では考慮外に放置してはならない。加えて、もっとあからさまでもっと実践的理由もある。これらのうちもっとも重みをもつのは、疑いもなく、社団がいかなる『擬制』説によっても置かれた立場の不十分な性質である。擬制説によれば、社団はその行為する権利 their right to act はどんな仕方でも——アメリカ的用語法を借りれば——法的『はぐらかし』に依存していた。」以上は、とくに教会と労働組合をめぐる問題となる。というのは国家がこれらに法人格を与えることはあまりなかったから。これが問題になったのは、訴え訴えられる資格や社団の不法行為をめぐることであった。p. 395-6 はこの間の消息を明らかにする。「以上の変化を理解するには、われわれは Laski が The Foundations of Sovereignty [脚注によれば、初出、Laski, The personality of associations, 29 Harv L Rev 404 (1916), etc.—姫野による挿入] ですぐに見事に切り開いた道をたどればよい。法人格をもたない社団、たとえば教会や労働組合がごく最近に達成した爆発的増大は、行為のための他のあらゆる能力について『団体性 bodiliness』を十分に備えている。著名な Taff Vale 事件 [[1901] AC 426 [H. L.]] は終局的に、イギリス判例法を、労働組合について、人格的能力が備わっているかぎり法人格を承認することに導いた。たしかに、労働組合は社団類似の性質をもちながら、労働争議で起こされた不法行為による訴えから免責される。…とはいえ、これは Trade Disputes Act, 1906 (4 条 1 項) によって与えられた特権にすぎない。合衆国の Clayton Act は部分的免責を与えるが、しかし、その寛大さは一連の判決、ことに Duplex Printing Press Co. [2544 U S 443 (1921)]、

Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell [245 U. S. 229 (1917)], The United Mine Workers v The Coronado Coal Co. [259 US 344 (1922)]の諸事件によって切り詰められている。最後の判決の傍論は、Taff Vale 事件との著しい類似性を示している。合衆国においては、譲歩すべきは立法権であって裁判所ではない。合法的なストライキの最中に引き起こされた不法行為を理由とする、組合の「負うべき」社団としての責任に関する傍論は、合衆国においては今なお妥当である。」

なお、のちにハーバードの歴史学教授を務め、Roosevelt のプレーントラストを皮切りに合衆国の外交政策に深く関与することになる Elliott (1896-1979) の立場について以下のような指摘がある。すなわち、「コーカーやセイバインの折衷論に対して、多元主義論に対する徹底的な批判の典型が、ウィリアム・W・エリオットの議論である。エリオットは、ラスキの主張を中心的な標的としながら多元主義論に対する規範的な批判を展開していった。」早川誠『政治の隘路——多元主義論の20世紀——』68-71頁 (2001)。さらに同書75-9頁。

- (146) Sabbioneti 288-9. われわれは、この傾向を第 2 次大戦後に代表したのは、Max Rheinstein, K. Zweigert, R. David, M. Ancel, Merryman, v. Mehren, R. Schlesinger らばかりでなく、W. Friedmann, J. Stone, O. Kahn-Freund ら英語圏諸国に本拠を置いて活動した人々であった、ととらえる。拙稿(1)100頁(377頁)。
- (147) 田中拓道『貧困と共和国——社会的連帯の誕生』(2006)、重田園江『連帯の哲学 1 フランス社会連帯主義』(2010) 等。
- (148) 福井勇二郎「19世紀に於ける仏国民法学の発達」、同『仏蘭西法学の諸相』83頁 (1943) に以下の記述がある。「ジェニーは、サレイユの没後二年を経た1914年に、第二の著書『実存私法における科学と技術』の第 1 巻を著し、これを『不世出の碩学レイモン・サレイユの懐しき思出』に献げると共に、今は亡き僚友サレイユの英魂に手向けるに、ダンテのヴァーヅルに寄せた次の言葉を以てした。『おん身こそ、わが主わが君わが師なれ』」。これはダンテの神曲の一節である (Kayser, *La vie et l'œuvre de François Géný*, QuF 20, 57 (1991))。Saleilles と Géný の関係については、Kayser を引用しつつ、Aragoneses 32-3 が言及している。もっとも、——上掲の注で言及し、以下の本文で検討するように——Géný が Saleilles の 1890 年論文に「啓示」を見いだしたとしても (Géný, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond Saleilles* 13— Sabbioneti 133 & 322 に引用される)、Saleilles に理論的にも忠実に付き従ったかは別問題である。この点は、すでに Aragoneses 33 が注意を促している。
- (149) Eiffel 21, n. 63 & 25, n. 76.
- (150) Saleilles は Géný の方法論初版が Huber に届けられるように手配 (Pio Caroni, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber* (1855-1911), QuF 40, 283-4 ; Sabbioneti 225, n. 167 & Aragoneses 89) し、他方、Lambert, *Fonction* (1903) は

どういふわけか Gény, *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle* le 8 novembre 1900, at 23, n. 2 に引用され批判される。

Lambert は、わずか11歳年長にすぎない Saleilles と1895年に、concours d'agrégation のおりに最初に出会っている。このとき、Saleilles はディジョンからパリに異動したばかりである。Eiffel 25, n. 76. しかるに、Gény は1899年10月に *Méthode* 初版が刊行されると直ちに、他の人々とともに Lambert にも本書を送っている。Jamin, *FG mythe et réalité*, cit, 8. Lambert は、Saleilles のいわば綱領的論文である *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, RIE 19, at 483 (1890)——これが Gény にとって「啓示」となった点はずでに触れたとおり——等が掲載された RIE 上に、Gény, *Méthode d'interpretation* 初版の書評を掲載している。

Pio Caroni, *Quando Saleilles dialogava* は、以下 *Quando* と略して引用する。

(151) Grossi による解釈は、彼が Giuseppe Capograssi (Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso* 30-1 (2008))——および Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (1937) (Grossi, *L'ordine giuridico medievale* 23, n. 4 (2000))——から借りてきた「法的経験 *esperienza giuridica*」を中心とする法観念——とくに事実性、事物の本性、社会的必要性への適応——と関連している。中世初期の形式法源＝慣習から中世後期の学問化を一貫しているのは、事実性である。Grossi, *Uno storico del diritto* は以下、*Storico* と省略して引用する。

(152) Sabbioneti 69.

(153) Sabbioneti 470, n. 202 は、「共和国の祭司」である「E. Durkheim, *Le suicide*, 1897, p. 436.」[デュルケム (宮島喬訳) 『自殺論』486-7頁 (1985)] の参照を求めつつ、本文のように述べている。Durkheim が第三共和制——科学的共和国——にとってもった意義 (科学・政治・共和国強化の三幅対) については、Sabbioneti xx, n. 31. Aragonese 107 は、後述のように、Sabbioneti の見解に反して、Saleilles が支持したのは Durkheim ではなく G. Tarde のヴィジョンであった、という。

(154) 野田龍一「20世紀フランスにおける財団法草案——立法研究協会での審議」(1)–(3)『福岡大学法学論叢』54巻1号 (2009)、55巻3・4号 (2011)、58巻1号 (2013)；後藤元伸「法人学説の再定位——独仏法人論の再読解とミシュールおよびサレイユの法人論・合有論——」『関西大学法学論集』65巻5号 (2016)。

(155) Aragonese 112 は、Saleilles, *De la personnalité juridique Histoire et théories Vingt-cinq leçons d'introduction* 36 (2ème éd., 1922) を引きつつ、本文のように述べる。

(156) Aragonese 113-5. Aragonese は社団法・財団法よりも、スイス法における相続法 (とくに農村一子相続制度) を重視するように見える。Aragonese 178-186, esp. 185-6. これに対し、Grossi によれば Saleilles は「心中ではコルポラティブな田

- 園的分節を好んだ」し (id., *Absolutismo*, cit, 208)、ことに Caroni は、—— Saleilles の Eugen Huber 宛書簡を参照しつつ——むしろ Saleilles の関心を惹いたのはスイス法の連邦主義的法統一のありかたであった、と述べている。Caroni, *Quando*, cit, 295-6 (2011). 以上の問題については、あとで言及する。
- (157) Aragonese 105-6 ; Ancel, *La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au debut du XXème siècle*, *Festschrift für Ernst Rabel*, Bd. 1, 32 (1954).
- (158) 石崎政一郎「ラムベールの統一法観(1)(2・完)」『法学』5 卷 11 号、12 号 (1936)、石崎「ランベール教授を悼む」『法協』66 卷 2 号 (1948 年 8 月)。
- (159) Eiffel 36-7.
- (160) 拙稿(1)108(369)頁。
- (161) Petit, *Absolutismo*, cit, 130 & 132-3 (1995).
- (162) 拙稿(1)では B. I. T. を「国際労働事務局」と表記していた。だが、ヴェルサイユ条約以前にさかのぼるその起源に照らし、本文のように用語法を改める。
- (163) とくに 1927 年のジュネーヴ世界経済会議 (後出)。拙稿(1)117(360)頁。
- (164) 石川健治『自由と特権の距離:カール・シュミット「制度体保障」論再考』276 頁 (2007) に以下のくだりがある。「制度体の実体が失われても、機能化=関数化のもとで、社会単位の自治を語るができないわけではない。…この点、社会単位の機能的自治を、いち早く要請し、闘争してきたのが、フランスの労働組合であり、サンディカリズムである。」
- (165) Lagrange については Aragonese 50-1, Sabbioneti 182, Newman については Aragonese 49-50, Sabbioneti 174 参照。Manning については Sabbioneti 176 等参照。
- Newman (1801-90) および Manning (1808-92) については、ごく簡単な言及が必要であろう。両者はともに国教会の司祭としてそれぞれのキャリアを開始し、——国教会をカトリックとプロテスタントの中道 *via media* として位置づけようとする——オックスフォード運動にかかわる。ことに 1845 年の Newman のカトリック改宗とともに運動は終焉を迎える。Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty* 113 (1917).
- Newman が社会問題に対して関心を示さなかったのに対して、Manning はどうだったか。Sabbioneti 176 は単に Saleilles が「Lemire の Manning およびアメリカ神学研究」をもフォローしたことを指摘するにとどまる。Manning は、1889 年ロンドン港湾ストライキの仲裁にあたる。他方、社会問題をめぐって、ボルチモア司教 James Gibbons (1834-1921) による、——アイルランド系カトリック労働者を中心に成員を増大しつつあった——アメリカ労働騎士団 (指導者はカトリック Powderly) とパチカンの仲介に協力した。たとえば、J. Ellis, *The Life of James Cardinal*

Gibbons : Archbishop of Baltimore, 1834-1921, vol. 1, 506, 513-4 & 517 (1952).

ちなみに、老齢に達した Manning——“Dignity and the Rights of Labour”によって知られる——に代わり、Gibbons は、1887年に渡欧し、フランスの社会カトリック——Léon Harmel や Albert de Mun——と交流をもち、レオ13世による回勅「レールム・ノヴァルム」を歓迎している。法学者や労働者、企業家だけでなく、キリスト者の間でも、社会問題への対応の面で、大西洋の兩岸、チャネルの兩岸で国際共同体の現実化、制度化が推し進められていたのである。

(166) 大井赤彦「初期ハロルド・ラスキの『多元的国家論』をめぐる再検討」『政治思想研究』12号263頁、269頁 (2012)。Laski, *Authority in the Modern State* (1927) の chap 3 (p. 189-280) は Lammenais にあてられる。

(167) J.-M. Mayeur, *La vie politique*, cit, 152 (1984).

(168) Jones, *French state in Question* 78 ; J.-M. Mayeur, *La vie politique*, cit, 218 (1984).

(169) 高村学人『アソシアシオンへの自由——<共和国>の論理』193-213頁 (2007) は1901年7月アソシアシオン法制定の立役者となった三者、すなわち急進派、デュルクケム派社会学、社会カトリックの言説分析にあてられている。

(170) 「偉大な反抗者 Clemenceau は、『スト破り Clemenceau』となった。その結果、この時代は社会主義者が次第に反対の態度をとり、急進派は中道連合に押しやられるのがみられる。1890年代のモデルへの回帰である。」Jones, cit, 78.

さらに、Jones によれば、Saleilles は Hauriou ととともに、リベラルなカトリック法律家であった。Jones, cit, 184. さらに Frederick Hallis, *Corporate Personality A Study in Jurisprudence* 232-3 (1930) は Saleilles (および L. Michoud) の法人論が Hauriou 理論 (communion en l'idée) に支持を与えるものととらえる。

(171) 小嶋慎司「近代国家の確立と制度体の自由——モーリス・オーリウ『公法原理』第二版における修道会教育規制法律への批判の分析——(1)」『国家学会雑誌』121巻3・4号336頁 (2008) が強調。同『制度と自由——モーリス・オーリウによる修道院教育規制法律批判をめぐる』55頁 (2013) はトーンを弱める。他方、イタリア・ドイツに関しては、大井上掲『政治思想研究』12号261頁以下が指摘している。

(172) Patrice Rolland, *Un Cardinal Vert Raymond Saleilles*, *Revue française d'histoire des idées politiques* 28, 275, n. 12 (2008). Sabbioneti xi, n. 18 によって引用される。

(173) 上山安敏『神話と科学——ヨーロッパ知識社会世紀末~20世紀——』138-142頁 (1984)。cf. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* 219 n 38 & 235 n 93. 平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開(2)」『法学論叢』106巻6号101-9頁 (1980) には、Fuchs の著作と活動が描き出されている。ことに注目されるのは、平野によれば、ユダヤ系出自の彼が『法学的文化闘争』(1912) を著し、さらに Lombardi が説

くところに従えば、「法的モデルニスム」の用語を最初に使用したのも彼である、ということである。フランスに関する詳細はあとに述べる。

ここでは、文化闘争に次いで、1901年アソシアシオン法、1905年政教分離法は、カトリック・ヒエラルキーによって第2の受難と受け止められていた、という事実を指摘するのにとどめる。

- (174) Jones, *French State in Question* 184-5. Esp, 185, n. 22.
- (175) Sabbioneti 141. 両者とも、J. Bonnetcase の命名による。しかるに、古典学派に対置されるのは、法ロマン主義である。なお、Lambert は、すでに1900年に、*l'école des interprètes du Code civil, la méthode des interprètes du Code civil* という用語法を採用している。Lambert, *Une réforme nécessaire des l'études de droit civil*, RIE 1900, at 216.
- (176) Grossi, *Scienza giuridica italiana Un profilo storico 1860-1950*, at 102-4 (2000) 参照。
- (177) Sforza とその「私人たちの法」(後出) をめぐり、小谷真男「親子関係をめぐる国家制定法と〈私人たちの法〉(2・完)」『社会科学研究』47巻6号164頁、170-1頁(1996) は以下のように述べている。「以上の Santi Romano の、とくに〈法秩序の多元性〉という着想に決定的に影響されて提案されたのが、…、W. Cesarini Sforza による〈私人たちの法 il diritto dei privati〉という概念であった。」「〈私人たちの法〉とは『国家法が欠如しているかまたは不十分な場合に、私人たち自身が集団的利益の特定の関係を規制するために創造する法』であり、換言すれば国家によって直接間接に制定されたのではないような何らかの法である。…いずれにせよこの〈私人たちの法〉と国家法秩序の関係は、後者が前者を歴史的に徐々に吸収していくという一方的なものではない。法を相互主観的な関係として把握する立場に立つならば、法は主として〈私人たちの法〉によって生産され続けていくはずのものである。反対に国家の担うべき役割は、法の産出という局面においては限定的周辺的なのであって、むしろ私人たちが各人の権利の保護のためにその関与を要請するとき、すなわち司法的局面において第一のものとなる。…国家は、このような意味で法として承認されるべき事実を法的に承認する役目を果たすにすぎない。『事実がなければ法も生まれない(…)]』このように階層的な法秩序の弁証法的関係を定位することによって、はじめて法の現実性のトータルな概念構成が可能になる、と Cesarini Sforza は主張する。」
- (178) Grossi のいう「相対化」をめぐって、Sabbioneti xiii, n. 22 & 200-9. これらについてはあとに論じる。
- (179) ことわざに「epifania [東方三博士の礼拝の記念日、1月6日] はすべてのお祭りの締めくくり」というものがある。これを踏まえて本文のような表現を用いたのだろうか。
- (180) A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle nos jours* 75-125



(1975) ; Aragoneses 68, n. 11 & 158 ; Sabbioneti x, n. 10 & xx, n 32.

(181) Aragoneses 65.

(182) Sabbioneti xviii. cf. Aragoneses 111 : “el proyecto jurídico científico de Saleilles.”

(183) 同文書館 Huber Fonds. Aragoneses 22, n. 4 参照。以上のほか、フランスの Archivos Nacionales, Facultad de Derecho de París 所蔵の原資料が渉猟されている。Aragoneses 23.

Saleilles の Huber 宛書簡は、同書 p.191-229, Aragoneses, “Au-dela du Code civil mais par le Code civil.” Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado 394-477 (2006)、および id., *Recht im Fin de siècle : Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, at 71-189 (2007) に収録されている。

ドイツ語著書の序文にこう述べられている。「本研究は、もともと、バルセロナ大学における博士号取得課程の枠組みにおける博士論文であった。Carlos Petit 教授——当時はバルセロナ、現在はウエルバ——が Saleilles に関する研究を勧め、指導した。…/彼と Pio Caroni 教授に由来するのが、Raymond Saleilles の書簡を研究するというアイディアであった。Eugen-Huber アーカイブの助力のおかげで、かつ Caroni 教授のおかげで、ベルンの連邦文書館で2回に亙り調査し、また Huber 蔵書を訪問することができた。これらによってはじめて、この仕事は可能になった。…/この仕事は、2000年4月にバルセロナで試問に耐えた。Pio Caroni, …Pablo Salvador Coderch… および Antonio Saerrano Gonzales はこの作品を読み、判断を下した。」 p. vii. けれども、以下にみるように、Caroni は2007年公刊の書物についてはともかく、2009年刊行の書物に対しては批判的な見解を表明している。Caroni, *Quando*, QuF 40, at 277-8, n. 58 (2011).

(184) これらはいずれもスイス民法典編纂に関して Huber 発、または Huber 宛に書かれたものである。これらを利用した先行業績として、Oskar Gauye, *Lettres inédites d'Eugen Huber*, *Zeitschrift für schweizerischen Recht* N. F. Bd. 81, 1962, I, S. 91-120; Id, *François Gény est-il le père de l'article 1er, 2 alinéa, du Code civil suisse?*, *Zeitschrift für schweizerischen Recht* N. F. Bd. 92, 1973, I, S. 271-281 ; *Zeitschrift für schweizerischen Recht* N. F. Bd. 92, 1973, I, S. 271-281 ; *Zeitschrift für schweizerischen Recht* N. F. Bd. 92, 1973, I, S. 271-281 ; Pio Caroni, *Quando*, QuF 40, at 265-302 (2011). 以上については2部構成——同じ冊子のなかでページ付けが異なる——の雑誌が含まれるので、他の個所とは異なる引用法をとった。

(185) Sabbioneti は、このほか、Archives Municipales d'Hazebrouck (Hazebrouck は、Jules Lemire の選挙区の大きな部分を占める——土倉莞爾「アベ・ルミールとフランス・キリスト教民主主義」『関西大学法学論集』64巻2号335-7頁(2014)) 等

各地の文書館に保存された資料を駆使している。Sabbioneti xxxii, n. 71 & 46-7, n. 107. Id, Un cattolico protestante : la crisi della separazione tra Stato e Chiesa nelle lettere inedite di Raymond Saleilles a Louis Birot, 1906-1909 (2005). 後者は未見。これが結果的に Aragonese が提示した Saleilles 像に対する反駁の実証的資料となっていることは、あとに示したい。

- (186) Aragonese 15-6 にはこうある。「しかし、1900年会議および自律科学としての比較法出現において Saleilles によって演じられた役割によって、われわれは、彼の仕事は、實際上、現代的比較法の到達点でも出発点でもなかったということを忘れてはならない。ブルゴーニュ人 [Saleilles] の仕事は、それまで支配的であった比較立法研究との切断を意味している。けれども、この学問はその長い歩みの途上で、完全に科学的となり、かつ、ことに Saleilles がリーガリズム克服の手段として与えた用法となるためには、なお、19世紀法学の多くの遺産を手放さなければならなかった。たとえ比較法の出生証明書に1900年の夏に署名していたとしても、Saleilles は、この科学の時代の大部分を、はるか後の Edouard Lambert と Henri Lévy-Ullmann を除いては、承認しなかった。これら2人の法律家らは、[1900年] 会議後の何十年かにわたり比較法をおこなった。とはいえ、〔彼らは〕体系間の類似と相違に関するもろもろの結論を導き出すことを主目的とし、リーガリズム克服はそれほど大きな目的ではなかった。」

なお、傍線の意味については、(ii)冒頭部分 (10(269)頁注191) を参照。

点線をほどこした部分は、2006年論文では以下のとおりである。「Raymond Saleilles の構成を覆っていた自然法論の残余を剥ぎ取られた」比較法をおこなった。

- (187) 博士論文88頁 (V. 2.)。注191参照。  
 (188) Aragonese 94-111 & 189-190.  
 (189) Aragonese 74-6.  
 (190) 反面、ドイツ語論著 (Recht im Fin de siècle, cit) はその構成を他の2冊とは異にしている。以下それぞれの目次を訳出する。

2006年博士論文：

### III イントロダクション

### IV Raymond Saleilles——「世紀末」のある法律家の生涯の記録

1. イントロダクション
2. 幼年期と青年期——「ブルグンドの地」とパリ
3. 教授としての最初の数年間
4. パリにおける刑法学者 Saleilles
5. 1900-1904年——科学的諸会議と学会

6. 1900年パリ——新しい学問の誕生
7. 不安な法律家たちは組織をもつ——立法研究協会および季刊雑誌 (Revue trimestrielle)
8. Saleilles と世紀末の波乱のパリ
9. 1904-6年——Saleilles と宗教問題
10. 病のなかの Saleilles——魔の山で静養する法律家
11. コーダ——ドイツと Saleilles の悲劇的運命

## V 比較法のための闘い

1. イントロダクション
2. 比較法の父? 現代比較法に照らしてみた、Saleilles および1900年会議
3. Saleilles 的瞬間——比較法誕生の文脈
  - 3.1. 通商関係の国際化に対する法律家の対応
  - 3.2. フランス法学の開放——注釈の危機
  - 3.3. 歴史学派の影響
  - 3.4. 新しい社会諸科学によって提起された挑戦
  - 3.5. 比較立法——比較法 *comparatistica* の前身
  - 3.6. 外的諸要因——外国の法典編纂
  - 3.7. 付論——1900年以前の比較法学のコミュニケーション的支え
4. Raymond Saleilles の比較法学説
  - 4.1. Saleilles と比較法の自律性
  - 4.2. 比較法と比較立法
  - 4.3. 比較法と法の歴史
  - 4.4. 比較方法——社会学と「文明人類共通法」のあいだで
  - 4.5. 「文明人類共通法」の機能
  - 4.6. 「文明人類共通法」と利益法学
  - 4.7. 生ける共通法——比較法と法的進化主義
  - 4.8. 共通法の国際的建設
  - 4.9. Saleilles とドイツ法
  - 4.10. Saleilles とスイス法

## VI Saleilles の比較法の展開

1. 法源問題
2. 法律家といわゆる「社会問題」——労働災害
3. 法人
4. Saleilles と「契約連帯主義」

5. 相続法

VII 結論

2007年ドイツ語論著：

- 第 1 章 19世紀における書簡の交換と学問的コミュニケーション
- 第 2 章 Raymond Saleilles——ベル・エポックの教授の生涯
- 第 3 章 魔の山における法律家
- 第 4 章 刑法学者 Saleilles——その書簡における刑罰の個別化
- 第 5 章 方法はアルプスにいたる
- 第 6 章 1900年パリ——ある新しい学問の展示
- 第 7 章 スイス民法典のための最初の試練——翻訳をめぐる論争
- 第 8 章 Saleilles と宗教問題
- 第 9 章 相続法あるいはアルプスのノスタルジー

2009年スペイン語論著：

イントロダクション 比較法の父？ 百年後からみた Saleilles

- 第 1 章 Raymond Saleilles——「世紀末」の法律家の生涯の概観
  - 1. イントロダクション
  - 2. 幼年期と青年期——「ブルゴーニュの地」とパリ
  - 3. 教授としての最初の数年間
  - 4. パリの刑法教授 Saleilles
  - 5. 1900-4年——科学的諸会議と諸学会
  - 6. 1900年パリ——ある新しい学問の誕生
  - 7. 不安な法律家たちは組織を作る——立法研究協会と季刊誌
  - 8. Saleilles と世紀末の騒乱のパリ
  - 9. Saleilles とモデルニスム
  - 10. 政教分離をめぐるポレーミク
  - 11. 病を得た Saleilles——魔の山で静養する法律家
  - 12. コーダ——ドイツと Saleilles の悲劇的運命

第 2 章 「その固有の対象、その法則、および方法を備えた独立状態にある一科学」  
——Raymond Saleilles による比較法の理論化

- 1. Saleilles の瞬間
- 2. 法的絶対主義の危機？ 世紀末における方法論的転換

3. 法の歴史学派の貢献
4. 新しい社会諸科学の挑戦
5. 比較法 *comparatistica* の前身としての比較立法
6. 方法論の転換への刺激としての新しい諸法典
7. 比較法の自律性のための闘い
8. 比較法と法の歴史のあいだの困難な境界設定
9. 比較方法——歴史、社会学、および「文明人類共通法」
10. 「文明人類共通法」の機能
11. 「文明人類共通法」と利益法学
12. 比較法と法統一
13. 結論として——比較法と法的進化主義

### 第3章 「民法典を越えて、しかし民法典によって」——Saleilles 的比較法の展開

1. 法源
  - a) 「それほど法典化されていない法典」——Saleilles のリーガリズム批判
  - b) 慣習
  - c) 結論——脱法典化の時代における法律家の法
2. 債務法の二重の生涯
  - a) 債務に関する客観理論構成の意図——『債務論』
  - b) Saleilles による附合契約承認・命名
  - c) 労働契約と団体交渉
  - d) 意思の回帰——『意思表示論』
3. 主観的責任の危機——労働災害
4. 法人
  - a) Saleilles と法人のための闘い
  - b) 法人論——歴史と比較法とのあいだで
  - c) 理論から実務へ——財団の擁護
5. 相続法

結論 脱法典化の時代における法的モデルニスム

(191) 博士論文 (<http://www.tdx.cat/handle/10803/7677> から入手可能) の本来であれば該当していたはずの部分<sup>1</sup>を以下注記する。

注記は、「博士論文144-5頁 (V. 4.4.)」という形で示される。括弧内は、「V章比較法のための闘い」中の「4.4. 比較方法——社会学と『文明人類共通法』のあいだで」を示している。これに対し、博士論文のページ数は、正確にはわからない。とい

うのは、プリントアウトできるテキストにはページ数記載がないからである。そこで次善の策として、アドビ・リーダーの「x/519」の「x」をページ数とみなすことにする。

- (192) ここで、Aragoneses は、——注釈学派の「法古典主義」に対応する——「法ロマン主義」というラベル貼りをおこなった、Bonnetcase, *Science du Droit et romantisme Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle* (1928) を引いている。
- (193) 博士論文100頁 (V. 3.4.)。
- (194) これは、Saleilles, *Les Rapports du droit et de la sociologie*, RIE 48, at 430 (1904) の一節である。
- (195) Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, at 733 (2000) ; id., *Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited*, 50 *American Journal of Comparative Law* 701 (2002)。以下、*Revue internationale* は RIDC と、*American Journal* は AJCL と、それぞれ省略して引用する。
- (196) Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, *Bulletin de la Société de Législation comparée* 29, 397 (1899-1900)。サレイユ (大木雅夫訳) 「比較法の概念及び対象」『立教法学』2号129-156頁 (1961)。
- (197) 博士論文144-5頁 (V. 4.4.)
- (198) 博士論文138頁 (V. 4.3.)。
- (199) これに直接に接続して言う。「この方法は、二重の比較の作業に解消される。すなわち垂直的比較 (歴史) と水平的比較 (比較法) である。比較法の研究は、法的方法の一構成部分としての歴史を信じる法律家にとっては、何か当然のものであった。」同じ節のあとのほうで、こう述べる (Aragoneses 93)。「歴史とか歴史的方法について語るとき、Saleilles は、——われわれがこんにち口ににする——歴史記述とか歴史的方法について語っていない。この当時、そして社会諸科学に適用され、歴史的方法は、注釈に対置される現存の唯一のもの [手段] をなしていた。こうして、以上の趣旨をいうつもりで、Saleilles は1904年に書いている。／『歴史的方法は、優れて科学的方法である。あらゆる主観的要素を免れ、この方法は事実と現実とにひたすら執着し、これらを分類し、そこからこれらが形作る一般的諸法則を導き出す。この方法は、法を生活との適応にもたらすほかに目的をもたないのである』(注85)。／法に適用されるとき、歴史的方法は、実定法をその過去にだけ近づけるのではなく、現在の生活、社会的現実近づけるのである。だから、この歴史的方法は、歴史記述というよりむしろ、社会学の用具であった。これとは対照的に、——Saleilles が直面した——伝統的ないしはリーガリスト的法学方法は、法律をいくつかの抽象的合理的原則に関係づけ、現実から遠ざかっていた。／Saleilles によれば、法は不断に進化する

生き生きとした実体 *una materia viva* である。歴史的方法により、Saleilles は、単に過去におけるばかりでなく現在における、法と社会との進化を支配する諸法則を決定することができる。ここで銘記すべきは、Saleilles が『近隣諸国民間の社会進化と同化の諸潮流の影響とを支配する諸法則の同一性』(注86)を信じていたことである。もし社会進化を特徴づける諸法則が同一であるならば、歴史的方法はどんな秩序の研究にも適用できよう。」

(注85) Saleilles, *Code Civil et la méthode historique, Le Code Civil 1804-1904* Livre du Centenaire, tom 1, at 99 (1904).

(注86) Saleilles, *Conception et objet*, at 385 (1899-1900). 上記大木訳参照。

(200) Aragoneses は、以上の一節で Saleilles の歴史的方法を歴史主義に引き寄せつつ、歴史主義の本質的要素——個性、一回性——から離れてしまっている。この点についてはあとで触れる。

なお、Aragoneses 103-4 のつぎの一節に、どのようにして比較法が自然法と結びつき始めたか、が集約的に描き出されている。「比較立法は、——フランスにおいて外国法の法律テキストを知る、という目的 *finalidad* をもっていたが——異なった起源をもつ法律のテキスト的比較に甘んじていた。Saleilles が比較法に導入した目的論的要素 *el elemento teleológico* により、Saleilles は法研究のなかに歴史と社会学とを導入することを可能にした。以上のことは些細なことではなかった。というのは、このような目的 *objeto* のゆえに、法をリーガリズムから遠ざけるとともに、社会的現実および社会進化に関するいくつかの自然法的原則に近づけたからである。『文明人類共通法』は、比較法の動力源として作用した。フランスの『法ロマン主義』の改革主義的熱意が向けられたのは、この理想的法に対してであった。」

(201) 博士論文140頁 (V. 4.3.)。

(202) 博士論文140頁 (V. 4.4.)。

本文に述べたように、Aragoneses は比較法を自然法、歴史主義に引き寄せながら、同時に「社会学」(Comte 的含意をもち、それゆえにカトリックにとって受け入れがたい)についても明示的に言及している。これはことに、Saleilles, *Conception et objet* (上記のとおり大木雅夫訳『立教法学』2号(1961)参照)に言及するさいに明らかになる。

たとえば、Aragoneses 100 はこうである。「Saleilles 的比較法は、その一見したところみえ、かつしばしば言及された自律性にもかかわらず、その職能を果たしうするためには、社会学的知識に依存していた。／規範性とか実定規定性といった基準は、Saleilles にとって比較法にたいする法社会学の違いを決定するには役立たなかった。なぜなら、比較法は、現在の法から出発しながら、理想的法を研究していたからである。」

(203) Aragoneses 120. 博士論文209-210頁 (VI. 1.)。

(204) Aragoneses は Saleilles, *Introduction à l'études du droit privé allemand A propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch* entreprisé par le Comité de législation étrangère *Mélanges de droit comparé*, 1, p. 70 (1904) を引いたあと、いう。「慣習は、それゆえ、集団 *colectividad* の自らへの附合により基礎づけられる。以上は、慣習はすべての場合に法源としてとらえることができるわけではないことを示している。というのは、このことは、集団によって創造されたという事実だけがあるような、不正などな慣習規範の妥当性をも承認することを意味するだろうから」(p. 128)。「Saleilles によって形成されたシステムのなかでは、それゆえ、慣習規範の妥当性は、集団の附合の立証にかかっていた。けれども、どのようにしてこの集合感情を決定するのか。Zitelmann を含む他の著者と異なり、Saleilles がこの役割を与えるのは裁判官と裁判所に対してである。…Saleilles が主張したのは、法の基本的源泉としての慣習である。けれども、判例によりフィルターをかけられ、形成された慣習である」(p. 128-9)。

(205) 注199参照。

(206) Saleilles, “Les Rapports du droit et de la sociologie”, *RIE*, cit, 422 (1904). Aragoneses 95, n. 90.

(207) Saleilles, *Conception et objet*, cit, 386. Aragoneses 95, n. 91.

(208) Saleilles, *Conception et objet*, cit, 386. Aragoneses 95, n. 92.

(209) Aragoneses 110. Jhering, *Geist des römischen Rechts* 1. Teil, 15 (1955). *Landesjurisprudenz* の部分の直後の部分である。Aragoneses はこう続く。「Jhering は、法を不断の進化にある実体としてとらえた。この実体はさまざまな社会的諸利益のあいだの闘いから生まれた。これは比較法に関する Saleilles のヴィジョンでもあった。」cf. Haferkamp, *Dogmatisierungsprozesse im „heutigen Römischen Recht des 19. Jahrhunderts“*, G. Essen & N. Jansen, eds, *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion* 268-9 (2011) によれば、「Puchta は、1841年に綱領的に述べている。『われわれは字句から自由になり、精神によって刺し貫かれなければならない』、と。ローマ法の『精神』においても、現代ローマ法が探求される。』Puchta にとって根本的であったのは、ローマ法は『文明諸国民の普遍法 *allgemeine Recht der civilisierten Nationen*』である、という観念であり、したがって『これ [ローマ法] に以上の一般的意義が与えられてきた、ということをとくにこれ [ローマ法] について強調しなければならない。』注292参照。

さて、反面、Aragoneses の主張に従うと、ここには隠された政治的底意があった(p. 121-6)。p. 121-2によると、「世紀末の法律家エリートたち」の「目的は、明らかに、立法者の強大な権限をご破算にし、したがって民主的に選挙された議会の権限を低下させることである。これは、法の創造力を判例と学説とに、すなわち彼ら自身へと委譲する [ことにより果たされる。]」p. 123 によると、「Saleilles の主張によれば、



- 法律は共同生活の基本的な諸側面を規律するいくつかの——民事、刑事、商事に関する——基本法典へと縮減される。この法律の展開と社会変化への適応とは、裁判官、すなわち法の真の専門家の中にある。この法は、慣習および科学学説を含む。… Saleilles にとって、裁判官と裁判所は歴史的方法ないしは比較方法についてよりしつかりした認識をもつことが必要なのである。」
- (210) Tarde, *Les transformations du droit, Etude sociologique* (1893).
- (211) 博士論文によれば、「Saleilles の *ナイーヴな*キリスト教理想主義」。傍点は原文ではイタリック。
- (212) 「法的現実」はどうだろうか。この観念がとりわけ問題となるのは、Saleilles, *De la personnalité juridique* で提起し Génésy の注目するところとなった、「法的承認の刻印 *frappe juridique*」をめぐってである。あとで触れる。
- (213) 上記注199にすでに引いたところと同一である。(Saleilles, *Le Code civil et la methode historique* 99.)
- (214) Saleilles, *Méthode historique et codification, Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, vol. 9, 11 (1904).
- (215) Aragonese 120は、Grossi, *Absolutismo* 中、綱領的論文となる1991年講演(スペイン語版)を引いている。
- (216) 以上の脚注に照応する Sabbioneti の本文における記述は以下のとおりである。「この意味で、われわれは、Saleilles は自由主義的体系を維持したとはいえ、これを二重のもの——自由の私法と連帯の私法を同時に構想することによって——にしたとすることができる。この点においてこそ、歴史的方法と改革の精神 *esprit de réforme* [、いかえれば] 方法論的歴史主義と立法改革とがアンガジェした法律家の手中で同盟関係を取り結び、——政治的民主主義から社会民主主義への移行を可能にし、実現するための——法=技術的前提である、あの連帯の私法の方向へと少し向かうモデルを作成するための決定的用具となる。」
- (217) Saleilles の法観念一般等を扱う Aragonese 第3章でもこの問題は引き継がれている。これについては以下の本文で示したい。
- (218) アントーニ (讚井鉄男訳)『歴史主義から社会学へ』67頁 (1958)。原著1940年刊。アントーニ自身はこの動きを歴史の類型学的社会学への転落ととらえる。  
ところで、ドイツにおける「『無制限な』歴史主義」(アントーニ)とフランス、イタリアにおける「モデルニスム」——Alfred Loisy らによって担われた——とのあいだには並行性がみられる (cf. Sabbioneti 182——Delitzsch, *Babel und Bibel*; Harnack, *Das Wesen des Christentums*; König, *Die Gottesfrage und der Ursprung des alten Testaments* を挙げる)。両者ともに、文献批判によって、極限的には、教義——超自然的事実を本質的内容とする——を根拠づけるはずの聖典を単なる「歴史的文書」に変えてしまう。あとでみるように、Troeltsch はモデルニスム (同書の表現

に従えば「近代主義」)と接触を保っている。さしあたり同書66-7頁参照。「ティレル」「ロイジー」は、それぞれ G. Tyrrell, A. Loisy をさすと思われる。

(219) 注202参照。

(220) 徳永恂『社会哲学の復権』298-9頁 (1996) はこう述べる。「しかしトルチに始まるこの動きはその後さらに二つの方向に分れて行く。一つはディルタイからロータッセルに至る『生の哲学』系の流れであり、一つはルカーチ、マンハイム等の社会学的と通常呼ばれる系統である。前者は『生の事実性』に絶対性を求め、後者は何らかの意味での、社会的場面での『全体的認識』の獲得に、歴史主義克服の拠点を見出している。」

(221) Lerminier, L'hébraïsme et le christianisme, *Revue des deux mondes* 16 (1846) に依りつつ、Kresin, *The Conceptual Foundations of Comparative Jurisprudence: The Contributions of J. L. E. Lerminier*, 7 *J. Comp. L.* 19-20 (2012). 以下、Kresin, Lerminier と省略して引用。より公平に思われるのは、Arnaud, cit, 64-9 の記述である (後述)。

(222) cf. Sabbioneti xxix-xxx: 「個人主義と集産主義の [連帯主義的] 妥協」。

(223) それゆえ Sabbioneti は、Stammler の示唆とともに、自然過程の決定論を意識の自由と調和させようとした Alfred Fouillée (Arnaud, cit, 62-3) の有機体的示唆が Saleilles に対して与えた影響を挙げている。Id., 109, n. 91. Fouillée とその「観念力」論への直接的言及は、Sabbioneti によれば、Saleilles, *Les rapports du droit et de la sociologie*, *RIE* 48, 427 (1904) にみいだされる。Id 112, n. 99.

Fouillée の思想については、とくにウィリアム・ローグ (南充彦ら訳) 『フランス自由主義の展開1870～1914』209-243頁 (1998) に詳しい。ローグによると、自由と決定論、観念論と唯物論 (広く実証主義)、個人主義と社会主義といった一連の矛盾の総合への志向性 (218頁以下) が彼を他の論者から分かち特質である。とくに自由至上主義と集産主義の極論の排除、および個人と社会の中間地点としての「連帯という観念力」を起点として、社会を「集団の内での個人の有機的かつ意志的な連帯」(227頁) ととらえ、比例代表制をはじめとする、さまざまな改革プログラムを提示した (224頁以下)。

以上の方向性は、Troeltsch の現代的文化「総合」でも共有されていたであろうことは以上に述べたとおりである。

(224) Sabbioneti 136.

(225) Saleilles, *Lettre à M. P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, *Cahier annexe formant post-scriptum à la troisième série des "Libres Entretiens sur la réforme des institutions judiciaires. 1907, Union pour la vérité Correspondance mensuelle" 12*. これを承け、Sabbioneti, cit, 152, n. 26 は Grossi, *Assolutismo*, cit, 222 を引証する。後掲注279参照。

(226) Sabbioneti 233 & 262-3. さらに、Sabbioneti 136.

(227) Sabbioneti 232-3.

(228) Saleilles, *Lettre Desjardins*, cit, 23.

(229) Saleilles, *Conception et objet*, cit, 395.

(230) Saleilles, *Le droit commercial comparé Contribution a l'étude des méthodes juridiques A propos d'un Livre de M. A. Sraffa*, *Annales du droit commercial français : étranger et international* 219 (1891).

(231) Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX* (17 gennaio 1991 Barcellona) ; id, *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 6. Mai 1991 (1992) ; id, *Legal Absolutism and Private Law in the XIX Century*, A. Pizzorusso, ed., *Italian Studies in Law A Review of Legal Problems*, vol. II, 3-15 (1994) ; Grossi, *Storico*, cit, 94-106 (2008).

*Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert* については、同名の論文が C. Peterson, ed., *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit Beitrag zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, at 37-48 (1993) に収められている。大体において同じものである。以下伊語版に従う。

(232) C. W. Sforza の概念。上掲小谷論文(注177) 参照。

(233) 「事物の本性」に「社会的」という形容詞が付されている点については、解説が必要であろう (J. Rückert, *Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz" – eine Geschichte voller Legenden*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. Bd. 125*, at 205 (2008) [「客観的」な「実定的」事物の本性])。

この概念は Radbruch によれば、ギリシア思想 (physei dikaion) からキケロを経て *Corpus iuris civilis* に結実し、さらに Thomas von Aquino に引き継がれた (id., *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, *Festschrift zu Ehren von Prof. Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres* 157 (1948))。Radbruch によれば、社会法と事物の本性はともかく(注245参照)、自然法と事物の本性は区別すべきである (Heinrich Marx, *Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten Johann Stephan Pütter und Justus Friedrich Runde*, cit, 79-80 (1967))。Radbruch は、Montesquieu の『法の精神』について以下のように述べている (Radbruch, *Die Natur der Sache*, cit, 168-9 (1948))。『法の精神』第1章は以下の言葉で始まる。『法律とは、その最も広い意味では、事物の本性に由来する必然的な諸関係である。』[モンテスキュー (野田良之ほか訳) 『法の精神』上巻39頁 (岩波文庫、1989)] そしてすでに序文でこう述べている。『私は、自分の諸原理を自分の偏見から導き出したのでは全くなく、事物の本性から導き出した』[岩波文庫版上巻34頁]、と。こうして、反対の見解

も明らかになる。つまり偏見は人間に不可避免的に生来的な思弁的考え、理性と人間の本性との同一視——ここから、理性法としての自然法は出発する——である。Montesquieu は、こうして事物の本性を人間的本性から引き出された合理的自然法から区別する。／法律 *Rechtsgesetz* は、可能なかぎり自然法則 *Naturgesetzen* に近づけておかれる (第 1 巻第 1 章)。自然的存在として、人間もまた自然法則に服する。…しかし、人間的理性は完全に準備された、一般妥当性をもった法的真実の武器庫ではなく、むしろ形式的資産にすぎない。あらゆる国民的秩序は、人間理性にとって特殊な適用事例であり、各国民にとってはその帰結はさまざまである。つまり、『それらの法律は、その作られた目的たる人民に固有のものであるべきで、一国民の法律が他国民にも適合しようというようなことは全くの偶然であるというほどでなければならない』[岩波文庫版上巻48頁 (第 1 部第 1 編第 3 章)]、と。」Montesquieu は、こうして、個々の事物、つまり事物の本性が依拠する諸事実を数える。ここには、自然的、社会的、国家的=法的諸事実が含まれる。理性法とは正反対に、事物の本性はこれほどに保守的に作用するのである。

Kresin はおそらく以上の含意を込めつつ述べている。「Montesquieu は借用を鋭く非難した。法律は『その作られた目的たる人民に固有のものであるべきで、一国民の法律が他国民にも適合しようというようなことは全くの偶然であるというほどでなければならない』[岩波文庫上巻48頁——上掲箇所]。」そして「Montesquieu の諸理念にもとづき、Johan S. Pütter (1725-1807) は、諸民族と諸時代に応じて、実定法は相違をもつ、という理念を形成した。Pütter の追隨者たち——G. Hugo, J. G. H. Feder, J. D. Michaelis ら——は、「一般民法」学とか「実定法の哲学」を創造しようとし、法の国民性と有機的展開という理念を展開した。」Id, *Social Law Doctrine and the Genesis of Procedural Comparative Jurisprudence*, 7 *Journal of Comparative Law* 34, 47 (2015).

Kresin は続ける。哲学ではなく、法経験的研究を通じた「国民法の実質化は、同時に完成した。ゲッティンゲンの学者 Pütter, A. F. Schott, J. F. Runde, J. F. Reitemeir, C. G. Biener は、法の科学、教育、そして実務のもろもろの要件を定式化した。ドイツ法を純化し、ドイツ法からローマ法を放逐し、過去の過ちを正すために、である。」Kresin, *cit.*, 51.

Marx は Kroeschell の指導下にかかれた上掲ディセルタツィオン (注144参照) で以下のように述べる。Montesquieu の『法の精神』(1748年11月刊)に先立ち同年夏に刊行された Pütter, *Elementa juris Germanici* およびそれ以後に刊行された著作では、上記の諸事実 (所与) に法が依存するという Montesquieu のテーゼを祖述し、[事物の本性について]「法源」と明示的に規定することを回避するのに対し、Pütter, Feder を承けた Runde は、事物の本性を相対的かつ仮定的自然法 (Stammeler の「内容可変自然法」を想起せよ) の構成部分ととらえ、端的に法源と呼んでい

る (cit., 112-7)。

なお、F. Adickes, Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts I Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht 14-5 (1872) 参照。これによれば、「まさに法源論についてこそ、そこには多くの普遍的要素が含まれているのだから、さまざまな国民における法の一般的発展の比較の利用がことに有益なのである。」Kohler, Über die Interpretation, cit, 37-8 は事物の本性への言及を避ける点で Adickes ほど直接的ではない。「法律がその向上に資するべき文化的利益を知るための際立った手段のひとつは、法の歴史が、とくに自国だけでなく他国の歴史が、提供する。同様に、とりわけ比較法が法律解釈のもっとも力強い梃子をもたらす。他の文化諸国民の歴史がわれわれに示すのは、彼らの類似の必要性がどのようにして生じ、立法によって適応されたか、である。法律の実務的適用が [どのように] 新しい問題を提起し、どのように一方では解釈がこの問題を満足に、他方では不満足に解決したか、である。」

Gény が nature des choses positives を構想するとき、手がかりを与えたのは、同時時代のたとえば Adickes, Studien ... Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht, cit, 15-9 & 67 (1872) [強調引用者]——「法律および慣習において与えられた実定法」と並び、「事物の本性から演繹され」、「関係者の法的確信のなかに生き、とはいえまだ外的に際立ってはいない法」(p. 67) に言及する——やそこで検討される Savigny や Puchta, H. Thöl や L. Goldschmidt ではない。むしろ上記のラント等族の代弁者 Runde である。Gény, Méthode d'interpretation et sources en droit prive positif Essai critique 468, n. 4 (1899) ; Id., Méthode d'interpretation et sources en droit prive positif Essai critique, tom II, at 88, n. 1 (1919) (No. 159). Adickes 著——以下の本文で Grossi が引用する——のイタリックは引用者のものである。Gény の実定的事物の本性さえも、Lambert によって批判を受けることになる。Petit, Eiffel, cit, 9.

Gény 著については、以下単に Méthode と省略して引用する。校正段階までに、Mohnhaupt による多くの示唆的論文に接した。ここでは、Id, Vergleichung in Zeitalter des Naturrechts der Aufklärung als Erkenntnismethode, M. Armgardt et al eds., Naturrecht in Antike und früher Neuzeit Symposion aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig 105-110 (2014) を参照するのにとどめる。これによると、Gottfried Achenwall にとって、「自然法はもはや問題にならなかったが、——『一部は実験または探求により、一部は観察または知覚によりえられる』——『政治的発見をでき』、『自己の経験』を集めるべき、『理性の一般市民法』が問題となった。」Cit 110.

- (234) manichaeisticamente ; manichäisch; following Manichaeus.
- (235) Grossi 執筆のころ、P. Rémy により、力強く熱烈な「注釈への賛辞」*éloge de l'exégèse* がものされている。Rémy にとって、Bonnetcase 以来ありふれた一節となったように思われたものとは異なるイメージを与える、というはつきりした意思をもつとはいえ、私にはこう思われる。すなわち、注釈に対して、すっかり転倒したヴィジョン——しかし [その実] 油絵風 [「厚化粧を重ねて」程度の意味か] かつ人為的なヴィジョン——を与えようと公にされたのである、と。というのは、これら法律家の根本的文化的選択を見逃しているからである。
- ここでは、J. Bonnetcase, *L'école de l'exégèse en droit civil Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants* (2ème éd., 1924) が引かれている。
- (236) 本項は、英訳版にもない。が、本文に述べたとおり、便宜上必要と思われるのでとくに立てた。
- (237) *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* (Grünhuts Zeitschrift), 13, at 1 (1886).
- (238) Kohler, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*, *JheringsJb* Bd. 25, 262 (1867).
- (239) 英語版はこうである。“from ... formation ... to the life of the law in space and time, *i.e.* in its enforcement.”
- (240) 2分冊となるのは、正確を期すれば、1919年の第2版である。1899年の初版は、1巻からなっていた。
- 本文直後に出てくる、“examen de conscience”は、*Méthode* 5 (1899) ; *Méthode*, tom I, 5 (No. 3) の表現である。
- (241) 通作ミサ曲のひとつ、*Gloria in excelsis Deo* をさすか、と思われる。
- (242) Gény, *Méthode* 580 (1899) ; *Méthode*, tom II, 221 (1919) (No. 183).
- (243) J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1908).
- (244) Gény, *Méthode* 6-7 (1899) ; *Méthode*, tom I, 7 (1919) (No. 3).
- (245) *Méthode* 469, n. 4 (1899) ; *Méthode*, tom. II, 88, n. 4 (No. 159). Windscheid, *Lehrbuch der Pandektenrechts* 1. Bd, §23, Anm. 1 (9. Aufl. 1906). 「以上に述べた(法律類推)に反して、これを法の類推と呼ぶ。最近では、ふたたび F. Adickes が *Zur Lehre von den Rechtsquellen* (1872) S. 8 fg. S. 67 fg. でこう述べている。つまり、裁判官は他の法源が欠けるときは『主観的理性 *subjectiven Vernunft*』から創造すべきである、というのである。そして、この主観的理性をまさしく法源と呼ぶ。そのための根拠づけとして引き合いに出される主張はこうである (S. 10)。すなわち、このことは『一般理性 *allgemeinen Vernunft*』に従えば、『自然法則 *Naturgesetz*』である、という主張である。しかし、Adickes は付け加えている。すなわち、裁判

官はその主観的理性を自由に行使できず、むしろ『実際上与えられる要素 *thatsächlich gegebenen Elemente*] を顧慮しなければならない、と。Adickes は [これを] 『事物の本性』による判断と名づけ、『とはいえ、非難されるべきものがある einem “*allerdings etwas verschrieenen*”』——そして [これは現に] 非難されている表現であるが、[この非難は] 不当とは言えない *und nicht mit Unrecht verschrieenen Ausdruck*——というところに立ち戻っている。…』

歴史学派から——実証主義の代表者と目されてきた——Bergbohm にいたる時期の叙述は、Radbruch が与えている。彼によると、事物の本性と自然法的思考形式とは混同してはならない (Radbruch, *Die Natur der Sache*, cit, 158-9 (1948))。『事物の本性と自然法とははるかに対立物なのである。自然法は、人間の本性から、つまり理性から引き出され、あらゆる時代と国民とについて同一の法を基礎づけることを要求する。ところが、事物の本性は、歴史のおよび国民的法形成の多様性に由来する。だから、事物の本性は歴史的、国民的、保守的な法思考を基礎づけるのに役立つことに、ことのほか適している。だから歴史学派が、その自然法に対する敵対的態度にかかわらず、事物の本性を好んで用いたことは理解しやすい。…歴史学派が実証主義へと縮減し、法的安定性を危険にさらすことへの懸念により著しく支配されたときにはじめて、事物の本性と自然法は、同一の非難を受けるにいたった。Windscheid は事物の本性を『不当ならずも非難された表現』と呼び、自然法の異端の大審問官 Bergbohm は、事物の本性にまで彼の排斥判決を拡大することができた。つまり、『いまなお』——と彼は嘲笑する——『事物の本性から未存在の法規範を無理やり引き出すとする』、と。しかるに、同時期に、Dernburg は事物の本性の概念と課題とについて古典的な表現を残している。つまり、『生活関係はたとえ多かれ少なかれ発展しているとしても、その基準と秩序をそのうちにもっている。事物に内在するこの秩序は、事物の本性と呼ばれる。実定法規が欠けると、またはこれが不十分であったり不明瞭であったりするとき、思慮ある法学者 Jurist はここに立ち戻らなければならない。…』、と。』

Bergbohm の主張については、Schröder, *Gab es, Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit*, cit, 579 [初出2005——ページ数は、2010年論集 *Rechtswissenschaft in der Neuzeit* につけられた、原論文のもの] が、Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1872), S. 384, Anm. 10 を参照しつつ、異なった見解を提示している。

さて、Radbruch は続ける。「法の転換——個人主義的法から社会法への転換——のこの段階の (1933年以後ようやくくのではない) まっただなかにわれわれはある。この転換の駆動力は、事物の本性である。／…法の素材の領域における新しい形成は、ますます、その形式と矛盾しつつあった」(p. 174)。

論争当事者のひとりの手になる、H. Jsay, *Rechtsnorm und Entscheidung* 78-82, esp. 80, n. 136 (1929) は、批判的論者として、Windscheid らを挙げ、しかるに好意

的な論者として、Gény や H. Reichel [Gesetz und Richterspruch, cit, 105ff. (1915)] らを挙げている。Adickes と Windscheid の対立は、以上の文脈のなかではじめて理解される。A. L. Reyscher までの展開は、Marx, Die juristische Methode, cit, 117-125 に詳しい。これによると、「事物の本性」は Pütter や Runde の当時からは意味変化を遂げていたとはいえ、「現実の所与への自然的適応の帰結」として承認されていた。さらに J. Schröder, Rcht als Wissenschaft Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933) 265-8 & 276 (2. Aufl., 2012) ; Id, Rcht als Wissenschaft Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850) 261-4 & 270 (2001) 参照。Schröder 著は以下ではそれぞれ Schröder, Recht als Wissenschaft (2. Aufl., 2012) ; Schröder, Recht als Wissenschaft (2001) と省略して引用する。

(246) 観念力は A. Fouillée の概念である。注223参照。

(247) Cimbali, Lo studio del diritto civile negli Stati Moderni, id., Studi di dottrina e giurisprudenza civile 31 (1889). Grossi がいうとおり、本論文は、王立ローマ大学における1881年1月25日講義として公表された。この論文を含む上掲書は、2016年11月現在、Google ブックスで入手できる。

本文の「このとき」の一節の直前はこうである。「法律が出現する瞬間において、その事情——そのなかで諸理念が生き、支配する——大半の事例では個々の規定を単に適用するので十分である。…しかし、その後一定の時間において、——法律がそのなかで生まれたところの——諸事情、諸条件、環境はゆっくりとしてはいても、次第に変更をこうむる。つまり法律は、その間にもつねに支配し、これら変更を制御しなければならない。それら規範およびそれらの存在と運動の基準を構成することによって、である。」

直後の一節はこうである。「ここからつぎの必要性が [生まれる]。すなわち、法律の個々の諸規定の作用——最初はばらばらであり、あまり決まっていない——が、新しい外的諸要素を前にし、かつこれと接触をもちつつ、より統合しよりよく規定されはじめる。法律の個々の諸規定のなかに含まれた分子的諸力の、より活発かつ効果的な相互作用を通じて、そしてそれら諸力の運動における、より調和的な配置を通じて、である。」

(248) 前注の「通じて、である」部分を直接に受ける部分はこうである。「このようにして、——最初は潜在的な——発展と放出を受け、法律のよりよく統合され、特定されたこの部分により、法律と変容した社会諸関係のあいだの、初めは失われたようにみえた均衡が再確立される。こうして、法律の漸次的な進歩的進化を通じて、…ここから、法律は一定の漸次的変容を経験するとはいえ、しかし、法律が——すでに説明したその貴重な諸力にまで高められ——もはや自らの力では周囲を取り巻く社会生活の作用と運動を生き、かつ支配するための諸要素をもたないとき、この変容は歩



みを止めてしまう。…／法律はこのとき、法律であり続けることはなく、その場所を他の——変化した社会諸条件により適合的であり、より適応した——法律へとゆずる。この諸条件は、実効的な人間の自由に対して生き生きとした必要性としていやおうなく課せられる。／以上が諸力の動的中枢としての法律の生命と作用であるから、解釈者——不断の変化にある生活と活動の用具かつ規制者——の職務を決めることは、一見したところそうみえるものよりもはるかに容易なことを実現する [ことである]。] Cimbali, cit, 31-2 (1889).

(249) Jean Cruet, cit. (supra n. 243).

(250) Méthode 584 (1899) ; Méthode, tom II, 225 (1919) (No. 185). この節は、Saleilles 序文に指摘されているように (Méthode xiii (1899) ; Méthode, tom I, xxv (1919))、「民法典によって、しかし民法典を越えて」という標語で締めくくられる。Saleilles 序文はこうである。「私は、おそらく、表現をひっくり返すような人々の一員である。すなわち『民法典を越えて、しかし民法典によって!』」このスローガンについては、上記注140・本文3(276)頁注139参照。

(251) 「法学者 *jurisconsulte*」「法律家 *juriste*」の概念をめぐるのは、さしあたり北村一郎『『テミス』と法学校——19世紀フランスにおける研究と教育との対立(2・完)』『法協』133巻7号962-958頁(2016)。

(252) Grossi, *Absolutismo*, cit, 127 n. ; Petit, *Absolutismo*, cit, 125.

(253) Petit, *Absolutismo* 125 によればこうである。「スイスの Hans Reichel は1915年に書いている。『現代の法学における運動は、反動の運動、闘争の運動、防衛の運動である。この運動を特徴づけるのは、ある政治システムに対する、かつこのシステムに結びついた、ある法的教義——19世紀を支配していた——に対する抵抗である。このシステムはいわゆる法律絶対主義 *der sogenannte Gestzesabsolutismus* であり、国家による専横的財産出にもとづいている。しかし、このシステムの法的対応物は法典化の原則またはリーガリズム・ドグマ *Allgesetzlichkeitsdogma*、いかえれば無欠缺の法律の完全な支配と完全な自足性の教説である』、と。絶対主義として理解されるのは、憲法に従って国家から流出する一般かつ平等な法律の勝利である。これは厳密に法律的な絶対主義である。というのは、これは裁判官に対して直接に拘束力を及ぼすからである。Reichel の仕事は、その題目において、反対の極に立つことを明らかにしている。…『個人の自由はここでは興味を引かない。むしろわれわれが問うのは裁判官の自由はどうであるか、である。この自由にとって一般庶民の自由主義は憤ましやかな注目さえも受けない』と。」強調は原文のものである。

(254) Reichel, *Gesetz und Richterspruch* 7 (1915).

(255) Rodolfo Sacco は、その指導した Gianmaria Ajani による博士論文への序文において、つぎのように述べている。すなわち、「社会主義法研究において回避しなければならない誤りがひとつある。この誤りは社会主義法を西欧システムにおける相同

的なデータ、——すなわち現象の頻度にもとづくいくつかの社会学的データに加え、法律および裁判所の判断——へと還元し、政治的母型と関連していたものからこれを取り去ってしまうことにある。やぶ治療のなかでも最悪のものは、研究対象国の権力機構によって政治的中枢にあると宣言された観点を——あたかもこの観点が法的データに必然的に一致し、これを説明することができるかのように——ひけらかすことである。／Gianmaria Ajani の戦略は、イタリアの最良の諸モデルに忠実に、政治的ファクター（マルクシスト教説、公認イデオロギー、裁判官の養成の仕方その他）を枠づけの要素としてとらえ、これを共存させたり対立させたりする義務を感じることなく、ア・プリオリに内的一貫性も法的データとの一貫性も想定することもしない、というものである。これらのファクターは『付加的な（秩序づけの）フォルマント』である。これらにより、彼はそのデータを豊富にするのである。この方法に対応して、彼はすべてを事実へと還元し、あらゆる事実をその他のあらゆる事実と対照させる。／他の論者なら空っぽのままに放置した場所、または表面的政治もどきによって埋めたであろう場所は、彼の研究のなかでは、データのアプローチによって埋められている。彼はデータに語らせるのを好み、これらデータは法ばかりでなく政治をも把握させつつ語り始める。』Sacco, *Presentazione, Ajani, Le fonti non scritte nel diritto dei paesi socialisti ix-x* (1985).

このような多元主義的法源観をとった最初の人物はポーランド貴族出身の Petrazycki (1897-1917年ペトログラト大学教授、10月革命後ポーランドに移住し、以後ワルシャワ大学教授) であろう。Gurvitch は、そのドイツ語著作 (Petrazycki, *Die Lehre vom Einkommen*, Bd. II, 437-628 (1895) 等) を通じて、Petrazycki は自由法論者のいくつか、ことに Erich Jung に対して影響を及ぼしたことを示唆している。Petrazycki によれば、実定法が依拠する規範的事実は多様であり、それらは原則として互いに等価である。ここには社会的宣言も含まれる。Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social* 279-295 (1931) ; *id.*, *Experience juridique et la philosophie pluraliste du droit* 153-169 (1935). Gurvitch によれば、Maxime Leroy は、——*La coutume ouvrière*, tom 1 (1913), *La Loi Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie* (1908) において——、Gény と Lambert の学説を急進化させ、単に慣習ばかりでなく、協約や自主的定款、慣行 usages 等も新しい実定法の表現である、と主張する。慣習以外にも未組織かつ自発的法の形式的確定の様式があり、このなかには Petrazycki が説くのと同様に、社会的宣言等も含まれるのである。Gurvitch, *Le temps présent*, *cit.*, 235-6.

英語圏における Petrazycki 紹介の嚆矢を放ったのは Meyendorff, Leo Petrazycki, Goodhart & Jennings, eds., *Modern Theories of Law* 21 (1933) ; Babb, *Petrazhitskii Theory of Law*, 17 B. U. L. Rev. 793 (1937) & 18 B. U. L. Rev. 511 (1938) (社会的宣言等につき、18 B. U. L. Rev. 567) だろうか。Babb はロシア語著作によりつ

- つ紹介する。邦語による紹介として、飛澤謙一「レオン・ペトラジッキイの法思想」『法と政治』5巻3・4号1882-1905頁(1955)。
- (256) Grossi, Storico, cit, 24.
- (257) Grossi, Storico, cit, 118.
- (258) Il diritto tra potere e ordinamento (2005). Id, Società, diritto, stato 163-201 (2006) 所収。本論文の p. 195 で Grossi はいう。「現在の危険——さしせまった危険——は、法産出における国家と政治権力の危機が諸事実の主人 [の資格]、すなわち経済権力の資格における代理を生み出し、その尊大さは古い(かつわれわれが非難してきた)政治権力の尊大さを我々に哀惜させるほどであるかもしれない。」
- (259) Grossi, Storico, cit, 118.
- (260) Aragoneses 105-6.
- (261) Sabbioneti 240-1.
- (262) 職業リスクをめぐる、Aragoneses 157.
- (263) Halpérin, Histoire du droit privé français 235 (1996).
- (264) Pío Caroni, Lecciones catalanas sobre historia de la codificación (1996) (未見)。本稿では、入手できた以下をもちいる。Caroni, Saggi sulla storia della codificazione (1998) ; id., Gesetz und Gesetzbuch Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte (2003)。
- (265) Aragoneses 132.
- (266) Sabbioneti 659-660.
- (267) Caroni, Quando, cit, 277-8, n. 58.
- (268) Mohnhaupt はここで、Grossi, Juristischer Absolutismus, cit, 18 を引いている。本稿23(256)-24(255)頁参照。
- (269) E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, 42 (1894).
- (270) F. Wieacker, Gesetz und Richterkunst Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung 16 (1958).
- (271) P. Landau, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, C. Peterson, ed., Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit 89 (1993).
- (272) Mohnhaupt, cit, QuF 40, at 50-1 (2011)。3つの法源経験とは法律、判決(例)、学説をさしている。
- (273) Id., Law and Revolution The Formation of the Western Legal Tradition 10-11 (1983)。Berman は、Eugen Rosenstock-Hussey の学生であった。
- (274) Anna di Robilant, Genealogies of Soft Law, 54 AJCL 499, 512-3 & 517 (2006)。di Robilant は引用部分を直接に受けつつ、こう述べる (p. 517-8)。「ソフト・ローの稠密な事実性は柔軟性と効率性を保証するものとして構想される。経済に関するソ

フト・ローはグローバルな経済取引および組織のもろもろの必要性に従って発展展開し、こうしてグローバルな経済当事者らの諸利益に応えるにあたってきわめて可塑的なものである。Gunther Teubner の言葉を借りると、その『立法類似の』力は経済ソフト・ローを『ラテン語の *corrumpere* の技術的意味における——墮落した法』にする。ソフト・ローは、『ポスト・フォーディスト的な生産、および資産性と競争性を改善しようとする努力と結びついた柔軟な蓄積パターンの到来』を反映している。その事実性と可塑性のゆえに、ソフト・ローは急速に変化していく経済的必要性と統合プロセスとを組み入れるのに高度に効率的である、といわれる。」ここで引かれる Teubner の著作は、*id*, *Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society, in Global Law without a State* 3-28 (1997) である。

(275) 拙稿(1)104-5(373-2)頁。

(276) Landau, *cit*, 89. K. Luig, *Compte rendu Haferkamp, Georg Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, 74 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 199 (2006) いう。U. Falk によって Windscheid が概念法学との非難から解放され、自由法の先駆者として再発見され、少なくとも *Jurist* として描き出されたあと、本書によって Puchta 像もポジティブなものへと転換した。Puchta への最初の攻撃は Jhering によって先鞭を付けられ、ドイツ民法典公布まであらゆる方面からの激しい批判がこれに続いた。民法典公布後の沈黙を破ったのが1955年の Wilhelm による研究である。この研究はただちに Larenz と Wieacker の支持を受けた。この驥尾に付する諸研究の最後に位置するのが Haferkamp による本書である、と。

とはいえ、Puchta にとって、(学問法が立法者の恣意を防いだのと同様に) 法律は、「生活」「衝動」「現実の実務 *Praxis*」といった非合理的概念への回帰や裁判官の恣意からの保護を意味していた。だから、慣習法と学問法は後景に退いた。こうして、Puchta の法源理解は保守的傾向を帯び、このなかに Jhering が「ミイラ崇拜 *Mumiencultus*」(後出42(237)頁および注292参照)の危険性をみたのはまったく根拠がなかったわけではない。Luig, *cit*, 201. *cf.* Haferkamp, *Georg Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"* 383 & 463 (2004). 383は非合理的の観念回帰への警戒に、463はミイラ崇拜に、それぞれかかわる。本論文については、海老原明夫「〈学界展望〉 Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*」『国家学会雑誌』120巻11号976-980頁 (2008) が概観を与える。

(277) 拙稿(1)104(373)頁。145-7(332-330)頁注(35)。なお、フランスについても、——注(35)に言及した——法の国民国家的形態の問題(フランスの場合もその創出の問題)は少なくとも注釈学派、とりわけ歴史学派には強く意識されていた、ということは、以下に言及されている。Jamin, *FG mythe et réalités*, *cit*, 15-6. そして、「そのような懸念はもはや Gény の懸念するところではなかった。19世紀末には、民法典の正統性は獲得され、国民は構成されていた。」*Cit*, p. 16.

判例と学説の協力という見方を最初に提出したのはおそらく、J. P. Dawson, *The Oracles of Law* esp. 213, 218 & 228 (1968) であろう。Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte* 3 (seit 1650) 173 (1988) ; Haferkamp, *The Science of Private law and the State in Nineteenth Century Germany*, 56 *AJCL* 679, n. 68 (2008).

(278) 概念法学に支配されたといわれる時代の法解釈の観念、裁判官像について、Jan Schröder, *Gab es, cit, Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, at 574-8 (2010) [初出2005—ページ数は、2010年論集につけられた、原論文のもの]によればこうである。

たしかに、——たとえば Wilhelm が Puchta についてすでに主張するように——、「19世紀半ばから歴史法学はことに2点で変化した。第1に、歴史的要素が現行法の教説 *Lehre* から排除され、したがっておそらく法もまた『その社会的基礎から切り離され』、純粋に現行法を志向した教義学が成立した。第2に、民族精神論は慣習法論にとってその本来の意味を失った。というのは、19世紀半ばから人民の確信は、もはや——Savigny や Puchta におけるのと違って——慣習法の唯一の要件ではなく、むしろせいぜい慣習または慣行 *Übung* に付随する要件に過ぎなくなった。」第1点、第2点それぞれについて W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft* 84-5 & 76-7, esp. 77, n. 26 (1955) 参照。さらに、Schröder, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, *Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, cit, at 226-8 (2010) [初出2007] (法のための闘争→利益衡量)。

けれども——と Schröder は続ける——、「これらの変化がどれほど重要であつても、やはり歴史学派の法源論はまったく手を付けられないままであつた。この法源論は、法律および慣習法の二元主義にとどまったし、何よりも法律上および慣習法上のルールは、有意味な、有機的な全体の部分である、という観念にとどまった。このため、一見したところでは、たとえばルールの欠缺は、体系によって演繹することができた。19世紀後半においては、『精神科学的』見方がなお強められさえした(注27)。今も昔も、法律および慣習法と並び、第三のものがある。つまり所与の法源の全体系から引き出された諸原則と法ルール——これを特別の法源(学問法)と呼ぼうと呼ぶまいと——が [ある]。以下では、19世紀末から20世紀初頭のともかく広い意味において歴史学派に数えられる重要な論者を例示しつつ、以上の観念を根拠づけよう。私法についていえば、歴史学派の Gerber と Jhering が規定的である。」cf. Schröder, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, *Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, cit, 220 (2010) [初出2007]。

Aragoneses も Sabbioneti も注目する Jhering について、Schröder は述べる。

「Jhering が法律と法とを同視しなかったことは、彼が『定式化された法と事実上の法との相違』の確定からすでに、つまり『言明された法命題の傍らに、…なお潜在的な『法命題』がある、という事実の観察からすでに、明らかとなる。この相違は所与の法秩序においては多かれ少なかれ存在し、『けっして消滅することはない』のである。Jhering は、こうして、『精神』(注32)の——のちに有名になった——長大な一節をその法の学問的形成にあてている。慣習法に関しては、Jhering は、たしかに、歴史学派の過大評価を批判している。だが、Jhering は承認する。すなわち、『たとえ孤立した適用においてであるとしても、慣習法的形成の芝居は、こんにちもわれわれの眼前に』繰り返されている、と(注33)。」

(注27)「解釈については以下も顧慮しなければならない。すなわち、法律は公布とともに立法者から『引き剥が』され、歴史的立法者の概念からはおそらくことおなった、新しい知的連関へと入る、ということもである。」H. Thöl, K. Binding, A. Wach とともに、J. Kohler, *Über die Interpretation von Gesetzen* (1886) が引用される。「法律においてもそれぞれの直観的知的営み Geistestat にも、無意識的な、ほとんど感知されることのない知的生活の基礎がある、と。」

(注32) では、Jhering, *Geist*, II 2, S. 322ff が、(注33)では、*Geist*, 2. Theil, 1. Abt., 3. Aufl., 1874, S. 33 が、それぞれ引かれる。(注33)はこう続けられる。「Der Zweck im Recht, 1. Band, 1877, S. 318f において、Jhering はしかし私法は『強制規範』として国家からのみ出発しうる、と述べている。」

「これに対し、Savigny はまず体系的手続と解釈とのあいだに明瞭な限界をおいていた(…)。体系的手続にさいしてのみ、法は自律的知的有機体として観察でき、こうして表見的には欠缺しているものが[全体的]連関によって補充されうるのである。これに対して、解釈は厳格に、歴史的=注釈的におこなわれ、『外側から付け加え』られることはないのである。」

- (279) 本稿9(270)頁で Sabbioneti が述べていたところを完全な形で示すところである(傍線部分が先に省略されていた部分)。「この視点からみれば、比較法——つまり Saleilles の仕事のいまひとつの大きな一章——は、とくに、方法論的革新という、より一般的な企ての基本的構成要素として、それゆえこの幸先のよい文化的革新の前提条件として、意味をもつ。本書でわれわれは、Paolo Grossi の読解のキーを採用しよう。これによれば、比較方法は『Saleilles のヴィジョンにおいては、歴史的方法の一側面にほかならない。』Grossi, *Assolutismo giuridico*, cit, 211 参照。いまひとつの方向性の研究は、しかるに、Saleilles の仕事における比較法の中心性を強調し、これをブルゴーニュの法律家 [Saleilles] の学問的所産の文脈における最大の重要性をもつ要素としてとらえている。この点について参照、Aragoneses, *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil Raymond Saleilles y la lucha por el derecho comparado*, 2007。さらに Aragoneses, *Un jurista del modernismo Raymond*

Saleilles y los orígenes del derecho comparado, 2009 を参照。]

さらに、Sabbioneti 152, n. 26 は、Lettre Desjardins の前出箇所を引用しつつ、Grossi, Assolutismo, cit, 222 をさらに自説を支持するものとして引いている。すなわち、「実証的なものへの信仰は非実証主義者 Saleilles にも浸透し、彼は以下の議論においてその『歴史』を社会学の代用品 un surrogate della sociologia にした。この議論は、真正に歴史主義的な歴史家の目には品位のないものと化しているほど明々白々であるが。すなわち、『歴史は、将来の法律家らにとっては、それ自体として研究されてはならず、むしろ歴史が、法社会学の高次の教訓として果たすべき方法論的目的という職能に照らして研究されるべきなのである』と。」本稿18(261)頁注255参照。

(280) 再評価の動きについては、Sabbioneti 122-2, n. 119 参照。

Sabbioneti 122 本文は述べる。「どれほど19世紀前半のフランス法学は、その異質性にもかかわらず、一元的表象の対象であったか、ということを強調する必要がある。Saleilles の目には、法典の旗印のもとに生まれた学説様式は、実際、方法の実質的統一性によって特徴づけられ、学派の特質さえ引き受けるほどである。その作品は共通の靈感へと、そしてきわめて正確な法的理想へと一致していた(注119)。」

注119はこうである。「…以上述べたように、近年の法史記述は、非難を受けてきた注釈学派を復権しようと試みてきた。この視座のもとでは、19世紀前半のフランス法学は、法典の『風土への順応』の過程において決定的役割を果たしたのである。文脈上は、このような歴史記述の傾向は、Labbé やその他『中間的』と考えられてきた法律家の仕事を対象として、回顧的にもたらされた幻想を明るみに出そうとしている。いわゆる科学学派の代表者らは、不当な型へのはめ込みにより、ミスリーディングな注釈神話をもたらし、19世紀法学は3つの部分からなる運動[Gaudemet, L'interprétation du Code civil en France depuis 1804, at 9 (1935) — 興隆、絶頂、衰退の3つの時期からなる運動—をさすものかと思われる]に従って展開した、という考えに信頼性を与えた。つまり注釈伝説(主意的実証主義の想定により特徴づけられる)から20世紀初頭の現代学説への移行は、中間的学説によって準備された。[この学説は]歴史への開放、判例への関心の増大により特質づけられている。中間的学説とはいえば、少数派の学説の潮流に隠された先祖——Jourdan や Klimrath へとさかのぼる——をもっていただろう。これらの人々は、完全な注釈の雰囲気のかなか、法学に関する異端的ヴィジョンを提示するのをあきらめなかった。Paul Gide, J.-E. Labbé, C. Bufnoir, C. Beudant は、この中間潮流のもっとも著名な代表者であろう。[これが]科学学派の飛躍への序曲をなすのである。19世紀前半のフランス法学の内的性質に関する、注釈の歴史的必要性に関する、その想定された学説的同質性に関する判断がどんなものであっても、しかし、Raymond Saleilles が、改革の科学的プログラムの本質的諸要素を、フランス法学部において追及された教育方法の衝撃

から、その師らとの対決から、引き出したことは、疑問の余地がない。このプログラムは、統一的で、形式主義と法律崇拜とにより支配されたものにとらえられた一伝統に対するあからさまな反対を宣言している。歴史記述におけるこのような急変の起源には、以下がある。Rémy, *Eloge de l'exégèse*, *Droits*, 1, 115 e ss (1985) ; Rémy, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au xix siècle*, *Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 91-2 (1985). この傾向によると、1980年代半ばから、フランスの支配的歴史記述は、徐々に、19世紀法学を再評価し、いわゆる注釈学派に帰せしめられていたラベルの、ことに口実的かつ人為的な性質を退けた。このラベルは、誹謗者らによって道具として発明されたラベルにほかならず、このラベルのもとに、かえって、きわめて異端的、かつ確実に非統一的な現実が覆い隠されてしまったのである。この意味で、Jamin, *Relie Labbé*, P. Jestaz/ Jamin, *La doctrine* 134 (2004) を参照。また、注釈『神話』について述べるのは、D. Bureau, *Les regards doctrinaux sur le code civil, Le Code civil 1804-2004 Un passé, un présent, un avenir* 196-7 (2004) である。」

なお、Jamin 論文は、Id., *Relire Labbé et ses lecteurs*, *Archives de philosophie du droit*, tom. 37 *droit et économie* 247, at 266-7 (1992) の誤りかと思われる。「e ss.」は原文のままである（したがってどこまでの引用かはわからない）。Jamin は、Rémy による注釈学派再評価に、C. Atias, *La controverse et l'enseignement du droit*, *Annales des Faculté de droit* 107 (1985) ; id, *L'état actuel du droit et de son enseignement*, in *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. I, *L'univers philosophique* 1341 (1989) を加えている。Jamin, cit, 247, n. 4. Bureau 論文の参照ページについても、191以下のミスプリかと思われる。

(281) この限度で、拙稿(1)104(373)頁に述べたところ（「そのうちフランスの方向づけに本稿は依拠する」）を訂正する。

(282) 笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』240-394頁（1979）、大塚滋『イェーリングの『転向』』（2016）がこの問題に関する基本文献である。

(283) J. Whitman *Jhering parmi les Français, 1870-1918*, Beau & Wachsmann, dir, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1879 à 1918*, at 151, 160-4 (1997) は Jhering が北アメリカによく知られているのは、フランスにおいて紹介の労をとった Gény と C. Bouglé の功績によるところが大きいと述べ、フランス法学の2つの領域——法制史、ことにローマ法と法学方法論——におけるその影響（および影響の不在）を論じる。われわれの関心と彼の関心とはあまり重ならない。とはいえ、興味深い記述を含むので以下簡単に紹介する。

後者、すなわち法学方法論について Whitman はこう述べている (p. 162)。「Gény にとって法は究極的には裁判官にとって至上命令的な直観に帰着する。しかるに、Jhering にとって、法は大がかりな闘争、もろもろの人格の衝突する闘争である。裁



判官の強制的直観にではなく、むしろ当事者たちの命令的勅にもとづいている。裁判官についていえば、彼らはこの法を監督するにすぎない。裁判官らが監督するのは、裁判過程が強制力の独占に訴え、人間の存在間の闘争を監督することによって彼らはこれを維持するからである。Gényにとって、法は正義と伝統的権威の問題である。これに人々は服さなければならない。ところが、Jheringの大きな企ては、このような正義観と伝統的権威のあらゆる役割をこき下ろすことであった。」強調原文。その理由はドイツ、フランスそれぞれにおける宗教問題の所在と大学制度の確立の度合いに求められる。

(284) cf. Aragoneses 123.

(285) Jhering, *Unsere Aufgabe*, *JheringsJb*, I, 31 (1857); イェーリング (大塚滋訳) 「我々の任務(下)」『東海法学』6号171頁(1991)。本論文については、笹倉上掲書333-342頁、大塚上掲書149-155頁および Wilhelm, *Zur juristischen methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit, 91 (1955) 参照。

(286) 「法典のミイラ化 [le] imbalsamazioni del Codice。」Grossi, *Assolutismo*, cit, 137。本稿28(251)頁参照。

(287) cf. Haferkamp, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, *QuF* 40, 201 (2011); id, *Dogmatisierungsprozesse im „heutigen Römischen Recht des 19. Jahrhunderts“*, G. Essen & N. Jansen, eds, *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, cit, 270 (2011)。

(288) とくに Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* 246-252 & 255-6 (1986); Id, *Aufklärung über Justiz 2 Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* 246-252 & 255-6 (2008)。一方、Schröderは、「1850年以来」における「法概念の主意主義」化について語る。たとえば、シュレーダー (石部雅亮訳) 「<講演>ドイツにおける法学方法論史(1850年-1933年)の一考察」『大阪市立大法学雑誌』1069-1070頁、とくに1084頁注9 [Jhering, *Geist III* を参照する] (2009); Id., *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, *Rg* 13/ 2008, at 162-4, esp. 162, n. 8 (2008)。本稿注278参照。他方で、すでに、Ogorekは、もっと踏み込んで、——リアルポリティックの影響下における——G. Beselerの民主的=国民的なフォルクの法意識から、——これを敵視する——「国家の法的意思表示」としての「裁判官法」への暗転を説いている。Ogorek, cit, 247, n. 73 & 251, n. 90 (1986); Ogorek, cit, 247, n. 73 & 251, n. 90 (2008)。注73はRealpolitikの主唱者Rochauに、注90は、シュレーダー上掲講演1084頁注9同様に、*Geist III*に言及する。Ogorekが摘出する、Jhering以下の屈折は、——Jheringらの影響をこうむったはずの——Saleillesらには無縁であった (cf. Sabbioneti 95-9 ——後述)。以下では、——上に引いた個所で論じられる——19世紀の最後の3分の1につらなる、1850年代における問題状況

について彼女の述べるところを簡単に紹介する。

「裁判官が絶対主義のもとで君主の意思の受任者としてその委任者の権威を共有する、その自明性は初期立憲主義と憲法適合的な法律への拘束性によって失われてしまった。法律の限られた射程のゆえに、この自明性は不十分にしかつぐなわれなかった。それゆえに、裁判官による判決の意味を個別事例を越えて〔社会生活上の諸〕事実<sup>1</sup>に反しては否定しない者、またはその他の理由により立憲的立法者の専権性要求を相対化しようとする者は、裁判官による法産出のために、——憲法に適合しつつ与えられた法定立の権限を損なうことなく——、正統性の不足をつぐなう説明を見出さなければならなかった。とりわけ容易に思いつかれる可能性は、——法律による付加的正統性媒介に訴えることなしに——裁判所判決を国家権力へとふたたび結合することであった。いいかえれば、司法が国家権力、すなわち政治秩序によって正統化され組織された裁判官庁であるならば、判決は疑いの余地のない妥当根拠をまさしくこの国家秩序のなかにもち、これ以上の正統化を必要としない。／しかし、正統性問題のこのような解決は、ことに自由主義的国家理解からみると、その対価を支払わなければならなかった。国家の目的的でありかつ決定にかかわる領域から裁判所を除外すること〔すなわち「司法の脱国家化 Entstaatlichung」〕は、新しい——立憲的——時代のもっとも重要な成果であり、裁判所における法の実現に対する国家の関与の強調は、政治システムからの司法の独立をふたたび危険にさらしたのである。」「裁判所による法産出 Rechtsproduktion の承認によって、法源論にとって相当程度の正統性問題が生じた。司法に対する憲法上の委任は法適用であった。したがって、裁判官による法の創造 Rechtsschöpfung は権限濫用の嫌疑から解放されなければならなかった。すぐに思いつかれる、公権力の正統性への直接的拘束性は、ともかくも、『国家からの自由』が司法権にとって意のままにならないかぎり〔あったとしても〕、法システムと政治的システムとの分離という観点のもとで、禁止されるのである。だから、国家から切り離された、裁判官法のための妥当性根拠が発見されなければならなかった。裁判官法は、にもかかわらず、国家の権限構造に適合している〔必要があった。〕」裁判所による（新しい）法の産出——「社会的必要性への法の適応 die Anpassung des Rechts an die sozialen Bedürfnisse」（Ogorek, cit, 231）——と正統性問題の解決が同時に実現される必要性があった。これが、Puchta に始まる「生産的」法学が直面した課題であった。Ogorek, cit, 171-8, 197-8 & 229-230 (1986) ; Ogorek, cit, 171-8, 197-8 & 229-230 (2008).

(289) Ogorek, cit, 231-2 (1986) ; Ogorek, cit, 231-2 (2008).

(290) Wilhelm, Zur juristischen Methoden lehre im 19. Jahrhundert, cit, 88-9 (1955) ; S. Gagnér, Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft, Festschrift für Hermann Krause 315-320 (1975) ; id., Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte 387-392 (2004).

(291) Haferkamp, cit, QuF 40, 198-202 ; Id, Dogmatisierungsprozesse, cit, 261 & 269-274. すでに Haferkamp に先立ちこの方向性を示唆していたのは、Schröder, Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts: Theorie und Verbindungen zur Rechtspraxis, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 28, esp. 37, 40-2 & 47 (2006). cf. Id, Recht als Wissenschaft 247-9, 251-2 (esp. 251, n. 356), 253-4, 254-6 (esp. 255, n. 366) (2. Aufl., 2012) ; id, Recht als Wissenschaft 245-7, 248-9 (esp. 249, n. 355), 251, 251-3 (esp. 252, n. 364) (2001). Recht als Wiss., 2. Aufl., S. 251, N. 356 および Recht als Wiss., 1. Aufl., S. 249, N. 355 は Jhering, Geist II 2 第2版の法技術論に言及し、ZNR 28. Jg., p. 42, n. 45, Recht als Wiss. 2. A., 255, n. 366 および Recht als Wiss. 1. A., 252, n. 364 は、そのうち「構成」の「証し Probe」の一節、すなわち Geist, II 2, at 358 (2. Aufl., 1869) を引く。Geist 第2版は、[archive.org](http://archive.org) で参照可能。

ここで注目されるのは、Schröder は、本文に示される、だいたい1800年ごろに生じた転換はアリストテレスの学問観 (高田三郎訳『ニコマコス倫理学(上)』220-1頁 (岩波文庫)) からカント (以後) 的なそれ——体系的全体への注目——への「コペルニクスの転換」に照応する、ととらえることである。こうして、法学は、解釈とトポスの論理への限定、いいかえれば受容的かつ「低次の法学」であることから解き放たれ、種=類による体系からの不完全帰納法 (当時しばしば「抽象」と呼ばれた)——「高次の法学」——を含む生産性を勝ちえ、第3の法源となる (「学問法」)、というのである。シュレーダー (石部雅亮編訳) 『トピック・類推・衡平』158-162頁 [石部解説]、65-72頁 [児玉寛訳] (2000)、および松島裕一「解釈概念の歴史的展開」『法哲学年報2005』181-2頁、とくに184頁注15 (2006) 参照。

(292) Haferkamp, Karl Adolph von Vangerow (1808-1870) Pandektenrecht und „Mumienkultus“, 2008 Zeitschrift für europäisches Privatrecht 841 ; Id., Dogmatisierungsprozesse, cit, 270, n. 60.

この「転換」に先立ち、1841年に Puchta が唱えたのが、ローマ法の「精神」であり、「文明諸国民の普遍法 allgemeine Recht der civilisierten Nationen」としての「現代」ローマ法であった (注209参照)。Puchta の発言に刺激され、1852年、Jhering は Geist des römischen Rechts の公刊を始める。が、じきにこの企ては中断する。

このことが示すのは、「精神の探求」がすでに妥当とはいえなくなっていた、ということである。1852年に、B. Windscheid は、人々は転換点に立ち会いつつあるのである、と述べている。1856年、Johannes E. Kuntze は改革に向けた論考を集め、『法学の転換点 Wendepunkt der Rechtswissenschaft』という題名で上梓する。観念論哲学の没落とともに、人々はもはや精神ではなく諸現実 Wirklichkeiten を求める。1856年に Jhering は歴史学派の「ミイラ崇拜」攻撃を始める。親友の C. F. Gerber

(Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre, cit, 89-91) とともに、Jhering は法教義学の法史からの解放だけでなく、現在の必要性 Bedürfnissen der Gegenwart へのより強い方向づけを求めるようになる。1848-60年のあいだに、法学方法論のよりよい定式化をめぐる競争が始まる。1848年に Reinhold Schmid は、J. J. Fries の考察に依拠しつつ、法曹法の方法論を提示する。1854年、Burkhard Wilhelm Leist は『法律学論 Juristische Wissenschaftslehre』を公にする。1856年、Kunze は、法に関する象徴的=自然的考察方法の観念を世に問う。1854年と56年に、Jhering は、「自然史的方法」について書いている。その他のパンデクテン学者はたしかに練り上げられた方法論的綱領を提示したわけではない。とはいえ、この数年間の論文や書評においては、明瞭な方法的観念がみられる。このことは、Windscheid、Alois von Brinz、あるいは Ernst Immanuel Bekker についてあてはまる。それぞれにつき文献を掲げつつ、Haferkamp, Dogmatisierungsprozesse, cit, 268-271 (p. 271, n. 69-71).

(293) いまひとつ、概念形成 Begriffsbildung については、Schröder, Der Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte (am Beispiel des Privatrechts), Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009, at 50-2 (2010) [初出1988—ページ数は、2010年論集につけられた、原論文のもの]。以下、Schröder, Der Verhältnis と省略して引用。

(294) 中略部分はこうである。「たとえば民法典の立法者が362条にいう『履行』を負担された給付の実現にとらえ、その他の点は学問の構成へとゆだねるとき、法律は、履行が負担された給付の実現のなかに存し、債務関係を消滅させる以上のことをもたらさない。しかし、たとえば履行が契約であるかについては語らない。学問は、法学者 Jurist にとって履行概念に結びつきうる表象内容全体を『構成』によってまずもって展開しなければならない。こうして、これ [構成] によって、一連の、より多くの構成された法命題が展開する。履行をたとえば契約として構成するならば、——類について妥当することは種についても妥当する、という命題に従って——契約と意思表示に関するルールが当てはまる。したがって、行為無能力者 [の行為] は、たとえその債務がそれ自体としては事後的行為にすぎないとしても、履行としての効力をもたない。遺言を死因の意思表示として構成するならば、遺言の有効性はあらゆる意思表示と同様に意思の欠缺によって影響をこうむる、等々。このような帰結は同時に、構成がうまくいったかどうかの『証し』でもある [注291参照]。／「正当な」、それゆえに法源資料に完全にかつ無矛盾的に把握する構成は、新しい、妥当する法を産出する。このことの論理的正当化は、原則として帰納 (「抽象」) および類推における同一である (...)。法の前提された内的一体性と合理性とが不完全帰納の欠点を取り除くのである。構成と帰納／抽象とは互いに密接に近似している。帰納が種に関するひとつ以上の言明を類に関する命題または原則に高める (これらから他の種に対する類

似の結論が生じる)のに対し、構成は一以上の言明を類概念へと高める(これにより、類に関するあらゆる言明は構成された種にも適用できる)。このことはしばしば他の手続によって代用可能である。だからたとえば20世紀初頭における積極的契約侵害における解除権は、民法旧規定325条、326条に関する法類推によって基礎づけられる。積極的契約侵害を——緩やかに解された——不能として構成し、直接に旧325条の規律に服せしめることも考えられるだろう。」強調原文。

(295) Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit, 272-4 (2. Aufl., 2012); Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit, 267-8 (2001).

ほぼ同旨を展開するのは、Schröder, *Der Verhältnis, Id, Rechtswissenschaft in der Neuzeit*, cit, 52-4 (2010) [初出1988——ページ数は、2010年論集につけられた、原論文のもの]。以下、本文に掲げた部分との重複を避けつつ引用するところである。歴史学派の見方、つまり「実定法の素材は、『恣意によってつくられ、それゆえに偶然によりあれやこれやでありうる』のではなく、『国民それ自体とその歴史の最奥の本質に由来する内的必然性によって与え』られ」実定法は有機的全体であり、「このなかに『有機的形成力』が、いいかえれば『理性的なもの』が潜んでいる」とみる見方が「概念形成にとってどんな帰結をもたはずであるかは、すでにみたとおりである。つまり、どんな法概念も、理性的全体の構成部分であるときは、どの法概念も学問により認識できるのである。認識可能な非＝実定的概念と認識不可能な実定的概念とのかつての区別はもはやなくなった。古い見解によれば、実定概念の認識は立法者の役割であった。しかるに、教義学はいまや、この実定的概念を把握できる。…構成によって何が意味されていたかは、一例を挙げることによってはっきりする。立法者はたとえば遺言、つまり多くの自然法学者の見解に従い純粹に実定的な概念を扱う。しかし、立法者は、これを定義せず、いくつかの関連する問題——たとえば意思欠缺は遺言の作成を無効にするか——をオープンにしておく。もし法が完結した理性的全体である、ということが正しいならば、欠けている法命題をどこかに見出さなければならない。この命題は、——Puchtaが説くように——、『一国の法の精神』のなかに『隠れて』おり、『学問的演繹の所産として明らかになる。』この産出のために、法学は、基本概念を必要とする。これがどのように問題になるかをJheringはその法技術論のなかで描き出している。法学は何よりもまず成文法の構成部分を分析する。たとえば、意思表示とか死因処分の概念がとりあげられる。このとき、法学は——とJheringは述べる——、その単純な概念をふたたび新しい複雑な概念へと総合することによって、法の自律体 *juristische Körper* を『構成する。』意思表示と死因処分という2つの概念を結合することにより、遺言という複雑な概念が構成される。しかし、意思表示を規律するルールがあてはまるのが確かなときは、このルールを遺言にも転用できる。したがって、たとえば単に冗談で発せられた意思表示は無効である、というルールを転用できる。／だから、構成は、——Windscheidが述べたよう

に——『法関係のその根拠にある概念への還元』である。構成によってより特殊的に、すでに知られた一般法概念が定義される。だから、19世紀末の法学は、より特殊的な実定法概念の領域をも明らかにし、この領域から立法を排除したのである。Jhering はいう。『立法者は構成してはならない』、と。このことはたしかに立法者が法制度に関する規定を設けてはならないことを意味するわけではない。たとえば、彼は冗談で表示された遺言は無効である、という規定を設けることができる。しかし、立法者はこのことを遺言を意思表示として『構成する』ことによっておこなってはならず、かえって冗談による遺言の無効を直接に規定することによってこれをおこなわなければならない。だが、構成により、相互に関連する個別問題を完全に拾い上げることは大変難しいかもしれないから、立法者はしばしば構成もこれに対応する個別的規律の可能性も、ともに開いておくのである。』

“juristische Körper” の訳語については、Ogorek, cit, 231 [前掲注289に対応する本文に直接に先立つ部分]、そしてとくに、—— Jhering, Geist II 2, at 348-9 (2. Aufl, 1869) を参照しつつ問題を検討する—— Schröder, Recht als Wissenschaft 274-5 (2. Aufl., 2012) ; Recht als Wissenschaft 268-9 (1. Aufl., 2001) の主張を受け入れ、先行訳——「法の実体」(村上淳一『ドイツの近代法学』25頁 (1964))、「法的元素」(笹倉)、「法体」(大塚)——にあえて異を唱える結果になった。「それゆえ、われわれは、Körper を、それが何であるべきかとか、何に導くかによってではなく、その構造、[すなわち]解剖学的契機によって定義する。この契機はたとえば主体、対象、内容、効果、訴権である」(Geist, II 2, at 349 (2. Aufl., 1869))。このくだりについでには笹倉上掲書346頁、大塚上掲書138頁、201頁参照。

(296) Unsere Aufgabe, cit, 30 (1857) ; 「我々の任務」(大塚訳)『東海法学』6号 171-2頁 (1991)。

(297) ドイツにおける法曹法をめぐる難問はこうであった。これを慣習法的に法的確信によって基礎づけるならば、法的確信と——社会適応の任務 (Mohnhaupt が強調) を担う——学問的真実とが矛盾する場合、どちらを優先させるか。Schröder, Recht als Wissenschaft, cit, 198-200 (2012) ; Schröder, Recht als Wissenschaft, cit, 196-8 (2001) ; Mohnhaupt, cit, 39-40 (2011) ; Mohnhaupt, Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, C. Peterson, ed., Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit 136-9 (1993) ; Ogorek, cit, 220 & 198-203 (1986) ; Ogorek, cit, 220 & 198-203 (2008)。

その後、フランスにおいては、判例を慣習法によって基礎づけるかどうか、いいかえれば Gerichtsgebrauch を承認するか、をめぐって Gény と Lambert とのあいだに論争が生じた。Eiffel 9 ; Lambert, Fonction 144-162 ; Méthode 418-440 & 440-456 (1899) ; Méthode, tom. II, 29-55 & 56-73 (1919) (No. 145-150 & 151-4)。この

論争についてはあとに触れる。オプティ (北村一郎訳) 「私法における慣習法について」『法協』103巻11号2120-21頁 (1986) を参照。そのオリジナルは、B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé, Droits : Revue française de théorie juridique* 3 la coutume 43-4 (1986) である。

他方、Haferkamp は、——Mohnhaupt, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung?*, cit, 125-142, esp. 133-6 & 138-9 (1993) に依拠しつつ——、*Gerichtsgebrauch*、いやむしろ *Gerichtspraxis* について踏み込んで述べる。Haferkamp, cit, 193-8 (2011). *Gerichtspraxis* の用語について、Schröder, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, Id, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, cit, at 241, n. 108 (2010) [M. Rümelin の場合——初出2007]。Haferkamp によると、1847年以来、判決理由を付して各領邦の判決例を収集した *Seufferts Archiv* が創刊される一方で、裁判所の慣習はパンデクテン教科書の議論の前面から退きつつあった。このゆえに、Savigny とその一派によって押し付けられた学問化に対して、先例への拘束により逆らうという配慮が語られている。裁判官らもまた、先例拘束性への支持をしばしば語り、そのさい大学の法学に対する優位を攻撃的に要求する定式も提出されている。Savigny の周辺の人々によれば、裁判所の実務は発想の源泉、見方を得る素材にはなりえても、ついに従属的地位にとどまった。雰囲気を変化したのは、1850年代においてである。E. Jung の判決例集による「公示」理論につき、Schröder, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, Id, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit Geschichte, Theorie, Methode Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, cit, at 241, n. 109 (2010) [初出2007]。

(298) Saleilles, *Lettre Desjardins*, cit, 7. この一節は、Grossi, *Assolutismo*, cit, 219, text accompanying n 93 ; Sabbioneti 18, text accompanying n. 37 に引かれる。

(299) 1831年3月12日にルイ・フィリップの勅令により、「比較立法の一般的かつ哲学的歴史 *Histoire générale et philosophique des législations comparées*」講座がコレージュ・ド・フランスに設置される (Kresin, Lerminier, cit, 3)。初代担当者は Lerminier である (1841年まで)。1841-9年は Pierre Nicolas Rapetti が講座主任を務める。1849-83年、E. Laboulaye が「比較立法の歴史」と改称された講座の主任を務める。Laboulaye の著作と活動等についてはあとで述べる。1884-1919年のあいだ、本講座の主任は、Jacques Flach が務めた (Kresin, Lerminier, cit, 24-5)。cf. O. Jouanjan, *Sur une réception française de Savigny*, *Droits Revue française de théorie juridique* no. 46, at 162, 168 & 177-8 (2007)。