

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(3) :
法の「社会化」と「国際化」

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-02-29 キーワード (Ja): 比較法 キーワード (En): 作成者: 姫野, 学郎 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000402

エドゥアール・ランベールの比較法（3） ——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（以上54巻4号）
 - (b) 前史
 - (1) 不可動化と政治諸科学——科学学派の課題
 - (i) 不可動化の制度的根拠
 - (ii) 不可動化克服のさまざまな試み
 - (iii) 政治諸科学
 - (iv) 1804年と1904年
 - (2) Rémyの「注釈への賛辞」をめぐって
 - (3) 歴史学派と「中間的学説」——科学学派による評価
 - (4) 歴史学派
 - (i) ドイツ歴史学派
 - (ii) 法源多元主義と意思自由
 - (iii) フランス語圏からみた歴史法学派（以上本号）
 - (iv) フランス歴史学派
 - (5) 「中間的学説」
 - (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

(b) 前史

(1) 不可動化と政治諸科学——科学学派の課題

(i) 不可動化の制度的根拠

Carl Schmitt はその『ヨーロッパ法学の状況』(1943-4年)のなかで、「法律化」がもたらしたもろもろの帰結について述べている。すなわち、Savigny「以降の、19・20世紀の法律実証主義的な法律家の世代は、サヴィニーが行った法学への訴えを、全然、それも、一つの歴史上の現象としてすら、理解することができなかった。彼らはもはや単なる制定行為の世界から離れることができなかった。いやそれどころか、真実の経験をする⁽³⁰⁰⁾ことさえできなかったのである。彼らは、自分たちの依拠している実証主義に安心しきっていたために、法が合法性と正統性に分裂することによってあらわになってきた、もろもろの実存的な危機の可能性にすら気づかなかった。…制定法実証主義の時代はもはや本質的な事態に気がつくことができなかった。その本質的な事態というのは、次のことである。すなわちこの時期に、ヨーロッパ精神を代表する一人の人間が、重大な時機に、しかも天才的な洞察によって、一切を法律化すること Vergesetzlichung が法を機械化し技術化する危険を招く、ということ⁽³⁰¹⁾を認識していたということである」、と。

Schmitt が与える処方箋は、——すでに触れた——Grossi のそれと酷似している。すなわち、「われわれに現実に残されているのは、ただ、法が意図せずとも生成し発展するための最後の見張り番としての法学への呼びかけ⁽³⁰²⁾をすることのみなのである」、というのである。

フランス法に関して、Schmitt はとりわけ法の「硬直化の危険 die Gefahr der Erstarrung」について語っている。この危険は19世紀フランス民事法を

つらぬいている。実際、以下にみるように、Saleillesは法の不可動化⁽³⁰³⁾ l'immobilisation について、Gényは法律フェティシズムについて、そして Lambertは法の不可動性 immobilité ドグマについて述べている。

とりわけ学説 la doctrine の「不可動」化は、制度上は、共和暦12年風月30日法(1804年3月21日)第7条ではなく、むしろ、——民法典施行の約一週間前の日付をもつ——共和暦12年風月22日法(同年3月13日)⁽³⁰⁴⁾の第2条(「その編別構成における民法典、…、フランス法との関連におけるローマ法」が教授される)、および共和暦12年第4補充日のデクレによって裏づけを獲得し、——C. Bufnoir 主導にかかる——1895年改革(第3条:「教授はその教育内容の配置について自由である」)、そして——1895年改革に飽き足らない人々による——1896年改革⁽³⁰⁶⁾にいたるまで存続した。⁽³⁰⁷⁾

(ii) 不可動化克服のさまざまな試み

しかるに、学説の側はどう反応したか。T. Hucのコマンテール(1892-1898年)とBaudry-Lacantinerieのトレテ⁽³⁰⁸⁾(1895-1900年)を受け、Planiolのトレテ(1899-1901年)は、Halpérinによれば、「民法の総体の提示における顕著な変化」を示した。「1895年のプログラム改革に乗じて、民法全体(このなかには、保険のように民法典によって扱われていない素材も含まれていた)の『充実した生活』をよりよく考慮するために、民法の順序への尊重から解放された。法の哲学に時間をかけることなく、Planiolはその紙幅を諸現実と与えようとした。彼は前景に判例、[すなわち]『最近形成された慣習法』⁽³⁰⁹⁾をもって来る。そして、学説の著者名を引用するのにためらいをみせない。Planiolは、同様に、法史、比較法、経済学、統計学上の詳細な展開を統合し、こうして法典は、『天空からの落下物』ではないことを示した。⁽³¹⁰⁾」とはいえ、1922年および1925年のデクレは、むしろ「伝統が多様化を⁽³¹¹⁾広範に押し流した」ものとして評価される。

他方、「方法・内容」面——Christophe Jaminの概念⁽³¹²⁾——で「不可動性」を克服しようとしたのは、Saleillesの歴史的方法とGényの科学的自由探求であった、といわれる。ことにJaminは、つぎのように述べ、彼らによる

——1880年ごろから「飛躍期」⁽³¹³⁾を迎えた——判例への注目が「社会的なものの發明」⁽³¹⁴⁾(J. Donzelot)につながったことを示唆している。「…この歴史的方法は科学的自由探求と截然と区別できるものではなかったことをはっきりさせる必要がある。一方では、両者は『社会的なもの』の發明に役立つ。この支配的事実にとって、両者は等質の要素および客観性の源泉——これはそれまではテキストの尊重のなかにのみ存在していた——を形づくっていた。他方、両者は、同一の用具を用いていた。歴史研究と比較法への訴えは、——社会が過去において発展し、あるいは未来に向かって変容できる——仕方への指示を与えるものととらえられた。判決の取り扱いはさらに、——裁判所の仕事がいずれも有名な社会的諸要求にぴったり合う限りで——現在の進化の鍵を与えるものと考えられた。根本において、判例は、——法律家の多くが結局は必要性を認めることになる——生まれつつある社会学に対する最良の代替物を形づくり、さらに、Gényにとって判例は、これら諸要求の大部分により接近することを免除してくれる、もっとも確実かつもっとも生き生きとした要素である、と述べることで十分なのである。さらに加え、判例に承認された優先性は、法の社会的現実への同一化、[つまり]これを言うための正統性の審級の同一化から生まれる面倒な問題を退けることを可能にする。この現実との特権的結びつきとして理解しつつ、判例は少なくとも黙示的にはこの審級となる。」

Jaminもまた、Planiolの判例観を取り上げている。すなわち、ことにSaleillesとGényの「最良の普及者」⁽³¹⁵⁾であるPlaniolは、——Saleillesと同様に——「判例の前に、敬意を示そうと思う、としばしば述べている。」学説は、このことによって、いいかえれば判例に正統性 *légitimité* を付与する——法源性を与えるかはともかく——ことによって、逆説的に、「灰色の狹下」⁽³¹⁶⁾となった。すなわち、——学校 *l'Ecole* と裁判所 *le Palais* の関係における——学説の権威 *l'autorité* を確立した。注意されるのは、学説についても、語られるのはその権威であって法源性——とくにPuchtaの「学問法」を想起——ではない、ということである。Saleillesは両者の関係に関するフ

ランスとドイツの違いを意識していた⁽³¹⁷⁾。これら諸点についてはあとで立ち入ることにはしたい。こうして、科学学派の成立を画期として、アメリカモデル⁽³¹⁸⁾に対抗するフランスモデルが生まれる。やや議論を先取りすれば、このモデルに対する評価をめぐる Rémy ——「贅辞」——と Jamin ——「判例実証主義」「一般理論」と「退嬰性」——は鋭く対立する。ともかくも、方法・内容の問題 (Jamin) は、法源性に対する直接の言及を避けながらも、法源——の多元性承認の是非をめぐる——問題、Grossi の表現を借りれば法的絶対主義プログラムを受け入れるかどうか、をめぐる問題 (Jestaz/Jamin⁽³²⁰⁾ ——そして Grossi、さらに H. Mohnhaupt および (後出の) Pio Caroni)⁽³²¹⁾ につながるのである。

ここでは、この間の事情を明らかにするためには、Bonnecase による対比、すなわち A. Jourdan に代表される 1830 年世代 = 「先駆者たち」⁽³²²⁾ と F. Gén y ら 1880 年世代 = 「定礎期の代表者ら」⁽³²³⁾、に立ち入るの必要性がある。Bonnecase —— Jamin によれば「19 世紀学説の準公認の歴史家」——は、Maurice Hauriou の Notice sur les œuvres de Léon Michoud, Revue de droit public, t. 33, p. 423 et s. [483-530 のミスプリか] を引きながら、1820-30 年代と 1880-90 年代とを比較しつつ述べている⁽³²⁵⁾。Michoud (1855 年生まれ) のような「青年は、[1870 年普仏戦争敗北をはじめとする] これら強い印象を受け、次いでフランス再建が果たされるあいだに、真摯な生活の何年かを利用した。彼らはその性格を鍛え上げるためによりよく作られた生活環境をもち、[こうして] 苦難の学校で育ったのである。だから、彼らは仕事をする必然性をもっていた…。彼らはその仕事のなかで、ある理論的精神をもたらしたことは、特記すべきことでさえある。この精神は、大革命と帝政のざわめきのあいだに成長した世代以来、同じ程度には見られなかったものであった。60 年の間隔において、1880-90 年世代は、1820-30 年世代の模写なのであった。おそらく、理論的精神は、社会の大変動だけが掻き立てる特権をもつもろもろの深い感情に結びついていたのだろう。われわれはこのとき、1925 年ごろに [第 1 次] 大戦の感激と青年たちの魂に響き渡るその反響とに

よって掻き立てられた新しい理論の高揚が生み出されるのを見ることを期待することができよう。必要とあれば、[こういえる。] なぜなら、1880-90年世代の高揚は十分な努力によって維持されることはなかったからである。」

(iii) 政治諸科学

ところで、もっぱら Saleilles をとりあげた Sabbioneti らがあまり立ち入らない問題があった。この問題は Lambert を扱うわれわれにとっては避けて通ることができない。すでに述べたように、Lambert は合衆国の反トラスト法、労働法に着目したからである。実際、Saleilles はその綱領論文 *Quelques mots* ⁽³²⁶⁾ で「社会および政治諸科学」⁽³²⁷⁾ について言及している。ふたたび *Bonnecase* を引こう。⁽³²⁸⁾ 「われわれはすでに、公法の研究に取り組んだような1880年世代に対して与えられた状況について語ってきた。フランスはこの当時まで政治的公法の一学派しかもたなかった。国家に関する法理論はここでは教えられてきたことがなかった。この欠缺は幸いにもそれ以後パリ法学部において埋められた。しかし、Michoud の世代にとっては遅すぎた。もし国家論がよくも悪くも教えられていたならば、少なくとも、これが公法の要石であること、そして国家論に関する一学説を、一書をなすに先立って形成し始めるべきであることは少なくとも知られていただろう。…Michoud は [こうした] 一般的運命をまぬがれえなかった。とはいえ、ドイツ文献中に彼は国家の一般理論を見出した。なぜなら、ひとつの学問分野を認識することと事前的方法的準備によって絶対的に必要なことならについて知っておくことは同一のことではないからである。」「それゆえ、公行政の責任から倫理的人格の大問題にいたるその研究によって彼はここに導かれたのである。いいかえれば、ひとつのモノグラフィによって彼は、より高いレベルのいまひとつのモノグラフィへと導かれた。しかし、倫理人の問題をその国家との関連において考察するためによりいっそう高みに達する機会をもつことはなかった。私はもし彼が十分な時間をもち、もしその仕事が未完成にとどまらなかったならば、彼はこのレベルをさらに越え、国家の一般理論の高みにいたっていただろうと信じる。」 Saleilles も Hauriou も法人を論じた。

「政治諸科学」をめぐる問題はこうである。まず、自律性を備えた政治諸科学を承認するか。承認するとして、つぎの問題は、これを大学に受け入れるか、それとも大学外の組織に委ねるか、である。これらの問題を取り上げたのが、P. Legendre や V. Karady、さらに——G. Thuillier に大幅に依拠した⁽³²⁹⁾——A. Bürge である。すなわち、「国家学 sciences de l'Etat」——およびこれに付随する憲法、行政法、政治経済学、比較法（モンテスキュー的比較国制か）、統計学等——を法学部（または「再編された法学校」）の枠内または枠外に設置することによって、官僚養成の要求に応える、という百科全書派 Diderot と Condorcet 以来、革命期、総裁政府、統領政府、そしてこれらを経てさらに 7 月王制と第 2 帝政に至る要求がこれである。⁽³³¹⁾ この要求は、1945 年の国立行政学院設立とともに満たされることになる。そして注意されるのは、——後述のように——国立行政学院を「応用学校 école d'application」として位置づけることによって法学部との共存が図られた、ということである。

ともかく、第三共和制のもとで政治諸科学が突きつけた問題——第 2 の問題——を「法学部の危機」ととらえた E. Glasson は同時に「注釈学派」⁽³³²⁾——第 1 の問題——の名付け親であった。これは偶然ではない、と思われる。2 つの問題は相互に分かちがたく結びついていたのである。⁽³³³⁾⁽³³⁴⁾

(iv) 1804 年と 1904 年

さて、Bureau によれば、1904 年の民法百周年と前後して、学説のまなごしは法典から学説自身に転位する。「法思考は、このときから、学説と断絶によって体系化された。すなわち、過去——注釈学派——は将来——科学学派——に対置されたのである」⁽³³⁵⁾。その第 1 期は Saleilles と Génys、第 2 期は Charmont et Chausse、第 3 期は Boncasse⁽³³⁶⁾ によって代表される。Bureau はいう。「このようにして、百周年の時期には、過去へのまなごしは単一の学派のなかに結びつけられ、民法典の字句の分析に向け、完全に集中していた。民法典は、当時フェティシズムの対象として知覚され、学説的反省の——凝固した——唯一の枠組みと排他性を主張していた」(No. 20)。「これら

いくつかの抵抗 [Boistel と Bonnetcase による Saleilles および Gény 批判]⁽³³⁷⁾ にもかかわらず、百周年の当時の学説のまなざしの表現は、[注釈学派と科学学派の] 真の断絶を証拠立てている⁽³³⁸⁾」。

1924年に Bonnetcase は注釈学派の特徴として3つ——付加的に2つ——を挙げている。第1に法律テキストの信仰、第2に法律テキスト解釈における「立法者意思」の探求の優位性⁽³³⁹⁾、第3に根深く国家主義的な性質である。第4点以下はこうである。第4に法概念の存在および機能に関する非論理的かつ逆説的な性格、第5に、注釈学派学説における「権威の議論」⁽³⁴⁰⁾。

(2) Rémy の「注釈への賛辞」をめぐって

Aragoneses と Sabbioneti は、多分にこれら20世紀初頭に活躍した論者と⁽³⁴¹⁾ その影響を受けた論者——ことに Arnaud ——の影響を受けているように思われる。Bureau は、「水流に逆らって、学説のまなざしのこの表象は、しかしながら、争われている」と述べ、Rémy, Eloge を引いている。⁽³⁴²⁾ そして続けている。「相対化の企ては実際いくつかのニュアンスを支配的調和のなかに導き入れ、ひとつの学説に立ち戻る。その進化は、——どれだけ現実のものであっても——かならずしも学派の断絶の時代という語によっては表現されないのである。このような視座においてこそ注釈学派と科学学派も200周年を迎えてこうして再検討を受けるのである。」⁽³⁴³⁾ Hakim は近年の論者の注釈「学派」像をこう要約している。⁽³⁴⁴⁾ すなわち、「『注釈学派』は、相対化すべき「概念(注15)として、さらに「神話」、「発明(注16)として、「伝説(注17)として、とらえられている…」⁽³⁴⁵⁾」と。Sabbioneti によれば、Rémy は Paul Gide, Labbé, Bufnoir, Beudant ら「中間的学説」は、隠された先祖—— Jourdan や Klimrath ——とともに、法学に関する異端的ヴィジョンを提示した、と⁽³⁴⁶⁾ いう。しかし、Rémy の見解は Sabbioneti の理解とは異なるように思われる。⁽³⁴⁷⁾

まず、Rémy は注釈学派 *Ecole de l'Exégèse* の存在を否定する。つぎに、Bonnetcase が論者の著作の序文中に注釈学説 *doctrine exégétique* を見出したの⁽³⁴⁸⁾ に対し、Rémy は、Arnaud 批判を掲げ、まさに本文のなかにこそこ⁽³⁴⁹⁾

れを探求すべきである、という⁽³⁵⁰⁾。「これらの人びとの歴史的役割、その法観念、その教育方法は、再評価の必要がある。彼らは法を法典のなかに閉じ込めた責任を負うわけではない。彼らは、反対に、法を法典から——見事な仕事によって——解放した。私は喜んで Saleilles の有名な言葉を彼らに当てはめる。つまり法典によって彼らは法典を超えて行ったのである。もしこれが科学学派のプログラムであるならば、このプログラムは1880年にはすでに実現されていた。／[彼らの役割]のなかに法典の単なる科学的展開しか見ないとすれば、私見によれば、その役割を縮減することですらある。歴史的、社会学的——そして政治的にさえも——、民法学説ははるかにこれを上回ることを果たした。[すなわち]民法学説は民法典をフランス社会へと順応させたのである。1789年を保存しようとした——しかし1793年を拒んだ——この社会にとって、『注釈』学説は75年の間に解放され、確認され、そして開花させられた。この法典とともに、真の民事憲法を与えたのである。⁽³⁵¹⁾」そして彼は、注釈学説のなかに、ひとつの方法、ひとつの哲学を見出して⁽³⁵²⁾いる。

Rémy 学説については、すでに野上博義⁽³⁵³⁾と北村一郎⁽³⁵⁴⁾が独自の読解を加えている。屋上屋を架する恐れがあるが、以下に逐語的に紹介する。Rémy によれば「注釈（と慣習にならって呼ぼう）」が果たしたのは二重の妥協である。まず、政治的には復古王政の「憲章」と「法典」のあいだに取り結ばれた民事講和条約⁽³⁵⁵⁾、哲学的に穏和合理主義 *rationalisme tranquille*、より立ち入っていかえるなら民法典の感覚主義（ペシミスティックな人間観）⁽³⁵⁶⁾に対抗して出現したスピリチュアリズム（後出）によって、「法典を風土に順応させること *acclimer le Code*」である。⁽³⁵⁷⁾「理性的かつ正義にかなったこの『[文明諸国民の] 共通法 *droit commun des nations civilisées*』⁽³⁵⁸⁾は、多かれ少なかれ、法典により宣言された、という見解は、当時の民法学者にとって固有のものではなかった。[この見解を] Jouffroy において、Mignet において、Quinet において、Ledru-Rollin において、Thiers において見出す。／民法典に対する以上の共感はどこから彼らのもとにやってきたのであろう

か。[この共感]は大変よく知られ、とはいえ、こんにち十分に重要性を計測しかねる特徴をもっている。1804年法典は、2つの妥協の産物である。つまり政治的、および哲学的な妥協の「産物である」。⁽³⁵⁹⁾「この二重の妥協を——怒涛のようであり混乱に満ちさえしていた——世紀のなかで果たすことは、容易なことだっただろうか」⁽³⁶⁰⁾」

Rémy は Sabbioneti がいう（「中間的学説 una dottrina intermedia」）の⁽³⁶¹⁾と異なり、Labbé, Beudant, Bufnoir の復権を目指しているわけではない。⁽³⁶²⁾すなわち「私見によれば、民法典学説に狭量な態度を帰すべきではない。Demolombe, Valette, Duverger [sic], Demante、そして Marcadé さえも、自由の要求 la demande liberale の多くの諸点に関して、疑問の余地のない開放性を見出す。こう述べるべきである。すなわち、これらの人々は Revue critique につらなる。そして、彼らは実務との接触を保ち、判例の大きな対立に「参加し」法典のなかに生き生きとした関心を識別したのであった。彼らのテキスト柔軟化の作業は驚くべきものであった。Labbé, Bufnoir, Beudant は以上の自由な——そして科学的な——解釈からあらゆる利得を引き出すであろう。／第2帝政の末には、法典の大義 la cause du code は獲得されていた。フランスの市民社会は法典のなかに定着 installer した。『労働問題』の噴出、『法の社会化』のテーマ、科学学派の登場、百周年の衝撃 choc は、——私にとっては巨大に思われる——つぎの事実を覆い隠す。すなわち、民法典は習俗によって作られた。同じように、民法は習俗を形作りもしたのである。この習俗こそはわが法の精髓である、ということ。これを忘れるならばわれわれに呪いあれ。」

以上みたとおり、Rémy は「中間学説」とか「中間的潮流」にとくに注目したわけではない。Jamin は、さらに踏み込み、——「教義学的時代…からはるかに自由な時代…への幸福な移行期」「過渡期」に活動した「中間項」にすぎない「一学派」という、とりわけ Bonnetcase (Jamin は具体的言及を控えるとはいえ) によって形成された——「この紋切り型のイメージ」⁽³⁶⁴⁾に対してむしろ否定的である。Jamin は——後で述べるように——もっとレンジ⁽³⁶⁵⁾

を広げ、1880-1920年代の「ちょうつがい la charnière」の時期に活躍した論者らに着目している。⁽³⁶⁶⁾Jamin は Bonnacase を論駁する反面で Rémy に対しても批判的である。Rémy を暗示しつつ、「当時の学説を新たに命名すること」は無用である、と宣告するのである。⁽³⁶⁷⁾彼は Rémy の諸命題、すなわち民法典制定後、「民法学説が何もないところから出発した」こと、⁽³⁶⁸⁾注釈学派に分類される人々が「民法典に法学者たちを順応させたこと acclimations des juristes au code civil」、⁽³⁶⁹⁾いいかえれば「法典の大義を獲得」したことを承認しつつ、⁽³⁷⁰⁾1840年 (-60年代) 以前と以後のあいだに、「断絶 une rupture」ではなく「進化 une évolution」を見出す限度で Rémy に同意する。⁽³⁷²⁾Jamin にいわせれば、とくに判例評釈を切り開いた Labbé に先立つ論者が判例評釈を企てなかったのは、単に判決集の刊行をめぐる条件が整っていなかったからである、という。彼らも学説と実務の架橋に努めた点では Labbé らと変わりがない。

両者が架橋されるためには、そもそも共同体としての学説と単なる判決を超えた判例が存在しなければならぬ。⁽³⁷³⁾Jamin は Jestaz との共著でこの点を示している (後述)。ところで、Jamin 同様に、——そして Mohnhaupt および Haferkamp 同様に——、学説と実務の關係に注目したのが、Hakim, L'autorité (2002) である。彼は、——アンシャン・レジーム、民法典初期注釈者、注釈学派、そして科学学派をつらぬく——学説の一貫した関心、すなわち学説の權威の確立に注目する。⁽³⁷⁶⁾19世紀末の「法学部は」——と彼は Gatti-Montain, p. 7-11 に反対しつつ述べる——「施行された新しい規範を社会そのものに順応させたのである」。⁽³⁷⁷⁾そして、ことに1880年代以後における学校 l'Ecole の裁判所 le Palais への接近、教授 = 法律家という職能、学説の実務への近接化を強調した。⁽³⁷⁸⁾そして学説の法源性を承認し、「全体としての学説への賛辞 le panégyrique」を述べている。⁽³⁸⁰⁾

以上のように、Rémy 以外の論者は、——もっとも好意的にみえる Hakim でさえも——「注釈への賛辞」に同意しているわけではない。たしかに、Jamin も、少なくとも Labbé に関する限り、Labbé の固有性を強調する。

とはいえ、—— Sabbioneti が主張するのと違って——この固有性を、注釈伝統と科学的現代を架橋する「中間的学説」であることに求めているわけではない。

(3) 歴史学派と「中間的学説」——科学学派による評価

科学学派による評価として Bonnacase によるものと Gaudemet によるものを掲げる。

まず、Bonnacase の歴史学派観は一貫している。歴史学派は科学学派の「先駆者」⁽³⁸¹⁾ または科学学派定礎の「第1段階」⁽³⁸²⁾——1819-31年——である。その特質は法と法律——形式法源と実質法源——の区別⁽³⁸³⁾に求められている。これに対して彼の中間学説観はどういうものか。たしかに、Bonnacase は一貫して Géný を科学学派の主唱者ととらえる。たとえ、「Géný 自身が科学学派の綱領のノーマルな展開とその影響領域において、明らかな混乱を——法技術に対して Géný 自身が割り当てた役割ゆえに——もたらした」としても、である。けれども、その中間学説像は、ことに Saleilles をめぐって必ずしも一定していない。多くの著作で Bonnacase は繰り返している。「実に、運命の法則に従って、注釈学派の勢力は打ち砕かれた。このときにこそ、その賛嘆者らは、革新的企てを目指した。Labbé、Bufnoir、Saleilles、および Beudant の民法に関する仕事は、この革新の企てを示している。この企ては、われわれが尊重する運命の法則に従い、ただちに無意味に帰した。この仕事は単に注釈学派の支配と科学学派の到来とのあいだの移行として役立つにすぎない。」⁽³⁸⁴⁾

つぎに、Gaudemet によれば、現代の科学学派にとって、フランス歴史学派——直接には Jourdan ——はその「先駆者」⁽³⁸⁵⁾であったのに対して、1880年代以後における Beudant、Bufnoir、Labbé はその「法的革新を直接に準備していた」とはいえ、「古典学派の進化方向を追求していた」⁽³⁸⁶⁾。

のちに Hakim は彼らの態度の違いをこう説明している。Bonnacase の企て「は、このときはっきりと Eugene Gaudemet から区別される。Gaude-

met の野心はその師 Saleilles と Génys にオマージュをささげることにあ⁽³⁸⁷⁾った。」しかるに、Bonnetcase のほうはどうだったか。Hakim はいう。「非歴史家の法律家による歴史への訴えは、20世紀はじめにおいて未知の無垢なものではなかった。学問分野への単なる関心を越え、学説史の領域を占拠し、現在および将来の自らの活動を正当化する意思がしばしば見られる。Bonnetcase の仕事の目的はこの傾向を完全に示している。というのも、彼は少なくとも 2 重の目的を追求したからである。」第 1 は、「個人としてキャリアに役立てること」、第 2 は、「集合的であり、大部分彼の仕事の成功を説明する。『注釈学派』批判は実際は若い『科学学派』の大義に役立った。問題は法学者を古く部分的には不適合になった法典から解放し、当時の経済的、社会的変化に関心を寄せる科学を開花させることにあった。」

以上に加え、Bonnetcase と Gaudemet の「中間学説」評価は、現代の論者のそれに比べて消極的であるように思われる。ことに Bonnetcase の Saleilles 評価は矛盾に満ちたものにみえる。だが、Hakim はこれらの疑問に答えない。

われわれはどこから出発すべきか。一方で Bonnetcase 的な二項対立図式——注釈学派／科学学派、法古典主義／法ロマン主義——を全面的に維持することもできない。他方、Saleilles らにオマージュを捧げる立場にもない。Rémy の注釈への賛辞を全面的に受け入れることもできない。ところで Jamin は述べている。「[けれども] 19世紀は一枚岩的であったと考える必要はない。不均等の重要性をもつ、いくつかの要素——その第一位をかたどっていたのはドイツとの間断のない対話である——が、思考の進化をうながしていた。⁽³⁸⁸⁾」Jamin の説くところに従って、われわれはドイツ歴史学派に一瞥を加えることにしよう。

(4) 歴史学派

(i) ドイツ歴史学派

ドイツ歴史学派に対する Jourdan から Saleilles にいたる一貫した批判

は、後者のそれに即して言えば、歴史法学派が法を不可動化（「運命論 fatalisme」）し、過去へと執着し、法の古い慣習詮索に回帰した点（注303）に向けられている。

では実際にはどうだっただろうか。歴史法学派の出発点は「学問を法典に抗して救い出すこと」⁽³⁸⁹⁾（G. Hugo）にあった。「哲学的な自然法体系に抗い、立法者の『恣意』に抗い、そしてまた単なる『健全な人間悟性』に抗い、Savigny が要求したのは、法の学問 Rechtswissenschaft の基礎づけである。ここでは歴史的、教義学的作業が一体となって融合しなければなら⁽³⁹⁰⁾ない。」フランス民法典は、——18世紀オールドナンスの場合（後出注(304)参照）と異なり、逆にプロイセンの一般ラント法の場合同様に——このような法典のひとつであった。Pio Caroni によれば、「法典に結びついた、歴史的に [さかのぼって] 跡づけできない法源（すなわち法典法）の優先性は、彼 [Savigny] の [学問] 革新プログラムの死刑判決を意味した。⁽³⁹¹⁾」「[ありうべき] ドイツ法典は、…それゆえ、学問と歩調を合わせ…るほかにありえない。⁽³⁹²⁾」それゆえに、とりわけ Savigny にとってはフランス民法典は克服の対象であり、逆にフランス歴史学派の面々にとってはフランス民法典と歴史・比較法、判例、そして学問を共存させることが不可避の課題となった。ここに無理がある、ととらえるのが O. Jouanjan（後出）である。これとは逆に、むしろドイツ歴史法学派の影響なしにはフランス学説の成立はありえない、と考えるのが Bürge（後出）である。奇しくも両者ともに Savigny における哲学的契機を重視する。すなわち、Jouanjan が Savigny に対する客観的イデアリスムス——Schelling、Schlegel や Hegel ら——の影響を強調する J. Rückert の見解を承けてその所説を展開するのに対して、Bürge はフランス法学における（Savigny を媒介項とした）Kant 哲学の役割を力説している。⁽³⁹⁸⁾

Caroni 論文は以下の弁明とともに始まる。「こんにち法史学者が『立法および法学に対するわれわれの時代の] 使命』から距離をおこうとするのは、法的に無関係なロマン主義から意識的に離反することである。彼らが前

提にするのは、1814年に大変魅力的な調子で書かれたこの綱領論文のなかに、Savigny の法生成論 *Rechtsentstehungslehre* しか含まれていないということである。[だから] 本論文は拒絶されても仕方がない。しかし、この前提のもとではじめて、こんにちこれほど手厳しく拒絶されていることが理解される。『使命』が Savigny の仕事全体から排除されてもやむをえないか、は、いかえれば以下にかかっている。すなわち、この論文は事実上民族精神論の記述に限定されているか、にである。これを検討することに本稿は捧げられている。その際ことに、Savigny による法典の拒絶も研究される。⁽³⁹⁹⁾」

そして、Caroni は、民族精神論がもつ射程を限定しつつ、こう結論づけている。「民族精神論は、法律による法革新と闘うためにのみ用いられ、その他の点では歴史的作業の準則を述べるさいには差し控えられるのである。いかえれば、民族精神論は『素材を根源にさかのぼって追求する』ことをも、この根源を古典ローマ法と同一視することをも正当化しない。だから、一般的法生成論としての民族精神論と Savigny による歴史的準則の主張とのあいだには明白な矛盾がある。⁽⁴⁰⁰⁾」

Savigny が『使命』で法典を事実上拒絶したとしても、民族精神が一般的な法生成論とは一致しない以上は、いくつかの疑問が提出される。これらの疑問に答えるには、Savigny の法典拒否の理論を民族精神から解釈しなければならぬ。⁽⁴⁰¹⁾

Caroni はこの課題に対してこう答える。『使命』論文は Thibaut に対する回答として著された。Thibaut はこれに先立ち、以下 2 つを求めていた。第 1 に、「現行法を新しい法によって置き換えること」、第 2 に、「法の分裂と法源多元主義 *Mehrheit der Rechtsquellen* を法統一によって除去すること」、である。⁽⁴⁰²⁾ Thibaut 第 1 命題に対して Savigny が対置したのが民族精神論である。それ以上でも以下でもない。「これによると、法律によって達成すべき法革新は不可能である。素材は歴史的にあらかじめ与えられており、法律によってはじめて与えられることはありえない。以上の法生成論こそが、そしてこれだけが、歴史法学派の固有の信仰箇条である。このことに

Savigny 自身何らの疑念も残さない。Savigny が受けて立とうとしたテーゼは、こういうものである。すなわち、『法律に先立って、実定法は生成しない』と。これは法を法律と同一視している。この同一視に対して Savigny は自らの学説を対置した。これによれば、法は法律に先立って生成する。以上が歴史法学派の新しさである。』

Thibaut 第 2 命題に移るとともに、「Savigny は法典に取り組み。しかし、Savigny は法典によって、—— Thibaut と異なって——新しい法を設定すること（これは民族精神論に従えば、不可解なことである）ではなく、むしろ、すでに存在する、法律外に生成した法を書き留めること〔採録すること〕、と理解する。ここにこそ、法典に関して彼が述べたことへの鍵がある。法典は Savigny にとってすでに存在する法の一つの法源システムなのである。…Savigny の法典像はその当時の法典編纂作業にも照応しない。この作業にとっては新しい法によって古い法を置き換えることは統一による法源の分裂を克服すること同様に重要であった。…／しかし、法典に関して Savigny の述べるところを正当に評価しようとするならば、法典を現存の法を書き留めることとして単に形式的な変更、換言すれば法源システムの変更として理解しなければならない。／以上の説明から明らかになるのは、どのような意味で、民族精神論にもとづく Savigny の法典拒否は新たに解釈されるか、である。みずからの法生成論から出発しつつ、Savigny は 3 つの自然法的諸法典を拒絶したにすぎない。これら諸法典は、伝来的法に相応の顧慮を与えることなしに、新しい法を設定しようとした。そうすることで民族精神論に侵害を加えたのである。けれども、新しい法源システムとしての法典に対しては、以上の議論は何も語るができない。Savigny は既存の法を〔そのまま〕採用するような法典を考えていたので、以上の議論は的外⁽⁴⁰³⁾れていったのである。』「法典拒絶は民族精神論から説明できない以上、法典拒絶は歴史法学派のドグマには属さない。歴史学派を特徴づけるのは新しい法生成論であって、一定の法源システムに対する信条告白なのではない。法の歴史的考察に導く新しい法生成論についてだけ、Savigny の『歴史法学雑

誌』序文は問題にしている。法典拒否は一言も言及されていない。⁽⁴⁰⁴⁾」

(ii) 法源多元主義と意思自由

Caroni は『使命』を 2 つの部分に分かっている。第 1 の部分では法素材という実質的問題が新しい法生成論によって解決される。しかるに、第 2 の部分は法源システムという形式的問題に捧げられ、法典編纂の拒絶に頂点を見出す。『使命』を民族精神論と同一視すべきではない。そのいくつかの帰結のうちもっとも重要なのは以下である。すなわち、「Savigny がロマン主義的であり、静寂主義的 quietistisch であり、断念的であり、あるいは非哲学的であるのは、そもそもそういうところがあるとすれば、もっぱら民族精神に関してなのであり、法典拒絶においてではない。」⁽⁴⁰⁵⁾ Caroni は以上を承け、新旧の法源システムに話題を転じる。「法典の考察にあたって、Savigny は新しい法典によって排除されたかつての法源システムから出発する。⁽⁴⁰⁶⁾」「Thibaut にとって…この法源が相互に関連なく成立し、Gönnner が法源の多元主義のなかに『多くの衛星を従えた天体』をみるとすれば、Savigny にとっては自ら認めた普通法の優先性によって、多様性のなかの統一が生じるのである。」⁽⁴⁰⁷⁾

われわれは、Savigny の法典像、ひいて「多様性のなかの統一」に立ち入るのに先立ち、Haferkamp が—— Savigny が直面していた——1806年の神聖ローマ帝国解体以後の時期について述べるところを聞こう。「1806年以後[法の自律化という]この発展の法政治的側面は、ますますはっきりとしていった。旧帝国の崩壊から1871年ライヒ建設にいたるまで、国民的法には国家構造が欠如していた。帝室裁判所規則とともに、1806年最後の帝国法律が發布された。これによると、裁判所における ius commune の適用が明示的に規定されていた。ius commune の批判者らは、こう述べた。すなわち、地域特別法がなお妥当している、と。もしも領邦が——多くはそうであったが—— ius commune について明示に語っていないならば、ius commune はもはや妥当しない、と。」⁽⁴⁰⁸⁾

さて、Caroni の議論にふたたび目を転じると、Bentham らによって法典

の無欠缺性が主張されただけに、「いっそうのこと断定的に、Savignyは指導的諸原則の完全性を強調した。これら諸原則のなかに彼は必然的な法典標識をみていた。法典は、法の指導的諸原則だけを含むべきである。これによって法典はひとつの有機的全体に、ひとつの統一性になるのである。この有機的構造が可能にするのは、指導的諸原則間にある連関を認識し、そこからさらに、法典には明示的に規律されていない事案に対する解決を獲得することである。」⁽⁴⁰⁹⁾

Caroniによれば、Savignyは法典編纂一般に反対したのではない。「Savignyの学問的理想はある法源システムのなかでのみ展開されうる。当該の法源をつねに歴史的に承認するようなシステムのなかでのみ、である。このシステムはその成立を普通法の法源システムに負っており、これと分かちがたく結びついていた。この意味で、Savignyは実際に、G. Hugoの要求に従い、『学問を法典に抗して救出し』ようとしたのである。」⁽⁴¹⁰⁾ こうして「法典法をもつ諸国における法学の意味に関してSavignyが述べたところが理解可能になる。これらの法典の廃止に反対したあとで、彼はこれらの問題に対して態度決定をしなければならなかった。」第1に、「学問は法典を受け入れなければならない。」⁽⁴¹¹⁾ 第2に、「どのように、学問は法典を受け入れるべきであるか。」これに彼はこう答える。「その学問的理想に従い、Savignyは学問に対して法典法の普通法的伝統への結びつきの回復を求める。というのは、『固有の学問生活』は立法からは生まれてこないからである。これら法典自身の歴史的源泉が途切れることなくあらゆる法学の対象であり続けるかぎりでのみ、法典の学問は可能となる。歴史研究はそれゆえに法典導入後も不可欠なのである。／…パンデクテン学において、—— Windscheidにおいてもっとも明瞭であるが——法典法の上記のような学問観はそのもっとも美しい、とはいえ最後の成果を祝ったのである。その後の世代は歴史的命題をもはや古典ローマ法への執着としてではなく、(正當にも)伝来的法の顧慮として理解した。彼らはそれゆえに法典を肯定した。これによって歴史的伝統への結びつきを打ち砕く意思はもたずに、である。」⁽⁴¹²⁾

以上みられるように、Caroni の Savigny 法典論のなかに控えめながらも明瞭に、かつ終始一貫して現れるのは、*ius commune* の法源論、いな——Caroni 自身の表現によれば——「多様性のなかの統一 [性] eine Einheit in der Vielheit」、すなわち「法源多元主義 Rechtsquellenpluralismus」(Mohnhaupt) である。Savigny によれば「あらゆる法源が普通法の基準に従って解釈適用されるべきである。普通法に矛盾するものは、それゆえ、厳格に解釈すべきである。普通法は、その他すべての法源の妥当と解釈とを規定する。どのケースでも基準となる普通法 (Savigny はドイツまたはローマ法をそういうものとして理解していた) のこの役割の強調によって、諸法源内部の統一性は達せられるのである。／こうして、Savigny は中世後期イタリア法学者と同様の解決にたどり着く。当時のイタリアでは、*ius commune* と *ius statutarium* (*ius proprium*) の対立が *ius commune* の統一のなかに解消された。このシステムのもとでは、*ius commune* に矛盾する *ius statutarium* (*statum odiosum*) は厳格に、『*ius commune* に照らして』解釈されなければならなかった⁽⁴¹³⁾。だが、Savigny はここにとどまらなかった。彼は、法分裂に対する Thibaut の非難を論駁するために、以上によって得られた法源の統一性に依拠した。Thibaut は、そのほとんど顧慮しない地域法を排斥することによって統一性を求めた。しかるに、Savigny は、…同じ目的——法源の統一性——を、地域法を根絶することなしに、むしろ普通法の優先性を強調することによって、達成しようとした。というのは、普通法こそはドイツのすべての法律家を結びつける要素だと信じたからである。Savigny はこの当時において、自らがはっきり認識した普通法の法源システムに対して、このような政治的な意味を与えた唯一の人物であった。…／この法源論 (ひとつの法源の優先性の強調による、多様性のなかにおける統一) は Thibaut の法典編纂提案批判のなかに再発見すべきである。⁽⁴¹⁴⁾」

Caroni はこの問題意識を 30 年以上にわたって維持しつづけ、2005 年刊の『法史学者の孤独⁽⁴¹⁵⁾』では、—— R. Zimmermann らの見解 (「新しいパンデクテン主義」)⁽⁴¹⁶⁾ を非難する一方で、——少なくとも見積もっても、法典編纂による

法律家の解釈者から注釈者への転落(「収用」)に関するかぎり——、Grossiの法的絶対主義プログラムに対する支持を表明している。⁽⁴¹⁷⁾

より理念的な Caroni と対照的に、Haferkamp は神聖ローマ帝国瓦解後の法政治的文脈のなか⁽⁴¹⁸⁾にいま一度民族精神論を位置づける。「この文脈のなかで、1814年 Savigny は立法者のない国民的法という観念に訴えた。彼によると、この法は、国民的と承認されたあらゆる法、*ius commune* に先導されたあらゆる法を包括する。この法の担い手は、立法者ではなく民族の共通の意識、いかえれば民族精神である。これを Savigny は形而上学的な価値共同体(注)として描き出した。この共同体が法発展を先導する。国民的法の担い手は、いまやこの価値共同体の専門家たる代表者、いかえれば大学と裁判所にある。『現代ローマ法』(Gustav Hugo) という自律的にいとなまれる学問であった。」そして彼はこう注記している。「Savigny は民族の意識について語っている。Hegel から借用された用語『民族精神』は、Puchta の E. Gans 書評に由来する」、と。別の論文で Haferkamp はこの一節を以下⁽⁴²⁰⁾のように敷衍している。すなわち、「1826年 Puchta はもっぱら用語についてだけ Hegel に依拠しつつ、法の起源を『民族精神』と呼んだ。Savigny によって1840年に受け入れられ、『民族精神』は歴史法学派の綱領の暗号になった。雌雄を決する闘いはこれをめぐっておこなわれた。民族精神を『理性的』にみようとする Gans の試みに対し、Puchta は歴史における『偶然的存在』を提出した。Puchta の民族精神は彼にとって『薄暗い仕事場』であり続け、したがって法生成は人間の意識的形成ではなくなる。『生成したもののそれ自体だけが可視的なことである。』啓示と神の望んだ秩序とによって法を直接に神の支配に服させようとする、この概念にとって等しく危険な F. J. Stahl の試みも斥けられた。これに対して、Puchta は民族精神を(『積極哲学を展開した』Schelling のミュンヘンにおける神話学講義に依拠しつつ)人間精神の自由な運動としてとらえた。『秩序』でも『国家』でもなく『自由』こそが、それゆえに、Savigny とその追隨者らの私法システムの出発点⁽⁴²¹⁾(『萌芽』)となる。」

ius commune を擁護する Savigny とその継承者たちの問題意識はどこにあったか。ここに Caroni と Haferkamp の違いがある。Caroni が自らの問題意識をさしあたり法源多元主義——法の社会化に淵源する「法典理念の危機」(F. Wieacker)、「脱法典化」(N. Irti か) にしばしば関連づけられていた⁽⁴²²⁾——に見出すのに対し、Haferkamp は、少なくともここに引いた諸論文では、とりわけ1806-1871年において「国家なき国民的法」がどのようにして可能であったか、に関心を寄せる。Haferkamp は語る。「危険であったのは、さしあたり地域特別立法である。これは1814年以来各地で計画され、一部は実現されさえした。けれども」と Haferkamp は話題を法源論から意思自由へと転じる——「重要なのは、ius commune の妥当性を擁護することではなく、何よりもまず国家から解放された自由の領域として私法を保証することであった。この課題を引き受けたのが、パンデクテン学者によって用いられた法の概念である。」こうして、Saleilles らによる批判、すなわち静寂主義 Quietismus ——法の不可動化——という批判は乗り越えられることになる。Haferkamp は続けている。「法とは、Kant とともに強制可能性として定義されるのではなく、Hegel とともに、個人の自由の領域から自由意思の可能性として規定される。意思力を起点としつつ、私法は前国家的に出発する。国家は意思自由を割り当ててではなく、むしろたんに承認を与えるにすぎない。あらゆる法的諸概念をこの最上位にある法概念 [意思力] と結びつける企てのなかで、私法は国家から自律化されなければならなかった。」「公法における従属的公民の立場と私法における自由な私的主体とのあいだは徹底的に峻別された。…私法を専門学問的自律化 Immunsierung によって擁護する、という決定のなかに含まれていたのは、同時に、個人の自由を憲法によって保障する、という選択肢に反する決定なのである。パンデクテン学者がドイツ同盟の制度的構造において、どこに位置していたかは明らかである。立法にではなく司法に、である。理想的なのは、自律的に学問的にいとまれる司法である。このことが意味したのは、適用の確かな、かつ実行能力を備えたパンデクテンのシステムである。しかし、このことは司

法の学問化をも意味していた。ここでも自律化が実現されたのである。／日常的政治介入に対する『純粹さ』は、それゆえに、何よりも、パンデクテン法の、国家的、政治的制御に対する自律化にかかわる。⁽⁴²³⁾

(iii) フランス語圏からみた歴史法学派

フランス語圏には Gurvitch 以来歴史法学派研究の蓄積がある。そのうち、スイスの Dufour が歴史法学派の法源論に関して結論的に述べるところは以下のとおりである。「われわれの…省察は、歴史法学派学説における法源概念そのものにかかわる。人々は、この点で、—— Bonnacase から Kristufek にいたるまで——偉大な法典編纂の数々の立法イデオロギーの線上において、こう述べることができた。すなわち、フランス注釈学派は法 Droit を形式法源に還元し、そのうえ、その法源論のなかで実質法源は形式法源のなかに吸収されてしまう。[というのは、] 民法典は法 Droit の形式的源泉にすぎないのではなく、むしろ、——『理性法の理想の受肉』として——同じくその『実質的源泉』でもあるからである。これは、ドイツにおける歴史法学派の法源論の研究がわれわれを導いたのとは反対の結論である。⁽⁴²⁴⁾ Puchta の定式が理解させるように、彼の定式がフォルクスレヒトに対して承認する根本的重要性のゆえに、歴史法学派の法源論は形式法源の概念を実質法源の概念のなかに吸収する傾向にあった。これは、慣習法についても、Puchta における学問法についても明白であり、それだけでなく、Savigny における立法 Législation についても当てはまる。慣習法、学問法、立法は、その伝えるフォルクの実体によってしか権威をもたない以上、ちょうど注釈学派の実証主義とともに実質法源の概念が形式法源のそのなかに消失するように、形式法源概念は実質法源概念のなかに没するわけである。⁽⁴²⁵⁾」

多くの問題が積み残されたままである。だが、ともかくも、以上によって、われわれは、—— Saleilles が批判対象とした——歴史法学派の法概念、ことに法典観を Caroni 論文に従って明らかにすることができた、と信じよう。以上を前提にしつつ、フランス歴史学派に検討を加えること。Jouanjan と Bürge の主張に直面すること。これがつぎの課題である。

(300) 本文所引の Schmitt の議論を引きつつそのドイツ法理解を展開するのは、Jouanjan, *Science juridique et codification en Allemagne (1850-1930)*, *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques* 27, at 68-9 (1998)。ここでは、初宿正典と吉田栄司の訳に依っている。カール・シュミット (初宿・吉田訳) 『ヨーロッパ法学の状況』64-5頁 (1987)。

Droits : Revue... については、以下 *Droits* と略称する。

(301) 拙稿(2)20-21頁 (259-8頁) および32-33頁 (247-6頁)。

(302) 初宿・吉田訳76-7頁。強調引用者。

(303) 「私見によれば、歴史学派は、法の進化に資する解釈方法を提示するときにはじめて、歴史の領域外にある、法の領域において果たすべき役割をもつのである。/[ところが] 不運にも、人びとはそこから解釈上の何らの原則も引き出す術を知らなかった。そして、同時に、このように理解されたこの学派は法を歴史の純粹かつ単なる一章にしてしまい、この学派から固有の自律性を奪い取った。/ここから生じるのが、不可動化の精神 *l'esprit d'immobilisation*、過去への執着の精神、そして法の古い慣習の詮索へのほとんど謎めいた回帰の精神であり、この精神はももとの学派の主要な代表者らの特徴づけたのである」。Saleilles, *École historique et droit naturel*, *RTDC Année 1902*, p. 93.

(304) Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle* 45, n. 110 (2002) はいう。この法律、とくにその7条は「法典によって規律されるすべての事項 [の法源] *les matières* を廃止した。本法は法学説の進化における重要な役割を果たした。学説は『新しい道のなかで仕事に従事することを義務づけられたのである』(Jean Gaudemet, *Les naissances du droit*, p. 351)」。以下本書は、Hakim, *L'autorité* と略称する。

第7条の起草過程について、Pio Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte* 358-360 (2003)。本条に「法典の対象である事項については」(法案6条) という限定が付された背景には、法典に規律がない問題については、かつての法、とくにローマ法が適用される、という Cambacérés の考え方があつた。ただし、古法違反は破毀理由となりえないことが確認されている (Bigot-Préameneu)。他方、本条との関連でフランス民法第2条 (法律の不遡及性) を参照。どうして、第2条がその後、少なくとも裁判所が法典の解釈にあたってことにローマ法や慣習法を参照することを妨げなかったか。いいかえればなぜ「民法典は無から出発した」(注(345)参照) と断言することができないか。この問題に解答を与えるのは、R. Beauthier, *Le "véritable sens" de l'article 2 du Code civil L'ambition du Code civil de remplacer l'Ancien Droit à la lumière de la jurisprudence "belge" de la première moitié du 19e siècle*, in Beauthier et al, dir, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden* 218-221 (2004)。不遡及性に関す

る既得権論 (Merlin) を理由に新法典の適用は回避される傾向にあった。

1958年に19世紀法学方法論に関する著作を上梓した著者による、Wilhelm, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, H. Coing, Hg., *Ius Commune* I 252 & 267-270 (1967) は、18世紀における国民的立法と革命期中間法における——民事陪審裁判所提案のなかで示された——だれにも平易に理解される「法的教理問答」としての民法典像とを対比している。「総じて、18世紀半ばにいたるオルドナンスの形式におけるフランスの国民的立法はその機能上本来的に実質的な法定立なのではなく、その当時に伝来された法の確定および改善であった。[そしてそれは] 全国的な妥当力をもった体系的な新しい版であった。オルドナンスは法革新の用具ではなく、むしろ法保存の用具なのである」(p. 252)。

後述のように、この法典観は Savigny のそれを思わせる。cf. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, QuF 9, at 75-6 & 77, n. 22 (1980).

そして Wilhelm は本論文をこう締めくくる。大革命の終焉とともに、民法典をめぐる革命期の論争についていえば、「その頂点において展開は急変した。フランスにおける私法の法典編纂への道はなるほどその後も続いていった。けれども、あらゆる展開は理論と実務における失地回復であり、伝統と Montesquieu への回帰であった。たとえ遂行された革命の土壌のうえにはあっても、である。」

- (305) A. Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur* t. 1, p. 137-141 (1880); Hakim, *L'autorité* 168-9.

オーストリアにおける修学令と比較 (注(395)参照)。

- (306) アグレガシオンにおける「民法・刑法」「公法」「法制史」「政治経済学」4部門制の確立。注(361)参照。

- (307) Rémy, *Le rôle de l'Exègèse dans l'enseignement du Droit au XIXe siècle*, 1985-2 AHFD p. 99 & 97 [AHFD については本注の以下の部分参照]; Hakim, *De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIXe siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir*, *Droits* 47, at 56-60 (2008); Bürge, *Das französische Privatrecht Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus* p. 497 (2. Aufl., 1995).

以上の消息は、北村「テミスと法学校(1)」法協133巻6号803-798頁に詳しい。

なお、以下では Hakim, *De l'esprit...* は Hakim, Bufnoir と省略して引用する。

Hakim, Bufnoir p. 69は、1895年よりも1890年7月7日デクレを重視する。Hakim, Bufnoir 72に引かれた、1904年7月20日アレテは共和暦12年法の順序を実際上再導入した、という。

Annales d'histoire des Facultés de droit (1984-5), *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* (1986-) は——上記 Rémy, *Le rôle* 論文の場合のように——それぞれ AHFD, RHFD と略称する。なお、本誌の大部分は、<https://uni>

v-droit.fr/recherche/portail-de-la-recherche/revue-d-histoire-des-facultes-de-droit-de-la-culture-juridique/11220-sommaires-de-la-revue-rhfd で閲覧可能である (2017年 8 月最終アクセス)。以上の HP 存在については国学院大学図書館浅田則子氏の尽力によって判明した。記して感謝する。

- (308) Commentaire と Traité との争いについては、Hakim, L'autorité 169-171. 上記の 12 年風月 22 日法第 2 条は「民法学説内部におけるあまたの活発な論争をともなった。これはコマンテールとトレテとのあいだの有名な争いによって特徴づけられている。19 世紀前半以来、いわゆる注釈的方法の主唱者らは教義学的方法を主張する人びとに対立していた。／実際のところ、著者らはこれら両極のあいだで揺れていた。」「コマンテールを選ぶかそれともトレテかをめぐる論争は法律テキストに対して示された尊重と——批判精神をあきらめない——学説の見解の自由とを同時に反映していた。」Planiol, Traité の登場は「世紀末に題材 [取り扱い] における学説の自由の増大をみた」ことの帰結である。Hakim, cit, 170.
- (309) Géný よりも「大胆な態度」と評するのは、Jamin, Demogue et son temps, supra n. 130, RIEJ 2006, at 11.
- (310) Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804 p. 181-2 (2012). 以下本書は、Halpérin, Histoire と省略して引用。
- (311) Halpérin, Histoire 174.
- (312) 本文に記したように、方法 la méthode、内容 fonds の区別は、Jamin, Demogue et son temps, cit 等にも負っている。
- (313) Halpérin, Histoire 177.
- (314) Jacques Donzelot, L'invention du social Essai sur le déclin des passions politiques (1984). 拙稿 (2) 51 頁 (228 頁) 注 (147) 所引田中著、重田著等を参照。
- (315) Saleilles, Le Code civil et la méthode historique, in Le code civil, 1804-1904 : livre du centenaire tom 1, p. 126-7 (1904) 等。本論文にはこうある。「この水平に立ちつつ、フランス判例は、——コーズの理論を引き合いに出しつつであれ、1382 条にもとづいてであれ——、1804 年の法典が等閑に付した社会的レベルを備えた小法典を構成した。…まず何より、このような大胆さは、学説を驚かせることなく、達せられなかった。」「ここから帰結するのは、教義学的性格をもつ対立である。この対立は、フランスにおいて、行き過ぎた哲学的非妥協性のゆえに、理論と実務との類似した分離に達する危険を冒した。この分離について、ドイツでは、歴史的な非妥協性の指導者らによって不満が述べられている。このようなどっちつかずの状態は、もはや存続しえない。こんにち、大学教育のもっとも権威ある師らは、判例を第一の地位に置いている。この点で、Esmein 氏が発刊しようとする RTDC 誌の冒頭に公にした綱領論文を思い起こすことで十分である。確かに、この論文は、正しい用語で判例が法の直接的な源泉である、とは述べていない。[しかし、] 実際は、これこそその帰結である。

[つまり、] 獲得された諸結果を判例の道を通して歴史的に確認し、これらを公式的教育のなかに導き入れることこそは、裁判所によって承認された解釈が一国の法の規則的要素となることを承認することである。そして、Planiol 氏のトレテのような書物によって多くの証拠とともに際立っていることである。そして、以下のように首尾よく判断できる。[すなわち、] フランスにおいてすべての人々が希望した願いは果たされた、と。[すなわち、] 理論と実務との間の、教育の客観的法と裁判所適用の客観的法との間の、異常な対立が終わるのを見る、という願いがである。]

Le code civil, 1804-1904: livre de... は Live de centenaire と略して引用。

- (316) Jestaz & Jamin, *La doctrine* p. 121 (En somme, la doctrine se veut une *éminence grise*.); cf. Halpérin, *Histoire* 179 は、「このアンガジェした見物人の役割」について、Beaud, *Doctrine*, Alland & Rials, eds., *Dictionnaire de la culture juridique* 388 (2003) は「従属の危険」について語っている。Dawson はフランス判決理由がイギリスやドイツのそれに比べて示す簡潔さに注目する。そして述べる。フランスの裁判所は、アンシャン・レジームの強大な裁判権への反動から出発したから、その判決理由の熟慮された形成は、ぶっきらぼうで形式的な表現の仕方によって抑止された。個別の積み重ねと新境地の開拓の任務は大半は学説にゆだねられた。その主要な媒体がアレティストによるノートであった、と。Dawson, *The Oracles of Law* 416 (1968).

以下 Jestaz & Jamin は、Jestaz/Jamin, *La doctrine* として引用。

Dictionnaire... は以下 *Dict culture j* と省略して引用。そのうちもっとも頻繁に引用する項目を著者ととも示しておく、Jamin, *Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique* p. 380 ; Beaud, *Doctrine* p. 384; Chêne, *Enseignement du droit* p. 617 ; Halpérin, *Exégèse (école)* p. 681 である。

- (317) Thaller, *Avant-propos*, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles* p. 28 (1914).
- (318) Hakim, *L'autorité* 195-6 はいう。19世紀末までに、「フランスの民法学者は、こうして、ドイツやイギリスのモデルにとくに還元し得ない、ある態度を採用した。実際教育は、これらの諸システムの相違において、主要な役割を担っている。ドイツとは反対に、フランスの学説は主に法律システムから養分を得ており、その侍女を形成することを目的としなかった。フランスの法エリートは、*jurisconsultes* からなり、これら *jurisconsultes* は、理論を実務へと、学校 l'École を裁判所 le Palais へと結びつけた。けれども、イギリスモデルとは違い、教育はカズイスティックに同一化しなかった。したがって、フランスでは体系化が教授 = 法律家 professeur *jurisconsultes* の分かちがたい職能となるのである。」
- (319) Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit. 660-662, esp. 660-1, n. 235 は、合衆国発のグローバル化に対する反発を窺わせ、古典期ローマ以来の *jurisconsulte* (*avocat* の対) につらなる——と彼は考える——フランスモデルに与する。

- (320) Jestaz/ Jamin, La doctrine 130-9 (2004).
- (321) Grossi プログラムに対する Mohnhaupt の見方については、拙稿(2)241-240頁(38-9頁) 参照。
- (322) Bonnecase, La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente ses variations et ses traits essentiels, tom I, p. 350 (1933). Id, Introduction à l'Etude du Droit Plus spécialement destinée aux étudiants de première année de licence des Facultés de Droit Notions élémentaires scientifique, techniques, pédagogiques et bibliographiques p. 196-7 (No. 155) (1939) にしたがえば、第 1 段階。
 La pensée juridique... は、Pensée と略称し、Introduction à l'Etude... も、Introduction と略称して引用。
- (323) Bonnecase, Pensée, I, p. 376. 同様に、第 2 段階。すなわちこうである。「科学学派は注釈学派が、——[19] 世紀の間中——あらゆる領域においてその学説を主張し、その影響力を行使するように見えるのを待っていた、と考える必要はない。科学学派の歴史は、実際、2つの段階を含んでいる。第 1 の段階は、1819-1831年であり、Thémis 誌とその創刊者 Jourdan の綱領および闘いによって満たされる。第 2 段階は、1899年に Gény の綱領と革新とともに現れる」、と。ここで Saleilles が科学学派からはずされていることに注意せよ。
- (324) Jamin, L'oubli et la science Regards partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles, 1994 RTDC p. 816.
- (325) Bonnecase, Pensée, I, 377-381.
- (326) Saleilles, Quelques mots, supra n 150, p. 482-3 & 495. 「社会および政治諸科学」という表現は当時けっしてめずらしいものではなかった。そこに問題がある。
- (327) 強調引用者。ここでは、公法に政治の科学が、私法に社会の諸科学が結び付けられる。私法の「解釈はテキストに結びつけられなければならない、これを無視する権利はない。[しかるに、] 公法の領域では、テキストの解釈は実務や国家の主たる機構から帰結するもろもろの作用ほど重要ではない」(Quelques mots, supra n 150, p. 483)。さらに、「Coulange はその最後の著作の序文でこう述べている。すなわち、『どの社会も生き生きとした実体であり、歴史家はその生活を描き出す。何年前に、社会学 sociologie という用語が発明された。歴史の語は、少なくとも事情をよく理解する人々にとっては、同じ意味を持ち、同じことを語っている。歴史は、社会的諸事実の科学であり、いいかえれば社会学そのものである』、と。ローマ法教育を以上に述べた [P. Gide の] 仕方では理解する人びとは、今日多数派であるが、すばらしくかつ見事な社会学をおこなっている。そして社会諸科学研究へのよりよい手引きが[ほかに] あるのを私は知らない」(p. 487)。「広くとらえ、広く分類されたローマ法教育は、われわれのもとでは、社会諸科学の最良の補助学であるべきであり、[それなのに] 新しい研究の何人かのパリ所属者は [ローマ法に] 対して敵対的に見え、私

にはこれを薄給 [の地位] に縮減しようと望むように見える。これはさらに危険である」(p. 487)。「諸理念の混乱、これに続く蔓延から法思考を解放することこそは、法学教授らが誰よりもよりよく準備されている任務である。そしてここにも、——法律家 *jurisconsulte* でありつつ、歴史家になった以上は——、完全な社会学の素材を見出さずにはいない。なぜなら、法と歴史は社会学の二つの要素であるからである」(Quelques mots, cit, p. 488)。

(328) Bonnacase, *La pensée juridique française*, I, p. 380.

(329) Guy Thuillier, *L'E.N.A. avant l'E.N.A.* (1983).

(330) Mohnhaupt, *Montesquieu und die legislatorische Milieu-Theorie während der Aufklärungszeit in Deutschland*, in *Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag 191* (1991). この論文によれば、Montesquieu 理論は一般には啓蒙専制君主ら立法者の手引書として読まれた。ドイツの場合は、「君主の意思」——絶対主義下では法律の唯一の妥当根拠である——は理論上法律の源泉としての「理性」によって、とくにミリュウに条件づけられた立法のあらゆる規定根拠によって、少なくとも競合法的設定の審級に服した。この審級——「その国の自然的なるもの *physique du pays*」(モンテスキュー (野田良之ほか訳) 『法の精神(上)』48-9頁 (岩波文庫)) が重要な役割を演じる——は、君主の法産出独占を少なくとも疑わせ得たからである。

本文のように述べた理由は以下にある。すなわち、シアンスポの有力後援者の一人の手になる、Hyppolite Taine, *Fondation de l'Ecole libre des sciences politiques*, in *id.*, *Premiers essais de critique et d'histoire* 142-3 (3^e éd., 1903) に比較法に関して Montesquieu の風土論に酷似した記述があるからである。

(331) Karady, Durkheim, *les sciences et l'Université Bilan d'un semi-échec*, *Revue française de sociologie* p. 298-301, esp. p. 299 (1976).

(332) 同じくパリの法学部に在籍していた政治経済学者 Charles Gide は、デュルケム派の社会的・知的正統性と急進的な科学的反体制的態度の二重性に直面し、「社会学」を「社会諸科学」の全体のなかで、——その教育のなかで——、周縁的地位に追いやった。Karady, p. 301-2, n. 89.

(333) Hakim, *L'autorité* 127, n. 199 [Julien Bonnacase, *L'école de l'Exégèse*, no 5, p. 16に言及]。以下言及されている Bonnacase, cit, p. 16 を引くところである。「注釈学派は19世紀にフランスの主要な民法学者を結集した。その高い権威とともに、Glasson は大変正当にも、民法百周年記念の機会に、その述べた演説中でこう宣言した。すなわち、これら法律家すべては、『ある種の学派を形成し、これを注釈学派と呼ぶことができるだろう』、と。」Glasson, *Discours de M. Glasson*, in *Livre du centenaire*, t. 1, p. 41 (1904). Glasson の論調は、控えめながら批判的である。「それは何よりもまず民法典の注釈者であり、そのテキストに対してうやうやしく、徐々に、条文か

ら条文にその方法に従い、不断に条文の意思に靈感を受けていた。この方法の利点および弱点について皆さんに語るのにとどめよう。私見によれば、少なくとも、もしこの方法を濫用すれば、そしてもしその〔方法の〕適用に厳格にこだわれば、法は科学であることをやめて技術 un art となるだろう、と述べるにとどめる。技術とは法律を解釈する技術である。民法典について書いた最初の法律家たちを正当に評価する必要がある。彼らはこの危険を感知していたようである、と。]

しかるに、Hakim は Bonnacase こそが主導的にとらえる。Hakim, Julien Bonnacase : historien de la science juridique?, in Histoire de l'histoire du droit, textes réunis par Jacques Poumarède, Études d'histoire du droit et des idées politiques, n° 10, 2006, p.291-302. 以下では、オンラインで入手できるバージョンを参照した (<https://www.academia.edu> : 2017年 8月最終アクセス)。したがってページづけは入手された pdf ファイルのものである。また、以下 Hakim, Bonnacase と省略して引用する。

Hakim, Bonnacase, p. 5 & 10 によるとこうである。p. 5 : 「たとえ Bonnacase 自身が名付け親として Ernest Glasson を挙げるとしても、Bonnacase はその真の主唱者 promoteur であった。」 p. 10 : 「Bonnacase は l'École de l'Exégèse の創始者 l'inventeur であった。」

(334) 以上に加え、Glasson は 1886 年に民法典を「ブルジョワ法典」と呼ぶのをためらわなかった (Halpérin, Histoire 170)。Glasson は、1901年、Société d'études législatives の会長となる (事務局長は Saleilles)。この協会の設置は、第 3 共和制の一連の立法改革を受けていた。Halpérin, Histoire 170-1.

(335) Bureau, p. 181. 奇しくも同年に観点を共有する Niort, Homo civilis Contribution à l'histoire du Code civil français が現れている。

(336) Hakim, Bufnoir, Droits 47, at 47 n 2 (2008) ; Hakim, Bonnacase. Hakim によれば、Bonnacase について特記すべきは 3 点ある。第 1 に、彼の歴史記述は矛盾しあう引用の寄せ集めである。しかし社会経済変動に応えた面はある。第 2 に、地方大学対バリ大学の視点、第 3 に、対ドイツの視点がみいだされる。Hakim, Bonnacase, p. 9.

Bonnacase の問題提起はわれわれにはむしろ貴重に思われる。さらに細かい史実は Bonnacase なしには知る由もなかったと思われる。

(337) Bureau, p. 188, n. 105-6. こちらの n は注番号の意味。

Bonnacase に関する注(106)を訳出するところである。「Saleilles (民法典を越えて、しかし民法典によって) と Géný (民法典によって、しかし民法典を越えて) の定式をあまりに狭すぎると考えつつ、Bonnacase のとらえるところによれば、これらの定式は『[実定法の発展を] 多かれ少なかれ大きな程度に、[...] 法典に結びつけている、という印象を与える。が、これは誤っている。なるほど、法実務家は法典のまえに敬意を示し、そこからあらゆる内容を抽き出す。しかし、法学は法典をもっとも

完全 [なしかたで] 無視する。なぜなら、いま一度 [いうなら]、法典は終わりのない人類の進化の途上にある一段階、一記念碑にすぎないからである。』こうして、実定法展開の定式は、Bonnetcase にとってこうでなければならない。すなわち、『法学によって、法律に至り、そして法律を越えて』と。』

ここで引用されている Bonnetcase, Introduction à l'étude du droit plus spécialement destinée aux étudiants de première année de licence des facultés de droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale 1926 は初版である。したがって本書には第2版(1931年刊)と第3版(1939年刊)がある。内容も大幅に増補され、副題も第2版から Le problème... から Notions élémentaires... (注(322)参照)に変更されている。そしてより重大に思われるのは、管見のかぎり、第2版以後、以上に引かれた定式が姿を没していることである。反面で第2版以後法口roman主義に関する記述が増えはじめる。

(338) Bureau, p. 189, no. 25. こちらの no はパラグラフ番号の意味。

(339) Halpérin は、Dict culture j でつづける。「注釈学派の最初の飛躍の段階は、Fenet および Locré [起草過程等の資料] の公刊と Duranton の Commentaire により画された。」cit, p. 683.

(340) 第1点は Bonnetcase, L'École de l'Exégèse, p. 128 (No 47)、第2点 cit p. 131 (No 48) 第3点 cit p. 148 (No 50)、第4点 cit p. 158 (No 52)、第5点 cit p. 172 (No 56)。

(341) Jestaz/Jamin, La doctrine, p. 155 : Arnaud, Commaille, Lescoumes, Serverin らの「法社会学者は異なった、ときには対立しあう視座において、その学科の教育と方法とを認めさせようと努めた。とはいえ、少なくとも法学部の中では十分な成功を収めることはなかった(引用された4人の著者は、特徴的にも CNSR の研究者である)。」

(342) Rémy, L'éloge de l'exégèse, Revue de la recherche juridique, p. 254-262 (1982) ; Droits 1, p. 115-123 (1985). 以下 Droits のテキストを用い(したがってページ付けもこちらのもの)、Eloge と略して引用する。

(343) Bureau, Les regards doctrinaux sur le Code civil in 1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir p. 191 No. 27 (2004). 本論文は以下 Bureau と略して引用。

(344) 強調引用者。Hakim, Bonnetcase, p. 3 :

(注15) Halpérin, p. 79-80 ; id., Exégèse (École), in Dict. culture j.

(注16) Jamin, Relire Labbé p. 260 [以下注(364)に正式な出典を示す] ; Jestaz/Jamin, En relisant E. Gaudemet, in Gaudemet, L'Interpretation du Code civil en France depuis 1804. Presentation de Jestaz et Jamin p. 13 (2002) ; Jestaz/Jamin, La doctrine p. 134.

(注17) Bureau, p. 139 e s. [sic: p. 191 et s のミスプリか]

- (345) Dict. culture j p. 681 (Halpérin) : 「1985年に Rémy は『初等的聖書 une vulgate rudimentaire』 [Rémy, Eloge p. 117] と呼ぶものを攻撃し、『注釈への賛辞』を送ることを提案する。彼はまず、ある学派という考えそのものを非難し、19世紀のフランス民法学説は、職業、気質および政治的見解の相違によって特徴づけられる『もろもろの著者の異質な総体』であったと述べる。ついで彼は、Bonnetcase 当時に唱えられた、民法典注釈者に有利な議論をふたたびとりあげ、ことに『無から出発した』法典の最初の解釈者らの功績に注意をうながす。最後に彼は、注釈的学説は『序文のなかに』ではなくて『注釈全体の内容そのもののなかに』求めなければならない、この学説は問題にされたルール、次いで体系から出発しつつ、カズイスティックをする者と論争者の方法として、すべてを『自由探求』と法の法律への優位への信念との精神のなかに [求めなければならない]。このとき以来現れた歴史的仕事はむしろ、——集団的作業としてのナポレオン法典の注釈者らの一体を代表するものにかかわらず——本来の意味における学派の不在を明らかにする。民法典の『最初の一世紀』におけるこれらの解釈者の方法と学説との評価をめぐる論争は、しかるに、まだ続いている。」
- (346) 拙稿(2)78-9 (201-200) 頁注280. Sabbioneti 122, esp. 122-3, n. 119. 筆者も Sabbioneti 説を真に受けていたことをここに告白する。
- (347) Eloge 117-8. 強調原文。「騒動と激越さに満ちたある世紀 [19世紀] において、その大革命をなお統御しきれていないある国において、—— Arnaud 氏の用語を借りれば——『法律家 juristes の職能』はおそらく魅力をもっていたとはいえ、目立たない魅力ではなかった。こんにち、この当時の学説の観察者に印象を与えるのは、その一般的に掻き立てられ、激動的ですらある性格、その熱情に満ちた論争、その論争的雰囲気である。／注釈は人びとの語るようなものではなかった。注釈は通説において人びとが考えるようなもの——一種の初等的聖書——なのではなかった。こんにち、この当時のフランス法思考に関する判断は、この初等的聖書へと帰着されている。以上こそ私が、——この学派とその学説を考察しつつ——読者を説得したいことである。／第一の驚きは、真の意味で注釈学派は存在しない、と確認することである。19世紀の民法学説について存在していたものはひとつの学派ではない。かえってひとつの作業——ひとつの大きな作業——である。」
- (348) 強調原文。Bonnetcase 自身の言葉を借りるとこうである。「注釈学派の学説の報告、いかえれば民法の科学の構成要素に関するその観念は、その代表者らの仕事の序文中に述べられている。」 Bonnetcase, L'École de l'Exégèse p. 126. この部分は、Bureau, p. 193, n. 124 が明示的に引用している。
- (349) Eloge 116-7 ; Le rôle 91-2. 前者は Arnaud, Les juristes face, cit, 275 を引き、他方後者は 70 & 74 を引く。このうち、前者は Arnaud, cit, 73-4 のミスプリだろうと思われる。

- (350) Eloge 121. 「注釈的^レ学説は存在している。Bonnetcase はこれを——私見によれば誤って——19世紀のもろもろの注釈 commentaires の序文中に求めた。当時の流儀は一般に著者らに対してリーガリストの信仰を宣言するようにうながした。この信仰は、とくに [19] 世紀の初めには法律に対する革命的賛歌をなおも思わせるものであった。そこでは、もっとも政治的なもの [賛歌] は民法典——すなわち臨機応変にナポレオン法典またはフランス人の法典——への賛歌を奏でてきた。けれども、私見によれば、まったく新しい記念碑への序文においてこのように言及したあとは、次いで注釈者らはもっと気ままに振舞った。注釈学説を序文中に求めるのではなく、注釈の本体そのもののなかにこれを求めよう。無限の個別的多様性のもとで、そこにはひとつの方法とひとつの哲学を発見することになる。」強調引用者。
- (351) Le rôle, p. 92.
- (352) 前注参照。
- (353) なかでも、野上「十九世紀フランスにおける法の歴史的研究と法典編纂」『名城法学』48巻4号(1999)。
- (354) なかでも、北村「テミスと法学校(1)(2・完)——19世紀フランスにおける研究と教育との対立」『法協』133巻6号~7号(2016)。
- (355) 憲章=非 Rousseau 的社会契約——Toullier の提案によれば、ルイ18世を申込者、フランス国民を承諾者とする契約——については、Rémy, Le rôle, p. 101-2.
- (356) 大革命初期を支配した「よき野蛮人」の神話——「人間学的オプティミズム」——は、1793年前後の「恐怖」のあと法典編纂期には、「意地悪で残忍な野獣」イメージ (Niort, Homo civilis, cit, p. 64)——感覚主義 (Jourdan のいう「快樂主義 epicurisme」) と結びつく——によって取って代わられる。これを克服しようとしたのが、復古王政期、ことに Thémis の「法的メシアニズム」である (Rémy, “La Thémis” et le Droit naturel, 1987-4 RHFD 156)。Rémy は続ける。憲章と法典を結びつけ、フランス人に民事的諸権利と公的安全を保証する、という「Thémis のこのイデオロギー的側面は、私にとっては少なくとも基本においてドイツ風の歴史主義と同じぐらいに重要であるように思われる。」
- (357) Le rôle, p. 100.
- (358) これは、Academie des Sciences morales et politiques において、1848年と1850年に「民法典の民主主義的精神」に関して読み上げられた報告のなかで、Troplong が述べた言葉である。… [これによれば、] 民主主義はこの「共通法」の「祖国」である。Le rôle, p. 101, n. 32.
- (359) Le rôle, p. 101.
- (360) Le rôle, p. 102.
- (361) 3人ともに、全国アグレガシオン初回の候補者である。1855年適時に各大学により欠員を埋めるコンクールを廃止し、翌年から全国のアグレガシオンが実施され

た。これは、1855年12月20日デクレによる。Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, p. 84 (1987) はいう。Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 a nos jours* 8 (1968) は述べている。「知の一体性は、リクルートメントの一体性によって象徴されていた」、と。アグレガシオン・コンクールに関する Conseil supérieur de l'instruction publique への報告書で、A. Esmein はつぎのように強調している (n. 37 : *Beauchamps*, t. V, p. 608)。すなわち、単一のアグレガシオンは決定的に非難された、と。1896年7月23日アレテは、この一体性を打破したのである。それは、アグレガシオンの4部門への分化を開始した。つまり民法刑法、公法、法制史、経済学 (n. 38 : *Beauchamps*, t. V, p. 615) がそれである。各分野ごとの専門的リクルートメントはそれぞれの自律的發展への道を開き、こうして重要な科学的革新を可能にした。このような問題提起のなかでは、教育方法は、完全には適応させられていなかった。ナポレオンの観念は教育方法を「口述筆記 dictée」に限定し、その後の政治体制は講義 *cours magistral* で満足していた。注釈 [学派] によって定義された法教育は、このような教育方法と完全に一致していた。法と批判とは完全に矛盾しあうのである。第三共和制のもとで、限定された方向づけは、異なった教育方法をうながす余地のあるものであった。けれども、ここでも伝統は粘り強く、何ら重要なことは実現しなかった。随意の討議 [ゼミ] *conférences facultatives* の制度だけが、講義のシステムを革新しようとした。とはいえ、討論は非常に下級の役割しか占めなかった。

以上が Gatti-Montain の主張である。Legendre は付け加えている。「われわれの先行者は、支配的な自由主義を信じる奉仕者であり、経済と法を結びつけ、『所有権と個人の自由への尊重を基礎づけようとした』(F. Laferrrière) ののである」、と。以下 Gatti-Montain, ... は Gatti-Montain と略称して引用する。

なお、Esmein (*Beauchamps*, t. V, p. 608) によるとこうである。刑法、政治経済学、公法私法の歴史、等々導入という「この大きな革新運動のなかで、法学部は旧来の主要な領域を保持しつつ、いいかえれば法実務への準備をする職業教育を保持しつつ、科学的潮流のなかに完全に入ったのである。法学部は今日、もっとも精緻かつもっとも実り豊かな諸要素のそれぞれについて高次の知的文化を与えるのに貢献している。法学部であることをやめずに、この学部は政治および経済諸学部へと変わったのである。事物のこのような状態は、1895年4月30日デクレによって確認され承認された。このデクレは、学生の選択に応じ、博士号の異なる二つの形式を創設した。すなわち、ひとつは『法学』と呼ばれる博士号、いまひとつは『政治および経済諸学』と呼ばれる博士号である。／この変容が実現されると同時に、とくに科学的レベルの現象が生じた。この点に立ち入る必要がある。法のいくつかの分野はかつてはテキストの注釈に甘んじていた。が、真の、理論において豊かな、歴史と比較法によって豊穡にされた諸科学になった。すなわち行政法や憲法 [のような分野がそれである]。最

後に、財政学や産業立法・経済のような他の諸科学はなお新しい科学的形成である。だがすでに膨大な文献が蓄積されている。／講義のこうした豊かさと多様性を前にして、単一のアグレガシオンは決定的に非難されることは明らかである。単にかつてのアグレガシオンがローマ法とフランス民法とに集中していた[から]ではない。というのは、ローマ法はもはや教育全体の大体三分の一しかカバーしないからである。そればかりか、アグレガシオンの一体性原則そのものが非難されている。この一体性が擁護されるのはつぎの場合だけである。すなわち、試験を百科全書的にし、かつ法史やローマ法とともに現代私法、公法、政治経済の基本部分をそこに含む場合にしか、もはや擁護されない。…」Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique sur un projet d'arrête portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit, par M. Esmein, membre du Conseil.

(362) Rémy, Le rôle p. 104-5.

(363) Duvergier のミスブリかと思われる。

(364) Jamin, Relire Labbé et ses lecteurs Archives de philosophie du droit 37, at 247. 以下この文献は、Jamin, Relire と省略して引用。

(365) この「中間的」という用語法は、Demogue, 1872-1938 にも適用される。すなわち、「Arnaud は単純に、Demogue につき、彼は『注釈学説を柔軟化させ始め、こうして学説を社会経済的かつ政治的進化に適応させようとした』のである (Les juristes face, p. 177)。Demogue はしたがって二流の著作者であり、二つの学派はなかったにせよ、二つの時期のあいだの中間となろう。」Jamin, Demogue et son temps, cit, RIEJ 2006, at 5.

(366) 「ちょうつがい」の語については、Jamin, Relire p. 250 ; Jamin, L'oubli et la science の副題 (注(324)) を参照。Jestaz/ Jamin, La doctrine, cit, 120.

さて、Jamin は「中間項」「移行期」「過渡期」をどうみているか。Jamin, Relire 247 を訳出するとこうである。すなわち、注釈から科学への移行という「この移行の幸せな期間」において、「移行期の才知あふれる著者として、Labbé はこうして単なる中間項にすぎない存在に縮減される。この中間項は、より実用主義的な学説の時代を告知し、この時代は法律の唯一の定式から距離を保ち、判例の権威も影響も否定しないであろう。」

Jamin, Relire, p. 266 は続ける。「こうして Labbé [1823-94] は驚くほどに、その同時代人 [ここでは、Demolombe, 1804-87, Troplong, 1795-1869, Laurent, 1810-87 —とくに Laurent, Etudes sur l'histoire de l'humanité, tom. 18 Philosophie de l'histoire は個人の自由の発展、進歩と進化を信じた] に近づき、もはや——注釈伝統と科学的近代性との——『中間』論者とは呼べない。[注釈と科学の] 代表はさらにそれほど明瞭ではない。」

しかるに「ちょうつがい」の時代はどうだったか。Jestaz/Jamin, La doctrine 120

によれば、「以上に見たように学説は今日われわれが知っている相貌を大体1920年ごろに獲得した。大体40年続いたちょうつがいの時期 une époque-charnière の大体の終期である。にもかかわらず、この日以来、進化は得られていない。しかし、進化は歴史的特質の文章を正当化し、同時に現状を示すのに十分なほどに興味深いものである。」その記念すべき日付は1899年11月と1902年 (RTDC 発刊) である。

Jamin, *Les intentions des fondateurs* 2002 RTDC 651はこれら2つの日付を以下のように圧縮して述べる。「ここにこそ、*Revue critique* ——フランスの法学雑誌でもっとも権威あるものになる——と RTDC との主要な相違がある。*Revue critique* においては判例はそれ自体の精神において研究されることはないのである。／たとえ立法者は法の諸原則から離れることのないように注意しなければならないとしても、——と Helie は述べる——法律の力は、1851年には疑問視されないうちになっていた。問題は、法律の研究——ことに民法典の研究——をなお判例分析によって補充することなのである。民法学者の新世代の増大しつつある一派にとって、事物は変わらなければならない。1899年に [Gény 序文で] Saleilles が述べたように、本質的なものは法典に役立ち、あるいはその規定を補完することではもはやない。むしろ、『民法典を越えて』いくことが [大事] である。」

とくに Jamin, *Dix-neuf cent, Dict culture* j p. 381 は以下のように補足している。「しかし運動は、第三共和制の到来とともに始めて歩調を速めるのである。ひとつの危機の諸要素すべてがこのとき結びついた。民法典の解釈作業は、終末に近づいていた。およそ一世紀にわたる注釈によって可能になったのは、その方向性をつかみこれに政治的正当性を付与することであった。もはや民法典を形づくるのはナポレオン体制の事業—— Toullier が [19] 世紀初めにはなお主張していたような——ではなく、一国の所産、いいかれば古法と中間法との和解 transaction の記念碑であった。その偉大な注釈者らは、このころ新しい世代の代表者らのうちでもっとも輝かしい人々によって論理必然的に挑戦を受けていたのである。彼らこそはその飛び出した1856年の法学部アグレガシオンの最初の全国コンクールのあとに、20歳の成熟に達したのである。法律出版の際立った改善によって彼らはことに裁判所の作業の実り豊かさを認識した。裁判所の注釈はこの世代にとって、いまや古びてしまった民法典の注釈よりも有益なものになった。この世代はこうして、アレティストを生み出し、その先駆者として Labbé は、判決文の下方に公にされた多くのノートの公刊により、19世紀の最後の20年の新しい判例に同伴する術を知り、しばしばこれを予見したのである。もろもろの理念の革新は、民法学者らの目にはその学科の優位性があらゆる方向から脅かされているように見えただけに、不可避に思われた。」

脅威は3つであった。第1に政治経済学、第2に政治諸科学、第3に行政法学である。Jamin, *Dict culture* j, p. 381.

(367) Jamin, *Relire* p. 257, n. 78.

Jamin は Rémy を想定しつつ述べる。「この紋切り型のイメージはこんにち、挑戦を受けている。著者のなかには、民法典の最初の注釈者たちの仕事を復権しようとする者もある(注4)。」しかし、「当時の学説を新たに命名することは、…無用であろう」(Jamin, *Relire* 257)と。

〔注4〕 とりわけ、Ph. Rémy, *Eloge*, ..., p. 254 et s ; *Le rôle* ... p. 91 et s ; Ch. Atias, *La controverse et l'enseignement du droit*, 1985 AHFD p. 107 et s ; ... 。

- (368) Jamin, *Relire Labbé* p. 258, n. 81. これは北村を始め多くの論者の説くところと異なる。Sturmel, *L'école historique française du droit a-t-elle existé?*, Rg 1/2002, at 96-7によると、「法典は、…不可避的に破壊的な帰結を生じる。法典は法発展の連続的な流れを破壊する。これがドイツにおいて生じたことであった。…けれどもフランスでは法典はこのようなところから生じてはいないのである。…したがって、フランスでは法典は典型的に国民的な長い過程の不可避の帰結であり、この観点からみればそれは完全に Savigny 的構成に一致しているのである。」

「民法学説は無から出発」したか。ここには、論争の萌芽が潜んでいるように思われる。Caroni, *Einsamkeit*, infra n 413, at 149-152によるとこうである。「こんにち、…次第にいまひとつの解釈が主張されるようになった。これによると、明示または黙示に受け入れられているのは、こうである。すなわち、法典は普通法の法源システムをけっして根本的に変革したのでもなければ新しいシステムによって置き換えたのでもない、と。…この主張は、Savigny にさかのぼる。[彼によれば] 法典は周知のとおり全体的な、そうでなくても既存の法を単に書き留めたにすぎない。」一般ラント法にしてもフランス民法典にしてもそうである。だが、この見方は「新しいパンデクテン主義」の主張でもある。「結論全体はあきれかえるべきものである。『法典もこれを基礎として実行される法の継続形成も』本質において統一的な、*Corpus iuris* にさかのぼる、ヨーロッパ共通の法学の長い、途切れることのない発展、いいかえれば顕現なのである。」そしてこう呼びかけられるのはちっとも偶然ではない。すなわち、「Savigny に還れ」、と。

- (369) Jamin, *Relire Labbé* p. 262, n. 103.

- (370) Rémy, *Rôle*, p. 101 et 105.

- (371) *Recueil général des lois et des arrêts* 発刊の年。Jamin, *Relire* 256 ; Jestaz/Jamin, *La doctrine* 103.

- (372) Jamin, *Relire* 257-260.

- (373) “la jurisprudence des arrêts” から “la jurisprudence” への移行、“la doctrine des auteurs” から “la doctrine” への移行。前者は整合的全体を、後者は匿名性の増大を意味する。Jestaz/Jamin, *La doctrine* 128-130 (2004).

- (374) 拙稿(2)41(238)頁。

- (375) とくに、p. 135 & 186-198. 正式書名等については注(304)参照。

- (376) 「それゆえに、根本的連続性を上記の注釈学派の面々とその先行者らとの間に、同様にその後続者らとの間に見て取ることができる。もし Portalis と Gén y、Saleilles、あるいは Planiol との橋渡しが存在するならば、伝統は19世紀法学のこの両極の間で途切れることがなかった、ということができない (原文のまま)。こうして、Demolombe の仕事は、Saleilles、Gén y あるいは Vander Eycken さえも、19世紀末と20世紀初頭において示したことを予示しているのである。われわれは、さらに、Saleilles とか Gén y において、彼らの先行者らにおけると同じ方法論的反射 (ママ : réflexes méthodologiques) をみいだす。したがって、アンシャン・レジームの著作家ら、民法典の最初の注釈者ら、その直接の後続者ら、そして20世紀初めに法学を革新しようとした若い世代の間の脈絡は、途切れることがないように思われる。この脈絡は、いずれにおいても、学説の権威を基礎づけ、[つまり] これを行うための手がかりを与える、解釈者の媒介者 [を基礎づける] という問題となろう。」 Hakim, *L'autorité* 135.
- (377) Gatti-Montain はこの個所で積極的に19世紀の法学部が規範の社会への順応を拒んだと主張しているわけではない。むしろ、Hakim は Gatti-Montain のトータルなパラダイム、ことに Bonnacase と Arnaud に大幅に依拠しつつ書かれたと思われる p. 61-104 に言及し、これを批判すべきであったと思われる。Gatti-Montain は、とくに p. 80 で、社会諸科学からのほぼ全面的な自律性獲得に心を砕く——「烏占官 les pontifes」(Bonnacase)、あるいは「大祭司 grands prêtres」(Arnaud) としての19世紀の juristes 像を描き出しているからである。
- (378) p. 180-6, esp. p. 185, n. 235 : Contra: Gatti-Montain, cit, p. 7-11.
- (379) p. 192-8, 201-213, 213-226, 126-132.
- (380) p. 418.
- (381) Bonnacase, *Pensée juridique française*, t. I, p. 350 (1933).
- (382) Bonnacase, *Introduction à l'étude du droit* p. 196 (1939).
- (383) Bonnacase, *L'école de l'Exégèse* p. 42-3 (No. 17) ; Bonnacase, *Pensée* I, p. 297 (No. 153).
- (384) Bonnacase, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, cit, 42-3 (No. 17) ; Bonnacase, *Science du Droit et Romantisme*, cit, p. 3 (No. 2).
- (385) Gaudemet, *L'interprétation*, cit, p. 78-81, esp. 78.
- (386) p. 119-120.

Bureau は Bonnacase の 3 つの時期 (1804-30, 1830-80, 1880-99) を前提に、第 3 期についてこう述べている (p. 181)。「その輪郭は、しかし、より不明瞭なものになり、[このことは] Bonnacase にとっては注釈学派の没落を証拠立てるものであり、E. Gaudemet にとっては、移行期を基礎づけるものであった。この時期を描き出すために、Beudant、Bufnoir、Labbé の名がもっともしばしば呼び出され、これに

Bonnecase は Saleilles の名すら付け加える(注72)。というのは、[これらのうち] 誰一人として古典学派の諸原則を放棄しなかったからである(注73)。」

(注72) Bonnecase, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 1924, p. 43. Bonnecase 42-3 は本文に訳出してある。本稿12(77)頁注384相当部分参照。

(注73) E. Gaudemet, *L'interprétation*, cit, p. 112 : Beudant, Bufnoir et Labbé のうち、「誰一人として古典学派の主要な諸原則を否認した者はいない。」cf. p. 119-120 : 「確かにこれらの師はまだ古典学派の発展の基本線を追及していた。しかし、彼らは諸理念の間断なき進歩によって、これを極致にまで導き、[そこでは] 方向づけそのものが変化する。／今日この仕事に栄光を与えるのは、Saleilles と Gény である。もしここで簡単な概要ではなく完全な眺望を与える と主張するならば、この2つの名に、Hauriou、Duguit 両氏の名を加えなければならぬ。彼らは諸方法の科学的進歩に力強く貢献したからである。…もし私が私法領域において Saleilles と Gény の名が企てられた仕事と獲得された成果をまとめかつ象徴すると言っても、何の疑いもなしに受け入れられよう。Saleilles は開始者かつ鼓吹者であった。Gény は改革を実現し、あらゆる問題を解いたわけではないとしても、少なくともすべてを今日誰も免れ得ないほど明瞭な用語で提起した。」

(387) Hakim, Bonnecase, p. 9.

(388) Jamin, *Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique*, *Dict culture j*, p. 381.

(389) Caroni, *Savigny und die Kodifikation Versuch einer Neudeutung des "Berufes"* *ZRG GA Bd. 86*, at 163, n. 394 (1969).

(390) Haferkamp, *Art. Historische Rechtsschule*, Friedrich Jaeger, Hg., *5 Enzyklopädie der Neuzeit Gymnasium — Japanhandel Sp. 499* (2007).

(391) Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit, p. 163.

(392) Caroni, *Savigny und die Kodifikation*, cit, p. 163, n. 394.

(393) 民法典と歴史。「これらの著者 [Jourdan, Klimrath ら] がドイツ歴史学派から借用したのが、法の歴史研究およびとくにローマ法の研究を革新しようとする野心である。彼らにとって問題は、Cujas とか Doneau のテキスト注釈にけりをつけ、真正のローマ法源を革新することであった。しかし、彼らは人民の精神すなわち Volksgeist から生じる法理念を考慮しなかったし、あらゆる種類の法典に対するドイツ著者らの辛らつな反対でさえも考慮しなかった。この点については、Thémis の著者らはドイツ学派の反対にあり、その歴史的運命論を退けた、とさえいうことができる。ローマ法の研究は彼らにとって『時の連鎖』(Klimrath の愛好した表現) 再開のための手段であり、民法典をナポレオンだけの仕事では何らなく、むしろ、長い伝統の帰結とするのである。」Jestaz/Jamin, *La doctrine* 99 (2004).

注(345)にあるとおり、多くの論者が「民法典が無から出発した」ととらえるのに対し、フランス歴史学派は異を唱えたのである。

民法典と比較法。Jourdan は「比較法の重要性を法の進歩の不可欠の要素として強調した」。Arnaud, *Les juristes face*, cit, 66.

(394) 民法典と判例。「もし彼らにとって民法典が法の出発点でないとすれば、いっそうのこと、終着点ではないのである。ラインの対岸で書かれているのと正反対に、Thémis の主張者にとって、法典はより完全なものにすべきテキストであり、したがって、これを改善するのに適したすべての見解を結びつけなければならない。これこそが、この雑誌のなかで主要作品の文献学的書評や、とくに『判決中の判例 jurisprudence des arrêts』に割り当てられた部分が占める、次第に増大しつつある部分を説明するのである。」Jestaz/Jamin, *La doctrine* 99 (2004).

(395) 民法典と学問。「注釈学派に対する標準的攻撃は、一般的仕方であらう。すなわち、歴史研究は法認識を得ようと望む人々にとって無価値であり、さらにまだこの認識に達していない人々にとっては危険でさえある、と。歴史的方法の主唱者らは反対にこう述べる。すなわち、『新しい立法は相当に時代遅れであり、学問の進歩を妨げてきた。』今後は法律は歴史によって解明されるべきである。『[歴史の] テキストの権威によって、注釈者らの篡奪者の権威を破壊しなければならない。』いいかえれば、惰性を打ちこわし、法の宮殿を全体として再検討しなければならない。」引用部分は Jourdan の Warnkoenig 宛書簡の表現である。Sturmel, cit, 95.

実際、Edouard Laboulaye は1840年、公教育相 V. Cousin の支援を受け、おもに大学制度研究のためにドイツに赴く。

そのドイツ、ことにプロイセンでは何が起りつつあったか。これに答えるのが石部雅亮「法典と法律学(1)——『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』の研究のために」『大阪市大法学雑誌』27巻3・4号(1981)である。その373頁に研究プログラムが掲げられている。「…歴史法学、とくにサヴィニーにおけるプロイセン法と普通法＝ローマ法との関係は、国家と大学、国家的立法と法律学、実務と理論との関係の問題にまで拡がっていく。法典の編纂によって法律学はどのような状態に置かれることになるのか。法律学の実用的側面と理論的側面はどのような関係に立つのか」と。

このプログラムによって導かれた帰結のひとつは、オーストリアとプロイセンの相違である(「法典と法律学(2)」『法学雑誌』28巻1号68頁(1981))。「1810年の修学令によって、オーストリアでは、普通法の支配に終止符が打たれた。それに対して、プロイセンでは、一般法典草案の成立直後は、ツァイラーの計画と基本的には一致する後期自然法学の法学教育の構想が立てられた。しかし、プロイセンの法典編纂者は自ら法学教育の改革にまで携わることなく、それを修学令によって制度化することはなかった。プロイセンでは、18世紀の最終時期に、新人文主義の思潮に促されて、ロ

ローマ法学の再生の機運が生じ、やがて歴史法学の登場を迎えることになる。まさにこの学派によるローマ法学が興隆に向う時期に、オーストリアでは、ローマ法学は逆に片隅に追いやられ、これでもって法律学の全ドイツの連携は絶たれてしまった。」

- (396) リュッケルト (耳野健二・西川珠代訳) 「サヴィニーの法学の構想とその影響史——法律学・哲学・政治学のトリアーデ」『比較法史研究の課題』236頁(1992)。本稿には原典に関する記述が欠けている。おそらくは、以下が上記翻訳に該当する。Rückert, Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, Ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute, 61 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis p. 76 (1993). p. 65, Fn. には、本稿は「1991年3月京都における講演の書き直し」である、とある。
- (397) Jouanjan, Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle 149-151 (2005).
- (398) ビュルゲ (金山直樹・田中実訳) 「十九世紀フランス私法に対するパンデクテン法学の影響——Vermögenからpatrimoineへ」『比較法史研究の課題』260頁には、「ケーニヒスブルクとのつながり (ママ——ケーニヒスベルクのみスプリカ)」という表現がある。原典等についてのメモは285-6頁にある。
- (399) Caroni, Savigny und die Kodifikation, cit. p. 101-2. 以下原則として表題等を省略し、ページ数のみで示す。『使命』については新訳が現れつつある。サヴィニ (守矢健一訳) 「立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について (その一)~(その三)」『大阪市大法学雑誌』59巻2号、60巻1号、61巻1・2号 (2012-14)。SavignyではなくStahlとBeselerを例示しつつ、「歴史学派において法典編纂思想が次第に承認された」というH. H. Jakobsの見解に言及するのは、Schröder, Recht als Wiss 204, n. 70 (2012) ; id., Recht als Wiss 201, n. 69 (2001)。Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhundert 45, n. 80 (1983) 以下はCaroni説の論駁にあてられる。「こうしてわれわれはSavignyの法源論において、法典編纂は災いであること、そしてどうして法典編纂があらゆる保守主義、ローマ法愛好を度外視しても災いでしかありえなかったか、を知る。」

以下Caroniが主題化するのは、Savignyの法Entstehung論と法源論である。問題は訳語である。石部雅亮「いわゆる『法典論争』の再検討——『サヴィニーと歴史法学』研究 その1」『大阪市大法学雑誌』39巻3・4号447-460頁(1993)とこれに先立つ児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』135-140頁(1988)は「成立」の語をあて、しかるに赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』82-105頁(1995——初出『熊大法学』76号(1993))は「生成」の語をあてる。もっとも、石部454頁は「生成」に言及し、他方赤松106頁は「成立」について語る。われわれも迷う。が、たとえば「法は法律に先立って成立する」と訳

出するとじっくり来ない。有機的・進化的ニュアンスをこめて「生成する」と訳出するほうが『使命』における原意——石部論文上掲個所参照——に近い印象をもつ。それゆえ、以下では法「生成」論と呼ぶことにする。Puchta の場合についても同様に「生成」論と訳出する。Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die “Begriffsjurisprudenz” 338 (2004) 参照。

なお、Haferkamp, Georg... は以下 Haferkamp, Puchta und Begriffsjurisprudenz と略称して引用する。

(400) p. 138.

(401) 疑問とは以下 3 つである。第 1 に、なぜ Savigny は『体系』その他で民族精神論を一部改変しながらも法律を法源のひとつとして承認し、しかるに法典は拒み続けたか。第 2 に、どのようにして、19 世紀半ばに歴史法学派の真の同調者（たとえば Bluntschli）は法典に賛成できたか。第 3 に、Savigny は『使命』で個別法律ではなく、もっぱら法典そのものを拒んだ、と主張されることがある。だが、個別法律も有機的発展への介入ではないか。Caroni, Savigny und die Kodifikation, cit, p. 140-1.

(402) p. 141.

(403) p. 141-3.

(404) p. 144. 以上が注(401)に掲げる疑問点第 1 への回答である。しかるに第 2 点、第 3 点に対する回答はどうか。彼はこう答える。

第 3 点に関していえば、法典は法を変更する個別立法に変換されてはならない。Savigny はこれら両概念を明瞭に区別し、この区別は量的なものではなく質的なものであることを強調している。新しい法を設定する個別立法は、Savigny によって民族精神論を根拠に反対されている。『使命』においては、すでに存在する法を書き留める、それゆえに法設定機能をもたない個別法律だけが許されている。p. 143-4.

第 2 点についていえば、歴史法学派の追随者はすべて「法は単に法律によってだけ生成するのではない」という見解であった。けれども、すべてが法典を拒絶したわけではない。この点を紛うかたなく裏づけるのは Bluntschli である。司法の学問化が進み、法学が法典編纂を可能にする段階に至っていた、ということから、Bluntschli によるチューリヒ法典編纂の企ては説明されるのである。p. 144-5.

(405) p. 145-6.

(406) p. 151. この一文を受けて Caroni は p. 151 で以下のように述べている。「継受を彼は本質において司法の学問化ととらえたが、15/16 世紀にローマ法をドイツへもたらした。このことは民族意識に一致しており、それゆえ『内的必然性』をもって起こった。したがって、ローマ法の、いうところの外国性について手厳しい批判を提起するのは当を得ていない。たしかに『本来は外国由来の』ローマ法は、幾多の世紀を経て彼らの（すなわちドイツ国民の）固有の本質の一部となった。そういうものとして、ローマ法は地域法の分裂した法源と並び、立ち現れる。」

(407) p. 151-2. 強調引用者。

(408) Haferkamp, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert -- „reines“ Recht? in Depenheuer, Hg., Reinheit des Rechts p. 84 (2010).

「Savigny はそうした [法典] を求める価値のないものにとらえた。しかるに、彼は統一的裁判所には同意した。しかし、彼は法的統一性をそのなかに保証されるのではなく、むしろ統一的なドイツ法学のなかに保証される、と考えた。」Haferkamp, Art. Historische Rechtsschule, Friedrich Jaeger, Hg., 5 Enzyklopädie der Neuzeit, cit, Sp. 500. 注(421)のOgorek/Haferkampの個所を参照。

(409) p. 154. 強調引用者。これはBürgeの主張にかかわる。II(b)(4)(iv)で触れる。

(410) p. 163. 強調引用者。

(411) p. 164. 以下はつぎのように続く。Feuerbachの主張——「学問から生じたものはふたたび学問に回帰する」と「類似して、Savignyは法典法の学問的取り扱いの必然性を認める。『というのは、法典そのものは理論的仕方で生まれ、この仕方でのみこれを確実さをもって試験し、整理し、完全にすることができるからである。』この必然性をSavignyは1818年新たに取得されたライン地方における一般ラント法導入に関するその鑑定書中で強調している。彼はそのなかでプロイセンの法典編纂の失敗を法典と法学の混同に帰している。一般ラント法は実務と(普通法的)学問とのかつての結びつきを、『新しい結びつきを作り出すことなしに』解消してしまった。」強調引用者。

(412) p. 164. 強調引用者。「…」で示した省略部分は、こうである。「しかしこのことが意味したのは、法典法はそれ自体から解釈され継続形成されてはならない、ということである。すでにSuarezによって主張されていた見方、すなわち法典は完結した全体、新しいコスモスである、という見方の基礎には、たしかに彼[Suarez]なりの法典概念があった(そしてここから、法典法の優先性を導き出したのである)。しかし彼[Savigny]はその学問的理想にもとづきこの思想を論駁した。」

(413) 以上の法源論——「古いものと新しいものとの闘争」(Caroni, Savignys „Beruf“ und die heutige Krise der Kodifikation, 39 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 472 (1971))によって特徴づけられる——を初めて提示したのは、イタリアの法史学者F. Calassoである(id., Introduzione al diritto comune 106-7 & 111-6 (1951))。Calasso, cit, p. 106 いう。「普通法の時代は統一という、すでに触れた、あの根本的理念が法の世界に浸透し、普通法と固有法とのあいだの矛盾の基礎を作り出した時から始まる。/[以上の見方は] 反論されている。だが、普通法はあらゆる事例において特別法に直面することを前提にしている。真実は、それどころか、慎重に一般化しつつ、こう述べることができる、ということである。すなわち、普通法と特別法との対立は法生活に内在するもろもろの特徴を表している。これがすなわち、古いものと新しいものとの闘争、体系の一般的準則と個別の諸要求との闘争である。この闘いは、

より多様な歴史的配置を引き受けうる。だが、その単純さにおいてあらゆる法体系に存在し、複雑な形式に達したり、これを引き受けるにいたりする、と」(p. 106)。

Caroni, Die Einsamkeit des Rechtshistorikers Notizen zu einem problematischen Lehrfach p. 131, n. 55, 123-4, & n. 21 & 22 (2005) ; Caroni, Savigny und die Kodifikation, cit, ZRG GA 86, at 152, n. 320 & 175, n. 458 (1969) は、Calasso に言及する。なかでも、注(415)に掲げるような法源システム観について Caroni 131, n. 55 はいう。「この法源システム形成の基本的特徴において今なお説得的な歴史的叙述は、F. Calasso にさかのぼる。…個別の批判的評注は近年の叙述中でさまざまな仕方ですら定式化されている。…以上の漸次的『見直し』の最初の帰結は、少なくともこんにち確立し、以下のように要約することができる。すなわち、Calasso は普通法を立法活動の帰結ととらえる傾向にあったのに対して、こんにち人びとはむしろ、普通法上の優先の背後に(立法の、ではなくて)判決の優位を見出しがちである、ということである。」

なお、Mohnhaupt によれば、法源多元主義のもとで、市民法とカノン法、*ius commune* と *ius statutorum* についておびただしい異同弁文献 *Differentienliteratur* が出版されている。これらは大部分、アリストテレスやキケロに従っており、トピックに根拠づけられていた。Id, Die *Differentienliteratur* als Ausdruck eines methodischen Prinzip früher Rechtsvergleichung, Durand et al eds, *Excerptiones iuris Studies in honor of André Gouron* 444-5 (2000). シュレーダー (石部雅亮編訳) 『トピック・類推・衡平——法解釈方法論史の基本概念』(2000) 21頁 (守矢健一訳) に従えば、「近代の学問的思考と伝来のトピック的思考との差は、認識の問題、未だ発見されていない真実を探求するという問題が一六・一七世紀の思考にはまだ全くなかったということにある」。一七・一八世紀以後の認識論の変容後トピックは急速に駆逐されていく。

Kant の批判哲学と前後して、トピック衰退と表裏の関係をなしつつ、たとえばミリュール論が登場する。Mohnhaupt, Montesquieu, cit, p. 185によると、*Differentienliteratur* を頼りに「『違い』を比較によって確定する代わりに、ミリュール理論——この広い意味でクリマは『土地のひろがり』ととらえられた——の助けを借りることによって、[寒冷なドイツになぜ温暖なイタリア起源の *ius commune* が妥当するのか、成人や婚姻適齢が早すぎるのか等々といった] 規律の相違の理由を述べることができた。『…何よりもまず、この決定の根拠を探ろう』[Henning Böhmer, 1742]、と。」比較法も一般的な認識論の転換と何ら無縁ではないのである。

- (414) p. 152-3. なお、Schröder, *Recht als Wiss* 198 (2012) ; id., *Recht als Wiss* 196 (2001) によれば、Savigny と Puchta の見解によればフォルクスレヒトは地域法として登場するに過ぎないから、彼らの眼から見れば共通慣習法とはほぼつねに「法曹法」であった。

(415) Caroni, Die Einsamkeit, supra n 413, at 131-3によるとこうである。

「Savigny が留保なしに賛同し、かつ徐々に広がっていく法典編纂の要請に反して、大家にふさわしい流儀でかつ効果的に防御した、この法源システムは、後期中世に形成された。このシステムは法源を2つの領域に区別 (ius commune — ius proprium) し、ここから不可避的に生じる緊張を普通法の優先性によって緩めた。普通法は不可視的かつ効果的に作用した。それゆえに、たいていはまず第一に適用される ius proprium は、つねに普通法学に照らして把握され解釈されなければならない。いいかえれば、中世の学説・実務である ius commune と ius proprium は、けっして相互に競合する貯蔵庫として通用したのではなかった。ルールに従い、具体的解決が得られる、という貯蔵庫ではなかった。むしろ、決定的であったのは、ここでも interpretatio である。interpretatio こそは [ius commune と ius proprium との] 仲裁をし、それゆえ規定に従いまさに二元主義の実務による克服を目指すべきものであった。これに対応する法源理解は徹底的に混合法システムとして特徴づけられる。このシステムは時の経過とともにつねに一貫して地方法を適用し、それゆえこれをそのつど普通法のめがねを通して解釈することに甘んじていた以上、普通法はイタリアやドイツのどちらの継受地域でも、実質的な法統一を実現した。私法は本質において法典編纂期に至るまで地域的に分裂した法にとどまった。」

「この法源システムを Savigny は法典編纂の脅威から擁護しようとしたわけである。もっとも、このシステムに対する Savigny の今しがた言及した結びつきは、まさに一風変わった仕方でも実現した。というのは、中世の上述の法源理解に反しつつ、かつシステムの近世における変容を誤認しつつ、Savigny はつねに理論上も実務上も継受された学問的法を優先したからである。彼は、したがって、現存の法源を学問のめがねで把握するのに満足せず、むしろこれを排除した。その代わりに優先的に普通法を適用することによって、である。」強調原文。

(416) 拙稿(1)104-5頁(373-2頁)および本稿注(368)参照。

(417) Grossi, Assolutismo 前段(拙稿(2)19-24(260-255)頁)に照応する記述は、Caroni, Die Einsamkeit, cit, 137-9(とくに「取用」(拙稿(2)21(258)頁)については、138, n. 70)にみられる。反面、Grossi 後段(拙稿(2)24-32(255-247)頁)については、Caroni の見解はかならずしも明らかではない。cf. Id., Gesetz und Gesetzbuch Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte 150-161 (2003) を参照せよ。

もとなつた退職講義(2003年6月26日付——Einsamkeit に収録されたさいの題名は Einer langen Reise Rückschau p. 117-174)には翻訳がある。カローニ(小沢奈々訳)「法史家の孤独」『慶応法学』18号234頁以下(2011)。原書 p. 175 に注記が載せられている。これによると、Einsamkeit, cit 所収の論文は、もと講義に「完全に手を加え、大幅に拡大したバージョン」である。

(418) Haferkamp, Die sog. Begriffsjurisprudenz, cit, p. 84-5 (2010).

- (419) 「古代のケース法から概念的な法が生まれる。その帰結は、*ius commune* が学問法となり、多年を要する大学における研鑽を経た専門家によってしか取り扱えなくなった、ということである。ここから生じるさらに広範な、*ius commune* の事実上の自律性は、やはり広範な制度的自律性によって側面支援を受けていた。北部イタリアの継受された法源理論は、帝国全体に二次的に *ius commune* を妥当させた。皇帝も *ius commune* を何らかの意味で法律として施行することができたにもかかわらず、*ius commune* はライヒ法として、すなわち『皇帝法』として妥当し、近世に介入を好んでした領邦君主による形成を阻んだ。皇帝とはいえば、これを変更することができた。[しかし] 圧倒的に立法者の介入を断念し、[*ius commune* の] 継続形成をヨーロッパ的規模で議論する法学および判決、とりわけ帝室裁判所の判決に委ねたのである。それゆえ、*ius commune* は本来的に国家的な法ではなかった。計画的な政治的影響力行使をこうむることはなかった。それは、Gustav Hugo もいうように、『おのずと形成される』法なのである。旧帝国におけるその大きな影響は何よりもまず 2 つの側面から帰結した。[第 1 に] 広範に統一的なヨーロッパ的法曹養成は法律においてヨーロッパ規模の法曹身分を作り上げた、ということから、[第 2 には] 学問化されたローマ法はある合理化レベルに達し、問題解決におけるその実行能力は同時代人に対して強い感銘を与えた、ということから、である。この法は、何らかの仕方で意識的に計画されることなしに、Luhmann の意味において広範に自律的であり、いかえれば固有の学問的コードに従い、環境による直接的な他律的操作に左右されることなしに発展した。特徴的なのは、高度の合理化レベル、洗練された専門言語、および専門化された法専門家であった。」Haferkamp, Die sog. Begriffsjurisprudenz, cit, p. 83.
- (420) Haferkamp, Art. Historische Rechtsschule, Friedrich Jaeger, Hg., 5 Enzyklopädie der Neuzeit, cit, Sp. 501-2.
- (421) Haferkamp, Puchta und Begriffsjurisprudenz, cit, 339-340 はいう。「Puchta は [Schelling の神話学講義と] まったく並行的に、法を民族精神の自由な所産ととらえた。…法の根底にある自由は、『善と悪のあいだの選択』である。神に従う、または反抗する自由。Puchta は以上のように解した自由を『法の萌芽』にすることによって、Stahl によって主張された、神の意思と人間の法との一致を否定したのである。法は民族精神の自由な所産である。『法意識の固有の展開』によって刻印づけられ、多様な『部族』と『支族』の『個性』の影響を受けつつ、法は、『言語と同じ地域性』をもつ。…原罪は神の法と人間の生活世界の原初的一体性を破壊した。それ以来、法概念は『徐々にしか展開しない』ようになった。」Haferkamp, cit, 342-3 は続ける。「Puchta にとって法は、それゆえに、ある緊張関係のなかで生成する。すなわち、一面には人間——個人として、そして集団として——があり、融合への衝動をもつ。他面では、その法の『意味 Sinn』がある。この意味は、人間に対して他者の自

由の領域を自らの領域の限界として承認させる。／この緊張関係は、民族精神のなかで流出する法の構造に刻印を刻み付ける。」

法は二つの側面からなる。自由・歴史の側面と論理・理性(→類と種の有機体、すなわち体系)の側面である。自由と体系を結びつけるのが「法の意味」——平等を保障すること——である。これは一般権利能力の承認へと導く(p. 353)。

以上では法律以外の法源——Gény にならって言えば、形式法源として法律と相並ぶ慣習、そして実質法源としての学説・判例(「権威」と「伝統」)——についてほとんど触れてこなかった。

だが、たとえば第1に1828年の Puchta における慣習法と法曹法の区別、第2に1837年 Puchta における——「法曹慣習法」(Haferkamp)と並び立つ——「学問法」の登場、1840年 Savigny『現代ローマ法体系』第1巻における Puchta 的学問法の受容、第3に、Puchta における裁判所の慣習 Gerichtsgebrauch —— Lambert が依拠することになる——の変容、第4に、Jhering による Puchta の「ミイラ崇拜」批判、等々まだ積み残された問題は多い。第1点、第2点については、Haferkamp, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), in Grundmann et al eds, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin Geschichte, Gegenwart und Zukunft 231-2 & 233-5 (2010)—— id., Pandektistik und Gerichtspraxis, QuF 40, supra n 287, at 183-6 (2011) とかなり重複——を参照。第3点については、Ogorek, supra n 288, at 202、およびより一般的にはショット(石部訳)「現代的慣用の方法試論」『大阪市大法学雑誌』41巻4号758-760頁(1995)参照。Ogorek に(黙示的に)反対、Schröder, Recht als Wiss., supra n 291, at 200 (2012); id, Recht als Wiss., cit, at 198 (2001) (歴史学派によるその「ほぼ一致した否認」)。拙稿(2)85-86 (194-3)頁注(297)参照。第4点については、拙稿(2)75(206)頁注(276)、80(199)頁注(285)所引文献のほか、ランダウ(笹倉秀夫訳)「プフタとアリストテレス——歴史法学派の哲学的基礎および私法学者としてのプフタの方法について」『法学雑誌』39巻2号357-361頁(1993)参照。cf. Landau, Puchta und Aristoteles, ZRG RA 109, at 1 (1992) (未見——同378頁)。

これら諸点については、シュレーダー(石部雅亮編訳)『ドイツ近現代法学への歩み』348-350頁(高橋雅人訳); Schröder, Gab es, supra n 144, at 573-5の参照を求めたい。加えて、以下、Haferkamp が Puchta の1828年『慣習法論第1巻』と1837年『慣習法論第2巻』を対比する部分(第1点・第2点)、理論・実務関係に関する Mohnhaupt/Whitman と Ogorek/Haferkamp との対立(第3点)について言及する。以上によって、とにもかくにも、少なくとも問題の所在の一端だけでも明らかにしたい。

まず第1点、第2点について。Haferkamp, Puchta und Begriffsjurisprudenz, cit (2004) は1837年における Puchta の転換を以下のように描き出している。「1837年に

Puchta は法曹法——1844年に彼自身語ったように、『市民権を失って』しまっていた——と決別した。…Puchta はいまや学問法と法曹慣習法とを区別する。/1836年 3月21日、Puchta は Savigny に対してこう伝えている。すなわち、Puchta はこの冬にその慣習法論第 2 部執筆に着手し、その見解を『いくつかの点で変更し、推敲』した、と。/『ことに法曹法をよりの確に把握した、と信じています。ここで私は 2 つの態様を区別しました。第 1 に、直接に学問により生み出され、それゆえに内的諸根拠にのみ依拠する法。この法は、その真実性ゆえにのみ妥当し、裁判官が疑いもち、——もっとも尊敬すべき法学者のあいだで支配的であり、もっとも尊敬すべき裁判所によって従われている見解のもとで真実の見解として妥当させられるであろう——問題について完全には確信をもてないときには、そのための外的認識手段は不確実にしか存在しません。第 2 に、法曹、すなわち時の経過とともに民族の法意識が受け継がれていくものとしての法曹の共通の確信によって生成する法。この法はそれゆえに本来的慣習法の一態様であるにすぎません。この法が慣習法に属するのは、われわれが内的諸根拠が問題外であるような、——たとえば遺言の形式におけるような——ある原則にもとづく場合です。』/1837年の慣習法論第 2 卷上梓以来、Puchta は公然と、支配的な法曹法に代わって、一方では法曹慣習法、他方ではみずからの学問法について語っている。彼が強調するのはこうである。すなわち、第 1 巻で『私が法曹法と呼んだもの』に対する慣習法の関係は、『不完全に叙述』されている、と」(Haferkamp, cit, 371-2)。「以上の視座にとって、Puchta のかつての法曹法をその学問法と比較することは興味のあることである。ここでは重要な変更がみられる。法曹は、今もかつて、学者同様に裁判官であるとはいえ、1837年以後、学問法を作り出すとき、もはや民族の代表者としては振舞わない」(p. 373)。1820年代「Puchta は普通ローマ法を一貫してその法曹法の諸要件に照らして評価していた。このことは、以下のかぎりでは何ら問題をはらんでいなかった。すなわち、Puchta がこの法の総体を法曹法としてさえとらえ、それゆえに学問的に手を加えていたかぎりである。」しかるに、「1840年代彼は普通ローマ法を…立法法として扱う。…立法法の学問法による廃止は『事物の本性により生じえない。』だから、まさに普通ローマ法は、もはや法曹法の諸要求に一貫して服するわけではない。学問法は法曹法に対して明瞭に制限された適用領域をもつ。学問法は単に欠缺補充に仕えるのである。…こうして、学問法は、かつての法曹法とは反対に、補充的なのである」(p. 374-5)。「Puchta の学問法は、だから、決定強制に服する裁判官の用具であり、同時にこれを現行法の基礎的評価に拘束する学問的試みの用具なのであった。法曹法とは逆に、学問法は既存の法をもはや変更しない。学問法 [による変更] は規律がないことによって正当化される。学問法は、既存の法とはなく、その他の欠缺補充メカニズム——とりわけ一方で自然法、他方で裁判官の自由な決定——との競合関係に立つ」(p. 376-7)。

つぎに第 3 点について。以上の引用箇所ではかならずしも分明とはいえない

Puchta (および Savigny) の法曹法、とくにその内部における理論・実務関係はどうか。この点をめぐって Mohnhaupt/Whitman と Ogorek/Haferkamp は一見対立している。

まず、J. Q. Whitman, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era Historical Vision and Legal Change* 129-130 (1990) は Mohnhaupt の1972年論文を引きつつ、述べている。「実際、歴史学派の法曹法は、際立って、裁判官ではなく学者の支配として構想された。したがって、少なくとも1830年代後半まで——ドイツ法思考における大変動の時代——に、Savigny は断固として司法立法に反対した。」もっとも、Whitman は Savigny の以上の綱領は挫折を運命づけられていた、と付け加えるのであるが。実際、彼はこの節を締めくくるにあたり述べる。「…1840年代に Savigny の綱領が崩れ去ると、彼は裁判官の要求を受け入れ始める。…1840年代における Savigny の綱領の凋落の直接の帰結は教授らの権威に対する裁判官の権威の上昇であった。結局 Savigny の綱領は実現不可能なのであった」、と (p. 131)。

つぎに、『体系』のテキストを引きつつ所論を展開する Mohnhaupt, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, Wilhelm, ed, *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* 248-251, 255-6 & 258-263 (1972) を以下要約しよう (サヴィニー (小橋一郎訳)『現代ローマ法体系第1巻』99-100頁 (1993) 参照)。Mohnhaupt は、Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, at 87-9 (1840) に言及しつつ、Savigny における理論・実務の関係の変化に注目する。「Savigny は純粋に学問的な研究はすべて、法源テキストの確定にであれ、その解説にであれ、これを加工して法体系の諸帰結を作ることにであれ、その体系的内的仕上げに向けられているのであれ、理論的である、と定義した。これによって新しい法は作り出されない。かえって既存の法だけが『純粋に認識』される。法学がこのかぎりでは法源でないとしても、大きな権威 *Autorität* として類似の性質を帯びる。Savigny は実務に対する法学の権威に大変な力点を置いて強調している。『法官という多数からなり同様に名誉ある階級がたねに存在』し [ているとはいえ]、『基本的素養があっても新しい見解に対して固有かつ独立した批判を浴びせ、これを通じて独自の確信に達することはもはや不可能である』。そうである以上は、これらの人びとが『以上の権威に無条件に従うこと』は、たんに『自然的』であるだけでなく『望ましい』ことである。以上は、法と司法の安定性に照らしても適切なことである。Savigny は『裁判官席に座った本来的 [意味における] 学者』にだけ、『よく根拠づけられ、テストされた確信を司法においても主張する』権利を与えることにやぶさかではない。この意味で、理論の仕事は法源のなかに数えられさえる。こうして、根本において、理論と実務とのもとの同一順位は純粋理論の実務に対する優位によって置き換えられる。」

したがって、Savigny は裁判所の実務を考慮しなかった、という——Kantorowicz らの——見解は維持できない。実際、『体系』第7巻 (1847年刊) 以来、ますます裁

判所の判決は引用されるようになり、その際圧倒的にその当時の〔実務家による〕判決集 (Seufferts Archiv 等) に依拠している。けれども、第 1 に、——『使命』(1814 年) 前後において——「カズイスティッシュな法素材および裁判官の判決の集成のもつ意味を、[このような判決集は体系的全体の形成に役立たない、という Savigny の学問像とは] 異なった観点から考察することは、Savigny にとって明らかに縁遠いものであった。」Mohnhaupt は明示していないが、この点は『体系』 当時も変わらないだろう。第 2 に、「Savigny は判決の先例としての効力については承認を与えない。」「判決には慣習法形成力は承認されない。判決が明示的に慣習法に依拠するかがりでのみ、判決は慣習法の証拠である、ととらえることが許される」にすぎない (Gerichtsgebrauch —— 慣行等の「外的真実」しかもたず、「内的真実」を備えない——の否認)。それゆえ、Savigny による判例の考慮——実務の所産への法学の領域の拡大——は、あくまでも「個別の実務の批判的検討」(System, I, p. 94) にとどまる。Savigny のこの態度は、実務家、たとえばザクセン上級控訴裁判所判事 P. L. Kritz のそれとは正反対であった。以上が Mohnhaupt の 1972 年論文の所論である。

Ogorek/ Haferkamp はどうだろうか。

Haferkamp, Pandektistik und Gerichtspraxis, cit, 185-6 (2011) は、—— Ogorek の影響下で——つぎのように述べる。Stahl がその Puchta 追悼文で回想するとおり、「…その圧倒的な民法気質が彼 [Puchta] を規定し、公法上の自由を等族代表を通じてよりむしろ、司法を通じて実現しようとしたほどである。司法は、彼にとって、部分的には憲法の代用品でもあった (id., Pandektistik, cit, 181 ; Ogorek, cit, 200-1)。

Haferkamp によれば、Puchta の考察の出発点は Savigny の『使命』である。Savigny は解釈学説に関して、法律を法を形成する民族の意識と受け止めたから、法律の解釈は技術的=機械的となみではけっしてありえない。裁判官は、自由な精神活動において法関係と法律の中間項となる。解釈は裁決すべき事例を手がかりに、テキストと現実とを融合することを意味する。これはけっして「恣意」ではありえず、裁判官の忠実さを要求する。ところで、裁判官はけっして包摂機械ではありえない。裁判官は Savigny にとって個人の自由の憲政上の実現のための中心人物であり続ける (もっとも、純然たる解釈と法の継続形成の限界づけはしばしば不確実だから、彼は、フランスの破毀院に似た地位をもつ裁判所の設立を提案する。注(408)参照)。

Savigny に対して、Puchta はどうか。Ogorek も Haferkamp も、Puchta の 1847 年パンデクテン講義 (Vorlesungen, cit —— 1873 年刊) を引く。「立法者の法思考は裁判官の思考を無用のものにするわけではない。裁判官は立法者の思考を再現 reproducieren する術をもたないならば、その名に値しないだろう」、と (Puchta, Vorlesungen, I, at 17)。

まず Ogorek の 1986 年論文はいう。裁判官は「学問および実務の活動」において二

重の職能を引き受ける。一方で法曹法=慣習法=国民の法意識の代表者として、他方で法曹法=学問法=学問的真實の担い手として、である。したがって、「学問法は、——しばしば取り違えられるのと違って——産出者(法実務から区別すべき学者)によってではなくて、産出の手續によって、特徴づけられ、まさに裁判官の裁決状況に向けて手を加えられたのである。実定法(法律または慣習)の欠缺の場合に裁判官は裁判規範を必要とし、これを自ら——学問的に厳密であり、それゆえに争いようのない結論を引き出すことによって——作り出す。Puchtaの学問的法曹法は、それゆえに、理論的法学の有利になるような実務の権力剥奪をも、より少ない程度に、裁判官活動の原則的軽視をも含むわけではけっしてない。むしろ正反対に、正しい——なぜなら『学問的』かつそれゆえに批判に耐えるから——方法による引き上げを含むのである。先例 *Präjudiz* と裁判所の慣習 *usus fori* のもつ外的權威 [かつては「先例崇拜」が語られるほどであった] は Puchta 以前にずっとまえから動揺し始めていた。…他の批判者らは、[先例などの] 一般拘束性を断念し、事情によって存続する權威に甘んじていたのに反し、Puchta は判決の法源性をまさに否認せずに、[これを] 外的權威から引き離し内的權威へと引き寄せることによって、新しい、重荷に耐えうる基礎を判決に与えたのである」(Ogorek, cit. 202-3)。

つぎに、Haferkamp は2011年論文で Ogorek を引きつつ述べている。「裁判官による法の適用は、それゆえ、相当の裁量の余地を与えられる。法曹法は、その『真實』さのゆえにのみ妥当する。そのような『真實』は確實なものではありえず、その証明は『つねに不完全なもの』でありつづける^(註)。」「^(註)学問は Puchta によれば『学問的に厳密で、それゆえ争いの余地のない結論』を導くはずである(『批判に耐える方法』)と述べるかぎり、Ogorek の主張は誤解を招く。なぜなら、ここで学問による擁護はどちらにしても真實性要求なしに現れるからである。」直後の本文に戻ると、こうである。「『この結論からずれること』は排除されない。以上によって与えられた柔軟性を Puchta はどうやらはるかに危険なものとみたら、ここで裁判官の裁量に不相応の余地を与えた、という誤解から自らを守らなければならない、と考えた。Puchta は、自らの学問法によって『われわれの司法の望ましい安定性』は危険にさらされることはない、と力説した。標識による手がかりに対しては、『尊敬された』法学者と裁判所によって承認が与えられる。『現実の真實の新発見はそれほどしばしばではない』という事実直面し、以上のことは、それゆえ、裁判官を『新学説のどんな風にもなびく』『風見鶏 *Wetterfahne*』にしてしまうことを意味しない。Puchta の法源論は、評価的基準と合理的=学問的基準を均衡させようとすることによって学問的に活動する司法に対して正当化の根拠となるはずである」(Haferkamp, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, cit. 185-6; cf. id., *Puchta und Begriffsjurisprudenz* 433)。2つの基準とはどういうものか。「司法は結局複雑な解釈プロセスへと変容した。司法は、裁判官に対して重い学問的責任を課した。しかし、ルールの解釈に関し

で大きな裁量権をも付与した。他の論者による研究が支持する仮説はつぎのようなものである。すなわち、裁判官は実際推論に関する高度に学問的な様式を發展させた。しかし同時に、彼らはその帰結である解釈の自由をどう用いるかをよく理解していたのである」(id., *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, 56 AJCL 678-9 (2008))。

以上が Mohnhaupt/Whitman 説と Ogorek/Haferkamp 説である。法曹法をめぐって法的確信と学問的真実が矛盾する場合にどうするか、という難問については、拙稿(2)86(193)頁注(297)参照。

そこに引用された個所で Schröder は述べている (id., *Recht als Wiss* 199-200 (2012) ; *Recht als Wiss* 196-198 (2001))。Puchta が主張するのはおそらくもっともラディカルな解決である。慣習法と学問法は截然と区別される。慣習法は学問そのものの以外の基礎をもつ法曹法である。しかるに、学問法の妥当性は民族の確信や慣習にではなく、真実のみにかかっている。裁判官は、それゆえ、学問的に支持できないときはいつでも確立した通説から離反することができる。Schröder は別の個所でさらに踏み込んでいる。「歴史学派によって発見された学問的法産出をもし(法曹)慣習法に分類しないとすれば、この法産出は固有の『学問法』を形づくる。Puchta はこの解決のために…尽力し、したがって法源システムのなかに新しい、従来知られていなかった法源を導入した。すなわち、法の学問的取り扱いを通じて生み出された法命題は、たとえすでに現存の法のなかに『萌芽』として含まれていたとしても、新しい(学問的)法なのである。このような命題が[現に]学問文献や裁判所の判決のなかに出現するかどうかは、明らかに無意味なはずである。この命題は、[通説 *communis opinio* であるときではなく]真実であるときに法である。いいかえれば、これら命題はよりよい学問認識によっていつでもふたたび覆されうる。…Puchta 理論の特徴はここに鋭く際立つ。すなわち、この理論は学問に最大限可能な活動自由を与え、この自由は相当程度の(たぶん不可避であるとしても)法的不安定をもたらす」、と (id., *Recht als Wiss* 201 (2012) ; id., *Recht als Wissenschaft* 198-9 (2001))。さて、上掲引用部分に立ち戻ると、Savigny は妥協的解決を与える。「実務的」学問作業は、「慣習法の機関」であると同時に、「学問法的一端」でもある。だから、法曹の確信だけでなく学問的吟味も必要である。Beseler は他方の極を代表する。彼にとって法曹法と慣習法とは一致し、法曹法を生み出すためには単なる慣習があれば十分でさえある。学問的真実法曹法の基準ではない。

われわれの関心はこうである。仮に(むろん一定限度において)以下3つの同型性が認められるとすればどうか。第1に Savigny と Saleilles のあいだに——学問を法典に抗して救出——、第2に Puchta (学問法) と Géný (科学的自由探求) のあいだに、第3に Beseler と Lambert —— *droit des juristes* と *droits corporatifs* ——とのあいだに、である。なお、拙稿(2)43-4(236-5)頁参照。

(422) 中世イタリア (ius commune に対する ius proprium)、古代ローマ (市民法に対する法務官法)、そしてイギリス (コモン・ローに対するエクイティ) に見られる「問題は、法典のもとでも存在する。これは静的状態と発展との緊張であるだけでなく、抽象的ルールと具体的事案との緊張でもある。これらの緊張関係は、しかしながら、けっして危機の現象ではなく、あらゆる法秩序の生活法則である。」この緊張をどう解決するか。ここでわれわれは Savigny (や Saleilles の友人かつスイス民法典の起草者 Eugen Huber) に立ち戻ることができる。「法典は完結的ではないし、そうありうべくもない、という指摘によって、彼 [Savigny] は、真実を語ったのである。…」Huber は、起草過程で著した Erläuterungen 中で「法典には欠缺がつきものであるのに、法秩序は無欠缺でなければならない」と述べたとき、この真実を取り上げた。「このような認識から明らかになるのが、Huber によって裁判官に課せられた、法の継続的形成の任務という側面である。」以上、Caroni, Savignys “Beruf” und die heutige Krise der Kodifikation, 39 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 470-6 (1971).

(423) さらに、p. 95-6 ; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta, cit, 237. 加えて、—— Puchta の学問的法曹法が主張した——法曹身分による、国家から自由な法産出のもった「政治的爆発力」について言及する Ogorek, cit, 204-7 および拙稿(2)82(197)頁注(291) (Schröder) を参照。Ogorek, cit, 205 はいう。Stahl が国家に対して肯定的な保守主義に立つのに反して、Puchta の保守主義は国家に対して否定的であり、個人主義的 = 私的であった (さらに断固として君主主義者、保守主義者であり、けっして絶対主義者ではなかった。単なる非政治的形式合理性の信奉者などではなかった)。「…Puchta は法曹を、彼らが Puchta によって受け入れられた政治的基本価値と一致するとき、かつ『恣意的な』理論とか夢想や新規性の追求によってでも、反対に国民がすでに経てきた [それゆえ後戻りのしようがない]、古めかしい観念への固着によってでも、この特質が奪われることがないときにはじめて、一般的法確信の代表者として承認しようとした。」強調引用者。

Haferkamp, Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule in E.-J. Lampe u. a. Hg., Willensfreiheit und rechtliche Ordnung 218-9 (2008) は意思自由により即しつつ、つぎのように締めくくられる。「1848/49年以後の論争を一瞥すれば、なぜ1848/49年以後は歴史法学派の自由思想家的思考がもはや理解されなかったのか、を了解可能にするいくつかの影響要因を数え上げることができる。政治的には、——神の恩寵に対する、Gerlach の法のなかに宿る神の学説に対する、Hegel 派における理性的法の神学化に対する、[そして最後に] Stahl において [ありうると] 想定された神権政治に対する—— Puchta の闘争は、その敵手らを失ってしまった。哲学的には、Schelling と Hegel の形而上学の基礎づけの力は、『Kant に還れ』(O. Liebmann, 1865) [という掛け声] のなかに失われていった。キリスト教の覚醒運動

は、『神祕主義』として埋葬されてしまった。法はいまや『実証的なもの』として、その神のごときひらめきを奪われ、人間の力の産物として立ち現れるにいたった。『意思』はその神祕性を喪失し、心理学的要因のひとつとして感じられるようになった。民族精神との決別は、政治的にも目睫の間に迫っていた。まさに何らの法統一をももたなかったドイツ同盟に対してライヒ立法者を欠いたライヒ法を与えるための、政治を超えたかすがいを保証する、という〔民族精神論の〕機能は、1871年に、——初めて普通選挙法を採用した——ライヒ議会によってとって代わられた。学問政治的にも、パンデクテン学者は1880年代には防衛的立場に陥った。なぜならば、その方法的優越性は過去のものになってしまったからである。内容的にも、ローマ法は批判を受けた。国民経済学の歴史学派が1860年代以来これを『非社会的』と非難したからである。これらの先入観は、最後に、泡沫会社設立時代の崩壊とともに一般の意識のなかにしみ込んでいった。1878/79年の Bismarck の『保守的転向』とともに、国家介入政治が始まる。国家は諸自由の形成を手中に収める。私法上の意思自由原則はこの議論のなかでほとんど何も手にしなかったのである。』

1848年以前と以後の区別については、Haferkamp, Die sog. Begriffsjurisprudenz, cit, 88-91 参照。これによると、1848年以前は「正義の問題は民族精神概念のなかで論じられた。…法は民族精神に一致するとき正義にかなう。というのは、民族精神は正しいからである。」ところが、1848年以後は「民族精神のキリスト教的負荷はもはやみられない。Jhering にあっても Windscheid にあっても、正義問題の解決は、〔教義学外にはなく〕具体的教義学のなかに求めなければならない。」この点について、Haferkamp, Die sog. Begriffsjurisprudenz, cit, 96-8 を参照。

1850年代に法学者たちは「転換点」について語り始め（拙稿（2）82(197)頁注(292)）、Schröder が1850年以後における「法概念の主意主義化」について述べていることはすでに触れたとおりである（拙稿（2）80(199)頁注(288)）。実際、1848-1880年を Haferkamp は歴史法学派の「危機」と呼んでいる（Haferkamp, Art. Historische Rechtsschule, Friedrich Jaeger, Hg., 5 Enzyklopädie der Neuzeit Sp. 502-3）。

Ogorek が Bülow の「国家の法的意思表示」としての「裁判官法」のなかに Rochau の Realpolitik の影をみた（拙稿（2）80(199)頁注(288)）のは、この文脈のなかではじめて理解される。Ogorek は実際、19世紀前半の歴史法学派の〔国家〕介入に対して敵対的な法生成論——国家から自由な法生成、司法の脱国家化（同じく拙稿（2）80-1(199-8)頁注(288)）——を19世紀後半における（法律および）裁判官法による国家権力的意思表示と対比している（Ogorek, cit, 173-6（および210-1））。Ogorek によると、Bülow は以下のように述べている。「『歴史法学の法源論が仮に正しいならば』——と Bülow は嘲笑する——『われわれは法の領域における慣習を、これによってかつてはいたるところで示されていた現状維持的で時代遅れの力ではなく、破壊的で革命的〔な力〕のせいにしなければならない。というのは、『既存の法秩序の拘

束性に対する恥づべきあつかましい違法行為』以外の一体何を慣習による現行法規の改廃のなかにみるべきだろうか。一回の法規違反の場合には、たしかにそれきりで済むものですらないかもしれない。だが、かたくなに継続する法規違反は慣習法が形成される要件である〔、と Bülow は *id.*, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft* 82 (1901) のなかで語るのである〕(p. 174— cf. Ogorek, *cit.*, p. 204, n. 22)。

たしかに、Savigny や Puchta も Bülow も、とくに集団的法規違反によって新たな法が生成することに対して警戒的であった(拙稿(2)230(49)頁注(144)所引の Schröder による Stammler 説評価を参照)。しかし、そのおかれた文脈が異なる。Puchta らによって慣習法論は「立法者による恣意的法定立に対する正統なカウンターバランスとしてとらえられ、徹底的に保守的な内容」——静寂主義的法・国家理解——「で満たされていた」(p. 174)。これに対して、Bülow が位置したのは、19「世紀の最後の30年にあちこちで顔を出す国家が個別事例における法の実現についても関心をもち始めるにつれ、慣習法は意味を失い、判決による(国家の)法産出への注目を許す」(p. 175-6)段階に、であった。

(424) *id.*, *L'idée du droit social* 470-497 (1932).

(425) これは Dufour の3つの結論的省察の第2である。だから、原文どおりに訳出すれば、「われわれの第二の省察」である。

第1は「歴史法学派の法源論に内在する多元主義」(Alfred Dufour, *Droits de l'homme Droit naturel et histoire Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du Droit naturel à l'Ecole du Droit historique* 256 (1991))である。第3に、彼は、歴史法学派のもった意義が単に法源に注目したことにはない、と述べている。彼らが創始した、法源に関するまったく新しい観念は、むしろ「徐々にこの観念が2つの意味——起源 *origine* および根拠 *fondement* に関する——神学的諸科学から人文諸科学への移行によって普及した、ということにほかならない」、と。Dufour, *cit.*, 257-8. 強調原文。

Dufour, *cit.*, 221-2はこの論文(上掲書第三章)を説き起こすにあたって以下のように述べている。「歴史法学派において法源論に狙いが定められた理由には事欠かない。…2つのより関連性のある理由が重要に思われる。／第1は、この学派の形成の条件それ自体にかかわる。…何よりも、法典編纂運動のイデオロギーに対する反動としてこそ、歴史法学派は提示された。」ここで挙げられるのは1814年 Thibaut 論文と Savigny のこれに対する批判論文『使命』である。「…第2の決定的理由は」——と Dufour は続けている——「ここではまさしく、この学派が法典編纂運動に靈感を与えるイデオロギーに対して、そしてそこに横たわる国家主義的かつ立法中心的法哲学に対して反対しようとしていた、ということにかかわる。この点で、歴史法学派が定式化したのは、法源に関する完全な一哲学であった。いいかえれば、一方では法の起源および根拠に関する一哲学であり、他方では法の表現形式に関する詳細な理論で

ある。こんにちの法学者または法哲学者はこうして、そこに法の根柢に関する理論が、実質法源の観念が、形式法源論が、そして法の認識法源の観念が、分節化されているのを再発見するだろう。」

(426) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* 1.Theil p. 161 (1828) が引かれる。すなわち、「あの（すなわち、フォルクまたは学問的見解の）源泉が実質的法源 *die materiellen Rechtsquellen* であるのに対して、立法は形式的法源 *die formelle* と呼ぶことができる。」

(427) Dufour, *cit.*, 257. 強調本文。

以上のように、Dufour はドイツ、フランスを比較するにあたって形式法源——法律・慣習——と実質法源——学説・判例——の区別 (Gény) を導入した。

このことのもつ意味は少なくないと思われる。これは Sacco が法的フォルマント論によって採ったのと同じ戦略のように思われるからである。Gény を扱う部分に譲る。