

## 占有法の現実性(1) —— 法歴史主義批判のために ——

藤 田 貴 宏

1. 「近代的所有権」論及び歴史法学の妥当論的限界
2. 歴史法学における「現在」の否定
3. 「私法」の「理論」による法現実の媒介(以上本号)
4. 「私法」の起点としての占有法
5. 相互承認・占有・所有権

### 1. 「近代的所有権」論及び歴史法学の妥当論的限界

所有権と占有権は、「客観的に存在する歴史的な法」を「観念的に構成」する法解釈学の立場からは、極めて厳格に「峻別」され、互いに無関係なまま「物権」という同一範疇の下に把握されるが、「客観的な法そのもの」を「歴史的社会的所与」として捉える法社会学的立場からは、ひとしく「物」に対する「社会経済的な支配関係」として「むしろ密接な関連においてあらわれてくるはずである」。川島武宜は、このように述べた上で、「法の真の存在」を、「社会に現実的に存在する規範」としての「秩序たるモメント」と、その「主観的反映ないし観念的構成」である「意識的モメント」との「統一」の内に位置づけている(川島: 1981, 95-96/316-322)。川島が自らに課した課題とは「日本の非近代的諸関係・非近代的社會規範と対蹠的な近代的所有権の典型を描きだし分析すること」であった。しかも、そのような「近代的所有権」論(『所有権法の理論』)は、「単

に社会学的な一般理論」ではなく、「民法の Dogmatik に役立つ基礎理論」として構想されたとされる(同, 427-431)。では、「峻別」された法概念を相互の「関連」において捉え、法の真理を「客観的」契機と「主観的」契機の「統一」として把握する川島の弁証法的な思惟から、法ドグマーティクへの寄与というその本来的な意図に相応しい内実を引き出すことは果たして可能なのであろうか。

法ドグマーティクにとって具体的事件への法適用という実践的契機は不可欠である。法ドグマーティクは法実務に対して外在的には存立し得ない。その意味で、実定法秩序全体としての規範的正しさを承認し共有することが、法ドグマティカーとして何かを言明するにあたっての最低限の前提といえる。ところで、川島によれば、「実用法学としての民法学の任務」とは、単なる「制定法の論理的操作によって」ではなく、社会学的に探求された「制定法の背後にあって社会の中で生きている価値体系」に即して「裁判規範」を「構成」することとされる。「実用法学としての民法学」は、社会学によって「基礎」づけられた民法ドグマーティク(『科学としての法律学』)でなければならないというのである(川島, 1960, 33-34)。この場合、判決と学説は、いずれも、上記の任務を果たすべく従事される「解釈活動」の帰結であることになる。前者が「裁判所において妥当する裁判規範」を提示するのに対して、後者が当該「裁判規範」を「理解し或いは評価するための参考意見」に留まるということそれ自体は、両者を法ドグマーティクの営為として原理的に区別する根拠とはならない。両者を区別するのは、法ドグマーティクの「学」的性質、つまり、体系的整合性を志向する理論的契機が解釈主体によって自覚されているか否かである。

しかし、ここで問題なのは、そもそも「裁判規範」の「正当性」を社会学的に「証明」できるのかという点である。当然ではあるが、どれだけフィールドワークを重ねても、そこで経験的に確認された習俗に実定法としての規範性を付与することにはならない。川島によれば、社会学的法律学としての民法学の「重要な部分」は判例研究であり、その任務は「先例的

価値をもつ裁判規範」を明らかにし「将来の裁判」を「予見」することに存するとされる。その際、裁判規範が「先例価値的」であるか否かは、当該裁判によって付与された法的保護の「客観的事実」及び「判断わく組み」によって決定されるという(同, 3-4/34-35)。だが、このように「裁判所がなした解釈的活動を分析」することが、民法学の「社会学的」たる所以なのだとしても、前述の疑問は解消されるわけではない。なぜなら、裁判所を通じて何らかの法的保護が与えられたという「客観的事実」を社会学的に確認するだけでは、当該裁判規範の「先例的価値」の由来を発生的に説明し、将来に向けての法妥当を「予測」し得ても、その規範的正しさについて「証明」したことにはならないからである。裁判官の法的価値判断の基準たる「判断わく組み」の探求もまた、「判決の記述から帰納」されるところの「法的判断にとって基礎的な事実」を「一義的なことばに構成するということ」に留まる(川島, 1964, 144-145)。そこでは、裁判官の法的価値判断そのものではなく、判断主体たる裁判官の「意識」に「反映」された「社会的事実」が「観察」されているにすぎない。とはいえ、川島が裁判規範の「先例的価値」と「先例的機能」とを区別している以上(川島, 1960, 36)、前者には単なる社会学的な事実的妥当を越える規範的妥当が含意されているはずである。にもかかわらず、規範的根拠づけに関わる妥当論的議論は全くみられない。むしろ、「既存のことば的構造物」たる制定法の「承認された権威」や、判例の「裁判規範」としての文字通りの規範的妥当が予め想定されているかのようである(同, 4/33/34)。結局、社会学的法律学としての民法学もまた、民法ドグマティックである以上は、「裁判規範」の「正当性」あるいは「先例的価値」を「証明」という任務を自ら放棄せざるを得ないのである。

それでは、民法ドグマティックのこのような妥当論的限界が、先にみた「近代的所有権」論によって何らかの意味で補われているのであろうか。川島によれば、所有権と占有権の「峻別」は、「社会に存在する規範を人がいかに意識し構成したかというそのしかた」の一つであって、「歴史的

な社会秩序としての法の事実的存在性」によって「基礎」づけられているとされる。両者の「峻別」として実定法上「構成」される以前の両者の「関連」は、「社会学的事実そのものにおいてはじめてよく把握され得るのである」(川島, 1981, 318-319)。「物に対する事実上の支配と結合していない」という意味での「所有権の観念性」と、「現実の物支配」という意味での「占有権の現実性」との「峻別」は、「近代物権法において与えられた一つの歴史的所産」であり、それ故、法解釈学にとっては「大前提」にすぎない両者の「峻別の論理」が、法社会学の立場からは、「法的制度の歴史的成立の過程において把握されねばならない」ことになる(同, 319-322)。ここに主張されている発生史的視点そのものが、法という歴史的事実の認識方法の一つとして有効であることは言うまでもない。しかし、ここでもやはり問題なのは、「近代的所有権の歴史的成立」に関する社会学的知見が、如何なる意味において民法ドグマティックの「基礎理論」足り得るのかである。この点川島によれば、「近代的所有権」論は、「所有権の観念性」として「構成」される「社会的な現実」、及び、そのような観念的所有権と相互に「関連」する「占有権の現実性」を「歴史的また社会学的」に明らかにし、かつ、両者の「関連」の下に、所有権譲渡の法的過程をも物的支配の「歴史的段階」の一つとして位置づけ得るが故に、民法学にとって「意味を有する」とされる。近代所有権に関する社会学的知見によって「所有権にかかわる民法典の諸々の概念や規範命題の内容」が明らかになるというのである(同, 322-326/430)。しかしながら、法命題の規範的妥当そのものが当該命題の内容の社会学的分析によって左右されるとは考えられないし、それ故また、判決において具体化された法命題、「裁判規範」の「正当性」を社会学的に「証明」できるわけでもない。社会学的に「構成」された近代的所有権の「典型」が、その近代性の故に、「非近代的法律関係」に対して規範的に妥当するというような主張は、発生的問題と妥当論的問題の混同の最も深刻な例である。川島の言うように、法の「主観的」契機が、「客観的事実」としての「社会経済的な支配関係」の

「主観的反映」なのであるならば、我々にとって未だ「客観的事実」の「主観的反映」とは言えなかったはずの「近代的所有権」を如何にして我々の民法学の「基礎」に据えることができたのか。これを、川島法学に関する知識社会学的な問題としてではなく、民法ドグマーティクの基礎づけの問題として内在的に扱うことによってのみ、川島自身の社会学的思惟(『法社会学における法の存在構造』)に内包されている矛盾もまた明らかになるであろう。

川島が、「観念の世界における妥当」に関わる法ドグマーティクに、「事実の世界において生起する現実の社会関係」に関わる法社会学を対置するとき、そこでは確かに法の発生と妥当の区別に相応の注意が払われているようにみえる(川島, 1973, 22)。しかし、注意しなければならないのは、法社会学の認識対象たる「生ける法」が、「単にあるべきものとしてではなく、現実に行われているもの」と位置づけられることで、「何が法的に正しいのであるか」という、上記の対置によれば法ドグマーティクに固有であるはずの問題が先取りされているという点である。つまり、制定法や法命題の現実性を基礎づけている「生ける法」に「規範性」が承認されているのである。ここに言う「規範性」とは、川島によれば、「生活資料の生産」のみならず、「人間と人間との間の一定の協働」の「しかた」もが、「一定の物質的な且つ彼らの恣意から独立した諸制限・諸前提・諸条件」によって「貫徹」されているという「自然必然性ないし法則性」を意味している。外界的自然と人間との間のいわゆる生産関係が、社会関係よりも「根底的」であり、「人間の歴史的な生存」の「終極の規定者」とされるのである(同, 30-31)。ここには、川島の「法の存在構造」論の核心が示されている。すなわち、生活関係の対自然的な客観性を社会関係の間主観性に論理的に優位させ、前者の「必然性と法則性」を後者のそれと同視するが故に、「法現象を一つの自然史的行程として把握」し、「生ける法」の規範性を自然必然性として分析することができるのである。法社会学は法の規範性を自然法則と等置するからこそ「科学」足りうる。川島の言う「科学

としての法律学」、つまり、「裁判所がなした解釈的活動」を分析する実用法学もまた、法社会学自身のこのような科学性の下でのみ、自らの科学性を主張できることになる。

ただし、川島は、法命題を定立する「人間の精神活動」を、「生ける法」が法命題として観念化する際の「媒介的契機」として位置づけ、それが「外界的自然をうつす機械」のような受動的活動に留まらない点を強調している。「生ける法」は、生産関係を規定する外界の自然の諸条件のように、人間の意識から独立し、そのまま主観的意識に反映するのではなく、むしろ、間主観的な社会関係における「対抗矛盾」そのものとされ、あるいは、そのような「対抗矛盾」の結果とされるのである(同, 25-26/31-33)。しかし、法の現象過程を、「直線的な反射の関係」ではなく「複雑な矛盾対抗関係」として捉えることは、上に述べた法社会学の科学性と一体如何にして整合するのであろうか。生産関係の自然必然性によって規定された「生ける法」は、今や社会関係の矛盾によって規定されている。ここで、先ほどとは全く逆に、生産関係の対自然的な客観性に対する社会関係の間主観性の優位が主張されているのだとすると、法社会学の「科学性」はもはや維持できないはずである。にもかかわらず、川島は、「具体的な現実」としての法の「論理的」な構造に対して、生産関係の自然必然性に即した法の「歴史的」な生成の「抽象化された図式」を単純に並存させている(同, 31-32/34)。その結果、「近代的所有・近代的契約・近代的法主体性等々」の「近代法概念」も、「近代国家の政治権力」によって媒介され観念化された「生産関係の歴史的形態」として、半ばトートロジカルに説明されるに留まっている(同, 33/35)。

法の間主観的な論理構造に対する川島の関心を、例えば、占有の本質たる物の「所持」をめぐる次のような主張に断片的に辿ることは確かに可能である。そこでは、人对物の一定の関係が「所持」として承認されるか否かは、当該関係に対する「社会的な評価」によって決定される問題、つまり、「歴史的社会的具体的な諸関係によって規定されるところの歴史的な間

題」とされている(川島, 1960, 114)。しかし、ここでも、法の歴史が単なる「自然史的行程」として捉えられているのならば、法一般の間主観的な論理構造の下に、実定占有法のドグマーティクを基礎づけ得るような妥当論的議論を期待することはできない。いずれにせよ、「近代的所有権」論は、純粋な社会学的理論に留まる限り民法ドグマーティクを「基礎」づけることはそもそも不可能であり、他方、民法ドグマーティクの「基礎理論」としての地位を要求するや否や自らの妥当論の限界に直面するという自己矛盾を抱えているのである。

「近代的所有権」論にみられる以上のような限界は、実証主義的な思惟一般に共通してみられる傾向である。<sup>(1)</sup>法という歴史的事実を心理学的あるいは社会学的に記述可能な事実へと還元することを越えて、その分析結果から何らかの規範的な妥当要求が引き出される場合、そのような要求は、自然科学的な法則性を充足する将来への見通しではあり得ても、それ自体法として根拠づけられているわけではない。以下本稿で注目したいのは、法の発生と妥当の混同に対する反省が、19世紀半ば以降自然諸科学が自立化専門化する以前に、しかも、占有の概念規定及びその体系的な位置づけとの関連において試みられていたという点である。<sup>(2)</sup>

周知のように、1814年から翌年にかけて、サヴィニーの『我々の時代の立法と法学に課せられた使命について』及び『中世ローマ法史』第1巻が公刊され、同時にまた、その主導で『歴史法学雑誌』が創刊されたことにより、歴史法学と称される学派的運動が自覚的に展開し始めた。歴史法学とは、何よりもまず、当時広く流布していた次のような歴史観へのアンチテーゼであった。如何なる時代も世界をその都度自ら創造することができるのであり、顧みられた過去、つまり、「歴史」は、「道徳や政治に関する事例集」として、「現在」において自由に世界を創造するための「参考資料の一つ」にすぎない。歴史法学は、このような「歴史」観を意識的にせよ無意識的にせよ共有している法学者を「非歴史学派」として一括し、そこにみられる「歴史的利己主義」とも言うべき「過去と現在の分離」を批

判する。彼らは、「世界の進展に関する自らの個人的な考察を世界の進展そのものと混同することで、世界が彼ら及び彼らの思想とともに始まったかのような倒錯的感情に陥っている」とされるのである(Savigny, 1850, 109/112)。歴史法学によれば、個々人として完全に自立し、自らの世界を自由に創造できるようにみえる人間という存在は、同時にまた、家族や国家といった「より高次の全体」、とりわけ民族の一員であり、そのような「全体」においては、如何なる時代も、「あらゆる過去との分離不可能な結びつきにおいて」把握されねばならない。そこでは、「非歴史学派」が想定する個人としての人間存在における「過去と現在の分離」の一面性に対して、民族という「全体」の一員としての人間存在における両者の連続性が強調されている。「過去」によってもたらされる何かは、「現在」における個人の恣意によって左右されないが故に「必然的」であり、かつまた、「常に生成し自ら展開していく全体」という民族の本性に由来するが故に「自由」である。このような意味での「過去」の所産が「現在」においてその都度承認されねばならない。歴史法学にとって「歴史」は、単なる「事例集」ではなく、「我々自身が置かれている状況」、つまり、「現在」を真に認識し評価するための「唯一の道」なのである(A. a. O., 110f.)。

歴史法学が認識しようとする「現在」とは、言うまでもなく、法の「現在」である。認識されるべき法の「素材」は、「国民の過去全体」によってもたらされ、しかも、当該国民の「最も内的な本質」から必然的に生じてくる。それ故、我々に要求されるのは、「内的必然性」をもってもたらされる「法の素材」を見通し、その活力を維持することに他ならない(A. a. O., 113)。では、「過去」の所産たる「法の素材」から如何にして「現在」の法、すなわち、国家において現に妥当している実定法が認識され得るのであろうか。サヴィニーによれば、法は、言語などと同様、個々の民族に固有の「精神的な機能」の一つとして、「物的な定在」を介して存続している。法を一定の形態において外的に存在させる何かを介してのみ、法そのものを「感性的」に「直観」することができるのである。それ故、



法が民族自身の本質に由来するという「内的必然性」、つまり、両者の「有機的な連関」は、本来、民族において「共有された意識」によって直観され、同時にまた、個々の「象徴的行為」によって維持されていた。そして、そのような「象徴的行為」の形式性をいわば「法の文法」として維持することが、例えば古代ローマにおける法律家の主たる仕事でもあった。しかし、「我々の時代」において、法の物的側面は、文書や口頭で言明された諸原則として形態化され、精神的側面から高度に抽象されてしまっており、それだけ、法と民族の「有機的な連関」を直観しにくくなっている。ただ、時代の進展の中で、「有機的な連関」そのものが失われてしまうわけではない。しかも、民族全体における法の直観的認識を阻害するより本質的な要因は古代ローマにおいても既にみられる。すなわち、古代ローマや「我々」の文化のように一定程度「進んだ文化」の下では、法律関係もまた複雑化せざるを得ないために、民族全体に直観されるのは種々の法律関係の「一般的な性質」に留まる。法律関係の「無限に詳細な内容」の把握は、それ故、民族の内部においてそれ自体として自立している法律家身分に委ねられることになる。法は、「民族全体の生」の一端としてだけではなく、「学」として存続することで、民族全体に「共有された意識」と「法律家の意識」との内に「二重の生」を獲得するに至るのである。この点をふまえて、サヴィニーは、常に時代の進展の中に存している法の内に、民族の生一般に関わる「政治的要素」と、「学」として法律家身分に委ねられる「技術的要素」を区別している。そして、これらが、「法の定在」をその都度規定している法自身の「生原理」に他ならない。それぞれの時代に「現在」する法は、二つの「生原理」が作用する仕方に応じて、それぞれの民族の本性に直接由来するいわば「本性法」となるか、当該民族内部の法律家身分によって媒介される「学識法」となるかのいずれかである(Savigny, 1814, 9ff.; 1834, XII)。

以上のようなサヴィニーの観方に従うならば、「現在」の法、とりわけ、法命題という形態において抽象的に普遍化された実定法は、さしあたり、

法律家身分の学的営為を介してまさに「学識法」として認識されることになろう。ただし、サヴィニーが述べているのは、民族あるいは国家において「如何にして現実に法が展開してきたか」についてであり、そのような法の展開の事実、それがそもそも善いのか非難されるべきなのといった価値判断によって左右されないとされる。しかも、考察される対象は、「史料よって確認できる最初の市民法の状態」以降の法の展開に限定されている。法を含む民族固有の諸機能それ自体が如何にして成立したかという問いに「歴史」を介して答えることはできないというのである (Savigny, 1814, 8f.). しかし、問題なのはなぜ答えられないのかという点である。ここに言う「成立」が、人間社会一般における法制度の発生を意味するのであれば、法認識の「唯一の道」たる「歴史」が、予め「実定法」の歴史として、正確に言えば、史料的に直接裏付けられるという意味でむしろ「実証可能」な法の歴史として想定されていることになる。このような想定は当然ながら可能であるし、いわゆる実証的な法史学のあり方としてはかえって適切であろう。他方、法の発生的過程ではなく、法の妥当論の根拠が問われているのだとすると、価値判断とはおよそ関わらない「事実」としての「歴史」によって当該問いに答えられないのは当然である。史料上確認される事実をいくつか積み重ねても、「現在」の実定法の規範的妥当を根拠づけることにはならないのである。サヴィニーは、「実定法の成立」と称して、法制史の事実から「幾つかの普遍的特徴」を抽出している。そこでは、「内的必然性という法則」の下に、精神的機能と物的定在というそれ自体非歴史的な法の概念契機が区別される一方で、法の政治的要素と技術的要素、あるいは、「本性法」と「学識法」といった理解社会学的な理念型が抽出され、法の「現在」が発生的に説明されている。従って、サヴィニーが例えば法史学における実証的な法認識の一つのあり方を主張しているに留まるのであれば何ら問題はない。しかし、先にみたような歴史法学の任務は、「現在」の法の妥当根拠を明らかにすることとなしには決して達成できないはずである。

法の発生的説明と妥当論的根拠づけの区別そのものはサヴィニー自身にも意識されている。というのも、サヴィニーは、民族の本質との有機的な連関の内に民族全体の意識だけでなく法律家の意識を介して創出された法、そのような意味で「慣習法」を、法の「現在」として把握しつつも、そのような法の現状は史的事実として確認されたに留まり、それが「称賛すべきで望ましい」か否かは未だ明らかではないとしているからである(A. a. O., 13f.)。では、法の「現在」の正しさそのものは如何にして認識されるのであろうか。サヴィニーによれば、「市民法の称賛すべき状態」は、「十分な法源」、「信頼できる人材」、及び、「目的に適った訴訟手続の形式」によって左右される(A. a. O., 111)。ただし、これらの条件は単純に並列されているわけではない。まず、第二の条件である「信頼できる人材」は、何よりもまず、学的営為における協働とその成果の共有によってもたらされる。如何に優れた人材であっても、自らの時代と国民性に由来する制約から完全に自由ではあり得ない。学の「共同性」は、そのような制約のいわば積極的側面として、個々人の学的能力の発揮に寄与するのである。法学の場合、それは更に、法学者のみならず法実務家も含めた「全ての法律家」における共同性でなければならない。そして、そこには、「理論と実践の歩み寄り」、具体的には、「大学法学部と裁判所の合目的的な交流」を介した「司法の改善」という実践的要求が含まれている。要求されているのは、大学法学部が、「鑑定意見」を通じてあるいは「判決団」として、いわば「職人芸的」に、直接裁判実務に関わるという関係ではなく、裁判官が、個々の事件の多様性に内包されている統一性を把握する能力、その意味で「真の経験」に達し得る「理論的で学的な感覚」を獲得するという関係である。「司法の人材」が「信頼できる」か否かは、結局、法学的能力の共有如何にかかっているのである(A. a. O., 125ff.)。次に、第三の条件である「訴訟手続の形式」の合目的性は、ドイツのあらゆるラントに同一の普遍的形式を立法的に導入することによっては必ずしも達成されず、訴訟手続の善し悪しは「経験によってのみ」判断できるとされる。そして、

このような観方の根拠は、「市民法上の立法一般」が、単に実務上の「論争の決着」に留まらない「慣習法の記録」という目的、その意味で「二重の客体」を有し得るという点に求められている。このうち、「論争の決着」は、新たな包括的な立法ではなく、さしあたり従来の裁判所における「ローマ法の実践的適用」、つまり、「実践」自身に委ねておくべきとされる。というのも、立法による論争の決着という要請は、あらゆる点につき論争する実務家の無知や、実務上まねな教室事例を扱う学者の皮相に示される両者の交流の不十分さに由来しているからである。そうである以上、実務上の論争如何によって「理論によるより優れた究明の可能性」が先取りされることもほとんどないのである。これに対して、立法の目的を「慣習法の記録」として捉える場合、そのような立法は、未だ現実を経験されていない事例にまで包括的に言及するような「法典」を新たに創り出すことではなく、古代ローマにおける法務官の告示のように、「現実の慣行を通じて決着された事柄」を「変更されることなく維持されるべき所与のもの」として「認識し言明する」ことを意味する。言語という「形式」を介して、「生きた慣習法」を認識し言明する立法は、法の「技術的要素」に属しており、法学的能力を備えた法律家はその「主体」に他ならない。その際、単に「裁判所の慣行」が記録されるのではなく、「政治的要素」によって規定される「法の歴史的素材」が記録される。当初「訴訟手続の形式」として語られていた問題は、こうして、「立法」一般における法学的認識の「形式」の問題へと還元されてしまっている(A. a. O., 16ff./130 ff.)。第二の条件は、「司法の人材」が法学的能力を共有することによって、第三の条件は、「慣習法の記録」としての「立法」によって、それぞれ充足されるのである。

では、これら二つの条件を満たした法の「現在」、すなわち、法学的能力を共有した法律家によって認識され言明される「慣習法」が一体なぜ「望ましい」と言えるのであろうか。その根拠は、結局のところ、「法の歴史的素材」、つまり、第一の条件である「十分な法源」そのものの価値に

求めざるを得ない。サヴィニーによれば、「法の素材」とは、「何世代にもわたって受け継がれ蓄積されてきた膨大な量の法的概念や知見」であり、「あらゆる面において我々を取り囲み規定している」。そのような「世代や時代間の有機的な連関」、つまり、「現代に対する過去の支配」から免れることはできないが、その「圧倒的な影響」に単に身を任せるのはかえって「有害」である。「我々」は、そのような素材にく縛られたかのように話すのではなく、素材を「道具」として「歴史的究明」に従事することで初めて、「過ぎ去りし世代の豊かさ全体を自らのものとする」ことができる(A. a. O., 21ff./112f.)。ただし、「素材の歴史的究明」とは、「民族の青年期」における「新鮮で生き生きとした個性性」を求めてただ単に「過去の状態に立ち帰ること」ではない。そうではなくて、「過去の状態固有の価値を新鮮な直観の内に想起し、現在の一面性から身を守ること」こそ「素材の歴史的究明」としての法学の意義である。普通法や種々のラント法、更には、既存の包括的な諸法典を含めて、それらの「法源」としての価値は法学を通じて判断されねばならない。法学は、所与の素材の源にまで遡ることによって、生きた素材(法源)を死滅した素材から分離させる「有機的原理」を見つけたすというのである(A. a. O., 116ff./146ff.)。それ故、次に問題になるのは、「法源」としての価値、つまり、「現在」の法の望ましさや正しさを判断し得るような「法学の厳密に歴史的な方法」とは一体如何なる「方法」という点である。

素材に対する「正しい判断」の前提として、サヴィニーが特に要求しているのは「歴史感覚」である。「歴史感覚」は、民族特有の歴史的連関を無視するような「非歴史学派」流の「自己欺瞞」や、「過去に対する盲目的な過大評価」から「我々を守ってくれる」。本来の意味での「法史」と共に、歴史法学の名に値するのは、そのような「歴史感覚」に根ざした「ドグマティックや解釈」に限られるである(A. a. O., 114f.; Savigny, 1850, 117f./122f.)。しかし、「歴史感覚」の鋭さだけでは、「法の現状」に対する「正しい判断」を導くことは困難であるし、従ってまた、「慣習法の記録」

という実践的要請を満たすこともできない。「歴史感覚」の共有を当然の前提とした上で、「慣習法の記録」という任務をも担う「我々の学の最も困難な課題」とは、多種多様な法概念や法命題相互の「内的連関」の認識を媒介し得るような「指導的原則」に到達することである。「二つの辺とそれに挟まれた角」から必然的に「三角形」がもたらされるように、如何なる法もそれ自身の「指導的原理」を介して導かれねばならない。歴史法学の「方法」に要求されているのは、さしあたり、幾何学的な意味での「完全性」なのである。サヴィニーによれば、そのような「方法」は、「優れた専門用語」を駆使して法の素材に相応しい形式を付与していた古典期ローマの法律家たちの「高度な教養」の内に既に現れていたとされる。ただし、サヴィニーが評価するのは、彼らが法の本質を「人間自身の生」の一側面を捉え、法律関係の「生きた直観」を常にその学的営為の出発点に据えていたという点である。「生きた直観」による媒介を欠くならば、如何なる言語も単なる叙述の「手段」であって、法に相応しい「形式」とはなり得ない。法の「指導的原理」もまた、個々の事件における法律関係の「生きた直観」を介してのみ、見出され適用される。古典期ローマの法律家たちの理論と実践はこの意味で相互に移行し得たのである (Savigny, 1814, 22/28ff.)。

しかし、ここで注意しなければならないのは、サヴィニーにおいて、古典期ローマ法学の方法に対する評価が、そのまま素材としてのローマ法の評価に繋がっているという点である。サヴィニーは、歴史法学によって特に取り組みられるべき素材として、ローマ法、ゲルマン法、及び、後の時代における両者への「変更」を挙げているが、これら三つの素材の位置づけは明らかに異なっている。ローマ法が、その「内容的な価値」ではなく、先にみたような古典期ローマ法に示された「高度の教養」の故に、「我々の学的営みの模範」とされるのに対して、ゲルマン法にはそのような教養が欠けているとされ、また、「学説の質が粗悪な時代の単なる記録や無知によって生み出された」変更については、そこから「法の現状」を「純化

すること」が歴史法学の課題の一端として要求されているのである(A. a. O., 31/118f.)。古典期のローマ法を当時の「方法」の故に評価するということは、当然ながら、「現在」の法の正しさ如何には直接結び付かないはずである。にもかかわらず、サヴィニーにおいては、個々の法律関係の「生きた直観」を介して「指導的原理」を定立し適用するという「方法」そのものが、「法の現状」の望ましき、つまり、「法源」であるか否かの基準となっており、その結果、発生的問題がいつのまにか妥当論の問題に置き換えられてしまっている。古典期ローマ法学の教養が、ゲルマン法には最初から欠如し、ローマ法自身からも失われつつ今日に至っているという発生的知見だけで、そのような教養が法の正しさの基準であるという主張、あるいは、「生きた直観」に基づいて記録される「慣習法」の規範的な妥当要求が根拠づけられることはあり得ない。サヴィニーの議論には、古典期ローマ法学の教養を「現在」の法ドグマティックの「方法」として妥当させる積極的な理由づけが欠けているのである。民族との有機的連関の「内的な必然性」に即して法の成立過程を説明することは確かに可能であろうし、浩瀚な『中世ローマ法史』はそのような構想の一つの具体化として理解できる。しかし、西ローマ帝国滅亡後の「ローマ法の存続」を、様々な国々に分散したローマ民族の6世紀以後の法制史として、更には、イルネリウスによるユスティーニアヌス法典の注釈に始まり15世紀に至るまでの学説史として記述しても、「法の現状」の「純化」といった実践的要請が根拠づけられるわけではない。また、ユスティーニアヌス法典から古典期ローマの法律家の教養あるいは方法を「読み取ること」が可能であるとしても、それは、「中断された彼らの仕事」を「彼らのやり方」で将来に向かって再び「継続していくこと」を正当化する理由にはならない。この点、サヴィニーは、古典期ローマ法学の「現在」における再生と継承が、彼自身の「生きた確信」であると述べるだけである(A. a. O., 120)。「生きた直観」は、サヴィニーという個人の「生きた確信」に基づいて、歴史法学の「方法」に据えられたにすぎないのである。そうだとす

るならば、歴史法学は、法史学としてはともかく、法ドグマティックのあり方としては到底「歴史的」とは言えない。サヴィニー自身の「歴史感覚」が如何に鋭いにせよ、その態度は、古典期ローマ法という「歴史」を「現在」における法創造の「参考資料」にする「非歴史学派」と根本的には変わらないのである。これは、古典期ローマ法とゲルマン民族あるいはプロイセン国民との連関に果たして「内的必然性」を認めることができるかというような次元の問題なのではなく、法の発生史的記述に法命題の妥当根拠を求めることに必然的に伴う自己矛盾である。歴史法学の法ドグマティックは、実定法秩序の事實的発生と規範的妥当の無媒介な混同に甘んじるか、さもなければ、古典期ローマ法学の「高度な教養」という権威の下で文字通りドグマティッシュに「生きた直観」を働かせる他ない。歴史法学によってもまた、法ドグマティックという実定法秩序内在的な学的営為を基礎づけることは不可能なのである。

以上のような歴史法学の妥当論的限界はサヴィニーの『占有法』における占有の概念規定と体系的位置づけに強く反映している。<sup>(4)</sup> サヴィニーによれば、「占有は事実であると同時に法である」とされる(Savigny, 1837, 25 f.)。事実としての占有とは、物に対して排他的な実力行使し得る「状態」、つまり、物の「所持」を意味する。単なる「事實的な状態」そのものは、「立法の対象」とはなり得ず、従ってまた、法学にとっても意味をなさない。所持という事実は、さしあたり、所有権という既存の法学的概念との結びつきにおいて、「法学的な何か」として考察されうる。なぜなら、物に対する排他的な実力行使とは「所有権の行使」に他ならないからである。この限りで、所持という「事實的な状態」あるいは「自然的な関係」は、「所有」という法的な状態あるいは関係と「一致している」。所有権とのこのような「法学的結びつき」が、事実としての占有にとって唯一のものであるならば、法としての占有は、所有権の単なる「効果」、つまり、所有権者が自らの所有物を「占有する権利」にすぎないことになる。しかし、ローマ法は、所有権のみならず、占有そのものについても、その



取得と喪失の仕方を規定している。つまり、占有は、単に「権利の効果」としてではなく、「権利の要件」として扱われているのである。従って、法学上、占有について論じられるべきなのは、所有権の効果として物を「占有する権利」ではなく、むしろ、占有を要件とする権利である。所持というそれ自体単なる事実すぎない占有を法概念として把握するためには、そのような占有を要件として如何なる権利が妥当するのかを明らかにしなければならない。サヴィニーは、要件としての占有とその効果との関係を占有概念の「形式的規定」と呼んでいる(A. a. O., 2ff./111)。

法概念としての占有を「形式的」に規定するということは、占有を、所有権とは無関係に、「独自の権利の源」として捉えることを意味している。それ故、占有概念の形式的規定は、同時に、占有が如何にして所有権とは別に扱われ得るのかを明らかにすることになる。サヴィニーのローマ法解釈によれば、占有の法的な効果として認められるのは、所有権の「使用取得」と「占有に基づく法務官の特示命令」の二つである。使用取得においては、事実としての占有が、既存の如何なる権利とも無関係に、所有権の根拠となっている。ただし、使用取得が認められるためには、所持という事実的状态の持続(「占有の定在」)に加えて、占有者の「善意」及び占有する「正当な原因」が占有開始時に要求される。他方、法務官の特示命令では侵害に対して保護されるべき何らかの法律関係が前提とされる以上、事実としての占有そのものは、特示命令の根拠とはならないはずである。占有が特示命令の条件であるためには、占有そのものと同時に法的保護を要求し得る何かが侵害されねばならない。サヴィニーはそのようなものとして占有者の「人格」を挙げる。「不法」な行為によって人格とともに占有が侵害された場合、人格が被った不利益は占有そのものの保護によって償われるべきだというのである。人格もまたローマ法上独立の権利ではない以上、特示命令の「真の根拠」は、「事実的状态」としての占有と「占有する人格」との結びつきに求められることになる。(A. a. O., 8ff./40f./91 f.)。

占有を権利の要件として位置づけるサヴィニーの見解はローマ法の解釈として主張されている。しかし、ここで注目すべきなのは、具体的な解釈内容ではなく、解釈そのもののあり方である。例えば、サヴィニーは、所有権の使用取得の要件となる事実としての占有が、同時に、プブリキアーナ訴権との関係では、単なる事実ではなく「独自の法的な関係」として扱われていた点について、使用取得がプブリキアーナ訴権よりも古い制度であることを理由に、占有がそれ自体としては事実であるという自らの主張を維持し、プブリキアーナ訴権によっても使用取得と同様に所有権が取得され得たという点については、プブリキアーナ訴権の果たす役割がその後所有権そのものに基づく取戻訴権へと徐々に近づいていったことを理由に、プブリキアーナ訴権を占有の帰結から除外している(A. a. O., 7/13f.)。また、占有を条件とする特示命令は、訴権に基づく訴訟手続と特示命令の手続との「形式的な相違」にもかかわらず、両手続の「本質的結果がしばしば同じであり得た」などの理由で、「占有訴権」と同一視され、特示命令による占有の保護が如何にして認められるに至ったのかという「歴史的な問い」が、占有の概念規定そのものと関連づけて論じらることはない(A. a. O., 41/215ff./446ff.)。これらの例からも明らかな通り、サヴィニーは、ローマ法史の一貫した記述をふまえて古典期ローマ法学における占有概念を明らかにしているわけではなく、ユスティーニアヌス法典を中心とするローマ法源を自らの「生きた直観」に基づいて取捨選択し、発生史的事情については必要に応じてそのような取捨選択の根拠として用いているにすぎない。つまり、ここでは単なる歴史的史料の解釈以上あるいはそれ以外のことが意図されている。サヴィニーが「当時の支配的な概念や見解」を「法源に基づいて修正」することで明らかにしようとしたのは(A. a. O., IV)、そもそも「過去」のある時代の占有概念などではなく、「現在」の占有法解釈の基礎とされるべき占有概念なのであった。しかし、「占有とは何であったか」を問うことは「占有とは何であるべきか」を問うこととは異なるし、それ故また、前者の答えがそのまま後者の答えになること

はあり得ない。断片的な発生史的知見との半ば恣意的な関連づけが、逆に、『占有法』における発生と妥当の混同を否定するいわば消極的な論拠になり得るとしても、サヴィニーのローマ法ドグマーティクそのものに占有概念の規範的意味の根拠づけを求めることはいずれにせよ不可能である。

サヴィニーは、占有が権利の要件となるにあたって占有自身に要求される条件を、帰結の列举による形式的規定とは区別して、占有概念の「実質的規定」と呼んでいる。それは、事実としての占有(所持)に対して実定法上あるいは法学上付加されている様々な「変更」<sup>(5)</sup>の一つとされる。変更の大部分の解明は占有法解釈の詳細に委ねられねばならないが、その条件だけは「全く一般的」な変更であるので、占有の概念規定として扱うことができる。占有概念は、このような意味での実質的規定によって初めて、「完全に規定される」というのである。サヴィニーによれば、占有概念の実質的規定とは、さしあたり、「所持に対応する意欲」、つまり、物を「占有する意思」である。所持が法的な占有として妥当すべき場合、如何なる所持も「意図的」でなければならない。法的な意味において占有者であるためには、単に物を所持するだけではなく、所持することを意欲せねばならないのである。他方、所持という事実的状態が「物的」な側面において所有という法的状態と一致する以上、「占有する意思」という主観的側面もまた「所有権を行使する意図」の内に求められることになる(A. a. O., 3/4/111f.)。

では、以上のような主張によって、占有概念の規範的意味が根拠づけられているといえるであろうか。まず、意欲された所持を「占有の実質的概念」と解する理由として、所持という「非法学的概念」に加えられた「法学的変更」の内でも最も一般的であるという点が挙げられているが、そのような帰納的推論から直ちに占有概念の規範性を引き出すことはできない。また、占有と所有が客観的に一致するという事実だけで、占有者の主観的意思を所有者の同一視すべしという規範的要請を正当化できるわけでもな

い。これらの見解の妥当要求は、結局、そこで引用されている学説彙纂の法文(41, 2, 3, 1; 41, 2, 18, pr.)それ自体の規範的妥当を予め前提とせざるを得ない。占有概念の実質的規定もまた、占有法ドグマーティクの基礎となるべき概念を根拠づけるものではなく、ドグマーティクの一部にすぎないのである。

ところで、サヴィニーは、占有法の体系的な位置が、以上のような実質的占有概念とは無関係に、形式的概念によって定まると解している(A. a. O., 25)。この場合、占有それ自体は事実であり、何らかの権利の要件となる限りにおいて法的な意味を獲得するとされる以上、占有法それ自体の体系的な位置などはそもそも問題とならないはずである。確かに、サヴィニーも所有権の使用取得の要件たる占有についてはそのように考えている。所有権の移転を伴った物の引渡の要件とされる「正当な原因」そのものについて、それが「如何なる種類の法に属しているのか」問われることはないのと同様、所有権を獲得する行為の一部にすぎない占有についてその体系的な位置が問われることもないのである。しかし、特示命令の要件となる占有に関しては、「占有に基づく特示命令の法」としてまさに占有法の体系的な位置が問題になるとされ、その位置は債務法に求められている(A. a. O., 31 ff.)。まず、債務法への位置づけそのものは、<全ての特示命令>は<効力において、本来、人的なものである>という法文(D. 43, 1, 1, 3)を根拠に確定され、次に、特示命令の根拠となる暴力と不法行為との関連を示唆する法文(D. 43, 16, 19)や、不法行為訴権に関する制限が不動産占有の暴力的な侵害に基づく特示命令にも適用されることを示す法文(D. 43, 17, pr./44, 7, 35, pr.)などを根拠に、占有に基づく特示命令が不法行為に基づく債務あるいはこれ対応する占有訴権として把握されるのである。このような解釈については、すでにみたように、訴権に基づく手続と特示命令の手続との違いが少なくとも問題となるはずであるが、サヴィニーは、「我々の手続」では両者は区別されていない以上、「我々にとって」両者を区別する意味はなくなったと述べるに留まっている(A. a. O., 34)。

サヴィニーによる占有の概念規定と体系的な位置づけの大部分は、繰り返し指摘してきたように、ローマ法源のドグマーティクとして提示されている。しかし、例えば、占有侵害と人格侵害を結びつける際、サヴィニーはもはやローマ法源に言及することはない(A. a. O., 40f.)。つまり、ここでは、ドグマーティクの限界が踏み越えられているのである。ただ、それは、後に詳しくみるように、積極的な根拠づけを伴うものではなく、またそれ故に、占有を事実として捉えつつ占有法を債務法に位置づける自らの主張を場当たりの補強したという印象を免れない。他方、極めて断片的ではあるが、ローマ法の規範的妥当そのものを相対化しようとする態度を読み取ることも可能である。例えば、所有の意思を欠く「派生的占有」について、サヴィニーは、「占有の本来的な概念からの逸脱」を伴うという理由から、「実定法が明確にその妥当を意欲する場合にのみ」認めることができるとしている。派生的占有という「形式的概念」が「実在性」を獲得するためには、そのような概念が現実「承認されている事例」を明らかにしなければならないのである(A. a. O., 127f.)。この箇所から、実定法秩序に内在する法概念と法現実の連関を「承認」という間主観的カテゴリーの下に把握するような方法的立場を引き出すことはそれほど困難ではない。しかし、「実定法」がローマ法源と無条件に等置されるならば、そのような期待は忽ち裏切られてしまうのである。

## 2. 歴史法学における「現在」の否定

歴史法学に法ドグマーティクの基礎づけを求めるということは、実定法の妥当根拠をその発生的事実に還元することを意味する。このような妥当論的限界の故に、歴史法学は、ローマ法の規範的妥当を前提とするドグマーティクそのものに変容せざるを得なかった。しかし他方で、実定法秩序が、主観的意識とは区別され、個々人の記憶の内に歴史として対自化され

るような歴史的事実であることは確かである。問題の核心は、むしろ、歴史的事実である法現実が事実であると同時に規範であるという点に存しており、そのような法現実の本性とこれを認識すべき法学自身の本性とは相互に規定し合っている。従って、法ドグマティク的基础づけにあたっては、法の発生と妥当を単に抽象的に区別するのではなく、両者の内在的な連関を把握し得るようなより高次の立場が求められているのである。歴史法学への批判を介してこのような要求に応えようとしたのが、エドゥアルト・ガンスであり、ヨハン・フリードリッヒ・キールルフであった。<sup>(6)</sup>

歴史法学への批判的視座は、何よりもまず、歴史法学そのものの位置を法学史の展開論理の内に相対化することによって獲得されねばならない。そして、歴史法学にとってローマ法が主たる研究対象である以上、少なくともローマ法研究史の内にその位置を求め得るはずである。ガンスによれば、「研究対象としてのローマ法の展開過程」には、「注釈的方法」、「教義的方法」、「体系的方法」という三つの方法的次元が内包されている。古代世界の遺産として現れたローマ法によって喚起される学的関心、つまり、「説明の欲求」は、内容的評価の基準たる「市民法への感性」を伴わない限り、「個々の部分」への注釈として充足されるしかない。ローマ法という「古典」は、その内容的な連関や法としての価値以前に、一節一節のテキストとして、すなわち、その「個別性」において説明される。注釈的方法にとって重要なのは、説明の内容ではなく、その都度説明されるテキストそのものである。それ故、ローマ法研究の内容的充実には方法の逆転が必然的に伴う。「関心の主たる対象」であったテキストは、今や、「それ自体として価値を有する内容への奉仕者」、つまり、ローマ法を文字通り法として説明するドグマの証明手段となる。しかし他方で、このような教義的方法が如何に徹底されたとしても、ローマ法研究がローマ法というテキストを離れて成立することはあり得ない。法律家は内容を論じるつもりでテキストに言及し、ドグマを根拠づけようとする意図はテキストの一節に見出しを与えることになる。このような「錯覚」を引き起こしている

のは「自らを文献学者にみせようとする法律家の虚栄心」である。とはいえ、専らテキストを志向する注釈的方法への回帰は、認識対象としてのローマ法それ自体の後退を意味する。ローマ法に対する学的関心は、むしろ、個々のドグマの証明を越えて、それらの体系的な連関に向かわねばならない。ドグマに付与される体系的な位置は、テキスト中にその都度指示される位置のごとく内容に対して「無関心な何か」に留まるのではなく、ドグマ自身の「内的な意味」を積極的に規定する。ドグマとして表現された内容の真偽は、テキストという外的な形式の真偽によってではなく、それを介して新たに付与された自分自身の形式の真偽によって左右されるのである。ドグマティックはこのような体系的な方法の下で初めて先の「錯覚」から解放される。「真の学とはただ一つの体系である」という命題はローマ法研究にも妥当するのである (Gans, 1827a, 149ff.)。

ローマ法によって喚起される学的関心がテキストに対する「説明の欲求」から「ローマ法の体系を構築しようとする欲求」へと深化する契機となったのは、同時代の哲学を介して「学とは何であるか」をあらためて問い直そうとする意識であった。そのような意識の現れがローマ法研究による自然法思想の摂取に他ならない。まず、いわゆる「ヴォルフ学派」の形而上学が、自然法の諸命題を同時代の「支配的表象」から無批判に引き出し、それらを「個々に自立した真理」として列挙したのを承けて、実定法としてのローマ法もまた、「真理」が主張される際の素材として扱われた。ここで「真理」に値する自然法とは、法に関する支配的表象に合致するという意味において「実践的」なローマ法そのものである。このような立場は、現実的なもの(ローマ法)の内に理性的なもの(自然法)を把握しようとした点で正当であるが、「理性的なものを有限な悟性的抽象という鎖で縛りつけようとした」が故に、両者を混同する矛盾に陥っている。これに対して、「批判哲学」は実定法と自然法を再び分離することによって矛盾を回避しようとした。自然法思想の下で「理想国家の建設」が企図される一方で、自然法を形成していたローマ法は、ローマ民族の法として歴史的探求

の対象となったのである。ガンスによれば、方法としての歴史法学はまさにこの地点に位置している。歴史法学には、自然法という後ろ盾を失ったローマ法研究の「無邪気な態度」や「本能的な行動」が概念化されているのである (Gans, 1824, VIIff.)。

とはいえ、歴史法学がローマ法研究史の到達点に位置づけられるためには、歴史法学自身の内に自然法思想に代わる哲学が要求されねばならない。というのも、歴史法学はそのような哲学によって初めて「体系的な方法」としての役割を果たし得るからである。ガンスによれば、歴史法学を支える思想は18世紀後半以降一般的となったある精神的傾向に由来している (Gans, 1927a, 155ff.)。それは、すなわち、「現在の変わり果てた様」への絶望であり、「より快適で詩的であった」過去への憧憬である。過去に憧れる人々は、過去の蓄積としての現在を悟性の力で解体し、表象や思想の内に再現される過去へと逃避する。このような過去への志向が宗教や芸術といった領域を越えて法学にも及んだのである。しかし、過去への憧憬と法とは真っ向から矛盾する。なぜなら、法という現実とは、たまたま現在に居場所を構えているのではなく、「現在そのもの」を表現しているからである。法にとって、過去に立ち戻るということは、自らの存在を否定することに他ならない。にもかかわらず、歴史法学は、過去の探求をあらゆる法に妥当する原理として要求している。自然法を「非歴史的」と非難した歴史法学は、自然法とは逆に、「現在の力や意味」を歴史のために用いているにすぎない。しかも、そのような「方法」は、法という認識対象の本性に矛盾するが故に、自然法以上に深刻な「倒錯的感情」をもたらすことになるのである。

歴史法学が過去に求めるものが法というそれ自体「実定的」な素材である以上、そこで要求されるのは、単なる悟性的な解体ではなく、所与の真理である歴史の内に「最も洗練され優れたもの」を見出すことであるはずである。しかし、「現在を否定する理論」であると同時に「過去に取り組む実践」であるということは如何にして可能なのであろうか。歴史法学は



自分自身の根拠づけに直接関わるこの問いに十分に答えていない。というのも、現在を否定し過去に立ち返るという原理あるいは根本原則は、詳細な歴史研究の中で何か特徴ある準則や技術として具体化されているわけではなく、実践的適用を欠いたままただ繰り返し唱えられているに留まるからである。このように、歴史法学の依拠する「方法」がローマ法研究という学実践の「哲学」たる役割を果たし得ないとするならば、歴史法学の実体は、結局、友情や心情といった学にとって外的な事柄を介して結び付いた法律家たちの集団あるいはその「集会所」に尽きることになる(Gans, 1824, IXf.; 1927a, 158ff.)。

このような歴史法学の方法的限界をガンスは「方法」自身の問題として捉えている。歴史法学の過去志向の根拠となっているのは、そもそも、自然法における過去との恣意的な断絶に対抗して表明された現在の位置づけ、つまり、現在と「あらゆる過去との分離不可能な結びつき」であった。しかし、このような結びつきは、それぞれの時代にそれぞれの民族が自らの洞察と能力に応じて世界を自由に創出する可能性を否定する理由にはならない。過去はむしろ現在との結びつきの故に現在において否定され得るのであり、現代の「正しさ」や「意味」は過去の死を表現することにこそ求められねばならない。過去との結びつきを絶った自由な運動は「理性」自身の行いとして把握されるべきなのである。その場合、個々の時代や民族は理性の現実化を媒介する器官として、理性そのものは決して死滅することのない実体としてそれぞれ機能する。法律家も含めて、「主観的精神」としての個々人に委ねられているのは、民族精神の内にその都度現実化されている理性を承認し尊重し把握することに尽きる。以上の意味においてまさに、過去は現在にとって「必然であると同時に自由」なのである。しかしながら、歴史法学が現在と過去との結びつきに基づいて「自由と必然の同一性」を主張するとき、その主張は次のような根本的な誤解によって本来の哲学的意味を失ってしまっている。すなわち、歴史法学にとっての「自由」とは、自然的時間の内にそれぞれの時代を創出する自由で

はなくて、過去に立ち返り死せる文字を読む自由にすぎず、また、「必然」とは、個々の民族精神の原理としてその都度把握されるべき理性の必然性ではなくて、古典期ローマの民族精神という「最も高次のもの」との因果的連鎖の必然性なのである (Gans, 1824, XIIff.)。

従って、歴史法学が表明するような現在に対する「蔑み」は、法の歴史における理性の役割の否定という論理を介して、哲学に対する「憎しみ」をもたらすことになる。歴史法学は、ローマ法研究の「哲学」たることを意欲しながら、哲学そのものを否定してしまっているのである。その意味で、自然法に対する「非歴史的」という評価もまた、歴史研究の欠如というような事実に反する指摘としてではなく、まさにその哲学性に対する批判として理解されねばならない。ガンスのこのような観方は、何よりもまず、歴史法学の「要」であるサヴィニーその人に向けられている。法的知識と歴史を結びつけるサヴィニーの試みはそれ自体大いに称賛されるべきであるが、それは「法形成におけるアプリアリなもの」の犠牲の上に成り立っている。実定法の歴史的な原点を「肯定」するサヴィニーの立場は、実は、ローマ法研究史の到達点である体系的方法への「否定」なのである。あらゆる「否定的なもの」は真理を真理として意識させる役割を果たす。「否定的なもの」を最初に言明する「個人」はそれ故に称賛されねばならない。ローマ法研究に体系性をもたらす哲学もまた、歴史法学という「否定的なもの」を介して自己を取り戻すことができる。歴史法学がサヴィニーという個人を越えて存続し得るとするならば、それは体系的方法の更なる展開に否定的契機として寄与する限りにおいてである。歴史法学にとって「歴史的」であるということは、結局、「非哲学的」であることを意味しているのである (A. a. O., XIVff.; Gans, 1827a, 161ff.)。

ところで、歴史法学の「方法」の実践的帰結は、ガンスの指摘する通り (A. a. O., XIVf.; 165)、立法活動に対する評価に最も明確に現れている。自然法の非歴史性という主張は、直接には、啓蒙主義的な法典化の動向を念頭に置いたものであった。キールルフによる歴史法学批判はまさにこの側

面を捉えている。キールルフによれば、種々の自然法思想及びそれを承けた立法的改革の意義は、普通法としてのローマ法の地位を相対化した点に求められる。立法主体たる「主観的精神」にとって必要とされたのは、歴史的素材そのものではなく、歴史的素材の基準足りうる「即自的法」である。そのような法は、理性に由来するが故に時や場所に左右されることなく永遠に妥当している。歴史的に実在する国家の立法者はこの「即自的法」を理性の要請に従ってその都度現実化せねばならない。このような立法者の課題は、とりわけプロイセン一般ラント法において、純粹な形で追求されている。というのも、一般ラント法の立法者は、自然法そのものを法源とすることを避けて、裁判官の実践的要求に応えるために可能な限り詳細な規定を設けようと試みたからである。ただし、法典化によって普通法の直接的な妥当は否定され得るとしても、普通法そのものが直ちに消失するとは限らない。というのも、そもそも新たな法典の大部分は、立法時の支配的な普通法学説から採用されたか、あるいは、普通法上の諸原則から立法者自身によって導出されたかのいずれかだからである。むしろ重要なのは、法典化以後、普通法の「理論」が、ユスティーニアヌス法典の權威に左右されることなく、独自の体系的観点から素材を扱い得るような「主観性」を獲得したという点である。とはいえ、ユスティーニアヌス法典が現実には法典としての統一性を保持すべきであるというドグマが依然として維持されている限り、「理論」の関心は、新たな法典に向けられることなく、従ってまた、「実践」との連関を欠いたまま、ユスティーニアヌス法典の各所に次々と発見される矛盾の解消に集中することになる(Kierulff, 1839, XIIIff.)。

このような「理論」と「実践」の分離が自然法という「方法」に由来するのだとするならば、批判されるべきは「方法」そのものである。歴史法学の意義はまさにそのような方法へのアンチテーゼである点に存する。歴史法学は、主観的精神の本性、つまり、理性に依拠する代わりに、既存の実定法の歴史的原点を探ることを要求するが、それは単なる理論的な要求

に留まらない実践的意図を伴っている。ユスティーニアヌス法典の解釈は、古典期ローマの法学者の意図を把握するためだけではなく、それを実践的規範として妥当させるために行われ、古典期ローマ法学の本質や方法に関する理論的認識が立法という実践の成熟度の基準とみなされるのである。しかし、キールルフによれば、「現在という実践の基盤」から遊離している点において、歴史法学もまた自然法と変わらないとされる。まず、歴史法学が認識対象に据える実定的素材と「現在の法」とを直接結びつけるような「生きた連関」は事実上ほとんど存在していない。また、歴史法学は「現在の法状態の改善」がドイツ国民の内部から有機的な仕方で達成されることを望んではいるが、自立的な法創造の「現場」はあくまで古典期ローマ法学に求められている。更に、現在における法創造に直接手を染めることなく、創造されるべき法の原点を遠い過去に求めるという歴史法学の「原理」からは、「理論」とも「歴史」とも言い難い学説が生み出されることになる。そのような学説は、ユスティーニアヌス法典に明言されている内容だけを法として妥当させようとして、「生きた法」が「実践」を介してのみ生成するという点を顧みようとしない。その意味で、例えば「新勅法」の目新しい一節を実務に採り入れるべき旨の主張などは、「非実践的」であるばかりか「非歴史的」でさえある。歴史法学は、数百年にわたって培われてきたドイツ特有の普通法実務を無視し、ユスティーニアヌス法典という実定的素材を絶対視することで、自身が意図していた「法の生き生きとした発展」を自ら阻んでいる。自然法によってもたらされた理論と実践の溝は、この歴史法学の自己矛盾を介して更に深まり、理論的な優秀さを実践的な無益さと取り違えるほどに深刻な「概念の混乱」を招いてしまうのである (A. a. O., XVIIIff.)。

キールルフは、「我々の時代」の法典編纂が必ずしも成功していない原因を、「立法者の地位や任務についての曖昧な意識」に求めている。立法者が、裁判官の能力を過小評価して、既存の学説や自らの見解を基に過度に詳細な規定を設ける場合、立法活動は解釈活動と同じ次元に位置するこ

とになる。その結果、立法者は、個々の解釈が陥ると同様の誤解や矛盾を犯し、その都度これを訂正せねばならない。しかも、立法とその訂正を繰り返す一連の活動は、国家の法実務としての事実上の權威の故に、かえって理論や解釈の自由な展開を阻害してしまう。法の不明確さを解消しようと試みられた立法は、こうして、自ら法を混乱させるという自己矛盾に陥るのである(A. a. O., XXI)。同様の立法観は、ガンズにおいても、プロイセン一般ラント法批判という形でより具体的に展開されている。ガンズは、まず、一般ラント法を「啓蒙主義」という時代精神の一現象形態として把握する。あらゆる法命題や条文において「正義」を強調する一般ラント法には、「特殊なもの」を可能な限り「普遍なもの」に還元しようとする啓蒙主義の特徴が現れているのである。しかし、啓蒙主義における普遍と特殊の捉え方は、法という現実に対応しいとはいえない。「制定法」という特殊は確かに「正しさや正義」といった普遍を充足せねばならないが、そのような普遍との関わりは「制定法であること」によって既に示されている。たとえ立法者が、個々の制定法について、その対自的な妥当を承認させるだけでなく、それぞれの普遍的根拠を明らかにしようと意図しても、そこで意図されている普遍はそれ自体既に一個の特殊にすぎない。あらゆる法命題に普遍性を付与しようとする意図は「制定法概念」に矛盾しており、一般ラント法もまたこの矛盾に陥っているのである。一般ラント法において更に問題なのは、制定法としての特殊性が、普遍的な正しさ一般へと還元されているだけでなく、「事件」の個別性とも区別されていないという点である。特殊を普遍に還元する啓蒙主義が、あらゆる事件に対処しようという立法者の実践的意図を介して、特殊と個別の混同と結び付くとき、そこには、裁判官をただ困惑させるだけの「死せるカズイスティク」が残されることになる(Gans, 1832, 9ff.)。

立法に対するこのような批判的観方は、歴史法学批判に直接結びつくわけではない。というのも、サヴィニーもまた、制定法でありながら個々の事件を隈無く数え上げそれぞれに解決を与えようとする一般ラント法の

「方法」を批判しているからである (Savigny, 1814, 89ff.)。サヴィニーは、まず、一般ラント法の「方法」を古典期ローマ法学のそれと比較する。古代ローマの法律家を事件解決に導いたのは、法の指導的原則に関する確かな知識に加えて、「個々の法律関係の個性に即した明晰な直観」であった。古代ローマの人々にとって法的事件は指導的原則という普遍的なものの「具体的な表現」なのである。このような「方法」を、我々は、ローマ法源、とりわけ、「学説彙纂」から学ぶことができる。それ故、「方法」という普遍的な観点において、一般ラント法を学説彙纂と比較することも可能である。こう主張するサヴィニーが意図しているのは、両者の純粋な比較ではない。古典期ローマ法学の「方法」は、サヴィニーにとって、一般ラント法の「方法」を評価する基準であり批判する根拠なのである。一般ラント法は、まず、「諸概念の明晰且つ個別的な把握」という点において十分とはいえない。ただ、概念規定の個別性だけならば、「内容的な完全性」を求める一般ラント法の「方法」によっても克服可能である。問題なのは、むしろ、一般ラント法の「方法」が、法典一般の本来の目的である「実践的な諸準則」を定立するために適しているか否かである。サヴィニーによれば、一般ラント法の実践的準則の多くは、指導的原則のような普遍性にも、個体的なものの直観にも達していないとされる。まさにそれ故に、一般ラント法は批判されるべき法典なのである。このようなサヴィニーの批判は、一般ラント法の「方法」の限界を指摘する点において、先にみたガンスやキールルフの観方と一致する。実際、両者は、立法に対して自制と理論との協働を求めた点を、サヴィニーあるいは歴史法学の功績とみなしているのである (Gans. 1827a, 165, Kierullf, 1839, XX)。

しかし、ここで注目すべきなのは、立法批判という結論ではなく、そのような結論に至る過程である。既にみたように、ガンスやキールルフにおいて、啓蒙主義的自然法的な法典化の限界は立法活動の自己矛盾として論証されている。これに対して、サヴィニーによる一般ラント法批判の出発点はローマ法との比較である。学説彙纂から再構成され得る古典期ローマ

法と一般ラント法とを、方法という次元において比較することは、確かに可能であり、互いの方法的特質を把握するためには有益であろう。ただ、両者の比較から前者への批判的評価を直接導くことはできない。というのも、単なる歴史的事実の比較を越えた批判的評価が可能であるためには、その前提として、評価の基準あるいは根拠が明らかにされねばならないからである。従って、この場合、一般ラント法批判の根拠は、比較対象である古典期ローマ法学の「方法」それ自体の正しさに求められることになる。しかも、ここに言う「方法」が、実践的準則の定立という文字通り実践的な営為のあり方として提示されている以上、「現在」において求められるのは、史料を駆使した古典期ローマ法の正確な再現などではなく、法体系に幾何学的な完全性をもたらす指導的原理と法律関係の生き生きとした直観との「必然的結びつき」に相応しい立法であるはずである。しかしながら、サヴィニーが「我々」に求めているのは、そのような意味での「現在」における実践などではなく、一般ラント法を一つの「過去」として位置づけるための立法史料の探求である(Savigny, 1814, 91ff.)。では、「現在」の法は一体どこに求められるのであろうか。1でみたように、サヴィニーにおいて、古典期ローマ法学の「方法」の評価はローマ法そのものの評価に直結している。つまり、「現在」に適用し得る方法を探求する一手段にすぎないはずのローマ法源の歴史的研究が自己目的化されているのである。方法は、「現在」の法を妥当論的に基礎づけ得るからではなく、古典期ローマ法学の「方法」であったが故に正しい。一般ラント法の「方法」に向けられた批判もまた、実際のところ、ローマ法からの逸脱という事実の指摘以上の意味を持っていない。サヴィニーにとって「現在」の法とは、結局、ローマ法そのものなのである。ドイツ語が未だ立法に相応しい程に成熟しておらず、法律関係の生き生きとした叙述を妨げている旨の主張(A. a. O., 91)には、このローマ法至上主義とも言うべき非歴史的立場が端的に現れている。というのも、そのような主張の内実は、ドイツ民族の言語と法に関する発生史的認識などではなく、学説彙纂の独訳が不完全

だからドイツ語による立法は不可能だというようなローマ法の規範的権威に基づくドグマティッシュな評価にすぎないからである。

ローマ法の規範的妥当を発生史的な法源研究だけで根拠づけることは不可能である。ローマ法の権威の下に法の「現在」を否定した歴史法学は法の発生と妥当を混同せざるを得なかった。このような混同が、個々の認識主体の能力如何ではなく、ローマ法という対象自体に左右されているとするならば、この「対象の客観的な難しさ」こそ克服されねばならない。ガンスによれば、「過去」は、現在において割り当てられている地位を受け入れ自立性を放棄することによって初めて、「真に生きた歴史」として存在しうるとされる。「古代」は、その意味で、例えば「我々」の教養の手段たる古典作品の内に「生きている」。市民法もまた、そのような歴史としての「古代」に属しているのである。ローマ人の関心事が祖国から私生活へと移り、古代ローマが衰亡しつつある時代に、市民法は自らに相応しい場所を見出し十分に鍛錬された。古代ローマの市民法は、中世においては、ただ驚きと忌避の対象にすぎなかったが、時代がより自由な次元に達したとき、市民法一般の基礎として受け入れられるに至る。この場合、ローマ法を受け入れるということは、ローマ民族への従属ではなく、受け入れた民族自身の文化の成熟を意味している。個々の民族が、互いを単なる「他者」として否定することなく、他者の内に「等しきもの」を見出し、他者の成果の継承を自らの名誉とみなすに至ったということには、世界史における自由の進展が表現されているのである (Gans, 1827a, 141ff.<sup>(7)</sup>)。

そこで問題となるのは、ローマ法が「現在」の市民法として如何なる地位を引き受けているのかという点である。かつてローマという国家のあらゆる特徴を反映し、「最も高次のもの」として妥当していた市民法は、「我々」の下では、そのような絶対的な意義を失っている。「我々」が言及し得るローマ法とは、ローマの民族精神に即して叙述されたローマ国民の法であるか、当該国民性の否定と引き換えに妥当している「我々の法」であるかのいずれかである。それ故、市民法一般の基層たるローマ法から



「我々を取り巻く状況や制度」の内に受け継がれたものは、ローマ的精神自身の成果とは本来区別されねばならない。ローマ法に割り当てられているこのような「二重の地位」が混同されるならば、例えば「十二表法」という過去と「19世紀の法」という現在が無媒介に結びつくことになる。しかし、それは、現在の法を歴史的原点に押し戻すだけで、法の「妥当」について顧慮することのない「非実践的」で「歴史に偏った」観方である。ローマ法源の歴史的研究によって明らかにされた十二表法からユスティーニアーヌス法典に至るローマ法の連関は、現在の法制度を再ローマ化する根拠にはなり得ない。ローマ法が「我々の法」として継承されるに至ったという「外的な適性」に、現在の法の「内的な根拠づけ」を求めることはできないのである(A. o. O., 144ff.)。ローマ法という認識対象の「客観的な難しさ」が、「現在」におけるローマ法の地位の二重性に由来するのである以上、「我々」にまず要求されるのは「現代のローマ法」と「ローマ民族の法」を区別することである。「我々」の下で「妥当」しているのは前者であり、後者は歴史研究の対象にすぎない。例えば、ユスティーニアーヌス法典に記録されているという理由だけでプブリキアーナ訴権に言及する者にとって、「我々の時代」のローマ法は無縁の存在である。「我々」は、このローマ法の「妥当」を、「ローマ人の精神」ではなく「我々の精神」の働きとして把握せねばならない。「現在」の市民法たるローマ法は、「我々」自身の概念に即して、「我々」自身の体系の内にのみ位置づけられ得るのである(A. o. O., 147f.)。

このように、ガンズは、法一般の発生と妥当の区別をふまえて、ローマ法という対象の「難しさ」を克服しよう試みているわけであるが、そのような試みは法学と哲学の関係に対する一定の理解によって支えられている。発生的問題と妥当論的問題が混同されるべきではないとしても、法学的認識が、法史的事実の記述に留まる限り、「現在」の法妥当を把握することはできない。既にみたように、歴史法学による「現在」の否定は自らの「非哲学的」性質の現れであった。歴史法学にとって、ローマ法源の歴

史的研究という領分を越え出て「現在」に言及することは自己矛盾に他ならない。法学が、歴史法学のような矛盾に陥ることなく、法の「現在」を対象化するためには、哲学と関わることによって、「体系的方法」を獲得する必要がある。ただし、その際求められるべきなのは、自然法と実定法を分離させる「批判哲学」のような「現実に対峙し抽象的な理想を追求する哲学」ではなく、法学という「実定的な学」を自らの内容として包括し得る哲学である。そのような哲学において初めて、法の「現在」という現実とは、単なる「外的なもの」に尽きない「具体的な現実」として、「思想」との必然的な連関の下に体系的に提示され得る。そして、ガンズにとっては、ヘーゲル哲学こそが、哲学自身の思弁性と法の実定性を両立させ、法学に真に体系的な方法をもたらし得る哲学であった。法学は、「理性的存在」一般、つまり、「イデー」が人倫的世界として現実化し、イデーを把握する哲学が「法の哲学」として具体化するために不可欠の媒介的契機なのである (Gans, 1824, XVI/ XXIXff./ XXXIXf.)。

### 3. 「私法」の「理論」による法現実の媒介

実定法という「現在」を把握するにあたって法学と哲学の協働が要求されるのだとしても、実体法の体系と法一般の哲学的考察とが単純に一致するわけではない。両者はそれぞれ、法認識の実定的契機及び哲学的契機として法学自身に内包されつつ、常に区別されるのである。ガンズによれば、そのような区別は、「法(=正しき)」の概念と「制定法(=法則)」との関係をめぐって顕在化する。まず、法哲学的に考察される場合、両者は、法の具体的内容を抽象したまま直接結びつくことはできない。なぜなら、制定法が「法の定立」を意味する以上、定立されるべき法の内容は制定法という概念にとって不可欠の論理的前提となるからである。法の概念は、制定法という形式を獲得することによって、正しさ一般という観念的次元

を越えて現実化し得る。このような法の現実化の「媒介項」として必要最小限度の法的内容が要求されるのである。そして、この媒介項の役割を果たすものこそ法哲学的意味での「私法」に他ならない。法が定立される際には必ず、何らかの所有や契約あるいは家族が実在しているはずなので<sup>(8)</sup>ある。これに対して、実定法の体系の下では、私法の諸カテゴリーは、それらが現に法として定立される限りにおいて妥当する。というのも、実定法の妥当は、法の内容という窮極的な妥当根拠と制定法という形式との直接的な結びつきを介して初めて把握できるからである。従って、この場合、法の形式は私法という内容に論理的に先行していることになる。制定法は、さしあたり、具体的内容を欠いた抽象的形式に留まるのである(Gans, 1827a, 174f.)。

ある国家の制定法は、当該国家に属する全ての者を拘束することによって、自らに相応しい規定性、つまり、抽象的な普遍性を獲得する。それ故、公に意識され知られることが制定法の妥当の出発点となる。そして、このことは、制定法そのものに加えて、その存在を意識し得る主体的契機が、法妥当の形式として要求されるということの意味している。そのような法の主観的形式の役割を果たしているのが「人格」である。ガンズは、このような人格概念を、制定法の自己矛盾の必然的な帰結として捉えている。ある法が、例えば国益に関わる一般的認識などではなく、特定の利害や欲求を契機として定立されたとしても、それが制定法である限り、全ての者に対して妥当し得る。制定法の普遍性は、具体的内容から抽象されている限り、それ自身一つの特异性にすぎないのである。しかし、立法の名宛人たる個々人間の差異そのものが法の内容として積極的に取り込まれるに至ったとき、制定法は法の客観的形式という自らの役割に矛盾することになる。というのも、そこでは、名宛人の一部にのみ妥当する優越的あるいは劣後的地位が、法として定立されているからである。法の形式と内容の抽象的な区別という前提の下で、この矛盾を回避するには、制定法という客観的形式そのものが一旦放棄されざるを得ない。法として定立された

「特権」は、こうして、「個人の権利」へと変容する。権利のこのような個別性を具体的内容とは無関係に把握するものが、法の主観的形式、つまり、人格なのである(A. o. O., 177f./184ff.)。

人格において意識されることが制定法の妥当の出発点であったように、人格は制定法を知らなければそもそも権利を主張できない。いわゆる「法の不知」は、法の主観的契機と客観的契機の断絶であり、人格の抽象性に由来する「絶対的な不法」なのである。このような不法を解消し法を回復する過程もまた、法の現実化の更なる段階として、法の具体的内容に論理的に先行する。法の形式は、この段階に至って初めて、内容との必然的連関を取り戻し得る程度に具体化されるのである。ただし、互いに自らの権利を主張し合う紛争当事者自身の「自力救済」において法が回復されることはない。なぜなら、この場合、一方の人格と法の一致は必ず、他方の人格と法の不一致を伴い、新たな不法を生み出すからである。それ故、紛争当事者は「第三」の人格に法の回復を委ねざるを得ない。人格と法の一致は、裁判官による法の言明、つまり「判決」の内に達成されるのである(A. o. O., 190f./196)。

判決として言明される「具体的な法」は、キールルフの言うように、裁判官自身だけでなく、まさに紛争当事者にとって「もはや覆し得ない真理」として妥当する。判決という行為の目的は、紛争当事者間に生じた法に対する疑念を「最終的」に除去し、当該「事件」に妥当する法を「客観的」に提示することなのである(Kierulff, 1839, 42)。このような判決の客観性は、さしあたり、制定法という法現実の端緒的形態を具体化したという「形式的」な根拠に基づいている。裁判所が国家の機関として機能し、当該国家において妥当する制定法を個々の判決の内に具体化するということそれ自体は、判決の形式的根拠である制定法や判決それ自体の内容的な正しさとは区別されねばならない。このような区別の下では、裁判官の「主観的な思いこみ」が国家の「権威」の背後に退きさえすれば、「客観的真理」という判決の地位は確保されることになる。判決が法現実の具体的

な形式として把握されるだけでは、実定法の体系は論理的に完結し得ないのである。

法の形式と内容の区別は、既にみたように、実定法の体系にとって不可欠の前提であるが、キールルフの判決観においては、残念ながら、この点が十分に顧慮されていない。確かに、キールルフは、「民事上の確定判決」において具体化される法を「形式法」と呼んでいる。しかし、ここに言う「形式法」は、いわゆる「実体法」の対概念ではなく、従ってまた、法の内容から区別された形式でもない。判決として言明された法がここで「形式的」とされているのは、有限な主体である裁判官の言明の内に、直接、「法的真理」が示され確定されているという理由からである。ここでは、判決という法の具体的な現象形態が、法の内容とは無関係のまま、法の概念、つまり、「正しさ」へと結びつけられてしまっている。キールルフにとって、民事上の確定判決は、紛争当事者間における「法の不確定性」を「最終的」に解消するが故に、法として正しいのである(A. o. O., 43f.)。キールルフは、「刑事上の判決」について、当時の刑事手続を念頭に、「暫定的に承認された法」と「実体法」が対立する可能性を認めてはいるが、ここでは、法の形式と内容の区別が、判決の「確定力」の有無というそれ自体形式的な問題と混同されている。判決という形式が確定しても、異なった法が承認される可能性まで否定されるわけではない。法の差異は形式ではなくむしろ内容に関わっているのである。

これに対して、ガンスは、制定法という「公に知られた法」を具体化するはずの法的手続自身が、法に即して喪失された状態を法の公知性に反して回復する可能性に言及している。ガンスの念頭にあるのはローマ法上訴権とは別個の法的救済手段とされた「原状回復」であるが、ここで重要なのは、その歴史的意味などではなく、そこに法の形式の自己矛盾が現れているという点である。原状回復は、その都度否定される法の具体的内容とは無関係に、「形式的な何か」として抽象的に把握され得る。その意味で、原状回復は、制定法や判決と同様、法の客観的形式の一つにすぎない。先

にみたように、制定法の自己矛盾を介して生成する法の主観的形式、すなわち、人格は、判決という形式において再び客観性を獲得することができる。しかし、原状回復の場合、人格は、制定法から判決に至る「法の形式的運動」から離れ、自らの権利の内容へと回帰している。というのも、原状回復において否定されるのは、抽象的な人格ではなく、権利の具体的内容だからである。法的手続の形式性はまさに原状回復という形式において失われるが、「法の形式的運動」が到達するこの自己矛盾の内に初めて、法の形式(人格)と内容(権利)の必然的連関が回復される。「私法」という内容を媒介項とする法の哲学的考察、理性的な法認識とは異なり、実定法の体系の下では、法の形式と内容が悟性的に区別され、その結果、私法は「法の形式的運動」の論理的帰結として位置づけられることになる。人格の内容が権利として把握されなければ、実定的な意味での私法は生成し得ないのである(Gans, 1827a, 196ff.)。

ところで、私法に先行する「法の形式的運動」を有限的主体の行為として捉えるならば、その意味するところは、立法や裁判実務といった法の実践一般に他ならない。それ故、実定法の体系における法の形式と内容の抽象的区別には、実践と理論の区別のあり方もまた含意されていることになる。法の形式が内容との連関を回復するとき、法の実践と理論もまた最も緊密な結びつきを達成するはずなのである。この点に関して注目すべきなのは、キールルフにおける「法の理論」の構想である。制定法は判決における具体化に先だって「知的作業」の対象とならねばならない。なぜなら、制定法を介して「具体的な法」を知ることができなければ、その実在化を意欲することもまた不可能だからである。法の「理論的認識」は判決という次元において「実践的認識」へと移行する。キールルフが「法の理論」と呼んでいるのは、裁判官の「実践的判断」に必ず先行する「法の知的再現」なのである(Kierulff, 1839, XXIV/18/42)。

法を「理論的」に認識するためには基本的な概念や原理が欠かせない。しかも、それらは、歴史的な由来とは無関係に、「現在」において「普遍

的な承認」を得ているものでなければならない。法の理論にとって重要なのは、ある時代ある国家において妥当している法原則であり、当該国家において実践的に適用されるべき法を根拠づけ得る規範である。法の理論における概念や原理の展開は、「現に存在している法の多様性の克服」というそれ自体極めて実践的な目的を追求するが故に、実践に寄与し得るのである(A. o. O., XXIff.)<sup>(9)</sup>。このような理論は個々人によって繰り返される「解釈」の総体として存続している。個々の解釈者に課せられている「現在の要求」とは、裁判官の実践的判断を規範的に根拠づけ得る「法的意志」の探求し、その内容を明らかにすることである。制定法の内に表現された意志であれ、契約当事者の意志であれ、その規範的内容を把握することが法律家の任務であり、解釈によって明らかにされた法的意志は裁判官という立場において判決の内に実現されねばならない(A. o. O., 18f.)。ここで重要なのは、法律家と裁判官が同一主体であるか否かではなく、「理論的認識」と「実践的判断」の論理的区別である。法律家としての認識は、判決という具体的次元において、そのまま裁判官としての意欲に移行し得るが、後者が前者によって必然的に規定されるわけではない。裁判官は「制定法の真の意味に関する自らの確信」を専ら「権威」によって根拠づけることも可能なのである(A. o. O., 36)。ただし、そのような「解釈」は、法の理論を構成し得るような本来の意味での解釈とはいえない。なぜなら、実践的判断との区別が解釈主体自身によって意識されていないからである。そして、このことは、単に「権威的な解釈」のみならず、「先例」として実践的判断を事実上規定する「解釈」にもあてはまる。「真の解釈」とは、制定法の「事実的な根拠」の探求ではなく、制定法の内に表現された「法的意志」の具体的内容の把握であり、それ故にまた、理論は立法者の意志と裁判官の意志を媒介し得るのである。(A. o. O., 25ff./34Anm. 2)<sup>(10)</sup>。

キールフは、法の理論が法現実の「媒介項」たり得る条件を二つ挙げている。その一つは、先にみたように、個々の解釈の内にその都度展開される概念や原理が「普遍的に承認されている」という点であるが、もう一

つは、個々の解釈そのものに関わる条件、すなわち、概念や原理の「自由」な展開である(A. o. O., XXV)。キールルフは、この条件を「演繹的推論の正しさ」とも呼んでいるが(A. o. O., XXVII)、そこで求められているのは、形式的な論理計算の正確さなどではなくて、個々の解釈における主体性、つまり、「精神の自由」の保持である。解釈が人間の行為である以上、それは常に「解釈者の主観」によって規定される。それ故、解釈の相違はそもそも不可避である。しかし他方で、「法源や学説の引用の単なる積み重ね」は、解釈における主体性の放棄に他ならない。結局、「解釈者自身の確信」に基づく行為だけが解釈の名に値するのである。この解釈の主体性という条件は、当然ながら、概念や原理の普遍性という第一の条件との結びつきにおいて初めて意味をなす。解釈者の主観は、間主観的な承認を介してのみ、法の理論として妥当するのである。

- (1) ここに言う実証主義は、道徳規範に対する法規範の排他的自立性、法規範の適用と政策的な裁量との抽象的区別といった点を特徴とする主としてアングロ=サクソンの法実証主義とも無関係ではない。既存の実定法秩序を越え出る問題を法外在的な裁量に委ねるという態度は、むしろ、法の規範的根拠づけの問題に対する無関心の現れなのである。
- (2) 本稿は、直接には、拙稿「客観的観念論と私法学」の敷衍及び各論的展開を試みるものであるが、妥当論的限界という問題意識はむしろ我が国の民法学の現状に由来している。民法学は、民法という実定的規範を認識対象に据える以上、事実の外在的な記述という次元に留まることはできない。民法学という「学」に何らかの存在理由を認めようとするならば、社会学や経済学といった事実学に由来する知見、より一般的な射程を有する認知科学上の経験則、あるいは、史料考証や比較という手法だけでは不十分なのである。
- (3) 「民族」と「国民」という用語の区別ははっきりしない。ただ、前者は、言語の共有を基準にしばしば国家的枠組を越えて用いられるのに対して、後者は言語に加えて「国制」の共有という観点から用いられることが多い。例えば、古典期ローマ法においては、ローマ国民が、中世ローマ法においては、西ローマ帝国滅亡後様々な国々に分散したローマ民族がそれぞれ言及される(Savigny, 1814, 33; 1834, XII)。いずれにせよ、法との有機的連関という点に関して二つの用語の区別に本質的差異はないと考えられる。
- (4) 『占有法』の初版は1803年に公開されているが、本稿では、特に必要のない限り(重要な改説については後述参照)、サヴィニー自身による最終版、すなわち、



1837年公刊の第6版を引用することにする。

- (5) なお、所有権の使用取得の場合に物の占有に加えて要求される占有者の「善意」や「正当な原因」は、ここに言う法学的な変更に含まれることになるう。
- (6) 以下の叙述は、1での川島・サヴィニー批判と同様、本稿の関心に即して両者の主張を敷衍検討するものであって、中立的外在的な学説史的記述とは全く無縁である。なお、ガンスについては、Landsberg, *Geschichte der Deutsche Rechtswissenschaft* 3. Abt. 2. Hb (1910), 354ff.、Reissner, Eduard Gans(1965)、Riedel, *Einleitung in: Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*(1981), 11ff.、Braun, *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie*(1997)、キールルフについては、Landsberg, a. a. O., 592ff.、Larenz, *Johann Friedrich Kierulff*, in: *FS zum 275 jährigen Bestehen der Christin-Albrechts-Universität Kiel*(1940), 116ff.、Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* Bd. 3(1976), 490、Ogorek, *Richterrecht oder Subsumtionsautomat*(1986), 232ff. を参照。
- (7) ローマ法という文化的成果を世界史の必然的連関の内に相対化することは、ガンスのいわゆる「普通法史」の課題であった(Gans, 1824, XVIff./XXXIf.)。そして、このような世界史内在的なローマ法史への要求は、そのままサヴィニーの『中世ローマ法史』への批判の一つとなっている(Gans, 1927b, 324ff.)。
- (8) ガンスの念頭にあるのは、言うまでもなく、ヘーゲル法哲学の体系である。『法哲学』の叙述に照らすならば、法の概念は体系導入部における意志概念の展開(Hegel, 1970, §4ff.)に相当し、所有と契約は「抽象法」として論じられている(§41ff./§72ff.)。家族は「人倫」の直接態として位置づけられているが(§158ff.)、人倫の喪失態たる「市民社会」内部の「司法」(§209ff.)には論理的に先行している。
- (9) キールルフによれば、古典期ローマ法学は、「法の理論」とは全く逆に、「法の多様性」を志向していたとされる(A. o. O., XXIII/XXV)。このような指摘は、古典期ローマ法学の方法を「現在」に持ち込もうとするサヴィニーへの間接的な批判となっている。
- (10) キールルフは「真の解釈」を「立法者の思想の忠実な描出」とも呼んでいるが(A. o. O., 34)、これを例えば、立法者の主観的意思の心理学的な記述と解することはできない。なぜなら、そのような意思は、制定法という法現実との因果的連関の下に、それ自体として対象化された事実であり、その意味でまさに制定法の「事実的根拠」にすぎないからである。実践的判断の根拠は、あくまで、法現実の内部に求められるべきなのである。この点についてLarenz, a. a. O., 126f. 参照。なお、理論あるいは「学」としての法解釈は、ガンスにおいても、表現内在的な意味の認識と捉えられている(Gans, 1927a, 179)。

#### <主要参考文献(1)>

Gans, Eduard, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* Bd. 1(1824):  
Gans, 1824

- ・ --, System des römischen Civilrechts im Grundrisse(1827) : Gans, 1827a
- ・ --, Besprechung von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 4(1826), in : Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik (1827), 321-344 : Gans, 1827b
- ・ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in : Werke in 20 Bänden (1970) : Hegel, 1970
- ・ 川島武宜、民法 I、1960年 : 川島, 1960
- ・ --、科学としての法律学(新版)、1964年 : 川島, 1964
- ・ --、法社会学における法 の存在構造、法学文献選集 2 法社会学所収、1973年 : 川島, 1973
- ・ --、川島武宜著作集第 7 卷 所有権、1981年 : 川島, 1981
- ・ Kierulff, Johann Friedrich, Theorie des Gemeinen Civilrechts(1839) : Kierulff, 1839
- ・ Savigny, Friedrich Carl von, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft(1814) : Savigny, 1814
- ・ --, Vorrede zur ersten Ausgabe, in : Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter Bd. 1 2. Ausgabe(1834), Savigny, 1834
- ・ --, Das Recht des Besitzes 6. Auflage(1837) : Savigny, 1837
- ・ --, Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in : Vermischte Schriften 1. Bd(1850), 105-126 : Savigny, 1850

(未完)