

# 歴史法學派における法源論

教 授

和 田 小 次 郎

2 6 0 4

## 目 次

は し が き	1
第一 歴史法學派における法源の意義	10
第二 法の發生根據	19
第三 民族精神	27
第四 法の發生形式と慣習法、制定法、法曹法	38
結 語	54

# 歴史法學派における法源論

和田 小次郎

## は し が き

一 近代初頭に勃興した合理主義的精神は、法學の分野において、いはゆる自然法學派を發生せしめた。それは中世紀の教會學者におけるやうに、法の終極の基礎をもちや神の權威に求めることをもつて満足しえず、これを「人間の本性」即ち「人間の自然」に求めたのである。その際、彼ら自然法學者は「人間の本性」を理性と見、あるひは少くとも、人間の本能生活を抑制するものとして理性に優越を認め、法をば「理性の命令」または「理性の法則」として把捉したのである。法は「理性の命令」として合理性的認識によつてのみ把捉されることができ、従て、その内容においても餘すところなく合理性的であり、また「理性の法則」として永久普遍の妥當性をもつものと主張されたのである。彼らにおいて法は人間理性に基くものとせられ、その内容的認識においてもひたすら合理性によつて導かれねばならぬものとされたのである。かやうにして、自然法學派の人々はひたすら ratio によつて導かれ、合理性的認識にのみ立ち據つた。彼らの支配

した十七・八世紀は法學における合理主義の時代であつたのである。<sup>(一)</sup>

二 十八世紀の末頃から、ドイツにおける學問や藝術や政治等の凡ゆる分野において、冷徹な客觀的合理主義に對する反動傾向が現はれ初めた。いはゆる Romantik<sup>(二)</sup> がそれである。それは、凡ゆるものをただ理性によつて把捉しようとする態度、あるひは、理性によつて合理的に把捉しうるものをのみ實在とする態度を拒否して、合理的的認識から轉換する傾向である。

しかしながら、屢々いはるるやうに、ロマン主義がひたすら非合理的なものを志向し、非合理的認識にのみ依據しようとする、といふのは當らないであらう。殊に、單に藝術の分野においてのみならず、學問の分野においてもまたロマン主義が語られる限りにおいては、第一に、いかなる認識も學的認識である限り非合理的認識といふことがありえないことを注意しなければならぬ。とともに、第二に、本來非合理的なるものを合理的なるものとして認識することそのことが非合理的であり、非合理的なるものを非合理的なるものとして把捉することそのことが合理的認識であることを注意しなければならぬであらう。従て、ロマン主義の特徴は合理的認識の拒否とか、あるひは、非合理的認識とかにあるのではなく、むしろ、より基本的な精神態度の問題であると考へられる。これを法學の分野について見れば、法における合理的なるものと非合理的なるものとのいづれを考察の焦點におくや、その見方を制約する基本的精神態度によつて合理主義とロマン主義とが決定せらるるものと考へられる。

三 この點について Ross は「最廣義においてロマン主義は非合理的なもの及び超合理的なものに対する ratio の明白なる距離を認めるに拘らず、なほ生命の精神的把捉を斷念せず、むしろ、ratio とは質的に異なる態様において何らか直接的にこれに參與しようとする精神態度である。この超合理的把捉の機關が即ち直觀の體驗である」といふ Dyrssen の言葉に全幅の賛意を表しつつ、彼自ら次のやうに説明し<sup>(三)</sup>てゐる。<sup>(四)</sup>

「合理的なもの、または、論理的なものとは一つの對象決定的機能 (eine objektbestimmende Funktion) である。對象は論理的過程において決定される。とともに、論理的過程は決定的・發音的、即ち、對象定立的機能 (eine bestimmende, artikulierende, d. h. objektsetzende Funktion) としてより以外には規定せられえない。概念と判斷とがその根本要因である。従て、合理的なものは抽象的とも呼ばれうる。けだし、概念は無限に個別的なるものに決して完全に適合しえず、決定は決して餘すところなく充分ではありえないからである。それはまた相對的とも呼ばれうる。けだし、それは無限な關係連鎖の中で行はるる判斷の機能であるからである。最後に、合理的なものは對象定立的として法則拘束性の表現である。けだし、對象は論理的・法則拘束的過程においてのみ決定せられ、恣意的過程においてではないからである。」これに對して「非合理的なものとは合理的なものの主權的固有機能の限界である。これについて『魂の中における他の空間』、合理的過程から獨立に意識の中に直接的に與へられたもの——『不可

解なもの』、『感情』、『意志』、『生命』その他——としてそれを把握すべきではない。あるものが意識されるといふことは『あるものが現象する』ことであり、それが認識主観にとつて對象化せられ、従て、合理的過程の中に決定せらるることである。内的自己直觀の機關はない。このゆゑに、非合理的なもの、生命は生活せられうるが、しかし、合理的過程によるのでなければ認識せられえない。」

かやうにしてロツスによれば、<sup>(五)</sup>精神態度または生活態度としてのロマン主義の特徴は、合理的なものの犠牲における非合理的なものの強力な伸張運動 (Expansionsbewegung) にある。生活態度としてのそれは發音せられざる實在そのもの (die unartikulierte Existenz als solche) ——パッションや生命——への没入であり、これに對應して概念的・抽象的・相對主義的・合理的認識の輕視である。また、精神態度としてのそれは非合理的なもの、生命的なもの、不可言表的なものを、分析的・記述的・合理的知性によらずして把握し認識しうるといふ信念の表白である。しかも、かやうにして取得せられた認識も認識たる限りにおいて合理的批判に堪へえなければならぬのである。

四 かやうにして、ロマン主義は例へば祖國愛とか民族感情とか名譽とか忠誠とかいふ如き、合理的に割りきれないもの、非合理的なもの、または、超合理的なものに出立して法を見、そこから法の凡ゆる問題を解明しようとするのである。十九世紀のドイツに興つた歴史法學派はかやうなロマン主義の法學の分野における一支脈である。

一八一三年のライプチヒ戰役におけるナポレオンの敗退を契機と

して、ドイツには民族意識が頓に昂揚した。歴史法學派は直接的にはこれに促されて發生したのである。従て、それは民族主義を根幹とするとともに、歴史的民族生活の中に法の根源を求めるのである。その主要代表者は Friedrich Karl von Savigny (1779—1861) と Georg Friedrich Puchta (1798—1846) とであるが、その根本原則を創唱したのは Gustav Hugo であり、ザヴィニー自らその著「立法及び法學のための現代の任務」の第二章においてフーゴの名を擧げてゐる。しかし、同じ箇所では彼は Mösser をも擧げてをり、我々は更に Herder <sup>(六)</sup> やイギリスの <sup>(七)</sup> Burke をも擧げらるであらう。いづれにしても、歴史法學の根本原理はザヴィニーによつて明確にせられ、プフタによつて確立せられたのである。

五 ナポレオンがドイツから敗退し獨逸聯合軍がパリに進入した年、即ち一八一四年にハイデルベルク大學の教授 A. F. J. Thibaut が法學の立場からドイツ民族更生の第一聲を擧げた。彼はその小著「ドイツ一般民法の必要について」(Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg, 1814) を十四日間に(彼自らさう記してゐる)書き上げて出版した。この著によつて彼の要求したことは既にその題名によつて示されてゐるが、彼はドイツ民族の更生のためにドイツ民族の統一を必要とし、ドイツ民族の統一のためにまづ統一的民法典の編纂を刻下の急務として主張したのである。彼の要求は當時のドイツにとつてなほ餘りに高遠なものであつたであらう。しかし、彼は燃ゆるが如き祖國愛の情熱からこれ

を主張したのである。

これに對して同じ年にザヴィーは「立法及び法學のための現代の任務」(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814)と題する小著を著した。彼はこの著によつて統一的法典編纂の時期尙早なることを主張してティボーに反對するとともに、その第二章において法の發生に關する彼自らの思想を展開したのである。彼によれば、法は言語や習俗や制度と同様に特定民族に固有の性格をもつてゐる。この民族の本質及び性格と法との有機的關聯は歴史の原初においてあつたのみならず、時代の進展過程の中にも見出される。法にとつて絶對的靜止の瞬間はない。法は民族とともに生長し、民族とともに完成し、最後に、民族がその特性を失ふとともに死滅する。「要するに、法は餘り適當ではないが通說的用語において慣習法と呼ばれるものの態様において發生するのである。換言すれば、法はまづ習俗と民族確信によつて生じ、次では、法學によつて創られる。従て、それはつねに黙々と作用する内面的力によつて創り出されるのであつて、立法者の恣意によつてではない」。従て、統一的法典を創つてドイツ民族の統一を企てることは、恰かも、辭書を作つて國語の統一を圖るにも等しいといふのである。

六 彼はかやうな見地から統一的ドイツ民法典の即時編纂論に反對したのである。この點に關して、彼の法典編纂反對論が單に彼の時代を對してのみではなく、一般に凡ゆる時代に向けられたものであると<sup>(A)</sup>へふ批判もある。しかし、ザヴィーほどの學者がその著の表題に

「現代」といふ語を無意味に用ゐるはづがないと考へられるのみならず、彼自ら立法について、立法者の個人的恣意によつて民族の特性やその發達状態から抽離した非歴史的な法の創り出さるることを警戒したのではあるが、立法をば法發生形式の一つとして慣習法や法曹法と竝立させてゐることを注意しなければならぬ。

結局においてティボーの法典即時編纂論は實現しなかつたが、しかし、それはザヴィエーの反對論のゆゑではなく、むしろ、戦争によつて疲弊した當時のドイツの政治情勢のゆゑであり、また、より強力には、ナポレオンの敗退後間もなく現出したドイツの小國分裂のゆゑであつたであらう。ザヴィエーの觀察したやうに、當時のドイツの政治的環境は統一的法典の編纂を實現するほどに熟してゐなかつたのである。

かやうにして、ザヴィエーのかの小著は法典の編纂を阻止したといふ歴史的・政治的意義においてではなく、むしろ、法の發生論、從て、法源論に新たな視野を提示したといふ學的意義のゆゑに、今日の我々にとつても關心の對象となるのである。後にそれが「現代ローマ法體系」及び「歴史法學雜誌」の創刊號に寄せた「本誌の目的」において確立せられ、プフタによつて更に發展せしめられたのである。

七 歴史法學派には哲學的基礎がないと屢々いはれる。しかしながら、この點については「歴史法學の基礎理論は一の法哲學である」といふシュタムラーの<sup>(九)</sup>評價が正しいであらう。シュタムラーは更に續いて「それは普遍妥當的確定の意圖のもとに法の發生を探究することを

目指してゐる。それはローマ法とかゲルマン法とか、その他いづれにせよある特定の法の歴史の研究のための雑誌を創つたのではなく、歴史法學 (*geschichtliche Rechtswissenschaft*) のための機關を創つたのである。そのすべての具體的見解は、もはやある特定の法内容を對象とせず、むしろ、かやうなものから全く抽離して法の現實的な淵源を解明することを目的とする基礎的考察によつて導かれてゐる」といつてゐる。<sup>(十)</sup> ザヴィニー及びプフタの主要問題とせるものは法の發生論であつた。しかし、その研究態度は單純に歴史的にして非哲學的、または、反哲學的であつたのではない。彼らは自然法學的演繹に反對して、歴史的方法を強調したのではあるが、しかし、彼らの歴史的方法をもつて直ちに非哲學的となすことは不當である。けだし、歴史的方法といふことは必ずしも直ちに單純なる事實の確定及びその羅列を意味するに止まるものではないからである。彼らにとつては、歴史的發生は恣意的發生に對立するものであつたのである。<sup>(十一)</sup> 彼らはその法發生論において凡ゆる哲學的考察に反對したのではなく、法を個人理性に基づけ先驗的法概念に出立して法を全く新たに創り出しうるかのやうに考へる見解に反對したのである。彼らにとつて、歴史的方法は單なる歴史的事實の確定及びその羅列以上のものであつた。従て、ユンクが歴史法學派の法源論が純然たる歴史的事實の地盤を放棄したことを不滿とするのは當らないであらう。<sup>(十二)</sup> ザヴィニー自らもいつてゐる「歴史法學は、法の素材が民族の全過去によつて與へられたものであること、しかし、恣意によつてではなく——もし恣意によつて與へられた

ものとすれば、その結果、それは偶然にあれやこれやでありえたであらう——むしろ、法は民族自體及びその歴史の最も深き本質から發したものであることを認めるものである。しからば、各時代の思惟活動はこの内面的必然性をもつて與へられた素材(の本質)を洞察し更新することを目指さねばならぬであらう。これに反して、非歴史的學派(ungeschichtliche Schule)は法は各瞬間に立法者の恣意によつて生み出され、過去の法とは全く無關係に、ただ最善の信念に従つてのみ創り出さるるものと考へてゐる<sup>(十三)</sup>」と。この言葉のうちに既に歴史法學の基本的態度が示されてゐるといひうるであらう。法は民族の歴史の最も深き本質から内面的必然性をもつて發生するものであり、歴史法學はかやうな本質を洞察しなければならぬ、といふのである。そこに歴史的方法とともに、既に哲學的態度が同時に要求されてゐるのである。ザヴィーニ自身が學派的諸傾向を「歴史的」と「哲學的」との對立とせず、「歴史的」と「非歴史的」との對立として指摘してゐることが注意されねばならぬ<sup>(十四)</sup>。法源論を主要問題として採り上げ、これを歴史的、と同時にまた、哲學的に考究したことにこそ歴史法學派の貢獻があつたのである<sup>(十五)</sup>。このゆゑに、歴史法學は自然法學を克服せずして、却て、それを發展せしめたものであると見る人々もあるが、しかし、それはまた誇張に失するであらう。歴史法學が自然法學への反動として起つたこと、合理主義に對するロマン主義がその母胎であること、自然主義ではなく歴史主義、個人主義ではなく民族主義が、その非底であつたことは無視せられえないと考へられる<sup>(十六)</sup>。

- (一) 拙稿「自然法學派について」(早稻田法學第十四卷) 参照。
- (二) Meinecke, Weltbürgertum und Nationalstaat, bes. S. 244 ff.; Treitschke, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, Bd. 1, bes. S. 313 ff.; Haym, Die romantische Schule 参照。
- (三) Dryssen, Bergson und die deutsche Romantik, S. 50.
- (四) Ross, Theorie der Rechtsquellen, S. 145.
- (五) Ross, a. a. O., S. 146.
- (六) Moeller, Die Entstehung des Dogmas vom Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist, S. 33.
- (七) Ahrens, Naturrecht, § 1, S. 14 f.
- (八) 例へば Gierke, Landsberg 等。
- (九) Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, 1888, S. 3.
- (十) Stammler, a. a. O., S. 3.
- (十一) Savigny, Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft in Vermischte Schriften, Bd. I, VI, S. 113 参照。
- (十二) Junk, Positives Recht in Giessener Festschrift, 1907.
- (十三) Savigny, a. a. O., S. 113.
- (十四) なお Savigny, a. a. O., S. 108 ff. 参照。
- (十五) Goldschmidt, F. K. v. Savigny in Vermischte Schriften, Bd. I. S. 638 参照。
- (十六) 例へば Stammler, a. a. O.; Bergbohm; Jurisprudenz und Rechtsphilosophie; Kantorowicz, Was ist uns Savigny?; Menigk, Savigny und der Modernismus im Recht.

## 第一 歴史法學派における法源の意義

- 一 「法源」(fons iuris, Quellen des Rechts, Rechtsquellen, sources

du droit, sources of law) は種々な意味をもつて用ひられてゐる。サルモン<sup>(一)</sup>ドは法源を喩づ「形式的法源」(formal source of law) と「實質的法源」(material source of law) とに區別する。「形式的法源」は法が法として效力を取得する根源、即ち、法の效力の淵源 (sources of force and validity of law) であり、これに對して「實質的法源」とは法の實質的内容の淵源であるが、サルモンドはこの「實質的法源」を更に「歴史的法源」(historical source of law) と「法的法源」(legal source of law) とに區別する。「歴史的法源」とは法の實質的内容そのものの淵源 (source of contents of law) であり、「法的法源」とは法の成立原因たる事實、即ち、法を法として成立せしめる事實である。そして、この事實に從て慣習法と制定法との區別を生ずるがゆゑに、「法的法源」の意味における法源は畢竟法の形式 (forms of law) に外ならぬとされるのである。また、法の形式としての法源は法を法として認識する淵源であり、このゆゑに、この意味の法源は屢々法認識の淵源とも解されてゐる。

かやうにして、法源の語は、法の效力の淵源、法の實質的内容の淵源、法の成立原因、法の形式、法の認識の淵源、等々の意味をもち、學者は夫々の意味のもとに法源を語るのである。法源論を主要問題とした歴史法學派はいかなる意味をもつて法源を論じたのであるか。ザヴィー及びプフタの法源概念に混亂のあることは學者によつて屢々指摘されたところである。彼らの諸文獻を通じてこれを統一的に理解することは必ずしも容易のことではないが、ここに豫め概括的に解答

すれば、彼らは概ね二つの意味において「法源」を語つてゐる。一は「法の發生根據」の意味においてであり、他は「法の發生形式」の意味においてである。彼らにおいて「法の發生根據」の意味における法源は法の實質的内容的淵源であるとともに法の效力の淵源でもある。彼らにとつて實現せざる法は法ではない。法の發生は效力をもつものとしての法の發生である。それは歴史主義の立場からは當然の歸結でもあるが、彼らはこの立場から慣習法をもつて原初的第一次的法と見たのである。これに對して「法の發生形式」の意味における法源は法が現象するにいたる過程の形式であり、法の成立原因、法の形式、法の認識の淵源等はこの意味の法源のもとに包含せられる。この「法の發生根據」と「法の發生形式」との兩法源概念のうち、彼らにとつて原初的な固有な意味の法源は前者、即ち「法の發生根據」としての法源である。後者、即ち「法の發生形式」としての法源は主としてプラタによつて用ひられる法源概念であるが、彼らにとつて第二義的な意味における法源である。以下彼らにおける法源概念を検討しよう。

二 ザヴィニーはその「現代ローマ法體系」の第一卷において次のやうにいつてゐる。「我々は一般的法の發生根據 (die Entstehungsgründe des allgemeinen Rechts)、従て、法制度 (Rechtsinstitut) 並びにそれから抽象によつて形成せらるる個々の法規則 (Rechtsregel) の發生根據を法源と呼ぶ<sup>(二)</sup>」と。そして更に續けて、この法源概念から生ずる混同の危険性を戒めてゐる。彼によれば「個々の法律關係もまたその發生根據をもつ。そして、法律關係と法制度と類似するがため

に、法律關係の發生根據と法規則の發生根據との混同を招き易い。例へば、ある法律關係の條件を完全に列擧しようとするれば、疑ひもなく、法規則の存在とともに、この規則に適應する一定の事實がここに採り上げられる。換言すれば、例へば、契約について規定する法規と締結せられた契約そのものが採り上げられる。しかも、この兩條件は特殊的に異つてをり、契約と法規とを一律に法源とすれば、そこに概念の混錯を招くのである。<sup>(三)</sup>「かやうにして彼はまづ契約と法規とを一律に法源とすることを戒めたのち、更に法源の概念を「法學の歴史的淵源」(geschichtliche Quelle der Rechtswissenschaft) から區別すべきことを述べてゐる。』主として名辭のことに屬するのではあるが、今一つの混同は法源と法學の歴史的淵源との混同である。この法學の歴史的淵源とは、我々がそこから法學的事實の認識を取得する凡ゆる記念物(Denkmal)である。従て、兩概念は相互に全く獨立であり、ある點において合致するとしても、また假令この合致が特に頻繁であり重要であるとしても、それは單に偶然のことであるにすぎぬ。例へば、ユスチニアンの Digesten は兩意義において淵源である。Lex Voconiaは舊法の淵源ではあるが、既に喪失してゐるから法學の淵源にはならぬ。昔の學者または詩人の法學的記述にはこれと逆の場合がある。しかし、我々が法源を語る最も一般的な場合にはこの兩意義が實際に合致してをり、その結果、言葉の二義性による概念混錯の危険がさして重大でないことが注意される。例へば、Corpus Juris の構成部分はユスチニアンの法規としてユスチニアンの帝國によつて法源であ

り、その繼受の結果我々にとつても法源であり、最後に、今なほ殘存する書物として我々の法學の淵源でもある。同様にして十三世紀及び十四世紀のドイツの法律書は法慣習、從て、法源の提示であり、保存された書物として法學の淵源である。このゆゑに多くの著者もまた讀者にこの異つた關係を特に指摘することなしにこの法源の語を用ひてゐるが、彼らはそのゆゑに非難さるべきではないのである<sup>(四)</sup>」。

かやうにして、ザヴィニーは「法源」を一方では個々の法律關係の發生根據と區別し、他方では法學の淵源、即ち、法學的認識の淵源または資料と區別しつつ、これを「法の發生根據」として把捉したのである。

これに對してプタは、法源の具體的研究においてはザヴィニーよりもはるかに詳細であるが、少くとも法源概念の一般的定義においては、ザヴィニーほどに明確ではない。プタの法源概念の一般的定義としては彼の「慣習法論」の中に次の言葉を見出すのみである。「本章第一節においては、すべての法がある民族的なものとして説かれ、また、民族確信がすべての法の固有の淵源として掲げられた。さて、ここではもう一步進められねばならぬ。民族確信が法を創り出す態様、法が民族確信から發生する道、法が發生する形式、それが明かにされねばならぬ。この形式が即ち法源<sup>(五)</sup>である。」そしてプタは續いて、かやうな法源に三種のものがあるとし、第一の法源として民族そのもの、第二の法源として立法、第三の法源として學問を擧げたのち、各法源の個別的説明に入るのである<sup>(六)</sup>。

三 ここで我々は法源概念の一般的定義に關してザヴィニーとプフタとの間に相異のあることを見出す。ザヴィニーにおいては法源とは「法の發生根據」である。プフタにおいては「法の發生形式」が法源である。「法の發生形式」は「法の發生根據」と同一ではない。我々はザヴィニーとプフタとが各々この異つた法源概念に出立したのだと一應考へることもできるが、法の發生論に關して彼らは相互に分離されえない關係にある。彼らの理論は基本的には同一であるはずである。ザヴィニーの「現代ローマ法體系」は一八四〇年に、プフタの「慣習法論」は一八二八年に著はされたが、プフタの不充分な説明をザヴィニーが後から補完したと見るだけでは満足できない。プフタの上掲の定義の外になほ若干のものを拾つて見よう。

一八二九年に出たプフタの“Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen”の中では「法の發生の手段」(Media der Entstehung des Rechts)が説かれ、これに括弧して「法源」と書き加へて<sup>(七)</sup>ゐる。そこでは、法源とは「それによつて民族精神が法を生ぜしめるところのMedia」である。しかし、そこで彼は法源の一般的定義を目指したのではなく、その個別的な具體的研究を主眼としたのである。この書のすぐ次の箇所では「法の認識源」(Erkenntnisquelle des Rechts)を「その中に法が現はれる形式」(Formen, in denen das Recht erscheint)といつて<sup>(八)</sup>ゐる。従て、プフタ自身においては「法の發生形式」(Entstehungsform)と「法の現象形式」(Erscheinungsform)とが明瞭に區別されてゐる。前者は法の發生源であり、後者は法の認識源である。た

だ、ザヴィニーの「法の發生根據」といふ概念との關係はなほ明かではない。

一八四一年に出たプフタの“Kursus der Institution”の中では「法はその發生において三様の形態を採る。法はこの可視的形態を與へる機關(九)(Organ)を人は法源と呼ぶ」とある。これはプフタの最初の定義と同一ともいへるが、しかし、「法の發生形式」は可視的形態(sichtbare Gestalt)を法に與へる機關とは勿論同一ではない。なほ“Pandekten”の中ではプフタは法源を「法發生の道」(Wege der Rechtsentstehung)と見てゐる。これは再び彼の最初の「法の發生形式」といふのに近い。かやうにして、法源概念に關するプフタの一般的定義には統一がない。それらを同一觀念の異つた表現と見るとしても、ザヴィニーの「法の發生根據」とプフタの「法の發生形式」との關係は依然として解決されない。この結果、例へばベルクボームのやうに(十一)、歴史法學派の人々は各人各様の法源概念をもち、ために法源論において混亂に陥つた、と非難する人もあるのである。

四 かやうにして、ザヴィニーとプフタにおいて統一的な法源概念を彼らの説明から直接的には見出しえない。ザヴィニーによれば「一民族の固有の法は、その眞の本質が不斷の形成及び發展のうちに成立するものであるがゆゑに、言葉と同様に確定的概念のうちに把握せられえない。」(十二)またプフタによれば法は「一民族の道義の一面である。」(十三)同様に「法は法共同體の中にある者の共通の確信である。」(十四)従て、ザヴィニーにおいてもプフタにおいても、法はつねに一民族に固有のもの

であるのである。彼らは自然法を極力排斥したが、彼らにとって特定民族に固有の法より以外に法はないのである。それは民族生活のうちに歴史的に發生するものであり、ベルグボームの言葉を藉りれば「歴史的過程のうちに法となれるもの<sup>(十五)</sup>」である。そして、この「歴史的過程」がプフタのいはゆる「法の發生形式」または「法發生の道」に該當するであらう。しかし、ザヴィニーの「法の發生根據」の問題は依然として不明である。そこで我々は翻つてプフタが具體的に法源として掲げるものを検討しよう。前掲プフタの言葉を再び回想する「本章第一節においては、すべての法がある民族的なものとして述べられ、民族確信がすべての法の固有の淵源として掲げられた。<sup>(十六)</sup>」すなはち民族確信が法源である。しかるに、これに續いて「ここではもう一步進められねばならぬ。民族確信が法を創り出す態様、法が民族確信から發生する道、法が發生する形式、それが明かにされねばならぬ。この形式が即ち法源である<sup>(十七)</sup>」といふのである。ここでは「法の發生形式」が法源である。民族確信が直ちに法の發生形式ではありえない。従て、民族確信が法源であるとすれば、法源は法の發生形式ではありえず、法の發生形式が法源であるとすれば、法源は民族確信ではありえないであらう。これはプフタにおける混亂である。しかし、後に検討するやうに、プフタにおいても固有の「法源」の實體は「民族確信」——その他の表現も用ひられてゐるが——である。この點ではザヴィニーにおいて「法源」即ち「法の發生根據」がつねに「民族精神」であるのと一致する。即ち兩者において法源概念の定義に相異があつても、

法源そのものの實體には相異はないのである。従て、プフタにおいても法源の概念は「法の發生根據」でなければならなかつたのである。このことは後のプフタの検討から更に確かめられるであらう。かやうにして、ザヴィニーとプフタの法源概念を統一的に理解するとすれば、それは「法の發生根據」でなければならぬ。少くとも固有の原初的の法源はこの「法の發法根據」であり、ただ第二義的ののみ「法の發生形式」をも「法源」と呼んでゐたものと理解しなければならぬのである。

- (一) Salmond, Jurisprudence, 2. ed. chap. 4 参照。
- (二) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 11.
- (三) Savigny, a. a. O., S. 11 f.
- (四) Savigny, a. a. O., S. 12. f.
- (五) Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1. Teil, 1823, 2. Buch, S. 143.
- (六) Puchta, a. a. O., S. 144 ff.
- (七) Puchta, Lehrbuch für Institution-Vorlesungen, 1892, S. 15.
- (八) Puchta, a. a. O., S. 16.
- (九) Puchta, Kúrsus der Institution, 1841, Bd. I, § 12, S. 30.
- (十) Puchta, Pandekten, § 10.
- (十一) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 503, S. 504, Note 31.
- (十二) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. I. Kap. 1, S. 1.
- (十三) Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institution-Vorlesungen, S. 12.
- (十四) Puchta, Pandekten, § 10.
- (十五) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 526.
- (十六) Puchta, Géwohnheitsrecht, Bd. I, S. 143.
- (十七) Puchta, a. a. O., S. 143 f.

## 第二 法の發生根據

一 ザヴィニーにおいて法源は法の發生根據であつた。プフタにおいては少くともその表現の仕方において混亂があり、このゆゑに非難もされたのであるが、法の發生根據と發生形式とが區分されれば、嚴密な意味において法源は法の發生根據でなければならなかつたのである。ここでは、まづザヴィニーにおける法源即ち法の發生根據の内容を檢討しよう。

ザヴィニーにとつて凡ゆる法の基本的淵源は「民族精神」(Volksgeist)<sup>(一)</sup>である。ザヴィニーはかの有名な「立法及び法學のための現代の任務」において未だ「民族精神」について語つてゐない。しかし、そこにも既にこの思想が暗示的には含まれてゐたのである。そこで彼はいつてゐる「この見解を綜括すれば、すべての法は餘り適切でない通説的な用語をもつて慣習法と呼ばるるものの態様において發生する。即ち、法はまづ習俗や民族確信によつて創られ、しかる後に法學によつて創り出される。従て、法はつねに黙々として作用する内面的力によつて創られるのであつて、立法者の恣意によつてではないといふことになる」<sup>(二)</sup>と。ここに法が民族生活のうちに黙々と作用する内面的力によつて發生することが主張されてゐるのであるが、また同じ章において「民族の凡ゆる活動が益々特殊化し、法が法律家の意識に歸屬するにいたるがゆゑに、文化の向上せる時代」においては、學説や立

法もまた法の發生に關與することが説かれ、「立法の賞讃すべき、あるひは、その非難すべき影響」についても説かれてゐる。これらすべてはなほティボーに對する反駁の形式をもつて書かれ、未だ體系立つてゐないといひながら、しかも歴史法學派の根本原理を提唱したものと見うるのである。

ザヴィニーは次に「中世ローマ法史論」の第一卷を一八一五年に公刊したが、法源に關する記述はそこでは單に時偶にしか見出されない。これと同年に「歴史法雜誌」が創刊せられ、その創刊號にザヴィニーの「本誌の目的について」が掲載された。そこで彼は法の發生に關する歴史的見解を述べ歴史的方法を基礎づけてゐる。そして最後に「歴史學派は、法の素材が民族の全過去によつて與へられ、恣意によつてではなく、従て、それは偶然的にあれやこれやでありうるものではなく、民族の最も深き本質とその歴史から發生するものであることを認める<sup>(三)</sup>」といつてゐる。ここにも「現代の任務」におけると同様に法源論の基調が見出されるのである。

のち「中世ローマ法史論」が續刊されたが、一八四〇年には「現代ローマ法體系論」第一卷が公にされた。そこに法發生論の詳細な叙述が見出される。ザヴィニーはいふ<sup>(四)</sup>「それの中で、且つ、そのために實定法がその存在をもつ所の主體を求めれば、かやうなものとして我々は民族を見出す。民族の共通の意識の中にこそ實定法は生きるものであり、このゆゑに我々はこれを民族法（Volksrecht）とも呼ばねばならぬ」と。しかし、民族成員各個の恣意が法を創り出すと考へらるべき

ではなく、「むしろ、實定法を創るものは凡ゆる個人に共通に生き且つ作用する民族精神である」。しかし、この「意識の共通性に基く法創造」は文化の進歩とともに益々困難となる。何となれば「個人の教養が益々不平均となり、活動、知識、及びそれによつて制約される身分の著しい特殊化が生ずる」からである。それは統一的共通意識を阻碍しつつ發展し、終に「特殊な機關」即ち「立法及び法學」を形成する<sup>(五)</sup>にいたる。

以上ザヴィーの説明によつて、彼のいはゆる「法の發生根據」、從て、固有の意味における法源が民族精神であること、しかしながら、法の發生には三つの道、換言すれば、民族精神から法が發現し來る三つの通路があること、その第一が「民族の共通意識」(das gemeinsame Bewusstsein des Volkes) であり、その第二が「立法」(Gesetzgebung) その第三が「法學」(Rechtswissenschaft) であることが了解せられるであらう。しかも、立法と法學とは法創造の「機關」(Organ) として掲げられてゐるのである。そこにプフタへの通路が見出されうる。それはプフタにおいても「機關」と呼ばれ、また、「道」あるひは“Media” と呼ばれたものと同一であるのである。

二 次にプフタについて検討しよう。一八二二年にプフタの講義案が出た。その中で彼は「公布された法——公布されざる法即ち法慣習——法曹法」(Promulgirtes Recht—Nicht promulgirtes Recht, Rechtsgewohnheit—Juristenrecht) の分類を掲げてゐるが、それは既に<sup>(六)</sup>法の發生の由來を示してゐるから、プフタの法源論の最初の現はれと

見ることができるであらう。

一八二五年にプフタの「エンテクロベデイ」<sup>(七)</sup>が出たが、そこに我々は彼の詳細な法源論を見出すことができる。「法は民族の確信の中においてそれに關する意識によつて發生する」(十八頁)。「法は民族の共通確信によつてより外には決して發生しえないといふことは凡ゆる時代に妥當する眞理である」(十九頁)。かくて「法の唯一の淵源のみが認められうるに拘らず、これとは反對に、種々なる發生の形式、その中で民族意識が表現される種々なる形式がある」(二十頁)。「人はこの發生形式を法源と呼び慣れてゐるが、唯一の固有の法源、即ち、民族意識のみがあることを意識してをれば、この傳統的用語に止つてゐてもよいであらう」(二十一頁)。

かやうにして、プフタにおいても「民族確信」または「民族意識」が「唯一の固有の法源」であり、そして、これがザヴィニーの「法の發生根據」に該當するのである。従て、法源概念の一般的定義について兩者の間に不統一があつたとしても、法源そのものには不統一はなかつたのである。プフタにおいてこれ以外のものはすべて「法の發生形式」であり、ただ、傳統的用語法に従てこれを法源と呼んだにすぎないのである。従て、プフタにおいても「法の發生形式」の意味における「法源」は第二義的意義における法源であり、「唯一の固有の法源」は「民族確信」であり、従て、「法の發生根據」と定義さるべきものであつたのである。

しからは、プフタにおける「法の發生形式」は何であるか。それは

第一に「民族がその確信の機關を通ずることなしに法を生ぜしめる場合の法の發生形式」であり、「この形式における法を人は固有の意味における慣習法と呼ぶ<sup>(八)</sup>」。第二は「民族の憲法に従て確定せる立法權力が共通の確信を決定すべき要求を全く明示的表示によつて充足する」場合であり、「法はこの形式のもとに制定法または成文法と呼ばれる<sup>(九)</sup>」。第三の發生形式は「法の學的形成<sup>(十)</sup>」であり、この形式のもとに發生する法をプフタは特に「法曹法」(Juristenrecht)と呼び、「それが現實に適用される限り、人はこれを Praxis と呼ぶ<sup>(十一)</sup>」といつてゐる。

プフタの「慣習法論」第一卷は一八二八年に出たが、その第二編「法源」の章に「民族確信が凡ゆる法の固有の淵源」として掲げられ<sup>(十二)</sup>てゐる。しかし同じ箇所では「民族確信が法を創り出す道」を提示し、これを「法の發生形式」と呼ぶとともに、また「法源」とも呼んでゐるのである<sup>(十三)</sup>。従て、後者の「法源」は「法の發生形式」であり、傳統的用語に従て「法源」と呼んだのであつて、プフタのいはゆる「唯一の固有の法源」でないことが明かである。プフタは引き續いてこの法の發生形式としての法源を説明し、「この法源の第一のものは民族である。換言すれば、民族の本質によつて直接的に與へられる確信の自然的一致である<sup>(十三)</sup>」とし、「第二の法源は立法<sup>(十四)</sup>」、「第三の法源は學問である<sup>(十四)</sup>」としてゐる。

一八二九年に出た「法學提要教科書」においては次のやうに説かれてゐる<sup>(十五)</sup>。「我々は民族精神を法の發生の主體として認め、法をある民族的なものとして認める」。それを通して民族精神が法を發生せしめる

Media は、第一に民族成員の意識（慣習法）、第二に立法者の宣言（制定法）、第三に法律家の學的意識（法曹法）である」と。この節の表題をプフタが「法發生の手段（法源）」と記してゐることは既に述べた。

なほ一八三八年の「パンデクテン」においては「法は共通の確信である——ゆゑに法命題の發生は共通確信の發生である——法的確信の主體は民族である。しかし、法の發生は必ずしもつねに民族の直接的活動ではない——かくて我々は法發生の三つの道、三つの法源を區別せねばならぬ。即ち、直接的民族確信と立法と學問と。これに對應して、慣習法と制定法と學問の法とが分類される」といつてゐる。

最後に一八四一年の「法學提要概説」を檢討しよう。そこで彼は次のやうにいつてゐる。「人々の意識の中に法命題が存在するにいたる——一人々のこの法はそれの淵源として共通の意識を前提する——民族の成員を共通的に貫流する意識——一言でいへば、民族精神が人間的または自然的法の淵源であり、各個の成員の中に存する法的確信の淵源

である」。即ち、法的確信は民族精神または民族意識に基き、民族精神から法が直接的に發生する道であり、法の直接的發生形式であるといふのである。しかも「單純な意識がそれ自體から法の現實的存在に到達するのではない——ゆゑに、法意識（法的確信）は同時に法に適合するものを生ぜしめんと

の意志である」。そして、プフタは法成員の意志を遂行する機關としての政府（Obrigkeith）及び國家について説明したのち、「民族の意志は國家及びその憲法の自然的淵源である。民族精神が法を發生せしめると同様に國家を發生せしめる」といひ、この

（十九）  
（二十）

「民族の意志」を「自然的結合としての民族の意志」となし、法は「民族精神の暗い仕事場の中で人目にふれずに」發生するともいつて(二十一)ゐる。我々は法の發生過程を知覺しえず、單に既に發生したところのもの、三つの形式のもとに我々の眼前に出現したところのものを認識(二十二)しうるのみである。

三 以上我々は法源に關するザヴィニー及びプフタの説明を概略檢討した。これの結論を要約しよう。「唯一の固有の法源」は「法の發生根據」としての「民族精神」である。それはその中にすべての民族成員に共通の法意識を、または、法確信を醸成するとともに、これを法にまで實現するの意志即ち法意志を醸成する。かやうにして、自然的全體としての民族が自らにして法同胞 (Rechtsgenosse) である。この唯一の法源たる民族精神が法を形成する道、即ち、民族精神から法が發現し來る發生形式(第二義的意味における法源)には二つの態様がある。一は直接的であり、他は間接的である。法は直接的には法同胞の意識の中に、または、それを通じて發生する。これが慣習法である。民族精神から法が間接的に發現する態様は更に二つに區別される。一は「立法者」といふ機關を通じ、その立法活動によつて發生する場合であり、制定法または法規がこれである。他は「法學」といふ機關を通じ、この機關を形成する個人、即ち、法律家の學的活動によつて發生する場合であり、「法曹法」がこれである。

かやうにして、ザヴィニー及びプフタにおいて、民族精神がつねに「唯一の固有の法源」である。従て、この「唯一の固有の法源」(プフ

タ)はザヴィニーのいはゆる「法の發生根據」としての法源である。これに對して、「法の發生形式」または「發生の手段」あるひは「發生の道」がプフタによつて屢々「法源」と呼ばれてゐるが、それはプフタにおいても第二義的意味においてのみ「法源」と呼ばれてゐることを注意しなければならぬ。これに直接的と間接的との二つの形式があり、後者は更に立法を通ずるものと法學を通ずるものとの二つに區別せられ、結局三つの法發生形式がある。これに對應して、そこに發現する法には、慣習法と制定法または法規と法曹法または學の法との三つの種類が認められるのである。

- (一) プフタの諸著ではなほ種々な表現が用ひられてゐる。例へば「民族意識」 Volksbewusstsein—Puchta, Pandekten, § 11. 「共通の民族確信」 (gemeinsame Volksüberzeugung—Pandekten § 12; Kursus d. Institut., § 13), 「民族意志」 (Volkswille—Kursus d. Inst. § 11).
- (二) Savigny, Beruf etc. Kap. 2, S. 13.
- (三) Savigny, Vermischte Schriften, Bd. I, S. 113.
- (四) Savigny, System des heut. röm. Rechts, I, § 7.
- (五) Savigny, a. a. O., I, § 7. なほ § 15 参照。
- (六) Puchta, Grundriss zu Vorlesungen über iuristische Encyklopädie und Methodologie, § 48, S. 18. なほ Brie, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule 1909 参照。
- (七) Puchta, Encyklopädie als Einleitung zu Institution-Vorlesungen.
- (八) Puchta, a. a. O., S. 21.
- (九) Puchta, a. a. O., S. 21.
- (十) Puchta, a. a. O., S. 22.
- (十一) Puchta, a. a. O., S. 24.
- (十二) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, S. 143 註

- (十三) Puchta, a. a. O.  
 (十四) Puchta, a. a. O.  
 (十五) Puchta, Lehrbüch für Institution-Vorlesungen, S. 15.  
 (十六) Puchta, Pandekten, § 10.  
 (十七) Puchta, Kursus der Institutionen.  
 (十八) Puchta, a. a. O., § 10.  
 (十九) Puchta, a. a. O., § 11.  
 (二十) Puchta, a. a. O., § 10.  
 (二十一) Puchta, a. a. O., § 12.  
 (二十二) Puchta, a. a. O., § 12.

### 第三 民族精神

一 歴史法學の端緒をなせるザヴィニーの「現代の任務」の中に「民族精神」の語が見出されず、却てティボーの「一般的民法の必要<sup>(一)</sup>について」の中にこれが見出されるのは甚だ興味あることであるととも、この語が歴史法學派の提唱のみではなく、當時の一般的思潮に屬するものであつたことが推察される。ザヴィニーは「現代の任務」においてこの語を用ひなかつたが、その第二章「實定法の發生」の敘述は思想上既にこの見地に基いてゐたこと明かである。彼は法を「民族の固有の機能<sup>(二)</sup>」と呼び、また彼自身の見解を綜括して「凡ゆる法は黙々として作用する内面的力によつて生じ、立法者の恣意によつてではない<sup>(三)</sup>」といふのである。プフタもザヴィニーの「現代の任務」から

九年後に出た「エンテクロペデイ」において「法は民族の共通確信によつてより以外には決して發生しえない」といひ、また「唯一の固有の法源、民族意識のみが存する」といつてゐる。<sup>(四)</sup>なほ「慣習法論」の中では「民族の諸々の活動のうち、同一のことであるが、民族精神の種々な傾向のうちで、一つのもの即ち法のみがここに（本書の研究対象に）屬する」といつてゐる。<sup>(五)</sup>これによつて「民族精神」は用語上も歴史法學派に採用され、爾來彼らの著作のいたるところに見出さることになるのである。一八四〇年に出た「現代ローマ法體系論」の中ではザヴィニーも「民族精神」の語を用ひてゐる。<sup>(六)</sup><sup>(七)</sup>

二 しかしながら「民族精神」の語はザヴィニー、プフタにおいて必ずしも一貫してはゐない。<sup>(八)</sup>例へば、プフタは「法學提要教科書」において、法を「一般的意志」と呼び「かかる共通意志は精神の自然的近似性によつて直接的に生ずる」とし、これにこそ原初的法源が求められるべきであるといつてゐる。<sup>(九)</sup>また「バンデクテン」の中では「法は共通の確信である——ゆゑに、法命題の發生は共通確信の發生である。それはそれが法と認むるところのものを現實的に實現する力をそれ自身のうちに具有する。この力をもつのが民族の意志である」といひ、「法學提要概説」の中では「法はその淵源として共通の意識を前提する——法は法同胞の共通の意志である」といひ、同時に、「民族の成員に共通的に貫流し、彼らとともに生れ、彼らを精神的にこの民族の成員たらしむるところの意識」を「民族精神」と呼んでゐるのである。<sup>(十)</sup><sup>(十一)</sup><sup>(十二)</sup><sup>(十三)</sup>

(十四)  
 「民族精神が實定法を創る」といふのがザヴィニー及びプフタにおける基本思想である。とともに、他面において「法の現實的存在（實定性）には民族の單なる意識では充分でなく意志が加はらねばならぬ」<sup>(十五)</sup>がゆゑに、我々は彼らの「民族精神」が「民族意識」と「民族意志」との兩要因を含むものと理解しうるのであらう。換言すれば、「民族精神」は民族成員に共通の意識とそれの實現を志向する共通意志との兩作用を既にそれ自身のうちに含むものと解されるのである。

「民族確信」の語も屢々用ひられてゐるが、彼らにおいてこの語は「民族意識」または「民族意志」と同一義に用ひられてをり、それが<sup>(十六)</sup>彼らの缺陷の一つともされてゐる。概念として「意識」と「意志」と「確信」とは勿論精密に同一ではありえない。「確信」は意志の加はれる意識として、むしろ「民族精神」に近いのである。されば「民族確信」は「民族精神」の一層具體的なるものと解せられるであらう。プフタにおいても「民族精神の種々なる傾向」が「民族の諸々の活動」と同視せられ、<sup>(十七)</sup>そして「民族精神」が「個人そのものではなく、民族成員としての個人に屬し、この自然的根據によつて民族の他の成員と共通なる確信の淵源」<sup>(十八)</sup>であるとされるのである。

かやうにして、ザヴィニー、プフタにおける「民族精神」、「民族確信」、「民族意識」及び「民族意志」等を統一的に理解するとすれば、「民族精神」がそれ自體のうちに「民族意識」と「民族意志」とを包含し、具體化して「民族確信」を形成するものと解されねばならぬのである。従て、「民族確信」のうちにおいて「民族意識」と「民族意

志」ともまた一層具體化されつつ包含されてゐるのである。勿論「民族精神」従て「民族確信」は「民族意識」と「民族意志」との總計ではなく、「民族精神の（作用）方向」としてこれらを含むのであり、かやうなものとして「民族確信」を醸成し、これが法の淵源とされるのである。従て、歴史法學派、殊に顯著にはプフタにおいて用語上の不用意があつたことは事實であるが、「民族意識」または「民族意志」のいずれか一方に彼らの固有の法源を見るべきではなく、「民族確信」従て「民族精神」<sup>を</sup>をつて彼らの固有の法源と見なければならぬのである。

三 民族精神が凡ゆる法の固有の淵源であるとすれば、民族が凡ゆる法の固有の主體でなければならぬであらう。のみならず、プフタにおいては「民族の諸々の活動」(die Thätigkeiten des Volks)が「民族精神の種々な傾向」(die verschiedene Richtungen des Volksgeists)と同視されてもゐるのである。従て、民族精神が民族の根幹をなすものと見られる。しかし、ザヴィニヤ、プフタにおける「民族」は單に精神的統一體たるのみではなく、また同時に、自然的全體でもあるのである。プフタはいふ「民族の概念は共通血統の自然的根抵をもつ。この自然的根抵は單に肉體的近似性をのみならず、精神的近似性をももたらす。民族が言葉のこの固有の意味において自然的全體であるといふことから、それが人爲的方法で發生しうるものではなく、また、自由な決意や意志によつて發生しうるものでないことは當然である」<sup>(十九)</sup>と。また「凡ゆる民族にはそれと癒着せる大地の特定部分が與へられ

てゐる。かくて、領土は民族の本質に屬する。そして、民族自體は移動によつて全く他のものとなる。恰かも逆に、移入者が民族的精神、即ち、領土の上に擴がる民族的精神の滲透によつて漸次に民族化せられるやうに」<sup>(二十)</sup>ともいつてゐる。ザヴィニー<sup>(二十一)</sup>も民族を、あるひは「精神的共同體」(geistige Gemeinschaft) と呼び、あるひは「自然的全體」(Naturganzes)、「自然的統一體」(natürliche Einheit) とも呼んでゐる。彼らの述ぶるところを綜括すれば、民族は共通の血統により、從て、肉體的及び精神的近似性により、また、同一領土との癒着及び同一の共同生活、從て、同一の歴史的宿命によつて結ばれた人々の共同體であり、決して自由な意志決定によつて機械的に形成せられうるものではなく、自然的、從て、有機的にのみ發生しうるものである。彼らのかやうな民族觀には「血と土地」を強調する現代ナチス・ドイツの民族概念を想はするものがあるのである。

四 これに對して、國家は彼らにおいて自然的結合體ではなく人間意志の所産であり、民族をその自然的根柢としてもつものである。プフタはいふ「國家は意志によつて發生し、憲法 (Verfassung) は取りも直さず國家の本質を形成するところのものに關する一般的意志に外ならぬ。しかるに、この一般的意志は直接的且つ原初的には自然的一致より以外の淵源を有せず、この自然的根據以外の根據を有しえない。——そして、意志のこの自然的一致はまさに民族成員の間に彼らの具有する精神的近似性のゆゑに成立するところのものである。從て、國家は勿論それ自體直接的には意志によつて發生するものである

が、この意志が、従て、間接的には國家自體が、自然的・民族的結合に基くのである」と。<sup>(二十二)</sup>なほプフタは國家をもつて法の創造者とする見解を排斥しつつ、次のやうにいつてゐる。「一般的意志に外的機關が與へらるることにおいて憲法が成立し、この外的機關によつて一般的意志が活動する。國家の内實をなすものはこの一般的意志である。これが憲法によつて一定の外的形式を取得するのである。従て、憲法はこの一般的意志を前提する。このことは憲法それ自體がこの意志より以外の淵源から發生しえないことのゆゑにもさうである。さて、法はこの一般的意志の一段階であるがゆゑに、憲法自體によつて初めて創り出されうるものではない。——従て、國家が法の淵源であると説くことは、制定法が原初的法であるといふことに外ならぬ。しかし、制定法は單にかの前提または擬制（立法者は民族の機關であるといふ前提）のゆゑにのみ法であり、現實に共通の確信であるがゆゑではない。このゆゑに、もし然りとすれば（國家が法の創造者であるとすれば）法は全く現實的にはなく、單に擬制的にのみ存在することになるであらう」と。<sup>(二十三)</sup>かやうにして、プフタによれば、外的機關を取得せる一般的意志、従て、外的形式を取得せる一般的意志が憲法であり、かやうな憲法を取得せる民族、従て、かやうな外的組織を取得せる民族が國家であるのである。この意味において一般的意志が國家の内實をなすのであり、民族が國家の自然的根柢をなすのである。これをプフタは「民族の意志は國家及びその憲法の自然的淵源である。民族精神が法竝びに國家を發生せしめる」ともいひ表はしてゐる。<sup>(二十四)</sup>

五 さてプフタは、かやうな自然的全體としての民族の活動を民族精神の傾向と同視したのである。その理由は「民族の活動」の意味を把捉することによつて理解されるであらう。プフタによれば、元來行爲の主體は個人であつて全體ではない。行爲するのはつねに個人であつて全體そのものではないのである。従て全體の行爲と呼ぶるものは畢竟擬制に基く。この擬制を排除すれば、「民族の活動」といふのは民族がその成員に對して與へる不可視的影響のみであり、それは民族の各成員のうちにおいてかの自然的及び精神的近似性に基いて必然的に生ずるところのものである。「個人そのものとしてではなく民族の成員としての個人に歸屬し、且つ、この自然的根柢から彼にとつて他の成員と共通なところの見解及び確信が存する。このことは、この見解の淵源が個人の精神ではなく民族精神であるといふこと、即ち、この確信が民族の活動であるといふことを意味するに外ならぬ」<sup>(二十五)</sup>。そして、法はかやうな「民族活動の所産」(Resultat einer Volksthätigkeit)であるとともに、この點に道徳的確信との區別が認められる、といふのである。即ち、道徳的確信が個人そのものとしての精神にも固有でありうるのに對して、「法的自由の存立にはある者の意志に他の者の意志が對立することを必要とする。この他の意志を彼は一面においては彼にとつて外的なる他の意志として、即ち、自己意志を有しうる他の自由な主體の意志として認めるとともに、しかし他面においては、この意志が彼と同一なる確信に基く限りにおいて、彼自身の意志としても認めうるのである」<sup>(二十六)</sup>。かやうにして、法の淵源である民族確信は、直

<sup>(二十七)</sup>

接的には、第一に民族成員の意識のうちに現れるとともに、第二に彼らの行爲のうちに現れる。勿論かやうな行爲は、それ自體として見れば、個人行爲である。しかし、その根柢には同時にある共通的なものが横はつてゐる。そして、この共通的なものはそれらの行爲が共通の確信から、即ち、民族精神から發源したのであるといふことにおいて成立するのである。そして、プフタは、このゆゑに、かやうな行爲を「法の慣行」(Uebung des Rechts) と呼び、かやうな形式において出現する法を「習俗の法」(Recht der Sitte) または「慣習法」(Gewohnheitsrecht) と呼ぶのである。<sup>(二十八)</sup>

六 歴史法學の見解、殊にその「民族精神」については從來とも種種な批判がなされてゐる。例へば、アーノルトは「直接的に不可知なもの、または、不可解なもの、それが民族精神と呼ばれるものである」といひ。<sup>(三十)</sup> ハルムは「この民族精神は一の抽象以上の何ものでもない。これを生々と作用する力として提唱することは、我々をして長い間支配した自然科学の時代を想起させる。けだし、この自然科学は光の靈とか火の靈とかをもつて工作したからである」といひ、また、ベルグボームは「法律家たちは民族精神の中に困難な法哲學的問題の解決のための補助手段を見出しえない。このゆゑに、歴史學派のこの提唱を拒否する」といつてゐる。<sup>(三十一)</sup> 學的領域において嚴密に合理的に割り切れない概念をもつて工作することは屢々排斥されて來たことである。しかし「かやうな曖昧模糊たるロマンティックの形象」の排斥はロマンティクスのものに對する反對態度に基くであらう。されば「かや

うなロマンテイクの形象は、民謡に關するロマンテイクの説のやうに、それ自體にある情緒的な酵母を帶びてゐたがゆゑにのみ遵奉者を見出しえた<sup>(三十三)</sup>ともいはれるのである。思ふに、法の根源及び本質を「民族精神」の概念をもつて餘すところなく解明しつくすことはできないとしても、また「民族精神」の概念には充分合理的に解明しつくされないもの、従て、屢々非難の意味をもつて呼ばれるやうに「形而上的」なものが残されるとしても、法の根源及び本質の問題に關してこれを提唱したことには偉大なる貢獻を認めうるであらう。ゆゑにこそ、例へばツッテルマンは、かやうな概念を法學において用ひることを嫌ひながら、しかも、これのうちに含まるる價値を認めねばならなかつた<sup>(三十四)</sup>のである。

七 ザヴィニー、プフタは「民族精神」を凡ゆる法の固有の淵源とし、従て、法を民族との密接なる關聯において把捉し、法をすべて原初的には「民族法」(Volksrecht)として把捉したのである。

彼らにとつて「民族精神」は民族生活の現實から抽象されたものではなく、また「形而上的」なものでなかつたことを注意しなければならぬ。彼らは法が決して恣意的に創り出さるるものでないことを主張しようとした<sup>(三十五)</sup>のである。十九世紀末にいたるまでの一般的精神的潮流において、恐らくは、法が恣意的に創り出されるか、あるひは自然必然的に生成するか、そのいづれか一つの可能性をしか認めえなかつたであらう。歴史法學派は法が恣意的に創り出さるるものとなしえなかつたこのゆゑに、歴史的必然のうちに法の生成を求めたのである。法は

「民族精神」から歴史必然的に生成する。従て「民族精神」も歴史的必然のうちにあらねばならず、歴史的現實的なものであらねばならなかつたのである。プフタが民族の概念を共通血統と同一の土地といふ自然的根柢に基け、その民族の活動を「民族精神の傾向」と同視した<sup>(三十六)</sup>とき、そこに考へられたものは現實的なものとしての「民族精神」であつたのである。「プフタ及びザヴィニーを憶測して、彼らが各個人の中に所在せずしてこれを越へて浮遊する意志及び確信を一つの具體的實體であるかの如くに考へてゐた、とすることは誤りである」<sup>(三十七)</sup>であらう。「民族精神」の提唱は、自然法學的抽象化によつて民族生活の現實から抽離せられ枯渴化しようとした法を再び民族生活の現實的地盤に<sup>(三十八)</sup>取り戻すために必要であつたのである。

- (一) Thibaut, Ueber die Notwendigkeit etc. S. 50 f.
- (二) Savigny, Beruf etc. S. 8.
- (三) Savigny, a. a. O., S. 14.
- (四) Puchta, Encyklopädie als Einlgt. zu Institutionen-Vorlesungen, S. 18 f.
- (五) Puchta, a. a. O., S. 21.
- (六) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, S. 138.
- (七) Savigny, System des heutigen röm. Rechts. 例へば § 7 において。
- (八) Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum in Archiv Civ. Prax., Bd. 65, S. 384. ff.
- (九) Puchta, Lehrbuch f. Inst.-Vorlesungen, S. 13.
- (十) Puchta, a. a. O., S. 15.
- (十一) Puchta, Pandekten, § 10.
- (十二) Puchta, Kursus d. Inst., § 10.
- (十三) Puchta, a. a. O., § 10.

- (十四) Savigny, System I, § 7.
- (十五) Puchta, Kursus, d. Inst., § 11.
- (十六) Puchta, Gewohnheitsrecht I, S. 68—78; 又は Zitelmann, a. a. O., S. 388  
参照。
- (十七) Puchta, a.a.O., S. 138.
- (十八) Puchta, a. a. O., S. 104.
- (十九) Puchta, a. a. O., S. 134 f.
- (二十) Puchta, Kursus d. Inst., § 11.
- (二十一) Savigny, System etc., I, S. 18. f.
- (二十二) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, S. 135 f.
- (二十三) Puchta, a. a. O., S. 142 f.
- (二十四) Puchta, Kursus d. Inst., § 10.
- (二十五) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, S. 137 f.
- (二十六) Puchta, a. a. O., S. 138 f.
- (二十七) Puchta, a. a. O., S. 139.
- (二十八) Puchta, a. a. O., S. 144.
- (二十九) Puchta. a. a. O., S. 144 f.
- (三十) Arnold, Recht und Wirtschaft nach geschichtlicher Ansicht, S. 24.
- (三十一) Harum, Von der Entstehung des Rechts, S. 6.
- (三十二) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 490.
- (三十三) Zitelmann, a. a. O., S. 425.
- (三十四) Zitelmann, a. a. O., S. 425.
- (三十五) Savigny, Beruf etc.. Kap. 2. 参照。
- (三十六) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, S. 134.
- (三十七) Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, S. 34.
- (三十八) Manigk, Savigny und der Modernisms, S. 66. 参照。

#### 第四 法の發生形式と慣習法・制定法・法曹法

一 歴史法學派において唯一の固有の法源は民族精神である。民族精神を淵源として、その直接的に發現したものが慣習法、その立法者の立法活動を通じて發現したものが法規即ち制定法、その法律家の學的活動を通じて發現したものが法曹法である。従て、歴史法學派は慣習法と制定法と法曹法との法の三種類を認める。そのいずれも民族精神の發現であり、従て「民族の活動」の所産であり、その限りにおいて「民族法」である。

しかしながら、制定法及び法曹法の兩者は民族精神の直接的發現ではなく、立法活動または學的活動の媒介を通じての間接的發現であり、そして、立法活動及び學的活動には、意識的たると無意識的たるとを問はず、民族精神から離脱した活動の可能性もあるであらうがゆゑに、これら兩種の法には「民族法」とは呼びえないものも生じうるのである。ザヴィニーは制定法についてこのことを認め、「民族法」にあらざる制定法の可能性を肯定し、その限りにおいて立法者の立法活動にも法源的な性格を認めた。これに對して、プフタは制定法のみならず法曹法についてもこれを認め、兩者に「民族法」にあらざるものの可能性を肯定し、その限りにおいて立法活動と同様に學的活動にも法源的な性格を認めてゐる。この點においてザヴィニーとプフタとは明かに相異してゐるのである。以下これら三種の法の各々について若干の

考察をなすであらう。

二 慣習法は民族精神（民族確信）が直接的に民族成員の意識のうちに發現して彼らの具體的行動を規律するにいたつたものである。プ  
フタによれば「直接的民族確信は民族の成員のうちに現實的となる。  
それは民族成員の意識のうちに現はれ、從て、必然的に彼らの行爲の  
うちにも現はれる。即ち、彼らの行爲はかの意識に從て方向づけられ  
るのであり、從て、法の適用であり慣行であるのである」。また「かの  
直接的民族確信を淵源にもつ法的確信のこの慣行は習俗と呼ばれる。  
從て、習俗はかの法の現象である」。<sup>(一)</sup>即ち、直接的民族確信（民族精  
神）が民族成員の意識のうちに法的確信として現實化し、この民族成  
員各個の意識のうちに於ける法的確信が彼らの行爲において現象し、  
これが慣行（Uebung）または習俗（Sitte）と呼ばれるのである。從  
て、慣行または習俗は法的確信を通じて、民族精神が民族成員の行爲  
において發現し現象したものである。このゆゑに、我々にとつて慣行  
は民族精神を認識するための手段であり、慣行を認識手段として民族  
精神が認識せられ、かやうにして認識せらるる民族精神が慣習法であ  
る、といふことになるのである。また他面から見れば、民族精神が民  
族成員各個の意識のうちに於いて現實化することによつて生ずる法的  
確信は、いはば「法の發生形式」に該當し、この發生形式のもとに發  
現する民族精神が慣習法であるのである。かやうにして、民族精神  
（民族確信）を原初的淵源とし、民族成員各個の法的確信を發生形式  
とし、各成員の慣行において現象し、從て、この慣行において認識せ

らるる法が慣習法である。法的確信または慣行が「法源」と呼ばれる場合には、前者は慣習法の發生形式として、後者はその現象形態、従て、慣習法認識の淵源として、いづれも第二義の意味においてであるのである。要するに、ザヴィニー、プフタにおいて「慣習法は民族の意識のうちに直接的に發生し、その習俗（慣行）のうちに現はるる法である」<sup>(三)</sup>のである。

三 制定法は立法者の立法活動を媒介として現實化する民族精神である。プフタによれば「法の發生は必ずしも民族の直接的發動のみではなく、民族はその機能において民族の意志に遡源するところの代表を通じてもまた發動しうる」<sup>(四)</sup>のである。立法者は民族の意志に遡源する代表であり、プフタはこれを「民族意志の機關」と呼び「民族の代表」とも呼ぶ。彼によれば、自らのうちに共通意志を具體化し現實化する機關が「政府」(Obrigkeit)<sup>(五)</sup>である。政府は一般的意志をそれ自體のうちに人格化し、これを遂行するの力を備へしめられる。この政府による一般的意志の表示が法規 (Gesetz) であり、この法規によつて現はさるる法が制定法 (gesetzliches Recht または promulgiertes Recht)<sup>(六)</sup>と呼ばれる。

慣習法の發生に際して民族は直接的に發動するが、社會生活の複雑化した結果民族が法との直接的接觸を失ふにいたつたため、または、民族確信のうちに存立する不可視的な法に對して可視的な明示的形式を與へる必要のため、あるひは、疑點を排除するため、その他何らかの目的のため法を明示するの必要が生ずる。他面において民族は「國

家」と呼ばれる組織體を形成するにいたり、この組織體の中に「民族の機關」もまた設けられる。かやうな「民族の機關」による宣示が民族精神から法が發生する第二の Media である。従て、立法は、少くとも原初的には、民族確信に發源するところのものを宣示するのみであるから、法の發生形式であるにすぎぬ。従てまた、かやうにして發生する制定法も慣習法と同様に本來民族確信を固有の法源となすのであり、このゆゑに「民族法」と呼ばれることができるのである。<sup>(七)</sup> ザヴィニーは次のやうにもいつてゐる。「既に存立する民族法が法規の内容である。<sup>(八)</sup> 換言すれば、法規は民族法の機關である」。同様にプフタも「立法者は何ら固有の法意識を有するものではなく、彼の素材を直接に民族精神から、または、(間接に) 法律家から取得するのである」<sup>(九)</sup> といつてゐる。要するに、ザヴィニー、プフタは立法者に單に形式的な機能をのみ認めたのである。

しかしながら、立法者の機能を單に形式的に既に存立する民族法を宣示するだけのものと見ることは一貫しうる見解ではない。勿論、立法者も精神的及び肉體的に民族との結條から切り離さるるものではないが、しかし、屢々はその自由な意志によつて民族精神とは没交渉に活動することもありうるのである。されば、プフタもその見解を緩和して「立法者は既に存立する法を宣示することによつて、それに法規の形式を與へ、單に純形式的機能をのみ果すのであるが、しかし、法規の内容は必ずしもつねに既に存立せる法のみではない。なほ未だ確固たる確信、即ち、法にまで形成せられざる、または、立法者の活動

なしには決して法にまで形成せられなかつたであらうやうな民族の見解 (Volksansicht)、または、法律家の見解 (Ansicht der Juristen) が制定化されることもありうるのである。かやうにして、立法は可能的に現實的な法源 (potentia wirkliche Rechtsquelle) <sup>(十)</sup> である」といつてゐる。ここにプフタのいはゆる「可能的に現實的な法源」は「法の發生根據」としての固有の法源の意味に解さるべきではなく、むしろ、「法の發生形式」としての第二義的法源の意味に解さるべきである。この場合においても立法者は「民族の見解」を宣示するのであつて、その限りにおいて「民族精神」から離れたものではないからである。しかしながら、この言葉によつて、少くとも、プフタが民族精神から離れた立法活動のありうることを考へてゐたことが知られる。プフタは政府を「民族の代表」と呼び、憲法上の條件のもとに一般的意志と看做されたものが、事實それが一般的意志なりや否やの實質的検討を要せずして一般的意志として妥當するといふことに、その本質を見出し <sup>(十一)</sup> 出してゐる。この場合において、政府の宣示が必然的に民族確信の具現であるとすれば、その實質的検討の要否を説くことは無意味であるであらう。ゆゑに、プフタが立法者の宣示したところのものの效力をその實質的検討を要せずして單に宣示の形式に基いて承認したるとき、これによつて彼は、一般的民族確信に發源せずして單に立法者の主觀的意志を表示するに止まる宣示もまたありうることを認めたのである。他の箇所では次のやうにいつてゐる。「立法者は彼の屬する民族の共通確信を現實に宣示することを期待される。——多くの憲法は顧

問や民族の特定成員の同意によつてこのことを保障せんとしてゐる。しかし、一度法規が興へられれば、その効力は民族意志との現實的一致の存否に依存しない。——このゆゑに、憲法の條件に基いて法規として確定されたものは、その内容のゆゑにではなく、その宣示の形式のゆゑに法としての効力を有する<sup>(十二)</sup>。かやうに民族精神に發源せずして單に立法者の主觀的意志の宣示に止まるものは、もはや「民族法」とはいへないとともに、その法源は「法の發生根據」としての固有の意味においても、もはや民族精神ではなく、單に立法者の主觀的意志でなければならぬのである。

かやうにして、制定法には「民族法」であるものと然らざるものがある。「民族法」たる制定法は民族精神を法源とし、立法活動をその發生形式とし、法規に表現せらるるところの法である。これに反して、「民族法」にあらざる制定法は立法者の主觀的意志を法源（法の發生根據）とし、その立法活動を媒介として法規のうちに表現せらるるところの法である。

四 法がすべて民族精神を固有の法源として發生すると主張する歴史法學の創唱者たちにとつて、ローマ法の繼受といふドイツ法及びその歴史にとつて甚だ重大な事實は大きな難關であつた。彼らはその根本主張をこの事實と矛盾せしめまいために法の第三の發生形式として法律家の學的活動を説き、法の第三の種類として法曹法（Juristenrecht）<sup>(十三)</sup>を説かねばならなかつたのである。彼らによれば、法律家は民族の代表である。しかし、ローマ法は確かにドイツの民族生活にとつ

て異種的なものであつた。従て、ローマ法の繼受に際して法律家たちが民族的法確信の擁護者として働いたと主張することには困難があつたのである。ザヴィニー、プフタが法曹法に關して詳細な研究をなしたのはかやうな事情に促されてのことであるであらう。しかし、それは法の形成に對する法學の機能如何といふ一般的な問題としても注意に値するものと思はれる。

ザヴィニーは既に「現代の任務」において法の形成に對する法律家の意義を説いてゐる。曰く「文化の向上とともに民族の凡ゆる活動は益々分化するのであり、曾ては共同に營まれたものが今や個々の階層に歸屬するにいたる。法律家もまたかやうに分化した階層の一つとして現はれる。今や法は言語のうちに形成され、學的傾向をとり、曾ては全民族の意識のうちに生きてゐたやうに、今や法律家の意識のうちに落ちつくにいたる。民族は今やこの機能を法律家によつて代表されるのである」<sup>(十四)</sup>と。かやうに法の形成が法律家階層によつて擔當される場合においても、法の發生根據は民族精神であつて、法律家の活動は常に法の發生形式である。その限りにおいて法曹法も民族法である。

プフタにおいても概ね同様である。「法曹法または判決例 (Praxis) は特殊な階層としての法律家の手中に學問として發生した法である。ここでも民族がこの特殊な階層または機關によつて代表せられ、従て、媒介せらるる限りにおいて、法は民族から發源したものと見られる。法律家を通じて法が發生するが、立法を通じてと全く同様に、一般に法が學的形式によつてある獨自的なもの、直接的民族法と異つた

あるものになるのではない。ただ、内面的仕方、内面的必然性による  
(十五)  
だけである」。

法律家が法學的活動の部面において民族の代表または機關である限りにおいて法曹法もまた民族法であるが、しかも、プフタにおいては慣習法及び制定法と法曹法とにおいて重大な相異のあることが認められる。ザヴィニー及びプフタにおいて、慣習法の効力は民族の一般的法確信及びそれに含まるる民族意志に基き、制定法の効力は民族法たる限りは慣習法と同様に民族確信に基き、立法者の主觀的恣意に發する非民族法たる限りは立法者の形式的宣示に基くとされたのである。しかるに法曹法の効力は、プフタにおいては前掲に引用せる言葉の最後の箇所にも示されてゐるやうに、いはゆる「内面的必然性」即ち學的眞性に基くとされるのである。プフタは制定法との相異において慣習法と法曹法とに多くの類似性のあることを指摘する。(十六) 慣習法も法曹法も「内面的道」において發生するに對して、制定法は外的立法によつて發生する。「兩者とも現實的共通確信に基く」に對して、制定法は立法活動によつて共通確信に屬せざるものでもありうる。「兩者ともその固有の内容をもつ」に對して、制定法は民族確信からか、または、學的意見からその素材を取得する。しかし「これらの點を除外すれば、慣習法と法曹法とは全く異なる二つの淵源から發する」といふのである。プフタはローマの法律家の活動を檢討して、法律家の意見が法命題となるのはそれが立法者によつて制定化されるか、または、民族確信に轉換して慣習法になるからであるといふ主張を誤謬であると

し、かやうな法命題は學的眞性にのみ基くと主張するのである。<sup>(十七)</sup>かやうにして、プフタにおいては法曹法の淵源は學的眞性にある。

しかしながら、この學的眞性がプフタにおいて結局は民族精神への適合性に歸することが注意されなければならぬ。學的活動そのものは民族の活動ではない。しかし、法學は民族的形象たる法を對象とし、これを「民族的なものとして、即ち、その眞性において扱ふ」ときのみ學でありうる。そして、法學は學としてのみ生産的機能をもつことができ、法學は法を民族的なものとして扱ふときのみ學でありうるから、法律家は法形成的機能をいとなむためには「民族の代表」であらねばならぬのである。従て、慣習法におけると同様に法曹法の淵源も結局は民族精神であり、その限りにおいてそれも民族法である。ただ、慣習法とは異つて法曹法は民族精神から直接にではなく法律家の學的活動を媒介とし、學説や判決のうちに現はれる。そのゆゑに法曹法と呼ばれるのであるが、その學的眞性は學説や判決のうちに實際に行はれることによつて表徴せられる。それは恰かも民族確信から直接に發生する慣習法が慣行の事實のうちに表徴されるのと同様である。實際的適用の事實のうちに表徴せらるるがゆゑに、法曹法は、また“Recht der Praxis” または單に“Praxis”とも呼ばれる。かやうにして、プフタにおいて法曹法は結局慣習法と同様にすべて民族法であり、この點において制定法とは異なるやうにも解せられる。

しかし、プフタはなほ他の箇所において次のやうにいつてゐる。<sup>(十八)</sup>「個々の法命題の系統をその根本原理にまで遡り、同時に、その根本原

理からその最も外的な枝葉にまで迎りうるためには、法命題をその體系的關聯において、從て、相互に制約し淵源しあふものとして認識することが必要である。そして、これが法學の任務である。この仕事のもとに法命題が自覺にもたらされ露はにされる。これらの法命題は民族精神のうちに隱され、民族成員の直接的確信やその行爲のうちにも、立法者の宣示のうちにも、まだ現象しなかつたものである。從て、それは學的探究の結果として初めて可視的なものとして發生するのである。かやうにして、法學が民族確信及び立法の外に第三の法源として現はれる。これによつて生ずる法は學の法 (Recht der Wissenschaft)、または法律家の活動によつて光の中にもたらさるるがゆゑに、法曹法である。この「學の法」は學的眞性即ち民族性に基く<sup>(十九)</sup>。しかし、この民族性は民族確信のうちにも、立法者の宣示のうちにも、未だ現はれず自覺されずに隱されてゐるものである。換言すれば、それは未だいかなる形態においても外化せず現象せずして、それ自體の内面的眞性に止つてゐるものである。いはば、條理の内面に追究せらるる民族性である。そして「學の法」はかやうな内面的權威に基くとされるのである。これに對して民族成員の共通確信のうちに現象した民族精神は既に現象し外化せる民族性として外面的權威である。慣習法はかやうな外面的權威に基く民族法である。制定法と法曹法も民族法たる限りはこの外面的權威に基く。非民族法たる制定法は立法者の宣示といふ外面的・形式的權威に基いてゐる。これに反して、「學の法」のみは内面的權威に基いても可能であり、その内面的權威に基く

限り、可能的に民族法でありうるが、現實的には未だ民族法ではない。かやうにして、プフタによれば「法律家はその文獻的及び實際的活動において二様の機能をもつ。第一に彼らは民族の法専門的成員として民族的法意識の自然的代表であり、受託者である。第二に彼らは學的眞性の擔ひ手である」<sup>(二十)</sup>。法律家の學的活動はこの二様の機能において法曹法の淵源であるが、第一の機能においてはそれは單に「發生形式」であり、この發生形式のもとに發生する法曹法は單に慣習法の一態様であるにすぎず、独自の法曹法ではない。これに反して、第二の機能における學的活動はそれ自體固有の法源（法の發生根據）であつて單なる發生形式に止まるものではなく、これによつて發生する「學の法」は独自の「學の法」であつて慣習法の一態様に止まるものではない。かやうにして、プフタは法曹法に、慣習法の一態様としての法曹法と、独自の「學の法」としての法曹法とを認めるのである。

五 この點においてザヴィニーはプフタと異つて、慣習法の一態様としての法曹法の外に、これと異なる独自の「學の法」としての法曹法を認めない。従て、法律家の學的活動に固有の法源性（法發生根據としての）を認めないのである。「現代ローマ法體系論」の中でザヴィニー<sup>(二十一)</sup>は次のやうにいつてゐる。「法専門家の特殊な階層が生ずる。それは自ら民族の一部でありながら思惟のこの分野において全體を代表する。法はこの階層の特殊な意識のうちにおいても單に民族法の繼續であり、その特殊な發展であるにすぎぬ。従て、今や二様の生活がいとなまれる。法はその根柢において依然として民族の共通意識のう

ちに存續するが、その個々の點における精細なる完成及び適用が法律家階層の特殊な任務となる。かくてザヴィーは法律家階層の活動をまづ實質的活動と形式的活動とに分別する。前者は法律家が民族全體の代表として民族の法創造に關與する活動である。そこに發生する法は民族法としての法曹法であり、民族精神が法律家の意識を通じて現實化するのである。後者の形式的活動は純學的活動であり、既に發生せる法を學的形式のもとに自覺にもたらし體系的に説明する。この學的活動は外から素材を受取るものとして從屬的である。しかし、この素材自體に内在する統一性を自覺にもたらし完成することがその任務であり、かくして素材に與へる學的形式によつて一つの新たな機能が生ずる。即ち、この學的形式が素材そのものに形成的に逆作用し、從て、學的活動そのものにも新たな種類の法創造的機能が生ずるのである。しかも、この學的活動は直接的には法創造を目指さない。その點において前の實質的活動と異なる。學的活動の目指すものは與へられた素材の學的加工及び完成である。ただ、これが屢々素材を變化し更新し、その缺陷を充足することによつて、副次的に法創造的機能をもつのである。

ザヴィーはこの形式的學的活動を更に「理論的活動」と「實踐的  
(二十二)  
活動」とに分別する。「純學的研究は源典の決定であると、その説明  
であると、または、法體系へ適合せしむるためのそれへの加工である  
と、もしくは、この體系の内面的完成であるとを問はず、これらのこ  
(二十三)  
とを目指す限りすべて理論的である」。この「理論的活動」は著作や講

義のうちに現はれるが、それ自體として何ら新たな法を創り出さない。それは單に既存の法を知識にもたらずのみである。しかも、ザヴィニーはこれを「相對的意味における法源」と呼んでゐる。けだし、<sup>(二十四)</sup>理論的研究は自らに權威を具へ、これによつて裁判に對して影響力をもつからといつてゐるが、これはザヴィニー自身の法源概念から逸脱するものであり、このゆゑに「相對的意味における」と斷つたのもあらう。いづれにしても、ザヴィニーにおいて「理論的活動」は固有の法源ではない。これに對して「實踐的活動」は、著作のうちに現はると判決のうちに現はるとを問はず「法の内容と生きた法狀態、<sup>(二十五)</sup>從て、現實の狀態及び需要との關係を對象とする研究である」。ザヴィニーはこれを「學的法の一部分にして同時に慣習法の機關」<sup>(二十六)</sup>と呼び、そこに「慣習法と學的法との本質的同一性」<sup>(二十七)</sup>が示されてゐるといふのである。ここに我々はプロタにおいても慣習法と法曹法とが多くの類似性をもつといはれたことを想起するのであるが、ザヴィニーは實踐的學的活動に法創造的機能を認めながら、しかも、これを慣習法形成の一態様と見るのである。そして、ザヴィニーは更にこの實踐的學的活動を「健全なる性質のもの」と「缺陷ある學」とに區別し、前者は新たな現實的需要と變化せる生活關係に基くものであり、これに對しては「學的道において承認される慣習法の效力と成立を認めねばならぬ」<sup>(二十八)</sup>としてゐる。これに反して「缺陷ある學」から發生するものは法ではありえず、法律家はこれを誤謬として見出さねばならぬといふのである。

なほ、ザヴィーは Praxis に基いて法が生ずるのは一般的確信を伴ふ場合のみであり、これもまた慣習法の一態様であるといつてゐる。(二十九)

六 かやうにして、プタが慣習法とは別個獨立的な法曹法即ち「學の法」を認めたのに對して、ザヴィーは慣習法の一特殊態様としての法曹法以外には認めないのである。

彼らにとつて凡ゆる法の固有の淵源は民族精神である。慣習法はそれの直接的發現である。しかし、制定法も間接的にそれに基く。ただ立法活動には立法者の主觀的恣意に基く立法活動もありえ、これもまた立法者としての外的權威に基いて立法活動であり、これによつて生ずる制定法は間接的にも民族精神に基かないに拘らず、法と認められなければならない、従て、民族法にあらざる制定法も認められる。しかるに、法律家の學的活動についてはザヴィーは立法活動におけると同一の機能を認めえなかつた。法律家は立法者のやうな外的權威を有しない。このゆゑに、法律家は慣習法の形成に學的形式のもとに參與するのみであつて、これと異なる獨自の法曹法を形成しえないものとされ、従て、慣習法の一態様としてより以外に獨自の法曹法は認められなかつたのである。これに反して、プタは法曹法についても慣習法の一態様としてのその外に、それ自體の内面的權威、即ち、學的眞性に基く獨自の法曹法を認めたのである。

ザヴィーにとつてもプタにとつても法の本質は現實的效力にある。(三十)

はこの效力を外的權威に基けて理解したのである。従て、この外的權威を缺如するところに效力は認められず、このゆゑに、独自の法曹法は否定されたのである。しかるに、プフタは法の效力を何ら外的權威に基かしめない。彼にとつては、唯一の固有の法源たる民族精神の外にいかなる外的權威をも要しない。むしろ、法の效力の基礎はその内面的權威にあつたのである。このゆゑに、學的眞性に基く限り、かやうな法曹法にもまた效力が認められたのである。かやうにしてザヴィーは法の效力をより多く外的に把捉したのに對して、プフタはより多く内的に把捉した。この點においてプフタが歴史法學の根本精神に一層徹底してゐるといひうる。けだし、プフタにとつて學的眞性は終極において民族性の理念に導かるるものであつたからである。他方において、兩者とも歴史的ロマン主義に立脚しつつ、プフタがより多く理想主義的であるに對して、ザヴィーはより多く現實主義的であつたともいひうるであらう。

なほ、彼らの制定法論及び法曹法論において特に顯著に兩者の「法源」概念の相異——ニュアンスの相異ではあるが——が見出される。ザヴィーは法源を法の發生根據と把捉して出立したが、法曹法論においては法の發生形式たる學的活動をも「相對的意味における法源」と呼び、いはば内面的權威に對して一步讓歩をなしてゐる。これに對してプフタは民族精神を唯一の固有の法源としながら、しかもまた、諸々の法發生形式をも法源と呼んで來たのであつたが、制定法論においては立法者の主觀的恣意に基く法の成立を認め、これをも法發生根

據とし「可能的に現實的な法源」と呼んだのであり、その限りにおいて外面的權威への讓歩が認められるであらう。

かやうにして我々は歴史法學派の法源概念には混亂があるといふベルグボームの非難を、ある程度において是認しなければならないのである。歴史法學派にとつて制定法、殊に、法曹法において最も困難な問題があつた。このゆゑに、彼らはこの點に詳細な論究を必要としたのであるが、また、多くの不明瞭や背反をすら残したのであつた。

- (一) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, 2. Buch, S. 143 f.
- (二) Puchta, a. a. O., S. 144.
- (三) Puchta, *Pandekten*, § 11.; 乃ほ Savigny, *System etc.*, I, § 7 を参照。
- (四) Puchta, *Pandekten*, § 10.
- (五) Puchta, *Kursus*, etc., § 11.
- (六) Puchta, a. a. O., § 14, S. 31.
- (七) Puchta, *Encyklopädie etc.*, S. 25 ff.; *Pandekten*, § 14.; 乃ほ Savigny, *System etc.* I, § 13 参照。
- (八) Savigny, *System etc.*, S. 39.
- (九) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, 2. Buch, S. 146.
- (十) Puchta, a.a.O., S. 146
- (十一) Puchta, a. a. O., S. 143 ff.
- (十二) Puchta, *Kursus etc.*, § 14, S. 31 ff.
- (十三) Ehrlich, *Soziologie des Rechts*, S. 367. 参照。
- (十四) Savigny, *Beruf etc.*, Kap. 2, S. 11.
- (十五) Puchta, *Grundriss etc.*, § 43, S. 18. 及び S. 27 f. 参照。
- (十六) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, 2. Buch, S. 161 ff.
- (十七) Puchta, a. a. O., S.161 ff.
- (十八) Puchta, *Kursus etc.*, § 15. 乃ほ *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Bd. I, § 16 参照。

- (十九) Puchta, Vorlesungen etc., Bd. I, S. 39.  
(二十) Puchta, a. a. O., S. 39 f.  
(二十一) Savigny, System etc., Bd. I, § 14.  
(二十二) Savigny, a. a. O., §§ 19, 20.  
(二十三) Savigny, a. a. O., § 19. S. 87.  
(二十四) Savigny, a. a. O., S. 89.  
(二十五) Savigny, a. a. O., S. 90.  
(二十六) Savigny, a. a. O., S. 90.  
(二十七) Savigny, a. a. O., S. 91.  
(二十八) Savigny, a. a. O., S. 93 f.  
(二十九) Savigny, a. a. O., S. 95 ff.  
(三十) Puchta, Gewohnheitsrecht, 2. Buch, S. 141.

## 結 語

一 歴史法學派の基礎的見解及びその理論的基礎づけに關しては、彼ら自身の説くところに混亂もあり、時に矛盾すらもないわけではない。それは既に多くの人々によつて指摘されたところでもある。しかし、それはそれとして、彼らの主張の本旨を見るとき、そこには重要な教示が見出される。その限り歴史法學派には無視すべからざる功績が認められるのである。

歴史法學派は法の現實性に着眼した。彼らの求めたものは、法の理念的合理性ではなく、現實的即實性であり、その有機的生命性である。されば彼らは法をつねに現實的なもの、現實の地盤に行はるるも

のとして見た。従て、彼らにとって「實現せざる法は法ではない」のである。換言すれば、彼らにとって法の本質は理念的合理性にではなく、現實的機能性に、従て、效力にあつた。法の本質は機能または效力と離れて求められうるものではない。しかも、彼らにとって、理念的妥當性としての效力ではなく、現實的實效性としての效力が法の本質をなすのである。このゆゑに、彼らにとっては法の發生の問題は效力をもつものとしての法の發生の問題であり、法の效力の發生と異なる他の問題ではなかつたのである。法源の問題に關しては屢々「法の内容の淵源」と「法の效力の淵源」とが分別せられ、この分別の立場から歴史法學派の一元的見解が批判されたのもある。かやうな批判は法の人爲的技術性を重視する立場、従て、制定法に重點をおく立場からは當然であるであらう。しかし、歴史法學派の人々は法の有機的生命性を重視し、従て、慣習法を原初的な法と見たのである。彼らはこの見地から制定法及び法曹法の根柢にも有機的生命性を見ようとし、このゆゑに、立法者及び法律家をも「民族の機關」と呼び、あるひは、民族精神の發現する「道」または「Media」と呼んだのである。法は作らるるものでなく成るものであり、成るものとして見出さるべきものである、とする彼らの見解には深い示唆のあることを認めうるであらう。

二 歴史法學派の人々は法の現實的即實性に着眼したとはいひながら、法は單に事實的なものにつくるものではない。むしろ、彼らにとつても法の本質は單に事實的なものではなく、精神的なものであつた

のである。民族精神が凡ゆる法の固有の淵源であつたのである。慣習法は慣行の事實において現象し、これを媒介として認識されるが、慣行の事實そのものは慣習法の發生根據としての固有の法源ではなく、單にその發生形式である。慣習法も法として民族精神を本源とし本質とする。彼らは慣行の事實の奥にこれを慣行たらしめてゐる精神を見たのである。單なる事實が法を生ぜしめるのではない。慣行の事實において現はるる精神が法であるのである。法の本質は精神にある。法は精神的なものである。

しかし、單に精神ではなく民族精神にして初めて現實性をもつ。現實的な法の本質は民族精神にある。それは民族成員に共通の確信として彼らの行動を内から制約し、それに制約せられた彼らの行動において發現し現象する。慣習法におけるやうに直接的に發現すると、あるひは、制定法及び法曹法におけるやうに「民族機關」としての立法者及び法律家を媒介として間接的に發現するとを問はず、法の本源は民族精神にあるのである。民族精神の「見えざる暗い仕事場の中で」法は生成するといふ彼らの主張には深い教示が含まれてゐる。

歴史法學派は民族精神を形而上的なものに祭り上げた、と屢々いはれる。しかし、彼らは飽くまでも現實的であらうとした。されば、彼らにおいて民族精神は「民族の活動」とも同視されたのである。全體としての民族はその成員に對して不斷に働きかけてゐる。その成員に對するかやうな働きかけを離れて民族はないであらう。しかも、この働きかけは本質的には精神的なものである。民族成員各個の意識のう

ちに宿りつつ、しかも、客観的なものとして彼らの行動を内から制約する。これが民族精神であり、「民族の活動」である。民族精神は「民族の活動」であるとともに「民族の本質」でもある。勿論、民族には、従て、民族精神には自然的及び歴史的根柢がある。換言すれば、民族成員をしてその意識のうちに客観的共通的なものを宿らしむるにいたる自然的及び歴史的動因がある。歴史法學派の人々は、一定の土地との結合、共通の血統、共通の生活、共通の歴史的宿命等を民族の根柢とし、このゆゑに民族を「自然的統一體」とも呼んだ。しかし、彼らにとつて「自然的統一體」としての民族の本質をなすものは民族精神であつたのである。換言すれば、かやうな自然的及び歴史的根柢の上に共同の生活を營爲する人々の意識のうちにおける統一的な精神的な働きかけであつたのである。彼らにとつて、民族精神は「民族の活動」即ち民族の働きかけであり、この精神的な働きかけを離れて民族はないのである。「民族」はその成員を越えてその外にあるのではなく、その心のうちに生きて働きかけつつ在るのである。歴史法學派の法人擬制説は有名である。彼らは法人を統一的實體として見ることを拒否したのである。その統一性は實體的實在性において見出されないとするのである。實體的實在性は個人にのみ屬する。法人といへども個人を通して統一的に意志し、個人を通して統一的に活動するのである。意志し活動するものは個人であり、ただその統一的意味が法人に歸屬せしめられる。このゆゑに彼らは法人擬制説を唱へたのである。法人の本質について擬制説を唱へる彼らにとつて、民族は實體的

な實在として把握せられえなかつた。民族は自然的統一體として實在する。しかし、この「自然的統一體」は實體的實在としてではなく、統一的精神的機能として實在するのであり、かやうなものとして現實的であるのである。彼らにとつて民族はその成員を越へてある實體的實在ではなく、従て、民族精神は獨自な形而上の本體ではなかつた。民族はその成員の意識のうちには不斷に働きかけるものとして精神的機能的現實體であり、かやうなものとして自然的統一體であるとともに、民族精神をその本質とするものであつたのである。我々はそこに彼らの深き洞察のあることを認めうるであらう。

三 歴史法學派の人々にとつて法は民族と離れてありえない。彼らにとつて民族精神が法の本源であり、そして、民族精神は民族の活動であつた。換言すれば、彼らにとつて法は民族の機能であるのである。

十七・八世紀の自然法學派は法を人間の本性に求めた。「人間の本性」は「人間一般の本性」である。その限り自然法學派には理想主義的合理化の傾向の反面、理念的抽象化の傾向を免れえなかつた。「人間一般」に基けられる限り、法は具體的現實性を失ふであらう。歴史法學派は自然法學派への反動として何よりも法の具體的現實性を求めた。「人間一般」ではなく「民族」が法の根源として求められたのである。法は現實的機能即ち效力を離れてありえない。彼らにとつて實現せざる法は法ではなかつたのであり、自然法は排斥されたのである。理念的合理性に輝くとしても、畢竟それは眞空の世界における輝きで

あつて現實の世界に作用するものではない。歴史法學の人々にとつて法は「民族の活動」でなければならなかつたのである。民族の機能として法は現實性をもつ。けだし、人間は「人間一般」としてではなく、民族の一員として現實的であり、法はかやうな現實の人間存在に働きかけつつ在るものであるからである。法と民族との本質的關聯性を主張したことは歴史法學派の偉大な功績である。

四 歴史法學派の主張の個々の點については多くの批判があり非難もある。しかし、その批判の最も本質的なものの一つは歴史法學の根本態度が結局において靜觀主義 (Quietismus) であるといふそれであらう。歴史法學に對してこれを非難した最初の人(一)はテイポーであつた。彼はザヴィニー、プフタの見解を、歴史的に發生したものはそのゆゑに眞理であり非難すべからずとする神祕的退嬰的な考へ方であるとした。また、最も鋭く歴史法學の靜觀主義を攻撃したのはイエリング(二)であらう。彼は自ら歴史法學の中に成長したが、後にこれから轉換した。彼は「權利鬭爭論」の中で「法の生誕は人間の生誕と同様に通常において激しき陣痛を伴ふ」といひ、また「法目的論」の中では「目的がすべての法の創造者である」といふ標語を掲げてゐる。法の自然的生成を唱へる歴史法學派の主張にイエリングは満足しえなかつたのである。イエリングの主張には傾聽すべき多くのものがある。しかし「陣痛を伴ふ生誕」には生誕すべきものが既に生成してあらねばならぬ。生誕は歴史法學派にとつて「法の發生形式」の問題であつて「法の發生根據」の問題ではないであらう。「法のための血なまぐさき

闘争」(イエリング)は歴史法學派においても法の發生形式について必ずしも否定されるものではない。立法活動も學的活動も困難なる意志的活動であり、法のための闘争過程であるといひうる。のみならず、民族精神の生成も必ずしもつねに平穩裡に進展するものではなく、「見えざる暗い仕事場」にも努力があり苦闘があるのである。歴史における「自然的生成」は「自然的」とはいひながら人間の努力に依存することを注意すべきであらう。

ザヴィニー、プフタにとつては、いかなる個人も獨存的なものではなく、世界のうちに現はれるやそこに長年月に互る精神的努力の所産を見出すのであり、この歴史的傳統との關聯の外にありうるものではないのである。代々に言葉が受けつがれ傳へられるやうに、法もまた受けつがれ守られ傳へられてゆくのである。彼らにとつて法は民族の歴史的傳統の一面であつたのである。法は彼らにとつても生成し發展する。ただ、その生成發展は「民族の全過去から素材を受とり」つつの發展であり、民族の歴史的傳統に基く生成であつたのである。<sup>(三)</sup>ザヴィニー、プフタはたしかに自由な立法活動を輕視した。この點が靜觀主義の非難の焦點でもあつた。ヘーゲルもいつてゐる「成熟した民族またはその法曹階級にとつて法典を作る能性を拒否することは、その民族またはその階級に加へられうる最大の侮辱であるであらう」<sup>(四)</sup>と。しかし、そのヘーゲルにとつても法は本質的に民族精神の具顯であつたのである。

たしかに、歴史的なるものの強調には懷古的靜觀主義の危險性があ

る。また、有機的な自然的生成の主張には人間の自由な目的活動の輕視と、「黙々と作用する内面的力」にすべてを委して爲すことなき傍觀主義の危險性がある。更にまた、法の ratio を排斥することによつて一般的に理性的反省の意義を看過するの危險性があるであらう。歴史學派に對する多くの批判や非難には夫々に根據もあり理由もなくはなかつたのである。しかし、それにもかかはらず、歴史法學派の主張にはなほ學ぶべき多くのものがあり、その功績は無視さるべきではないと考へられる。

- (一) Thibaut, Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsscnule in Archiv Civ. Prax., Bd. 21, S. 408.
- (二) Jhering, Der Kampf ums Recht, 及び Zweck im Recht. 參照。
- (三) Savigny, Vermischte Schriften, Bd. 1, VI, S. 113.
- (四) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 211, S. 171.