

# 「実定法的原理」に関する総合的考察

(研究課題番号 16530010)

2006年度に研究期間が終了する科学研究費補助金  
(基盤研究(C)(2)、2004-2006年)  
研究成果報告書

2007年5月

研究代表者 笹倉秀夫

(早稲田大学大学院法務研究科教授)

## はじめに 研究実績の概要

本研究のねらいは、「実定法的原理」を総合的に——英米法と大陸法とをともに視野に入れつつ歴史的（法学的・法思想史的）にそれに関する事柄の展開を追い、かつ私法学だけでなく公法学・刑法学にもわたって——考察することにあつた。「実定法的原理」とは、〈制定法・慣習法・判例およびそれらに基づく現実の法生活〉の根底にある原理ないし原則を意味する。法学・法実務は近世以降、こうした法原理ないし法原則をとらえ、それに基づいて法・法学を体系化することによって、法の欠缺を補充し解釈を方向付け体系性をもつ立法作業を進めてきた。こうした作業がもっとも精緻化したのは19世紀のドイツにおける「パンデクテン私法学」においてであつた。しかしこの法学は、まもなく「概念法学」として批判され、その後、法学の実践性が強調され、「法の目的」や「実践的判断」、「民衆の法感情（法常識）」に直接依拠する傾向が強まり、「実定法的原理」への関心がうすれた。自由法論ないしとくに日本では利益考量論が法学を規定するようになったのである。

だが、こうした中でも、法学が学問としてある以上、法原理を確定しそれに基づいて諸規定・法関係を連関づける作業は、自覚されないままに今でも行われている。判例法の国においても、判例間に内在する法原理を考察したり、法実務上の指導原則（*principle, maxim*）を探求し、それに基づいて法的判断を行ったりする作業は持続している。このように「実定法的原理」は、実は今でもきわめて重要な法概念なのである。

そして、近時、これら法原理・法原則を対象化し方法論的に再評価する動向が一部に現れるようになった。たとえば、①英米法系において、ドヴォーキンが *legal principle* に基づく法解釈を方法論的に自覚化させ、それを解釈学（ヘルメノイティク）論に結びつけて展開している。この作業は日本においても注目され、実定法学者の中にも、それを取り入れようとする傾向がある。また、②最近の日本民法学は従来影響の強かった利益考量法学を脱して、諸規定・法関係から法原理を析出し、それによって法解釈を進めていく傾向を強めている（瀬川信久「民法解釈論の今日的位相」1999年）。しかもこの民法学上では、代表的な利益考量論者の一人である星野英一が、近時、こうした法原則の重視に傾斜している（『民法のもう一つの学び方』2002年）のも、特筆すべきことである。また、③最近の刑法学において旧派的・古典主義的な動向が強まり、これが一部に見られる判例追随（「実定法的原理」ぬき）の刑法学との間で緊張した議論を展開している。さらに、④ドイツ法圏では「法教義学の再評価」が議論論の再評価の一環として強まっており、日本でも田中成明に見られるように、それを重視する動向がある（法教義学の再評価では、単に緻密な論理構成に着目するだけでなく、「実定法的原理」からの展開を論じるべきなのだが、これは欠如している）。

問題は、これらの諸動向においては、自分たちの課題を歴史的・比較法的に位置づけ、とくにその中核を成す「実定法的原理」の意義を自覚するにはいたっていないため、それぞれの議論が分立し、とくに「実定法的原理」に関わるこれまでの豊かな議論やその成果が生かされていないことにある。本研究は、こうした状況を踏まえて、「実定法的原理」に関する総合的な考察を進め、それをつうじて「実定法

的原理」の歴史的意義を明らかにするとともに、現代的議論を方向付ける。具体的には、①近世以来の *ratio legis* をめぐる法学上の議論を追い、その関連で 19・20 世紀のドイツ法教義学やアメリカにおける判例研究（とくにラングデルのそれ）を位置づけ法教義学の伝統的特徴を明らかにする。②「実定法的原理」問題を内在させた特徴的な判決や刑法学・民法学・行政法学を解析し、法的思考におけるその重要性を自覚化させる。③「実定法的原理」に関わる、「事物の本性」論、ドヴォーキンやヨゼフ・エッサーの研究、「近代法原理」論など、相互に孤立した議論を連関づけ、それらの今日におよぶ議論の理論的深化をはかる。

本研究は、以上のような作業を行うことによって、次のような意義をもつ。すなわち、本研究は、①そもそも法学・法実務とは歴史的にどのような特徴をもって営まれてきたのか、法教義学とはいかなる意味で教義学であったのか、そしてまたあり続けるのかを明らかにできる。②上述した最近の諸動向を関連づけ理論的に深化させ、それらのもつ実践的意味をより鮮明に引き出し、理論法学の新しいあり方、法学の判例・実務からの独立について方向提示をする。③これまで相互に連関づけて考察されてこなかった、英米法系における法学・法実務と大陸法系におけるそれとを、根底的に方法論上連関付けることによって比較可能にし、またそれをつうじて、ドイツの構成法学やラングデルの法学、事物の本性論などを再評価可能にする。

本研究は、上のねらいにもとづいて、次のように遂行した。

まず、近世法学史について、とくに *ratio legis*（「法の根底を成すもの」）を中心に考察していった。*Ratio legis* は、歴史上、二とおりの内容があった。一つは、立法者の意図である。もう一つは、法・法実務の中に法学が発見した「実定法的原理」である。前者は、主観説、立法者意思論として展開した。後者は、客観説、制定法の根底にあり制定法を超えた原理を問題にする立場として展開した。近世の自然法論においては、前期には後者が優位していたが、後期 18 世紀になると前者が優位するようになった。しかし 19 世紀になって、再び後者が優位する。本研究では、まず、この点を軸として近世法学史を考察し、「実定法的原理」の形成史とそれが法学・法実務に有した意味を明らかにした。とりわけ重要であったのは、近世私法学の実態の考察であり、またそれが、先行する法学、後続の法学とどう関係するかの考察であった。

続いて、19 世紀の法学について、その法原理に基づく体系化志向の構造とそれをめぐる議論を明らかにした。これには、とくにサヴィニーの問題提起、それを踏まえた、イェーリングやヴィントシャイトの構成法学を、「実定法的原理」に重点をおきつつ解析することが重要であった。最近、これに深く関連する観点からのすぐれた法史学的研究として、ヤン・シュレーダーの大きな業績がでた（Jan Schroeder, *Recht als Wissenschaft*, 2003）ので、それをも踏まえつつ考察を進めた。また、英米系における法原理をめぐる考察を行った。これについては、エッサーやドヴォーキンらの研究を踏まえつつ、とくに 19 世紀アメリカ法学史上の、体系化志向の分析が重要であった。

次に、現代の法学において意識化されないままに「実定法的原理」に関わる法学

的作業がいかに行われているかを、刑法学や公法学、私法学などの特徴的な動向解析をつうじて、またそれに関わっている論争などの分析をつうじて、明らかにしようとした。これは、現代法学における「法教義学」再評価の動向を明らかにする作業でもある。重要な論点としては、従来、目的論的法解釈・利益考量や法政策論・治安政策論的考察、「法と経済」の議論の傾向が強かったし今も強いものに対して、それらを批判する論者の中に、どのように法教義学、とくに——自覚化されないままに——長い伝統をもつ「実定法的原理」の重視が強まっているかを明らかにすることである。

本研究の成果（一部）は、2007年10月に刊行予定の『法思想史講義』で発表する予定である。現時点で、その原稿が完結しているが、大部にわたるので、ここではとりわけ関連部分を抽出して報告書としたい。第1部では、デカルト以来の思考において「実定法的原理」に結びつく思考がどのように形成されていったかを追う。第2部では、その展開を追い、第3部では、前史を考える。

The main object of this project is to describe the genealogy and the present practice of the "dogmatic method" in legal science.

In German private law science of the 19th century, scholars tried to find out some "key-principles of positive law", and starting from these principles, they constructed systematic theory of law. They believed that if they succeed in this systematical reconstruction, they will be able to obtain the correct understanding of the laws. They also believed that they can cover all defects in legislation by deducing correct directions from their legal system. Because these legal scientists went too far in relying on the logical consistency and thus neglected to evaluate the practical meaning of their legal construction, they were soon criticized as "Begriffsjurisprudenz".

According to my research so far, the method of this dogmatic science is still in use in our legal science and there are some advantages in applying it. Because it makes us for example free from the book stab application of laws; the legal principles and maxims lead us to think laws more dynamically, as Ronald Dworkin stresses it.

On this account, I tried in the years 2004-2006, firstly, to understand how this way of handling laws developed among so-called modern natural law scholars under the influence of Cartesian and Hobbesian philosophy. I studied, secondly, the 19th century German lawyers focusing on how they developed this way of thinking based on the philosophical tradition of Christian Wolff, Kant and Hegel. I also compared this type of legal science with those in the ancient Rome and the Middle Ages.

Based on this research, I have completed my book "History of Western Legal Ideas", that will be published by Tokyo Univ. Press in September 2007.

はじめに	2
第1部 「実定法的原理」への歩み	6
1 〈デカルト〉対〈ベーコン〉・〈ヴィーコ〉	6
1-1 デカルト	7
(1) 数学的科學	7
(2) 個人の位置	8
1-2 ベーコン	8
1-3 ヴィーコ	10
2 ホッブズ革命	11
3 ロック	14
(1) 社会論	14
4 スピノザ	16
5 その他の近世自然法学	18
(1) グロティウス	19
(2) プーフェンドルフ	20
(3) トマジウス	22
(4) ヴォルフ	23
6 トピカ的な法学	25
【補論】 実定法学と近世法思想	28
第2部	29
1 近代法学	29
1-1 パンデクテン法学	29
(1) パンデクテン法学者たち	30
(A) サヴィニー	30
(B) プフタ	31
(C) イェーリング	32
(D) ヴイントシャイト	35
(2) 精神史的位置	37
(3) 社会的・政治的位置	41
1-2 パンデクテン法学外の動き	43
(1) 刑法学 (フォイエエルバッハラ)	43
(2) 公法学 (ゲルバー・ラーバント)	45
(3) 英米への影響 (オースティン・ラングデル)	47
2 近代法学批判	50
(1) 法の歴史的・社会学的研究 (ギールケ・エールリヒ・アメリカ法学)	50
(2) 利益法学 (ヘック)	54
(3) 自然法論の再生	54
(4) 政治的法理論 (シュミット・ナチス法学)	55
【補論】 「法実証主義」と「概念法学」	56
(1) 「法実証主義」	56

(2) 「概念法学」	57	
第3部 「実定法的原理」の前史		58
1 古代ギリシアの法と法観念		59
1-1 裁判	59	
1-2 刑法	60	
1-3 民事法	60	
(1) 所有	60	
(2) 契約	61	
2 古代ローマの法と法観念		62
2-1 秩序維持・裁判	62	
(1) 初期ローマ	62	
(2) 共和制期	64	
(3) 元首政一帝政期	66	
2-2 法律家・法制度	66	
(1) 法律家	66	
(2) 法制度の特徴	71	
3 中世の法学・法実務		75
3-1 イタリアの法学	75	
3-2 フランスの法学(含・人文主義法学)	79	
3-3 ドイツの法学・法実務(含・人文主義法学以降)	81	
(1) ローマ法の継受	81	
(2) 〈ローマ法継受〉の是正	82	
第1部 「実定法的原理」への歩み		

「実定法原理」の思考の根本は、個々の実定法文の根底に原理を読み取り、それを加工して一般的な原理にし、法文の欠缺を埋め、また運用の指針とするところにある。この前提となる、個物を貫く原理を発見して、それを体系化するとともに、個々のものをそこに位置づけて理解する思考は、部分的にはすでに古代に認められる(本報告第3部参照)。しかし、その思考が本格的に展開するには、デカルトの登場、およびかれの思考を社会論に適用した一連の近世自然法論者たちを待つ必要があった。本第1部では、その過程を明らかにするとともに、それとは異質の法的思考についても考え、全体の配置図を明らかにする。しかし同時に、本第1部であつかう法的思考は、あくまで自然法として展開したのであった。すなわち、それが文字通りの「実定法的原理」に結びつくには、第2部であつかうように、19世紀に入って、近代私法学がドイツで発達するのを待つ必要があった。したがって、ここでの課題は、近世の思考がどういう点で19世紀の「実定法的原理」を準備したかを確認することにもある。

#### 1 〈デカルト〉対〈ベーコン〉・〈ヴィーコ〉

17世紀後半以降18世紀終わりまでの「啓蒙の時代」を特色づける科学的・合理的精神には、二つのものがあった。第一は、デカルトに代表される、直観と論理とを重視する思考である。これは、事象を深く省察して根本的なものを——ひらめきによって——とらえ、

そこから数学的・論理的な再構成を進める方向で展開した。第二は、経験を重視する思考である。この思考の主潮流は、ベーコンに代表された。これは、豊かな材料を渉猟し帰納によって或る程度一般的な命題を取り出す(取り出すのは直観・決断によるのであって、論理によることはできないだろう)。そしてそれらの諸命題から原理(「法則」)を獲得し(この作業は論理的思考であろう)、そこからの演繹で新ケースを処理していく方向で展開した。そしてこのベーコンと結びつきつつ独自のものを見せた思考に、ヴィーコがいる。かれは、ベーコンに私淑し経験を重視しつつ、さらに人文主義の、人間に関する豊かな思考を大切に、その立場からトピカTopika的な方法(後述)を再生させ社会实践を着実なものにしようとした。

あとで述べるように、17世紀末までの実定法学・法実務においてはトピカ的な手法が広く使われていた。しかし、やがてデカルト的な論理的体系化が力を持ち始めた。同時に、ベーコン的な帰納・演繹の方法も——すでに古代ギリシア哲学やローマ法学以来の手法でもあったが——近世法学の世界に浸透していった。「実定法的原理」につながる思考は、このうちのデカルト的思考に結びついている。

## 1-1 デカルト

### (1) 数学的科学

ガリレオ以来、科学者は、事物の運動について、観察によってデータを収集し、それを分析して総合することによって法則を発見し、こうして蓄積された知の全体を数式で描き上げた(解析した)。そのさいかれらは、既知のものに依拠しつつ思考して仮説を立て、それらを実験によって検証して、知を拡大していく実験的方法を駆使した。

デカルトもまた、この新しい科学の担い手の一人として、確実な知の獲得、そうした知の体系化を志向した。かれは青年時代に、宇宙が整然とした秩序を成しており、それは論理をたどって体系的に描き、数学的に解析できると確信した。かれは、直線や放物線、円錐などを平面・空間に座標を設定して描き、その展開のかたちを数式で示す解析幾何学を開発したのであったが、それはこの確信を支えるものとなった。そしてかれは、この手法を物理学・宇宙論に応用するとともに、世界そのものの哲学的解明にも使おうとした。哲学に数学的手法を導入する努力は実り、かれは方法においてもまた内容においても哲学の革新者となった。(もっともかれの哲学はそのことによって、今日まで続く理科馬鹿の単純化の元祖ともなった。)

デカルトは、〈世界を対象にした数学〉としての哲学における原点として、「わたしは考える。ゆえにわたしは実在している」を見出し、ここから論理のみによって展開されるかのように(すなわち演繹的に)世界の姿を描く道をとった(『方法序説』)。

①かれはまず、懐疑(すべてを疑うこと)によってすべてを一度分解し、確実なものがなにもないことを確認した。②しかしかれは、この思考の果てに、次の点に思いあたった(ひらめきとしての直観によって発見した)。すなわち、〈すべてが疑わしいということは、疑う自分がいなければ出てこない。つまり、思考する自分は、確実に存在するのだ=「私は考える。ゆえに私は実在している」 cogito ergo sum.〉という点である。このようにしてかれは、思索の中で直観によって原点、究極原理を発見した。③そしてかれは、これを起点にし、それにさまざまなことがらを関連づけ、その全体を原理命題から論理的展開のかたちで描き、最後には、④その全体の体系的描写に達した。(これまでに何度も見てきたように、演繹を活用したこと自体は、デカルトが最初ではない。演繹は、帰納とともに、古くから活用され、とくにアリストテレスが両者を

自覚的に活用した。デカルトの新鮮さは、懐疑から出発した思索の中で直観によってとらえた究極の原点である（考える自分＝個人）から世界を描いた点にある。）

## (2) 個人の位置

かれのこの思索は、〈世界の存在の核として個人の存在〉を、決定的なものにした。それは、かれが〈このわたしの思考で、神が存在することを証明できれば、神は実在することになる〉として、神をも「わたし」の确实性に基礎づけたことによって、确实なものとなった。

神のそのような証明の一つは、次のようなものであった。〈われわれは自然物、たとえば光や熱の現象、動植物などについては、科学によって完全な認識を得ることができる。それらについてのデータは、われわれ人間に、感覚をつうじて獲得されるからである。ところで、われわれは、神について〈完全な存在者〉としての明確な観念をもっている。ところが、それは、経験によって得られたものではないし、われわれが作り出したものでもない。なぜなら、不完全なわれわれが完全な神の観念をつくり出すことはできないから。それゆえ、この場合は、〈神がまずあり、人間がその神によって創造され、そのとき神によって神の観念が人間に植え付けられた（＝神についての生得の観念が形成された）〉と考えるほかない（同46-47頁）…〉。

そしてデカルトは、このように神の存在を証明したあとは、今度はすべてを神から出発させ、神に依存させた。〈この神が存在やその法則を創造した〉としたのである。このことによってデカルトは、事物が人間の外に人間の主観から独立して客観的に存在していることを、「論証しえた」。かれはこの道をたどることによって、数学・論理学や自然科学が、人間の主観の産物ではなく客観的なものにかかわること、「明証性」とはその客観的なものの正確な把握にあること、を確信できた\*1。

以上を要するに、デカルトの革新性は、次のところにある。第一に、真理は、すでに定まったものとしてあるのではない；伝統的な知識や常識は确实な真理ではない；真理は、各人が根元から明証性の道をたどって新しく発見すべきものである、という、新時代の真理観を確立した点に\*2。第二に、人が思考することの決定的意味を発見した点に。かれは、ここから出発して世界を再構築することによって、個人に基点をおいた哲学を準備した。それはまた、人間の内面的自立を、宗教改革とは別の世界、すなわち哲学の世界で確立するものであった。

### 1-2 ベーコン

ベーコン\*3は、帰納・演繹の方法——17年後に明確化されるデカルト的思考の、対抗物となりかつ補完物ともなる——を、かれの主著である『ノーウム=オルガノン』*Novum organon* (1620) において活用した。（帰納・演繹の方法も古くからのものであり、アリストテレスやローマの法学者たちが活用した。）

\*1 小林道夫『デカルト哲学とその射程』（弘文堂、2000）41頁以下、139頁以下、347頁以下。

\*2 ヤン=シュレーダーJan Schröder『トピック・類推・衡平』（石部雅亮編訳、信山社、2000）21頁。

\*3 ベーコンは、大法官にもなった政治家であった。かれは、〈近世的君主専制〉の立場をとって上からの近代化を進めようとし、このため〈反君主専制〉の立場のコークの宿敵となった。



(i) 人間の知性の批判点 ベーコンも、懐疑——ここでは人間の認識能力に対する——から出発する。かれによれば、自然界は、きわめて多彩であり、これに対して人間の認識能力は弱いから、人間が自然界を認識し理解することには限界がある(72頁)。かれは、この懐疑から出発して、人間に何がどこまで認識できるのか、どのようにしたらより良く認識できるのかの確認を始める。

かれはまず、認識が誤りやすい原因を明らかにしようとする。認識にさいしては知性が動員されるが、ベーコンによれば、この知性には次の六つの悪しき傾向がある——(a) 知性は斉一性を求める傾向をもつ、(b) 固定観念に固執する、(c) ショックの大きいものにとられる、(d) 人間の主観的側面が認識を規定する、(e) 認識は感覚によって歪む、(f) わずかなデータを一般化したがる、というものである。ベーコンは、知性の以上のような問題性を、さらに四つの「イドラ」(人間の知性につきまとう病理)としてもとらえている。

(ii) 方法の提示 このような認識批判を前提にしてベーコンは、新しい学の構築をめざす。かれはここでも、人間知に対する反省から出発して、次のように言う。「自然の下僕であり解明者である人間は、彼が自然の秩序について、実地により、もしくは精神によって観察しただけを、為しかつ知るのであって、それ以上は知らないし為すこともできない」(69頁)。人間は、対象に即した観察に頼るほかない。この観察を基礎にした学問構築のさいに重要なのが、豊かなデータを集め、そこから手堅く、ある程度一般的である概念・命題を引き出し、次にそれらを連関づけつつ適用し仮説を構築する、帰納・演繹の方法だった。

かれは、先にわれわれがデカルトに見たような思弁・直観に頼る手法と、自分が提示する帰納・演繹の方法とを対置して、次のように論じている。

「真理を探究し発見するには二つの道があり、またありうる。一つは、感覚および個々のものから最も普遍的な一般命題に飛躍し、それら原理とその不動の真理性から、中間的命題を判定し発見する、この道がいま行なわれている。他の一つの道は、感覚および個々のものから一般命題を引き出し、絶えず漸次的に上昇して、最後に最も普遍的なものに到達する、この道は真の道ではあるが未だ試みられてはいない」(75頁)。

すなわち、すぐ後でデカルトが定式化することにもなる方法(「合理派の人々の方法」)は、ベーコンによれば、数少ない事実認識から普遍的な原理を一挙に獲得しようとする——そのためには思弁・直観によるしかない——ものであって、世界の複雑で多様な構造を不当に単純化する、上述の、知性の悪しき傾向に陥っている。

これに対して、ベーコンが提示する方法は、〈確実に確認されつつ集められた豊かなデータをふまえ、そこから——不当な一般化(帰納的飛躍 inductive leap)をおこなわずに——無理なく引き出せる命題を着実に引き出し、それらをていねいに整理し理論(「法則」)化し、そこからの演繹で仮説を立て、それを実証と実験とによって確かめ修正していく(実験的方法)。また、それらの獲得物からの演繹によって、新ケースを処理していく〉というものであった。

とはいえ、ベーコンは、他方では、これまでの経験主義を批判する。なんでも手あたりしだいに事実を集めればよいというものでもなく、集めた事実をそのまま前提にすればよいというものでもない。集めるには観点・範囲設定などが必要だし、集めた事実から、普

遍的で意味あることが引き出せるものと、そうでないものとを識別することが必要だし、多様な事実を連関づけて一つの意味ある全体像に構成していく作業も必要である。これらは、人間の主体的な働きかけを意味している。かれはこのことを、アリとクモに対するミツバチ型の認識の特性として描く。ベーコンによれば、ミツバチのように、偵察によって広い視野をふまえた系統だった取捨選択を加え、そうして得た素材から着実に、ある程度一般的な概念・命題を引き出し連関づけて適用していく帰納・演繹の方法が大切なのである。この、「適当な拒斥および排除によって、本性を分離せねばならず、次いで充分なかぎり否定的なことを試した後、肯定的な場合について結論」する方法は、今までにただプラトンによって実行されただけであった(163・164頁)。(じっさいプラトン(やアリストテレス)は、対話をつうじて豊かな素材から命題を構築していく。しかも、そこでは、ある認識を、それを否定する事実や理論と対決させることによって改善していく姿勢、のちの言葉で言えば「弁証法」を活用している。加えて、仮説を有効に用いるためには、カントが反省的判断力で問題にしたように、論理構成の力とともに全体連関を予想する直観力が欠かせない。)

### 1-3 ヴィーコ

ヴィーコが提起したのは、数学・論理・自然科学をモデルにして獲得された、〈絶対的に確かだとされるデカルト的な知〉とは別に、もう一つの知があり、これも正当に評価されるべきだという事実である。そうした知とは、人類が経験を重ねる中でコモン=センスとして積み上げてきたものであり、もっともらしさ(蓋然性)の重視を特徴とする。

かれがこの関連で書いた有名な作品に、1709年の『今日の研究方法について』*De nostri temporis studiorum ratione*\*4がある。(さらに、1710年の「イタリア最古の知恵」、1725年の『新しい学』をも参照。)かれは、次のような議論によって、デカルトらの数学・論理・自然科学モデル万能視に反対した。

(i) コモン=センスの育成 若い世代に社会生活上の知を身につけさせることが、教育の重要課題である。そうした知、すなわちコモン=センス(健全な常識=良識)とは、〈多くのケースを経験し、そこからの帰納によって一定の規則性を獲得し、それに導かれて、ことがらの塩梅をわきまえて自分のものにする〉知である。社会・人生は複雑であり、したがって、それに対応するためには、知は多元的で柔軟なものでなければならず、一つひとつの妥当性を大切にする。それゆえそうした知は、単一の原理・法則から論理で構築された体系にすべてを包摂し斉一的に説明する、自然科学の知ではありえない。

ヴィーコが文化科学にとって重要な独自の方法としてトピカの思考を再評価したのは、このことに関係する。後述するようにトピカは、一つひとつの問題を適切に処理する処方箋を分類・整理する学であるが、それは多くが常識・経験知であり、格言のかたちをとって積み上げられてきたのだからである。

(ii) 蓋然性 ヴィーコは言う、「知識が真理から、誤謬が虚偽から出てくるように、常識は蓋然性から出てくる」。常識とは、人々が経験を つうじて獲得した〈完全には確証できないが、生活を方向づけうる程度のもっともらしさ(蓋然性)をもった〉知である。

---

\*4 ヴィーコ『今日の研究方法について』(1708)。Vico, *Selected Writings*, edited and translated by Leon Pompa, 1982. これは、ヴィーコが、勤めていたナポリ大学でおこなった講演である。

それは、デカルトの数学的・論理的真理や、ベーコンの自然科学的手法で実証された真理とは異なるが、しかし社会生活上では欠かせない、もう一つの真理、「第二の真理」をふくんでいる。数学・論理・自然科学モデルが学のモデルのすべてではないことは、この点からも言える。

(iii) 想像力 絵画、詩作、弁論術、法学などには想像力が重要である。これによって豊かな精神の活動が促進されるからである。[想像力はまた、他人の立場を理解し共感を築き上げるためにも欠かせない。]この想像力は、〈確実な真理〉にこだわってはいは発揮できない。すなわちそれは、蓋然性と不可分である。少し分かったことから、これまでの知を総動員して、意味ある像をつくりだすのである。この点で、数学や論理学モデルだけが支配しているところでは、豊かな想像力は育たない。[じっさいデカルトは、想像を妄念であるとして排斥した。理科馬鹿的な、共感に欠けた発想の元祖である。]

(iv) 多様な原因へ 自然科学的な知は、ただ一つの究極原因を求める。分析によって、唯一の根元的要素を発見しようとする。(たとえば、機械の故障について問題箇所・不良部品を探り、病気について原因となっている細菌やウィルスを探る。)これに対して実践的な知は、一つの事実について、できるだけ多くの要因を探す(社会事象・人間事象は複合物だからである)。この点でも、数学・論理・自然科学モデルが学のすべてではない。[今日でも、自然科学の思考でもって世の中のすべてを説明しよう、「一つの究極原因」を探ろう、また〈白か黒か〉の二者択一で処理しようとする人が多い。]

要するにヴィーコの思索は、〈数学・自然科学の発達に魅了され、それを文化科学に直輸入して理科馬鹿的な単純化に陥っていった〉啓蒙主義——その単純化がはかりしれない革命性をもったのだが——が、当時駆逐しつつあった〈人文主義の豊かな人間感覚〉を取り戻そうという努力だった。

ところで、ヴィーコのこの発想には、先駆的人物がいた。アリストテレスである。かれは、『ニコマコス倫理学』において、学問に要する厳密さは、数学と倫理学とでは異なると説いた。アリストテレスはまた、トピカを学問として仕上げた。〈デカルト 対 ヴィーコ〉は、〈プラトン 対 アリストテレス〉に対応しているのである。それはまた、後述する〈論理実証主義・分析哲学 対 「実践哲学の復興」〉にも対応している。思想史においても、「歴史はくりかえす」のである。

## 2 ホッブズ革命

標題の「ホッブズ革命」とは、かれが社会論の原点を〈個人〉に求め、そこから全体を展開したことによって、社会論における「近代的思惟」・「実定法的原理」につながる思考を決定的なものにしたことを意味する。〈近代〉につながる法・政治原理・科学的思考・自我の意識などは古代・中世に多様な源泉をもつ。しかし、それらの源流が合流し特殊「近代」の全体を確かなものにするのは、このホッブズにおいてであった。

ホッブズは、『リヴァイアサン』(1651)において、ユークリッド幾何学の方法を社会論に適用した。すなわちかれは、社会(国家)を、これ以上分解できない原点である個々の人間に還元し、その個人が、かれの意識から独立した必然的な法則に規定されて動き、最終的には国家をも確立していく過程をすじみち立てて叙述したのである。それは、デカルトの数学的方法と通底したものだった。

しかしホッブズは、デカルトとは別の道をもたどった。ホッブズの立論において決定的

だったのは、〈自然には法則が内在し、それが人間をも規定する〉という認識である。デカルトが心身二元論（人間にだけ、自然から独立した精神が備わっているという見方）だったのに対して、ホッブズは唯物論に徹したのである。（二人は、この点や人間観、神の証明などをめぐって対立した。）ホッブズはこの点では、自然科学の精神を貫いたガリレオに近かった。これらの点を見ていこう。

ホッブズにおいて〈原点である個人〉は、自然的存在としての人間である。すなわちこの人間は、自然との間で物質代謝の関係（自然から食物を摂取し空気を吸い、自然の中に排泄する関係。これは一人ひとりが自分だけでおこなう）にあり、その状況に留まっている。ここでは社会関係は、まだない。したがってここには各人の自由・平等が浮き出ている。（ホッブズがこのような、原点としての自然人を獲得したのは、デカルトにおけると同様、根元にいたる思索と直観とによってである。それは帰納によるのでも、トピカへの準拠によるのでもない。）

ホッブズは次に、この個人が相互交渉をつうじて社会を形成する過程を、個人からの必然的展開のかたちで（演繹的に）描く。かれはまず、その前提として、この個人がどのようにして、他人と交渉しあえるまでに意識を高めるかを記述する。かれによれば、人間に備わっているのは、第一に、感覚（認識の出発点となる能力）である。この感覚が意識内に残存し、連関づけられて記憶となる。記憶の集積が経験である（「多量の記憶あるいは多くの事柄についての記憶は、「経験」と呼ばれる」（第1部2章。以下『世界の名著』第23巻による。本文中に箇所を示す）。人間には、第二に、記憶をベースにしてイメージ・記号をつくる（抽象化の）能力が備わっている。新しい事物をこの記号と連関づける作用が理解である。人間にはさらに言語の能力が備わっており、それがこれらの作用を支える。人間には、第三に、言葉をすじみち立てて連関づけ整った全体を構成する能力である推論の能力が備わっている。この推論の能力を使いこなすには、訓練が必要である（第1部5章）。人間は、この推論によって未来の姿をも構成する。これが予測能力である。推論はまた、抽象的なものにかかわっても働き、論理的思考・学問的認識力を発達させる。こうして理性が発達する \*5。

人間は、第一義的には、欲求と嫌悪によって行動する（快楽を求めて行動する）感覚的存在である。そのさい人間は、快楽を確保するためには、（社会的な）力が必要であることを理性的予測能力によって知る。権力欲もここから生まれる（「わたしはまず第一に、あらゆる人間に見られる自然的傾向として、死にいたってはじめて消滅する権力への不断のやみがたい欲求をあげる」（第1部11章）。自然から食物を摂取することにおいても、それを十分なものにするためには、他人を排除し、さらには他人を自分の道具にしなければならない。自愛を原理として行動する人間は、こうして相手を排除し支配しようとして相互にぶつかる。

人間はほんらい自由だったのだから、このような場合には各自が自分の力で自分を守るのは正当である。人間には自己防衛 self-preservation のための権利が自然権として備わっている。しかし、そのような権利行使ではあっても、それを統制のないまま放置すると、戦争状態、すなわち「万人の万人に対する戦争」bellum omnium contra omnesが避けられ

---

\*5 すなわち、理性は、ホッブズにおいては、人間が経験と言語とを基礎にして習得する論理的思考の能力といった後天的なものである。それはもはや、アリストテレス的・ストア派的な〈宇宙に内在するロゴス＝法則〉という超個人的なものではないし、デカルト的な〈個人に先天的に内在しているもの〉ではない。

ない。「人間は人間に対してオオカミである」 homo homini lupus.関係の成立である。

この関係の中では人間は、いつ攻撃されるか分からず、他人に不信感しかもてない。「ここでは人間の生活は孤独で貧しく、汚らしく、残忍で、しかも短い」(第1部13章)。そこで、人間は、理性を働かせて、この状況の克服を考え出す。それは、自己防衛の権利行使を互いに制約して、平和な共存が可能にようにする約束(契約)をする道にある。その内容は、第一に、「平和を求め、それに従え」と「可能なあらゆる方法によって、自分自身を守れ」である——この後者が、「自然権」の内容である。第二に、平和のためには、すべての人は、この権利〔上述の自然権〕を放棄すべきである(第1部14章)、というものであり、第三に、「契約は履行すべし」pacta sunt servanda.である。(さらにその他に16のものがある(第1部15章))。この約束(契約)が自然法であり、約束を守ることが正義である。つまりホッブズにおいては、自然法も正義も、個人の生存上の必要から生まれ、それにもとづく相互の意志の合致=合意にあるとしてある。

しかしこの契約も、人間の欲望が強いために、遵守される保証はない。ホッブズにおいて人間は、相互の契約によって争いを避けようとする点では理性的だが、最終的には欲望に規定されている。したがって、これら人間の自主的な自己制御に期待することはできない。「自然法〔…〕が、何かの力に対する恐怖なしに、ひとりでの遵守されることは、わたしたちの自然の情に反している」(第2部17章)。そこで、自然法の遵守を人間たちに強制する者が必要になる。それが、コモン=ウエルス(国家)である。この国家の命令が、法である。国家は、違反者を処罰することによって、法や命令への服従を強制する。国家は個人を規制する主体であり、国家がつくる法は、そのための強制装置である。ホッブズはこうした国家を、伝説上の巨大怪獣である「リヴァイアサン」Leviathanになぞらえる。

政体には、君主政・貴族政・民主政の三つがあるが、いずれの政体でも、国家がどこまで諸個人を支配できるかは、国家の実力(究極的には暴力)の強さによる。国家は、実力を背景にしてはじめて命令し強制できる。それゆえ、正義ではなく権威(=実力)が、何が法か、法が何を定めるかを定める(Auctoritas, non veritas, facit legem.)。かれはまた、「法はある人または人々が剣をにぎっていないかぎり人を保護する力をまったく持たぬものである」(第2部21章)とも言う(マキアヴェリの、「武器なき予言者」は無力だ、という言を想起させる)。これが、宗教にからんだ内乱の体験の中から思考したホッブズの実力説的な主権論・法論である\*6。

**ホッブズの革命性** 以上から、ホッブズの思想の斬新性、「ホッブズ革命」の核心が次のように確認できる。

(i) 各個人の本源的自立・平等 かれは、各個人が自立しており平等であることを理論化した。しかもその理論化作業は、社会・歴史から切り離された原子的な個人から説き起こすものであったため、それまでのイングランドないしヨーロッパに見られた、身

---

\*6 実力説的な主権論は、マキアヴェリやボダンにも見られた。しかし、マキアヴェリにおいては君主の統治能力や徳性が重要であったし、かれはなかば古代的・理想主義的であった。また、ボダンにおいては家産制的な発想が強かった。これに対してホッブズのばあい、国家は独立した諸個人の合意によって形成される装置であり、君主の個性・徳性は重要ではない。3人のこうしたちがいを無視してはならない。

分制的な伝統の枠組みの中で自由や権利、法を考える政治・法思想（既得権としての「善き旧き法=権利」、ないし身分制の自由の発想）を脱却するものとなった。〈各個人は、ただ人間であることのみを理由にして基本的人権をもつ〉という思想が、その後において確立していくためには、この思考手続きが欠かせなかった。

(ii) 国家の装置性・権力性 かれは、国家が秩序維持のための暴力装置であり、法も、秩序維持のための道具であり、強制力を背景にしていると見た。このけっか、国家や法と宗教的・道徳的なものとの原理的区別が鮮明になった。国家や法は、個人にただ外面的にのみかかわるだけになった。こうして国家が統制する外面的世界と、国家がかかわらない、個人の内面的世界とを区別する道、伝統的な規範論的国家観を克服し、国家を〈各人の生存を確保するための装置〉と考える道具的国家観への道、が整えられた。

この区別は、別の方向からは、外面的世界にのみかかわる国家制度がふみ込めない独自の世界として、個人の内面的世界を押し出す方向性を切り開くものでもあった。このことによってそれは、内面的世界の独立への道、つまり自由主義への道を、——ホッブズ自身はまだその立場をとってはいなかったが——準備することになった。

(iii) 意志主義的社会論・契約的国家観 かれは、もっぱら各人の意志の合致（合意）によって人間の相互関係がつけられるとする、意志主義的社会論を定式化した。①上にあつたように、「契約は履行すべし」も——中世においてのように「信義誠実」*bona fides*という、社会に伝統的に働いている価値にもとづくのではなく——自分の意志で結んだのだから守れ、というものとなった。後述のようにこうした意志主義が、近代法学の一潮流となる。②国家は合意によってつけられるとする契約的国家観も、ここから出て来た。（かれより前には、国家は自然の産物ないし神の秩序の一部であるとされていた。国家を形成する人間の意志が主張されても、その意志は個人を超えたものに規定されると考えられていた。）ホッブズのこの立場は、〈各人がその意志によって国家を構成する〉とするのであるから、民主主義原理につながる。

（ホッブズ自身は、執行権者を君主だと想定した。すなわち民主主義の立場にはなかったが。）

(iv) 調和的世界観との決別 古代ギリシア以来、〈世界には秩序・目的があり、それにしたがって社会も成立する、人間は、その一部として秩序に従い目的にそって行為すべきである〉とされてきた。それゆえまた、そこでは道徳と国家や法が不可分であった。この世界像は、アリストテレス哲学に結晶化して古代・中世を支配した。ホッブズが人間を自愛*self-love*によって動く存在、エゴイストとしてとらえ、そのけっか、社会は放置すればカオスに陥るとし、それを防止するための装置として国家や法を位置づけたことは、この道徳論的社会論との決別を意味する。（後述のように、すぐあとでロック（John Locke, 1632-1704）やアダム=スミスらがこの調和的世界観にふたたび立ち返った。近代的なかたちにおいてはあったが。）

### 3 ロック

ロックは、ホッブズの方法に依拠しながら、別の帰結をもった自然法論を展開した。ここでの考察の素材は、『人間悟性論』*An Essay Concerning Human Understanding* (1690)、『統治二論』*Two Treatises of Civil Government* (1690)（両書とも出版年の10年ほど前にでき上っていた）、および『寛容についての書簡』*Epistola de tolerantia = A Letter Concerning Toleration* (1689-92) などである。

#### (1) 社会論

(i) 基礎としての人間論 かれもホブズと同様に、社会論の基礎を自然的人間に求め、かつ、その人間の前社会的な始原状態から説き起こしていく。

人間は、その最初の状態においては、頭の中が「いってみれば文字をまったく欠いた白紙 tabula rasa で、観念は少しもない」(『人間悟性論』第2巻1章。『世界の名著』第27巻による。以下、本文中に箇所を示す)。ロックはこの見方によって、プラトンやデカルトが主張したような生得観念を否定した。

人間は、この状態から出発しつつ、複雑な思考をどうやって獲得するか。ロックによれば、まず感覚 sensation をつうじて人間の頭の中にデータが集まる。データは、記憶されて蓄積される。これが経験である。人間は、それらに内省 reflexion を加えて——相互に比較して似たものをまとめ・似た点を抽出したり、異なるものをまとめ・異なる点を抽出したり、結果と原因とを関連づけたりして、さまざまな単純な観念をつくり上げていく。このときに、言葉の使用が重要な意味をもつ。加工されていない単純な観念は、思考によって磨き上げられ(抽象化され)、「色」、「固体」・「液体」、「冷たい」・「熱い」などの一般観念、さらにはより高度の、「距離」・「延長」、「持続」・「広がり」、「実体」・「関係」など抽象性・一般性をもった観念に達していく。理性的な思考は、これらの諸観念を駆使した論理構成によって(また場合によってはそれらを必要としない直観によって)営まれる。しかし人間は、そもそもは感覚によって得たデータから認識を——自分自身と神\*7との認識を除いては——出発させているのである(第3巻11章)。この立場を経験論 empiricism という。

(ii) 自然状態 自然状態の中の人間は、外的世界(自然)との物質代謝関係にある人間である。この点はホブズと同じである。しかしロックは、ホブズとはちがって、自然状態を自然法が支配する平和な状態だとする。ホブズにおいては自然状態内では資源をめぐる争いが避けられなかったが、ロックにおいては基本的な資源は無尽蔵であり、人間同士で争う必要がない。

(iii) 所有権 ロックが生産労働に注目したことは、さらに所有権論においても重要な意味をもった。ロックは、『統治二論』第2編27節以下で、私的所有が正当である根拠を労働に求めた。かれによれば、各人は自分の身体を自分で所有している。労働とは、この身体エネルギーを労働対象に注ぎ込む行為である。したがって、労働の産物(生産物)は自分の身体の延長物であり、それゆえその生産者が排他的に支配する。こうして私有所有

---

\*7 ロックは、神は経験を超越しているから、経験とは別の「ある不思議な伝達」の仕方でわれわれの心に届くと考える。それが啓示である。したがって神認識は、第一義的には、生得観念によるのでも、経験を基礎にした証明によるのでもない。生得観念・経験は人間に備わったものだが、啓示は神が与えてくれる(=恩寵による)ものである。啓示を知らず、それゆえ生得観念・経験を万能視して神を論じることが狂信・傲慢を生む、とロックは考えた。『人間悟性論』第3巻18・19章。ロックは同様に、自然法の認識は、経験科学によるのではなく、啓示に導かれた信仰によるとした。かれは自然法をも、神が与えてくれた法だとし、(グロティウスやホブズらのように)神から独立に自然法則としてあるとは考えなかった。しかし同時にロックは、1695年の『キリスト教の合理性』等では、奇跡をふくめ聖書による啓示は、人間の理性的認識能力には限界があるので神認識に必要だし、人間の道徳化にも必要だとしつつも、理性も宗教的真理の認識に必要だとし、自然宗教や道徳法則に反する奇跡は排除した。ロックは、合理的精神が発達し迷信を追放していく科学の時代に、神や自然法を科学と共存させるかたちを探ったのである。

は正当である。

このように考えると、私的所有は、前国家的な関係の中で成立する、人間に本来的なもの（自然権）だということにもなる。つまりそれは、国家によって創設されたものではない、それゆえ国家による廃止や制限が可能なものではない\*8。（これは、何が法であり権利であるかを国家が決めるとしたホブズとは、正反対の思考である。）しかもそうした自己支配としての私的所有は、人格が尊厳であることの帰結として神聖なものとなる。

(iv) 国家と法 ロックにおいては、この所有権論が国家論の基礎にもなっている（『統治二論』第2編124節）。ホブズは、個人の理性を全面的には信頼できなかったのも、理性による自己抑制を社会論の基礎にできず、したがって、国家が個人を外からコントロールする道によらなければならなかった。これに対してロックは、人間をほんらい理性的なものとして位置づけ、また、自由とは自分で自分を支配することだと考えた。国家や法は、理性的な人間が長期的視野から自分たちを自身でコントロールしようとするところに成立する。かれにおいて国家とは、〈所有・基本的自由を確保し、それらにかかわる共同事項を処理する〉ために人民がつくった装置であり、法とは、そのためのルールであった（マントンの管理組合とその規約のようなものである）。

以上のように、ロックにおいて国家は、人民によって形成され、したがって人民の意志に規定される。人民のこの意志は代議員をつうじて法となる。人民の信託を受け国家を運営する為政者（議会・君主・行政）は、人民の意志であるこの法に拘束される。この点でロックは、「法の支配」の一面を理論化したことになる。

#### 4 スピノザ

スピノザ（Baruch de Spinoza, 1632-77）は、第一に、ロック以上に鮮明に自由主義的制度論を定式化し、かつ民主主義を打ち出した点で、第二に、幸福追求権の元祖となる点で、われわれにとって重要である。

スピノザは、多様である事物が、その根底に同じ本質をもっていると考えた。本質とは、それ自体が自分を規定するものことである。したがって、本質は神に他ならない、ということになる。すべてのものに神が宿っているとする汎神論である。スピノザは、この一つの本質から多様なものが生じ相互に関連する仕方を、その必然的連関において、すなわ

---

\*8 労働の産物が自分の延長として不可侵のものだと言うことは、自分自身（心と身体）は、当然に不可侵だと前提していることになる。つまり、ロックの所有権論は、自分の身体を自分が支配することを一つの自然権（今日の言葉では、人格権）とする。（ロックが、生命・自由・財産を総称して所有物と呼んでいることも、この関連で重要である。『統治二論』第2編123節。）

アメリカの政治家たちも 1815 年頃までは、〈国家形成の前から個々人が——自然法によって——享受している権利（自然権。既得権とも呼ばれた）があり、憲法はそれを事後的に確認し保護している〉と、ボダンのないしロック的に考えた。このため重要な自由を、憲法の条文に明記されていなくとも基本的人権とすることは、困難ではなかった（田中英夫『英米法総論』上、東京大学出版会、1980、248 頁以下）。1815 年頃からは、産業発展の必要に規定され、法思考の合理化（＝道徳や宗教からの切り離し、法を政策遂行の道具とする見方、予測可能性を重視することなど）が進み、自然法思想は弱まった（Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, 1977）。



ち論理展開において、示す。(その議論は、公理から定理を導き出すユークリッド幾何学(純粋幾何学)的な装いをもった。個々の公理は、他から演繹されないから、直観によってとらえたとされた。)

かれの人間論・社会論の出発点は、人間が自然的本質に規定されて、〈自然的な欲求としての自己保存conatusと自己実現——別の言葉では幸福の追求(『エティカ』*Ethica*, IV-定理21)——とに規定されて行動する。その行動にさいしては、情念 affectus が大きな作用をする)という事実である(『国家論』*Tractatus Politicus*, I-4)。(情念の内容としては、愛、憎悪、怒り、ねたみ、名誉欲、同情がある。)かれによれば、このような傾向をもつこと自体は、人間の欠陥でもなければ道徳的に非難すべきものでもない。それは、空気が、熱くなり冷たくなって嵐や雷を起こす傾向をもっているのと同様に、必然の所産＝自然的なこと(自由意志を超えた現象)である。空気のそうした傾向が空気の本質にもとづく自然法則としてあるように、人間の上述の行動傾向は、かれを規定する必然の法則、すなわち自然法にもとづく\*9。

しかし人間は、この傾向のために、自分で不満を募らせ、他人の幸福をねたみ、同情よりも復讐心に駆られる。理性は、そうした攻撃に出ないよう人間をコントロールする役割をもつが、その力は限られる。したがって、各人を放置しておいたのでは——この放置状態が自然状態である——、人間相互の関係は悲惨なものとなる。そこでそうした各人をコントロールし人間の共存を可能にする装置が必要となる。それが国家である。(国家を構成し機能させるさいに重要なのが、共通の理性としての法である。)共同体としての国家はまた、個人の自己実現を共同の力で援助するものでもある。それゆえ国家の使命は、個人に安全(平和と秩序)を確保し、自己実現を援助することにある。この点でスピノザの国家は、ロックの国家と比べ、道具的なものである点では似ているが、その任務はより積極的なものである。

スピノザの上述の議論は、またホブズに似ている面をももつ。だがスピノザは、自然状態においてだけでなく国家状態においても、各人の自己保存と自己実現(幸福追求)との欲求は消えないと見る。そしてスピノザは、これらの欲求について、それらは個人に自然的なものであるから、国家はそれらを尊重すべきである；それらを尊重しつつ諸個人の共存を確保するのが、国家の課題である、とする。〔これに対してホブズは、〈国家が形成されたあとの、国家における各人の基本的欲求、とくに幸福追求の問題〉については考えなかったようである。〕

そのさい、スピノザにとってもっとも望ましい国家とは、単に個人の社会生活上の自己実現だけでなく、精神生活上の自己実現を保障する国家であった(『国家論』V-5。この点もホブズもロックも考えなかった)。①そうした精神生活上の自己実現は、各人に精神的自由が保障され、多様な意見が交わりあうところに可能となる。ここから、個人の幸福追求の自由、思想・信仰の自由、表現の自由が帰結する(ミル(John Stuart Mill, 1806-73)によく似ている)。②加えて、上に見たようにスピノザにとって、個人の自己実現、幸福追求こそが目的であり、国家はそれを促進するための装置だとすると、かれにおいて国家は——秩序維持のため外面的に服従することを個人に求められるが——個人の内面世界には介入できないものとなる。(スピノザによれば、神は個人をつくったが、国家は、神がつくったのではなく、個々人が便宜のためつくったの

---

\*9 ただしスピノザは、先に見たアリストテレスと同様、〈人間の自然〉から出発したことによって、〈女性は自然において男性に劣っている〉としてその市民権を否定し(『エティカ』XI-定理4)、また〈動物はその自然において人間に劣っている〉として、人間が動物を専制的に支配することを肯定している(『エティカ』IV-定理21)。

である。)ここからスピノザは、誰も自由に信仰し思想する権利を譲渡することはできずとする(『国家論』VII-26;『神学・政治論』第20章)。③かれはまた、人間は、理性によって思考するとき自由であり、他の何ものにも——国家にも——依存していない。したがって、かれがその理性にもとづいて神を選ぶとき、国家はそれに介入できない、ともする(『国家論』III-10)。ここからも、信仰の自由が帰結する。(これらはロックと並ぶ宗教的寛容の宣言であるが、スピノザの寛容の立場は、当時のオランダのレヘント派(宗教的にはアルミニウス派)の知識人が共有するものに近く、ロックのように、カトリックやイスラム、無神論者を寛容の対象から除外しなかった。\*10)

## 5 その他の近世自然法学

ホッブズに先立ち、近世自然法論の基礎を作ったのは、オランダのグロティウスである。かれ自身も、数学的方法を提唱してはいる。かれの実際の議論そのものも、原理を獲得し、個々の事項やケースをそれに連関づけ、その原理から導き出されたかのように処理していく(演繹的な手法をとる)のである。しかしグロティウスの魅力は、そうした論理的処理に留まることなく、人文主義の伝統に立脚し、豊富なデータによって豊富に論じた点にある。

ドイツでは、17世紀後半以降、法学は、数学的方法とともに人文主義・啓蒙主義の影響をも受け、新しいタイプの自然法論を展開させた。すなわち、プーフェンドルフ(Samuel Pufendorf, 1632-1694)やトマジウス(とくに後期の)が、大学で実務教育が重視されだしたことを反映し、法学や官房学、政治学などの革新を試みた。かれらは、ペダンティックにローマ法をあつかうことには反対であった。そのけっか、かれらの法学は、歴史・実社会の経験・古典の知識などからエキス(出発点となる諸概念・諸原理)を抽出し、それを諸事項に連関させ、全体を原理から論理的に展開された体系として描く自然法論を書いた。これに対してヴォルフは、いちじるしくユークリッド幾何学の様相(基本概念からの論理的演繹)を示す自然法論を展開した。

またフランスでは、ドマ(Jean Domat, 1625-96。パスカルの親友)が、ジャンセニズム的な宗教的立場(アウグスティヌス(Aurelius Augustinus, 354-430)の原罪思想やカルヴァンの予定説に影響を受け、人間の弱さを重視した)からの、近世自然法の体系化をめざした。かれの主著『自然的秩序における市民法』(1694)でかれは、正義感覚や理性に導かれつつ、かつローマ法の法文等をも参考にしつつ、人間の根元的な諸関係を省察し、一般的な諸概念・諸命題を獲得し、それらを基礎にして法の新しい全体像を描き上げていく。たとえば、かれは、ローマ法をも参考にしつつ、かつ思弁を加えて、〈人は、無思慮・軽率・無知などのfauteによって他人を害したとき、賠償の義務を負う〉などという、ローマ法にはない、不法行為の一般原則を獲得した。こうしてかれの著作の全体は自然法論として展開し、ローマ法は根拠法文として

---

\*10 オランダにおける寛容をめぐる関係は錯綜している。オランダの寛容は、一方でスピノザやデカルトを支えた。スピノザは、ポルトガルからオランダに逃れたマラノス(=やむなくキリスト教に改宗したユダヤ人)の子孫として、ここで生きた。デカルトは、1628年にオランダに移住し20年余間を暮らした。しかし他方で、グロティウスは、アルミニウス派の指導的人物の一人であったため、主流カルヴァン派によって1618年に逮捕され終身刑を宣告された。かれは、1621年に脱獄し、永くパリに亡命しそこで『戦争と平和の法』を書き上げた。

脚注で示される\*11。

以下では、この内のグロティウス、プーフェンドルフ、トマジウス、ヴォルフについて論じる。

### (1) グロティウス

上述のように、かれの主著『戦争と平和の法』*De jure belli ac pacis* (1625) は、人文主義的に、古代の書物や歴史、聖書、ローマ法、スコラ哲学などから膨大な量の事例をとって使いつつ（これだけでもすでに天才だと分かる）、自然法の基本原則を提示する手法をとる。同書の「序文」*Prolegomena* の第 40 節によれば、そうした事例収集は、それらの権威を借りて読者を恐れ入らそうとするためにではなく、自然法が実際に時と場所を越えて妥当している事実を証明するためであった。（かれもまた、マキアヴェリやモンテスキューと同様、人間はどの時代でも根本において共通である；同じ関係は同じ意識と行動とを生む、と見ていた。）

それどころかかれは、ヴィーコを先取りして、文化科学では数学的方法よりもアリストテレスの「実践哲学」の方法が重要であると主張する。すなわちかれは、『戦争と平和の法』第 2 巻 23 章 1 節で、「道徳論における推論は、数学的な論理展開のような確実さを期待できないというアリストテレスの観察はきわめて正当である」とする。数学では、抽象的で一般的なことがらを処理し、かつ二者択一的に白黒を選ぶ思考でよい（たとえば、線については「曲線か直線か」、四角形については「平行四辺形か否か」といった）のに対して、道徳論——より一般的には社会についての学問——は、ある時代・ある場所・ある人間関係においてもっとも妥当なものは何かを個別的に考えなければならないし、また〈白か黒か〉ではなく、両極の間にあるグレイ＝ゾーンの中で塩梅を計らなければならないからである。

このように考えるグロティウスも、自然法をめぐっては、次のような確信をもっていた。すなわちかれが、第 1 巻 1 章 10 節で言うところでは、「自然法は、神によってさえ変更できないほどに必然的である。確かに神は全能であるが、その全能の神さえ変更できないものがある。もし神にそれらの変更が可能なら、それらはその意味をなくし矛盾に陥るからである。かくして  $2 + 2$  は  $4$  となり、それ以外にはなりえない。同様に、真に悪であるものは、善にはなりえない」。グロティウスは、一方では、命令する神、神の意志に自然法の最終根拠を求めるのであるが（「序文」第 11・12 節）、他方では、このように神の意志から独立の、自然に内在する合理的法則に、自然法を基礎づける。

自然法論のこの脱宗教性・合理性もまた、グロティウスが（近代の科学とともに）人文主義に根ざしていたことの帰結である。なぜなら、〈神をも拘束する自然法則〉は、古典古代の、すなわちキリスト教の神を知らない異教徒の、神観念に結びつくものだからである。

そしてこのことが、グロティウスとかれ以降の近世自然法論者との社会論を規定した。すなわちかれらは、この自然と法との結節点を——アキナスのように神が設定した客観的な「目的」にではなく——〈神を引き合いに出さなくとも説明できる、人間が本来的にもつ性質〉に求めるようになった。そうした性質としては、グロティウス（やプーフェンドルフ、ルソー）の場合は、①人間は個人として自由である、②人間は社会的な結びつきを必要とする（社交性をもつ）、であった。（この社交性は、「人間は、社会的動物である」としたアリストテレスに結

\*11 コーイング『ヨーロッパ法史論』（佐々木有司訳、創文社、1980）108・9頁。

びつく。グロティウスもまた、自由な人間を孤立的には考えず、かれらの諸関係の根底に信義や仁愛感情や合理的な制度などが働いている、と見たのである。) かれは、これらに論理的に結びついた諸命題からの帰結によって、個人尊重に立つ、自然法としての諸規則をまとめあげた\*12。かれはまたそれらを、人間が歴史的に積み上げてきた国際的な合理的法慣習と結びつけ、〈海洋航海の自由〉をふくむ国際法や、「聖戦論」(戦争は、罪を犯した国家を制裁するためには許されるという議論) や、「戦争の法」(戦争する国が遵守しなければならない、戦争のルール)などを説き、国際社会のルール化を進めようとした。

かれは、このような鮮明な時代意識・実践的姿勢から出発したため、人文主義な作風で古典に依拠しながらも当時の時代的必要性に対し敏感であった。すなわちかれは、自分が重視するローマ法等をも、かれの時代の必要性に照らして、ときには〈自然法に適合的でない〉と批判する姿勢をも示せた(第2巻12章13節、同16章26節など)。それまでのローマ法学とは異なり、近世自然法論が、ローマ法の規定に枠づけられないで自由に法制度論を展開できるようになったのは、この基本姿勢にもとづく。

## (2) プーフェンドルフ

この有名なドイツ人自然法論者は、グロティウスに傾倒しつつ、同時にホッブズが樹立した〈数学的・自然科学的自然法論〉のパラダイム上で思考した。

プーフェンドルフは、ザクセンの寒村にルター派の牧師の子として生まれた。その幼児期には、三十年戦争の惨劇を身近に体験した。すなわち近隣の村で虐殺があり、その報にかれの家族は家を離れ難民生活に入った。かれはこの原体験から、異なる宗派を共存させ平和を確立できる国家を大切だとし、その立場から社会論を追究した。

かれは、『自然法と万民法』*De jure naturae et gentium* (1672) やその講義用要約本である『人および国民の義務』*De officio hominis et civis* (1673) において、現実の社会で生きている人間を念頭に置きつつ思索によって抽象化してとらえた、個体として人間から出発する。(かれは、ホッブズのように自然状態を過去ないし未開社会に現存する事実とは見なかった。) この人間は、自己保存の傾向をもった、しかし同時に、弱いため他の人間との結合を必要とする、そしてそのためにもまた他を思いやる感情をもった、要するにホッブズ的な〈利己性〉とグロティウス的な〈社交性〉とをともにもった、存在である。

---

\*12 グロティウスは、歴史上はじめて「権利」の一般概念を、しかも、身分・団体の一員としての人間にではなく、個人としての人間に結びつけて、定式化したことでも重要である。(古代ローマ人は、訴権的に考え、権利一般を論じなかった。中世人は、身分・団体ごとに権利が異なっている状況下にあったため、権利の一般概念をもてなかった。) かれの権利の一般的定義は、「権利とは各人格の観念的権限であり、正当に、或るものを所持し或る行為をなしうることをその中身とする」*Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum* というものであった。かれは、ここから出発して、①自分自身に対する権能 *potestas in se* としての自由、②他の人間に対する権能 *potestas in alios* としての家長権など、③物に対する権能 *potestas in res* としての所有権を引き出す。権利はここでは、個人が、国家とは独立に、したがってまた裁判での承認を待つまでもなく、本来的にもつものとなっている。この権利論が、その後の近世自然法論の基礎となり、やがて民法の基本的な構成原理——自由な人格・人に対する権利としての債権・物の支配権としての物権——に収斂していく。

プーフェンドルフは、このような人間が自分・他人・神・国家などに対して義務を負っていることを強調する。たとえば、自分の生命を維持することは——自然的本能である以上に——自分を尊重する義務、社会をみんなと一緒に担う義務、神の天地創造に奉仕する義務である。かれの議論は、それゆえ道徳や神学にもかかわり、また個人の権利を説くだけでなく、〈他人との関係ないし公序〉の観点から各人の権利を規制することをも視野に置く。(とはいえ、こうした議論は、キリスト教神学の適用ではなく、それから独立した哲学作業としてある。なによりもそれは、自由かつ平等な個人を軸にしている点で、神学的ではない。自然法論を神学から独立させる努力は、グロティウス、後述のトマジウスやヴォルフ、においても見られる。)

かれの法論は、次のように展開する。…人は、自分の生命を維持するためには自然を支配する必要があり、そのために所有を不可欠とする。この自由な諸個人が共同して形成する社会関係は、自由な意思の合致としての契約にもとづかなければならない。(かれは、結婚や親子関係をも契約的に構成する。)人間は、その安全・秩序を確保するためには、国家とその統合者(君主)を必要とする…。プーフェンドルフは、このようなかたちで『自然法と万民法』において、第1巻で自然状態論を展開し、自由な主体、その相互の関係づけとしての契約原論、所有および各種の契約をあつかったあと、第2巻第6部で婚姻、親権、召し使いに対する家長の権限を論じる。(この体系展開は、のちのドイツ系民法の構造に対応している。)かれはさらに、そのあとに伝統的市民社会 *societas civilis* の諸制度、そして戦争の法・国際法を論じる。かれの自然法論は、こうして法の理論のみならず道徳論や神学、国家論、国際法論をも含む壮大なものとなった。

プーフェンドルフの著作は、ロックに影響を与えた。1692年からはトマジウスと文通が始まりかれに大きな影響を与えた\*13。また、プーフェンドルフの上記2著は、ベルリンに亡命していたカルヴァン派のバルベイラック (Jean Barbeyrac, 1674-1744) によって1706・07年にフランス語に翻訳された。そのさいバルベイラックは、意識や注釈をほどこし、かつ自分の論文を訳本に付加することによって、プーフェンドルフの本をより自由主義なものに加工した。こうして加工されたプーフェンドルフが、18世紀の西ヨーロッパで、ロックとともに歓迎されたのである。

この関連で、なかでも重要なのが、ビュルラマキ (Jean-Jacques Burlamaqui, 1694-1784) である。かれは、『自然法の原理』 *Principes du droit naturel* (1747) において、プーフェンドルフからロックにつながる道の延長線上で、個人の自然的自由・権利(自然権)を軸にした自然法論を展開した。かれは、〈始原状態における個人に自然権が備わっており、それを確保するために社会契約で社会が形成された〉とし、その自然権を重視したので、基本的人権、人民主権や抵抗権の立場が鮮明になった。かれはまた、「各人の完成と幸福」を確保するため、各人に基本的な諸権利が付与され、それらを確保するため国家が形成されたと論

---

\*13 福田敏一『近代政治原理成立史序説』(岩波書店、1971) 105頁。Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, 2002, S. 213.

じた\*14。

ビュルラマキのこの思想は、独立前後のアメリカで幸福追求権が各州の憲法や独立宣言に実定法化していく上で、重要な意味をもった。たとえば、①ヴァージニア権利章典は、「幸福と安寧とを追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利」を生得の権利とし、②独立宣言は、すべての人が「生命、自由および幸福の追求」をふくむ「天賦の権利」をもつとする。この独立宣言は、戦後の日本に影響を与え、日本国憲法第13条をもたらした。そしてそこでの「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、1980年代以降、「包括的基本権」として位置づけられ、「新しい人権」を生み出す重要な根拠となった。

### (3) トマジウス

トマジウスは、ドイツ敬虔主義に結びついていた。このため、〈信仰は、宗教的感情（信仰心）を本質的要素とするもの〉とする立場をとり、神の問題を形而上学的にあつかう立場——カトリック（中世のスコラ哲学からデカルトまでの）だけでなく正統ルター派（ライプニッツ（Gottfried Wilhelm Freiherr von Leibniz, 1646-1716）やその弟子のヴォルフら）もそうであった——に反対した。かれはまた、イギリスの経験論的な人間論に影響を受け——かれはイギリス経験論のドイツへの最初の導入者であった——自然法論を人間の心理的考察に基礎づけようとした。これらのためトマジウスは、ヴォルフとは異なって、神の問題をもふくむ壮大な宇宙論としての自然法論を採用しなかった。

かれはすでに1685年の『一夫多妻は犯罪か』*De crimine bigamiae*において、一夫多妻は、神法上では犯罪だが、人間の自然に基礎を置く自然法では犯罪ではない——それを制度にする土地もある——として、自然法の非宗教化へ歩みだした。そして、1705年の『自然法と万民法の基礎』*Fundamentum iuris naturae et gentium*において、〈自然法の目的は個人を幸福にすることにある。そのためには平和が大切である。内面の平和は情欲によって攪乱されるので、これを制するために、道徳 *honestum* と善い習俗 *decorum* とが必要である。また、外部の平和は相互の侵害によって起こるので、これを規制するために正義 *iustum* が必要である。この正義を確保するためには強制が必要であり、強制は法のかたちをとる必要がある〉と説いた。この議論においても、自然法は、神とかアリストテレス的な世界

---

\*14 ビュルラマキは、『自然法の原理』で、スピノザと同様、各人の幸福が社会形成（国家・法）の目的であることを次のように語っている、「本書の課題は、すべての人間が念頭に置いているしまた置かなければならない目的——すなわち確実な真の幸福——を安全に達成できるように自然がかれらに指し示した諸規定（諸権利）とはどういうものか、を探求することにある」（I-1- § 1）。かれはまた言う、「意志とは、幸福にかなうかどうかの観点から、どう行為すべきか、そもそも行為すべきか・行為すべきでないか、を自分で決める——そのさい精神に内在する活動原理が重要な働きをする——精神の力にほかならない」（I-2- § 1）。種谷春洋『近代自然法学と権利宣言の成立』（有斐閣、1980）34頁、153頁。

以下は私見だが、幸福と基本的な権利とのこの関連づけは、次の二つの重要な帰結をもつ。第一に、（日本国憲法第13条の活用に見られるように）明文で保障されていない人権でも、幸福に欠かせないことが証明できれば、承認しうることになる。第二に、自分の幸福を損なうようなかたちでの人権行使はできない。人権の規制枠としてもち出される「公序良俗」は、権利にとって外からの規制枠だが、〈自分の幸福のためになるか〉の基準は、権利内在的な規制枠である。拙著『法哲学講義』（東京大学出版会、2002）第9章参照。

秩序とかといったものから切り離され、もっぱら合理的必要に根ざすものとなっている。また法は、道徳から原理的に区別されている。(〈法と道徳〉の原理的区別は、その後、バルベイラックやカントをつうじて定着していく。)

かれはこの前提に立つことによって、法は、統治——かれが前提にしているのは啓蒙的な君主のそれであった——の手段であり、それゆえ社会関係を反映しつつ歴史的に変化するとして、法の経験的・歴史的考察や実用向きの法学に道を開いた。かれはライプツィヒ大学の教師時代から、ローマ法よりも、かれの時代のドイツ法や教会法、そして・近世的自然法論などを教えることを重視し、また同僚の反対を押し切って、初めてドイツ語で講義した(こうした動きの端緒である *usus modernus pandectarum* 運動の中心人物の一人であったシュトリュクは、かれの指導教授であった。これらの点ではかれは、19世紀の歴史学派や概念法学批判を準備した一人でもある。

#### (4) ヴォルフ

ヴォルフの著しく論理主義的・体系優先的(=非経験論的)自然法学は、1750年前後を頂点としてドイツを支配した(その凋落を決定的にしたのは、カントによる批判であった)。なんせかれは、自然科学・数学・文化科学などにわたる250冊もの本を書き上げ、それらがよく売れたのである。

当時の東部ドイツでは、正統ルター派がアリストテレス・スコラ哲学的思考への傾斜を強めていた。これに対し敬虔主義は、個人の宗教的心情を強調する思想を展開した。ヴォルフは、この前者に傾斜しつつ、新時代の幾何学的手法——公理から定理を導き出し全体を叙述する——で合理主義形而上学を構築した\*15。すなわちかれは、現実の生活・歴史・古典文献をふまえつつ思索によって、それぞれのことがらの本質・原理をとらえ、それらから基本概念を導き出し、それらの上に個々の命題や制度を厳密な論理的演繹にもとづいて積み上げ全体を構成していく道をとった。ヴォルフは、この手法を法論にも応用し、市民法 *ius civile* と国際法 *ius gentium* との中身をあつかう自然法論を構築していった。

上述のようにヴォルフは、現実社会の諸規則を念頭に置きつつ人間論的・社会論的考察をおこなった。かれは、自然状態を歴史上で現にあった段階としてではなく、思考によって構成された人間の原初状態——そこで人間の基本的特質が明らかになる関係——と位置づけ、そこから出発する。この状態では、各人は平等で、自分と他者とを自由な人間へと完成させる義務を負い、そのために必要なことがらに対する権利を有している。かれは、

---

\*15 中世のスコラ哲学の伝統は、スペインのサラマンカ *Salamanca* 大学のヴィットリオ(Francisco de Vittorio, 1480-1546)やスアレツ(Francisco Suarez, 1548-1617)らによって新たに再生された(=新スコラ哲学)。とくにスアレツは、アクィナス(Thomas Aquinas, 1225(1224)-1274)においてなおカズイスティックであったスコラ哲学を、原理からの論理展開の学仕上げたが、それは内容においては存在論(世界の構造の思弁的考察)によって神学をも包摂した合理主義的大形而上学であった。その哲学は、バロック時代の学校哲学となり、グロティウス、デカルト、スピノザらの基礎となったばかりか、機械論的自然科学に納得できなかったドイツのライプニッツやヴォルフらの哲学要求を満たし、さらにはかれらを媒介にして、カントやヘーゲルにおける新形而上学への動きをも規定した。Johannes Hirschberger, *Geschichte der Philosophie*, 10. Aufl., 1979, Bd. 2, S. 70 ff.

ここから出発して、自分自身に対する義務、神に対する人間の義務、所有権や契約の自由、時効、不法行為責任、家族の位置づけ、家族員の相互関係、国家、公共の福祉、それに対する君主の義務等の諸点を展開していった\*16。ヴォルフの自然法論は、この点で、もはやスコラ哲学的でもローマ法的でもなく、すぐれて近世的である。

論理的帰結を重視するヴォルフは、その自然法学で次のように、基礎概念から帰結を導出しつつ議論した。①各人は自己の生存を維持する義務を負い、その生存に必要なものを使う自由を有しているから、私的所有権が必然である（これはスピノザやプーフェンドルフらと共通の、私的所有権の根拠論である）。②人は平等だから、所有の形態は万人に共通であり、身分別の所有権はない。③各人は自由だから、人間相互の関係も自由な意志を前提にしたものでなければならないので、自由な契約が軸になる（§517）。④時効も、自由な意志に基礎を置く。長期間の権利行使がなかったことは、所有者が権利を放棄する意思をもっていたことを推定させる、と見られる（§452）。⑤〈自由な意志主体〉が前提になるから、夫婦だけでなく親子の関係も契約（quasi pactum）による。⑥婚姻の目的は子供を生み育てることにある（§854）。この帰結として、幼児がいる夫婦は離婚できない（§871）、等々。

これらの論理展開、その前提である原理や概念・命題の獲得、にさいしては、実際には主観が入る。逆に、そのことによって現実の法生活の観察やローマ法の検討などがおこなわれることになるので、結果は現実離れたものではなくなる。とはいえ、原理の選び方によっては、そこからの論理展開で得られた帰結が、現実にはおかしな内容のものとなることもある。

たとえば、ヴォルフの賃貸契約のあつかいがそうである。かれはまず、賃貸借とは、「対価を供することによってある物の使用を確保する契約」とであると定義する（これはローマ法をふまえた定義である）。するとこの定義から、分析的に、〈物の利用権が借主に移転する〉とか、〈この利用権は貸主の所有権の一部であった〉とかの命題が引き出される。ところがヴォルフは、この定義に、〈ある人が獲得した権利は、その人の意に反して奪えない〉という自然法的命題を結びつけることによって、〈借主に移転した物は、約定期間中は——対等物を提供するものでなければ——取り戻せない〉という命題を引き出す\*17。そのけっか、借主の権利は絶対権となる。借主の利用権を絶対的なものとするのは、当時においては、非現実な構成である。（これは、ローマ法の規定を参考にしたものの、その規定を歴史的コンテクストを無視して絶対的な命題にしたということでもある。）こういう点にヴォルフの議論の思弁的性格がよく出ている。（ヴォルフのこうした論理優先傾向——のちの言葉で言えば概念法学的傾向——に対しては、当時から批判があった。）

この18世紀の人々は、自然法と実定法の間をどう考えたか。当時支配的な見解は、〈自然法は人間を超えた普遍的な法であり、根本原理にもとづく体系性を有しているが、実定法は君主ないし人民である立法者の意思にもとづくものであり、それゆえアド=ホックで偶然な規定の集積物である〉とするものであった。この立場をとると、自然法と実定法とは、二つの異なる法で、自然法が上位にあることになる。しかし同時に、時代は君主がつ

---

\*16 Chr. Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, 1754, *Gesammelte Werke*, 1. Abteilung, Band 19, 1980. ヴォルフについては、Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 319 をも参照。

\*17 Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, § 620 ff. この点については、Schröder, *Recht als Wissenschaft*, S. 171 ff.



くる法を重視するようになっていた。そこで18世紀の人々は、上の前提上で、〈自然法は、実定法に欠缺があるときに、補充のために働く〉と考えた。

ところが18世紀末になると、君主がつくる法が増大し、自然法論を基礎にした法典編纂も見られるようになった。この状況下では、ヴォルフ学派の人々のように、〈立法者は理性的に思考しているので、立法者がつくった実定法の中にも理性ratio legisが内在している〉として、自然法論を参考にしつつ、実定法を理論化する動きも強まった。また、制定法だけに厳格に拘束されて解釈する法律実証主義も強まった（19世紀中葉に入ると、この自然法論も法律実証主義も克服され、実定法を前提にしつつそれを原理的に加工し体系に仕上げる法教義学 Rechtsdogmatik の法実証主義が強くなる。）

## 6 トピカ的な法学

16世紀から18世紀末までにおける法学では、哲学的な近世自然法学と実定法学とが、並立していた。前者は哲学者に、後者は法学部教授に担われた。この後者の実定法学では、(a)通常の法解釈学教育とともに、(b)学生に法実務家となったときにすぐ役立つ、契約書・遺言書や申請書・公文書の作成法などを教えた実務法学 praktische Jurisprudenz が教えられた（(b)科目専用の教授ポストも設置されていた）。この実定法学での法解釈学では、17世紀末までは、古代・中世の伝統を受け継いで、①帰納によって或る程度の一般概念・原理を獲得しケースをそれに照らして処理していく手法とともに、②トピカTopika（ドイツ語でTopik）の手法が使われていた。ここでは、この②のトピカについてくわしく見ておこう（以下については、Schröder (fn. 5), *Recht als Wissenschaft*, S. 23 ff.参照）。

アリストテレスは、数学や論理学が前提とする〈絶対的真理からの論理構成〉という思考とは別に、もう一つの思考があった。それは、政治の集会や法廷など実践の場で重要な、〈「一般に承認されている意見」、すなわちトポイTopoi（単数形はTopos）を基礎にした議論〉をする思考である。日常生活の現場、政治演説、法廷弁論では、これらトポイから出発して論理を詰め相手の納得を獲得することが、有効だし決め手となる。「一般に承認されている意見」から手堅く帰結を導き出せば——たとえばことわざを引用しながら話す——みんなは納得するものである。そうした議論の術が「弁証術」dialektikeである。アリストテレスは、〈トポイを分類・整理し弁証術について考察する学問〉をトピカと呼んだ。（これをあつかった、かれの本が『トピカ』である。トピカは、その後、キケロやボエティウス（Boethius, A. M. T Severius, 480-524）らによって発展させられ、古代のローマ学者や中世の法学者もそれに準拠して議論した。トピカは、初期近世（1500年代～1700年頃）の法学者たちが活用していた。）

トポイの具体例としては、たとえば、〈善にヨリ近似しているものが、ヨリ善いと見なされるべきである〉（『トピカ』第3巻2章20）とか、〈類についての主張は、それと矛盾する種が出てくれば否定される〉（『トピカ』第4巻3章a20）とかといったものがある。（『トピカ』には337のトポイが挙げられている。）トポイの多くは、格言のかたちで積み上げられている。格言とは、世間の常識や経験の積み上げによる了解事項としてあるからである。トポイの分類にはいろいろあるが、近世法学で定着したのものとして、次のようなものがある。

(i) 技巧を要するトポイ これらは、厳密な推論を軸にしたトポイである。ここには、たとえば次のようなトポイが属している。①「AがBに帰属するならば、Aは、Bと同じであるCにも帰属する。」これは、通常の三段論法である。②「AがBと反対であ

るなら、Aについて言えることはBには妥当しない。」これを、「対立を根拠にする議論」argumentum e contrarioと言う（これは、反対解釈のことである）。③「AとBが重要な点で似ておれば、Aについて言えることはBについても言える。」これを、「近似性を根拠にする議論」argumentum a similiと言う（これは、内容的には類推の一つである\*18）。④「類について言えることは、種についても言える。」（たとえば、〈人は死ぬから、ソクラテスも死ぬ〉とする議論である。）これを、「大から小を導出する議論」argumentum e maiore ad minusと言う、等々。

(ii) 技巧を要しないトポイ これらは、人々の了解にもとづいており、推論が主軸ではないトポイである。ここにはたとえば、次のような法格言のかたちをとったトポイが属している。①「定評ある名人・専門家は、その専門領域において信頼されなければならない。」これを、「権威を基礎にするトポス」topoi ab auctoritateと言う。②「学識者の間で一般に通用していることは、正しいと判断できる。」これを、「学者の通説」communio opinio doctorumのトポスと言う、等々である。

これら(ii)のトポイによる処理方法は、関係者間に共通理解がある限りは、納得させやすい。(この点ではトピカは、第一義的には、事実・真実を発見するためというより、相手を説得し決定過程を簡便にするための技法である。ソクラテスは、ソフィストがこれだけで満足していることに、反発した。)しかし、それで問題なく処理できるものではない。たとえば「定評ある名人・専門家」たちが相互に見解を異にする場合があるし、かれら全員が一致していても間違いである場合もある。

トポイによる処理の仕方が法学において有効でない場合があることをも、われわれは見ておかなければならない。

たとえば、ローマ法のCodex 4.44.2には、〈土地を、実際の価格の半額よりも安い値段で売ってしまったばあい、契約を取り消すか不足の金額を受け取るかすることが、適当なやりかたである〉とある。「莫大損害」laesio enormisの法文である。①この命題は、あまりに低額で売ってしまった売り主だけでなく、あまりに高額で買ってしまった買い主にも適用できるか。②土地だけでなく動産にも適用できるか。「近似性を根拠にする議論」によれば、①も②も可となる。しかし、売り主と買い主、不動産と動産が「近似してい

---

\*18 (A)「近似性を根拠にする議論」では、法律・法文に規定されている事項に着目し、それと本質が類似した他の事項にその法律・法文を適用するという、ケース=バイ=ケースの(=カズイスティックな)処理になる。これに対して、(B)近世自然法論や歴史法学においては、法律・法文の根底にある原理を問題にし、それが使えるケースではそれを基にして類推で処理する、というかたちをとる。法律・法文の根底を成す、立法者の意図(立法目的)や理性的な原則を読み取り、その原理に照らせば他の事項にその法律・法文が適用できるかを考えて、可能な場合には適用するというかたちである。

たとえば、ある人が詐欺脅迫によって遺言書をつくったばあい、(A)「近似性を根拠にする議論」では、まず、「詐欺脅迫による契約は、無効である」とする契約の準則を見つけ、次に、〈契約と遺言とは、意思が重要な要素である点で似ているから、この準則を遺言に類推適用できる〉とすることになる。これに対して(B)近世自然法論では、「意思自由の原則」という自然法を、およそ意思が要素である関係(契約や遺言)に直接に適用する。――(A)では、「詐欺脅迫による契約は、無効である」とする契約の準則がなければ機能しないし、〈契約と遺言とは性質がちがう。契約は二人の合意によるが、遺言は一方的な意思の表明であるからである〉とする異論に対応する必要がある。これに対して、(B)では、処理がかんたんになる。Schröder, *Recht als Wissenschaft*, S. 172.

る」かどうかは、このトピカからは自動的には出てこない。逆に、「対立を根拠にする議論」に依拠して、〈売り主と買い主とは、不動産と動産とは、それぞれ相互に異なるから、安易に適用することは許されない〉と言うことも可能である。

じっさい、トピカを使うべきかどうかについて、歴史的に取りあつかい方は異なってきた。すなわち、17世紀末葉までは、トピカ的に「近似性を根拠にする議論」によって処理された。しかし、やがてプーフェンドルフらの近世自然法論者によって、別の解決が求められるようになった。すなわちかれらは、上述のケースについては、「有償契約においては、給付と反対給付とは等価でなければならない」という公平にかかわる自然法を適用して処理しようとしたのである。トピカの手工業性はこれによって克服された。（この自然法論によって、「莫大損害」の救済を衡平*aequitas, equity*で正当化する従来の傾向も克服された。）これは、プロイセンの一般ラント法、フランス民法典、オーストリア一般民法典などにもとり入れられた。

これに対し、歴史的な思考が強まると、〈*Codex 4.44.2*の立法者＝ディオクレティアヌス帝 (Diocletianus、在位284-305) が何を意図してこの勅令を発したのか) を問題にしたり、〈その意図に従うことは、今日でも妥当か〉といったかたちで考えたりする観点が出てくる。この観点は、すでにフランス人文主義法学のキュジャス——原典の本来の意味を重視した——に見られるが、それが定着するには、サヴィニー (Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861) の登場を待たなければならなかった。

トピカは、18世紀以降、デカルト的な学問（これまでの常識をいったん根底的に疑い、その上に原理的思考を展開していく批判学）が実定法学内にも浸透するにつれ、〈古い権威や世論、常識に無批判に依拠する非学問〉ないし〈確実でない原理から出発し、その論理構成も弱いエッセ学問〉として排斥されるようになった（じっさい、かつてトピカが支配的であった背景には、権威や伝統に依拠する中世の傾向があった）。こうした立場からトピカをもっとも厳しく攻撃したのは、トマジウスやカントらであった。トピカはまた経験論者たちからも、新しい事実をこれまでの知の枠組みに強引に押し込めてあつかう点を批判された。19世紀に入ると、法学上のトピカは、自然法学以来の「法学の学問化」に圧倒されて、大陸では影響力をほとんど失った。普遍的な原理から出発して体系的に教える法学には、もはやトピカは必要なくなった。しかしトピカは、コモン=ローの法実務ではなお使われている\*19。大陸でも法実務上では、個別的妥当性を重視するその性格上、トピカを排除しきれものではなかった\*20。

---

\*19 英米法には、次のようなかたちでトピカ的な手法が今日でも使われている。たとえば、〈表現の自由をどういう場合に制限してよいか〉という問いに対しては、連邦最高裁判所判事であったホームズが提示した「明白かつ現在の危険」基準を使う。〈自由権の制限はどういう場合に可能か〉という問いに対しては、「二重の基準」ないし「三重の基準」を使う。〈祖父を殺した孫が、その祖父の遺言にもとづいて祖父を相続できるか〉という問いに対しては、「何人も自分の不法行為から利益を得ることはできない」という法格言（法準則）を使う、といった具合にである。これら受容されて定着した基準・法準則への依拠が重要な道なのである。（英米法におけるこの手法の重要性は、エッサー (Josef Esser) やドヴォーキン (Ronald Dworkin) が強調するところである。拙稿『「実定法的原理」考』（『自由と正義の法理念』、成文堂、2003）参照。）

\*20 現代に入って、デカルト的な思弁の支配を反省し、トピカを再評価する書物が出て注目された。ドイツのフィーヴェーク (Theodor Viehweg, 1907-88) の『トピックと法学』*Topik und Jurisprudenz* (1953) である。

## 【補論】 実定法学と近世法思想

古代ローマの法学以来、人々は、法律・法文に欠缺がある場合や、それらに不明箇所があるばあい、さらにはどこまで適用すべきかが問題になる場合には、(a) 法制度や法律・法文の根底にある〈根本目的〉や〈原理〉、すなわちratio legisを考えそれに依拠したり、(b) 法律家の共通了解である法原則に依拠したりして処理してきた。

立法者の意思が明らかな場合には、それを立法の〈根本目的〉としてあつかえる。しかし、それが明らかでない場合には、〈根本目的〉・〈原理〉をつかまえないければならない。そのさいの方法には、二つのものがあった。すなわち、第一に、集めたデータ（現実の実務やローマ法や歴史的事象）をふまえて、思索ないしひらめき・直観によって〈原理〉をとらえ、それと論理的に結びつけるかたちで一般命題や個々の指針を獲得し、全体を演繹的な体系として構成する道がある。これは、のちにデカルトが整備した道に対応する（以下、これを「デカルト道」と呼ぶ）。第二に、集めたデータから帰納によっていくつもの概念・命題を析出し、それらからの演繹による適用によって欠缺を補充したり解釈を根拠づけたりする道がある。これは、のちにベーコンが仕上げた手法に関係する（「ベーコン道」と呼ぶ）。第三に、（ヴィーゴが再評価した）トピカに関係する道（「トピカ道」と呼ぶ）がある。

「デカルト道」は、法学においては、その学派の影響下に、関連する法規範・法制度や法体系を根元的に考察する——法の世界を超えた哲学的ないし歴史的な原理を省察する——中から、方向づけを与えてくれる法的な〈原理〉を発見して、そこからの演繹のかたちで体系を描き出すとともに個々の法文解釈をもおこなう道となった。この手法をとることによって、既存の法文（とくにローマ法）から自由な法学の構築が可能になった。なぜなら、これらの根本概念は、類似した諸事象からのたんなる帰納によって得られたのでも、共通了解事項として見いだされたものでもなく、ことがらを省察する——この点では帰納をふまえている——過程上で、思索ないしひらめき・直観によって発見されたものだからである（思索ないし直観が、現実ないし既存のものによって規定される場合には、そうではなくなるが）\*21。

実定法学（とくに法解釈学）では、近世前期（1500年代～1700年頃）には、「トピカ道」、トピカの手法が支配的だった\*22。これに対して、1700年代からは、「デカルト道」による近世自然法論、すなわちデータをふまえた思索ないし直観によって原理をとらえ、そこからの演繹のかたちで体系を描く法学が強まり、この哲学的法学と実務指向の法学との並行現象が見られた。この思索・直観法は、19世紀中葉に実定法学に浸透した。すなわちそれは、ドイツで近代法学がサヴィニーらに担われて発達するさいに——前述のように「ベーコン道」の帰納・演繹の方法と並んで——、重要な意味をもった。

ところで、以上の三つのうち、近世の国家や社会の論理と対応しているのは、「デカルト道」である。こ

---

\*21 たとえば、時効をめぐる1600年頃のフランスの議論をとってみると、①ある人は、倫理を重視し、〈時効とは権利の上に眠る者を保護しないという倫理にかかわる制度だ〉とし、〈それゆえ悪意をもった者の取得時効を認めるのは、倫理に反する〉と主張した。②別の人は、個人の意思を重視し、〈時効とは権利を行使しない状態が長く続いたことを根拠にして、権利者がその権利を放棄する意思を有したと推定する制度であり、悪意者の取得時効までも認める制度ではない〉とした。③また別の人は、秩序を重視し、〈時効の目的は長く続いた法状態を是認することによって、社会の秩序を確保することにある〉とし、〈取得時効ができないほどの悪意者は少ない〉とした。これら①・②・③はともに、近世自然法論を背景にした、〈ことがらの本質を探求しそれによって法を運用する思考〉である。金山直樹『時効理論展開の軌跡』（信山社、1994）47頁以下参照。

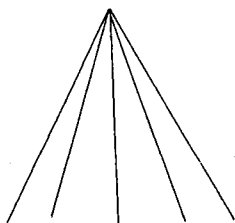
\*22 以下については、シュレーダー『トピック・類推・衡平』。Schröder, *Recht als Wissenschaft*, S. 23 ff.

の道は、思索・直観によって新しい原理をとらえ、それからの体系構築を追求するのだが、そうした原理からの体系構築の態様は、①すべてが国王の意志に発する、「絶対主義」の構造に照応している（下図参照）。それはまた、②官僚制や軍隊のピラミッド型の組織構成とも対応している。それはさらに、③個々人が理性によって自分を統制する「紀律化」の構造にも対応している。加えて、④〈新しい原理を出発点にした再構築〉という方法は、これまでの伝統を切り捨てた革新的な法や法思想の構築の動きにも対応している。じっさい、ホッブズやヴォルフが進んだ道は、こうした道であった。

しかしまた、この手法は、近世の「絶対主義」国家を破る革命性をも内蔵している。新しい原理の中身によっては、あるいはそこからの展開の方向によっては、近代の市民革命を準備するものともなったからである。とくに出発点に〈自由な個人〉を置いた展開がそうである。じっさい、ロックやルソーを信奉した人々がたどったのは、この道であった。

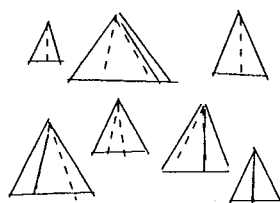
これに対して、「ベーコン道」は、漸次的改良の道であり、「トピカ道」には、保守性・権威主義性が強い。これら二つの道は、法実務（裁判や行政）においては圧倒的な強みを見せた。「ベーコン道」は、近代に入って、個々の関連法文から一般的な概念を得、それを適用するさいに活用された。しかし、この近代に入ってもコモン=ローは、ラングデル（Christopher Columbus Langdell, 1826-1906）らが登場するまでは、カズイステイックな法実務の伝統を保持し、「トピカ道」にあった。

(a-1) デカルト道



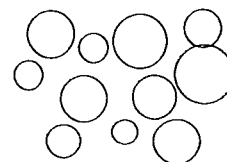
思索・直観によって根本的な原理獲得し、それからの論理的展開によって、世界全体を齊一的に説明する。

(a-2) ベーコン道



テーマごとに集めたデータからの帰納によって、ある程度一般的な概念・命題を獲得し、関連するケースをそれからの演繹によって処理していく。命題は、実験や実証によって練り直す。

(b) トピカ道



蓄積されてきた適当な処方箋を問題ごとに使う。処方箋同士の関連には、あまりこだわらない。

## 第2部

### 1 近代法学

ここではまず「パンデクテン法学」において「実定法的原理」の展開がどのようなものであったかを考察し、ついで、他の分野における「実定法的原理」の思考を考察する。

#### 1-1 パンデクテン法学

パンデクテン法学は、ローマ法の素材から近代私法の骨組みを獲得することによって、ドイツ民法典を準備した。そのさいこの法学は、近世自然法やドイツ観念論が発達させた〈自由な人格〉・〈自由な所有〉・〈契約の自由〉などの基本概念を参照しつつ、古代ローマの雑多な法律・法文から、それらを含めた諸概念・諸原理を析出していくとともに、〈信義誠実の原則〉・〈過失責任の原則〉・〈取引の安全〉などの原則や、〈錯誤〉・〈代理〉・〈法人〉などの制度等々をめぐる法理論をも獲得し、これらの全体を連関づけ体系的に構成し

て、ローマ法を近代化するとともに、その成果を適用して現実の法実務に寄与した。以下では、まずそうした作業に従事した4人の代表的な法学者について考察する。

(1) パンデクテン法学者たち

(A) サヴィニー

実定法学の学問性を高めようとすることは、サヴィニーによって、とくにかれの論文『立法と法学のためのわれわれの時代の使命』(1814)において切り開かれた。サヴィニーはここで、〈あるVolk(法の下で生活をともにする人々)の法は、そのVolkの生活を基盤にして自然に形成され、それゆえそれ自体が一つの完結した全体を成している〉という考えに立った\*23。このことは、①近世自然法論が民族や国家のちがいを法論に反映させなかったことに対して、新しい視点を打ち出すものであった。それはまた、②過去に制定された法律やローマ法を無条件に前提とする立場を克服し、その根底にある実際生活の必要と法学・法解釈作用とを結びつけることへの道を開いた。

そこからはさらに、③法を根底において規定している原理(「有機的な原理」、のちに「Volkの精神」と呼ばれる)をとらえ、それから出発して実定法を体系化するサヴィニーの思考も出て来た。それは、〈法の根底にはVolkの生活があり、そこには全体として秩序が内在している〉とするものである。ここから、次のような法の研究が出て来た。すなわち、第一に、法の歴史研究部門において、各歴史段階や各社会ごとの秩序を形成している「有機的な原理」をとらえ、それを主軸にしながら法の歴史全体を体系的にかつ時間系列で叙述しようとする傾向である。

第二に、実定法学の部門において、実定法に内在する「指導原理」をとらえ、それから出発して幾何学のモデルにならって法を体系的に描こうとする傾向である。(そのためには、個々の法命題から帰納によって法概念を獲得し、それを根底的な概念・原理から出発しつつ連関づける作業が前提になる。)そうした体系的把握ができれば、個々の規定が欠落していても、命題を原理から論理的に導き出すことによって(またとりわけ類推によって概念の包摂域を拡大することによって)補充できる、とかれらは考えた。こうして法教義学(基本概念・原理から全体を展開し体系化する法学)が発達することになった。

以上双方が、「実定法的原理」にかかわる。法律・法文を超えて法を考える点でこの実定法学の傾向は、もはや法律実証主義ではなく、法実証主義である。(上の①・②とも、実定法を超えた原理、すなわち自然法原理、を必要としない考察となる。)

これ以降のサヴィニーにおいては、歴史主義と、論理構成を重視する体系化志向とが共存している。しかも両者は、〈原理〉からの全体構成を追求する点で発想が同じである。これがサヴィニーの名著『現代ローマ法の体系』*System des heutigen römischen Rechts* (8

---

\*23 ①当時、ロマン主義は、民族や時代がそれぞれ一個的であるという感覚を強めていた。そうした動きの先駆としては、ヘルダーが、言語・歴史・文化を各民族に固有のものとしたことが挙げられる。②当時また、シュレーゲル(Friedrich Schlegel, 1772-1829)やシュライエルマハー(F. E. D. Schleiermacher, 1768-1834)らの「ヘルメノイティク」は、ある作品をその著者の自覚的な意図だけでなく、その背後にある時代意識の表現としても理解しようとしていた。シュレーダーは、初期サヴィニーの思考にかれらの影響を見ている(Schröder, *Recht als Wissenschaft*, S. 210 ff.)

Bde., 1840-49) の中で、歴史への配慮、法実証主義的な法教義学、実務重視の3つの姿勢が共存している謎を解くカギでもある。(相互にあい対立するものでもある、法を広い視野であつかう歴史法学と、法に限定した体系化を進める法教義学とは、一卵性双生児として誕生したのである。)

1814年より前の初期サヴィニーにも体系化志向は見られる。しかしそこではなお、法律実証主義が強かった。たとえばかれの講義録である『法学方法論』(1802/03) \*24 においてサヴィニーは、「法律は、すべての者の恣意を除去するためにあるのだから、裁判官による法の取りあつかいは、純粹に論理的である解釈だけだ」と言う。個人に自由を確保するためには、法律・法文が重要で、裁判官はそれに厳格に拘束されなければならないと考えるのであった \*25。

初期サヴィニーは、この立場から、ローマ法の規定を素材にして、まず分析・帰納によって基礎概念・原理を析出し、それを原点にして総合し体系化することを法学の課題とする。ここでは、思弁的自然法と類推や目的論的解釈(法律・法文から自由に解釈する傾向にある)とは、ともに否定される。この方法論を具体的に適用し成果を挙げたのが、かれの1803年の書『占有権論』である。ここでは、まず、占有に関するローマ法の諸法文の分析から、すなわち帰納によって、占有の本質的要素が〈自分のものとして所持する意思= *animus domini*〉と〈現に所持していること = *corpus possessionis, factum*〉とにある事実を獲得し、次に、この原理からの演繹のかたちで、どのような個々の所持状態が占有として保護されえ、どのような場合に占有は消滅することになるかなどを検討し、占有論体系を構築していく(帰納・演繹の方法)。対象となっているのは、ローマ法の諸法文であり、そこから自然法に頼らないかたちで原理を獲得し、それを起点にして一つの法制度を体系化しているのであった。

## (B) プフタ

プフタ(G. F. Puchta, 1798-1845)は、概念法学者として悪名が高い。確かにかれの法学には、テーマによっては、問題の社会生活的背景や実務での結果を考えることをせず、概念間の、あるいは体系としての、論理整合性にこだわった構成を追求する傾向(論理至上主義)が見られる。プフタの法学においては、体系化のために必要な根底的な概念・原理は、ヘーゲル哲学等を参考にして、制定法を超えた思索によって取り出される。そしてプフタは、根本にあるものを〈自由な意志主体としての人格〉に求め、そこからアプリアリに展開するかたちで——ローマ法の個々の規定を素材にしつつ獲得した諸概念を連関づけつつ——私法学の全体を論理整合的に構成することをめざした。

プフタは、このように原理から論理的に展開する立場から、サヴィニーを批判もした。第一に、サヴィニーは、ローマ法の制度や規定をその歴史的背景の中で考察し、場合によっては〈成立事情が今日では欠けているから〉と、その適用を拒否し、新しい法的処理を模索したのであるが、プフタは、サヴィニーのこの実用性重視の態度を、原理からの論理

---

\*24 Savigny, *Juristische Methodenlehre*, 1902/03, G. Wesenberg (Hrsg.), 1951.

\*25 〈制定法に裁判官を厳格に拘束する〉という立場は、〈君主の意志を貫徹させる〉という絶対主義的要請から来るものでもあり、また〈権力行使を法にもとづかせる〉という自由主義的要請から来るものでもあった。初期サヴィニーの法律実証主義は、後者に結びついていた。

的帰結を無視した非学問的姿勢だとして排斥した\*26。第二に、サヴィニーは、法学の指導概念を単に〈自由な意志の主体としての人格〉だけでなく、〈取引の安全〉などにも求め、それゆえたとえば錯誤論などで意思主義ではなく表示主義に立った。これに対しプフタは、個人の意志を基点に体系構成を進めたので、意思主義が特徴となった（これを意思教説 Willensdogma と呼ぶ。個人の意志を重視すること自体は、個人尊重の点でも、権力が道徳的・宗教的判断によって契約を無効にするのを排除する点でも、近代的ではある。しかし、取引の保護にならない点で、十分には近代的ではない）。

こうした点においてプフタは確かに概念法学者であった。しかしプフタのこの傾向は、法の厳密な体系的仕上げによって法的安定性を確保をし、また個々のローマ法の法文に支配されるのではなく、逆にそれらから自由に、時代にふさわしい法のあり方を考えようとするものであったし、またその内容においては個人の自由を前面に押し出すものであった。かれが、有機体的国家観や団体的自治、慣習法の意義を強調したのも、個人の自由を擁護することと不可分であった\*27。（何が法かは国家が決めるとする「国家的法観」は、かれのスタンスではなかったのである。）

### (C) イェーリング

イェーリング (Rudolf von Jhering, 1818-92) は最初の概念法学批判者として有名だが、かれの法学は、どの時期でも傾向が二元的で、かつ時期による変化が大きい。

(i) 初期 1844年にイェーリングが26才で出版した『ローマ法論文集』は、かれが、恩師プフタの〈論理至上〉と、サヴィニー的な〈実務・歴史重視〉との間でゆれ動いていたことを示している。このことは、その第三論文「休止相続財産論」Die Lehre von hereditas jacens に顕著である\*28。

**休止相続財産論争** ローマ法には、休止相続財産（＝ある人が死に、その相続人が現れない間の財産）を法人とする法文がある。（それは、日本民法典第951・955条にも入っている。）(a) これについてプフタは、「財産」の概念分析から出発して、法人化は論理必然であると論じた。… 財産には所有物のほか、一身専属の身分権や債権・債務なども含まれる。権利主体が死んだとき、所有権は残る。身分権が消滅することはやむをえない。債権・債務等も、相続人がいなければ消滅する。しかし債権・債務等は、存続させる必要がある。そこでこれらを含む休止相続財産については、〈権利主体であった死者の人格が、なお存続しその財産を支えている〉とするほかない。休止相続財産は、このことによって法人となる、とプフタは考えた。こうした議論の仕方が、のちに「概念法学」と呼ばれるものなのである。

(b) サヴィニーは、プフタのこの構成は不自然だ、と批判した。サヴィニーによれば、古代ローマには特殊な事情があった。古代ローマでは、休止相続財産の中に財産管理をする奴隷が含まれていることがあった。この奴隷が相続財産を管理したとき、その行為を法的に有効にすることが必要となる。そのためには、権利能力をもった人をかれの上に置き、その人の行為として構成しなければならない。ローマ法は

---

\*26 Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Bd. 2, 1847, S. 284.

\*27 Puchta, *Einleitung in das Recht der Kirche*, 1840, S. 36; Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 1841, S. 67 f.

\*28 この点については、拙著『近代ドイツの国家と法学』（東京大学出版会、1979）243頁以下参照。



この事情から、休止相続財産自体を法人とした。サヴィニーはこうとらえ、〈ひるがえって今のドイツはと言うと、ここには奴隷はいない。だから、休止相続財産を法人とする必要は、ここではない。今日では、将来現れる相続人がその財産の所有者だ、と見ればよいのだ〉と言い切った。時代の差を反映させた反制定法解釈である。このサヴィニーには、制度を目的に照らして考え、またことがらを歴史的にとらえる思考が働いている。

(c) 若いイエーリングは、一方ではサヴィニーの態度を踏襲して、ローマ法の規定が歴史段階ごとに変わっていることを押さえる。しかしかれは、他方ではプフタにならって厳密に論理的に考え、法人化を論理必然だとした。この後者は、次のように展開する。… 債権・債務を保全するためには、その主体の人格が持続している必要がある。だがプフタのように、死んだ人の人格が地上に残り財産の中に入り込んでいるとするのは、いかにも不自然だ。そこでイエーリングは、ヨリ手の込んだ法的構成をする。すなわち、〈人は、実生活上の人格と、法生活上の人格とをあわせもっている。人が死ぬと、前者は消滅する。しかし後者は残って、相続人の実生活上の人格と結合する。これが相続の構造だ。休止相続財産の場合は、この後者が法人の実生活上の人格と結びつくのだ。このことが、休止相続財産を法的に保全する論理構造だ〉と。イエーリングはこの議論をめぐって、「立法者は首尾一貫性に拘束されないが、法学は首尾一貫性に拘束される。したがって、法学が首尾一貫性を尊重し、実践的には無意味な結論に達したとしても、非難されるべきではない\*29」と表明している。このときかれは、まさに身も心も概念法学者だったのである。

(ii) 1850年代前半 この時期のイエーリングは、名著『ローマ法の精神』*Geist des römischen Rechts* の第1巻(1852)、第2巻第1分冊(1854)に見られるように、一方では、古代ローマの法生活を歴史社会学的に、しかも体系的に描き出す法学研究の成果を出した。上述のようにサヴィニーは、「Volk精神」に着目する法の歴史研究の重要性を提唱したが、しかしかれ自身はその分野での業績を残さなかった。これを成し遂げたのが『ローマ法の精神』であり、それゆえイエーリングのこの書物は、歴史法学の金字塔と言うべき位置にある。

(iii) 1850年代後半 この時期に入ると、イエーリングは、法学を学問として仕上げることを強調し概念法学的傾向を強める。かれは、1857年の論文「われわれの課題」*Unsere Aufgabe*\*30において、「低次の法学」と「高次の法学」とを区別する。前者はいわゆる法解釈学であり、これは制定法を素材にし、それらを或る程度は学問的に加工しつつ解釈していく。これは、制定法を超えられない点で「受け身の法学」である。

これに対し後者の「高次の法学」は、法的思索 *juristische Specuration* によって、法文・法関係から精緻な法概念を獲得し、それを体系的に連関させつつ、個々の制定法をもその中に位置づける作業に従事する。この法学——念頭に置かれているのは法教義学である——は、そうした作業のけっか、制定法から自立した、学問としての法律学となる、とかれは言う。それゆえ、ここでのイエーリングは、概念法学者ではあっても、法律実証主義者ではない。(法教義学に関するこういう言明には正しいところがある。法教義学は、制定法を超えて原理や体系を問題にする学だから、制定法が変わっても余り動じることはない。ある国での法教義学は、他の国でも使える可能性

\*29 Jhering, *Abhandlungen aus dem Römischen Recht*, 1844, Neudruck, 1968, S. 120 f.

\*30 Jhering, *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, 1857.

がある。これに対して法解釈学は、法律が変われば意味を失うし、ある国の法解釈学は、法が異なる他の国では、直接には使えない。)

そのさいイエーリングは、この高度に学問的な「高次の法学」は実務に迎合してはならないとして、次のような概念法学的態度表明をする：法学は「概念の自己運動が実際に生じている領域であり」、それゆえ「思惟の世界の中で法学の論理だけを追ってゆくこと」が、かえって「豊富な財宝」をもたらす、と。これがかれのこの時期のスローガンである「法学の学問上の自由」 *wissenschaftliche Freiheit der Jurisprudenz* の内容である。

(iv) イェーリングの法学的「転向」 イェーリングは、1859年末に法学上の「転向」を体験する。かれの法学の手法は、もはやひたすら論理整合性を追求するものではなく、〈实际的に妥当な結論を法感情や道理に依拠してまず打ち出し、次にそれを法の規定や法学の体系に沿うように工夫して根拠づける〉ものとなる。

その出発点となったのが、1859年の「売買契約における危険」 *Gefahr beim Kaufcontract* に関する論文であった。… 債権の性質からは論理的には、〈特定物の売買であっても、売り主が複数の買い主と結んだ契約自体は有効である〉ということと、〈特定物の売買では、買い主が危険を負担する〉ということ（債権者主義）とが帰結する。しかしこれだと、特定物の二重売買で、目的物が引き渡し前に不可抗力によって滅失したとき、売り主はすべての買い主から代金を請求できることになる。これは、論理にはかなっているが、正義には反する（一つの船荷を二人に売る契約をした不誠実な者が、事故のとき、二人から代金をとることを認めるのだから）。

そこでイエーリングは、別のあり方を探る。まずイエーリングは、〈売買契約の当事者は、交換を目的とした主契約とともに、事故のときに売り主の損害を買い主が補填するとする副次契約を結んでいるのだ。これが買い主の危険負担制度だ〉とする法的構成をとる。これを前提にすれば、〈目的物が実際に引き渡される予定であった買い主〉からの支払いだけで、補填は完了したことになる。ところが、このようなあつかい方を正当化してくれる、ローマ法の法文はない。そこでイエーリングは、ローマ法中に、〈貸主が特定物をめぐって二人の借り手と賃貸借契約をした二重賃貸借の場合には、不可抗力で目的物を使えなくなった借り手は、応分の賃料減額を請求できる〉とする法文があることを発見し、ここから〈一つの支払いだけで十分だ〉という一般命題を引き出し、それを、同じ性質の債権であることを根拠にして、売買契約に類推適用し正当化根拠としたのであった\*31。

1860年の「契約締結上の過失」論文 (*Culpa in contrahendo*, in: *Jherings Jahrbücher*, Bd. 4)においても、イエーリングは、衡平の判断から出発し、〈契約が無効になった場合に、過失によってそういう事態を生じさせた当事者は、無過失の相手方の損失を賠償すべきである〉とする。そして、このことを直接肯定するローマ法の法文はないので、関係しそうな法文を集め、それらから帰納によって一般原理を導出し、それを類推適用して処理した\*32。

\*31 Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, 1859, in: *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, 1881.

\*32 ベーレント『歴史の中のローマ法』(Okko Behrends、河上訳著、日本評論社、2001)287頁以下参照。

以上から分かるように、ここでイェーリングは、第一に、正義感覚に反したり、実生活にとって無用であったりする法的構成は排除する。(この時点になるとかれは、自分のかつての休止相続財産論の概念法学ぶりを反省し、〈団体を法人とするような無用な法的技巧はいらない。構成員の共有ないし組合の関係としてとらえればよい〉として、法人として構成すること自体に反対でした。法人否認説である。)しかし第二に、この新しい時点でも、「実定法的原理」を使った、法の原理的考察、法律・法文から原理を導出し連関づけて体系化していく作業は、放棄されていない。むしろ、法的処理を正義や生活の必要にかなったものにするために、概念法学時代の手法、すなわち1850年代後半期に定式化された「高次の法学」の作業が、活用されている。

この第二点についてイェーリングは言う、「われわれの課題は、ある法の規定の本来の根拠と目的を探り出し、それにもとづいて法の規定の真の意味を、広すぎたり狭すぎたりしがちな誤った解釈に対して、対置することにある」、と。つまり概念法学的な、制定法を超えて原理や体系を考えるratio legisの手法は、法律実証主義を克服し実務を重視する態度を涵養する上で有効だということである。(概念法学的手法は、体系からの帰結に導かれつつ個々の法律・法文をあつかうので、文言に拘束されない、法の適切な適用を可能にする)——この確信を、イェーリングは最後まで持ち続けた。

いずれにせよ、「転向」後のイェーリングは、正義や実務の重視を強めたが、しかし、法律・法文をまったく無視したり法的構成をまったく放棄したりして、道徳論や利益の考察だけで結論を出す立場にはなかった。理論は自己目的的ではなくなったが、実務処理の上で不可欠な手段としては大切にされた(これは、今日にいたるまでのたいていの法学にとっても、基本姿勢であろう)。

イェーリングはこの時代以降、法学において論理よりも実益を重視するようになる。かれは、1865年の『ローマ法の精神』第3巻第1分冊で、権利の本質を個人の意志に求める意思教説を脱却し、権利を「法的に保護された利益」と定義し、権利問題に社会的観点と実益の観点を入れるようになった。

かれはまた、1873年に深刻な世界恐慌を経験し、〈取引社会が自己調整の能力をもつ〉という見方に懐疑的となる。かれはこれによって、パンデクテン法学の個人を核にした構成(個人の自由な意志を基点とする構成)に批判的な立場を鮮明に押し出した。1871年にはビスマルク(Otto von Bismarck, 1815-98)主導のドイツ統一を経験し、ビスマルクの現実主義的な国際政治Realpolitikや社会政策(公共の立場から私権を制限する)に共鳴するようになった。

かれの未完の大著『法における目的』*Der Zweck im Recht* (2 Bde., 1877-83)には、この新しい立場が顕著である。ここでイェーリングは、①法は或る「目的」を達成するための装置であるとして、その観点からの法運用を重視し、論理偏重のパンデクテン法学をこの立場から批判するとともに、②「目的」の内容としては、国家的・全体的利益を強調し、パンデクテン法学の「個人主義」を批判するようになる。

#### (D) ヴィントシャイト

ヴィントシャイト(Bernhardt Windscheid, 1817-92)は、よく「概念法学者だ」とされるが、実際にはかれもまた複雑である。

若い頃のかれは、法や法理論が民衆の生活感情から遊離すべきでないとは主張した。1855年に或る法学者が、当時の法学を〈理論と実務との分裂、ないし民衆からの遊離——つま

り概念法学的傾向——に陥っている」と批判した。かれはそのさい、この現状の改善を進めている法学者もいるとして、ヴィントシャイトの名を挙げた\*33。じっさい、ヴィントシャイトは、当時、歴史法学派的な〈Volkの精神尊重〉の立場にあり、〈法や法学は民衆から遊離すべきではない。そのためにはローマ法から自立したドイツ国民の法を確立すべきである〉と主張していた。かれはこの立場から、プフタやイエーリングが——上述の休止相続財産論に見られるように——民衆から遊離した論理展開を進め、またローマ法の文言に拘束されていることを批判した。（休止相続財産論争においてヴィントシャイトは、〈死者の人格がなお存続しその財産を支えている〉などと論理にこだわって不自然な議論をするべきではなく、〈相続人が現れるまでは、相続財産は誰かの人格とは独立にそのまま持続する〉と、技巧なしにとらえればよい、という立場をとった。不自然な法的構成を排除する立場からの、法人否認説の誕生である。これが、イエーリングが自説を反省し、のちに方法論的転向を遂げる、出発点となった。）

ヴィントシャイトは、近代的なドイツ社会に適合的な法は、ローマ法を学問的に磨き上げることによって可能になるとしてもいた。そうした磨き上げとは、ローマ法を現代的に加工することによって普遍的な原理を獲得し、それらを相互に関連づけ仕上げていくことであった\*34。したがってここには、時代の要求に応えようという強い実践意識と、精緻な法学をつくり上げようという（概念法学とも共通する）志向とが共存している。

ヴィントシャイトのこの作業の成果としては、次のようなものがある。(a) かれは、錯誤論などで当事者の意思を重視する意思教説の立場をとった。しかしその「意思」は、もはやプフタ的に〈人格〉の理念から出てくるような抽象物ではなく、心理的な「意思の力」として現実の人間に即してとらえたものであった。(b) かれは、請求権Anspruchの概念を確立した。かれによれば、法秩序において重要なのは、(権利をもっているだけでなく)裁判上で自分の意志を貫徹できることである。国家に貫徹の支援を求める権能が、請求権である(Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856, S. 3)。かれはこのことによって、第一に、ローマ的なカズイスティックな訴権を克服し、〈個人の意志を核とした権利で、その訴訟による保護をも帰結する〉という近代的概念を獲得した。そして第二に、権利を訴訟との連関で具体的に——相手当事者との関係・裁判官の判断ないし先例との関係で——考える道を開いた。

1861年のドイツ一般商法典をはじめとしてさまざまな法典が編纂されていくのにもともない、多くの法学者は——思索によって法原理を獲得しそこから体系化を進めていくのではなく——制定法を前提としてその中から原理を獲得し体系化する傾向を強めた。ヴィントシャイトにもこの傾向が、1865年の『パンデクテン教科書』*Lehrbuch der Pandekten*の第二巻(1865)あたりから見られだす。かれはこのころから、「倫理的・政治的・経済的配慮[……]は本来の法律家の仕事ではない」とか、「法源にもっと忠実であるべきだ」とかと

---

\*33 Kuntze, *Das römische und deutsche Recht in der Gegenwart und die Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft in der Zukunft*, in: *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 2, 1855, S. 174.

\*34 Windscheid, *Das römische Recht in Deutschland*, in: *Sammlung wissenschaftlicher Vorträge im Liebigschen Hörsaal*, 1858, in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 47.

発言しだし、『パンデクテン教科書』第4版(1875)では、慣習法を制定法の上に置いていた歴史法学的立場を改変した\*35。

かれのパンデクテン教科書には、「カントの義務の古い概念、古い市民の法と秩序の精神、厳格な形式感覚、そして精神的な美的感覚すらもが」見られると言われる\*36。じっさい、上述のようにすでに概念法学批判をはじめていた当時のイエーリングは、ヴィントシャイトに宛てた1866年の手紙で、ヴィントシャイトが「実務や立法目的を考察する必要を忘れ、法的形式主義に傾斜」する傾向に陥っていると警告した。イエーリングは同じ手紙の中で、ヴィントシャイトこそ概念法学の最初の批判者ではなかったかとも述べ、その初心を忘れるなど戒めている\*37。

しかしこの後期においてもヴィントシャイトは、若いときの立場を完全に捨て去ったのではない。かれは、法における衡平判断を重視し、イエーリングの「法における目的」の重視を、かれなりに評価した。

## (2) 精神史的位置

パンデクテン法学が花開くにあたっては、次のような学問動向が影響を及ぼした\*38。

### (i) 近代の自然科学の発展

自然科学では、個々の現象を広く深く考察し、その背後に働く普遍的な法則・構造を読み取る。こうして得られた法則・構造は、他の現象を解明するのに役立つとともに、まだ確認できていない現象を予想することにも役立つ。パンデクテン法学は、この自然科学モデルに結びついた。上述のようにサヴィニーやイエーリングらは、その初期において意識的に近代の自然科学、とくに幾何学や生物学の手法に自分たちの法学をなぞらえようとした。そのさいかれらは、個々の法の規定の背後に法の全体構造がある——あるいは個々の法の規定の根底に実際の法生活がある——という前提から出発した。そして、そこに働いている自然法則にも似た法則(法原理・普遍的法規則)を読み取り、個別的な法規をそれら法則と関連しているものと見、法規が欠けている場合には、その代替物を法体系から論理的に演繹して補充した。

このことはまた、パンデクテン法学が近世の哲学、とくに自然法論の学風を踏襲しているということでもある。近世の自然法論は、数学や自然科学の手法を使って、〈思索によってとらえた法原理から出発して法の全体を体系化する作業〉を進めた。パンデクテン法学は、近世哲学のこの伝統を承継した。(ただし、パンデクテン法学者は、ローマの法律・法文からの帰納による法規則・原理の獲得を重視し、獲得した法規則・原理を適用するにあたっては——論理性とともに——実際の帰結に配慮した(プフタや初期のイエーリングらの概念法学を除いて)のであるから、すなわち実験的方法を取り

---

\*35 Mede, *Rechtsgeschichte*, S. 263.; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 447.

\*36 Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III-2, 1910, S. 861 ff.

\*37 Jhering, *R. von Jhering in Briefen an seine Freunde*, 1913, S. 194 f.

\*38 (i) については、コーイグ『ヨーロッパ法史論』92頁参照、(ii)については、Stephan Meder, *Missverstehen und Verstehen*, 2004, S. 43 ff. 参照。

入っていたのであるから、ヴォルフらの自然法論との連続性だけが問題になるのではなかった\*39。)

## (ii) 新古典主義・新人文主義

この時期に、なぜとくにドイツで、とくにローマ法の、しかもきわめてアカデミックな、研究が盛んになったか。その背景にはローマ法継受・人文主義の永い歴史とともに、1750年代からドイツ等で新古典主義・新人文主義の運動が高まったことの影響がある。

1706年にヘルクラネウム Herculaneum の遺跡が、続いてポンペイ Pompei の遺跡が——ともに A.D.79年のヴェスヴィオ Vesuvio 火山噴火で埋もれていた——偶然に発見され、1738年から前者の、1748年から後者の発掘が始まり、古代ローマ都市の姿が浮かび上がりだした。ドレスデン Dresden 等で発掘品の一部を見たヴィンケルマン (Johann Joachim Winckelmann, 1717-68) は、『絵画と彫刻におけるギリシャ芸術模倣について』(1755)で、古代ギリシアの芸術における「高貴な簡素さと静かな偉大さ」*eine edle Einfalt, und eine stille Grösse*、すなわち自己抑制に支えられた調和の美を讃え、あわせてラファエロ (Raffaello Sanzio, 1483-1520) やミケランジェロ (Michelangelo, 1475-1564) におけるその継承を讃えた。かれは、1764年の『古代美術史』第1部第4章でも、ギリシア彫刻では「魂は、静かな水面の下で自己を示し、けっして乱れた姿をさらけ出すことはない」と述べている。(ただし、かれは、本物のギリシア彫刻は見られず、ローマ人によるコピーに頼るほかなかった。)

こうした「古典古代」像が人々を魅了し、〈自己抑制に支えられた調和が作り出す高貴な精神性〉の理想によって近代的な人間形成・芸術創造をしようとする運動が広まった。これが新古典主義であり、この立場をとって古典研究や古代史研究を進める学問動向を新人文主義と呼ぶ。新古典主義は、フランス、イギリス、ドイツ、アメリカ等の知識人の心をとらえ、芸術や建築の様式、美術館・博物館の中身を規定していった。(パルテノン神殿の破風の彫刻=エルギン・マーブルズ Elgin Marbles は1806年にロンドンに到着した。ミロのヴィーナス the Venus of Milo は1820年に発見され、ルーブルに入った。) そのさい、どちらかという、共和国であったフランス・アメリカは〈共和制ローマ〉に、君主国であったイギリスとドイツは政治的自由より調和・秩序を重視して〈ギリシア精神〉に親しんだ。

新人文主義はまた、19・20世紀の、ギムナジウムやリセ、パブリック=スクールなどの中等学校教育、大学の研究・教育の中身をも、古典・古代史重視に変えていった。(ギムナジウムは、18世紀末にラテン語学校から発展した。リセはナポレオンによって創設された。パブリック=スクールの歴史は古い、その近代化はアーノルド (Thomas Arnold, 1795-1842) がラグビー Rugby 校の校長になった1828年から始まる。) なかでも重要なのが、1810年のベルリン大学創設である。

ベルリン大学は、ゲッティンゲン大学をモデルにしつつも、新古典主義・カントの人格主義・科学精神など新しい時代精神にもとづいて創立された。(1807年に、ナポレオンによってハ

---

\*39 ヴォルフの法学とパンデクテン法学との密接な関係について、ヴィアッカーは言う、「ヴォルフの教科書以来、判決を上位の法規と、体系内であらかじめ定まった位置をもった一般概念とから論理的に演繹する仕方が専門的な法学から失われることはもはやなかった。[...] ヴォルフは、かの「概念法学」あるいは「構成法学」の生みの親であった。」

(Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 320)。これに対して、メーダー (Meder, *Missverstehen und Verstehen*, S. 219.) は、サヴィニーには経験重視があるとして、ヴォルフとの不連続性を強調する。ヴォルフとサヴィニーとは、自然法との結びつきでは不連続、論理的思考では連続だと言えよう。

レ大学が閉鎖されたことが直接の契機ではあった。) ベルリン大学の特色は、次の点にある。第一に、人格形成を重視し、職業能力養成よりも総合的な知力の育成をはかった。このため、学問を総合し批判的に思考する訓練の場としての哲学部の地位が上昇した。第二に、大学を、中世・近世でのように〈知を授ける〉場としてではなく、〈真理を発見する〉場と位置づけた。大学は、第一義的には研究機関とされ、学生も、研究者である教授とともに「未解決の問題と向きあい探究」し、そのことをつうじて〈自分で思考する自由人〉へと成長していく。この立場では、すぐれた研究者がすぐれた教師だということになる。そして大学は、ギムナジウム等の教育機関から質的に区別される機関となる\*40。第三に、大学の自治が重視された。つとにカントは『諸学部の争い』(1798)において、実用性をめざさなければならぬ三学部(神学・法学・医学部)に対する、理論研究の学部である哲学部の独自性を強調し、〈哲学部における理性による批判を可能にするためには学問の自由が欠かせない〉と説いていた。ベルリン大学の創立にかかわったシュライエルマハーはその大学論で、大学全体にとって学問の自由が重要であり、それを確保するためには、教授団の人事権や学長・学部長の互選をふくむ、大学の自治が必要だとした。ここに大学の自治は、中世的なものとは別の思想にねざすものとなった。(ただし、フムボルト自身は、大学の自治には否定的で、アカデミーの自由を重視した。)

新時代の到来を告げるこうしたベルリン=モデルが、しだいにドイツの他の大学に浸透していく。ドイツの大学はこのけっか、学問的水準を高め、19世紀後半には世界のアカデミズムを制する(多くの留学生がやって来、ドイツ大学モデルが広まっていく)。

こうした新古典主義・新人文主義は、ローマ法への関心を高めた\*41。また、ベルリン大学以降、大学が第一義的に研究機関となったことは、法学部をも学問研究の場にし法学の学問化を促進した\*42\*43。

### (iii) 歴史主義

歴史主義とは、各時代をそれぞれ独自性をもったものとして、それに即して内在的に理

---

\*40 W. Humboldt, *Über die innere und äussere Organization der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin*, 1810.

\*41 サヴィニーが初代学部長であったベルリン大学法学部は、プロイセン期待の重点大学であるにもかかわらず、『プロイセン一般ラント法』をふくめたプロイセン法を教えることを拒否し、ローマ法を中軸にした。サヴィニーらのこの決断は正しかった。ベルリン大学での法学研究は、その後ドイツだけでなく世界をも席卷したのだが、それはローマ法・法学のコスモポリタンの性質、自由な人格・所有・契約、その他の普遍的法概念・法原理の採用によるところが大きかった。雑多な法律・法文から成るローマ法を整備するためには法学・法理論が欠かせなかったが、このことによってドイツ法学の学問性がきわだった。

\*42 18世紀ドイツの大学法学部は、法の理論の研究・教育とともに実務修習もおこなっていた。しかし、18世紀末にプロイセンで司法試験制度が整備され、合格者は裁判所で実務修習を受けるようになった。このため、大学法学部は、理論的な研究・教育にかなり専念できるようになった。

\*43 法学の学問化は、当時の他の国では困難だった。イングランドの大学(オックスフォードとケンブリッジ)、およびフランスの大学は、全体が1700年代から停滞に陥っていたし、アメリカの大学は未完成であった。また、これらの国では法律家を大学で養成する伝統はなかった。この状況の打破は、19世紀後半にドイツの法学や法学教育モデルが導入されたことによる。

解しようとする意識である。この意識をもつには、人類は 18 世紀末を待たなければならなかった。

ルネッサンス期以来の人文主義や近世の啓蒙主義には、この意識が欠けていた。人文主義は古典古代を重視した。そのさい前提にしていたのは——マキアヴェリやグロティウスらに見られるように——〈自分たちは古代人の末裔だ〉・〈人間性・人間行動はどこでも同じだ〉・〈自分たちは古代を再現するのだ〉という意識であり、古代の独自性・今日からの距離を見る態度ではなかった。かれらはまた、中世をただ今日の尺度で測り暗愚の時代とした。続く啓蒙主義は、自分たちが信奉する合理性・文明の尺度を万能視したため、中世ばかりか古代もまた未開社会も「暗愚の世界」となった。

これらに対してヘルダーは『人間性形成の歴史哲学異説』(1774)で、それぞれの歴史段階・民族がそれぞれに神の摂理を体現していること、それぞれにおいて人は幸福を求めて生きたこと、それぞれが光と影をもつものであること、したがってそれぞれの個性を内在的に理解しようとする努力と、そのための共感とが大切なこと、を説いた。ヘルダーが出したこの歴史主義は、ロマン主義やドイツ=ナショナリズムに受け継がれていった。サヴィニーらが、法典編纂に消極的であったり、ローマ法を重視するとともにそれを歴史的に相対化してあつかおうとしたのは、こうした基盤上でのことであった。

#### (iv) ドイツ観念論の影響

カントやヘーゲルは、次の3点においてパンデクテン法学の展開に寄与した。

(a) 原理の発見・それからの演繹的構成 カントは、『純粹理性批判』や『実践理性批判』(1788)等に見られるように、道德の常識などの素材から出発しつつも、思索によってそこから重要な概念や道德原理を析出し、それらを組み合わせることによって、もともと基底的な原理からの論理的展開のかたちで道德論の全体を描きだした。この、カントが言うところの「ア=プリオリな総合」の手法が、法学を体系構築の学とする道を広げた。

(概念法学は、「ア=プリオリ」な論述を重視したが、「総合」に欠けていた。)

ヘーゲルの影響も重要である。ヘーゲルは、『法の哲学』や『歴史哲学』などに見られるように、観察を重視し、そこから獲得した現実の多様な素材をつねに念頭に置きながら、それら相互が法則によって連関していることを明らかにする学問を特徴としていた。しかしかれは、『精神現象学』や『論理学』では、もっとも基底となる概念から出発しつつ、〈その概念が内なる矛盾によってより高次の概念に移行する〉というかたちで、概念の自己展開において全体を体系的に構成する手法を前面に出した。この後者の手法が、その後ドイツで法学にも浸透した。(とくにプフタは、ニュルンベルクのギムナジウムで、当時校長を務めていたヘーゲルから哲学を直に学んだ。)

(b) 自由な意志 カントは道德論において、〈自由な人格〉——自分の理性を働かせて自分でルールを確立しそれにしたがって意志し行為していく主体——の姿を鮮明に示した。かれは、この人格を法の前提ともした。カントは、このことによって、具体的・現実的な人間から切り離され、抽象化された「人格」(=自由な理性的意志の主体)を主軸にして展開していく法論を準備した。じっさいヘーゲルは、カントのこの「人格」概念をふまえ、法理論を〈自由な意志〉主体を主軸に構築した。

(自由な意志)を社会論の主軸とし、それゆえ社会制度——婚姻・家族・刑法・国家など——を契約論



的に構成することは、ホッブズに始まり、近世自然法論のパラダイムの一つとなっていた。〈自由な意志〉は、とりわけヴォルフにおいて重要であった。しかし、〈自由な意志〉を純粹な〈理性〉と結びつけたのは——ルソーが「一般意志」を理性的な意志としたのを除けば——カントとヘーゲルが最初である。

パンデクテン法学は、カントやヘーゲルのこの人格論・意志理論をふまえて、民法の全体を〈個人の自由な意志〉を起点にして論理構成した（意思教説）。このように、抽象的なものである意志が法理論の主軸となったことによって、所有権論や契約論をはじめとして法理論は、「人格」ないし「意志」概念から——経験的な事実を組み込まなくとも——展開できるものとなった。じっさい一部のパンデクテン法学者は、このやり方を受け継いだことによって、〈法学では、法を現実から切り離して論理連関だけを追って構成していくことが可能だし必要なことだ〉とするようになった。

(c) 道徳と法の峻別　カントは、〈自律を原理とする「道徳」（理性によって自分をコントロールする）対〈他律を原理とする「法」（自由な主体の相互関係を規律しそれゆえ個人に対して外面的強制として働く）〉という対置で、道徳と法との峻別を強化した。法はこのことにより、道徳とは異なるそれ自体の論理をもつものとして、法特有のあつかい方をすべきものともなった。

### (3) 社会的・政治的位置

パンデクテン法学者たちは、社会や政治の動きに対しどういう立場をとったか。この点を正しく認識するためには、さまざまな早合点から自由にならなければならない。以下この問題を、考えよう\*44。

(i) 産業資本主義との関係　パンデクテン法学者たちは、同時代の他国の法律家の多くと同様、近代の産業化を推進する〈自由で・予測可能で・運用上安定した私法〉を獲得しようとした。そしてそのために、概念を明晰にし体系化を進め、運用の論理一貫性を確保しようとした。また、法を道徳や宗教や自然法から切り離すことによって、権力の介入を防ごうとした。それでも、パンデクテン法学者たちを〈産業資本主義のイデオログ〉とするならば、それは早合点である。かれらは、同時代の産業資本主義を手放しで讚美したわけではないし、その自由放任主義の立場に全面的に賛成したわけでもない。

先にも述べたように、この時期の法学の担い手は、ドイツのエリートである大学教授として、教養専門職に属する。この教養専門職は、確かに近代社会でいっそう重みを増し、その専門職をつうじて近代社会に貢献した。しかしこの教養専門職は、旧い名望家であり、貴族的世界とも結びついていた。かれらは独立し責任感をもつことによって、名誉感情、それにとまなう自己制御意識・規範性をもっていた。簡単に言えば、かれらはジェントルマンであった。こういう人々は、新興・成金の資本家階級を侮蔑する意識を強くもつ。かれらはまた、近代的工場や都市化、貧富の拡大がもたらす人間破壊、競争社会化や「もうけ主義」的な合理化・近代化がもたらす道徳・文化の破壊、恐慌などに対しても強い違和感をもった。こうしてかれらは、産業資本主義に対して、ときには鋭い批判者——右側か

\*44 以下については、拙著『近代ドイツの国家と法学』参照。

らとともに左側からの——ともなった。「資本主義社会」だからといって、すべてが「資本主義」の論理で動くものではないのである。

(ii) 民主主義との関係 かれらは、自由で平等の人格、自由な所有、契約の自由を原理にしドイツの近代化を進めた。しかし、そのことはかれらが「民主主義者」であったことを直ちには意味しない。

歴史的に見て多くの教養専門職、とりわけドイツの教授たちは、自由主義と結びついたが、民主主義とは結びつかなかった。18世紀末以降、民主主義は、主として民衆の政治的要求としてあり、19世紀後半には労働者階級と左派知識人とに担われた。ドイツの教授たちは、「絶対主義」的体制の克服を求めたが、民衆が政治的に支配すること（民主主義）に対しては警戒心をもった（これは、プラトン・アリストテレス以来の、西洋知識人の長い伝統である）。

かれらは、自由とともにとともに、統一された強いドイツ国家を求めた。かれらは、社会の近代化とともに安定性・秩序を重視した。それゆえかれらは、国家の合理的整備とともに、旧い身分制的な自由や、その根底にある〈他者や共同体を大切にす精神〉とを同時に追求した。かれらが自由化・近代化を求めたのは、〈国民に経済的・政治的自由を保障することが、国民が内面的にも私的生活においても自立化するとともに国家に参加し健全な国家意識をもつための前提になる〉と考えたからである\*45。この考えは、かれらを批判した後述のゲルマニステンや、さらにはヘーゲルがもっていたものでもあった。

かれらはこのため、19世紀後半になって、恐慌を経験し、また社会問題が深刻化して労働者階級の組織化が進んだとき、〈秩序・安定・強いドイツ〉にますます傾き、ビスマルクによる国家社会主義の支持に回った。これが、イエーリングらに生じた政治的転向の原因であった。

(iii) 「個人主義」との関係 パンデクテン法学者たちは、ローマ私法を研究対象にしたが、思想において一面的に「個人主義者」であったわけではない。〈ローマ法は個人主義だ。だからそれを研究している者も個人主義者だ〉というのは、19世紀に見られたゲルマニステンGermanisten（ドイツの固有法＝ゲルマン法を研究対象にした私法学者。これに対してパンデクテン法学者たちはローマ法を研究対象にしたので、ロマニステンRomanistenと呼ばれる）の言いぐさであったが、(イ)ローマ法の性格について、(ロ)近代法の性格について、(ハ)パンデクテン法学者の思想について、ともに単純化に陥っている。

(イ) ローマ法の性格について 確かにローマ法は、自由な人格・所有の自由・広範な私的自治を原理にした。ローマ法は、私法活動に対する社会的規制をゆるめ、したがってまた道徳的制約からの法的行為の自由、その意味での法の自立をかなり推し進めた。市民は自己の判断で行動するようになったから、自立意識・責任感も高まった。ローマ法はまた、集団を、家族については家長の権限問題として、団体については構成員の共有ないし組合関係として、個人に還元して把握し、団体に法人格を認めることに消極的であった。これらのかぎりでは、ローマ法を「個人主義」的だと言うことはできる。

---

\*45 これこそ、福沢諭吉の「一身独立シテ一國独立ス」という思想と同じ立場をとるものである。福沢の『学問ノススメ』とイエーリングの『権利のための闘争』とが、同じ年（1872年）に出たのは、両国で当時、国民主義が歴史的課題であったことを考えると、偶然ではない、と言える。

しかし、このことは、ローマ法が〈自己中心で、したい放題にすることを許す〉とか、〈個人を尊重し団体を敵視する〉とかという意味での「個人主義」(ないし利己主義)の法であったことを意味するものではない。時期によって異なるが、ローマ法の中には、第一に、既述のように①権利行使の態様についてシカーネを問題にすること、②契約の背後に *iusta causa* を求めること、③信義誠実 *bona fides* の重視、④売買において正当な対価関係を求めることなど、公序・正義の観点から法律行為をコントロールするしくみが働いていた。第二に、イェーリングも述べているように、古代ローマにおいて人々は、社会の善い習俗・道徳・常識・仲間関係・共同体を自主的に尊重しつつ法的権限を行使した。たとえば、ローマの家長は、家族員に対する生殺与奪の権限をもっていたが、親類・縁者からの批判や世間の眼を気にし、祖先の倫理規範尊重の気風に従い、さらには監察官による倫理的取り締まりに配慮し、やりたい放題に権利行使することはなかった。

(ロ) 近代法の性格について (a) 法と倫理・愛情 たとえば、近代法は、結婚を契約として把握する。しかしだからといって誰も、〈法は結婚を *give and take* の取引としている〉と受け止めて、ドライに結婚生活を送るわけではない。近代法は、契約的な構成が夫婦の自由と平等を確保する上で便利だから、そういう構成をとっているだけだ。結婚生活は、その法的形式の下で、倫理・愛情によって営まれる。法は、〈最低限必要なことを定めたルール〉に留まり、権利者が第一義的には倫理・愛情によって行為することを前提にしている。

(ハ) 社会倫理について パンデクテン法学者たちもまた、少なくとも 1873 年の世界恐慌のまでは、〈自由を保障することによって自立・自己責任感を涵養しよう〉とした。かれらはそのためにも、各人の広範な自由が、各人が社会倫理を尊重し、すすんで自己統制すること、自由の非権力的な制御に期待した。かれらは、各人の自由を、国家によって上から権力的に規制することにも、またゲルマニステンのように団体主義的で倫理性を濃厚にもった法(ゲルマン法)を採用することにも、反対だった。かれらの私的自治尊重の立場は、社会が自由を自主規制できるのだという信頼に支えられていたのだ。(しかしかれらは、1873 年の恐慌を経験し、社会の自主規制への信頼を失い、国家による規制・介入に傾斜していく。)

## 1-2 パンデクテン法学外の動き

### (1) 刑法学(フォイエルバッハラ)

近代刑法学は、パンデクテン法学者と基本的に同じ、自由主義的な法治主義の立場にあった。かれらは、刑法を厳密で体系的に整備されたものに仕上げることによって、すべての恣意の排除、予見可能性、法的安定性などを達成しようとした。

(i) カント・ヘーゲル 近代ドイツの刑法理論では、当初カントやヘーゲルに見られるように応報刑主義が有力であった。

カントは、法論を「形而上学」の一環としそれゆえ道徳論を基底にしつつ議論した。このため刑法論も、自由な意志主体である人間、〈自分で自分を統制し、自分の行為に責任を負う覚悟のある主体〉の観念を軸にして展開する。(ここでは、心理作用にしたがって動く現実の人間は、刑法論から除かれた。)このことが以下のような刑法論をもたらした。

第一に、自由な人間は、外から罰で威圧し行為を強制されてはならない。カントは、刑罰を〈強制〉の観点からではなく〈ルール〉の観点から見る。すなわち、〈犯罪者は、た

たとえば窃盗の場合は所有権の否定を、殺人の場合は生命権の否定を、自分の行為のルールにした)と見るのである。こうしてたとえば、〈窃盗犯は、その所有を否定され監獄で無償労働をする(懲役に服する)のが当然だ〉、〈殺人犯は、自分も生命を奪われる(死刑に服する)のが当然だ〉ということになる。つまり科刑は、「目には目を、歯には歯を」と言うタリオの刑のかたちをとることになったのである(『人倫の形而上学』第1部第1章一般的注解E)。

第二に、カントの上述の立場に立てば、法に違反した犯罪行為に対しては道徳もまた無関心ではおれないことになる。後述するように、アンセルム=フォイエルバッハは、功利論の立場をとってカントのこの立場を克服し、「旧派」の刑法論を構築した。

ヘーゲルは、科刑を弁証法的に考え、科刑とは、犯罪に、それに見あった罰を与えること(=否定の否定)によって、犯罪によって損なわれた正義を回復することにあると見た(『法の哲学』第97節)。ここにも、行為の客観的側面に着目し、犯罪の程度に対応した刑を科す客観主義が顕著である。

(ii) フォイエルバッハ これに対してフォイエルバッハ以降、目的刑主義が確立する。フォイエルバッハは、啓蒙的な合理主義、実用主義的人間観の持ち主であった。かれは、人間を、〈自分が犯そうとしている犯罪から得られる快と、そのあとに来る刑罰の苦痛とを比較し、刑罰の苦痛を考えて犯行を差し控える〉合理的存在だと考えた。したがって刑罰による威嚇が犯罪を防止できる。フォイエルバッハは、刑罰の目的を一般予防にあるとするこの考えによって、カントに見られた、道徳と法とを連結する立場を克服できた。(しかしかれは同時に、カントをふまえて、刑罰は、行為者の責任を問うものでもある以上、犯した罪に対応したものでなければならないとも論じた。)フォイエルバッハはまた、かれと同様の実用主義的な啓蒙的合理主義の刑法学者であるベツカリアが、『犯罪と刑罰』(*Dei delitti e delle pene*, 1764)などで唱えた、罪刑法定主義、法と道徳の区別、残虐刑の廃止などをも受け継いだ。この立場を「旧派」の刑法学という。

### 罪刑法定主義への努力

フォイエルバッハが提唱した「法律なくして刑罰なし」*Nulla poena sine lege*の罪刑法定主義は、次のような点に明らかである。たとえば、かれが起草したバイエルン刑法典(1813年制定)の第209条は、窃盗犯について次のように厳密に定義している。「自己の所有に属さない動産を正当な権限をもたず、人に暴力を加えることなく違法に自己の所有にするために領得した者は、窃盗を犯した者である」。この定義がどれほど工夫されたものであるかは、1220年頃の『ザクセン=シュピーゲル』(II.13.1)の、「窃盗犯は絞首刑にする」という法文との比較からはもちろんのこと、1794年の『プロイセン一般ラント法』(II.20.1108)の、「自己の利益、便宜、利用のため動産を他人の占有から、かれの事前の認識ないし承認なしに取り上げた者は、窃盗を犯した者である」という規定との比較からも、明らかになる。『プロイセン一般ラント法』の、「自己の利益、便宜、利用のため」の語は不要であるし、「かれの事前の認識ないし承認なしに取り上げ」という規定は、「違法に自己の所有にするために」という領得の意思が欠けているから、不十分である。

ただし、バイエルン刑法典の「人に暴力を加えることなく」は、別に強盗の規定があるから、不要である。また、「自己の所有にするために」は、他人の所有にするために盗んでも窃盗になるのであるから、「自己または第三者の所有にするために」とするのが、より厳密である。1998年のドイツ新刑法典第242条は、そのようになっている(=「他人の所有に属する動産を不法に自己または第三者の所有にするために他の者から奪った者は、5年以下の懲役もしくは罰金に処す」)。(以上、Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, S. 467 f.) ちなみに、日本の刑法第235条は、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役に処する」となっている。『ザクセン=シュピーゲル』並に、「財物」・「窃

取」の定義もない。

(iii) 後期「旧派」 「旧派」の刑法学も、19世紀後半には変容した。すなわち、ビンディング (Karl Binding, 1841-1920) やビルクマイヤー (Karl von Birkmeyer, 1847-1920) らは、刑法を社会の倫理的秩序 (道義) と不可分の規範であると——カント的に——考えた。この見方からすると、犯罪者は、その自由な意志によって、法を破っただけでなく倫理的秩序をも犯したことになる。犯罪者に対する科刑とは、道義を防衛する義務をもつ国家が、犯罪者の法規違背責任とともに、かれの道義的責任 (反道徳行為の責任) をも追及することであり、問題は単に法的な枠組みにとどまるものではない、ということになる。かれらは、この立場から、罪は〈法律の文言だけではなく社会道義をも参照して判断すべきである〉とした。すなわちかれらは、法律の枠を重要視する客観主義と決別し、刑法学に類推や目的論的な立場からの解釈を導入し、科刑上の遡及効をも認めた\*46。こうした点で、後期の「旧派」は、同時代の後期パンデクテン法学や公法学と並んで、社会・国家の立場からの法運用を主張し、近代法のしっかりした枠組みを崩す道をとったものと言える。

## (2) 公法学 (ゲルバー・ラーバント)

(i) ゲルバー パンデクテン法学で発達した論理的・体系的思考の公法学への適用は、ゲルバー (Karl Friedrich Wilhelm von Gerber, 1823-91) に始まる。かれは、初期の『公権論』*Über öffentliche Rechte* (1852) では、国家を一つの有機体だと見た。

一般に国家有機体説は、家産国家的な君主専制に対して、〈君主個人を超えた共同体〉としての国家を強調し、また〈有機体であるためにはその各部分が生き生きしていなければならない〉として、臣民の自由や政治参加、部分社会の自治などを重視する。この傾向が『公権論』にも見られる。すなわちゲルバーは、ここでは、(君主や官僚の権限を強化するとともに) 臣民の公権 (参政権) をも確保しようとする。たとえばかれは、〈私法は人間を〈人格〉として抽象的・一般的にあつかうが、公法は人間を具体的にあつかう〉とし、身分制を基礎に置き、各身分に応じて臣民に一定の権限 (自由) を与えると同時に、身分団体の自治や、各身分の代表から成る議会の権限を確保しようとする。ゲルバーは、臣民の公権を、〈人間の自然権から来るのではなく、国家有機体における臣民の位置から来るのであるから絶対的なものではない〉とし、君主の権限の下に位置づけたが、しかしそれでもかれは、君主専制でない公法論を展開させようとした。

ゲルバーの公法理論は、1865年の著『ドイツ国法学綱要』*Grundzüge des deutschen Staatsrechts*) で変容する。かれは、ここでは国家を「法人」として構成する。このことは、公法論の精緻化を意味するが、しかしそのことが〈上からの支配〉の論理を貫徹させ、臣民の地位を弱いものにしてしまった。すなわち、かれはここでも国家を、実際のあり様からは一つの「有機体」だとしつつも、法的構成としては「法人」とするのがよいとする。あるものを、法独自の論理で展開させて描き出し、それによって実際の姿から離れることは許される、と言うのである。しかし、このことは結果として、次のような公法理論をも

\*46 Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, S. 307.

たらしめた。

一般に国家を法人として構成すると、国家は自然人である君主ないし人民とは別個の主体となる。この国家法人は、法人として独自の意志をもつ。この意志が法である。国家法人は、機関として君主や官吏をもち、「営造物」として組織や公的施設を所有し、それらを機能させて活動——統治作用——をおこなう。こうした法的構成は、次のような関係をもたらす。第一に、君主は国家法人の一機関だから、国家は君主の所有物ではなくなる。

〈君主が国家の所有者であり、それゆえ支配は君主の意志どおりとなる〉としてきた家産国家的な観念は、こうしてここでも否定される。(もっとも君主は、他方では、国家の最高機関としては、相当の権限をもつ。)第二に、臣民は、国家そのものでも国家の機関でもなく、国家の支配作用の対象でしかないものとなる。このため君主に比べると臣民の地位は無に等しいものとなる。(ただし、以上の2点が、国家法人からの必然的帰結であるかどうかは疑問である。君主と並んで臣民代表機関を位置づけることや、君主権と並ぶものとして臣民の基本権を設定することは、十分にありうるからである。)第三に、国家は独立の意志主体となり、その国家を規制する意志主体は別にはなくなるので、〈国家はその意志によってすべてをつくり出す〉ものとなる。すなわち、また〈国家の意志が法であるから、立法がすべての淵源だ〉ということになる。第四に、以上からは、〈法律によればなんでもでき、立法作用は無制約だ〉とする法律万能論や、〈何が法かは国家が決める〉とする「国家的法観」などが帰結する。第五に、〈国家がすべてを定める〉という論理がこのようにして貫徹するので、〈部分社会の自治〉の余地もなくなる。

もっともゲルバーは、ここでも他方では、〈国家ができる前から個人が自分のものとして行使してきた権利、すなわち固有権(私権をもふくむ)は、その性格上、単なる法の反射的効果には留まらない〉と論じている。一般に法人は、法人の機関・構成員の外に自然人がいることは、前提にしている。したがって国家法人内での権利(公権)を臣民に否定しても、そのことは、臣民が自然人として国家法人の外で持ち続ける権利(私権・非国家的人権)まで否定することは、意味していないのである。

(ii) ラーバント　ゲルバーの公法学は、ラーバントによって精緻化された。『ドイツ帝国国法学論』*Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876) が、その主成果である。この書でラーバントは、後期のゲルバーと同様、法的構成を社会論や道徳論から純化させる。かれはその法的構成においては、制定法を超えて思索して根本原理をとらえ、それらを連関づけて体系を構築していく。かれは、こうして確立した法教義学が個々の実務上の法的問題の解決にも役立つ、と考えた。じっさいかれの公法学は、帝政期ドイツの国家実務と深くかかわった。

法教義学の中身においても、かれはゲルバーの国家法人説を踏襲し、それを精緻化した。かれの国家法人説は、ゲルバーにおいてと同様、一方では、君主を国家機関として位置づけることによって統治行為を法にもとづくものにしようとした。しかしそれは、他方では、そのことによって君主の支配を法的に正統化するとともに、臣民を国家意志としての君主の意志に従うものとした。こうしてかれの公法学は、〈近代的な相貌をもった国家主義〉を体現するものとなった。

ラーバントの法学はしばしば、法実証主義的であるとされる。かれの法学は、法的に構成した国家を議論の主軸とする点で、自然権・自然法を認めず、また政治や道徳の議論を法論であつかわないものとなるので、確かに法実証主義である。しかしかれの法学は、制

定法の枠内で議論するだけのものではなく、制定法をふくむ法秩序の根底にある原理を探り、それを法学の軸にするものであるから、法律実証主義ではない。この点は、当時のパンデクテン法学におけると同様である。ラーバントの次のような言明には、〈制定法を超えた思索によって法的構成をする〉と言うイェーリング的な立場がはっきり示されている。すなわちかれは言う、「憲法典の欠缺を国家秩序の欠缺と混同してはならない。後者はありえない概念である。制定法には欠缺がありうるが、しかし法秩序自体には、自然秩序と同様に、欠缺は生じえない\*47。」国法学においても法教義学は、思弁によってこの法秩序自体から法をつくるのである。

上のような国家法人論は、国民が政治の担い手として主体化すると、そのままでは成り立たなくなる。そこで、民主化が強まった 19 世紀末以降になると、国家法人の実体は国民自身であるとか、国家の意志は国民代表（議会）の決議であるとか、国家は国民に配慮して統治作用を自己制御しなければならないとか、国家は国民がもつ基本的人権などによって作用を制約されているとかとする、新しい国家法人論が登場してくる。

### (3) 英米への影響（オースティン・ラングデル）

(i) イギリス イギリスの法学研究は停滞していたが、オースティン（John Austin, 1790-1859）が新局面を切り開いた。オースティンは、ベントムに見込まれ（かれは、新婚時代にロンドンでたまたまベントムの隣家に住み親交を深め、夫婦とも功利主義の旗手となった）、ロンドン大学の法理学教授に任命された。講義準備のため1826年から2年間ドイツに留学し、当時進んでいた、パンデクテン法学における、法の原理的・体系的把握に影響された。

かれの法学は、「分析法学」と呼ばれる。その特徴は、①法を制定法に限定し、それゆえ法を道徳論や自然法論から切り離してあつかったこと、②法を歴史的に考察したり政治力学で説明したりするのではなく、法にかかわる諸概念（法・権利・命令・権力・妥当性など）を区別立てや整理によって明確化することに重点を置いたこと、③そのさい法を主権者が強制をバックにして下した命令だとしたこと（主権者命令説）、④それゆえ法の解釈では立法者意思を重視したこと、⑤国際法には命令する主権者がいないので、それは法ではなく実定道徳に過ぎないとしたこと、などにある。こうした点でオースティンは、ホッブズ・ヒューム・ベントムらの法実証主義の伝統にも立脚していた。

かれは、1832年に『法理学の領域決定』*The Province of Jurisprudence Determined* を著したが、その議論は細かすぎて受けなかった。かれは、講義が下手のうえ非社交的だったので、大学でうまくいかず退職した。かれの不遇を支えたのは、文筆家で社交的だった妻セイラ Sarah の積極性であった。セイラは、夫の死後、遺稿を整理して『法理学講義』（1863）を刊行したが、これが英米で反響を呼んだ。①アメリカと同様、イギリスでもこの頃からドイツの法学の影響下に「法学の学問化」が課題となっていた。②また、立法への関心が高まっていた。主権者命令説は、「法の支配」ないしコモン=ローの伝統——〈主権者の上に法がある〉としまた裁判官による法創造を前提にする——には反するものの、「議会主

---

\*47 Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des norddeutschen Bundes, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege*, Bd. 4, 1870, S. 669 f.

権」の立場には適合するし、ホップズやベンタムらの先駆的思想と結びついていた。しかも、当時のイギリスで新立法による制度改革や、革新官僚による施策＝「19世紀の行政革命」が盛んであった（「ベンタム主義の時代」とも呼ばれる）ので、注目された。③主権者命令説はまた、アメリカの、ニュー=ディール政策に向かう世風にも適合した。財産権を自然権として絶対視する保守的な裁判官や財界に対して、ホームズ (Oliver Wendel Holmes Jr, 1841-1935) らが労働者保護・財産権の規制に打って出るとき、有力な支持理論となったのである。すなわち、〈法律は、立法者が政策遂行のためつくったものであり、したがって必要に応じて解釈によっても運用を変えられるものだ〉という立場を支えたからである。(オースティンが評価されたのは、こうした実践的背景のゆえである。その法実証主義や主権者命令説は、法的なものの単純化の上に成り立っており、理論的意味はあまりない。)

(ii) アメリカ アメリカでは、法曹養成はイギリスと同様——イギリスに比べはるかに簡単であったが——徒弟的な職業訓練として始まった。19世紀には、ロー=スクールを大学に設置する動きが出て来た（ハーバード大学ロー=スクール Harvard Law School は、1817年に創立された）が、法曹養成は——1830年代のジャクソニアン=デモクラシーが〈専門家支配に対する懐疑〉の雰囲気をもったためもあって——なお簡単なものだった。すなわち、スクールの在学期間は1年間であり、授業は裁判官や弁護士が非常勤でおこなった。しかしやがてここでもエスタブリッシュメントの形成が始まった。

なかでもハーバード大学でラングデル (1870年からハーバード=ロー=スクール教授・学長) が進めた改革が重要であった\*48。かれは、第一に、1850年代後半のイエーリングに似て、自然科学をモデルにし法学を学問化しようとした。かれは、1871年に出版した『契約法判例選』*A Selection on the Cases of Law of Contracts*の序文で、「科学の対象となる法は、諸原理・諸理論から成り立っている。Law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. それらを使って複雑な紛争をたやすくかつ確実に処理するのが真の法曹である」と述べている。かれは、それまでカズイスティックに運用されてきたコモン=ローから、各分野において諸原理を析出し、それを整理して抽象的・一般的な理論を獲得していた。かれはたとえば不法行為論では、過失責任を根本原理とする一般理論を構築した。そうした法学は、当時の経済的自由拡大の動き (=国家介入の阻止) を支えるものであった。

かれは第二に、そうした諸原理・諸理論を学生たちがヴィヴィッドに学び取れるよう法学教育を革新した。かれの学長時代にハーバード大学ロー=スクールは、まず、入学資格を学卒とした。また、入学・進級・卒業の試験を厳しくし（入学試験では古典教養や、ブラックストーンら法学の古典の知識を問うた）、修学期間を当初2年、のちに3年とした。（こうした厳しさのため同校の学生数は激減した。しかし卒業生が質の高い法曹となったので、同校の名声が高まった。）教員も、実務家に代えて専門の法学研究者を採用した。

この新しい装いのロー=スクールでラングデルは、判例を厳選して集めたケース=ブックを使って、学生に教室で判例を比較分析させその中から法概念・諸原理・諸理論を獲得させていくケース=メソッドと呼ばれる手法を開発した。（『契約法判例選』や翌年の『所有物売買判

\*48 松浦好治「"Law as Science"論と19世紀アメリカ法思想——ラングデル法学の意義」(1)（『中京法学』第19巻2号、1984）。ギルモア Grant Gilmore『アメリカ法の軌跡』（望月礼二訳、岩波書店、1984）第3章。



例選』などが、そうしたケース=ブックである。これは、今日のケース=ブックとは異なり、判例を並べただけで一切の理論的コメントを入れていない。) そのさいかれは、ソクラテック=メソッドと呼ばれる、学生との対話形式の授業をおこなった。(これは、ドイツの大学で広がっていた演習 *übung* ないしゼミナール形式の大教室版と位置づけられる。当時イェーリングも、判例や架空のケースを準備して演習をおこなう教育法——今日のプロブレム=メソッド——を利用した。ドイツの大学教育モデルは、1876 年創立のジョーンズ=ホプキンス **Johns Hopkins** 大学などに見られるように、この時期のアメリカに浸透した。そもそも事例研究および対話式の授業は、中世の法学校においても重視されていた。) この授業形式には、当初は講義形式に慣れていた学生たちが反発した。しかしそれは、次第に評価されるようになり、他のロー=スクールにも広がっていった。

〈実務家が、個人的な経験にもとづき断片的・現状肯定的に実務の知識やノウハウを教える授業〉ではなく、〈法学者が自分の批判的研究をバックにして学生に自分で考えさせ、また広い視野・体系的連関を学び取らせる授業〉によって、創造力ある質の高いエリートを確保しようとする姿勢は、今日でもアメリカの一流のロー=スクールには生きている。

## 2 近代法学批判

ドイツの近代私法学に対しては、その論理一辺倒・実生活無視の批判が19世紀末から強まった。その原因としては、次の3点が挙げられる。(a) この時代以降には、マルクス、コント (Auguste Comte, 1798-1857)、生の哲学、ヴェーバー、プラグマティズムなどに見られるように、現実を重視し、歴史的にもものを見、人間の実情を直視する姿勢が強まり、ヘーゲル的な概念にこだわった観念論が崩れた。(b) 前提にあった〈法秩序の完結性・無矛盾〉という信仰が、階級対立や諸党派の政治的対立の激化、社会問題の深刻化の中で崩れた。諸党派の対立が激化したことは、立法主体としての君主・官僚層・議会の名望家の統合力が落ちたこととも不可分である。今や、〈法は自己完結した概念体系ではなく、それゆえ論理で動くのではない。法の背後に働く政治的・社会的な力関係が法の帰結を決めるのだ〉という認識が強まった。(c) 資本主義の矛盾が顕在化するのにもとない、自由放任・「個人主義」に対する懐疑が高まり、個人の意志を基軸にし、それからの論理展開でいく私法学が疑問視されるにいたった。

概念法学に対する批判運動は、こうしたすぐれて現代的な意識の下に、近代批判の一環として展開された。ここではその中の、(1) 法の歴史的・社会学的研究、(2) 利益法学、(3) 自然法の再生、(4) 実証主義法学、(5) 政治的法論をあつかう。

### (1) 法の歴史的・社会学的研究 (ギールケ・エールリヒ・アメリカ法学)

この研究としては、(i) ベーゼラー (Georg Beseler, 1809-88) やギールケらゲルマニステンに代表されるゲルマン法研究とその流れをくむ法史学、(ii) エールリヒやジェニー (François Jény, 1861-1959) に代表される自由法論・法社会学、(iii) アメリカの法社会学的法学やリアリズム法学、(iv) マルクス主義的法学などがある。これらによって、①制定法やローマ法とは独立に、民衆の生活の中で自生した法があり、それをとらえた法実務が重要であること、②法の外の社会的要素、とくに政治や経済、人間心理が法を規定している事実、③文化圏による法の多様性、④法が歴史の中で示す多様性 (近代法の相対化) などが浮かび上ってきた。

(i) ゲルマン法論 ゲルマニステンは、〈ローマ法的な近代法は、その個人主義と国家主義のため、実生活で問題を生じさせている〉として、これに対置して、〈ドイツの伝統に根ざし、自由と連帯が結びついたドイツの有機体的組織の伝統〉の「ゲルマン法」再評価を提唱した。それは、古ゲルマン時代以来の、独立の中産農民や自営商工業者の生活の伝統——とくに自治をもった団体に結束して自由を守るとともに相互に連帯しあう中世的伝統——を法に反映させようとする作業であった。ベーゼラーはこの立場から、『法曹法と民衆法』 *Volksrecht und Juristenrecht* (1843) において、法曹が上から他民族の法を押しつけるローマ法に対抗して、ドイツの民衆が法形成している商法・組合法・家族法などゲルマン法の意義を強調した。

かれの弟子のギールケは、この立場から、ゲルマン法上の *Genossenschaft* と呼ばれる団体 (= 構成員の総体自体がその姿で一個の人格 *reale Gesamtperson* —— 構成員の交替とは独立に —— を成して法的主体として機能する) や抵抗権思想、自然法論などを研究し、また、ロマニステンのヴィントシャイトを中心に作成された民法典第一草案 (1887) を批判した。この批判は一部とり入れ

られて、ドイツ民法典に結実した。かれは同時に、この研究をつうじて、〈健全な国民国家は、このような独立自営の中産層が協同組合によって連帯するところにのみ可能である〉と論じた。この国民国家の思想は、〈独立自営の中産層を中軸にした市民軍によって自由を守ろう〉とした、古代ローマやルネッサンス期の思想とも通底する。

(ii) 自由法運動 ドイツ この運動の始まりは、エールリヒが1903年に発表した『自由な法発見と自由法学』*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* と、カントロヴィッツが1906年に発表した、『法学のための闘争』*Der Kampf um die Rechtswissenschaft* であった。かれらの根底には、ドイツの官権国家の伝統を克服し、人民による下からの新しい国家をつくろうという民主主義があった。かれらはこの立場から、法論において、①近代法が制定されてもそれとは独立に営まれている、地方・部分社会の法慣習がある事実、②古い私法では処理できない、新しい社会生活や社会問題が発生しているという事実を強調した。

法解釈論でエールリヒがとくに関心を寄せたのは、制定法には欠缺があり、そのときにどう解釈するかの問題である。この点について、かれは第一には、「生ける法」を問題にした。かれによれば、制定法には欠缺があるが、制定法をも産み出した社会は、一つの生きた統一体として秩序をもち、その秩序には欠缺などない。そうした秩序の主軸は、自生的な法ないし事物の本性である「生ける法」である。これを法社会的に探求し、その成果を法実務に反映させることによって、人々の生活は促進され、制定法の欠缺補充も可能になる、とした。(この議論は、概念法学の〈制定法の根底には法秩序がある。その体系を学問的にとらえれば制定法の欠缺を埋められる〉とする議論と、発想が同じである。この点については、拙著(前掲注 62)『法哲学講義』41頁参照。)かれは第二には、「立法者の根本的な意図」を問題にした。制定法は、立法者の意図を反映している；制定法に欠缺がある場合には、立法時にさかのぼって立法者の意図を問い——そのためには法社会学・法史学的手法が重要である——、それを基準にして解釈すべきだ。ただ、これら双方を尽くしても、方向が出ないことがある。この時には、解釈者である裁判官の裁量(「自由な法発見」)が避けられない。「自由な法発見」を適正におこなえるためには、社会に開かれた(=民主主義的な)感覚をもち、かつ科学的な社会認識ができる裁判官が大切であり、そのためには適切な裁判官養成が欠かせない、とした。

フランス フランスでは、民法典の制定(1804)以来、法学界は、「自然法」に依拠することからしだいに離れた。それゆえ法学では、〈そもそも論〉をやらなくなり、逆に、〈法典は完璧である〉・〈法律に厳格に拘束されるべきだ〉とする立場から法律の註釈に専念する註釈学派の法律実証主義が支配的となった。しかし、その後、近代社会が高度化するにつれ、法典の欠陥が問題になり、新しい法実務・法学上での模索が始まった。この状況下において、ジェニーが、『実定私法における解釈方法と諸法源』*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*(1899)を出版し、法学は、法律だけでなくその背後にある社会関係(生活上の要求・法的伝統・裁判の蓄積)と法原理(正義=自然法など)とを考察に入れなければならないと主張した。社会関係に対しては諸科学を動員しその中の法則をとらえ、法原理は理性と道徳的感覚によってとらえ、それらによって法律を補充していく、と。かれはまた、『実定私法における学問と技術』*Science et technique en droit privé positif*(1914-24)

においても、法を考えるさいには、法の文言やその体系的連関の明確化とともに、生活の現実 *le donné réel*、歴史的條件 *le donné historique*、人間の合理的なあり方 *le donné rational*、および社会が追求している理想 *le donné idéal* が重視されるべきことを説いた\*49。

(iii) アメリカ法学の変移 アメリカの法実務は、1815年頃から産業育成向けに法を運用するようになった。これは、二つの相反する道をとるものだった。一つは、上から産業化を促進するため、基盤整備・保護主義の新法を次々と制定していく道である。この動きは、法を道具として位置づけ、また可変的なものととらえる意識を強める。もう一つは、経済活動を活性化するため自由を広く容認する自由放任主義の道である。国家や社会勢力が取引に介入するのを防ぎ、予測可能性・法的安定性を確保するためには、法を道徳・宗教から切り離すことや、法を体系化し緻密な解釈によって適用することが、必要となる。法形式主義 (Common Law Formalism) への動きである。

(a) 1870年代になるとアメリカ資本主義は、産業革命を成就し、自立性を高め、自由放任主義に傾斜していく。自由放任主義は、農民や労働者の抵抗に対処するためにも強調されるようになる。(b) 他方、法学の世界ではランゲルらが、〈法学を科学として位置づけ、判例や法律から概念・原理を析出しそれを事件に適用する〉傾向を強めた。この法学は、法を社会から切り離し法学の理論を抽象的で一般的なものにし、法的世界を自己完結的なものに映じさせたので、法形式主義に結びついた。それは内容の点で、契約の自由や過失責任主義をとり、自由放任主義に呼応するものだった。

こうした状況下で、19世紀末以降、自由放任主義と法形式主義が、裁判実務で結びついた。すなわち経済的自由主義に傾斜していた裁判官たちが、財産権・契約の自由・過失責任主義を徹底させ、それらから論理的演繹 (三段論法) によって——法以外の事情を顧慮せず——結論を導き出し、労働災害や列車事故等で企業の責任を否定したり、労働運動に敵対したり、政府がとる労働者保護の政策等を憲法違反と判示したりした。なかでも悪名高いのは、連邦最高裁のロックナー判決 (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)) である。この判決は、パン工場の労働者の健康を維持するために最長労働時間を規定した州の措置を、〈連邦憲法第14修正が保障する「自由」(契約の) に、政府が介入するもの〉として違憲とした。

このロックナー判決で少数意見を展開した一人が、ホームズ判事である。かれは、プラグマティズムの立場から、法律を社会を運営していく道具だと考えた。法は、自然法的価値が産み出すものではなく、人間である立法者がその政策 *policy* を遂行するためにつくる。したがって、その運用にあたっては、法の諸基本概念からの論理的帰結だけによるのではなく、結果の妥当性を見すえて解釈し、また法を改善することが重要である (実験的方法)、と。かれの有名な、「法の命は論理でなく経験である」*The life of the law has not been logic: it has been experience.* という言葉は、この点にかかわる。(この言葉は、論理を軽んじよと言うものではない。法原理・法準則から法命題を論理的に構成して適用すること自体は、法的道具の特性として、かれは重視した。) かれはまたマクロの視点から、生活の必要 (相争う利益) や政治制度、思想・理論の力が法

\*49 碧海純一他『法学史』(東京大学出版会、1976、198頁以下)、Robinson et al., *European Legal History*, 3rd edition, 2000, pp. 280-282; 金山『時効理論展開の軌跡』参照。中田薫「仏蘭西に於ける自由法説」(1913、『法制史論集』第4巻、岩波書店、1964)。

を規定する点を問題にし、法を正しく理解し適用するため、歴史と現代社会とをふまえよ、と説いた (*The Common Law*, 1881, Lecture 1)。

同様にブランドイス (Louis Dembitz Brandeis, 1856-1941) やパウンド (Roscoe Pound, 1870-1964) からも、法を社会におけるその実際の働きに着目してとらえ (ブランドイスは弁護士として、法廷技術として、ある法政策が実際にどういう帰結をもたらしているかを社会的に実証することによってその法政策の問題性を明らかにする手法をとった)、また法を道具として活用する課題を鮮明にした。

法とその基底にある社会との関係を重視するこの法学は、法社会学的法学ないしプラグマティズム法学と呼ばれた\*50。

加えて1930年頃から、ルウェリン (Karl Llewellyn, 1893-1962)、フランク (Jerome Frank, 1889-1957) らによって推進された「リアリズム法学」が影響力をもった。かれらは、ホームズの立場を徹底し、「書かれた法」と「現実の法」とが一致しないこと、「書かれた法」を確定したものとしてあつかえないことを指摘した。そして、伝統的な法学者が自明の前提にしていた、〈契約は自由な意志の合致だ〉とか〈市場は自由競争の場であり中立的である〉とかをめぐって法社会学的調査をおこない、今日の労働現場や大企業が支配する現実においては、それらが事実と反することを明らかにした。(こうした見方は、同時代のローズベルト大統領の革新政策の立場とも合致した。) フランクはまた法解釈について、〈解釈と事実認定とにおいて、裁判官の主観が大きく作用する。判決理由は、直感で得た結論を合理化するものでしかない〉とした。これらの指摘は、法が現実社会でどういう意味をもつかの社会学的研究や法律家の心理の研究を活性化させた。

リアリズム法学はアメリカの法・法観念や法実務の階級的虚偽性を批判したのだが、第二次大戦後、アメリカの思想界が反共主義を強め保守化していく中でこの「左翼」思想に対する攻撃が強まった。リアリズム法学側にも問題があった。法を政策の道具としたことは、革新政策を推進する上では都合が良かったが、「法の支配」を確保する上では問題があった。裁判官の解釈・事実認定の主観性を強調したことは、裁判批判としては鋭かったが、裁判の客観性を確保する上では妨げとなった。

こうした雰囲気の中で、1950年代以降、リーガル=プロセス法学が広まった。リーガル=プロセス法学の代表作は、1958年にハート (Henry M. Hart) とサックス (Albert Sacks) が未定稿のまま出版した、『法のプロセス』*The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* である。リアリズム法学は、法適用の〈結果〉の問題性に焦点を当て、そこから適用過程の主観性を推論した。これに対してハート・サックスらは、法適用の〈プロセス〉や法制度・法原則、法の専門家の秩序形成力が法実務上で大きな意味をもつ事実を指摘した。そして、法は社会運用の制度であるから、法をその目的をとらえつつ社会の変化に応じてダイナミックに活用していくことが重要だが、同時に法の特性に鑑みて、法律家は客観的な事実認識と緻密な根拠づけを重視すべきである、とした。こうしてハートらは、先例がどう積み上げられ最後には立法化されていくか、法慣習は実務をどう規定す

---

\*50 プラグマティズムについては、拙著『丸山眞男の思想世界』(みすず書房、2003) 220 頁以下参照。ホームズらについては、ギルモア『アメリカ法の軌跡』第3章；ホーウィッツ Morton J. Horwitz『現代アメリカ法の歴史』(樋口陽一訳、弘文堂、1996)；金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム』(風行社、2006) 等参照。

るか、法原理・法準則は実務でどう使われるかなどを問うた。(プロセスを重視し、制度の着実な運用を大切にする態度は、後述する戦後ドイツの評価法学にも認められる。)

この時期に入って、法学上でこのような傾向が強まった背景には、①ファシズムを体験したことによって「法の支配」を重視する気運が高まっていたこと、②法実務・法学が成長しエスタブリッシュメント化したことによって、確実な作業を求めだしたこと、③アメリカが好景気で社会的に安定していたことを反映して、アメリカン=デモクラシーへの自信、アメリカの諸社会制度がもつ適正化機能への期待が強まっていたこと、④価値相対主義や分析哲学など、世界観・実質的価値論よりも、手続きや制度論、方法の厳密さを求めだした世風を反映したこと、などが挙げられる。

## (2) 利益法学 (ヘック)

この法学運動の代表者は、ヘック (Philipp von Heck, 1858-1943) である。ヘックは、法を「利益」の観点から見る後期イェーリングの視点を引き継ぐとともに、厳密な法的構成を重視する。かれは、『概念構成と利益法学』*Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932) や『債務法・物権法綱要』*Grundrissen des Schuld- und Sachenrechts* (1929-30) などにおいて、立法者は現実社会の問題について利益判断をしつつ立法化しており、法解釈にあたっては、それを指針にすることが重要だとした。この立場によれば、たとえば、法律に欠缺がある場合には、第一義的には、〈当該法律から構成できる、立法者の基本的な利益判断〉に即して補充するべきだということになる。また、それが不可能な場合は、〈類似した諸規定から構成できるもの〉に照らして補充することになる (類推的補充)。

ヘックはこうした立場から、法に欠缺がある場合に裁判官の自由な裁量を認める初期エールリヒらの自由法論を、法の拘束をはずす主観主義であるとして批判した。しかし、立法者の利益判断を構成する作業は、①法律・法文からの論理的推論、すなわち体系的解釈による他に、②立法者の意図を法社会学的・法史的に確認する作業、すなわち歴史的解釈にもよる。したがって、この②の点では、ヘックと後期のエールリヒとは似ていることになる。

利益法学は、ナチスからはその合法性重視を攻撃されたが、戦後になって、法規範とその背後の価値とをともにふまえるその手堅い手法が再評価された。とくに現代ドイツの主流である「評価法学」*Wertungsjurisprudenz* は、利益法学のこの「考えつつ [制定法に] 従う」の立場を尊重する。そして、法律 *Gesetz* だけでなく法 *Recht* のレヴェルにまで立ち入り、法哲学的考察や法準則などをとらえつつ (ドイツ基本法第 20 条 3 項は、「行政権と裁判権は法律 (*Gesetz*) と法 (*Recht*) に服する」として、*Gesetz* に留まるのではなく、*Recht* をも考えよとしているので、「評価法学」の立場は、新憲法からお墨付きをもらったと言える)、同時に、制定法との適合性を重視して、それらを緻密な法解釈と結びつけ個別問題の処理に生かそうとする\*51。

## (3) 自然法論の再生

---

\*51 以上、磯村哲「利益法学をめぐって」(『九大法学』40 巻 2-4、1973)；青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、2007) 第 2 部等を参照。

19世紀に入ると、法典編纂が進み、実定法学が盛んになり、また思想界で実証主義が強まったため、自然法論はしだいに影響力を失っていった。「パンデクテン法学」等においても脱自然法化が進み、やがてヴィントシャイトが「自然法の夢は見つくされた」*Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt.*と宣言する雰囲気になった(“Recht und Rechtswissenschaft”, 1854, in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 9)。しかし、実際には、19世紀中でも自然法の研究は、カトリックの世界では変わりなく続けられていた。そして19世紀末が近づくにつれ、恐慌や社会問題の深刻化を経験する中で自由放任主義への懐疑が強まり、「個人主義的」な私法・私法学への批判が強まった。また、既成の法律を無批判に前提にする法実務や、社会の矛盾に無関心のまま実定法の論理操作に専念する法教義学への疑問も強まった。このような世風の中で自然法への関心がふたたび強まり、フランスではジェニー、ドイツではシュタムラー (Rudolf Stammler, 1856-1938) やギールケが、自然法論再生への新しい動きを見せはじめた。(敗戦直後のドイツにおける自然法論の再生については、ラートブルフの問題提起が有名である。また敗戦直後のドイツの裁判所では、〈自然法に照らすとナチスの諸法は無効である〉として、それらの法に従って行動した官吏や兵士の責任を追及したり、その犠牲者を救済したりする道がとられた。拙著(前掲注 62)『法哲学講義』312頁以下参照。)

#### (4) 政治的法理論 (シュミット・ナチス法学)

この法学は、カール=シュミット (Carl Schmitt, 1888-1985) に典型的に見られる。1917年のロシア革命や1918年のドイツ革命、その後のドイツにおける憲政上の混乱を経験したシュミットは、憲法を考える上で政治がきわめて重要であるとの認識を深めた。かれによれば、政治は、友と敵の間での闘争を本質とする。憲法の中身は、内乱や革命の中で勝利を勝ちとった側(憲法定権者)の意志によって決まる。ホッブズが言ったように、「正義ではなく権威 (=実力) が法や権利を決める」のである。シュミットはこの立場から、〈法が、闘争から中立的に、それ自体の論理で国家活動を規制し人権を守る〉とする「実質的法治国家」観念に立つ自由主義的な法学を、観念的な楽観主義だとして超克しようとした。

シュミットのこのような議論は、ケルゼンの法実証主義に対する鋭い批判ではあった。しかし、この議論は、法実証主義の他の側面——すなわち法をもっぱら支配者の意志・強制力の観点から考え、法から道徳的な要素を切り離す傾向——は、引き継いだ。

シュミットはやがて、ナチスが伸びる雰囲気の中で、「民族的共同体」の観点を重視し始めた。すなわち、法の基底に民族固有の歴史的秩序があり、法はこれを反映しながら形成され運用される、とする「具体的秩序思考」の提唱である。ここでは法と法以前の倫理的秩序との再結合が、主軸となる。〈法は実力に規定されている。法は勝者の意志・実存的な決断に規定されている〉といった議論の余地は、もはやない\*52。

---

\*52 内乱・革命で圧倒的に勝利した者でも、市民多数の要求や、それまでの制度・伝統、その時代の常識・文化などを承認・承継し新しい憲法や法に反映させなければ、やっていけない。これは、シュミットの「具体的秩序思考」に一定理があることを意味する。この点で「具体的秩序思考」は、シュミット自身の憲法定権者論の一面性を克服する重要な視点ではあった。

## 【補論】 「法実証主義」と「概念法学」

ここでは、これまでの記述中に出て来た、18世紀末以降の法学の特徴を語るさいに重要な語である、「法実証主義」と「概念法学」について考察しておこう。

### (1) 「法実証主義」

法実証主義 *Rechtspositivismus* は、実定法（制定法ないし制定法の個々の規定の根底にあると考えられている法秩序）を対象を限定して、法概念や法の構造、法の機能を実証的に（評価や提言とは切り離して）考察する法学の傾向である。その対立概念は、通常は、「自然法の立場」——それは制定法を超えた法を前提にする——である。

法実証主義と呼ばれる傾向には、大別すれば次の三つがある。

(A) 法律実証主義 これは、考察の対象を法律（制定法）やローマ法等の法文に限定し、それらの文理に忠実に解釈しようとする傾向である。これには、(a) 18世紀後半以降の法典化にさいして見られた傾向（すでに帝政期ローマや教会法の裁判にも或る程度見られた）、(b) 19世紀中葉以降の法制度の完備が進んだ段階でドイツやフランスを中心として生じた傾向、がある。（これとは別に、イングランドには、判決の核 *ratio decidendi* の厳格な適用にこだわる、保守的な *Common Law* 法曹の世界があった。）

(a) は、近世以降では絶対君主のルイ14世（「ルイ法典」第1章7条）やフリードリヒ大王、ヨセフ二世（Joseph II, 1741-90）やさらにはナポレオンらに見られた、〈立法者のつくった法律がすべてを尽くしている。裁判官はそういう法律に忠実に裁判すべきである。どう解釈すべきか判断できないときは立法者に判断を仰ぐべきであって、勝手に類推や縮小解釈で処理するべきでない〉とする立場である。（フランス民法典も、司法部を立法で拘束して立法部に服させる立場から、第4条で裁判官は「法律の沈黙・不明瞭さ・不完全を口実に」裁判を拒絶してはならないとし、第5条で「裁判官は自分にゆだねられた事件について、一般的処方箋に訴えたり規則制定をしたりするかたちで *par voie de disposition générale et réglementaire* 判決することは許されない」とした。フランスでは、判決文中で実質的な考慮は示さないし担当裁判官名を記さない。）それほどに〈立法は完璧だ〉としえたのは、自然法を上手に法典化できたとの確信があったからである。

（この時代には、他にも、法律を重視する傾向があった。たとえば、①モンテスキューやアンセルム＝フオイエルバッハなどの啓蒙的な法律家に見られた、権力の作用を制定法によって規制しようとする志向、②ルソーに見られた、〈法律こそ一般意志＝人民の意志の表れであり神聖である〉とする考え方、③ホップズやベンタム、オースティンなどに見られた、〈法は主権者の命令であり、主権者の権力による強制を背景にして妥当する〉として、制定法だけを考察対象にする立場、などである。しかしこれらは、〈法律に厳格に拘束される〉という意味での法律実証主義そのものではなかった。）

(b) は、19世紀中葉以降、法典編纂の成果として制定法が決定的な意味をもつようになったこと、実証主義の傾向が強まり自然法への懐疑が高まったこと、官僚である法律家が支配的になったこと、議会の権威が高まり制定法が尊重されるようになったこと、などを背景にしている。

以上から分かるように、これら(A)が法律実証主義的であると言えるのは、それらの思考が（制定）法への準拠を厳格にしようとしているからである。

(B) パンデクテン法学 この法学が法実証主義的であるのは、自然法や哲学と——公式には——決別し必要な概念・原理を法文や法関係の観察から得たこと、また、具体的な生活者や歴史的存在としての人間ではなく、抽象化された人格・意思・所有といった諸概念を基にした論理的展開で法体系を構築し、それゆえ、歴史学や社会学、心理学、さらには政治、道徳、宗教などから切り離されたかたちで法をあつかう傾向を強めたからである。



(C) 批判的法実証主義 この立場が法実証主義と呼ばれるのは、その反自然法的立場のためであり、かつ、法理論を道徳的評価から独立に進めたためでもある。

これら(A)・(B)・(C)を比較すると、三者には、法学を現実の全体社会と結びつけて作業する意図がなく、そのため法学の実用性が欠如している点で共通性がある。しかし、これら三者は相互に異質でもある。それは、たとえば次の4点に見られる。(イ) 自然法との関係は、(C)においては断ち切られるが、(B)では究極原理として自然法的要素が作用する余地がある。また(A)の一部においては、制定法は自然法原理にかなった聖なるものであるという信仰があった。(ロ) 制定法への拘束は、(A)では強いが、(B)と(C)では、それを越えた思考によって克服されている。(ハ)「国家的法観」は、(A)と(C)のケルゼンとにおいては強いが、(B)においては強くない。(B)においては概念法学の考え方とあいまって、制定法や実務からの、法学の独立が強調されるからである。(ニ) 新カント派的な実証主義・価値相対主義的な方法論の先鋭化が(C)には見られるが、(A)と(B)は、それとは無関係である。

## (2) 「概念法学」

「概念法学」Begriffsjurisprudenzは、イェーリングが、その著『法学における真面目と冗談』*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884)で、パンデクテン法学内の悪しき傾向、〈実生活に対して意味がない厳密な、概念の磨き上げ、連関づけ、体系構成、それらを前提にした法解釈、に傾斜する法教義学上の傾向〉を批判するときに使ったレッテルである。その特質は、〈制定法には欠陥があり混乱もあるが、その背後にある法生活には秩序が内在している。法学はそれを学問的に把握し、それにもとづいて制定法の運用をも厳密化するのだ〉という観念を基底にしていたところにあった。

「概念法学」は、批判のための非学問的なレッテルであるため、その後、意味を拡大させ、法の解釈・運用にあたって、(イ) 条文を「大前提」、事実を「小前提」とした三段論法だけで「結論」を出せるとする傾向、(ロ) 自分の政治的な立場をカモフラージュし、あたかもそれが制定法から論理的に帰結するものとしてこじつける傾向、(ハ) 悪い法でも「法律は法律だ」として強制する、官僚たちの傾向——(ロ)と(ハ)は渡辺洋三の言うところの「官僚法学」の傾向である——など、総じて法律実証主義をも指すようになった。しかし「概念法学」は、上述のように〈制定法には欠陥があり混乱もある〉とし、それを原理や体系によって欠缺補充しようとするのだから、ときに法実証主義的ではあったとしても、法律実証主義に対してはその反対物である(プフタのように、一人の人物に両方が見られることはある)。

概念法学的傾向は、19世紀のドイツ法学の一部に見られた。しかしそこでもそれが支配的であったわけではない。それは、それとは異なる法学的傾向からの批判を受けたし、その傾向を見せた法学者も、それとは異質の傾向をももっていた。それはまた、一面的に国家主義的であり反自由主義的であるといったものではなく、国法学においては別としてパンデクテン法学や客観主義刑法学においては、むしろ自由主義的な諸課題や近代の資本主義に適合的な法、近代法樹立の課題と結びついていた。そしてその傾向の根底にあったのは、〈法学を学問化の時代にふさわしいものにしよう。法学を数学や自然科学のモデルの下に科学化しよう。法学を実務への隷属から自立させよう。法学を法律・法文を超えて自由に考えるものにしよう〉とする、学者によくある志向(=権力に与することと直結はしない)であった。

後述のように、19世紀の終わりが近づくにつれ、概念法学的傾向に対するさまざまな立場からの批判が強まる。そのきっかけ、概念法学自体は、20世紀のはじめには、ほとんど過去のものとなってしまった。しかしながら、近代法学の検討をここで閉じるにあたって、指摘しておきたい事実がある。それは、こうした批判があったものの、厳密な構成を追求する法教義学や、それにもとづいた法の適用の学である法解釈学が、その後のドイツで、消えてしまったわけでもないし、消えなかったことが問題だというものでもな

いという点である。

実務上の意味を考えないで論理的連関・体系的整合性を追求するという態度は克服されるべきであったし、かなり克服された。しかし、法教義学や、それにもとづいた法解釈学は、次の理由によって消えることはない。それは一つには、「法の支配」・法的安定性のためである。法実務は、法規範を前提にしている以上、その適用には整合性がなければならない。したがって、適用のための解釈において、原理を細部にいたるまで一貫させようという志向が、制定法中心の国家だけでなく判例法中心の国家でも強まりうる。

それは二つには、実務批判・創造的法実務のためである。どの原理をどう適用するかによって実際の結果は大きく変わる。それゆえ、どういう原理・適用の仕方が無意識下に共有されているかを明らかにすることや、その原理をとればどういう帰結が論理的に必然かを明らかにすることがまず必要である。これらは法教義学の作業である。これらの作業をふまえ、〈望ましい結果のためには、どんな新しい原理や適用方法をとるべきか〉にかんする法哲学的考察をも加えて、法学の体系化を進めていくことが、法教義学の課題となる。こうして、概念法学批判後も、法教義学、実定法的原理にもとづく法操作は、欠かせないものとして残る<sup>\*53</sup>。このことは、法学上の「転向」を経験したイエーリングや、かれの影響下に成立した利益法学、その流れをくむ、今日のドイツの評価法学が、それぞれに厳密に事実を法に包摂させる作業をおこなった事実からも読み取れる。

概念法学批判以降の法教義学でも活用されるべき実定法的原理の作業としては、次のようなものが考えられる。①サヴィニーの『占有権論』に見たような、制定法や判決を分析し、その中から原理を帰納によって見出し、それを主軸にして全体を再構成し、個々のケースをそこからの演繹で処理していく手法。②近世自然法論的な法学において見たような、実定法を超えた思索によって原理や定義を捉え、それによって全体を構成していく手法。③イエーリングに見たような、衡平や健全な常識にもとづいて望ましい実務方向を考え、それに見あうように実定法解釈を原理から再構成していく手法。④利益法学に見たような、制定法の背後にある立法者の意思を原理としていく手法。⑤初期エールリヒに見たような、実定法の根底にある社会関係を規定している原理をとらえ、そこから実定法をも再構成していく手法等々である。今日の実定法学も、実務追隨に陥らず、また新しい事態に創造的に対処できるためには、これらの手法ないしその組み合わせを活用し続ける必要がある<sup>\*54</sup>。

### 第3部 「実定法的原理」の前史

近世において「実定法的原理」に関わる思考が確立するまでの法学・法実務はどういう思考によって営まれていたか。その思考——カズイスタックな思考——から、どのようにして次第に原理的思考が形成されていったか。この点を明らかにするために、古代から

---

\*53 原島重義は言う、「概念法学批判から「拒食症」ならぬ「概念拒絶症」に罹っては、法律学は成り立たないでしょう」(原島重義『法的判断とは何か』、創文社、2002、120頁)。

\*54 参考文献としては、引用したもののほかに、Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 4. Aufl., 1963; Walter Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1975; F. Wieacker und C. Wollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970; J. Bluehdorn und J. Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1969; E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, 1918; Wolf Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, 1972; Franz Neumann, *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967; Peter Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1953; 村上淳一『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、1964); 拙著『近代ドイツの国家と法学』などがある。

の法実務と法学を考察する。

## 1 古代ギリシアの法と法観念

後の記述からも明らかになることだが、古代ギリシア・ローマと中世、さらには近代ヨーロッパの法・裁判の特色は、関係者個々人のイニシアティブが前面に出ることにある。〈国家は弱く、自立した「家」の支配者である家長たちがまずおり、被害を受けた家長が加害の家長を連れ出して裁判仲間に訴える。裁判は、原告が自ら展開し、仲間に判断してもらう。執行は自分でやる〉、これが原型である。したがって、裁判は今日的に言えば当事者主義的で民事裁判の性格が濃い。法は、裁判をつうじてかたちづくられ、したがって民法関係が多く、刑法は後の時代になってから出てくる。ここにはまた、〈法はみんなで作ったものだから、誰もがそれに服する〉という「法の支配」の観念が定着している。

### 1-1 裁判

以上の点を念頭に置きながら、アテネの法生活を詳細を見ていこう。まず、裁判について考えよう。古典期以降のアテネでは、裁判は市民が裁判員（任期は1年、B.C.4世紀からは終身制も）となっておこなわれた。伝アリストテレスの『アテナイ人の国制』（前掲注3）が伝えるペロポネネーソス戦争後の裁判制度<sup>\*55</sup>は、次のようなものであった。裁判の日には、地区ごとに割り当てられた人数の市民（総数6000人）が集まった。かれらは、公正を期すためクジでその日の裁判所をあてがわれた（大人数向けのクジ引き器械があった）。

**民事の法廷** 民事の法廷では、係争物の額や内容によって、裁判員が201人になったり401人になったりした。（少額訴訟などには、別の裁判所や仲裁所があった。）訴えは、内容によってアルコンか裁判所役人thesmothetesかに提起する。通常、裁判は1日で終了し、裁判費用も安かった。

審理は、裁判員の前で原告・被告が陳述するかたちで進み、結審後に裁判員が評決する。原告・被告は、制限時間内に陳述を終えなければならなかった。そのさい、根拠になる法律や先例を正確に提示しなければならなかった。証拠・証文の提示も証人の陳述も、制限時間内にすまされなければならなかった。陳述は本人がしなければならなかった（ローマのような訴訟代理人制度はなかった）。したがって市民には、陳述の技能を身につけることが求められた。そのさい、裁判員が法律の専門家ではないので、法解釈技術よりも雄弁が重要であった（ソフィストたちがこれを教えた）。（法が文言どおり適用され、解釈による柔軟な適用が伝統でなかったことも、法解釈技術やその専門家を産み出さない原因であった。）ただし、法廷では誰かに書いてもらった原稿を暗唱したり読み上げたりすることは許されていたので、そうした原稿を専門に書くことを職業とする人々が出て来た（イソクラテス(Isokrates, B.C.436-338)やデモステネスなどが有名である）。

---

\*55 ギリシアでは、国事・刑事裁判をgrafe、民事裁判をdikeと呼んだ。grafeは、重大事件には文書grafeを使ったためであろう。dikeは、慣習、法、民事裁判、訴権、判決、贖罪金を意味する。この語から、dikaios=正しい、dikaion=正義、が出た。裁判所をdikasterionと呼んだが、これは〈正義・法dikeを護るsteo〉場所の意である。以上からうかがえるのは、〈法は慣習のかたちで積み上げられてきた。そうした法に従うことが正義であり、そのための重要な場が裁判所である〉という観念である。これは、後述のゲルマン人の発想に似ているが、ギリシアには「権利」の観念はなかった。〈共同体への結束〉が強いため「権力からの自由」としての自由権を観念できなかった。また訴権的把握のため、私権を実体権的に観念できなかった。

民事執行は、勝った原告が自分でおこなった。執行は、財産に対してのみおこなわれた(ローマとちがいで、被告を奴隷にしたり、殺したりはできなかった)。執行に抵抗する者は、罰せられた。

**刑事の法廷** 刑事訴訟には、(a)私訴と、(b)公訴があった。(a)私訴とは、被害者の親族や他人がアルコンに告訴し、告訴が認められれば自分で訴追する刑事裁判である。(乱訴を防ぐため、評決で5分の1以上の有罪票を得られなかった告訴・訴追人は、罰金を科せられ、場合によっては追放に処せられた。)(b)公訴とは、洗神罪や政治犯、殺人などについて、アルコンないし裁判所役人が訴追する刑事裁判である。窃盗でも、神殿や公共物を盗むと、公訴事件となった。

刑事法廷の裁判員は、500人を1単位とし、事件内容によって2, 3単位を合わせた(他に1名の司会者)。(ソクラテスの裁判は、500人でおこなわれ、280人が有罪、220人が無罪の票を投じた)。刑事裁判も、通常、1日で終了する。刑の執行は、11人会の公職者がおこなった。

**民事的刑事裁判** 不法な加害行為の多くは、民事上の不法行為だが、懲罰の意味をもこめて多額の贖罪金を科すかたちで処理された。たとえば、①妻と姦通した男は、第一義的には、支配権者である夫に対し不法行為を働いたことになり、②窃盗・強盗・暴行・傷害・中傷をした者は、第一義的には、その被害者に対し不法行為を働いたことになり、損害賠償と復讐・懲罰とを兼ねた贖罪金(たとえば窃盗に対しては盗品の価値の2倍)が科された。しかしこれらも、しだいに公的秩序違反として刑事罰が前面に出るようになった。たとえば窃盗犯は加えて5日間さらし者にされ、暴行犯や強姦犯は贖罪金の他に罰金を科された。罰金は、公庫に納められた。

## 1-2 刑法

ドラコンは、その法の中に厳刑を数多く規定していた。しかしソロンは、それらの厳刑を緩和し、罰金刑を基本にした。かれは、極刑を、死刑(謀殺・故殺犯にのみ科される)と、*atimia*の刑(反逆罪を犯した者をアウトローにして法的保護を拒否する。この刑を宣告された者は、たいてい亡命した。ゲルマン人のアハト刑に相当する)とに限定した。死刑のやり方は、ソクラテスのケース(=独房で自分で毒杯をあおぎ静かに死んでいった)に見られるように、他の社会ほどには残酷ではなかった。

(市民同士の間では、古典期のアテネ人は、他のギリシア人・ローマ人や中世人・近世人とはもちろんのこと、公開処刑や拷問を平気でやった近代人・現代人と比べても、はるかに人間的であった——歴史をふまえると、むしろ残酷であることが圧倒的だから、これを「人間的」だとすべきかも知れないが。)

しかし、B.C.4世紀に極刑がふたたび増えた。たとえば、①他人を侵害する行為でも、反社会的行為 *hybris* と評価された場合には、死刑となった。②洗神罪は、それまでは祭礼妨害者にだけ科されたのであったが、この時期からは無神論者や洗神論者にも科され、罰則も追放刑、さらには死刑が加えられた。このけっか、すぐれた知識人である、アナクサゴラス(*Anaxagoras*, B.C.500頃-428頃)やプロタゴラス(*Protagoras*, B.C.500-430)が追放され、ソクラテスが処刑された。思想・言論の自由が、制約されだしたのである。

## 1-3 民事法

### (1) 所有

古典期アテネでは、当初の土地分有形態であったクレーロス制はすでに崩壊しており、土地についても〈自立的な支配者 *kyrios*〉の観念が確立していった(*kyrios* は、*kyros* = 支配権力から来る。*kyrios* がもつ権能である *kyria* を、ここでは所有権と呼ぶが、それは妻子に対する支配権をも意味するので、

他の多くの概念と同様、今日の概念に完全には対応しない。そもそも「所有権」の鮮明な概念は、後述のように 14 世紀までなかった)。古典期より前には、土地処分には親族集団による制約があったが、古典期に入ると家長の処分権限が強くなった。しかし土地売買は、60 日前にアルコンに届け出、売買内容を公示しかつ価格の 1 パーセントの税を払う必要があった\*56。

所有には、公共や他人に対する配慮義務が付随していた。のちにワイマール憲法 (1919) は「所有は義務をともなう」と規定した (第 153 条 3 項)。しかしそれは、古代や中世では当然のことだった。たとえば、①自分のオリーブ畑でも伐採できる木の数には、年ごとの枠があった。②他人が自分の土地に入って狩猟することを、受忍しなければならなかった。③木や泉は、隣地から一定の距離をとって植えたり掘ったりしなければならなかった。④水に不自由している隣地所有者に、自分の泉の水を一定量利用させる義務があった。

奴隷所有に対しても、公的な規制があった。①他人の奴隷を殺すと、所有動産に対する不法行為を理由として「贖罪金の訴え」*dike blabes* を起こされるだけでなく、殺人犯として公訴でもあつかわれた。②奴隷所有者も、自分の奴隷を殺すと殺人犯となった (奴隷に対する体罰は許されていたが)。③虐待された奴隷は、一種の駆け込み寺に逃れることができた。その場合は、公職者が所有者にその奴隷を売却することを求めることができた。(アテネでは奴隷は、人口の 3 分の 1 (= 10 万人) 近くいた。その内の 3 万人が、ラウリオン Laurion の銀山で働かされていた。)

ギリシア人は、①占有の概念をもたなかった。所有によらない、別の法的所持状態があることは認識していたが、ローマ人のようには、その状態を法的に保護する発想がなかった。②善意取得や時効取得の概念ももたなかった。しかし訴えの時効 (5 年) はあったので、これを利用して関連問題を処理した。③取り戻しの訴権 *rei vindicatio* の概念ももたなかった。しかし、別の処理方法を備えていた。すなわち、動産を奪われた場合には、「自分の利用を妨害している不法行為」と見、*dike blabes* によって贖罪金を求めた。不動産を奪われた場合には、たとえば相手がそこに住み着いた場合には「居住者の訴え」*dike enoikion* によって賃料相当分を請求し、相手がその土地から収穫している場合には「収穫の訴え」*dike karpou* によって収穫額相当分を請求した。(裁判でこれらの請求が認められれば、奪われた物自体も自力で取り戻せた。) この場合、相手が借地・借家契約の当事者 (で契約に違反した者) か、単なる侵奪者かは、債権・債務の観念が未発達のため、区別しなかった。

## (2) 契約

ギリシア人にとって契約するとは、(今日的に言えば) 債務者が債権者の人格的支配に服することを意味していた。したがって、債務不履行の場合には、制裁が債権者の身体にまで及んだ (ソロンが問題にしたのは、このことによって大量に発生した債務奴隷の問題であった。こうしたことは、ローマ初期でも、ゲルマン時代でも起きた)。この名残が、ギリシア人が債権・債務の概念を発達させていなかったことと相まって、契約上の紛争を不法行為にからめて処理する道をとらせた。

---

\*56 以下の民事法に関する記述は、次のものによった。Hans Julius Wolff, *Greek Legal History -- Its Functions and Potentialities*, in: *Washington University Law Quarterly*, vol. 1975, pp. 395; Wesel, *Geschichte des Rechts*, 8. Kapitel. 桜井万里子『古代ギリシア社会史研究』(岩波書店、1996) 235 頁以下。

たとえば貸した金を返済しない者に対しては、ローマ人なら消費貸借契約上の債務不履行としてあつかうのだが、ギリシア人は、不法行為として処理する。すなわち、債務者が、貸し主を裏切って苦痛を与えているとして、また、〈貸した金は、手渡した後も貸し主の所有に属する。期限が来たのに返済しない借り手は、貸し主の所有に属するその金を貸し主が利用するのを妨害している〉として、dike blabes による贖罪金請求で処理した。(ギリシア人は、同様の考え方により、A が自分の金ではなく B から借りた金で C から財物を買ったばあい、その金は B のものであるから、A がその借金を B に返済し終わるまでは、その財物は B に帰属すると考えた。)

これは、ローマ人の法的思考に比べると未熟なものであった。(「債務」として関係を把握したのは、ローマ人の功績であった。ローマ人は〈貸した金は借り手の所有物となるが、借り手は期限内に元利返済する債務を負担しているのだから、返済しないと債務不履行が発生する〉と考えた。この方が、懲罰性はうすれ等価性が徹底する。)しかし、ギリシア的なやり方にはメリットもあった。たとえば、ギリシアでは、返済が遅れると、〈貸し主の所有物である金を貸し主が使うのを、借り手は妨害している〉として、そのことにかかわる損害賠償額を借り手に課す。したがって遅滞利息が自動的に加算されていく。ところが、ローマでは、遅滞利息の請求のためには、予めその旨の契約をしておかねばならなかった。

売買には様々な形態がすでに発達していたが、法的には売買契約を、その原型である即金払いにおいて把握した。〈代金が払われさえすれば、即座に完成するもの〉としたのである。この前提の下では、動産を買い主に手渡したが、買い主が代金を支払わない場合には、その動産はまだ売り主のもの、とみなした。逆に、動産の手渡しがなくとも代金が支払われておれば、その動産は買い主のもの、とみなした)。このため、①〈将来、動産を受け取り、そのときに代金を払う〉契約については、売り主保護には、契約の成立を表徴するため買い主から受け取る財物を手付け金的に利用した。また買い主保護には、まず〈手付け金手渡しで、すでに現金払があった〉と擬制して目的動産を買い主に属すとみなし、その上で、その所有動産の使用を売り主が妨害しているとして、dike blabes により手付け金の 2 倍額の贖罪金を買い主に支払わせる、というかたちをとった。② ギリシア人は、瑕疵担保責任の制度を知らなかったのだから、買い主は、買った物に瑕疵を発見した場合には、1 ヶ月以内であれば買った場所にそれをもっていき、5 人の公職者と売り主との前で瑕疵の事実を宣言し、その後、支払った代金について dike blabes を提起する。③ 他人の動産を売った売り主に対しては、買い主は売り主にその動産の追完を請求する。それが通らなければ、売り主を相手取って支払った代金について dike blabes を提起する。

## 2 古代ローマの法と法観念

### 2-1 秩序維持・裁判

#### (1) 初期ローマ

ポリスの統合力はまだ弱かった。ごく最初は氏族gensが社会の基底となる組織であったが、その解体後は、「家」が社会生活上で重要な意味をもち、それを家長が統率していた。家長は、第一に、秩序維持のために重要であった。「家」は一つの公的・政治的な自治団体であり、その統制のために、家長には強力な家長権が付与されていた。第二に、初期ローマでは家族単位の農業生活が主軸であったため、家長によって経営の統合・農業財産の一体的保全をはかることが重要であった。これも強い家長権の基盤となった。

**家長権の中身** たとえば、(a) 実際に行使されたか否かは別として、家長は、家族員に対し生殺与奪・売却の権限をもっていた(十二表法第4表。スコット(S. P. Scott)の英訳による。以下、同じ)\*57。成人の息子でさえ、兵士や元老院議員、コンスルになっても、父親が生きている限り父親の家長権から自由にはなれなかった。息子が勝手に契約したら、父親が債権を取得する(父親は、債務は負わない)。父親が死んだ場合には、息子は、重度の障害者でないかぎり、14歳で後見人不要となる(25歳になるまでは、未成年者として、その法律行為は取り消しうるものであったが)。家長以外の者には——今日的に言えば——行為能力がなく訴訟能力もなかったから、すべての裁判は家長同士の闘いの場としてあった。

(b) ローマ人は、〈自由な人格〉・〈自由な所有〉・〈契約の自由〉を事実上、制度化していたが、これも家長が、「家」の内では完全な支配権(=所有権)を有し、それを基盤にして「家」の外の社会においては相互に自立的な主体(=自由な意志・契約主体)であったことの反映である。つまりそれは、〈人は個人として自由である〉という思想(「近代的な個人主義」)にもとづいたものではない。(後述のように、近代の「近代的な個人主義」自体が、19世紀末まで社会主体であった家長の姿を反映したものであった。)

(c) ローマ人が、私的団体や共有、多数当事者の債権・債務について、独自の団体的法理で構成せず自然人に着目した構成を貫いた\*58のも、また、科刑上で連坐制を否定したのも\*59、家長が不法行為の犯人を相手方に引き渡すことによって責任を免れた(*noxae datio*)のも、一匹狼的である家長の姿と無関係ではないだろう。

**公的規制** しかし、こうした家長も、戦争を不断に意識したローマにおいては、共同体的統制・紀律、公職者の権威に服してもいた。ポリスの統合が強まるにつれ、この面がしだいに前面に出て来る。

この点は、たとえば十二表法(第7表)の次の規定に現れている：①タリオ(「目には目を、歯には歯を」の罰則)の制度が、罪と罰を釣り合わせるため導入されていた(たとえば、脚を切断した者は同様に切断される)。②死刑や罰金刑が定められた(たとえば、夜間に作物をだめにした成人は絞首刑、未成年は折檻の上で賠償、家畜を駆ってだめにした者は、その家畜を没収。骨折させた者や傷つけた者を区別して罰金が科された)。これは、加害行為が私法上の不法行為と刑法上の犯罪とで区別されたことを意味する\*60。③故意と過失が区別されていた。これも、被害に対する反応が客観的・合理的なものとなっていたことを

---

\*57 家長や債権者がもったこのような残酷処置の権限は、ひんぱんに行使されたとは言えない。ローマ人は、宗教や倫理を尊重し、また隣人・親族の批判をおそれ、権限行使を自粛したからである。Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, 2002, S. 26. この点は、イェーリングも1854年に『ローマ法の世界』第2巻第1分冊で指摘している。拙著『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、1979) 28頁以下。

\*58 古代ローマ人は、〈構成員とは別個の法的主体として動く私法人〉を認めなかった。かれらは、私的団体を、①組合 *universitas*、すなわち結合した個々の構成員が権利・義務の主体である団体として、もしくは、②その団体の長である自然人が所有する財産として、構成しただけであった。(もともと、特定の財産関係——たとえば休止相続財産や財産面での公法人——は、独自の権利・義務主体として把握した。)

\*59 以上、原田慶吉『ローマ法の原理』(弘文堂、1950) 第9章。

\*60 Meder, *Rechtsgeschichte*, S. 27 ff.

意味する。④債務の取り立てにおいても、度を越すことは犯罪となった。⑤昼間に凶器をもたずに侵入して来た窃盗犯は、殺してはならない（この場合は、政務官が鞭打ちして被害者に奴隷として売却するよう引き渡すか、現行犯で逮捕されたのではない場合には盗品の価値の2～4倍の贖罪金で処理する）、といったかたちで、自力救済が限定されていた。（ただし、夜陰に乗じて侵入して来た窃盗犯や、昼間に侵入して来た窃盗犯でも凶器を用いて抵抗した場合には、証人たちの面前では殺してもよかった。）

**家長とポリス**　　こうして、〈家長の自力執行〉と〈ポリスの結束〉との並存が永く続くこととなった。それがもっともはっきりうかがわれるのは、ローマの裁判の仕方をめぐってである。詳細は後述するが、その特徴が、〈原告が被告を政務官のところへ自力で連れていき、法廷では当事者本位の原則をとり、判決の執行も原告が自分でおこなう〉点においてである。

たとえば判決の執行をめぐって、次の点が問題となる。(a) 人を殺した者は、裁判にかけられるが、故意による殺人のときには、被害者の家長（ないしその同等者）が判決を得て加害者を殺害したり奴隷にしたりする。過失致死の場合には、判決により加害者側から贖罪の品として雄羊を差し出させる（十二表法第7表参照）。(b) その他の自由人に対する不法行為の場合には、被害者側は、行為の対象となった財物の価値よりも大きい額の贖罪金（たとえば上述のように窃盗の場合は、盗品の2～4倍であった）を取り立てる権限を判決によって得、実行した。(c) 初期の債務法においては、債権者は、債務を期限後30日以内に履行しない債務者を、政務官の前に連行し、判決を得て60日間拘束する。その間に支払いがなければ、債権者は債務者を債務奴隷とするか、殺害するか、債務者の身体の一部の肉を切り取るかできた（十二表法第3表参照）。

## (2) 共和制期

(i) 民事裁判　　B.C.2 世紀以降に確立した民事裁判の態様は、次のようなものである。

原告は、被告を法廷に召喚する。対人訴訟のばあい、召喚された者は、出頭しなければ、法務官によって罰金を科される。対物訴訟の場合は、出頭しなければ、敗訴し争訟物が原告に移転する\*61。

原告と被告とは、まず法務官のところにいき、事件について陳述する。法務官は、〈だれを審判人 *iudex* にするか〉、〈事件がどの訴権 *actio* をめぐるものであって、したがって審判人はどういう要件事実を認定すべきか〉を指示した方式書 *formula* を発行する。

原告と被告とは、次に法廷の審判人のもとに行く。審判人は、上記方式書にもとづき審

---

\*61 ガイウス『法学提要』（Gaius, *Institutiones*；佐藤篤士監訳、敬文堂、2002）vol.4, § 183。原田慶吉『ローマ法』（有斐閣、改訂版、1993）386頁参照。



判する。(かつては訴訟提起は厳格な形式(動作・言葉)にしたがう法律訴訟 *legis actio* としてあったが<sup>\*62</sup>、B.C.150頃の法律である「アエプティウスの法」*lex Aebutia de formulis*によって、ローマ市民間の取引にも方式書が導入されてから、法実務の形式主義はしだいに減っていった。法務官が事件の中身を調べ、それが或る訴権に関連すると認定してくれば、裁判できるようになったからである。) 審判人は、原告と被告の合意によって、あるいはクジによって選定された。審判人には、はじめは元老院議員だけがなれたが、グラックス兄弟の時代に騎士階層が、さらに富裕市民が加わった。B.C.70年に審判人名簿に900人が登録されることになり、アウグストゥスはその数を4000人にした。各裁判には通常1名が配置された。

この法廷では原告と被告とが、自分で、あるいは弁護人によって陳述する(弁護人も、法務官や審判人と同様、専門の法律家ではなかった)<sup>\*63</sup>。最後に審判人が決定を下すが、判決理由は示さないし判決を記録することもなかった。

当初は民事裁判では、勝った原告は自力での執行を認められただけであった。しかし、やがて公的執行としての競売制度が導入された。競売にはすべての債権者が参加し得た。財産の一部売却で債務を弁済できる場合でも、債務者は破産宣告を受け、全財産が競売に付された。競売では弁済しきれない場合は——債務者を奴隷にしたり殺害したりするのではなく——労働で支払わせるようになった。

(ii) 刑事裁判 上述のように当初は、放火や押し込み強盗、窃盗などでも、私訴(市民男性が告訴し自分で訴追する裁判)で処理した<sup>\*64</sup>。無罪判決が出たときは、告訴・訴追人は、濫訴したと認定されれば、罰せられ告訴権も失う。逆に告訴・訴追人は、被告人が有罪になると報償を受け、死刑判決が出れば被告人の財産の一部を得た。

審理は、政務官が主催し、数十名の陪審員(最高時で75名)たちの前で訴追人と被告人とがわたりあう対審形式であった。陪審員は、上層の者に限定されていた。すなわち当初は貴族だけがなれ、やがて騎士階層が加わった。陪審員は、討議なしに投票した。訴追人・被告人双方に弁護人が付いた。弁護人は、刑事裁判・政治裁判では、キケロに見られるように雄弁をふるった(上のように構造が、ギリシアの素人参加裁判に似ていたからである)。

---

\*62 初期の法実務では、未開社会特有の儀式・形式重視の傾向が強いうえに、十二表法が神聖なものとされていたこともあって、文言にこだわった不合理な法運用が目立った。ガイウスが伝える興味深い例によると、ある人が無断でブドウの樹を切られ、(無断でブドウの樹を切られた)ことを理由に訴えを提起したが、退けられた。十二表法(第2表)には〈ひそかに他人の樹木を切った者に賠償金を科す規定があるが、「樹木」でなく「ブドウの樹」を切られたとして訴えたため、退けられたのである(ガイウス『法学提要』第4巻11節)。(この厳格主義がなくなると、「類推」が可能となり実務が柔軟化していく。)

\*63 ローマの民事裁判では、雄弁・レトリックは、ギリシアほどに重要でなかった。なぜなら、ここでは審判人は、法務官の争点決定に従って、いわば淡々と要件事実の認定をするだけだったからである。しかし刑事裁判は、多数の陪審員の前の生の対決のかたちでおこなわれたので、弁論の意味も大きかった。こうして、たとえばキケロは、刑事弁護の弁論記録はたくさん遺したが民事弁護の弁論記録はあまり遺していない、ということになった。吉原達也「キケロの弁論術教科書と法廷弁論」(植松秀雄編『法とレトリック』、科研費報告書、1997)。

\*64 以下、Wesel, *Geschichte des Rechts*, S. 167 ff.; Wolfgang Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, 1972, S. 64 ff.による。

帝国が拡大したB. C. 3世紀以降、警察機構とともに刑事裁判が整備された\*65。(a) 上層市民で逮捕され無罪を主張する者は、公訴され、陪審を前提にしつつ政務官によって糾問的に裁判された。政治犯は、トリブス会で審議していたが、第二次ポエニ戦争勝利後(B. C. 201年)、民会が形骸化したため、また政治事件が複雑化したため、元老院が専門家に処理させるようになり、特別刑事裁判所が随時設置されるようになった。(b) 奴隷や下層民の容疑者は、下級の公職者に委ねられた。自白した者や現行犯は、裁判抜きで処分された。そのさい奴隷には拷問が科せられた。

スラ (Lucius Cornelius Sulla, B. C. 138-78) が、B. C. 80年に常設の刑事査問会を整備し、国事犯、不敬罪、殺人、国有財産侵奪などを裁判した。この査問会で裁かれる犯罪行為は、その後しだいに拡大していき、裁判構造に大きな変化が生じた。

共和制期においても懲役刑はなく、刑は罰金・死刑・追放刑だけであった。放火や押し込み強盗、窃盗、犯罪目的で武器を携行することなどは、死刑であった。

### (3) 元首政—帝政期

元首政期が進むと、民事訴訟では、官僚である裁判官が裁判する特別の手続きが導入され、これが帝政期に一般化する。(それでも審判人制度は、相続などの重要裁判では残った。) 裁判は、皇帝の裁判官によって皇帝の名においておこなわれ、判決の執行も公権力によっておこなわれるようになった。訴訟手続きが厳密に規定され、皇帝の裁判にいたるまでの上訴が制度が化された。(この上訴制度は、のちにキリスト教会における裁判に採用され、近代の民事訴訟の一つの原型ともなった。) 皇帝の判決は、とくに民事訴訟において、法革新に寄与することが多かった。

刑事裁判においては、共和制期の構造が継続した。陪審員による裁判が主流であったし、私人による告訴・訴追が基本であった。しかし、しだいに警察機構や専門裁判官制が確立し、これによる特別裁判所の管轄事件が拡大した。ここでは帝政期のA. D. 2世紀以降、刑が重くなり、むち打ち刑や重労働が加わり、監獄制度も始まった。

## 2-2 法律家・法制度

### (1) 法律家

(i) 法律家の誕生 十二表法に見られるように法が成文化された後も、法の運用は、貴族だけがなれた神官・鳥占い師が独占していた。しかし、B. C. 300年頃から平民も神官・鳥占い師になれるようになったし、法実務が宗教から分離されてもいった。B. C. 200年頃以降、法実務へ騎士・平民が参加することによって、〈法の合理化〉が進展していく。

ギリシアにおけると同様、政務官も、審判人・陪審員も、訴追人も弁護人も、専門の訓練を受けた法律家ではなかった。しかし、かれらの背後には、法的な助言をおこなう専門の法律家 (iurisconsultus=法のコンサルタント、別名をiurisperitus=法の識者と言う。法学者とも訳されるが、真の法学者は、トップ=クラスの人々だけであった) がいた。かれらの活躍が、ローマの法生活の質を比類ないものにした。法律家の始まりは、貴族である元老院議員層の名望家が法的な助言をおこなったことにある。やがて騎士階層出身の職業的法律家も一般化した。かれらは、

\*65 Wolfgang Kunkel und M. Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl., 2001, S. 81 ff.

その仕事について手数料を受け取らなかった。富裕層であったから、名誉を重んじたから、そして高級公職を得るための先行投資であったからである。

(ii) 古典期に地位上昇 法律家の地位が上昇し、かつ優秀な法学者が排出しだしたのは、アウグストゥスの時代である。かれは、貴族再強化策の一環として、すぐれた法律家に「元首の権威にもとづく回答権」*ius respondendi ex auctoritate principis* を与えた。(回答権をもたない一般の法律家も、その権威を高めた。) ハドリアヌス帝期 (Hadrianus, 在位117-138) には、かれらの見解が一致したばあい、それが法的効力をもつようになった。学問法の公認である。こうした元首政期からセウエルス朝期末まで (B.C.27-A.D.235) を、ローマ法学上の古典期と呼ぶ。

法律家たちは、権威に支えられつつ、紛争の法的処理方法、契約書・遺言書の作成、法務官の方式書の改訂、審判人の事件処理などについて、鑑定・助言 *responsa* をおこなった(法廷弁論は、別に弁論家が担当した)。かれらはまた、後輩の養成もおこなった。

(iii) 法学の発達 トップ=クラスの法律家たちは、法の学問的加工にも従事した。(たとえば、アウグストゥス下の二大法学者の一人、ラベオ (Marcus Antistius Labeo, B.C.50頃-A.D.18頃。元首制に反対であったため、回答権はもてなかった) は、半年間はローマで実務や弟子の養成に従事し、他の半年間は別荘で法学の著作に専念した。) 著作物としては、市民法や法務官法の注解、法学入門の教科書、個々の法制度・法実務の解説などがあつた。

体系書においては、かれらは、〈類genus—種species—亜種 sub-species …〉の分類方式を使った。すなわちかれらは、これまでの法律*lex*や法務官法や法律家の回答や法学書などのエキス部分である諸命題(これを「法文」と呼ぶ)——これらの総称が法*ius*である——を渉猟した上で、①まず法や正義一般を論じ、②次に法を公法と私法とに分け、③私法を「自然法」*ius naturale*と「万民法」*ius gentium*と「市民法」*ius civile*とに分け、④市民法を「人の法」と「物の法」と「行為の法」とに分け、⑤物を、有体物と無体物とに分け、また今日言うところの、所有権と制限物権等々とに分け、⑥有体物を公共の物とそうでない物等々とに分ける…、という風に展開した。(分類は、法学が精緻化すればするほど、無限に細かくなっていく。) こうした作業のためには、諸法文・諸制度をめぐって、重要語を定義したり、新概念・法原則でまとめあげたりすることが必要である。(こうした手法は、アリストテレスらギリシア人の学問にも見られた\*66。今日のわれわれも使っている。)

かれらは、こうした作業によって、法や法実務の鳥瞰的理解を可能にするとともに、法制度・法関係や法文の理解を鮮明にし、個々のケースを法文の実際目的や内在する理性・正義を考え、拡張解釈や縮小解釈、類推などで処理できやすくした。(本書では、個々の法律・法文がそれぞれ有している命題を法命題と呼び、そこから抽出された一般的命題を法規則と呼ぶ。これは、サヴィニー

---

\*66 ガイウス『法学提要』および『ユスティニアヌス法典』の中の *Institutiones* 参照。ヴィレーは、アリストテレスの『トピカ』などに見られる、弁証術の手法(=概念や命題・一般的準則を分類・整理し、それらを場面に応じてうまく適用して相手を納得させる技術)が、キケロや、かれといっしょにロードス島に留学した法学者セルウィウス (Servius Sulpicius Rufus, B.C.106頃-43) をつうじて法学の世界に浸透し、一定の効果を挙げたとする。Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, pp. 161 ff.; Villey, *Le droit Romain*, 1945, I-3. 法学者ラベオも、ギリシア哲学や弁証術に造詣が深かった。

(Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861)の使い方である。他の多くの法学者は、個々の法律・法文が有する命題を法規と呼び、そこから抽出された一般的命題を法命題と呼ぶ。)

(a)分類(帰納による場合分け)による実用化の例としては、次のようなものがある：ウルピアヌスは、錯誤について、①目的物の錯誤、②名前の錯誤、③材料の錯誤などを区分し、それぞれについて諸ケースを検討して、①の場合は無効、②の場合は目的物が同じであれば有効などと整理した(D.18.1.9: Ulpianus)。

(b)上位概念の獲得の例としては次のようなものがある：アクイリウス法 *lex Aquilia* (B.C.286 頃)の第3条が他人の財物を不法に「焼く、砕く、引き裂く」行為を有責としていることをめぐって、法学者たちは、「砕く」とは「破壊する」という一般的な意味だと構成して適用した(D.9.2.27.13)。ガイウスは、「破壊する」とは「損害を生じさせる」というさらに一般的な意味だと構成した(『法学提要』*Institutiones*, 第3巻27節)。こうした上位概念は、ヨリ広い適用を可能にする。

(c)目的ないし基本原則をふまえた解釈の例としては、次のようなものがある。

(イ)アクイリウス法の第1条が他人の「家畜である四足動物」を殺す不法行為について規定している点について、当初想定されていた動物は、牛・馬・らば・ろばだけであったが、ローマの法学者は、①(山羊や羊も、立法者は当然ふくめていた)と解釈した。(これは、今日的に言えば、(立法者意思はこれだ)とする宣言的解釈である。)そして次に、②「家畜である」とは(飼いや慣らされている使役動物だと立法者は考えていたはずだ)と目的ないし基本原則を構成し、そこからの演繹で(飼いや慣らされた象やラクダの殺害にも適用できる)とした。さらに、③鶏をも、客観的に見て(飼いや慣らされている使役動物)に入るとするようになった。(②は立法者意思に結びつけた類推であり、③は立法意思を媒介にした類推である。)(西村隆誉志『ローマ損害賠償法理論史』、青葉図書、1999、121頁以下参照)。

(ロ)ガイウスは、(ある人の奴隷が集団で不法行為をした場合に、その奴隷主に対して加害奴隷全員の引き渡しを請求できるか)の問題をめぐって、奴隷たちが集団で窃盗した時にはその窃盗行為を一人がやったこととして処理する法文を引き合いに出し、この法文の目的ないし基本原則は、(一人の奴隷を差し出せばよく、奴隷全員を奪われることはない)ことにあるのだから、当該ケースも同様に処理すべきだとした(Gaius, in: D.9.2.32)。(これは立法意思にかかわらせた類推である。)

(iv) 法学の特徴 **即物性** ローマの法律家の思考の特徴は、第一に、即物的だったことにある。すなわちかれらは、(a)〈目に見え手に取れるものを離れ高度に抽象的な概念・命題の操作に深入りすること〉を好まなかった\*67。かれらが、家族について(近世日本の「御家」<sup>おいえ</sup>のような抽象物を考えず)家長の姿において考え家族法を家長の権限問題として構成したのも、団体について、公法上のものや特殊なものを除いて、「法人」を問題にせず団体構成員の姿において考え、かれらの組合ないし共有として構成したのも、その即物性の現れである。かれらはまた、(b) 個々のケースを超えて一般化に走ることを好まなかった。かれらは、概念・命題間に矛盾があっても気にしなかったし、(原理からの一貫性)や(体系性)がない状態でも構わなかった。かれらは、個々のケース・関係対象に即して

\*67 法学者ヤヴォレヌス (Iavolenus Priscus, 79-138) のことばに、「市民法におけるすべての定義は危険である」*Omnis definitio in iure civili periculosa est.* (D. 50, 17.202) というのがある。

(=カズイステックに。casuisticは、casus = caseから来る) 処理した。

じっさいかれらは、「意思表示」とか「不法行為」とかといった一般概念を使っていない。このため、かれらの法学書には、ケースの処理方策・法律の規定・学説を羅列しているだけのように見える面もある。(そもそもローマ人は、十二表法ののち、後述の『ユスティニアヌス法典』にいたるまでは、法典化を追求しなかったし、『ユスティニアヌス法典』にしても、分類手法でケースの処理方策・法律の規定・学説を羅列しているものの、法の体系化はめざしていない。)かれらの訴権の考え方も\*68、このカズイステックな思考の反映であると言えよう。

**論理性** しかし第二に、ローマの法律家は、かれらなりに論理的思考、帰納・演繹の方法を使った。かれらは、そのことによって、法制度を原理的に説明したり、法律・法文の法命題から法概念や法規則を得ることによって、直接の対象を超えて柔軟に適用できるものにし、逆に不適切な広い適用や矛盾を規制し、また法的安定性を確保しようとした。

この論理的思考には、しかし思弁性はない。先にはプラトンらに見られ、またのちにはスコラ哲学やデカルト的哲学やドイツ近代法学に見られることになる思考、すなわち〈事例に極度の哲学的加工を加えて一般原理・基本概念を獲得し、それらの全体を原理から論理的に展開し体系構築をする〉というようなやり方は、ローマの法律家には縁遠かった。

今日のわれわれ——とくにドイツ法学の流れをくむ者——は、さまざまな法律・法文や言説を対象にすると、〈そこには或る根本原理・法則が——ただ一つ——隠されているはずだ〉と考えそれを探ろうとする。われわれは、法律・法文や言説間に矛盾や例外があれば、不安になる。しかしローマ人は、〈概念同士に矛盾のないこと〉や〈唯一の原理からの一貫性〉にこだわらなかつた。かれらは、その場の妥当な解決を重視したのであって、そのけっか矛盾や例外あつかいを生じさせることや、複数の原理を並立させることは、さほどの欠陥ではなかつた。じっさい、それによって複雑な現実への眼や、多様な処方箋への眼が開かれ、それらをふまえた柔軟な法運用への道が開けたのである。(同様の思考態度は、後述のように、このギリシア・ローマの古典の研究をふまえて思考する、ルネッサンス期以降の人文主義にも見られる。)

(v) 二つの学派 古典期の主要な法学派としては、サビーヌス (Sabinus, A.D.1世紀) を中心とする学派と、プロクルス (Proculus, B.C.20頃-A.D.70頃) を中心とする学派とがあつた。どちらかという、サビーヌス派は、法の目的や基本原則を反映した法概念・法原則を読み取り、個々のケースを、それら法の目的や原則に合致するように処理し、実質的正義、法の柔軟性を確保しようとした。これに対してプロクルス派は、端的に表示され・確認しやすい一義的ルールを確定しそれを適用するという——今日的に言えば、法律実証主義的

---

\*68 ローマ人は、保護に値する法的関係を個々の訴訟をつうじて積み上げていった。人が他人を相手どって、或る物の給付や或る関係の形成を求めて訴えてきたとき、法務官は、その要求の前提が〈自分があらかじめ公示した、裁判上の救済を与える紛争パターンに該当する〉と判断 (=訴権を認定) すれば、受け付ける。そして争点を確定して、審判人に、要件事実があるかどうか検討するよう事件を送付する。訴権は、既に確定しているものから、類推や政策的判断によって新たなものが生み出されていった。(しかし A.D.130 年からは、訴権の新設には立法機関による決定が必要になった。) イングランド法が writ によってしたのと同様、訴権を少しずつ増やしていくかたちで、実質的に ius (=実体法・実体権) を確立させていったのである。

な——手法によって法的安定性を確保しようとした。(プロクルス派はラベオの弟子たち、サビーヌス派はラベオのライバルだったカピトー (Gaius Ateius Capito, ?-A.D.22. 回答権の保持者であった)の弟子たちが多かったと言う。)

たとえば、①〈(今日で言う) 行為能力がいつ始まるか〉について、サビーヌス派は、法律・法文から、〈行為能力は性的成熟に達した時点から始まる〉という一般原則を読み取り、それに照らして、個々人について〈性的成熟に達しているか〉を調べる方向をとったのに対して、プロクルス派は、法律・法文から、〈女子は12歳から、男子は14歳から〉という一義的なルールを確定し、それによって画一的に処理した。②〈物と物との交換は売買か〉をめぐって、サビーヌス派は、法律・法文から、〈売買とは信義則による価値交換契約である〉という一般原則を読み取り、物と物との交換も、この点で売買だとしたのに対して、プロクルス派は、法律・法文から、〈売買とは物と金銭との交換行為である〉という規則を確定し、物と物との交換は、この点で売買ではないとした。③〈加工された物は、材料の所有者に帰属するか、加工者に帰属するか〉について、サビーヌス派は〈材料の持続〉の観点から前者を選び、プロクルス派は〈材料の持続〉よりも目に見える加工の作用に着目し、加工者に帰属するとした(ガイウス『法学提要』第2巻79節)。④遺贈について、サビーヌス派は〈受遺者が知らなくとも相続によって移転すれば受遺者に帰属する〉としたのに対して、プロクルス派は〈受遺者が認諾してはじめてかれに帰属する〉とした(ガイウス『法学提要』第2巻195節)。

両派のこのちがいがどういう思想と結びつくものかを説明するのは困難である。しかし一般には、ヘレニズム哲学の二つの潮流のちがいに対応している、とされる。すなわち、サビーヌス派は、ストア派の自然法論の立場(普遍性志向)をとり、個々の法規定の根底にそれぞれの一般原則(道理・本質)が横たわっていると考え、具体的ケースをそれに適合させるかたちで処理しようとした。これに対してプロクルス派は、ピュロンらの懐疑論の立場をとり、法を或る法則の発現と見るよりも、社会統制のための道具と位置づけるので、統制が効率よくいくよう画一的基準を重視したのである、と\*69。

(vi) その後 A. D. 284年以降の専主政下では、法学者による学問法ではなく皇帝の勅令が法実務の主軸となり、また官僚裁判官が法解釈を独占するようになった。学問活動が実務から離れたことによって、ローマの法生活はしだいに慣習に支配され卑属化(概念の厳密性・観念性を失い単純化すること)していった。たとえば共和制末期までに確立した〈観念的・絶対的な所有〉は、この「卑俗法」の下で質を落としてゲルマン法上の所有(ゲヴェーレ *gewere*)に近いもの(即物性が強く、期限付き所有をも認める)になった\*70。

ユスティニアヌス帝 (Justinianus1世、在位527-565) が、法学者トリボニアヌス (Tribonianus, ?-542) らに命じて 529・534年に法典を編纂させた。この法典(本書では『ユスティニアヌス法典』と呼ぶ)は、やがて四部編成となった。(後述のように中世のイタリアでその中の *Digesta*(=*Pandectae* 『学説集成』) の

\*69 以上、ペーレント『歴史の中のローマ法』97頁以下参照。

\*70 柴田光蔵「ローマ法学」(『法学史』碧海ほか、東京大学出版会、1976) 40頁以下。吉野悟『ローマ所有権法史論』(有斐閣、1972) 第6章。

写本が再発見されたあと、五部編成であつかわれた。16世紀以降は、『市民法大全』*Corpus Iuris Civilis* と総称された。）

その内の、① *Institutiones* は、教科書風の概論であり (institutio は「教育」の意)、法律とは言えないものであった。これは、ガイウスの『法学提要』*Institutiones*<sup>\*71</sup> 等に見られる構成——第一巻：人をめぐる諸ルール (人・行為能力・結婚・親子などをめぐる諸規定)、第二・三巻：物をめぐる諸ルール (有体財産・相続・債務・不法行為などめぐる諸規定)、第四巻：法的な行為をめぐる諸ルール (訴訟・法律行為などめぐる諸規定)<sup>\*72</sup> ——にならった構成をとっている。後述するようにこの構成 (中身は変わるが) が、フランス民法典 (1804) などの近代法典でも採用された。② *Digesta* は、それまでの時代の法律家を書いた書物からの言説の切り集めであり、これも法律とは言えないものであった。これに対して、③ *Codex iustinianus* (勅法集) は、元首政期から534年までの勅令や決定から成り、④ *Novellae* は、534年以降ユスティニアヌス帝によって出された勅令や決定から成った。

## (2) 法制度の特徴

ローマ法の特徴の一つは、すでに共和制末期までに、結社の自由、年少者保護、所有の自由、自由な契約、遺言の自由 (十二表法で認められていた)、良俗違反を無効とする原則、衡平、ある程度の、〈公法と私法の分離〉・〈法と道徳の区別〉など、近代法につながる諸原則を、実質的に準備していたことにある (以下、「実質的に」とは、〈かれらが明確な概念をもっていたわけではないが、今日の眼で見れば諸関係からしてそれに近づいている〉との意である)。この点ではローマは、「私的自由」を、アテネ以上に発達させていた。

しかしそうした自由は、今日のように各個人に人間であることにおいて——人権として——保障されていたわけではない。また、商品交換関係が発達したことの反映として出て来たものでもない。逆にそれは、国家的統合がまだ弱い農業社会の伝統を背景としている。そこでは家長が社会活動・秩序維持の中核として、独立した地位にあった。このことを反映してローマ法の名宛人は、「個人一般」ではなく「家長」なのである。以下、所有・契約・不法行為・家族について、特徴を見ておこう。

(i) 所有 **包括性と絶対性** 古代ローマ人が、所有 *dominium* (= *proprietas*, *dominium* は *domus* = 家長の支配圏から、*proprietas* は *pro* + *patris* 「先祖の物」から来る) の広範な自由をはじめ実質的に確立した。自由な所有とは、保持・利用・処分が自由で、同一物に異なった二つの所有が帰属する関係を認めないこと (= 一物一権主義。この状態を「所有の包括性」と言う) を意味する。ローマ人はこのために、保持や利用を促進し、それらを保護するさまざまな訴権 (= 所有物

---

\*71 1816年にドイツの歴史法学者ニーブール (Barthold Georg Niebuhr, 1776-1831) が、ローマへの旅の途中に立ち寄ったヴェローナの大聖堂図書館で、ガイウスの『法学提要』の古写本 (5世紀のもの) を発見した。これによって、『ユスティニアヌス法典』編纂時 (6世紀前半) の恣意的な挿入 *interpolatio* や改ざん *compilatio* を免れた、古代ローマの法の世界がよみがえった。(たとえば、それによって法律訴訟や方式書訴訟などの姿が再現された。) 佐藤監訳『法学提要』参照。

\*72 ガイウスは、『法学提要』の第1巻8節で、「われわれの法は、人に関するもの、物に関するもの、行為に関するものに分かれる」と述べている。『ユスティニアヌス法典』の中の *Institutiones* も、「すべてわれわれの法は、人にかかわるか、物にかかわるか、行為にかかわるか」と述べている (第1巻3章冒頭)。

取り戻し訴権 *rei vindicatio* や否認訴権 *actio negatoria* など。これらによって、ほとんどの他者による侵奪・妨害・不当な指図が排除できた。これを「所有の絶対性」と言う)を諸制度化した。こうした所有制度への動きは、第二次ポエニ戦争後のローマ社会における共同体的諸関係の衰退・都市生活の進行にともななって顕著になり、共和制末期に頂点に達した。

それでもローマ人は、所有物を使用するときには、家長権を行使するときと同様、公法上の制約や家族・宗族(男系親族)関係上の配慮、良俗による規制、シカーネ禁止の法理\*73などに服していたのであるから、その広範な権限の外見から想像されるほどには近代的意味で「個人主義」的ではない。

**観念性** 所有にかかわるローマ人の思考は、(a)物を現に占有していない所有者が、現に占有している者に対しても主張することができた点(所有物取り戻し訴権は、現に占有していない所有者が、その所有の正統性を証明できれば、無権限の占有者などから無条件で取り戻せる権限を前提にしていた)と、(b)「所有」を物の利用態様によって〈賃料徴収を内容とする所有〉・〈耕作を内容とする所有〉というように区別することはしなかった点とにおいて、ゲヴェーレに見られる思考に比べ、観念性・抽象性をもっていた。

(a)について補足しておこう。ローマ人は、所有、占有 *possessio*、所持を区別した。たとえば、ウルピアーヌス(D.41.2.17.1)は、所有が「所有者の意思に反しても所有であり続ける」のに対し、占有は「占有の意思をなくすと、即占有でなくなる」とする *dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere*。ローマでは所有は、今日的に言うと、物の完全な支配権で、主体から独立した客観性=観念性をもつ。他方、占有は、〈物を自分の所有物として所持する意思 *animus domini* をもって現に所持している状態〉を保護するところに成り立つ。(ギリシア人は、この占有を法的にとらえられなかった。後述のようにゲルマン人は、上の意味での所有と占有を区別できなかった。)

占有に関してさらに二つの補足をしておく。第一に、ローマ人が保護しようとした占有は、*animus domini* をともなった占有、すなわち自主占有だけであった。これは、ローマが、家主・地主ら有産者を、借家人・借地人より優先したからである。たとえば、家主・地主が自分の家・土地を第三者に売却したばあい、この第三者は、借家人・借地人に対し立退きを請求できる。借家人・借地人は、自分の所有物として所持する意思をもっていないので、占有者ではなく、単なる所持者にすぎない。このためかれらは、賃貸借契約を根拠にして、家主・地主に立退きによる損害の賠償を請求できるだけであった。(今日的に言えば、「売買は、賃貸借を破る」のである。)

第二に、ローマ法では占有の方が所有より本源的であった。占有は元々は、初期の、各世帯に使用のためあてがわれた土地(2 ユゲラ=約 40 アール。ギリシアのクレーロスにあたる土地)の利用権と結びついてきた。市民は、この土地を侵害された場合には、行政に保護を求めることができた。この保護が、政務官の発する特示命令である。こうした配分制度が崩れ、私有地化していくなかで、占有とは異なる所有の

---

\*73 ローマ法には「自分の権利を行使する者は、何人をも害することはない」といった原則があったが、その例外として、〈他人に害を加えることのみを目的とした、権利の行使は許されない〉という「シカーネ禁止」の法理があった。この法理が、19世紀中葉以降、フランスの裁判等をつうじて、権利濫用の法理に発展していった。末川博『権利濫用の研究』(岩波書店、1949)。



関係が出て来た。日本民法典などが「占有訴権」を明示的に保障しながら、「所有訴権」を明記していないのは、この事情による。

ところで、以上のところで〈ローマ人が自由で観念的な所有をもっていた〉とするのは、あくまでも「実質的に」の限定付きでのことである。〈自由な所有権〉を最初に明確に定義したのは、ローマ人ではなく、後述の後期注釈学派バルトゥルス (Bartolus de Saxoferrato, 1314-57) であって、14 世紀中葉のことである。かれは所有権 *dominium* を、「物を、法の許す範囲で自由に処分する権利」*ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat* と定義した。これは、ウルピアーヌスの上述の法文 (D.41.2.17.1) への注釈の中に出てくるが、ウルピアーヌスの上の定義自体には、所有がなお強い共同体的関係下にあったため、また上の法文が〈所有と占有との区別〉という文脈でのものであったため、そういう中身はない。

**要式行為をめぐる** 所有物の移転には、要式行為 (儀式・形式をふまえること) をともなうものとそうでないものがあった。要式行為の一つが握取行為 *mancipatio* である。これは、農業社会において重要で家族的規制に服していた、土地・奴隷・家畜・耕作道具の所有物譲渡にともなう要式行為であった。この行為にさいしては、証人5名以上と、青銅の天秤と銅片をもった者1名とが同席し (すべてローマ市民である成人)、買い主が売買の目的物 (たとえば奴隷) を片手でつかみ、〈わたしは、この奴隷が法によって自分のものとなること、それをこの銅片と青銅の天秤によってわたしが買うこと、を宣言する〉という旨のきまり文句を唱えて別の手につかんだ銅片で天秤をたたき、売り主にその銅片を渡す (代金はもちろん別途支払う)、という形式がとられた (ガイウス『法学提要』第1巻 119 節)。なぜ銅片と天秤かという、かつては売買の代価は、買い値に相当する量の銅片を天秤で計って支払われたからである。行為は、この様式さえふまえておれば、たとえ詐欺・脅迫によるものであっても、効力あるものとなった。そうした強い効果を付与するためには、公示性を高める必要があるが、小共同体であった頃のローマでは、上の要式行為がそれに役だった。

握取行為は、即金払を念頭に置いている。先にギリシア人について見たのと同様、ローマ人は当初は、〈あらかじめ契約し、何日かあとに引き渡さないし支払いがおこなわれる〉という信用売買を念頭に置いていなかったのだ。

土地・奴隷・家畜・耕作道具以外のもの *res nec mancipi* の所有物譲渡には握取行為を要しない。しかし、この場合にも、単なる意思の合致 (=合意) だけでは移転は有効ではなかった。後述の *iusta causa* が必要であった。

## (ii) 契約

(a) 有名契約・要式行為 ローマ人は、個別の関係ごとに訴権を設定したため、法的に保護すべき契約類型を限定し、それらに名を付けた (=有名契約 *contractus*。このカズイスティックな処理の伝統を克服するには、近世自然法を待たなければならなかった)。かれらはまた、そうした契約が成立するためには、決められた形式を忠実にふまえることが必要だとした (=要式行

為) \*74。

しかしながら、共同体が拡大し社会活動が活発になってくると、このような形式主義は不都合になり、その緩和策がとられた。この事態に対処するため、無方式の免除約束などについて、〈信義(仁義) bona fides 尊重の立場からその拘束力を認めさせる〉という解決策がとられた。とくに第二次ポエニ戦争後、外国貿易が盛んになり外国人相手ないし外国人同士の契約が盛んになった(すでにB.C. 242年には外国人を担当する法務官 praetor peregrinus が設けられていた)ため、有名契約・要式行為は、ますます実用的でなくなった。そこで法務官たちは、無名の契約であっても、①当事者の一方がすでに履行している契約、②有名契約に付随する無名の契約は、保護するようになった。法務官たちはまた、要式行為をとまわらない契約(無方式合意 pactum)であっても、弁済約束や引受契約などは保護した。加えて、無名の契約でも問答方式による契約や、贈与約束などの無方式の契約は、立法によって保護された。(しかし、この段階においても、単なる譲渡の合意だけではだめで、〈なぜ契約をする必要があったか〉の理由、たとえば贈与契約の時の結婚記念日とか誕生祝いとかといった事実(これらを、iusta causa 「もつともな原因」と呼ぶ)が現に存在している必要があった。〈個人の意思が合致しておれば十分だ〉とはしなかった。)

このような経過をふまえ、ローマ市民でない人々にも通用する法としての万民法が発達した。(万民法は、外国人に適用されるローマの法である。なぜ適用可能かという点、多くの国で共通の制度だからである。たとえば、売買や賃貸借、海や沿岸の共同利用がそうである。——これに対して自然法は、自然において共通のもの=人間と動物に共通のもの(たとえば結婚して子供を産み育てること)、ないし人間の本性を基礎としたもの、にかかわる。ローマ人は、奴隷制については、〈人間の本性に反し自然法に抵触するが、多くの国で見られる制度だから万民法にはかなう〉と認識していた(たとえば *Institutiones* 1.3.2).)

(b) 錯誤による無効　ローマ人は、当初は、要式行為を重視したのでその行為において表示されたことにこだわった。しかし、やがて、当事者の真意が重視されるようになり、錯誤が問題になりだした。すなわち、〈契約の目的物は何であったか〉など重要な諸事項について契約当事者の一方が錯誤しておれば、その錯誤に重大な過失がない限り、〈重要な意思の不一致があった〉として、契約を無効にするようになった\*75。そして口

---

\*74 これまでもしばしば問題になったが、初期ローマの特徴の一つは厳格な形式主義にある。(a)形式主義は、未開社会では広く見られる。一般に未開人は——子供におけると同じく抽象的なものを観念的にとらえる思考が未発達だったので——目に見える形象に頼ろうとする。(逆にかれらは、目に見えるものに目に見えない不思議な力・意味を読み取れたとも言える。)こうしてかれらは、偶像・象徴物・聖遺骸・聖遺物・口にする語句・自然現象・儀式にこだわった。なかでも儀式は、重要な関係が形成されていることを公示し、人々を納得させるとともに証人として確保する上でも効果的であった。(b)これに加えて厳格な形式は、民衆に対する貴族の優位を保障するものでもあった。初期ローマでは、貴族が宗教や政治・法実務などを独占していたのであるが、かれらだけが形式に習熟し得たことが、その座を確かなものにしたのである。(事情は、古代ユダヤ教会の律法主義や、平安時代の有職故実こだわりの格式主義でも同じであった。)(c)さらに、考えてみれば、裁判とは、〈儀式・形式を活用することによって、生の対立を、それが発生した生の現実とは別の土俵上で別のかたちで闘うべきものに変え、その闘いをつうじて収束に導く〉という制度であり、この点で今日でもかなりの儀式性・形式主義をもっている。

\*75 ベーレント『歴史の中のローマ法』190頁以下にくわしい。

ローマ人は、この段階で留まった。近代社会におけるように契約が普及すれば、取引の安全を尊重して、本人の意思よりも、表示された意思の方をふたたび重視するようになる（表示主義）のだが、古代ローマの法生活の水準では、そこまでの必要はなかった。

(c) 買い主の危険負担　ローマでは当初は、〈即金払い・即引き渡し〉が念頭に置かれていたため、〈契約時に所有物は、買い主に移転する〉という観念が支配的であった。このため、特定物をあとで引き渡す契約で、引き渡し前にそれが滅失しても、その滅失に売り主の責任がなければ、(今日いうところの) 危険負担は買い主が負わなければならなかった。(不特定物の売買の場合は、売り主の危険負担となるが。) ローマ人は、この不都合に対処するためには、〈他人の物を所持している者は、それを適切に保管する責任を負うという原則〉 *custodia* を活用して、売り主の責任を問うた。「古典期」に入ると、〈引き渡しがあつてはじめて買い主が危険を負担する〉という説も出て来た。

(iii) 不法行為　十二表法は、市民の身体・名誉に対する、(今日いうところの) 不法行為に対しては被害者が贖罪金を得ると定めていた。しかしやがて、殺人はもっぱら公序に対する犯罪として処理されるようになった。強盗行為を働いた犯人や、自分の奴隷を殺害した犯人に対しては、刑事上の私訴と私法上の訴訟提起とが同時に可能であった。窃盗犯に対しては、刑事・私法のいずれか一方を選択することになったが、どちらをとるにせよ、加害者の懲罰が制度の目的であった。

物(奴隷・家畜・物品など)に対する不法損害(自由人の子どもに対するそれも)は、アクイリウス法によって私法的に処理された。ここではじめて、今日の不法行為損害賠償のように、損害と賠償が等価であることが原則になった。ユスティニアヌス帝の時代には、成人の自由人への不法損害(傷害に限られ、殺害は含まない)にも準訴権(法務官の職権によって賠償させる道)がとられるようになった。

しかし、自由人への加害を物の損傷と同じかたちで処理することには反発があつた。このため、広く殺害をも含む自由人への加害が本訴権によって処理されるようになるには、後述する注釈学派の時代(13世紀)を待たなければならなかった。(今日のような不法行為による損害賠償制度が確立するのは、17世紀後半以降の自然法論においてである\*76。)

### 3 中世の法学・法実務

#### 3-1 イタリアの法学

##### (i) ボローニャ大学法学部

**イルネリウス**　最初の法学教師としてペポ(Pepo)らがあつた。しかし重要なのは、イルネリウス(Irnerius、1060頃-1140)である。ボローニャ生まれのイルネリウスは、文法学から転じ、ローマで法学を教えていたが、1084年頃にボローニャで上記*Digesta*写本やその他の法書を全面的に活用して法学を教えだし権威を高めた。

かれの教え方は、講義では、『ユスティニアヌス法典』中の法文をまず朗読(*lectio*)し、その語意・文意(*sensus*)を説明し、次いで深い意味(*sententia*)を解説して概念や原理・相互関係を教授する;また演習をやって、教師が出した例題をめぐって応用的な討論をする、

\*76 原田慶吉『ローマ法』219頁以下。

といったものであった\*77。(紙や羊皮紙が高価でノートがとれなかったので、学生たちは授業内容を暗記した。)かれはまた、『ユスティニアヌス法典』の写本の余白に注釈を記入するかたちで著作活動をした。かれは、これらの手法によって、注釈学派の基礎を築いた。

**ボローニャ大学の誕生** こうした教師の下で学ぶためボローニャに来る学生たちが増えた。かれらは、出身地別に組合(個々人が共同目的のため契約によって結合した集合体)をつくり、教授を雇い、学長を選出し、勉学の自主運営をおこなった(学生は、裕福な貴族の子弟が多く、年齢も二十代後半の大人であったので、これが可能だった)。この学生の組合が全勉学組織の核だったので、「組合」のラテン語universitasが勉学組織自体の名となった(英語で言えばuniversity)。(のちに法学部と他学部の教師たちも、団体に結束した。教師の団体、すなわち独立の団体性をもつ人的結合体をcollegium社団と言ったが、これがcollegeの語源となった。)当初、法学とリベラル=アーツとを主軸にしていたボローニャ大学は、13世紀に入って医学部と神学部を加え、平均2000人(10000人であったとの証言もある)の学生を擁した。その半数は、イタリア外からの留学生であった\*78。(授業はどの大学でも、エリートが幼少より学ぶラテン語でおこなわれたので、外国で学ぶことにさほど困難はなかった。)

(c) 法学教育の需要 当時、法学教育の社会的需要は高かった。①イタリアでは交易が盛んになり、また都市での商業活動が活性化し、合理的なルールが求められていた。②イタリアの諸都市では、法学を学んだ者(学識法律家)が裁判官を占めるようになっていった。③イタリアの都市行政をまかされた行政官(ポデスタ、Podesta)が、相談役として学識法律家を使った

。④他の諸国でも、留学から帰った学識法律家が、聖俗の裁判官・鑑定人・弁護士・コンサルタント・エリート官僚・教授として活躍した。かれらは、地方的な慣習法や法律をあつかうとともに、広い領域に共通の法(「普通法」ius commune。地方法の優先下でそれを補充する法)としてのローマ法、そして教会法を活用した。

学識法律家は、高い収入、さまざまな特権、貴族にならぶ特別処遇を享受しえた\*79。

(ii) 注釈学派 イルネリウス以来、これらのイタリア諸大学を中心にまず形成された法学派が、注釈学派 Glossatoren である。その名は、イルネリウスらが『ユスティニアヌス法典』の写本の余白に、語句の意味や法文同士の連関づけの説明(注釈 glossae)を書き込んだことから来る。しかしかれらは、単に注釈だけでなく、解釈書や講義ノートも残した。

授業は、講義と演習によった。講義は、先にイルネリウスで見たように、『ユスティニアヌス法典』の法文(や古代の法律)をまず朗読し、その語意・文意を説明し、次いで深い意味を解説する(=論点を整理し、他の法文と照合し、適用される法概念・法原理を獲得する)というかた

---

\*77 ハスキンス Ch. Haskins『十二世紀ルネッサンス』(野口訳、創文社、1985)175頁以下。(朗読→語意・文意説明→解説)の3段階形式による講義と、例題による討論を主軸とした演習とは、法学以外にも見られた。それらは、そもそも初期中世以来の諸学校の伝統であった。ヴェルジェ Jacques Verger『中世の大学』(大高訳、みすず書房、1979)6頁。(今日の日本でも、漢文・古文・外書購読などでは3段階形式による授業が多いし、法学等の演習では例題による討論が見られる。)

\*78 Wesel, *Geschichte des Rechts*, S. 314; Meder, *Rechtsgeschichte*, S. 141.

\*79 西村稔『文士と官僚』(木鐸社、1998)34頁以下。

ちだった。演習は、教授が設題を出し、助手と学生が議論しあい、翌日に教授がまとめるというかたちだった。

どちらの場合にも、(アベラルドゥスに始まりグラティアヌスの教会法学やアクィナスらのスコラ学で発達した)「sic-et-nonの方法」が活用された。すなわち、ある法規則を肯定する法文と否定する法文とを対比した上で、調和させてまとめあげるというものであった。*Digesta*の膨大な量の法文は、多数の古代ローマの法学者の言説の抜き書きであるため、相互に矛盾や不統一が顕著である。それらはまた、時代やケースのちがいを反映して、提示する命題が相矛盾することが多い。しかし注釈学派には歴史的発想が欠けていたので、個々の法文の背景(歴史的事情)をわきまえることによって矛盾を解消することができなかつた(そういう視点が出てくるのは18世紀末以降のことである)。そこで、かれらは、法文をそのまま受け止め、それらの間の矛盾を解消するためには、論理に頼り、上位の概念を考え出してまとめたり、場合分けをして整理したり、折衷したりしたのである。

たとえば、(a)〈慣習法は制定法と同様な効力をもつか〉の問題について、注釈学派は、まず肯定するローマ法の法文を示し、次に否定する法文を示す。その上でかれらは、結論として、〈皇帝が明示的に否認した慣習法は効力をもたないが、そうでないものは効力をもつ〉という命題を得る。(b)〈君主は法を超えているか〉の問題についてアックルシウスは、肯定する命題と否定する命題とをそれぞれあつかい、結論として、〈君主を超える機関はないのだから、君主は事実上、法をも超えている。しかし、君主は法にもとづいてその座にあるのだから、その点で君主は法の下にある〉と説く\*80。

こうした法学教育は、実務家養成を主眼としたものではなく、法学教授養成を主眼としていた。(もとより教授になれる者は少なかった。しかし教授養成目的の法学教育で得た知識でも、実務に使えたのである。)博士号を取得するには最低7年を要した。(7年も異国にいるのは大変だが、多くは金持ちの息子たちであった。それに考えてみれば、博士号取得には現在でも9年にかかる。)学生は、学業をまっとうしたばあい、ローマ法と教会法とをともに修め「両法博士」の称号を得た。(この伝統は、今日のLL.M. (Master of Laws) やLL.D (Doctor of Laws) の「LL.」に名残をとどめている。「LL.」=「Laws」は、もともとは〈ローマ法+教会法〉のことなのである。)最終試験では、口頭試問のほか授業実演があり、教育者としての手腕をも試された\*81。

とはいえ、注釈学派が実務の必要と無関係であったわけではない。かれらは、古代ローマの法に忠実であったが、同時にかれらの時代の要請にかなった法解釈をめざしもした。

たとえばかれらは、①〈みんなに等しく関係する事項については、みんなの同意を得るべきである〉と定めた、未成年者の共同後見人に関する規定(C.5.59.5.2)を、複数の関係者がいる訴訟や課税に類推適用した。②かれらはまた、〈レスリングやボクシングの試合中に相手を損傷しても、その行為は「名声を得、勇気を示すためであって相手を害するためではないので」不法行為にあたらぬ〉とする規定(D.9.2.7.4)

---

\*80 以上、John Dawson, *The Oracles of the Law*, 1970, pp. 128 ff.; 藤野奈津子「Principes legibus solutus: ローマ法源とその解釈の歴史的展開(二)」(『早稲田法学』78巻2号、2003)。

\*81 コーイング『近代法への歩み』69頁。

を、中世の馬上槍試合に類推適用した\*82。③かれらは、不法行為から刑事罰の要素を減殺させ、またアクイリウス法を人に対する不法行為に適用する努力を進めた。(既述のようにローマ人は、家畜や奴隷に対する殺害・傷害には、アクイリウス法で損害賠償を規定していた。しかし、自由人に対する殺害や傷害には、それとは別で、重い贖罪金で処理した。注釈学派の時代には、ローマとは通貨が異なるので贖罪金の算定には実損額を考慮するほかなかったし、実損額に傾斜にしたイタリアの慣習法をも反映させる必要があり、自由人に対する不法行為をアクイリウス法的に処理する作業が進んでいった。)④〈所属都市を相互に異にするイタリア人同士が取引するさいの準拠法〉をローマ法に求めたのも、かれらである。これは、ローマ人の「万民法」の発想を採用したものである\*83。

(iii) 後期注釈学派 続いて1250年以降、後期注釈学派の人々 Postglossatoren (注釈学派 Kommentatoren と呼ばれる) が活躍した。もっとも有名なのは、バルトールスト、その弟子のバルドゥス (Balduus de Ubaldis, 1327-1400) である。(この二人が教えたペルージア大学法学部 (1306年創立) は、かれらによってボローニャと並ぶ水準に達した。) この時代になると、もはや余白に説明を書き込むだけでは足りず、くわしい解説、すなわち注解 *Kommentare* の本を書く必要が出て来た。*Kommentatoren* の語は、ここから来る。かれらは、同時代人の法律顧問 *consilia* を担当することが多かった。そのさいには当然、時代の必要に注意を払うことになるので、注釈学派に比べ、法源からヨリ自由に思考した。すなわちかれらの学風は、近時の学説をも引き合いに出しつつ法の構成をおこない、ローマ法の個々の法文を連関づけて一般的な法概念や法原則・法準則を獲得し、古いローマ法をかれらの時代に適用できるものに加工する、というものであった\*84。

かれらの学風がよく出ている事例は、次のようなものである。①ヴェネチア Venezia の慣行では、3人の証人が立ち会って書かれた遺言は有効である。しかしこれは、5人の証人が必要だとするローマ法に反する。バルトールストは、この点について、〈繁忙な商人の中から5人も証人を集めるのは不合理だから、3人に限定するのは合理的である。合理性を追求するのは、ローマ法の立場である〉とした。②かれはまた、〈イタリア諸都市で市民が自治権を永いあいだ行使してきたのであれば、皇帝からの特許の有無にかかわらず、それを法的に有効だと見ることができる〉とした。イエリネック (Georg Jellinek, 1851-1911) の言う「事実の規範力」の考えによって都市自治を承認したのである。③バルトールストらは法人をめぐって、教会法の法人擬制説をふまつつも、同時に中世の団体が有機体的な実態 (法人実在説の根拠となる) をもっていることを反映させるよう努力したので、法人論の深化に貢献した。④バルトールストは、所有権 *dominium* を、「物を、法の許す範囲で自由に処分する権利」だと、「自由な所有権」を打ち出すかたちで定義した。⑤バルドゥスは、(師バルトールストがローマ法とは異なる「二種の用益所有権」の概念を生み出したのをふまえて、) 主人の所有権を上級所有権 (本来所有権 *dominium directum*)、従者・永小作農のそれを下級所有権 (準所有権 *dominium utile*) と呼ぶ「分割所有権」概念を精緻化し、中世の重疊的な土地所有関係をローマ法によって把握できるようにした。(ただしこの分割所有権の概念は、永小作権を所有権化するので農民に有利であったが、もとも

\*82 Robinson et al, *European Legal History*, pp. 45-46.

\*83 Schot, *Rechtsgeschichte — Texte und Lösungen*, S. 44 ff.

\*84 スタイン『ローマ法とヨーロッパ』91頁以下。

と所有権的であったアルメンデや狩猟・漁撈権では農民に不利に働いた。なぜなら、自由農たちの共同利用地に対し領主層が、〈おまえたちが所有権をもっているとしても、それは下級所有権だ。自分も上級所有権のかたちで、所有権をもつ〉と主張することを可能にする理論だったからである\*85。)

この時代には、イタリア都市を拠点に市場経済が発達し、新しい時代の要求に応じた法が求められていた。そこでかれらは、この要求にも応えて、ローマ法にはなかった手形法・社団法・国際私法などを取りあつかうとともに、都市の自治を支持する立場から慣習法論を展開もした\*86。

### 3-2 フランスの法学 (含・人文主義法学)

**法学部の叢生** 法学の学問化はイタリア外でも進んだ。フランスでは、プロヴァンスProvenceやラングドックLanguedoc等を中心とした南部地方がローマ法を伝えていたが、やがてこの地で、ローマ法学・ローマ学識法の継受Rezeptionが進んだ。イタリア諸大学の影響が及んだからである。重要だったのは、ボローニャ大学注釈学派の重鎮の一人であったプラケンティヌス(Placentinus, ?-1192)である。かれは、モンペリエMontpellierに移り、その法学部を発展させた。

北部フランスでも、フィリップ4世(Philippe VI, 1268-1314)が1312年にオルレアン大学法学部を公認したことが、重要な出来事であった。1219年以来パリ大学ではローマ法の研究・教育が禁止されていた。このこともあって、オルレアン大学は——北部のゲルマン法的な慣習法の地帯における——ローマ法教育の拠点となった\*87。

これらの大学でローマ法・教会法を学んだ者の多くは、教皇庁関係ないし国王の官庁、高等法院Parlementの裁判官などになった。

\*

**人文主義法学** イタリア=ルネッサンス期には人文主義の思想運動が盛んであったが、やがてこれがイタリアからフランスやドイツ、オランダ等にも及び、ローマ法の新しい研究・教育が発展する。人文主義的法学である。フランスでの人文主義的法学としては、ブルージュBourges大学法学部を拠点としたそれが有名である。この法学部では、ビュデ(Guilelmus Budaeus, 1467-1540)によって人文主義の土壌が準備されていたが、ここへ1464年にイ

---

\*85 栗生武夫「入会の歴史」。クレッシェルによると、19世紀ドイツのパンデクテン民法学は、分割所有権の概念を否定した。このことには、近世自然法論やドイツ観念論が〈所有の自由〉を強調し、旧い所有権を否認したことが影響している。クレッシェル『ゲルマン法の虚像と実像』273頁以下。

\*86 慣習法の編纂は、すでに1220年頃から、ヨーロッパ各地で盛んになっていた。有名なものとしては、1220年頃の『ザクセン=シュピーゲル』、1274・75頃の『シュヴァーベン=シュピーゲル』、1280年頃の『ボーヴェジ慣習法』*Coutumes de Beauvaisis*(ボーマノワール(Philippe de Beaumanoir, 1246頃-96)の私撰)がある。各地に招かれた注釈学派の法学者が、地方慣習法の編纂に寄与もした。たとえば、イングランドに招かれたヴァカリウス(Vacarius, 1120頃-1200)は、民衆の法としての慣習法の意義を説いたし、1150年頃にスペインのバルセロナで編纂された『慣習法』*Usatges de Barcelona*も、イタリアから来た法学者によるものであった。今野(前掲注133)『西洋中世世界の発展』193頁以下。

\*87 ヴィノグラドフ『中世ヨーロッパにおけるローマ法』第3章。

タリアの人文主義者アルキアートゥス (Andreas Arciatius, 1492-1550) が移って来た。こうして二人の主導の下に、人文主義法学が花を咲かせた。

ブールジュ大学法学部でもっとも有名なのは、次の世代の、(i) キュジャス (Jacques Cujas, 1522-90) と、(ii) ドノー (フーゴ=ドネルス Hugo Donellus, 1527-91) とである。

(i) キュジャス かれは、人文主義の「原典に帰れ」ad fontesと共通する立場で法学研究を進めた。すなわちかれは、イタリアの法学者の伝統的な方法 (=ローマ法の法文について厳密なテキスト=クリティックしない。また、法文間の歴史的コンテキストのちがいを考えないで、調和させようとする。「イタリア風」mos Italicusの法学と呼ばれた) を批判した。かれは、*Digesta* の Florentina・Vulgata についてテキスト=クリティックをおこない、編纂時や写本時の改ざん・写し間違い、1553年に出版されたその法文の印刷ミスを明らかにしていった。そして、『ユステイニアヌス法典』の本来の姿を再獲得し、法文ごとにその歴史的 position を明確にすることをめざした。これを「フランス風」mos Gallicusの法学と呼ぶ。

(ii) ドノー かれは、ローマ法をベースにしつつ、個々の法制度を理論的に描く作業を進めた。かれは、ローマ法のさまざまな法文の分類し、そこからの帰納によって当該法制度の、ある程度一般的である概念・命題を獲得し、それを構成して理論的叙述をおこなった (ローマ法の法文は文の関連箇所適宜引証した)。これは、形式の点では今日の日本の法学教科書にも見られる手法である。このようにドノーは、キュジャスとは異なり、法的構成を重視した。この点では、「イタリア風法学」の伝統に近い。

たとえば、(i) ローマ法は、一物一権主義を原則にしている。しかしドノーは、*Digesta* を渉猟し、そこに用益権・通行権・永借地権などの制限物権を見出し、これらから「他者の所有物における物権」という一般概念を帰納させた。かれは、この概念に依拠することによって、封臣・臣民が領主の土地所有権に対抗しうる物権をもつことを構成した\*88。(ii) ドノーはまた、ローマの不法行為法について、ローマ法の諸法文中から、「損害を与えた」という概念の他に「損害の原因ないし機会を与えた」という概念をも読み取り、それによって不法行為を、〈現実に損害をもたらした者だけでなく、その損害の原因をつくった者に対しても賠償を請求できる制度〉として仕上げ、この原則からの演繹によって問題処理を方向づけ法的保護をより妥当なものにした\*89。これも帰納・演繹の方法の活用である。(iii) かれは、賃貸借を「物または労務を使用する対価として金銭を払う行為」と定義し、物についての賃貸借と労務についての賃貸借 (雇用と請負) とを区分したうえで、それぞれを分類しつつ論じた。

ドノーに見られる、一般概念・原則を重視するこの手法は、実はフランス法学の一つの伝統であった。それは、オルレアン大学でルヴィニのジャック (Jacques de Revigny, 1230/40?-96) らによって、アリストテレスの「オルガノン」の影響下に始められていた。この帰納・演繹による手法は、当初は、「フランス風」mos Gallicusと呼ばれ軽蔑されたが、やがてイタリアに影響を与えた\*90。

\*88 スタイン『ローマ法とヨーロッパ』105頁以下。

\*89 西村隆誉志『ヨーロッパ近代法学形成史の研究』(敬文堂、1998) 8頁以下。

\*90 ヴェルジェ『中世の大学』110頁。Robinson et al., *European Legal History*, pp. 175-177. 西村『ヨーロッパ近代法学形成史の研究』をも参照。



しかしながらブルジュ大学の法学は、まもなく主要な教授たち——カルヴァン派が多かった——が、ユグノー戦争を原因としてスイスやドイツ、オランダに亡命していったため衰退した（たとえばドノーは、ジュネーブ Genève・ハイデルベルク Heidelberg・レイデン Leiden・アルトドルフ Altdorf の大学を転々とした）。（ブルジュ大学自体も、フランス革命期に消滅した。）

### 3-3 ドイツの法学・法実務（含・人文主義法学以降）

#### (1) ローマ法の継受

中世ドイツの伝統的裁判は、〈判決人ないし審判人こそが、伝統的な法ないし正しい法を認定できるのだ〉とするものであり、慣習法の尊重を基礎にしていた。しかし、このドイツでも、中世の終わりが近づくにつれ、ローマ法がしだいに浸透していった。イタリアやフランスでローマ法を学んだ学識法曹が、実務を担った。ドイツ内にも、ローマ法を教える大学が増え、その教員と卒業生が実務に携わるようになった。ローマ法は領主や国王側の利益にかなったので、かれらの多くも導入に熱心だった。法曹は、15世紀後半には、主要法実務をほぼ席卷した。この経過を、見ておこう。

**大学** ドイツでも大学が続々と創設され、ローマ法の教育・研究が盛んになった。1348年創設のプラハ Prague 大学、1365年のウィーン大学は、ともに辺境の地で国家建設を進めていた領邦国家の君主たちが創設した。1386年のハイデルベルク大学、1388年のケルン Köln 大学、1392年のエルフルト大学などは、キリスト教会の大分裂（1378-1417）によってパリ大学から移住して来たドイツ系法学者・学生たちを核にして、その地の諸侯によって創設された。その後、1409年のライプツィヒ Leipzig 大学、1419年のロストック Rostock 大学、1457年のフライブルク Freiburg i. Br. 大学、1460年のバーゼル大学、1477年のチュービンゲン Tübingen 大学などが、君侯や自由都市によって次々と創設された。（15世紀以降、一法学部に数人の教授があり、法学部生はドイツ全体で1000人くらいであった。）これらの大学は、それぞれの創設者＝支配者によって自治を認められ、免税・兵役免除・独自裁判権や学生牢などをもつ中世的な自治団体となっていた（ドイツでは、大学の独自裁判権が明文で否定されたのは、なんと1879年のことである）。

**領主や国王** ドイツでは、イングランドやフランスとは異なって、領主や国王がローマ法の継受に熱心であった。かれらは、〈ローマ法は「書かれた理性」であるから「確たる法的根拠」になりうる。これに対してドイツの固有法上の諸ルールは遅れたものであるから、それを援用する者がその有効性を厳密に証明しなければならない〉とした。こうした議論の背景には、次のような思わくないし事情が働いていた。

第一に、領主や国王は、自分たちの政治世界「神聖ローマ帝国」を古代ローマ帝国の継承組織と観念していたので、ローマ法への関心が高かった。たとえば、この神聖ローマ帝国は、1495年に帝国最高法院を設置したが、そのさい、16名の審判人中、半数は、ローマ・教会法の法学博士であることを資格要件にし、のちには、残りの半数を占めた騎士層にもローマ法の知見を求めた。この構成原則は、やがて各領邦の上級裁判所でも採用されるようになった。裁判官がこのようにローマ法化したけっか、法廷に訴え出る庶民たちも、ローマ法の知識をもった法律家に頼るようになった。このようにしてローマ法は、上から

の司法制度改革によってもドイツ社会に浸透していった\*91。

第二に、ローマ法の採用は、領主たちにとって自治的な諸勢力の慣習法・自治法を破る上で効果的手段であった。

第三に、当時のドイツは、多くの領邦・自治都市・荘園に分裂していた。このため、イングランドのように国家統一を実現した王権がその法を適用させることも、北部フランスのように王権の力を背景にして諸慣習法を、パリ地方慣習法に収斂させつつ記録することも、できなかった。

第四に、ドイツでは、法律家に身分団体的な自治がなかったため、その養成は大学においておこなわれた。法もまた大学において学問の対象としてあつかわれた。そしてこの大学法学部では、イタリア法学の影響によってローマ法が主要対象となっていた。(フランスやイングランドでも、大学で法が研究・教育の対象としてあつかわれる場合には、ローマ法が主要対象になり、それを学問的に整備する課題が重視された——固有法を対象にする大学もあったが。しかし17・18世紀のフランス、14・15世紀のイングランドでは、法曹団体が独自に後継者を養成するようになり、ローマ法への情熱も学問化への情熱も失われ固有法の実務教育が主要関心となった。)\*92

古代ローマやイタリアで学識法学者が裁判所から鑑定を求められたのと同様、ドイツでは大学教授が裁判所から鑑定を求められた。これが15世紀以来、法学部教授が裁判所から送付されて来た一件書類にもとづいて判決原案を書く制度にまで発展した。そのさい、大学での法学は、ローマ法学が中心であったし、裁判所が鑑定を依頼する法学部は、その裁判所の管轄区域外にあることもあったので、また、各法学部は相互に連絡を取りあっていたので、その地方の固有法ではなくローマ法が準拠法になることも多かった。(訴訟記録の送付Aktenversendungと呼ばれたこの制度は、カロリーナ刑事法典で公認され、17世紀に最盛期を迎え、1877・79年まで重要な意味をもった。この鑑定は、費用がかかるので、裕福な訴訟当事者しか利用できなかった。教授には良い副業で、研究そっこのけで担当する者も出て来たが。)

## (2) 〈ローマ法継受〉の是正

しかしこのドイツも、ローマ法が全面的に浸透したのではない。たとえば、スイスやチロル(ともに農民身分が強かった)、ハンザ諸都市、ザクセンなど、ローマ法の浸透に抵抗した地方もあった。また、貴族法・農民法・商法・営業法などの分野に関しては、ローマ法はもともと未発達だったので、固有法が存在理由を主張しえた\*93。

この関連で16世紀以降に起こった重要な動きに、(i)人文主義法学と(ii)「パンデクテンの現代的適用」とがある。これらは、もはや中世には属さないが、フランスの法学

\*91 ヴィノグラドフ『中世ヨーロッパにおけるローマ法』166・167頁。

\*92 つまり、法の運営や法律家養成(法曹教育)には、(a)職人的な道と、(b)学者的な道とがあった。(a)職人的な道は、経験をつうじて技法を習得し活用する道であった。これは、大学外の法曹養成所では通常であった。大学内でもトピカ法学の場合には、これが学問方法そのものであった。(b)学者的な道は、原理を発見しそれにもとづいて体系化し、それを応用する手法を習得し活用する道であった。これは、(時代・学者にもよるが)大学で発達した。近代以降は、〈どちらかの道を本道としつつ他の道の手法をもどれだけとり入れるか〉の組み合わせが、各国で重要になった。

\*93 以下、ミッタイス『ドイツ私法概説』11頁以下；勝田他編著『西洋法制史』201頁以下。

についてと同様、ここで論じておく。

(i) 人文主義法学 16世紀が近づくと、ドイツの大学にも人文主義法学が入って来た。その代表的な担い手に、ツァージウス (Ulrich Zasius, 1461-1535) とヘルマン=コンリング (Hermann Conring, 1606-81) がいる。

**ツァージウス** フライブルク大学教授のツァージウスは、アルキアーツに共鳴し文通した。かれは、中世的な法学を排して、合理的論理にしたがった法学の形成をめざした。かれは、実務に対してもすぐれた感覚を有しており、1520年に〈フライブルクの都市法をローマ法的要素と固有法的要素とをともに尊重しながら改訂し直す仕事〉を成しとげた。

**コンリング** 当時の名門校ヘルムステット Helmstedt 大学で学び・教えたコンリングは、当時の人文主義・自然科学の拠点レイデン大学に5年間留学し、自然科学、医学、政治学、法学等を担った万能の人であった。かれの法学上の業績としては、『ドイツ法の起源』*De origine iuris Germanici* (1643) で、いわゆる「ロタール伝説」を実証的に検討して、ウソだと見破ったことが挙げられる。「ロタール伝説」とは、神聖ローマ帝国皇帝ロタール3世 (Lothar III, 1075-1137) がボローニャ大学での『ユスティニアヌス法典』教育と、裁判所でのローマ法の排他的適用とを命令したとするものである。これが、〈ローマ法は神聖ローマ帝国の基本の法である〉とする主張の根拠だとされていた。コンリングは、〈ボローニャ大学で法学教育が始まったのは、ロタールのイタリア遠征 (1133, 1136-37) より前だし、ロタール3世が命令したという史料はないし、同時代の人々の証言と食いちがひもする〉として、この説を否定した。そしてかれは、ローマ法は、ドイツには、ずっとあとの時代に、〈慣習法化 (固有法との漸次的融合) をつうじた継受 *usu receptum*〉のかたちで入って来たとした。

かれのこうした主張のけっか、ローマ法の絶対化は避けられ、ドイツでは、各地方の慣習法をまず重視し、ローマ法は、固有法に欠缺や欠陥がある場合に、補充的に、すなわち「普通法」として、妥当するだけとなった。コンリングはこのように、ローマ法の (上からの一方的) 継受に歯止めをかけ、「パンデクテンの現代的適用」の基礎を築いた。

(ii) 「パンデクテンの現代的適用」 この運動は、16世紀末からのドイツで始まった。「パンデクテンの現代的適用」*usus modernus pandectarum* とは、〈現代の必要〉についての時代意識を背景にして、ローマ法、固有法、自然法、教会法をともに前提にし、〈このドイツの生活の中で使われ来、これからも使われるべき法はどれか〉を基準にして法をつくっていかうとする運動である。(この名称は、この運動の中心人物の一人であったシュトリュク (Samuel Stryk, 1640-1710) の主著のタイトルから来ている。かれは、フランクフルト=アン=デア=オーデル Frankfurt an der Oder 大学の教授であり、その優秀な弟子の一人が、後述するトマジウス (Christian Thomasius, 1655-1728) ——ドイツ語での授業の創始者——である。この師弟に共通しているのは、①宗教改革や三十年戦争によって「ドイツ」の自覚・自己主張が強まったことを反映した姿勢、②時代意識・実践的感覚のある法学の樹立、である。) この運動は、とくに帝国最高法院の法律家たち——ローマ法を前提にするが身分的な特権・固有法を擁

護しようとする姿勢が強かった——に支持された\*94。

「パンデクテンの現代的適用」は、(a) ローマ法に不備がある場合には、他の法の知恵を活用することによってそれを補正しようとし、(b) それとは逆に、ドイツ固有の法に欠缺や欠陥がある場合には、ローマ法に援助を求め新しい時代に合致した法を充実させようとした。

たとえば、ドイツの固有法の中には未婚女性に父からの相続権を認めていないものがあつたが、上述のようにローマ法にはそういう差別がない。そこで、「パンデクテンの現代的適用」の法学者たちは、このような場合には、正義の観点からローマ法を採用し女性に相続権を認めた\*95。

他の例としては、次のようなものがある。(イ) ローマ法（や固有法）では、契約は厳格な要式行為としてあつた。しかしこれは、実用的ではなかつた。そこで「パンデクテンの現代的適用」の法学者たちは、この点については教会法に依拠して、契約は真摯な合意のみで有効になるとした\*96。(ロ) ローマの不法行為法は（原理からの一貫性）にこだわらないカズイスティックなものであり、とくにアクイリウス法は、自由人の身体侵害について規定していない。「パンデクテンの現代的適用」の法学者たちは、解釈をつうじてこの点について保護法益の拡大をはかつた。（その後、グロティウスら近世自然法論者が、原理にもとづく思考によって〈他人に害を与えた者は、賠償の義務を負う〉という自然法の一般命題を得て不法行為法体系を一挙に拡大整備した。）\*97 (ハ) また、下級所有権は、「パンデクテンの現代的適用」の法学者によって、それが本来の所有権だとされた\*98。(ニ) 「パンデクテンの現代的適用」以降の法学者たちは、教会法や後期注釈学派、ドイツの諸団体の実態をふまえつつ、団体に関する法理を発展させた。

ドイツでは、実践的感覚にもとづいて法を革新しようとするこの姿勢上で、近世の自然法論が発達し、それが核となって近代法典の編纂作業が進展していった。

**各地のローマ法継受** ドイツでは、慣習法や判例が地方ごとに異なっていることに加えて、ある地方の慣習法をドイツ語圏の一般法に格上げできる主権者も、特権をもち職業団体の自治をおこなう法律家たちも、いながつた。そこで皇帝たちは、学問的に共有されていたローマ法に頼つた。そして、〈地方の固有法が効力をもっていることを当事者が証明しない限り、ローマ法が「普通法」として適用される〉というかたちでの〈法の統一〉を志向した。

これに対して他の国では、ローマ法継受は困難であつた。たとえば、(a) フランスでは国王は、王令によって国を治める実力をもつていたが、新しい統一法典を作るほどの支配力をもつていながつた。しかもロー

---

\*94 Robinson et al., *European Legal History*, pp. 188 ff. なお、「パンデクテンの現代的適用」の「パンデクテン」とは、『ユスティニアヌス法典』の全体を指す。『ユスティニアヌス法典』の中心になつたのが *Digesta (=Pandectae)* であつたので、そういうニックネームを使うのである。これは、後述のようにパンデクテン法学や「パンデクテン体系」においても同様である。

\*95 Senn, *Rechtsgeschichte*, S. 172 f.

\*96 Wesel, *Geschichte des Rechts*, S. 385.

\*97 原田慶吉「民法709条の成立するまで」(『法学協会雑誌』第57巻4・10号、1943)。

\*98 クレッシェル(前掲注113)『ゲルマン法の虚像と実像』273頁。

マ法は、フランスに敵対する神聖ローマ帝国の法だと見られた。また、高等法院の裁判官たちは、大学でローマ法教育を受けていたが、高等法院が上訴院であったこともあって、事件が係属した下級審ごとに、その準拠法であるその地方の慣習法によって裁判した。(たとえば、パリ高等法院を例にとると、その管轄区域には50以上の慣習法があった。)この状況下で、フランスでは、最終的には王のイニシアティブで、諸地方の慣習法を成文化し、200近くあった慣習法をパリの慣習法を軸にしてまとめていく道がとられた。(b) オランダでは、各州の自治が強く統一立法が困難であった。このためグロティウスらが慣習法とローマ法とを混合しつつ作った法学書が、法として使われた。<sup>\*99</sup>。

---

\*99 以上に対して、かつて古代ローマの支配下にあった南部フランスでは、ローマ法が世俗化されつつ持続していた。そのうえ、モンペリエやツールーズ、アヴィニョン、ナルボンヌ Narbonne などの大学でローマ法学が教えられた。このけっか、南部フランスはローマ法的成文法の地域となった。

日本語で言う「イギリス」の地でも、スコットランドは、ローマ法との結びつきを強めた。その原因は次の点にある。①スコットランドは、1707年にイングランドと合同するまで、コモン=ローとは基本的に無関係であった。②イングランドの教会は、宗教改革前においても、カンタベリーを中心とした統一的教会組織をもち国内で完結していた。これに対してスコットランドの教会は、そうした国内での完結性をもたなかったため、大陸諸国と密接な関係にあった。こうしてスコットランドは大陸に対し開かれ、多くの若者が大陸へ留学した。③スコットランドでは宗教改革後は、カルヴァン派が支配的となった。そしてスコットランド人は、同じくカルヴァン派が支配的である先進国オランダで学ぶようになった。当時、オックスフォード大学やケンブリッジ大学は質が低下していたし非国教徒を差別した。これに対して、オランダのレイデン大学などは近代科学研究の殿堂であった。しかも、レイデン大学やユトレヒト Utrecht 大学ではローマ法研究が盛んであった。(レイデンには、ブールジュ大学のカルヴァン派人文主義法学者ドノーが1573年亡命して来、1575年の大学創立に立ち会い、87年までそこで教えた) こうした事情によって、スコットランドでは慣習法とローマ法とが融合した。Cf. Robinson et al., *European Legal History*, pp. 114-123; ウィルソン C. Wilson 『オランダ共和国』(堀越訳、平凡社、1971) 228頁以下。