

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	F.C.サヴィニ 『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』 (その三)
Author	守矢, 健一
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 61 巻 1-2 号, p.414-393.
Issue Date	2014-12
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	平岡久教授退任惜別記念号
DOI	

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈翻 訳〉

F. C. サヴィニ

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の
使命について』（その三）

守 矢 健 一

目 次

はしがき

第一章：導 入

I. Einleitung. (以上, 59巻2号)

第二章：実定法の成立

II. Entstehung des positiven Rechts. (以上, 60巻1号)

第三章：法律と法書

III. Gesetze und Rechtsbücher (以上, 本号)

III. Gesetze und Rechtsbücher

[16] Der Einfluß eigentlicher Gesetzgebung auf bürgerliches Recht ist in einzelnen Stücken desselben nicht selten, aber die Gründe dieses Einflusses sind sehr verschiedener Art. Zunächst kann nämlich gerade die Abänderung des bestehenden Rechts Absicht des Gesetzgebers seyn, weil höhere politische Zwecke dieses fordern. Wenn in unsren Tagen Nichtjuristen von dem Bedürfniß neuer Gesetzgebung sprechen, so ist gewöhnlich bloß dieses gemeynt, wovon die Bestimmung der gutsherrlichen Rechte eines der wichtigsten Beispiele ist. Auch die Geschichte des Römischen Rechts liefert Beyspiele dieser Art, wenige aus der freyen Republik, unter August die wichtige Lex Iulia et Papia Poppaea, seit den christlichen Kaisern eine große Anzahl. Daß die Gesetze dieser Art leicht eine fruchtlose Corruption des Rechts sind, und daß gerade in ihnen die höchste Sparsamkeit nöthig ist, wird jedem einleuchten, der die Geschichte zu Rathe zieht. Die technische Seite des Rechts wird bey ihnen bloß für die Form, und nichtⁱ für den Zusammenhang mit dem ganzen übrigen Rechte in Anspruch genommen, welcher Zusammenhang diesen Theil der [17] Gesetzgebung schwieriger macht, als er gewöhnlich gedacht zu werden pflegt. Weit unbedenklicher ist ein zweyter Einfluß der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht. Einzelne Rechtssätze nämlich können zweifelhaft seyn, oder sie können ihrer Natur nach schwankende, unbestimmte Gränzen haben, wie z.B. alle Verjährung, während die Rechtspflege durchaus scharfe Gränzen fodert. Hier kann allerdings eine Art von Gesetzgebung eintreten, welche der Gewohnheit zu Hülfe kommt, jene Zweifel und diese Unbestimmtheiten entfernt, und so das wirkliche Recht, den eigentlichen Willen des Volks, zu Tage fördert, und rein erhält. Die Römische Verfassung hatte für diesen Zweck eine treffliche Einrichtung in

第三章：法律と法書

[16] 本来の立法は、市民法に対して、個別の諸点において影響を与えることがまま見られるが、かかる影響の根拠は非常に様々である。すなわち第一に、既存の法の変更こそが立法者の意図であるということがあり得る。それは、より高次の政治的諸目的がこれを要求するからである。こんにち、法曹以外の者が新たな立法の必要を語る場合には、通常は単に既存の法の変更が意味されている。そして既存の法の変更という場合のもっとも重要な具体例のひとつが、領主ⁱⁱの諸権利に係る定めである。ローマ法の歴史もこうしたたぐいの例を数多く提供する。自由な共和政時代における例は少ないが、アウグストゥス帝時代には重要な *Lex Iulia et Papia Poppaea*ⁱⁱⁱを挙げることができ、キリスト教化された皇帝の下では無数の例が存在する。歴史から学ぼうとする者には、こうしたたぐいの法律が法の不毛な墮落を帰結し易いこと、まさにこうしたたぐいの法律制定には極めて謙抑的でなければならないことは、容易に見て取れよう。こうした法律においては、法の技術的側面は単に形式の面でのみ顧慮されるに過ぎず、その余の法の全体との関連で顧慮されはしない。しかし通常考えられているよりははるかに、[17] 当該の法改正の、その余の法の全体との関連のちぐはぐさが当の立法部分の理解を困難にする。市民法に対して立法が与える影響の第二は、これよりもずっと問題が少ない。すなわち、個々の法命題に疑問の余地がある場合がある。あるいは、個々の法命題の輪郭が、法命題そのものの性質からして、動揺し不明確である場合がある。たとえば、時効に係る定め^{iv}はすべてそうである。ところが司法ははっきりとした輪郭を求める。そのような場合にはいうまでもなく、ある種の立法を行っても良い。つまりそれは、実務慣行を支え、あれこれの疑念や不明瞭を除去し、そのようにして、現実の法すなわち民族の本来の意思を顕在化させ、これを純粹に維持する、そのような立法である。ローマの国制は、こうした目的のために、法務官告示という適切な仕組を持っていたが、

den Edicten der Prätores, eine Einrichtung, welche auch in monarchischen Staaten unter gewissen Bedingungen statt finden könnte.

Aber diese Arten eines theilweisen Einflusses sind gar nicht gemeynt, wenn so wie in unsern Tagen von dem Bedürfniß allgemeiner Gesetzbücher die Rede ist. Hier ist vielmehr folgendes gemeynt. Der Staat soll seinen gesammten Rechtsvorrath untersuchen und schriftlich aufzeichnen lassen, so daß dieses Buch nunmehr als einzige Rechtsquelle gelte, alles andere aber, was bisher etwa gegolten hat, nicht mehr gelte. Zuvörderst läßt sich fragen, woher diesem Gesetzbuch der Inhalt kommen solle. Nach einer oben dargestellten Ansicht ist von vielen behauptet worden, das allge = [18] meine Vernunftrecht, ohne Rücksicht auf etwas bestehendes, solle diesen Inhalt bestimmen. Die aber mit der Ausführung zu thun hatten, oder sonst das Recht praktisch kannten, haben sich dieser großsprechenden, völlig hohlen Ansicht leicht enthalten, und man ist darüber einig gewesen, das ohnehin bestehende Recht solle hier aufgezeichnet werden, nur mit den Abänderungen und Verbesserungen, welche aus politischen Gründen nöthig seyn möchten. Daß dieses gerade bei den neueren Gesetzbüchern die herrschende Ansicht war, wird sich unten zeigen. Demnach hätte das Gesetzbuch einen doppelten Inhalt: theils das bisherige Recht, theils neue Gesetze. Was diese letzten betrifft, so ist es offenbar zufällig, daß sie bey Gelegenheit des Gesetzbuchs vorkommen, sie könnten auch zu jeder anderen Zeit einzeln gegeben werden, und eben so könnte zur Zeit des Gesetzbuchs kein Bedürfniß derselben vorhanden seyn. In Deutschland besonders würden diese neuen Gesetze oft nur scheinbar vorkommen, da das, was einem Lande neu wäre, in einem andern meist schon gegolten haben würde, so daß nicht von neuem, sondern von schon bestehendem Rechte verwandter Stämme die Rede wäre, nur mit veränderten Gränzen der Anwendung. Um also unsere Untersuchung nicht zu verwirren, wollen wir die neuen Gesetze ganz bey Seite setzen, und bloß auf

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

この仕組は君主制を採る諸国家においても、ある特定の条件さえ整えば、利用可能ではなからうかと思う。

しかしこんにち、一般法典の必要が説かれる場合には、以上に紹介した如き、法状況に部分的な影響を与えるに過ぎない立法が念頭に置かれているのでは決してない。ここではそれどころかこう説かれているのである。国家が命じて、自らの手持ちの法の在庫を隅から隅まで点検させ、これを記録集成させねばならぬ、さて、かくして成った法典だけが今後唯一の法源として妥当すべく、すべてのその余のものは、これまでは妥当していたにせよ、今後は妥当あるまじきものとする、と。これに対しては、まず以て、この法典を埋める内容はどこから来るとされているのか、が問われる。すでに^v紹介した見解に従って、既存のことがらを顧慮せず一般的理性法 [18] が内容を確定すべきである、と主張する者も多い。しかし法の運用に携わる者、あるいは法の実務を知る者ならば、こうした大雑把で、全く空虚な見解に足を掬われずに居るのは容易いのであって、むしろ次の点でかれらは一致していた。すなわち、法典には、まずは既存の法が記録されねばならず、ただ、政治的な諸論拠に基づき必要であれば、そのような変更や改善がほどこされてもよい、と。この見解は、最近の諸法典においてさえ支配的であった、ということは、追って^{vi}示されるであろう。さてこの見解に従えば、法典には以下のような二つの内容があるということになるだろう。すなわち一方にはこれまで通りの法があり、他方に、新たに定められた法律がある、と。新たな法律についてみると、こうした法律が法典編纂の機会に定立されるというのは、明らかに偶然である。そうした法律は別の機会に個別に定立されても構わなかったかもしれないし、あるいはまた、法典編纂時にはこうした法律を定立する必要がなかったかもしれない。ドイツについて特に云うならば、この種の新たな法律があらわれたというのは錯覚に過ぎないことも少なくなからう。なぜなら、ある邦においては新しいことであっても、別の邦においてはすでに妥当していることも少なくないからである。そうだとすれば、それは新たな法ではなく、類縁関係に立つ氏族においてかねてより存在した法が、ただその適用できる領域の境界を変更したに過ぎない、ということになるだろう。われわれの考究を混乱させないために、わ

den wesentlichen und Hauptinhalt des Gesetzbuchs sehen. Demnach müssen wir das Gesetzbuch als Auf = [19] zeichnung des gesamtten bestehenden Rechts denken, mit ausschließender Gültigkeit vom Staate selbst versehen.

Daß wir dieses letzte als wesentlich bey einer Unternehmung dieser Art voraussetzen, ist in unsren schreibthätigen Zeiten natürlich, da bey der Menge von Schriftstellern und dem schnellen Wechsel der Bücher und ihres Ansehens, kein einzelnes Buch einen überwiegenden und dauernden Einfluß anders als durch die Gewalt des Staates erhalten kann. An sich aber läßt es sich gar wohl denken, daß diese Arbeit ohne Aufforderung und ohne Bestätigung des Staates von einzelnen Rechtsgelehrten vollbracht würde. Im altgermanischen Rechte war dieses häufig der Fall, und wir würden viele Mühe gehabt haben, unsren Vorfahren den Unterschied eines Rechtsbuchs als einer Privatarbeit von einem wahren Gesetzbuche deutlich zu machen, den wir uns als so natürlich und wesentlich denken. Wir bleiben aber jetzt bey dem Begriffe stehen, welcher unsren Zeiten angemessen ist. Jedoch ist es klar, daß der Unterschied lediglich in der Veranlassung und Bestätigung von Seiten des Staates liegt, nicht in der Natur der Arbeit selbst, denn diese ist auf jeden Fall ganz technisch und fällt als solche den Juristen anheim, indem bey dem Inhalte des Gesetzbuchs, den wir voraussetzen, das politische Element des Rechts längst ausgewirkt hat, und blos diese Wirkung zu erkennen und auszu= [20] sprechen ist, welches Geschäft zur juristischen Technik gehört.

Die Forderungen an ein solches Gesetzbuch und die Erwartungen von demselben sind von zweyerley Art. Für den innern Zustand des Rechts soll dadurch die höchste Rechtsgewißheit entstehen, und damit die höchste Sicherheit gleichförmiger Anwendung. Die äußeren Gränzen der Gültigkeit sollen dadurch gebessert und berichtigt werden, indem an die Stelle verschiedener Localrechte ein allgemeines Nationalrecht treten soll. Wir

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

われわれは、新たな法律というものはわきにのけておいて、法典の本質的で中心的な内容だけに的を絞ることにしたい。したがってわれわれは、法典というものを、[19] 既存の法の全体を記録集成的なものであって、しかも国家自身の手によって排他的妥当を付与されたもの、と理解せねばならない。

国家自身の中心的関与という点をこの種の企てにおける本質的なこととして前提することは、著作物の多いわれわれの時代においては自然なことである。なぜなら、作家はいくらでも居るし、書物もその評判もめまぐるしく変転する、という状況にあって、特定の書物が、国家の権力に拠らずして卓越したそして継続した影響力を保持することはありえないから。但し、既存の法の記録集成的という仕事を、国家による要請も認証もなしに、個別の学識法曹が行うということは、それ自体としては充分に考えられることである。古ゲルマン法においてはこのことは事実しばしば行われていた^{vii}。よって、われわれが、これこそ自然で本質的だと考える真の法典編纂と、私家版の法書とが相違することを、われわれの祖先に理解させることは、さだめて骨の折れることだろう。しかしここでは、われわれは、現代に相応しい法典理解を以て満足することとしよう。もっとも、くだんの相違は、国家による要請と認証とがあるかないかという点にあるに過ぎず、仕事それ自体の性質にあるのではないことははっきりしている。何故ならば、この仕事はどのみち全く技術的なもので、技術的なものであるからには法曹の手に委ねられることになるから。そして法典の実質的内容こそわれわれが基礎とするものだが、その実質的内容に関する限り、法の政治的要素は疾うに役目を果し終えており、政治的要素がどう働いたのかを認識しそれをはっきりと記すことだけが必要なのだが、[20] そうした作業は法技術に属するのである。

こうした法典に対する要請や期待には二種類がある。第一に法の実質的状况について見ると、法典によって、何が法であるかが最も確実にわかり、その故に、一律の適用という願ってもない安定が、生ずるはずだとされる。第二に、法の妥当領域の境界画定が改善され、修正されるはずだとされる。なぜなら、様々の局地法の占めてきた位置を、今後は民族全体に妥当する一般法が担うから、というのである。ここではわれわれは、

beschränken uns hier noch auf den ersten Vortheil, indem von dem zweyten besser unten in besonderer Anwendung auf Deutschland geredet werden wird.

Daß jener innere Vortheil von der Vortrefflichkeit der Ausführung abhänge, leuchtet jedem sogleich ein, und es ist also von dieser Seite eben so viel zu verlieren als zu gewinnen möglich. Sehr merkwürdig ist, was *Baco* aus der Fülle seines Geistes und seiner Erfahrung über diese Arbeit sagt¹⁾. Er will, daß sie nicht ohne dringendes Bedürfniß geschehe, dann aber mit besonderer Sorgfalt für die bisher gültigen Rechtsquellen: zunächst durch wörtliche Aufnahme alles anwendbaren aus ihnen, dann indem sie im Ganzen aufbewahrt und fortwährend zu Rathe [21] gezogen werden. Vorzüglich aber soll diese Arbeit nur in solchen Zeiten unternommen werden, die an Bildung und Sachkenntniß höher stehen, als die vorhergehenden, denn es sey sehr traurig, wenn durch die Unkunde der gegenwärtigen Zeit die Werke der Vorzeit verstümmelt werden sollten²⁾. Worauf es dabey ankommt, ist nicht schwer zu sagen: das vorhandene, was nicht geändert, sondern beybehalten werden soll, muß gründlich erkannt und richtig ausgesprochen werden. Jenes betrifft den Stoff, dieses die Form.

In Ansehung des Stoffs ist die wichtigste und schwierigste Aufgabe die Vollständigkeit des Gesetzbuchs, und es kommt nur darauf an, diese Aufgabe, worin Alle einstimmen, recht zu verstehen. Das Gesetzbuch nämlich soll, da es einzige Rechtsquelle zu seyn bestimmt ist, auch in der That für jeden

1) *Baco* de fontibus juris, aphor. 59-64 (de augmentis scient. L. 8 C. 3).

2) l. c. aph. 64. „Optandum esset, ut hujusmodi legum instauratio illis temporibus suscipiatur, quae antiquioribus, quorum acta et opera retractant, literis et rerum cognitione praestiterint... Infelix res namque est, cum ex judicio et delectu aetatis minus prudentis et eruditae antiquorum opera mutilantur et recomponantur.“^{viii}

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

第一に挙げた長所にのみ考察を限定する。そして、第二の長所は、とくにドイツにおける具体的な場合を論ずる箇所^{ix}で扱うこととしよう。

第一に挙げた実質的長所の存否は、実際の諸規定が卓越しているかどうかにかんして依存するということは、誰にも直ちにわかることである。つまり、まさに実質的長所という点で法典によって得るところばかりでなく損失がもたらされることもある。ベイコン^xが、彼の精神と経験との豊穡を生かして、法典編纂という仕事について述べたことは、まことに特筆に値する¹⁾。この仕事は、喫緊の必要ある場合にのみ企てられるべく、しかもかかる企てには、これまでに妥当した法源に対する特別の配慮が伴っていなければならない、と彼は主張する。ここで、特別の配慮とは具体的には、まず、これまでに妥当した法源のうち適用可能なものすべてを字句どおり受容し、次に、これまでに妥当した法源すべてを全体として保全し将来に参照可能な状態にしておく、[21]ということの意味する。とくに、かかる仕事は、それまでの時代よりも知的形成力においても専門知においても優れた時代にのみ企てられるべきである。けだし、ある時代の無知ゆえにそれ以前の時代の業績が損なわれるほかないとすれば、それはたいへん残念なことだからである、というのである²⁾。こうしたベイコンの考えにおける肝心な点を明らかにするのは、難しいことではない。既存のことからであって、変更されることなく保守されるべきことからは、細大漏らさず認識され、精確に表現されねばならない、ということである。認識に係るものは、素材^{xi}であり、表現に係るものは、形式^{xii}である。

素材についていえば、最も重要にして困難な課題は、法典が包括性を持つということである。この課題にはすべての者が同意するけれども、ただ問題は、この課題を的確に理解するかどうか、である。すなわち、法典が唯一の法源だとされる以上は、法典が実

1) *Baco, F., De dignitate et augmentis scientiarum, 1623 (初出), in: The Works of Francis Bacon, ed. by J. Spedding, R. L. Ellis and D. D. Heath, vol. 1 (1858), 421-840, bes. 792-828 (Lib. VIII, Cap. 3).*

2) *Op.cit. aph. 64.* 「法のかような再構築は、再度利用しようとしている素材と作品が形成されたかつての時代よりも、学識に於いてそして事物の認識に於いて優れた時代に企てられるのが望ましい。……知恵と学識とに欠点ある時代の判断及び選択によって法典が縮小再生産されるならば残念なことである。」

vorkommenden Fall im voraus die Entscheidung enthalten. Dieses hat man häufig so gedacht, als ob es möglich und gut wäre, die einzelnen Fälle als solche durch Erfahrung vollständig kennen zu lernen, und dann jeden durch eine entsprechende Stelle des Gesetzbuchs zu entscheiden. Allein wer mit Aufmerk = [22] samkeit Rechtsfälle beobachtet hat, wird leicht einsehen, daß dieses Unternehmen deshalb fruchtlos bleiben muß, weil es für die Erzeugung der Verschiedenheiten wirklicher Fälle schlechthin keine Gränze giebt. Auch hat man gerade in den allerneuesten Gesetzbüchern allen Schein eines Bestrebens nach dieser materiellen Vollständigkeit völlig aufgegeben, ohne jedoch etwas anderes an die Stelle derselben zu setzen. Allein es giebt allerdings eine solche Vollständigkeit in anderer Art, wie sich durch einen Kunstausdruck der Geometrie klar machen läßt. In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese, z.B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel, ist das Dreyeck *gegeben*. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt. Entsteht nun das Gesetzbuch in einer Zeit, welche dieser Kunst nicht mächtig ist, so sind folgende Uebel ganz unvermeidlich. Die Rechtspflege wird scheinbar durch das Gesetzbuch, in der That aber durch etwas anderes, [23] was außer dem Gesetzbuch liegt, als die wahrhaft regierende Rechtsquelle^{xiii}, beherrscht werden. Dieser falsche Schein aber ist höchst verderblich. Denn das Gesetzbuch wird unfehlbar durch seine Neuheit, seine Verwandtschaft mit herrschenden Begriffen der Zeit, und sein äußeres Gewicht alle

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

際にも、どのような事件に対しても、あらかじめ判断を用意していなければならない。このことはこれまで、しばしば次のように解されてきた。個々の事例を個別ばらばらに体験を通じて包括的に習得し、次いで、それぞれの事例への判断を法典の対応する条文を通じて与える、ということが可能でもあれば良いことでもあるのだ、と。だが、法的事例を注意深く観察したことのある者であれば、[22] 実際の事例は多種多様に次から次へとあらわれてまさに限りがないから、こうした企ては不毛であり続けるほかないことに、すぐに気づくだろう。そしてまさに最近年の法典^{xiv}においては、素材に係る包括性^{xv}を目指す努力をする素振りさえおよそ放棄されてしまっており、しかもそれに代わる努力目標は確立されていない。しかるに、それとは異なった種類の包括性ならば、たしかに存在するのである。ここで云う包括性を幾何学における術語によって明らかにすることができる^{xvi}。すなわち、すべての三角形について、それらを結合することで残余の定めが必然を伴って決まってくるところの、一定の定めが存在する。この一定の定めによって、すなわちたとえば二辺と夾角とによって、三角形は、与えられる。似たように、われわれの法のどの領域についても、それによって他の構成要素も同時に与えられるところの、構成要素^{xvii}がある。そのような構成要素を、われわれは、示導的基本命題と名づけることができる。この示導的基本命題を感受し、かかる示導的基本命題から出発して法概念と法命題のすべての内的連関およびこれら相互の親和関係のあり方を認識すること、これが法学の極めて重みある課題のひとつであり、これこそが、われわれの仕事に学問的性質を与えるのである。こうした技芸を自家菜籠中のものにし得ていない時代に法典が成立するならば、以下のような弊害は絶対に避けられない。司法は、一見、法典によって統御される如くだが、しかし実際には、司法は、[23] 法典の外にあるなにか真に支配的な法源によって支配されることとなるだろう。だがこうした誤った外観は極めて有害である。法典は、その新しさゆえに、ある時代に流行のいろいろの思潮に親和的であるゆえに、そして外形的な重みのゆえに、凡そ注目という注目を自らに集め、真の法源から注意を逸らしてしまうであろう。すると、この真の法源は、気づかれることのない蒙い存在として、民族の精神的諸力そのものを欠いたものになるであ

Aufmerksamkeit auf sich [ziehen] und von der wahren Rechtsquelle ablenken, so daß diese in dunklem, unbemerktem Daseyn gerade der geistigen Kräfte der Nation entbehren wird, wodurch sie allein in einen löblichen Zustand kommen könnte. Daß diese Gefahr nicht grundlos ist, wird unten aus der Betrachtung der neuen Gesetzbücher klar werden, und es wird sich zeigen, daß nicht bloß der einzelne Inhalt, sondern selbst der Begriff und die allgemeine Natur dieser eigentlich regierenden Rechtsquelle verkannt wird, wie sie denn unter den verschiedensten Namen, bald als Naturrecht, bald als jurisprudence, bald als Rechtsanalogie vorkommt. Kommt nun zu dieser mangelnden Erkenntniß der leitenden Grundsätze das oben beschriebene Bestreben nach materieller Vollständigkeit hinzu, so werden sich sehr häufig die einzelnen Entscheidungen, den Verfassern unbemerkt, durchkreuzen und widersprechen, was erst allmählich durch die Anwendung, und bey gedankenlosem Zustand der Rechtspflege auch hier nicht, offenbar werden wird³⁾. Dieser Erfolg ist gleich [24] für die Gegenwart unvermeidlich, wenn auf diese Weise ein Zeitalter ohne innern Beruf seine Ansicht des Rechts durch das Ansehen der Gesetzgebung fixiert; eben so nachtheilig aber ist die Wirkung auf die folgende Zeit. Denn wenn in dieser günstigeren Bedingungen für die Behandlung des Rechts eintreten, so ist nichts förderlicher, als die vielseitige Berührung mit früheren einsichtsvollen Zeiten: das Gesetzbuch aber steht nun in der Mitte und hemmt und erschwert diese Berührung auf allen Seiten. Ohnehin liegt in der einseitigen Beschäftigung mit einem

3) *Hugo* Naturrecht §.130 N.7. „Wenn alle Rechtsfragen von oben herab entschieden werden sollten, so würde es solcher Entscheidungen so viele geben, daß es kaum möglich wäre, sie alle zu kennen, und für die unentschiedenen Fälle, deren doch immer noch genug übrig blieben, gäbe es nur um so mehr widersprechende Analogien.“

ろう——この民族の精神的諸力を通じてのみこの真の法源は称賛に値するものになり得るはずであるのに。この危険が根柢のないものではないことは、追って行われる新たな諸法典の考察によって明らかになるであろう^{xviii}。そして、個別の内容のみならず、真に支配的な法源の概念およびその一般的性格も誤認されてしまうということも、明らかになるであろう。事実、この真に支配的な法源は、自然法と名づけられることがあるかと思えば、法術^{xix}とも、はたまた法的類推とも名づけられる。示導的基本命題に対する認識がかように不十分であるのに加えて、素材の包括性を目指す努力も斯くの如くであるなら、起草者の気がつかないまま、定められた個々の法文が相互に交錯し、矛盾することが極めて頻繁になろう。こうした状態は、実際の運用を通じてあるいはようやく徐々に露見してゆくであろうが、司法に思慮が欠けている場合には、実務経験を経ても、このことが露見せずには済むかもしれない^{3) xx}。こうした帰結は、まさしくこんにち避けられない——[24] このようにおよそある時代が、時代の内的使命を弁えぬまま、法についての自らの観方を、立法という行為の持つ評判を拠りどころとして固定する限りにおいては。しかしこうしたことが起これば後世へも不利な影響をもたらす。なぜなら、将来において、法の扱いについてより好ましい条件があらわれた場合、その時代に先立つ時代との多面的な交渉があるに越したことはないのに、行く手を法典が塞いでいて、こうした交渉にありとあらゆる方法で干渉しこれを困難にするのだから。定立された実定法ばかりに携わるということは、そもそも、単なる文言に圧倒されるという危険を

3) *Hugo, G.*, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des Rechts*, 3. Aufl. (1809), §. 130 N. 7. 「すべての法的問題が上から決定されるものとするれば、そのすべてを知ることが不可能であるような決定がたくさん出てくるであろうし、また、まだまだあるはずの未決定の事例について、相互に矛盾する類推が一層増してゆくであろう。」

gegebenen positiven Rechte die Gefahr, von dem bloßen Buchstaben überwältigt zu werden⁴⁾, und jedes Erfrischungsmittel muß dagegen sehr willkommen seyn: das mittelmäßige Gesetzbuch aber muß mehr als alles andere diese Herrschaft einer unlebendigen Ansicht des Rechts befestigen.

Außer dem Stoff muß aber auch die Form des Gesetzbuchs in Erwägung gezogen werden, denn der Verfasser des Gesetzbuchs kann das Recht, welches er bearbeitet, völlig durchdrungen haben, und seine Arbeit wird dennoch ihren Zweck verfehlen, wenn er nicht [25] zugleich die Fähigkeit der Darstellung hat. Wie diese Darstellung beschaffen seyn müsse, läßt sich leichter in gelungenen oder verfehlten Anwendungen fühlen, als durch allgemeine Regeln aussprechen. Gewöhnlich fordert man, daß sich die Sprache der Gesetze durch besondere Kürze auszeichne. Allerdings kann Kürze große Wirkung thun, wie sich durch das Beyspiel Römischer Volksschlüsse und des Römischen Edicts anschaulich machen läßt. Allein es giebt auch eine trockene, nichtssagende Kürze, zu welcher derjenige kommt, der die Sprache als Werkzeug nicht zu führen versteht, und die durchaus ohne Wirkung bleibt; in den Gesetzen und Urkunden des Mittelalters finden sich davon Beyspiele in Menge. Auf der andern Seite kann Weitläufigkeit in Rechtsquellen völlig verwerflich, ja ganz unerträglich seyn, wie in vielen Constitutionen von Justinian und in den meisten Novellen des Theodosischen Codex: allein es giebt auch eine geistvolle und sehr wirksame Weitläufigkeit, und in vielen Stellen der Pandecten ist diese unverkennbar.

4) *Baco de augm. scient.* L. 8. C. 3. „Jurisconsulti autem ... tanquam e vinculis sermocinantur.“

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

持っている⁴⁾ xxi。よって、そうならないために、清涼を齎す手段はどれも非常に歓迎されねばならない。ところが凡庸な法典は、何にも増して、法に対する生気の欠けた観方の支配を強固にする。

素材の他に、法典の形式についても、考察を及ぼさねばならない。なんとなれば、法典起草者が仮に自らが取り組む法を完全に知悉していたとしても、もしかれに定式化の能力が欠けているならば、[25] 法典編纂の仕事は目的を達成しないであろうからである。定式化がどういうものでなければならないか、については、一般的な法則を立てることによってよりも、成功例と失敗例とに照らすことを通じてその勘所をつかむほうがいいのだろう。法律の言語は特に簡潔さにより卓越していなければならぬと、とふつうは説かれる。たしかに、ローマにおける民会決定や法務官告示の例が鮮やかに示す如く、簡潔さは大きな効果を持ち得る。しかし、無味乾燥で、何も云ったことにならない簡潔さもある。言語を仕事道具として利用することを弁えない者による簡潔さとはそういう簡潔さであり、そうした簡潔さは全くなにも齎さない。中世における法律や文書にはそうしたものの例を無数に見ることができる。他方で、法源において定式が長大であることが、まったく非難に値する、さらに耐え難いものですらある可能性は大いにあり得る。そのような例として、ユスティニアヌス法典における多くの勅令やテオドシウス法典における新勅令のほとんどがある。とはいえ、機知に富み効果の極めて高い長大さもあり、そのことは、学説彙纂の多くの箇所において、一目瞭然である。

4) *Baco, De dignitate* (wie Fn. 1), Lib. VIII, Cap. 3. 「これに対して法曹は……云わば拘束されて議論を行っている。」

Fassen wir dasjenige, was hier über die Bedingungen eines vortrefflichen Gesetzbuchs gesagt worden ist, zusammen, so ist es klar, daß nur in sehr wenigen Zeiten die Fähigkeit dazu vorhanden seyn wird. Bey jugentlichen Völkern findet sich zwar die bestimmteste Anschauung ihres Rechts, aber den Gesetzbüchern fehlt es an Sprache und logischer Kunst, und [26] das Beste können sie meist nicht sagen, so daß sie oft kein individuelles Bild geben, während ihr Stoff höchst individuell ist. Beyspiele sind die schon angeführten Gesetze des Mittelalters, und wenn wir die zwölf Tafeln ganz vor uns hätten, würden wir vielleicht nur in geringerem Grade etwas ähnliches empfinden. In sinkenden Zeiten dagegen fehlt es meist an allem, an Kenntniß des Stoffs wie an Sprache. Also bleibt nur eine mittlere Zeit übrig, diejenige, welche gerade für das Recht, obgleich nicht nothwendig auch in anderer Rücksicht, als Gipfel der Bildung gelten kann. Allein eine solche Zeit hat für sich selbst nicht das Bedürfniß eines Gesetzbuchs; sie würde es nur veranstalten können für eine folgende schlechtere Zeit, gleichsam Wintervorräthe sammelnd. Zu einer solchen Vorsorge aber für Kinder und Enkel ist selten ein Zeitalter aufgelegt.

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

優れた法典の諸条件についてここで述べられてきたところを要約しよう。すなわち、法典作成能力を具備する時代は稀にしかないということははっきりしている。若年期にある民族においては、法についてこれ以上なくはっきりとした具象像があるが、法典を作成するには言語と論理的熟練に欠ける。[26] この時代にある民族はたいてい、彼らのもっとも優れたところを語ることができず、民族が具備する素材そのものは極めて個性的であるのに、その個性に対して表現を与えることがしばしばできていない。すでに言及した、中世における法律がその例である。また、十二表法の完全な姿がわれわれの眼前にあったならば、やはり似たことを感ずるであろう——あるいは中世における法律と対比すればまだましであるやもしれぬとせよ。これに比して、没落してゆく時代においては、たいてい、素材に係る知識もなければ言語もない、つまり何もない。そこで、中間にある時代だけが残ることになる。それは、法以外の領域について必ずしもそうである必要はないにせよ、まさに法については形成の頂点にあると見ることのできる時代である。しかし、そのような時代は、みずからのために法典を必要とはしない。冬に備えてあらかじめ蓄えを用意するように、将来のより劣化した時代に備えて法典を準備することはできるかもしれない。しかし、時代というものが、子や孫に対するそうした備えのために骨を折るなど、なかなかあるものではない。

- i この nicht は原著にはないが、何らかのミスによる脱落と判断する。実際、とりわけ本書第七章におけるナポレオン法典批判の論述において、サヴィニは豊富な具体例を挙げて、立法者による法の形式についての考察が表層に留まるために、実質との齟齬が著しくなる場合の多いことを指摘している。
- ii 原語は Gutsherr である。近世の、とくにエルベ川以東に見られた封建的大土地支配経営者——いうまでもなく、土地に対する物権と土地に貼りつく地益権者＝農民に対する債権との双方が混然一体となっているという意味での支配経営権が根底に横たわる——のひとつのタイプだが、実のところ、適当な訳語が見当たらない。ドイツ東方植民地域において、15世紀末以降、グーツヘルは、低下する土地収入を、とりわけ穀物の輸出など方法により補填しようと試みた。その際に、グーツヘルは農民に対する圧力を高め、農民はほとんど農奴と化してしまう場合が多かった。そのほかに、グーツヘルは、領内に製粉業などの営業独占権を持ち、独自の裁判権を有し、強力な支配体系を築いていた。しかし、18世紀後半より、この支配体系は、一方にプロイセン国王の側からの農民保護政策により、他方に農民層自体の変化により、さらに、領主自身における経営方式の合理化により、崩されていった。とはいえ、18世紀中には、グーツヘルシャフトの構造は根本的な変容を見るに至らず、たとえばプロイセン一般ラント法によっても、むしろこの構造は、具体的には温存されたのである。それは、立法者がグーツヘルによる反対をおそれたからにはほかならない。ただそれは、立法者はグーツヘルシャフトを無条件に肯定したことを意味しない。立法者は、さまざまな一般的規定を盛り込むことによって、事態の自由主義的改善への可能性を残した。以上につき、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』（1969）は基本的。19世紀に至ってグーツヘルシャフトに対する批判は強まった。サヴィニーの記述はこうしたことを背景としたものである。
- iii Lex Iulia および Lex Papia Poppaea はそれぞれ紀元前18年及び紀元後9年にアウグストゥスにより制定された。婚姻を奨励し、独身と無子を減らすことを目指した。サヴィニーは、自身の研究において、liberorum quaerendorum caussa という、Censor の前で行われる宣誓の文言の解釈を通じて、共和政期には、子供のいないことを以て婚姻を非難する原因になるとは考えられていなかった、ということの論証を試みている、*Savigny, F. C., Ueber die erste Ehescheidung in Rom, in: Abhandlungen der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften in Berlin, 1814-1815*

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その三）（守矢）

- (1818), 61-66. サヴィニーによれば、右の宣誓の文言は、法的な婚姻を、そしてそれのみを意味する定型の文句であるに過ぎない。このように考えた場合には、Lex Iulia および Lex Papia Poppaea は、極めて大きな家族政策の転換を意味することとなる。
- iv ここでロマニストであるサヴィニーの念頭に置かれているのは、消滅時効ではなく、大雑把に言えば、取得時効である。たとえば、十二表法以来存在し、元来はローマ市民にのみ適用を見た usucapio は、使用取得に係る制度である。この usucapio 完成以前に、(市民的) 占有が奪取された場合、(市民的) 占有を奪取された者は、つねに保護に値しないというわけではない。こうした場合の手当を行うものとして、法務官法上の、actio publiciana が考案された。この訴権によれば、占有被侵害者には、侵害された時点で、usucapio がすでに完成されているという擬制が形成される。
- v 本書第1章。
- vi 本書第7章。
- vii 具体的には、4世紀から8世紀にかけての、いわゆる民族移動時代に形成された、Lex Salica に代表される、さまざまな法書のことが念頭に置かれているのであろう。その具体例は、*Savigny, F. C., Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bde. 1 und 2 (1815, 1816)*, に詳細に論ぜられている。
- viii 原著においては、retractant は tractant と、recomponantur は recomponuntur と印刷されているが、ベイコンの著書に従って修正したことを附記する。
- ix 本書第5章。
- x Francis Bacon, 1561-1626. 経験主義を準備した哲学者。この哲学者とサヴィニーとの関係については別稿で論じた、*Moriya, K., Savigny und Bacon. Zur ideengeschichtlichen Vielschichtigkeit von Savignys „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (in Vorbereitung)*.
- xi 哲学の文献であれば「質量」と翻訳するであろうか。
- xii 同じく、哲学の文献であれば、「形相」と翻訳するであろうか。
- xiii 定本では「der wahrhaft regierenden Rechtsquelle」と三格になっており、先行する「Gesetzbuch」と同格になっている。しかし、直後にあらわれる「die wahre Rechtsquelle», «diese eigentlich regierende Rechtsquelle» は、Gesetzbuch 即ち法典のことではない。さらに本書第7章原文73-81頁（ナポレオン法典について）、および106-108頁（オーストリア一般民法典について）の記述に、ここでは抽象的にのみ論ぜられている、排他的法源としての法典という構想が維持できないことを立法者自身が察知しながら、この点をめぐる法源論的考察の意をつくさないことを、サヴィニ

- は厳しく批判する。これらとの形式的・実質的整合性に鑑み、原文の三格は、四格のあやまりだと判断する。
- xiv 本書第七章に詳述されたサヴィニの考えによれば、ここではナポレオン法典と、とりわけオーストリア一般民法典が念頭におかれているであろう。
- xv 原語は materielle Vollständigkeit であり、Stoff と Materie の語が互換的に使用されている。
- xvi ここでサヴィニーが行っている法学と数学との比較については、次章に付された註で触れる。
- xvii 原語は Stück である。この語には、たとえば人間や動物の四肢など、それが集まって全体を構成する「部分」という意味があるので、「構成要素」と訳した、Art. Stück, in: DWGrimm, Bd. 10., 4. Abt. (1942), Spp. 197-226, bes. 201.
- xviii 本書第7章。
- xix 原語はフランス語 *jurisprudence* である。Art. *Jurisprudence, dans: Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, tom. 33 (1780), pp. 428-431, 428* にこうある：「法の科学を意味する。しかし、この *jurisprudence* という語は以下のことも意味する。すなわち、さまざまの邦やさまざまの裁判所における法から得られる原則、問題に対する判決の仕方、そしてまた同じ問題について利用する慣行を形成する、統一的判例の連鎖。*Jurisprudence* は、したがって、元来二つの客体を持つ。ひとつは法についての知識であり、もうひとつは法の適用である。」ドイツ法の含意が濃厚な「法学」という日本語には訳し難いが、さればと云って「判例」とも訳しにくい。
- xx サヴィニーがここで引用しているのは、フーゴが註で述べているところである。まずは、130節の短い全体を訳出しておこう：「すべての法命題は、明示のあるいは黙示の立法者意思に立脚するべきであろうか、それとも立法者意思の他にも、なお実定法源があるだろうか、そうあたかも民族の言語や習俗のように——それらは慣習法と云われることもあろうし、また、学術理論とか、法術と云われることもあろう。専制的傾向を持った国家においては、あるいは専制的国制から採用された誤った理解が見られるところでは、あるいは法的確実性を何より重視するところでは、法命題の論拠を立法者意思に見る立場がしばしば主張される。これに対して、法命題の論拠を立法者意思以外にも見る説は、すべての実定法の自然な成立史及び開拓された民族すべてが示すならいといったものによって支持されているだけでなく、民族自身が自由な意思によって採用した法が実行可能でありまた適切でもとも言えるには、この説が成り

立たなければならないし、またそもそもすべてを明示の法律で十分賄えるなどというのは全く不可能である。哲学的自然法に実践的有用性があるなどと云っても、結局のところ、民族が法命題についてどういう見解を持っているかでその真偽がわかる。」

（134頁）フーゴがこの本文に付した註の記述の中から、重要な点を紹介しておこう。専制的傾向を持った国家として、ローマ帝政末期が例に挙げられている。法的確実性を何よりも重視した例としてはプロイセン一般ラント法が挙げられている。開拓された民族における法の例として、具体的には、古典期ローマ法におけるローマ市民法および法務官法、中世ヨーロッパにおける *consuetudines*, *coutumes*, イギリスにおける、制定法 *statute law* に対置されるコモンローが挙げられている。ナポレオン法典を持つフランスにおいてさえ、法律の欠缺を理由とする裁判拒絶が禁ぜられているではないか、とも言っている。また、制定法は常に遵守可能であるわけではないが、慣習法は常に遵守可能ではある、という指摘がなされる。サヴィニーが引用したのは、すべてを明示の法律で充分賄えるなどというのは全く不可能だと述べた部分に付された註の全体である。

xxi ここで引用されたベイコンの言葉は、サヴィニーが愛好したものである。ここでは、サヴィニーが引用した文言だけでなく、ベイコンの言葉を包括的に紹介しておくことにしよう：*Qui de Legibus scripserunt, omnes vel tanquam Philosophi vel tanquam Jurisconsulti argumentum illud tractaverunt. Atque Philosophi proponunt multa dictu pulchra, sed ab usu remota. Jurisconsulti autem, suae quisque patriae legum, vel etiam Romanarum aut Pontificiarum, placitis obnoxii et addicti, iudicio sincero non utuntur; sed tanquam e vinculis sermocinantur. Certe cognitio ista ad viros civiles proprie spectat; qui optime norunt, quid ferat societas humana, quid salus populi, quid aequitas naturalis, quid gentium mores, quid rerumpublicarum formae diversae; ideoque possint de Legibus, ex principiis et praeceptis tam aequitatis naturalis quam politices, discernere. Quamobrem id nunc agatur, ut Fontes Justitiae et Utilitatis Publicae petantur, et in singulis Juris partibus Character quidam et Idea Justi exhibeatur, ad quam particularium regnorum et rerumpublicarum leges probare, atque inde emendationem moliri, quisque cui hoc cordi erit et curae possit. Hujus igitur rei, more nostro, Exemplum in titulo proponemus.* 「法律についてこれまでものを綴ってきたのは誰かと云えば、哲学者か法曹が叙述を行ってきたのである。哲学者たちは、数多の、表現において美しいが、実務からは懸隔したことがらを述べてきた。これに対して法曹は、各々の祖国に通用

翻 訳

する法律、さらにローマの法文、あるいは教会の法文の、諸命題に拘束され且つ従い、自然な判断を良くすることなく、それどころか、あたかも束縛のなかで発言を行っているかのようである。もとより、法律の知識は、政治家に固有なものである。かれらは、人間社会がどういうものであるか、公共の福祉とは何か、自然的衡平とは何か、何が諸部族の慣習か、そして、国家の体制の形式の様々について、たいへんよく知っているのである。こうして、法律について、かれらは、自然的衡平や政治の原則や規則によって、判断することができる。したがって、以下では、正義および公共善の源を見出し、法の各部分のなかに正義の性質と理念とを示さねばならない。このことを心掛け、配慮する者であれば、個々の王国の法律を、衡平の理念に照らして点検し、また補完することができるであろう。われわれの慣習に従って、こうしたことがらの「範例」を示すことにしよう。[以下に、アフォリズムが続く]