HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サヴィニィ法学方法論雑記
Author(s)	小菅, 芳太郎
Citation	北大法学論集, 24(4), 1-43
Issue Date	1974-03-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16159
Type	departmental bulletin paper
File Information	24(4)_p1-43.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

サヴィニィ法学方法論雑記

小菅芳太郎

講学上、サヴィニィのイメエジを、観点の如何はさて措きとにかく要領よく与えようとしてみると、幸い箇条書きでわかり易い作品が二つあり、相補的にその必要を満してくれると思われるので、以下にこれを摘記して出発点にさせていただき、なお若干の論調を紹介する形で私なりにこれを補うことにする。

一　その一つは磯村論文[1][2]（一九五六年）の、サヴィニィの法源論（主として《綱領論文》）の論理構造に関する部分で、

「……彼は、歴史家としてではなく、まさに法曹として問題を提起したのである。……正しい・真実の法の存在形態の確定のための論理が、ほかならぬ生成的＝客観的歴史観のうえにたつ Volksgeist 理論を基軸とする法形成論なのである。その論理構造を簡単にスケッチすれば……」

第一に「正しい・真実の法は、かような生成的＝客観的歴史観から内面的な自己展開をなすものとして現われる Volksgeist の表現として、民衆法＝慣習法である。」

第二に「高度の諸発展の段階においては、法曹が Volksgeist のトレーガーであり、法曹の法意識がその《代表》であるという構成が現われる。……始源における民衆の直接的・無意識的法形成に対し、……《法学》による法生活の意識的概念的綜合としての法形成が前面に推し出される。理性法でも制定法でもなく、さらに民衆に現実的に荷われる現実的慣習法でもなく、Volksgeist に有機的に結びつく法曹法＝法学が法形成の中心に位置する。」

第三に「かような民衆法に代置される法曹法が《ローマ法》として把握された」「彼は、ローマ法の継受が立法的強制その他の人為によるものでなくドイツ精神史の有機的な過程であり、従ってそれ自体ドイツの Volksgeist の顕現として、ドイツ法生活に転化していることを確信する。しかも、彼の求めたローマ法は、ローマ的ドイツ的制度・法精神の結合によって成立した早期普通法ではなく、中世的・近世的附加物から純化された《古代》ローマ法であった。」「歴史法学派の……法形成論は、かような現代における正法としての法曹法の基礎づけの理論であり、そして、かような法曹法として《古代》ローマ法が歴史〔発展〕的に承認された。」

第四に「古代ローマ法は、一方において技術的な技巧と論理的明晰さをもつ法曹法であるとともに、他方、実際の諸事件に即して展開した実用的技術論として《抽象化》《体系化》の精神からは遠い。かような法規を現行法として異質的な現代社会に適用可能ならしめるために……ローマ法を歴史的社会的条件から捨象された合理的法規とみ、その《体系化》に《古代》ローマ法の再建を求める。……歴史法学は、まさにドグマ的・体系的な構成法学ないし概念法学へ導かれ……ふたたびウォルフ的自然法理論の体系的演繹の方法を継承する。」

二　もう一つは世良論文(3)（一九五七年）の二の部分：

「われわれがサヴィニーの名を想起するときすぐ頭に浮ぶのは、綱領論文の作成・歴史法学の樹立・法史学の確立・自然法の克服・民族精神理論の唱導等の事業であろう。確かに従来の支配的見解は《綱領論文》と《体系》の第一巻のみを重視しつつ、このようなサヴィニー像を描き出し、彼をロマンティークの陣営に属せしめて来た。ところで、このような観点に立てば《中世ローマ法史》の第三巻以下が民族精神の歴史ではなく単なる学者史・大学史に終ってしまい、《体系》の第二巻以下や《債務法》がほぼ完全なドグマーティクになっているということは彼の方法から単なる背離としてしか把み得ないことになるであろう。」だから、「彼の全著作を統一的に理解する」ために「重要な論点を拾い出してみよう。」

(1)「サヴィニーが目ざしたのは学問的な法学と法体系の確立であり、……既に《法学方法論》が法学は歴史学であると共に哲学でなくてはならず、更にこの両要素は一つの法体系に結合されなくてはならないと主張しており……《使命》においても異るところは

ない。《上述の方法で一たび法学が法律家の共有財産となるならば……歴史的素材はわれわれによって支配され、われわれを富ますことになろう。そうなればわれわれはローマ法を歴史に委ねることができ、単にローマ的教養の貧弱な模倣ではなく、われわれ自身の新しい教養をもち得ることになろう》(Beruf S. 133. なお Syst 1. XXXI) すなわち、法の歴史的研究は法体系確立のための不可欠の手段なのであり……。」

(2)彼自身自然法一般に対しては必ずしも敵対的ではない。この点……法学の体系的研究は直接に哲学に連るものであると云っている(Methodenlehre 16:48)。体系の樹立が理性法の媒介なしにおこない得るものでないことは彼自身よく承知していたのである。……彼は唯法規の内的連関を重視し、抽象的・演繹的な自然法を排斥したにすぎない。」

(3)「彼は……むしろ古典主義・新人文主義に属している。……ローマ法の文化形成的価値を主張しつつ《この点では、現代と過去との関係について、他の精神諸科学において認め得るのと同様な関係が主張される》(Syst. 1. S. XXXI) と云っている。……古典主義的意味における《文化》(=文献) の担手たる法曹をもって直ちに民族精神の代表者と考え……法曹法 (法文献) の歴史的研究に終ってしまったこと (《中世ローマ法史》第三巻以下を見よ、なお Meth. S. 51 ff)、のみならず遂には中世的付加物を排除しつつ《ローマ法純化主義》に帰着してしまったこともよく理解できる。」(4)—(6) (略)

世良論文によって附加された論点、論拠を繰返すと、まず同論文の機縁となった「背離」(ないし矛盾) の諸例は、本稿に引用した限りでいえば、一方、「学派の根本思想」とみなされている《民族の共同の確信》の発露なる法観念 (磯村論文・Volksgeist の表現たる民衆法=慣習法) (《綱領論文》) と、他方、「ローマ法純化主義」の教義学 (《体系》) や文献史 (ないし学者史・大学史) (《中世》)、との間にあるものであって、この辺は磯村論文でもそれなりに説明されてはいたが(4)、新たな観点・論拠が追加されただけ、それだけわかり易くなったといえる。その観点とは即ち、「サヴィニィが目ざしたのは……法体系の確立であり、法の歴史的研究そのもの「ロマンティーク」ではない」(世良論文(1)) というように「彼の全著作を統一的に理解すること」であり、これを分節すれば、法体系の確立への志向は既に当初から一貫していること (同(2))、「法の歴史的研究は法体系確立のための不可欠の手段」なることは「彼の中の古典主義的要素」から当然なること、である。その論拠としては、当時の理性法の影響とか時代思潮

としての古典・新人文主義という一般的背景、サヴィニィの著作に則していえば《方法論》が指示されており[5]、この新論拠・観点から主著の諸章句に光をあて直すわけである。ところで一般的背景のうち、理性法的体系化については磯村論文をはじめ先学の遺産によって差当りは普通に世良論文を通過しうるが、これに反して「古典主義的意味における《文化》（＝文献）」（世良(3)）という点はそういう事情にないから講学上これを敷衍する必要が生ずる。これは根本的には「ローマ法の文化形成的価値を主張」（同）する精神的態度であるが[6]、この本格的取扱は私には叶わぬことなので、とにかく《方法論》に則する限り古典・人文主義とは具体的にどういうことをする作業なのかをみることにする。

三

《方法論》については、貴重な邦訳[7]を別とすれば唯一の解説として磯村（「序説」）論文[8]（一九六二年）があり、如上の観点から私なりにこれを摘記すると：

第四(2)(イ)「《客観的所与についての一切の知識》が《歴史的知識》と呼ばるべきならば《制定法学》の全性格は歴史的であらねばならない（S. 14）。かような歴史的取り扱いは、本来的意味における歴史的なもののほかに、それに論理的に先行すべき《解釈》（Exegese, Interpretation）を取り扱う《文献学的部分》（philologischer Teil）を含んでいる（S. 14 u. 16）。(a)《解釈》は《法律（Gesetz）に存する思想を反省し（nachdenken）法律の内容を再発見（nachfinden）すること》・《法律の内容を再構成（Rekonstruktion）すること》を課題とするが、かような課題のゆえにそれは論理的・文法的のほか歴史的取り扱い――法律は特定の時代・民族に与えられるゆえ法律の思想を知りうるためには歴史的諸規定を知らねばならぬからである――の三つを含んでいる（S. 16 f.）。……(b)法律は歴史的に取り扱われねばならない。蓋し、前述のように法律は特定の時代に特定の民族に与えられるのであり、また、《一切の立法は殆んど多かれ少かれ以前の立法の歴史の成果》（S. 32）であるから（註九：サヴィニーはここでユスティニアンの立法――非常と豊富に存在した資料からの単なる編ざんであり、歴史的全体が制定法に化したところの――を例示している）……。(ロ)（略）[9]。(ハ)……《歴史的なもの》と《体系的なもの》は相補的に法学の構造契機を形造る。……このゆえに、歴史的作業は立法の外的な変動を取り扱う《外史》（äussere Rechtsgeschichte）を目的とするのではなく、フーゴーの範型にしたがって、《体系自体を歴史的に進展（fortschreiten）するものとして》把握すべきであり（《内史》innere Rechtsgesch. S. 17 u. 33）、また歴史なき体系的作業は抽

象的であり空虚である（S. 36 f.; vgl. S. 49）。㈡……当時の後期自然法においては法理論における《哲学的》とは実質的には《自然法的》を意味したのであり、サヴィニー自身も同様な語法にしたがっているが（vgl. S. 50）、しかし、……彼はフーフェラント（Hufeland）の素材の歴史的差違を無視した抽象を不可能と断じ（S. 34）……。かようなサヴィニーの立場が《歴史的知識と哲学的洞察》の結合・《歴史的部分》と《哲学的部分》の結合に法学の方法を求める後期自然法[10]と異なり、《哲学的》を専ら形式的な《体系的》＝《内面的連関》の意味に理解していることは明らかである。むしろこの方法的側面に関する限り、カントを専ら認識論的批判的意味において受けとめ、したがって法哲学を法的素材の《論理的体系的》取り扱いとして理解し、フリース（Fries）をして《カント自身の法理論よりも首尾一貫せるカント的自然法》といわしめたフーゴー（G. Hugo）の方法論の影響が決定的である。[11]」

右のように、サヴィニィが歴史というとき（イ）、まず問題になるのは法律解釈（釈義）であり（a）、「本来的意味における歴史的取り扱い」（b）は「法律は特定の時代・民族に与えられるゆえ法律の思想を知りうるためには歴史的諸規定を知らねばならぬから」、つまり法律解釈という課題のゆえに必要なのである。しかも、その法律は如何といえば、如上の一般的な立言にも不拘、実際上は（民事法に関する限り）古代ロオマ法源のことである（引用中の註九）。かくてサヴィニィの法学構造は、換言すれば、古代ロオマ法源の解釈を中心とし、そのために古代以降の文献（研究）の歴史を顧みるという関連である。《体系自体を歴史的に進展するものとして[12]》「フーゴーの範型にしたがって」（ロ）把握せよとサヴィニィが言うときのフーゴーの「法史」は古代を扱うものであり、また《解釈の歴史は第一二および第一三世紀から始まる[13]》とのサヴィニィの言を見ればよいであろう。

四 次に、そのような関連の意味を更に探るには、世良論文で指示されていた《方法論》第二部（法学の文献的研修）に移らねばならぬが、これが手段として仕えさせられる第一部（方法論自体、絶対的研究）との関連の仕方が冒頭の短い序文（Einleitung）の中で、「文献史」の言葉により象徴的に述べられていると思えるので、まず、この序文から眺めてみる。

〔1〕学問的作業の成果は個人の精神力の等級（才能）と使用度（努力）のほか、この精神力を方向づける方法に

依存するが、この方法が意識化され体系のかたちをとる、正しいものたるには、或る学問がその本性上固有な諸法則にしたがって完成されるとどんなものか、つまり当該学問の理想像 Ideal に吾人が想到せねばならぬ。これを得る一般的手段が文献史 Literargeschichte であって、即ち、各個人（法律家・学者）についてその文献（学問的業績）の諸特色を研究 literarisches Studium することにより、吾人は彼の方法を知り、これを学問一般 die Wissenschaft überhaupt に比較して評価 beurteilen しうるのである。〔2〕どの学問についても時代というものを考えてみると或る時代についてはそれに属するどの学者にも一般的な方法があることがわかるから、各時代についてもこれを文献史的に取扱わねばならず、そうすれば比較によって当時の方法の性格がはっきりする。かくて文献史は方法史にほかならぬ。〔3〕本講義の目的は吾人の学問（即ち法学）が今どうなっているのか報告書を作る機縁たらんとするものであり、これには個々の学者の文献（学問的業績）の特色記述をおりまぜていかざるをえない（法学研究の方法自体は文献なる補助手段には依存せぬ絶対的方法たるべきではあるが）。或る人が法学を立派に取扱ったか、それとも正しくない間違った方法で取扱ったかによりそれぞれの場合の法学の取扱方 Bearbeitung の法則を積極に、あるいは消極に判定してくれるのがこの特色記述である。〔4〕その際、古い法学者と新しい法学者といずれに注目するのがよいか、吾人の学問たる法学でも方法は時代そのものに帰せられるから新しい学者にむしろ注目すれば得るところが多い。……

以上を第二部（文献的研修）で若干補ってみると、そこでは始めに文献を読む際の二つの原則（第一節）とその適用（第二節）が説かれ、まずその中の第一原則《批判的に読むべきこと》を序の〔1〕の部分の最後、「……評価しうる」に続くように紹介してみると、或る著作を評価するということ（私の理解では、法学の理想像の獲得と文献史なる作業との関係）を、次のように分析的に述べる。読むということは、自分がこれから取扱う素材に関する従前の

試みに通暁することにより自分自身の思考を拡げることである。批判的に読む、評価するということは、その著作が自分の理想像 Ideal, 課題 Aufgabe に適合しているかをみることである。したがってまた、(i)その人、その当時の人人が何を理想像、課題と考えていたか（学問的研究 Bearbeitung において如何なる観点に立脚していたか）、(ii)その課題の解決のためにその著者が何を為したか、を知らねばならない。例えばゴトフレドゥス弟のような法学者については「法学の研修に関し彼がいかなる見解 Meinung をもっていたかを知ることが特に重要である」としてその《法学綱要の概要を紹介している。なお、この二点を知ることが学問的研究の歴史の要点であり伝記（学者史）はこれと必然的関連はないと断りながらも一応従前の文献史研究の分類に従って伝記に触れている。次に、もう一つの第二原則《歴史的に読むべきこと》を序の〔2〕の補いとして見ると、批判的に読みうるための前提として、歴史的に、即ち全体との関連（同時代的系列および年代順的系列）において読まねばならぬ——学問における内面的継起が顧慮さるべきこと、学史上の各時代と先行時代との間には常に内面的関連があることが力説されている——。これは「文献の全分野を概観すること」であり、「文献解題」の作業になる（第三節で展開）。以上、二つの原則に分節されたこと、サヴィニィの表現によれば《学問的研究の歴史》と《研究の成果 Resultate すなわち文献解題》とが《文献史》を成す二つの部分だという。序の〔4〕の部分は私には完全にはわからないが、サヴィニィの法学の最終目標たる《体系の文献》（第三節——「体系は解釈の諸結果 Resultate を敍述すべきである。それ故、体系の文献においてはいかなる著作が体系を法源の結果として研修するに役立つかが示されねばならない」——）は近世（当時の現代）で与えられたものだからという意味かもしれず、いずれにせよ第三部で解題の対象たる文献は近世のものである。[11]

サヴィニィにおける学問的法学の建設の重要な要素として強調された古典・人文主義の歴史・文化・文献観とはその作品、とくに《方法論》に則していえばどういうものかを辿ってここまで来た私のイメエジは、なお漠然としたも

のでしかないが、[15][16] 古代ロオマ法源の釈義（但し体系的釈義）および、当時の周囲の事情との関係では、その伝統の回復が彼の法学の根源にあるという点に関する限り、多少は具体的紹介たりえたであろうか。

五　サヴィニィの文献史的作業における目標だった学問的な体系的実定法学（世良論文）の構造がカントの認識論を受容れたフウゴオの決定的影響下にあることは磯村論文（「序説」）の簡潔な紹介の通りであるが、サヴィニィの法学革新の本質がカント批判学に基く形式主義的な学問観にあることを重ねて強調するヴィアッカァ[17]（一九六七年）でこの点をみると、そのような学問概念とは、「認識批判的反省とヘルメノイティク的理解との形式的手続によって、個々の学問の自律的内的統一、と同時に当該の学と他の精神諸学との方法的関連、が構成されているもの[18][19]」であってかかる理想像への課題を法学の分野で初めて提起したのは、カントの批判的認識論の弟子フォイァバッハであり、古い自然法の拒否にも不拘その方法からは、法素材を論理的に矛盾なく一個の全体的関連に組織する可能性をひき出し、この論理的組織化で法学は認識論的批判に耐うる学問に高められると考え、同様な計画をほぼ同時にフウゴオもまた実定（民）法学についてはっきりと表明し、但しこの主役はサヴィニに帰したという[20][21]。

六　そこで、とにかくフウゴオの具体像をみると簡潔な説明として山田論文（一九五七年）がある。

「かれはトマジウスやモンテスキューの歴史的自然法の傾向に一歩をすすめ」「抽象的な思考から法をみちびきだす自然法の方法に反対して歴史主義の個別的考察方法」、「厳密な歴史的帰納法」の立場をとった（一七九八年《実定法の哲学としての自然法》）。具体的に主張をみれば、「自然法である私法〔自然私法〕についての一般的な思索〔allgemeine Spekulationen〕は立法にとって無価値である、なぜならばそれは学者たちが実験をなしうる部門ではないからである。むしろ、既存の経験ずみの法律の比較をしなければならない。一定民族の法規または法律を考察するに際しては一般的な自然法〔ganz allgemeines Naturecht〕は考慮すべきではない。物体の一般的な性質に関する形而上学から医師の処方をつくりえないと同じく、すべての法の終局的根拠に関する抽象的原則から実定法の原則をみちびきだすことはできない。……法律とともに、慣習法的なもの、および《立法なくしておのずからつくられるもの》（was sich so von selbst macht）が法源としてみとめられなければならぬ。」但し彼は「歴史的発展または民族精神の内在を

意識するまでにはいたらなかった」[22]。

右の解説は歴史主義において捉えられた歴史法学派の始祖としてのフウゴオ論であるからカントに直接触れてはいないが、具体的に紹介されている諸主張は、カント以上に首尾一貫（磯村・序説）と評せられたフウゴオの経験的素材への密着をよく示している。

七 これに対して、既述のように歴史主義よりは学問的法学の建設を主な観点とするに至ったヴィアッカァ（一九六七年）ではフウゴオ像は次のように要約されている[23]。即ち、(a)（略伝）、(b)彼の自然法（啓蒙立法やその抽象的合理主義）批判はゲッチンゲンの古事学的実用主義的な歴史主義に発するとはいえ、批判方法の定式化はカントの認識論に負うから、≪実定法の哲学としての自然法≫という意味はまさに実定的素材そのものを方法的に扱うことであり、それゆえ、ヴォルフ流の抽象的思弁的な自然法から区別されるのは勿論として、もはやトアジウスの意味での「歴史的（相対的、仮説的）自然法」でもない。これを実定法（現状は実用主義的古事学的普通法学たる「現代的慣用」）の側からいえばそれは「帰納的自然法」にならねばならぬ。このような、現状の二元的分裂（古事学的実用主義的実務と理性法的思弁）を克服すべき自律的法学というプログラムを一連の≪民事法講義教科書≫[24]（全七巻）の形で実行に移す[25][26]。そのうち、まず(C)教義学的作品では実定的素材の内的体系化、概念的整備に努め[27]つつ同時に、のちのパンデクテン法学とは異り社会的現実のリアルな観察を維持している。次に、(d)「同じ経験主義が遂にフウゴオをしてゲッチンゲンの博言学者や歴史家の影響下にロオマ法源のもとにも連れ戻した。彼の古事学的な仕事、とくに……≪Römische Litterärgeschichte≫[28]（中世および近世普通法学の）等は、彼の方法的要請たる厳密な≪歴史的帰納≫を実現し、サヴィニやその後継者たちで本格的となる法史的テェマをも既にその圏内にもっている。さらにこれを越えてフウゴオはゲッチンゲン学派で初めて到達された≪社会全体を見る≫[29]歴史記述を法史で実らせ、就中、彼の広く普及

した《ロオマ法史》は、ロオマ法発展の歴史的深層を（当時としては可能な限り）堀起し、古事学的素材を積分して完結的な歴史叙述たらしめた最初のものである。即ち、素材を諸時期に分け、それぞれをそれにのみ固有な事実連関によって特色づけている」という。

八　フウゴオの歴史についてのヴィアッカァの要約（前記(d)）は差当りその通りであるが、私の目をひくのは法史のうち、《ユスチニアヌス帝以降のロオマ法史》では「文献史」の意味である《gelehrte Gesch》の言葉が副題にさえなっている点である。既にサヴィニィ《方法論》のこの言葉を機縁として古代ロオマ法源の解釈という彼の法学における根源を多少は具体的に知りえた今では、かの要約ではこの点への接近が閉ざされてしまうように思える。勿論フウゴオの《文献史》はサヴィニィの《中世ロオマ法史》に相当するものであり、《方法論》のように直接に解釈を論ずるものではないが、古代ロオマ法源が根源的意味をもつ一つの法学[30]の多少とも具体的な像を同様に与えてくれる。《文献史》の序（Einleitung）を一瞥してみると、

《いわゆる historia litteraria について：新しいラテン語とラテン語から作られた言葉で historia litteraria（あるいはひっくり返して。この点でも naturalis historia を手本にして）と呼び、多分ドイツでも単に litteratura と呼ぶもの[31]、その訳語は（Künste u.）Wissenschaften の歴史でも Gelehrsamkeit の歴史でも完全ではなく、Gelehrten Geschichte では最低で、むしろ gelehrte Geschichte と訳しうるもの、それは何かというと、真理、法〔正〕、合目的性を目指す人間の精神の努力に関することを、勿論かかる努力は歴史の他の分野にも現れるけれどもそれは別としてまず第一にそれ自身独自に存在するものとして、物語り記述することである[32]》

《知識一般の正確な概念について：最重要事は、総じて人間知識 menschliches Wissen の、また特にその或る特定の部分の正確な概念である。或る学問または或る技において何が起るべきでありまた起りうるかについてはっきりしていて im Reinen sein こそ、現に起っていることをふさわしく判断しうるのである。実際生活上の用事に役立つことに重きをおく者は、如何にして精神の形成 Bildung を目指す努力を評価しえようや（原註：だから民事法の文献史ではユスチニアヌス帝以前の法をどう視るかが非常に重要である[33]）》

九

右のような私の受取り方からすると、彼の法哲学についても私の目をひくのは、その核心たる《法学的人間学》の枠組がロオマ法源から引出されている点である。《実定法の哲学》について幸い Viehweg の簡潔な解説[34]があり、私の観点からの必要はこれを以下に私なりに紹介することで足りる。併せてフウゴオの法学構想（前記ヴィアッカァ(b)）をさらに理解する補とする。

「この作品は《実定法の哲学》（§1）の説明で始る。……カントの晩年の作品がおきまりの理性法に再び接近した地点で、フウゴオはこれと袂別する[35]（§3）。彼は啓蒙の考え方が《理性的諸根拠だけから法学的真理の総体を証明しようとする》のを新しい歴史的見方の意味で却ける。そんな努力は、普通ローマ法やその他のものまでも理性の教えと思いこむことにしかならなかった、と。《実際、こういう自然法は、我々の実定法のいずれにしても完全無欠な百科全書みたいなもので、現存するものは殆んどみな本質的だと称してどんな自由な哲学的見解にも協力できたのだ》（§6）と[36]。……彼がこれに代置せんとする《批判的自然法》は《ドグマ的自然法を取扱う者が自他に請合うような教説》（§29）を提供するものでは勿論なく、……《その性質上、多くのことについて、そうであらざるをえぬとか、そんなことは全然ありえぬとかを決定しうるものではない》（§29）

然らば、「批判的自然法というものを、フウゴオはこれをカントの助けで多少は提供しうるのではないかと期待したが、勿論、新たな歴史意識の地平で理論的困難が減少していたというわけでは全然なかった。蓋し、新たな歴史的理解の中で答を探さねばならなくなった問題設定はこれを言換えてみれば次のようになるからである：即ち、実定法を理性法典 Vernunftkodex[37]の演繹的展開とみてこの意味での理性に合せて実定法を吟味するというのではなくて、実定法をます歴史的現象として理解した上で批判的な《実定法の哲学》（即ち前のとは別の意味での法哲学）の助けで実定法を吟味するということは、いかにして可能なりや、ということになる。」[38]

そこで、「フウゴオの考方の核心になるのが法学的人間学 Juristische Anthropologie である。これは《法学的なものを吟味する》に不可欠な《一群の経験則》（§3）を提供してくれる。これは啓蒙主義の精神に由来するが、さらにウルピアヌスの《神事人事の知識》（D. 1. 1. 10. 2）なる考え方が既にそうだからである。……こういう知識が人間学的観点からして当該各場合に法的なものの土台になっているのは何かを示し、かくて法的なものの超歴史的基準を提供する。こうして歴史を哲学の基準で判断しうるに至る（§4）。かかる法学的人間学の概略は次の如し：人間が、動物として、理性的存在として、組織構成員として、観察される。かかる三重の区分はそれがロオマ法上の自然法、万民法、市民法なる区分の基礎にあるということで正当化[39]され（§38）、またさらに、かか

る編成により、フウゴオが啓蒙の意味で但しカントには全く反して堅持している幸福 Glückseligkeit 観念を細目的に論じうるということでも正当化される（§ 39）。実際、《自由》や《平等》の概念が前記三つの局面ごとに各別に照明をあてられているが、《かくも重大でしかもかくも難解な》とフウゴオのいう《幸福》概念にもこうして光があてられる。

「かく描かれた《実定法の哲学》（＝法哲学）は、次に、《私法、即ち余のものと汝のものの教説の、哲学的吟味》に使われる。[10] その結果たるや一部は驚くべきもので、《諸制度を余のものと汝のものの上に築くこと》はラヂカルに批判される（§§ 93 ff.）。私法とくに私所有権は無くてよいもの、《暫定的》な法にすぎず、とされている。[11]

さて、サヴィニィの法学の構成要素は、(1)まず一般的には歴史主義が前提され（一、六）(2)加えて(a)古典・人文主義（二、四、八）および(b)形式主義的学問観（三、五、七、九）であるといわれるが、本稿は特に(2)について私なりに、フウゴオにも遡りつつ（六―九）これを知ろうと遍歴したものである。

（1）磯村・啓蒙期自然法理論の現代的意義、法律時報（一九五六年）二八巻四号八―一二頁、六号七〇―七五頁）。まず結論的部分（五七四―七五頁）から要旨をみると、現在の西ドイツでの「自然法理論の再生」が「ふたたび法の人論＝人権への対応、従ってまた法による権力の制約を法学理論自体のなかで回復する企図」は正しいが、近代自然法学の現実的根拠の喪失――市民的（自然権）秩序の現実化および「個人」（の理性ないし人間自然）に還元しえぬ「社会」の問題の現実化――せる以上、その企図は、「一定の理性的諸規範を自然法としてイデア的に固定せしめること」（七四中）「イデア的自然法に拠」（七五中）るという形態においては不可能である。してみれば、歴史法学派は今日不可避な法の相対的実証的理解の起点だったのに、それにも不拘「歴史法学派による自然法理論の克服の仕方そのものが問題を含んでいた」（九下）。即ち、当初民衆法の形で即自的ながらその法理論は「倫理的・社会的契機」（七二下、七四上、下）へ対応していたのに、「私法教義学の建設の課題［概念的体系的方法］が前面に出」（七二中）ると「法形成論と歴史的方法を法学の課題から切り捨て」、かの契機から遮断されて法律実証主義を帰結した過程を反省せねばならぬ。「歴史法学派が概念法学へ転化する論理的モメントはどこにあったか。それは究極的には、その生成的＝客観的歴史観とそれに基く特殊な発展思想に求められねばならない。すなわち、……歴史的実体としての Volk の内面的自己展開の思想的背景のもとに、文明期における法形成において民衆法が法曹法として現われるという帰結を無条件に前提するのみであって［本稿本文紹介］、民衆＝社会において働く諸力と法曹法の関係の実証的理解の方法を開め出し、……法の社

会への対応は即自的には含まれるが、これを自覚的に保障する論理を欠如している。従ってその法形成論を生かす途は結論的にいえば、一方において……〔註二、エールリッヒの《社会》による Volk 概念の代置〕、他方、未来的実践的な歴史観〔註三、Troeltsch, natrnal law and humanity 218〕とこれに照応する歴史の法則的認識、従ってまた発展法則の経験的把握の立場を推し進めることである。それは、一定の留保のもとに（……）、歴史法学派の法形成論を、啓蒙期の自然法理論における経験的歴史的方向へふたたび転ずる途である。……」（七五上）

然らば、この現代的意義を失わぬ啓蒙期自然法理論の「論理構造」（「法の倫理的・社会的契機への対応」）とは如何なるものか。（一一、一〇―一一頁）西欧フランスの場合、法思想は市民的秩序（自然権・市民の自由）の一定の現実化という条件により「実践的具体的な現実批判」の形をとり（一七世紀自然法のような「体系」定立のみではなく）、また経験論的基礎づけの方向をもち（「理性法の立場と経験・歴史の立場が相補的」になり）、これに対応して、歴史観は理性的個人が社会・歴史の原理・法則を認識しつつこれを実践的に形成するというように「主観的・批判的」（subjektiv-kritisch）、また「実用主義」的である（一一註四：Troeltsch, Gesamt. Schr. IV. 533：353〔トレルチ内田芳明訳ルネサンスと宗教改革・岩波文庫一一五頁〕）。「かようにして啓蒙期自然法思想は……その論理構造において、一方において、個人の理性・良心を介する理性的普通的諸規範の自覚とその確証の媒介者としての経験・歴史の合理的・実証的認識、他方、自然《法》の理性的規範と人間社会の経験的な自然法則、という二元的契機が、相補的なものとして結びつけられている」（一一中、七四中）

ドイツでは後見的な絶対主義に対応して、一方では「ウォルフの自然法体系――十七世紀的《体系》的自然法の形式に従いつつ、微細な点にまで体系を具体化することによって自然法を実定法に近づけ、その実用性がめざされ」「君主権力の原理的な無制約性を帰結する」（一一頁）――が〔矢崎・近世ドイツの自然法思想（法学講座Ⅲ）七八以下〕、他方では「改革の必要を背景として」一応はフランス啓蒙に接近する「後期自然法」が成立する（モンテスキューの影響下ピュッター・ライテマイエル。）この後者は、しかし、「諸々の実定法の個別的原因を文化的社会的諸条件の歴史的地盤のうえに把握し、かような史的考察から普遍妥当的諸規範の自覚に達すること、すなわち、《歴史》と《自然法》ないし《哲学》の結合が、その関心の中心となる。…他方、かように具体的な実定法に関心が向けられ、しかもそれを自然法的思考で取り扱う結果、その反面において、《自然法》概念もその絶対性を失い、地域的・国民的に制約された《相対的》自然法の承認に導かれる」（一二頁、参照・本稿註10）自然法概念が「歴史的」「相対的」になるに応じて「その歴史観は、《主観的＝批判的》からむしろ《生成的＝客観的》方向へ傾斜

し」（同）「この方向を推し進めたフーゴー――このゆえにときにはドイツ歴史法学の始祖とよばれる――においては結局は現存秩序の肯定の方向が決定的である。」この「生成的客観的歴史観」（一〇頁註三：genetisch-objektiv：Troeltsch a. a. O.）はライプニッツ、ヘルダーが展開してきたもので、これを基本的性格として歴史法学派が成立する（三・七〇―七一頁。本稿に紹介する部分。）

本文に引用する第四点における概念化・体系化とはどういうことかについては、法形成論の「社会的性格」に関係させて再説されているが（四七三頁上）、差当り山田晟ドイツ普通法理論（法哲講座Ⅲ一九五六年）一八二、一九三の説明がわかり易い。

(2)　トレルチ全集第四巻から啓蒙主義（Ⅳ「近代精神」）とその歴史主義への流れを補っておく。「自然科学のあとを歴史科学と社会科学とが追っていく。新しい世界は伝承の諸力から己を引離すがその際この断絶を基礎づけるべく伝承の批判を遂行せねばならなかった。今や近代世界に対して伝承は何処でも教会的権威または古典的権威として、物語とミュトスとして現れていたから、批判はおのずから、こういう伝統の神性を仮象として取除くこと、その人間的・自然的な性格を証明することとなった。かくて開始されるのがルネサンス以降の批判だが、これには、プロテスタンティスムがカトリック教会伝承を解体させ、博言学が一般的な批判活動で加勢した。批判精神は、本来、古い伝承では説明不能、完全に一回きりのこととされている出来事を普通の出来事と同列において説明する試みであった。だからこの批判から近代の批判的思考が生れてくる。無批判的時代の多彩なそして作り話のような諸伝承から真実の出来事を再構成することが問題となり、これは、あらゆる時代のあらゆる出来事が同一の心理学的諸法則に服する一様なものとして基礎づけられるときにのみ、およそ過ぎ去れるものが現存するものからの類推で判断して差支えないときにのみ、可能である。ところであらゆる出来事の類推性と統一性とが認識されると視野は全出来事一般に拡大されて普遍史的となり、発見、旅行記、文書発掘の時代が次々とこれへ誘ってゆく。こうなると自己の歴史圏の出来事も一個の人間全体の出来事の中に編まれているものとして、大きな人類全体にあらゆる面で依存する一構成部分として映ずる。かかる新しい批判的な基礎、一般的かつ一様な心理法則を前提とする普遍史的な基礎の上に新しい社会科学の建物が聳え立つ。作り話めいた伝承を越えて人々は諸起源を推測することに辿りつき、次にここから、簡明な一般的な心理学的な基礎性向を前提しつつ性急に国、社会、法、道徳、宗教の≪自然的な≫イデアルを展開する。然るに、これを始めだすと諸起源が結局はぼんやりとし原始的になるばかりなことがはっきりし、起源と理想像との間にますます多彩な歴史的諸形成体がはいりこんできてしまうので、この自然法的な、自然科学的類推に強く影響された体系は放棄され、人々は具体的歴史的生の不可測な豊かさにますます没

頭する。単純合理的な発端、歴史の中での悪化、合理的再建といった考えはまさに神学的思想図式の名残りだったが、こうした考えに代って、人間の一般的な根本性向の中から無限の歴史的多様さが現れるとのイメエジとなり、歴史からしてイデアルや目標を基礎づけることはおよそみこみがなくなる」(316)。

「ドイツ・イデアリスムスは啓蒙主義の諸成果を引継ぎ継続するがその主知主義的功利主義的精神を美的歴史的な直覚と概念形成とで克服した。全文化世界に及ぶこの深き影響のもとは、二つの相矛盾する方向、新人文主義的古典主義と完全に普遍的なロマン主義との結合であって、両者は近代精神を美的歴史的に変形するという同一の基礎に遡るものであった。ところがここから発しながら古典主義の方は古代に助けられて、つまり本質的には古代に鼓吹されながらもキリスト教の霊感と倫理的活力をとりこんだフマニテエトに助けられて、あらゆる文化の規範的イデアルに凝り固まり、この点で古典主義は啓蒙主義の規範的精神と少くも接触はあったのに、これに対してロマン主義の方は、この結合を取消して歴史的文化の内実へただただ沈潜した」(621)「啓蒙主義の歴史記述は本質的にいって教会的世界史に対する批判とこれからの解放であり、歴史の出来事を確固たる合理的な文化尺度で測る点で殆んど至る所で規範的態度を示したのに対してドイツ・イデアリスムの、やはり向上的ながらつねに個体において顕現するイデエという発展概念は、相対的観察、技芸家的な感得と再構成、無意識と直覚的なるものに対するセンス、豊かなる出来事への純則物的献身をもたらした」(627)。

(3)「近代法思想史の人々」(一九五七年)から世良・「歴史学方法論の諸問題」(一九七三)に再録。世良論文では主要な論拠が Wieacker Fr. C. v. Savigny, SZ 72 (1955) にある旨明記されている。両者のサヴィニィ解釈の間のニュアンスをみる前にヴィアッカァ論文の構成、とくにサヴィニィの現代的意義(Mission: N 1～3. その要約:吉野・法学雑誌一四巻一号一九六八年一四三頁上、小嘗・北法二三巻二号一九七二年二三三頁下)の述べ方を私の理解なりに記すと、(1)彼は一八〇〇年前後のドイツ精神運動の意味で、即ち古典・人文主義的な歴史・文化観の意味で、人間理想像実現への教育過程としての諸学問の中に法学を仲間入りさせ、その意味でこれを初めて学問たらしめた、という。(2)こうして文化(教育)の一環たるべき実定ロオマ法学の中には理念というものが対象化されていなければならぬという文脈からと思われるが、サヴィニィの作業の中から、(a)まずカントの法概念ないし法理念(法の自律性、≪自立的存在≫の受容(Syst. 1. 331ff.; 54. 世良論文2および5)が述べられ、次いで、(b)(c)そのような自律的法学建設のために当時のイデアリスムス哲学の学問概念(吉野一四五上)の意味での「体系」化が実行された次第が述べられ、(3)前記のような人文主義的な教育・文化過程の一部としての法観念は全ヨオロッパにおけるロオマ法

の歴史的妥当を根本観念とするから、かかる法観念のもとに建設された法学はヨオロッパ共通法なる理念の再建であり、かくて彼はヨオロッパ法文化の統一性の意識に寄与しているのだ、という（現代ドイツの法史家の「法文化の連続」への関心が近代私法史の講義のかたちで、特にサヴィニィ評価のかたちで告白されるという指摘につき吉野一三九下、一三一上）。なお、「近世私法史」（第二版）では人文主義（的歴史文化観）はヘルダァ的歴史哲学と共にサヴィニィの法学革新の一般的前提へといわば後退させられ、その核心はカント的形式主義的学問観におかれる（五五年論文を再録したGründer u. Bewährer 版では前記(3)の項目が(2)へ組入れられてその(d)となっている）：註17。

右のようなヴィアッカァ五五年論文を利用しつつも世良論文のサヴィニィ解釈では、「体系的学問」の建設をまず述べ、その両要素としての哲学観、および古典・人文主義的法観念の紹介を後続させて問題設定が鮮明であるが、反面、そのような法観念の含意としての自律的ヨオロッパ普通法伝統の法思想的意義の評価は消極的にみえ（同論文(6)）、また「学問的法学」の背景としてのイデリアリスムス哲学の学問概念への言及が省略され、その学問概念（ないし理性法の遺産の問題）について、規制的理念としての法概念の論点（ヴィアッカァ論文2(a)）が法規の論理的整序としての体系の論点から独立（参照、註17、鈴木禄弥訳四六六頁）させられてはいない、という差違がある。

サヴィニィの邦訳ないし類書――《方法論》服部（註7）――《中世》世良・法学志林四七号（一九五〇年）――《使命》山田晟・法協六八巻一号（一九五〇）、高柳真三・法学セミナー一九五八年五月号――《体系》第一巻、関西大学サヴィニー研究会・法と政治一五巻一号（一九六四年）以下、なお石田喜久夫（註9末尾）。

(4)　《綱領論文》から《体系》への展開について磯村論文第三、四点（「古代」ローマ法による「概念的体系的方法」の追求、「歴史的方法」の「切捨て」）。その他、一例として船田・法律思想史（青林・昭三四）二五七頁（から次頁へかけて）。

《綱領論文》と《中世》との関係については磯村論文には直接の言及はないが、これを忖度するに次の戒能論文同様に理解すればよいのであろう。戒能（「法律思想家評伝」（一九五〇年）所収）一一一頁「《ローマ法学者伝》を書くことに熱中したことは、法曹をもって人民精神を代表するもの、というよりも代表という言葉で《法曹》と《人民》を同視した、サヴィニーの基本観念とあるつながりのあることを認めねばならないように思われる。」なお、「《根本的に学者史を知らないで学説史を求めているものは、文法を知らないで言語学を学ぼうとする人達のように、矛盾せる、また不可能事を求めつつあるものである》と。……これがサヴィニィの弁明だった。」（一一三）さらに、法の歴史そのものを追っているのではなくて、歴史的史料の中か

らあるべき法を探し求めていた点につき一一四頁。

なお一つの標準的解説書たる Landsberg, Gesch. d. deut. Rechtswiss. Ⅲ, 2 (1910) によれば《中世ローマ法史》は、「この作品の始めにあったのは素材とその通暁への興味であって、そのあとから方法論的下部構造が生じてきたのだ」(218)「中世ローマ法史の始めから終りまでの全体のうち、かの綱領と完全に共通なものありとせば、それは、経験的・実証主義的な、真にフウゴオ的精神であって、即ち、厳密に、綿密に、ミクロロギイとの批判にもおよそたじろがぬ細目的研究であって、名前、数、言葉、本、しるしを目指してゆく」(219) との総評ののち、各別な判断としては、初二巻はローマ法の歴史的連続を叙すがゆえに綱領（の evolutionistisch な要素〔参照・服部・同志社法学一五号一五頁註六〕）に合する。それ以下は、äussere Literärgesch. に止まるが、それは、内史（ないし教義史）の展開（前記のように進化論的な意味で）という本来の関心事に進む前に前者を確保せねばならなかったからだ(220) という。

(5) および書刊集の公刊。本稿に関係あるものとして Bang 宛（一八一〇年・四・一三）《差当り私は二つの大きな相互に関連し合う計画をもっており、この両者の関連は非常に私の心をひいている第三のより小さい計画によって明かにされるでしょう。第一の計画はローマ法の詳細な文献史であり、事実私はそのための豊富な資料をもっています。……第二の計画は、その歴史と結合され、直接に史料から汲みとられた詳細なローマ法の体系であり、私はそのための大部分の資料を集めてもっています。……第三の計画は立法の精神を扱うものですが、その形式はまだ全く未熟のままに私の思想の中にあります》（世良論文の一の部分）。三つの計画は夫々《中世ローマ法史》《現代ローマ法体系》《現代の使命》をさす。なお、磯村・序説(註8)二三註九。

(6) ヴィアッカァ五五年論文における Syst. I, XXXI（世良論文(3)、(1)）の引用文脈につき小菅（註3）二三五頁参照。（なお人文主義的古典主義の政治的諸相につき上山安敏・法社会史二〇八、二一二―二三二）

ヴィアッカァののちの私法史第二版 (Privatrechtsgesch. d. Neuzeit 1967) から要点をみると、既に古典主義の加味されたヘルダァの歴史哲学における歴史とは、フマニテート（理想的人間像）を実現せしめんとする創造者ないし自己実現的精神の教育的構図、過程であって、民族はこの過程の実演者（この教育・文化過程を共通にする者の共同体）であり (355 ss., 363, 385, 393)、法もかかる教育・文化 (Bildung, Kultur) の過程の一部と観ぜられる (385)、さらにこの教育・文化的過程の把握は、とくに人文主義の流れにおいては、解釈（博言学、テクスト批判、ヘルメノイティク）の方法による (365)。以上をザヴィニィの場合についていえば、ロオマ法の継受はロオマ法が実際にドイツの法生活の本質的要素になってしまっていることを意味する

(393. 参照、本文に既掲の磯村論文第三点)。そしてこの精神的過程は文献的伝統、文献史 Literärgeschichte にほかならず、「中世ロオマ法史の場合には、ロオマ法源に関する陳述・教説を伝えてくれる書物にほかならない」(385 n. 27)。

(7) Savigny, Juristische Methodenlehre, hrg. von Wesenberg 1951. 服部栄三訳・法学方法論(一九五八年)。同志社法学一一一、一二四号(一九五四年)にも全訳に近い紹介があり便利である。以下に服部訳から、目次大要、主要部分たる第一部(主として冒頭のいわば総説相当部分(一五―二〇頁、S. 13-17)から)、同旨が学生に対するガイダンスの形でわかり易く繰返されている第三部を、適宜転載させていただく。

序説 Einleitung (註14)。

第一部≪法科学の絶対的研究 absolute Bearbeitung der Rechtswissenschaft の法則≫〔絶対的研究とは、≪序説≫によれば、文献(偶然的補助手段)や大学(新しい補助手段)を全然顧慮せずに、ただ純粋な体系が基礎とされる研究〕「(1) 立法学は歴史的である。国家そのものの必要性は個人の恣意の支配を相互に制限する何ものかが個人の間に設けられる、ということにもとづいている。……国家自身が一つのそのような中間物である。しかしこの中間物は直接には立法機能を営む。そもそも個人の制限の度合は他人の恣意に依存してはならない。」「法律はその本来の目的からして……それを適用する者が自ら何ものをもつけ加える必要のないほど完全〔に客観的〕でなければならなかった。客観的に与えられたものに関するあらゆる知識を人は歴史的知識と呼ぶが故に、立法学の全性格は歴史的でなければならない。いいかえれば、立法学は再び、(i)本来の意味において歴史的〔↓第二章〕であり、(ii)文献学的〔↓第一章〕で……(ii)に関しては、この原則はまた再び事物の性質一般から導き出されねばならない。個人が他人の意思から自由に独立して存在するということは、一切の国家において必然的に主張されねばならない。……法律はあらゆる恣意を排除するために制定されたものであるから、裁判官の唯一の仕事は純粋に論理的な解釈である。右のことは法学は純粋に文献学的な学問である、という言葉の意味するところである。」(一六―一七 14 f. 本稿本文に引用する磯村・序説(イ)「(2) 立法学はまた哲学的〔↓第三章〕でもある。……かかる〔従来の〕体系的研究は、もしそれが単なる木組、すなわち材料の好都合な寄せ集め Aggregat を提供するにすぎないならば……単に記憶の負担を軽くするにすぎないものであろう。もしそれが真の価値を持つべきであるならば、その内面的連関 innerer Zusammenhang がある統一性を生み出さなければならない。かかる統一性のためには、偶然的なものにけっして左右されない普遍的内容ないし普遍的課題が法科学のために、いな全立法のために、存在しなければならない。すでに民事立法および刑事立法の概念がそのような普遍的課題であった。それ故、法学のそ

のような体系的研究が可能である。しかし、もしかかる体系的研究が存在するならば、法学は哲学と直接境を接する。というのは、哲学は完全な演繹 Deduction によって普遍的課題の全領域を指示しなければならないからである。法学は一つの哲学的学問である。(3) 立法学は歴史的でありまた哲学的である。1および2の両原則はなるほど異っているが、両者はともに真実であり……法学の完全な性格はこの結合にもとづいている。文献学的研究において個別 einzeln として認識される個別は、同時に体系的研究において、一つの全体 Ganzes として考えられねばならない。また逆に法学の一切の体系的見解はその要素に分解されえなければならない。それ故、法学の研究は一つの解釈的かつ哲学的研究そのものの条件を包含することを要する。しかしながら釈義 Exegere と体系とは最初は個々的に正確に研究されることを要し、あまりに早く分離されてはならない。さもないと、研究は不成功に終るほかない。」(一八―一九、16 f. 世良論文2、磯村・前記(1)(i)「このあと、再び狭義の歴史的研究（上記(1)(i)に戻って≪内史≫が補説される：磯村・前記(2)、本稿註12)」。

―― 第一章≪法学の文献学的研究 Philologische Bearbeitung≫第一節≪解釈の概念と任務 Aufgabe≫「一般に解釈はいかにして可能であるか。解釈はそれ自身歴史的および体系的に研究されうるものと認められねばならない。……」(二一、18) 第二節≪解釈の諸原則総説≫「合目的な一切の解釈は、それ自身対立する二つのものを自身の中に統一しなければならない。解釈は普遍的であると同時に、個別的であることを要する……」(三〇、23) 第三節≪解釈の歴史≫「は第一二および一三世紀から始る。……」(四一、27. なお本稿註13)。

――第二章≪法学の歴史的研究 Historische B.≫「一切の立法は……これまでの歴史の結果 Resultat である。ユスティニアヌスは独自の法典を制定しようという意図を全く持たず、むしろ、非常に豊富に存在する資料から単なる編纂物を作成しようと考えていた。そこで、歴史的全体がそれ自身再び法律となった。すでにその形成上、ユスティニアヌスの立法は右の歴史的性格を帯びている。たとえば、引用された断章の属する原典の名称が示されているのである。」(四九、32. 前記磯村(1)註九）第一・二節≪歴史的結合・分離≫（第三節、略）。

――第三章≪法学の体系的研究 Systematische B.≫第一節≪従来の試みの批判≫「体系の内容 Inhalt は立法、したがって法規である。この法規を、或いは個別的に、或いは他と関連して、認識するためには、われわれはある論理的媒介 logisches Medium すなわち形式 Form を必要とする。換言すれば、立法のあらゆる内容を認識するための論理的条件が必要である。ところで形式的なもの Formelles はすべて個々の法規の内容を展開すべきものであるか、それとも、数個の法規の結合および連関を

定めるべきものか、何れかである。通常、前者は概念および区分 Definitionen u. Distinktionen と呼ばれ、後者は本来の体系 eigentliches System と呼ばれる」（五七、37. 磯村・前記㈣）第二節《第一の場合：概念の展開 Entwicklung》「体系の中でいかなる概念も、それを法規に適用することなしに述べられてはならない。……一切の概念は法学的現実性 jur. Realität を持たねばならない。」「多くの人は歴史的素材を全く捨象しようとする。しかし何かある素材は欠くことをえないが故に、そこで、いかなる素材がその代わりに体系の中にはいってくるであろうか」（五七―五九、37 f. 磯村前記㈠ Hufeland 関係）第三節《第二の場合：法規の整頓（これは誤ってしばしば単に〔これだけが〕体系と呼ばれる）》第四節《拡張解釈と制限解釈》第五節（同上の刑罰規定への適用）第六節《法学に対する哲学の影響》「あらゆる体系は哲学へ導く。単に歴史的な体系の叙述もそれがもとづく単一性 Einheit いいかえればその理想 Ideal に導く。そしてこれは哲学 Philosophie にほかならない」（七四、48. 世良論文2、磯村前記㈣）。

第二部《法学の文献的研修 literarisches Studium の方法論》〔本稿註14〕第一節《批判的および歴史的閲読に関する序言》第二節《右にあげた原則を法学研修の個々の部分に適用すること》第三節《法学文献の細目的表示》。

第三部《大学における法学のための研修 akademisches Studium の方法論》「かって中世においては学問伝達と大学における伝達とは全く同一のものであった。近代においてはとくに印刷術の発明以来……大学は現在全く無用なものと主張された。しかし、大学は右〔学問伝達〕の独占権を失った後にはじめて固有の領域を手に入れたということもできる。……ある人が一切の講義を聴かないで専ら書物によって学問を学び独学するとき……の二つの欠陥は大学における研修には妥当しない。第一、自己の活動を計画的に訓練できないという欠陥、第二、同一の問題に関する大量の著作からとくに生じてくる多くの難解な点も、口頭の授業によって除去される。……（＊本稿註18末尾）……大学の真の目的はわれわれを学問的研修一般に招じ入れ……一般に法学に属するすべてのものにつき教示を受けるということでなければならないであろう。したがって、絶対的研修に関していえば釈義、歴史および体系につき一応あらゆることを知ることが必要である。……〔以下、第一節《大学における法学コースの計画》〕すべての講義は次の二コースに区分されねばならないであろう。第一コースでは法源序説が講ぜられ、……それは歴史の進行 Fortgang der Historie に従ってのみ一般に可能であるが故に法史 Rechtsgeschichte が講ぜられ……第二コースでは、法源から出てくる諸結果 Resultate に関する知識、いいかえれば体系が教えられる。しかしこの体系は、証明されたものとしてではなく、発見せらるべきものとして示されねばならないであろう。したがって、体系があらゆる瞬間に明らかに解釈から出てく

るというぐあいに、体系と釈義とが結びついていることが必要であると思われる。……〔以下、第二節《大学の現行課程》〕ところで、われわれの大学は右の課程を有していない。……その講義は、多くの場合、同価値の書き記された書物でも授けうる以上のものを授けないのである。にもかかわらず……それと別種のものが明らかに期待されている。……一切の伝達、いいかえれば、一切の書物または講義の中に含まれうる最上のものは、疑いもなく発見の方法（Methode der Erfindung）である……けれども、書物の場合には、読者はこれをめんどうな手続によってはじめてこれを抽き出しまた探し出さねばならない。……大学の講義の場合は……発見の方法は直接受講者に伝えられる。それ故大学の講義はけっして無用なものとはならない。けれども講義は必ずしもまたこのように仕組まれていない。……これら三つ〔解釈、歴史、体系〕はすべて別々に講義されねばならなかった。ところが大学の講義はほとんど体系の説明にのみ、いいかえれば、結果 Resultate にのみ力を入れる。そこでしたがって、聴講者はまたその体系の説明を利用し、それと自分の解釈とを結びつけねばならない。それ故、すべて講義されたところをそのまま信じないで、それに検討を加えることが大切である。〔以下、第三節《補助手段》〕講義を利用する場合……(1)講義の前に行われるべきこと、すなわち準備の場合には……法源研修の最善の方法は証明となるべき章句を探し出し、それを証明せらるべき命題と比較することであるようにみえる。しかしこの方法は、証明章句を引用することそれ自体が計画的であり、また完全である場合にのみ、いいかえれば、その中に不必要なものが何も含まれていず、そして本質的なものが何も忘れられていない場合にのみ、まさに可能であろう。しかしながら、かかる場合は稀であり、どの書物或いは講義においても見出されない。したがってむしろ、重要なものを着過することなく法源を速かに通覧しうることに習熟し、次いでこれを書きとどめるのがよい。……右のような方法を目的とした有名な唯一の講義は学説彙纂に関するフーゴーの講義〔参照・註29〕である。しかしまた法源の解釈も右のような方法で学ぶことができる。すなわち、自己の解釈を通してはじめて、人は、他人の多くの意見につき判断を下す Meinungen beurteilen べく、自己の意見を持つことができるのである。(2)大学の講義そのもの……を吟味して受けねばならない。とくに、個々の命題の真実性を検討することよりも、全体についての理解を獲得することがむしろ大切である。……むしろ与えられた定義その他をしばしば変えてみる——変えた結果が少しも良くならなくてもかまわない——ことに慣れる必要がある。与えられた定義は、一般に、教師の個人的見解をわれわれに伝えるちょっとした手段にすぎないと認められねばならない。」（一一五—一一〇）。

（8）磯村・サヴィニィ研究序説——分析視角と「法学方法論講義」の構造・地位——石田古稀記念論集（一九六二）。「方法論」の

「基礎的諸規定」が次の項目で要約されている。第一、「制定法以外の法源が全く問題になっていなかった」（ビュッター・フーゴーの慣習法理論と対比させる：二〇頁註一）、第二、「立法の主体は国家である」（カントの国家観法律観との関係は留保される：同註四）、第三、「かような制定法中心の法律観」――「一八世紀の体系的自然法における、無欠缺の制定法の理想に対応するもの」（同註六、本稿註11）――に対応する「裁判官像」（自動裁判機械）、第四、「上述の制定法中心の立場から明らかなように法学は何よりもまず所与の制定法の研究を課題とする。」これを具体化すると、(1)真の法学は《私法学および刑法学》であり、(2)「歴史的であると同時に哲学的ないし体系的な学問である」（イロハと《方法論》の叙述体裁を追ったのちニ「自然法はどのようにして受けとめられているか」なる項目でカント認識論との関係が説明される）。本稿本文はこの最後の部分（第四(2)）の摘記。

(9) ロ法学は哲学的（体系的）学問。「体系的作業は素材の多様性を《統一》(Einheit) にもたらすこと (Vgl. S. 36 f. 16) …その具体的内容は、法規に含まれる概念の展開 (Entwicklung der Begriffe, S. 37 f.)・諸法規の内面的関連の叙述による諸法規の整序 (Anordnung, S. 39 f.) およびこれに関連する《類推》(Analogie) による《体系》の完結である (S. 42)。《拡大ないし縮小解釈》が《法律の根拠》(Grund des Gesetzes) からの《解釈》のゆえに拒否される (S. 39 ff.) に対し、類推手続は……制定法に類似の場合を規定する《特殊規則》をみ出してこれを《高次の規則》(höhere Regel) に還元し、それによって当面の事件を決定する手続で……、《制定法が自己自らから補充される》ゆえに許容される (S. 42)。」（一五―一六頁）。のちの《現代ロオマ法体系》での同旨につき世良論文の(5)、石田喜久夫・サヴィニーにおける「制定法の解釈」（阪大法学一一号一九五四年）四九頁以下、とくに五五頁。

(10) 「原註一〇：Thibaut, Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetzen. Versuche, I, 1798, 2. Aufl. 1817, S. 174.」これを私は未見なので、一教材集にある同書からの抜粋（1798, S. 159；183）を転載しておく（誤訳あるやもしれず）、《自然法（純粋な自然法および適用された自然法）の完全に展開された体系をロオマ法の解釈に持って来なければ、……法律の根拠 Gründe を探求し洞察することは全然不可能である。法律の根拠は恣意的なものではなく、健全な理性の純粋な陳述を含むからであり、他方、普通の悟性は哲学と同じ仕方でここでは不断に要請として前提されているものだが、それが、……おぼろげにせよ答へ導かれるのは正に同一の根拠を通じてなのだからである。だから歴史は本来は消極的にしか振舞えず、法律の根拠は歴史的には証明されえず、例えば習俗、国制等のあり様からは導出しえず、導出されてはならぬことがわか

る。歴史がこの証明を行えば勿論哲学的解釈が予めなされたことになるが、一般に消極的証明が積極的証明を容易ならしめる程度のものである。……だから体系をして普通の悟性の支柱たらしめ、普通の悟性の陳述が情念・習慣・無知による混ぜ物にされぬよう見張らせるべきである。普通の悟性では見落されがちなまた決して充たされえぬ欠缺を補充させるべきである。つまり良俗ある健全な国民にあっても体系は、とくに熟慮に際しては普通の悟性の陳述に対して利点を保ちこれにとり不可欠なものであろう》(Hattenhauer-Buschmann, Textbuch zur Privatrechtsgesch. der Neuzeit, 1967, Nr. 104)。

右の教材集では「法学における啓蒙哲学の伝統」なる項目のもとにファイラァ、チボオ(右)、フウゴオ(本稿註25に転載)の三点を並べるが、後二者を比較すれば後期自然法とカント認識論的影響との対照を窺うこともできる。なお、チボオへのカントの影響がいわれる(参照、船田・法律思想史(註4)二四八頁)のに対して Kiefner, Thibaut, SZ 77 (1960) はむしろ Reitemeier の実用主義的普遍史的な、哲学(absolutes Element)と歴史(individuelles E.)との「結合」〔本稿註1末および2〕の流れにチボオを属せしめ、チボオは「完結せる自然法の体系」〔木村亀二・法協四〇巻九号一一三註九、本稿の右訳出の冒頭〕即ち、先験的な実質的規範の認識可能性を前提とし(337, 339)、同時に法律の性状は局地事情に依存するとし、また立法者は自然的な法を廃止しうるともいうから(340 n. 180)、かように実用主義的、さらに啓蒙福祉国家的な点でも未だカントには無縁なことを強調する。なおチボオの法典編纂主張からの訳出が木村前掲七号六三頁以下、コーイング(久保・村上訳)一一一—四頁にある。

(11) 次の部分が直続して《方法論》の諸規定の説明が終る「ただし、法欠缺の補充手段としての《類推》の根拠をなす《高次の規則》論(この基礎付けはなされていない)、制定法の完全性の理想(Vollständigkeitsideal)およびこれに照応する制定法の道具としての裁判官像——これらは後期自然法理論のもとにおいて変容しつつあったものである——は、なおヴォルフ＝ネッテルブラット(Wolff-Nettelbladt)的な《体系的自然法》(systematisches r. Naturrecht)の法律観が残存していることを示している。」(一九頁)

ここで同論文の趣旨を記しておくと、歴史法学派は啓蒙期自然法のドイツ的克服者として法律実証主義を帰結したがその法形成論はエールリッヒにより生かされ展開されてゆくという「ドイツ近代私法学史の基礎過程」を立て、したがって《綱領論文》(「発展観念」による立法者恣意からの解放)はいわばその出発点であるとの観点から(三—七頁、なお註1)、これを軽視する観点(ヴィアッカァ論文、註3)に対して《綱領》(および《体系》)の法律観——対応している《中世》第一巻序文のそれ

《すべての法はむしろ民族自身から内面的必然性をもって生ずる》（二五頁註一五）を引用――と《方法論》のそれとの違い（《体系》における Rechtsinstitut, その全体的統一としての法体系の理論, 「類推」論, Natur der Sache. 二四頁註一一、一二）を指摘し、「サヴィニーの歴史法学の全面的な確立は、《講義》（方法論）においてなお《体系的自然法》の Vollständigkeitsideal の法律観によって支えられている法《体系》が特殊＝歴史法学的基礎付け――《綱領論文》において最も尖鋭な形態をとって現われた――をうけることによってはじめて可能となるのである。したがって《講義》は後期自然法から歴史法学への展開の一過程として捉えるのが、その構造に対応する自然な理解であろう」（二六頁）と結ぶ。以上の趣旨は論文構成（本稿註8）によく示されているが、これに対して本稿は《方法論》の法律観の人文主義的側面をも問題にする（註15-16）

(12) フウゴオにつき後註29。この辺の説明は矢崎・セミナー一四号（一九五七年）一一頁にもある：「歴史的方法と体系的方法について。…それ〔法の歴史性の強調〕はなんら新規な現象ではないのである。ただ彼によれば、歴史的研究にはたえず学問的研究の意識がむすびついており、学問的研究はまた体系的研究を基礎とする。…初期の《方法論》でのべられているように、歴史的研究は個々の事実の説明、よせあつめではなくて、各時代の体系とむすびつき、かくて歴史は《進展する体系》としてのべられなくてはならない、という点につきるのではないだろうか（Meth. 32 f.）。したがって、《歴史》法学の代表者サヴィニーの学問的結晶が右の意味で、まさに Rechtssystematik, Rechtsdogmatik の確立に帰着するというけっかになったとしても、なんら不思議ではない。一八一六年、フォイエルバッハがすでに歴史法学派の宣言に対して、それは多分に historisch-philologisch なものであり、法の学識が主となっていると評しているところからしても、右の事情の一半をくみとることができるであろう（A. Feuerbach, Einige Worte〔註21〕）」

(13) 第一章第三節（本稿註7）第一期：註釈学派（ユ帝法を「補助手段なしに」解釈）、第二期：註解学派（これに対する貶言につき世良論文(3)）、第三期：フランス・フマニステン（複古学派、人文主義。ここ第一章は博言学的研究の次元であるから同学派の代表としてキュジャスが挙げられ、その釈義即ち体系の不足を難ずる）、第四期：オランダ人、第五期：ドイツ学派。以上のどの学派でも根本的な解釈は行われず、ゴトフレドウス弟（一七世紀前年）のテオドシウス法典註解書を「完成された解釈の唯一の模範」とする。なお次註。

(14) 序文の数字は私が便宜上パラグラフを追ってつけたもの。序文中、第一部と第二、第三部との関係への言及の部分は省略した（註7の始めの辺参照）。なお本稿では、引用との関係もあり若干の語の邦訳が一定していない（Philologie：文献学、博言学、

Bearbeitung 研究、取扱)。

第二部に関する解説のうち、ゴトフレドゥス弟のくだりのみは第一部第一章第三節(本稿註7 13服部訳四五頁)からとったものであり、これは博言学的取扱、即ち解釈(より細かくはテオドシウス法典の釈義)について賞讃されたもの。第二部第三節(文献解題)は第一部の構成に従ってA《解釈》 B《歴史的研究》 C《体系的文献》から成り、それぞれについて、ゴドフレドゥス弟(上記)、フウゴオ(単に「法史」(服部訳九六)とあるは古代ロオマ法史のこと:註24、なお第三部で言及されている「学説彙纂の講義」(パンデクテン法、註24 29)は「解釈的文献」に属するものか)、ドネルス(参照、小菅(註3)二二七下、二三三上)が賞讃されている。

右のように一応は三つの取扱方ごとにイデアルと評価される文献が考えられているが、三つの取扱方のそれぞれは理想的な同一作業の諸側面というべきものだから結局は「体系的文献」に重点があることになろうか(序の4の部分の解説のために本文に引用せるくだりは服部訳九八)。

しかし、まず「釈義…は個々的に正確に研究されることを要」(邦訳一九、本稿註7に引用)するから、《解釈の歴史》の章(既述第一部第一章第三節)の存在にも明かなように「昔〔中世〕の学者が全然考慮されないというわけではない」(邦訳一〇、序の4)。この関連から予想される中世文献史は教義史であろうが(ランゾベルクの期待につき註4)、そして《占有法》ではそれが実行されているが(小菅二一九註七)、ここ《方法論》で賞讃される「解釈」の文献における問題点は前記ゴドフレドゥス弟(但しこれは近世であるが)の記述にみるように必ずしも個々の教義史自体ではないのかもしれない。

なお「学問一般」(序一)のイデアルにつき註18とその末尾。

(15) 「文化=文献」の問題についてのヴィアッカァの一般的説明は註6に記したが、文献史という作業の意味、内容をさらに求めて、サヴィニィの各著作ごとに繰返されている「歴史的取扱」の説明を追う——「文化=文献」の問題は《方法論》でいう「歴史的取扱」に属し、これともう一つの「哲学的取扱」とが相俟って成立する学問構想がヴィアッカァによればサヴィニィの全著作を一貫するから——と、歴史的取扱の作業内容はロオマ法源のテクストと学問とが古代末以降ヨオロッパに普及して現時に至っているという伝統のつながりの開明であるが、かかる作業の意味は、まず右の学問構想自体の説明(カント認識論との関係:既掲磯村序説(三)および後述)に関する個所では(PrG § 20, N. 2, pp. 370 sq. 註20)、その作業によって法素材の必然的所与性が証明され、法学構想における法の歴史的次元が確保されるからだといい、次に各著作別の説明の個所では(§ 21, I, 2,

pp. 387 s., 390, 397. cf. 394 386〔本稿註20末〕)、その作業によって Hermeneutik（具体的には《現代ロオマ法体系》など教義学建設のための釈義のこと、参照・註19）の前提たるテクストの現在性（Wirkungsgesch. 同註）が確保されるからだという。以上の説明が、《方法論》でサヴィニィが文献史と呼びつつ行っている作業にどの程度対応しているかについて、私には次のようなずれを拭い去れない。《方法論》を実際に一瞥したのちに生じた感想は本文にも記すように、サヴィニィの法学の根底はロオマ法源釈義だということだった。これは当り前のことかもしれず、サヴィニィの全著作に通ずる「歴史的取扱」の説明は結局ヴィアッカアのように要約さるべきものであろうが、私にとっては、即ち講学上は、この感想を以て説明の第一とするのが自然だと思われた。

(16) 次の解説はヴィアッカアに対してニュアンスがあるかもしれないので紹介する。Marini, Savigny e il metodo della scienza giuridica 1966 はサヴィニィの三つの取扱方の順を追い、最初の「解釈」の解説（1「法と解釈」）はこれを二分して（1「国家・法・法律」（＊）2「解釈の性質」）、後者(2)では《方法論》の第一部第一章をその性質上同第三章をまじえつつ取上げるが、その際、同第三節（解釈の歴史）への言及を以てこれを説き始め、同第二部（文献史）の解説もここへ介体させている。即ち、大要次のように言う（p. 73—81）。サヴィニィの解釈論の根底には法学（ロオマ法の釈義と体系化の文献）に対する熱狂がある。彼は法学を文化（cultura）の分野におき、かのロオマの法律家たちの恒久的発見たる法学を精錬しながらこれに則して人間関係を理性的に構成、組織することを以て法と観る。法的文化、法的真実（realtà）とは法律家の諸構成の中に（ロオマの諸モデルに発し中世・現代の法学文献の中に）聖化されてあるものである。だから解釈は、先行し連綿たる文化的現実の継続的完成化であって、その時々の立法を墨守することではない（＊＊）。《占有法》にも《方法論》にも長い文献史が付せられ、前者は一制度についての釈義と体系的構成を顧みるもの、後者はもっと広い観点のもので、即ち法学は解釈史（第一部第一章第三節）、文献解題（第二部）の形で考えられている。課題（problemi）や解決（idee）は過去の大法律家たちのそれとの共通性の中から生れるからである（として、《学問における内面的継起》のくだり〔邦訳八四、本稿本文にも引用〕を訳出している）。フウゴオの「法史」に対する評で〔参照、註29冒頭〕彼が法学は法史にほかならずとして前者を後者に還元し同一視しうるのは、法史とは（素材の事実性・歴史性ということのほかに）法学者たちが人間関係に関する概念的組織化という継続的作業で構成し来ったものの歴史のことだという考方、往時と現時の法律家たちの作業・方法の不断の対照の不可欠性という考方に基くのであり、《方法論》の冒頭〔序文〕以降強調され続けているのがこの点である、と。

＊ cf. p. 102「国家が法の創造者だと主張するサヴィニィの念頭にあるのは、恒常的合理性による人間関係の規制者たる一般的な政治的権威である：ローマ法なる起源的実在（realia）から、帝国なる実在へ、古代のモデルの文化的再生として生きる新しいヨオロッパ諸国へ。法律制定を古典的文化モデルのもとにこのように理想化すること、ここに結びつけてこそはじめてよくわかるのが、モンテスキュウに始りカント的かつフンボルト的な国家機能観に至る線、各人の自由な共存を法律の平等性により保障する国家の構想である。」

＊＊ ここではサヴィニィの国家観・法律観の人文主義的局面が述べられているが、他方、後期自然法の事物本性論、裁判官解釈自由化論とは対蹠的な、ヴォルフ的啓蒙期自然法的な「法律の完全性」への信頼（磯村・序説、本稿註11）の響影も述べられている（65,83,91 n. 61,132）。

(17) Wieacker, Privatrechtsgesch. der Neuzeit. 2, Aufl. 1967, 372：「カントの諸批判なかんづく《純粋理性批判》を通じて、この思想家たち〔フウゴオ、フォイアバッハ、サヴィニィ〕にとって社会倫理の先験的条件を問うこと〔《実践理性批判》《法論》〕が同時にまた、哲学的に正しい実定法学のための形式的条件を問うという形をとった。カントの（それ自体としては決して形式的ではない）倫理から学問的形式主義の、即ち法学的実証主義の主脈が生じ、これが後期のパンデクテンの慣用を一つの自律的学問に変えていくことになる」（352 n. 13）。

右の「私法史」第二版と同時の Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule 1967, 4 は学説史を次のように大別する：(1)従来のサヴィニィ像は批判者と擁護者とを写真のポジ、ネガに喩えてみれば結局は同一に帰着し、即ち、(a)精神史的背景についていえばヘルダァ、シェリングの歴史哲学の響影を強調しつつサヴィニィを歴史法学派と一緒にロマン主義に属せしめ、(b)彼の著作についていえば《綱領論文》を絶対視しつつ彼の諸矛盾を承認せざるをえなかった。これに対して(2)ヴィアッカァは最近（書簡集および《方法論》の公刊以後）の諸研究を辿った上で、サヴィニィの全著作の統一的解釈に努め本文の主張に達した。「私法史」第二版の歴史法学派の目次は次のようで、初版（鈴木訳）のそれと較べるとその間の整理がわかる：1啓蒙理性法の崩壊〔国民的高揚とカント哲学〕、2歴史性の発見〔歴史主義一般〕、3ロマン主義と古典〔ないし人文〕主義との間の歴史法学、4歴史法学派における実定法の哲学的学問なる構想・形式主義・理性法的遺産。なお、ヴィアッカァの一九五五年論文では古典・人文主義の強調は形式主義的学問観に勝るとも劣らなかったといえる（註3）。

本稿で取上げた磯村論文（註1）と世良論文とは前記ヴィアッカァの新旧二つのサヴィニィ像に対応させて位置づけるとわか

り易いが、勿論、正確にいえば、磯村論文も「基本的視角」をサヴィニィが「法書として問題を提起した」ことにおく（本稿引用部分の冒頭、原文七〇頁註三、Rothacker）から、その限りではそのように配することは正しくないが。なお、磯村「序説」が論証するように「プランの構想とその遂行とは別問題である」（同二四頁註一〇、二三頁註四、五、六）し、他方この点は或程度は共通の認識である（cf. Wieacker, 357 n. 66）から、両種の論文は相補的に意義があると私は思う。

(18) Wieacker PrG 368. ヴィアッカァの社会的背景をまじえた説明によると、後期啓蒙絶対主義の実用主義的な立法や大学政策〔上山安敏・法社会史、一六一―七〕に対して教養市民層が世界市民的国家市民論、文化国家論、大学自由論を唱えた時その精神的基礎は、実用的学習に代うるに悟性の学問的使用、認識過程の全体性、全学知の統一性を、というフィヒテ、シェリング等の理想主義哲学であって、来るべき理想的大学にふさわしく個々の伝統的諸学もこの一般的学問理念に則して革新が求められたが、このような、フンボルトのベルリン大学建設の形で現実化するに至る学問革新運動は、遡るところカントの批判主義哲学が呼出していたものだったという（PRG 349 n. 2; Wandlungen, 8 ss）。なお、問題の根底にあると思われるカントの悟性認識の体系的統一、≪現象の制約の系列の絶対的総体性≫につき差当り例えば山崎正一、カントの哲学（一九六三）一〇四頁以下。

言及された諸家の中からシェリング「大学における研修の方法に関する講義」（一八〇二年）の学問概念の要点をヴィアッカァから転載しておくと、学問即ち没目的的な全体的認識とは≪あらゆる諸学を絶対者と絶対知との精神で取扱うという、事物自体から流出する要求≫であって、≪当該学問の有機的全体の直観は諸学の学たる哲学から≫期待さるべく、しかもこの哲学たるや≪本来、認識の全体性を指向せざるをえない≫ものであり（Wandl. 9 nn. 18.22; PRG 349 n. 2, 370 n. 76）、個別諸学をかかる学問理念に一致させ革新するという課題の法学の場合の解決としては、かかる哲学から法学が区別されるのもまたその≪歴史的要素≫のゆえであって、但し、≪法学の歴史的なもののうち諸理念の表現たる限りのもののみが学問に属するのであって、本性上単に有限なもの、例えば、国家の外的メカニスムにしか関係なき一切の法律形式の如きは学問には属さない。現状のような法学で教えられている諸法律は殆んど全部がこういったもので、その諸法律には公生活の精神は依然恰も破片のようにちりぢりの有様でしか宿っていない≫（Wandl. 10 n. 27. この辺の説明につき平野秩夫・法哲学講座第四巻（一九五七）二七頁、私は邦訳未見）。なお、時期的にずれるが次を補っておく：Die Weltalter (1813) ≪ Wissenschaft は語義からして Historie（historia〔ギリシャ語〕）である。学問が自身の諸観念や諸概念の単なる帰結や展開と考えられる限りでは、そうあることができなかった。学問にその本質が再び、しかもそれを二度と易々とは失いえぬような仕方でとり戻されたのは我々の時代の長所で

ある。今後、学問の中で叙述されるのは、真実で生き生きとした本質の展開である》(Gagner, Studien zur Ideengesch. d. Gesetzgebung, 1960, 37)

このような、「個別諸学を哲学的全体知により基礎づけ、さらに法学に対してその《歴史的要素》の中で das Ideale を取扱うべきことを名指しで示した」ところのシェリングの講義のサヴィニィ《方法論》への影響について Wandl. 13 n. 37 (カントロヴィッ(服部訳一二四頁)による)。但しこの学問概念を除けば同一哲学的歴史哲学の影響はないという: PrG 357 n. 33; 磯村・序説(註11)二二頁註二六、上山・法社会史二一二註二九。

《方法論》第三部(註7末)の題名は前記シェリングに類似し、その初めの辺(同註*印のところ)には次の個所がある。即ち、大学の授業成功の試金石として、「(1)すべての学問はある自然的な内面的結合関係にある。ところで授業が自由であるべきだとすれば…右の結合関係は正確に認識されねばならない。(2)しかし同様に、当該学問の他の一切の学問に対する対立関係がそこから出てこなければならない。」(服部訳一一六)

(19) 引用文中の Hermeneutik の言葉はプロテスタント神学に固有なものだったがその観念は法学等テクストの解釈適用一般の理解に資するもので(PrG 15 n. 7)、この点につき差当り Der gegenwärtige Stand der Disiplin der neueren Privatrechtsgesch., in: Eranion Maridokis 1, 1963 でのヴィアッカァの説明(ガアダマァに拠る)を附記しておくと、解釈とは過去を解釈者自身の現在に適用し、この適用 Applikation 自体を通じて再びテクストの新しい意味が開明されることで、ここでは究極のところ Dogmatik と Geschichte とはこれを分離しえない(356 n.)。—— Gadamer, Wahrheit u. Methode (1965) 309:「法律家にとってもヘルメノイテイッシュな課題は法律の始源的意味を確立しこの正しき意味を適用する以外にはないだろう。だから依然サヴィニィは一八四〇年《ロオマ法体系》の中で法学的ヘルメノイティクの課題を純粋に歴史的なものとみなしている。シュライエルマッハァが解釈者が自身を始源的読者と同一視せねばならぬことによよそ疑問を感じなかったようにサヴィニィも始源的な法学的意味と現在的なそれとの間の緊張を知らない。シュライエルマッハァのヘルメノイティク講義がサヴィニィの著作のまさに二年前に遺稿として初めて出版されているのは偶然だろうか。」——その前提は過去のテクストが解釈者自身における実在たるべくこれへ媒介されること(Wirkungsgesch.)であり(w. 360 n. 62)、これをロオマ法源についていえば本稿註6、15。なお一般には公法面での Princeps legibus solutus の解釈史、作用史がむしろ有名(360)。

同じく Eranion M. の次の叙述は右のような精神的態度を理解してみると含蓄がある(但し、これはサヴィニィの有機体的発

展思想にも古典主義と同じ評価を与えていた時のものなのでヘルメノイティクが必ずしも歴史法学派のものではないかのような書方になっている）「ユスチニアヌス帝法の現実性は…中世帝国の崩壊後も、自身の良風 Gesittung や社会の尺度は古代の先行文化のテクストを通じて先に与えられている vorgegeben との強力な確信により確保されていた。こうした観点からすれば、今日の眼からはイデアルとしてしか求められない古代の連続ないし尺度性というものが自明の産財であり、およそ法発見は超時間的 ratio scripta の《適用 Applikation》に過ぎなかった。つまりローマ法史の諸時期は継起的発展過程 sukzessiver Entwicklungsprozess の諸段階ではなくて、あの、永遠のテクストが人間世代とともに変遷する適用 Applikation を受けた結果にすぎなかった。…近代国民国家の形成とともにこのローマ法の正統性は弱まったにも不拘、フランス式 mos gallicus の体系と自然法的合理主義によってローマ法が完全に歴史化されてしまうということは不相変なかったのである。」（340）「勿論歴史法学派では普通法に対する関係が原理的に変化した…が、現状に至る歴史的諸段階すべてを理解せんとしたのは不相変、かつての歴史以前的観察たる、生き生きした《適用》の意味においてであった」（342 n. 13）。

（20）以上 PrG 369. サヴィニィについて。「実定法学を歴史的法学と解する意味は、法学の対象は、現に在る法の歴史性によって前以て決められている（理性法の抽象作業の諸産物や啓蒙立法者の諸命令によって、ではない）ということであって、それ以上に、かりにも歴史的認識を法律学のドグマ的使命の代りにしようという意味ではない。つまり、法学の素材の歴史的所与性と言うことは、法学革新プログラム全体の中では一半の局面、即ち、素材のそれにすぎない。この素材を全体的関連に組織するという法律学の別の局面がまだあるのである」（PrG 353 s）「方法論は主著と一八一四・一五年の綱領論文との間の不可欠の架橋であって、サヴィニィの思考順序では法形成の歴史的基礎づけは彼の法学概念から導出されたもので、その逆ではないことがこの架橋からわかるのである。」（Wandl. 12）「法学方法論のなかで、…彼の全作品の根本的立場のたいていのものが既に陳列されている：カントの法概念とこれに基く法の自律（《自立的存在 das selbständige Daseyn》）、法学の哲学的および歴史的取扱なるプログラム、解釈論の諸要点。但し法を文化全体とその歴史に結合することは辛うじてほのめかされているにとどまる。詳説に至らずスケッチ的であるのは、恐らく、…未来の諸思想がやっと芽生えたばかりだからであろう」（Wieacker PrG 386）なお註15参照。

（21）Feuerbach（Weiacker PrG 369 n. 70）について私には詳細不明であるが、Kritik des natürlichen Rechts（1796）には理性の形式たる体系的統一という観念が繰返し出てくる（251 et passim）。同書に言及する菊地・宮沢訳ラートブルフ著作集第七巻フ

ォイエルバハ伝（一九六三年）、「イェーナにおけるサヴィニィ」（七四―七六頁）にはまた、両人を対照させた美しい描写がある。なお、五十嵐清・北法二〇巻四号（一九七〇）八頁。

次に Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung 1816, in : Thibaut u. Savigny hrg. von Stern, 196―201（本稿註12参照）から抄訳しておく。周知の「矛盾」の指摘なるゆえ屋上屋を架して紙面の濫費を恐れるが教材に役立つことを冀いつつ（前掲・フォイエルバハ伝、二〇一頁註二一「歴史的な法の学識とドイツ内国の立法に関する数言」）：《法は民族精神から生れたのち、一定の年と力に達するや、法学識者とその自身以外には何にも頼る必要のない自由な学問の手中に帰しただただこれにより育成されるのであって、実際、ロオマ法は立法によらず法学識者によってその完成に達した。だからもしドイツの法典を作れば学問の進歩を妨げ後代にあるべき有益な諸発見に対して道を閉すことにしかならぬかもしれぬ》とサヴィニィは言う。なるほど立法の基礎となるべき吾人の法状態は錯雑を極め、現にある法典は外国的なものであるが、だからといって《立法に重荷になっている欠陥を法学が如何にして取去りうるのか、理解できない。……法学はかの諸法典の勢力圏を踏越えることは許されておらず、まして自分自身を圧迫している状態の改善能力などはない。……我々の法学は法の学識 Rechtsgelehrsamkeit であり、本質的に、少くも殆んど全部が歴史的古事学的 historisch-antiquarisch であることを誰も見誤ってはならないし、そのゆえに法学識者たちを非難してもならぬ。法とその発展の歴史的探求は（吾人の純粋に歴史的な法学識者たちが目下提唱し実行しているよりもずっと広範囲にわたるものであろうと）立法者にとり不可欠なのみならずおよそ教養ある精神にふさわしい、学知対象なることは疑ない。しかし、吾人の法学が加うるに生活との直接関係においてもまた、歴史的古事学的であること、当会の法源の状態からして法学はそうあらざるをえぬのだということも見誤ってはならない。この害悪は、歴史的法学 geschichtl. Rechtswiss. 自体によっては手のつけようもないものであること厳然たる事実であって、或る病気を同じ病気をさらに完成させて言わばそれ自体から癒そうとするようなものだ。各時代に適した法状態とこれを表現する立法とは、現在が常に過去によって決定される限りは、必然に歴史的なものではあるが、吾人の法状態の特性は何かと言えば、吾人のものと呼んでいる法が、それにも不拘その歴史の流れが吾人のもと吾人の時代ではなくて、よその没落した民族のもとで既に一千年以上も前に切れてしまっていることである。その時点からこちらへではなくて、歴史・言語学・古事学の細い擦り切れた糸を頼りに探求しつつ逆に千年以上も後戻りせねばならぬのである。第六世紀前半にロオマ人のもとで何が法として妥当していたかを明察ないし生わかりしてから、その上で十九世紀ドイツ人のために裁判官が如何に彼らの法を宣すべきかを知ろうという

のであれば。》《民衆的 volkthümlich な法、国民生活 Leben der Nation にはいりこんだ法、の展開と叙述には争がない以上は、不可解なのは、歴史的法学がこの生ける法 lebendes R. の展開、形成と近い因果関係にあるのかということだ。この生ける法は学識だとか何千年も前の古代の諸発見にはおかまいなくその道を歩み続けその現時の必要事のみを問うているのだ。……歴史的法学が教えてくれるあの法が実際に民衆的な生ける法だとでもいうのか。我々のもとで本当に正しいものは何か。どんなよそのものが土着のものになったのか。》《あの見方の一番おかしな点は、不適切にも、昔のローマ法と吾人の今日 heutiges のローマ・カノン・ドイツ法とを比較することで、とりわけ、ローマの法学識者たちがローマの法状態を育成したことから、吾人のドイツの法学識者たちが、立法などによりその探求を妨げさえしなければ他日ドイツの法状態のためにどんなものになりうるかを推論するという誤りである。……ローマの学識者は周知のように歴史・古事学探求者として昔の記念物や手写本の中にではなく、市場や、郎党に囲まれて我家に、法廷椅子ないしその近辺に坐っていたのであり、彼の知識は市民生活という書物からの認識であり、読み学ぶよりははるかに観察し思考し判断し推論するに従事した。……ローマ人は千年も前に没落した民族の法の屍を分解することから始めて、これを改めて組立て直し再び見かけの生命を呼覚ますことはしなかった。……彼が認識し取扱い形成したものは彼の、彼の民族の、法だった。だからローマ法が成熟したのは、歴史・古事学・史料批判・文法を通じて歴史的法学としてではなく、経験、哲学、論理を通じてであった。》《法学が現状以外のものになりうるためには、我々は、歴史的古事学的探求が続く限りは持ち損ってしまう運命にあるものをまず持たねばならぬ。即ち、土着の、当代の要求に応える、それ自体において矛盾なき、法律の効力を具えた法書を。ローマ人はこれを十二表法として、のちには告示として有したのだ。ローマに法書があったから、その法が土着の土台の上で一個の心臓の根から成長したから、だからこそ、常に現実に向けられた哲学的精神と論理的悟性により数百年に亙ってみとられつつ、ローマ法はあのように力強く枝を拡げた大樹へと成長しえたのである。》ドイツ民族のためのドイツ法典と言っても、専政政治的恣意によるものや、理性による雲上のものに想到すべきではなく、《人々の要求はそのように卑俗なものでもなければ高踏的なものでもないのだ。ローマ人が十二表法を作った時に為したこと以上のことをしようというのではなく、但し、吾人の社交的精神的教養の状態からすれば、吾人の法状態の形成に影響する諸要素の非常に大きな違いからすれば、ドイツの諸法を容れる空間は十二枚のローマの板片では足りないという一点だけははっきりと区別をつけるのである。既存の法を単に記す Aufschreiben というのでは、この小さな十二表法の場合でさえも間に合わなかったのだ。……》ゲルマン部族法典もまた《立法的英知》を欠いた純粋な慣習法だったわけではない。《ローマ人たちは予め、立法能力につき根

本的自己吟味をしたか。彼らも言語の未熟やこれが将来にしか醇化されぬとの見込みを立法事業に対する反対根拠にしたか。…こういう議論が起るとすればローマ人の健全な悟性が反対しただろうことは察するに難くない》

(22) 山田晟、ドイツの歴史法学（法哲講座第四巻）四一頁。Wieacker 379によれば、「物体の……形而上学」は物理学の一般的諸法則。「おのずからつくられるもの」は Natur der Sache（さらに磯村・序説二七頁註一一）。なお、ここでの自然法の説明は《実定法の哲学としての自然法》からのものではない（cf. Landsberg Ⅲ2, 19n. 37）。

右論文の冒頭（三九―四〇頁）には、歴史法学派を歴史主義の流れの中に置く簡潔な概観がある。

カントへの言及とその仕方について例えば広浜・国家四九巻八号（昭一〇）：「a priori に対する見解においてカントと異り、極度に正確なる観察を求める気持と空虚な抽象と演繹とを厭ふ性情とは、彼を駆りてカントに対してさへ独立の態度を執らしめた。……歴史法学派の中心思想の一なる、法のアプリオリ的研究を排斥して経験的即ち歴史的方法に従ふべきものなることの主張は、かくしてフーゴーによって創唱せられた。」歴史法学派の中心思想は「一は即ち法は時間と場所とに制約されて出来上った歴史的所産であるから、法といえば実定法であって自然法であってはならぬということ」、第二は法の根拠は「自然法の一立場とも称し得べき」民族精神の法的確信だということ、と二点に要約され、それぞれにフウゴオとプフタとを配して歴史法学派の先駆者、完成者とされている（五六―六〇頁）。さらに船田（註4）二四八―二五〇。

(23) PrG 379―381. なお「現代的慣用」云々の辺は Wandl.（註17）二から取った。

「現代的慣用」（usus modernus pandectarum）の差当りの紹介として Leyser の一項を拙稿（註3）二二五頁註六に訳出しておいた。ローマ法源の引用は散発的でしかもトポス的役割にすぎぬゆえ釈義とはいい難い。各項目の最後には概して判決例が附加されている。当時の法学実務の現状について木村亀二（註10末尾）がわかり易い。

(24) まず時間的順序で主要なものを示すと、まず一七八九年 Institutionen des heutigen römischen Rechts, 九〇年 Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsere Zeiten, 九二年 Juristische Encyclopädie, 九八年 Naturrecht als eine Philosophie des positiven Rechts と出始め、その中「法史」は第二版一七九九年では Lehrbuch der Geschichte des röm. R. bis auf Justinian（被献呈者 Spittler）となって Lehrbuch der Gesch, des röm. R. seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Gesch（被献呈者はサヴィニィ）と分離され、全体は結局 Lehrbuch eines civilistischen Cursus 全七巻の形をとるに至った。その最終形態は、1. Enzyklopädie；2. Naturrecht；3. Gesch. des röm, R. bis auf Just.；4. Heutiges röm. R.；

5. Chrestomatie ; 6. Literärgesch. (Civilistische gelehrteGesch.) seit Just. ; 7. Lehrbuch der Digesten. ——Landsberg, III 2 Noten, p. 12 n. 62 ; Hippel, infra 74s..

私が参看しえたのは「自然法」(翻刻版、註34)、「ローマ法史」(一一版一八三二年)、「文献史」(三版一八三二年)のみ。後二者にはいずれも見返しに München, 17, 1, 1901, Dr. M. Kato なる鉛筆記入あり。

(25) Hattenhauer (註19) Nr. 105. Hugo : Philosophische Grundlegung der Rechtsgesch. から「エンチクロペディ」(6 aufl. 1820. S. 31 ff..) を転載しておく。

§ 26. Quellen der Rechtswahrheiten《或る任意の民族のもとで通用している真実の法は、学問的に厳密にいえば、アプリオリに認識可能に、純粋に、一般的に、必然的に、普通の理性の中に与えられている、いわば生得的に与えられているものではなく、その種の何ものかが根底にあるというにすぎぬ。言ってみれば、法正的状態 rechtlicher Zustand というものがあるべきであって、人はそれがいかようにあろうとも、また理性の最高の要求に完全に適合的なようなことからいかに隔っていようとも、また法正の状態がカントの呼ぶようにいかに暫定的 provisorisch なものにすぎず決定的 peremptorisch ではなかろうとも、人は法正状態に服するべきだ、との良心の義務である。現実的状態 wirklicher Z. というものはアポステリオリで、経験的で、時処により異り、偶然的で、自身と他人の事実経験から学ばるべきものであり、歴史的である。(歴史的とは語の完全な意味において。勿論、依然存在するものをも含意する historisch という語の方がふさわしい)》「暫定・決定的」の用語法につき(註41)、括弧内は 8. A. 1835 S. 19 を Hippel infra 70 n. 47 から補ったもの。

§ 27. Natürlicher Ursprung der Rechtswahrheiten《或る任意の民族の法規はその正式の締結や君主の命令により一気呵成に形成されることもあり、leges constitutiones in perpetuum valiturae, 中世の capitularia, capitulationes, assises, establissements, ordonances, acts of parliament, statutes, Gesetze, Verordnungen, Edicte, Mandate, Landtagsabschiede がそれであるが、特別なきっかけ、重大な法理論争、大変化の出来、しばしば少くも、従前の法正についての疑義がなければ、こういったものは作られないのが普通である。これに対して、或る任意の民族のもとで通用している法規のずっと多くはその民族の言葉や習俗のようにおのづから自己形成するもの、むしろ、法規が言葉や習俗の一部分なる以上は法規以外の言葉や習俗同様に使用者の consensus 即ち Gebrauch, mos, mores maiorum, consuetudo により自己形成するものである。運や環境、偶然、つまり事態を高次の観点からみれば摂理のもたらす出来事が、共に生活する人々を結合せしめ、各集団において人々の慣れたことが、あるい

はお上、一般に法を知っていると人々から信頼されている者（つまりその限りで民族の本当の代表者と呼ばれうる者、例えば言語については教養層、作家たち、習俗については宮廷人、首都の住民）が法とみなすことが、法とみなされる。これに属するものが、余の物と汝の物 Mein u. Dein の争についていえば、古人のいう res iudicatae, ドイツで言う praeiudicia, フランスの arrêts（pratique や style とは別の〔?〕）、イギリスの Reports, ドイツ語で以前は恭しく Schlendrian と呼ばれたもの、今は Praxis, Gerichtsgebrauch, responsa prudentum, the most learned judges, 確かな法教師の Meinungen, receptum est-vulgo respondetur-a veteribus praeceptum est-hoc iure utimur と呼ばれるもの、definitiones, regulae iuris, ギリシャ語系の paroemiae, のちに brocardica, フランス語で maximes, ドイツ語で Sprichwörter, 公法ではフランスのかっての広い意味での étiquette (ethos から)、イギリスの precedents, ドイツの Herkommen, さらに Vorgänge, Observanz. 形成が進展する (fortschreitend) とともに、人知のこの部分について他の部分についてと同様書物が書かれ、民族は法書 (Rechtsbücher) を獲得するに至り、これは初めは著者の名前と合して一個の法 (ius) なのだが、のちには個々の作品がそうなる。遂に深き衰微に至れば、こういう書物やその中にある教説が最高権力から発せられたものとしてその命令により蒐集され、短かくされ、新たに起草されるということさえも起る。これが法律書 (Gesetzbücher) であるが、古人のもとにはこれに当る語はない。というのは、たとえ個々の法律が、例えばテオドシウス法典とその追加新勅法がその最初の例としてそうであるように一書にまとめられたとしても書物が法律、法律が書物ということにはならぬからである。この最初の例に従って多くの法令集が出来たが、参知者のために頻繁にものされた教訓にして常に真の源泉を示すもの、consuetudines, coutumes, Stadt-u. Landrechte をもこれから区別せねばならぬ。》なお、lex は ius の一形態にすぎぬと主張する Zivil, magaz 1812 (Landsberg Ⅲ, 2 Noten p. 7 n. 40 : Hippel 52 n. 5) につき木村亀二・法哲学（一九四九年）一〇九頁（「サヴィニーの社会学的法律観」一九二三年の再録）。

(26) フウゴオは法知識全体を三分（「何が法か」「それがそのようにあるのは理性的か」「それは如何にしてそうなったか。」各、法教義学、法哲学、法史）、あるいは二分（前記第一を第三法史に合体）する。前者につき Viehweg, infra V., 後者についてフウゴオの捉え難さの中にも歴史と理念との格斗を看る Fr.v.Hippel, Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan, in : Rechtstheorie u. Rechtsdogmatik 1964, pp. 69—72 の解説によれば、〔1〕およそ法学は二つの間、即ち或る特定の社会で妥当し、していた法は何か（法史）、その法は真に理性的であるか（法哲学）、の二つだけを取扱う（70 n. 47. Enzykl. § 26〔本稿前註〕を引用）。〔Ⅱ〕法史と法哲学とは互に他を補助学として必要とする。〔1〕「法哲学は自己の永久的課題〔法的現実ないし法史が理性的なる

かの批判」を提起する際の自己制禦 Selbstkontrolle の理由からして、直観素材としての典型的な諸社会像・諸社会経験を不可欠とするが、これは自己目的的に営まれいろいろな社会的時代を包含する法史といったものだけが多少とも精密に供給しうるものなのである。」フウゴオ自身に言わせれば（Naturrecht 1. aufl. S. 10）《それ自体としては貧弱な法論の形而上学を法学的人間学や人間に関する経験的諸命題に結びつけ、このようにして、かってまた現に通用し或るいは想像上のいろいろな実定法について、一つの個別的実定法の研究から得られるよりはずっと高い観点から哲学する、即ち原因や効果を探し可能性を較べあうのがよい》（p. 70 n. 49）「(2)「歴史は生に内在する諸課題に対する人間の態度決定が日々に更新されてゆく過程であるから、かの永久的課題の存在・連関にも目を開いている者のみが歴史過程を完全に見通しうるのである」「或る任意の素材を取扱った法史家に最後にやって来る考え《或る人々の行動や制度が彼らは結局は我々と同じ人間なのに我々のものと似ざることかくも屢々なのは何に由るのか》（ギボン訳への序〔戒能(註4)八六頁〕）は、逆に、人間とは何か、またその永久的課題を知らなければわからないだろう。法的諸現実の必然性や別異性を理解し比較しうるための正確な観点というものが今日まで欠けていたのだ」（71n. 5）〔Ⅲ〕しかし法史と法哲学とは研究課題・問題設定の点で相互に完全に独立であり邪魔しあってはならない。法史は既知の社会を善悪を顧慮せずに歴史的に忠実に探求し記述することで、その限りで社会学、存在学である。これに対して法哲学は正義の教説であり、真の法生活の永久的課題をその歴史的実現の有為を顧慮せずに探求する。

(27)「現代ロオマ法」はランゾベルクによれば、「これは一連の著作のうち最良のもので、のちに至るも他の作品と異り改訂でふくれあがることなく、それゆえ当初の特色を留めている。即ち、素材に自由な形を与えたこと、今日有用なものしか取上げぬこと、この両者が初版では精力的に貫徹され、特に後者の点は旧套な大先生たちを怒らせてしまった。……例えばロオマ奴隷法のように、忘却の淵に沈むのを救うべく、或いはトルコ人捕虜に適用できる時があるやもしれずとの口実でこれまでパンデクテン講義の中で手間をかけてずるずる引ずってきたものがおよそ欠けていると悪口を言われた。……しかし歴史的発展の叙述には別の一著を宛行う計画によりフウゴオは、如上の歪んだ口実を仮借なく捨て去り他方昔の法を完全に自由に展開せしめることを得たのである。その際彼は自分の原理的要求に適うような独自の体系を案出し、これはただ辛うじてユスチニアヌスの法学提要を想出させるにすぎぬ。のちの版でこのユ帝法学提要に接近してしまったのが惜しまれる。―こう説明してくればこの著が最初に現れた時専門家仲間の目に如何に奇異なものと映じたかはすぐわかるだろう。何故というにフウゴオ自身が先駆者としては唯一人ドマ Domat の一六九四年の作品 Les lois civiles dans leur ordre naturel しか挙げられなかったのだから。但しこのフランスで

あんなに愛好された作品に対して片やフウゴオの特色がいやでも目にはいってくる。例えば、ドマが ius in rem と obligatio との区別を細かすぎて無用と却けたのに対して、フウゴオはその区別に根本的利点を認めて長々とこれを叙す。この物の法と人の法との区別は独仏間の見方の違いとして注目に値しよう。何故というに、この区別の片や軽視、片や強調が、前世紀の始と終との両民族の国民的大立法を決定したからである。」(Landsberg, III .2, 15).

Hippel 74「ローマ法源の中から彼自身の時代に属する法規を取出して、これを前代の附加物から自由にし、これに体系的にわかり易い独自の分類を施して講義せる最初の人である。」

(28) 例えば序論のI伝記 Personen (註32参照) では名前、時代、場所、家系、身体状況、教育歴、教授活動、人の内面、という項目が並び、少くも意図において微に入り細をうがつ感がある。

(29) Hippel 50 n. 1 フウゴオの意図は gesellschaftliche Gesamtschau にあったので、当時普通のやり方だった素材の慎重な篩分けや個々の教説を年代順的系列 chronologisch に叙述するに反対した (例えば法史における下記第3項目の同時代的系列 synchronistisch の叙述)。これに対してサヴィニィはフウゴオの法史に対する評 (Verm. Schr. 5, 5) における限りでは年代順的系列の叙述の方が結果的に歴史への密着が確保できるとしている。

フウゴオの「法史」は四期の各時代ごとに 1. Gesch. der Quellen ; 2. Gesch. der Bearbeitung ; 3. Das röm. Recht selbst zu Ende dieses Zeitraumes なる三部構成がとられている。なお、第2項目では古代ローマの法律家およびそれ以後の学者の双方を含む。「法史」(註24末尾参照) の Einleitung の冒頭を資料として引用しておくが、その内容には立入れない。

《法史について：法知識は実生法上の万事同様、直接適用さるべき手仕事的なものたるのみならず、学問的 Wissenschaftliches また学識的 Gelehrtes なものであるが、その一半は歴史 (起りしもの、しかも既に過去りしもの) に存し、これは Historie (すべて探知されしもの alles Erkundigte) と同義である。法における歴史的なものは、その一部は、知識の、取扱 Bearbeitung の歴史、いわゆる文献史 gelehrte Gesch. であり、他の学問にも見出されるものであり、他の一部は、これに対して、法の歴史 (狭義) であり、これは実定的 Positives なもの即ち人間行為によりはじめて真実になったものについてしか考えられない。》《外史と内史について：法史全体は、文献史 gelehrte G. も含めて、外史と内史に分けられ、前者は史料 Quellen 史 (すべての法律のことではない〔参照、註25§27末〕) と研究 Bearbeitung 史とを扱う。後者は、法の諸概念や諸命題そのものを、それが成立し、完成され、さらに変形され、あるいはまた消滅する過程までも扱う》(p. 1s.)

なお、ランゾベルク（Ⅲ. 2. 16）によれば「法史」の四期に分つ時代区分はギボンに倣い、とくに第三期（キケロからアレクサンダ・セウェルス帝まで）の法形成を法曹の行為としてまとめている。かくてローマ法学の輝ける絶頂はマルクス・アウレリウス帝の時に存すること、これまで信ぜられてきたようにユスチニアヌス帝並びにその法典編纂人に俟つものには非ざることを証明した。そして、第三期終了時の法状態の体系的叙述のためにこれを《法史》から分離して Lehrbuch und Chrestomatie des klassischen Pandektenrechts zu exegetischen Vorlesungen（1790）としたが（註24参照）、「ガイウスは未だ発見されず、内史のためにはおよそ使える先蹤というものがなかった時にこういうものをものす意義を考えてもみよ。」

（30）註15末尾参照。フウゴオは普遍法史的（註25§27）ではあるが、民事法講義（zivilistischer Cursus. 註24）ではゲルマン法は排除されている（Landsberg Ⅲ. 2. 13）。「Pütter は主としてゲルマン公法史の研究に携わり……ゲルマン法にはローマ法のそれと異る《固有の精神》……《体系》があり、……《専門的学問》が成立する必要のあることを強調し、ここではじめてローマ法学とゲルマン法学との分離の主張が現われ、後の歴史法学派にいたる先駆をなしている。そして、このような要求を、まずローマ法学の分離という形で実現したのが、サヴィニーの師 Gustav Hugo（1764—1844）にほかならない。」（世良・歴史学方法論の諸問題一七〇註一一）。

（31）原註《Camus……によればドイツ語で或る学問の Litteratur というのは…… l'indication des livres qui la concernent のこと。……他国語における意味での Litteratur に当る純粋ドイツ語はない。Bücherwesen は語源的には申分ないがその概念では短所もある》。

（32）続いて、《伝記・文献目録・研究 Bearbeitung 史自体について：文献史に属する本は、〔Ⅰ〕生涯の記述（伝記）、〔Ⅱ〕書物解題（ビブリオグラフィまたは前註に記した狭義の Litteratur）、〔Ⅲ〕研究史自体に区分けされているのが普通で、これは、一般にまた特に法学でも極めて自然な普通な三つの論点、即ち人、物、行為〔参照、註40〕に対比しうるが、あとの二つの概念の間の界はこうでもしなければ実際はっきりしないので、物の区分の中で書物のことだけが記されて、学校、科目、教え方、論争等は記されていないことがあっても驚くにあたらない。何故、歴史の他の分野では普通なようにこの三論点を一個の全体に結合しないのか（註：この疑問は、何故法史ではいつでも個々の教説を始めから終りまで辿るのか、と言い換えてもよい）。文献史では多くのことが埋れてしまうが民族の、教会の、等々の歴史の形ならばあらゆることが判然とするからだ（註：Haubold, institutiones iusis Romani litterarie 1809 Praef.）というのではあるまい。そうではなくて、個々の人や本の名前を集める方が、個人は単に

共働しあうにすぎぬところの学問自体における諸変化を、総体的に取扱うよりは易しいからであろう……。》《研究 Bearbeitung そのものを構成する重要な諸部分をこのように分離してしまうのには従いたくはないが、……予めこの区分に従って概観するのが合目的的である。……三つの区分ごとに……諸史料と……諸研究との名を挙げておく。三区分のどこでも、個々のものが単に量的集合として現れるかそれとも形をなして現れるかとゲエテも言う区別は、はっきりさせてある。」(2 ss.) 以下 Einleitung は上記のⅠⅡⅢの説明にはいるが、例えばⅠ伝記の部分の着眼の細かさについて註28。

(33) p. 50. 続いて《……隣接諸講義との関係について：法史の中で民事法文献史におけると同じものが講せられることがよくある。一番境界がつけ易いのは時代で分っことで、そうすればローマ国における法の文献史はギリシャ国のそれまでも含めて法史に属することになり、本来の講義としての文献史はヨオロッパ中世および新しい時代を扱う。ヘルメノイティクは両方からの諸部分を含む。》(p. 53) 以上は前註で説明したⅢの部分。次に文献史の時代区分 (Zeiträume) が概観されるが、最新の時代を設けて曰く、《最新史：一方ではカント哲学およびこれにより育った人たちと共に、他方ではフランス革命と共に、とりわけドイツでは教え方が変化し、法史がヨリ入念に取扱われるに至った。新たに発見された諸史料はその原因というよりは結果であって、単に偶然といったものではない。最新なものの意義を担う人たちが言うように、時代の精神が喜々として語りだしている。特に、法状態を他の若干の、いや殆んどすべての事柄と同じ所まで高めるべき諸法典が登場している。》(p. 74 s.. 同旨 575)

(34) Viehweg, *Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie*, in : Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, Nachdruck der* Ausgabe 1819 (1971). III—XIII. 飜刻版の冒頭へ Fschr. Engisch 1969, 80—90 から転載されたもの。)

同版（第四版）の目次の大要を示し、序論の関係パラグラフを訳出しておく。

Einleitung (§§ 1—37)—Geschichte der Philosophie des positiven Rechts (§§ 7—28)—Nutzen der Ph. p. R (§§29—34).

Juristische Anthropologie (§§38—151)—I, Der Mensch als Thier (§§40—61) ; Ⅱ Der M. als vernünftiges Wesen (§§62—118) ; Ⅲ Der M. als Mitglied einer einzelen Verfassung (§§119—151).

Philosophische Prüfung des Privatrechts oder der Lehre vom Mein und Dein (§§152—375)—I. Lehre von den Personen ; Ⅱ L. v. d. Sachen ; Ⅲ L. v. d. Forderungen.

Anhang. Oeffentliches Recht (§§376—402).

§ 1. (実定法の哲学)《相互に対抗しあう諸力や諸見解の無数な組合せ Paare が共同して働くときに自然における何ものかや

一種の精神作用の中味となるのだが、哲学および実定法もまたそのような対抗の一つである。およそ哲学することが探求に、自立思考に、他人の指図からの独立に基くのに対して、およそ法学的なものは、学びとること、現に在るものへ己を服従させることを問題とする。両者の結合たる、実定法の哲学とは、概念による理性認識を、法 Rechtens たりうることについて、しかも主として本来的に法学的なものたる私法について行うことである。》

§3.《全哲学が純粋哲学と応用哲学とに分れ、前者が形而上学と言うように、法論の形而上学というものも存在するが、法学的なものを吟味しうるためには一群の経験命題が必要である。この神事人事の知識 divinarum atque humanarum rerum notitia は、人間の事柄に関するそれ自体としては非法学的な教えであって、あとからこの上に法学的なものが建てられるのだから、法学的人間学 Anthropologie と呼ぶ方が当を得ている。》

§4.《法史の、実定法の哲学に対する関係は、全歴史、経験の、単なる形而上学に非ざる哲学に対すると同じ。歴史は哲学の基準で判断 beurteilen されねばならず、その限りでロオマ法史は、著者が実定法の哲学に関する自身の講義を実際に始めるずっと前から、哲学的見解上の誤解に用心する機会を与えてくれた。他方、哲学はその例を今日の法からと同様に歴史からも取られねばならず、歴史は今日の法と同様に我々が次のようなことを信じかねるなんてことがないように注意してくれる。即ち、理性的な一民族のもとでは不正な命題でも何世紀も遡れば古代諸民族の最も教養あるものの間にさえもこれを見出しうるかもしれないのである。》

(35) 差当り、註22（広浜論文）、矢崎、法哲講座第四巻（一九五七）二三八頁註五。

(36) ランツベルク（Landsberg, Kant u. Hugo, Z. für Privat-u. öffentl. R. 28, 1901, 573）によれば「フウゴオのこの書は次のことを示さんとしたのだ：自然法を持出せば、何でも、自明なことと我慢しえぬことと、実に人間的なことと実に忌むべきことと、黒、白、灰色を、並存的にせよ対抗的にせよ、同時に主張し証明しうる。多妻制、奴隷制、拷問、アナルヒー、食人が輝しき論証のかたちで自然法の所与として述べられる。しかし、個人主義、厳密な所有権秩序、一夫一婦制、国家絶体主義もまた同様である。A posse ad esse non valet consequentia なる原則をこれ以上に切実に説きえようか、何がありうるかではなくて何が現にあるかを見よ。法は先験的理性認識ではなくて、歴史的経験のことがらである。そこに行ってそこから学べ」。

(37) 差当り、本文中に引用せる§6の初めの部分、註10のチボオの「完結せる自然法の体系」、註41。明治文化全集第八巻法律篇所収の性法略の冒頭にある「性法分系図」がこれに相当する。

(38) この解決としては、一般的にはエンチクロペディの「実定法に対する先験的良心義務」（本稿註25の§26）があるが、フウゴオの考方の核心は以下本文の「法学的人間学」の方にある（Viehweg, X）。

(39) 同旨§3. さらに Viehweg, XII.「フウゴオのいろいろな観点や原動力のすべてをさらに取巻いているものとしては、まだ安泰なロオマ法的伝統の意識があった。これは、まさに彼の法哲学、即ち所謂法学的人間学の真直中に決定的にこれを認めうる。ここで啓蒙の人間学的関心は古代の《神事および人事の知識》に結びつき、勿論カントの基本的立場には反して幸福 Eudämonismus を堅持している。」「幸福」につき差当り例えば矢崎・法哲学講座Ⅲ（一九五六）八〇頁、ホッブス・リヴァイアサン第一部第六章末尾の Felicity（水田・田中訳・河出・世界の大思想13四五頁の「至福」）。「幸福論」の古代的伝統につき三谷隆正全集第二巻。関係パラグラフとして：

§.38《それ自体としては法学的なものではないが法学的なことの基礎にあり、法の Wissenschaft における神事人事の知識 divinarum atque humanarum rerum notitia の内容をなす諸教説は、自然に三節に分れ、第一節は人間を動物として、第二節は理性的存在として、第三節は一民族の構成員として眺めるが、この三重の観点は、ロオマ人が、自然がすべての動物に教えた自然法 ius naturale quod natura omnia animalia docuit, 自然の理がすべての人々（法律と慣習に支配されるすべての国民）のもとで等しく作りし万民法 ius gentium quod naturalis ratio apud omnes homines (apud omnes populos, qui legibus et moribus reguntur, peraeque) constituit, 各国民が自分で自分のために作りし市民法 ius civile quod quisque populus ipse sibi constituit を相互に区別した観点にそっくり従うものである。ロオマの法学者たちがここに属する事柄について述べていることを取出すのは骨折り甲斐ある仕事である》

§39（幸福 Glückseligkeit との関係）《人間の幸福の中味は実に多様だから、ここで予め注意しておく必要があることだが、我々が以下の三節それぞれで幸福の概念を使うとき、それは実に重要でありながら、実に難しくもあるのだ…》

§ 116（理性的存在者の自由）《理性的存在者はその理性のみにより導かるべき限りでは必然的に自由である。…しかし感性界では身体とかくも多くの他人に依存してもいる。…§ 117（理性的存在者の平等）《人間はその限りですべて平等であるが、しかし相互に非常に違ってもいるし、各人も過去のまたは未来の自分自身と違っている。…》§ 118（理性的性質が幸福に及ぼす影響）《これが大した事はないのは動物的性質のそれと同様である。たとえば前者の場合の影響を知ることが、この場合吾人の意志への依存度が高いゆえ遙かに重要であろうとも。…》といった調子。

(40) §. 152 Ordnung der Lehren ≪或る一私法の個々の教説を順を追って叙述しようとする時、その順序は当該諸教説の実定的性質に依存するのであり、このことは、この性質がこれはこれで叙述順序の如何により被規定度を高められうるのと異らない。だからどんな実定法にも等しく具合のよい順序などというものはなく、一番教化されており我々が一番手本にしている実定法の順序がここでもまた優先を認められてよい。それ故、法源(*)に関するごく若干の規定以上に一般的な総則は不要である。≫(* Bacon, de augmentis scient. L 8, C 3, Juris-consulti autem…tamquam e vinculis sermocinantur が引用され、これをサヴィニィは≪使命≫24で流用する)

素材の配列は註34にも略示したようにインスティトゥティオネス式で、はしがき(Vorrede XIII)ではガイウス発見に言及している。参照・註27(「ュ帝法学提要に接近」)、29、33(「新たに発見された史料」)。上山・法社会史(一九六六年)一七九頁註一五。

なお、ここ≪哲学的吟味≫でも、≪法学的人間学の部でも、前記の幸福概念など最高原理による体系化が為されていないのは当時の無批判的な実定素材のアプリオリ化に対する批判にいわば忙殺されたためだといわれる(Hippel(註26)82：76 n. 69)。

(41) ランゾベルグ：「太古の法命題は我々を憤激させ非人間的とさえみえるも当時としては正しかったかもしれぬし〔§4.註34〕また、自明不可欠と思える吾人の国家・法生活上の諸制度もこれを絶対的な理想尺度で測るならなお不充分たりうることをフウゴオは自然法的観察で証明する。我々はカントが「決定的」法と呼ぶところには実に程遠く、古代法史上の諸民族と同様に吾人もまた「暫定的」法に甘んぜざるをえないだろう。およそ他人に迷惑をかけぬような唯一の法状態などというものはありえない…。だから、吾人が吾人の法を維持し基礎づけんとすれば、吾人の法律はおよそ「決定的」なものとしては正当化されぬ以上、吾人の「暫定的」な状態に常に関係づけることを要する。そういう意味で、単に「暫定的」な法状態として、その時々に何らかの仕方で通用しているものはすべて、原則として正当化されうるのである」(Ⅲ, 2, 21)「所有権批判と同時に、フウゴオの素質たる経験主義(Landsberg, 31)が抬頭する≪所与の状態では…主要なことは、人々が慣れてしまっているということである。一面において、およそ人間は自分の慣れきった制度や私法に愛着をもつもので、実際、一つの状態におけると殆んど同様な結果が他にも見出されること屢々ですらある≫≪この不完全状態を正当化する唯一事は、現状が、習慣がそれに賛成しているということである。〔§91〕≫(23)

用語法につき Hippel：「フウゴオはカントと共に(原註 Naturrecht 3. A. (1809) §125) 決定的 peremptorisch な法状

態と暫定的 provisorisch な法状態との区別から出発するが、私の見方が正しければ、この両表現を少し違った意味に使っている。その意味は、カントでは（彼は、実際には、純粋な理性法典 Vernunftkodex〔註37〕という理念に広く固執するから）差当りは、もっと形成的＝法的な相違を指す。即ち、個人が社会組織なき時には自力で（その限りで provisorisch）、但し既に内在的理性諸原理にしたがって獲得し、主張する諸権利は、結合完了後は社会によって彼のために確認され、保障されるべし（peremptorisch）と（原註 Metaph. Anfangsgr. d. Rechtsl. insbes. §§ 9, 15, 44）。これに対してフウゴオではかの表現が直接に指すのは、人間社会生活のいろいろな発展段階で遵守さるべき実質法自体に相違があるということである。しかも、決定的状態の理論は、見受ける所、真存在に達した人間にふさわしくまた法義務たるような法状態を叙述するものなるに対して、暫定状態論での問題は、純化されていない人間、および、この状態で相互に一回的に課しあい忍びあう歴史的法律、である。だから暫定状態では、かの決定的状態でならば不正たるような秩序づけ方が、正しくありうる。人の窮極的法目的を問うことと、およそ歴史的社会でその都度義務たる日々の仕事を問うこととは、だから、はじめから法理論的に区別さるべきものである」（83）「この意味でフウゴオでは議論が進むうちに暫定的なものが、およそ恒久的なものを今にも呑みこんでしまいかねない。」（87～88）かくてフリイスは、かつてあのように哲学的に孤立してたフウゴオを励したのに（既掲磯村・序説(二)）今や≪フウゴオはどんな法義務でも一方的に実定法のそれだと決めてしまった≫と非難するに至った（89 n. 113）。