



Title	サヴィニーの国際私法理論（1） 一殊にその国際法的共同体の観念についてー
Author(s)	櫻田, 嘉章; SAKURADA, Yoshiaki
Citation	北大法学論集, 33(3), 1-82
Issue Date	1982-12-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16401
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(3)_p1-82.pdf



サヴィニーの国際私法理論（二）

——殊にその国際法的共同体の觀念について——

櫻 田 嘉 章

はじめに

- 一 近時の国際私法をめぐるサヴィニー論と国際法的共同体の觀念
- 二 サヴィニーの一般法理論（以上本号）
- 三 サヴィニーの国際私法理論
- 四 国際法的共同体の觀念
- 五 総括

はじめに

かつて筆者がふれたように、⁽¹⁾国際私法の現代における状況は、伝統的国際私法の体系・方法の再評価、更に進んで新しい体系の樹立に向けての多くの模索にゆれ動いているのであるが、ヨーロッパ大陸法の中にあつては、いわゆる古典的国際私法の現代的状況への適応能力が常に問題とされている。勿論、法は、その時代の要請の中で、一定の政策的価値の実現の為に、あるいは制定法の形で、あるいは具体的規範の実現段階で生成発展するのであるから、従来不完全な制定法に依拠して運用されてきた国際私法において、その各論的諸部分が必ずしも現状に充分に対応しうるとは限らない。その点にこそ学説を中心とする法曹の努力があり、その有効な規範力の確保を担保してきたといふ根拠が存在するのであるが、従来は少なくとも基本的な国際私法の構造・方法については一定の合意が存在していたといつても過言ではない。ところが最近の状況はこのような国際私法の基本的構成自体が批判並びに検討の対象とされ、従つてその存立の基礎自体がおびやかされ、侵蝕されうるかにみえる点にその特色がある。ここに、国際私法の「危機」といふ「革命」といわれる事態が認められ、その点をめぐつて活発な論争が展開されることになつたのである。従つて必然的にそのいわば新派と旧派の攻防の焦点は、いわゆる古典的国際私法の基本的な考え方、即ち法的安定性が具体的妥当性か、固定的連結点によるべきかケース・バイ・ケースに処理すべきか、国際的判決調和を指導理念とすべきか否か、国際私法の上位性をいかに解すべきか等々に及び、ひいては種々の修正の上にも現代のこのような国際私法の構成を招来した、いわば現代国際私法の原型にまで及んでいる。周知のようにこのような意味での大陸法における現代国際私法の創始者としてはサヴィニーがあげられるのが通例であり、近時のヨーロッパ大陸国際私法の論稿は多くサヴィニーの評

価をめぐって発表されることとなったのである。

我國の現代國際私法は、現実に対応しえなくなった制定法の早急な改正は当然のこととしても、一般的な現代の學問水準に対応しうる再検討を必要としているのであるが、その前提として論争の対象たる古典的國際私法が何か、ひいてはその原型としてのサヴィニーの國際私法理論がいかなるものであったかを知ることが要請される。それは現在の論争において共通の基盤を確立すると共に、現代國際私法自体の本質を認識し、ひいては、將來の國際私法像の形成に資すべきものである。その意味で、自己の独自の主張の為に恣意的なサヴィニー解釈を押しつけることを排し、極力歴史への読み込みを避けた研究が今や緊要であらう。後述するようにかような問題意識から本稿は出発しているのである。

さてサヴィニーの國際私法理論の検討に先立って、まず以下の論述の順序とその理由にふれておくのが便宜であらう。私の前稿でふれたように、最近の國際私法の状況が必然的にサヴィニーの國際私法の研究を要請するのであるが、それと相まって従来の、いわゆる法規分類學派の克服者、現代國際私法の創始者としてのサヴィニー観は、近時のサヴィニー研究において若干の変容を余儀なくさせられている。そこで、サヴィニー自身を検討するに先立ち、これらの新しいサヴィニー論のうちで注目すべきものをまず紹介し、一体何が問題とされるべきか、そしてここで筆者が何故國際法的共同體の觀念をとり上げたのかという点をまず述べ、必要があれば、(一)。次いで、サヴィニーの國際私法理論の特徴を勘案して、必要な限りで彼の一般法理論の概観を行い、國際私法理論の検討の予備作業とする(二)。その後、愈々彼の國際私法理論の紹介と検討を行うのであるが、ここでは従来のサヴィニー研究の状況に鑑み必ずしも國際法的共同體のみではなくて、その全体像を、極力彼の叙述の流れに従ってフォローすることに意を用いた。しかし各論の部分は、その方法論と深くかかわるので、別稿に譲り、ただ國際法的共同體に関わる部分だけを特にとり上げることとした(三)。最後に國際法的共同體の意義・根拠に関わる諸点を検討し(四)、しめくくりとして、本稿の総括を論じる(五)。

以上が論述の順序である。⁽²⁾

論

(1) 「国際私法の危機」とサヴィニー⁽¹⁾・国際法外交雑誌七九卷二号一三三頁以下。

(2) 尚本稿は筆者の滞独中の執筆になるものであり、我国における多くの論稿をほとんど参照しえなかったという瑕疵を含む。

この点はいずれ補充・訂正の機会を得て改めたいと思っているので、とりあえずの御海容をお願いする次第である。

一 近時の国際私法をめぐるサヴィニー論と国際法的共同体の概念

(1) サヴィニーの国際私法については、既に多くの優れた内外の研究が存在し、今更筆者が敢えて拙い手を染める余地はないようにも思われる。⁽¹⁾しかし、極めて多くの研究の存在するサヴィニーの法学一般に関する分野においても、いくつかの定説をめぐって未だに議論が絶えず、また完結した伝記も存在しないと指摘される状況においては、⁽²⁾更に多くの研究の集積が期待され、国際私法においてもそのインパクトを免れない。⁽³⁾殊にサヴィニーの国際私法は、現在尚彼の権威が力を保有している数少ない分野の一つであり、⁽⁴⁾従来必ずしも一般的サヴィニー研究の成果が充分に顧慮されていなかったと思われるだけに、多くの未開拓の研究が可能と思われる。最近の若干のサヴィニーの国際私法研究は、あるいは国際私法の危機という状況に触発され、あるいは一般研究の成果をとり入れて、従来の定説に挑んでいる。そこで、まずこれらの新しい研究の概要を紹介しよう。

(2) 既に発表した現代国際私法の「危機」の問題性に関する前出の論文中で示唆したように、いわゆる「ヌーベル・パーク」は多くフォーゲルの国際行政法に関する大著を理論的基礎として、殊にサヴィニーにおける国際私法の非国家化の批判の上に、自らの新しい主張を展開することが少なくなかった。そのようなサヴィニー学説の機能喪失を論じる

者には、既にイエルゲスがいたのであるが、更にこのような傾向を徹底して志向するのが、オランダにおける諸学説、とりわけイエスルン・ドリペイラ (H. U. Jesurun d'Oliveira) である。現代不法行為法に端を発する伝統的國際私法の機能不全の状況、サヴィニー学説の紹介の後に、彼は、サヴィニー学説を根本的に批判しようとした。⁽⁵⁾ 即ち、彼によれば、唯一の目的として人の自律の展開を認め、政治・經濟を排除した法理解を基礎として成立するサヴィニーの牴触法は、今日では以下の理由からもはや維持できないのである。(一) 国家と社会の峻別はもはや存続しておらず、自律的な人の活動範圍の形式的表明としての私法は現実に合致していない。現代の国家はその固有の目的の追求により私法的關係を形成しようとし、サヴィニーの考えるような自制を行わない。道徳・倫理の基礎としての *Corpus iuris* も、サヴィニーの予想する法とはいえなくなっており、サヴィニーの法理解はもはや歴史の意味しか有さず、彼の國際私法も、生きた法化石 (*rechtsfossil*) と化したのである。⁽⁶⁾ (二) サヴィニーの法典ぎらいは國際私法においてなお残存している。学説と判例は、法創造の機能を保持することに腐心し、エッサーの言の示すように、國際私法は、「純身分的技能 (*reine Standeskunst*)」の分野にとどまっているのである。⁽⁷⁾ (三) 私法規定の目的の無視は、サヴィニーにおいては、中立的・間接的連結モデルと関連する。最近では法実証主義の産物としての、法の変更性、法規の人為的創造という考え方が、一九世紀末以来目的論的思考を立法・実務において前面に押し出してきている。このような思考はサヴィニーの法律關係の連結のドグマー体系的基礎とは相容れないのであって、サヴィニー自身も、立法者の目的を問題とする絶対法規の形で原則の例外を認める際にこの事実を認めていたのであるが、今日の國際私法においては、この例外が原則となり、權利關係の本拠より客観的な法の目的・効果が注目されている。サヴィニーがこの法の属地的効力を正当に評価していたといえるのかは問題であるが、フォーゲルのいうように、属地性の概念は多義的で、法の妥当性の領土内への制限は、主権觀念の必然的結果であるわけではなく、法發展の合理化・技術化が、ア・プリオリな主権觀念の転化をもた

説
らしたのである。(8) サヴィニーにとっては、牴触法規は各法制度にはその自然な本拠があるという原則の技術的形態に他ならないのであって、相続法にこれを適用している。相続は、死者の力と意思の人為的拡張であり、死亡時の住所地の法により判断され、財産所在地によることは技術的に不可能である、というのがサヴィニーの見解であるが、財産所在地法によらしめることは不可能というよりサヴィニーにとって「不自然」であるにすぎない。しかし、(1) 相続法の

「性質」はその人為性 (*kunstmatig*)、即ち遺産に対する被相続人の意思の力、にみとめられる、(2) 無遺言相続も、推定的意思の表現である、というが、歴史的にみて遺言は無遺言相続の侵害として禁じられていたのであって、無遺言相続は決して死者の意思を表わすものとは考えられていなかったのであるし、また、サヴィニーがローマ法の包括承継を実定法の発展により実現さるべき目標として掲げている点も、現実的ではない。更に、仮に被相続人の人格を中心にして、国籍を連結点とすることも考えられるし、被相続人が自らの財産の帰属を自由に定めうるといふ点からは、債権の連結点もありうるのである。しかしサヴィニーは、相続が人法と密接に結合しているという伝来的觀念を捨て切れなかつたのであろう。かくて相続の例に示されるように、サヴィニーは、私法制度の機能変化を視野に入れていなかったのであり、予め完結した全体的法発展を予定しており、更にその本拠の画定も首尾一貫性を欠き説得力に乏しいのであって、結局私法法律関係に本拠を定めるに際しての儀典指揮者 (*Oppferemonienester*) としてのサヴィニーは引退すべきなのである。(9)

(3) ここには、「国際私法の危機」がその影を色濃く落としているのであるが、このような、サヴィニーが牴触法を「非政治化し、国家と社会を分離し、企業家階層の利益のために、国家は、特に創出された私法には関係を持つべきではない」という前理解を基礎としている」という主張は、当然のことながら批判を浴びる。シュトルム (*Fritz Sturm*) はいう。「サヴィニーの学問体系に崩壊に瀕した廢墟のみを見出す者は、そのマイスターの方針が実務上役に立たない

という詳細な実態分析を何はともあれ行うべきであろう。更にそれ以上である。破壊だけを約し、何ら建設の計画を示さぬ者は、専ら破壊的批判にいそしみ、つまるところは価値のない批判を行う者である。「合衆国におけるサヴィニーの古典學說批判は、新しい時代の幕開けを意味しているのだろうか。」「第二の轉換か、サヴィニーは、彼自身がその先達等に与えた運命をたどろうとしているのだろうか。この疑問によって、我々は、第二の問題の只中に身を置くこととなる。即ち、サヴィニーは、真に偉大な革新者であったのであろうか。」⁽¹⁰⁾かくてシュトルムは、従来のサヴィニー理解について、(1)サヴィニー學說は、今尚従前の力を保持しているのか、(2)ノイハウスのいうコペルニクスの転回という理解は正当か、むしろそれまでの伝統の総括、発展の締めくくりにすぎないのか、(3)國際私法學がサヴィニーに負うものは何か、法律關係に対する法規の支配の場所的限界は何を我々に示しているのか、という疑問を提示することから、その論述を始めている。尤も、彼のこの論文自体は以上の疑問についての解答としては、必ずしも充分に説得的でないように思われるが、彼の指摘する諸点も一顧に値する。即ち、サヴィニーの第八卷は充分な準備期間をもっておらず、しかもそれまで彼にあっては充分な國際私法研究がなされていたとはみとめ難く、論述の基礎としての主要文献も一八四〇年代が中心となつてゐること、条例理論を最初に打破したとされるヴェヒターがそもそも条例理論内部における變遷に従つたにすぎず、サヴィニーの業績も多くはヴェヒターに負つてゐること、ヴェヒターと意見を異にする点も、大旨は何らかの先行する諸理論に負つてゐることを各論的に明らかにしようとしてゐる。具体的論述は省略するが、彼がヴェヒターと比べた場合のサヴィニーの業績とするのは、(1)法廷地法によらずに、個別法律關係を対象としてその法的性質と場所的確定を基準として問題を解決しようとした点で、抵觸法の非政治化・國際化を果たした点、(2)判決調和の原則、(3)外國法適用の根拠をコミタスに求めずに、内外人平等の実現に努力し、諸國の相互の接近・調整・理解の爲の努力に求め、それを國際法的共同体により根拠づけようとしたこと、である。しかしながら彼によれば個別的法律

關係を対象とする点は、既にミッターマイアー、シェフナーにみとめられ、判決調和の原則も既に中世に表明されていたのであり、さらに民族家族や共通の法意識の思想は、彼以外においては功利性の考慮によっておおわれていたにすぎないのであって、結局、サヴィニー自身の独創になるものは極めて乏しいものである。⁽¹¹⁾従って、サヴィニー自身の業績は、皮肉にも伝統と伝来的理論に深く根ざした彼の考え方にあるのであって、彼のバランスのとれた判断や高度の歴史研究、個人的影響力に基づき、そこに完成された過去の集大成としての学説が、或いは法典化の基礎とされ、学説・実務に採用され、現代の国際私法に大きな影響を与えたのである、混乱の時代に法と正義を守るのは、サヴィニーの如き権威の力である、とシュトルムは結んでいる。⁽¹²⁾このような、サヴィニー学説を国際私法の危機から出発して時代の背景の中で歴史的に把えようとするのは、シュトルムのみではない。

(4) 我国においても、この点についての多喜助教授の研究が最近発表されたことは周知のことであるが、ドイツにおいてサヴィニーにおける画期的法転換を否定し、伝統との継続性を強調する者にエゴン・ローレンツ (Egon Lorenz) ⁽¹⁴⁾がある。彼は最近の牴触法における諸潮流を分析した後に、ドイツにおける新しい体系の志向の基礎として往々引用されるフォーゲルの主張、即ちサヴィニーが条例理論とは異なる新しい社会モデルの上に国際私法の体系を展開し、私法の前国家性を根拠として、法律から出発するのではなく法律関係の本拠を問ういわゆるコペルニクスの転回を可能としたのである、という見解を、⁽¹⁵⁾彼の従来の歴史研究を背景に批判する。即ちローレンツによれば法廷地法主義の克服により *Statuta non ligant nisi subditos* が承認され、更に普通法上の特別裁判籍によりながら、それをこえた全面的牴触規定が展開されるに至った。条例理論は従って、「(大雑把にいえば) 一九世紀以前に支配した、全面的牴触規範に基づく国際私法の「総論」を含んで」おり、「いわゆる「各論」の(全面的)牴触規範による送致を「吟味」したのである、これが現代の「総論」に相当にうけつがれたのである、⁽¹⁶⁾という。これは実質法の検討から始めた条例理論と一見矛盾する

が、これは従来の全面的抵觸法により指定された準拠法を問題としたことに因るのであって、實質的には今日の総論の諸問題の検討に相当していたこと、総論の諸手段を未だ持たないが故に迂路をとっていたことに由来する、というのである。そしてこれをバルトルス、ハート、バルドゥスについて実証し、問題は「これらの規範の適用範囲を独自に相互に画定したのではなくて——そのように現代的に約言すれば——その連結対象を準拠法によって、しかも往々実に冒險的な解釈技術に基づいて性質決定した」(ジーア Stohr) 点にすぎない旨指摘する。⁽¹⁸⁾ かくてサヴィニーの業績の獨創性⁽¹⁹⁾がここでも根本的に再評価を要請するに至る。即ちサヴィニーは、実際に「全体的方法論的革新 (Umschwung)」を行ったのであるか。まず第一に、サヴィニーの抵觸法の基礎をなすのは諸国に存在する外国法の正当な適用の原則であるが、これは例えばダルジャントレに既に認められるのであって、その後のコミタス思想により変容を蒙ったものの、外国法の平等な適用は何時の時代にも(条例理論においても)肯定されていたのである。従ってサヴィニーがその基礎とした國際法的共同体も、それが法的義務を基礎付けるのでない限り、何ら全くの革新とはいえない。⁽²⁰⁾ 次に彼の國際法的共同体の觀念とその実現としての全面的抵觸法に基づく法律関係の本拠による準拠法の決定という著名な方法も同様である。法律関係を抵觸法的指定の対象とする考え方は既に一三、一四世紀の全面的抵觸法に認められ、連結根拠としての服従の觀念も中世後期に遡源しうるのである。⁽²¹⁾ サヴィニーも、その構造・内容上伝統的抵觸法に一致する全面的抵觸法の構想を、(昔の諸学者同様)特別裁判籍に依拠させたのであって、これら全ての事情が、サヴィニーがそれまでの多くの主張に言及している由縁を説明しているのである。⁽²²⁾ 更にサヴィニーも条例理論同様に充分な抵觸法総論を有していなかったのであって、國際法的共同体の例外として、条例理論的方法、即ち、全面的抵觸法に従った準拠法のコントロールの方法に頼らざるをえなかったのである。⁽²³⁾ かくてサヴィニーは、条例理論の評価において慎重であり、ヴェヒターに従って、単にその非実用性を指摘するにとどまる。⁽²⁴⁾ 結局サヴィニーの果たした役割は次のようなものである。ロ

ーレンツによれば、歴史的には牴触法の方法論的可能性は、全面的牴触規定と条例理論的構成の二つに限られるのであり、一般的に前者は自由の時代に、後者はナショナルリストイックな時代に出現する。サヴィニーは、後者の行き詰った時代に現われたのであって、常に存在した前者の方法を前面に持ち出し、そのためにこそ国際法的共同体と、その上に立つ「本拠原則」を提唱したのであった。そこで国際法的共同体の觀念に争いはあっても、彼の方法と牴触法自体の機能に疑いはなかったのである。⁽²⁵⁾このように理解してこそ、彼の意図とかわりなく、彼の双方的牴触法と条例理論的方法の排除による国際私法の非国家化・非政治化——更に国際化——が成立した由縁を把握することが可能なのであり、また「本拠原則」の由来が明らかとなる。⁽²⁶⁾このようなサヴィニーの体系に関する評価に続いて、ローレンツは、更に古典的国際私法のサヴィニーの体系への依存性についてふれる。これを要約すれば、第一に、サヴィニー自身は、国際私法の非政治化の意識がなく、私法の国家性をも認めていたのであって、「可能な限り自由に、必要な限り政治的に（國家的に）」という点にその構想の特徴が要約される。全面的牴触法は中世に存在したのであって、国際法的共同体の觀念を必要としないが、サヴィニーは、彼の牴触法の他国による継受を可能とする為に、この觀念を必要としたのである。しかし、実際には彼のこの意図は成功しなかったのであり、また国際法的共同体もその構想の必然的基礎とはいえなかったのである。従つて彼の構想は十分な基礎を有していない、といつてよい。サヴィニーは、既に存在した素材の中に、実用に耐えうる牴触法の方法としての全面的牴触法を見出したのであって、そこから本拠原則の定式を構成したにすぎない。そしてこの「本拠」も、単に各法律關係に「最も密接な（實質的に最も説得力のある）法域への法律關係の結合」を意味するにすぎない。この本拠原則も、一九世紀に定式化されたものではあるが、本来既存の全面的牴触規定の方法的エッセンスであり、一九世紀の諸關係には何ら依存しないのである。⁽²⁷⁾このようにしてローレンツは、サヴィニーの体系とその現代との關係を論じること、その今日における妥当性を検討し、国際法的共同体に代えて平等原則を国際私法の基

礎とすることから、伝来的国際私法の継続的發展を保障しようとするのである。⁽²⁸⁾

(5) しかしながら、サヴィニーを歴史的脈絡の中で把握しようとする試みは、当然のことながらその前提としてサヴィニーの理論自体の正確な理解を予定している。ブーフアー (Buecher) は以上のようなサヴィニー研究の方法自体を問題とし、国際私法の方法論に焦点をあてながら、自説の展開に先立って、従来の国際私法の基礎を形成している法理解、殊に近時の争点をなしているサヴィニーの国際私法をまず検討しようとする。⁽²⁹⁾ その際に彼のとる基本的立場は、周知のフォーゲルのテーゼ (私法の非国家化をサヴィニーに帰す) に関する彼の言辞に如実に認めうるであらう。即ち、「それによって提示された諸問題の検討に際しては、サヴィニーの後継者達によって初めて与えられた解釈の像を吟味することなくサヴィニーの理論へもちこみ、そして法の体系的に明瞭な貫徹を最も重視する一人の人の思考の中に矛盾を見出しうると信ずるようなことのないように当然ながら心がけねばならない。」⁽³⁰⁾ 従って、今日の古典的学説上自明の法律関係から出発する方法の創始をサヴィニーに帰すと共に、そこからサヴィニーの抵觸法を批判しようとしたフォーゲル達のテーゼ⁽³¹⁾を検討する必要からも、そこで参照されたサヴィニーの法生成論及びその私法モデルの把握が第一に企てられる。それはまた「サヴィニーの法生成論が、彼の国際私法理論に再現されるのは当然である」⁽³²⁾ ことからも正当化される。かくてブーフアーは、既存のサヴィニーの法理論に関する研究を参酌しながら、彼の実定法生成論、一般的法理解、殊に国家―法―法目的の關係について論じた後に、サヴィニーの国際私法をその全体系との關係で明らかにしようとする。それによれば⁽³³⁾(1)フォーゲルの主張はサヴィニーの構想にも、実際の市民社会にも対応していないのである、殊に私法の前国家性は、単に個人意思の独立の(従って目的のない)支配領域たる権利のみを問題としているサヴィニーの法の「独自性」の觀念の不当な拡張である。むしろ法と国家の分離は別の形でサヴィニーの体系の中で認められている。即ち、純法領域においては、法の機能は個人の自由の範囲の限界を定めることに尽きるものであって、個人自

体を目的とするのであるから、他の目的、殊に国家政策的なそれは排除されている。ここに彼の牴触法の方法論上の基礎がある。つまり「純粹の法」は単なる粹秩序であつて、法律の目的は、独立の、しかし倫理原則と同一性を有するが故に統一的な、存在であり、従つて法が同一の目標を掲げ、法律関係の固有の性質が同一であることから、その「自由な取り扱い」を可能とするのである。しかもこれは各国がサヴィニーの形式的方法を採用することが可能であるということと共に、実定法の実体からみても各国で当然承認さるべき帰結である。(2)人間に内在する倫理的な規定の実現は、各国に異なる牴触法が存在すれば妨げられるが、これは稀であることから国際法共同体の觀念が認められる。これは、法律関係の純法領域における統一的性質への実定法的対応物であり、ここから法律関係の固有の性質を問題にするのは、各法律関係についてそれを法の中に求め、地域化することとなる。牴触法の不存在と純法領域からの法律関係の存在という前提条件が、いわゆる形式的原則の内容上の基礎をなす。(3)サヴィニーは、準拠法確定に当り法律内容を基礎としたのであつて、法規分類学派の方法と対立するものではない。サヴィニーがそれを批判したのはその不完全性、多義性という実用性に対する疑問、法律関係の個別的取り扱いが不可能であることにある。サヴィニーの本来の功績は体系に即した精緻化であるが、それは、彼の法理解から生ずる諸条件と合致しているのである。(4)法秩序は、哲学的・体系的に理解され、その倫理的内容は法外のものであつて、法規の機能はその実現に必須の体系を創出することに尽きる。従つて倫理の人的力の実現の場としての法律関係の性質・目的は法外のものとして実定法から峻別され、実定法の目的は、人間の性質の倫理的規定ということに尽きるので、相異なる客観的法に一定の統一性が認められる。法律関係と法規の結合関係については、法律関係の制度的機能とそれに対応する客観的規範を採せば足り、その機能の価値・倫理的側面に立ち入る必要がない。この点で法規分類学派に存在しなかつた全牴触法を貫徹する考え方がサヴィニーによつて創出されたのである。(5)サヴィニー以降においていわゆるパンデクテン法学の隆盛がその後のドイツ法学を支配す

るのであるが、サヴィニー自身の中に既にその端緒が認められる。彼の理論においては現実よりも理論・体系に重点があり、法律関係の性質の探究においても形式的・構成的側面が強い。⁽³⁵⁾ 純法領域の存在の内的根拠を明らかにしえないので、例外法の限界も明らかでない。そこで抵觸法における例外法も広くみとめられているのであるが、各論においては、法律内容に基づく統一的連結規定の形成への端緒が認められる場合にも、その承認を極力制限し、体系を維持しようとしている、という。

(6) かくして以上のようなサヴィニーの國際私法をめぐる最近の諸論議の概観からは、それがいわゆる國際私法の危機と（直接・間接に）密接な関係を有することが窺われるであろう。従つてその共通の関心は、多かれ少なかれ自らの國際私法体系を展開する為の基礎として、サヴィニーの現代法学に占める位置を明らかにするという問題意識に支えられている。翻つては、そもそもサヴィニーの國際私法にオリジナリティを認めるべきか、いかなる点にそれを認めるべきかが論じられる。しかしながらそのアプローチの仕方は一様ではなく、単にそのよつて立つ方法論（法社会学、歴史学、法政策的な）の相違に止まらず、サヴィニーの学説に対する自己の基本的態度に影響されて、サヴィニー理論の現代に占める位置・機能を対象とするのか、当時の時代的背景の中で把えようとするのか、あるいは更にサヴィニーの体系自体の内的展開を中心にすえるのか、が問題とされている。またその検討の内容についても、サヴィニー学説のいづくに着眼すべきかという点における一致が必ずしも認められない。それにもかかわらず、従来のサヴィニーの國際私法研究の重点は、第一にその法的方法論の画期的意義（法的モデルの意義・内容を含めて）、第二にその方法論の内容（法律関係からの出発、本拠原則）、第三にその基礎をなす諸觀念（殊に國際的判決調和、内外人（法）平等、國際法的共同体等）、第四に各論的個別的結論に集約されるのであり、これは後述のようなサヴィニーの國際私法理論の構造ならびに特徴に由来すると共に、サヴィニー学説の現代國際私法への影響、即ち逆にいえば現代國際私法からみたサ

ヴィニー国際私法に対する関心の在りかを反映するものである。

(7) さて、それでは以下において、我々はどうのようにしてサヴィニーの国際私法に迫るべきであろうか。既に述べたように本稿も基本的には、現代国際私法の「危機」に触発されたものであり、当然のことながらそこに提示された諸問題の解決を念頭におくものである。しかしながら、その前提として、まず出発点であるサヴィニー学説の検討にとりかかった以上、その基本に忠実に、即ち、全ての議論の前提として措定されているサヴィニーの国際私法をその在るがままの形で、換言すれば、歴史的存在として捉え、そこに極力主観的な読み込み、自己の理解にひきつけた歴史研究を排する努力が必要であろう。殊に、前述のサヴィニー研究の動向が示すように、サヴィニーの国際私法をその当時の形において、その時代的連関の中で捉えようとする傾向の強い今日、更にその成果をもって現代国際私法への一定のインパクトを意図しようとする時代の中においては、それらの正当な評価のためにも、ア・プリオリな予断を排すべきこと、特に従来のサヴィニー研究の成果は尊重しながらも、研究の現状からみて充分な検討を経ることなく不用意に固定された一連のサヴィニー国際私法に関するドグマにとらわれることなく、今一度サヴィニー自身の措定した国際私法に立ち還って、それ自体を素材にまずその意義・機能を捉え直すこと、が要請されるのである。従って以下においては、筆者はまず、全ての分析・比較検討の対象であり出発点である素材自体、即ちサヴィニーの国際私法を彼自身の法理論・体系の中で極力忠実に捉えることに力をそそぎ、その素材の外的由縁、即ち当時の歴史的・社会的条件におけるその意義の検討は（社会モデル、歴史的意義、殊にヘルマノイティシユな検討は）尚後日に留保することにした。紙幅ならびに筆者の研究の進捗からこのような自制が要請されるのである。

そうはいうものの未だ残るのは、その内容的側面である。即ち、サヴィニーの国際私法理論は、前述のように若干の問題群において論じられてきたのであるが、既に概観したところからも明らかのように、何よりもコペルニクスの転回

と称されたその方法、内外法平等、それを可能とした私法モデルにその検討の多くが集中しており、それ以外の部分は副次的意味しか与えられていないように思われる。たしかに現代の国際私法を深く把え直そうと志す者にとって、サヴィニーの方法論をいかに把え、いかに評価するかは、極めて重要な課題であるといわねばならない。しかしながらこの方法論は、後述のようにサヴィニーの体系内にあつて孤立して存在するものではなく、むしろサヴィニーにあつてはそれを支える諸観念を前提として、一定の政策的要請の帰結として主張されているのであり、そのみを重視するのは、サヴィニーの本来の意図を正当に評価することにつながらない。従つてここにおいては、従来ともすると不十分な評価しか与えられていなかった、しかも後述のようにその評価の内容において一致の乏しい、サヴィニー国際私法の今一方の基礎たる国際法的共同体の観念に焦点をあてることもあながち不当ではあるまい。蓋し筆者の本来期すサヴィニーの国際私法理論の全体像の解明の部分作業として、従来の研究の欠落部分をとりあえずまず補うことが、その観念の重要性に鑑み緊要であると思われるからである。この観念を特にとり上げる実質的根拠については後にふれるであろう。

さて以上の如き目的に鑑み、我々は次にサヴィニーの法の一般理論を検討しなければならぬ。その理由は次章以下の叙述の中で示されるはずである。⁽³⁶⁾

(1) 我国における研究については、さしあたり多喜寛『近代国際私法の形成と展開』(昭五四)第一部第一章ならびに同書四七頁註一所掲の文献参照。

(2) Helmut Coing, Savigny und die deutsche Privatrechtsgeschichte, in: Jus Commune Bd. VII (1979) S. 9.

(3) 尚、最近までの主要なサヴィニー研究に関する文献解題としては、Klaus Luig/Barbara Dölemeyer, Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779—1861), Quaderni Fiorentini N°8(1979), 501—559, がある。従来の錯綜した研究状況の概観ができるであらう。

- (4) Vgl. Helmut Coing, Friedrich Karl von Savigny (1779—1861), JuS 1979, 89.
- (5) H. U. Jessurun d'Oliveira, De ruïne van een paradigma: de konfliktregel, Deventer, 1976. 尚書評として、FamRZ 1977, 759 (B. Schulte u. P. Trenk-Hinterberger); NILR 24 (1977), 605—607 (A. E. von Overbeck) 等がある。
- (6) A. a. O. S. 11.
- (7) Ebenda.
- (8) A. a. O. S. 11f.
- (9) A. a. O. S. 13f.
- (10) Fritz Sturm, Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit, in: Jus Commune Bd. VIII (1979) S. 92—95.
- (11) A. a. O. S. 106ff.
- (12) A. a. O. S. 108f.
- (13) 注(1)参照。尚その書評として、拙稿・民商八三卷三号一五四頁以下をみられたい。
- (14) Egon Lorenz, Zur Struktur des internationalen Privatrechts, Ein Beitrag zur Reformdiskussion, Berlin 1977. 書評として、Kropholler, RabelsZ 41 (1977), 790—795; Siehr, Z. f. Vergl. Rw. 77 (1978), 234—236; Joerges, AcP 178 (1978), 572—578.
- (15) A. a. O. S. 21—24.
- (16) A. a. O. S. 26—29. lex fori の中世による克服、特別裁判籍の機能、当事者自治 (bes. S. 27 Fn. 10) にも与えられる。
- (17) A. a. O. S. 30—40. バルトルスは、一、スタチエートが non subditi に及ぶか、二、スタチエートが extra territorium に働くか、という問題に答える形で彼の論述を進めている (概略については、ローレンツもその論述の基礎としている、Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1977, S. 77f. を参照されたい)。第一問は、Statuta non ligant nisi subditos による絶対的法定地法主義克服に由来し、契約・不法行為・遺言・物について各々解決が提示される。第二問については、バルトルスは、スタチエートの分類により、禁止規定と許容規定、前者は方式・物・人に関する規定が、人については有利なものとして不利なものに区分し、後者も更に細分することで結果を定めている。著名な quaestio anglica についてみよう。英国法は当時長子相続のみを認めており、その部分相続を基礎とする普通法と異なっていたことから、両者の抵触が生じた。バルトルスは bona dece-

dentium veniant in primogenium なる lex situs に primogenitus succedat とされており、かつ長子が英国人なら、長子は英国所在の土地のみを相続し、伊所在のものは普通法によるとし、その理由として、第一に、英国スタチュートは長子以外の相続権を排除するが故に不利な規定であつて、それ故伊で適用できない、第二に、英国スタチュートは長子以外の相続権を排除すること、長子相続権の障害を除去するという意味では許容的スタチュートであり、その結果伊法を排除しえないからであるという。この点に加えられたガミルシュエクの批判（ハートについては、ガミルシュエクのみならずヘルマンも同様の批判を加えている vgl. Lorenz, a. a. O. S. 35; Günter Herrmann, *Johan Nikolaus Hert und die deutsche Staatenlehre*, Berlin 1963, S. 100ff.）即ち、条例理論家は、「内容的には正にそのスタチュートを探し、当該法律関係に対して求めようとしているにもかかわらず、そのスタチュートの適用範囲を往々尋ねているのである」これは非論理的な立論の誤りである（まず英国法を適用する根拠が必要で、英国法の性質から抵触法を構成することはできない）という批判（Franz Gamlische, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin/Tübingen 1955, S. 74ff.）に対して（尚ガミルシュエクは、この疑問を条例理論全体に敷衍する vgl. Lorenz, a. a. O. S. 32.）ローレンツは以下のように反論する。バルトルスは、前述の第二問の解決においては、第一問について叙述した全面的抵触法を前提として、その適用の結果たる準拠法を問題としているので、論理矛盾は存在しない。ここでは各々、今日の総論中の反致、法律関係の性質決定、公序を実質的に問題としているのであつて、ただそのような手段が当時存在しなかつたので、その補充を必要とした、即ち、準拠法の適用可能性を法律の性質の分類によつてコントロールしたにすぎないのである。かくて同様のことがハートにも妥当する。バルドゥスについても各論上同様である。かくて以上の叙述が、ローレンツの歴史的分析の根幹をなしている。但し、このような解釈が正当か、即ち、これらは準拠法が既にケースとして与えられている場合にそれを説明する単なるコメントにすぎないのではないかという疑問、その他は更に歴史的な検討を要するであろう。

(18) Stehr, a. a. O. S. 234.

(19) Jeunger *Lehrbuch* vgl. Lorenz, a. a. O. S. 40f.

(20) Lorenz, a. a. O. S. 41f.

(21) しかし問題は、抵触法が法律関係を対象としていたか否かではなくて、法律関係から出発したか否か、即ち、法の効力を問題とする発想のみに頼つたか否かである。「服従」の觀念も後にふれるように、元來裁判管轄権、即ち法の効力を問題とすることからの発想であり、法規と法律関係という二つの出発点からの結果を体系的に調和させようとしたサヴィニーにとっては、また、伝

統の中に真理をみようとしたサヴィニーにとっては当然に説明を要した問題なのである。

(22) A. a. O. S. 42f.

(23) A. a. O. S. 43f. しかし、この点も注(21)で述べたように、二つの方法の調和を図ったサヴィニーの発想の当然の帰結であると共に、この例外のコントロールの機能も必然的であった。この意味については後述するが、ローレンツのいうコントロールとは、しかし、自らとその意味を異にするのである。

(24) S. 44ff. *„Über welche Rechtsverhältnisse sollen sie herrschen?“* の評価は疑問である。この点には後に明らかとなるであろう。また、ヴェヒターのみ引用で満足するサヴィニーの態度をローレンツのように解釈することも問題であろう。蓋し条例理論の非実用性は、ヴェヒター、サヴィニーにのみ認められる認識ではなく、当時の学説の一致して認める点であり、サヴィニーが敢えてこの一致を批判しないのであれば、またヴェヒターによる条例理論批判に関する評価についても当時の学界の承認があった状況の下では、サヴィニーの扱いは当然であろうと思われるからである。

(25) A. a. O. S. 46ff.

(26) Vgl. a. a. O. S. 52ff.

(27) A. a. O. S. 48—52.

(28) Bes. a. a. O. S. 55—69.

(29) Andreas Bucher, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht* (aus *kontinentaleuropäischer Sicht*), Basel und Stuttgart 1975.

(30) A. a. O. S. 11.

(31) Vgl. a. a. O. S. 5 Fn. 7.

(32) A. a. O. S. 9.

(33) A. a. O. S. 11—17.

(34) Vgl. a. a. O. S. 15 Fn. 33.

(35) Vgl. a. a. O. S. 16. bes. Fn. 36.

(36) 前記の一言は本稿の引用ならびに検討の素材である。既にふれたように本稿が筆者の留学中に執筆されたが故に、我

國の最近の著書・論文、研究の諸動向は充分に顧慮しえなかつたからである。この欠落はいずれまた補充して、全体的に妥当なサヴィニー像の形成に努める所存であり、読者諸賢にはこの点の御寛恕を再度お願いする次第である。

二 サヴィニーの一般法理論

(1) サヴィニーの国際私法理論、即ち「現代ローマ法体系」(以下「体系」として引用)第八巻は、後に詳述するよう何よりも先行する七巻全体の内容を前提としてるのであり、それと共にその名称の示すように、一つの完結した体系の一部を構成している。従って、前に述べた本稿の基本的方針、即ちサヴィニー自身の国際私法を彼の意図において把える為には、それに必要な限りにおいてはこの「体系」の基本的內容、あるいはより広くサヴィニーの法学体系の大略をふまえておくことが必要である。殊にサヴィニー自身の法学方法論がこのようなアプローチを正当化するのであり、前述のサヴィニーの批判者達の論述もこのような検討を要請するであろう。勿論このような作業は往々にして我々の予想する国際私法の論述の範囲を超えるものとなり、また単なる学術的飾り物に墮する恐れを充分に含むのであり、更に何よりも筆者の能力を超えるものであるが、敢えてこれに着手するのは、その必要性への信念と、今後の検討の便宜に沿うものである。そこでこのような目的に即してサヴィニーの⁽¹⁾一般的法理解の特徴を紹介することにしよう。

サヴィニーの国際私法理論 (1)

(2) サヴィニー(Friedrich Carl von Savigny (1779—1861))の⁽¹⁾ように長期に亘り活躍し、しかも大きな影響力を當時の時代に行使した法学者の法理論の解明は、もともとしかく容易なものとはいえない。しかも若年にして既にその名声を確立し、大家の趣を呈した人物、性格的にも熟慮・慎重を旨とする人柄に対しては、その全体的視点を無視した安易なアプローチも爽り多い結果をもたらさないであろう。学問生活の出発点に當って既にその生涯の研究計画の大綱が

完成していたといわれるサヴィニー⁽²⁾の学説のいかなる点に着目し、いか様に研究するべきか、これは今まで既に多数の学徒の頭を悩ませた難問であるに相違ない。彼の言語と説明の仕方の明快かつ説得力に富むのに対して、彼の法思想の背後にあるものは必ずしもそれ程明瞭・単純なものとはいえないので、しかもサヴィニー自身がその点に直接ふれる著作を多くは残していないので、この作業は一層困難なものにならざるをえない。哲学とサヴィニーの關係、民族及びその有機的發展の觀念、法制度・法律關係の概念等を今仮に想い浮べてみるだけで、一見明快な構成の裏に広がる茫漠たる世界の存在に、研究者はしばし暗澹たる想いを味わわねばならないであろう。本稿においては、これらのトータルな紹介と評価に立ち入ることなく、本稿において幸いにも与えられている具体的テーマに必要な限りにおいて、既に指摘されているサヴィニー研究の成果によりつつ、若年時代と後のサヴィニーの思想の変遷等をも念頭におきながら、彼の「体系」の世界を中心に論述を進めることとしよう。

以下においては、後述のような「体系」の「総括」としての意義に鑑み、まずサヴィニーの「歴史法学」の基本的思想の紹介から始めよう。

(3) 歴史法学派の泰斗たるサヴィニーの法理論は、まず何よりもその学派創建当時の彼の主張の中に求めねばならない。「立法及び法学に対する現代の使命」(以下「使命」として引用)は、チポーを中心とするナポレオン法典に倣ったドイツ統一民法典編纂の要求に真向から対立するものであったが、本来その論争の為に偶然起草されたものではなかった。従つてこの著名な法典論争の書は、時代の要求の中で彼の法理論をまた顕著に包含し、宣明するものであった。即ち、サヴィニーは、統一民法典制定の要求の内に、時代と国民を超えた普遍的な法の存在を信念とする自然法の主張、国家権力のみによる完全無缺な法創造という法実証主義の主張を認め、これをきびしく批判する。その著名な「実定法の成立」の章によれば民法は、歴史的には民族の言語、Sitte、国制と同様に、「民族に固有」であり、それだけ分離し

た存在ではなくて「ある民族の個々の力と活動であり、性質上不可分に結合している。従つて我々の考察にとつてのみ特別の性質のものとして現われる」のであつて、「偶然かつ恣意的な成立に関する全ての考えを排除する内的必然の同一の感情」「民族共同の確信」に基づき成立する (S. 8)。言語が民族の中に成立し民法を形成するように、⁽⁶⁾法も、絶對的に停止することなく (vgl. S. 112f.)、しかもその内的要求に應じて、即ち有機的連関の内に存在し、「民族と共に成長し、民族と共に自らを形成し、従つて最後に、民族がその特質を失うに至つて死滅する」(S. 11)。ただ民族の文化の発達に伴い、法は他の諸活動の傾向と同様に特別の身分にその担い手を見出さざるをえないのであつて、一般民族生活の中におけると共に法曹階級により代表されることとなる (法の政治的要素と技術的要素) (S. 13⁽⁷⁾)。法は、立法者の恣意により成立するものではなく、歴史的には慣習法の形で成立してきたのであつた。しかし歴史的にはそうであれその状態が望ましいかは別問題である。サヴィニーは結論的にはこれを肯定する (S. 14)。従つて永遠・普遍的な一般理性法を法典化しようとする試みが不当であると共に、国家の權威によつて他の法律の効力を否定するような全面的法典編纂は、その前提として幾何学の法則に比しうるような法律の指導的⁽⁸⁾原則、即ち法の有機的原理を認識し、それを正しく表現しうるだけの学問的・精神的發展をとげていない時代にあつては、法の本質にそぐわない結果を外的に固定化する危険をはらむのであつて、許さるべきではない (S. 22ff.)⁽⁹⁾、というのである。そして法典化の意図する目標、「つまり民法から国民の共通の関心事を作り出し、従つてそれによつて同時にその統一性を新たに堅固にしよう」(S. 152) という意図を、法典化の要求が当時において現実にはもたらさざらう法の分裂の固定化をさけて、法学という事実上全ドイツに共通の手段 (vgl. S. 152) によつて達成しようとする。「目的において我々は一致している。⁽¹⁰⁾即ち我々は、より確実な法の基礎を欲し、⁽¹¹⁾恣意と不当な心根の干渉には確かに反対なのである。同様に、国民の共同性と、同一の對象へのその学問的努力の集中をも欲している。この目的の為に彼等は一箇の法典を望むが、これは希望する統一性を下

イツの一半にのみ生ぜしめ、他の一半はそれに対して以前にもましてより鋭く離反することとなる。私はその正しい手
 段を、全国民に共通のものたりうる有機的に進展しつつある法学に見る」と(S. 167)。かくてサヴィニーは、当時の
 歴史主義の流れの中で前世紀の自然法の考え方と、恣意的立法の可能性に決定的に対立すると共に、法についての新し
 い考え方、即ち法を全文化の一部として把え、全体としての歴史の連関の中で研究しようとする。即ち、「法はつまり
 何らそれ自体で存在を有するものではなく、むしろその本質は特別の側面からみられた人間自体の生活である。法の学
 問がこの客体から離れることがあれば、その学問的活動は、法律関係の対応する直観自体を伴わない、一方的な道を進
 みうることとなる。さすればその学は、高度の形の上での発展をとげうるものとしても、やはりすべての本来の現実
 性を失うのである(S. 36)。」そしてその認識は、歴史の見方によってのみ達成される。「我々が、真摯な研究によっ
 て、より完全な知識を得、殊に、また我々の歴史のかつ政治的感覚をより鋭くして初めて、伝来の素材に対する真の判
 断が可能となる」(S. 114) であり、「我々が、世界及びその歴史の大きな全体と我々の個人との関連を意識するよう
 にならない限りは、我々は必然的に一般性と根源性の誤った光によって我々の考えを見ることにならざるをえない。そ
 れに対しては、正に最も我々自身に適用の困難な歴史的感覺のみが守りとなるのである(S. 115)。」歴史的・政治的感
 覚を鋭くすることで、自己に固有のものを一般人間的なものと見誤らないこと(*vgl.* S. 115)、資料の根底に存在する
 有機的原理を発見すること(S. 117) が、真実の判断に至る道なのである。法学においては、ローマ法は、法の自然な
 発展に関する歴史的重要性を有すると共に、以上に述べたようなその法の本質に即した(従ってまた実務と理論の一致
 した)法学の高度の発展の故に、法学研究の典型・模範となりうるのであって、自然法や具体的原則の点ですぐれてい
 るからではない(S. 27ff. 4. Römisches Recht; S. 118)。

以上のようなサヴィニーの法の有機的生成・発展に関する法律観(即ちその歴史的方法、実生活と結合した法学の主

張⁽¹²⁾とその実践的展開は、歴史法学派の創建をもたすが、その機関誌ともいべき歴史法学雑誌の創刊に当って、再度その歴史的法学觀が確認される。⁽¹³⁾これは、哲学と自然法や健全な人間理性という形で主張される、いわゆる非歴史の学派を批判し、人間がより高度の全体の一部であり、各時代も過去の必然の、かつ自由な展開の結果としての性質を有することから、歴史のみが眞の認識の唯一の手段であり、単なる事例の集積ではないことを主張する。個人的世界觀を世界自体と無意識のうちに混同するような無批判的歴史的エゴイズムの克服が法学においても要請され、立法者の恣意によるのではなく国民の過去により与えられた法の素材、即ち恣意・偶然に基づかない国民の内的本質・必然性と歴史により成立する法を認識し、生き生きしたものにすることが要求される。彼の雑誌は、このプロセスを促進し、過去の盲目的過大評價を避け、過去と現代の正当な評價に資すべきものである(S. 108ff.)。「全ての他の価値を喜んで承認し、全ての偉大なものに対しては心を開き、感嘆の喜びをもって対し、しかしながら本来の使命のより確実で落ち着いた感情を忘れない(S. 119)」態度で過去に対すべきなのである。⁽¹⁴⁾

ここに至ってサイヴィーの意図は明らかであろう。即ち当時の法状況の下にあって、ナポレオンから解放された「自由」なドイツにおける、従って彼のいう本来の性質に即した法の在り方を語れる時代における、法の確実さと適用の安定、国民的統一を實踐的目標としながら、その現実の達成の為に、当時の現実的統一的共同体としての法学による法統一(消極的には領邦主義による法の分裂の固定化の回避)をかかけ、永遠普遍の正義の法でも、力づくの法の確立でもなく、時代の発展に即した新しい時代に向けた法の創出、そのことであつたのである。⁽¹⁵⁾ここにサイヴィーのとつた現実的態度、法学への使命感が明らかに読みとれるであろう。その際サイヴィーの理想は、保守と革新の新しい均衡、伝統を維持しかつそれにとられないことにある(Beruf, S. 32)、従って歴史的研究を重視することにあるが、⁽¹⁷⁾同時に法律家に対しては、体系的な能力、即ち、歴史的素材の中に全体との生きた関連において法を把握する能力、概念による計算を

可能にするような基本的原則、有機的原則の認識を可能とする能力を要求する (S. 26)。そしてこの学問的方法論は個人的なものではなく、全ドイツを包含する共同体、学派にまで成長すべきものであったのである (Beruf, S. 29f., 33, 125f., 161f.)。

今一つ注目すべきは、サヴィニーの「実務と理論」の取り扱いである。既にローマ法についてサヴィニーがふれるように、彼の歴史法学派の方法は、法を民族の生活、即ち、文化の発展に従った法曹法の時代にあつては法学と実務の結合を有機的に保障する点に重点を有した。そこで法学は、具体的事案の判断においては、法の本来の有機的性質から出發し両者の統一を図らねばならない。しかしこの点はこの時期では未だ原理的主張にとどまるので後に更にふれることにしよう。

(4) ところでサヴィニーの法律観は、既にその若年の「法学方法論」⁽¹⁸⁾の中にも読みとれる。しかし、これは、歴史法学創設の当時、即ち以上で紹介したところとは若干の重要な相違を示している。⁽¹⁹⁾この点に深入りすることは避けねばならないが、重要な部分は比較検討の必要上、かつまたその法理論の特徴を理解する為に紹介するのが便宜であろう。

まず第一に、「方法論」は、その書名の如く、法学の一般的方法論、即ち、法学の固有の本質的法則並びに理想探究の方法 (S. 5) を対象としている。そしてここにいう法学とは、国家についてその存在自体ではなく、その行為する存在、従つて立法する存在として把握するところから出發するので、「国家の立法機能を歴史的に叙述する」ことを目的とする。従つて私法学と刑法学に区分される (S. 13)。ここに私法のみを主とする後年の論述とは自ずと論調を異にする一原因が認められるのであるが、国家自体の必要性は、「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で設けられる」⁽²⁰⁾こと、即ち中間物として当事者並びに第三者の恣意を排するものであり、「完全に客観的なもの、全く独立のもの、全ての個人的確信から隔たったもの」たる制定法を創る機能に由来する。これらは事物の性質から導き出され

るのであるが、法律は、「それを適用する者が何ら付加する必要のない程完全」でなければならぬのである (S. 14)。従って「裁判官は単に法規を認識し、それを個別の事案に適用するにすぎず」「純論理的解釈」のみを職務とする。法学は法規の叙述をする点で、また純文献学的である点で法曹と共通の機能を有している (S. 15)。かくてここに夙に指摘されるように制定法実証主義が、私法においても認められている。⁽²¹⁾

サヴィニーは、法学(立法学)の方法として、歴史的研究と哲学的研究をあげる (S. 14)。前者には更に文献学的研究が含まれる (S. 14, 17)。歴史とは「客観的に与えられたもの」であり、法規がそうである以上、法学も歴史的でなければならぬ (S. 17, 21)。法は常に時代に規定されているのであって、素材の歴史的差异を無視してはならないのである (S. 30)。そしてこれは結局法律解釈を経てローマ法とドイツ法の区別と前者の研究の重要性に至る。「方法論」冒頭で述べられた「理想」像 (S. 11)^(21a) が、かくて文献研究を経てローマ法に遡源されうる基礎がここにある。法史には、国家の歴史の一部を、生じた変化においてのみ把握する外的法史と、全てを常に発展する体系と結合する内的法史が存在する (S. 17)。勿論サヴィニーは後者を重視するのであって、次に哲学的研究が要請される。哲学的研究は、「内面的連関ある統一性 (S. 15)」の探究の意味で用いられており、ほぼ体系的な研究と等置されているが (S. 36, 39)、法学は前述の意味で歴史的かつ体系的となるのである。⁽²²⁾ それでは体系とは何を意味し、何を対象としているのであろうか。体系とは、「その性質の固有の法則 (S. 5)」であり、「内面的連関ある統一性」の創出であり (S. 15)、ただ一つの全体の提示であり (S. 25)、「多様なもの」の統一 (S. 35)、基礎たる「統一性」(S. 48)である。そしてこの「体系の内容は立法、従って法命題 (Rechtssätze) である。それを個々に、あるいは「他との」関連で認識する為には、論理的媒介、形式、即ち、立法の全内容の認識の論理的条件を必要とする。ところで、形式的なものとは全て、個々の法命題の規定を展開するか——通常これは定義及び区分とよばれる——、あるいは数個の法命題の結合とその連関を定めなければ

ばならない。これが通常本来の体系とよばれる(S. 37)。⁽²³⁾そこで後者の法命題の整理においては、「法命題自体の内容的連関の叙述」、即ち、(1)個々の権利相互の関係、その結合と分離、(2)体系の各部分での原則・例外関係の叙述(これは、「制定法自体において考えられ、その基礎に存在している関係」である)が重要なのである(S. 38)。

このように、「方法論」は制定法実証主義の傾向を示す。勿論これは必ずしも立法者による恣意的な法創造を意味するものではないが、⁽²³⁾制定法は完全であり、その修正は立法者へのみ留保され、裁判官にはその権限が認められていない点では(S. 43, 46)、「使命」が「全て法は制定法、即ち最高の国家権力の明示の規定から通常成立する(S. 4)という見解を否定したのとは全く立場を異にする。そして「使命」においては法学の対象は、単なる制定法から「実定法」に変わり、「歴史」の有する意味も変容を蒙る。従ってサヴィニー以前の制定法のみを法源とする態度はそこにおいて大きく変更されたのである。^(23a)しかしながら、やはり「方法論」は「使命」への不可欠の基礎であった。第一に、制定法のみを法源とする⁽²⁴⁾ことは、それ以前の自然法思想への批判的対置であり、法を何よりも現実的にまず把える態度の表明である。⁽²⁴⁾時代を超越した普遍的な法は、国家の現実を考える時には存在しない。しかし第二に、客観的所与としての法は、同時に「行為する国家」の制定法であることから恣意的なもの⁽²⁵⁾と看做されてはならない。法の歴史性と国家性は、自然法に代えた法の成立のメカニズムの説明を要請せざるをえない。「立法の精神」への省察は、⁽²⁵⁾国家の本質、歴史の意義の考察へと発展し、国家の実質的基礎としての民族、制定法の本質的基盤としての実定法⁽²⁶⁾の概念を浮上せしめる。かくて自然法とは区別される意味での「事物の本性」としての法の有機的存在性に関する認識が、「方法論」を「使命」へと発展せしめるのである。⁽²⁷⁾勿論「方法論」においても、「有機的全体」は、法文の基礎であり、必然的かつ確実な存在として認められ、法学は正に確実さを志向しなければならないのであったが(S. 21)、その素材と法の主体の本質に関する説明を欠いていたのであり、未だ自然法の決定的克服は達成されていなかったのである。かくて、対象を生

きた存在として把えることは、法学自体にも「生命」を与えるに至る。(尚一言すべきは、後に述べるように、サヴィニーにおける自然法克服の意義は、自然法時代の国家の基礎が相対的にせい弱で、その制定法も国家の恣意とみられる限りにおいてはその効力に疑問がもたれたという時代的背景と関わっている。サヴィニーは何よりも國家觀の変遷に合わせた新しい基礎を法に与えねばならなかったのである。)

法の有機的性格の認識がいずれに由来するかは、ロマン主義との関係で争いのあるところではあるが、文化現象としての法の存在を説明すると共に、生きた対象を生きたまま把握しようとする努力の帰結でありまた出発点である。即ち、「生」はまず存在するのであり、その生の発展の必然の生成物たる法も、単に正義という伝来の抽象的觀念により要請されることなくその妥当性が承認される。そして法学は有機体の「その生きた直観」⁽²⁸⁾により真理に至りうるのである。単にその原則の認識と、せいぜいその自然な発展を助長しうるにすぎない。眞実の判断をするまで「外科医のメスの適用」はひかえるべきである (Beruf, S. 115)。自然法論の「事物の本性」にさして頼ることもなく有機体の学としての法学の法則性、客観性がここに基礎付けられると同時に、その限界も明らかとなる。歴史は、有機的存在(人及び民族)のいわば「生の軌跡」であり、そのうちの生の原理の認識が法学の基礎である。「方法論」はかくて「使命」において、法学の対象たる「素材」の靜態的考察から動態的考察に移行する(体系については未だ熟していない)。しかし、人以外の存在の有機体性、ひいては文化の有機的现象性の客観的説明は、サヴィニーにおいては自制されている。「民族がそれによりそれ自体個々のものとなるこれらの固有の機能がいかんして発生したかという問題は歴史的には答えられない。最近では、すべて当初は動物のような状態で生活しており、そこから徐々に発展してかなりの存在となり、ついに今の高みに到達したという見解が支配的であった。我々はこの見解には立ち入らない (Beruf, S. 84)。」ここに自然科学、哲学に対するサヴィニーの態度が明らかである。

以下においては、以上のようなサヴィニーの基本的法理解を前提に、それが後の「体系」に如何に反映したか、またその前提として「体系」が何故後年に著されるに至ったのか、という点にふれる。これは必然的にサヴィニーのいう「体系的方法」の意味にかかわってくるのである。

(5) 「現代ローマ法体系」は、サヴィニーの愛娘の死に内的に触発されて実現をみたものであるといわれているが、⁽³⁰⁾ 当時の一般思潮もこのような私法の体系書の必要性を要請し、実際においても、この「体系」は当時の一連の体系書の⁽³¹⁾ 公刊に連なるものであった。⁽³²⁾ 「体系」はこの意味では、時代の一般的要請であり、一九世紀ドイツパンデクテン法学への⁽³³⁾ 出発点をなすのであるが、同時にそれはサヴィニーの法理論の内在的要請にも従うものであった。

既に「方法論」で主張された歴史的研究と体系的研究の必要性は、その後の彼の法理解の変遷にもかかわらず、後年のサヴィニーに至るまで継承された。⁽³³⁾ そしてこの両者は常に彼の法学を支える両輪として、共通の目的、即ち、存在する法の「生活原理 (Lebensprinzip)」の発見に奉仕すべきものであった。即ち、悠久の発展をみる人間と時の有機的連関の中にあつて、歴史は「我々自らの状態の真の認識の為の唯一の道 (Zweck, SA)」であり、「法の素材は国民の全体としての過去により与えられるのであつて、恣意によるのではないから、偶然にあれこれたりうるものではなく、国民の内的本質とその歴史から現われ (Zweck, S. 6)」その善悪を問題となしうるものではない。従つて、法史は法学の僕であるのではなく、法の生成をそれ自体基礎づけると共に、そのような生成中の法の現在の姿を対象として、その内在的統一性の認識としての体系的研究を欠いては、法学は完全なものとはなりえないのであつた。⁽³⁴⁾ しかしながらこの二つの方法は、原理的に等置されながらも、当初歴史学派の関心は、圧倒的にその歴史的方法に向けられていた。しかもサヴィニー自身の研究が、彼の批判した「外的法史」に傾き、体系的方法に関わることの乏しかったが⁽³⁵⁾ 為に、歴史ではなく⁽³⁶⁾ プフターのいう古事学的研究がなされたにすぎず、歴史学派は、「学識ある歴史好事家」(チボー)の無用な集団と批判さ

れるに至つた⁽³⁶⁾。そこで時代の歴史主義的思潮と、オランダのエレガントな古事学派の影響の下に立ちながらも、前時代の方法を批判したサヴィニーは、古事学的研究を「素晴しい良い」「しかし本来の真理の方がより素晴しいのであり、従つて、生き生きした現在の必要に應える方がやはり良いのである」として、⁽³⁷⁾今一方の体系的研究に向かい、自らの年来の主張を総括しようとする。この間の事情は、「体系」第一巻の序文に顯著に現れる。即ち過去の豊かな遺産を学問的共同体への統一に向けて総括するのが現代の課題である (System I, Vorrede S. I. f. 以下誤解の生じない限り頁数のみで引用し必要があれば巻数を付加する)。この作業は、謙讓を伴う本来の精神的自由により遂行されるのであり、「先人の業績から真実でないものを除き、真なるものを残された財産として受け継ぎ」それによって目標に向かつて進むのが、「体系」の目的である (S. X. f.)、という。しかしながら歴史学派をめぐる争いは、学問に必要な論争の性格を超越え、感情的な党派性を帯びてきた事実を指摘し、歴史学派の本来の立場を明らかにする。即ち学問は精神活動の共同作業を基礎とするのであって、その方向を示す為に歴史学派という名称が用いられたのであるが、それは他の活動・方向を否定するものではなく、従来不当に軽視されてきた活動 (即ち歴史的方法) に本来の地位を与える為に特にそれを強調したにすぎない。学派に対する批判の多くは、感情的である限りにおいて反論に値しないが、現在を過去の支配に服せしめローマ法の支配の不当な拡張が学派の目的であるという非難は学問的性格のものであり反論しなければならぬ、というのである (S. III. f.)。学派の目的は、歴史的視点、即ち「各時代の価値と自主性」を承認しながら、「現在と過去を結びつける生き生きした関係」の認識に由来する。従つてローマ法についても、単にローマ法を尊重するのではなくて、まず真にローマ法起源のものが何かを確認し、ついで現代法の中に真に生きているローマ法要素を確定することとで、その名の下に行われる無用な混乱を解消することを目的とするのである (S. X. f.). 歴史学派という名称は、それが誤解を招くのであれば、それを必要とした事情の消滅した現代においてはもはや必ずしも必要ではない (S. XV.).

説 党派的論争は無益だからである。しかし、ローマ法研究は以下の理由で必要なのである。第一に、法には理論的要素と
論 実際の要素が存在するが、現状においてはその統一性が阻害されており、理論家は必要な実務的感覚を養うよりは新見
解の創造に没頭し、他方実務家も、望ましい学問的感覚よりも「器用さ」に重点を置いてゐる。かような理論と実務の
乖離の打開の為に、両者の一体性を保持していたローマ法の知識が有益なのである。しかし実務家にとってはローマ法
の真摯な研究が往々困難で、単に流行のハンドブックに不当な信頼をおく嫌いが認められるので、分業の前提に立つて

「体系」がローマ法の真髓を示すことにより「正しくない理論からの実務の解放」に資するであらう(S. X Kff.)。こ
れは、ローマ法の妥当する地方に対してのみならず、新法典の施行されている地にも同様にあてはまるのであって、ロ
ーマ法が混乱した法状態の、殊に法創造の陶冶手段となるのである(S. XXIIIff.)。このような目標は、ローマ法の模倣
に墮すものとして「独自の努力による何らかの新しく独特なものの創造」を重視する見解からは不当視されるのである
が、既にローマ時代と比較にならぬ量の法素材を前にしては、この作業の困難さも比較にならず模倣の域をはるかに越
えるのであり、またローマ人の自由と練達を学べば足りるのであって、ゲルマン法の研究も決して軽視されてはいない
のである(S. XXXff.)。

かくしてサヴィニーは、当時尙妥当力を有していたローマ法の研究を実務家にも容易にすること、サヴィニーの既
に主張するところであった実務と理論の調和、即ち当時の実務と理論の乖離を解消し、その為に歴史研究(殊にローマ
法)の成果を体系化する、即ち「個々の法概念及び法規を大きな統一性に結びつける内的連関又は親近性の認識と叙
述」(S. XXXIII)という「体系的形式」を与えようとする⁽³⁸⁾。ただ注目すべきは、第一にここにおいてサヴィニーは、
「体系的形式」を何よりも「法制度における親近性」(S. XXXIV, XXX K)の認識に用いてゐることである。この点は
本論について更に検討しよう。次にこの形式が二様の意味で用いられている点である。即ち体系は、法制度の内的連関

の親近性を基準とする認識と共に、著作の外的構成の意味をも有する。サヴィニーは、後者は前者を反映するとしながらも次のように述べる。「豊かな生き生きした現実にあつては、全ての法律関係は一つの有機的全体をなしている。しかしながら、その構成部分を我々の意識の中に途切れることなく取り入れかつ他人に伝える為には、我々はその構成部分を分解せざるをえない。それに与える秩序は、それ故明らか (die überwegende) と認められる親近性によつてのみ定められうるのであり、それ故現実が存在するその他のいずれの親近性も個別的な叙述においてのみ付論せられうるにすぎない。」ここに著者の主観の働く余地があるのである (S. XXXIII f.)。ここに形式的分類、あるいは構成においても必然性が重視されている。

かくて「現代ローマ法体系」は、歴史法学派を必要とした事情の解消を宣言すると共に、党派性を捨てて、「認識された対立をより高次の統一の下で溶解する」という総括を行うことを意図するものであり、従来 of 成果の中の相対的真理を抽出し発展させることで安定した法学の基礎を築こうとする。実務と理論の調和はその際、実務家の為のローマ法による体系的理論書の提供という方法により満足されるにすぎず、「法学」としての実用性は放棄されているといわねばならない。⁽³⁹⁾ 後にみる判例の扱いにもこの点が認めらるであらう。以下においては、「体系」中の主要な法理論の紹介と共に前述の「総括」の意味、即ち当時における学問的対立の総括と、彼の法理論内部における総括を、後者に重点をおきながら眺めることにしよう。

(6) 以上の序文で述べられた「体系」の目的は、いわば執筆の動機であり、実際の叙述においてはより具体的な規定を必要とする。第一巻第一章は、「体系」の対象を明らかにするが、それによれば、書名の如く、「現代」「ローマ法」が、更に殊にユスチニアン法典に依る私法が対象となる。即ち当時尙妥当としていた「普通法」が実質的な対象となり、歴史的方法の適用が宣明されているといつてよい。しかし体系の実質的内容にふれるに先立って、ローマ法の普遍的性

論 說
格に助けられて、「全ての実定法に共通の基礎理論」が論じられる。第二章「法源の一般的性質」はこの意味で「体系」の基礎をなす。しかし、第三章法源、第四章制定法の解釈、第二篇法律関係も関連しながら体系付けられているので、極力「体系」の叙述の流れに従いながらも、その「有機的連関」を明らかにする為に必要な限りにおいて、これらをも含めて「体系」におけるサヴィニーの法理解の基礎について以下に概観しておこう。

(i)冒頭に述べられるのは、彼の「体系」を通じて用いられる法技術概念としての法律関係及び法律制度と、体系である。そして既にここにおいて彼の用いる基本的構想が明らかとなる。サヴィニーは、実生活における法状態、従ってその法現象の中心をなす人から説きおこし、「個人の意思が支配し、しかも我々の同意の下に支配する範囲」であり、個人に帰属する力としての権利、主観的意味における法がまず注目される。この権利が現実化するのには判決という「論理的な形式」によるのであるが、それ自身がより深い基礎を必要とするのであり、その有機的關係が法律関係なのである。権利は、それ自体として存在するのではない。「個々の権利は、抽象により分離された法律関係の特別な一側面」にすぎないのである。各事件についてこの「法律関係を生き生きと構成することが、法律実務の精神的要素」なのである。

更に個々の権利は、制定法に現れるような一般の規則、即ち客観的意味における法の支配を受けるが、この法規もまたその有機的基礎を有しており、それが法律制度と称される。「その法が民族の共通の意識の中に生きている形態は、抽象的規範のそれではなく、その有機的連関にある法制度の生き生きした直観 (die lebendige Anschauung) である。従って規則を論理的な形で自覚する必要の生じた場合には、かの全体的直観 (Totalanschauung) から、規則がまず技巧的な過程を経て初めて形成されねばならない (§ 16)。」そして法律関係は、各々対応するその類型としての法制度の下にあり、法規と権利の關係と同様の關係に立っている。但し、法律制度はその別々の構成と任意の結合を可能とするのに対して、「法律關係は、生活上の出来事により与えられる、従って直接にその具体的な結合と錯綜とにおいて現われ

る」点で異なっている。サヴィニーは、体系との関連について次のように述べる。「全ての法制度は一つの体系と結合して存在しており、従つて、それが、その中で再び同一の有機性を呈するこの体系の大きな連関の中においてのみ完全に理解されうる。制約された個々の法律関係と、一国民の実定法の体系の懸隔がいかに大きなものであれ、その相違は、ディメンジョンにおいて存在するにすぎず、本質上は両者は異ならない。そこで一方あるいは他方の認識をもたらす精神の過程もまた本質的に同一なのである (S. 10f.)」⁽⁴⁰⁾。ここにおいて法学における実務と理論の分裂も否定される。「両者において外的な生活上の職務 (Lebenserbt) は異なり、得られた法知識の適用は異なつていようが、その思考の態様と方向、それをもたらず教養は共有するのであり、従つてこの営みのいずれも、かの同一性の意識を体する者によつてのみ十分に遂行されるのである (S. 11)。」

このようにして与えられた概念の意義は尚後に明らかとされるのであるが、法理論の体系化に當つて、シュタールの影響を蒙りながら、法律関係の概念ならびに法制度という従来彼が必ずしも十分注目していなかつた概念を「体系」の基礎にすえ、⁽⁴⁰⁾ その有機的連関性を強調する点が注目される。法の存在が有機的であれば、その本質を維持しながら、その形式的関係を明らかにする、換言すれば法の有機的原理を認識しその形式を明らかにする作業においては、やはり有機的性情を有する概念が必要とされたのであり、この概念によつてはじめて「体系」の形式的構成が保障されるに至る。一方で彼の問題とする現実(とその本質たる有機的文化現象)を把握し、しかもそれを学問的体系に適した形式性・抽象性に高める、その手段がここに与えられたのである。かくて同一の法現象を個人中心の視点で把える立場(勿論サヴィニーにとつては、個人は私法の対象としてのみ存在するのではなくて人間一般を視野に収める彼の法理論を背後に有しているのであるが)と、個人の客観的自由を規定する法中心の立場が、技術的概念的に独立のものとして分離されると同時に、⁽⁴¹⁾ 両者の基本的な等個性が承認されるに至つた。勿論私法を中心とする限りにおいては、形式的にも内

説 容的にも前者の立場が重視されるのであるが、いずれも整合的な法現象の説明に資すべきものであり、次にサヴィニーは法源の説明に着手する。

(ii)既に体系の方法と、それにより追求すべき目的が与えられたが、未だ明らかでないのは、体系の内容をなす法素材が何かということである。既に「使命」で認められたように、サヴィニーは、ここで「実定法」を素材とし、その体系化を企てる。シュレーダーの指摘する如く、この点においてサヴィニーは、カント的体系概念・方法を用いながら、その対象において、「必然的な」実定法概念によって、カントを離れるのである。⁽⁴²⁾ここに彼の実務と理論の調和と、法学の確立という目標を可能とする基礎が認められ、前述の技術的概念と相まって「体系」を構成する。そこで説明の原理としての外的な体系と現象自体を規定し存在していると考えられる内的な体系の両者の関わる「法源」が次に登場する。

法源は、「一般的な法の成立根拠であり、それ故法制度並びに抽象によりそれから形成される個々の法規の成立根拠(S. 11)」である。サヴィニーにとって、これはとりも直さず実定法のその成立根拠であった。「法は、偶然や人間の恣意・熟慮・知恵に依りて、全く異なる成立をするものだと考えうるだろう。しかしこの考えは、法律関係が問題となり意識にのぼる場合には常に、それについての規則がずっと以前から存在しており、それ故その時はじめて考え出す必要性も可能性もないという疑いのない事実と矛盾する。法は、それが求められる全ての状態においても与えられたものとして既に真の存在を有するという一般法のこの性質について、それを実定法(positives Recht)と呼ぶのである(S. 13f)」。ここにカント的な、立法者の意思に依存する実定法概念に代えて、歴史法学派の実定法概念が「体系」の出発点をなすのであるが、その為にはこの実定法の必然的成立のメカニズムが説明されねばならない。「使命」から予想されるように、実定法の主体は民族であり、民族の構成員の恣意を超えた、しかも「全ての個々人のうちに共通に生き、働いている民族精神(Volkgeist)」が実定法を生み出す。「抽象的規則としてではなく、有機的な連関における法制度の

生き生きした直観」が実定法_{II}民族法の存在の形態であり、この意味での実定法の存在_{II}が、学問的体系の前提である。即ち法規が素材において所与であるが故に、後にその探究により事案の法的解決が可能となる。サヴィニーによれば体系の対象をなす素材_{II}実定法がいかなるものであり、いかなる形態と内容を有するかを説明する為には、同時にその生成を明らかにしなければならぬ。ここでサヴィニーは、実定法の創造主体としての民族からその論述を進め、その現実的形態たる国家、更にそれをこえた共同体の一貫した説明を試みるが、サヴィニーの観察の対象たる現実の法現象は、まず国家法であり人であったこと、そして、その本質の考察が民族及びその基礎たる精神的共同体へと発展したことが随所に窺われる⁽⁴³⁾。その意味では「方法論」から「使命」への発展の過程、サヴィニーの発想の一端がここでも跡付られるのである。

まず、民族は、法創造の「活動的人格的主体」である。これは、法律関係の特別の内容を捨象して得られるその一般的本質たる「多数人の、一定の仕方_Iで規律された共同生活」であるが、単なる多数人の、個人の外的自由の存立を許さない集団_Iではなく、歴史的に認められる「精神的共同体」、即ち同一の言語により認められ確められ形成される自然的全体 (Naturganze) であり、「法的確信の本拠 (Sitz)」である。その個人を貫く共通の民族精神が法を創造するのである。ここにサヴィニーは、「使命」で宣言された彼の法思想を、プフタを媒介にヘーゲルよりもたらされたという「民族精神」という用語により、若干の修正を伴いながらも更に明快に構成しようとする⁽⁴⁴⁾。しかし同時に民族の概念的明確さも承認せざるをえない⁽⁴⁵⁾。既にサヴィニーは、民族の構成員たる個人との関係で民族の存在を説明しようとしたが⁽⁴⁶⁾、更に、その一体性の限界、時間的限界がふれられる。前者で特に重要なのは、一体をなす民族の内部により緊密な、特別な連関により結合された集団の存在しうること、そしてこの集団による特別の法の創造が認められる点であり⁽⁴⁷⁾、後者については「伝統」という個人の世代を超えて継続的な民族の存在が主張される⁽⁴⁸⁾。従って、ここにおいて民族

説は、理念的・文化的概念であつて、⁽⁴⁹⁾ 事実概念としては大きな意味をもたない。換言すれば、文化現象の有機的説明を可能とする単位概念にその主たる機能が認められるのであり、その構成員や時代を超えて存在し、言語等の文化で特定される(統一的な)人間集団として意味があるのである。法創造の主体は、民族であると共に、更に民族を超えた、あるいはその内部の有機集団⁽⁵⁰⁾精神的共同体にその本質を有する(S. 204)。「使命」当時の厳格な民族法⁽⁵¹⁾国家法は、更に深い基礎へと進んだのである。個別民族精神が、個別的に現われる共通の人間精神でありながら、現実的・実定的には、法創造の担い手たる由縁、民族の伝統の性質から歴史的考察を必要とする理由がここにある。と同時に現実の法の基礎としては、その理念的形態から、現実的形態の説明に及ばねばならない。ここに国家が登場する(以下「体系」第九節、一〇節参照)。

サヴィニーによれば民族の有機的な力は、法創造に作用するのみではなく、民族の存在自体にも働く。即ち、法創造が民族の共同の行為により行われるためには、民族は単に抽象的な存在であるだけでは不十分であり、その目にみえない統一性を可視的な有機的な形に現実化しようとする力が働くのである。この精神的民族共同体の具体的な形態が国家であり、同時に国家によりその統一性の明確な限界が示される。その意味では、国家の成立は、法の成立と同様に、その内部の必然的力に基づくのであり、「法創造一般の最高の段階」である。

私法は、直接にはこの国家⁽⁵²⁾民族の有機的顯現を対象とすることなく、「個人それ自体」を目的とするのであるが、国家は、私法の現実性やその創造(内容・限界)に影響を与える。即ち私法はまず国家の法としての性質を有する。第一に、民族は国家によつてはじめて真の人格性、即ち行為する能力をうるものであり、従つて、目にみえない存在⁽⁵²⁾感情思想・習俗の一致が、国家において、裁判官による定立を経て生命と現実性をうる。民族は国家の本質ではあるが、私法の現実においては、その国家としての性格を技巧的に捨象する場合にのみ想像しうるものすぎず、何よりもまず民族は

國家として現われるのである。かくて、法は共通の民族精神に全體意思即ち共通の個人意思の總体により成立するが、個人この全體意思に反した自由の行使に法の侵害に對して、この國家においてのみ法規が外的・客觀的に確實なものとして對立しうる。⁽⁵³⁾ここに「不法を為しうる個人的自由が全體意思に束縛され、全體意思の内に埋没する(S. 24)」。しかし次の点にも注意しなければならぬ。「法の必要性と存在は、我々の状態の不完全さの歸結である。しかし偶然の歴史的な不完全さのそれではなく、我々の存在の現時の段階と不可分に結びついている不完全さの歸結である。」従つて、当時主張されていた他人による自由の阻害としての不法(Utrecht)が人間の發展を妨げ、従つてそれを害悪(Joad)として除去することに法の本質をみる見解、即ち各人が自らの自由を一部放棄するという合意によつて、あるいは人間の本性上有する相互に害を加えあうという傾向を阻止する外的強制によつて、この害悪の制限を基礎づけようとする見解は、「あたかも生命の法則を認識する為に病氣の状態から出發するような」ものであり、誤っている、とされる(S. 332f.)⁽⁵⁴⁾。國家は、そのような見解によれば、正しい精神的態度の普及と共に、不必要かつ消滅すべきものとされているが、サヴィニーは、逆に、「正しい精神的態度が普及すればする程、國家は益々すばらしく力強いものとなる」とするのである。⁽⁵⁵⁾ここにおいて既にフランス革命への彼の態度が窺われると共に、彼の有機的發展の理論が、國家の積極的性格を支える。⁽⁵⁶⁾即ち、有機体たる民族の必然的發展として目に見える現実体としての國家が要請され、民族において法が必然的に実定的であると同様に、國家も法創造の最高段階として積極的に位置付けられる。個人間の關係を規律する法の本質は、後述のように個人の意思に他人の意思とは独立の支配領域を定める点に、求められるが、國家はこの意味で私法に確實な内容を与え、構成員の權利に對し國家權力により現實的基礎を与える。かくて「民族のうちに、民族により、民族の為に」成立する國家は、單なる多數人の集團(アメリカのような)に墮してはならないし、人為的な個人の契約によつて成立するものでもない。しかし國家は、たとえそれが法の理念を現實の世界で現わすことを第一の

説
課題として有してはいようと、実際には法目的のみをその唯一の存立の基礎とするものでもなく、また国家目的も必ずしも倫理的であるとは限らないので、国家の法は、後述のように種々の内容をもちうるのである。以上のようなサヴィニーの現実態たる国家の把握の仕方は、後述の彼の宗教的態度とも内的に関わるのであろう。即ち、現実をまず深く肯定した上で立論するのとそれを否定的（あるいは虚無的）に把えて立論するのでは、その結論において全く異なるものとなるのは当然であるが（単に必要悪とみるか、積極的存在と現実を位置付けることをこえて）、サヴィニーの立場は、宗教的にもかなり深いものであり、単なる現世的現実主義をこえた見解を予想させるからである。

私法と国家の関係は、更に、その成立の主體的限界とも関わる。即ち、既に述べたように、緊密な集団による特別な法の創造は、国家により排除はされないが、その本質的統一性を危うくしない限りでのみ許容される。また民族共同体が、多数の国家にまたがる場合には、種族的には近くても、種々の阻害を蒙る。

さて、以上によって、サヴィニーの「方法論」における私法の国家法性 \parallel 制定法主義が、更に「使命」の法成立論と結合され、現実の私法の生成、発展の説明として「総括」され、実定法の実質的（理念的、理論的）担い手と、その形式的（現実的、実際的）担い手の関係として一層深化する。そこで、その体系の完全を期すためには更に一つの民族あるいは国家を超えた法の成立、即ち法共同体の可能性が論じられねばならない。

民族又は国家の集団においては、各自が自らの内在的法意識を他の民族・国家に適用することも認められるが、この恣意的な関係には法は成立しない。しかし、第一に種族の親近さ、第二に特に重要な共通の宗教的確信に基づき、異なった民族間にも、一民族内の実定法の基礎と同様の精神的共同体が成立しうる。このような基礎の上に成立するのが、特に「キリスト教的ヨーロッパ諸国間」の国際法である（以下第一〇節参照）。既に、法の基礎としての民族について、サヴィニーは、習俗、特に言語を問題とし、また共通の人間精神の現われとしての個別民族精神にふれたのであるが

(S. 20f.)、同様に種族・宗教という外的・内的根拠により、一民族を超えた共同の精神的共同体の成立が可能となる。しかしこれは実定法としては不完全である。「第一に何らかの確実な内容の不完全さの故に、第二にそれには同一民族の個々の構成員の権利に、国家権力、特に裁判所において与えられる真の基礎が欠けているが故に(93)」。そしてこの不完全な実定法たる國際法は、その発展を、發生の基盤たる共同体の基礎、即ちキリスト教的倫理の発展に依存するのであり、非キリスト教民族への適用をも可能とする。しかし、この國際法の發展の最前線においては、実定法ではなく、「純粹に倫理的」なものとなる。サヴィニーにおける國際法のヨーロッパ法性、殊にキリスト教への依存性はここにおいても明らかであろう。ここで注目すべきは、サヴィニーにあっては國際法の基盤が、民族内の個人間の關係に対比される民族間(あるいは国家間)の共同体に求められている点である。即ち、一方では各々独立の、主権を有する個別の国家(民族)が独自の民族精神と存在を有しながら、他方ではその自由(従って國家の權利)を規律する共通の法を必要とするところに國際法が発生する。⁽⁵⁸⁾その意味ではこの共同体も、民族と同様の有機的存在であり、結局は國家と同様の可視的な現実体へと發展せざるをえないはずであるが、サヴィニーは、ここにおいては、そのような發展を強調することもなく、そもそも民族と獨立國家の実定法における意味のちがいを充分に意識していないように思われる。その実定性の危うい点において、國際法の基礎たる共同体は、國家と比べうる程にはその有機的發展を未だ遂げていないというのであろう。更に國際法を私法とは區別する点においても、⁽⁵⁹⁾これ以上の説明・分析を要せず、法的構成の体系的貫徹をもってとりあえずは満足したのであろう。

さて以上において、サヴィニーは、その実定法の成立の主体に関する原理的論述を終え、次に民族法の実際上の形態の分析を行うのであるが、それに先立ち、公・私法の區別にふれておこう。既に述べたように、現実の私法は、何よりも國家法であるが、そのことは、公法と私法の區別を否定するものではない。サヴィニーは、この点について、まず伝

來的な国法と私法の区別を論ずる。勿論、家族は国家に類似⁽⁶⁰⁾し、Gemeindeは個人に近いのであるから、兩者の中間形態が存在しその類似性も認められるが、国法は、民族の有機的顯現自体、即ち全体を目的とするのに対して、私法は、「個々人をとりまく法律関係の総体」を対象とし、「個人が、法律関係のうちにおいて内的生活をおくり、特定の形態をなす」ことを目的とする、即ち、「私法においては個人自体が目的であり、全法律関係は単に手段として個人の存在あるいは個人の特別の状態と関連する」点において異なる。しかし、本来「個人の利害を顧慮することなく、侵害された法自体を代表」する刑罰を手段とする刑事法の領域が、個人を問題とすることから民事裁判所で解決され、形式的国法性を稀薄にしたので、国法よりは、より一般的な「公法」の名称で、刑事法、民事訴訟法をも包括する⁽⁶¹⁾。このようにして、サヴィニーの「体系」の本来の対象は、この意味での私法に限定される。

(四) 次なる問題は、以上の如く原理的に成立する実定法 \parallel 民族法の実際上の形態である。従来民族法は、サヴィニーによれば第一に制定法に限定され、あるいは第二にその本質が(殊に慣習法において)正しく認識されていなかったもので、その本質を実際上の形態において論ずる。慣習法、立法、学問法が問題となる。

慣習法は、既に「使命」においてもその重要性が承認されたのであるが、民族法の本質の認識においてその出発点をなす。従来法の成立根拠を単なる慣習に求める見解が主張されていたが、サヴィニーは、これを批判して、慣習は単に民族の確信の徴表、認識根拠にすぎず、法の成立根拠はあくまで民族精神であることを明らかにする。その意味で慣習法は、立法者の黙示の同意により法源となるのではなく、民族における法成立の「自然な態様」(S. 186ff.)である。特に立法権を有さない民族にとっては、かけがえがない(以上第一二節)。しかし慣習法それ自体はもはや、「使命」当時における程の体系上の重要性をもたないように思われる。(尚、慣習法は、国家利益或いは絶対的一般的なラントの法と矛盾する場合には効力をもたない。このことは、国家の個別部分と全体部分との関係についての説明からも了解され

るといふ (S. 196.)

民族法は、民族の文化的發展に伴い、「理念的民族」とは異なり法創造の基礎としての意識の直接的共同性を次第に失い、その固有の機関——立法と法学——を要請するに至る。立法は、実定法に尚生じうる誤りや悪意の影響を避ける為に、それに外見上認識しうる存在を与えるのであり、既に存在する民族法を内容とする（立法については第一三節参照）。

民族法が国家により法として言語化され絶対的力を付与されると制定法とよばれる。立法者はその意味で民族精神の代表であり、慣習よりも迅速・確實に実定法を補充し、あるいは不可視の内的な実定法の漸進的發展を外的に促進し支えるのである。既に「使命」にも認められ、後にプロイセン法の改革に際して表明される彼の立法に対する態度がここに明らかとされ、⁽⁶³⁾ 法典化には反対しながらそれとは異なる個別立法の積極的地位が理論的に明らかとされている。⁽⁶⁴⁾

しかしながら、「使命」当時にも顯著に認められたように、サヴィニーの実定法源論で最も注目を惹くのは、その学問法の位置である（以下第一四節、一五節、一九節、二〇節参照）。即ち、民族の發展と共に、その自然な形による法創造に代えて、その実定法の機関としての学問、民族たる全体を法の分野において精神的に代表する法曹階級⁽⁶⁵⁾が法創造を担うことになるのであって、その学問的活動の法へのフィードバック（形相的逆作用 *die formelle Rückwirkung*）

⁽⁶⁶⁾ (S. 47)により、法の素材の一体性が明らかとされ、完成され、新たな有機的生命を形成する。シュトラウフが指摘するように、ここに学問は、形式的課題（既存法の体系化と、それによる法の意識への対象化）と実質的課題（民族法の創造）を担い、更に立法者への法学教育を通じて、或いは法曹法により立法へも広範な影響力を行使する重要な法源としての地位を獲得する。サヴィニーは、民族法と立法、法学の内的関連性の故に、やがて民族法が、制定法と学問によって全く蔽いつくされるという事態をも承認するのであるが、当時のドイツにおける法状態に思いを致せば、サヴィニーが法学に極めて高い評価を与えたのみならず、實際的に重視したことが認めうるであろう。⁽⁶⁷⁾ 法学が、立法に対しても指

導的な影響力を与えるとすれば、民族法＝実定法の機関としては最も重要なものと考えられるのであり、事実統一立法機関のないドイツにおいて、「ドイツ」という統一民族の唯一の機関となる。ローマ法において、民族法が学問によりその実際的要求を満たしたように、学問、殊にサヴィニーの歴史的・体系的研究が、当時の法的混乱を統一へと向かわせるものとされたのである。⁽⁸⁸⁾

ところでサヴィニーは、以上のような実定法の担い手、法源に關してのみならず、その内容についてもふれている。⁽⁸⁹⁾ 即ち実定法は、現実的には個別的民族の法であるが、法創造の爲の共同行為の枠としての個別民族は同時に共通の人間精神の担い手でもある。従つて民族法には各民族固有の個別的要素と、人間本性の共通性に基づく普遍的要素が認められるのであるが、前者は歴史的に、後者は哲学的に学問的対象として認められてきたものである。法の一般的課題を、個々の民族は歴史的に特別な仕方であらう、その生の力によつて解決するにすぎない。従つて、自然法論や制定法実証主義のように、この両要素のいずれか一方のみを重視することは許されない。民族法はこれら二要素の相互作用の触発により発展するのである (vgl. *insbes.* S. 20f., 51ff.)。

それでは法の一般的課題とは何であらうか。これは人間本性の倫理的規定であり、キリスト教的生き方に示されている。「けだしキリスト教は生活の原則として承認されるべきものにとどまらず、實際に世界を転換させたのであり、従つて、我々のあらゆる思考は、それがキリスト教にとつていかに異質であり、敵対するものにみえようと、やはりキリスト教により支配され貫かれているのである (S. 53f.)」。法はこの一般的目標を有することでその独自の存在を失うものではなく、「むしろかの一連の一般的課題の条件の中において、全く特有の要素として現われ、自らの領域においては無制約に支配し、それ故全体とのかの結合を通じてそのより高度の真理を勝ち得るにすぎない」。法はこの目標を有するだけで完全に十分であつて、倫理的原則の他に、公共善というそれとは無關係の國家經濟的原理を必要としない。

これは、自然を支配することを目標に、「人間本性の倫理的目的を實現する手段を増し、純化しえても、新たな目標は示しえないからである (S. 54)。」

それでは、この兩要素はいかにして特定の民族の實定法に現われるのであろうか。前者の民族的に個別的な要素は、法の単なる文言として固定されれば、嚴格法 (*ius strictum*) となり、また法の根拠 (*ratio iuris*) ともよばれる。そしてこの限りでは民族法は不完全ではあるが、やがて普遍的原理を受容し、それにより自らを拡大する能力を有している。これに対して法の普遍的要素は、最も純粋かつ直接的に現われる場合と間接的・混合的に生ずる場合がある。前者は、法の倫理的性質が一般的に働いている場合であり、「人間の、いづくにおいても等しい倫理的尊厳と自由の承認、法律制度によるこの自由の實現、ならびにこのような法律制度の性質と規定から實際に生ずるすべてのこと、近時の人々が事物の本性 (衡平あるいは自然の理性) と稱するすべてのもの (S. 55)」である。それが間接的・混合的にしか現われない場合においては、「(1)法の領域外の倫理的目的——最近時の法では教会目的をも含む——の尊重、(2)国の利益、(3)個人の福祉の家父長的配慮、たとえば取引の促進、特別の危険に対する女性や未成年者のような若年のクラスの保護」も同時に認められているのである (S. 55f.)。換言すれば、これらは本来の歴史的民族法とはいえないのである。

かくて法の成立根拠からいえば、法は、「純粹に法領域自体に基づく」嚴格法及び衡平法であるか、この限界をこえる諸原理即ち法外の諸目的をも同時にその目的とするものの二つに分かれる。この区別は重要であるので、次の法の分類において論ずることとしよう。いづれにしる、立法は、「個別的な生活の新鮮な力を弱めることなく、一般的な目標をより確実に認識し、それに近づぐ」ことをその使命とするのである (S. 56)。サヴィニーは、制定法を本来完全・無欠缺なものとは考えておらず、従つてこのような努力によつてのみ實定法の全体に近づきうるのである。

サヴィニーにおける法の意義を考える上で参考になるのは、ウルピアンの *juris praecepta* に関する彼の説明であ

説
る。⁽⁴⁾

論

尊嚴が外的に知覚しうる限りでの、自らの人格における倫理的尊嚴の維持」であり、第二は、「他人の人格それ自体の尊重、即ちいわゆる原権の実際上の承認」、第三は、「他の人間の全取得権の承認」であるという(S. 407f.)。これらはしかしウルピアンの主張と異なり、全て法規ではなく、「むしろ法規がその基礎をその内に有する倫理的規定」である。第三のものは、「ここて取得権の体系と同等の内容と範囲を有する、正義の倫理的要請であ」り、第一・第二のものは、法規の発生根拠である。第一からは、boni mores, turpe の侵害に対する法制度が生じるのであるが、「しかしこれに属するのは、同時に真理と誠実さ (Redlichkeit) の要請に基づく法規の、最も重要な、非常に多くを包括する総体であり、それ故、私法の全ての部分への詐欺の極めて多様な影響なのである。これらの法規については、そのいずれのうちにも固有の、他の praeceptum から独立の正当化を見出すことにより、これらが同時に第一と第二の praeceptum に属しているといえる。それ故三つの praecepta は、法規ではないが、その発生根拠による法規の分類を基礎づける。ただ勿論誰も、権利の体系をこの秩序に従い論じようと考へないにすぎない。」そしてその内的本質からいえば、第一のものが、それが最も内的なもの (das innerlichste) であり、その内に他のものの胚をも含むが故に、最も高いものであり、第二はより外的性格を有し、第三のものは更に外的となる。従つて第二・第三のものは、法的に行爲する人間の倫理的見解とは独立に把えうる。「それに対して三つの praecepta の法に対する重要性と効用 (Fruchtbarkeit) をみれば、その関係は正に逆となる。第三のものが、法規の最も豊かな源であり、第二及び第一のものは、段階的に豊かさを見失う。法が、その本質上、外的共同生活の領域に属するが故に、けだし当然である (S. 410)。「ここにおいて、法と倫理の関係、倫理の持つ意義が明らかであろう。正義は、法の根底にあってその倫理的基礎としては最も貴いものであ

るが、実定法に直接作用する力においては、他の要請が強く働く。法の哲學的構造の断面、即ち、その普遍的要素への帰納的發展への段階が示されるのである。

(iv)ところで法の体系は必然的に法の分類をも問題とするに至るのであるが、サヴィニーは以上の論述とからめて二つの法の区別をとり上げる。ここにおいても単なる論理的区別は排され「事物の本質 (das Wesen der Sache)」が問題なのである (S. 59, 63)。

第一のものは、絶対的法と媒介的法の区別である (S. 57ff.)。絶対的規則はまた命令的規則ともよばれるが、法有機体の性質、政治的・国家経済的・直接的倫理的考慮により、「個人の恣意の働く余地を認めず、不変の必然性をもって支配する」のであり、ローマ時代には特に国家利益又は善良な風俗をあらわして *ius publicum*, *ius*, *ius commune*, *ius forma* とよばれた。媒介的法規は、個人意思の自由を認め、それが行使されない場合にのみ、それに代えて、「法律關係に必要な明確さを与える」法規である。これと同様の考え方から、制定法を命令的、禁止的、許容的なものに分類する者もあるが、法は制定法に限定されるものではないし、命令的、禁止的というのは肯定・否定という論理的形式によってのみ区別されているにすぎない、また許容か否かというより意思の不完全さを補うことが重要なのである、としてこれを退ける。ここでは、次の例外法との關係が注目される (絶対法が同時に例外法たりうるかという意味での)。

第二の区別 (S. 61ff.) は法規の發生の由来により、*ius* 又は *aequitas* の純法領域に發生するか、これと異なる領域かにより分類されている。例外法 (*anomalisches Recht*) は、法にそれと異なる要素が入り、法の理に反する (*contra rationem iuris*) 規則であり、ローマ時代には利益又は必要に基づく特別法 (*ius singulare*) と呼ばれた。原則法 (*regelmäßiges Recht*) は、法領域に發生する法規である。特別法は、①「純粋に実定的」で、特定立法者の意思、或いは稀には太古の國民的觀念の産物即ち起源の明らかでないものとして現われる。夫婦間贈与の禁止は、倫理的見解に基

説 づき、法原理に依るのではない。②論理的に、原則法の例外である。③常に一定のクラスの人・物・法律行為に限定す

るものとして現われる。しかし法適用をあるクラスへ限定することが例外法を成立せしめるのではない。個々のクラス

の人との関係では、通常は、その目的は、原則法（衡平）のように全当事者の平等の取り扱いではなく、外から法に入

ってきた利益により、このクラスの利益又は不利益を対象とする⁽⁷¹⁾。このようにみるとこの概念は普遍的なものであり民

族法として歴史的なものではないが、*utilitas* ⁽⁷²⁾であったものが、時と共に法の理となるように歴史的性質を持つに至る

こともある。国家権力又は契約により定められた個別的例外は特権と呼ばれるが、これは法の普遍的要素でなく、特別

法と同視されえない。

さて以上で説明された法規の分類は、法の普遍的課題の現われ方と密接な関連を有しているが、ローマ法上の市民法

と万民法の区別においても、再びその点の説明がなされる (S. 107—116, 413—420)。即ち、ローマの支配領域の拡大

と共に、固有の市民法の他に外人の法の適用が必要とされるに至ったが、ローマ人と異民族に共通の法として、自然の

理 (*naturalis ratio*)、即ち「人間の本性にうえこまれた共通の法意識」に基づく万民法が成立した。一般には、同時に

両者にまたがる法制度も存在し、更に内国法にのみ特有の、実定的に制約された法制度の多くも、「普遍的核」⁽⁷³⁾を有し、

「それ故その普遍的本質に従い、異国の法においても、形を変えるのみで同様に現われ」た。ただ、「厳格に実定的性

格の最も強い相続法」(S. 112)においては、これはほぼ否定される。ここに前述の法に関する一般論が、ローマ法に

適用されたわけで、国内法と共通法（市民法と共通法）は、厳格法と衡平法 (*ius*) 又は *juris ratio* と *utilitas* との

対比に類似する。ただ注意すべきは、万民法は、全ての民族に内在する法であり、人間本性に基礎をもつ共通の法意識

による自然法 (*ius naturale*) と同様に用いられるが、ローマにおいては「実定的な、歴史的に発生、形成されてきた

法 (S. 113)」である点で、実定法たる市民法の反作用を絶対的法についてうけるのであって、市民法上禁止された事

柄は、他民族にそれが知られていなくともローマにおいては万民法においても存在せず、また効力をもちえなかつた点である。⁽⁷⁴⁾しかし、以上のような市民法と万民法の区別は、實際の重要性を失つたのである。

かくて以上のところに従い、法の性質をその成立根拠からまとめれば、次のようになる。法の普遍的課題は、キリスト教的な人間本性の倫理的使命に尽きるのであり、これが個別民族の生の力により個別的要素として現われれば、嚴格法、法の理性となり、⁽⁷⁵⁾普遍的要素として直接かつ純粹に現われれば、法の倫理的性質が一般的に働き、人間の倫理的平等・自由が法的に保障されるのであり、その法制度の實際的、即ち有機的帰結、⁽⁷⁶⁾事物の性質(条理)とよばれるものとなる。この法はまた原則法ともよばれる。以上は純粹の法領域に成立する法となる。これに対して、法領域と共通の目的、即ち人間本性の倫理目的達成を志向しながらも法領域の外に存する諸原理と共に法の課題を追求する場合には、普遍的要素は間接かつ混合的に現われるにすぎない。これは例外法と呼ばれる。⁽⁷⁷⁾例外法が本来普遍的で非歴史的であるというのは、これが個別民族共同体の実定法として出現しながら、本来各民族に固有の法本来の目的を追求するものではないことに由来する。しかし、これが歴史的性情をとり、利益が法の理性に吸収されるという過程も生じうる旨の指摘は(S. 64)、前述の個別的要素の中に、この例外法の要素、即ち利益や良俗の生じうる余地を認めたのであり、彼の叙述に当初欠けていた、いわば間接的・混合的個別的要素というカテゴリーの存在の可能性が示唆される。尚、市民法と万民法の区別は、ほぼこの両者にまたがるものであり、それ自体は個別的要素と普遍的要素に概ね対応するものとして扱えられる(S. 112(r)).⁽⁷⁸⁾

ここにおけるサヴィニーの方法の特徴は、法の哲学的要素||普遍的課題が極めて客観的なものとして提示されていることである。これは彼の確信、ならびに法の觀念にかかわる問題であるので、後にふれることとする。

(v)ところで、法がその客観的側面のみならず、主観的な側面を有することは、既に冒頭で明らかにされた。しかし、

「体系」の主たる対象である私法の性格からいえば、当然のことながら後者の意味における法の検討が中心にすえられねばならない。

サヴィニーの法理論は、彼のいう現実の法現象の觀察に始まるが、法の国家法性、その対極としての自由な人の本質の考察、即ち現象の有機的性格と法の倫理性がその考察の中心をなす。キーフナーは、サヴィニーの体系の基礎概念として、人、自由、意思をあげるが、これは以上のようなサヴィニーの考察の結果である。既にサヴィニーは、国家の重要な任務として、人の恣意の客観的規定をあげるが、それは、国家の社会的性格と、その基礎をなす人間の自由の承認に基づいている。有機体たる人間集団の必然的發展としての倫理的性格の承認がそれに続くのである。⁽⁸⁰⁾

人は自由である。しかし人間は孤立して生活するものではなく、他の人間との共同体の中に生きるものである。従って、他人との「接触を保ちながら自由な人間が互いに助け合い、妨げることなく自らを發展させながら共存してゆくべきものであるとすれば、これは各個人の生存と活動に確實かつ自由な範圍を保障する不可視の限界を承認することによってのみ可能である。この限界と、それによって自由な範圍を定める規則が法である(S. 331f)」。この法は、サヴィニーにとっては有機的な人間の自然的全体としての各民族に、内的必然的に所与のものである。「つまり人がその出生によってある家族、しかも通例婚姻により法的に秩序づけられた家族の分枝となるように、まさにそのように、人は出生によってある民族、そして同時に民族の特定の法形式における顕現であるにすぎない国家の分枝となる。民族、または国家との紐帯によって個人は、それを意識しうるずっと以前に人類の全体へと結合されている(System III, S. 311)」。かくて法は民族を主体として成立しながら、その民族を構成する個人の自由を、その多数の個人の全体的共存、即ち民族の有機的存在と發展の観点から、一定の範圍に画定する。この意味で、法は、「外的共同生活の領域に属する」存在(S. 410)であり法の外在性のみとめられると共に、権利は、「自由な存在の共同生活の必然的条件」(System V, S. 1)となるの

である。ここに民族が本質的に自由な個人相互の關係を規定しうるのであるが、民族において法がその普遍的要素と深くかかわっていたように、個人においても現実の個体の包含するその普遍的要素と法の關係（法の存在とその必要性）が問題とされなければならない。この点についてサヴィニーがカントの法哲学の影響をうけていることはつとに知られた事実であるが、法と倫理の關係を個人について以下のように説明する。法は各個人の自由の範圍を定める規則であるが、「それによって法と倫理の類似性と相連が同時に与えられる。法は倫理に奉仕するが、それは倫理の命ずるところを實行することによってではなく、各個人の意思に内在する力の自由な展開を確保することによってである。しかしその存在は独自のものであるので、個々の場合に、真に存在している法の非倫理的な行使の可能性が主張されたとしても、それは矛盾というわけではない（S. 332）。」私法は、個人をめぐる法律關係の總体を対象とし、個人が法律關係の中で生活し、それを一定の形にまで形成することを目的としているが、それ故に、個人を包含する法創造の人格主体としての民族が、無条件、絶對的に個人を支配することを意味するのではなく、個人の人間本性の倫理的規定という法目的に照らして、人の倫理的意思、自由に力を与えるという形をとっている。勿論、法自体はその場合に倫理に從属する存在ではなく、それとは独立の性格を保有するのであるが、法と個人を媒介する民族におけると同様に、個人の倫理的な倫理的人格性を、少なくとも一般的・形式的には措置しているのである。即ち、「すべての法は、各々個々の人間に内在する倫理的自由のために存在している（第四節、九節、五二節）。従つて人、あるいは權利主体の本来の概念は人間の概念と重なり合っているのである（System II, S. 2）」これが、サヴィニーの考える法の原則であり、ただ、この人の本来の概念が、実定法により修正を受けるにすぎない。従つて法の支配する人間關係においては、原則として法の目的は人間自体であり、法律關係はその存在と状態の手段にすぎないのであつて、一般倫理的に基礎付けられた法的枠組の中の個人の意思の及ぶ範圍が問題となるのである（vgl. S. 33, 35f.）。キープナーが既に明らかに指摘したように、本

説 来的法律関係はその限りでそれ以上の目的を有しないのであって、それ以外の後見的な目的を有するものは例外である。それ故、法外の倫理的目的を特に有する法律関係も、例外に属するのであるが、それ以外の例外同様に、以上の一般的目的自体を排除しているわけではない。かくて法及び法律関係は、倫理と独立の存在を保ちながらも、即ち必ずしも直接に倫理を目的とするものでないにもかかわらず、その枠組において倫理的性格を帯びているといわざるをえない。⁽⁸³⁾

これは、原則法と例外法の対応についても、確認しうることである。

さて、法の存在を個人との関係で以上のように把握すれば、そしてまた既にふれたように国家の性格を積極的に位置づければ、次に個人の実際の活動と法の関係を示す場としての法律関係が問題となる。

「……全ての個別法律関係は、法規により規定された、人と人との関係として現われる。法規によるこの規定は、個人の意思が、全ての他人の意思とは独立に支配しうべき領域が、それに指示されている点に存在する。従って、全ての法律関係には二個のものが区別される。即ち第一に、素材、つまりかの関係自体であり、第二に、その素材の法的規定である。第一のものを、法律関係の実質的要素、あるいはその内における単なる事実 (die bloße Tatsache) とよび、⁽⁸⁴⁾ 第二のものをその形式的要素、つまりそれにより事実的關係が法形式へ高められるものと呼びうる (S. 333)。

しかしながら、全ての人間と人間の関係が、法規によるそのような規定になじみ、またその必要性のみとめられる法領域に属するものではない。この点については三つの事例が区別される。法領域への帰属、あるいは法規による支配が、全てに及ぶものと、また全く及ばないものと、更に部分的にのみ及ぶものである。第一のクラスの例としては、所有権が、第二のものについては友情が、第三のものについては婚姻があげてはまる。婚姻は、一部は法領域に亘るが、一部はその外に存するからである (S. 333f.)」

ここに、素材たる人間生活の現実、法外の事実と法の対象たる事実とに区別される。そして後者の「個人意思の独立

支配領域」たる法律関係について、その意思の及びうる対象としては次のようにいえる。「提起された問題を單純に論理的に考察すれば、意思の支配の三つの主要対象、即ち自己 (die eigene Person)、不自由な自然 (die unfreie Natur)、他人 (fremde Personen) が認められる。従つてこれによって法律關係の主たる態様もまた三通りあるというべきように思われる (S. 335)。」しかしながら、自己を対象とする権利は、当時自然法の影響の下に主張されていた生得の「原権 (Urecht)」に対応するものとしては認めがたい。⁽⁸⁵⁾「勿論、第一に、自らとその諸力に対する人間の合法的権能は疑いえないし、疑わるべきものではない、更にそれにとどまらず、例えば所有権や債権が、我々自らの人格的なる力の技巧的拡張として、即ち我々の自然の本質に技巧的に付加された新しい器官としてのみ我々にとって意義と価値を持ちうるように、全ての眞の権利の基礎であり前提でさえある。しかしながら、我々自身に対するかの権能に対しては、実定法による承認と限界付けは必要ではない。」し、原権の思想が、かの自然的権能とその技巧的拡張を不必要に同視することも認められない。第二に、多くの個別的な眞の法制度にとつては、その出発点は、かの人間の自らに対する自然の権能を他の干渉に対して保護する点にみとめられる。⁽⁸⁶⁾これらの権利について、人の不可侵性は最終的根拠ではあるが、権利はその純粹の展開とは認めがたいし、むしろ、「その特別の内容が、かの不可侵性自体と全く異なっている全く実定的な法制度をなしている。それでもそれら〔の権利—筆者〕を、自己に関する権利と称しようとするのであれば、この名称によつてその眞の性質がただあいまいにされるにすぎない (S. 336f.)。」従つて、「我々のこれからの検討のなされるべき唯一のものとしては、〔原権と対比される—筆者〕取得権 (die erworbenen Rechte) が認められ、従つて、可能な意思支配の更に二つの対象のみが我々には残される。即ち、不自由な自然と他人である。」不自由な自然は、全体としてではなく特定の空間的限界内でのみ支配され、これは物であるので、その「最も純粹にして完全な形態は所有権」である。これに対して他人を対象とする關係は、二つに分れる。第一に、各人が「それ自身独立の完全体として、即ちそ

の抽象的人格においては相互に完全に別個の（しかし同種の）存在として対立するものと看做され、従つて他人を全面的にはなく「ただ他人の個々の行為のみ」を我々の恣意に服せしめる「債務（Obligation）」となる。これは所有権と同様に、「共に外界の一部に対して拡張された我々の意思支配を含み」、「権利者の力はその存在の自然的限界を超えて外に向かつて拡張される」のであり、更に、貨幣所有権（Geldvermögen）に他ならない金銭評価を許し、また所有権の取得又はその一時的享受を目的とする点で所有権と密接な関係に立つが、他人を絶対的に支配しない点で區別される（S. 338ff.）。第二に、「個々の人間をそれ自体独立の存在としてではなく、人類の総体たる有機的全体の一員として」みる法律関係、即ち「この大きな全体とのその関連は、常に特定の個人により媒介されるのであり」、従つて個人が債務におけるように独立の完全体としてではなく「大きな自然関連における補充を必要とする不完全な存在として」現われる法律関係がある（S. 340）。この不完全さとその補充は、二つの方向、即ち第一に、性の分離という個人の不完全さの克服としての、「婚姻による個人の補充」、第二に、個人の時間的限定性の補充として、生殖による継続、即ちローマ法上の父権と、その展開又はその自然的類似性による親族関係がある（S. 341）。これらの総体が親族（Familie）であり、これに関する法律制度が親族法とよばれる。かくて、法律関係で問題となるのは、一部だけその意思支配が法領域に属する親族において拡大された自己と、全ての意思支配が法領域に属する外界であり、後者は財産権（Vermögensrecht）と呼ばれ、更に物権と債権に分かたれている（S. 340, 344f.）。「しかしながらこのように分類されて存在する権利の種類は、我々の抽象に存するのみであり、現実には多様に結合されて現われる。それ故この絶えざる交渉においては、相互の影響と修正が不可避である。挙げられた三種の個別法制度を今詳しく考察することにより、同時にこれらの修正、ならびにその制度が我々の実定法においてとげた特別の発展が顧慮されなければならない（S. 345f.）」

ここでは、本来の無限に個別的な生活関係が、その単なる現象形態を超えて、その内在的規定に従い次第に典型的な

法律関係へ集約されていく、即ち事実から法的規定へと導かれていく過程が認められるのである。⁽⁸⁷⁾ ヴィルヘルムの指摘するように、法律制度・法律関係ではなくて「自然的前法的関係」を基礎に、個人間の自由の国家による調整、即ち実定法による修正、発展が彼の体系の対象となる。⁽⁸⁸⁾ サヴィニーは、このような過程を親族法、財産法（物権、債権、相続権）等について検討した後に、法律制度のリストを作成する。法律制度自体は、主観的法たる権利の基礎としての法律関係に対応して、客観的法に属するのであるが、体系が実定法を素材とし、その帰納により成立するとすれば、法律関係の類型として存在する法律制度の分類を要請するのである。既に生活関係、従って法律関係の典型化で始められた形式的体系化への動きが、更に法律制度において展開される。体系は、まさに「法律制度の親近性」による分類となるのである。既に述べたように、実定法は、有機的連関の中で法律制度の「生き生きした直観」の内に生きていたのであり、抽象的法規の基礎として有機的性格を有するのであるが、このような法生成論を経て、次に実定法を素材に体系化する場合には、「まず別個に構成され、その後任意に結合される」のであって、その形式的性格を顕わにする。⁽⁸⁹⁾ ここに「方法論」で述べられた法の技術的要素がとりあえずその政治的要素と分離して現われる。従って法律制度の分類においては、対応する法律制度の分類との間に密接な関連性が認められるにもかかわらず、学問的な法体系の基礎としては、充分ではない。この間の事情は以下に明らかであろう。

「ここで試みた法律制度の構成は、その内的本質、即ち法律制度を内包する人間自体の本質との有機的連関に基づくものである。その他の性質は、それに対して比較的従属的なものとして現われ、それ故全法体系の基礎にはふさわしくないように思われる。」第一に、「法律関係の客体、又は法律関係を通じて我々の意思に本来服しめられるもの」。これは、何が我々の支配に服すべきかという問いをまず前提にする。第二に、権利者に対立する者による区別。(1) 全ての者に対して……物権と相続権、(2) 特定の個人に対して……親族関係と債務。しかし(2)においては、後者は他人意思への部分的

説 服従であるのに対して、前者では自然・倫理的生活関係と法的生活関係がその併存と結合により、服従が法律関係の内容とならずにむしろ家族結合の存在の承認を全ての者に要求しうるものであり、両者の類似性は外的偶然的なものにすぎない。従って現代ローマ法に意義のある個別的法制度の分類は以下のようなになる。

婚姻 (Ehe)

父権 (Väterliche Gewalt)

近親関係 (Verwandschaft)

後見 (Vormundschaft)

純親族法 (Reines Familienrecht)

物権、又は所有権及び Jura in re.

債務

応用親族法 (Angewandtes Familienrecht)

相続法 (Erbrecht)

「しかしながら、それらをこのような序列によっても叙述することが可能かつ目的に適っているか、即ち、これらの制度の概念が我々の眼前に現われる自然的順序が、同時に目的に適った講学上の順序であるのかは問題である(S. 142)。」そして「最も単純かつ目的に適った」叙述の基礎としては、物権、債権、親族法(純粹、応用)、相続法が採用される(以上第五八節)。かくて、体系の有機的性質は、実定法の有機的原则の抽出により担保されると共に、その外的形式においてもその表現を見出すが、既にここに後の形式化への端緒が見出されるのである。

(iv) サヴィニーの法理論上、今少し紹介すべきは、「制定法の解釈」についてである。法は、所与の法規として現われるが、それが現実へ適用されるに当って、学問、判決、個人の生活上問題とされる。しかし、学問法、慣習法上は、この

精神的活動は、さして如上のところに従えば困難ではないにもかかわらず、制定法では、特に解釈を必要とするのである。これは、「我々がその制定法をその真理において認識する、即ちその真理が、原則に即した手続の適用によって我々に認識しうるようになる」ことである。「それは、それが生活へ関与すべき場合にはどの制定法についても必然的であり、従ってこの普遍的必然性のうちに同時にその正当性が存するのである(S. 207)。」従って、一般に考えられるように、解釈は、「制定法のあいまいさという全く偶然の事情」によるのではない(S. 207)。³⁹⁾それは病的な状態からの出発であり、かつ欠缺のない法の解釈を許さないことに至るからである(S. 328)。しかし同時に法のあいまいさも放置されてはならない。制定法は、「法律関係の性質を確立すること、即ち、それによりかの法律関係の存在が錯誤や恣意に對し確保される何らかの考え(それが単純なものであれ、複合的なものであれ)を述べることに規定されている。この目的を達成する為には、法律関係との交渉において、その考えをまずもって純粹かつ完全に把握ねばならない。」「このことは、思考上立法者の立場に自らをおき、それ故、その活動を技巧的に自らのうちで反復する、つまり、その制定法をその考えにおいて新しいものから成立せしめることによって、行われるのである。従って、それが、制定法に内在する考えの再構成と規定されうる、解釈の作業である。このようにしてのみ、制定法の内容へのより確実かつ完全な洞察をうる事が可能であり、それ故そのようにしてのみ、制定法の目的が達成されうるのである(S. 233)。」この意味では他の、表現された思想一般の解釈と同じものであるが、法解釈の特徴は、その構成にある、即ち、その文法的、論理的、歴史的、体系的要素に区分されるのである。そしてこれらにより解釈がなされるのであるが、二つの条件を必要とする。「第一に、我々の前にある考えの個々の表現がそこから生ずる精神的活動を生き生きと思ひ浮べること、第二に、その関連性を所与のテキストの中に直ちに認める為に、この個々のものがそこからのみ光をもちうる歴史的・ドグマ的全体の直観(Anschauung)を十分に自覚すること」である(S. 215)。解釈は、従って、眞の法知識を制定法か

説
らでできるだけちうることを目的とするので、「言葉の内に封じこまれたものをとりだし、明らかにする (S. 216(c))」のである。その成果は、解釈者及び立法者の技術に依存しているので「そのいずれか一方の首尾が他方に依存しており、また守られているということによって、適切な立法と適切な解釈の交互作用がみとめられる (S. 216)といえる。」

制定法の内容を意識するという解釈にとって次に問題となるのは、制定法の根拠 (der Grund des Gesetzes (ratio legis)) である。これは、第一に過去の、現在の制定法をその実現としてもたらした既存の、より高度の法規の意味にも、また第二に未来の、制定法によりもたらされるべき効果、即ち、制定法の目的 (Zweck) 又は意図 (Absicht) の意味にも用いられる。両者は立法者において結合するのであるが、既述の原則法と例外法の関係においては、その意義の相違が認められる。原則法においては、より完全に展開されるべき既存の法規が問題であって、「その目的はその法がより明らかに (bestimmter) 認識され、より確実に (sicherer) 適用されるという単に一般的なものにすぎない (S. 217f.)。」それに対して例外法では将来に達成されるべき関係が中心であり、たとえば、「暴利法によって、貧しい債務者の抑圧が防止されるべきなのである。それ故先行するものは、特定法律行為により全体の階層の安寧 (Wohlstand) が危険にさらされる場合に一種の後見的監督により介入する単に一般的な格率にすぎない (S. 218)。」

制定法の根拠は、その中に自ら明らかにされていることもあるが、その場合にも制定法の、「法を規定する内容 (der das Recht bestimmende Inhalt des Gesetzes) とは区別され、その構成部分とみなされてはならない (S. 218)。」その根拠がなくとも、制定法の拘束力は変らないのである。この根拠が用いられるのは、「制定法の内に含まれる法規の性質」を定めるべき場合であり、たとえば絶対的か媒介的か、原則法か例外法かの確定が問題となる場合であって、その解釈の為に用いることは疑問とされる。瑕疵ある制定法の解釈の補助手段としてこの「根拠」が一定の効用を認められるが (S. 224f, 233ff.)、立法者の考え自体の訂正に至る場合には、解釈の枠をこえ立法となる点の警告がなされてい

る (S. 235, 238, 322, vgl. S. 225)。何よりも、立法の内的関連が重視されねばならない (S. 223f., 232f.)。

法源全体の解釈においても、以上の個別制定法の解釈の原則が参考とされるが、ここでの基本原則は、法源間の牴觸の除去と欠缺補充の形による全体的統一の形成である。前者のうちには法の階層的牴觸も含まれているが、ここで重要なのは後者の「類推」の問題である。サヴィニーは法源の欠缺の補充を自然法によるのでなく類推による。(欠缺補充の)「第二の見解によれば、実定法のうちに有機的に形成する力を認めるので、我々の実定法はそれ自体から補充される。この手續を我々は、実定法に関する我々の基本的見解に従って(第五節)、正当かつ必然的なものと承認しなければならぬ。それは、矛盾(法源間の牴觸—筆者)の除去による統一性の回復の爲にも既に適用されたものと(第四五節)本質的に同一のものである。このような手續により見出された法命題が所与の実定法に対する關係を、類推(die Analogie)とよび、従ってそれが、全ての見出された欠缺を補充すべきものである(S. 290f.)」この類推が、第一段階として働く場合は、従来知られていない新しい法律關係の爲に、既存の実定法の内には存しない「原型(Urthild)」としての法制度を既存のものとの内的類似性の法則に従い形成すべき場合があげられる。第二の段階としては、既存の法制度のうちに個別の法問題が新たに発生する場合であり、その場合には、「その制度の属する法命題の内的類似性により」答えねばならない。「その目的の爲には、個々の制定法の根拠への正当な洞察が(第三四節)非常に重要となる(S. 291)」。この類推的法発見は、法の形成發展(Forbildung)の爲の刺激として、たとえば立法によつてなされるが、また、純解釈問題としても生じる。たとえば、裁判官が、新しい法律關係、或いは新しい法問題の解決を求められる場合である。後者の場合が更に検討を要するものとされる。

サヴィニーは、類推の前提として、法の内在的首尾一貫性(die innere Konsequenz des Rechts)を認める。これは、根拠と効果という単なる論理的に一貫性に限らず、「同時に、法律關係の實際的性質の全体的直観及びその諸原型から生

説
ずる、有機的「一貫性」である。この所与のものは、*ex argumento legis* の解釈と称される、特定の個別制定法であることもあるが、「それ自体が抽象の技巧的方法により成立した、法理論の構成部分のうち」に「みとめられることもある。これらは拡張解釈とは異なり、「何らかの主要な制定法の真の考えが全く欠けている」ことを前提に、「法の有機的統一性」によりそれを補充するのである (S. 293)。

サヴィニーは、更により詳細な解釈に関する諸問題を論じており、それ自体は極めて重要かつ興味深いのであるが、ここでは以上の要約をかねて以下のことを指摘するにとどめておこう。第一に解釈論の典型である制定法のそれを超えて、サヴィニーが問題とするのは、解釈の前提としての対象の性質である。従って法源全体としてみれば、制定法は重要な法源であってもその全てとはいえず、従って基本的には実定法の解釈が問われねばならない。そしてサヴィニーは、その解釈の前提として対象の内に存在する有機的統一的性格を認め、そこから彼の解釈方法論を展開する。そこに次の主張の意義が明らかになる。即ち「我々の側により要求されるのは、精神的活動であり、それ故、いかにそれが往々にしてまた単純に見えようと、学問的作業 (*ein wissenschaftliches Geschäft*) であり法学の始まりであり基礎である。これまでは法創造へ共に作用する原理としてのこの点が述べられたのであるが、ここでは、それが、それとは独立に成立した法を受け入れ、特定の意識にのぼらせる限りにおいて逆の方法であられる (S. 206f.)」かくて法学及びその展開としての法体系の構成が、具体的な事実と法規の関係として重視される。既存の実定法の生命力と、その有機的發展を現実の形において保障するものが法学なのである。法形成 (殊に立法、法学) と法解釈の関係がここに現われるのである (vgl. noch S. 263)。

さて次に、制定法におけるその根拠が問題となる⁽⁹⁾。サヴィニーは法内容と一致する制定法の根拠のみを肯定的に取り扱うが (S. 219f., 233ff.)、一般にその解釈の手段としての適用範囲は広くない。それはサヴィニーが主要な対象とす

る原則法が本来特別の法目的を有しないことに由来する。ただ法規の体系化は、その分類、殊に全体との関連を明らかにすることにより果たされるので、「個別制定法に関して前に考察された制定法根拠 (der Gesetzgrund) が (第三四節)、より重要な意義と効力を得る。それ故、法学の有機的に形成する法学の力が (第一四節)、ここでは最も広い拡張のうちに現われるのである (S. 203)。」かくて法の内容について既に述べたところと相まってみれば、制定法の根拠はその解釈にとって例外的な意味しかなく、ただ、法の分類上即ち法の現実の在り方の把握にとって重要な機能を営んでいるといえよう。

サヴィニーが既に予告したように (S. 65(aa))、例外法の性質は、この解釈方法論の中で明らかにされ、そのいくつかは既に紹介したところであるが、例外法の類推についての以下の叙述を紹介しよう。「そのような例外法を、つまり、まさにその内に存在する例外を拡張する為にはなく、類似の、真に未解決の法問題をそれに従って解決する為に用いようとすることもできよう。そうすれば、類推の事例が、真に存在するということになり、今主張された非難の根拠はもはや当らないということになる。しかしながら、そのような場合においても、正に例外的法命題は、類推による解釈の為に用いられてはならないのであって、その為には、原則法の類似の命題を探索すべきである。蓋し、類推による全手続は、まさに、法体系の内在的関連性のみ依拠しているからであるが、例外的法命題は、異質の原理 (fremd-artige Principien) に由来しており、従って法体系には単に付加されているにすぎず (第二六節)、それ故、原則法の有する有機的に形成する力は、それにはみとめられえないからである (S. 204)。」例外法は、既に存在する法原則の実現を目的とするのではなく、法の目的・意図としての将来の効果を有する点で、自然な法とはいえないのである。それ故に、制定法に含まれる法規の性質を確定する為には、制定法の根拠が用いられる。原則法については、その法の認識及び適用が、次に例外法については、その法の目的・意図が、それにより明らかとなるからである。

(7) サヴィニーの法に関する見解の以上の紹介は、未だ決して充分であるとは思われないが、我々の当初の目的からみてここではこれ以上深く立ち入ることは必要とは思われない。ただまとめをかねて若干の論点にふれておこう。

(i) サヴィニーの思考の特徴は、法の有機的性質に認められるように、現象から出発してその本質に至る内面的性格に認められる。そこに外面的現実的な法を、それ自体として完全かつ全面的に把握し、そのことによってそれ自体の中からの継続的成長・発展を保障する独自の方法が工夫されるべきことになる。具体的には、これは彼の法学方法論の検討を要請するのであるが、ちょうどヘーゲルが理性によってその弁証法の体系を構成しようとしたのに対して、直観 (Anschauung) が統一的・發展的秩序の存在への信仰を前提に、その説明・発見原理としての機能を担うこととなった。それ故鋭い「直観」が、法曹の資質としても重要なものとされたのである。そして彼の (法的) 論理は、現実 (たとえば国家) とその有機的基礎 (民族)、更にその本質 (精神的共同体—人間精神) の三段階に構成され、多用されるディヒトミーの中で継起的かつ階層的に出現する。従って実定性の概念に認められるように、純論理的・二分的構成の中に、この三つの段階が、その発想の質として現われ、それ故、彼の言葉を借りれば、有機的な発展の構造として理解すべきことを要請する。純論理的把握は、彼の理論の分析においては単なる補助的手段となるのである。これに加えて、「法学」が彼の体系に占める実際の機能の解明が加われば、サヴィニー法学の本質は完成する。

このような思考の特徴がいずれに由来するかは、更に充分な研究を要するのであるが、彼の宗教に対する態度も一つの重要な手掛りを提供するであろう。即ち、従来サヴィニーは、節度・寛容・調和の人であり、品位を重んじる人であるといわれており、これは彼の学問に対する態度においても現われるとされている。確かに彼は、自らの明確な思想の確立と表明においても、慎重かつ熟慮を重ね、従って対立する主張の内にも極力その正当な根拠を認識し、それとの総括を図る、即ち党派性・偏見を極力排する努力の上に、問題自体を冷静に自らの思考により解決しようとする態度、あ

くなき真理探究への熱意が認められる。その意味で対立はより高次の統一に解消されるべきであり、職業も神に委ねられた使命である。夙に指摘されるように、サヴィニーの生い立ち（一三歳で孤児となる）やその母に授けられた宗教的教育がこれに大きな影響を及ぼしたことは想像に難くない。⁽⁹³⁾そして「体系」が娘の死に触発され自らの使命の完遂として著わされた経緯の示すように、晩年のサヴィニーの思想においては、特にこのような彼の宗教的な態度が大きく作用したように思われる。敬けんなキリスト者として、かつ宗派の対立をこえたその普遍的使命の実現への意思は、更にこのような試練を経て確固としたものとして、彼の全ての精神活動に働いたと考えられるのではないだろうか。この「イレニカー」⁽⁹⁴⁾としてのサヴィニー像が、彼の法思想の分析においても今後更に解明を要するものと思われる。目下のこの点に関する研究の現状に鑑み、しかし、ここではこの点の指摘に止めねばならない。サヴィニーにおける、神、自然、人間をめぐる思念の解明は、彼の法思想を理解する上でも重要な出発点をなすであろう。^(94a)

(iii) サヴィニーの法理論は、当時の法の現実から出発していた。まず第一に、サヴィニーは、前世紀以来の自然法の克服、即ち永遠かつ普遍的な法の主張を拒否し、法の本質を固定された価値からの直接の演繹に求めることを否定した。勿論、自然法の遺産を抜きにしては、彼の歴史法学、殊に彼の法「体系」は成立しえず、⁽⁹⁵⁾またサヴィニーも法の中に普遍的要素を認めたのであるが、基本的にはこれを含めて法の本質は法学において帰納的に承認されるべきものであったのである。この点については既にふれたところでもある。「体系」においてもこの基本的姿勢は貫かれているのであるが、微妙な変化が認められる。それは、歴史法学派の当初の目的の到達という彼の認識が、自然法への反感という点においても当初における峻厳さを失い、いわば自然法への内容的回帰とも称すべき要素がみとめられるからである。既に述べたように、法の普遍的課題や普遍的要素の強調にこの点が確認しうるであろう。殊に「事物の本性」が、実定法からの帰納的な抽象としてであれ（従って自然法とはこの点で異なるにもかかわらず）、彼の「原則法」において重要な役割

説
論
りを果たす点が看過しえない。更に法規の欠缺に際してのその類推的方法について、自然法による補充を否定しながら、この実定法自体による補充を認める点は、内容的に彼の有機的帰結の尊重と相まって、帰納的に法の普遍的基礎に至るのである。⁽⁹⁶⁾

かくてサヴィニーによれば、人間の営み、しかもその人間生活の発展を更に充足すべきものかつ「外的共同生活の領域に属する」存在 (S. 410) として発生した法は、生命体の原理としての性格を帯び、従って止むを得ず存在する外
的な必要悪でも、また人間の恣意により操作されるべきでもない。その意味では積極的な独自の存在であり、しかも侵しがたいものである。人間はその原理を認識し、せいぜいその「正常」な発展を助けうるにすぎない。ここに第二の動因としての制定法実証主義への根本的批判が認められるのであり、従って法内容においても人間の恣意、あるいは「法外在的」な目的追求の一方的強調は否定されるべきことになる。しかし、私法の国家法性が同時に確認されるのであって、抽象的な民族法の修正が施される。⁽⁹⁷⁾むしろ法の現実には、サヴィニーにおいてはこの国家法から出発している点が忘れられてはならない。まさにこの点において彼の自然法批判は一貫しているのである。

(iii)ところで「使命」当時のサヴィニーの法政策的課題は、法典化への決定的な対立であると共に、それに匹敵する實際上の法統一の実現にあった。「体系」においてもこの基本的主張は継承されており、現実に行われた法典化について否定的判断が下される。法典化はゲルマン法とローマ法の抵触と、理論と実務の不整合により生じた困難を除去する為に企てられたが、「これらの目的は、徹底した批判的研究によりこれらの瑕疵から法学を純化することが先行した場合にのみ真に達成されえたのである。しかしながらそれはなされず、それ故法典の起草が、除去しようとしていた法学のその瑕疵ある状態の影響の下に行われたのであるから、改革はただ外的で偶然かつ限られたものにとどまらざるをえず、他方では内的かつ本質的な不完全さが固定され、それによって学問の内的な力による純化が将来に亘って妨げられ、ま

た少なくとも極めて困難とされたのであった (S. 103)。⁽⁹⁸⁾従つてこの状態を救いうるのは有機的形成力に即した法学である。サヴィニーにおいては、既述のように、立法と法学の法源としての重要性が強調されていたのであるが、なかなしく法学がドイツにおける法統一の手段として重視される。蓋し民族の文化的発達と共に、共通の民族意識の自然な直接性が失われ、それ固有の機関によつてのみそれが保障されるに至るのであり、立法もその内的な法発展として重要な地位を占めるのであるが、制定法の本来の目的を達成する為には有機的法制度の本質への十分な洞察を要し、ここに法学の法形成への影響力が決定的なものとなるからである。しかもこの「法学」は単なる法学ではなく、サヴィニーの構想する法学でなくてはならなかつた。このサヴィニーの法学による法統一を内在的に基礎づけ、論証するのが、彼の法生成論なのである。ここに客観的法の中へサヴィニー自身の主観を反映させうる基礎が認められたのである。

サヴィニーの法生成論は、彼の法現実への関わり合い、即ち当時の実践的目的を念頭におきながらも、第一に法の成立のメカニズムの客観的論証を、第二に法内容の規定をまず目的としている。サヴィニーは、その拠つて立つ経験主義的歴史主義の立場から、法をまず所与として存在する有機的団体、即ち民族の生の営みとして捉え、従つてその存在自体の哲学的根拠に立ち入ることなく、その客観的な過程、発展として説明しようとする。この意味で彼の主張のこの部分は経験科学に近付いたものといえよう。ここに厳密で形式的な彼の法学の体系への端緒が存在している。ところが、サヴィニー自身は、後のイェーリンクと異なり経験科学たる自然科学への志向を有さず、むしろ古典主義的フマニスムスの伝統の上に法学を確立しようとするが故に、⁽⁹⁹⁾彼の法学は当初から内容的に規定されたものとならざるをえなかつた。即ち民族の本質はその文化的創造の根源としての精神的共同体性に認められ、その「精神」は、基本的により普遍的な人間精神、ひいてはヨーロッパキリスト教精神に還元されるのである。⁽¹⁰⁰⁾換言すれば、法は内容的にこの精神により規定されており、従つてここにサヴィニーのバランスのとれた寛容なキリスト者としての信念につき当り、その基礎の上に

学問化されることとなったのである。たとえば、彼の法生成論の基礎概念である「民族」も、既にみたように、現実と合致しているか否かを経験科学的に問題とすることなく、従ってその事実概念ではなく文化概念としての機能において意味がみとめられていたのである。また、たとえば自由や平等の概念が、「体系」においていかにフランス革命におけるそれと性格を異にし、政治的によりも倫理的に強く色付けられているかは明らかであろう。各個人の可能性を全体との関係において調和的に、従って最大限に展開せしめる、そしてそれが同時に大きな使命に合致するという彼の基本的思想も、当時の思潮に合すると共に、彼の宗教的確信に由来するのである。法の有機体性の思想は、かくて、法の存在と内容を媒介する。生の営みは、經驗的にも、宗教的にも把えうるものだからである。

ところで「体系」はこのような内的な背景の下にあつて、実践的な課題をも追求するものであつた。即ち当時のドイツにおける法の統一である。サヴィニーは、法典化による法統一を、何よりも法の有機的發展を妨げるものとして否定し、しかも恣意と不当の克服に必要な確実な法の基礎の創出と法学の確立への意思を「使命」において宣言したのである。ここに法典の形式による法統一に対する対立のみならず、その内容的な法典化運動に対する批判が認められる。結局、彼自身の意図する法学のみがその課題を達成しうることとされる。「使命」の内容はもともと実践的目的と関係なくサヴィニーの中に発酵していた法思想の表明であり、まずその意図に即した理解が先行しなければならない。従つて「体系」はまさにサヴィニーの意図した法学の内容と形式なのであるから、このような観点からサヴィニーの意図が探られねばならないが、そうすると、「使命」当時のサヴィニーの立場がここでも思想的に継続されていることが看取しうる。即ち、サヴィニーの法学の確立への意思は時代の個別的状況にかかわらず彼の確信に属するものであり、内容的によりリベラルな市民法の創出を企図するといふよりも、むしろ政治的には保守的な実定法の体系を法学という非政治的手段により確立することが目的であつたといえよう。後の彼の大臣時代の「非政治的立場」、あるいはその反面と

しての保守性がこのことをまた裏付けるものと思われる。かの「実践的目的」も、この意味では人心の慰撫の爲の題目にとどまりがちであり、それ故に「静觀主義」―非実践主義―への批判が集中したのであった。サヴィニーの市民法とのかかわりあいには、このような文脈の中で再検討を要するであろう（価値中立的法学の政治的機能）⁽¹⁰⁴⁾。

それでは、サヴィニーは彼の法学で内容的には何を意図したのであろうか。この問いに答えることは尚後日に留保しなければならぬが、ヴィアッカーの指摘するようなヨーロッパ普通法の構築も一考に値する⁽¹⁰⁵⁾。サヴィニーは、当面ドイツ法の統一を少なくとも表面的には唱えるが、同時にその根底にはヨーロッパ文化の共通性を認めるのであって、それ故にキリスト教的な価値、ローマ法の伝統が法の課題となりうるからである。彼のいう法の全体文化性と、民族の基礎としての確信の共通性を前面に押し出す限り、歴史的に形成されたドイツ文化圏の孤立性よりも、その共通ヨーロッパ性が重視されるのであり、ドイツにおける法統一は、ヨーロッパにおける法統一と質的に連続しうるものとなる。ブーフアーも指摘するように⁽¹⁰⁶⁾、彼の純法領域の考え方は、法の原則的な國際性を基礎づけるものであり、彼の法学が少なくともヨーロッパ文化圏に普及しうる内容を有していたのである。技術的には伝來的普通法たるローマ法を素材に、（キリスト教に即した）ヨーロッパ思想による法学の構想は、彼の法学の普遍性、あるいは共通人間的性格と決して矛盾しないものである。

次に「体系」のかかげる実践的目的としての実務と理論の調和も、既に述べたように極めて間接的に、即ち、実務家に理論家の精神とその成果を伝え、実用に値する体系を与えるという意味で達成されようとしているが、これは前時代の実用法学の克服としての、いわば品位ある「真の」法学の確立を企図したサヴィニーにとって当然のことであった。従って「体系」はその言葉の分りやすさにもかかわらず、内容も極めて高度かつ詳細に亘っている⁽¹⁰⁷⁾。判例の扱いも極めて不充分であって、その卑俗な意味での実用性においては必ずしも使用価値の高いものであったとは思われぬ⁽¹⁰⁸⁾。当時

の混乱した法状態の下では、指導力のある一貫した全体に通ずる体系の創出が要請されたこと、即ちカズイスティッシュな解決の指針の提示ではもはや全ドイツの実際の需要に応じきれなかったことが背景にあってはじめて、これが可能となったのである。⁽⁹⁸⁾しかしながら、「体系」は不十分なものとはいえず、同時にこのような法の実際の需要との密接な関係を極力維持しようという努力にも導かれていた。この「体系」における法と生活関係という現実との関わりあいの充分な検討は、各論的、個別的に検証されねばならないが、サヴィニーのいういささかあいまいな「現実」のうちで、客観的法の体系上におけるそれとの関係が注目に値する。

(iv) サヴィニーは、法の現実性を国家に求めているが、それは実定法の実際上の実現に着目した場合であり、その基礎としては民族が措定されていた。この自然状態は、しかし既に述べたように、端的に自然科学の対象たるそれではなく（勿論それと重なり合いながら）、より観念的で人間との関わりにおける、いわば文化的自然状態でもあった。法はこの中で必然的に発生し、その全体の使命を担いながらも独自の存在として、即ち生命体の担う使命を最大限に生かす装置の一つとして有機的に現われる。体系はこのような歴史的存在としての実定法を素材として、即ち、法の支配領域に入った基礎たる自然状態のうちに成立した⁽⁹⁹⁾現実の個別国家の法を対象として、その本来の生きた内的関連を帰納的に探究し、認識された統一的秩序を外形的に明らかに叙述することを意図している。従って「体系」においては、実定法の実質的側面（民族法）と形式的・現実的側面（国家法）が常に交錯して出現する。

体系の構成概念（その意味で技術概念である）としては、法律関係と法制度があるが、これらは、体系の素材たる実定法の以上のような性格を反映している。法律関係については、既に実質的要素（生活関係）と形式的要素の存在を指摘したが、⁽¹⁰⁰⁾更に法制度についても、たとえば端的には婚姻について、

素材・自然状態——個人の必然的補充

(一般的) 法制度——婚姻

実定的法制度——モノガミー

という形で現われる。従つて客観的法の側面においては、実定性の觀念にこの關係が認識しうるのである。⁽¹⁰⁹⁾

ヴィルヘルムは、「体系」の叙述の中から実定法と独立の必然性に基づく自然的關係を素材とする自然的法制度と、純法律關係でありより恣意的かつ実定的な技巧的法制度の區別から、同じ実定法として妥当力を有するものの中に、更に二つの類型を區別し、「使命」当時の「全ての実定法が必然的に国民法 (nationales Recht) である」というテーゼからの変化を認めている。⁽¹¹⁰⁾ たしかにここに「体系」における実定法概念の形式化への端緒がみられるのであるが、「体系」内における実定性の觀念は、サヴィニーの法の觀念を端的に示している。即ち、サヴィニーにおいて法の実定性は、法の内容 (即ち個別的か普遍的か) にかかわらずその妥当力に依存している。その意味で、「それによればそれが求められうる全ての所与の状態において、所与の既に眞の存在を有している一般法のこの性質に関して、我々はそれを実定法と呼ぶのである (I. S. G.)」が理解されうるのであり、法の国家法性も把えうる。従つて更に法の実定性に、その内容上二つの類型が區別されるのも、彼の民族法の理論からは当然のこととならう。ここに実定法は、本来の法目的 (普遍、個別を問わず) を追求する、いわば実質の意味の法と、それ以外の目的を追求する形式的意味の法に分かたれ、後者はその実定性にのみ法としての性格を負うのである。いわゆる例外法は従つてこの意味で「純粹に実定的」である。⁽¹¹¹⁾

法の内容の実定性と現実性はこの意味で一致しない。他方、全ての法が個別国家の法でありながら、その実質たる人間精神の共通性に依存するか否かにより、普遍的法と個別的法が區別される。ここで共通の核をもたず、その法の個別国家性に最も依拠するものが、「厳格に実定的な法」となる。実定法はかくて結果的には成立根拠により、あるいはその内容により各々區別されるのである。

(v) 以上のようにして、サヴィニーの法理論のうちで、我々の関心をひく部分の紹介は済んだ。法律関係と法制度という、一方では有機的関係を反映し、他方で体系の形式性を構成する概念により、体系は現実の近似的モデルという科学的意味ではなく、ちょうど法曹階級が民族の精神を全体として代表するように、法の有機的現実のエッセンスをその内に収めることによってそれを全体として代表するものである。その意味で体系自体がサヴィニーの意図においては生きた現実の学問化であり、生きた存在、即ちヴィルヘルムのいう可能な法の体系たりえたのである。それ故にサヴィニー自らの引用した比喻を借りれば、根を断ち切られた「切り花」ではなく、対象の生のエッセンスを把握しているが故に、更にその内に法形成の力を秘めた生きた存在としての体系が構想されたのである。ここでは法は正義というような先験的抽象概念を特に用いる必要もなく、対象自体の力、即ち歴史によってその妥当力が実証され基礎付けられている(但し、内容的には含まれている)。その意味でこれはサヴィニーの意図する真理の示現であるといえよう。このような前提の下に、サヴィニーの国際私法もまた構成されているのである。

(一) サヴィニーの生記ならびにその一般の評価については、特に Rudolf, Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken, Z.f.R.G. Bd. 2 (1863), 1—68; Stintzing/Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung III Halbband 2, 1910, S. 186—253; F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 381—399; ders., Friedrich Carl von Savigny, Savignysz., R.A., Bd. 72(1955), 1—38 (=Gründer und Bewaher, Göttingen 1959, S. 107—143); ders., Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule, Karlsruhe 1977; E. Wolf, Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Tübingen 1963, S. 467—542; Kleinheyer/Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, Karlsruhe u. Heidelberg 1976, S. 230—236 ならびにその脚注を参照せよ。また、その著述の概観を参照せよ。

(二) Vgl. H. Kantorowicz, Savignysbriefe (Briefe Friedrich Carl von Savigny an Friedrich Heinrich Christian Schwarz), Neues Archiv f. d. Geschichte der Stadt Heidelberg u. der Kurpfalz Bd. 13 (1928), 112—114 (ein Brief Fr. Creuzers über

- Savigny, An Fr. v. Heyden [v. 25, Dec. 1804?]. この中でタロイツマーは(二五才の)サヴィニーについて次のように述べている。「貴兄はサヴィニーに非常な関心をもちようですが、良いことだと思えます。彼は偉大な人間であり、私にとっては既に多年に亘り注目の的なのです。時に彼について鋭くかつきびしいことを申しますが、それは恐らく彼のうちの多くを見通しえない苛立ちの結果にすぎず、謎を解く能力のないことが私を苛立たせるからです。というのもこの人は、それに全く気付くことなく長くの間研究しうる内容の豊かな深淵な本のようなものだからです。彼は、自らの全学問生活を既に特定の範囲に定めるといふ全く体系的性質を有しています。彼の全ての著作計画は既に出来上っています。彼はそれを私に昨年既に口頭で告げました。それは、私がそれについて小さなメモを書くほど私には驚きだったのです。その全体からは、彼が大規模に仕事をしていること、即ち従ってその著作活動が、細部では全く歴史的(経験的)になっているにもかかわらず、その全体においてはやはり比較的理想的となることとが分るのです。」この後にも彼はサヴィニーの性格描写を述べている。尚、vgl. Sinning/Landsberg, a. a. O. S. 237ff., 243ff.; Rudolf, a. a. O. S. 15 (Gries's Aussage); H. Thiene, Der Junge Savigny, Deutsche Rechtswissenschaft VI (1942) S. 55—61.
- (c) ヴァルヘルト・フォン・フンボルトは「サヴィニーをヘルリン大学創建に招へいするたいてい國王に以下のように進言していた。「この幾つかの一般に認められた著作で知られた法律家は、正当でも現在生ある最も卓越したドイツ法曹に数えられなければならない。従って、ゲッチンゲンのフリーローを除けば、彼らならいふべき者はなごでしよう。というのも、彼は彼の学問の哲学的取り扱ひによつて同様に、真の稀れな言語能力 (Sprachgelehrsamkeit) を持つべしであるからである。」(Behmann-Hollweg, Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ, Z. f. RG, Bd. 6 (1867), 44)。彼の講義の明快なドイツ語の多くの証言がある (vgl. Behmann-Hollweg, a. a. O. S. 48; Rudolf, a. a. O. S. 17 und die dort zitierte Grimms Aussage)。
- (4) v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814 (=hrsg. von H. Hattenhauer, Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften, München 1973, S. 95—192)。原本稿は1814年の第三版(1840)の復刻版(Freiburg i. B., 1892)を基礎として用いたが、ページ数は第三版にその引用を参照。
- (5) Vgl. J. Hennig, „Vom Beruf unserer Zeit“ und „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander: mit einem unbekanntem Briefe Savignys an Zimmerl, Savignyzs, GA., Bd. 56 (1936), 394—398; Wieacker, Wandlungen, S. 14f. 本米「中世ローマ法史」に引用されたドイツ語の原稿が挿入されたドイツ語版(注(5)参照)。

- (6) 「この形式的行為は、この時期における法の本来の文法とみとめうる」(S. 10)。尚サウィニーは、民族の共同意識を法の本来の「本拠 (Sitz) とおもふべきである (S. 11)。
- (7) 尚、サウィニーは、自然的法 (natürliches Recht) (但し、これを自然法と区別しており、自然という用語の使い方が注目される) と学識法 (gelehrtes Recht) との区別 (S. 13)。
- (8) Vgl. Beruf, S. 22, 29, 74. 指導の原則とは die leitenden Grundsätze の翻訳である。ここでサウィニーは、著名な三角形に関する例を挙げて、二辺夾角から三角形が与えられるような定義の部分を指導の原則と呼び、法においても類似の原則を確立し、そこから出発して全法概念、命題の体系を構成することが法学の学たる由縁であると主張する(更に概念による計算をも示唆すると共に、学問内容と結びついた精確な術語の重要性を主張する)。この点については、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』一九七九年、二六八頁以下参照。同書と本稿の Beruf の頁数のちがいは、同書が第三版復刻版の頁数に依拠した為とみられる(本稿は、第三版の頁建て—復刻版のカギカッコ表示—によってある)。カントも、三角形の例を用いていることをネールは指摘するが (Dieter Nörr, Savignys Anschauung und Kamts Urteilskraft, S. 9. ネール教授の日本講演草稿であり、その御好意により恵贈をうけた)、文脈的には全く異なった意味になつてゐた。
- (9) Vgl. noch Beruf, S. 47ff., 165. サウィニーは、この一八世紀のドイツ法律家を評していう。「不幸なことに、一八世紀全体を通じて、ドイツにおいては、偉大な法律家に非常に乏しかった。非常に貴重な準備作業を行った多数の勤勉な人は成程見出されるわけであるが、準備作業以上に出る者は稀であつたのである (S. 48)」と。
- (10) ネールとサウィニーとはその政治的態度において全く異なつてゐたことは今更いふまでもない。Vgl. H. Wrobel, Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontroverse, Kritische Justiz 1973, 149ff.
- (11) Vgl. Beruf, S. 20. 法典が法内容の高度の確実さと法適用の安定をもたらすものと期待されてゐるところ。
- (12) Beruf のこの二つの特徴については、笹倉・前掲書二六六頁以下参照。理論と実務の関係については後述またされる。「歴史」の意味については、vgl. Wieacker, Wandlungen, S. 11f.
- (13) Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (fortan als „Zweck“ zitiert), Z. f. RW. (1815), 1ff. (=Vernische Schriften Bd. I (1850) S. 105ff. 本稿ではその意訳) (=Grundgedanken der Historischen Rechtsschule 1814/40, Frankfurt a. M., S. 108f.)

- (17) A. a. O. S. 120 以下ヤンソンの言葉を借りて弟子と教師の関係を述べたことがある。
- (18) Bernf, S. 1ff.
- (19) Vgl. F. Wieacker, F. C. von Savigny, S. 36f.; hrsg. von J. Blühdorn/ J. Ritter, Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, Bd. 3), S. 139ff. (bes. 143f.)
- (17) 歴史こそが、民族の原初の状態との生々した連関を保持し得るのである (Bernf, S. 116)°
- (18) G. Wesenberg (Hrsg.), Juristische Methodenlehre, Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, Stuttgart 1951. (服部恭三訳『法学方法論』昭三三) 以下各々 Methode (「方法論」) と略す。
- (19) 「法学方法論」と「使命」の内容の大意及びその相違については、簡潔に、笹倉・前掲書二五八頁以下、同書二八九頁注一四掲記文献を参照せられたる。同様に vgl. M. Marx, System des 19. Jahrhunderts, in: A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart (1977) S. 89—92.
- (20) 国法学 (Staatsrecht) は、国家構造の体系的叙述であり、法学 (Jurisprudenz) を含められなく (S. 13)°。この点サヴィニーが、既に国家の存在自体の説明を放棄し、その作用のみとその関心を集中する、即ち国法学の中における国家の作用としての法理論の重要性を認めるのであって、既に存在する国家を前提とする態度がみとめられる。
- (21) 磯村哲「サヴィニー研究序説」(『石田文次郎先生古稀記念論文集』所収) 一二頁以下参照。
- (21a) サヴィニーは、理想と学問について以下のように述べている。「誰でもが一つの方法を持っている。しかしそれが自覚を知らず、或いはその学問の理想を思い浮べることによって、その方法は一つの体系とされる。その理想を直観することだけが正しい方法に我々を導くのである。それで正しいかとして我々はその学問の理想に到達しようのであろうか。その場合の一般的補助手段の一つが文献史である (S.11)°」
- (22) Vgl. H. Kiefner, Der junge Savigny (Marburg 1795—1808). Zu den Ursprüngen seiner Konzeption einer «Philosophie des positiven Rechts», in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an der Lahn. Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wiederkehr des Geburtstags von F. C. von Savigny, als Ms. (Hrsg. von H. G. Leser), Marburg 1979, S.

13—49; D. Strauch, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn 1960. 尚、笹倉・前掲書二五九頁以下参照。

(23) Vgl. Strauch, a. a. O. S. 25f.

(23 a) Vgl. Behrman-Hollweg, a. a. O. S. 34.

(24) ロー法も制定法の体系として考えられており、法と制定法は等置される。従って、判例にも大した意味は与えられないのである (Vgl. Strauch, a. a. O. S. 33)。自然法に対する態度は「方法論」に於いても明らかになっているが (Vgl. a. a. O. S. 23f)、「使命」に於ける態度も、既に明らかである (Vgl. noch Methodenlehre, S. 37. (「これらの概念も法的現実を有するならばならぬ」))

(25) Vgl. Brief an Bann vom 13. 4. 1810. (Stoll, *Der Junge Savigny*, Berlin 1927, S. 415f.) サヴィニーの「中世三つの計画」即ち①ロー法文獻史(特に中世の)②ロー法体系と並んで「第三のものの」これは、立法の精神を扱うのですが、その形式については、まだ全く仕上がらずに私の思考の中にとどまっていた」と述べている。

(26) 祖国・民族についてのサヴィニーの思想の変遷については Vgl. Strauch, a. a. O. S. 18f. 占有論については Vgl. a. a. O. S. 32f.

(27) サヴィニーは、常に「健康」と「全体と個の調和」(e. g. Beruf, S. 42) を問題とする。これは、有機体、即ち対象が生きて不斷に発展することを前提に(同時にその死滅も想定される。Beruf, S. 11) その存在の在り様を語っているのである。また「生」の存在を肯定し、その最大限の生育を促す、という点でも、サヴィニーの宗教的見解の反映が認められるであろう。

(28) Vgl. Wisacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 358ff., 383f.; ders., *Wandlungen*, S. 13ff.; Stintzing/Landsberg, a. a. O. S. 209ff. (28) Vgl. Beruf, S. 30f.: „die lebendigste Anschauung“.

(29) Vgl. Stintzing/Landsberg, a. a. O. S. 227; Ein Brief an Bang v. 7. 3. 1840, abgedruckt in: Enneccerus, a. a. O. S. 69ff.; Stoll, a. a. O. Bd. II S. 521ff. 「体系」の「第一巻は印刷されたばかりで、あと三巻も脱稿している。総論は七巻又は八巻になるだろうが、まだ全部の見通しはついていない。その完結をみるのはむずかしい。この計画は私の娘が存命中に立てられ、彼女がアテネから熱烈にそれを歓迎してくれた。従ってこの作品は、私にとっては同時に彼女の遺言なのだ。この、その人生のためにしつらえられた活動こそが、そのつらい時代を耐えぬくの助けしてくれたのだ。四十年来培い、あなたため育ててきた思想を、今や一種の完結に至らせ、ちょうど作家が読者に対して強いられるのに対して、——本當の教師なら——彼の下ではその思想が絶えず育っているにもかかわらず、再三の熟考によって決して無理をしないような、そのような関連の中で熟成させるのは、独特の喜びである。」)

Brief an Bann (註(25)); Ein Brief an Blume v. 6. 12. 1835, abgedruckt in: Friedrich Carl von Savigny, Briefwechsel mit Friedrich Bluhme 1820—1860 (hrsg. von D. Strauch, Bonn 1962) S. 256f. (「お便りのみならずルドルフを通じての心のこもったお言葉をありがとございました。私の失ったものは、誰にもいえない位のもです。神は私に働くことができるという慈悲をたれたまい、それだけが私を支えています。私は大きな学問的な途にひとりかかり、外の世界をどんどん忘れ去ってしまえることとなりしく思っています。……」) 更にA. Raub-Domnick, F. C. von Savigny an seine Kinder Bettina und Leo, Literaturwissenschaftliches Jahrbuch 1970, 123f. 参照。

(31) Vgl. W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 46; S. Gagnér, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (hrsg. v. Coing/Wilhelm), Frankfurt a. M. 1974, S. 71ff.; Enneccerus, a. a. O. S. 46.

(32) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 396ff.; Coing, Friedrich Karl von Savigny (1779—1861), JuS(1979), 88; ders., Savigny u. die deutsche Privatrechtswissenschaft, S. 22f.

(33) Wilhelm, a. a. O. S.19ff.; Strauch, Recht, S. 30, 51ff., 90f.

(34) Wilhelm, a. a. O. S. 17—23; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 124f.

(35) Vgl. Enneccerus, a. a. O. S. 30; Wilhelm, S.28—36. 形式的意味での「体系化」は既にその「方法論」にみとめられ、組織だったことが好きで、全ての著作計画、従ってその意味での「体系」が若年に完成していたといわれる。問題は立法を対象とする「体系」である。これが遅れたのは、その素材の蓄積を得たためであり、既に彼の講義においては、手持ちの素材で「体系」が語られていたという。しかし「総論」については、あまり熱心でなかったと自らいっているので、「体系」が八巻にものぼったのは、その間の素材収集と準備のためのものであろう。(註(30)参照)

(36) Thibaut, AcP 21, S.415. 他にもフイエールベック、カンズ、キールルフ、クーゲルマン、ケントールの批判があることについて vgl. Wilhelm, a. a. O. S.32ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.366 Fn. 64, S. 396.

(37) System I, S.186. Vgl. Wilhelm, a. a. O. S. 44f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 396f.

(38) Vgl. Stintzing/Landsberg, a. a. O. S.230ff.; Wilhelm, a. a. O. S.45; Enneccerus, a. a. O. S. 46f.

(39) Vgl. Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der

Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. (1979) S.165f.; Enneccerus, S. 46f.

(49) Vgl. Wilhelm, a. a. O. S. 49; R. Gmür, Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft, Münster 1962, S. 14.

(41) 従つて法律關係は法規の成立根拠ではない。(System I, S. 11)。

(43) Schröder, a. a. O. S. 163ff.

(43) 後にサウアーニー自ら述べるように、「民族は國家の實質的基礎でありながら、國家の存在しない私法の自然状態は考えられていないのであり、それは「國家としてのその特性から技巧的に抽象する場合に、思考の中に残る民族の状態」として位置付けられているところでも現れる (System I, 23f.)。民族の本質もその精神的共同体なのである。民族はかくて、民族主義よりも、むしろ学問の普遍主義的性格に合致しながら、現実の本質として、それを説明する道具となる。

(44) Vgl. Brie, Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, 1909, S. 22 u. 30; Landsberg, a. a. O. S. 216; Wiacker, Privatrechtsgeschichte, S. 357 Fn. 38; Enneccerus, a. a. O. S. 37f. しかしてケーデルの影響は単に用語上のものにすぎない。(vgl. Zwilgmeyer, Die Rechtslehre Savignys, Leipzig 1929, S. 54ff.)。

(45) System I, S. 18ff., 21, 29ff. Vgl. Strauch, a. a. O. S. 97; Wiacker, Savigny, S. 6f.; ders., Privatrechtsgeschichte, S. 385, 392f.

(46) System I, S. 13ff.

(47) 注(45)参照。このような団体としては、都市、村落、同業者組合、ユルボラチオンをあげ、これらが、「全体として民族に即した全体の部分 (Abheilungen) をなす」。従つてこれらは単に切断された部分であるのではなく、全体の一部でありかつその生きた全体の性質を残してゐる。この点で有機的性質を保ち、それ故、「これらの内において、もまた固有の法創造が、個別法 (particuläres Recht) としてその本拠 (Sitz) を有してゐるのである」(S. 19f.)。この法の基礎たる共同体と、その法内容の關係は、この二つは後述する。

(48) 注(45)参照。

(49) Vgl. System I, S. 29ff.: „das ideale Volk.“

(50) Wilhelm, Methodenlehre, S. 135.

(51) 勿論個別的民族は、実在する法の創造主体であるが、文化的に証明しうる存在であつて観念的存在であり、有機体としての

- (4) 法の創造者としての、現実性に欠ける。民族が現実的權力を有するとはいえないからである。
- (52) 「方法論」を想起されたい。実定法の実質的(理念的—理論的)担い手と、形式的(現実的—實際的)担い手の対応が成立する。
- (53) ヘーゲルとの関係については注(44)参照。
- (54) このように有機体、生命体の秩序として法を把えるが故に、その生命体の健康(健全さ)、病気が問題となり、全体とその部分の関係が論じられるのである。
- (55) 同様に制定法について vgl. System I, S. 319. Vgl. Stinzing/Landsberg, a. a. O. S. 216f., 233, 251; Wiacker, Privatrechtsgeschichte, S. 385. 法の歴史性について Wiacker, a. a. O. S. 353 参照。
- (56) 国家を単に現象的にとらえるのではなく、その本質たる民族との関係で把えるのである。いずれにしても、生命がまずその実在において肯定されている。
- (57) ここでサウイニーは、古代の神官法をヨーロッパ国際法とパレルなものとして挙げているが、これは法における民族間の共通の宗教的確信を例証しようとするものにして、あるいは「体系」の性格上ローマ法における状況を分析しようとする為であると見え、むしろ彼の國際法の觀念をあいまいなものとしているものといえよう。
- (58) Vgl. Strauch, a. a. O. S. 84.
- (59) Vgl. System III, S. 310.
- (60) その継続的構成、その支配と服従の関係において。
- (61) 以上は第九節において論じられていることであるが、更に公法については、第一六節をも参照されたい。ローマ法上の *publicum ius* の説明として、公法は、人民を対象とする法規 *populus* の承認により成立する法規則、客観的法 *populus* の利害に関わるが、個人の恣意とは独立の私法法規則絶対法規をいうとする。尚、刑法と私法については既に「方法論」で論じられている。
- (62) 立法の任務として、法の確定と継続的形成をあげて、その内容をシニトラウフは要約している (Strauch, a. a. O. S. 82—87)。
- (63) Vgl. Savigny, Vorschläge zu einer zweckmäßigen Einrichtung der Gesetzrevision (v. 8. Januar 1842), abgedruckt in: Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung Bd. II (Adolf Stölzel, Berlin 1888, S. 732—750).
- (64) しかしながら、実際には立法による法の確定・形成は、法典化同様、彼の後年の大臣としての経験にみられるように、彼の理

想に従って迅速に実現することは困難であり、当時の状況からみてドイツにおける法分裂の回避には適さないのであるから、後述のように法学の重要性が認識されるのである。尚慣習法と学問法の同一性について、vgl. System I, S. 91.

(65) 尚、法律家の定義については、System I, S. 85 参照。

(66) Strach, a. a. O. S. 89.

(67) 第二節を参照された。

(68) Vgl. Strach, a. a. O. S. 91ff., 94ff.

(69) この点については、村上淳一「倫理的自律としての私的自治」法協九七巻九九五頁以下参照。

(70) 原田慶吉『ローマ法』(改訂)・有斐閣(昭三〇)・一九頁以下参照。

(71) 利益を目的とするものは *beneficium* であり、不利益を指すものとしては、異教徒及びユダヤ人に関するものがある。

(72) 既に法内容についてみたように、個別民族の法に関する国民的要素ではなく、その意味で普遍的であり、歴史的とはいえないのである。純粹に実定的とは、この場合、本来の法目的への依存度にかかわるのであって、個別のか普遍的かということとは直接関わっていない。後述参照。

(73) ここでは婚姻の例があげられている (S. 110)。

(74) 即ち、両法とも同一の個別共同体の法としての実定性を獲得しており、これは本来その内容に関わらないのであるが、絶対的法規は両者ともに効力を有するのである。

(75) 尚 *ratio iuris* vgl. S. 146; „die gemeinsame unmittelbare Überzeugung von dem Daseyn und der Gültigkeit einer Rechtsregel“; S. 424; „der eigentliche Entstehungsgrund dieses Rechts“.

(76) 論理的帰結との対比については、vgl. I, S. 292. 勿論サヴィニーは、実際の帰結を実質的なものとして、形式的な論理的それよりは重視するのである。

(77) Vgl. Kiefner, a. a. O. S. 21f.

(78) そうすると、*ius civile* の中に、本来の法に異質な要素が存在しうる (S. 55(b)) に暗示の L. 51 § 2 ad L. Aquil. (9. 2.) はこのことを認めるように思われる) と矛盾することになる。しかし例外法について本文に述べたところからみれば、これはそれほど奇異な結果とは思われないが、あるいは筆者の誤解に基づくのであるかもしれない。尚後日の検討を留保したいが、ここに

おける「歴史的」の觀念も更に検討を要するであらう、本文のような困難な解釈の作業を筆者に強いること自体、サヴィニー自身の考えが完全に整序されていなかったという可能性を示唆するものではないだろうか。

(67) Kiefner, a. a. O. S. 7.

(68) 龍田中『ジュヴ』Kiefner, a. a. O. S. 7ff. 参照。

(69) Kiefner, a. a. O.; Wiacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 353, 375, 386, 397; E. Wolf, a. a. O. S. 484; Strauch, a. a. O. S. 20f.

(70) Kiefner, a. a. O. S. 21f.

(83) 村上・前掲論文九六頁以下参照。従って必ずしも直接的な倫理目的を必要としない点で正当であるが、ヴィアッカーの理解については一考の余地があるように思われる。サヴィニー体系内部の一貫した理解の問題と、サヴィニー理論の客観的機能は区別され、ヴィアッカーが後者を意図するのであれば、サヴィニーの主張の中に倫理的性格が認められるということと矛盾しないからである。尚今後の検討に委ねたい。

(84) 法律関係については末川博「サヴィニーの権利論」・法学志林二九卷一号二二頁以下（『権利侵害と権利濫用』所収）、H. Coing, *Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny*, in: *Erantion Martialis III* (1964) S. 19ff. 参照。法律関係の性質については、ノイハウスムも沈黙してゐる（Neuhans, *Rabelsz*, Bd. 15 (1949/50), 371 Fn. 3）。

(85) これらの点については前述の *juris praecepta* に関する叙述を参照されたい。尚本文中の該当箇所は以下の通りである。「人間は、生きている限りその誕生と共に必然的に発生し決して消滅しえないその者自身に対する権利、まさしくそれ故に原権とよばれる権利を有するといわれている。後になつてはじめて、しかも偶然に人間にみとめられ、一時的性質の他のすべての権利、それ故に得権とよばれる権利と対立する。若干の者はこの見解においてゆきすぎており、人間にその精神的諸力への所有権を認め、それ故そこから、思考の自由 (*Denkfreiheit*) とよばれるものをひきたすのである。しかしながら、人間が他人の思考を妨げ、あるいは逆に自らのうちで思考し、従つて、そのようにみとめられた所有権への侵害を行いうる可能性を考えることは全くできないのである。しかしまた、かの所有権を、人格の知覚しうる現象、人間の身体とその個々の部分へ制限することによつて、より理解しうる領域へでてくるとすれば、これへの当然生じうる侵害 (*Verletzung*) の排除としてはこれは意味をもちうるのであるが、とり

わけ一貫して展開すれば、自殺への権利の承認に至るが故に、少なからず無用であり、正に非難に値する(S. 335f.)。尚、桑田三郎「サヴィニエーの国際私法理論に関する一研究」『国際私法研究』(昭四一)一二頁以下参照。

(86) その例として、大部分の刑事法がみとめられ、民事法では、名譽侵害、詐欺、暴力に対する保護、殊に占有訴権があげられる(S. 336f.)。

(87) Vgl. W. Wilhelm, Savignys überpositive Systematik, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969 (Hrsg. v. Blühdorn/Ritter), S. 127f.

(88) A. a. O. S. 131.

(89) A. a. O. S. 128f.

(90) こゝでサヴィニエーは注目すべき脚註をつけている(S. 213f.)。「それによつて制定法の精神的内容を最もはっきりと述べうるが故に、考え(Gedanke)という表現を用いる。他の人達は必ずしも不当ではない精神(Sinn)を用いる。それに対して、意図(Absicht)は避けるべきである。なぜなら、それは二義的だからである。即ち、それは制定法の内容の外にある、制定法がそれと間接的に働かうとする目標とも関係しうるからである。ローマ人は、mens と sententia という表現を交互に用いている。」

(91) Vgl. Wieacker, Savigny, S. 30f. 笹倉・前掲書二七六頁以下は、本稿でふれなかつた具体的説明を行っている。参照された。

(91a) サヴィニエーにおける「直観」については、前掲ネール論文が詳しい(注(8)参照)。尚、本文で述べたことを含めて、筆者の見解にはリニッケルト氏も同様の感懐をおもちのようであるが、未だ氏の書物の全部を読む機会に恵まれないので、この点の検討は後に留保したい。

(92) この点はランズベルク、ヴィアッカーをはじめ、古くは、ルドルフ、ヘートマン・ホルヴェーク等の指摘することである。しかし最近のリニッケルトの近業はこの点を問題とし否定的評価を行っている(この点、ならびに従来の評価について、vgl. Joachim Rückert, Der unbekannt Savigny, Forschungsstand - Quellenlage-Hypothesen, 1981, S. 118ff. 尚、これは氏の「ニュウタチオン・シェリフト」であり、いずれ出版されるはずであるが、御好意によりとりあえずこゝに引用した。その紹介ならびに評価は、本稿のほぼ脱稿後に閲覧を許されたことでもあるゆゑその出版後に留保したい)。Vgl. ders., Der unbekannt Savigny - Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kennntnis, Quaderni Fiorentini 9 (1980), 401-416.

- 題(vgl. Rückert, a. a. O. S. 165ff.)。
- (87) Vgl. Savigny, Vorschläge, S. 736f.
- (88) Vgl. Wiacker, Privatrechtsgeschichte, a. a. O. S. 366f., 394f.; Friedrich Schaffstein, Friedrich Carl von Savigny und Wilhelm v. Humboldt, SavignysZ, GA. 72 (1955), 154—176.
- (89) ローマ法のヨーロッパ諸国における継受の仕方、各国の独自の慣習法の影響、時間的・実質的継受の在り方について述べた後に、サヴィニーは次のように述べている。「多くの諸国で一樣に生じた(同じ時代にはなくとも)、この一般的慣習法の偉大な現象のうち、近代全体の特有な性質が同時に明らかになされている。これらの諸国は、自らのうちにはなく、異なる民族のうち、即ち、諸国の中の若干のものは、種族的親近性を有していないある民族のうちに成立した法を全体として採用したのである。ここに示されるのは、近代の諸国民が、昔の国民と同様の程度に一つの完結した国民性(Nationalität)により結ばれていないこと、むしろ、共通のキリスト教の信仰がその国民の特有性を消失せしめることなく彼等全ての周りに、眼にみえない紐をめぐらせていたことである。この点に、その最終目標が我々の眼前になおかくされている近代の全発展過程が存在するのである(System I, S. 80)。」この中世以来のヨーロッパにおける法発展が、種族的親近性よりも、キリスト教的精神により基礎付けられていた」との指摘は、サヴィニーの法学の一つの動因を明らかにするであろう。
- (90) Vgl. Behmann-Hollweg, a. a. O. S. 71. サヴィニーの保守性は常に強調される点であるが、それが非政治的であったという主張は根拠が薄弱である(vgl. Rückert, a. a. O. S. 200ff.)。サヴィニーの法理論、法体系が、当時の市民階級の要請に應えるべきものであったという一般に流布されている客観的説明が、サヴィニーの内的なモチーフに合致していたか否かは、更に検討を要するであろう。プーフアーによるフォーゲルの批判もこの点においても注目に値する(vgl. Bucher, a. a. O. S. 12ff.)。なお、スマッティナー・フォン・フルニムは手紙の中でサヴィニーに関する注目すべきエピソードを伝えている。その一つは、自らの毛皮の上着を「眼に涙を流して」妻に購入を迫ったというものである(an Achim von Arnim v. 10. 12. 1818, in: Frauenbriefe der Romanik (Hrsg. v. K. Behrens), Frankfurt a. M. 1981, S. 106)。「更だ、わがうなごころから生じた決闘により B. Willener が死したこと、その当事者への影響力によって決闘を中止せざるよう求められたが不在で果たしえなかった」と平然としているサヴィニーの態度を批判している(an Achim von Arnim v. 28. 6. 1818, in: a. a. O. S. 100ff.)。Ehreを人の命より重んずというのである。サヴィニーの人物を知る上で参考になるだろう。

(10a) 最近のシャーンホットの研究によれば、サヴィニーの政治的立場、国家と社会の分離に対する態度の一端が窺われる (F. Schubert, *SavignysZ.*, GA. 95 (1978), 158—169.)。更に個別的検討を要するが、統一法の創造が当時の客観的状况の中で資本主義的要請に合致するであろう。サヴィニーの主観的意図の区別には注意するべきである。

(20) *Wiacker, Savigny*, S. 36; ders., *Privatrechtsgeschichte*, S. 393. Vgl. Rückert, a. a. O. S. 167ff.; Gmür, a. a. O. S. 34ff.

(21) Bucher, a. a. O. S. 12ff.

(21) Vgl. Emmeccerus, a. a. O. S. 46ff.; Stintzing/Landsberg, a. a. O. S. 228ff.; *Wiacker, Privatrechtsgeschichte*, S. 397.

(10) 第一巻に於ても判例は用いられていないわけではないが (e. g. S. 73f.)。本格的に現われるのは、体系の第六巻以降である。この点に注意されたい (Heinz Mohaupt, Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys, in: *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (1972), S. 233ff. bes. 262ff.)。サヴィニーの長年に亘る実務的経験を勘案すれば、これは「体系」の性格を示すものである (vgl. Jan Schröder, a. a. O. S. 159, 161ff.)。Vgl. *System VII*, S. VII. (その性質上法に携わる事は二重の危険に陥られたのである。即ち「理論によつては」臆測による自然法の空虚な抽象を霧散するのであり、実務によつては「思想のない不十分な職人仕事へと落ち込まれることである」)。

(20) Vgl. Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, S. 13f., 18f. 尚「サヴィニーの裁判実務への影響の一端にのみ」 vgl. G. Wesenberg, *Savignys Einfluß auf die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Dresden*, *SavignysZ.*, RA. 67 (1950), 459—473.

(10) Vgl. *System I*, S. 415ff. この点サヴィニーは「法の普遍的成立に関する法の分類のうち三分法に於て (jus naturale, gentium, civile の) 次のように述べる。第一のものは、「動物に認められた法及び法意識」であり、表現は正しくないが、正当な点もある。「全ての法律関係は、その基礎に、それら法形式が適用されそれ故、この形式からまた抽象して考えられうる何らかの素材 (ein Stoff) を有している。この質料 (Materie) は大抵の法律関係においては、人類の永続的存続がそれなしでも考えられうる限りでは、恣意的 (willkürlich) な種類のものである。所有権及び債権においてはそうである。むしろ普遍的自然的関係 (allgemeine Naturverhältnisse) では、動物と人間に共通であり、それなしでは人類が全く永続的存在を有しえないような掲の二関係ではそうとはいえない。それ故実際には法ではなくて、法の質料、法の基礎をなす自然関係が動物に認められるのである。」

- (108) 勿論両者は直接には結びつかないが、同一の基礎を有している。
- (109) Vgl. Wilhelm, a. a. O. S. 132f.
- (110) A. a. O. S. 134f.
- (111) A. a. O. S. 129.
- (111 a) Savigny, Vorschläge (註(93)), S. 737 には、プロイセンのある大臣が、その一般ラント法制定直後に述べた言葉として次のように引用された。「このラント法は、幹から切り取られ、コップ一杯の水の中へ活けられた、一本の美しい花である」
と (vgl. GmU, a. a. O. S. 14)。
- (112) 但し、vgl. Wiesecker, Privatrechtsgeschichte, S. 373 Fn. 84. サヴィニーの法と正義の倫理的要求との関係については既に、
簡単に述べたが、またこの点も参照。

《Summaries of Contents》

Zur IPR-Theorie von Savigny (1)

—Insbesondere über seinen Gedanken
der völkerrechtlichen Gemeinschaft—

Yoshiaki SAKURADA*

Einleitung

- I Die neuere Entwicklung des Streits um Savignys IPR-Theorie
- II Savignys allgemeines Rechtsverständnis
- III Savignys IPR-Theorie
- IV Der Gedanke der völkerrechtlichen Gemeinschaft
- V Fazit

* Ordentlicher Professor an der Universität Hokkaido