HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」
Author(s)	石川, 真人//訳; ISHIKAWA, Makoto//ubersetzt von
Citation	北大法学論集, 39(1), 153-191
Issue Date	1988-08-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16623
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(1)_p153-191.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」

石川真人訳

序

私がこの講演の基本にある考えを最初に述べたのは、すでに一五年前のことになるが、一八八八年ウィーンの「法学雑誌」(Juristische Blätter) に発表した論文「法欠缺論」(Über Lükken im Rechte) においてである。もちろん、当時まだ未熟で不明確な形ではあったが——。この論文の結論を、私は一八九三年に公刊した書物『黙示の意思表示論』[1] (Die stillschweigende Willenserklärung) の中で次のように要約した。

私が「法欠缺論」において例証しようとしたのは次のことである。すなわち、裁判官は現行の実定法に従って判決するという使命をもっているが、学説と法体系がもつ不明確な点を利用して、法発展の要求に応えようとしていること、そして、学説と実務が用いている条理、誠意 (bona fides)、信義則、悪意の訴権 (actio doli)、不当利得、良俗違反 (contra bonos mores) といったきわめて曖昧な概念こそがいかにそのことに向いているかということである。黙示の意思表示もこのような曖昧な概念の一つ、法における欠缺なのであり、これを通して新しい実り豊かな思想が現行法の中に入り込んでいるのである。すなわち、黙示の意思表示は一つの法制度ではなく、いわば自らの生を目指して戦っているいろいろな新しい法規範の体系全体なのであり、一体的な問題ではなく、いろいろな問題の寄せ集めなのである。

ここで私がとっくに忘れ去られていた自分のこの若き日の著作に立ち返るきっかけとなったのは、約四年前に公刊されたジェニー (F. Gény) の『解釈方法論・法源論』[2] (Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif) である。この書物は、私の論文「法欠缺論」と数多くの個別的論点で一致しているだけではなく、基本思想も一致している。私がとくに強調したいのは、ジェニーによっても、法は抽象的法準則の完結した完全な体系なのではなく、個々の判決から成り立っているということ、そして彼によっても、確定した法準則が裁判官を見捨てるときには、裁判官は自由に法〔＝判決〕を発見することによって法を時代の要求に適合させようとするということである。もちろん、多くの点で違いもある。私が主として扱ったのは、裁判官による法の発見はいかなる形で行われているのか、そして、その際信義則、条理、法学的構成、類推がいかなる役割を果たしているのか、という問題であった。これに対してジェニーは、とくにフランスで支配的な法源論、法適用の諸原則を

扱っている。ジェニーが法の継続発展に対してもつ法学（科学的自由探究（libre recherche scientifique））の重要性を指摘しているのに対して、私は最初から、裁判官の意識的であれ無意識的であれ創造的な行為に重点をおいていたのであるが、もちろん法学が発見した法の重要性を過小評価していたのではない。

それ以来私は、法における欠缺にかかわる方法論上の諸原則を自分の著作の中で扱おうとしてきた。そこから生まれたのが、すでに言及した『黙示の意思表示論』および『強行法論』（Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1899）である。これらの私見をローマ法――少なくともその一部――について歴史的に基礎づけようとしたのが『法源論』（Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen 1. Teil : Das ius civile, ius publicum, ius privatum, 1902）である。

ジェニーの書物はフランスで強烈な印象を与えたようである。フランスのもっともすぐれた私法学者の一人であるサレイユ（R. Saleilles）はこの書物に序文を寄せ、また、その後も何度かジェニーの考え方に沿った発言をしている。最近では、昨年四月四日ローマの歴史学会で行われたすばらしい講演もそうである。ジェニーの書物は一連の批評を喚び起こした。その中には反対するものもあったが、少なくとも原則的には賛成というものもあった。また、昨年からパリで、エスマン（A. Esmein）、マッシリ（Ch. Massigli）、サレイユ、ヴァール（A. Wahl）の編纂する雑誌「季刊民事法」（Revue trimestrielle de droit civil）が登場した。エスマンの巻頭論文や掲載論文によって判断すれば、この雑誌はジェニーの考え方に従って法学と法の継続発展の道を切り開こうとするものである。

ところで、私は、自分が長く抱いてきた見解、すなわちこの講演の冒頭に掲げた論文の中ですでに書いてある考えを、現在の私の見方に合うような表現で聴衆の方々の前で詳論することになるのであるから、ジェニーよりも私の方が時間的に先である、ということを期せずして主張することになる。

ただ、私が主張したいのはあくまでも時間的な優位に限られる、ということははっきり述べておきたい。ドイツでもほとんど知られていなかった私の論文をジェニーが読んでいないこと、だからジェニーが私の論文からいかなる刺激をも受けていないことを私は疑わない。ジェニーの基本的な考えがオリジナルであることはもちろん、それが正しいということを別にしても、フランスの法史やフランスの判例に求められたきわめて豊

富な素材にジェニーの仕事の不朽の価値が存するのであり、この素材は大部分、私にとって新しいものであった。

もっとも、この講演の基礎になっている考えの時間的優位の問題は、もし一五年前であれば、ジェニーの書物を念頭におくことができる現在とはまったく別の意味をもったことであろう。当時なら、この考えが学界の保証つきの共有財産と認めざるをえなかったものすべてと真向から対立している、ということに異論を唱えることはできなかったであろう。フォン・ビューロー(O. von Bülow)は、誤って自由法論の信奉者に数えられているが、最近シュライバー(S. Schreiber)[3]が指摘しているように、自由法論については何も述べていないのである。すなわち、フォン・ビューローが主張しようとしたのは、たしかに正しいことだが、裁判官の行為は、単に法を適用している場合でもすでにその本性からして創造的である、ということだけである。シュロスマン(S. Schlossmann)はフォン・ビューローよりはっきりしたことを述べているが、彼の議論は一般には受け入れられなかった。数年来、この種の〔自由法論的な〕考え方があちこちに現われており、制定法の文言に対する裁判官の独立がますます強調されるに至っている。もしここで参考文献を掲げなければならないとすれば、この講演は途方もなく膨大なものにならざるをえないであろう〔が、その必要はない〕。なぜなら、私が以前の著作およびこの講演の中で述べた考えは、これまで他の学者が主張したことを多くの点で越えているからである。

第二章の叙述の一部(とくに一六四頁以下)は、準備中の『法源論第二部』を先取りしたものである。

(1) Berlin, Carl Heymanns Verlag, S. 291.

(2) Paris, Chevalier, Maresq & Co., 1899.

(3) Österreichische Gerichtszeitung, Jg. 54, Nr.18.

第一章

裁判官が法的な紛争に判決を下す場合、判決はすべて現行法の確定している諸原則から演繹されなければならない、という要請は、今日誰にもおなじみのことであるが、この要請は、実はローマ法を継受した諸国民だけに特有なものである、といえるのであって、他の諸国民にはまったく知られていないように思われる。しかも後者の中には、法発展が比較的低い段階にある国民のみならず、たいへん進んだ国民、たとえば中世のドイ

ツ人、現代のイギリス法〔系〕の諸国民、そしてとりわけローマ人自身――いうまでもなく我々は、ローマ人の裁判を裁判官による判決よりもむしろローマの法学者の鑑定意見の伝承から知るのだが――も入っているのである。これらローマ法を継受しなかった国民においては、あらゆる判決は、それが実際に根拠をおいている、あるいはまた根拠をおいていると称しているにすぎない何らかの制定法の条文をいわば製造元のブランドとして身につけていなくてはならない、などというようなことはまったく要求されない。すなわち、裁判官の任務だと考えられているのは、個々のケースの事情に適した公正な判決を発見することだけなのである。その際裁判官が制定法、慣習法、伝承〔された学説〕(Überlieferung)、および過去の判決で述べられた諸原則に拘束されるのはもちろんだが、これらのものはすべて判決の基礎ではなく、裁判官の自由がそこまでは及ぶ限界だ、と考えられているのである。この場合裁判官が規準として用いているのは、判決は法学的技術がつくりだした準則に従って発見されなければならない、換言すれば、判決はそれまで一般に認められていた準則をあっさり投げ捨ててはならない、という原則だけなのである。このことによってあまりに大胆で突然の改革に歯止めが掛けられるのは確かであるが、有機体的〔＝暫時的〕な発展までが不可能になるというわけではない。承認されていた法原則から一連の判決がだんだん離れていき、時が経つうちにこの原則が正反対のものに変わってしまった、ということも一度ならず起こったのである。

この状態は明らかに、司法に対して必ず出される二つの相矛盾する要求が妥協した結果である。すなわち、一方には、判決は一人の人間の恣意や個人的な見解の表現ではなく、一般的なものの感じ方、あるいはより高次の源から出てくる正義の表現でなくてはならない、という要求があり、他方には、判決は個別的なケースにあてはまり、ほかならぬ眼の前の紛争を解決しなくてはならない、という要求がある。その結果、一般的なものと特殊的なものが併存しなくてはならない、とされる。このようにして、自由と拘束から成る一種独特の混合物が生まれるのであるが、この混合物は、我々がローマやイギリスのことを調べる場合に頗る奇異に思えるものであり、彼らの歴史的諸条件について生き生きとした感覚をもたなければ、ほとんど理解しようのないものである。

以上のような事情から、次のことは容易に説明できる。すなわち、自由に発見された判決であっても、もともと現行法の中にすでに含まれていたことだけを述べているかのように考えら

れており、法律家は法を創造するのではなく、彼の仕事は法を発見することである、とされるにもかかわらず、あらゆる判決が現行法に何かを付け加えること、つまり、判決が現行法の証人であるにとどまらず、新しい判決の源泉にもなりうることを何故誰も怪しまないのか、ということである。ヘンリー・サムナー・メイン（Henry Sumner Maine）は、かつて皮肉っぽい調子で次のように述べたことがある。「イギリスの弁護士達は、判決がまだ下されないあいだは、現行法のどの原則が適用されるべきか、さかんに論争する。ところが、いったん判決が下されると、その直後にはすでにその判決自身が法となっていて、おそらくその判決の中で最初に述べられた法原則が、いわば現行法のある欠缺を埋めているのである」と。ローマ人自身も、単に法が法学者の著作の中に書き記されているというよりも、法そのものがまさに法学者の作品というべきものであることを強く意識している。このようにして、法発見は少しずつ法形成となるのである。

以上のように、今日ヨーロッパ大陸では、法とは法規定の完全な体系であり、その中ではおよそ考えうる限りのあらゆる法的なケースがあらかじめ考慮され決定されている、と考えるのが普通であるが、これに対してそれ以外の国々ではどこでも、裁判官によるあらゆる判決はある新しい法原則を承認することができる、という考え方が明らかに出発点になっている。ヨーロッパ大陸で我々が慣れ親しんでいる考え方とのこうした対立は、一部は次のことによって説明できる。すなわち、そこでの法の状態からして、法とは裁判を行う際に考慮されるすべての法規範の完全な体系だ、といった考えが生まれる余地はまったくなかった、ということである。立法は、歴史時代にはまだほとんど知られていなかった太古の始源的慣習法の法典を除けば、つねに散発的な不当、侵害、弊害に対してのみ向けられており、したがって、制定法が与えている、また与えようとしているのは個別的なケースにおける救済にほかならない。法学的伝承（juristische Überlieferung）は、制定法をはるかに上回る意義をもっているが、その主たる内容は、実際に生じたケースについて判決を下す際に述べられた諸原則およびこれらの原則を法学者が一般化したものである。判決そのものと判決を一般化したもの、これがまさにローマの法学者の著作の本来的内容でもある。ローマにおける法学者の解答（responsa prudentium）、法務官告示、多数の勅法、ドイツの判告、イギリスの判例集については、そのことは外見上からしても紛れのない事実である。ルイ一四世の法典編纂までのフランスの法源についても、同じ

ことがいえる。また、〔法学的〕伝承の一部は、狭い意味での慣習法の形をとって民衆と法曹の意識の中に直接生きており、また法書の中に書き記されているが、小数の例外を除けば、それも同じ源泉から生まれたものである。つまり、裁判官による判決が、時が経つうちに積り積って慣習法となったのである。したがって、どの制定法の中でも予見されておらず、それまでに判決されたどのケースとも異なるために従来の判決およびそれを一般化したものの中には包摂できないケースが「法のない空間」に属することは明らかである。この場合、たしかに、さまざまな制定法や法学的伝承は判決のためになにがしかの教示、いわば学問的基礎を提供してはくれるが、判決そのものは自由に発見しなくてはならない。以上が創造的法学へと行き着いた道である。

ローマ法の継受は、至るところで画期的な変化をもたらした。今やようやくにして、あらゆる判決は現行法の中のすでに確定している準則から出てこなくてはならない、すなわち、判決は、法的なルールが大前提、法的なケースが小前提となる論理の序列〔＝三段論法〕の結論となっていなくてはならない、という原則が登場してくる。この原則はもちろん継受の対象ではなかった。すでに述べたように、ローマ法はこのような原則をまったく知らなかったのである。もっとも、すでにユスティニアヌスは、考えられる法的な疑問を彼の法書の中で全部除去した、と考えていたようだが、彼の主観にもかかわらず、この法書の主たる内容は、やはり判決と法学者が判決を一般化したものの集大成にほかならなかったのである。ところが、中世末期における事態のなりゆきがこのユスティニアヌスの考えを額面どおりに受け取らせることになったものと思われる。というのは、ローマ法は最初から、とくに伝来の固有法が明文の規定をもたなかった場合に、補充法として適用されるとされたからである。

いうまでもなくこの志向は、現れてくる法的なケースはすべて継受されたローマ法によって実際に解決できる、ということを前提としていたのだが、ローマ法大全（Corpus iuris civilis）は、この点についての当時の人々の期待を正当化するかのようにみえた。というのは、ローマ法大全は、一千年にわたって集積された見通しのきかないほどたくさんの素材の中に豊富な法学的な思考や刺激を含んでおり、当時の人々が、そこにはすでにすべてのものが含まれている、と想定したとしても、もっともだと思われるほどであったからである。ましてこの想定は、もともとスコラ的な思考習慣の方向に沿ったものであり、この思考習慣は当時なお、そしてそれから何百年かのあいだ、人々

の考え方を支配していたのである。

しかし、この想定が明白な自己欺瞞に基づいていたことは疑いない。なぜなら、ローマ法大全が規律した社会関係は中世末期および近代にはそもそもまったく存在しておらず、逆に中世末期および近代の社会関係については、ローマ法には何の規定もなかったからである。すなわち、近代の所有権(Eigentum)はローマの所有権(dominium)ではなく、債務関係(Schuldverhältnis)は債務関係(obligatio)ではなく、嫁資(Heiratsgut)は嫁資(dos)ではなかったのであって、所有権(ドミニウム)、債務関係(オブリガチオ)、嫁資(ドース)に関するローマ法の規定は、所有権(アイゲントゥム)、債務関係(シュルトフェアヘルトニス)、嫁資(ハイラーツグート)について直接には適用できないものであった。もし仮に、継受されたローマ法を適用するにあたって、ローマ人自身が法を適用するときに従っていた原則、そして今日我々が現代の制定法の下で守っている原則に従ってやっていたなら、また、あらゆる法規範はもともとそれができたときに対象としていた社会関係についてのみ適用されるべきだ、ということがいつも考えられていたなら、ローマ法はほとんどまったく適用される余地がなかったはずである。それゆえ当時の人々は、そもそも〔自分が下そうとする〕ある判決をローマ法大全の中に発見するためにドイツの近代の諸制度とローマの特定の諸制度をあっさり等置したのである。その際に決め手になったのは、通常は制度の中身が類似しているということであったろうが、ときにはほんの少し似ている、あるいは名称が近い、ということが決め手になったこともある。また、当時の人々は、ときにはまったく恣意的に、一体的な法制度をいわばいくつかの構成要素に、すなわち彼らがローマ法源の中に規定をみつけだせると考えた個々の法的社会関係に分解した。たとえば、ドイツの農民借地(Bauernleihe)は小作借地(Colonat)として、また、家子のアイゲンは特有財産(peculium)として扱われ、近代の契約にはしばしばローマの問答契約(stipulatio)に関する法がそのまま適用され、裏書は、あるときは独特な性質をもつ債権譲渡であり、またあるときは副指図の許された指図とされ、合名会社は組合員(socii)が相互に支配人(institores)として指定し合っている組合(societas)であると考えられた。また、ある判決を基礎づけるために、まったく異なる事柄に関する法文を恣意的にあちこちから集めてきたことも稀ではない。このようにして、法学的類推や構成、そしてついには、今日に至ってもなお古典的と考えられている法学的技術全体が生まれたのである。とくに、ある社会関係にそれとはぜんぜん別種の社会関係にかかわる法命題を適用すること、しかもそのことを意に介しないことを

我々に教えてくれるのは、この法学的な技術である。

ローマ法は、まずイタリアで、ついでフランスとドイツでこのように取り扱われることになったのであるが、ドイツではこうした扱いから普通法が生まれた。普通法はもちろんドイツで直接に適用できる法であったが、それはローマ法そのものではなかった。普通法は大部分ローマの法曹法であり――制定法はしだいに継受の対象から除外され、ほとんど継受されなかった――、しかもそれがイタリア法学、一部はオランダ法学とフランス法学を経てドイツに至り、ドイツの法生活が要求するところに合わせて〔ドイツの〕法学によって整理されたものである。

以上のような意味では、ローマ法継受の意義は、当時の人々が法を適用することを学んで以来、もはや法を発見する必要がなくなったことにある、といってよかろう。たしかに、ローマ法の中には考えられるあらゆる法的なケースについて判決が含まれている、という想定は誤りであった。今日我々は、ローマ法がローマ帝国の境界内においても〔今日我々に〕伝承されているような形で実際に行われるには程遠かったことを知っているが、近代の法生活はそのローマ法からさらに遠ざかったのである。しかし、法学的技術が洗練されて、裁判が必要とする法を一連の擬制や構成によってローマの法書から導き出すことが可能となり、その結果、自由な法発見が完全に駆逐されることになった。法体系の無欠缺性は、こうした法学的技術がつくりだした幻影以外の何ものでもなかったのである。

第二章

現代の法解釈学は、あらゆる法命題について、まず最初に立法者意思を探究するのが普通であるが、法が現実の中で実際にもっている意味は、法の解釈よりも、法を扱うことを職業にしている人々によってはるかに大きく左右される、ということを十分考慮してきたとはとてもいえない。同じ法命題が国や時代が違えばぜんぜん別なものになってしまうのは、教育も人生観も官職上の地位や社会的な地位も異なる人が裁判所の座を占めているからにほかならない。このことは、法解釈学者よりも訓練された法史学者の眼に生き生きと映る。というのは、学説彙纂の中からは法務官や法学者達（prudentes）が、古ドイツ法からは審判人（Schöffen）が、同じゲルマン的根源から派生したイギリスのコモン・ローとエクィティーからは大法官や最高法院の裁判官が、というように、〔法史料の〕至るところから法史学者に語りかけてくれる者がいるからである。以上のような意

味では、ヨーロッパ大陸の今日の法も、法学教育を受けた官僚裁判官の法であると考える必要がある。というのは、我々が近代国家を法治国家と呼ぶ場合、それは我々のいい方では通常、官僚国家を意味する――明らかに、官僚国家ではない法治国家や法治国家ではない官僚国家がありうるにもかかわらず――ことを忘れるわけにはいかないからである。

我々はみな官僚国家の子であるが、官僚国家はすでに何百年来、全社会生活・全政治生活を支配しており、これが生み育てている表象・思考過程からあまり苦労せずに自由になりうる者は、我々の中にはほとんどいないであろう。しかし、本来の官僚の立場からみると、法とは官僚に宛てた国家の命令にほかならない。このことは、法の効果が実際に官僚団を越えて及んではならないとか、法は本来国家制定規範(die staatliche Norm)に服する国民全体の行動を左右するために存在しているのではないとかいうのではない。結局、国民は国家制定規範に従うということにはなるのだが、そこへ至る道筋がいささか複雑なのである。すなわち、国民が国家制定規範に従うのは、国家の官僚団によってそうするように縛られているから、あるいは、仮にそれに反した態度をとろうとしても、縛られるであろうからという理由でそうする、というのである。

このように、現代の裁判官は司法の任を託された国家の官僚である、という裁判官の地位から、また、法は裁判官に対する国家の命令である、という法の理念から、今日法源の中で制定法がもっている圧倒的な重要性が出てくる。というのは、他の法源とはまったく異なって、制定法の中では国家がその官僚に直接語りかけるからであり、また、あらゆる法は裁判官に対する国家の命令だと考えると、必然的に、すべての法準則は何らかの形で制定法上規定されている、という結論に至らざるをえないからである。

通説的法源論も、実際にはこのような基礎の上に立っているのである。すなわち、教科書の序章の中では、慣習法は制定法と同価値であると請け合っているが、そのことが重要なのではなくて、通説をことばではなく実際にやっていることから判断すれば、制定法以外の法は存在しないという、いうまでもなく決して承認されることのない前提が教科書、概説書、モノグラフィー、判例の出発点になっていることはすぐにわかる。従来の慣習法論全体、すなわち、慣習法の「成立」および「要件」に関する全学説、制定法はそれと同位置にあると称されている法源、つまり慣習法から法が出てくることを禁じうるのか、あるいはそのことを加重要件に結びつけうるのか、といった問題

全体も、官僚国家の外で育ち、生ける慣習法が実際に動いているのをみた者には、容易に理解しがたいのである。慣習法論は、一七・一八世紀のドイツの法学者達の手によってすでにほぼ今日のような形で確立したのであるが、この慣習法論は、当時はもっぱら、つねに継子扱いにされていたドイツ法上の慣習――その存在は、当事者が主張し立証しなくてはならなかった――の有効性についての規準を官僚たる裁判官に与えるために役立てようとしたものである。もちろん、このような慣習法論は今日ではもはや時代遅れであり、学問的な検証によって少なくともそれに止めを刺すことができるであろうと思われる。

我々にとっては制定法が法の優越的形式であるということ、これは官僚国家のいちばん核心にある本質の表現である。しかし、官僚国家においては、同じように法の内容も官僚国家のもつ性質によって決まっている。内容の上では、官僚国家の法は裁判規範である。すなわち、官僚国家の法は官僚に、自分の扱う問題についてどのように行動すべきか、とりわけ、法的な紛争についてどのように判決すべきか、を示すためにだけ、あるいはほとんどそのためにだけ役立つとされている。もちろん、このような理解は非常に一面的である。なぜなら、裁判規範が法律家のもっとも関心をもつ法形式であることは確かだとしても、それは唯一の法形式でももっとも重要な法形式でもないからである。法は、法的な紛争を解決するという目的とはまったく別の目的のためにも存在している。すなわち、法は実際には社会組織の基礎であり、今日では少々古くなったシェフレ（A. E. Schäffle）のことばを借りれば、法は社会という身体の骨格である。もちろん、たいていの場合、社会制度の組織から裁判規範も出てくるし、社会制度が原因となって生じる法的な紛争はこの規範によって解決しなくてはならない。しかし、そうした裁判規範を提供することは、明らかに社会制度のもつ従属的・副次的機能にすぎない。団体の定款も、場合によっては法的な紛争を解決するための基礎として用いられることもある。しかし、その第一の目的はその団体を組織することなのである。また、オーストリア民法は「夫が家長である」と規定しているが、これは今日存在している家族組織を正確に記述したものであって、裁判規範を与えているのではなく、またおそらく与えようとしているのでもない。ローマではさまざまな給付が債務の客体になりえたが、古典期の訴訟においては、判決はつねに金銭の支払を命じたことを我々は知っている（債務の客体と弁済の客体は異なりうる（aliud erat in obligatione aliud in solutione））。つまり、裁判規範は社会関係の法的組織と一致し

ていなかったのである。エック（E. Eck）がその有名な論文で論じているところによれば、ローマの現実の売買は、ローマ法の裁判規範が所持の許可（habere licere）による責任を規定していたにすぎないにもかかわらず、今日とまったく同様に所有権移転契約といえるものであった。こうした裁判規範と組織形態の分裂は、自然債務の場合にもっともはっきりする。すなわち、自然債務とは現実に存在する債務であるが、その自然債務の存在から債務者に支払を命じる判決を導き出すことはできないのである。

年配の自由主義的な政治家の流儀に従って、国家制定法（das staatliche Recht）は裁判規範のみを含んでおり、国家は国家制定法によって社会に介入し、それを直接組織化することはできないと考えるのは、たしかに大きな誤りであろう。現に今日の農地制度の大部分は直接国家の行為によって成立したものであり、また、現代の社会政策立法はすでに強大な組織を生み出している。さらに、とりわけ国家自身がその軍隊、政府、行政官庁という形で自らを組織化している。ところが、それにもかかわらず、国家制定法の大多数が裁判規範であることに疑問の余地はないのである。すなわち、だいたいのところ、国家ができるのは官僚に命令を与えること以外にはないし、官僚ができるのは介入すること以外にはない。しかも官僚は、職権上介入できる場合でも、呼び出されたときしか介入しないのが普通である。しかし、裁判規範によって現実を規律しようとする試みが成果をあげるのは明らかに稀であって、一般には、この〔裁判規範による介入という〕手段は現実を規律するには弱すぎるのである。訴訟においてあちらこちらで以前とは違う判決が下されたとしても、人は相変わらず慣れた道を歩むものである。今この瞬間に、家族にかかわる問題すべてについて決定権は父ではなく母がもつ、と定める法律ができたとしても、それはおそらく、家族に関する問題について裁判官が判決するという比較的稀な場合にしか意味をもたないのであり、これによって家族という社会組織が変わる、というようなことはまずありえない。この場合、社会生活の重要な基礎である所有権、契約、家族、相続権はこの〔裁判規範という〕ささやかな手段によって形成されてきた、あるいは、それらの発展は基本的にはこのささやかな手段によって左右される、などと主張する者は、明白な事実に異を唱えることになるであろう。

しかし、このような裁判規範についても、国家に起源をもつものはきわめて少ないのである。国家による権利保護はすべて損害賠償と結びついているが、太古においては、権利侵害が生

じた場合、損害賠償は実力行使・自力救済によって実現された。裁判官による判決が自力救済に取って代わったとき、裁判官が判決する際の規範となるものは、さまざまな社会組織のあり方そのものから生じる規範以外にはなかった。すなわち、〔最初の〕裁判規範は、素朴な占有関係から直接に発展してきた所有のあり方、古い社会において非常に重要な意味をもつゲノッセンシャフト（氏族、家族、アルメンデ、ツンフト）のあり方、始源的取引形態であり、普通いかなる権利保護よりも古い最古の契約の内容や慣行、といったものから出てきたのである。判決は口から口へ伝えられ、記録され、集められ、説明され、一般化され、ついには法典として編纂される。このようにして独特な法曹法が生まれる。これは、形こそいろいろ異なってはいるが、世界の全民族の幼年期に特有なものである。この法曹法は、学説であると同時に法規でもある。たとえば、古典期のローマの法学者の著作やユスティニアヌスの大規模な法典編纂の中に、基本的にはなおそのままの形で表現されている古ローマの市民法（ius civile）のように――。したがって、判決が法準則に依拠しているのではなく、判決から法準則が引き出されるのである。判決が依拠する法は現にある法（ius quod est）である。パウルスはこうした生ける慣習法といえるものが動いているのをなお眼の当りにしたのだが、その彼は自分の直観によって教えられたことを次のような有名な警告にまとめている。「準則（レグラ）から判決（ユス）が取り出されるのではなく、現にある判決から準則がつくられる」（non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.）と。判決は準則よりも古いし、法曹法は国家制定法よりも古く、比較にならないほど豊かなのである。

この法曹法を通説にならって一応慣習法と呼んでもかまわないが、ただ忘れてはならないのは、この〔慣習法という〕表現がきわめて多様なものを指している、ということである。取引法に関する法曹法は、ほとんど取引慣行である。損害賠償と訴訟に関する法曹法は、とくに紛争の解決を裁判官に頼むという慣行が拘束力をもつようになって以来、実力行使・自力救済が徐々に減退したことから出発している。始源的なゲノッセンシャフトに関する法曹法は、村落共同体やアルメンデといった地方的なゲノッセンシャフトの場合も、氏族や家族といった社会的なゲノッセンシャフトの場合も、人間がもともともっていた社会的性向に基礎をおいているのであり、これらのゲノッセンシャフトはすべてこの社会的性向とともに始まり、この社会的性向が消滅すればいやでも姿を消してしまう。相続法がもっぱらその起源を負っているのも、この社会的性向にほかならな

い。占有関係から生まれた法曹法は、社会の事実上の力関係が凝固して表現されたものである。賦役農民は上級所有権者にいかなる給付をなさなくてはならないか、あるいは、受封者の死後土地は授封者に戻るのか、それとも受封者の相続人にそのままとどまるのかといった問題は、この事実上の力関係によって決まるのである。

たしかに、法曹法は社会制度を創造することはできなかった。しかし、法曹法が社会制度にはっきりした輪郭を与え、社会制度を概念的に明確化しえたことは明らかである。ローマのように、法曹法が証書作成法学(Kautelarjurisprudenz)の手を借りて現実に対して直接に作用したところではとくにそうである。法学者がたとえば用益所有権という法制度を創造できた、などと考える者は一人もいないであろう。しかし、ローマで用益権設定の形式をこの目的〔＝用益所有権〕のために使えるようにしたのは法学者の行ったことであり、また、前年の果実を所有権者と用益権者のあいだでどのように分配すべきか、を発見することは法学者の仕事であった。以上のような場合にはいつでも、法曹法の裁判規範は、法律家にとってはあらかじめ与えられている社会的制度や過程のあり方から導き出される。同様に、証書作成法学は取引の中ですでに熟しているいろいろな志向に沿って、いわばそれが目指しているものを定式化するのである。

ここで、我々の眼の前でおそらく同じような発展が起こっている、ということを指摘してもよかろう。今日私人間の紛争は国家の裁判権に服しているが、時が経つうちにそれと同じ意味で国家相互間の紛争を裁く〔国際的な〕裁判権・裁判所が生まれる可能性がまったくないとはいえない。何らかの実体法がこの裁判所の判決の基礎にすえられなくてはならないが、その実体法の規範はさしあたり、国家結合体のあり方、および従来の国際法的な交流から生まれる法曹法以外のものではありえないであろう。ツィーテルマン(E. Zitelmann)はその著『国際私法』(Internationales Privatrecht)の中で、国際法上の紛争の解決にも使える規範のうちどれほど多くのものを対領土高権(Gebietshoheit)や対人高権(Personalhoheit)の原則だけから導き出せるか、を述べている。この過程は、現代の法律家にとってきわめて容易に表象しうるところであろうが、それは、自力救済に法的救済が取って代わったときすでに起こっていたことを鏡に映し出しているにすぎないのであって、この法的救済の基礎となっていたのは、判断されるべき社会関係のあり方と従来の法的交流から生まれる法曹法であった。ただし、人あって、国家はその成立や存立を、この法曹法を基礎にして国際法上の

裁判所が国家に与えた保護に負っている、などと主張するならば、その者は、所有権、家族、契約、相続権は、国家が国家制定の裁判規範を基礎にしてそれらに与えた保護に何らかの仕方で基づいている、と今日考える者と同じ程度にしか真理に迫りえないであろう。

したがって、すでに確定している裁判規範も、生の社会発展の歩みによってたえず規定し直していかなければならないことになる。このことがもっとも鋭い形で現れるのは継受されたローマ法の場合である。というのは、いうまでもなく、継受されたのはローマの法的社会関係ではなく、ローマの裁判規範だけが、しかもすでに述べたように、ほとんど法曹法上の裁判規範だけが継受されたのであって、そのローマの裁判規範が現代固有の法的社会関係に適用されることによってまったく新しい内容をもつ、という奇妙な結論が今我々の眼の前にあるからである。

表面的に観察すれば、債務関係に関するローマ法はほぼ完全に継受された、と考えることも可能かもしれない。だがしかし、ローマの債務関係においては、債権者・債務者となるのは個々人ではなく人間の集団であり、この人間集団を法的に代表したのが単独で行為する家長（pater familias）であった。[1] これに対して今日の債務関係は、人間集団のあいだの関係ではなく、個々人のあいだの関係だけを意味する。だから、これは明らかに決定的な対立といえるのであって、この対立と比べれば個別的な点での一致などはことごとくかすんでしまうほどのものである。我々の眼前で、婚姻は男性の女性に対する支配の関係から同じ価値・同じ権限をもつ二人の個人の結合へと変わり、また、父権と後見は有用な私権から公の職務へと変わった。このような社会の変化は測り知れないほど大きな射程をもっているが、それは時々刻々、しかも成文法を一行たりとも変えることなく、当該法的社会関係についての裁判官や社会の判断に影響を与える。たとえば、おそらく一八世紀前半には、あるいは一九世紀の最初の三分の一のあいだは、まだ誰も何の抵抗も感じなかったであろうと思われることで、今日では配偶者に対する耐え難い侮辱や被後見人に対する不誠実と考えられることはかなりの数に及んでいる。このきわめて強力でしかも絶えることのない法の変遷は、社会制度自体の中で生じて、法曹法上の裁判規範を根本から変えている。しかもときとして、当事者はもちろん法律家自身もそのことをまったく意識しないのである。

国家に由来する制定法は、法曹法とは根本的に異なったものである。制定法は慣習法や法曹法よりはるかに新しく、おそら

くどの国でもかなり後での現象である。古代においては、制定法はローマとアテナイにだけ根づいたように思われる。もちろん、アテナイ以外のギリシァの都市国家にはその萌芽は少なからずあったが――。中世初期においても、その萌芽や移行的形態はいろいろみられるが、それ以上の域に達することはまずなかった。戦争と平和、ないし〔道路や橋の〕建築に関する行政命令や布告は、部族の集会で決議された場合にも、当然のことながら制定法とはいえない。ハムラビ〔法典〕、モーゼ〔の律法〕、マヌ〔法典〕、ゾロアスター〔教の経典〕、いわゆるミノスとリュクルゴス〔の法典〕などのいわゆる「制定法」、ローマの王法(leges regiae)、十二表法、ゲルマン諸部族法典(leges barbarorum)、コーランなどのうち、あるものは私的な記録、編纂物であり、またあるものは宗教的な、あるいは世俗的な権威の下で生まれた記録、編纂物であって、しかも、そこに編纂されている神聖な、倫理的な、宗教的な、慣習法的な規範に、かなり自立的に大幅な変更が加えられていることもある。また、これらの「制定法」に、忌むべき慣習法を削除したり、古くなった慣習法を変更したりする命令が後で付け加わることもある。これらのものは、早くも制定法にかなり近づいてはいる。しかし、実質的な意味における本来の制定法とは、国民に対して将来どのように行為すべきかを示す抽象的な規範であって、国家の任務についてのきわめて進んだ観念、制定法を貫徹する能力と意思をもつ国家機関、国民の大多数が制定法の目的についてなにがしか理解していること、がすでにその前提になっている。東洋の専制君主は、たしかに眼くばせ一つである都市を影も形もなくすることはできようが、その臣下にいかなる形式で契約を締結すべきかを命じることはできないのである。

裁判官と制定法の関係は、明らかに裁判官と法曹法の関係とはまったく異なっている。制定法が裁判官に与えるのは命令であり、法曹法が裁判官に与えるのは教示である。法曹法はその力を、社会関係の正しい判断を基礎としている、という事実から得るが、制定法はその力を国家の支配権から得ている。裁判官は彼に対して権限をもつ立法権から命令を受けるのに対し、裁判官は〔どこであれ〕教示を見出すところで教示を得る。イギリスの裁判官はアメリカの判決を、アメリカの裁判官はイギリスの判決を無造作に引き合いに出す。〔もし制定法の国であれば〕外国の制定法に依拠することは、当然のことながらあらかじめ一切禁じられていたことであろう。(2) ローマの法曹法も、それが単に「書かれた理性」(raison écrite)と受け取られたところではどこでも、これと同じ役目を果たすことになった。スコッ

トランドや、部分的にはオランダ、フランスにおいてもそうであり、またドイツでも、法学教育を受けた裁判官の職が成立するまでは同様であった。しかし、現代の裁判官は、前述したように、彼の〔官僚としての〕地位ならびに彼の受けた法学教育全体からして、法規範を命令以外のものと考える心理的な適性を完全に失ってしまっている。それゆえ、法学教育を受けた人が国家の裁判官職に就くに至ったことは、法曹法にも基本的には制定法の性質が与えられ、本来教示であったものが命令にまで高められる、という結果を生じたのである。

この法曹法の制定法化は、近代の私法典編纂という形で完結した。これら近代の私法典は、ローマ法大全と同様、大部分法曹法を法典化したものであるが、そこには本来の制定法による諸規定も含まれている。これらの私法典においては、法曹法は外形上制定法に完全に同化しており、そしてこの事実は、民衆の法意識や法曹身分の思考様式の中にすでに深く入り込んでいる。したがって、慎重な人々といえども、このことによく注意していないと、外形上等置されていることで実質的な相違を見失ってしまうことになりかねない。それが法律の条文の形で書かれていたとしても、あるいは議会によって議決されたとしても、法曹法が結局法曹法であることに変わりはないし、法源の性質が異なるということはあらゆる場合に水面下で作用し続けるであろう。しかし、同時にまた、この実質的相違が外形上はまったく認知されていないということもたえず表に出てくるであろう。普通法学が行った擬制や構成でさえも、あたかも制定法であるがごとく通用しているのである。たしかに、ローマ法の意味での役権（servitutes）がドイツにあったかどうかはきわめて疑問である。しかし、いうまでもなく、普通法学がローマの役権と等置した法的社会関係にはローマ法から抽出された普通法上の役権法全体が適用されなくてはならなかったし、またそうした社会関係に関することは認諾訴権（actio confessoria）に対応する実体法に基づく訴訟によって主張されなくてはならなかったのである。

慣習法を事実上排除し、法曹法を制定法化することで完結したこの過程全体は、外見上動きのとれない固定性を近代法に与えることになった。そしてこの固定性は、一見、立法による発展以外の発展をすべて不可能にしている。このような姿は通説的学説の精神にも一致しているし、またそればかりか、ときどきそっけないことばで〔かくあるべしと〕要求されることもある。しかし、それにもかかわらず、この固定性は現実というよりはむしろ外形にすぎなかった。そしてそのことは、明らかに、

〔立法者の〕意図からいってそうだというのではなく、若干の事実のゆえにそうなのであって、それらの事実は、すべての事実と同様、仮借なく自らの当然の権利を主張する。すなわち、法の適用に関するいかなる理論も、次のような事実、つまり確定された法準則の体系にはすべてその性質上欠缺があるということ、そして、この体系はもともと確定された瞬間にすでに古くなっていたということ、したがって、この体系は現在を規律できることもまずないし、まして将来を規律するのはまったく不可能であるということ、を無視できないであろう。また、法の適用に関するいかなる理論も、法が適用される社会制度はたえず発展していること、そして、確定された裁判規範に時々刻々と新しい内容を与えていくこと、を阻止できないであろう。さらに我々は、法の適用に任ぜられている人々がその民族・その時代の子であり、自分自身の精神でもあるその民族・その時代の精神で法を適用するのであって、過去の時代の精神で、たとえばいわゆる「立法者の意思」に従って法を適用するのではない、ということを決して看過できないであろう。このような事実に直面して、しっかりと構築された理論も瓦解し、きわめて強力な立法者の力も挫折してしまうのである。

(1)　この人間集団に属するのは家族構成員だけではなく、奴隷や、比較的古い時代には――たとえ権利能力・行為能力をもつ者に限られていたにせよ――解放自由人も含まれている。Vgl. Cic. Epist. ad Quint. 1, 1, 13:「彼ら(＝長老達)が奴隷とまったく同様に支配していた解放自由人」(libertis, quibus illi (maiores) non multo secus ac servis imperabant.)

(2)　このこと〔＝外国の制定法に依拠すること〕が行われている国では――たとえばスイスの裁判所はよくドイツの法律を引用する――、いうまでもなく、裁判官はその制定法に制定法として依拠しているのではなく、たとえばある著作家〔＝学者〕の見解に依拠するのと同じく、「書かれた理性」(raison écrite)としてそれに依拠しているのである。

第三章

法曹法が一定の量に達すると、現行法の法典化は避けられない。この法典化にいろいろ短所があることは否定できないが、それに比べると望ましい結果の方が圧倒的に多い、といっても

よいであろう。現行法の法典化は、いわばそれまでの法発展全体の総決算であり、また同時に――法曹法は雑然としていて、時間が経つともっともすぐれた法律家でさえも勝手がわからなくなってしまうので――法曹法を多少は秩序づけ見通しがきくようにする。普通法学の全盛時、つまりドイツ、オランダ、フランス、イタリアが研究の上でも一つの法領域を形成していたときには、学問の国際的な相互作用がまちがいなく存在していた。サヴィニー（F. C. von Savigny）の体系は、まだ国別の枠にとらわれない普通法学という思想に基礎をおいているのである。この相互作用はなるほど法典編纂によって消滅する。しかし同時に、法典編纂は国別の法発展・法学のための確固たる統一的な基礎を生み出す。さらにこの基礎は、時間が経てばおそらく国別の枠を取り払い、比較法学に基礎をおく一般法論、――少なくともイギリスの分析法学（オースチン－ホランド（Austin-Holland）学派）の意味でのそれ、へと変わっていくであろう。

しかし、普通法学に対してすでに次のような問題が提起されるべきであった。すなわち、普通法上規定されていない、とりわけローマ法継受の後に生じた法制度や法的な問題についてローマ法大全の中に規定を求め、普通法上のそれにならったと称する擬制や構成によって操作し、自由な法発見を原則として排斥することが必要かどうか、また許されるかどうか、という問題である。この問題は、現在では当時の二倍の意味で我々に迫ってくる。というのは、現在では、至るところで近代法典が普通法に取って代わっているからである。我々は、近代法典の下でも、自由な法発見を一切断念しなくてはならないのか。擬制や構成によって現実を規律しなければならない、というのが永遠に我々の宿命でなくてはならないのか。

制定法はいかなる状況の下でも社会に対する国家の要求を意味する。すなわち、制定法は社会の自由な発展を国家の目的とするものに従属させようとする。それゆえ、制定法が社会の発展に対して行使する強制は、より高次の国家目的のためにはつねに何としても必要なのだ、という理由によって正当化される、という形をとらなくてはならないのである。したがって、少なくとも次のように問うことは正当であるといえよう。すなわち、現実に起こることについて国家はときにはいささかの利害関係もないのに、法曹法の制定法化は現実に対してあらゆる点で国家の意思を強制することになる、ということを考えただけでも、法曹法の制定法化は害悪といえるのではないか、という問いがそれである。ただし、ここで私が問題にしているのは、制定法

による拘束そのものではなく、制定法が規定をもたない場合に〔まで〕制定法を適用可能にしようとする法学的技術による拘束のことである。

技術的な法発見に、自由な法発見よりもすぐれた、あるいはそれよりも公正な判決を期待することなどできないことは確実である。一般的には、考えられるあらゆるケースのどれにも通用する抽象的な規範を定立するよりも、特定のケースを正しく解決する方が少なくともはるかに容易だし、ある準則が定立される際にまったく考えられていなかったケースについてもその準則がつねにもっとも公正な解決を与えてくれるだろう、などとまじめに主張することはできないであろう。実際に技術的な法発見が目指しているのもこうした目的ではなく、まったく別の目的なのである。すなわち、技術的な法発見は、必ずしも公正とはいえなくても安定していて予見可能な法をつくりだし、恣意的で偏った法の取り扱いを防止しようとしている。いわば、裁判官をがんじがらめに縛りつけた上であらかじめ〔すべてのことを〕規定している規範に引き渡せばこの目的が達成できる、と期待しているのである。

この法学的技術は誰からも異議を挟まれることなく君臨した四百年の歴史をもっているが、その四百年の歴史に照らして判断を下すことが許されるとすれば、こうした目的が達成されたことはかつてないし、また、それはそもそも達成できないものなのである。技術的法発見が行われている国では、市民法による裁判が行われていたローマやコモン・ローによる裁判が行われているイギリス・アメリカと比べて、判決はいささかも安定していないし、裁判官の恣意が制限されているわけでもない。立法者の意思の探究を旨とするごくありふれた制定法解釈からして数多の疑問のきっかけとなるのであって、それにもかかわらず法を曲げようとしても条文の障壁にぶつかってしまってそうできないという者は、実際のところかなり不器用な人に違いない。つまり、類推や構成が果たしている法の安定の基礎や偏らない裁判の保証としての役割を我々が断念したとしても、実質的にはおそらく何のマイナスも生じないのである。もし仮に、通説の説くところを額面どおりに受け取ろうとすると、〔訴えの認容を求める〕原告の請求という形をとるにせよ、〔抗弁の認容を求める〕被告の請求という形をとるにせよ、訴訟の手続に関する請求という形をとるにせよ、非訟事件の手続に関する請求という形をとるにせよ、およそ当事者の請求は当該請求の認容を裁判官に指示する規定が存在しない場合にはすべて棄却される、と決めざるをえないであろう。ガイウスの有名な報告——

もっとも、これが本当にガイウスのものであるかどうかは非常に疑わしいが――によると、ローマの法律訴訟（legis actio）の時代においては事実そうであった、すなわち、何らかの法律（lex）に根拠をもたない訴権（actio）はすべて棄却されなければならなかった、という。これに対して、近代法典の中でこのような立場に立っているものはない。近代法典は、少なくとも類推や法学的構成を許している。その立場からいえば、〔ある請求を認容するには〕それと類似の請求が確定している法によって認容されることになっていればそれでよい、それどころか、その請求の基礎となっている請求権が現行法に従って構成できさえすればそれでよいのである。明らかに立法者がまったく考えていなかったケースに制定法を適用することを、通説は次のように正当化する。すなわち、もし立法者がそのケースを考えていたならば、立法者はそれと類似のケースについて、あるいは構成の基礎として用いられているケースについて判断したのと同じ判断をするであろうから、と。しかし、グスタフ・リューメリン（Gustav Rümelin）のことばを借りれば、あらゆる類推、あらゆる構成には、ある価値判断が存在する。つまり、自分は類推や構成を用いて妥当な結論に到達するのだ、ということが主張されているのである。また、そうした主張はまちがいなく正しい。というのは、そのことを抜きにして、立法者がそのケースを考えていたなら類似のケースと同じように判断したであろう、とはまずいえそうもないからである。しかし、もし事実そういうことであれば、技術的法発見も多くのことを裁判官の裁量に委ねることになって、それが自由な法発見よりも長所をもっているとはほとんどいえなくなるのである。

それならば、裁判官による判決の予見可能性の方はどうであろうか。技術的法発見においていったいどんな場合に判決の予見ができるのであろうか。きわめて明白で明確な法が存在していて、法発見がおよそ問題にならない僅かな場合には、たしかに判決は予見できる。しかし、このような場合には、自由な法発見によって変わることは何もないのである。というのは、自由な法発見は、現行法の中に明白な規定が含まれていない場合にだけ行われるとされるからである。したがって、技術的法発見よりも、〔法学的〕伝承に拘束されながらも〔法学的〕伝承を越えていく自由な法発見の方が法の安定をより保証する、という主張には根拠がある。今日でも、法律家は不動の判例を示しうる場合に安心感をもつのであって、自分の制定法解釈を示した場合には、他の解釈の名人によってそれがいつでも覆されてしまうかもしれないので、それほど安心はできないのである。

しかし、私が技術的法発見をほかならぬ神聖な精神に対する罪悪と呼ぶのは、技術的法発見が我々の眼を覆い隠して、単に安定していて偏らないというだけでなく、偉大な理念によって支配されるべき判決にとってただ一つの真の基礎、すなわち、裁判官の人格以外には司法を保証するものは存在しない、ということをみえなくしたからである。司法の重点が人為的に立法に移されてしまったということによってのみ、およそ人間に課される最高の任務〔＝司法〕は、その解決を託されている人々〔＝裁判官〕にはありふれた凡庸な人々をはるかに越える偉大な精神、偉大な倫理が備わっていることを前提とする、という素朴な真実がかくも長いあいだ我々の認識から取り去られてしまう、ということが可能になった。また、そのことによってのみ、若干の試験や実習で法律の条文に多少通じているという能力を示した者なら誰でもこの〔裁判官の〕任務に耐えうるわけではない、ということを見逃すことができたのである。しかし、まちがいにもそれなりの論理がある。法の安定と裁判官の公正さの番人である〔はずの〕法律の条文は、その番人としての役割がきちんと果たされているかどうかを監視するための番人を必要とした。その結果生まれたのが、審級制とあの不幸な合議制である。これらの制度は、さまざまな個性を互いに反目させて中和し、あるいはそれらを集団の中に埋没させるものである。このようにして、ヨーロッパ大陸で近代の没人格的裁判所が成立したのである。それはローマやイギリスの裁判所と根本的に異なったものであって、ローマやイギリスでは、法律家はまだ任務の些少さに圧迫されておらず、国家第一級の人々は裁判官の任を託されることを最高の名誉であると考えている。(1) 今日、現代の人々のあいだで、この〔技術的法発見を支える〕不毛な怜悧さが法学的能力の最高の開花と絶賛されているのを眼の当りにして、ローマ人が法学についてもっている高度の観念を誰か理解できる者があるだろうか。また、ローマ人が、法学は真の哲学 (vera philosophia) である、あるいは、神と人間にかかわることについての知識 (divinarum atque humanarum rerum notitia) である、と考えることができた理由を誰か理解する者があるだろうか。

しかし、近代の裁判官をこのような立場に押し込めているのは決して強行的な法規定ではない。法学的技術は、今はたしかに法適用の学問的方法として支配的であるが、学派というものがすべてそうであるように、もしこの方法よりもよい認識方法があれば、それに道を譲らなければならないものである。しかし、早くも一七世紀には、学問そのものの中に〔こうした技術

的法発見に対する）強力な逆流現象が認められる。大規模な自然法運動がそれである。自然法運動は一八世紀全体を支配し、本来決して完全に姿を消してしまうことのないものであるが、それは一部そのような逆流現象としてのみ理解できる。自由な法発見の古典的な国イギリスでは、自然法とはいったい何なのか、ついに正しく理解することができなかった。(2) 自然法論者達は、自然法と国家制定法（国家組織法（Staatsrecht））が矛盾する場合、どちらが優先するのか、ということを大まじめに問題にしたのであるが、裁判官は、制定法が彼らを見捨てる場合に、自然法に従って判決を下さなくてはならない、ということに疑問をもった者はそう多くはなかった。この自然法論それ自体はなるほど人々の心をつかむ力を失ったが、それが蒔いた種は芽ばえた。ドイツの法学は多くの点でそれと意識することなく自然法の内実を担っているのである。とりわけ、〔学説は〕制定法の内容によって拘束されないという理論がこれに属する。解決が学説に委ねられている問題について制定法は何も規定できない、という命題によって、まちがいなく法曹法のかなりの部分が自由な法発見のために取り戻された。多くの学者は、とくに法源論および法適用の技術に関する規定については〔学説は〕制定法の内容によって拘束されない、と考えている。したがって、これら二つの問題は必然的に自由な学問的討論に委ねられることになる。また制定法上の概念規定についても、通説によると、少なくとも私法については、それが学説を拘束することはないのである。

同様に、立法も自由な法発見とは対立しない。今日なお問題になるのは、オーストリア一般民法典、フランス民法典、ドイツ帝国民法典の三大法典であるが、このうちオーストリア一般民法典だけが類推に関する明文の規定を含んでいる。フランス民法典は、有名な第四条で「法律の沈黙、不明瞭、ないし不十分を理由に裁判を拒否した裁判官は、裁判拒否の責ある者として訴追することができる」と規定しているだけである。ジェニーはこの条文の成立史をきわめて詳細に叙述しているが、(3) その中で次のように述べている。「現に生きているフランス現行法の準則や権威ある伝統の名の下に我々に伝えられてきた実定的概念の中には、次のような見方、すなわち、さまざまな法を法典化した結果、私法秩序においてこれらの法そのものに排他的至上性が認められ、またそれによって、純粋な立法行為につきもののさまざまな欠陥、たとえば遅滞、柔軟性・可塑性の欠如といったことを補おうとして解釈が独立に発展することは、無用なこと、余計なこととしていっさい排除される、という見方

を正当化するものは何一つない」と。オーストリア一般民法典も、ある法的な事案が制定法を類推適用してもはっきりしないという場合については、「自然の法原則」(die naturlichen Rechtsgrundsätze)、すなわち――今日一般に承認されているところによれば――自然法に従って裁判するように指示している。この「自然の法原則」を、オーストリアの学説や判例は遺憾なことながら時が経つにつれて忘れていった。しかしながら、プファフ (L. Pfaff) やホフマン (F. Hofmann) が論じているように、それによって、当然許されることとして裁判官にはきわめて自由な活動が認められている。しかも、それが立法行為に類似していることは、法典審議の際に明示的に強調されたのである。しかし、こうした考えになじまない条文もある。すなわち、オーストリア一般民法典第一〇条は、慣習を考慮することが許されるのは制定法がそれを引き合いに出している場合に限られる、と規定しており、また第一五条は、「個別的な事案についてなされた処分」および個々の法的な紛争について裁判官の下した判決には「制定法の効力」を認めず、それらの既判力を他の事案や他の人間に及ぼすことを禁じている。これらの条文によって自由な法発見そのものが否定されているのではないが、自由に発見された法曹法をもとにして新しい慣習法が成立することは排除されたのだ、と考えられる。(通説の立場に立つ) 論者も、そうした考え方と完全に折合いをつけることができるであろう。というのは、そこで述べられている立場に立っても、法曹法の拘束力と慣習法の拘束力のあいだには著しい違いがあるからである。つまり、オーストリア一般民法典が自由な法発見を認めてはいるものの慣習法を排除しているということは、裁判官はたしかにその都度自由に法を発見しなければならないが、確定している判例といえども自由に発見された法から裁判官を拘束するような慣習法をつくるわけにはいかない、ということだけを意味しているのである。

ドイツ民法典の場合、この問題 (＝立法と自由な法発見との関係) がどうなっているかについて疑問の余地はありえない。周知のように、第一草案は第一条で「この法律がそれに関する規定を含んでいない」諸関係については類推によって判決を下し、また類推が役立たない場合には、法秩序の精神から出てくる諸原則に従って判決を下す、と規定していた。この規定は第二草案で削除された。この削除の狙いは、いずれにせよ、法規定に欠缺があることが明らかになった場合にどのようにすべきか、という問題について、裁判官や学説を拘束しない、ということしかありえなかった。この場合、第二草案の起草者達が欠

欠の補充についてどのように考えていたかはどうでもよいことである。ドイツ民法典がこの問題について何も規定していないし、また規定しようともしていない、その結果学問的討論に途が開かれている、という事実だけで十分なのである。

スイス民法典予備草案は、おそらく現代におけるもっとも重要な、そしてもっとも特徴ある法典編纂事業の一つであるが、この草案はここで私が主張している考え方とまったく同じ観点に立っている。すなわち、その第一条によれば、裁判官は真先にまず民法の文言および解釈に従って、次に慣習法に従って、また、慣習法さえも存在しない場合には、確立された学説や判例に従って判決しなければならない。これらの法源がすべて役に立たない場合には、裁判官は彼が立法者であったなら定立したであろう準則に従って判決を下さなくてはならない、というのである。

ここで、この条文の解説から以下の文章を引用することが許されよう。「そして、これは司法の過程の中で実際につねに行われていることでもある。ただ少し違っているのは、我々がすでに乗り越えてしまったとは必ずしもいえない時代に、裁判官はあらゆる事案についてつねに制定法を、たとえ文言どおりではないにしてもその意図と精神に従って適用している、という幻影から出発しなければならない、と考えられたことである。しかし、この〔裁判官はつねに制定法を適用しているという〕前提は、多くの場合に事実と合致しないのである。もちろん、スイス民法典予備草案がこうしたありのままの事実を承認したことに対しては、これでは裁判官があまりに独立しすぎるのではないか、と異論を唱える人もあろう。この異論はまったく正しい。というのは、その場合裁判官は、たとえきわめていかがわしい解釈技術によってであれ、すべての判決を一つ一つ制定法から導き出すことを求められている今日の裁判官よりも、もっと自由になるからである。しかし、裁判官にこのような技巧が要求されていない方が、裁判官はもっと堂々と自分の職務を行えるのである。裁判官は、解釈によって補充できない欠缺が制定法にある、ということを認めてもよい、と〔この条文は〕いう。そして、裁判官がそのことを確認した場合には、裁判官は、制定法の無欠缺性ではなく、法秩序の無欠缺性を根拠にして判決を言渡し、もし彼が立法者であったならば他のすべての法秩序との関連で正しいと考えるであろう法命題を前提にするのである。」

この適切な記述は、自由な法発見を行う際に裁判官に課せられる任務を余すところなく描き出している。とくに注目しなく

てはならないのは「これは実際につねに行われていることでもある」というコメントである。もちろん、これはローマ法の継受と裁判官の官僚化が完全に実現されることのなかったスイス司法の特殊性に関係している。しかし、そのほかの国でも同じことが起きているのである。ただ後者にあっては、裁判所が類推あるいは制定法の精神から得られる判断を引き合いに出すことを好まない、ということが特徴的である。類推や制定法の精神は不明確なものであって、それを根拠にすることは自由な法発見に門戸を開くことになりかねないから、というのだが、これではまるで、裁判所が不慣れな自由を恐がっている、といっているようなものである。しかし、現に裁判所は〔通常考えられているよりも〕はるかに頻繁に法学と法律が受け入れているいくつか不透明で不明確な概念を用いている。その場合、ときには、自由な法発見に手がかりを与える、という目的が公言されることもあるが、無意識のうちにそうしていることの方がもっと多い。具体的にいえば、現に裁判所は「条理」、「黙示の意思表示」、「信義則」、「取引慣行」といった概念を用いて仕事をしているのである。

技術的法発見が行われている領域で、パリの破毀院ほど多くの自由をかちえた裁判所はほかにない。現代におけるもっとも実り豊かな法学的思考のいくつか――とりわけ、事故や他人の過失についての責任、不正競争の抑制、著作権の形成、私的保険契約の法など――が生まれたのは、こうした事情のおかげである。パリの破毀院の実務〔＝判例〕は多くの新しい観念をフランス私法の中にもちこみ、制定法をしばしば立法者の意図からかけ離れた方向に転換させてきた。フランスの法律しか知らない者はフランスで実際に行われている法をぜんぜんわかっていない、という主張さえ成り立つほどである。ドイツでは、リューベックの旧ハンザ同盟控訴裁判所、ニュルンベルクの商事控訴裁判所、後にはライヒ商事高等裁判所、ライヒ最高裁判所が、少なくとも以前から裁判所に自由な活動が認められていた商法の領域では、ドイツの裁判所も許されていれば大きな活力と創造的な理念をもちうることを実証した。オーストリアの最高裁判所は通常、小心翼々として制定法の文言にこだわっているので、事案の妥当な解決に資することが難しい。オーストリアの裁判所は、それ以外の点で誰もが認める長所をいくつかもっているにもかかわらず、逐語的解釈を好む司法は安定性という利点さえもたない、ということをはっきりさせてしまった。ことばはものを考える道具としてはきわめて不完全であり、ことばによっていろいろな事柄を制御することに成功した者はい

まだかつて一人もいないのである。

司法を技術的法発見に追いやったさまざまな影響にもかかわらず、これほどしばしば司法が自分の足かせを取り払うことができたのはどうしてだろうか。法とは硬直した教義（ドグマ）ではなく、まさに生ける力である。ある法律が制定・公布されたということから、ただちにその法律が通用するということが出てくるわけではない。また、立法者がその際にもっていた意図から、ただちにその法律がどのように通用するかが決まるわけでもない。すでに述べたように、私法典は、一部は本来の制定法と一部は法典化された法曹法とでできている。しかし、いくら外形上等置されていても、条件成就の遡及効に関するルールに暴利契約の禁止と同じ効果を与えることはできないであろう。法曹法は、国家自体はその準則の内容に関心をもたない、という理由からいってすでに、つねに命令というよりはむしろ教示であり、書かれた理性なのである。しかし、本来の制定法が作用するのも、その内容的な力のみによるのではなく、制定法が「媒体の抵抗」を克服できないときは、それは萎え、衰え、曲げて適用され、あるいは忘れ去られてしまう。たとえ制定法の任務が司法をしてこうした回路を余儀なくさせることにあるとは考えられないにしても、制定法が司法に正義に至るまっすぐな道を閉ざしているとき、司法はときに回路をしてでも素朴な正義に到達している、という認識が我々を励ましてくれることは確かである。

（1） ローマでイギリスの裁判官の地位を占めてるのは解答権をもつ法学者である、ということを忘れてはならない。もっともイギリスでも、ヨーロッパ大陸のそれとは一部異なった特徴をもってはいたが、審級制と合議制が成立している。

（2） Bergbohm : Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, S. 331 ; Bryce : Studies in history and jurisprudence II, p. 177. なお、Holland : Elements of Jurisprudence 8. Aufl., p. VIII はドイツの自然法を実体のない法学（jurisprudence in the air）と呼んでいる。

（3） Gény : Methode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris 1899, p.93.

第四章

判決の根拠をつねに何らかの制定法に求めることを義務だと

心得ている現代の法律家には、当然次のような疑問が迫ってこざるをえない。すなわち、判決から制定法という基礎を取り去ろうとする場合、いったい何を判決の基礎として用いたらよいのか、と。この疑問に対しては、簡単に次のように答えたいという誘惑に駆られる人があるかもしれない。すなわち、いつの時代でも法律の条文に拘束されない正義といったものがあったではないか、と。だが、この正義は無前提のものではない。ここで問題になる正義は、はじめのところですでに強調したように、法学的伝承の中に含まれる諸前提に拘束されている。自由な法発見は、いずれもこの法学的伝承を出発点にして、シュタムラー（R. Stammler）のいう「正法」（das richtige Recht）に到達しようとする。この場合、裁判官の地位の特殊性は、裁判官自身次のように想定してきたことである。すなわち、彼の口を通して語られるのは、彼の個人的な見解ではなく法である、と。しかし「法」は、とりわけ過去における法の証言、すなわち制定法、判例、学説の中に含まれている。いかなるローマの法学者も、やむにやまれぬ必要によって余儀なくされる以上に伝来の準則から離れることはなかった。また、ブラックストーン（W. Blackstone）の『イギリス法釈義』（Commentaries on the Laws of England）の中の有名な箇所――彼はそこでイギリスのコモン・ローという表現を用いている――では、イギリスの裁判官は、法の諸準則（rules of law）の発見者としてではなく、その告知者として賛美されている。自由な法発見は、あらゆる自由と同様、保守的なものである。けだし、自由は自己責任を意味し、拘束は責任を他人に転嫁するからである。

一度こっきり与えられてあらゆる場合に妥当するような正義は存在しない。あらゆる正義は、制定法と同様、歴史的発展の所産なのである。すでに別の箇所〔＝第二章〕で述べたように、自由な法発見独自の作品である法曹法は裁判規範から成り立っているが、この裁判規範は社会関係のあり方から導き出され、社会関係が変化すると同時に裁判規範の内容も変化する。裁判規範の主要部分は、そのもっとも重要な内容をその対象となっている法的社会関係がそのときどきにとる形態から受け取っているのである。このことについてシュタムラーは適切な表現を発見した、と考えてよいであろう。メディア人はアッシリアから分かれてから制定法をもたずに生活していたが、デイオケスが訴訟において公正な裁判官だったので彼を王に選んだ、というヘロドトスの叙述に言及した後、シュタムラーは次のように付言している。「国民の心を捉えるような判決を下す裁判官は、新たに生じる紛争について、伝承された慣習法上の一般的な諸

制度を基礎に納得のいく考量を行って、それを解決する術を心得ていた。けだし、我々は、メディア人の場合にも、所有権や契約の信義、家族に対する支配権やおそらくそれから分化した相続権が存在していて、これらのものが具体的な紛争を通じて個別的に実現されていった、と考えることができるからである。裁判官がこれら実定的な諸制度を一切基礎としないで調停者としての職務を果たしていた、などというのは空虚な考えというべきであろう」と。

すべての法発見はたとえそれが単なる法の適用として現れる場合でも必然的に創造的であることは、フォン・ビューローがつとに説得力をもって述べている。すなわち、すべての法学は、意識的にせよ無意識的にせよ現行法を通して現行法を越えようとしているのである。したがって、自由な法発見と技術的法発見の違いは、前者が制定法を越えるという点にあるのではなく、両者の歩む道が違うのである。けだし後者は、この〔現行法を通して現行法を越えるという〕奇跡的な仕事が、一度与えられるとすべての場合に妥当する法学的技術という手段以外のものによって行われないことを要求し、自由な法発見は偉大な個性の創造的な思想にも何ごとかを期待している。つまり、技術的法発見は合議制や審級制と同じ精神、すなわち、可能な限り裁判官の個性を排除するという要請から出てきているのである。しかし、これは無駄な試みである。なぜなら、一般的な準則を個々の事案に適用することは、必然的に、すべて一個の人格を通して行われるからである。法学的伝承は、それ自体たしかにいろいろな社会的なできごとの所産であるが、同時にその加工にたずさわった人々の作品でもある。同様に、法学的伝承はその仕事を継続する人々によってたえず新たに形成されていくのである。もし、我々に伝えられてきた史料の中で主として発言しているのがウルピアヌスやパウルスではなく、ヤウォレヌスやケルススであったなら、ローマ法はまちがいなくまったく別の姿をみせていたことであろう。また、今日の普通法学は法学的技術を一枚看板にしているが、サヴィニー、プフタ（G. F. Puchta）、アルンツ（E. M. Arndts）、ファンゲロー（K. A. von Vangerow）、ベーア（O. Bähr）、イェーリング（R. von Jhering）、ヴィントシャイト（B. Windscheid）、ベッカー（E. I. Bekker）といった偉大な彫刻家達が古典ローマ法の建築物に一九世紀になってから新たにもちこんだ部分を、専門家なら誰でも正確に識別できるのである。

したがって、どんな時代にも司法は〔裁判官の〕人的ニュアンスをもっていたし、またどんな時代にも、社会的、政治的、

文化的潮流が必然的に司法に影響を及ぼしている。個々の法律家がそうした影響を少ししか受けないか、あるいは比較的多く受けるか、ということ、すなわち、どちらかといえば、自分に伝承されたものを堅持するか（in his, quae ei tradita sunt, perseverat）、それとも天賦の才能によって学識を信じて新しいことをたくさん行おうとするか（ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit）、ということは、当然のことながら、その法律家に特有の個性によって左右されるのであって、いずれの法発見の理論によるかには関係がない。しかし、この場合重要なのは、この事実をやむをえないこととして我慢するのではなく、喜ばしいこととして歓迎することである。けだし、実際に問題になるのは、裁判官の個性がこのような活動を認めるのにふさわしいほど立派かどうかだけである。したがって、自由な法発見は実体法上の問題ではなく裁判官職に就く人の選択の問題であり、最終的には、裁判組織が強い個性をもった人物を〔裁判官として〕登用するかどうかの問題である。すべてはこのことにかかっている。すなわち、裁判官の任用の仕方に変化が起これば、自由な法発見は自ずから行われるのであり、それまでは、オーストリア一般民法典第七条と同様、制定法の規定はすべて効果のないままに終わり、ついには忘れ去られてしまうであろう。

もちろん、官僚について通常行われている登用の仕方が司法を大きく動かすための正しい手段であるかどうかは問題である。パリの破毀院は名目上はそうでなくても実際に自由な法発見を享受しているヨーロッパ大陸で唯一の裁判所であるが、その破毀院が高等法院（パルルマン）――裁判官は昔その地位を金で買った、しかもそこには過去フランスでもっともすぐれた裁判官がいた、とされている――の相続人としてそこまで行った、ということは示唆的である。また、ドイツでときおり法を自由に発見することを認められている唯一の裁判所は商事裁判所である、ということも示唆的である。商事裁判所は部分的に本来の官僚ヒエラルヒーの外にある、少なくともかつては外にあったからである。しかし、これらの〔破毀院や商事裁判所といった〕制度はたぶん模範としては適切ではあるまい。模範はむしろローマやイギリスに求めるべきであろう。すなわち、ローマやイギリスの裁判組織では、精神的にも社会的にも最高の選良が裁判官の職に集められており、また、国民の中でもっともすぐれた人々にとっても、裁判官になることが彼らの努力の最高の目標ないし終着点としてふさわしいもの、と考えられている。イギリスでは、マンスフィールド卿（Lord Mansfield）、エルドン卿（Lord

Eldon)、ボーエン卿 (Lord Bowen)、サー・ジョージ・ジェッセル (Sir George Jessel) といったイギリスの偉大な裁判官の名前はたいへん著名であって、大陸の画期的な作家といえどもなかなかそれに及ばないほどである。これに対して、大陸で彼らと同じランクの名裁判官が裁判官の椅子に座ったとしても——たしかにこのようなことは一度ならずあったのだが——、彼らのことが話題になるのはせいぜい消息通のあいだに限られ、彼らの名声は、彼らが裁判官として仕事をしているのをみた人達とともに滅びてしまうのである。

ヨーロッパ大陸に関する限り、あらゆる自由な法発見の出発点はすでに決まっているといってよい。すなわち、普通法学がこれであって、この普通法学という尊敬に値する形象の根源はローマ神官の法学にまで遡る。歴史的にみると、普通法学が国際的な特徴をもっていることは否定できないし、一九世紀初頭以降、普通法学の思考内容の直接の相続人とみなしうるのはドイツ私法学だけであるとしても、普通法学はそれ以降、それが接触したすべての地方特別法を豊かなものにしてきた。何よりもまずこの普通法学が、自由な法発見にあたって、ここで〔法学的〕伝承と呼んでいるその構成要素に必ずなるはずである。けだし、技術的な足かせが取り払われた後で、たとえばあの悪名高い「健全な人間悟性」(der gesunde Menschenverstand) が無条件の恣意の隠れ蓑になってはならない、ということをとくに強調しておく必要があろう。自由な法発見は、裁判官の精神や性格だけではなく、その知識に対しても最高度の要求を課する。裁判官として立派にその任を果たすためには、さまざまな社会的過程の本質を見抜く鋭い眼と現代のいろいろな要請を敏感に感じ取る心をもつことと並んで、法の中にある歴史的に生成したものとたえず接触を保つことが必要である。すなわち、豊かな資質に恵まれている者だけが、そして巨匠として数百年来伝承されてきた英知をこなすことのできる者だけが、正義の先駆者となる資格をもっているのである。

自由な法発見に対する嫌悪の原因が一部比較的根深いところにある、とりわけ国家権力の限界と権力分立についての今日なお支配的な観念の中にある、ということを見落すのは不公平というものであろう。そこでは、国家に仕える官僚裁判官に対する古自由義的な不信感が幅をきかせており、そのため、つねに何らかの制法定の文言を自分の法確信の根拠とすることを裁判官に義務づけようとするのである。また、そうした不信感は、国家に留保されているのは法の創造のすべてではなく、立法だけにすぎない、という考え方に人が慣れるまで、かなり長いあ

いだ続くであろう。しかし、こうした〔古自由主義的な〕思考過程は、すでに克服された国家学に属するものであって、その国家学は結局、あらゆる国家学と同様、歴史的に与えられたある状況を学問的に表現したものにほかならなかったのである。

第五章

さて、ここで眼を学問に転じて、自由な法発見が技術的な法発見に取って代わったとした場合、法学にはいかなる課題が残るか、という問題に移ることを許されたい。はっきりしているのは、まず第一に、こうした転換が構成を扱ってきた従来の民法の文献からその存有意義をすべて奪ってしまうことである。制定法ではそこに決められていることだけが決められているのであって、制定法で決められていないことはそこではまさに決められていない、ということが承認された瞬間に、髪の毛を一本一本選り分ける道具や水圧プレスの手を借りて制定法からそこには含まれていない判決を絞り出す動機もまったくなくなるであろう。ローマ法継受は不具の子をもった、といたずらに嘆き悲しむこともなくなるであろう。ある判決は、それが公正だから、あるいはそれが制定法や〔法学的〕伝承に合致しているから通用しなくてはならない、ということなら誰でもわかる。しかし、ある判決は、誰かその問題について本を書いた人が問題の法的社会関係をそのように構成しているという理由で通用しなくてはならない、ということを人々は理解するであろうか。我々はそんなことは誰も理解できないような時代に近づいている、と私は考えたい。たしかに、通説の傾向に沿った文献には貴重な精神的な力がたっぷり注ぎ込まれているが、どんな成果をあげているというのか。マコーレー（T. B. Macaulay）によれば、街路でも粉ひき台の上でも脚を動かすことはできる。しかし、街路ではそれは我々を前進させるのに対して、粉ひき台では我々は同じ場所で動いているだけである。

法学は、不毛な仕事から離れたとき、いかなる道をとることになるのか、という問題を立てても意味がない。人間の精神は尽きることがなく、どの領域でも未解決の課題の数は果てしなく多い。したがって、この点について予言者めいた態度をとろうとするのは思い上がりということになろう。しかし、いろいろな粉ひき台の上で浪費される方が多いことを考えると、少なくとも快適な街路の先にある美しい地方のいくつかを示しておくことは許されよう。

まず第一に、法規定の意味を探究するというあらゆる法学にとってもっとも本来的な課題がそのまま残ることは確かである。近代私法典の法は、あらゆる制定法の中で法学による解釈をもっとも必要としている。近代私法典の法自体がいわば法学の所産なのであり、したがって、それは法学による増築や継続発展の力を狭義の制定法とは比べものにならないほど多くもっている。

しかし、制定法や非制定法の隠れた意味を探究するだけでは、まだとうていすべてが尽くされたというわけではない。法命題は硬直した教義ではなく生ける力として取り扱わなければならないことはすでに述べたが、このことは法学についてもあてはまる。ある法命題が何を意味するか、が説明されたとしても、明らかにそれによっては、その法命題がどのように通用しているのか、はまだ述べられていない。すなわち、法命題の通用の仕方は法命題の解釈によって左右されるのではなく、法命題に内在する力、法命題の対象となっている社会の状態、法命題を取り扱う人々の資質による。法をそれが通用しているように示すことも法学の課題であって、「立法者の意思」以上のことは何も知らないという者は、実際に通用している法を知っているとはとうていいえないのである。この意味では、従来の教義学的な法観念に動力学的なそれを対置してもよかろう。というのは、後者にとって問題なのは、単にある法命題が何を意味するのかということだけではなく、法命題がどのように生きているのか、どのように動いているのか、異なった社会関係の中でどのように変わっていくのか、社会関係が法命題からどのように離れていくのか、また法命題は社会関係の後をどのように追随していくのか、といったことだからである。制定法は立法者が意図したとおりに動いている――これは通説があまりにもしばしばとる考え方であるが――ということを鵜呑みにする者は、人間にかかわるすべての事柄については方策と行動、行動とその結果を隔てる広い道がある、ということを見落している。しかし、法が現実に果たしている仕事を扱ってきたのは、従来は主に法史学者であり、もちろんときには経済学者や商法学者もその問題を扱うことがあったが、残念ながら、彼らはつねに民法解釈学者ときわめて縁の遠い存在であった。(1)

次に判決そのものが問題になる。現にある法（ius quod est）を我々に教えてくれるのは判決である。裁判規範のうちどれが実際に現実となり、またそれがどのように現実となったのか、ということは判決からしか知りえない。しかし、本文や注の中で裁判所の判決を引用して、その判決が正しいと思えば賞賛し

正しくないと思えば批評するというのでは、本当は不十分である。判決はつねに、裁判官に影響を及ぼすさまざまな力が合成されたものである。ある法規範の意味や文言はこれらの力の中の一つではあるが、唯一のそれではない。あらゆる判決は、実際に存在しているある社会的動向を表現している。難解をきわめるスコラ的議論でさえも、あるいは明々白々たる誤解や意識的な法の歪曲でさえも、少なくともさまざまな社会的な志向の係数としては認識する値打がある。判決の中に現れてくるこれらの志向の起源、作用、性質、価値を検討すること、それによって、その判決という形で何が行われているのか、またそれはいかなる理由で生じているのか、というイメージを描き出すことは、法学の課題の一つである。(2)

次に、たとえ裁判所や官庁による解決のきっかけとならなかった場合にも、法的社会関係そのものが問題になる。取引所、銀行、工場、手工業に関しては、経済学や商法学の文献から、また労働関係については、ロートマール（P. Lotmar）の大がかりな著作の素材になった社会政策学の文献から、なにがしか教示を得ることができる。公証人役場や土地登記簿の形で山と積まれている無尽蔵といえるほどの素材には、まだほとんどまったく手がつけられていない。経済学的視点だけでなく法学的視点からみても、これらの素材からどれほど多くのものが得られるかは、たとえばバルチュ（R. Bartsch）のオーストリア土地登記法に関する仕事などをみればよくわかる。この種の素材の法学的な評価にかけては、法史学者による証書研究は法解釈学者によるそれよりもどれだけ進んでいることか。私見の及ぶ限り、全法学文献の中に現代の証書に関する学問的な仕事は一つもない。それゆえ、遺言による相続権に関する全文献を残らず勉強しても、才気あふれ機知に富んだ法学的構成にはたくさんお目にかかるが、今日遺言がどのように作成されているかということについては一言の説明も見当らない、ということになりかねないのである。

次に、その法的な規制はまったく度外視して、現実の社会関係が問題になる。我々法律家は、いうまでもなく、裁判規範は現実の社会関係を忠実に表現したものであり、また、法準則は現実の社会準則である、とつねに考えたがるものだが、しかし、実際にはこれら両者はまったく別のものなのである。実際には、現実の社会はまず第一に自分で自分を規律し、自分で自分のあり方を認める。法準則という形で確定された家族法が現実の社会の中で家族がとる形態に対して及ぼす影響のいかに小さいことか。実際の商取引の中での契約は、判決が下される稀な場合

とはいかに違ったように解釈され、いかに違ったものになっていることか。学識あるローマ法学者によると、〔法的には〕排他的と称されている家長の所有権は実際には家族の共有財産であり、また、法的にはほとんど奴隷に同化されている家子（filius familias）は実際には奴隷とはまったく別の地位をもっていた、という。すなわち、ローマにおいてさえ、古めかしい形を保つ法準則と現実の準則のあいだの対立は、ときにはこれほど大きかったのである。この対立は、今日においても、次のような場合にはおそらくそれよりも小さくはないであろう。すなわち、現実の準則は土着の習律（Sitte）から生まれたものなのに、法準則の一部が外国の裁判規範、〔具体的には〕ローマやフランスの裁判規範に基礎をおいている場合がそれである。ドイツやオーストリアのどこかで、父が嫁資設定義務の履行にあたって民法の規定に依拠しているとか、売主は民法の規定に準拠して瑕疵担保責任を果たしている、などと考える者は本当にいるであろうか。ここでお前が問題にしているのは習律であって、法ではないのではないか、という異論はもちださないでいただきたい。というのは、この名声の高いローマ法上の嫁資設定義務や瑕疵担保責任は、まさにそうした習律から成長してきたものだからである。法が健全に発展するときはいつも、善き習律は法命題に変わり、悪しき習律に前には立法と司法が立ちはだかることになるであろうが、これら二つのことを目指すには、何よりもまず習律を知らなくてはならない。[3] これに対して、法は必ずしも裁判規範という形で現れるものに限らないと考える人は、次のようにいうであろう。ここで私が問題にしているのは現代社会のいろいろな組織形態であり、それは明らかに法的な性質をもっているのだが、それは単に次の理由、すなわち、判決を支配しているのがローマの場合と違って土着の裁判規範ではなく、大部分外国の、あるいは古くなった裁判規範だから、という理由で法として認められるに至っていないのだ、と。しかし、このことは、法律家がそれらの組織形態を探究することの妨げとはなりえない。はたしてそうであるとすれば、いつの日にか、今日の家族法、それも家族にかかわる紛争を解決する場合の規準となるそれではなく、家族構成員が実際にそれに従って生活している家族法を叙述することもできるであろうし、また、所有権が民法典の中ではどうなっているか、ではなく、それが森林や田畑の中ではどうなっているか、を描写することもできるはずである。そのためにはもちろんかなりの学識、とくに歴史の知識だけではなく、すばらしい現実感覚が前提となるであろう。しかし、この仕事が成就すれば、それを成し遂

げた人は巨匠として称えられるはずである。何事もうまくいけばおもしろいものである。

しかし、さらにまったく別種の任務が法学に課される。創造的な裁判を望む者は、当然のことながら創造的な法学をも望むに違いない。著作家〔＝学者〕の仕事と法実務家の仕事は、明らかにきわめて近いのである。現代の法学者の仕事は、基本的にはあらゆる時代の法学者、とくにローマの法学者の仕事と別のものではありえない。もし、ローマ人の学派の争いは、何が伝来の法か、に関するものであったと考える人があるなら、それはローマの法学者の仕事を根本的に誤解するものであって、ローマ人は、どの判決がより公正なものか、より目的にかなったものか、について争っていたのである。すでにサヴィニーと彼の直弟子達は、法学は法源である、といっており、また「我々の課題」(Unsere Aufgabe) に関するイェーリングの有名な論文以来、創造的な法学の出現を求める声が絶えることはなかった。普通法学にしてからが、自らはそうあろうと望みさえしなかったのに高度に創造的であった。すなわち、占有、代理、隔地者間の契約締結、法律行為における錯誤に関する法、指図、承認、第三者のためにする契約、不当利得、その他多くのことに関する法は普通法学にもっとも固有な業績である、ということができる。その際普通法学が、史料が執拗に沈黙している場合にもすべてを史料によって根拠づけようとする試みによってたえず引き止められることになったことはいうまでもない。イェーリングがその才気あふれる創造的作品の一つ、消極的契約利益の理論を書いたとき、それが彼自身および同時代の人の頭にすんなり入るようにするために引用しなければならぬと考えた史料的典拠はいかにささやかなものであったことか。

従来の民法の文献の流儀にならって、裁判官に迫ってくるかもしれないあらゆる個別的ケースの判決を説いてきかせることが法学の仕事ではないのは確かである。個々の法的ケースについてならば、ほとんどの場合裁判官は著作家〔＝学者〕よりもはるかにうまく判断できるであろう。すなわち、それについては学説が判例から学ばなければならないのであって、判例が学説から学ぶ必要はないのである。しかし、とくに裁判所に迫ってくる社会的な、経済的な、あるいは政治的な大問題を裁判所が誤解し、その結果判断を誤るような場合には、これとは別に考えなくてはならないこともある。とりわけ、裁判所がまったく新しい問題に直面し、その問題を解決するためには広範な研究が必要なのに、現実の真只中にあって、入れ代わり現われるその要求を満たさなければならない人間〔＝裁判官〕は、とう

ていそのような研究にあたることができない、というような場合には、法学が関与することが望ましい。今後存在する法学に、現代を切り開き揺り動かしている大きな潮流や志向が何一つ表現されていないというのでは、あまりに悲しかろう。

証拠法の創造は、いまだに法学による解決を待っているこの種のもっとも重要な問題の一つである、といわなくてはならない。過去数百年の法学はこの問題について多くのことを論じてきたし、これらの研究の重要な成果は、いくつか古い訴訟法典に取り入れられている。しかし、制定法による固定化が悪い影響を及ぼすことがあるとすれば、この場合はそれにあたると思われる。すなわち、制定法による固定化がいわゆる形式的証拠理論につながり、この理論が証拠法を硬直させて、ついにはまったく耐え難いまでになってしまった。そのあげく、形式的な証拠評価は自由な証拠評価に置き換えられ、それによって証拠に関する一切の規定だけでなく、一切のルールまでも取り除かれるに至った。ちなみに、こうした結果は、自由な証拠評価の先駆者であるグラーザー(J. Glaser)もまったく意図していなかったものと思われる。[4] このようにして、証拠法は完全に無政府状態となり、我々は今日なおそれに苦しんでいるのである。スローガンが心情に及ぼす力の大きさをもっともよく示しているのは次のような事情である。すなわち、自由な法発見は非常に危険だと考えられているのに、制定法の枠ばかりかあらゆる法学による規整から離れた判決に対しては誰も抵抗を感じない、という事情がそれである。こうして、法律違反があった場合にはそれがどんなに些細なものでも上訴できるのに、証拠評価におけるきわめて重大なミスを理由にした上訴はできない、というまでに至っている。これではまるで、制定法の概念規定に厳密には合致していない有罪判決よりも理性的なルールをすべて無視する証拠評価の方が場合によってははるかに深刻であることを否定しているようなものである。しかしながら、ハンス・グロース(Hans Gross)が集めた材料は、新しい証拠法のための建築素材を提供するにはすでに十分といってよいであろう。もっとも、ここで証拠法というのは法律で決められるものではなく、イギリスの証拠法(law of evidence)のように、法学が形成するものでなければならないであろうが——。もしそうなれば、裁判所は証人の証言を評価しないで受け入れているだけであるとか、あるいは、証人が尋問された事実について真実を証言することを望まない場合や、それどころか証人がその精神状態、〔当事者との〕特別な関係、もって生まれた限界、つまり人間の観察能力や記憶能力につきものの限界、などの理由で真実を

証言できない場合でさえも、証言は十分に判決の基礎たりうると認められて通用する、といった恥ずかしい認識を後の世代に残さずに済むことであろう。

以上によって、従来の路線上にみられるものよりもっと現代的なテーマを模索する〔自由〕法学は研究領域に事欠かないであろう、ということが証明されたといってよかろう。もちろん、法学者がこのような課題と真剣に取り組もうとするなら、抜け目がなく頭の切れる論客という今日でも庶民のあいだでまだ支配的な法学者の理想は、別な理想に席を譲らざるをえなくなるであろう。頭が切れるということは、人間の精神の資質の中でもっとも不毛なものである。ドイツの民話の中に出てくる悪魔はきわめてしばしば頭の切れる論客であるが、それには深い知恵が秘められているのである。

(1) この観点からドイツ民法典を取り扱おうと試みたのが『強行法論』である。もちろん、生成中の法についてこれを行うのはとくに困難である。

(2) この意味で判例を利用しようと試みたのが『黙示の意思表示論』である。

(3) ローマおよびその他のところでは、隣人は互いに一定の配慮を行っていた。相隣関係訴訟にあたっては、隣人が習律によって互いに義務を負っていたこうした配慮が判決の基礎になった。ローマではこのようにして、ヴィントシャイトの『パンデクテン教科書』(Pandekten Bd. 1,§169, Z.1-8) で列挙されている法命題が生まれたのである。今日でも、隣人は通常互いに一定の配慮を行っているが、この習律はまず判決の基礎にはならない。それというのも、法律家はたいていこの習律を知らないからである。したがって、この習律が凝固して法命題になることもありえない。法律家が少なくとも試験のときに知っていなければならないのは、ヴィントシャイトの『パンデクテン教科書』の中に列挙されている相隣関係による所有権の制限——これはローマの習律から生まれ、かつてはローマで通用していたものである——だけである。

(4) Glaser : Zur Kritik des Zeugenbeweises, Gerichtssaal, Bd. XXXIII ; Glaser : Beiträge zur Lehre vom Beweis.

訳者あとがき

本稿は、オイゲン・エールリッヒ（Eugen Ehrlich）が一九〇三年三月四日ウィーンの法曹協会（Juristische Gesellschaft）で行った講演、Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft の翻訳である。テキストとしては、Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, Ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder (1967) 所収のものを用いた。

なお、この講演にはすでに、西本辰之助訳「エールリッヒの「自由なる法律発見及び自由法学」（一）（二完）」『法学研究』七巻一号一一八頁、同四号一二二頁(昭和三年)、および法学理論研究会訳「エールリッヒ・自由な法発見と自由法学（1）（2完）」『西南学院大学法学論集』一四巻三号六三頁、同四号二一頁（昭和五七年）という二つの翻訳がある。それにもかかわらず新たに翻訳を試みたのは次の理由による。すなわち、訳者は初期エールリッヒの法学、とくに法源論を研究しているが、この「自由な法発見と自由法学」は、時期的にも内容的にも法源論と密接な関連があり、初期エールリッヒの法学を理解する上で非常に大きな意味をもっている。しかし、従来の翻訳には訳者にとって必ずしも納得できない部分があり、この「自由な法発見と自由法学」を自分なりにもう一度根本的に理解してみたい、と考えたからである。もちろん、この翻訳が完全というわけではない。大方のご教示を得ることができれば幸いである。