HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「類型論」の原点　－Ｄ・ネル著『区分と列挙』を手がかりにして－
Author(s)	石川, 真人
Citation	北大法学論集, 41(5-6), 509-530
Issue Date	1991-10-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16807
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(5-6)_p509-530.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

「類型論」の原点

――D・ネル著『区分と列挙』を手がかりにして――

石川真人

目次

一　はじめに
二　ネルの『区分と列挙』
（一）ネル論文の出発点
（二）制定法（広義）および法学文献における法源カタログ
（三）修辞学文献、制定法（広義）および法学文献における「慣習法」
（四）区分と列挙――本質と由来――
（五）法学者の法源カタログに「慣習法」が出てこない理由
（六）補論――現代法学における区分と列挙――
三　おわりに

一　はじめに

筆者は前稿[1]においてレービンダー[2]がシュルツ[3]を引用してエールリッヒの『法源論』[4]を評価しないのは問題であると述べた。その理由は、修辞学（Rhetorik）と法学との共通点を重視し、法学の原点を共和政末期の修辞学（とりわけキケロの著作）にみようとするエールリッヒ[5]と、修辞学と法学との相違点を強調するシュルツ[6]は、個別的な用語法（ius civile）についても基本的な法学の見方についても、根本的にその立場を異にするのであるが、近時、シュルツ流のローマ法研究は通説的地位を失いつつあり、本稿で取り上げるネルの研究に代表されるように、古典期の法学者の観念の原型を共和政期の修辞学にみるという手法が用いられるようになってきているからである。さらに、手法の点だけでなく内容的にもエールリッヒの『法源論』にはネルの研究を先取りしている部分があることも指摘したが、この点については十分に論じる余裕がなかった[7]。

そこで本稿では、前稿を補完する意味で、D・ネルの『区分と列挙』[8]を史料に即して紹介し、エールリッヒの『法源論』はネルの研究のどのような点をどのように先取りしているのか、を明らかにしたいと考える。

（1）拙稿「法曹法の歴史的基礎づけ――エールリッヒの法源論――（一）（二・完）」『北大法学論集』四一巻三号（平成三年）一〇五一頁、同四号（平成三年）一四六一頁。以下では「前稿」と引用する。

（2）レービンダーは「国家制定法（staatliches Recht）を評価する際にエールリッヒがいかに歴史法学派に依っていたか、また、いかに多くの点で自らを歴史法学派の完成者とみていたか、ということは、現代の法社会学者にとっては理解しにくい事態である。……現代の法社会学者は誰一人〔エールリッヒが『法源論』で行なったような古代ローマ法の用語法を〕分析することなど思いつかないであろう。なぜなら、古代のローマ人がすでに国家制定法と法曹法の理論的対立を意識していたことを証明したとしても、その証明によっては、国家制定法と法曹法の理論的対立が〔現代においても〕有効かどうかは決まらないからである。そもそもエールリッヒが〔古代ローマ法について〕彼が望んだような証明をなしえたかどうかはここでは別にしても、少なくとも彼の仕事は〔ローマ法学者の間で〕一致した賛同を決して得てはいない」と述べて、シュルツの文章（次注参照）を引用する。M. Rehbinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 1. Aufl., 1967, S. 53, 2. Aufl., 1986, S. 62f を参照。

（3）シュルツは「エールリッヒの『法源論』は誤った方法によっ

て書かれており、否定されるべきものである」と述べる。F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, S. 87, Anm. 3, ders., History of Roman Legal Science, 1946, p. 72, note 5 を参照。

(4) E. Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, 1. Teil, das ius civile, ius publicum, ius privatum, 1902.

(5) とりわけ Ehrlich, a. a. O. S. 3ff, S. 30ff（前稿（一）一〇六一頁以下および一〇八二頁以下）を参照。

(6) シュルツは「弁論家は多少は法学教育を受けてはいるが法学者とは厳密に区別しなければならない。……前二世紀以来、法廷弁論の専門家達、老練家達の身分が登場した。彼らには私法、公法に関する法知識がいくらかあったが、その知識はまったく不十分なものだったので、彼らは法学者としてふるまうことはできなかった。時にはセルウィウスやトゥベロのように弁論家が後に法学者になったこともあるが、彼らは〔修辞学のほかに〕さらに法学の勉強をする必要があった。このグループを代表するもっとも有名な人物はキケロである」と述べる。Schulz, Geschichte, S. 51f, History, pp. 43 を参照。

(7) 前稿（一）一〇五八頁注6を参照。

(8) D. Nörr, Divisio und Partitio, 1972. 本稿においては同書は頁数のみを引用する。ネル論文に対するもっとも包括的な批判ないし反論として、W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, 1975 を参照。いささか乱暴ながらフルーメ説を筆者なりに一言で要約すると、フルーメは基本的にシュルツと同じ立場に立って慣習法の法源性を否定し、古典期の法学者はポンポニウス（Pomp. D. 1. 2. 2. 5, 12. この法文については本稿二（二）を参照）の意味での「非制定法」という表現で「法曹法」だけを考えていたというものである。ネルとフルーメの論争について詳論するのは本稿の課題ではないが、フルーメ論文に対しては有力な反論がある（W. Waldstein, SZ. 96, 1976, S. 358, M. Kaser, Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1978, S. 101 を参照）ところから、フルーメの批判にもかかわらず、ローマ法学者の間ではネル説が支持されているようである。なお、『区分と列挙』およびその前後に出た諸論文を含むネル説の包括的な紹介として吉原達也「ローマ法源学説の一問題――D・ネルの所説をめぐって――」『広島法学』一一巻三・四号（昭和六三年）三〇七頁を参照。吉原論文と本稿は重なる部分があるが、吉原論文がローマ法史学プロパーの問題意識（ローマ慣習法論）からネル説を包括的に取り上げているのに対して、本稿はエールリッヒ研究の視点から『区分と列挙』に絞ってネル説を検討するという違いがある。具体的には

本稿二（一）注14、二（二）注24、三などを参照。著者のネルについては、ネルの講演「サヴィニーの『生きた直観』」（青井秀夫・西村重雄共訳、広中俊雄付記）『法学』四五巻六号（昭和五七年）八八六頁を参照。

二　ネルの『区分と列挙』

（一）ネル論文の出発点

ネルによれば、ローマの法学者によって承認された法源の領域からの慣習法の追放はまだ完全には止揚されていない（慣習法の法源性を否定する見解[9]が跡を断たない）ように思われる。ネルは別の論文[10]で、当時の歴史的状況からみて、二世紀の法学者達が慣習法の理論を受け入れ、それを継続的に発展させたことを明らかにしているが、本論文の課題は、古典期の法学者の法源カタログに慣習法が出てこない（このことは、古典期の法学者が慣習法を法源として認識していた、という見解に対する反対証拠となりうる）のは何故か、を扱うことにある[11]。

ネルは、プフタ以降今日の教科書に至るまで支配的な、比較的厳密ではあるが実用性には疑問のある「慣習法」の概念[12]を用いず、「立法者の確定した意思に由来しない法制度、法規範、一般的法原則」を指すものとして、比較的広い意味で用いる。この意味での「慣習法」にローマの法学が基礎をおいていた[13]ことは間違いないのであるが、しかしこのことと、「慣習法」が「法源」かどうか、は別問題である。そこでネルは、「法源」を厳密には定義せず、法律と同様に、法創造＝法認識の手段として理解されていれば、慣習法の法源性を認める[14]。

ところで、ネル論文が出た当時は「ローマの法発見の方法」[15]が法史学の主要な問題関心となっていた。これらの研究においては哲学＝修辞学のローマ法学に対する影響が扱われている。しかしながら、ネルによれば、多くの場合に哲学＝修辞学の影響がみられることについては諸学説は一致しているが、哲学＝修辞学の法学に対する全般的な影響となると争いがある[16]。すなわち、ネル論文の個別的・直接的な目的は、古典期の法学者の法源カタログに慣習法が出てこない理由を明らかにすることにあるが、一般的・間接的な目的は、哲学＝修辞学と法学との密接な関係（ないし両者の共通性）の主張である、ということもできよう。

さて、ネル論文は次の三つの視点で考察される。すなわち、第一には法学的視点（慣習法理論の存在）であり、第二には狭

い意味での精神史的視点（同時代の思考様式の法学への影響）であり、第三には方法論的視点（一般的学問理論上の道具の古代学への応用）である。[17]

（9）慣習法の法源性を否定する代表的な見解として、ネルが引用する B. Schmiedel, Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht, 1966 を参照。なお、カーザーの体系書の初版は慣習法の法源性を否定するが、第二版は肯定する。M. Kaser, Das römische Privatrecht I, 1. Aufl., 1955, S. 173f, 2. Aufl., 1971, S. 195f を参照。カーザー説の変遷の詳細については吉原・前掲論文（注8）三〇九頁以下を参照。ただし、フルーメによれば慣習法の法源性を否定する見解が通説である。フルーメは、慣習法の法源性を否定する代表的見解としてシュルツを、否定説から肯定説へ移行した説としてカーザーを、肯定説としてネルを引用する。Flume, a. a. O. S. 8ff を参照。どちらが「通説」なのか筆者には判断しかねるが、さしあたり注8を参照。

（10）D. Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, in : Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, 1969, S. 353.

（11）S. 1.

（12）ネルは Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959, §§ 32 II, 38, 39 だけを引用するが、この文献に限らず現代の慣習法論においては一般に、慣習法は制定法と等置される・制定法と同価値の法源であるとされ、慣習法が「法源」となるためには「実定化」（Positivität）が必要とされる。「実定化」とは「裁判で用いられること」（Gerichtsgebrauch）である。Flume, a. a. O. S. 8f を参照。

（13）フルーメも、この点については争いがなく、問題はローマの法学者が慣習法を法源として認識していたかどうか、換言すれば、慣習法の「法源性」にあるとする。Flume, a. a. O. S. 11 を参照。

（14）S. 1f.

ところで、ここでの「法」は抽象的な規範ではなく具体的な事案に即した正しい関係を意味し、「法源」はその意味での「法」を認識する手段として位置づけられている。このような用語法は、法の存在形式を問題にする現代の用語法と異なる伝統的なものであり（小菅芳太郎「レスプブリカ（共和的国制）と法学」『北大法学論集』三六巻五・六号（昭和六一年）一八二一頁を参照）、この点にこそネルの法源論の核心があるものと思われる。わが国でこれと同様の伝統的な用語法を用いているものとして、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義――その一　法と法源

――」『法学協会雑誌』七三巻二号（昭和三一年）一三三頁（「法源とは法――判決（＝具体的な事案に即した「正」）――を引き出す淵源である」）を参照。なお、「法」と「法源」の一般的な用語法については川島武宜『民法総則』（有斐閣、昭和四〇年）一六頁以下を参照。さらに、後注24も参照。

(15) M. Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, Ak. Göttingen, 1962, in : ders., Ausgewählte Schriften I, 1976（塙浩訳「ローマ的法発見の方法」『摂大学術』Ser. B, No. 8, 二一二頁）を参照。さらにネルはシュタイン、シュミトリンなどの regula の研究、カルカレッタ、マルチーニなどの definitio の研究、ホラク、ヴィアッカーなどの ratio decidendi の研究を引用する（S. 2）が、筆者はこれらの研究を十分に参照しえなかった。他日を期したい。

(16) S. 2f.

ところで、柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』（世界思想社、昭和四三年）三七五頁以下によれば、一九二六年に言語学者ストゥルー（J. Stroux, Summum ius summa iniuria, 1926, in : Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, 1949）が問題提起をするまでは、弁論術（＝修辞学）が古代ローマ法学に実体的な影響を与えたとは考えられず、そのため弁論術に関する業績は近代ローマ法学とは完全に没交渉であった。さらに、真田芳憲「共和政末期における弁論術と法学の解釈方法」『法学新報』七四巻二・三号（昭和四二年）一二七頁によれば、ストゥルーは主としてキケロの『案出論』（de inventione）を素材として、弁論家は成文法および（書面による）意思表示の自由法学的解釈原理を創り出し、これが共和政末期の法学に実体的な影響を与え、これにより「意思主義」（secundum voluntatem）の解釈原理が「文言主義」（secundum verba）のそれに取って替わった、と主張した。ストゥルーのこの主張はローマ法学界にセンセーショナルな話題を提供し、一大論争が生じた（ストゥルーに反対する代表的学者はシュルツ）が、通説となるまでには至らなかったようである。ネルが「哲学＝修辞学の法学に対する全般的な影響となると争いがある」と述べるのには、このような学説史的背景があるものと思われる。なお、本稿三も参照。

(17) S. 3.

（二）制定法（広義）および法学文献における法源カタログ

ネルによれば、ローマの立法においては法律、平民会議決、元老院議決、皇帝の勅法、法務官告示など広義の制定法は法源

に数えられているのに対して「慣習法」（mos, consuetudo）は法源に数えられていない。[18]

次に法学文献についてであるが、ネルはまず最初にウルピアヌスの法文を引用する。

Ulp. D. 1. 1. 6. 1：我が法は、ギリシア人におけるのと同様に、成文法と不文法から成り立つ。

しかし、法を成文法と不文法に分類するという明らかに修辞学に由来するこの傾向は学説彙纂の他の箇所にはみられない。[19]

続いてネルは、ポンポニウス、ガイウス、パピニアヌスの法文を引用する。[20]

Pomp. D. 1. 2. 2. 12：こうしてローマ国では、法律、proprium ius civile、すなわち制定されずただ法学者の解釈によって成立している法、法律訴訟、すなわち訴訟の形式を定めている法、平民会議決、すなわち貴族の同意なしに成立する法、政務官告示、すなわち名誉法がそこから出てくる法、元老院議決、すなわち平民会議決によらず元老院の決定によるだけで定められる法、皇帝の勅法、すなわち皇帝自身が定めたことが法律に代わって守られる法、によって裁判が行なわれるようになった。

Gai. I. 1. 1, 2：　こうしてローマ国民は、一部は自らに固有な法を、一部は全人類に共通の法を用いるようになった。それぞれの法については、それぞれの場所で論ずるであろう。さて、ローマ国の法は、法律、平民会議決、元老院議決、皇帝の勅法、告示制定権をもつ者の告示、法学者の解答から成り立つ。

Pap. D. 1. 1. 7. pr., 1：ius civile の淵源は、法律、平民会議決、元老院議決、皇帝の勅法、法学者の権威である。法務官法は、法務官が公の利益を考慮して、ius civile を補助し補充し修正するために導入した法である。

ガイウスはすべての法を ius civile と ius gentium とに「区分」（=divisio. 以下ではDと表示する）することから叙述を開始する。ガイウスによれば、この「区分」はローマ法にもあてはまる。ガイウスは、ローマ法の叙述で上位概念として「ローマ国の法」を用い、そこで「列挙」（=partitio. 以下ではPと表示する）による定義を用いる。パピニアヌスは、上位概念を用いずに ius civile と ius honorarium を併置し、ius civile をPによって定義する。ポンポニウスにとっては、ius が上位概念であるように思われる。[21] ポンポニウス文がガイウス文やパピニアヌス文と違うのは、他の法文における「法曹法」に相当する proprium ius civile[22] のカテゴリーを形成している点、歴史的

なものと体系的なものを混同している（法律訴訟を独自の法源に数えるなど、古来の思考様式がみられる）点である。[23]

ネルによれば、法源カタログのバリエーション（それぞれの法文でどの法源が出てきてどの法源が出てこないか）よりも重要なのは、諸法源が並置されていること[24]、そして、法律、平民会議決、元老院議決、皇帝の勅法、告示、法曹法はどの法文でも「法の部分」（partes iuris）[25]として登場するのに対して、「慣習法」は出てこないということである。[26]

ここで考察の対象を制定法と法学文献の法源カタログだけに限定すれば、ローマの法学者は「慣習法」を法源として認識していなかった、という結論に至りかねないが、ネルは、これ以外の証拠を見落してはならない、とする。それは、哲学＝修辞学の文献、（広義の）制定法、そして法学文献そのものの中にもみられるのである。[27]

(18) S. 4f. もちろん、次にみる法学文献とは違って、制定法においては理論的分類が行なわれているわけではない。

(19) S. 6. なお、「不文法」(ius sine scripto) と慣習法の関係についてはNörr, a. a. O. S. 353ff を参照。

(20) ポンポニウス文およびパピニアヌス文については春木一郎訳『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』（有斐閣、昭和一三年）を、ガイウス文については船田享二訳『ガイウス・法学提要（新版）』（有斐閣、昭和四二年）を参照した。ただし、訳語は必ずしもこれらの文献に従っていない。

(21) このことはポンポニウス文の読み方にかかわる。ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, …という部分を、「lex, proprium ius civile…から成り立つ ius によって裁判が行なわれる」と読めば ius は上位概念となるが、「ius すなわち lex（十二表法）、proprium ius civile…によって裁判が行なわれる」と読めば、ius は上位概念とはならず十二表法だけを指すことになる。本文では前者の読み方に従った訳語を採用した。なお、春木・前掲訳書（注20）六九頁は後者の読み方を採る。

(22) proprium ius civile についてはさしあたり前稿（一）一〇六〇頁以下を参照。

(23) S. 7f.

(24) 換言すれば、法源間の優先順位あるいは諸法源の拘束力の差異は問題とならない、ということである。このような法源論も現代とは異なる伝統的なものであるが、わが国でこれと同様の伝統的な法源論を示すものとして、来栖・前掲論文（注14）一三三頁（「法源と認むべきものには制定

法、慣習（法）、判例、学説、条理がある。そして制定法のみは法源であることを争われたことはないが、しかもまた一の法源にすぎない（＝拘束力のある・優先的な法源ではない）ものとみるべきである。右の諸法源内には矛盾がありうる。……これらの矛盾した法源から法（判決）が引出されるのである」）を参照。

(25) Pomp. D. 1. 2. 2. 5（春木・前掲訳書（注20）六七頁）を参照。

(26) S. 8.

(27) S. 9. いうまでもなく、法学文献以外の史料（とりわけ修辞学文献）が従来の研究で見落とされてきたわけではない。Flume, a. a. O. S. 12f を参照。

（三）修辞学文献、制定法（広義）および法学文献における「慣習法」

まず最初に修辞学文献に関してであるが、ネルによれば、ギリシァの影響を受けているローマ修辞学の最古の法源カタログは共和政末期、とりわけキケロにみられる。キケロの法源カタログには二つの基本形式がみられる。一方は法の本質と体系を明らかにするのに役立つものであり、他方は法の構成部分を数え上げるものである。ネルは前者を「体系的カタログ」（＝D）と、後者を「経験的カタログ」（＝P）と呼ぶ。(28)

「体系的カタログ」はたとえば『トピカ』にみられる。

Cic. Top. 31：したがって、型（＝種）とは類が省略なく区分されたものです。たとえば、ius を法律、慣習法（mos）、衡平に区分するというように。

これよりはるかに詳細で、ストア学派との密接な関係を示しているのが『案出論』である。

Cic. de inv. II. 65, 67, 68：ここで、この種〔negotialis〕の論点を論じる場合のものさしを考えてみよう。両当事者の弁論家は――複数の当事者が訴訟に関係している場合は、もちろん各弁論家はすべて――、法〔源〕が何から成り立っているか、を考察しなければならない。法は自然に由来すると考えられる。しかし、この法のうちの明確なものあるいは曖昧なものが有用性の観点から慣習法（consuetudo）となり、その後、慣習法によって承認された法、あるいは真に有用であると考えられた法が法律として制定されたと考えられる。さて、自然法とは〔後天的な〕知識ではなく、いわば先天的な本性が我々に示すものがそれである。……これに対して、慣習法においては、制定されていないが万人の意思において

長時間承認されたものが法であると考えられる。万人の意思の中には、長時間が経過したことによってそれ自体がすでに確実な法となったものもあるが、そうでないものも多く、その大部分は法務官によって告示される習わしであった。この種の法の中で慣習法として確実な法となったものは、合意、衡平、先例の三種類である。合意とは、両当事者間で約定されたことが正当であると考えられ、その結果法廷で有効であるといわれる法である。衡平とは、万人にとって公平な法である。先例とは、一人の人間のあるいは複数の人間の判決によってすでに決定されている法である。法律は法律から知られなくてはならないであろう。

この叙述は「性質の論点」(status qualitatis) のうちの、法的な判断が問題になる negotialis[29] の部分に出てくる。キケロによれば法の始まりは自然であり、これに慣習法 (consuetudo) が続き、最後に法律が来る。法律の一部は慣習法を支持し、一部は新しい規範を生み出す。自然から慣習法、慣習法から法律というこの歴史的分類は「体系的分類」に近い。自然に属するのは敬神、義務、恩顧、復讐、尊敬、真実である。慣習法の分類は明確ではないが、キケロは告示と、合意、衡平、先例という三種類の法を挙げる。キケロはここで叙述を完成することに熱心ではなかったようである。[30]

次に、「経験的カタログ」は次の史料にみられる。[31]

ad Herr. II. 19 : さて、法〔源〕は、自然、法律、慣習法 (consuetudo)、先例、衡平、合意という部分から成り立つ。

Cic. Top. 28 : ius civile は、法律、元老院議決、判決、法学者の権威、政務官告示、慣習法 (mos)、衡平から成り立つ。

ネルは、ローマの法秩序のあり方に左右されるのはDよりもPであることを指摘する。このことはキケロの場合に明らかである。すなわち、『トピカ』のDとPを比較するとPのほうが言及されている法源の数が多い、ということである。さらにネルは、『ヘレンニウス弁論書』[32]の作者の法源カタログにおいてもキケロの法源カタログにおいても、慣習法が法秩序全体の一部分といわれていることは注目に値する、とする。すなわち、DにおいてもPにおいても、慣習法が登場することを確定しうるのである。もちろんここから、これが法学者の共通の観念であった、という結論を導いても行き過ぎではないかもしれないが、ネルは慎重である。すなわち、哲学＝修辞学の文献が示すことは、学識あるローマ人（修辞学の訓練を受けた弁論家）にとっては慣習法は一つの法源たりえたということだけであり、

必ずしも法学者が修辞学者の法源論に従ったということにならない、とし、さらに制定法、法学文献について考察を進める。[33]

まず、制定法（広義）についてである。（二）の冒頭でふれたように、制定法における法源カタログには慣習法は出てこなかった。これらの制定法においてはローマ市民間の権利関係が扱われているのであるが、これに対して外国人間の（あるいは属州における）権利関係が問題になっている史料においては慣習法が登場する。その例としてネルは第一に lex Antonis de Termessibus（前七一年）を、第二にアウグストゥス期のある前執政官の書簡に引用されている元老院議決（前八〇年）を、第三に前八一年の元老院議決を引用する。これらの史料から、ローマ人は共和政期にすでに「慣習法」というカタログを知っていたことがわかるのであるが、ここでもネルは慣習法の「法源性」については慎重である。[34]

次に、法学文献についてである。（二）でみたように法学文献の法源カタログにおいては慣習法は出てこなかった。しかしながら、周知のように法学文献においてはいくつかの私法的な制度[35]が今日我々が慣習法と呼ぶ法源に還元されている。ネルは、これらの史料について詳論するのは本論文の課題ではない、[36]とし、次の点を指摘するにとどまる。すなわち、慣習法の法源性を否定する論者はこれらの史料について極端なインテルポラチオを想定するか、あるいは（それは慣習法ではなく事実上の慣行であるとか、「現実の関係の秩序」であるというように）慣習法の意味の変更をしなければならないが、インテルポラチオに関しては、疑うのが難しいガイウスの諸箇所は他の断片が真正であることの一つの証拠であることを確認すれば足り、また法源としての慣習法の性質に関しては、法律と慣習法が併置されている箇所が、ガイウスの『法学提要』に二箇所、ポンポニウスとウルピアヌスに一箇所づつあることを想起するだけでよい。[37]重要なことは、法制度には法律と慣習法という二つの歴史的由来があるということを彼らが信じていたことなのである。[38]

ネルによれば、ここまでの叙述で確認しうることは、（二）でみた法学者の法源カタログは、慣習法が出てこないという点で哲学＝修辞学の法源カタログと矛盾するだけでなく、個々の法定立行為あるいは他の法学文献とも矛盾する、ということである。しかし、この矛盾はキケロの『トピカ』が解消してくれるであろう。[39]

(28) S. 10f.

(29) ネルが引用する次の史料を参照。

Cic. de inv. I 14 : negotialis では、civilis mos et aequitas からみて、何が正しい関係（ius）か、が考察される。

法的な判断（ないしその規準としての法源論）が問題になるこの negotialis の論点に対して、iuridicialis の論点では「報酬や罰金はいくらか」といった具体的な判決のあり方が問題になる。前稿（一）一〇六四頁を参照。

(30) S. 12.

(31) ちなみに、エールリッヒの『法源論』は、ここで一度だけ「独自の見解」（eigenartig）として引用される（Anm. 46）。もっとも、ここでネルがエールリッヒを否定するのは『トピカ』の当該箇所の読み方に関してである。エールリッヒの『トピカ』理解についてはカーザーも否定的である。M. Kaser, Lex und ius civile, in : Ausgewählte Schriften I, S. 157 を参照。

(32)『ヘレンニウス弁論書』（Rhetorica ad Herennium）については、柴田・前掲書（注16）三六七頁以下を参照。

(33) S. 13.

(34) S. 14ff.

(35) 代表例は「夫婦間贈与の禁止」である。エールリッヒによれば、「夫婦間贈与の禁止」が慣習法由来の制度であるとされている史料は全部で一〇箇所以上あるが、それらの箇所については前稿（一）一〇九一頁本文および注74を参照。「夫婦間贈与の禁止」については小菅芳太郎「法学史における夫婦間の贈与（上）」『北大法学論集』一四巻三・四号（昭和三九年）六〇一頁を参照。

(36) 法学文献においてどの法制度が慣習法由来とされているかという点についてネルは主にペルニーチェ（A. Pernice, Zum römishen Gewohnheitsrechte, SZ 20, 1899, S. 127, Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungschriebenes Recht, SZ 22, 1901, S. 59）を引用する。

ちなみに、ペルニーチェの二論文とエールリッヒの『法源論』は、（四）で扱うキケロの『トピカ』の理解については対立するが、どの法制度が慣習法由来かという点についてはエールリッヒはペルニーチェ説に依拠している、という関係にある。前稿（一）一〇九〇頁以下、一一〇八頁以下を参照。

(37) ネルが引用する次の法文を参照。

Gai. III 82 : しかし、さらに別種の相続財産の承継がある。これは、十二表法にも法務官の告示にもよらず、慣習法（consensus）に基づいて導入された法である。

Gai. IV 26 : 差押式法律訴訟は、ある場合には慣習法（mos）により、ある場合には法律によって実行される。

Pomp. D. 23. 2. 8 : 被解放男は彼の被解放母、被解放姉妹を妻にしえない。この法は法律によらず慣習法（mos）により導入された。

Ulp. D. 27. 10. 1. pr：十二表法によって、浪費者が自分の財産を管理することが禁じられた。これは当初から慣習法（mos）により導入されていた法である。

(38) S. 18f. Flume, a. a. O. S. 18f は反対。

(39) S. 19.

（四）区分と列挙――本質と由来――

キケロの『トピカ』は周知のように彼の友人の法学者トレバティウスに捧げられた書物であるが、キケロはこの著作において loci (topoi)――そこから「論拠」(argumenta) を獲得しうる「場所」の意――の理論が法学にとって有益であることを法学者達に説得しようとしている。キケロはこの著作を書く際にアリストテレスに由来する伝統に依っているが、他の要素（プラトン学派およびストア学派に由来する）も受け入れている。(40)

キケロが「定義」(definitio) のトポスをDとPの分類へと導いている『トピカ』の次の箇所は、DとPの本質と由来を明らかにしようとするネルの議論の基礎となる史料である。

Cic. Top. 28, 31, 33：定義には、Pによる定義とDによる定義とがあります。Pによる定義とは、対象となっている事柄を、いわばその構成部分（membrum）に分けることです。たとえば、ius civile は法律、元老院議決、先例、法学者の権威、政務官告示、慣習法（mos）、衡平から成り立つと定義するように。これに対してDによる定義は、定義される事柄の類に属するすべての型〔＝種〕を含みます。たとえば、手中物の譲渡は ius civile 上それをなしうる者の間の握取行為〔＝拘束行為による引渡〕か法廷譲渡か、のいずれかである〔と定義する〕ように。……さて、PとDがどのようなものであるかについてはすでに明らかにしましたが、両者がどのように異なるのか、もっと明瞭に説明してみましょう。Pでは〔対象となっている事柄には〕どのような構成部分があるか〔を定義します。〕たとえば、体には頭、肩、手、胴、脚、足、その他〔の構成部分があると定義するように。〕Dでは〔対象となっている事柄はどのような〕型（forma）〔から成り立つか、を定義します。〕ギリシア人達は forma のことを eide と呼びます。これを論じる我が〔ローマの学者達は〕種（species）と呼びます。この翻訳は非常にまずいというわけでは決してないのですが、格変化に関しては有益とはいえません。species の複数属格形、複数与格形、複数奪格形は、ラテン語では言えないのですから、species という言葉は用いない

ようにします。しかし、しばしばこれらの格変化を用いなければなりませんので、そのときは、formaの複数属格形、複数与格形、複数奪格形を用いることにします。もっとも、どちらの言葉も同じことを意味しうるのですから、それを用いる場合の便宜まで否定されるべきだとは思いません。さて、学者は類と型〔＝種〕を次のように定義します。すなわち、類とは複数の区別にかかわる概念であり、型〔＝種〕とは区別が類という頭、あるいはいわば源に還元されうる概念です。したがって、型〔＝種〕とは類が省略なく区分されたものです。iusを法律、慣習法（mos）、衡平に区分するように。型〔＝種〕を部分（pars）と同じだと考える人は、両者の性質〔の違い〕を混同し、ある種の類似性により混乱した結果、きちんと区別すべき事柄を十分に区別できないことになります。……Pを用いる場合は部分を残してはいけません。たとえば、君が後見をPによって定義しようとする場合に、ある後見を省略すると、君はまずい定義をすることになるでしょう。しかし、君が問答契約あるいは訴訟の方式書をPによって定義する場合は、無限の事柄においてあることを省略したとしても、それは不完全というわけではありません。しかし、Dにおいて同じことをすれば、それは不完全となります。なぜなら、類に属する型〔＝種〕の数は一定だからです。これに対して部分の分類〔＝P〕は、あたかも湖から河が流れ出るようにしばしば無限です。

キケロはPによる定義とDによる定義を区別する。Pにおいては事柄はその構成部分に分けられる。たとえば、身体は胴、頭、肩その他の構成部分から成り立つ、あるいは、ius civileは法律、元老院議決その他の構成部分から成り立つと定義される。Dにおいては「類」として理解された事柄が「型」ないし「種」（eide, forma, species）に分けられる。たとえば、手中物の譲渡は握取行為か法廷譲渡か、のいずれかであると定義され、あるいは、iusは法律、慣習法、衡平に区分される。Pは、定義の対象となる事柄の数が有限であれば完全でなくてはならないが、事柄の数が無限であれば完全でなくてもよい。これに対して、Dは完全でなくてはならない。なぜなら、あらゆる「類」は一定数の「型」ないし「種」のみをもちうるからである。PとDはしばしば混同されるが、キケロによればそれは誤りである。(41)

ネルによれば、キケロがPとDの区別を論じる場合に、彼がギリシァ（とりわけアリストテレス）の修辞学に依拠していることは確実である。もっとも、アリストテレスは、三段論法において当該結論に至る「論拠」をそこから導きうるさまざまな

トポスにうちのいくつかのトポスを「定義」、D、Pと呼ぶ。[42]すなわち、アリストテレスにとっては、キケロとは違って、DとPは「定義」の型ではなかったのである。[43]

ここからネルは、アリストテレスにおいて本来は定義の問題ではなかったPがいかにして定義の問題となったのか、[44]そもそもPとDを定義と呼んでよいのかどうか、[45]PとDは理論的には区別されるが、実際上はこの区別にはあまり意味がなかったこと、[46]などを詳論するが、これは、ネル自らが「回り道」[47]といっているように、ローマの法学者の法源カタログに慣習法が出てこない理由を明らかにするというネル論文の目的とは直接には関係しないと思われるので、本稿では詳しい紹介を省略することにする。

(40) S. 20.
(41) S. 21.
(42) 池田美恵訳「弁論術」第二巻第二三章（一三九八a、一三九九a）『世界古典文学全集　16　アリストテレス』（筑摩書房、昭和四一年）一二六頁以下を参照。
(43) S. 21f.
(44) S. 22ff.
(45) S. 28ff.
(46) S. 39ff.
(47) S. 45. なお、フルーメもこれらの問題については批判の対象とはしていない。

(五)　法学者の法源カタログに「慣習法」が出てこない理由

哲学＝修辞学の文献においては慣習法が登場すること、共和政期の皇帝の法定立行為においては慣習法が広範に登場すること、そして、法学者自身も個々の法制度を慣習法に還元していること、を(三)でみた。ローマの法学者達に慣習法が法源として知られていたことの証明としては、第二、第三の事実だけですでに十分であるが、法学文献の法源カタログに慣習法が出てこないのは何故か、という問題はまだ残っている。しかし、ネルによれば、この問題は(四)でみたPとDに関する議論によって明らかになった。[48]

すなわち、キケロは『トピカ』[49]で法源に関してPとDを区別しているが、Pでは法律、元老院議決、先例、法学者の解答、法務官告示、慣習法、衡平が、Dでは法律、慣習法、衡平が挙

げられていた。キケロの法源カタログと法学者の法源カタログを比較すると、後者においてはPのシェーマが圧倒的に重要な地位を占めていることがわかる。例外はウルピアヌス文である。[50] しかし、ウルピアヌス文にみられるDは学説彙纂ではそれ以上論じられておらず、ユスティニアヌス帝の法学提要において初めてウルピアヌス文のDがガイウス文のPに移植され、これによりPという開かれた体系がDという閉じた体系に据え付けられたのである。[51] もう一つの例外はパピニアヌス文である。[52] この法文では、ius civile がPによって定義されるのに対して、上位概念である ius civile と ius honorarium はDによって区分される。最後の例外はガイウス文である。[53] ガイウスは、すべての ius を ius civile と ius gentium とに区分することから諸法源の概観を始める。[54]

いうまでもなく法学者の法源カタログの間には違いがあり、またキケロの著作や『ヘレンニウス弁論書』における法源カタログにもそれぞれ特徴がある。しかし、ネルによれば、ここで重要なのは法源カタログ間の違いではなく、次のことである。すなわち、Dにおいては、類に属するすべての型（＝種）を数え上げなくてはならないのに対して、Pにおいては、iusが有限数ならば、個々の構成部分を数え落とすのは誤りであるが、iusが無限数ならば、セネカ[55]の言葉を借りれば、構成部分の列挙は多すぎても少なすぎても不適切で、もっとも重要な構成部分を数え上げなければならない、ということである。そして、少なくともキケロによれば、[56] iusは無限数である。[57]

ネルによれば、法学者の法源カタログを無限数という観点で考察すればそこに慣習法が出てこない理由がわかる。（三）でみたように、法学文献は慣習法がローマの法学者にたしかに知られていたことを示している。しかし、その意義は比較的小さかった。なぜなら、慣習法は通常、他の法源（とりわけ法務官告示と法学者の解答）へと変形されて（換言すれば、法務官や法学者がそれを「類型化」し法源として取り込んで）初めて実現したからである。それゆえ慣習法は、重要な法源のリストから漏れてもかまわなかったのである。[58]

このような結論に対しては、慣習法の法源性を否定する論者から、次のような反論が可能であろう。すなわち、ネル説は、ローマの法学者達には知られていなかったPとDという概念のカテゴリーを彼らに押しつけているのではないか、と。これに対して、ネルは、彼らはたしかにそれを知っていたしその証拠もある、とする。[59] さらに、ポンポニウスも（真の）法学者であり、パピニアヌスも修辞学の訓練を受けた実務家であることを

考えると、彼らがDとPを知っていたという推定が働く。さらに、法源カタログと異なる法学者の法源カタログが存在するということは、ガイウス、ポンポニウス、パピニアヌスといった法学者が修辞学の模範とは独立であったことの証拠ではないかとも考えられないではないが、これに対してネルは、ローマの法学者が一般的法理論の分野では必ずしもオリジナリティーがなかったことは周知の事実である、と答える。(60)

結論としてネルは次のように言う。Pというプロセスの法源カタログには「不完全性の原則」とも言うべきものが支配している。だから、法源カタログにおいて非本質的な構成部分が存在しないからといって、実際にもそれが存在しないということにはならない。すなわち、法学者の法源カタログに慣習法が欠けていることは、ローマの法学者は慣習法を固有の法源として承認していなかったことの証拠にはならないのである。(61)

とりわけPという定義方法の諸原則は、法源カタログにおける慣習法の欠缺を説明するのに適当である。すなわち、Pにおいてある構成部分が言われていないことからは、それが存在しないということにはならず、せいぜいその構成部分は比較的軽い意味をもつといいうるにすぎないのである。(62)

(48) S. 45.
(49) 前掲 Cic. Top. 28, 31.
(50) 前掲 Ulp. D. 1. 1. 6. 1.
(51) ネルが引用する次の史料を参照。
I. 1. 2. 3ff.: わが法は、ギリシア人におけるのと同様に、成文法と不文法から成り立つ。成文法は、法律、平民会議決、元老院議決、勅法、政務官告示、法学者の解答から成り立つ。法律とは、……。
(52) 前掲 Pap. D. 1. 1. 7. pr., 1.
(53) 前掲 Gai. I. 1. 1. 2.
(54) S. 45f.
(55) ネルが引用するSeneca, ep. mor. 89. 1ff を参照。
(56) ネルが引用する次の史料を参照。
Cic. de leg. II. 18: しかし、私が提出しようとしているいくつかの法は完全ではなく——なぜなら〔それを完全にしようとすれば〕際限なくなってしまうだろうから——、要点ないし要約にすぎないのだ。
ただしフルーメはネル説に反対。Flume, a. a. O. S. 13f を参照。なお、キケロの『法論』の同箇所については中村善也訳「法律について」『世界の名著14』（中央公論社、昭和四三年）一七一頁も参照。
(57) S. 46f.
(58) S. 47f.

(59) ここではガイウスについてみておくことにする。ネルは Martini, Le definizioni dei giuristi romani, 1966 を引用し、ガイウスがDを知っていたことは明らかであるとする。次に、ガイウスがPを知っていたことのもっとも明白な証拠として、方式書に関する次の箇所を引用する。

Gai. I. 4. 39.: 方式書の部分は次のものである。すなわち、請求原因の表示（demonstratio）、請求表示（intentio）、裁定権限付与の表示（adiudicatio）、判決権限付与の表示（condemnatio）がそれである。

ここでは明らかにPのシェーマが用いられており、たとえば訴訟に関する箇所（Gai. I. 4. 103.: 訴訟は法律により、あるいは命令権により成立する）にみられるDとは対照的であり、ガイウスは、方式書の数が無限でないにもかかわらず、不完全なPを行なっているのである（S. 48f.）。ガイウス以外の法学者についてはS. 50f を参照。

(60) S. 48ff.

(61) S. 53.

(62) S. 54.

（六）補論——現代法学における区分と列挙——

以上のように、DとPは古代ローマ法（学）の理解にとって有益であるが、これが現代法学に対してもつ意義をネルは次のように言う。

今日の法理論文献においては、いわゆる「体系的思考」[63]が中心的役割を果している。すなわち、トーピク、カズイスティク、あるいは問題思考に対置される「体系」が重要な役割を果たすとされている。しかしその際、個々の場合に「体系」という言葉で何を理解するのか、は必ずしも明らかではなかった。少なくともDとPに関する古代の議論は重要視されてこなかった。たとえば、インスティトゥツィオーネンシステム（人法、物法、行為の法）とパンデクテンシステム（総則、債権法、物権法、家族法、相続法）の違いが見落とされてきた。すなわち、前者がDに基礎をおくものであるのに対して、後者はPに基礎をおくものである。つまり、前者においては、Dの（内的）体系によってすべての法素材が分類されており、「第四の要素」を付け加えようとすると「体系」そのものが壊れてしまう。これに対して後者においては、外的な（同時に具体的な）法の分類が問題になるので、何かを付け加えても内容が変わるだけで分類の構造そのものは変わらないのである。さらに、権利を絶体権（absolute Rechte）と相対権（relative Rechte）とに分類する例が挙げられる。すなわち、これをDと捉えると、たとえば形

成権（Gestaltungsrecht）あるいはius ad rem[64]といった他の権利形態の発生ないし分類が困難になるのに対して、これをPと捉えると、それは単に実用性の問題にすぎなくなる。[65]

ネルによれば、Dは、論理と認識批判が分かれていなかった時代の産物である。西洋法学史において、自然法から学問的実証主義に至るまでの間の体系がDによって支配されたことは不思議ではない。なぜなら、論理的で・ヒエラルヒーを構成し・無欠缺の法秩序を作り出すことがこの時代の目的であったからである。この時代には、まさにDの本質に即した無欠缺性が、法認識が真であるということの確かな証拠となったのである。しかしながら、構成法学との対決の中で今日この基礎は広範に壊れた。それにもかかわらず、今日の法学がDの原則に従い、法学理論の変更（DからPへ）が正しいと意識することがないのは、驚くべきことである。現代の法学にはDよりもPがよりよく対応する。今こそ、実証主義の「閉じた体系」（D）からヨリ経験的な「開かれた体系」（P）への移行を考えるべきである。[66]

（63）ネルはF. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 275f（同書の邦訳として鈴木禄弥訳『近世私法史』（創文社、昭和五〇年）を参照）, K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969, S. 149ff, S. 412ff, C. W. Canaris, Systemgedanken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969などを掲げる（S. 57, Anm. 227）。

（64）ius ad remについては、好美清光「ius ad remとその発展的消滅――特定物債権の保護強化の一断面――」『法学研究（一橋大学研究年報）』三号（昭和三六年）一七九頁を参照。

（65）S. 57.

（66）S. 58.

わが国でP的な類型論を志向する代表的な文献として、来栖三郎『契約法』（有斐閣、昭和四九年）がある。来栖は「法の解釈における類型的方法の基本的発想は、事実の類型化を法の解釈の出発点とするにある。すなわち、専ら一般的抽象的概念とは何ぞやを論じ、それを単に個別的にみた事実にあてはめるだけでなく、一般的抽象的概念のうちで類型を分け、それぞれに特有な規範を発見しようとするのである。そこから、類型は個々の事実と一般的概念の中間（的地位）を占めるといわれている。だが、民法解釈学において、類型ということばは、大別して、二様の意味に用いられているようである。一つには、類型は、同じ種類の事象のうちで、原理的に互に対立する根本的形式ない

し根本的特徴を意味する。例えば、団体における社団と組合、契約における一時的債権契約と継続的債権契約の如きである。しかし、もう一つには、類型とは、同じ種類の事象のうちで、他に対する特徴をもち、それ故に特有な取扱いを必要とする一群の事象を意味する。例えば、雇傭・請負は契約の類型であるといわれる場合は勿論、どういう事実があれば故意過失および権利侵害があるとして責任を負わせるべきかを、交通事故とか名誉毀損などの不法行為の類型別に検討すべきだと主張される場合は、この意味に用いられているのである。ちなみに、いうまでもないことであるが、この意味での類型化は類（概念）を種（概念）に分つ『分類』ではない。諸類型を合わせても類をおおう必要はない。むしろ、類型は、類（概念）から出発するのではなく、具体的な事象の観察に基づいて帰納的に一つ一つ構成されるのである」（引用は七五二頁）と述べて、契約法におけるP的な類型論の重要性を指摘する。

ところで、ここにみられるP的な類型論は、いわゆる法解釈論争の問題提起の際にすでに出されていた「社会学的方法」（同「法の解釈と法律家」『私法』一一号（昭和二九年）二三頁（「法律家の従うべき正しい法の解釈の方法はどうなくてはならぬか。それは末広先生における『嘘の効用』より『法律解釈における理論と政策』への発展のうちに示されているように思われる。一言で言えば、法規範を実定法の規定からの論理的演繹によってでなく、現実の社会関係の観察・分析によってその中から汲みとるべきである。こうした解釈の方法を社会学的方法と呼んでよければ……法の解釈に当っては社会学的方法を一貫するように努めなければならない」）を深化・発展させたものであるが、事実と規範を峻別しD的な「価値のヒエラルヒア」の構築をめざす星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第一巻』（有斐閣、昭和四五年。初出は『法哲学年報（一九六七）法の解釈と運用』（昭和四三年）所収）一頁や、「議論」の観点から戦後の法解釈論争を批判的に考察する平井宜雄『法律学基礎論覚書』（有斐閣、平成元年。初出は『ジュリスト』九一六号～九二八号（昭和六三年～平成元年）所収）八二頁以下は、このような「社会学的方法」を否定する。なお、類型論に関するわが国の最近の文献として、青井秀夫「法における類型の問題への一試論――法律学的思考とパタン――（一）（二）（三）（四）」『法学』四九巻四号（昭和六〇年）五三九頁、四九巻五号（昭和六〇年）七三一頁、五〇巻三号（昭和六一年）三七三頁、五四巻四号（平成二年）六一九頁（未完）がある。

三　おわりに

本稿「はじめに」で述べたように、本稿はエールリッヒ研究の視点（とりわけ『法源論』の再評価[67]）からネル論文を扱おうとするものであり、したがって、法学者の法源カタログに慣習法が出てこないのは何故か、あるいは古典期の法学者は慣習法を法源として認識していたか否か、といったネル論文の主題についてその当否を論じることは本稿の課題ではない。ここではもっぱらエールリッヒ研究への寄与という視点から、本稿の成果を次の二点にまとめておきたいと考える。

まず第一に修辞学と法学の関係についてである。今世紀前半までは修辞学とローマ法学の研究はまったく没交渉であり、ストゥルーがローマ法学に対する修辞学の影響を主張した後も、シュルツに代表されるように両者の相違点を強調する考え方が支配的であった、とされる[68]。これに対してネル論文は、本稿でみてきたように、ローマ古典期の法学者の観念を分析するにあたりその原型を共和政末期の修辞学（とりわけキケロの著作）にみるという手法を用いる。ネルの用いるこのような手法（換言すれば修辞学と法学の共通性の主張）は、基本的にシュルツと同じ立場に立ちネルを批判するフルーメよりもネルのほうが一般に支持されているところから、現代のローマ法学においては広く受け入れられているものと思われる[70]。ところで、前稿で明らかにしたように、エールリッヒの『法源論』はまさにネルと同じ手法を用いて用語法を分析し、古典期の法学者の用語法の原点（さらに進んで法学そのものの原点）を共和政期のキケロ――法律（解釈）問題を扱う法学者ではなく事実問題を扱う弁論家として活躍した――の著作にみようとする。すなわち、エールリッヒの『法源論』はその方法においてネルの研究を先取りした先駆的業績として再評価に値するものと考えられる。さらに、今日の法学方法論においては「議論」（argumentatio）に注目する研究が有力になりつつあるが[71]、ネル論文は「議論」の原点であるローマ修辞学の法学に対する全般的影響を本格的に論じたものであり、この意味でもエールリッヒの『法源論』は、法学の原点を共和政期の修辞学にみた先駆的業績として、再評価に値するものと思われる。

第二に、慣習法（広義）による法（＝具体的な事案に即した正しい関係）の認識、そしてその意味での「法」を認識する手段としての「法源」論に関してである。ネルは「慣習法」の概念を「立法者の確定した意思に由来しない法制度、法規範、一般的法制度」を指すものとして比較的広い意味で用い[72]、また

「法源」についても、法（具体的事案に即した正しい解決）を認識する手段として理解されていれば慣習法の法源性を認めるというように、諸法源の拘束力の違いや優先順位を問題にしないが[73]、このような「慣習法」や「法源」の概念は、エールリッヒがローマ法にみたものにほかならない。すなわち、前稿で明らかにしたように、エールリッヒによれば、ius civileは法学、法曹法、慣習法といった非国家制定法（社会由来の法）を同時に意味するのに対して、国家制定法を意味することは一度もない。また「法源」に関しても、エールリッヒにとっては、命令的法源である国家制定法の占める役割は比較的小さく、圧倒的に重要なのは教示的法源である法曹法であった[74]。さらに、エールリッヒの法学方法論（自由法学）の核心は、制定法に明確な規定がない場合の・法曹による・法曹法を通した「法（判決）発見」であった[75]。すなわち、エールリッヒの『法源論』は、法学の原点を修辞学にみるという方法の点だけでなくその内容からみてもネルの慣習法論の先駆的業績であるといえよう。

（67）さしあたり前稿（一）「序論」を参照。
（68）本稿二（一）注16を参照。
（69）ネルを批判するフルーメも、慣習法論における修辞学文献の重要性自体は否定していない。Flume, a. a. O. S. 12f.を参照。
（70）本稿一注8を参照。
（71）瀬川信久「Ch・ペレルマン『議論の研究』――実用法学の視点からの検討――」『日仏法学』一三号（昭和六〇年）一頁、平井・前掲論文（注66）、同「法解釈論の合理主義的基礎づけ――法律学基礎論覚書・その二――」『法学協会雑誌』一〇七巻五号（平成二年）七二七頁（同『続・法律学基礎論覚書』（有斐閣、平成三年）所収）などを参照。
（72）本稿二（一）本文および注14を参照。
（73）本稿二（一）本文および注24を参照。
（74）拙訳「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」『北大法学論集』一五八頁以下および一六四頁以下を参照。
（75）前掲・拙訳（前注74）一八〇頁を参照。

"Typus" als Urbild des juristischen Gedankens

Makoto ISHIKAWA*

In der letzten Abhandlung habe ich die Wichtigkeit der römischen Rechtsquellenlehre Eugen Ehrlichs nicht nur für die Ehrlich-Forschung sondern auch für die römische Rechtsgeschichte angedeutet. Dieser kleine Aufsatz, der ein schönes und scharfsinniges Werk Dieter Nörrs über das römische Gewohnheitsrecht (Divisio und Partitio, 1972) behandelt, stellt eine Ergänzung dazu dar.

Nörr erörtert die Frage, warum das Gewohnheitsrecht (consuetudo) in den klassischen Rechtsquellenkatalogen der römischen Juristen nicht auftaucht. Seiner Meinung nach bringt das Fehlen des Gewohnheitsrechts in den Katalogen keinen Beweis dafür, daß die römischen Juristen das Gewohnheitsrecht als die eigene Rechtsquelle nicht anerkannten. Denn im Gegensatz zur divisio, die vollständig sein muß, besteht in der partitio eine Unvollständigkeitsregel und man braucht nicht alle Bestandteile der Rechtsquelle aufzuzählen.

Dabei ist zu bemerken, daß Nörr bei der Erörterung der römischen Rechtsquellenlehre die rhetorischen Schriften Ciceros als sehr wichtig und positiv ansieht, daß er den Begriff des Gewohnheitsrechts oder der Rechtsquelle weiter oder nicht strenger als die moderne Terminologie erfaßt und daß nach Nörr die Diskussion über divisio und partitio nicht nur für die Kenntnis des römischen Rechts sondern auch für die heutige Rechtswissenschaft fruchtbar ist. Mit anderen Worten behauptet er die Wichtigkeit der Rhetorik für die Rechtswissenschaft, die Rechtsquellenlehre als Rechtserkenntnismittel (nicht als Entstehungsform des Rechts) und den Typengedanken (im Gegensatz zum Systemgedanken) als eine juristische Methodologie.

Nach den Ergebnissen meiner letzten Abhandlung bilden diese Punkte eben den Kern der römischen Rechtsquellenlehre und der Freirechtslehre Ehrlichs. Daher führt uns auch das Werk Nörrs zur Wiederschätzung der Lehre Ehrlichs.

---

*Dr.iur., wiss.Assistent an der Juristischen Fakultät der Hokkaido Universität.