

(紹介)

H・H・ヤーコプス『民法における学問と立法——

一九世紀の法源論から』一九八三年

采 女 博 文

一 紹介者はしがき

書名 (Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts) が示すように、本書は、立法(制定法)⁽¹⁾と学問との関係を一九世紀の法源論、サヴィニーの法源論に立ち戻って再度築き上げようとするものである。法律実証主義や自由法論に対峙しつつ、学問的実証主義の復権をかかげる。⁽²⁾ヤーコプス(Horst Heinrich Jakobs)は、まずサヴィニーの法源論、法の成立に関する歴史的見解のエッセンスとその時局性を確認する。サヴィニーの民族精神理論からそのローマン主義と観念論哲学の色彩が拭いさられる。法を生み出す立法者の権限に限界を画そうとして学問を対置することによって現代国家、リヴァイアサンに向きあったサヴィニー像が描きだされる(第二章、第三章)。次に、この法の成立に関する歴史的見解は、やがて制定法と法との関係、法典編纂の問題のふたつの点で純粹さを失ったが、しかしその土台、法源論は失われることなく、現行ドイツ民法典のなかに継承されていることを確認する(第四章)。ヤーコプスはとりわけ法典編纂の作業のなかで歴史法学派の精神が生きていたことの論証に力を注いでいる(第五章)。そこからのひとつの結論として、ヤーコプスは歴史法学派・学問的実証主義の所産としてのドイツ民法典を守

りぬこうとしている。⁽⁶⁾

ヤーコプスの立場は、既存の法を法典編纂することへの敵意であり、法典編纂が政治的に避けられない場合においては、法律実証主義の再登場を避けることである。学問によって発展させられた法はこれを制定法の形で書きとめ、誰にでもわかるような形にして定着させるというのが今日の普通の考え方であろう。しかしヤーコプスはいう。法典編纂によって法的安定性が得られるというのは見せ掛けでしかありえない。法を民族の確信のなかに発見する者、法を我々すべての意識の一要素とみる者にとつて既存の法の記録はすべて不完全なものでしかない。法典編纂を通して規範が制定法になると、学問的な認識としていつもその正当性を理由づける必要があり、反駁することもできるものが、正当性の理由づけと反駁を免れるものになり、学問の足枷になる。法典編纂は真の法源から目をそらさせ、学問の衰退をまねく。ヤーコプスは、法律実証主義へのもっとも徹底した批判者のひとりである。

ヤーコプスがサヴィニーから継承するのはその法源論である。歴史的経験に裏付けられた法の成立に関する歴史的見解である。法の源である民族の確信は、現代社会においては、立法（制定法）と学問という法を産出する二つの器官を持つ。法の政治的要素と技術的要素との区別⁽⁷⁾⁽⁸⁾に従つて、立法と学問の使命は分離され、それぞれの限界が画される。法の技術的要素の錬磨が学問（法曹）の使命である。既存の法の記録を目的とする法典編纂は拒絶される。政治的法と学問的法とが分離される。政治的法は実験でしかない。政治的法は民族の確信によつて承認されて初めて法になる。

ヤーコプスが立ち戻ろうとしているサヴィニーの歴史法学には政治的保守派、改革を阻むものという印象がつきまとう。しかし、法というものを権力（Gewalt）に對置されるものとして捉えたとき、法の淵源は、一人の君主や議会の多数派ではありえないのではないか。議会の多数派によつて制定された既存の法を変更するような制定法が、そのまま法たりうるわけではないのではないか。サヴィニーの「民族精神」、「民族の確信」という言葉はなんとも古くさく聞こえるけれども、法を生み出すのは民族の確信であり、新しい制定法は、市民の確信・市民の共通の意識に支えられて初めて法たりうると

いう主張は今日なお新鮮さを失ってはいない。我々はいま現代国家、リヴァイアサンと向きあっている。⁽⁹⁾

また、法学からの政治的要素の排除、純粹に法的な衡量への学問の自制という考え方も、今日ほとんど嘲笑をもって受け止められるのかもしれない。⁽¹⁰⁾しかし、ヤーコプスの立場は、我々が屈從する危険性の最も大きな支配的な政治的傾向に抗して、学問を守りぬくという立場でもある。これはナチズムの経験を受け継ぐ法学者の学問的態度のひとつの選択肢であり、これに対する検討を加える意味はあるように思う。

また、制定法解釈の方法にもいくつかの示唆を与える。ここでも政治的要素と技術的要素との区別が重要である。政治的な判断が問題であるかぎり、制定法の解釈は立法者の意思に嚴格に拘束される。しかし技術的な問題に関するかぎり、立法者意思からは自由である。解釈のなかではじめて法が生まれるのである。⁽¹²⁾

当然のことながら、この著書は現在の債務法改正計画をも視野に入れている。いくつかの提言も行われている。ヤーコプスにとって、法的訓練を受けていない素人にわかる法典編纂は問題にならない。ヤーコプスはいう。「債務法の改正」という現在の計画に関してもとりわけ、現行の法の記録という技術的なものから政治的な目標を明瞭に分離すること、そのことによって政治的なものが技術的なものに悩まされたり、技術的なものという衣の下に政治的なものが蔽いかくされてしまわないということが重要である。⁽¹³⁾このようなヤーコプスの法学方法論（法源論）からすると、たとえば学問上の係争問題を立法によって解決することは問題にならないし、期間の長さなどのような比較的どうでもよい問題しか立法に委ねることにならないため、ヤーコプスの法学方法論に対し債務法改正委員会の委員、ディーター・メデイクスは激しく反発している（ACP 186 (1986), 268ff.）。

われわれは学問的対立を立法によって解決するということに既にあまりになれすぎているし、また、とりわけ行政官僚としての色彩の濃厚な日本の裁判官の現状を考慮すればするほど、ヤーコプスの法思想はなんとも現実離れしているように響くのはやむをえない。しかし、「現代国家の全能との対峙」という強烈な問題意識には共鳴し得るものがある。⁽¹⁴⁾

本書の紹介にあたっては、本書の原文の表現のニュアンスを損なわないように骨格部分を抄訳することを基本としたが、紙幅の関係もあり、またヤーコプスの法思想の検討のための準備作業という必要とに応じて紹介者の責任でかなりの部分をまとめて簡略に表現しなおした。また必要に応じて小見出しを付した。以下、本書の構成に従いながら、とくにその三章と五章を中心にして紹介する。なお、原文の引用注は基本的に一切省略したが、次のものは略記して本文に入れた。

Jakobs/Schubert: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978 (引用は Schubert), Materialien zur §§242-432 BGB (引用は Jakobs/Schubert); v. Savigny, Friedrich Carl: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in: Thibaut und Savigny (Hrsg. von J. Stern, 1959), (引用は Beruf)

〔本書の構成〕

- 第一章 序論 (一〇頁—一一頁)
- 第二章 民法典と法学的実証主義 (一二頁—二四頁)
- 第三章 法の成立についての歴史の見解に従った法学と立法 (二五頁—五六頁)
 - 第一節 民族精神の理論
 - 第二節 法典編纂の問題
- 第四章 歴史法学派から民法典へ (五七頁—一一九頁)
 - 第一節 法学と政治
 - 第二節 制定法と法
 - 第三節 法典編纂と法学
- 第五章 民法典の性格 (一二〇頁—一六一頁)

第一節 政治と法典編纂

第二節 法典編纂と法

第三節 民法典と学問の課題

注

(1) 本書の内容について検討を加えている文献に、原島重義「なぜ、いまサヴィニーか」『近代私法学の形成と現代法理論』(九大出版会、一九八八年) 一頁以下、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」同一一九頁以下があり、訳語などを含め多くの示唆を得た。

(2) なお法源論については、児玉寛『覚書・ローマ慣習法論——法源理論再考・第一』大阪市大法學雑誌三八卷三・四号七三三頁以下(一九九二年) 参照。フルーメの法源論理解のキーワードを *Positiverung, positiv* という単語に求め、この単語には「ある言説が法であることの証」という共通の含意を理解しなければならないと主張する。法であることの証を立てた(実定化された)言説だけが、法の世界に(外部から)法を供給する源(*Rechtsquelle*)となる。立法行為による言説は、民族の法意識に受容されていなければ法であることの証は立てられていない。一方、法曹が法秩序から取り出してくる法は法であることの証を必要としない。だから、法曹法は外部から法秩序に法を提供するものではないから法源ではないし、法としての証を必要とするものではないから実(定)法ではない。

(3) 歴史法学派の綱領は次のように確認される。法の源は民族の確信(*Volksüberzeugung*) だけであり、「法の本来の座(*Sitz*)」は民族の共通の意識(*Beruf, S. 78*)」である。あらゆる法は、この源(民族精神 *Volksgeist*) から、「最初は習俗(*Sitte*)と民族の確信を通して、やがては法学を通して(*Beruf, S. 79*)」(それゆえどこでも立法者の恣意によってではなく、内から静かに作用する諸力を通して)生まれる。「高次の文化では法は学問的方向をとる。法はかつては民族全体の意識のなかに生きていたように、今や法曹の意識のなかに生きる。法曹は今やこの機能に関して民族を代表する(*Beruf, S. 78*)」(一七頁)。

(4) ヤーコプスは法学の実証主義を次のように捉える。法学が法を生み出すのであり、かつ法の産出というその使命の遂行において法学は自律的であり、法学の外にあるものに頼ったりしない。「倫理的、政治的、国民経済的衡量」は、「法曹自身の仕事ではない」。法学は、法を生み出すという自らの使命を遂行する際に、つまり規範を発見し定式化し、個別の事件の判断のなかで規範を具体化する際に、倫理的・政治的・国民経済的衡量は無視し、純粹に法的な衡量に自制する(一四頁)。

- (5) 本書の内容を更に深めたヤーコプスの近著 Horst Heinrich Jakobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, 1992 については別の機会に検討したい。
- (6) ヤーコプスには、改訂作業の「鑑定意見と提言」のなかのフーバーの「給付障害法」について具体的な検討を加えている『給付障害法における立法 (Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, 1985)』がある。この著書の紹介と分析については、鹿大法学において紹介部分まで終えている。法思想を含めての検討が残されている (鹿大法学二九巻に掲載予定)。
- (7) サヴィニーの政治的要素と技術的要素の分離という考え方は、従来きわめて消極的に受け止められてきたものである。堅田剛『歴史法学研究』(一九九二年) とくに八二頁以下では、法の二重の生活のレトリックによる民衆と法律家の関係の逆転が語られている。しかし、仮にサヴィニーの基本的な立場が科学としての法学の樹立にあったとすれば、法の細部を素人の手に委ねることとはできないことは確かである。
- (8) 『債務法改正委員会の最終報告書 (Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrecht)』(Bundesanzeiger, 1992) は、政治的要素と技術的要素とは厳格に分離できない」として批判する (S. 40f.)。政治的要素と技術的要素の分離の問題については稿を改めて検討する。
- (9) 石田喜久夫『昭和「民法学」、石田喜久夫・村井正・河上倫逸編『国際比較法制研究Ⅰ』(ミネルヴァ書房、一九九〇年) 一頁以下も「国家の法独占」の問題を強調している。
- (10) たとえば広渡清吾『法律からの自由と逃避』(一九八六年) は、「法学における政治的性格」を正面から捉える。「形式論理的にみても、法規範の究極の根拠は「政治的決定」にしかない。そのような政治的決定によって、初めて法秩序が生みだされるのである。法秩序は、決定に示された政治的意思に担われ、個々の法規範の解釈・適用も法秩序に内在するものとして展開されるかぎりでは、この政治的意思の具体化にはかならない(三七八頁)……法学的営為は、その営為者に「客観的真理性を担う政治的理念」の歴史的な選択を要求するのである(三七九頁)」。しかしこの場合、時代の支配的党派的政治思潮への無批判的な迎合が問題になる。この問題に対し、広渡教授は、加古祐二郎の叙述を引用しつつ、「素より、法は政治から独立することが法の独自性と尊厳のためにかえって要求せられねばならない(三七九頁)」と強調する。
- (11) 実証主義が不法国家の原因ではなく、実証主義こそが不法の支配の障害であると理解するフルーメの見解が継承されているように思う。Flume, *Richter und Recht* (1967), in: *Gesammelte Schriften Bd. I* (hrsg. von H. H. Jakobs u.a., 1988), S. 3ff. このフルーメの見地については、児玉寛『覚書・ローマ慣習法論』大阪市大法学雑誌三八巻三・四号とくに七五一頁以下がわかりやすく論じている。
- (12) 『体系』第一卷第三二節以下を指摘しながら、サヴィニーの法律解釈理論の理解についても二つの要素の区別を強調している

(二一六頁注二〇三)。サヴィニーの法律解釈の方法については、石部雅亮「法律の解釈について——サヴィニーの解釈理論の理解のために——」『近代私法学の形成と現代法理論』五七頁以下所収参照。

(13) このような混同の例として、メディクスの「契約交渉の際の過誤」についての鑑定意見書(一九八一年)「四七九頁」を指摘する。そこでは「不意打ち(Uberrumpelung)」を理由とする一般的な撤回権の導入の提案(五一九頁以下)は、純粋に政治的な問題に関わっている(四六頁注八六)。

(14) 瀬川信久教授の研究(「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北法四一巻五・六合併号二四三九頁以下(一九九一年)によれば、日本民法の起草者の法律観は、「社会・国家が第一次的な存在であり、法律解釈は社会・国家に奉仕するものと見る」考え方である(二四四七頁)。わが民法とドイツ民法典とはその出発点において大きな隔たりがあるようである。

二 民法典と法学的実証主義(第二章)

【ドイツ民法典の理解の鍵】(二三頁—二四頁) ドイツ民法典はドイツにおける一般民法典というティボーの要求を表面的にしか実現していない(二三頁)。「ドイツの力によるドイツの精神でつくられた簡明な国民法典」ではない。……民法典は、その規範の由来において著しくローマ的であるし、私法の一般の諸原則を宣言するのではなく自ずと理解されているものとして前提としているというそのやり方を通してなにこともローマ的な即物性(Nüchternheit)に満ちている。……民法典は「専門法曹の仕事として……職人の作品」であるが、しかしまさにそのことによって最も複雑な法典である。歴史を知っているし、それゆえ才気に満ちているとか、聡明などか誰も言おうとは思わない法典である。歴史法学派の法典編纂への敵意を考えると逆説的に聞こえるけれども、法典は歴史法学派の精神に基づく法典である。法典の理解の鍵はおもに法典の成立の時代の方法論のなかに求められてきた。(しかし)われわれはこの時代の法源論、法の成立についての歴史の見解、サヴィニーの法源論に法典の理解の鍵を求める(二四頁)。

ドイツ民法典の性格規定とその世間知らずな学者の仕事という評価を問題にする場合、とりわけ法源論が重要である。

どうして法の成立に関する歴史の見解に従って、制定法と法学との関係を厳密に考えなければならないのかという問題を含めてこの法源論といま一度取り組まなければならない(二四頁)。

三 法の成立についての歴史の見解に従った法学と立法(第三章)

第一節 民族精神の理論 (Volkseislehre) (二五頁—四五頁)

【リヴァイアサンと民族精神論】(二六頁—三〇頁) サヴィニーの民族精神論はその基礎を、ローマにおける法の発展の現実のなかに、又その他のあらゆる共同体 (Gemeinwesen) における法の発展の現実のなかに置いている。国家 (Staat) が全能であるかのような態度をとりはじめ、法をつくることをも引き受けたサヴィニーの時代において初めて、サヴィニーは、何が法であるかは全体に代わる個々の人によつては決して認識され得ないという古い理解が危険に曝されているのを見た。近代に至るまで、擁護するための理論を必要とはしていなかったほど自明なことであつたこの理解は、現代国家の全能という現実になりつつある理論に対峙して宣言され、発展させられ、擁護されねばならなかつた(二七頁以下)。

サヴィニーの法源論の焦眉の時局性こそが民族精神論の本質である(二八頁参照)。サヴィニーは、現実のものとなつたリヴァイアサン (Leviathan)、今日に至るまで我々が関わらざるを得ないリヴァイアサンに対して民族精神の理論でもって最も根本的な異議を唱えた。それは同時に、国家の全能に正当性を付与してきた法理論的哲学 (die rechtstheoretische Philosophie) への法曹の異議でもある。

国家というのは個々の人間の手中での独占的処分のための権力であるし、この人間が神の恩寵を受けていると信頼することを我々がやめたとき、権力に對置されたもの、すなわち法がその起源を個々の人間に持ち得るであろうか。歴史は、個々の人間の手中にある権力が最も血なまぐさい残虐行為をしたし、最も崇高な仕事をも可能にしたということを教えて

いる。歴史は、個々の人間の意思、国家意思、制定法が法の源であるという見解へいかなる根拠も与えていない。このことが民族精神論のエッセンスである（二八頁）。

【法の出現の三つの形式】（三三頁—三四頁）法の成立についての歴史の見解にとつて、法は民族の確信のなかにだけ成立し生きるという歴史的に確かめられた、つまり経験的に根拠づけられた確信は出発点にすぎない。このことから法の成立は不可視的なものであるということになるとすれば、成立している法がいったい認識されうるのかどうか、どのようにして可視的なものになり、実定化したもの（positive）になるのかを説明する必要がでてくる。サヴィニーは「体系（System）」において初めてこの問題を扱い、法が現れる三つの形式、慣習、立法、学問を区別した。民族の確信の直接的な現象としての慣習。法の産出に関し民族を代表している限りにおける民族の確信の器官としての立法と学問（三三頁以下）。

【制定法と学問との併存】（三五頁）サヴィニーもプフタも、法の産出に関する立法の権限を争っているわけではなく、制限しようとしているにすぎない。学問を制定法と並んだもうひとつの同じ権能のある器官とすることによって法の産出に関して立法に限界を画した。それゆえ、この限界をどこに引くのか、この法の成立についての歴史の見解に従えば、法の産出に関して立法者は何に制限されるのか、ということが我々の課題でなければならない。この問題を解明して初めて我々は民法典を理解し、民法典の「世間知らず（Weltfremdheit）」について評価することができるよう。またその場合に初めて、いったいどうして民法典の創出に至るまで支配的であった法の成立についての歴史の見解、すなわち制定法に基づくのではなく制定法と併存する法源としての学問が民法典の発効の後に失われることになったのか理解することができる（三五頁）。

【二つの器官の相互関係】（三五頁—三六頁）民族の確信は法を生み出すための二つの器官をもっているとすれば、二つの器官の相互関係を画定しなければならない。サヴィニーは「使命」と「体系」でこのことを行っている。立法の使命

は何であり、学問の使命は何であるのかということがそこでの問題であった（三五頁）。

【立法の二つの使命】（三六頁） 民法の領域において立法は二つの関連で使命を与えられている。実定法の補完的援助と、その漸次的進展の支援である。補完的援助という課題は、不確定なままであるすべての法命題に関して立法に属するわけではない。サヴィニーの学問法、プフタの法曹法に関しては、立法はそもそもその使命を欠いている。立法は学問上の係争問題を判断してはならないし、学問によって生み出された法のなかの諸矛盾を解消することはできない。慣習法の不確定性（Unbestimmtheit）の除去が学問の課題であるようなところでは、立法はその資格を欠いている。それゆえ、慣習法との関連で立法に属する補完的援助は、慣習法がこの法命題の錬磨（Ausbildung）の際に必要な不確定性に達しない場合において、その性質が比較的どうでもいいような諸命題（期間の長さや法律行為の形式など）に制限される（三六頁）。

【法の漸次的進展の支援】（三七頁） 補完的援助の他、法の漸次的進展の支援のために、立法は法形成へ影響を及ぼすことができる。しかし、法の本来の座が民族の共通の意識であり、法の本来の源が民族の確信であるとすれば、法を変更し、既存の法との脈絡のある変更として継続形成するのは民族の確信のみであり、既存の法の変更を目的とする制定法は、変更に向けられた民族の確信と一致するときのみ、民族の確信が感じとっているにすぎないものを表現しているときにのみ法を形成する。

【制定法の実験的性格】（三七頁—三八頁） 既存の法の変更を通して新しい法を創ろうとするあらゆる制定法は、法を生み出すという観点においては実験的な性格をもつ法形成の試みにすぎない。民族の確信がそれをなお承認していないか、拒絶しているときは、その拘束力にもかかわらず法ではない。この意味においてこのような制定法は実験であり、その成就是多少とも不確実なものである。それゆえ、既存の法の変更を目的とする立法の全てでもまた多少とも恣意的な活動、政治的な性質のものである。というのは既存の法をそのままにしておくか、あるいはこれを変更し新しい法を創出するかどうかの判断は……複数の可能な選択肢の間の選択とこの選択を行う意思を必要とする。これはまさに恣意（Willkür）であ

り、この目標に至る道について不確実な状況において法の産出について政治が判断をしなければならないところに政治の本質と大きな責任がある。この判断は国家の最高の権力 (Gewalt) の権限に属する。この判断は立法者の権限にのみ属するし、この判断以外のものは立法者の権限には属さない。立法者の使命は法の政治的要素に根拠があるし、政治的要素に制限される (三八頁)。

【政治的法】 (三八頁—三九頁) このような制定法の実験的性格と、このことを目的とする立法を政治的活動として特徴づけることは、法的问题是制定法を通して、制定法でもって判断されるのだとする法律実証主義の立場からしか非難に曝されることはない。既存の法の変更に向けられた新しい法命題の創出はつねに政治的な行為であり、制定法形式をとるということだけから政治的行為というその性質を失うものではない。個々の人間によって、君主や議会の多数派によって創られる制定法それ自体はこの行為に拘束力を与えるにすぎない。……制定法によって創出された新しい法命題はすべてその由来と性質上政治的なものである。それゆえ、学問が生み出すことを使命としている法 (サヴィニーのいう学問法、プフタのいう法曹法) と區別して政治的法と名付けることができる (三九頁)。

【法の二重の生活、政治的要素と技術的要素】 (三九頁—四二頁) 学問をその源とする法の承認、民族の確信の器官としての学問の承認、民族の確信の代表者としての法曹の承認がサヴィニーの法源論のエッセンスである (三九頁)。

高次の文化においては、法は二重の生活 (doppelles Leben) を、まずは、やむことのない民族生活全体の一部として、つぎに法曹の手中での特別な学問としての生活をもつ。法の生活原理は二重のものになり、従って我々はそこに二つの要素を区別する。すなわち法は、一部は「一般的な民族生活との……関連」のなかにあるし、他の一部は、「分離された学問的生活」に至る (四二頁)。前者の要素を政治的な要素、後者の要素を技術的な要素とサヴィニーは呼び、二つの要素の解明と簡潔かつ適切なその表示によって、法の産出に関し法曹に設けられている限界が定められている。法の成立についてのサヴィニーの見解のこの核心のなかに、歴史法学派の法源論における制定法と法学との関係という我々の問題の解

答があるし、同時に、パンデクテン法学の実証主義と我々の法典の性格とを理解する鍵がある（四二頁）。……サヴィーニはこの区別に多くの言葉を費やしていないし、彼の時代に語るとすれば、費やす必要もなかった。

【言語による民族の確信の錬磨】（四二頁—四三頁） 神学を別にすれば、その土台を民族の確信に置く学問は法学以外にない（四二頁）。法的问题そのものにおいて誰も素人ではない。法の技術的要素の錬磨についてもまさにこの問題が明らかに肝要である。これが、サヴィーニの言葉でいうと、言語による民族の確信の錬磨に他ならない。民族の意識のなかにいづれにせよ不明瞭にしか示されてはいないものに関して、学問が言葉を、言語による適切な表現を見出さなければならぬし、見出すすべを心得ている。それゆえ法の技術的要素の錬磨のなかに民族の確信がその鮮明な表現を与えられているにすぎないし、民族の確信が規範（*Regel*）になる。規範の厳密な表現様式（*Fassung*）がその通用力の限界、個別事例における通用を明らかにする。それゆえ、学問法のなかに、学問によって発見されたあらゆる法命题のなかに、同時にまた常に政治的要素、民族の確信が存在している。民族の確信が言葉でとらえられているにすぎないし、さらにそれが一応最後まで考え抜かれているのである。法曹によって生み出された学問的法と民族の確信とのこの関連を通して、法の領域における専門家と素人との関係は特別なものであり、それは法曹が民族の確信の代表として、学問が民族の確信の器官として適切に表せる種類のものである。それゆえまた法の産出に関する学問の正当性（*Legitimation*）は、学問自身のなかにあり、法曹は自らのやり方の学問性を通して、民族の確信から規範を形造り、それを細部に至るまで仕上げるその絶えず成長する能力を通して、法の産出に関して民族の代表になる。

【法の産出に関する学問の限界】（四三頁—四四頁） 同時にこの関係から、法の産出に関する学問の限界がどこにあるのかが明らかになる。この点での法曹の使命は、規範の形式で明瞭につかんだ表現を民族の確信に与えることであるとすれば、この確信との関連の遵守が限界づけの要素である。一面での危険性が、抽象化の方法によってのみ行われる規範形成がこの関連を失い、学問が底無し（*Konstruktionsjurisprudenz*）になるということにある。法の技術的要素の

鍊磨に自制する学問はまさにこの危険にさらされている、ということは明らかである。他面では、法曹が規範形成において民族の確信と矛盾したり、民族の確信の形成に影響を与えようと試みる、それゆえ法の政治的要素に掛かり合い、立法者にだけ法として要求することができものを法として要求するときには、法曹は自らの使命の限界を踏み越えている（四三頁）。法曹による法の産出に正当性を付与するのは、民族の確信または、立法者が民族の確信を方向づけ変更しようと活動しているところでは、立法者の意思に鮮明な表現を与える法曹の能力である。民族の確信、民族の意思の形成、すなわち技術とまったく無関係な法的問題については法曹自身は沈黙しなければならない。というのは、学問はこの問題を定式化することができないにすぎないし、解答を明瞭に表現することができただけであって、解答を与えることができるのでは決してない。学問を必要とするときのみ、関連の認識——その関連のなかで問題が提起されているし、その解答がそこに適合しなければならない——を必要とするときのみ、学問だけが問題と解答を理解するがゆえに、また学問だけが判断する使命を与えられている。その他のあらゆる問題の判断との関連においてのみ提起することができし解答することができ問題はずべて、技術的なもの、学問による判断に留保されているものということができる。これに対し、この関連を無視して、これを破壊して判断されようとしている問題は政治的なものである。法の政治的要素と技術的要素との限界は確かに一般的にしか表せないし、個々の場合において限界を画する困難さはなくならない。しかしこの困難さから多くのことがわかる。つまり、我々は、ある特定の法的問題が技術的な性質のものであるか政治的な性質のものであるかについて争うことができる。しかし、政治的な性質のものとわかった問題においては法曹自身は沈黙しなければならない、すなわち法曹以外の者と同じ資格でしか口をはさめない、ということについてははっきりしている。法の技術的要素に関する問題においては、政治と立法者はなにこともなし得ない、ということについてもはっきりしているということである（四四頁）。

第二節 法典編纂の問題（四五頁—五六頁）

【既存の法の記録と新しい制定法】（四五頁—） サヴィニーは、一般法典の内容は理性からのみ発展させることができるとする理性法上の観念はすでに解決済みとしたうえで、もともと存在している法がここでは記録されるのであり、ただ政治的な諸理由から必要とされる変更と改良を伴うということについては一致があることを確認している。すなわち「法典は既存の法と新しい制定法という二重の内容を持つことになる」ことを確認している。法典の新しい制定法の部分に関しては、異議を唱えることはないし、サヴィニーも唱えていない。政治的な諸理由から必要とされる新しい制定法の創出は立法者の真の、唯一の課題である。それゆえ法典編纂に反対するサヴィニーの論証から法典のこの部分は除かれている（四五頁）。……サヴィニーの法典編纂の拒絶を理性法に対する敵意から説明するのでは不足しているし、この拒絶は、新しい制定法に対する反感、新しい制定法が法を墮落させるというサヴィニーの政治的な確信とは明らかにまったく関係がない（四六頁）。

既存の法の記録という制限された目的と内容に関する法典編纂は立法者の問題ではないということは、民族の確信のなかに法が成立するという基本的見地とそこからでてくる民族の確信の二つの器官、政治的要素に関して資格のある立法と技術的要素に関して資格のある学問という理論との純粹な論理的帰結である。というのは、既存の法の記録の際におこなわれるべき「仕事の性質」は「いつでも全く技術的なものであり、そのようなものとして法曹のものとなる。われわれが前提としている（！）法典の内容の場合、法の政治的要素はずっと以前に作用し終わっていて、単にこの作用が認識され明瞭にされるべきであり、そのような行為は法曹の技術に属するからである（Bernf. S. 82）」。既存の法の記録を問題とする立法者がしなければならないことと学問的な作業とが同一のものであるというこの確認はこれ以上論ずる必要がないほど自明である（四六頁）。……しかしこの確認のうちに既に、なぜ立法者はこの作業をなしないのか、この作業が立法者によって行われる場合にいったい利点はありえないのかという決定的な問題に対する解答がある（四七頁）。

立法者がこの作業に携わる場合にもたらされる大きな弊害は、立法者が、市民の共同生活の構築 (Gestaltung)、政治的な判断によつてのみ除去される欠陥への迅速な対応、改革、実験 (Experiment) という真の課題から目をそらしてしまうことである (四七頁)。

サヴィニーが指摘している弊害、法典編纂が法自体に引き起こす弊害は避けがたいものである。法典編纂の支持者からいつのときでも前提とされる法的安定性、つまり既存の法が制定法の中に記録されることによつて「最高の法的確実性が……したがつて一様な適用という最高の安定性が生じる」ということが問題である。この前提 (Postulat) に対するサヴィニーの論駁では、サヴィニーの時代の学問にはこの保証を与える法典を創出するための力が、術語 (Sprache) すらが欠けているということが前面に出ている (四八頁)。

(しかし) 法典編纂の問題を、この課題をやり遂げるために必要な学問的力がある時代が手中にしているかどうかの問題に解消してしまうのは、実際うわつらだけの考察である (四九頁)。既存の法を記録することができるとき、法的確実性という目的を達成することのできる時代は決してこない。法によつて秩序づけようとしている生活がその概念上見渡しがたいものである以上、このことをなしうる立法者はユートピアの世界でしかない。法典編纂を使命とする時代がやがてはくるかどうかという問題をサヴィニーはやはり否定している (四九頁)。もちろん法を制定法におく者にとっては、立法による法的安定性はなんら問題ではない。しかし法を民族の確信に発見する者、法を我々すべての意識の一要素とみる者にとっては、既存の法の記録はすべて不完全なものであることは避けられない (五〇頁)。この不完全性が避けられないということは、サヴィニーの法源論からでてくるのである。この不完全性こそが法典編纂によつて生じる法的確実性の期待に対する真の反駁である。この不完全性がこの期待を打ち砕く。というのは、「法典はきつと、その新規性、時代の支配的な概念との親和性、その外見上の重みのゆえにすべての注意を自らに引き付け、真の法源から注意をそらすだろ (Benf. S. 84)」からである。このことはもちろん、「法」の指導的諸原則を感じ取り、そこから、あらゆる法概念と

法命題の内在的連関と親和性の様を認識する」、そのことによって一種特別な完全性に達することができる技術(Kunst)を支配していない時代に成立する法典に関してこのことは述べられている。しかし、サヴィニーにとって、完全な法典をつくることのできる時代、指導的な諸原理をもち、技術を支配しているような時代がある、と考えてはならない。

サヴィニーにとって、そして彼の法源論の基本思想に従えば、「真の」法源——そこから法典がそれることは避けがたい——は常に法典の外にあるしありつづける。真の法源は民族の確信であり、法典編纂——その行為は法的技術に属する——を考えると民族の確信の器官としての学問である(五一頁)。学問がその技術を手中にしていると、学問によって創出された法典はそれより完全なものにはならない。……学問だけが制定法より完全でありうる。法典の避けがたい不完全性は、法の指導的諸原則をもっている時代、その諸原則から出発して完全性へと到達し得る時代においてはいかなる弊害も引き起こすことはない。しかし、そのような時代には、それゆえどんな時代でも法典は全然重要ではない。法的確実性はいつでも、かの技術の支配を通して、法の技術的要素の育成に自制しこの課題に対処し得る学問を通して、そのような学問に援助し自らの課題としての政治的な構築に取り組む立法を通してのみ保証されているし保証されていくだろう(五二頁)。

【法典編纂と学問の衰退】(五三頁)——しかし(BGB 成立に続く)この時代が法的確実性において我々の時代にまさっているとするれば、今日失われてしまい、法典編纂の思想を再び呼び起こしているものをこの時代がもっているとするれば、「所与の実定法と一面的に携わる(Beschäftigung)」際にはとうぜん法的確実性、制定法と法との一致という見せ掛けがあらわれるということをよく考えてみなければならぬ。法典編纂による法的確実性はそもそも、学問が「単なる字句に打ち負かされ」ることによってしか達成され得ないのかどうか、それゆえ法典編纂による法的確実性は表面的な見せ掛けにしかすぎないのではないかをよく考えなければならぬ。……既存の法の記録がその目的と内容であるとすれば、制定法は学問を通してのみ成立しうる(五三頁)。それゆえ制定法の質はその成立をもたらす学問の質によって条件づけられ

ということにとどまらない。むしろ制定法は、法学は何か究極的なものをもたらしことはできないがゆえに、必然的に不完全なものである。法には自然におけるような規則 (Gesetze) は存在しない。学問は法を規範 (Regeln) の形で表現しうるだけにすぎない。その規範は最新の事例に即して考え抜く必要のある、修正を必要とするかもしれないものである。この意味で法の中の規範形成はすべて暫定的な性質のものであり、技術的要素の育成における進歩、この方向での法の継続形成 (Fortbildung) は、自由な、つまりその産物 (Resultate) をいつも吟味し修正する学問を通してのみ考えることができる。しかし法典編纂を通して規範が制定法 (Gesetz) になると、学問的な認識としていつもその正当性を理由づける必要があり、いつでも反駁することができるものが、正当性の理由づけと反駁を免れ、学問に足かせをかけることになる (五四頁)。

(結局、) 法典が強いるのは、法的確実性の外観を守るために、その生活原理 (Lebensprinzip) に不誠実になること、法律実証主義的な技巧 (Kunstgriffe) により、目的的な解釈と類推により、制定法のなかに存在していないものを制定法のなかに読み取ることを強いるか、あるいは制定法のなかに存在するすべての規範に、衡平が別段のことを要求しないかぎりという留保をしたり、法規の外で、法規に反して進んでいき、法的に不確実な状態——これを除去するために法典編纂がおこなわれた——を再び歴然とさせることかのいずれかである。あるときには制定法の權威が呼び出されたり、あるときには自由に法が発見されるという状態は致命的なものである。この状態を再度の法典編纂を通して取りのぞこうとすることは誤った道をいま一度たどることを意味するだけである。この状態が求めていることは、制定法に対する学問の関係を新しく定めるということである (五四頁)。

【サヴィニーにおける法典編纂拒絶の意味】(五四頁) いいでは、BGB に関して留保しておくし (法典編纂の目的としての統合)、ユースティニアヌスの法典編纂のことも考えてはいない (五四頁)。……今日問題となりうるような法典編纂の場合には、あらゆる学問法、法曹法、裁判官法に不可避免的に付着するような不安定性を取り除くための手段とし

ての法典編纂が問題である。この目的のためにこの手段は適していないということの理解が肝要である。サヴィニーの法典編纂の拒絶はご都合主義や敵意とは何の関係もない、その法源論からの思想上の論理的帰結である、という証明が重要である。サヴィニーの法源論（民族精神論）——法は民族の確信のなかで成立し進化していく。法の技術的要素と政治的要素との区別に従って立法と学問の使命は分離され、それぞれのなしうる限界のうちにのみ法の完成（Vervollkommen）に寄与しうる——からの思想上の論理的帰結である（五五頁）。サヴィニーの法源論に従う者は、学問を政治から、立法者を学問から、すなわち既存の法の記録という技術的行為から、資格と能力を欠くものとして追放する（五五頁）。

四 歴史法学派から民法典へ（第四章）

【我々のテーゼ】（五七頁） 我々の問題は、パンデクテン法学がサヴィニーの綱領の遂行であるとすれば、いったいどうしてパンデクテン法学がこの法典編纂に協力することができたのかということである。パンデクテン法学によって行われた法典編纂は歴史法学派の精神によって刻印されているというのが我々のテーゼである（五七頁）。パンデクテン法学が一八一四年の樹立からドイツ民法典創出の時代にまで辿った道についての問題は、サヴィニーの法源論すなわちパンデクテン法学のこの土台がこの期間にどのような変化をこうむったか、この学派の精神のうち最後の四半世紀の時代の精神のなかに何がなお存在していて、民法典の性格を決定し得たのかという問題でなければならない。歴史法学派の精神は、法の成立についての歴史的理解からの帰結としての、法における政治的要素と技術的要素との区別、法と制定法との区別、法の技術的要素の錬磨に限っての学問の法の産出権能、法典編纂への敵意である（五七頁―五八頁）。

以下で詳しく明らかにするように、民法典創出の時代においてパンデクテン法学は、二重の点でサヴィニーの純粹な理論から離反しているが、その土台としての法の成立に関する歴史的理解までは放棄されてはいない。一つは制定法と法と

の関係である。もう一つは法典編纂の問題である。……この二つの変化を解明することによって、サヴィニーの法源論は六〇年代にはすでに影響力を失い、その精神はドイツ民法典には届いていないという見解をどう評価するかも明らかになる（五八頁）。

第一節 法学と政治（五八頁—六三頁）

過去と現在の観察に根拠づけられた法の成立に関する歴史の見解は、法の産出に関して学問には特別な課題が与えられているし、民族の確信も立法者もそれらの性質上なしえないことをなしうという事実を理解しなければならぬ。学問だけが法的な細部を發展させ、個別のことと法の全体との関連を知ることができる。それゆえ学問の特別な権能と課題が法の技術的要素の錬磨であり、まさにそのことにより法の成立に関する歴史の見解にとって学問は法源である。しかしそれゆえ、学問が特別なことをなし得る、民族の確信と立法者とにまさっているその制限内においてのみ学問は法源である。すなわち法学からの政治的要素の排除は法の成立についての歴史の見解からの必然的帰結である。この学問に関して、この学問の社会的現実との関連の欠如が確認されるとすれば、ここでは、このことこそが法の成立の歴史の見解に基礎づけられた学問の証であるということを付け加えることができるにすぎない（五九頁）。

【法学からの政治と党派性の排除】（六二頁—六三頁） 法学からの政治的要素の排除というこの確信自体が政治的なものであるという議論、「純粋に法的国家観は実際には特定の政治的な思想、すなわち支配的な政治的思想に対峙する観念の表現であったし、その観念は反リベラルであった」という議論に対して、ヤーコプスはこの批判に同意して次のように言う。

法的な見方 (Auffassung) は政治的思想のなかでリベリズムが支配している場合には反リベラルである。法的見方は、まさしくどのような思想が支配的であるかどうかによって反リベラルであり、反社会主義的であり、反保守主義であり、

反コミニズムである。法の見方は反政治的であり、非政治的である。法の見方はいかなる政治的傾向とも関わらないし、屈從する危険性が常にもっとも大きい支配的な政治的傾向に對して、細心の注意を払ってその立場を守るだろう。政治と党派性を法学のなかに混入し、そのことによって學問が法に關してないうところのものを台無しにしようとする主張に惑わされたりはしない（六二頁—六三頁）。

第二節 制定法と法（六三頁—七六頁）

【慣習法の理論上の優位性】（六三頁—）法の「本来の源」が民族の確信であるとすれば、慣習法は、理論的にはこの確信の直接的表現として、立法と學問を通して生み出される法よりも高次の質の法である。サヴィニーとプフタは、民族の意識のなかに生きている法を慣習法という名称を用いて表現しているが、慣習法（Gewohnheitsrecht）という言葉はとにかく、この言葉のなかに、慣習を通して成立する法が重要であるかのような觀念の響きがまじるといふ点で不適切である（六四頁）。

【慣習法の二重の成立要件論の登場】（六五頁—）慣習法にとっての慣習の意義に際して問題となる問題は、考え得る法の諸問題のなかで最も困難なものである。まさに、いったいどのようにして民族の法的意識のなかに法の確信が入り込み得るのかということが問題である（六五頁）。……法曹は、この問題の解決を引き受けないし、（思弁 *Spekulation* にまかせ）民族の意識のなかに法の確信が存在しているという現実（*Realität*）の確信でもって満足するだろう。法曹はこの確信を土台にして法源論を展開するだろうし、展開してもよいだろう（六六頁）。しかしプフタとサヴィニーの見地を越えて、慣習法の二重の成立根拠（民族の意識のなかに存在している法確信と慣習）という見地が主張され支配的なものとなった（六八頁）。やがて慣習は法確信の徴表にすぎないのではなく、法確信と同等の慣習法成立のもうひとつの要件とする論拠が必要とされた。シュタールは法の実定性（*Positivität*）を強調した。慣習法の拘束力はその源を法意識（*opinio*

necessitatis)とその結果としての遵守という二つのモメントにもつ(六九頁)。

慣習法の理論にとって実定性の要件は重要ではない。どのような表現方法の場合でも慣習法が存在するということを確認するためには、法的確信と慣習とが確認されなければならない(六九頁)。シュタールによる実定性の強調はサヴィニーに対して向けられたものではない。サヴィニーもまた実定法(das positive Recht)のみを、すなわち直接慣習のなかにであれ間接的に制定法や学問を通してであれ、民族の法意識から現れた法のみを論じている(七〇頁—七一頁)。

外的な存在(der äußere Bestand)としての慣習を民族の内的な法意識から切り離して考えて、ひとつの独立したモメントとしての慣習のなかにこの意識が定着されたと言えるかもしれない、しかしこのモメントは法意識なしには無意味である。これに対して、制定法は実定的なもの(positiv)でしかありえないし、制定法に照応する民族の法意識なしでも、それどころか民族の法意識に反してすらも拘束力がある。シュタールが通用問題(Geltungsproblem)を論じたとき、共同体の内面の法意識から切り離された独自の外面的力(selbständige äußere Macht)としては制定法だけが問題であるところで、慣習法をも含む法について語った(七一頁)。

【法律実証主義への最初の一步】(七一頁—七二頁) シュタールが制定法の代わりに法について語ったとき、彼にとって法的確信からの慣習法の切り離しのみが問題でありえはせずであるが、法全体が民族の確信から切り離された。慣習法に關しては法的確信からの切り離しは全くどうでもよいことである。しかし法と称された制定法(das als Recht bezeichnete Gesetz)の法的確信からの切り離しは、サヴィニーの基本的確信からはずれた第一歩であつたし、法律実証主義の方向への最初の一步であつた。法律実証主義にとって法はそもそも制定法のなかにのみ存在する(七一頁—七二頁)。……サヴィニーの場合、制定法は、その拘束力にもかかわらず、民族の確信と一致しているか、一致を得たときにのみ法である。彼の場合、立法は法源としては学問と同等である。序列において、民族の確信の直接的表現としての慣習法が両者に優先する。(シュタールによって)今や、慣習法と制定法とのなかに定着された法が民族の確信から切り離されることによつ

て、法源としての慣習法は再び立法と並ぶ位置に後退しはじめた。慣習法の理論的な優位性はなお放棄されてはいないが、ますます色褪せたものになりはじめた。立法の意義はますます大きくなることになった。慣習法の通用はそもそも立法者の承認に左右されるのではないかという問題を立てることすら可能になった。もちろん学派の誰もこの問題を肯定するところまでは行かなかった。サヴィニーの学派にとどまっていたが、その淵に立っていることに気づかなかった。学派の本来の立場が自覚されていないことはシュタールが慣習法の問題の権威になり得たという事実を通して明らかになる。また、慣習法の意義の過大評価が語られていることからでも明らかになる。サヴィニーの純粋な理論において、慣習法の過大評価は理論的な面からしてありえないし、実践的な面からしてもおこなわれていない。このことに気づかないということとは、基本からの乖離が意識されていないこと、どのような方向に進んでいるのか気づいていないことを示している（七二頁―七四頁）。

【ヴィントシャイトの法源論】（七四頁―七六頁） ドイツ民法創出に至る時代において、とりわけヴィントシャイトの立場（法源論）が重要であるとして、バンデクテンの教科書初版（一八六二年）、「今日立法は最も重要な法源であるが、立法は序列上第一のものではない」とする三版（一八七〇年）、と「慣習法は制定法に対して下位の序列を占めるにすぎない」とする四版（一八七五年）以降とを対比しつつ、ヤーコプスは次のように述べる。

シュタールの場合以上に法律実証主義のきざしを示すニュアンスがあるが、法律実証主義にまでは至っていないかった。制定法と法の関係に関しては歴史法学派の土台を放棄してはいなかった（七五頁）。……バンデクテン法学は、サヴィニーとプファタからの逸脱によって法律実証主義に足を踏み入れていたが、民法典創出の時代に至るまで法律実証主義への道を最後までは行き着いていなかった（七六頁）。

第三節 法典編纂と法学（七六頁—一一九頁）

ペーゼラーの「民族法と法曹法」、リューベックの第二回集会へのロマンステンの参加、一八七二年の政治的条件の変化に触れた後、ヤーコプスは第一委員会の教授枠二名のなかに任命された、ゲルマンステンからロート、ロマンステンからヴィントシャイトのなかに歴史法学派の精神が生きていたかを検討する。

【ゲルマンステンのロート】（九七頁—一〇一頁）ロートはサヴィニーの「使命」の精神を堅持していた（九七頁—九八頁）。法を誰にでもわかるものにする（*Allgemeinverständlichkeit*）という目的の手段としての法典編纂は無益な企てである。現行法を見通しのきくものにすることは差し迫った必要であるが、それはもっぱらラント法の学問的加工によって達成される。（ロートにとって、）法典編纂に代わる統合が現在の法状態から引き出される結論であったし（九八頁）、ロートはドイツ法に対するローマ法の関係を、通用している形態におけるローマ法を外国の法とみなしてはいなかった。ロートは法典編纂の明白な反対者であった（九九頁）。

【ヴィントシャイト】（一〇一頁—）「立法は高い見地（に基づいている）。立法は多くの場合に、倫理的、政治的、国民経済的衡量に、あるいはこれらの衡量の結びつきに基づいている。これらの衡量は法曹自身の問題ではない」。これは、行為（*Tat*）を通しての法の産出（*Produktion*）を通しての法の産出とは何か異なるものであり、前者は制定法の問題であり、後者は学問の問題であるという明瞭な認識にはかならない。前者の行為については法的思考以上のものを必要とするし、「立法に対峙して自らに割り当てられた地位を法学は過大評価してはならない」とする認識である（一〇八頁）。法学の力の限定というこの認識に関して、法学的実証主義のこの特徴に関して、「倫理的無責任さ（*ethische Verantwortungslosigkeit*）」を語るとは誤解以外のなにもでもない。

ヴィントシャイトは法源としての制定法に対する自らの立場のなかに歴史学派の基本原理からの逸脱をみていないということは、サヴィニーの法源論、すなわち法の政治的要素と技術的要素の区別の理解に一致している（一〇八頁）。法の

産出のための手段としての制定法はサヴィニーによって決して否定されていないし、この手段の投入のみが、ヴィントシャイトが、時代に基づくもの、合理主義、啓蒙主義 (Aufklärung)、フランス革命に対するロマン主義的な拒絶の結果から生じたものとして説明し理解しようとする理由、我々が単に政治的な諸理由と呼んでいる理由から、サヴィニーにはあまりに疑わしかった (二〇九頁)。

このヴィントシャイトの立場のなかには、新しい法の産出に向けられた立法者の行為の政治的なことだけ (Nur Politischen) が意識されている場合には、もちろん法の成立に関する歴史の見解からの逸脱はそもそも存在しない。この意識はヴィントシャイトには失われていたし、それゆえにのみ彼は歴史学派の中の自らの立場の正当化のために「全く決然として」、行為を通しての法を求める努力の成果のすべては「精神がその歴史的な関連から切り離されず、過去数百年の英知の光があてられるということにかかっている」と強調したのである。この彼の言葉は、(ヴィントシャイトの) 歴史学派の基本原理からの逸脱が彼自身にとって十分明らかになっていなかったということを示している (一一〇九頁)。

法典編纂の問題においては、学派の基本原理自体が問題になる。法の成立に関する歴史の見解に従い、法典編纂という立法者の行為を拒否するか、あるいは法典編纂を承認し、歴史的法曹であることをやめるかの選択しかない。というのは、法典編纂は、それが新しい法をつくるということが動機でない限り、既存の法を記録し、明瞭な表現を与えるよう努力する限り、学問に属する領域での立法者の活動である。学問の課題を立法者が引き受けているのであり、これによって立法者は学問の課題と生命を奪う。それゆえ、着手された法典編纂との関係で、「我々がなお歴史的な法曹、歴史学派の法曹であるかどうか」という問題がヴィントシャイトには出てくる (二〇九頁)。……「既存の法を変更するのではなく、校訂し (revidieren)、新しい形式で再現しようとする」法典編纂はそのような種類のものであり、これを妨げることは歴史的な法曹の責任である。第一委員会が構成された一八七四年に、法典編纂と「法学における歴史学派」の存続とを望むということが問題である。一体どうして法典編纂と法学とが共存し得るのかということが問題である (二一一〇頁)。ヴィントシャ

イトにとつて問題は、ヴィントシャイトは歴史的法曹であつたし、法典編纂を肯定しなければならなかつたということに、法典編纂の不可避性と法の成立についての歴史の見解とが彼の確信であつたということにある。しかし両者が共存しえないとすれば、いずれかを犠牲にしなければならないが、その場合に彼が犠牲にするつもりであつたのは、歴史學派の原理、法の成立についての歴史的原理ではないことは明らかである（一一一頁）。

法の成立に関する歴史の見解に従えば、學問は、法典と「パンデクテン」とを持つてゐる。法典は、法典がある特定の時点における學問的認識の状態を反映しているにすぎないという場合、そしてその限りで、過去に関しても将来に関しても學問の素材に限界を画すものではない。學問は、質的な区別なく、最近の最高裁判所の判決とローマ法曹の判断とに関わらなければならない（一一三頁）。……民法典が既存の法を記録するにすぎない限り、……民法典施行前の法と後の法とは同じ法である（一一四頁）。（しかし）（法典編纂と普通法の継続的有効性に関する議論に触れて）、法典編纂の機会に既存の法が変更されるという限りでは、それゆゑ法典（編纂）の政治的要素に関しては、従来の法の存続は問題にならない。これに対して、法典編纂が既存の法の記録であるという限りでは、従来の法の継続的有効性はこの考えのなかに含まれている。今日の法は、百年前の法とは非常に多くの細部において異なつてゐる。しかし法の成立に関する歴史の見解に従えば、今日の法は以前として普通法である。その最も近い認識の源が法典であるが、パンデクテンもまたより遠い源である。法の成立に関する歴史の見解に従えば、學問と法典編纂との対立は解消されたとすれば、制定法を用いて法を発見する場合の方法をどう言い表すかが次の課題になる（一一四頁）。

【制定法解釈の方法】（一一五頁） 解釈の対象となる制定法の種類が制定法解釈の方法に決定的な影響を与える。法の成立に関する歴史の見解は法のなかで二つの要素を区別するから、この区別は制定法解釈の理論に関しても基本的なものである。……法典または制定法の政治的部分に関する制定法解釈の原理は立法者の意思への嚴格な拘束であり、技術的部分全てに関しては、立法者意思は基準とならない（*Urnähegeheikeit*）、自由（*Freiheit*）である（一一六頁）。政治的

な判断が問題であるかぎり、立法者の現実の意思の探求に制限されなければならない、立法者が本当は持とうとしていたはずの意思を学問が問うとすれば、学問は解釈の衣の下でその範囲を越え立法者の判断すべきことを判断している。ここで、ヴィントシャイトの「本来の思考 (die eigentlichen Gedanken)」についてヤーコプスは次のように述べる。

立法者が考えようとしていたはずのことは何かの探求は、法典の大部分を占める技術的部分に關してのみ解釈の課題である、と我々はヴィントシャイトを理解しなければならない。技術的要素に關しては、法の成立に關する歴史の見解に従った制定法は學問に足枷をかけることはない（一一六頁—一一七頁）。それゆゑ技術的要素に關して、學問は立法者の現実の思考 (die wirklichen Gedanken) を探求することだけに制限されないことには疑問の余地はない。しかし立法者の現実の思考の解明の後、さらに立法者が考えようとしていたはずのことは何かを問うことが學問の課題であるというときには、制定法に対する學問の關係は正しく表されていない。この表現では、學問は制定法に対し補助的な機能しか割り当てられていないし、學問は從属的なものに陥ってしまう。この從属は、ドイツ民法典施行後の學問を特徴づけるし、法の成立についての歴史の見解に従えば、從属は政治的制定法に對してのみ學問にふさわしい（一一七頁）。

法の成立に關する歴史の見解に従えば、よりよい學問的認識 (Erkenntnis) は、制定法が持っている認識に對し、技術的な問題が問題であることと、自らの諸理由がまさによりよいものであること以上の証明を自らの正当性のために要しない。自らの正当性のためにさらに、立法者もそう考えようとしていたという証明を必要とはしない。

立法者の本来の思考ということとは重要ではない。この思考がもともと擬制であるからというだけではなく、我々は法の技術的要素の鍊磨に關して立法者にいかなる権能 (Potenz) も与えていないからである。法の産出が學問の問題である場合には、そしてその限りで、學問は學問の領域で仕事をしている立法者を制御する使命を持っている。このことは、信じようとしないうにせよ信じようとするにしろ、まさに現実であり、日々行われていることである。我々は解釈について語るし、解釈のなかで我々が法であると認めるものすべてが制定法のなかにあるかのような外觀を与える。しかし解釈のなか

で立法者の思考の説明 (Darlegung) 以上のことがおこなわれているし、解釈のなかで初めて法が生まれることを我々は知っている。この現実を覆い隠すいかなる理由があるだろうか。「我々は法に関して議會 (Parliament) よりももっと知つてゐる (Allen, Law in the making (7. Aufl. 1967), S. 457)」と云うことを、我々もまた要求してもいいし要求しなければならぬ (一一七頁)。

ヴィントシャイトの制定法解釈の理論のなかには、法の産出の手段としての制定法の過大評価、すなわち中途半端な法律実証主義がある。制定法解釈の理論のなかでは学問は制定法に奉仕する役割に落としめられており、学問は自らの所産 (Ergebnisse) を立法者の所産として偽称することによってしか正当化し得ない。制定法と法の関係に関わる、もちろん本質的なこの関連においてのみ、歴史法学派の純粹な理論は放棄されてはいないが揺れているのを我々は見出す (一一八頁)。

もちろん、ヴィントシャイトにとって、法典編纂もまた不可避的なことであつた。法典編纂はドイツライヒにドイツ的形式で統一的法を与えるために政治的に避けられないことであつた。この理由から法の技術的要素の錬磨の場合にも法典編纂を、すなわち立法者を必要としたし、この不可避性はベーゼラーによって学問的に根拠づけられているとヴィントシャイトは確信していたとみなさなければならない。それゆえ、ヴィントシャイトは歴史法学派とベーゼラーの国民的法理論 (nationale Rechtslehre) に属している。ヴィントシャイトが法典編纂を法の成立に関する歴史的理解にどのように位置づけたか、法にとつての法典編纂の有害性がどのようにして回避されるのかということも明らかにした (一一八頁)。しかしヴィントシャイトはこの点で首尾一貫させることはできなかった。ヴィントシャイトの論理的・一貫性の欠如が、民法典施行後に学問が辿つた方向、その本質は歴史学派からの離反であり、我々の法の源として制定法を理解する方向へ影響した (一一八頁)。

ドイツ民法典創出の際に、ヴィントシャイトのなかには先の制約を伴って、ロートトのなかには純粹に歴史法学派の精神

が存在していたし、この学派がこの法典編纂（への協力）のために任命されていた（二一九頁）。

五 民法典の性格（第五章）

ドイツ民法典が歴史法学派の精神に基づく法典であるとすれば、この法典の性格に関して、これまでの検討からつぎのことが明らかになる。ドイツ民法典は法律実証主義とはいずれにせよ不明瞭な関係にある。民法典が既存の法の記録と統一に自らを制限しているという限りでは、その性格は学問的なものである。また、法を生み出す学問の能力（*Befähigung*）使命は制限的なものであるという理解に基づいて、政治的な要素を分離している限りでは実証主義的なものである。法の産出に関し万能であるという傲慢さではなく、謙虚さが学問的実証主義の本質である。学問に対する民法典の関係は、法の技術的要素の錬磨（*Ausbildung*）に関しては法典は学問にいかなる制約もかさないということにある。以下、三つの項目に関して、民法典編纂の作業を考察する（二二〇頁）。

第一節 政治と法典編纂（二二〇頁—二二八頁）

【連邦議会の政治的決定】（二二〇頁—）一八七一年のライヒの成立と一八七三年の民法全体へのライヒの立法権限の拡大によって法典編纂のための国家法上の諸前提が造り出されていた（二二〇頁）。一八七三年二月一二日の連邦議会（*Bundesrat*）の決定により、法典編纂の決定とその性格についての基本的決定が行われた。非政治的法典、その仕事は全く技術的なものである法典編纂のための政治的決定であった（二二四頁）。

【準備委員会の鑑定意見】（二二五頁—）ドイツ民法典の創出の際には、ドイツ・ライヒの現行法の統一という法典編纂の特別な問題と不可避的な政治的課題が存在していた。既存の法の多様性のゆえに、法典編纂は既存の法の記録に制限

されることができなかったし、新しい法の創出はいずれにせよある程度避けがたいものであった（一二五頁）。

草案を練り上げるための計画と方法に関する準備委員会の鑑定意見は草案作成委員会の課題をつぎのように述べている（一二六頁）。「ドイツ・ライヒ内の民法体系（Civilrechts-Systeme）の確かな共同の諸制度と諸命題を堅持すること、食い違いがあるときは、まず第一に必要なと合目的性を顧慮して、第二に法的な論理的一貫性にしがたって決定すること、伝来の法と固有の地域的諸事情とを気をつけて顧慮して現在の諸事情に照応する法原理を精力的に一貫して成就させることが義務づけられる。最後に、採用される法命題の定式化においては、不可欠な技術的確定性と厳密性を曖昧にするいわゆる通俗化を遠ざけ、むしろ徹底した簡潔さと、共通に理解されかつ一貫した技術による法用語とが得られるように努力すべきである（bei Schubert, S. 170）」。

【法制度に関する委員会報告】（一二六頁） 準備委員会の鑑定意見についての法制度委員会報告の起草者、フォン・リーベ（von Liebe）による法典編纂の課題のまとめを検討した後、ヤーコプスは次のように言う。

草案作成のために第一・第二委員会に委ねられている課題は、学問的なものであり、それは、サヴィニーが法典編纂の際になすべき仕事について述べているような技術的なものである。ただ法の統一性を作り出さなければならぬ、既存の法状態にある食い違いが取り除かれなければならないという特殊性をもっているにすぎない。その限りにおいてのみ、必要と合目的性（Bedürfnis u. Zweckmäßigkeit）とが判断の基準である。この制限された意味においてのみ、課題は政治的なものであった（一二八頁）。

第二節 法典編纂と法（一二八頁—一二三頁）

学問的実証主義と法律実証主義とは無関係というわけではないし、両者の歴史的な出会いが法にとってもつとも破壊的な結果をもたらしたとしても、両者の見解（Richtungen）は理論的にはつきりと区別されるべきであるし、また後者は前

者の見解の必然的結果でもない。学問的実証主義は、法の産出に関して学問は一部のみをなしようという意識である。法律実証主義は現代国家の極端な (Majestät) であり、現代国家を信奉し、法を国家制定法のなかだけに求める者の偏狭な (Borniertheit) である (一一八頁以下)。

法律実証主義と歴史学派との結びつきは歴史的事実にすぎない。どうして法律実証主義が歴史学派のなかに紛れ込んだのかについてはすでに述べた。この結びつきが民法典の作業のなかで影響を及ぼしたかどうか、法の成立についての歴史の見解が決定的なものであったかどうかの検討が残っている (一二九頁)。

【法源に関する第一草案の規定の削除】 (一二九頁) ドイツ民法典は法源についての叙述 (Vassung) を自制してやめている。第一草案の総則は「法規範」についての章から始まっていたが、この章は第二委員会によって削除されている。

この章の理由づけとその削除の理由は、法と法典編纂に関する民法典の起草者の立場から明らかに (一二九頁)。

総則の部分草案の起草者ゲーブハルト (Gebhardt) は部分草案の第一章「客観的法」四条で「慣習と慣行は法の源または認識手段としては、制定法がこのことを指示しているかぎりでのみ考慮される」という規定の採用を提案した。第一委員会は第一草案二条のなかに「慣習法上の法規範は、制定法が慣習法を指示している場合にのみ有効である」という表現を与えた (一一三〇頁)。

ここには法律実証主義の理論の影響もあるし、理性法的な法典編纂の立場と明らかに重なってはいるが、それは外観だけにすぎない。部分草案の四条の理由書において、法の成立についての歴史の見解は見誤られてはいない。

複雑になった生活関係の場合には、立法と法学とが、法の直接的な源としての民族の確信に代わる。實際上重要な法源としての慣習法について論じる余地はない。

慣習法は、その使命の枠内に自制している学問から何も奪わない。民族のなかに形成される確信はつねに法の政治的な要素に向けられているのであって、技術的要素には向けられていない。それゆえ、政治的な判断を使命として活動してい

る器官が存在している場合にも慣習法を法源として認めることは、この器官からいつでもその権限を奪うことができるし、そして法と制定法との衝突のなかで、制定法の拘束力が原理的に劣ることを意味するし、慣習法はその性質上不安定であるから制定法の拘束力は安定したものにはならないということの意味する。法律実証主義というのは、法は制定法のなかにあると考える。それゆえ、法の安定性のためではなくて、制定法の安定性のために、すなわち秩序のために民族の法的確信の活動もまた秩序だてて制限されるという場合には、この制限をもってまた無造作に法は制定法に帰着すると考えない限りにおいて、法律実証主義的に考えられているわけではない。(それゆえ)法の成立に関する歴史の見解もまた、現在における慣習法の成立を制定法の制限の下に置くことを考慮に入れるだろう(一三二頁以下)。

しかしこのことを立法者を通して行うかどうかは、立法と学問が各々の領域において活動しているがゆえに、慣習法の成立の余地がほとんど残っていない場合には理論的な問題にすぎない。……そのような問題を判断することを自らの使命を意識した立法者は控えるだろう。第二委員会が第一草案二条を削除し、問題の判断を学問に委ねた(一三三頁)。われわれはそこに第一委員会の立場に対する原理的な修正をみることはできない。判断されるべき問題の性質のよりよい認識と、理性法や法律実証主義と歴史学派による民法典との距離とが実証されているのをみることができるとはすぎない(一三三頁)。

今日、慣習法は法源として一般的に認められている。これに対して、法の成立に関する歴史の見解は最小限の異議を述べなければならぬ。この見解は、学問によつて生み出されたもの、法曹法と慣習法とを混同しないこと、とりわけまた慣習法は制定法と並んだ法源ではなく、制定法に先行する法源であり、制定法と同列ではなく、その上位に位置づけられた法源であり、この優先という意識からのみ慣習法の問題の深い認識をすることができるといふことを主張する(一三三頁)。

第三節 民法典と学問の課題（一二三四頁—一六一頁）

(a)

【起草者のプログラムの分裂とその所産】（一二三四頁—一二六頁） 理由書の起草者は、法典編纂と学問との関係の記述において、慣習法に対する態度においてよりもより法律実証主義的なところをみせている。確かに、法典編纂は法の「定式化 (Formulierung)」にすぎないし、将来と現在におけるその不完全性は明瞭に述べられている。それゆえ制定法の補完は自明な課題であり、このために「法素材の自由な学問的取り扱い」が不可欠であり、学問が初めて理論的・実践的作業のなかで法の豊かさを明らかにする。しかし、この豊かさは制定法のなかに表現されている諸法命題に内在する、それゆえ学問が取り出さなければならない全てのものは制定法のなかに含まれている、という。

ともかく法は法典の外に源を持たねばならない。法典のなかに法が定式化されるにすぎないとすれば、どうして源のみならず法の豊かさもそもそも法典の外にないのであるうか（一二三四頁）。ドイツ民法典の起草者は学問と法典編纂との関係の記述のなかで内部分裂していた。もちろんこのことを確認するだけでドイツ民法典の性格についての判断を締めくめることはできない（一二三五頁）。法の定式化の際に実際にどのようなことにおこなわれたかということ確かめて初めて、この法典編纂の性格の問題の解答を完全に出すことができる（一二三六頁）。

(b) （一二三六頁以下）

【規定の採用・不採用の試金石】（一二三六頁—） ドイツ民法典の彫琢に参与している全ての委員会にとって、しかしとりわけ第一委員会、ライヒ司法省の準備委員会、第二委員会にとって、審議の対象となっている規定に関して、当該種類の規定をそもそも法典のなかに採用すべきかどうか、当該規定のなかで問題となっている規律が制定法のなかで規律が必要であり、規律することができるものであるかどうかが第一義の問題であった（一二三六頁）。

第一委員會の審議のなかには、第一草案とドイツ民法典のなかに採用されていない多くの規定があるし、そこではまた規定の採用、不採用を決定する試金石も最も明瞭になる。どの委員會でもこの試金石は一般には詳しく述べられていないから、我々の目的にとつてとりわけ重要なこの試金石を採用が反対されているような規定の種類から推論しうるにすぎない（二三七頁）。

【啓発的種類の規定の回避】（二三七頁）　まず、その原理的な性質のゆえに法典に採用されなかった諸規定が、その最初の範疇に入る。啓発的なものでしかないすべての規定の回避が民法典の起草者によつて常に実行された標語である。とりわけ第二委員會はこの点に関して嚴格におこなった。民法典の起草者がこの点に関して課していた制限とその効果を明らかにするためには、第一・第二委員會の作業からのいくつかの例を示せば十分であろう。

【第一・第二委員會の作業からの若干の実例】（二三七頁）　債務の有効性の要件としての財産上の価値について。財産上の価値、または少なくとも債務者の給付についての保護に値する債権者の利益を債務の有効性の要件とするかどうかという問題について、民法典創出の時代の通説は否定していたし、第一委員會もこの立場をとっていた。しかし第一委員會はこの立場を明瞭にする規定の採用を、「反対の規定がないということでも十分であるから」必要がないとして退けた。

種類債務の場合の特定について（二三八頁）。種類債務の特定に関して第一委員會はいわゆる分離説（Ausscheidungs-theorie）を退けて、履行前に危険の移転が生じている場合には、この以前の時点で特定も生じていなければならないという修正を伴う履行説をとった。多数意見は、問題が重要で、論争があるから、このことを制定法に表現することが法的安定性のために不可欠であると考えた。これに対し、委員會は、危険の移転と特定は「債務に適った給付」を前提とする、それゆえたとえ瑕疵ある売買目的物の送付の場合には生じ得ないということを決定された規定が明瞭にすることを退けた。このことを表現することは必要がないと考えた。

債権者遲滞の場合における債務者の解放か給付義務の存続かについて（二三八頁以下）。第一委員會は、偶然的な受領

障害の場合における債務者の給付義務からの解放という帰結に反対し、給付義務の内容の単なる減縮に賛成した。しかし、債務者は債権者の遅滞によって自らの義務から解放されないということを制定法に明示的に規定するという二つの面からの提案を委員会は退けた。すなわち義務の存続は、反対のことが規定されていないということ、ならびに債務関係の消滅の節から十分に明らかになる (Jakobs/Schubert, S. 358f.) (一三九頁)。

第二委員会はこれらすべての規定と数多くのその他の諸規定をその原理的な性質のゆえに削除した。これによって第二委員会は、第一委員会も目標としていたが完全には達成していなかったものを完全におこなった (二三九頁)。この目標は素人の理解力に応じた法典、法的な教育を受けていない思考力 (Verstand) でわかる法典ではなかった。編纂されるべき法は、その圧倒的に主要な部分において、法曹の意識のなかに生きている学問的な法であった。ドイツ民法典の起草者に課された課題は学問的なものとしてしか表せないものであったし、起草者によって学問的なものとして理解されていた。それゆえ課題は制限的なものとしてしか理解され得なかった。すなわち、秩序づけられるべき素材を自由に操る学問を自らと並んで心得ている法典、それゆえ法典の理解のためにこの学問を自由に操る専門知識を前提とする法典の創出に向けていた (一四〇頁)。

【結果命題の省略】 (一四〇頁) ドイツ民法典の起草者のより注目し値する自制として、規定の内容がおのずと明らかであり、より一般的な規範の論理的な帰結であり、個別の規範の有効性は素人には隠れたままであるかもしれないが、法的推論 (juristische Schlußfolgerung) を知っている者には疑問の余地がありえないがゆえに、考慮されたいうで、削除された規定を挙げることができる (一四〇頁)。

債務法部分草案一二番三条 (利息は、主たる義務の履行後においても独立して要求することができる)。あらゆる権利には独立して裁判上主張する権限があり、付随的権利としての権利の附従性はこの点を何ら変えるものではないからである。——選択債務の場合に選択権が債務者にあるときは債務の承継に伴って選択権も移ることは自明であり規定する必要

はなご (Jakobs/Schubert, S. 155)。——債務法部分草案一六番七条 (選択債務の場合に選択的給付全部が偶然により不能となると、債務者の義務は消滅する)。このことは自明であるがゆえに、制定法のなかに明示する必要はない (Jakobs/Schubert, S. 157)。——債務法部分草案二一番二条 (給付は債権者か又はその代理人に対して行わなければならない)。削除。——債務法部分草案一四番三条 (不法行為に基づき義務を負う給付は債権者の住居地において行わなければならない)。不法行為に基づく賠償権者である債権者は完全に損害のない状態に置かれなければならないという原理からの単なる論理的帰結である (Jakobs/Schubert, S. 185)。——債務法部分草案二一番一八条は、遅延損害の賠償義務を、債務者は遅滞によって「直接または間接的に引き起こされた損害」を債権者に賠償しなければならない、と規律していた。「直接」と「間接的」という言葉は上述の原理の帰結にすぎないとして削除された。——債務者が物の給付義務につき遅滞にある場合に関しても遅延損害の賠償に関する部分草案二一番一八条の規範を適用する規定は、完全に削除された。というのは、債権者はこの場合に遅滞の間に債権者から失われた物の利用利益、とくに債権者が得ることができたであろう果実に代わる賠償をそのための出費を控除したうえで要求することができるということは、規範から出てくるからである (Jakobs/Schubert, S. 304)。——定期行為における債権者遅滞の場合に債務者に解除権を与える規定の採用の提案は、債務者の不履行という逆の場合に関して債権者の権利を委員会は規定したにもかかわらず退けられた。(すなわち) 予定期日における給付の不受領は、客観的永続的不能を意味し、それゆえ債権者に過誤があるときには、債務者は一般的規範に従って直ちに反対給付と損害賠償を要求することができからである (Jakobs/Schubert, S. 360)。(以下省略)

【履行の際の有責の諸問題】(一四三頁) 仮に、この委員会に、たとえばライヒ裁判所による後のいわゆる履行の際の有責の諸場合、すなわち、有責な不完全給付、従属的な付随義務違反、今日のいわゆる積極的な債権侵害の諸場合が実際上大きな意味があるからという理由から提案されていたとしたら、これらの諸場合において債務者は不能と遅滞を顧慮することなく損害賠償義務を負うということを明確にする指摘が制定法のなかに見出されたであろうか。しかし不作為義

務に対する違反行為の場合に損害賠償義務に関する規定を自明のものとして削除したこの委員会はまた、そのような指摘を省略することを考慮したであろう。というのはこれらの諸場合における債務者の責任は不能と遅滞を考慮することなく自ずと理解されるし、実務によって確立した規範(Regel)として従われているからである。このことは制定法のなかに明言されていなくても実際上もそうであった(一四三頁)。

いずれにせよ、これらの場合を把握する規範が制定法のなかに欠けているということについて何ら驚くべき理由はない(二四四頁)。不履行の効果についての制定法上の規律が、双務契約の際に一方が他方の不履行を理由にして損害賠償を請求し、あるいは契約を解除し得る諸場合、すなわち、履行拒絶、継続的供給関係における度重なる不完全給付の諸場合を完全には表現していないのと同様である。相手方の給付がもはや期待できないときには、一方当事者は契約を解消し、または不履行による損害賠償を請求することができるということは、もともと民法三二五条、三二六条のなかに具体化されている規範の単なる敷衍(Ausführung)にすぎない。

不履行の効果の制定法上の規律(Regelung)はあれこれの点において、種々の関連において不完全なものである。しかし驚きなのは、このことについてではなく、この不完全性もったいぶった事件(cause celebre)に、積極的債権侵害という特別な理論の根拠にされ得た、この言葉の考案者が発見者にされ得た学問についてである。もし我々が原因を、つまり一九世紀末に紛れ込んだ法律実証主義を知らないとすれば、我々はいったいどうしてこの法典(編纂)の不完全性が、つまり法典を補完する学問に対する法典の開放性が見過ごされたのか不思議に思うだろう。ユースティニアヌス帝は法典の注釈を禁じたし、一般ラント法の主導者は法学との関係を同じものにした。しかしドイツ民法典の起草者のなかには、与えられた課題に際し、疑わしいと思われることに自らを集中し、自明なことをさらに表現することを抑制し、自らの所産は常に全体の一部でしかないと知っている学問的精神が生きていた(一四四頁)。

【カズイステイクの回避】(一四五頁—一四九頁) 民法典の起草者の周知の努力は、あらゆるカズイステイクを回避す

ること、すなわち具体的場合までをも規律 (Regelung) することを回避することである。……この理由は、個々の事例の判断もまた与えられた規範から法的論理 (Logik) でもって導き出されるべきであるから、不必要であるということではない。資料において、カズイステイクが問題になっているところでは、カズイステイクは避けるべきもの、有害なものとして置かれている。有害であることの理由は詳しく述べられていないにしても、根底にある次の見解を認めなければならない。個々の問題の判断は、制定法のなかに与えられた規範、あるいはもともと存在している規範のひとつへの位置づけ (Zuordnung) を通して行われなければならない。この位置づけは、事例の特徴をつかむことを求めるし、(それゆえ) 常に当該の具体的な諸事情を考慮する判断 (Beurteilung) を通してのみおこなうことができる。それゆえもはや、原理からの結果命題の演繹のように、単なる法的論理に解消され得ない。二つの事例が一つの事情によってのみ区別されるとすれば、あれこれの事例の判断を行う規範もまた別のものではありえないし、あつてはならない。それゆえ、立法者はこの位置づけを独自の課題として法学にゆだねなければならない。立法者は事例の諸事情を見通すことは全くできないから、ここでは立法者はなにも決定することはできない。この見解が民法典の起草者の仕事を決定していたことは、具体的な判断のみが可能であり、当該事例の諸事情に従つてのみ行うことができるし行われるべきであるから、規律が行われないままになっているところでは見誤られてはならない (一四五頁—一四六頁)。

種類債務と選択債務の区別の回避。一定の数量の物が給付の目的物となっている場合に、種類債務を選択債務からどのように区別するかが第一委員会の問題になったとき、問題は残されたままになった。……一般的な原則を立てることはできないし、問題の諸場合に関して制定法のなかでは沈黙し、その解決を具体的な判断に委ねる以外にはないからである (Jakobs/Schubert, S. 53f.) (一四六頁)。——種類債務の選択権 (債務法部分草案一七番一条) の回避。委員会の多数は、制定法のなかでは債権者の選択権を無視し、「中等の種類・品質の物を給付する」(選択する、ということに代えて) 債務者の義務についてのみ述べることを正しいと考えた (Jakobs/Schubert, S. 51f.)。——一時的不能の規定の回避。本来の履

行に代わる損害賠償請求の要件との関係で、永続的不能と区別するために、一時的不能についての規定が必要ではないかという問題が出された際に、この種の規定は問題になる諸場合の多様性のゆえに必然的にカズイステイクにならざるを得ないから、任意規定を通して学問と実務を先取りすることは疑問であると考えられた（一四七頁）。

遅滞の終了（*purgatio morae*）の規律の回避（*Jakobs/Schubert, S. 362f.*）（一四七頁—一四九頁）。債務法部分草案二二三七条（「債務者が義務を履行し、または債権者が遅滞にあるときは、債務者の遅滞は終了する（*aufhören*）。債権者が給付目的物を受領し、または債務者が遅滞にあるときは、債権者の遅滞は終了する。債務者は、三五条（ドイツ民法三〇四条）により賠償されるべき増加費用が債務者に賠償されるときにのみ、遅滞に陥りうる」。第一委員会の採用した規定。

「債務者の遅滞は、債務者が懈怠を追完（*nachholen*）した時点から将来へ向かつて終了する。債権者の遅滞は、債権者が遅滞を追完し、そして同時に二〇八条に示されている増加費用を補償する意思を表明した時点で終了する」。これに対し、ライヒ司法省の準備委員会と第二委員会とは、当然のことだが、両方の規定を完全に削除した。カズイステイクは問題にならないし、とりわけ、おのずと明らかであり、個別の事例の判断に関して何も生み出さないことしか、つまり懈怠の追完は遅滞を終了させるということしか規定することができなかったからである。残りのものは、第一委員会の意見に従って疑問のある規定であった。これらの規定がまさにその疑問のゆえに削除されたことによって、遅滞の終了（*Verzugsbe-
reinigung*）の問題は全く規律されることなく、具体的な判断に委ねられている。それゆえここには、学問的な判断の発見（*Entscheidungsfindung*）のための全ての自由がある。裁判官の自由裁量権（*diskretionäre Gewalt*）——つまり自らの判断を——もはや学問的に、すなわち検証できる諸理由から導きだすことができない——は民法典の起草者には疑わしかった。我々は民法典の資料のなかに、自動的包摂機械（*Subsumtionsautomat*）として機能する裁判官といういわゆる実証主義の戯画のいかなる痕跡も見いださない（一四九頁）。

【概念規定と構成】（一四九頁）——一貫して実務と学問を参照するよう指示されている問題は概念規定（*Begriffsbe-*

stimmung)の問題である。最大の価値が、統一的な術語に、それゆえ一つの言葉が異なった意味に使用されてはならないし、複数の意味を含んでいる術語(termini)の意味は確定しなくておくということに置かれていた。損害という一つの概念は与えられてはいないで、その疑問のない内容(生じた損害と得べかりし利益)のみが示されている。債務関係については、その本質的なこと、給付を求める権利が表現されているが、概念の規定は学問にゆだねられている(二五〇頁)。

……というのは、「学問と実務が前進的な発展のなかでしだいに正しい概念規定へ到達するだろう」からである。十中八九争いと疑問の原因を与えることのありえないような法規範のみを定めることは放棄しなければならない(一一五頁)。

これまでの例からすぐ明らかになるように、概念の規定はそれが重要でないという理由から放棄されているのではない。そのような理解は、ヴィントシャイトがその構成員であった委員会において、学問による継続形成は構成(Konstruktion)の方法により、つまり概念の展開を通して、そして概念からの推論(Schlussfolgerung)を通して行われるということを確認していた時代において、(問題にならない)。民法典の起草者にとって、たとえば和解に関して与えられている法規範の適用領域は、和解の概念に依存していたし、損害賠償義務の内容と範囲は損害の概念に、債務関係に関して与えられている法規範は債務の概念に依存していた。諸概念はその主要な内容のみが指示されているから、与えられた法規範の適用領域も主要な部分だけが定められている。それゆえ、周辺の問題ではあるが、しかし適用領域の限界は残されている。このことは、概念規定の困難さゆえに、その不可避免的な不完全性と、残っている問題の判断に関しては「学問と実務」という一つの器官が存在しているという意識とのゆえに行われている。それゆえ我々は法典ではなくてこの器官に法の完全性を期待すべきである。与えられている法規範についてすら、規範は「争いと疑問の原因を与えることがない」と我々は考えるべきではない。……つまり、与えられている規範自体に疑問がもたれるとすれば、この立法者の見解に従ってどこに真の法源を求めなければならないのかについて我々は錯覚したりしないだろう(一一五頁—一二二頁)。

【規律の必要性の承認と具体的判断の放置】 学問と実務は制定法から自立してその課題を果たさなければならないし、

自立性なしには学問と実務を眞の法源とは考えることができないこの自立性に関しては、このことの証明が概念規定における抑制を通して十分に行われているか疑うかもしれない。しかし最後に、あまりに理論的な、概念形成という所与のものを完成させるといふ仕事のみならず、むしろまた規律を必要とすると認められている具体的な問題の判断も、判断のための手がかりを法典から取り出しようということもなくそのままにしてあるということを我々がみる場合には、このことをもはや疑うことはできないだろう。概念形成の仕事のみならず、規律することができないと考えられるものは全て学問と実務に委ねられたままである（一五二頁）。

たとえば、債務者は自らの財産の一部のみをもつて責任を負うという合意を通して債務関係の弱化（Abschwächung der Schuldverhältnisse）をおこなうことができるかという債務関係の概念に影響する問題について第一委員会が論争が生じたが、多数意見は問題は「法典のなかで解決されるべきではなく、その解決はむしろ学問に委ねられるべきである」と判断した（Jakobs/Schubert, S. 43.）。（他の具体例省略）

【一例として、契約締結の際の有責】（一五五頁—）最後に、契約締結の際の過誤に基づく責任に関して、制定法のかでどのような規律が行われるべきかという問題の取り扱いに触れる。

意思の瑕疵に関する規律の審議の際に、善意の諧謔表示と顧慮される錯誤の場合に関して有効でない意思表示をした者の賠償義務を第一委員会は決定したが（Prot I, S. 174ff, 186ff）、その審議の際に輕過失のときの賠償義務を否定する提案がなされた経過から、第一草案の理由書には次のように記述された。「契約締結上の過失に関する責任が概念上、他人の権利領域への侵害に、それゆえ不法行為に、または法律行為上の義務の侵害に還元されるかどうかは、構成の問題（Konstruktionsfrage）であり、その解決は学問に委ねられてよい」（Prot I, S. 186ff.）（一五六頁）。

原始的不能による無効な契約の際に契約当事者にいかなる責任が生じるかという問題の規律のところでも問題になっている（一五七頁）。債務法部分草案二一番三条は、重過失による不能の不知または故意により不能な給付を約束した者に

關してのみ責任を規定していた。これに對して、輕過失の場合への責任の拡張の提案、さらには不能な給付に對して反對給付を約束した者への責任の拡張の提案がなされた。この後者の兩当事者への責任の拡張という提案を委員會は最初退けたが、後にプランク (Planck) がこの提案に立ち戻つたとき、この提案は今や委員會の多數の承認を得た。「類似の提案は以前に排斥されているが、暫定的なものにすぎない。というのは契約締結上の責任について原理的な決定をすることは疑問があると思われたからである。現在、そのような原理的決定が問題になっているのではなく、むしろ契約締結上の過失に關して特定の規定でやめておかねばならないと判断される (Jakobs/Schubert, S. 357f.)」。

最後に現行ドイツ民法六九四条に含まれている規定の採用の際にも契約締結上の過失は問題になっている。寄託から受寄者に生じた損害に關する寄託者の責任は、責めに帰すべき契約締結上の過失の立場からのみ認められる。「契約締結上の過失に關する責任はこれまで、一定の諸場合の例外を留保して原理的に拒絶されている。ここではそのような例外のための十分な理由がある (Prot. I, S. 2848)」。『原理としての』「契約締結上の過失に對する責任の拒絶」というこの定式化にもかかわらず、委員會が、「最大限に拡張された形で契約締結上の過失の主張」について判断することをためらつたこと、そして特別な諸規定に自制し、原理についていかなる決定もしないことになつたことについて疑問の余地はありえないだろう。すなわち、諸場合の多様性に照らして、十分な確定性のある原則としてこの原理を定式化することはできないと委員會は思つた。それゆゑ委員會は、ここでは、原則 (Regel) を与える代わりに特定の場合の規律に自制し、特別な言明がなくても、規律された諸場合が全体を汲み尽くしていないという意識をこの委員會に認めないわけにはいかないだろう。構成の問題と同様に、この全体は、すなわち契約締結上の過失の適用領域の画定は「学問と實務」の判断に委ねられたままである (一五七頁—一五八頁)。

第一委員會の作業が開始される以前の二八七八年にヴィントシャイトはつぎのように説明している。「法典が含む命題の少なからざるものは、立法者が受け取っている学説 (Lehre) がなお不完全であるというのとは全く別な理由から、不

完全である。それゆえ、本質的な根拠に基づく法典の改良もまた、前の学説と、その間に前進した学問の成果との比較に立ち戻らなければならない」。先の二つの範疇に挙げた例は、ドイツ民法の創出の際にはこの意識が、この法典編纂の仕事を決定的にしている一般的なものであることを示している。我々がこの意識の特徴をつかむならば、その由来について疑問の余地はありえない。つまり、何か完全なものを成立させるのでないということとを他の立法者も知っていた。民法典の起草者は自らの仕事の不完全性の理由についての理解と、器官の存在の意識——その器官による法の技術的要素の錬磨に唯一完全性が期待されうる——とを際立たせている。民法典の起草者は、サヴィニーによる法典編纂の仕事の特徴づけに従って、自らに与えられた課題に従って自らの課題の性質が学問的なものであることを知っていたし、それゆえその仕事の改良も学問的な課題であること、学問の漸進的な発展のなかでのみ法の技術的要素も完成され得ることを意識していた。それゆえ起草者は自らの仕事を多様な態様で自制し、残ったままの問題の判断を学問に委ねることができた（一五八頁）。

(c)

【ドイツ民法典の特徴】（二五九頁—一六一頁） 法典の概念の中には——もちろんドイツ民法の起草者の観念のなかにもあるけれども——、ある種の完全性が存在する。特徴はただ、残っている不完全性を完全にすることができ得るであろう器官の存在の意識だけである。しかし我々は、細部にこそ最大の難しさがあるということを知っているから、細部を学問に委ねることができると考えたときには、もっと多くのことを、そもそも全体を委ねなかつたのかという問題だけがでてくる。今日の時代にとって、この問題に与えるべき解答には疑問の余地がない。このことが時代の政治的事情の下で問題になりえなかつたから、法の成立に関するこの見解に従った法典のみが問題になった。この法典の基礎には次の見解がある。法の真の源は民族の確信に、我々すべての意識のなかにある。この意識は法の二つの要素にしたがつて二つの器官を持つているし、この二つの器官のうち立法は政治的判断を、学問は技術的要素の錬磨を、細部の規範形成と判断の錬磨を

使命としている。従って法典編纂もまた主として立法ではなく学問に属する。それゆえ法典は、法の源を内在させているのではなく、法の源を法典を作り出した学問のなかに持っている。この学問自体が文字通り歴史的なものであるとき、学問が法典によってではなく、学問によって法典が支配されているはずであるし、支配されるだろう。民法典をこのように理解することによって、今日の時代において考え得る全ての法典（編纂）のなかで最良のものと民法典を呼ぶことを我々はためらわないであろう（一五九頁—一六〇頁）。

この法典の改正の理由づけのために主張されているもののうちここでは特に以下のものに触れておきたい。一度法典編纂した立法者は自らの法典（編纂）に責任を負っているし、法典の「秩序を崩さない（Huber, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht (1981), S. 778f.）」義務がある。この理由については触れる意味がある。というのは、この理由は、我々が法典の編纂に至った一度限りの政治的状况を知らないからである。さらに、この理由は、判決があるときは法典を拠り所にしたリ、あるときは法典から離れて自由をふるまったりすることによって、我々の現在の法状態において法発見の安定性が危険に曝されているという意見、つまり法の安定性は法典編纂を通してのみ再び獲得されうるし、権力（Gewalt）が分立されている国家において法を生み出す特権（Prärogative）が立法者に属しているから、我々は国家制定法のなかに法を求めなければならないし、国家制定法が我々を支配しなければならないという意見を内包しているからである。この理由は法律実証主義の表現そのものである。この理由に、我々は法の成立に関する歴史的理解を対置する。すなわち、制定法に対する学問の関係を古い方法により新しく定めるという要求を対置する。そうであれば、我々は民法典の改正をも泰然と待ち受けることができる。というのは、この改正が、過去八〇年間に学問と実務を通して法がどのようになっってきたかという法の記録に自制しているかぎり、我々は改正された民法典に、学問的な仕事そのものとして敬意を表すだろう。もちろん我々は現在の表現における民法典に将来にわたってもより高い敬意を表すだろう。というのは、我々は、技術的要素の錬磨に自制することによりこの法典を作り出した学問のなかに、立法ではなく学問のより高次

の使命を見出すからである（一六〇頁―一六一頁）。