

〔翻 訳〕

E・エールリッヒ

自由な法発見と自由法学

序

この講演の基本的な考えは、すでに十五年前、一八八八年のウィーンの雑誌「法学新聞 Juristische Blätter」に公けにした論文「法における欠缺について、über Lücken im Rechte」の中で、もちろんまだ熟していない、確かさを欠く形でではあったが、初めて私の表明したところである。この論文の結論を、私は一八九三年に公けにした私の著作「黙示の意思表示、Die stillschweigende Willenserklärung」の中で、次のように要約している。

「私の論文、法における欠缺の中で、私は、現行の実定法に従って裁判する使命を有する裁判官は、理論や法体系に何か不明確な点がある場合に、法発展の必要を考慮してそれを

自由な法発見と自由法学 中務・堤

中 務 俊 昌 共訳
堤 龍 弥

利用し、ちょうどいつも曖昧な概念と同様、それによって理論や実務を操作するものであることを、説こうと試みた。たとえば条理、善意 bona fides、信義誠実の原則、悪意の訴権 actio doct、不当利得、善良の風俗違反 contra bonos mores などが、その適例である。黙示の意思表示もまた、そのような曖昧な概念の一つ、つまり法における欠缺であり、それによって新たな、実りのある考えが現行法に浸透してきているのである。黙示の意思表示は、法制度ではなく、新しい、まだその存在をかちとろうと努めている法規範の全体系であり、単一の問題ではなくて、いくつかの問題の集合体である。」

私がここで、とくに忘れられた若いころの作品に立ち戻るの、約四年前に現われたジュニアの論文、法解釈の方法

と法源、Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit* (2) によって、そう促がされたからである。この論文は、私の著作、「法における欠缺について」と、数多くの細部の点だけでなく、指導的な見解においても一致している。私がとくに強調したいのは、ジェニーによってもまた、法は抽象的な法規の完結した、完全な体系ではなくて、個々の裁判例から成り立っていること、そして、ジェニーによってもまた、裁判官は、定立された法規がそれを置き去りにしたときには、自由な法発見によって、法を時代の要求に適合させなければならぬのだということである。もちろん多くの方向において、相違点も存在する。私は主として、裁判官の自由な法発見がどういう方法で行なわれるか、その際信義誠実の原則、条理、法学的構成や類推がどんな役割を果しているかを、取り上げたのに対して、ジェニーは何よりも、フランスで支配的な法源理論、法適用の諸原則を、扱っている。かれは、法の持続的形成のために科学(自由な科学的探究 *libre recherche scientifique*)を指示している。私は、科学によって発見される法の意義を過小評価はしていないが、当初から、意識的または無意識的な裁判官の創造的活動に最大の重点をおいてきた。

私はこれまで、法における欠缺の方法論的諸原則を、私の学問的労作の中で実証しようと試みてきた。それらの中から出てくるのが、すでに述べた著作、「黙示の意思表示」および「ドイツ帝国民法典における強行法と非強行法」(一八九九)である。私はこれらの諸説の歴史的な根拠づけを、ローマ法について、せめて部分的にでも私の「法源理論」への寄与、第一部 市民法、公法、私法 *ius civile, ius publicum, ius privatum* (一九〇二)において、与えようと試みた。

ジェニーの著書は、フランスで大きな感銘を与えたと思われる。もっとも優れたフランスの私法学者の一人、サレイユは、それに序文を書き、さらに後にも度々ジェニーの説に則って発言をし、最後に昨年四月四日ローマでの歴史家会議で行なった輝かしい講演でも、そうであった。それは多くの、一部では否定的な、しかし一部では少なくとも原則的には同調的な批判を呼び起こした。そして昨年来バリで、エスマン、マッシリ、サレイユおよびヴァールにより発行された雑誌、季刊民法評論 *Revue trimestrielle de droit civil* が現われたが、これはエスマンの序文的論説およびそこに掲載されている論文から判断すると、ジェニーの説に沿った科学と法の持続的形成に道をひらくものである。

こうして私は、冒頭にあげた私の著作の中で述べた考えを私の今日の見解にふさわしい方法で表現することによって、永く心にあった意図を詳細に公けにする一方、ジェニーに對して私の時間的優位を保つ必要を感じた。

けれども私ははっきりと、全く時間的優位の主張だけで満足することを強調しておきたい。ジェニーが、ドイツでもほとんど全く知られないままであった私の著作を読んていなかったこと、したがってかれは決して私の著作に刺戟されたのではないことについては、私は疑わない。その上かれの労作の不变の価値は、主な考えの正当性の問題を全く度外視しても、極めて豊富な、フランスの法史およびフランスの判例からとられた資料の点にあり、これは私には大部分新しいものであった。

もちろん私の講演の基礎にある考えの時間的優位の問題は、ジェニーの著作を顧慮すれば、十五年前では今日と全く別の意味をもっていたであろう。当時は、私の考えは、学問の確實な所産として通用するはずであったすべてのものときわだつて対立していることは、争うことができなかったであろう。誤解によって自由な法発見の信奉者に数えられているフォン・ビューローは、最近シュライバー⁽²⁾によって力説されたように、

自由な法発見と自由法学 中務・堤

自由な法発見については一言も論究していない。かれはただ、おそらく正当にも、裁判官の活動は、それが単なる法適用を本旨とする場合でも、すでにその本質上創造的であることを明らかにしようとしているにすぎない。シュロスマンがより明白な形で意見を述べたけれども、かれの論述は一般には受け入れられなかった。この種の考え方は、数年来日の目を見ようとしている。法律の字句に對して裁判官の独立性に、ますます多くの重点が置かれている。そこでもし文献の指示が私にとつての問題であるならば、この労作は不当に厩大化せざるを得ないであろう。しかし旧作およびこの講演で私が展開した考えは、これまで他の人々によって主張された事柄を多くの点でしのぐものである。

第二章（とくに十一頁以下―原書の頁数。訳書では二六三頁以下―訳者注）の二三の論述において、私は、準備中の私の「法源理論への寄与 Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen」の第二部を先取りした。

チュルノヴィッツ、一九〇三年六月

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

(2) Paris, Chevalier, Marecq & Cie, 1899.

(3) Oesterr. Gerichtszeitung, Jahrg. 54, Nr. 18.

I

今日われわれによく知られている要求、すなわち、裁判官による法的紛争についての裁判はすべて現行法の確定した諸原則から導き出されるべきだということは、ローマ法を継受した諸国民にのみ特有のものといえよう。この要求は、他の諸国民には全く無縁のものと思われる。しかもその中には、法発展の比較的低い段階にある民族だけでなく、中世のドイツ国民や英法によっている今日の諸国民のように、非常に進歩した諸国民も含まれるのであるが、何よりもローマ人自身がそうであった。たしかにこれらの法宣言をわれわれは、裁判官の判決からよりも、ローマ法曹の伝承的な専門的意見によって知るのである。ここでは、各々の判決は、それが事実上あるいは単に表面的に基礎としているにすぎない何らかの法律の条文を、いわば工場製品の印として帯びることを、決して要求されはしない。公平な、個々の事件の状況にふさわしい裁判を見出すことだけが、裁判官の使命とみられる。その際もちろん裁判官は、制定法や慣習法、しきたりやそれまでの裁判の中で宣言された諸原則に拘束されるが、これらすべてのものは裁判の基礎とみられるのではなくて、む

しろ裁判官の自由がそこまで及びうる限界とみられるのである。その際裁判官にとって規準として役立つのは、裁判は法的技術の諸規則に従って発見されなければならないという原則だけである。つまり云いかえると、裁判は、これまで一般に通用してきている諸規則を、無造作に放棄してはならないということである。そうすることによってたしかに、あまりにも大胆な、突如とした改革が阻止されるが、組織的な発展は決して妨げられない。承認されたいくつかの法原則が、それらからゆるやかに離れてゆく一連の裁判において、時の流れとともに正反対のものに逆転させられたことが、一度ならず起こっている。

この状態は、明らかにいたるところで司法が当面しなければならぬ矛盾した要求の、妥協の結果である。というのは、裁判は一方では個人の恣意や私的な考えの流出物ではなくて、一般感覚やより高い源から流れ出る正義の表現であるべきことが求められ、他方では、裁判は個々の事件につき下されるもので当面する紛争を解決させる使命をもっているからである。それ故、一般的なものと特殊なものとの、一所に席を占めるべき運命にある。こうして、ローマ人やイギリス人についてみればわれわれには奇妙に思われる自由と拘束の独得の

混合が生じるのであるが、これはほとんどかれらの歴史的前提に対する豊かな感性からのみ、理解されうるものである。

それ故、自由に発見される裁判もまた、もともと現行法の中にすでに含まれていたもののみを宣言するかの如くに把握されるということも、容易に理解できる。法曹は法を創造するのではなくて、法を発見しなければならぬ。それにもかかわらず、あらゆる裁判は現行法に何かを付け加えるものであること、裁判は現行法についての単なる例証であるだけでなく、新たな法の源にもなり得ることについては、疑われることがない。かつてのヘンリー・サムナー・メインが軽妙な筆致で、イギリスの弁護士たちは、裁判官の評決がまだ定まらない限り、現行法のどの原則が適用されるべきかについて争うが、判決が下されるや否や、それ自身が法となり、その中でおそらく始めて宣言された法原則が、いわば現行法の欠缺のある部分に入り込む様を叙述したことがある。ローマ人たちもまた、かれらの法が決して単に法曹の労作の中に書きとめられているというだけでなく、それはむしろまさに一の法曹の労作であることを、十分に意識していた。こうして法発見は、しだいに法の持続的形成へと移行する。

ところで今日われわれは、ヨーロッパ大陸では、とりあえ

ず考えられる範囲の法律事件がその中で事前に熟慮され、裁判を予測させるような、そういう法規定の完全な体系を法の中にみとる傾向にあるが、現実にはそこでは明らかにいたるところで、あらゆる裁判官の裁判は新たな法原則を承認させる力を持っているという考えを出発点としているように思われる。われわれの間で通用している見解とのこのような対立は、一部は、現実の法状態が、裁判のために考慮されるすべての規範の完全な体系というような考えを全く起こさせるものではないということによって説明される。立法は、原始的慣習法の太古の、歴史時代にはまだほとんど知られていない法典化を例外として、常に個々別々の不都合、侵害および弊害にのみ向けられている。それ故法律は、個々の事件における救済策以外の何ものをも与えないし、与えようとはしない。そのもつ意義において制定法をはるかに凌駕する法学的伝承は、総じて、現実に起こった事件の裁判に際して宣言された諸原則およびそのような原則の科学的一般化に他ならない。裁判とその一般化、これがまさにローマの法曹の著作の本来の内容でもある。ローマ人の許での法学者の回答 *responsa prudentium*、法務官の告示、また極めて多数の皇帝の勅法 *Konstitutionen*、ドイツの古判例集 *Weistümer*、

イギリス人の判例集 Reports などは、外見的にもまさにそういうものとして現われている。同じことは、ルイ十四世の法典化の作業にいたるまでのフランス法の法源についてもいえる。しかし、直接民衆や法曹の意識の中に生きており、法律書の中に書きとめられている。狭義の慣習法として現われる伝承の部分もまた、わずかの例外はあるが同じ源から流れ出ている。すなわち、時の経過とともに裁判官の判決が、そういうものへと凝縮していったのである。法律において予想されていず、従来裁判された事例のどれとも同じでなく、それ故知られている裁判や一般化のどれにもおさまることのできない事件は、それ故明らかに「法の欠缺した空間」に属するであろう。そして法律や法学的伝承がその裁判のために多分何らかの教示や科学的基礎を与えはするであろうが、裁判自体は自由に発見されなければならない。これが、創造的法学へ至った道である。

ローマ法の継受が、結果としていたるところで深刻な変化をもたらした。ここで初めて、あらゆる裁判は現行法のすでに確立された規定に基づいてなされなければならない、裁判は、法規を大前提とし法律事件を小前提とする論理の序列における結論であらねばならぬという原則が、登場する。もちろん

この原則が継受の対象なのではなかった。むしろこの原則は、すでに力説したように、ローマ法には完全に無縁のものであった。しかしすでにユスティニアヌスが、考えられるあらゆる法学上の疑問をかれの法律書において除去したと考えていたように思われる。けれどもこれらの法律書もまた、その主な内容からみて、もちろん極めて内容の豊かな、裁判および裁判の科学的一般化の収集以外のものではなかったのである。しかし中世末期における事態の成り行きは、おそらくはユスティニアヌスの考えを現実化するに適していた。というのは、ローマ法は当初から何よりも、在来の土着の法がそのためには明瞭な規定をもっていなかった事件について、まさに補助法として通用するはずのものであったからである。

もちろんこの努力は、現われるすべての法律事件が事実上、継受されたローマ法に従って裁判され得るであろうということを前提とした。そしてローマ法大全 Corpus iuris civilis は、この関係でそれから期待されていたことを正当化するよううにみえた。すなわち、その千年にわたって集められたばく大な素材の中に、人々がそこにはすでにすべてのものが含まれていると信じて、それが容易に理解できるほどに、この上なく豊富な法学的思考や刺戟が含まれていたのである。その

ような想定はもとも、当時なお数世紀にわたって時勢を支配していた、スコラ哲學的思考慣習の見解の中にあつたからなおさらのことである。

しかしそういう考え方は、疑いもなく明らかな自己欺瞞に基づいていた。なぜなら、ローマ法大全が規定していた諸関係は、中世末期および近代においてはもはや全く存在しなかつたからである。これに対して、中世末期や近代の諸関係については、ローマ法の中に何の規定も存在しなかつた。すなわち、現代の所有権はローマの *dominium* (所有権) ではないし、債務関係は *obligatio* (債務関係) でなく、持参金は *dos* (嫁資) でなく、それゆゑ *dominium*, *obligatio*, *dos* についてのローマ法の規定は、所有権、債務関係、持参金に直接には決して適用できないものであつた。継受されたローマ法の適用に際して、ローマ人たちが自身が法適用にあたつて従い、またわれわれが今日現代法のもとで遵守している諸原則によつて、行動したとすれば、すなわち、あらゆる法規範はそれがそのために適用される関係についてののみ妥当すべきであるということを守つたならば、ローマ法はほとんど適用されることはできなかったであらう。そこで、そもそもローマ法大全の中に裁判を見出だすために、ドイツや現代の制度

が單純に一定のローマの制度と同一視されたのである。その際通例は内容的同質性が、またしばしば皮相な相似性や名称の類似が決定的であつた。あるいはまた、一の統一的法制度が、しばしば全く恣意的に、いわば構成要素に、すなわちローマの法源においてそのための規定が見出だせると信じられた個々の法律関係に、分解された。ドイツの農民に対する土地貸借 *Bauernleihe* は小作地所有 *Colonat* と扱われ、家子 *Hauskinder* の財産 *Eigen* は奴隸や父權に服する息子の特有財産 *peculium* と扱われた。現代の契約にはしばしば直ちにローマの債務約束 *stipulatio* の法が適用され、手形の裏書は時には特別の種類の譲渡 *Cession* であり、また時には副次転付 *Subdelegation* 承諾付きの転付 *Delegation* であり、合名会社の中に人々は、組合員 *socii* 相互が業務執行者 *institores* となる組合 *societas* をみようとする。裁判を理由づけるために、それぞれまったく異なつた事柄にかかわる諸法源をもつてきて、それらを恣意的に組み合わせることも、稀ではない。このようにして法学上の類推が、構成が発生し、そしてついには、ある関係にそれとは全く別の種類の関係に関する法規を適用し、そのこと自体については安んじて無視することをわれわれに何をおいても教えたところの、今日ま

でなお模範として通用している法学的技法の全体が、発生したのである。

ドイツで普通法が現われたのは、最初イタリアで、ついでフランスおよびドイツにおいてローマ法に対してなされたこのような扱いに由来する。これはもちろん、ドイツで直接に適用される法であったが、しかしローマ法ではなかった。普通法は、本質的にはローマの法曹法であった。―それに対して、ローマの制定法は次第に、継受された一団からほとんど全く除かれてしまった。―このローマの法曹法がイタリア法学、またいくらかはオランダおよびフランスの法学を通り抜け、法学によりドイツの法生活の必要のために整理されてきたのである。

この意味ではわれわれは、法を適用することを学んで以来、法を発見することをもはや不可欠とはしなくなったという点に、継受の意味があるということができよう。ローマ法の中には考えることのできるあらゆる法律事件についての裁判が含まれていると想定するのは、たしかに間違っていた。われわれは今日、ローマ法はローマ帝国の国境の中でさえ、云い伝えられているようにはおおよそでも通用したものでないことを知っているが、現代の法生活もまたそのローマ法からは

ずれてしまっている。しかし、洗練された法学的技法は、一連の擬制と構成によってローマの法律書から、判決が必要とする法を導き出し、その結果自由な法発見を全く駆逐するすべを心得ていた。法体系には欠缺がないということは、法学的技法の仮象以外のものでは決してなかったのである。

II

現代の解釈法学は、あらゆる法規について先ず立法者の意図を探索しようとする傾向をもっていて、生活において法に事実上帰せられる意味が、その法の解釈よりも、それを適用する職責にある人にかかっているということを、十分に顧慮していない。同一の法規が、国によりもしくは時代によって全く別のものになりうるのであるが、その理由はまさに、さまざまな教養の、さまざまな人生観の、またさまざまな公的社会的地位の人が裁判をするところにある。このことは、解釈学者の目よりも、修練された法史家の目に、一そう生き生きと現われる。すなわち、いたるところで、パンデクテンからは法務官 *Prätor* や法学者 *prudentes* が、古代ドイツ法からは参審員 *Schöffen* が、同一のゲルマンの根から発生したコモンローとエクイティからは大法官 *Kanzler* や

最高裁判所判事が、かれに語りかけてくる。この意味では西欧諸国の現代法もまた、教育された公務員たる裁判官の法とみられなければならない。なぜなら、われわれが現代国家を法治国家というとき、そのいうところは本質的には官僚制国家を意味することを、忘れてはならないであろう。——もちろん、たしかに官僚制国家でない法治国家、また法治国家でない官僚制国家も可能ではあるが。

われわれはみな、すでに数世紀来全社会生活と政治生活を支配している、官僚制国家の子である。それゆえわれわれは誰しも、官僚制国家が産み出し育てている觀念や思考過程から免れるには、多大の努力を要しよう。しかし、本来の官僚的立場からは、法は国家のその官僚に対する命令以外のものではない。それは、法がその効果において事実上官吏群を越えて及ぶべきものではないというような趣旨ではなく、法は本来国家の規範に服する国民の挙動に指示を与えるためにあるというわけでないとの趣旨であつて、ただわれわれがこの認識に到達するには、かなりめんどうな方法によることになる。つまり国民が規範に従うのは、かれらが国家の官吏群によつてそう仕向けられる、もしくは、かれらが規範を犯そうとすればそう仕向けられるであらうからである。

司法を委ねられた国家の官吏という現代の裁判官のこのような立場から、そしてこのような裁判官に対する国家の命令という法の把握から、今日法律が法源の中で占めている、すべてを凌駕する意味が出てくる。なぜなら、他の法源におけるのとは全く異なり、国家は法律において直接その官吏に語りかけるのであり、あらゆる法の中に裁判官に対する国家の命令を求める者は、必然的に、あらゆる法規の中に多かれ少なかれ法律の規定を見つけるに至らざるを得ないであろうからである。

事実またこの土壌の上に、支配的法源論が立っている。なぜなら、教科書の序説において、慣習法が法律と等価値であると確言されることは、ほとんど問題にならないからである。この支配的学説をその言葉によつてでなく、その所業によつて判断する者は、直ちに、教科書や参考書、論文や判例が、まるで法律以外の法は全く存在しないかのごとき、当然同意できない前提から出発していることに気づくであろう。しかし、慣習法、慣習法の「発生」、慣習法の「要件」についての、伝統的なすべての学説もまた、つまり、法律は慣習法、慣習法と表向き同列に置かれている法源からの法の発展を禁じ、またはそれを加重された要件に結びつけることができる

のかというすべての問題もまた、官僚制国家の外で成長し、生きた慣習法が実際に機能しているのをみた者にとっては、容易に理解されないところであろう。慣習法の理論が、ほとんどすでにその今日の形式において、十七世紀と十八世紀のドイツの法曹によって確立されたとき、それはもっぱらつぎのことに役立つことが意図されていた。すなわち、その存在が当事者により主張され立証される必要のあった、常に横眼でみられてきたドイツ法上の慣習の妥当性についての基準を、官吏である裁判官に提供することが、それであった。今日の理論は確かにそれはや時代に合わないし、科学的な再検討によってもかくこの説は終末を迎えるであろう。

法律がわれわれにとって法の代表的な形式であるということは、官僚制国家のもっとも中核的な特質の表現である。しかし同様に、官僚制国家の法の内容もまた、官僚制国家の性質によって規定されるのである。その内容から判断すれば、この法は裁判規範である。すなわちそれは官吏に、付託された事件においてかれらがどのようにふるまわなければならないか、とくにかれらが訴訟事件をどう裁判すべきかを指示することにもつぱら、あるいはほとんどもっぱら役立つものとされる。もちろんこれは非常に一面的な把握である。なぜな

ら、裁判規範はなるほど法曹をしなくても関心をもたせる法規範ではあるが、唯一の法形式でも最重要な法形式でもないからである。法は訴訟事件の裁判のためとは全く別の目的のためにも存在する。法は事実社会組織の基礎であり、シェフルの今日ではいささか流行おくれとなった言葉で云えば、社会という肉体の骨格である。なるほど大いの場合、社会制度の組織からそれが原因となっている訴訟事件を裁判する基準となるべき規範もまた生じる。しかしそのような裁判規範を提供することは明らかに、このような社会制度のもつ副次的、二次的な機能にすぎない。社団の定款も、場合によっては訴訟事件の裁判のために有用な基礎を提示することができる。しかしそれはまず第一に、社団を組織するために存在するのである。オーストリア民法が、夫は家族の首長であると定めるとき、それは今日存立する家族組織を全く正当に記述したものであるが、それによって何ら裁判規範を与えるものでなく、おそらくまた与えようとするものでもない。われわれは、ローマにおいて、きわめて多様な給付が債務関係 obligatio の対象となり得たにもかかわらず、判決の宣言するところは古典訴訟 klassischer Prozess では常に金額の支払いであったことを知っている。つまり裁判規範は、一

方が有責であつたならば他方は給付されるべきであつた *alind erat in obligatione alind in solutione* という關係の法的構成に、そのものではなかつたのである。エックはそのよく知られた論文のなかで、ローマにおける売買は、ローマ法の裁判規範が保持を許されていること *habere licere* による責任のみを規定していたのにもかかわらず、ちょうど今日と同じように所有権移転契約であつたと述べている。裁判規範と構成形式との間の分裂は、自然債務において一ばんはつきり現われる。すなわち自然債務は、事実上成立している債務であるが、その成立から、債務者に支払いを命じる判決を導くような裁判規範を引き出すことのできないものである。

われわれが、比較的古い自由主義者の政治家の流儀にならつて、国家の法は裁判規範だけを含むのであつて、国家はその法によって直接組織的に社会に介入はできないと考えるなら、それはたぶん大きな誤りであろう。今日の農業制度の大半は直接国家の活動によって成立したものだし、現代の社会政策的立法はすでに強力な組織を作り出している。しかしなによりも国家は、その軍隊、政府、行政機関において、自身を組織化している。だがそれにもかかわらず、国家の法の大部分は疑いもなく裁判規範をその本質とする。——一般的

には、国家はその官吏に命令を発すること以外はできないし、官吏は、職權でなすべき場合でさえも、通常は求められるときにのみ介入することができるだけである。しかし裁判規範を通じて生活を規定しようという試みが、効果的に作用することは明らかに稀であり、一般にこの手段はそのためにはあまりにも微力である。訴訟が時々以前とちがつて裁判される場合でも、人は相変らずいつものやり方に従うのである。もしこの瞬間に、すべての家庭事件においては父ではなく母に決定権があると規定する法律が成立したとしても、この法律は多分、家庭事件における比較的稀な裁判所の裁判にとって意味をもつだけであつて、家族という社会組織はそれによっては多分全く変らないであろう。この場合、そのような取るに足りない手段をもつて所有権、契約、家族、相続権のような社会生活の大きな基礎が形成されたと、もしくはそのような基礎がその發展上本質的にこのような手段に依存していると主張する者がいるとすれば、かれは明らかな事実に対して争っていることになる。

しかし裁判規範のなかでも、国家に起源を有するものは極めて少ないのである。あらゆる国家の権利保護は損害賠償と結びついているが、それは古代においては権利侵害の際に私

力と自力救済によって主張されたものである。それに代わって裁判官による裁判が登場しても、そのために何ら特別の裁判規範が存在したわけではなく、それはやはり社会組織の本質そのものから生じるのである。つまり原始的な占有関係から直接発展した所有権の本質から、古代の社会において非常に大きな意味をもつ共同体（種族、家族、入会団体、手工業団体）の本質から、さらには、そのほとんどがあらゆる権利保護よりも古い原始的取引形式である最古の契約の内容とならわしから、裁判規範が生じる。裁判は口から口へと云い伝えられ、記録され、集められ、注釈を付され、一般化され、ついには法典化される。こうして固有の法曹法、すなわち極めて様々な形式において世界のすべての民族の青春期に固有の法曹法が、成立する。そしてそれが、本質的には変ることなく古典ローマの法曹の著述やユスティニアヌスの偉大な編纂物において云い現わされている古代ローマの市民法 *ius civile* と同様、法学であると同時に法規でもあった。それ故裁判が法規に基づくのではなく、法規が裁判からひき出されるのである。裁判が基礎とする法は、現存の法 *ius quod est* である。なお生きた法曹法の作用するのをみていたパウルスは、かれの見聞したところから教えられたものを総括して、

つぎのような有名な戒め *Warnung* となしている。すなわち、法規から法が引き出されてはならず、あるがままの法から法規が形成されなければならない *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*。裁判は法規より古く、法曹法は国家法より古くまた比較にならないほど豊かである。

ともあれわれわれはこの法曹法を、通説とともに慣習法と呼んでもいいであろう。ただ忘れてならないのは、このような表現をもって非常に様々な事柄が言い表わされているということである。取引法の法曹法はほとんどもっぱら取引慣習である。損害賠償と訴訟の法曹法は、私力と自力救済のしただいしの緩和から出てきている。とくに争いを裁判官に付託する慣行が拘束力を与えられて以来、そうである。たとえば市町村や入会地などの場所的なもの、種族や家族のような社会的なものなど、原始共同体の法曹法は、それとともにこれらすべての共同体が現われ、その消滅とともにこれらもまたふみ止まることなく消滅するところの、人類の原始的な社会的傾向に、基づいている。相続法がほとんどもっぱらその起源を負っているのも、この社会的傾向である。占有関係から発展した法曹法の中に、事実上の社会的力関係が凝固した

表出として現われる。賦役農夫 *Fronbauer* は上位所有権者 *Oberigentümer* にどういふ給付をなすべきか、封土授領者 *Belehenen* の死後土地は封土授与者 *Belehner* に戻るのかそれとも実子相続人 *Leibeserben* に残るのかも、この力関係にかかっている。

法曹法は社会制度を造り出すことはできなかったが、それに確かな限定と概念規定を与えることができたことは、明らかである。とくに法曹法が、ローマ人のものでのように、予防法学 *kaufarjurisprudenz* の助けをかりて生活に直接作用した場合にそうである。法曹がたとえば用益所有権 *Nutzungs Eigentum* という法律制度を産み出すことができたとは、誰も信じていないであらう。しかしローマにおいてこの目的のために用益権設定 *Niesbrauchbestellung* という形式が使われたのは、かれらの仕事だったし、去年の果実がどのよう to 所有者と用益権者の間に分配されるべきかを見出だすこともまた、かれらの課題であった。ここではいたるところで、法曹法の裁判規範が、すでに法曹の眼の前に存在する社会制度や社会事象の本質から引き出された。ちょうど予防法学が、取引がすでに熟させた求めに対応して、いわばその望むところを言葉にしているようにである。

おそらくわれわれの眼前で起こっている同じような発展を指摘することが、許されるであらう。時の経過とともに、今日私人間の紛争が国家の裁判権に服するのと同じ意味で、国家相互間の紛争がそれに服するであらう裁判権と司法が発生しうるであらうことが、全く排斥されているわけではない。

この判決例の基礎には実体法がおかれなければならないであろうが、その規範は何よりもまず、国家という結合体の本質と従来の国際法上の取引慣行から生じる法曹法以外のものではなくあり得ないであらう。ツィテルマンはその著国際私法において、国際法上の紛争の裁判にも役立ち得るであらう規範の多くが、すでに領土主権と個人主権の原則から導き出されうることを明らかにした。現代の法曹にとって十分想像できるこのような経過は、すでにかつて、自力救済が法的救済にとって代わられ、法的救済の基礎に判決されるべき関係の本質と従来の取引慣行から生じる法曹法がおかれたときに、生じたことの反映にすぎない。しかし誰かが、国家はその発生と存立を国際法の法廷によりこの法曹法に基づいて与えられる保護に負うていると主張しようとするとき、かれはちょうど今日所有権、家族、契約もしくは相統法がとにかく国家の裁判規範に基づき国家によりそれらに与えられる保護に基づい

ていると考える者と同じくらい、真実に近いといえよう。

それ故にまた、すでに確定している裁判規範が、社会の発展のあらゆる動向によって絶えず新たに定められるのも必然的である。このことは継受されたローマ法において、もっとも尖鋭に現われる。なぜなら継受されたのは明らかにローマの法律関係ではなく、単にローマの裁判規範のみであり、しかもすでに強調されてきたようにそのほとんどがもっぱら法曹法の裁判規範であったからである。そしてわれわれはいまや、ローマの裁判規範はそれが適用される現代のその地国有的法律関係によって全く新たな内容を得ているという独自の結論に直面している。

表面的にみればわれわれは、債務関係のローマ法をほとんど完全に継受したと信じていることができるかもしれない。けれどもローマの債務関係 *obligatio* にあつては、債権者と債務者は単独の個人ではなくて、その者だけが行為する家父 *pater familias* によって法的に代表される人の集団であつた。⁽¹⁾今日の債務関係は人の集団の関係ではなく、個人の関係を意味するに過ぎないから、これは明らかに徹底した一つの対立関係であり、またすべての合意は、それゆえ個々の消滅するのである。婚姻はほとんどわれわれの見ている前で、

夫の妻に対する支配関係から二人の等価値の、同一権利を与えられた個人の結合となり、父権と後見は利益的な私権から公的な職務となる。この種の改変は、測りしれない広がりをもって、成文法において一行の変更をも必要とせず、関係する法律関係の裁判官による判断や社会的な判定におそらく絶えず影響を及ぼしている。それゆえ十八世紀の前半ないしは十九世紀の始めの三分の一のころには多分まだ誰もが不快に思わなかったであろう非常に多くのことが、今日では夫のひどい侮辱と思われ、被後見人に対する背信行為とみなされる。きわめてはげしくかつ止まるところのない法の変革が、社会制度の中で自然に行なわれ、法曹法の裁判規範を根本的に改革し、しかも時にはこのことが関係人あるいは法曹自身にさえ、意識にも上らないことがある。

国家に由来する制定法は法曹法とは本質的に異なっている。法律は慣習法や法曹法よりもはるかに若く、多分どこでもかなり遅れて出現している。古代では法律はローマ人とアテネの人々の許でのみ、定着していたように思われる。もっともその他のギリシアの国々でも、ともかく法律へのかなりの手がかりは存在した。しかし中世初期もまた、手がかりや過渡期を超えることは困難であつた。行政上の命令や、戦争と

平和もしくは建造物についての指令は、それらが大衆集会によつて決議される場合でもまた、自明のように法律ではない。ハムラビ（一）、モーゼ、マス、ゾロアスター、いわゆるミノスやリキュルゴスの「法律」、王の法律 *leges regiae*、十二表法、蛮民法 *leges barbarorum*、マホメットのコーラン *Alkoran* などば、あるいは私的な、あるいは神官または国家の權威の下に成立した、記録と編集であり、時には、宗教儀式上の、道徳上の、宗教的なまた慣習法上の規範の、かなり独自の、著しく変更を加えられた、編集でさえある。後にこれに加えて、非とされるべきまたは時代遅れとなった慣習法を廃止もしくは変更する政令が現われる。この政令はすでに、非常に法律に近いものである。しかし実質的な意味での本来の法律、一般国民が将来どのような挙動をとるべきかという、抽象的な、国民に向けられた規範というものは、すでに、国家の使命についての非常に進んだ考え方、法律を実施する能力とその用意のある国家機関、および国民の大多数における法律の目的についてのいくらかの理解を、前提とすること東洋の専制君主は、一寸した眼くばせで都市を破壊することができようが、どういう形式で契約を締結すべきかを臣下に指示することはできないのである。

裁判官の法律に対する関係は、かれの法曹法に対する関係とは全く異なることは明らかである。法律はかれに命令を下すが、法曹法はかれに教示する。法曹法はその力を、それが諸関係の正しい判断に基づいているという事実から汲みとるが、法律はその力を国家の支配権から得る。裁判官は命令をかれに対して権限のある立法権力から受け取るが、かれは教示を、自分がそれを見つけたところで汲みとる。イギリスの裁判官はアメリカの判決をそのまま引用しているし、アメリカの裁判官はイギリスの判決についてそうである。——これに対して外国の法律を引用することはすべて、初めから排斥されるであろうことは自明の理である。⁽²⁾ 右と同じような役目をローマの法曹法はいたるところで、たとえばスコットランド、一部はオランダおよびフランス、さらには教育された裁判官職の成立にいたるまでのドイツにおけるように、それが書かれた理性 *raison écrite* としてはあるが妥当したところで、果してきた。しかし現代の職業裁判官は、すでに述べたように、その地位とその完璧な法学的教育の故に、命令以外の何かを法規範の中に見つけるという心理的適性を全く失なってしまった。それ故教育された国家の裁判官職の成立は、法曹法に本質的に制定法の性質を与え、もともとと教示であつたも

のが命令にまで高められるという結果をもたらしたのである。法曹法の法制化は、現代の私法典にその結末を見出だした。これらの法典は、ローマ法大全 *Corpus juris* のように、大部分法曹法の法典化であるが、しかしその中には本来の法律の規定もまた見出だされる。外面的にはここでは法曹法は全く法律に同化され、そしてこの事実はずでに国民の法意識と法曹階級の思考過程に非常に深く浸透していたので、外面的な同一視の奥に内面的な対立があることを見損なわない者でさえも、そのような事実を考慮に入れざるを得ないであろう。法曹法は、条文として表現され議会により決議される場合にも、やはり依然として法曹法であり、法源としての異なった性質はどのような機会にでも表面下で作用を及ぼし続けるであらう。しかし同時に、このような内面的対立にもかかわらず、それに対応した外面的な承認が欠けていることもまた、常に明らかになるであろう。普通法の擬制や構成でさえそれがまるで法律であるかのように通用している。ドイツにローマの意味での地役権が今までにあったかどうかは、たしかに極めて疑わしい。しかし、普通法によりローマの地役権と同一視された法律関係には、ローマのそれからとり出されたすべての一般地役権法が適用されざるを得なかったのは明らか

であるし、これらの法律関係は、その実体法が認諾訴権 *actio confessoria* のそれであった訴えをもって主張されなければならなかった。

慣習法の事実上の排除と法曹法の法制化にその結末を見出だしたこの全過程は、現代法に表面的には硬直した不動性を与え、立法による以外のあらゆる発展を一見不可能にした。

このような形態は支配的学説の精神にも符合するもので、それどころか時折そっけなく要求されることさえある。しかしそれにもかかわらず、そのような姿は現実よりもむしろ仮象であつたとすれば、その理由は明らかに立法者の意図にあるのではなくて、すべての事実と同じく仮借なくその当然の権利を要求する幾つかの事実にある。法適用のどんな理論も、確定された法規のあらゆる体系はその性質上欠缺があること、それはもともとそれが確定されたその瞬間にすでに時代遅れになっていること、それ故それは現在さえほとんど、まして将来など決して規制することができないことを、無視できないであろう。どんな理論も、法適用の対象となる社会制度が絶え間なく発展しつつあり、確立された裁判規範は刻一刻と新しい内容で充たされることを、妨げることはできないであろう。しかしまた、法適用の任にある人、その国民と時代の

子孫は、かれらの精神でもあるその国民とその時代の精神において法を適用するのであって、過去数世紀の精神において「立法者の意図」に基づいて、法を適用するものではないであらうということも、決して無視されることはできないであろう。この種の事実と直面すれば、もっとも強固に組み立てられた理論も挫折し、もっとも強力な立法者の力も瓦解するのである。

- (1) この、人の集団には、単に家族仲間だけでなく、奴隷や、より古い時代には権利能力および行為能力のある解放奴隷も含まれる。下記参照、キケロ、クインティリアヌスへの手紙、I. 1. 13. (先祖は、) 奴隷とそれほど変わりなく、解放奴隷を意のままにした。Cic. Epist. ad Quint. I. 1, 13: *libertis, quibus illi (maiores) non multo secus ac servis imperabant.*
- (2) これが行なわれる場合—スイスの裁判所はたとえばしばしばドイツ法を引用する—には、法律は明らかに法律としてではなく書かれた理性 *raison écrite* として、たとえば著述家の意見のよう引用される。

III

法曹法が一定の範囲に達したとき、現行法の法典化は不可避であり、それは、否定し去ることのできない不都合に比べて、圧倒的に好ましい結果をもつであらう。それはいわば、

自由な法発見と自由法学 中務・堤

すべての従来の法発展の総決算であると同時に、時とともに最良のものも正しい道を見つけることができない雑然とした法曹法に、いかほどかの秩序と見通しをもたらすものである。この法典化はなるほど、ドイツ、オランダ、フランスおよびイタリアが著述的にも一つの法領域を形成していた普通法の最盛期のころには疑いもなく存在した、科学的研究の国際的交流を引き裂くものであるが—サヴィニーの体系 *System* はなお国家的障壁に拘束されない普通法学という考えに基づいている—、しかしそれは同時に、国家的法発展と法学のために堅固で統一的な基礎を創り出しており、これらがおそらくまた時とともに国家的障壁を打ち破り、比較法的基礎に立った一般的法学へと、少なくともイギリスの分析学派（オースチン—ホランド派）の意味において改変されるのである。しかしすでに普通法に対しては、つぎのような問題が提出されていたであらう。すなわち普通法により規律されていない、とくに継受後に発生した法制度と法律問題に対する規制をローマ法大全に求めること、普通法のそれにならったものであらう擬制と構成をもって法の適用を行なうこと、そして自由な法発見を原則的に斥けることが、要求され許されるものであるか？ この問題は二重の重みをもって、今やわれわ

れにせまってくる。なぜなら普通法はいたるところで現代の法典によってとって代わられているからである。これらの法典の許でもやはり、あらゆる自由な法発見が断念されなければならぬのであろうか？ 生活を擬制と構成をもつて制しなければならぬということが、すべての将来においてわれわれの宿命としなければならぬのであろうか？

法律はどんな事情の許でも、社会に対する国家の要求である。つまりそれは自由な社会発展を国家目的に服させようとする。法律が社会発展に及ぼす強制は、それ故常に、それがより高次の国家目的のため不可避的に必要であるということによって、正当化される必要がある。それ故ともかく、法曹法の法制化は、そうなることに時には国家が何らの利益をも有しないときでも、無数の方向に向かって生活に国家意思を押しつけるという理由からすでに悪ではないのかと、正当にも問うことができるであらう。しかしここで問題なのは、法律による拘束ではなくて、それについて何らの規定も置かれていない事例に一定の法律を適用できるものとしようとする、法学的技法による拘束である。

確かなことは、技術的な法発見による方が、自由なそれによるよりもいくらかはよりよいもしくはより適正な裁判にな

るなどとは、決して期待されてはならないことである。一般に、考えることのできるあらゆる事件のために抽象的で普遍的な規範を定立することよりも、特定の事件を正しく裁判することの方が、ともかくずっと容易である。すなわちある規則が、その定立の際には全く考えられていなかった事件にもまた、常にもっとも適正な裁判を与えるであらうなどとは、おそらく本気では主張され得ない。事実技術的法発見によってもまた、この種の目的な求められているのではなくて、全く別の目的が求められている。すなわち技術的法発見の意図するところは、必ずしも常に遍正というのではないけれども、とにかく確実で予見可能な法を創り出し、それによって法の恣意的な偏ばな取り扱いに對し一定の保護を与えることである。人びとは、裁判官をできるだけその全身を拘束して予定された規範に引き渡すことによって、右のことに到達しようとして望んでいるのである。

法学的技法を背後にもつ争う余地のない支配の四世紀が一つの判断を許すとすれば、右の目的はかつて到達されもしなかったし、およそ到達できないものである。技術的法発見の諸国では、ローマ人の市民法 *ius civile*、イギリス人やアメリカ人の普通法 *common law* によるよりも、裁判がいさ

かもより確実で、裁判官の恣意がより制限されるというものでもない。立法者の意思の探求を本質とするもつとも通常の法律解釈がすでに多くの疑いへのきっかけを与えるものであり、実際、法を曲げようとしたときに紙の上での柵に突き当るであろう者は不器用な男であるに違いないであろう。まったくのところ、類推や構成が法的安定性の基礎としてまた、中立の司法の保証として果したことを、われわれはたぶん事態の何らの損失なくして放棄することができであろう。もし支配的学説をまじめに扱おうとするならば、当事者の要求は、それが原告の要求（請求の認容を求める）として、被告の要求（抗弁の認容を求める）として、訴訟上の要求としてあるいは訴訟事件外の手続における要求として現われるを問わず、もしそれを認容することを裁判官に指示する法の規定がないときは、ともかくすべて斥けられるべきであると、必然的に決定されることになるであろう。よく知られているが、あまり信頼できないガイウスの報告 *Gaiusische Beichte* によれば、法律訴訟 *Legisactionenprozess* 時代のローマにおいてはそうであったとされる。つまり法律 *lex* に基礎をおかないあらゆる要求 *actio* は排斥されるべきだというのである。現代の立法のうちでこの立場に立つものはない。それらはと

もかくすべて類推と法学的構成を許している。それによれば、類似した要求は確立された法によって認容されなければならないであろうこと、そればかりか、要求の基礎にある請求権もまた現行法によってのみ構成されうることだけで、十分である。支配的学説は次のような理由で、立法者が明らかに全く思い及ばなかった事件への法律の適用を是認する。すなわち、立法者がもしその事件を念頭においたなら、かれが類似の事件を、もしくはその構成のために基礎として役立った事件を裁判したように、その事件を裁判したであろうというのがそれである。しかしあらゆる類推およびあらゆる構成の中には、グスタフ リューメリンの表現によれば一つの価値判断が存在し、そこには類推と構成を助けとして妥当な結果に到達するとの主張が存在する。このことはまた疑いもなく正当である。さもなければ、立法者がその事件に思いを馳せたならそれを同じように裁判したであろうなどは、容易には云い難いであろうからである。しかし真実そういう事情であるならば、技術的法発見もまた非常に多くを裁判官の裁量に委ねており、したがってそれは自由な法発見に対してほとんど何の長所も示していないことになる。

そして裁判官の裁判の予見可能性はどうか？ それは技術

的法発見の際には一体いつ存在するのか？ それはおそらく、法発見がおよそ問題となり得ないほど明白で確定的な法が存在するわずかの事件においてだけであろう。しかしこの種の事件においては、自由な法発見は何ものをも変更しないであろう。それはまさに、明白な規定が現行法に含まれていないときにのみ、行なわれるべきだとされるからである。伝統に結びつけられてはいるもののそれを超えて自由な法発見の方が、技術的なそれよりも法的安定性をよりよく保証するものであると、正当にも主張してよい。今日でも法曹は、確定した判例を示すことのできる場合の方が、他の達者な解釈家によっていつでもひっくり返されることのできる法律の解釈を示すよりも一そう安心だと思っている。

しかし私があえて、技術的法発見をまさに聖なる靈に対する罪と呼ぶとすれば、その理由は、単により確実なそしてより公正なだけでなく大きい理念によって支配されている判決例の唯一の眞の基礎を、技術的法発見がわれわれの眼から隠してきていることにある。裁判官の人格の中に、司法の保証は存在しない。ただ司法の重点が人為的に立法へと移されたことによって、一人の人間に託し得る最高の課題は、その解決の任を負わされた者において、通常の並のサイズをはる

かに超えた精神的道徳的な偉大さを前提とするという、ありのままの眞実をわれわれの認識から永く遠ざけることを可能にしたのである。それゆえ、いくつかの試験といく度かの實際の使用の際にある程度条文の勝手がわかる能力を証明した者でも、すべてがこの課題に必ずしも耐えられるものでないことを、われわれは見誤ることがあり得たのである。誤った措置もその論理をもつ。法的安定性と裁判官の公平さの番人としての条文は、番人がその任を果していることを見張るべき番人を必要とした。その結果が審級制度となり、個性を相互に離反させあるいは集団の中に消滅させる悲しむべき合議制の原則となった。こうしてヨーロッパ大陸の現代の非個人的裁判所が発生した。これはローマ人やイギリス人の裁判所と根本的に異なっており、後者では法曹の使命はいささかもかれを苦しめるものではなく、その任を負わされることを国民の第一級の男子たちが最大の榮譽と自認しているのである。⁽¹⁾われわれの許で今日法学的能力の最高の精華として賛美されている不毛の明敏さに対し、ローマ人が法学についてもっている高次の觀念を、誰が理解できようか？ それがかれらには、人生知として、また神および人間に関する知識として *als vera philosophia, als divinarum atque humanarum*

rerum notitia 妥当し得たことを、誰が理解するであろうか？

実際どんな強行法規も、現代の裁判官をこのような地位におし下げはしなかった。なるほど法学的技法は法適用の支配的な科学的方法ではあるが、それはあらゆる科学的趨勢と同じくつねによりよい認識に道を譲る運命にある。もともと科学自体の中にすでに十七世紀において、強力な反動を認めることができる。十八世紀全体を支配し真実決して消滅してはいない大きな自然法運動は、部分的にはそういうものとしてのみ理解できる。すなわち、自由な法発見の古典的な国であるイギリスでは、自然法においては本来何が問題なのか、正当に理解され得ないのである。⁽²⁾ 自然法学者が全く真剣に問うたことは、自然法と国家の法（国法 Staatsrecht）が衝突する場合において、いずれかが優先するののかということであり、裁判官が法律により見捨てられた場合に自然法に従って裁判しなければならぬかについてその疑いを抱いたのである。なるほど自然法はそのようなものとしては人心に対する力を失なってしまった。しかしその種子は芽ばえてきている。すなわち、ドイツ法学は多くの方向に向って、無意識ながら自然法の価

自由な法発見と自由法学 中務・堤

値ある内容の荷い手である。とくに非拘束的法律内容説が、これに属する。法律は、その解決が科学の任務である問題については何ものをも規定することはできないという命題によって、疑いもなくかなりの法曹法が自由な法発見のために奪回されたのである。非拘束的な法律内容とはとくに、多くの人によって承認されているように、法源論と法適用の技法についての規定である。それ故双方の理論とも、自由な科学的論議に委ねられなければならない。法律上の概念規定もまた、少なくとも私法においては、支配的学説によれば何ら科学に義務づけをするものではない。

同様に立法は、自由な法発見に反対するものではない。今日なお問題にされる三つの大法典、オーストリア一般民法典、フランス民法典 Code civil、ドイツ帝国民法典のうちで、最初のもののみが、類推に関する明瞭な規定をもっている。フランス民法典は有名な第四条において、つぎのように定めるにすぎない。法律の沈黙、曖昧さ、不十分を口実に、裁判することを拒む裁判官は、裁判拒絶の犯罪者として訴追され得ると。ジェニーは、この条文の発生史の非常に詳しい叙述の中で、つぎのように述べている。⁽³⁾ われわれの現行法の効力ある規定の中で、あるいは承認された伝統の覆いの下でわれわ

れにまで伝えられた実証的な概念の中で、つぎの立場を正当とするものはほとんどない。すなわち、われわれの法律の法典化はその結果として、私法の秩序の中にこれらの法律自体の絶対的至上性を認め、純粹に立法的な行為の不可避免的な欠陥、緩慢さ、その柔軟さと彫塑性の欠如を補うことを目的とする、解釈のすべての独自の発展を、法律の絶対的至上性を理由に無用で余計なものとして斥けるという立場である。しかしオーストリア一般民法典もまた、ある法律事件が法律の類推適用の際でさえ決しかねたままに残るであろう事例のために、「自然の法原則」を、したがって今日一般に認められているように自然法を指示している。この「自然の法原則」は、年の経過とともに憂慮すべきほどにわれわれの文献や判例から失なわれてきた。けれどもこの法則によって、プファッフやホフマンが云うように、裁判官には、審議の際の立法活動との類似性が明白に強調された、もつとも自由な、一般にまだ適法な活動が許されてはいたのである。法律がそれに言及している場合にのみ慣習法の顧慮を許しているドイツ民法第十条aや、「個々の場合に発せられる処分」や特殊な訴訟事件において法廷により下される判決に「法律としての効力」を否認し他の事件や他の人にその既判力を拡張すること

を禁じている第十五条は、これに属さない。この法則によっても自由な法発見は否定されていないが、自由に発見された法曹法に基づいた新たな慣習法の発生は排除されているであろう。われわれは十分これを受け入れることができよう。つまりここに述べられている立場からさえ、法曹法の拘束性と慣習法のそれとの間には、非常に大きい相違があるということである。オーストリアの民法典がなるほど自由な法発見を許しているが慣習法を排除しているならば、そのことはただつぎのことを意味しうるにすぎない。すなわち、裁判官はなるほど法をそのたびに自由に発見しなければならないこと、しかしながら確定した判決例でさえそのようにして自由に発見された法から裁判官を義務づける慣習法を生み出すことのできるものではないということである。

ドイツ帝国民法典によれば事態はどうであるかは、疑念の余地はない。草案の第一読会では「それについて法律が規定をもたない」関係につき、周知のように第一条において、類推による裁判を、そしてそれが機能しないときには法秩序の精神から生じる諸原則による裁判を指定した。この規定は第二読会の草案では削除された。この削除の目的とするところは、ともかく、もし法の規定において欠缺が明らかとなったとき

にどう処理するかという問題においては、裁判官と科学を拘束しないということだけであり得た。第二読会の編者たちが欠缺の補填をどのように考えたかは、全然問題ではない。法律がそれについて何も規定せず、何も規定しようとしないうで、科学的論議に道をひらいているという事実で、十分である。

まさにここに述べられている説の立場に立っているのが、スイス民法典の予備草案であり、これは現代のもっともすぐれた、もっとも特色のある法典化の業績の一つであろう。第一条によれば、裁判官は何よりもまず民法の文言と解釈により、つぎには慣習法により、そして慣習法のないときは信頼のおける学説としきたりにより、裁判しなければならぬとされている。これらの法源がすべて機能しないときには、かれが立法者であつたなら定立するであろう規準にしたがつて、裁判官はその判決を宣言しなければならない。

本条に対する注釈からつぎの部分を用いることが許されるであろう。「そして司法の歩みの中ではこのことは、現実にも常に行なわれている。ただ例外的に、比較的最近まで、裁判官は常にそしてすべての事件において、制定された法を、その文言によることができないときはその意味と精神によつて適用するものとするとの錯覚から出発しなければならぬ

と信じられていたのである。しかしこのような前提は数多くの事件において決してあてはまらないものである。もちろん草案に規定されたような自然な関係の承認に対しては、そういうやり方では裁判官が自立しすぎるようになるとの異論が唱えられよう。そしてそれはたしかに正当である。すなわち裁判官は、今日きわめて疑わしい解釈技術をもつても何もかも法律から導き出すことを要求される場合に較べて、一そう自由であろう。しかし右のような芸当が要求されない場合の方が、かれは一そうふさわしくその職務を果すのである。かれは、制定された法は解釈では満たすことのできない欠缺をもつことを、承認することが許されるべきである。そしてかれがこのことを確認したとき、かれはその判決を法律の無欠缺性ではなくて、たぶん法秩序の無欠缺性に基づいて宣言するのであるが、その際、すべての他の法秩序との関連において立法者であつたなら正当と考えるであろう法規を前提とするのである。」

このようなすぐれた言葉は、自由な法発見に際して裁判官に課せられる使命を余すところなく云い表わしている。強調されるべきなのは、「現実にも常にそう行なわれている」という記述である。これはもちろんスイス司法の特殊性と関係

がある。スイスの司法では、ローマ法の継受と裁判官職の官僚化が決して完全には浸透しなかった。しかし他の場所でもそれと違ったことが行なわれているわけではない。その際判決例は独得なやり方で、その不確かなときはもちろん自由な法発見にやむなく門戸を開くことになるであろう、法律の精神からの類推や裁判に、大へん不本意ながら拠っている。それはあたかも、まるで判決例自体がなれない自由をおそれているかのようなものである。すなわち判決例はきわめてしばしば、科学や立法が採用してきたある種の不明瞭で曖昧な概念を、自由な法発見への機会を提供するために、時にはその明白な目的をもって、また時にはおそらく無意識で利用しているのである。判決例においては、「条理」、「黙示の意思表示」、「信義誠実の原則」、「取引慣習」が、そのような機能を果している。

パリの破毀院ほど、技術的法発見の領域で多くの自由を獲得できたものは他にない。われわれは、現代のもっとも実りのある法学的思考のいくつかを、この状況に負っている。とりわけ、不慮の事故と第三者の責めによる損害賠償責任、不正競争の抑制、著作権の形成、私保険契約法がそうである。パリ破毀院の実務は、フランスの立法しか知らない者はフラ

ンスで実際に行なわれている法についてはおよそ何の観念ももっていないと主張することが許されるほどに、フランスの私法に豊かな新しい考えを持ち込み、法律に立法者の意図からはしばしば非常に離れた表現を与えたのである。ドイツではかつてのハンザ同盟のリュベック上級控訴裁判所、ニュルンベルクの商事控訴裁判所、続いてライヒ上級商事裁判所とライヒ最高裁判所が、少なくとも、以前から判決例にいくらかの活動の自由が認められてきた商法の領域では、ドイツの裁判所もまた人びとがそれを許すならば大きい飛躍と創造的な考えの能力をもっていることを、証明した。オーストリアの最上級裁判所は、非常に小心に法律の文言に固執するのがつねであるが、ほとんど事態の利益になっていない。その判決例の他のすべての争う余地のない長所にもかかわらず、文言の解釈を優先させる司法は決してそれ自身では安定性という利点を持たないことが明らかにされている。言葉は思想のきわめて不完全な道具であり、言葉によって物事を支配することには、まだ誰も成功していない。

司法が、技術的法発見を強いるすべての勢力にもかかわらず、どのようにしてそんなにもしばしばそのかせを振りはらうことができたのであろうか？ 法はことさら硬直したドグ

マというのではなくて、生きている力である。法律が公布されたということだけでは、まだそれが通用するということにはならず、また立法者がそのときもっていた意図から、それがどう通用するか結論が出てくるわけでもない。私法法典は、すでに述べたように、一部は本来の法律から、一部は法典化された法曹法から成り立っている。しかしすべての外面的な同一視によつたのでは、充たされた条件の遡及効についての規定に暴利契約の禁止と同じ効力を与えることは、やはりうまくゆかないであろう。法曹法はまさに、国家はこのような意味ではその規律の内容に関心をもちたないというすでにその理由で、常に命令よりもむしろ教示であり書かれた理性 *raison écrite* である。しかし本来の法律もまた、その内面的な力によつてのみ作用する。―それゆえそれは、「情況からの抵抗」を克服できないときには衰微し、誤つて適用され、忘れ去られるのである。司法は、法律がまっすぐな道をふさぐとき、時々回り道をしてでもありのままの正義に到達するという認識は、司法をそのような回り道に強制することが立法の使命としては通用し得ないとしても、たしかに慰めとなるものをもっている。

(1) イギリスの裁判官の地位は、ローマでは応答法曹に対応する

自由な法発見と自由法学 中務・堤

ものであることを忘れてはならない。もちろんイギリスでも、一部は異なった特色をもっているが、審級制度と合議制が現われている。

(2) Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 331; Bryce, *Studies in history and jurisprudence* II, p. 177—Holland, *Elements of jurisprudence*, 8. Aufl. p. VII はドイツ自然法を土台のなす法学 *jurisprudence in the air* と呼んでいる。

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

IV

自分の裁判の基礎を常に法律に置くことをその義務と考える現代の法曹には、つぎのような疑問が湧いてくるにちがいない。判決例から法律の基礎が奪われようとするとき、一体何が判決例の基礎として役立つべきか？ それに対して、いつの時代にも条文に結びつかない正義というようなものがあったと単純に答えるよう、誘われるかもしれない。しかしこの正義は、決して無前提のものではない。ここで問題になる正義は、すでに初めに大いに力説したように、法学的伝承の中に含まれている諸前提と結びついている。あらゆる自由な法発見は伝承から出発し、シュタムラーの「正法」に到達し

(七二) 二七七

ようと努める。これはまさに、裁判官によって常にとられてきた、裁判官という地位に特有のことである。つまり、裁判官の口を通じて語られるのは、かれの個人的見解でなくて、法であるということである。しかし「法」は何よりも、過去の法的例証、すなわち法律、判決例、学説の中に含まれている。かつていかなるローマの法曹も、絶対的な必然性によって命じられたよりもより大きく、在来の諸規則からそれはしなかったし、ブラックストンがイギリスのコモンローについて述べているかれの注釈書の有名な箇所では、イギリスの裁判官は法の規則 *rules of law* の発見者としてではなく、もっぱらその告知者としてたえられている。自由な法発見は、あらゆる自由と同様に保守的である。なぜなら自由は自身の責任を意味し、束縛は責任を他に転嫁することだからである。

絶対不易の正義というものはない。あらゆる正義は、制定法のように、歴史的發展の結果である。すでに他の所で強調したように、法曹法という、自由な法発見のこのもっとも固有の業績は、社会の諸関係の本質から演繹され社会関係と同時にその内容を変える、裁判規範から成り立っている。すなわち裁判規範の大多数は、その本質的内容を、それが関係す

る法律関係のその時々から受け取るのである。ここでおそらくシュタムラーが正当な言葉を見出したといえるであろう。かれは、アッシリア人との分離後法律なくして生活していたメディア人が、訴訟において公正な裁判官であることが明らかになったことを理由に *Deioces* を自分たちの王に選んださまについての、ヘロドトスの説話を示しながら、つぎのように付言している。「その判決文により国民を魅了した熟練した裁判官は、伝承された慣習法の一般的制度に基づいて、新たに発生した訴訟事件を適切な考慮の下に判決することを、会得していたようである。なぜならわれわれは、そこでも所有権や契約上の誠実、家庭支配権、そして多分個別化された相続権が存在していて、個別的な紛争を通じてそれらを個々に実現してゆくことが問題であったと考えることができるからである。かれが実定上の制度の何の基礎もないままに調停者として職務を処理したのであるというのは、空虚な想像であらう。」

あらゆる法発見は、それが単なる法適用として登場する場合でも、必然的に創造的であることを、とっくの昔にフォン・ビューローが説得力をもって示している。すなわちあらゆる法学は、意識的にまたは無意識に、現行法を通じ現行法を

超えて努力するものである。それ故自由な法発見と技術的法発見との対立は、前者が法律をのりこえて行くであろうという点にあるのではなくて、むしろ、とられる方法にある。なぜなら、技術的法発見は、その驚異的ともいふべき仕事に絶対不易の法学的技法を手段とするより他に生ぜしめられないことを要望するが、自由な法発見は、偉大な個性の創造的思考のいくらかをも期待するからである。それ故技術的法発見は、合議制の原則や審級制度と同じ精神から、つまり裁判官の個性をいたるところでできるだけ締め出す要求から発している。しかしこれは無益な企てである。なぜなら、一般的な規準の個別的な事件への適用はどのようなものでも、不可避的に人格を通り抜けるからである。法学的伝承は、なるほどそれ自身社会的諸事象の結果ではあるが同時にそれら事象に従事してきた人々の所産であるように、それはまた、この作業を続ける人々によって常に新しくつくられ、形を与えられる。すなわち、かりにわれわれに伝わったローマ法の中でウルピアヌスやパウルスでなくてヤウォレーヌスやケルススが主導的な役割を果たすとすれば、ローマ法は疑いもなくわれわれに全く別の顔を見せるであらうし、今日の普通法においても、それがどんなに全く法学的技法一色であっても、識

者なら誰でも、十九世紀になおその偉大な造形家たち、サヴィニー、プフタ、アルンツ、ファンゲロウ、ベール、イエーリング、ヴィントシャイトおよびベッカーがその造形物にはめ込んだ諸要素を、正確に区別することができるのである。

それ故司法はいつの時代でも個人的色彩をもち、いつの時代でも社会的、政治的、文化的潮流が司法に必然的に作用した。個々の法曹がこれらの影響に多かれ少なかれ屈するかどうかが、むしろかれは伝統を固く守り続けたか、あるいはむしろ自己の独創力と確かな学識によって非常に多くの新しい考えを取り入れたかどうか *mehr in his, quae ei tradita sunt, perseverat oder mehr ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit* は、どこでも明らかに、法発見の何らかの理論ではなく、かれ自身の個性にかかっている。しかし問題は、この事実が何か不可避的なものとして耐えられるべきものではなく、喜んで歓迎されるべきものであるということである。なぜなら実際に問題となり得るのは、かれの個性がこのような効力を認めるに十分なほど価値の高いものかどうかということだけだからである。それ故自由な法発見は実体法の問題ではなくて、裁判官職に任用される人の選択の問題であり、したがって究極には、強力

な個性に重きを置く裁判所構成の問題である。このことにすべてがかかっている。すなわちこの点に変化が生じれば直ちに、自由な法発見は自ずから現われるのである。そして行きつくところは、オーストリア一般民法典第七条のように、あらゆる法律の規定は効力のないままとなり、忘れ去られるであらう。

もっとも官吏としての経歴における通常の昇進が、大きなけん引力を司法にもたらす適切な手段かどうかは、疑わしい名目上とはいわないまでも自由な法発見を享受している、ヨーロッパ大陸の唯一の裁判所であるパリの破毀院が、「その構成員たちが自分たちの地位を金を買って手に入れ、そしてフランスがそれのおかげでかつてもった中で最良の裁判官を現在擁しているところの」フランスのバルマンの後継者として自由な法発見に到達したことは、特徴的なことである。

さらにドイツでは、時に法を自由に発見することが許される唯一の裁判所が、一部本来の官僚的ヒエラルヒーの外に立っている、あるいは少なくとも立ってきた商事裁判所であることは、特徴的なことである。これらの制度は、たしかに適切な範例ではない。原型はむしろローマまたはイギリスで、つまり、裁判官職の中に最高の精神的かつ社会的な精鋭を集め

ている組織、国民のもっともすぐれた人たちに裁判官職をこれらの努力の最高の目的でありかれらにふさわしい結末と思わせるような組織に、求められるべきである。マンズフィールド卿、エルドン卿、ボーエン卿もしくはジョージ・ジュセル卿のような偉大なイギリスの裁判官の名前がイギリスでよく知られているのと対照的に、大陸では先駆的な著述家の名前がほとんど知られていない。かりに、大陸でこのランクの人たちが裁判官の椅子を占めるとしても——そしてそれは確かにすでに一再ならずあったのだが——、かれらに関して何事かを語ることができるのはせいぜい最小範囲のその道の人たちだけであり、かつその名声は、かれらが活動しているのを見た人たちとともに、死滅するのである。

ヨーロッパ大陸を観察するかぎり、あらゆる自由な法発見にとって、その出発点は多分いつも同じであつたろう。普通法学がそれであり、この尊敬するに足る産物は、その根源がローマの大神官の法学に遡るものである。歴史的にはその国際的な刻印を否定することはできない。そして十九世紀の初頭以来、ドイツの私法学だけがその思考内容の直接の継承者とみなされるのであるが、しかしやはり爾後それは、それが関係をもつに至ったあらゆる特別法を実り豊かなものにして

きたのである。普通法学は極めてすぐれたものであり、自由な法発見に際しては、ここでは伝承と呼ばれてきたその構成要素をなすはずのものである。なぜなら、技術的なかせが除去された後に無条件な恣意を覆い防ぐべきものとされるのは、悪名高い「良識」のようなものでないことが、特に強調されなければならないからである。それどころか自由な法発見は、最高のものへの要求を、裁判官の精神と性格にだけではなく、その学識にも結びつける。この場合その任を十分に果たすためには、社会の諸事象の本質についての鋭い眼や現在の諸要求に対する強い感受性とならんで、法の中で歴史的に生成してきたものと常に接触を保つこともまた必要である。すなわち、あり余るほどの学識を有する者、数百年の伝承された英知を達人としてマスターする者だけが、正義の先駆者たる資格がある。

自由な法発見に対する反感が一部はより深いところに、すなわち、何よりも今日なお支配的な、国家権力の限界と権力の分離についての考えの中にその原因をもつことを見誤るとしたら、不当であろう。裁判官の法的論証を常に法律の文言に基礎を置くようかれに義務づけようとすることには、国家の勤務に服する官僚裁判官に対する古い自由主義的な不信が

かなりひどい。そして、国家にはあらゆる法創造ではなくて、立法だけが留保されているという意味で、人びとがそのような考えに慣れるまでには、やはり十分長かかるであろう。しかしこの考え方は、すでに克服された一つの国家論に属するもので、それもあらゆる国家論と同じく、歴史的に与えられた一つの状態の科学的表現以外の何物でもなかったのである。

V

ところで、自由な法発見をして技術的法発見に代わらせようとするときに科学に残されている課題に、科学の目を向けることが許されるであろう。まず第一に、この転回が在来の民法学者の構成手法による論文からあらゆる存在理由を奪うことは、疑いない。法律の中で決定されている事項だけが法律によって決定され、その中で決定されていない事項はそれによつては全く決定されないということが認められたとたんに、毛髪分解器や水圧プレスの助けを借りて法律からその中に含まれていない決定を蒸留して取り出すあらゆるきっかけもまた、なくなるであろう。継受のやり損いの芽を悲しんでさめざめと涙を注ぐこともないであろう。何人も、裁判はそ

れが公平であり、公正であるから、それが法律もしくは伝承に合致するがゆえに通用すべきであること、しかし他方で裁判は、一定の法律関係について一つの本を書いた誰かある人がその法律関係をどのように構成したという理由から通用するようになるであろうことを、理解している。それゆえ望むらくはわれわれは、そのことを誰も理解できないであろうような時代に近づきたいものである。たしかに支配的傾向の諸論文においては、貴重な精神力がたくさん使い果たされたが——しかしどんな成果があったろうか？ マコーレーの云うように、われわれは自分の足を街道の上でも踏み車ででも動かすことができる。しかし街道では足はわれわれを前進させるが、踏み車でわれわれは同じ地点を動くのである。

不毛の課題を避けて科学がどちらの道をとるべきかということは、無意味な問いである。人間精神は無尽蔵であり、解決されていない課題の数はあらゆる領域において無限に大きい。ここで予言者を演じようとするのは、思ひ上がりであろう。しかしさまざまな踏み車で浪費される多くの力に直面しては、快適な街道が導いてくれるいくつかの美しい所を示すことが、ともあれ許されるであろう。

まず第一に、法の規定の意味を探求するという、あらゆる

法学のもっとも根源的な使命が自分の立場を守ろうとすることは、たしかである。あらゆる他の制定法にもまして、現代私法法典の法は科学的解釈を必要とする。それ自体が法学の成果であるように、それは狭義の法律よりも比較にならないほど大きな量で、今後も法学による深化と継続的形成を続けるのである。

しかし制定されたまた制定されていない法のかくされた意味の探求をもつてしては、まだまだすべてのことが為されているというには程遠い。科学に対してもまた、すでに云われたことがあてはまる。すなわち法規は凝固したドグマとしてではなく生きている力として扱われなければならないということである。たとえ法規が何を意味するかが説明されるとしても、それだけではまだ、必ずしもそれが如何に通用するかが述べられているわけではない。それは法規の解釈にはなく、それに内在する力に、すなわち法規の存在目的である社会の形成に、それを適用する者の性質に、依存している。

科学の使命は、法をそれが通用しているように表現することである。「立法者の意図」以上の何ものをも知らない者は、まだまだ真に通用している法を知っているとはいえないのである。この意味で伝統的な解釈学的法解釈に、動的な法解釈

が對置されよう。後者にとっては、單に法規が何を意味するかが問題となるだけではなくて、法規がどのようにに生き、どのようにに作用し、さまざまな關係の中でどのようにに屈折し、それらの關係が法規からどのようににそれており、法規がそれらの關係をどのようにに追求しているかが、問題なのである。支配的學説があまりにもしばしばしているように、法律は立法者によつて欲せられていゝるように作用するものであると無差別に考える者は、すべての人間の事象において手段を行爲から、行爲をその結果から分かつた道を見そこなう。しかし從來、法が果たしている作業にかかわり合つてきたのは、圧倒的に法史學者であり、そして時には經濟學者や商事法學者でもあつたが、民法の解釋學者には、それは残念ながら常に無縁のものであつた。⁽¹⁾

そしてつぎにくるのは判決例自体である。現存の *law pond est* をわれわれに教示するに違ひないのが何よりもまず判決例であり、判決例からのみ、どんな裁判規範が事實上實生活へもたらされたか、またどのようにしてそれが實生活へもたらされたかを、われわれは見てとることができるのである。しかし裁判所の裁判をそのテキストまたは注釈の中で引用し、それが正當に見えもしくは誤つてゐるとみえるに依

じてそれを稱賛しまたは非難するのでは、實のところ十分ではない。判決例は常に、裁判官に影響を及ぼすさまざまな力の合力であり、法規範の意味と文言は、これらの諸力の一つではあるが唯一のものではない。あらゆる裁判は事實上存在する社會的傾向を表現する。すなわち極めてわかりにくいスコーラ哲學、もつとも明白な誤解や意識的な法の歪曲でさえ、少なくとも社會的な努力の係數として認識價值をもっているのである。それゆゑ科學の使命は、判決例の中で明らかにされてゐる努力をその起源、その作用、その種類、そしてその價值はどうかという点で検討し、それによつて判決例の中で何が行なわれるのかまたそれがどんな原因で起こるのかについて一つの像を描くことである。⁽²⁾

そしてつぎにくるのは法律關係そのものである。たとえばそれらが裁判所や官庁による處理に何のきつかけも与へなかつたとしてもである。証券取引所、銀行、工場および手工業が問題であるかぎり、われわれは經濟學や商法上の文獻から、また労働關係については、ロスマールにその壯大に計畫された著作のための資料を提供した社會政策上の文獻から、いくらか教示を汲み取ることができる。それに対して公証人役場や土地登記簿の中に積み上げられ貯蔵されてゐる、ほとんど

見渡すことのできない資料は、まだほとんどまったく加工者を欠いている。すなわち、ここで経済学のみならず法学的観点からもどんなに多くのものを取り出すことができるかは、オーストリア土地登記簿法についてのバルチュのそのような労作が十分に示しているところである。この種の資料の法学的評価においては、法史的な文書探求が解釈学的なそれになんنانに大きく先行してきたことか！ どの法学的文献も、私の見るかぎりでは、現代の文書の実体についての科学的成果を示すものは一つとしてない。その結果、われわれは遺言による相続権についての全蔵書を十分に研究することができ、その中でたしかに多数の精神力の豊かな洞察力のある法学的構成を見出だすであろうが、今日遺言がどう作成されているかについては一言も見出ださないとことになるのである。そしてつぎにくるのは、その法的規制を全く度外視した生活関係である。われわれ法曹はもちろん常に、裁判規範を生活関係の忠実な表現と考え、法規を生活規範と考える用意がある。しかし現実にはまさに様々な事態が存在する。現実にはまず何よりも生活は自ずから規律され規定される。法規によって定められた親族法の、生活における家族の事実的形成への影響がどんなに少なく、契約が商取引においては、それ

について判決が下される僅かな事件におけるとは、どんなに全く違って解釈され守られていることか。博識なローマ法学者たちはわれわれに、家父 *pater familias* の専有と目されている財産が本来はその家族の共有財産であったこと、法律上はほとんど全く奴隷と同視されている家子 *filii familias* が実際は奴隷と全く違った地位をもっていたことを告げている。すなわち、ローマにおいてさえときには、古風な法規と生活規範との間の対立はそんなに大きかったのである。この対立は、一方で生活規範が土着の慣行から出てきているのに対して、法規が一部は外国の、ローマのまたはフランスの裁判規範に基づいている今日では、たしかに少なからぬものがある。一たい誰かが、ドイツまたはオーストリアのどこかで、父親たちがその嫁資設定義務の履行に際して民法典の諸規定を守っていると、本当に信じるであろうか？ また売主が瑕疵責任を法律の規準に従って果たしていると信じるであろうか？ 人びとは、ここで問題なのは慣行であって法ではないと抗議しないであろうか。——非常に称賛されるローマ法の嫁資設定義務や瑕疵責任は、そのような慣行から生まれ出たものである。あらゆる健全な法発展においては、良い慣行が法規へと変形し、悪しき慣行は立法や司法と対立する

であろう。しかしわれわれは双方の目的のために、何よりもまず慣行を知らなければならぬ⁽³⁾。しかし自分にとってすべての法が裁判規範として現われるものでもない人は、おそらくここに提示されているのは今日の社会の、それも疑いもなく法的性質をもった、およそ通用するには至らない組織形式だというであろう。その理由はただ、今日の判決例は、ローマのように土着の裁判規範によってではなく、大部分は外国のもしくは時代遅れになった裁判規範によって、支配されているという点にある。しかしこのことは法曹に対して、それらの形式について研究することを妨げるものではなからう。真実そうであるなら、われわれは多分いずれは今日の親族法をも示すことを試みることができであろう。つまり家族がそれに従って現実に生活している親族法であつて、それに従つてその家庭紛争が裁判されるところのものではないもの——そしてまた民法典の中に現われているものでなくて、森や牧場、田や畑において行なわれている所有権を記述する試みである。これはもちろん、ただすぐれた学識、とくに歴史的知識だけでなく、すばらしい現実感覚を前提とするであろう。しかしそれがうまくゆけば、その仕事によってかれは大学者と称賛されるであろう。もし読者がこのような事柄に心

をむけるならば、興味深いことである *Wohlins packt, dais interesting*.

しかし法学にはさらに全く別の種類の使命が待ち受けている。創造的な判決例を望む者は、明らかにまた創造的な科学を欲するに違いない。著述家と実務法曹の使命は明らかに互いに非常に接近しているのである。現代の法曹の使命は本質的には、すべての時代の法曹、とくにローマの法曹のそれと異なるものではあるまい。すなわちもし、ローマ人たちの学派争いが何が在来の法であるかに関わっていたと信じるならば、法曹の使命を根本的に誤解していることになる。かれらはむしろ、どんな裁判がより正当でより合目的かについて争つてきたのである。すでにサヴィニーとその直接の門弟たちは、法源としての科学を説いているし、「われわれの使命」についてのイエーリングの有名な論文以来、創造的な法学を呼び求める声に決して事欠いていなかった。普通法学でさえ自身そうあるうと決して欲しなかったにもかかわらず、大いに創造的であつた。すなわち占有の法、代理、隔地者間の契約締結、法律行為における錯誤などの法、指図、承認、第三者のための契約、不当利得などの法、その他多くのものが、普通法学のもっとも独自の成果としてあげられることができ

る。ただしその際普通法学は、源泉が頑固に沈黙を守っているときでさえすべてその出所を確かに裏づけずにはおかぬという自身の努力によって、絶えず行く手を阻まれたのである。すなわち消極的契約利益説というそのきわめて才気溢れた創作物の一つを、自身と同時代の人々の好みに合わせるために、イエーリングは何と貧弱な出所を引用すべきだと信じていることであろうか。

在来の民法学者の諸論文のやり方にならって、裁判官にあらはるその面前に現われるかもしれないあらゆる個々の事件の裁判をかねて含めるように教えることは、たしかに科学の役目ではない。裁判官は大ていの場合個々の法律事件を、著述家よりはるかによりよく判決することができ得るであらう。

それゆえここでは科学が判決例から学ぶべきであって、その逆ではない。しかしつぎのような場合は、事態は別様でもあり得る。たとえば判決例が、その直面している大きな社会的、経済的もしくは政治的問題を誤解し、その結果誤ったものになる場合はとくにそうである。しかしさらにとくに、世間のただ中で活動し世の中のvarietyやよい要求を充たさなければならぬ人がとても対応できないような包括的な研究をその解決のために必要とするような、全く新しい問題の前に司法が立

たされたときには、科学の介入が望ましい。かりにわれわれの時代をかきまわし震えさせている大きな潮流や努力が、そこに何の表現も見出ださないような法学があるとすれば、非常に嘆かわしいことであらう。

科学による解決をなお期待しているこの種のもっとも重要な課題の一つとして、証拠法の創造があげられなければならない。過去何世紀かの科学はおおいにそれに従事し、その研究の多くの価値ある成果は、かつての証拠法にとり入れられた。しかしともかくまさにここで、法律による規定が悪く作用したと思える。すなわち、それはいわゆる形式的証拠法則となり、証拠法に硬直さを与え、それが遂には全く堪え難いものとなった。その結果は、単にすべての証拠規定だけでなくすべての証拠法則をも排除した自由な証拠評価によって、形式的証拠評価がとって代わられることになった。これは、前者の先達グラウザー⁽⁴⁾がたしかに全く意図しなかったと思われる、一つの結果である。こうしてまったくの無証拠法状態が発生したが、その下でわれわれは今日なお悩んでいるのである。スローガンが人の心情に及ぼす力をもっともよく示しているのが、つぎのような事実である。すなわち自由な法発見においては、単に法律的制限からだけでなくあらゆる科学

的法則からも解放された判決例がどことも衝突を起こさない一方で、大きい危険が認められる。その行きつくところは、判決に対して、極めて徹々たる法律違背を理由として上告が提起されることが出来るにもかかわらず、証拠評価における非常に大きい過誤を理由としては上告できないまでになる。それはあたかも、すべての合理的な法則を無視する証拠評価の方が、法律上の概念規定に正確には合致しない判決の言い渡しよりも、事情によってはまだそれほどの深刻な影響を与えることはないかのごとくである。けれども、法定の証拠法でなくて、イギリスの証拠法のやり方にならって科学的なものであるべき証拠法のための礎石を与えるためには、飽きることもないハンス・グロースによって集められた資料で多分すでに十分であろう。とにかく来るべき世代にはつぎのような恥すべき認識、つまり、証人の供述は裁判所により評価されるのでなくてただ聴取されるだけであるとの、また、証人の供述は、証人がそれについて尋問されている事実について真実を述べようとしなかった場合でさえも、いなそれどころか、その精神状態により、その特殊の関係により、自然の障害、人間の観察能力および記憶力にひかれた限界により、真実を述べることができない場合でさえも、判決言い渡しの十分な

基礎として通用するとの認識を、させないですまされるであろう。

以上により、在来の軌道の上で見つけられ得るものよりも一そう現代的なテーマを求める法学に、研究領域は不足しないであろうということが証明されたであろう。もちろん、法曹が真剣にこの種の課題に取り組むならば、法曹の、また精細で明敏な弁証家の、今日なお支配的である通俗的な理想は、それとは別の理想に席を明け渡さざるを得ないであろう。しかし従来の理想を失っても何ら惜しくはないであろう。明敏さは人間精神の資性の中でもっとも不毛のものである。すなわちドイツ民話の悪魔がきわめてしばしば明敏な弁証家であるという点に、深い英知が含まれている。

(1) このような観点から私は、私の論文「ドイツ帝国民法典における強行法と非強行法 *Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch f. d. d. Reich*」において、ドイツ民法典の法を論じようと試みた。

(2) この意味で私は、私の論文「黙示の意思表示 *Die stillschweigende Willenserklärung*」において、判決例を活用しようとして試みた。

(3) ローマおよびその他の地方では、隣人たちはお互いにある種の配慮を守った。すなわち相隣関係の訴訟では、隣人たちは慣行によればお互いに責任があるとのこのような配慮が、裁判の基礎

に置かれた。こうして「ローマ」では「Windscheid, Pandekten B. I, § 169, n. 1—8」に列挙されているような法規が成立した。今日でも隣人たちは、お互いにある種の配慮を守るのが通常である。しかしこのような慣行はまずほとんど裁判の基礎に置かれなければならない。なぜなら法曹がそれをほとんど知らないからである。それ故それが法規へ凝縮されることもあり得ない。ただ、ヴィントシャイトのパンデクテンの中に列挙されている、「ローマの慣行から生じかつてはローマで通用していた所有権の相隣権に基づく制限だけは、法曹が少なくとも試験のときに知るにちがいない。」

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

後記

本訳稿を、謹んで磯村哲先生に捧げます。

著者であるエールリッヒは、いうまでもなくヴェーバーとならぶ二〇世紀初頭の法社会学の古典派を代表する一人であり、その経歴および業績については、わが国においても、既に多くの著述が存在し、専門外の私がここで改めて拙い紹介を試みるまでもなからう。

ところで、彼の実証的研究に裏付けられた博学多識によって生み出された多くの学問的業績は、すべてローマおよび現

行の私法の問題、すなわち法学と法適用の基礎に関連している。本書も、まさにこの問題をその考察の対象にしているわけであるが、もともとは、一九〇三年三月四日にウィーン法律家協会で行われた講演がもとになっている。その経緯については、著者自身が「序」において断っているように、その前年度（一九〇二年四月四日）、ローマの歴史家会議でなされたサレイユの報告（それは、専らジェニーの論文「法解釈の方法と法源」（一八九九）に依拠した内容のものであった）が多大の反響を呼んで好評を博したのに対し、多くの点で同旨の見解を時間的に先行して発表していた彼の著作（その代表が「法における欠缺について」（一八八八）である）が無視されてきたことが直接の起因となっているようである。

本書の概要およびその意義については、既に磯村先生の名著「社会法学の展開と構造」第三編第五『自由法学の構造』において的確に解説され位置づけがなされているところであるが、その経緯からも明らかのように、まさにエールリッヒによる自由法学の「綱領論文」と目すべきものであり、そこに「必ずしも透明でなく、またその叙述も明確さを欠き、論理的整序は困難」（磯村・前掲書二九九頁）とされる本書の翻訳的価値もあらうかと信ずる次第である。

本書翻訳の底本としては、Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Verlag von C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1903 を利用した。

こゝで、本訳稿の経緯について、若干の私的回想をも交えながら、述べることをお許し願いたい。もともと、本訳は、共訳者である故中務俊昌教授のご発案（構想）によるものであり、私がお話を受けたのは、今から五年も前のことであった。既に、その頃には、故中務教授による本書の下訳がほぼなされていたのであるが、教授は、ちょうど西ドイツ留学前の私に対し、原文に引用されているラテン語の正確な日本語訳のためにと、辞書等の資料を収集してくるよう依頼されたのであった。ラテン語の邦訳については、幸い留学先のザールラント大学法経学部 Günther Jahr 教授にご教示をお願いすることができたのであるが、故中務教授は、日本からのお手紙の中で、さらに同封の完成原稿中、訳を決しかねている箇所その他全体にわたって翻訳の検討をしてほしい旨、要請されてきた。故中務教授の意図されたところは、「読者が『スラッと読む』ことができるようにを先ず考え、次になるべく原文に忠実に、私の理解できる範囲で独語の語感にそうように、ということ」（同封手紙より）であった。同じ様な

自由な法発見と自由法学 中務・堤

ことながら、私は、主として読者の立場から、原文の文言には多少反しても、ドイツ語のイメージを損なわない範囲で日本語としての適切な表現となるように、可能な限りの意訳を試みようとした。もっとも、これは言うべくして行いがたく、半ば矛盾した要求であることは、私自身の充分承知しているところであった。それにもかかわらず、故中務教授は、大部分、私の意見を容れてくださった。以上のような事情から、もし、原文から離れすぎたり、結果的に誤訳となっている箇所があるとすれば、それはすべて私の責任である。

なお、原文中で字が大きくなっている部分は、本訳稿では、傍点を付けてその旨を明らかにした。また、原文中では各頁ごとに脚注が付されているが、本訳稿では、縦書きの文章の性格上、各章の末尾ごとに一括して、番号を付するというように変更させていただいた。ご了承をお願いする次第である。最後に、本来ならば、この後記は、共訳者である故中務俊昌教授によって草されるべきところではあったが、思いがけなくも私が書くこととなってしまった。本訳稿の献呈を、早くから決められ、その実現を楽しみにしておられた同教授の気持ちをおもうとき、哀惜の念を禁じ得ません。ここに、遅ればせながら本訳稿の出版を報告させていただくとともに、謹

(七三) 二八九

んで故中務俊昌教授のご冥福をお祈りする次第です。

一九九〇年八月一七日

堤 龍 弥

追 記

本稿の校正段階において、次の三つの翻訳が既に存在することを知るに至った。

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』七卷一号一一八頁、同四号一二二頁(昭和三年)、

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』一四卷三号六三頁、同四号二二頁(昭和五七年)、

石川真人訳「エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」『北大法学論集』三九卷一号一五三頁(昭和六三年)。

本来ならば、これらの訳文を十分に検討させていただき、再考したうえで、活字にすべきところではあるが、いろいろな事情から既に随分と遅延している本献呈号の性格をも考慮して、今回はその作業を断念したことを、先学に対する非礼

へのお詫び旁、お断わりする次第です。