

<研究ノート>

19世紀ドイツにおける 立法をめぐる思想

鈴木 康 文

はじめに

第1章 立法史の概観

第2章 19世紀の立法

第3章 19世紀前半—法典論争

第4章 19世紀半ば—ボルネマン

第5章 19世紀後半—ゾーム

おわりに

はじめに

立法の思想史に取り組もうとすれば、13世紀の教皇立法から始めなければならぬ¹⁾が、本稿では特に19世紀に限定する。この世紀のはじめにもまた立法ということが人々の耳目をひき、そして世紀の終わりにはついに法典が完成する。対象とする時期についてももう少し正確に言えば、「法典論争」(1810年代はじめ)から、一般手形法などがつくられる過渡期(1850年代頃)を経て、ドイツ民法典編纂の準備委員会が設置されるまで(1870年代はじめ)の期間である。

本稿では、この期間における、立法の状況や、立法に関する学者・実務家の見解とその変化を追ってみたいと思う。

1) 西川洋一「13世紀君主立法概念に関するノート(1)」『国家学会雑誌』112巻1・2号(1999年)、1頁以下。

第1章 立法史の概観

ドイツの立法史については、すでにエーベル (Wilhelm Ebel)²⁾ が、古代から現代までの概観を与えている。エーベルによって提示された立法の三類型は、法判告 (Weistum)、約締 (Satzung)、法命令 (Rechtsgebot) である。

法判告は、永遠に普遍の法秩序を前提に、これを発見するというものである。また、約締は当事者間での約束であり、法命令は主権者の命令である。これらは各時代においてそれぞれが複雑に絡み合っ現れた。とはいえ、各時代において重視された類型は比較的はっきりしている。例えば、古ゲルマンの時代には法判告が、中世においては約締が、それぞれ重視された。

もう少し具体的に見れば、法判告には、19世紀の法学者グリム (Jakob Grimm, 1785-1863) が収集した農民法判告がある。これは、領主の権利・義務や農民の貢納に関する争いが生じた際、裁判集会において長老農民らによって明らかにされた伝来の法のことである。また帝国の貴族たちにより発見される帝国法判告も法判告のひとつである。そして約締は、ラントフリーデのような君主と諸侯との取決めや、都市条例などである。

ところで、上記の類型の中で、法命令は命令による自由な規範定立を可能とするものである。これは、中世末期のバイエルンのラント法、そして近世の警察条令やラント条令などであり、18世紀末までに法観念の変遷に大きな役割を演じた³⁾。18世紀には法は立法であり、君主の権能であるとされた⁴⁾。この変化の背景には、君主が自己の領土と人民の一切の政治権力を

2) ヴィルヘルム・エーベル (西川洋一訳) 『ドイツ立法史』東京大学出版会 1985年、9-41頁。

3) 村上淳一「法律の『一般性』について」鈴木祿弥ほか編『概観ドイツ法』有斐閣 1971年、96頁。

4) 村上・前掲注 (3) 97頁。

自己の手中に収めていったこととことがある⁵⁾。正当な暴力行使の独占とともに命令による法規範の意義が増大していった⁶⁾。そして19世紀には法制定において立法という形が定着していく⁷⁾。

もっとも19世紀以降は「法命令への約締思想の導入」⁸⁾がみられ、立法の担い手が変化する。1803年から1848年までは君主の法律のために議会の同意が必要とされ⁹⁾、1848年から1911年までは君主と議会とが立法権を分有し¹⁰⁾、1911年以降には法律は人民代表によって決せられることになる¹¹⁾。

次章で19世紀以降の実際の立法の動向に関して詳しく確認しよう。

第2章 19世紀の立法

すでに18世紀にはプロイセン一般ラント法（1794年。以下 ALR）¹²⁾ やバイエルン民事法典（1756年）、これらと少し遅れてオーストリア一般民法典（1811年）がつけられた。以後、領邦国家のレベルでも、ドイツ全体のレベルでも統一的な法秩序を求める気運が高まっていく。以下では先行研究から、ドイツの私法を中心に19世紀の立法状況について確認する。

第1節 領邦国家¹³⁾

プロイセンでは1817年にラント法の改訂事業があり、また1842年にはサ

5) 村上・前掲注 (3) 98頁。

6) 村上・前掲注 (3) 98頁。

7) N. ルーマン（六本佳平・村上淳一訳）『法社会学』岩波書店 1977年、217頁。

8) エーベル・前掲注 (2) 138頁。

9) エーベル・前掲注 (2) 143頁。

10) エーベル・前掲注 (2) 146頁。

11) エーベル・前掲注 (2) 149頁。

12) もっとも、伝来の法を払拭し、理性によって法を再構築することを掲げた啓蒙も、既存の法を選別・加工したものであり、その一例が ALR である。参照、ルーマン・前掲注 (7) 221頁。

13) 平田公夫「ラスカー法の成立と準備委員会の設置（一）」『法学会雑誌』（岡山大学）30巻2号（1980年）175-176頁。

ヴィニーも参加した離婚法の改正がある¹⁴⁾。またバイエルンでも1809年にはフランス民法典に修正を加えた法典の計画があったが、放棄された。その後、バイエルン民事法典を基礎とする法典作成が行われ、1860～64年には総則・債権法・物権法が公表されたが、実施されなかった。これと対照的に、ザクセンでは1840年代から民法典が起草され、1863年1月2日には総則・物権法・債権法・家族法・相続法からなる5部2620条の法典が公布された（施行は1865年3月1日）。このように領邦国家では法典の修正や法典編纂の事業に意欲的に取り組まれた。

第2節 ドイツ全体¹⁵⁾

次にドイツ全体について見てみると、ここでも成果を上げている。それは特に経済に関する法分野である。19世紀以降、ようやくドイツでも産業革命による経済的発展が見え始め、領邦国家を越えた人の交流や物の流通が活発になった。こういった経済分野の必要性を反映する形で、一般手形法（1848年）や一般商法典（1861年）が制定され、また1869年には連邦上級商事裁判所が設置された。また民法のなかでも債権法に関しては、1866年¹⁶⁾に一般ドイツ債権関係法草案（ドレスデン草案）が作成された。結局これは、実施には至らなかったが、ドイツ民法典の編纂委員会では参照された。そして1874年にはドイツ民法典編纂のための準備委員会が成立することとなる。このドイツ民法典の準備委員会で委員長を務めたのはゴールドシュミット（Levin Goldschmidt, 1829-1897）である。彼は、のちの起草委員会には参加しなかったが、しかし彼の作成した準備委員会答申書¹⁷⁾は起草

14) 中村安菜「実務家サヴィニーの業績（二・完）」『法学研究論集』32号（2010年）、155頁以下。

15) 平田・前掲注（13）176-178頁。

16) ドイツの統一については、1871年以前の北ドイツ連邦の成立（1866年）も注目される。参照、海老原明夫「北ドイツ連邦成立過程の法的構成」『法学協会雑誌』131巻1号（2014年）。

17) 準備委員会答申書「ドイツ民法典起草計画・方法について」平田公夫訳『法学会雑誌』（岡山大学）35巻2号（1985年）

委員会の基本方針となり、その活動に影響を与えた¹⁸⁾。ゴルトシュミットの専門は商法であり、上級商事裁判所の判事を務めていた。彼の、商法教科書は、一般商法典施行後に著されており（初版1864年）、法源の多様性を認め、実務や学問とならんで、制定法の価値は高いものとなっている¹⁹⁾。

第3節 小 括

第1節と第2節でみたとおり、実際の政治において、法典化は18世紀から始まり、19世紀には既存の法典の修正や、（特に経済分野における）新たな立法の動向がみられる。実はさらに、詳細は次章（第3章）に譲るが、学者の間でも、立法が法形成の中心に位置づけられるようになっていく。したがって、19世紀後半においては、実践においても理論においても、法源として立法が重要視され、それが主流となったといえる。

次章以下では、学者と実務家に焦点を当て、法典論争（1810年代）から過渡期（1850年代）を経て民法典編纂準備前夜（1870年代）までの期間において、どのような見解が展開されたのかをより詳しく紹介する。

第3章 19世紀前半—法典論争

19世紀においてまず立法を推進したのは、ティボー（Anton Friedrich Justus, 1772-1840）である。彼は、「法典論争」のきっかけとなる『全ドイツのための一般民法典の必要性について』（以下『必要性』）を、解放戦争後の1814年に発表した。もともとティボーは、レーベルクの「ナポレオン

18) 1870年代以降の編纂史は、石部雅亮「ドイツ民法典の成立史に関する一考察」『比較法研究』1998年、同「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮編『ドイツ民法の編纂と法学』九州大学出版会 1999年、参照。

19) ランダウ（Peter Landau）は、ゴールドシュミットが、同じく商法学者のテール（Heinrich Thöl, 1807-1884）とともに、複数の法源の価値を高く認めていることを強調する。Vgl. Peter Landau, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in; Juristische Theoriebildung und rechtlich Einheit, Beiträge zu einem rechtshistorischen seminar in Stockholm im September 1992, Rättshistoriska studier 19, 1993.

法典とそのドイツへの導入」への反論として、これを公にした。レーベルクは、同論文の中で、ナポレオン法典の全否定、旧体制への回帰、ローマ法への復帰を述べた。これに対し、ティボーの『必要性』は、自然法思想にもとづいた法典編纂を要求し、見通し難いほど複雑であるがゆえに当事者に不利益になる法状況を除去し、法統一を提案するものであった。ここには法を創るという発想がある。

この『必要性』は、ティボーの思っていなかった方向から、批判が向けられた。それが、同じ年(1814年)にサヴィニー(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)が発表した『立法と法学の現代における使命』(以下『使命』)である。サヴィニーは、『使命』において、法は人為的につくられるものではなく、自然に成るものであると主張し、法典編纂に反対した。サヴィニーは、いわゆる民族精神論を展開したうえで、高次の文化の段階では法形成が特殊身分である法曹に委ねられるという「専門家ドグマ」²⁰⁾を提示し、法統一の期待を法曹(法)に賭けることとなる²¹⁾。

このように法典論争では、法について「創る法」と「成る法」との認識が対立したものであった²²⁾。以下、サヴィニーのほか、ヘーゲル(Georg Friedrich Wilhelm Hegel, 1770-1831)とガンス(Eduard Gans, 1797-1839)を取り上げ、(1)法の実定性(Positivität)、実定法(das positive Recht)をどのように理解するか、(2)ALRに対する評価がどのようであったか、(3)

20) J. Schröder, Savignys Sprezialistendogma und die soziologische Jurisprudenz, in: *Rechtstheorie*, Bd. 7, 1976, 海老原明夫「ヴェーバーとエーレルリッヒ」『比較法史研究 1号』未来社 2001年。

21) 村上淳一「ヤーコップ・グリムとドイツ精神史」望田幸男ほか『現代に生きるグリム』岩波書店 1985年, 94頁。グリムは、ドイツの超歴史的な「いにしえ」による統一を目指すこととなる。

22) もちろん法典論争の論点はこれだけではない。ガンスやフォイエルバッハ(Paul Johann Anselm Feuerbach, 1775-1833)の普遍法史(Universalrechtsgeschichte)も重要であろう。これについては、堅田剛『歴史法学研究』日本評論社 1992年, 152頁以下, 耳野健二『サヴィニーの法思考』未来社 1998年, 99頁以下, 参照。

法源として何を認めるか、という3点について、各論者の見解をみることを通じて、「創る法」と「成る法」という考え方を確認する。

第1節 実定性、実定法

1. サヴィニー

法の成立について、サヴィニーは、民族精神論を主張した。この認識がロマン主義的か否かについては評価の分かれるところである²³⁾。しかし明らかなのは、サヴィニーが、国家が法を創るという国家的法観から距離を取ったことである²⁴⁾。

サヴィニーは、『使命』の「第二章 実定法の成立」で法の歴史的な展開について論じている。まず、法、言語、習俗、国制といった現象はいずれも民族の共通の確証、内的必然性という一様の感情に結びつくものであること、これにより現象が偶然と意志的決定とに基づくという思想を一掃することが指摘される²⁵⁾。次に、時代の経過とともに、法は民族全体の意識から民族を代表する法曹の意識に委ねられること²⁶⁾、したがって以後法は政治的要素と技術的要素という二つの生命を持つことに言及する²⁷⁾。そして最後に「第二章」の内容をまとめてつぎのようにいう。「ここに示した見解の全体を纏めてみよう。すべての法は、支配的ではあるが必ずしも適切とは言えない用語法に拠るなら、慣習法と呼ばれる、ある仕方によって

23) サヴィニーにロマン主義を見る同時代人にイエーリング（村上淳一訳）『権利のための闘争』岩波書店 1982年、38-40頁がある。また研究としては、ミッターイス＝リーベリッヒ（世良晃志郎訳）『ドイツ法制史概説』創文社 1971年、32-33頁、556-557頁や、上山安敏『法社会史』みすず書房 1966年、211頁注29も、そうである。これに対してロマン主義を否定するのは、村上淳一『権利のための闘争』を讀む』岩波書店 1983年、26-27頁である。

24) C. シュミット（初宿正典・吉田榮司訳）『ヨーロッパ法学の状況』成文堂 1987年、52-53頁。

25) F. C. サヴィニ（守矢健一訳）『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その二）『法学雑誌』60巻1号（2013）、61頁。

26) サヴィニ（守矢訳）・前掲注（25）65頁。

27) サヴィニ（守矢訳）・前掲注（25）67頁。

成立する。すなわち、法は、まずは習俗と民族の確証によって、次に専門法学によって、生み出される、つまり、どこでも内的で密やかに活動する諸力によって、生み出されるのであり、立法者の意思によってではない。」²⁸⁾。

以上はよく引用される箇所ではあるが、法が民族の意識の中から、また民族の発展とともに生成するものである、というサヴィニーの見解が述べられる箇所である。ここでは、法が偶然や意志的決定に委ねられるという考え方は批判されている。

ところでサヴィニーの実定性あるいは実定法については注意が必要である。ひとつには、『使命』における法の実定性に関して次のように考えられる。サヴィニーは、立法者の介入を拒否し、実定法を慣習法に置き換えており、さらにその慣習法には学説を実質的内容とする狙いが込められていた。したがって、サヴィニーの法の実定性は慣習法と学説の間で曖昧のまま放置されていた²⁹⁾。

しかもうひとつ、別の考え方が提示されている。つまりサヴィニーは、実定法に二重の意味を持たせている³⁰⁾、というものである。サヴィニーによれば、実定法は、民族の意識の中に生き、潜在状態においてその存在をもっているものである。そして、制定法は、すでに存在しているものを顕在化した、現象形態である。つまり、制定法は、その内容から言えばすでに存在している民族の意識であり、制定法は、この民族の意識に、外面的に認識可能な形を与えたものである。児玉氏は、内面的実定法と外面的実定法とからなる「二重の実定性」に注目しながら、サヴィニーの実定法を理解する際の注意を喚起する³¹⁾。このような考え方は、1840年の『現代

28) サヴィニ（守矢訳）・前掲注（25）69頁。

29) 堅田剛「ドイツ歴史法学派」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学2法思想』東京大学出版会 1983年、214頁。

30) 児玉寛「古典的私的自治の法理論」原島重義編『近代史法学の形成と現代法理論』九州大学出版会 1988年、135頁以下。

31) 児玉・前掲注（30）135-136頁。

ローマ法体系』(以下『体系』)にいたって明確な言葉をもって語られることになる。つまり、現象形態として制定法、慣習法、学問法が挙げられ、その基礎として民族法がおかれることになる³²⁾。

以上、実定性に関するサヴィニーの考え方が複雑なものであることへの注意であるが、このほかの点でも、サヴィニーに関しては、そのオリジナリティーや一面の強調には注意しなければならない。例えば、法は「自ずから成るもの」という考え方はすでにサヴィニー以前にピュッターを始めとするゲッティンゲン学派が採っており³³⁾、またサヴィニーが歴史的方法とともに体系的方法にも言及していることはパンデクテン法学を経て制定法実証主義と関係してくるところでもある³⁴⁾。したがって、サヴィニーにおいて、民族精神論による法典・制定法への批判ということを強調しすぎることは正当ではないかもしれない。しかし、1810年代の法典論争という文脈におけるサヴィニーの主張の力点の置きどころとして理解しておくことは重要であろう。

2. ヘーゲル

ヘーゲルは、ティボーと同じように、立法を重視する。ヘーゲルの立法論は、彼の名著『法の哲学』(1821年)で展開されている。そこでは、法の定立³⁵⁾は立法者の任務であり、歴史的必然である。法の実定化のためには国家の権威が必要であり、実定法とは、定立された法、法律、成文法のこ

32) 児玉・前掲注(30)137-138頁。

33) カール・クレッシェル(佐々木有司・平田公夫訳)「ゲルマニスティックの法学と歴史法学派」河上倫逸編『ドイツ近代の意識と社会』ミネルヴァ書房 1987年、89-90頁以下。

34) 竹下賢『実証主義の功罪』ナカニシヤ出版 1995年、205頁以下。

35) もっとも、ルーマン・前掲注(7)216-217頁によれば、それも旧い法に基づくものであった。ルーマンがみるのは、ヘーゲル『法哲学』(§211)の「なぜならば、法典を作るといっても、問題になりうるのは、内容上新しい法律体系を作ることではなくて、現存の法律的内容をその規定された普遍性において認識すること、すなわち、それを、——特殊なものへの適用を加えて——思惟によってとらえることであるからである。」(ヘーゲル(藤野渉・赤澤正敏訳)『法の哲学』責任編集・岩崎武雄『世界の名著35ヘーゲル』中央公論社 1967年、441頁)。

とである³⁶⁾。この点をヘーゲルの著作から確認しよう。

彼は法の形式について、「即自的に法であるものが、その客観的現存在において定立されると——すなわち思惟によって意識に対して定立され、法であるとともに効力を有するものとして周知されると——それが法律となる。そして法はこうした規定によって実定法一般となる。」 (§211)³⁷⁾、また「法はまず、法律として定立されているという形式をとってはじめて、現存在するに至る……」 (§213)³⁸⁾ という。そして、サヴィニーに対する批判として、「一文明国民ないしはその国民の内の法律家身分に法典を創る能力を認めないというのは、一国民ないしはその法律家身分に加えられうる最大の侮蔑のひとつと言えよう。」 (§211)³⁹⁾ ともいう。このように、ヘーゲルにおいては、法の形態として法律、国家制定法が重視されている。

また、ヘーゲルの弟子であるガンスも、1831年の『自然法と普遍法史』で、ヘーゲルの法哲学を解説する形で、立法を肯定的に捉えている⁴⁰⁾。すなわち彼は「制定されたものとしての法、すなわち法律としての法は、普遍的なものとして意識されなければならない。それによっではじめて、法律としての法は、本来の意味と明確性を得るのである。」⁴¹⁾、また「法が法律になることによって、それは、実定的となり、法であるものになる。」⁴²⁾ という。さらに、このような考えを批判する者がおり、それらの人たちは法は習俗・慣習の中に生きている、と言っているが、「しかし、それは、無教養、無思考の時代においてにすぎない。今日の立法では、慣習法 *consuetudo* について書かれた章は、非常に短い。」⁴³⁾ とし、はっきりと「……我々

36) 堅田・前掲注 (22) 131頁。

37) ヘーゲル・前掲注 (35) 438-439頁。

38) ヘーゲル・前掲注 (35) 443頁。

39) ヘーゲル・前掲注 (35) 440-441頁。

40) 堅田・前掲注 (22) 165頁, 175頁注36。

41) マンフレッド・リーデル編 (中村浩爾ほか訳) 『ガンス法哲学講義1832/33自然法と普遍法史』法律文化社 2009年, 108頁。

42) リーデル・前掲注 (41) 108頁。

43) リーデル・前掲注 (41) 108頁。

の時代は立法に対する使命をもっていないという、20年前、サヴィニーによって主張された命題は、この間に妥当性を得ることなく、法典が次々と生まれたのである。』⁴⁴⁾ という。

第2節 ALR に対する評価

ヴィーアッカー (Franz Wieacker) は、「同時代人から、ALR は、まったく圧倒的称賛を博し」、「かなり若い世代のうちにも……ALR は、国民的法統一の理念を喚起した。」とする一方で、ALR に苦杯を味わわせたのは歴史学派であった、とする⁴⁵⁾。

1. サヴィニー

サヴィニーは『使命』において、当時の代表的な法典 (ALR のほか、ナポレオン民法典、オーストリア民法典) について評価している。ALR はこの3つの中でも「一番まし」⁴⁶⁾ としながらも、例えば、法典編纂の必要がなかったと断言し⁴⁷⁾、その理由を方法の未成熟さと、ドイツ語による指導原理の不完全さにと求める⁴⁸⁾。

また、素材の面でも、サヴィニーはパンデクテンの現代的慣用つまりドイツ普通法学をあまり評価していない⁴⁹⁾ から、したがってこれにもとづく同法典⁵⁰⁾ に対する評価も低いものとなっているであろう。

44) リーデル・前掲注 (41) 108頁。

45) フランツ・ヴィーアッカー (鈴木禄弥訳) 『近世私法史』創文社 1961年、419頁。

46) ヴィーアッカー (鈴木訳)・前掲注 (45)、476頁。

47) 馬場正利訳『サヴィニー・ティボー法典論議 早稲田法学別冊第1巻』巖松堂書店 1930年、123頁。

48) 馬場訳・前掲注 (47) 127-128頁。

49) ハンス・シュロツサー (大木雅夫訳) 『近世私法史要論』有信堂 1993年、125頁。

50) ALR の素材については、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』有斐閣 1969年、125頁以下、特に134-135頁。

2. ヘーゲル

ヘーゲルは、ALR をどのように評価していたであろうか。ホツчевァールは、ヘーゲルはサヴィニーやハラー（Carl Ludwig von Haller）とは異なり法典を擁護していたこと⁵¹⁾、また『法の哲学』（§215）⁵²⁾で形式的には不完全ながらも法典を与えた人物としてユスティニアヌス帝を称賛しながら、「何よりもまずフリードリッヒ大王のことを考えていた」⁵³⁾という。

ただヘーゲルもガンスも ALR を十分なものとは見ていなかった。ヘーゲルはユスティニアヌス帝（とフリードリヒ大王）の法典に不備があることを明言している⁵⁴⁾。また川崎修敬氏は、特にガンスに関して、「個人の権利は……理性的国家とその「立法」を通じて十分な現実性が与えられるのである。ガンスがプロイセン一般ラント法……を踏まえながらも、それを止揚し克服する時代に相応しい近代的法典を（ティボーやヘーゲルと共に）期待した……」⁵⁵⁾ことを指摘している。

第3節 法 源

1. サヴィニー

サヴィニーが各種の法源について具体的に述べているのは、1840年に刊行された『現代ローマ法体系』第1巻である。ここでは「現代ローマ法の法源」というタイトルで制定法、慣習法、学問法を挙げている⁵⁶⁾。

すでにみたとおり、これらはいずれも、民族の確信という内面的実定法の外的現象形態としての外面的実定法である。児玉氏によれば、学問法と

51) R. K. ホツчевァール（寿福真美訳）『ヘーゲルとプロイセン国家』法政大学出版社 1982年、9頁。

52) ヘーゲル・前掲注（35）446頁。

53) ホツчевァール・前掲注（51）8 - 9頁。

54) ヘーゲル・前掲注（35）446頁。

55) 川崎修敬『エドゥアルト・ガンスとドイツ精神史』風行社 2007年、121頁。

56) F. C. v. サヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系 第1巻』成文堂 1993年、83頁以下。

制定法とに共通する存在理由として「法の可変性」⁵⁷⁾、学問の存在理由として「法の技術性」⁵⁸⁾、制定法の存在理由として国家の高権性による補完的また保佐的機能⁵⁹⁾が指摘されている。

2. ヘーゲル

ヘーゲルは、すでにみた法の実定性の観点から、4つの非実定法、つまり自然法、慣習法、イギリスの判例法、古代ローマの学説法を批判した⁶⁰⁾。

ヘーゲルは、ホッチェヴァールが言及するところでは、1831年に公表された「イギリス選挙法改正案について」でも同様の見解を述べている⁶¹⁾。すなわち、イギリスに欠けていることは「法の学問的な改訂で、それは一方では、法の特定の条項や、それらの錯綜のうちに、普遍的な基礎を適用して、そのうちに貫徹させることであり、他方では、具体的なもの、特定のもの、より単純な諸規定に還元することである。そして、こうしたことから、主として普遍的原理に基づいて作られた新しい大陸諸国家のラント法や憲法制度が生まれたのである。」⁶²⁾ という。

第4章 19世紀半ば—ボルネマン

これまでの議論をまとめると、法をめぐって、法の実定性を強調する創る法および国家法と、成る法および様々な法源の承認とがあった。これら2つの立場が混在する、ユニークな人物を紹介しておこう。

本章で取り上げるのは、ボルネマン (Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann, 1798–1864) である。彼は、プロイセンの司法官僚であり、ま

57) 兎玉・前掲注 (30) 144頁。

58) 兎玉・前掲注 (30) 145頁以下。

59) 兎玉・前掲注 (30) 150頁以下。

60) 堅田・前掲注 (22) 132–134頁。ヘーゲル『法の哲学』の該当箇所は、ヘーゲル・前掲注 (35) (§211) 438頁以下。

61) ホッチェヴァール・前掲注 (51) 10頁。

62) ヘーゲル「イギリス選挙法改正案について」同 (上妻靖訳・金子武蔵解説) 『ヘーゲル政治論文集』岩波文庫 1967年所収, 186頁。

たプロイセン一般ラント法の注釈者としても知られる⁶³⁾。

しかし、ボルネマンについては、これまであまり詳しく論じられることがないうえに、ランズベルク (Ernst Landsberg, 1860–1927) の極めて低い評価がある。このランズベルク評に対して異を唱え、ボルネマンを高く評価するのがランダウ (Peter Landau) である。

ランズベルクにせよランダウにせよ、ボルネマン評価のポイントは、彼の法源論にある。つまり、ボルネマンが、立法と実務をどのように考えていたのか、ということである。以下ではランダウの研究⁶⁴⁾ に依拠し、これについて確認しておこう。

第1節 キャリアと功績⁶⁵⁾

1. キャリア

ここではボルネマンのキャリアを簡単に確認しておこう。ボルネマンは、フリードリッヒ・ヴィルヘルム3世の治下、1798年に、プロイセンの富くじ販売人 (Lotterieeinnehmer) の息子として生まれた。したがって、ヘーゲルよりもおよそ30歳若く、サヴィニーと比べてもおよそ20歳若いことになる。青年時代には、1815年に出兵した後に復学し、官房学 (Camerawissenschaft) などを中心に学んだ。法学はわずか4つの講義を聴いただけであった。

大学卒業後、1823年にはベルリンのカンマーゲリヒト (Kammergericht) の司法官試補 (Assessor) となった。1825年には『法律行為、および特に契約について *Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere*』を刊行した。この本が並々ならぬ成功をおさめたことにより、ボル

63) ヴィーアッカー・前掲注(45)420頁。

64) Peter Landau, Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann und die Tradition des preussischen Rechts. Ein Beitrag zum zweihundertjährigen Jubiläum des Preußischen Allgemeinen Landrechts, in: Quaderni Fiorentini 23 (1994) S. 57–80.
本章はランダウ論文の紹介も兼ねる。

65) Landau (Anm. 64) S. 57–61.

ネマンは、普通法の妥当領域であるグライスフスヴァルト上級上訴裁判所（Oberappellationsgericht Greifswald）に勤務することとなった。ここで彼は、プロイセン法の専門家であり、大学から名誉博士号を贈られ、プロイセン法の私講師としての教授資格を得た。1831年まで裁判官及び私講師としてグライスフスヴァルトで勤務したのち、カンマーゲリヒトラット（Kammergerichtsrat）としてプロイセンの裁判所（das traditionsreichste preussische Gericht）に勤務した。ボルネマンは、1843年にプロイセン上級検閲裁判所（Ober-Censursgericht）の長（Präsident）となり、そして翌年の1844年には司法省（Justizministerium）の長（Direktor）となった。同年には、同時にプロイセンの法律委員会（Gesetzeskommission）のメンバーとなった。ここで彼は、サヴィニーと対立することになる。

そしてこののち、三月革命期には、ボルネマンは政治の領域に進出する。すなわち、1848年3月19日、保守派のアルニム・ボイツェンベルク伯（Graf von Armin-Boitzenberg, 1803–1868）の内閣の司法大臣（Justizminister）となった。この後、1848年3月29日のカンプハウゼン内閣——これはライン自由主義者のカンプハウゼン（Ludolf Camphausen, 1803–1890）とハンゼマン（David Hansenmann, 1790–1864）の指導の下に保守主義者を交えた標準的な自由主義者の暫定内閣——でも司法大臣の任に就いた。しかしその後、左派自由主義と民主主義の議員が多数を占めた1848年5月1日のプロイセン国民議会（Nationalversammlung）の選挙の後、カンプハウゼン内閣は窮地に追い込まれ、新たに1848年6月25日に純粋な自由主義内閣アウエルスバルト（Rudolf von Auerswald, 1795–1866）とハンゼマンの内閣が成立した。この内閣では、刑事裁判所長（Kriminalgerichtsdirektor）のメルケル（Maerker）が司法大臣に就いた。ボルネマンが健康状態の悪化を理由に新内閣の大臣を辞退したからである⁶⁶。

政治からは引退したが、引き続き司法の分野では活躍した。プロイセン

66) 三月革命期の政治状況については、林健太郎『ドイツ革命史』山川出版社1990年、参照。

の Obertribunal, すなわちプロイセンの最高裁判所 (das höchste preussische Gerichtshof) の第二裁判長 (Präsident) となったり, 一般手形法および一般商法典の起草に参加したりした。そして1860年に国王の法律顧問 (Kronsyndikus) および貴族院 (Herrenhaus) のメンバーになった。その後, 1864年に死去した。

2. 功 績

ボルネマンの功績を見てみよう。法律の修正, 行政活動, 裁判所長官としての活動がある。具体的には, これは, 検閲裁判所における検閲の法治国家的制限, カンプハウゼン内閣における基本権——特に1846年4月8日による集会・結社の自由に関する——導入プログラム, 刑事訴訟法の近代化, 一般手形法および一般商法典の作成である。

また学問における功績としては, とりわけプロイセン法の学問的な叙述として, *Systemtische Darstellung des Preussischen Civilrecht mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrecht* (以下『体系的叙述』) を刊行したことを挙げておかなければならない。これは, 全7巻で1834年から1839年にかけて刊行された。これは, コッホ (Christian Friedrich Koch, 1798-1872), フェルスター (Franz Förster, 1819-1878), デルンブルク (Heinrich Dernburg, 1829-1907) らの著作と並んで, プロイセン法の代表作のひとつである。

第2節 ランズベルクの評価⁶⁷⁾

ボルネマンに関する古典的な人物像は, ドイツの法史家ランズベルクによって提示された。ランズベルクは次の点からボルネマンを低く評価する。すなわち, 政治的立場に関して保守的, 反動的な政治家カンプト (Karl Albert von Kamptz, 1769-1849) に近いこと, 典型的なキャリア官僚であること, 学問的水準が低いこと (ボルネマンは, パンデクテン法学を駆使し

67) Landau (Anm. 64) S. 60 f.

て、ALR を叙述したわけではない。学問的水準が高いのは、同じく ALR の体系書をものしているデルンブルク、フェルスター)、学問的立場に関してヘーゲル寄りであること(それに対してランツベルクはサヴィニー寄りであると自認している。もっとも、ボルネマンも孤立無援であるわけではない。実務家、例えば A. シュテルツェル⁶⁸⁾ による厳しいサヴィニー批判もある)。

第3節 19世紀までの法発展⁶⁹⁾

ランダウは、『体系的叙述』における「歴史に関する導入」に注目する。この部分は、初版では見られたものの、第2版では削除されてしまった部分である。ランダウは、この部分について以下のようにまとめる。

まず、ボルネマンが ALR を歴史的に解釈しようとするところは、サヴィニーが『使命』でみせたプログラム(歴史的方法)と合致する。しかしボルネマンがサヴィニーと異なるのは、さらにすすんで歴史哲学を展開するところである。これにより、ALR の歴史的正当性を肯定するというのがボルネマンの狙いである。当時、ALR には3つの批判があった。サヴィニーからはローマ法に関する、編纂者の知識不足が批判され、ゲルラッハからはキリスト教倫理の欠如が批判され、そしてガンズからは自由の欠如が批判された⁷⁰⁾。ボルネマンは、このような ALR の歴史的正当性を批判に応じる形で、歴史哲学を展開した。

ボルネマンは具体的にどのように述べたか。彼はまずドイツの法発展の

68) ハンス・ティーメ「19、20世紀の法史学研究における発展思想」同(久保正幡監訳)『ヨーロッパ法の歴史と理念』岩波書店 1978年、中村安菜「実務家サヴィニーの業績(一)」『法学研究論集』31号(2009年)127頁以下。なお、Landu (Ann. 64) S. 58 n. 4. によれば、A. Stölzel, Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. 2, Berlin, 1888, S. 550 ff. には、サヴィニーとボルネマンとの対立が記録されている。

69) Landau (Ann. 64) S. 64 ff.

70) Landau (Ann. 64) S. 65. によれば、ヘーゲル左派のガンズは ALR よりもフランス民法典を優れたものとしていた。

基礎となる3つの法に言及する。それはつまり、ローマ法、ゲルマン法、教会法である。まずゲルマン法は、戦闘能力ある自然人のみが法主体となれること、土地の総有、ゲヴェーレなどを特徴とした。ボルネマンは、ゲルマン法について述べる際、アルプレヒト (Wilhelm Albrecht, 1800-1876)⁷¹⁾ などの研究に依拠したが、ゲルマン法を理想化しなかった。ところで、このゲルマン法では、女性その他は法主体となれないことや、債務法・動産所有の観念がないことが問題であった。しかし、ローマ法によってこの欠陥が補われることとなる。すなわちボルネマンは、ローマ法継受、殊に教会における早期継受到言及し、それを肯定する。ローマ法によって、個人に法主体性が承認され、債務法が導入されたことが大きな成果であった。しかしここでも問題が残った。すなわち、倫理的観点に乏しく、エゴイズムが修正されることがなかった。この状況を修正したのが、教会法であり、個人に法主体性を承認するとともに、愛の観念によってエゴイズムを克服した。

このように、ドイツの法の基礎には3つの法があったわけだが、その統合が法曹の役目となった。法曹にこのような任務が託されるのは、サヴィニーと同様である。シュレーダーの言う「専門家ドグマ」が、ボルネマンにも継承されている。しかしサヴィニーと異なるのは、「パンデクテンの現代的慣用」の評価である。サヴィニーはこれを評価しなかったが、ボルネマンは、法曹がこの3つの法をドイツの風土に合わせて形成したものとして高く評価する。

そしてボルネマンは、キリスト教道徳や人間の生活原理の導入した更な

71) アルプレヒトについては、村上淳一「ドイツ法」碧海純一ほか『法学史』東京大学出版会 1976年、151頁、同『ゲルマン法史における自由と誠実』東京大学出版会 1980年、107頁以下。アルプレヒトは、ドイツ法上の所有権などをローマ法上のそれと同一視する見解を批判し、ゲヴェーレ (Gewere) というドイツ法上の独自概念を提唱した。しかしのちに、ゲルバーによって、アルプレヒトのゲヴェーレは批判されることとなる。

る発展として、普通法をもとにした立法⁷²⁾、つまり ALR を見た。その理由は、編纂者は、理性的・人倫的要求を重視し、とくにキリスト教理念を意識しなかったが、ALR は内容上これに合致するものであったこと、編纂者スワレッツの能力が高かったこと、世論を反映したものであったこと⁷³⁾、歴史的に地盤の弱い中で法典をつくりだしたこと（思考と理性の産物。ヘーゲルとガンズもこのような観点から ALR を積極的に評価した）、自由・権利の保障（法の前での平等、信仰の自由、裁判所の独立、地方自治など。もっともガンズは、この点については後見的として消極的にしか評価しなかった）であった。

第4節 19世紀以降の法発展⁷⁴⁾

ランダウが、ボルネマンの新しさを見出すのは、19世紀以降の法発展に関するボルネマンの見解である。

ボルネマンは、すでにみたとおり ALR を高く評価したが、しかしそれが完璧な法典であるとは考えていなかった。法典はあくまでも有限の能力を持つ人間によって作られたものであり、欠陥がある。それゆえに、学問と実務とが協働して法典を補充し、また修正していかなければならないと考えていた。ランダウは、法形成の主体を立法のみならず、学問と実務とに認めるボルネマンの見解から、「結論的には、このプロイセン一般ラント法の擁護者は、歴史学派の法源論からそう遠くない位置にいる」と評する。そしてボルネマンが、学問よりも実務の法を強調したことから、後の裁判官法（Richterrecht）を先取りしている、ともいう。また別の箇所でもランダウは、一見プロイセンの法実証主義のように見えても、文字に拘泥することなく精神の力によってその文字を修正していくことを学問と実務

72) ALR の素材については、石部・前掲注（50）134-135頁。

73) ALR は、その編纂過程で、草案が公表され、法律家だけでなく、「財産と教養」ある階層の意見が求められたことは、ALR が「世論にもとづく真理性」を主張するものであった、と見られる。参照、村上・前掲注（3）103頁。

74) Landau (Anm. 64) S. 78 f.

とに期待しており、それゆえその法実証主義は著しく緩和された、ともいう。

このようにボルネマンは、実務による法形成を強調するが、さらに法統一という観点からも実務に重要な役割を期待していた。つまり彼は、連邦レベルの裁判所の設立を構想し、その活動を通じてドイツ普通法を形成していくというプランを提示していた。その際、ボルネマンは、ローマの法務官と類比しながら、裁判所による法形成の可能性を見ていた。裁判官としての経験により、ボルネマンはさらに法実証主義とは遠ざかった。

ところで、プロイセンにおいて裁判官の活動やその判決が影響を持つことは、ALR 成立の当初は認められていなかった⁷⁵⁾。ALR は当初、旧体制からの脱却を図る目的で、裁判官の活動の余地を大幅に狭め、また判例を参照することを禁止し、法律に疑義ある場合には法律委員会に伺いを立てるよう規定していた。しかしこれらの事項に関する規定はすでに1798年に裁判官の活動が大幅に認められることによって修正された。さらに、ボルネマンも言及しているが、1836年8月1日の閣令によって判例の拘束力も強化された⁷⁶⁾。したがって、ALR 公布以後、19世紀前半を通じて、プロイセンにおいては、法形成における裁判所の位置づけが上昇してきたのである。ボルネマンの提案は、このような事情を背景としている。

第5節 『法発展』概観

ランダウはおもにボルネマンの『体系的叙述』から以上のような考察を行った。しかしランダウは、また前章第4節を述べるにあたっては、『体系的叙述』からおよそ20年後に刊行された、ボルネマンの晩年の書 *Die Rechtsentwicklung in Deutschland und deren Zukunft, mit besonderer Hinsicht auf Preußen*, Berlin, 1856 (以下『法発展』)も参照している。今後

75) 石部・前掲注(50)142頁以下。

76) 拙稿「法典と判例(1)(2・完)——バイエルンとプロイセンを素材に——」『早稲田大学法研論集』145号、146号(2013年)。

の筆者のボルネマン研究のために、ランダウの研究を参考に、『法発展』からボルネマンの思想として重要と思われるところを確認しておこう。

『法発展』は、全部で83頁である。構成は、「I. 緒言, II. 法発展の本質, III. 古代ローマの法と習俗, IV. ローマ法の、ローマの色彩をもつ世界法への継続形成, V. ドイツにおけるローマ法の受容と現代的慣用におけるその改変, VI. 私たちのラント法およびその他のドイツの立法における普通法の現代的慣用の継続形成, VII. 一般的な改正による、私たちの立法の不十分な継続形成の試み, VIII. 私たちならびに他のすべてのドイツの立法の継続形成の歴史的必然性, IX. 結語」である。「IX」では、『法発展』の要点が、ボルネマン自身によって簡潔にまとめられている。

以下では、上記の「I, II, VI, VII, VIII」の内容を中心に、(1) 法発展の本質, (2) ALR, (3) ALR, その他の法の改正, (4) 一般手形法などの立法, (5) 立法と司法に関するボルネマンの見解を確認する。

1. 法発展の本質

まずボルネマンは、ドイツにおける法発展の基礎にゲルマン法、ローマ法、教会法を置き、そこから普通法、さらにラント立法へという法発展のあり方を提示する⁷⁷⁾。そして、ドイツにおけるローマ法継受の問題、つまりどのようにして異民族の法であるローマ法がドイツで採用されたのかという問題を取り上げ、歴史法学派からはこれが説明できない、とする⁷⁸⁾。ではボルネマンは、この問題にどのように対応したか。

77) F. Bornemann, *Die Rechtsentwicklung in Deutschland und deren Zukunft, mit besonderer Hinsicht auf Preußen*, Berlin, 1856, S. 1. この点はランダウの論文からも確認したところである。

78) 歴史法学派の法成立論を使いながら次のように言う。「ボローニャで再発見されたユスティニアヌス帝のローマ法は、ローマという外国の、ドイツには合わない形態で、ドイツ民族の法生活へと浸透した。そしてこの浸透は、法発展の本質とは明白に矛盾していた。なぜなら、民族の法は、今日もはや疑いえないように、意思に基づく、立法者の一連の決定ではなく、言語や民族生活のあらゆる側面と同じように、内的なつながりを持ち、漸次的に発展する特定の民族精神の産物だからである。」(Bornemann (Anm. 77) S. 1.)

民族法は、すでに述べたように、本質的には個人の意思とは無関係の、漸次的に発展する民族精神の産物といってよいものである。しかし法発展は、植物の成長のように、目に見えない自然的必然性に従って生じるのではない。そうではなくて、法発展は、人間の行為の産物である。たしかにその行為は、その民族が法を理解し徐々に形成するように、法的な思考によって、ならびにその民族の特性によって規定されるが、しかしつねに人間の行為を通じて生じるものであり、それゆえ自由である。また、まさにそれゆえ、民族精神が進む道から逸脱し、また平穏な法発展に介入してしまうことは十分に考えられるだけでなく、経験に即してみても非常に頻繁に起こりうるので、法の発展というものは、表面にあるものにしたがえば、主に理性的な思考の作品あるいは意思の作品として現れうる⁷⁹⁾。

法実務家がこのような継受史の問題に取り組むことは、実務にとって一見すると無益なようにも見えるが、ボルネマンによれば、ひとつには私たちの法状態に関する正しい位置と視点を持つこと、もうひとつには法状態の更なる発展の必然性を正しく認識するためにも必要であると述べる⁸⁰⁾。つまり これまでの法発展の歴史を振り返ることは、これからの法発展の将来をどのような方向へとかじ取りするかということと大きくかかわっているのである。

上記の引用箇所をみてみよう。まずその前半で、法の継受において民族精神よりも人間の行為に力点が置かれていることに気がつく。ボルネマンが挙げる参考文献の中に「イエーリング『ローマ法の精神』」を見つけるこ

79) Bornemann (Anm. 77) S. 2 f.

80) Bornemann (Anm. 77) S. 2. ボルネマンのこのような将来志向と比較すると、サヴィニーの歴史形而上学は、法の将来を特定する目的を持たないという指摘は、興味深い。参照、守矢健一「サヴィニーの法学が採った、過去に対する態度について」村上淳一編『法律家の歴史的素養』東京大学出版会 2003年、5頁。

とができる⁸¹⁾。イエーリングの『ローマ法の精神』は未完のものであるが、その刊行年は、第1巻が1852年、第2巻第1部が1854年、第2巻第2部が1858年、そして第3巻第1部が1863年に刊行されている⁸²⁾。ボルネマンの『法発展』は1856年の刊行であるから、彼は『ローマ法の精神』第1巻と第2巻第1部が参照可能であったということになるだろう。

イエーリングは、『ローマ法の精神』第1巻第1部で、歴史学派の法成立論、ことに法の民族性からの法の生成論は実際のドイツにおける法発展とどのように折り合いがつかうのか（あるいは、つかないのか）、という問題に取り組んでいる。イエーリングはそこで、歴史法学派を批判し、「受容と同化」を強調する⁸³⁾。

ボルネマンが、上記の引用箇所の前半で述べるように、法発展における人間の行為を重視するのは、イエーリングの影響があるのかもしれない。

次に、上記引用部分の後半では立法に言及している。法発展における人間の行為として立法（「理性的な思考あるいは意思の作品」）を取り上げるものの、しかしこれは民族精神を誤ることもある、という。そして、このすぐ後の別のところで、「まず諸国民には——現に存在する悪い状態や、予想される悪い状態に対処するために——民族精神に対応した法発展とは矛盾する法規定が強制されることがまれではない。しかし、このような干渉は、その限りであり、いつでも一時的なものでしかない。民族精神は、そのような規定を無害なものとするか、あるいは回避可能なものとする方法を見つけることをいつでも教えている。その結果、そのような法規定はときとともに、はっきりと廃止されることがない場合でさえ、後方へと追いやられるのであり、そして民族精神に規定された法発展に覆い尽くされる

81) Bornemann (Anm. 77) S. 2 n. 1.

82) 平田公夫「ルドルフ・フォン・イエーリング」勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』ミネルヴァ書房 2008年、338頁。

83) イェーリング（原田慶吉監修訳）『ローマ法の精神 第一巻（1）』有斐閣 1950年、10頁。

のである。』⁸⁴⁾と述べ、ボルネマンは、民族精神が、それに適わない立法の規定が置かれた場合にも、その不都合を克服しうることを強調する。

もちろんボルネマンは、後にも見るように、立法がもたらす利益についても否定はしない⁸⁵⁾が、しかし現に立法の規定による不都合を克服したプロイセンの例として「契約の形式性」の問題に言及しながら、次のように述べる。

とはいえ、良き立法者は、法発展を促進する側面と並んで、弱い側面も持っている。すでに述べたように、彼らは、誤りと逸脱による法規定をも定めてしまうことを避けることができないし、また進歩する法発展を止めるかのように反対してしまうこともある。しかし、こういったことを通じて、民族精神の生産的な力は押し殺されてしまうことはなかった。……まず民族精神の生産的な力は、変化に適した法観念あるいは新しい法観念を……ある程度有効にするために、つねに方法を見つける。次にこの法観念は、時とともに圧倒的な影響力を獲得し、裁判所もますますその法規定の、その法観念に対応する意味に達するようになる。最後には立法でさえも、その法規定を排除するよう強制される。例えば、私が書面での契約について述べた研究で示したように、わたしたちのラント法とは矛盾する法意識が、規定の意味と適用に対して、本質的な影響をもたらしたのである。……⁸⁶⁾。

以上からわかるように、ボルネマンは、おそらく自らの経験をもとにして、

84) Bornemann (Anm. 77) S. 3.

85) 例えば、「大まじめで、献身的な誠実さで、下心なく行われたすべての良き立法は……つねに民族特有の法発展の強力な推進方法である。なぜなら、立法によって、生成している多くのもの、あるいはなおも定まらずにあちこちと動く多くのものが、姿を見せるよう促され、民族の法意識に対応した確定物へともたらされるからである。」(Bornemann (Anm. 77) S. 4.)

86) Bornemann (Anm. 77) S. 4 f.

法形成における実務の役割を重視している。ボルネマンの視線は、ランズベルクが考えていたのとは違って、不完全な立法の、実務による補完にあると言えよう。

ところで、ここで再び、イエーリングの見解と比較してみる。イエーリングは、時期はやや異なるが、『権利のための闘争』において、法発展が闘争の法則に服すること⁸⁷⁾、たしかに有機的・内的発展として取引や学説にも意義あること⁸⁸⁾、しかしこれら2つの力は制限されたものであって、法発展の新たな方向を定めることができるのは法律〔制定法〕だけであること⁸⁹⁾を述べる。

『権利のための闘争』は、イエーリングが1872年3月にウィーン法律家協会で行った講演をもとに、同年7月に刊行された⁹⁰⁾。ボルネマンへの言及はないが、イエーリングはボルネマンの『法発展』を参照しうることになる。ボルネマンは立法よりも民族精神（と実際の取引、司法）の方が法発展に寄与すると考えていたから、イエーリングの見解はボルネマンの見解と逆になっているといえよう。

2. ALR

ボルネマンは、実務の役割を重視しているとはいえ、法発展の歴史の中で立法に否定的な態度は見せていない。特に自国の法典であるALRに対する評価は良い。サヴィニーは『使命』でALRを批判的に評価するが、ボルネマンはそれらについて逐一批判をする。

まずボルネマンは、立法に批判的なサヴィニーの見解⁹¹⁾に対して、実際

87) イェーリング・前掲注(23)33頁。

88) イェーリング・前掲注(23)34-35頁。

89) イェーリング・前掲注(23)35頁。

90) 平田・前掲注(82)344頁。

91) ボルネマンはサヴィニーの見解を次のようにまとめている。「それに対して、ラント法制定の当時は立法には向いていなかったという見解がますます繰り返して見られるようになり、それだけこの見解はスローガンとなって、あらゆる包括的な立法は悪であるという見解にまで発展したのだった。フォン・サヴィニーがまず、『立法に対する私たちの時代の使命』という有名な書で、はっきりした断

に立法が行われている事実を理由として挙げ、批判する。すなわち、「そうではなくて、ドイツにおける多くの国家で、民族と政府の側が、普通法にかわる包括的な立法を目指していった。したがって、こういうわけであるから、サヴィニーらの帰結はもう、疑義があり、理由がない。」⁹²⁾。この点は、先に見たガンスの批判と共通するところである。

次に、ボルネマンは、法曹の能力に関するサヴィニーの低い評価（『使命』原著84頁以下）を引用し⁹³⁾、それに対して、近代以前の法曹の活動と、その成果である普通法を評価する。そして普通法からラント立法へというプロセス、前者から後者への立法化の歴史的必然を強調する（「ラント法に対するこのような〔サヴィニーの〕見立ては、多くの真理と、将来の立法のために心に留め置くべきいくつかの示唆がある。しかし、私たちのラント法とそれ以前の法状態の関係、また法状態に実際に含まれる継続形成が、フォン・サヴィニーによって、十分に評価されていない。〔原著改行〕まず立法の介入は避けられない必然であった。過去2世紀にわたるすべての活動は、すでに述べたように、継受ローマ法と伝来の古ドイツ法とを……純化されたドイツの法意識にもとづいて民衆の生活に適合させることであり、また民族特有の法に作り替えることであった。これは、法曹身分を、特別の地位にまで押し上げることとなった。しかし、ゆだねられた素材が法曹に与える踏み越えられない限定と、すでに述べたその他の理由から、法曹身分は、必要のためには不十分な、現代的慣用の規定を超えることができなかつた。現にある法素材をさらにつくりかえ、継続して形成することは、まず、より高次の権力、立法にゆだねられた。」⁹⁴⁾）。普通法に

↘ 固たる態度を以って、真の、さらに喚起的な見解、つまりすべての法は創られたものではなく成るものであり、法はすべての民族の精神的存在の一側面であり、民族とともに生まれ、成長する、という見解を述べた」(Bornemann (Anm. 77) S. 45.)

92) Bornemann (Anm. 77) S. 45.

93) Bornemann (Anm. 77) S. 45-47.

94) Bornemann (Anm. 77) S. 47. 引用部分の末尾にあるとおり、ボルネマンは、普通法を生み出したドイツの法曹を高く評価しつつも、更なる発展のために立法 ↗

対する高い評価については、ランダウの論文から確認したところである。

また、ボルネマンは、サヴィニーの歴史的方法（『使命』原著111頁以下）も挙げ⁹⁵⁾、これに対して、その負の帰結（つまりローマ法化、ゲルマン法化）を批判し、ALRの基礎となった普通法を高く評価する（「法素材の歴史的な基礎づけというのは、明らかに、フォン・サヴィニーのような偉大な精神の中で行われ、下等な未熟者へと消えてしまわないならば、非常に高く評価され、その正しい使用において、生命（司法 **Rechtsanwendung** と立法）のために、わたしたちの視線を今日のためにも研ぎ澄まされたものとしてくれるかぎり、多くの実りをもたらすであろう。……。私たちの法素材の歴史的な基礎づけは、事物の性質にしたがえば、また経験に即してみても、成ったものと成るものとを避けてしまう方向に導き、……。ドイツの民族の純化された法意識がすでに生み出したものやこれからさらに生み出そうと努力したものを、再びローマ化したり、再びゲルマン化したりする方に導く。過去数世紀において——ローマ法、ゲルマン法の存在、およびキリスト教の影響を通じて——漸次的に形成され、現にドイツ民族の中に生き、そして繰り返し現れてきた法意識は、たんにローマ的なもの、たんにゲルマン的なもの、たんに古ゲルマン的なものではなく、私たちの3つの法の基礎から生じ、それ自体において分かちがたく結びついたものである。ひとつの法意識は、ある理論のためにローマ法に、他の理論のためにゲルマン法に分解されるのではなくて、全ての理論のために同一の内容と方向性をもっている。私たちは、この法意識によって、密接な古ドイツ

が必要であったと考えている。サヴィニーの歴史的方法を批判する別の箇所でも、「歴史法学派は、『現代の』法に関して、私たちを手助けしてくれることはなく、再び過去の法を今日のものとして私たちに与えようとする。普通法の国における司法は、本質的に、引き継がれた現代的慣用にとどまったままであり、依然、更なる法発展のために無力であることを示した。したがって、充足することを目指し、努力する法意識は、他の国家においても、どんな警告と妨害があれども、包括的な立法へと駆り立てたのであり、おそらくいたるところで、それへと駆り立てられているのである。」(Bornemann (Anm. 77) S. 50.) と述べる。

95) Bornemann (Anm. 77) S. 47 f.

の法命題から離れ、私たちの先人は、同じこの法意識によって、伝来の素材、とくにローマ法を……その土地の法に作り変えていった。この法意識によって、つまりたんにローマ的でもなく、たんにゲルマン的でもない思考によって、成ったものからの成るものの真の歴史的な継続発展において、普通法の形成だけが可能であったのであり、可能なのである。』⁹⁶⁾。

そして、サヴィニーが立法を意思決定（恣意）と理解したことに対しても、ボルネマンは、ラント法は、編纂者の恣意などでは決してなく、理性的作品であると反論する（「つまり目指したのは、ローマ法大全（*corpus juris*）の中のまだ適用可能なローマ法のかわりに、現存の普通法の中から、ラントの国制と理性に基礎づけられた法を加工すること、であった。この時、彼らにとって、理性法あるいは自然法は、たんなる思いつきの人為的な法ではなく、一般的な法原則から演繹的に導き出したものではありえなかった。そうではなくて、理性法あるいは自然法という言葉で彼らが理解したものは、現存の法の中で彼らが理性的であり自然的であると認めたもの、それゆえ彼らの方向性と公平さにおいて、覆い隠されていたドイツ人の純粋な法意識が要求するものであった。』⁹⁷⁾）。この見解は、ヘーゲルが『法の哲学』（§211）⁹⁸⁾ で述べていたことに近いように思われる。

ボルネマンはこのように、一方で ALR 編纂者のカルマー（Johann Heinrich Casimir von Carmer, 1721–1801）やスワレッツ（Carl Gottlieb Swarez, 1746–1798）らの努力によってつくられた ALR の完成度の高さを称賛するが⁹⁹⁾、他方でラント法の欠点（つまり、人間の作品ゆえの不完全さ、

96) Bornemann (Anm. 77) S. 48 f.

97) Bornemann (Anm. 77) S. 51.

98) ヘーゲル『法の哲学』（§211）は、ヘーゲル・前掲注（35）を参照。

99) 「このラント法は、それ以前の数百年に現れ、増してきたドイツ人の法意識のすぐれた成果であった。この法典において、普通法では非常に不完全であり、また覆い隠されていた事柄が有効となり、より完璧に、一部は多くの同時代人の想像以上に、その姿を現した。ドイツ人の法意識が普通法の中に隠し、あるいは個別の現象に呼び起こすことのできた根本原理が、このラント法において、そしてこのラント法の……生き生きした力を通じて、生成した。」（Bornemann (Anm. 97) S. 51.）

ローマ法的色彩の残存，詳細な個別規定，法学と法実務の低い位置づけ）や，19世紀以降の生活の変化（株式会社，委託販売など）に対応できないことに言及する¹⁰⁰⁾。

この欠陥を補うために，ALRの成立当初には裁判官に認められていなかった法解釈などの裁判官の自由な活動が，後になって認められるようになったということを好意的に受け止めている。すなわち，「その内的本質にしたがえば，私たちのラント法は，恣意の作品ではなく，歴史の経過の中で，とくにローマ法が私たちの法を覆っていく中で，徐々に強化され，純化されていったドイツ人の法意識の必然的産物である。……しかし果実をもたらすためには，その精神に精通する法学と司法の，強化し，生き生きと活動する「生きた声 (viva vox)」が必要であったし，必要である。〔原著改行〕しかし法学と司法の，立法に対する必然的な関係は，フリードリッヒ大王とラント法編纂者には，まったく明らかではなかった」¹⁰¹⁾が，「しかしこのことは，後の命令によって行われ，それ以後，裁判官には完全な範囲で法典に対して生き生きと適用し，作用することが可能となり，最近では裁判官の権限の制限がいくらかあったが，「全体としてみれば，裁判官の地位に生き生きとした作用の可能性が与えられている。」¹⁰²⁾。

ALRをめぐることは，その基礎となった普通法，実際できあがった法典，そして法典との関係での実務の地位向上に関して，ボルネマンは好意的であった。

↙ 77) S. 52 f.)

100) Bornemann (Anm. 77) S. 53 ff.

101) Bornemann (Anm. 77) S. 57. 生成する民族精神には法学と司法が必要であることは別のところでも強調されている。例えば，「しかし次に，生き生きと成る力が，自らを，新しい豊かな，より貴重な果実を生み出す力であることを証明する。この力は，学問と司法との「生きた声」に自身を現す。」(Bornemann (Anm. 77) S. 56 f.)

102) Bornemann (Anm. 77) S. 58. 「後の命令」とは，1831年8月1日閣令のことである。

3. ALR, その他の法の改正

これまでの18世紀に行われ ALR 編纂という大事業を称賛してきたが、19世紀に入って行われた ALR, その他の法の改正については、ボルネマンはあまり評価していない。改正は、時間や労力をかけないこと（「しかし改正に慣れてしまうことは、現行法の一般的な改良の方法として、非常に疑わしく、かつ危険である。改正は、基本的に、それほど時間と労力をかけることを要求することができない。だから受け継がれてきた法素材あるいはそのすべての部分の徹底的な精査と修正よりも、個別的な改正のほうをより容易に決めてしまう。」¹⁰³⁾）、また慎重さに欠けること（「これに加え、改正は、事物の本性にしたがってみても、また経験に即してみても、つねに法全体を視野に入れなければならない包括的な立法において、慎重なすべての人たちが自らに強い、配慮と慎重さをもつて起草されることは、まれである。その結果、経験が教えているように、改正は、新しい改良的な改正へ、さらに再び補充的な改正へと行き着くことがまれではない。」¹⁰⁴⁾）がその理由である。

4. 一般手形法などの立法

ボルネマンは、普通法は純化された継続的に進歩するドイツ人の法意識であること、これが、プロイセンのみならず、各ラントの立法は共通の指導原理であること、しかし諸国家の独自立法へと至ることによって共通の結合が破壊されたこと、これによる不利益が生じていることに言及した¹⁰⁵⁾のち、「そこで私たちの努力は次のことがらに向かわなければならない。すなわち、より高次の、共通の結合によって、この欠陥をおぎなうこと、である」¹⁰⁶⁾ という。

ドイツの全体的な結合の例として、ボルネマンが挙げるのは、関税障壁

103) Bornemann (Anm. 77) S. 61.

104) ebd.

105) Bornemann (Anm. 77) S. 63.

106) ebd.

の撤廃や鉄道敷設による人的・物的交流，領邦国家をまたぐ共同経営などがある¹⁰⁷⁾。そして「こういった事実から，共通の法的結合を求める方向を，絶えず駆り立てなければならぬし，ますます力を与えていかなければならない」¹⁰⁸⁾という。その成果として，一般手形法（1848年）が実現し，次は商法，また民法の中でも契約法に関して統一の必要があるという¹⁰⁹⁾。この時，一般商法典（1861年）やドレスデン草案（1866年）はまだ一般には知られていない。

このようにボルネマンはドイツ全土における法統一を目標として，実際そのために行われた立法を好意的に評価している。

5. 立法と司法

最後の章「Ⅷ」では，将来（19世紀後半）のドイツにおける法発展の展望について述べられる。すなわちここでは，ランダウが高く評価する，立法と司法との協働による法発展の構想が打ち出されている。

すでにみたように，ボルネマンは，ALR を高く評価しつつも，社会変化には対応しきれていないこと，しかし改正ではなく，司法の力によって対応すべきと述べていた。同じことが，前章でみたドイツの立法についても言われる。

まず，ALR は，抽象的原理よりもカズイスティックな規定を置き，裁判官に活動の余地を与えていなかった¹¹⁰⁾。もちろんこれは（とくに後者は）後に改められるのであるが，ボルネマンは，ここで法発展のために裁判官に「いわば準法務官的な作用の可能性を認める」こと¹¹¹⁾の重要性を説く。ボルネマンのいう裁判官の準法務官的活動とは，裁判官による，法の補充や修正と，法の統一である¹¹²⁾。現在では「裁判官はもはや，計画にもとも

107) Bornemann (Anm. 77) S. 64.

108) ebd.

109) Bornemann (Anm. 77) S. 64 f.

110) Bornemann (Anm. 77) S. 71.

111) ebd.

112) 「したがって第一に，市民法の促進，補充，修正をおこなうこと，第二に，そ

とあったように、主に法律の機械的適用を義務づけられることはない。そうではなくて、裁判官は、法律の範囲内で、自由な活動と生き生きした影響の能力がある。」¹¹³⁾。こういった活動は、1836年8月1日の閣令によって可能となった。改めて次のように言う。

最高裁判所といえども、自由に法律を破っていいというわけではない。その限りで、最高裁判所の作用にも制限がある。しかし、最も多くの事例で、研ぎすまされた法学的洞察力と、長年の経験とによって形成されてきた生き生きした法意識は、同僚と協力しながら、ラント法が不十分であったり、あるいはすでに過去のものとなってしまったりしたときには、正しい道へと到達することになる¹¹⁴⁾。

そして、法形成のための、裁判所へのボルネマンの期待は、改正よりも非常に高い。それは、例えば次のような言葉にもみられる。

最高裁判所は、法適用に対する影響力および形成行為のために、改正による補充的立法よりも、原則として確かに適している。改正というのは、すでに言及したように、法の継続形成にとっては、相当に疑わしく、かつ危険な方法だからである。それは、改正が、包括的な立法とその法典の包括的な適用にはつきものの配慮と慎重さをもって起草されることはまれだからである（61頁以下）。それに対して、くりかえし精査することによって、はじめの事例に取り上げられたことが、その確認やあるいはもっとはっきりと真の法と対応する理解をもったのち、最高裁判所は、一連の事例から、最終的にそれ自体として確認

✧ の権威の効果によって、他の裁判所の方向性を、それらの裁判所の自律性を損なうことなく、決定すること、そしてその結果として法原理の統一をもたらし、かつ維持すること、である。」(Bornemann (Anm. 77) S. 72.)

113) Bornemann (Anm. 77) S. 71.

114) Bornemann (Anm. 77) S. 72.

する法原理を生み出すことができる。さらに最高裁判所は、形成中の法関係の場合には、その発展を追求することができる。ゆっくりであっても、着実に徐々に法関係の真の本質が要求するものを獲得することを追求することができる¹¹⁵⁾。

以上は、ALRに即して述べられていたが、つづいて、ドイツに立法についても、とくに法統一のためにも実務が重要なものと見られている。

私たちが今、すでに手形法に関して成立し、また生活の他の分野の法でも叫ばれている、普通ドイツ立法へと向かうならば、この立法のためにも、準法務官的な力を持った機関が、急いで必要であるように思われる。事物の本性から言えることは、ドイツの様々な領邦国家の裁判所が、あらゆる点で一致せず、それぞれの判決で、いくつかの点に関して、異なった法原理を立てているということである。これは手形法との関係ですでにみられたことである。もしこれに対処しないならば、時とともに再び、共通の立法から、すべての領邦国家で特殊な法ができ、そして最後には共通性が失われてしまう¹¹⁶⁾。

こういった法実務への高評価と期待のもとに、上の引用箇所にもすでに含

115) Bornemann (Anm. 77) S. 72 f. この他にも、「法発展は、すでにみたように、静止しているのではなく、また縛りつけられているわけでもない。成りつつある法は、成った法に対して、余地と承認を求める。継続的な純化と発展のなかで得られた法意識の諸要求は、実現されることを望む。改正は、その要求を充足するための、疑しい方法であり、またもっとも必要な場合〔緊急事態〕にだけふさわしい方法である。したがって、法律の制限の範囲で、今日の現実の法であるものを認め、確かめることは、法学と結びついた司法、特に争いとなっているすべての法的問題がその法廷にやってくるころの最高裁判所に委ねられ、託されている。このことは、私たちの場合も、1836年8月1日の閣令と1856年5月7日法律によって行われている。」(Bornemann (Anm. 77) S. 76 f.) など。

116) Bornemann (Anm. 77) S. 78 f.

まれていることではあるが、ボルネマンは、ドイツにおける統一的な裁判所の設置を提案する。

〔各領邦国家の〕最高裁判所の間の判決に今日および将来の普通ドイツ立法との関係で現れるばらつきを平準化することは、立法の介入を正当化する可能性があるもっとも必要な場合〔緊急事態〕を除いて、裁判所に頼らずに行うことは、非常に疑わしいことである。それゆえ、この目標を達成する簡単な方法は、普通ドイツ立法のために、ドイツのなかにひとつの共通の裁判所を設立することである¹¹⁷⁾。

これは、1850年代における、ひとりの法実務家の将来的な構想である。ドイツで再び統一的な裁判所が設置されるのは、神聖ローマ帝国時代の帝国裁判所が消滅してからおよそ70年が経過した、1879年の帝国裁判所(Reichsgericht)の設置を待たなければならない¹¹⁸⁾。ボルネマンの構想が実現されるのはまだ先のことである。

6. 小 括

以上で『法発展』の概観を終わる。論点が多岐にわたるため、簡単な要約は許されないが、確認しておくべきことは、ボルネマンは、立法(ALR、一般手形法など)を重視しつつも、さらなる法形成や法統一のために司法(プロイセンの裁判所、提案としてドイツに共通する裁判所)を重要な位置につけていたということである。

このような柔軟な態度は何によるのか。ひとつには、ボルネマンが、一部の分野を除けば、政治的な状況として法典化まだ距離のある過渡期に生きていた、ということである。特に民法典の準備は、『法発展』のおよそ20年後の1870年代から始まり、公布は1900年である。このような状況で立法よりも司法を重視したと考えられよう。もうひとつは、ボルネマン自身の

117) Bornemann (Anm. 77) S. 80.

118) ミッタイス・前掲注(23) 555頁。

経験であろう。ボルネマンのキャリアは、まず普通法の妥当する裁判所での勤務から始まり、のちにプロイセンに移ることになる。つまり、法典のないところと、法典のあるところでの両方の実務を経験したわけである。法典のないところでは裁判官による法形成が目立つことになるであろうし、また法典のあるところではそれを大いに利用することになるだろう。このようなボルネマン自身の経験が、立法と司法との協働という方向へと向かわせたとも考えられる。

第5章 19世紀後半—ズーム

前章でみた過渡期を経て、19世紀後半の学者の動向はどうだったであろうか。少し時間を戻して1840年代からみれば、その時にはゲルマニスト¹¹⁹⁾らからの立法の要求が大きかった。しかし、1850年以降には、ロマニストも同じ要求を掲げることとなる。そして決定的な出来事であるのが1860年代のドイツ法曹会議である。これにはゲルマニストとロマニストがともに参加し、会議設立の目的として法の統一、法典編纂を掲げた。ここでの債権法起草の要求がドレスデン草案作成の刺激となった¹²⁰⁾。

この時期の学派の分布を理解するためにはゲルマニストとロマニストという二分法では不十分なところもあるが^{s121)}、まずロマニストの変化については、ヴィントシャイト (Bernhard Windscheid, 1817-1892) の見解を追うのがよいであろう。彼は、『パンデクテン』の第3版 (1870年) では立法は第一の法源ではないことを明言していた¹²²⁾ が、続く第4版 (1875年) では

119) 例えばベーゼラーについては、吉永圭「19世紀前半のドイツ立法思想」『大東文化大学法学研究所報』第33号 (2013年)。

120) 平田・前掲注 (13) 166-175頁。

121) ゲアハルト・ディルヒャー＝ベルントーリュウティガー・ケルン「19世紀法律学的ゲルマニスティックとドイツ法史学の伝統」『岡山大学法学雑誌』42巻1号 (1993年)、99頁以下。

122) もっともヴィントシャイトは、『パンデクテン』第3版よりも早い時期、つまり1858年の「ドイツにおけるローマ法」でも立法が決定的であるとは述べている (参照、平田公夫「ドイツ民法典編纂過程の諸特徴」『法學會雑誌』(岡山大学) ➤

立法の優位と説くに至っている¹²³⁾。

また、イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818–1892) もまた、1872年にウィーン法律家協会で行い、後に刊行された『権利のための闘争』において、1870年代のドイツにおける経済的發展を背景とする国家共同体優位の状況を前提に、法は国家制定法として、また権利も法律によって付与されたものとしている¹²⁴⁾。

「法狭義学に仕えようとする『法科風法制史』の徒」¹²⁵⁾であるゲルマニストのゾーム (Rudolf Sohm, 1841–1917) についても、ヴィントシャイトと同じような変化がみられる。ゾームは、『フランクの国制と裁判制度』(1871年)や『国家と教会との関係』(1873年)では、国家には立法権なく、執行権あるのみとしていたが、帝国立法の活性化の時期を経て、『フランク法とローマ法』(1880年)では国家の立法権を承認するに至っている¹²⁶⁾。また、『現代私法・公法雑誌 *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*』第1巻(1874年)の「ドイツの法發展と法典問題 *Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codifikationsfrage* (以下「法典問題」)」でも、立法は(政治的事件や政治的動機の帰結だけではなく¹²⁷⁾)法

45巻4号(1996年), 5頁)。

123) ヴィントシャイトの変化については、児玉・前掲注(30)138頁以下も参照。児玉論文では、サヴィニーの存命中の、シュタール (Friedrich Jurius Stahl, 1802–1861) の法実証主義にも言及している。

124) イェーリング・前掲注(23)35頁, 145頁以下。なお、發展思想を扱うテーマ・前掲注(68)では、サヴィニーとイエーリングが中心的に扱われている。

125) 西村稔『知の社会史』木鐸社 1987年, 183頁。ドイツ民法典編纂期における、同じくゲルマニストのゲールケとの対立については、西村・同書, 183頁以下に詳しい。

126) 村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』東京大学出版会1980年, 184頁以下。

127) もっとも、例えばライン同盟やウェストファーレン王国など、フランス(法)支配がドイツに及ぼした影響も過小評価することはできないであろう(参照, 成瀬治ほか編『世界歴史大系ドイツ史2』山川出版社 1996年, 184頁)。ウェストファーレン王国の支配下に入ったヘッセン選帝侯国の農民解放のプロセスとそれに関係する諸立法について、坂井栄八郎『ドイツ近代史研究——啓蒙絶対主義か

発展の内的帰結であること、法の分裂とそれを克服する法統一の必要性、学問的かつ実際の法典の作成を主張した¹²⁸⁾。

ゾームは、「法典問題」で、16世紀のローマ法継受以降、外国の法であるローマ法と自国の法であるドイツ法との対立、ローマ法に基づく普通法と地方特別法との対立があることを指摘する¹²⁹⁾。1806年の神聖ローマ帝国崩壊後は、普通法が消滅したわけではないが、法発展は地方特別法によって担われた¹³⁰⁾。そして、法設定の方法として、立法が重視される。すなわち「私たちの時代では、慣習法は、改革理念を新たに生産する能力はない。……意思が、法を生み出す唯一のファクターであ[る]……。それゆえ、わたしたちの時代は、立法者の意思が、法生産のために、第一位に置かれる。制定法は近代の法発展の担い手である。」¹³¹⁾。19世紀前後は「法典化の時代」であり、プロイセン、フランス、オーストリア、ザクセン、バイエルンの各法典がつくられ、普通法は適用されなくなっていった¹³²⁾。

しかし19世紀後半には、普通法のみならず、地域特別法をも廃止すべき時であるとゾームはいう。また彼の時代の課題として、統一的なドイツ法の必要性をも主張する。すなわち、「ドイツ地方特別法の廃止、普通法の廃止は、帝国権力の課題である。唯一かつ統一的なドイツ私法であるところの、絶対的な普通法を打ち立てることが問題である。法典化は、それが私法の画一化、普通法と地方特別法との対立の廃止である限りで、正当である。」¹³³⁾。ゾームによれば、普通法は、よその、また時代遅れの法という

↘ ー 近代的官僚国家へ』山川出版社 1998年、参照。

128) 平田公夫「ドイツ民法典編纂史の諸相」『法学会雑誌』（岡山大学）47巻1号（1997年）、20-21頁。

129) Rudolf Sohm, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codifikationsfrage, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 1, 1874., S. 246 ff., 259 ff.

130) Sohm (Anm. 129) S. 265.

131) Sohm (Anm. 129) S. 265 f.

132) Sohm (Anm. 129) S. 267.

133) Sohm (Anm. 129) S. 273.

だけでなく、(サヴィニーの研究によって) 不正確な法であることが分かったために廃止されるべきであり、地方特別法は、それが経済的な制約となっていることから、廃止されるべきである¹³⁴⁾。そしてあらためて強調されるのは、立法という法設定の方法である。つまり、「ここでいう法典化は、帝国立法による法典化である。それは、プロイセンの、あるいはザクセンの法を生み出すのではなく、ドイツの法を生み出すのである。」¹³⁵⁾。

ここで、ボルネマンとゾームを比較してみると、ボルネマンは(裁判官としての自身の経験も大きかったであろうが) 1850年代という過渡期において立法よりも法実務を重視していたのに対して、ゾームは、1870年代の帝国の建設の時代に国家制定法を重視している。時代の変化と法形成主体の変化との対応関係を、この2人の法発展観からみることができる。

お わ り に

本稿では、19世紀前半の立法をめぐる思想を見てきた。今一度その内容を簡単に確認すれば次のとおりである。

まず、19世紀前半の立法の状況について概観を得た。例えば手形法、商法、契約法など、おもに経済領域に関して、領邦国家とドイツ全体の両レベルで立法が多く行われた。

次に、実定性・実定法・ALRの評価・法源の諸点に着目しながら、1814年の法典論争における立法に関する見解、特にサヴィニーの否定的見解と、ヘーゲルの肯定的見解を確認した。

そして、プロイセンの司法官僚ボルネマンが提案する、立法と司法との協働関係についてやや詳しく見た。もともとランズベルクによってプロイセンの法実証主義者というレッテルを貼られていたボルネマンであるが、ランダウが言うように、彼の著作はそのような簡単な評価を許すものではないことが分かった。ボルネマンは、立法(ALRと、手形法などのドイツ

134) Sohm (Anm. 129) S. 274 f.

135) Sohm (Anm. 129) S. 278.

立法)を評価してはいるが、それとともに、自らの実務経験を生かし、また同時にサヴィニーやイエーリングなどの理論を批判し、また摂取しながら、法形成、法統一の将来的な道筋として、立法と司法の協働（特に後者を重視）という構想を提示していた。

最後に、ヴィントシャイトなどから、学者の見解も、制定法を重視する方向へとシフトしていったことを確認した。特にゾームは、帝国権力を背景とするドイツ統一法の立法を強く主張していた。

このように、本稿は、19世紀における立法およびそれをめぐる思想を確認して、終えることにしたい。次の課題は、ボルネマンが提示した法形成の構想に関する具体例を、彼の指示を参考にしながら、追究することである。具体的には、ボルネマンは、『法発展』(S. 5. und S. 72.)で、自身の書 *Erörterungen im Gebiete des Preußischen Rechts*, Berlin, 1855の参照を指示し、裁判所による法形成のひとつの実例として「契約の形式性」¹³⁶⁾に関するプロイセンの動向を挙げているので、これを分析したいと思う。

[付記1] 本稿は2014年度日本法哲学会ワークショップ「立法をめぐる法思想——19世紀におけるドイツとイギリスを中心にして——」(2014年11月8日(土)、京都大学)のために準備したものです。多くの方から有益なコメントをいただきました。ここに厚く御礼申し上げます。

[付記2] 本研究はJSPS 科研費26885115の助成を受けたものである。

136) 例えば、小野秀誠「契約の成立における方式と自由(一)」、池田清治「契約交渉の破棄と責任(七・完)」『北法』43巻などが参考になろうか。