

<研究ノート>

19世紀前半における 判例についての覚書*

鈴木 康 文

はじめに

第1章 判例

第1節 裁判慣行と慣例

第2節 問題点

第2章 歴史法学派の態度について

第1節 サヴィニーとプフタの違い

第2節 プフタの法実務への関心

おわりに

はじめに

本稿は、19世紀前半のドイツにおける判例や法実務について、その内容や問題点、また、それに対する法学者（の中でも特に歴史法学派）の態度をまとめたものである。

第1章 判例

本章では、19世紀前半のドイツにおける判例とは何であるか（第1節）、また当時その何が問題とされたか（第2節）、を確認する。

* 本稿は第69回法制史学会総会（2017年6月4日、京都産業大学）での報告内容の一部をもとにしている。報告の機会をくださった耳野健二先生（京都産業大学）と、当日の司会をお引き受けいただいた松本尚子先生（上智大学）に御礼申し上げます。また、報告に関するご質問やアドバイスをくださった先生方にも御礼申し上げます。

第1節 裁判慣行と慣例

近代ドイツで判例が問題とされる時、より詳しく言えば、裁判慣行（Gerichtsgebrauch）と慣例（Observanz）が取り上げられなければならない。

（一）裁判慣行

当時、判例は、慣習法の上に築かれ、裁判慣行という概念のもとで議論された¹⁾。裁判慣行は、慣習法と同じく、継続的慣行と妥当性の信奉によって成立する。慣習法と裁判慣行の違いは、形成主体にある。すなわち前者は民衆、後者は裁判官である²⁾。

当時の法律辞典を見ると、たしかに裁判慣行の説明は「慣習法」の項目にある。それによれば、まず慣習法は「一般的意味でいえば、慣習法とは、〔広い〕法的意味の不文法と同義である。だからそもそも立法権力による明示的な命令がなくとも成立する法規範のすべてを指す。しかしより厳密な本来の意味では、すべての民族の意識に直接に生き、そのため民族の意思に直接的な生産物としてある法規範である」³⁾。そして、法曹身分と法曹法について次のように説明される。

「個別的により正確に法を形成し適用することは、その思考の領域にお

1) ハイント・モーンハウプト（松本尚子訳）「17～19世紀ドイツにおける法源体系内の法律、特権、判決、国制」『法制史研究』48号、1998年、165頁。Vgl., Heinz Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität, in: Friedrich Battenberg/Filippo Ranieri (Hrsg.), Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, Weimar, 1994, S.403–420, hier S.416.

2) ゲアハルト・ディルヒャー（海老原明夫訳）「慣習法の理論」海老原明夫編『法の近代とポストモダン』東京大学出版会、1992年、115–116頁。

3) von Salz, Art., „Gewohnheitsrecht“, in: Julius Weiske (Hrsg.), Rechtslexikon für Juristen alter deutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft, Bd.4, Leipzig, 1843, 836 ff., hier S. 836–837.

いて民族の一構成部分として全体を代表する法曹身分の特殊な使命である。こうした方法で形成される法は、すでに上で言及したように、その現象形態にのみ見たがえば、民族の意識のなかに直接的に息づく法とは異なるものである。しかし法曹身分は、法の形成における民族の代表者として、2つの仕方でも有効である。すなわち、ひとつは法曹が法を具体的事例に適用することによって、もうひとつは法曹が法を学問的方法で意識に上らせ叙述することによって。このような機能の相違にしたがえば、法曹は実務家と理論家に分けられる。実務における法曹の仕事で生じる法曹法は、裁判慣行 (der Gerichtsgebrauch)、実務 (die Praxis) (usus forensis, auctoritas rerum judicatarum, consuetudo judicariam usus fori) である。なぜなら、この法曹法の存在は、裁判所が判決を下す際の法曹の慣行に現れるからである。[他方、]法曹の形式的、純粹に学問的で形式的な活動の帰結において姿を現す法曹法は、理論 (die Theorie)、学者の意見 (die Meinung der Rechtsgelehrten)、学問法 (das wissenschaftliche Recht) (communis doctorum opinio, auctoritas prudentum) である。]⁴⁾

上記引用の前半部で言われているとおり、民族の代表である法曹身分の活動には2つの性格がある。それは実務家と理論家である。とくに前者の活動によって形成される法が、裁判実務の場で形成される裁判慣行であった。

(二) 慣例

慣例は、自律的な団体内部の部分的慣習法であり、この点が国家法と同じレベルの法規範に位置づけられる慣習法や裁判慣行と異なる⁵⁾。ここでもまた参考のために当時の法律辞典の「慣例」の項目を見てみたい。

4) Salz(Anm. 3)S. 851 f.

5) デイルヒャー・前掲(注2)116-117頁。

「この概念〔慣例〕以上にひどい誤用がある法学上の概念はほんとうにまれである。むかしの法学者たちは、慣例をまさに私法における慣習および慣習法と同一視した。また別の法学者たちは、慣例を似たような意味で国法および公法にのみ限定した。〔しかし、〕この言葉のもっともはっきりした使い方は、その使い方によれば、たしかにこの言葉は慣習法を指すものだが、しかし限られた人、階級の部分的な慣習法だけを指す、というものである。例えば、ある特定の身分の部分的慣習法、あるいはまた、ある特定の団体（Corporation）の構成員の部分的慣習法である。この意味で、一部の人というのがこの概念のメルクマールと思われるのであって、一部の地域というのとは異なる。だから、例えば、貴族の慣例、貴族のうちのある特定の階級の慣例、司教座聖堂参事会の慣例、ツunftの慣例とは言えるが、しかしある地方（Provinz）の慣例、ある都市の慣例とは言えないのである。それとともに、かの言葉〔慣例〕を、団体に帰する自律の法を根拠に、ある団体において行為によって表現される黙示の規則（Statut）と理解するならば〔注でグリユックやミュールンブルフの名が挙げられる〕、〔それは〕この概念の一変種にすぎないように思われる。また、最近の学者〔注でプフタ『慣習法論』第2部108頁が参照される〕がこのように使う場合だけを真の慣例とし、そしてその本来の源泉を民族の直接的な確信にではなく、ある特定の人の階級の自律の法に見ようとするならば、たしかにこうすれば概念のひどい混乱をもっともよく予防することができることも見過ごせない。しかしそれに対して法学上の用語法はその意味でこれまでも定着してはいないという反論が有効であるように思われる。〕⁶⁾

6) Carl Wilhelm Ernst Heinbach, Art. „Observanz“, in: *Jurius Weiske*(Hrsg.), *Rechtlexikon für Juristen aller deutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft*, Bd. 8, Leipzig, 1843, S. 544 ff., hier S. 544–545.

ここには慣例をめぐり、それは、公法上のものなのか私法上のものなのか、また地域のものなのか人・団体のもののかなど、当時なおも明確な概念が形成されていなかったことが示される。引用の後半には、プフタの考え方も、慣例の概念のひとつとして提示されている。次に、このあとで慣例の具体例として裁判所の慣例が取り挙げられている箇所を見てみよう。

「特記すべき慣例の一種が、ここでさらに詳しく見ていく裁判所の慣例である。まず私たちが、慣例が成立しうるための裁判所の性質を問う場合、すでにおのずから明らかなことは、とりわけ裁判所の合議制がこの慣例の創出に適している、ということである。なぜなら、合議制は多数の個々の自然人により成る法人だからである。そして、もし法学上の用語法が裁判所の慣例という言葉をもそのような裁判所〔合議制の裁判所〕にだけ限定するなら、そこにはある事実が認められている。すなわち、慣例の本来の源泉は裁判所の活動において求められるべきである、と。単独裁判官の裁判所でも慣例は形成されうるということは、肯定する法学者もいれば、否定する法学者もいる。この問題を肯定するのに有利なのは、一方で一人だけが実行力を持つ裁判所も法人であるという普通ドイツ訴訟法の基本命題であり、他方で判決という点では単独裁判官にも裁判官の合議体とおなじ権限が与えられているという、裁判制度の性質からの自然な帰結である。』⁷⁾

複数の裁判官で構成される合議体であれば、先に見た慣例の定義とも合致し、慣例の創出を肯定しても問題はない。しかし引用の後半ではさらに単独裁判官の場合にも慣例が認められるかという問題が取り上げられ、この場合にも慣例は肯定されている。これに引き続いて手続法に関わる慣例と実体法に関わる慣例について説明がなされるが、ここでは後者に注目し

7) Heinbach(Anm. 6)S. 549 f.

たい。

「裁判所は、実体法とその適用に関わる慣例を、その判決においてのみ記録しておくことができる。……これら個別の種類のカリ判所の慣例に關して、普通法の法源は、〔成立のための〕特別な条件を求めていない。ただ、そこから裁判所構成員の同意が推論されるところの行為が十分はつきりしている、という事物の本性が必然的にともなうだけである。」⁸⁾

さらに、この慣例がすべての裁判所に適用される慣習の眞の本質、核であるとされる⁹⁾。このあと、裁判所は自身がかつて下した判決に拘束されるか¹⁰⁾、下級裁判所は上級裁判所の判例に拘束されるか¹¹⁾という問題も取り上げられる。

ここで慣例に関するこれまでの内容を簡単にまとめておくと、慣例は団体内部の規則と位置づけられること、その最たるものが裁判所の慣例であること、裁判所の慣例は判決の中に見出されること、この慣例が裁判所の慣習の本質としてもっとも重要であること、ということである。

第2節 問題点

上述の裁判慣行なり慣例なりについて、当時、どのような問題が提起されていたであろうか。

例えば、歴史法学派の法源論との関係でいえば、裁判慣行は民族法なのか・法曹法なのか、その根拠は民族の確信なのか・法曹の確信なのか・学問の眞理なのかなど、裁判慣行の性質や正当化根拠が問題となった¹²⁾。

8) Heinbach(Anm. 6)S. 550.

9) Heinbach(Anm. 6)S. 550.

10) Heinbach(Anm. 6)S. 550.

11) Heinbach(Anm. 6)S. 552.

12) Jan Schröder, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl., 2012, S. 198.

また、領邦国家の法体系との関係でいえば、国家制定法があらゆる法規範の中で優位に立つなかで、慣習法は敵対的な存在と理解された。したがって、慣習法の一つである裁判慣行や慣例にも同じことが言え、これらも国家法に対しては敵対的な存在と見られた。その理由は、これらは身分制的伝統の温床と考えられたからである。18世紀の法典編纂の時代には各領邦国家とも慣習法、裁判慣行、慣例に対して厳しい態度で臨んだ¹³⁾。

とはいえ、領邦国家の間で判例の位置づけについて相違があったのも事実である。これについては先行研究を参照されたい¹⁴⁾。法典を持つ国家・持たない国家において、先例として判例を認めるか・認めないかという対応は様々であり、また同じ国家でも時期によって異なる対応が見られ、一概には説明しがたい。

以下では、オゴレックとハーファーキャンプの研究に依拠して、判例に関する学者の議論状況を確認したい¹⁵⁾。

13) デイルヒャー・前掲(注2)120頁。

14) Werner Kirchner, *Generell bindende Gerichtsentscheidungen im reichs-deutschen und österreichischen Recht*, Leipzig, 1932; Heinz Weller, *Die Bedeutung der Präjudizien im Verhältnis der deutschen Rechtswissenschaft. Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Fundieren der Präjudizientheorie*, Köln, 1979; Ulrike Müssig, *Geschichte des Richterrechts und der Präjudizienbindung auf dem europäischen Kontinent*, in: ZNR, 2006, S. 79–106. 大木雅夫「先例の価値——その拘束性をめぐる比較考察——」山口俊夫編集代表『東西法文化の比較と交流 野田良之先生古希記念』有斐閣, 1983年, 所収; 同「大陸法と英米法——制定法と判例法を中心に——」『上智法学論集』24巻特別号(1980年)3–40頁; 拙稿「ドイツの裁判所法における判例の地位(1)(2・完)——19世紀前半のヘッセン＝カッセルを中心に——」『法研論集』137・138号(2011年); 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——」『法研論集』145・146号(2013年); 拙稿「19世紀ドイツにおける立法をめぐる思想」『修道法学』37巻2号(2015年); 拙稿「19世紀プロイセン裁判所における法形成——書面による方式主義を題材に——」『法の理論34』成文堂, 2016年, 所収。

15) ほかに、Weller(Anm. 14)S.91 ff.; Müssig(Anm. 14)S. 98 f.

(一) オゴレック

18世紀から19世紀にかけては、領邦国家が絶対主義体制を確立していく時期であった。そのなかで君主は法定立の権限を独占しようとした。しかし、法の欠缺の場合、裁判官の活動と判例の質は回避の問題であった。裁判官は法の欠缺を補充すると指示したところで、判決の規範としての性格や、その拘束力や立法権の行使の問題は残る。用語上、裁判慣行、法曹法、学問法など様々に言われるが、正当化の根拠としては、反復という外的基準や専門知という内的基準があった¹⁶⁾。

19世紀に判例の価値（その拘束力）は上昇したが、これに対する裁判官の態度として、判例崇拜、先例を無批判に踏襲する盲目的な権威崇拜があることも批判された¹⁷⁾。

この問題に関して、例えば、判例の法的拘束力を否定していたのは、サヴィニー、プファ、ヴェヒター、ヨルダンなどである。また、上級裁判所の判決が下級裁判所を拘束するかという問題には、上記の人物の中でもプファやヴェヒターなどは否定したが、サヴィニーはやや見解を異にする¹⁸⁾。

しかし他方で判例の拘束性を肯定する者もいた。「裁判慣行を、依然として（条件つきで、あるいは無条件で）絶対的な効力あるひとつの法源である、とみる頑固者たち」¹⁹⁾として、ティボー、カール・グロルマン、プファイファーの名が挙げられている。

「これ〔肯定派〕に属するのはとくにティボーである。彼は、『パンデ

16) Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 1986, S.176 f.

17) Ogorek(Anm. 16)S.178-180.

18) Ogorek(Anm. 16)S.182 n. 13 und S.183 n. 17 und S.184. 例えばサヴィニーは、『現代ローマ法体系』第1巻(1840年)で、上級裁判所の裁判に、それに従属する裁判所が従うことを肯定的に述べている。参照、サヴィニー(小橋一郎訳)『現代ローマ法体系』成文堂、1993年、105頁。

19) Ogorek(Anm. 16)S.181.

クテン I』第7版 §16で裁判慣行を不文法にかぞえられて、そして、現行法に反しない限りで、その判決を下した裁判所は（また自身の裁判慣行に拘束されることのない下級の裁判所は）——反復して確認されたことをもって——裁判慣行に拘束される、とした。グロルマンは、前掲書〔『慣習法と裁判慣行に関する若干の考察』1798年〕注3で、制定法のルールが欠けているか、あるいは立法者が裁判慣行を明示あるいは黙示に認めている場合に限り、同様の判決に『実定法の権威』を帰している（同書170頁以下）。B.W. プファイファーは、『全法学分野の実務的論述』第2巻、ハノーファー、1828年、236頁以下で——ほかならぬ裁判所の権威を支持して——裁判慣行に法源の可能性を見ている。もっともそれは、ドイツ地方私法のためであって、ドイツ普通私法のためではないのだが。』²⁰⁾

上記の引用冒頭で、ティボーは、判例を慣習法により正当化したことがわかる。さらに、オゴレックによれば、彼はまた裁判慣行を契約関係の擬制によっても正当化したことが指摘される²¹⁾。これは慣例による正当化である。

(二) ハーファーカンブ

ハーファーカンブによれば、「……〔当時、〕もっと関心がもたれ、論争的であったのは、法曹の法設定を正当化するものとしての慣習法の意義であった」²²⁾。なぜなら、「慣習法論というあいまいな輪郭のなかに、中世以来、通説、法廷の慣行 (usus fori)、慣例、確定判決 (res judicata) などが寄せ集められて」²³⁾ おり、「慣習法は、長い間、多かれ少なかれ勝手な裁判

20) Ogorek(Anm. 16)S.181 n. 12.

21) Ogorek(Anm. 16)S.173 n. 8.

22) Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt am Main, 2004, S.145.

23) Haferkamp(Anm. 22)S.145. なお res judicata, usu fori の訳語は、柴田光蔵『法律ラテン語辞典』日本評論社、1985年、309頁、360頁を参照。

官法に法源という装いをほどこすものだという非難にさらされていた]²⁴⁾からである。裁判所では国民の慣習と裁判官の見解である裁判慣行が不明確であり²⁵⁾、また裁判慣行は慣例と認識されることもあった²⁶⁾。

サヴィニーは、このような「実務の支配」への批判的に取り組んだ。彼は『立法と法学に対する現代の使命』(1814年)で「裁判所のまったく盲目的な恣意」を警告し、裁判官の権威崇拜 (*Autoritätcult*) も批判している。すなわち、ハーファーキャンプが言うには、「このようなサヴィニーの裁判官の慣習法への取り組みは、裁判官の規範設定と支配者の法設定の独占との間の対立を主題とするのではなく、とくに慣習法という装いの下に示される裁判官の判決の質を話題にしていた。]²⁷⁾

他方、ティボーは、判決をめぐるこのような問題を認識していたが²⁸⁾、サヴィニーとは異なる態度を取った。

「民族における生き生きとした行使に示される慣習法に関しては、行使〔という条件〕だけでは不十分であるとみられて、すでに久しかった。ティボーもまたそこで、無原則に時として盲目的な裁判官の恣意にすべてのことを委ねてしまうことには戸惑いを覚えた。〔そこで〕彼はなんとも言われてきた見解にしたがった。すなわち、基礎となる行為は、妥当性の確信 (*opinio necessitates*) にもとづいて、すなわち、せねばならぬこととして、あるいは他人のために義務に合った我慢するべきこととして、遵守されなければならない。2つめの正しさの基準として要求されたのは、ユスティニアヌスの新勅法134,1にもとづく、合理性、したがって健全な理性と公共の福祉の遵守である。

これに対してティボーは、独自の裁判慣行に関しては、同種の基準

24) Haferkamp(Anm. 22)S.146.

25) Haferkamp(Anm. 22)S.150 f.

26) Haferkamp(Anm. 22)S.151.

27) Haferkamp(Anm. 22)S.151.

28) Haferkamp(Anm. 22)S.146 f.

を捨てた。彼にとって、裁判慣行はさらに制定法の力を持つものであった。同様に判決されたもの（*res perpetuo similiter judicata*）だけがその効果を持ち出すのだということをティボーは次のことによって根拠づけた。裁判所の慣習の拘束力は、法的安定性という非常に賢明な理由から採用されるのだ、と。同じ議論によって、ティボーはさらに下級裁判所に対して上級裁判所の判例が拘束力を持つというところにまで及んだ。]²⁹⁾

上記引用によれば、ティボーは、通説を合理性（*Rationabilität*）の基準からの批判的に扱ったのに対して、判例にはそのような態度はとらなかった。その理由は法的安定性の追求である。裁判慣行がもつ法律の効力、そしてまた上級裁判所のそれのもつ下級裁判所に対する拘束力をティボーは認めた。

そもそもティボーが法典を必要としたのは、ブルジョワジーの私的自治、市民相互の経済交流、商品取引のためであり、自由な経済活動を保証する法的安定性の確保を目的としたからである³⁰⁾。この目的を徹底するならば、法典のみならず、判例においてもその先例性を規定することによって法的安定性をより確実なものとしようとティボーが意図していたと考えることもできるであろう。

(三) 小括

これまでに確認してきた事項は次のようにまとめることができよう。

- 判例の問題として裁判慣行と慣例が取り上げられる

29) Haferkamp(Anm. 22)S.152 f. Vgl., Ogorek(Anm. 16)S. 179.

30) 井上琢也「アントン・フリードリヒ・ユストゥス・ティボー」『近世・近代のヨーロッパの法学者たち』勝田有恒／山内進編著、ミネルヴァ書房、2008年、292-293頁。また判例について、参照、川島武宜「判例」「判例と判決例」同『川島武宜著作集第5巻』岩波書店、1982年、所収。

- 判例を法律と同視し法的拘束力を認めるか
- 上級裁判所の判決は下級裁判所を拘束するか
- 上記の問題をめぐりティボーと、サヴィニーおよびプフタが対立する

最後の点を見ればわかるように、ティボーは、法典のみならず、判例においても歴史法学派と対照的な位置にあったのである³¹⁾。例えば、この点について、次のような指摘がある。「サヴィニーは、このように法律家、法律学による法の進展に期待したが、法実務および実務家に対する判断は相当に厳しい。……しかし、ティボーとサヴィニーがこの論点をめぐって、あまり目につかない形においてであるが、意見を異にし、検討の余地を残していることは、一層注意を要するであろう。」³²⁾

もっとも歴史法学派内部でも、サヴィニーとプフタは若干の相違を見せている。次章でそれを確認しよう。

第2章 歴史法学派の態度について

本章では、サヴィニーとプフタの相違点（第1節）、プフタの実務への関心（第2節）、を確認する。

31) Vgl., Weller(Anm. 14)S. 91.; Müssig(Anm. 14)S. 98. このほか、Heinz Mohnhaupt, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in; *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorische Seminar in Stockholm im September 1992*, *Rättshistoriska studier* 19(1993), S. 138.

32) 矢崎光圀『法思想史』日本評論社、1982年、38-39頁。また次の記述も参照。「この主張〔法の歴史的追究〕の理論的意図は、国家の中央集権強化に対応する国家制定法中心主義に対抗し、実務慣行や裁判実務、学説などの、民衆と法曹とによる工夫を通じた法の長期的形成を重視する点にあった。現実には……三大法典の用語法に看守される概念的杜撰さが旧来の法実務をかえって温存するという冷めた法的認識をふまえ、この学派は、ドイツに共通の、学問的な把握の確立をもくろんだのである。」（『法律学小辞典』第5版、2016年、有斐閣、1344頁）

第1節 サヴィニーとプフタの違い

サヴィニーの特徴的な法源論は、彼の『立法と法学に対する現代の使命』（1814年）³³⁾、また『現代ローマ法体系』第1巻（1841年）に見られる。前者ではまだ民族精神という言葉は使われていないが、いずれにおいてもサヴィニーは法を民族の法意識に帰していることにはかわりはない。これこそが法を成立させている根拠である³⁴⁾。したがって、慣習・法律・学問といった実定法はその法意識の現象形態ほどの意味であるが、サヴィニーはこれらからも法が成立する可能性を認めている³⁵⁾。

実はこの点でサヴィニーとプフタは著しい相違を見せている。まず慣習法については、プフタが慣習（事実）による法の成立を否定したことが強調される。すなわち、「これに対してプフタは、サヴィニーによる「賢明な自制」を放棄して、慣習（事実）による法の成立を積極的に否定してしまった」³⁶⁾。

このようなプフタのラディカルな主張は、慣習法のみならず、それを基礎とする裁判慣行にもおよぶ³⁷⁾。ランダウは、プフタの慣習法論について次のように言う。「…しかし次のことに気をつけなければならない。すなわち、プフタは何度も繰り返して、『この法は、慣習によって成立するのではなく、それを通じてのみ、その存在において、証明されうるにすぎない』という言葉のべている。慣行は、プフタにとっては、慣習法の存在を前

33) 邦訳として、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（その一、二、三）』『法学雑誌』（大阪市立大学）59巻2号（2012年）、60巻1号（2013）、61巻1・2号（2014年）。

34) 見玉寛「サヴィニーの《法制度論》」村上淳一編『法律家の歴史的素養』東京大学出版会、2003年、所収、47-48頁。

35) 見玉・前掲（注34）48頁以下。

36) 見玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』九州大学出版会、1988年、所収、138頁。

37) Art., „Georg Friedrich Puchta“, in: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, G. Kleinheyder/J. Schröder(Hrsg.), 6. Aufl., Heidelberg, 2017, S. 354 ff. hier S. 355.

提とする——彼の慣習法は、したがってそもそも慣習なき慣習法なのである」³⁸⁾。

ここでランダウは、プフタがいう慣習は、法の成立根拠ではなく、認識源にすぎないことに着目し、プフタの慣習法論を「慣習なき慣習法」³⁹⁾と呼んでいる。そして、プフタのこのような考えは、裁判所の法実務である裁判慣行についても同じである⁴⁰⁾。プフタによれば、裁判慣行は、外的権威である慣習ではなく内的権威である理性によってのみ基礎づけられる⁴¹⁾。そしてランダウは次のように指摘する。「学問による法命題の権威は、プフタの見解に従えば、その法命題に学問的真理を与える権威にもとづく。…そのような法命題は、真理の推定である。すなわち論破される可能性がある法命題だということである。…したがっていわゆる学問的法命題は、その法命題が有史以来の正義の帰結であったとしても、その誤りを確信した裁判官によっては、適用されえない。したがってプフタの法源論は、裁判慣行の変更に関してオープンである。」⁴²⁾

ここにはプフタが裁判慣行の変更可能性を肯定していたことが指摘されている。これに関しては、次のような同様の指摘もある。「19世紀の法学者プフタは、通説…や判例…から慣習法…が発生するという当時の通説に批判を加えた。通説・判例に典型的に現れる法曹法…の核心は、学問法であり、「…プフタの慣習法論は、実定法秩序の『固定化』に反対して、実定法の『相対性・可変性』を主張する歴史法学派のプログラムに則った判例・通説の位置づけと評価することもできよう」⁴³⁾。プフタにとって、通説や判

38) Peter Landau, Die Rechtsquellenlehr 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, Stockholm (1993), S. 71.

39) Landau (Anm. 38) S. 71.

40) Landau (Anm. 38) S. 72.

41) Landau (Anm. 38) S. 74.

42) Landau (Anm. 38) S. 74 n. 20.

43) 小川浩三「中世学識法における判決と慣習法」『法制史研究』46号, 1996年, 1頁。

例は「真理の推定」にすぎなかった⁴⁴⁾。

ディルヒャーによっても、プフタの慣習法論においては、慣習は慣習法の基礎にならず、そうではなくて民族の確信が基礎にあること、また、裁判所での慣習法の証明などは問題にならない精神主義的慣習法論であること、重要なことは法律家による法形成の正当化であること、が指摘されている⁴⁵⁾。

つまり、これらの記述からもわかるとおり、プフタの慣習法論の特徴として押さえておかなければならないのは、事実と法の区別、事実の持つ真理の推定という機能、法の学問的正当化という方法である。

たしかに、慣習法論の歴史から言えば、このような歴史法学派の理論は異質なものであった。つまり、近代法学以前の法学（とくに中世法学）は慣習法の証明などに注力した実務志向型のものであった。その意味で、歴史法学派の慣習法論は実務では使い物にならなかった⁴⁶⁾。

とはいえ、そこにはプフタなりに学問的正当化という方法をもって実務を改革しようとする意図があったのであり、次節でそのことを確認しよう。

第2節 プフタの法実務への関心

上記のようなプフタの慣習法論は、彼の実務への関心から生じたものである。最近の研究によって、プフタのこの側面が注目されるようになった。

従来のプフタに関する研究⁴⁷⁾では、次の2点に注目が集まることが多かった。ひとつは、プフタの法学方法論である。これは、イエーリングに

44) 小川・前掲（注43）23頁注（5）。

45) ディルヒャー・前掲（注2）128-129頁。

46) 若曾根健治「慣習法」『歴史学事典 第9巻 法と秩序』山本博文責任編集、弘文堂、2002年、97-99頁。栗生武夫「中世の慣習法理論」同『法律史の諸問題』（岩波書店、1940年、所収）は、ゲルマン法、註釈学派、註解学派の慣習法論に関して、成立要件や証明方法について説明している。

47) 代表的にはKarl Larenz, Franz Wieacker, Walter Wilhelmの諸研究。また、村上淳一『ドイツの近代法学』東京大学出版会、1964年、15頁；笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』東京大学出版会、1979年、243頁以下。

よる「概念法学」批判に見られるように、プフタが現実の利益衡量を抜きに、法の概念的・体系的側面のみを重視した、というものである。もうひとつは、法形成における学者の役割を強調し、民衆（また実務）の役割を軽視した、というものである。プフタと実務家・判例が取り上げられる場合にも、彼の学者・学問の優位と、その反対として実務家・実務の軽視が強調されている⁴⁸⁾。

これに対して、新しい研究⁴⁹⁾は、プフタは論理一辺倒ではなく目的論的思考をしていたこと、また彼は実務家や判例を軽視したわけではないことなどが指摘されている。ここではとくにプフタと法実務との関係を肯定的に捉えている研究を紹介しておきたい。

(一) シュタールの証言

以下はオゴレックが指摘する、プフタの実務に対する態度である⁵⁰⁾。

プフタについて、例えば、ランズベルク (Ernst Landsberg, 1860–1927) は、『ドイツ法学史 (Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft)』3巻の2で歴史学派が裁判慣行から法を導き出さなかったと述べている。また、フォルストホフ (Ernst Forsthoff, 1902–1974) が『全国家学雑誌 (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft)』96巻 (1936年) に載せた「19世紀における法発見について (Zur Rechtsfindung im 19. Jahrhundert)」で述べているように、プフタは、法創造から実務家を排除し、『慣習法論』第2部で「〔これほど〕単に外的な、思考によらない權威の他に絶望的な

48) Weller(Anm.14)S.98ff.; Mohnhaupt(Anm. 31)S.136 f.

49) ペーター・ランダウ (笹倉秀夫訳)「プフタとアリストテレス——歴史法学派の哲学的基礎および私法学者としてのプフタの方法について——」『法学雑誌』(大阪市立大学) 39巻2号 (1993年); 松尾弘「ゲオルグ・フリードリヒ・プフタ」勝田有恒・山内進編著『近世・近代の法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』ミネルヴァ書房, 2008年, 所収; 同「『概念法学』批判」森村進編『法思想の水脈』法律文化社, 2016年, 所収。また Thomas Henkel, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta*, Köln, 2004.

50) Ogorek(Anm. 16)S. 200 f.

ものは何もない」として裁判慣行を過小評価している、と受けとられた。フォルストホフも、ランズベルクと同じように、プフタが裁判慣行を軽視していたとの見方をしている。

しかしオゴレックは、このようなランズベルクとフォルストホフの評価に対して、プフタと同時代人のシュタール (Julius Stahl) の証言を引き合いに出す。シュタールが1845年2月5日付の *Allgemeiner Zeitung* に寄せたプフタの追悼文によれば、プフタはその市民としての魂 (civilistische Natur) から自由を司法の保護に委ねようとする司法への愛をもっていた。すなわち、シュタールは言う、「それに対して、プフタの市民的精神が彼自身を導いたのは、公的自由を守るのに、身分代表制よりも司法の方法をいつでも好んでいる、ということだった。プフタにとって司法は部分的に憲法の代用である。司法はそもそも彼の愛着の対象、熱狂の対象、そして人生をかけて努力する対象であった」⁵¹⁾。

オゴレックは、このようなプフタのイメージについて、プフタ親子の関係を考慮することで、さらによく理解できる、という。シュタールによれば、プフタの父 (Wolfgang Heinrich Puchta) は、大変尊敬される法実務家であり、「特別な献身と徹底さをもって裁判官の職務」を果たした。プフタは、そのような父を通じて、法実務に早くから積極的に関わった。したがって、プフタの司法に対する課題と意義はランズベルクとフォルストホフが述べているのとはまったく反対である。プフタの裁判官の権威や法発見の軽視は言葉の表面をなぞるだけでは不十分であり、説明が必要である。プフタは司法国家 (Justizstaat) の擁護者であり、裁判官の法律審査権 (Prüfungsrecht gegenüber Gesetz) を広範にみとめていた。フォルストホフが実務軽視と指摘するプフタの言葉は、判決ではなく、その誤った使用にのみ向けられたものである。プフタは、判例崇拜 (Präjudizienkult) と同様に判決されたものの権威 (auctoritas rerum judicatarum) を批判した。それは、判決が反復

51) A. A. F. Rudorff(Hrsg.), Puchtas kleine zivilistische Schriften, 1851, Leipzig, S. XI.

されたという事実ではなく、その理由の正しさによってのみ成立する（慣習法が慣習によって成立するわけではないのと同じである）。裁判慣行は、慣習法の推定であり、その成立には学問的な基礎づけが必要とされる⁵²⁾。

このほかにもオゴレックは同時代人の証言として、プフタの死に際して『裁判官年報 (Richters Jahrbücher)』(1846年)に寄せられたヴェッツェル (Wetzell) の追悼文の参照を指示する⁵³⁾。それは、プフタの父は「かの有名なドイツの実務家の模範」⁵⁴⁾であり、プフタのエアランゲン大学時代には「同時にまたとない機会が与えられた。すなわち、そのすべての職務からくる信じがたい負担によっても学問への愛と学問に名を残すことが決して潰えてしまうことのなかった父の卓越した指導の下、具体的な側面から、また生活に対する意義を通じて、法原理を知る機会に恵まれた。」⁵⁵⁾。ここには、法律を勉強し始めたプフタと優れた法実務家の父親との接点、そしてプフタに対する父の影響が述べられている。またさらにヴェッツェルはプフタの著作を年代順に紹介した後、次のように言う。「歴史的志向——これにプフタはとりわけ愛着を感じていたのだが——は死したものや古本だけに熱中し、その点で哲学と生活に対して閉ざされた志向であると見られるのがつねである。かりにこの見方がいつでも有効だとしても、少なくともプフタの著作にはそう見る理由は見当たらない。彼にとって法の歴史は、あるべきもの、現行法の認識と適用のための必然的条件である。プフタは現行法を、哲学的精神によって理解し、洞察し、そして現状との確かな関係によって扱った。実際、プフタは、実務の必要と要求とを本当によく知っており、世間知らずの文献学者ではなかった。プフタは、実務の明晰な観察と、語の良い意味での実務のセンスを理論と結びつけた。これはとくに彼のパンデクテン教科書に示されている。この教科書には、彼のすべての

52) Ogorek(Anm. 16)S. 201 f.

53) Ogorek(Anm. 16)S. 201 n. 12.

54) Rudorff(Anm. 51)S. XIV.

55) Rudorff(Anm. 51)S. XV.

著作の中でも、第一級の位置づけを与えたい⁵⁶⁾。

以上、シュタールとヴェッツェルの追悼文を見てきた。いずれにおいても強調されていたことは、プフタが裁判官であった父との関係を通じて裁判実務へ多大な関心を示していたことである。

(二) フーゴー宛ての書簡

ハーファーキャンプも、オゴレックと同じように、ランズベルクのプフタ像(実務軽視)に異論を唱える。以下、彼の研究⁵⁷⁾を見てみよう。

プフタの実務への志向はとくにフーゴーに宛てた1827年の書簡において明らかにされている。もっとも、プフタがはじめから実務志向を明瞭にうち出していたわけではない。プフタの志向は、彼が法学を学び始めた1820年頃から徐々に変化をしていったのである。まず1821年から1826年にかけてプフタは古代ローマ法を研究対象に選んだ。この時期にニーブルの『ローマ史 (Römische Geschichte)』やフーゴーの『提要 (Institutionen)』を手に入れている。また、プフタが1823年に刊行した『市民論文集 (Civillistische Abhandlungen)』は、その対象を古代ローマ法に限定していた。さらに、1824年にサヴィニーに宛てた書簡ではローマ法史に関する著作を書くことを予告している。プフタのこのような態度は、サヴィニーの影響を大きく受けたものであった。プフタは、もともとサヴィニーの『立法と法学に対する現代の使命』(1814年)に感銘を受けていたが、1821年からドイツの各大学を回り研究を積むなかでもベルリン大学における2カ月の滞在期間にサヴィニーのガイウスに関する講義を聴いたり、法史講義やパンデクテン講義の筆記録を入手したりしている。1824年の書簡ではサヴィニーに対して賛辞を送っている。しかしその後、サヴィニーが、法史に関するプフタの方向性や、1820年刊行のプフタの博士論文『歩道役権、家畜通路役権および車通行役権に関する論文 (de itinere, actu et via)』をあまり評

56) Rudorff(Anm. 51)S. XVII f.

57) Haferkamp(Anm. 22)S. 113-140.

働しなかったり、また1826年にヘーゲル派のガンス (Eduard Gans) がベルリン大学の員外教授につき、学内政治においてプフタは自らの足場が揺らいでいったりするなかで、プフタは歴史法学派とも距離をとるようになっていった。そして、1828年と1829年、プフタは、歴史法学派を法史崇拜 (der rechtsgeschichte Hurraruf)、また非実務的・骨董的 (unpraktisch-antiquarisch) と批判するようになる。このような志向の変化は、当時の法律雑誌に対する彼の態度から明らかになる。プフタも編集に携わることになる『ライン学術誌 (das Rheinische Museum)』⁵⁸⁾ は、ニープールのような学者が非法律分野の編集に携わる一方で、他方ではハッセのような実務志向の人物が法律分野の編集に携わっており、プフタにとっては学問と、そしてなにより実務とのバランスがよいものであった。それに対して、『民事実務アルヒーフ (Archiv für die civilistische Praxis)』は、プフタにとって、まず編者のクオリティ・コントロールが欠如し、そのため学問的なクオリティが低く、また編者には弁護士や裁判官が多く歴史学者や文献学者がいないことも問題であった。また、実際のところ実務的でもない (フーゴー宛て1828年1月5日、2月15日の書簡)。雑誌タイトルの“civilistische Praxis” から、これは学問的かつ実務的なものでなければならず、この2つの要素の協働が最良の結果を生み出すものであるとプフタは考えていた (例えば、同誌8巻に掲載のプフタによる書評 (書評の対象はティボーの論文) では、一方ではウルピアヌス法文の解釈と、他方でザクセンの領主 (ゲーツヘル) と農民との法的紛争が取り上げられていたことをプフタはほめている)。プフタにとっては、法概念の歴史的な成りたちを跡づけながら、現代にまで演繹することが重要であった。また、サヴィニーの『歴史法学雑誌 (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)』やフーゴーの『民事法学雑誌 (Civilistisches Magazin)』に対しては、これらがいずれも歴史に関する論文だけを掲載し、法源研究・ローマ法研究にとどまっ

58) 雑誌の情報については、参照、西村稔『知の社会史』木鐸社、1987年。

ており、不十分であると思われた。この時期のプフタの態度はいくつかの書簡の中で明らかにされている。例えば、1827年4月5日付フーゴー宛ての書簡で「私が現代ローマ法と実務を取り上げることと、『ライン学術誌』3号掲載の *Negatorienklage* に関する論文について、あなたはなんとおっしゃいますか？純粋なローマ法に関してしかし私は少しのことしか知りません。近く私は私たちのパンデクテンハンドブックについて……ある欠陥を非難しようと思います。すなわちそれは、*delata hereditas* [相続の付与、相続財産の到来、相続の開始]⁵⁹⁾ の譲渡に関する理論です。これはもちろんローマ法大全になにも規定されていませんが、しかしわたしたちはこれなしですますことはできません。』⁶⁰⁾ と書いた。また、1827年6月25日の手紙⁶¹⁾ では「あなたは最後の手紙の中で、私〔プフタ〕はどこで実務を取り上げるのか、とお聞きになりました。私は今これにたいして次のように答えられます。1) わたしのエンチクロペディーにおいて。そこで私は実務を法源としての地位におきます。2) 私のパンデクテン講義で。3) 私のネガトリアの論文において。そこで私は *quad hanc materiam* に学問的形式を与えようと思います。…」と述べ、自分の実務に関する研究の計画を明らかにしている。ハーファーキャンプは、上記の1) の計画が1828年の『慣習法論』に結実したという。

お わ り に

以上、本稿では、先行の二次文献を頼りに、19世紀前半のドイツにおける判例のあり方、その問題点、そして学者たちの態度を確認した。今後、本稿で確認したことを前提に、ここで取り上げた人物たち（とくにティボーとプフタ）の見解について、別稿で検討したいと思う。

59) 参照、柴田・前掲（注23）96頁。学会報告後、同制度について、宮坂渉先生（筑波大学）より詳細な解説をいただきました。御礼申し上げます。

60) Horst Heinrich Jacobs(Hg.), Georg Friedrich Puchta Brief an Gustav Hugo, 2009, Frankfurt am Main, S. 31 ff, hier S. 33.

61) Jacobs(Anm. 60)S. 37 ff, hier S. 40.