

19世紀前半ドイツの立法思想 —サヴィニーからベーゼラーへ—

法律学科講師 吉永 圭

1. 本報告の意義

本報告は19世紀ドイツの法学者ゲオルグ・ベーゼラーの法思想、特に彼の民衆法思想とフランクフルト国民議会憲法における基本権の関係を述べることを目的としたものだが、これが報告者の研究及び学界にどのような意義を持つものか、先ず明らかにされねばならない。

報告者の関心は、『リパタリアニズムの人間観』¹及び「1810年代におけるヴィルヘルム・フォン・フンボルトの政治思想」²において明らかにしたドイツにおける教養と政治思想の関係から、教養と立法思想の関係へと展開した。ドイツの19世紀は、立法を巡る活発な議論と実践が行われた時期と言える。この時期に教養概念はいかなる役割を担ったのか、これを批判的に検討することにより現代の立法理学³に貴重な資料を提供出来るだろう。

2. 法典論争

周知の通り、法典論争はハイデルベルク大学のティボーによる『ドイツにおける一般市民法典の必要性について』（1814年）と、それに対するベルリン大学のサヴィニーによる『立法と法学に対する現代の使命』（1814年）の公刊による応酬を指している。もっとも、サヴィニーの『使命』の内容はティボーの『必要性』に触発されたというより、1810年頃から形成されていたと考えられる。

1814年のナポレオン戦争の勝利から、ドイツとしての一体感が高まった。そして法典編纂運動は自然法論を思想的土台にし、理性の法による完全無欠の法典を作成するという理想を掲げていた。ティボーはフランス革命によって実現された合理的規範を取り入れたフランス民法典を評価していた。

ティボーは多くの苦労が伴うことを認めつつも、統一法典を作ることの意義を訴えた。「我々の民法（ここで私は常に民法という名称に私法、刑法及び訴訟法を入れた）は完全かつ迅速な改正が必要であり、ドイツ人がその市民関係において幸福になるには、全てのドイツ内の政府が力を合わせて、個々の政府の恣意から自由な、ドイツ全土に公布される法典の起草を試みる他はない。」⁴

しかしティボーが法典編纂に積極的だったことと、その担い手が一般市民であったことは別である。ティボーは一般市民の政治的能力を否定し、法典編纂の主体とは認めない。確かにティボーは勃興しつつあったドイツ市民階級の利益の代弁者であったと言えるかもしれない。『必要性』においては各所で官吏の問題性が指摘されている。臣民は瑣事にこだわるような顧問官に抵抗し、君主に助けを求めることが出来ると述べているし、国民の声（Volksstimme）は抑えられてはならず、偏狭な顧問官が譲歩しなければ時代の力は下から上へと向かう抵抗し難いものとして現れるだろうとも言う。

他方で彼は、一般的・抽象的立法を為すのに相応しい能力は、官吏や学識者層でも有していることは稀であるという。立法という困難な事業に要求されるのは「純粋な、偉大な男らしい精神と、誤った同情と狭い遠慮とに動じないだけの無条件の不屈、及び知識の無限の慎重さと多様性」⁵である。ティボーにおいては、法典編纂作業には実務家の活躍が期待されていたと考えられる。

『使命』においてサヴィニーは、法は人間の理性や目的志向的意思によって一挙に創出されるものではなく、民族生活の発展過程の中で自ずと有機的に生成していくものであるとした。法と民族との有機的関係において、「法は民族と共に成長し、民族と共に発達し、最終的には、民族が自らの特性を失う様に、死ぬ。」⁶法は、先ず習俗や民族信仰、次いで法学によって生み出されるものであり「立法者の恣意によるものではない」⁷。

サヴィニーは立法が民法に与える影響を論じる。先ず立法者が既存の法を変革することを企図するものであるが、これは悪影響の方が多い。他方、個々の法規が疑わしいものであったり、消滅時効のように司法の場で明確な境界線が必要とされているが流動的で不確かな時は、立法の可能性がある。

しかしサヴィニーは自らの時代に、立法を行う資格なしと診断するのである。例えばこのように言う、「不幸なことに、ドイツの18世紀全般において偉大な法律家は非常に少ない。確かに勤勉な者は数多く見られ、彼らによって相当貴重な準備作業がなされはしたが、その域を超える者は極めて少なかった。法律家にとって不可欠なのは次の2つの感覚である。即ち、各時代と各法形式との特徴を鋭く把握する為の歴史的感覚と、各概念と各命題とが法体系全体と如何に生き生きと結びつき、相互に作用を及ぼし合っているかを捉える、即ちそれらの唯一の真実で自然な関係を捉える為の体系的感覚である。」⁸このような感覚は18世紀よりは良くなっているものの、サヴィニーの時代においてもなお完全には程遠いのである。

興味深いのは、サヴィニーは過去の法を採録する形の法典も拒否していることである。彼は法典編纂時点の学説法を固定化することにより、後の法発見・法形成を阻害するもの

であると考えていたと思われる。また彼は法の生成の源泉を民族においたが、彼の時代にあつては、法が学問的傾向帯びるにつれ、法律家の手に委ねられることになる。

3. サヴィニーにおける「教養」

ここで注目したいのは、サヴィニーの『使命』における「教養」の意味である。というのも、『使命』において法生成の源とされる民族の概念が、教養概念と関連付けられて考えられているからである。

サヴィニーにとって、民族とはどのような存在であったか。この問いに対して、ヴィーアッカーの議論が参考になる。ヴィーアッカーによれば、サヴィニーにとって「民族」は、歴史的国民という社会学的及び政治的現実を指すのではなく理念的な文化概念である。民族精神は確かに歴史的な意味での国民の個性を意味するのだが、サヴィニーはそれを常に第一義的には共同の文化的、すなわち文学的な教養の精神と捉えたと言えるのである⁹。法典編纂に対するサヴィニーの闘争は特定の法源だけではなく、ヨーロッパ市民法学の国家的な境界線に対しても向けられた。彼はこの闘争を通じて 19 世紀のドイツに文化的法統一をもたらそうとしていた¹⁰。

赤松秀岳はサヴィニーのディスクルスの側面を『使命』内の文章や『使命』成立過程の中に見出す。赤松は『使命』において論争の解決には「本来の法律ではなく、一時的な処分や裁判所に対する指示の形で決定するのが良い」等の個所を引きながら、次のように述べる。「法学の議論の自律性は、外部から干渉されてはならない。法学上の議論の決着は、どの見解が、理論的に最もよく、あるいは、よりよく根拠づけられており、説得力をもつか、というルールによって判定される。これに対し、立法とは、国家の立法者が、法素材を収集し、整理し、編集し、法典の中で確定することである。これにより、しかし、自由な法学上の議論に、国家の立法者が介入することになる。法学の自律性が妨げられる。法的素材を歴史的に研究し、意味を明らかにすることを通じてなす法発見は、「論争」に、つまり法学者の議論に委ねるべきである。」¹¹

また赤松は「歴史法学雑誌の目的」（1815 年）に注目し、サヴィニーが雑誌創刊により学識者と公衆（Publicum）の相互作用を期待したのだとする¹²。

しかし他方で赤松は次の『現代ローマ法体系』の記述からサヴィニーのエリート性を認めている。「法曹身分の実定法に対する多様な影響が現れる。このような影響の主張に対しては、時には、権限のない越権であるという非難がなされた。この非難は、法律家が閉鎖的な身分を形成しようとする時にのみ、根拠があるかもしれない。しかし、必要な力をそれに注ぐ人なら誰でも法律家になれるのだから、そういう主張の中にあるのは、法を職業

とする人は専門知識をより多く持っていることによってほかの人より以上に法に対する影響を有するであろうという単純な命題に過ぎない。」¹³

サヴィニーの「誰でも法律家になれる」という主張は、当時のドイツの教育制度や大学進学率から考えると、文字通りに受け取ることが難しくなる。当時の大学進学率は極めて小さく、また法律家になる手段が大学を経由する以外にない以上、誰でも法律家になる可能性があるのだという主張はイデオロギーと非難されてしまう。

4. 立法と教養

サヴィニーの思想に見られるような、教養のエリート性が実際のドイツにおいて如何なる事態をもたらしたか。ここでハーバーマスの議論を見てみよう。

ハーバーマスは『公共圏の構造転換』において文芸的公共圏が政治的批判能力を持つ公衆から成る政治的公共圏へと変貌する過程を描いた。19世紀後半に公共圏の規範的概念の成立母体（公権力の領域と私人の領域の分離という基本構造）が崩壊する前の姿を、ハーバーマスは理念型として定立しようとした。

プロイセン一般ラント法の制定過程において意見を求められた教養層、サヴィニーやテイボーが前提としていた法に関わる主体としての法律家は、ハーバーマスが示した公共圏、特に市民的公共圏の構成員である。ここで注目すべきは、教養概念である。ハーバーマスが指摘する文芸的公共圏から政治的公共圏への変化は「読書する公衆から議論する公衆」という主体の活動変化に伴うものだったが、教養の機能も当初の非政治的なものから、政治的なものへと変容したのである。しかもその変容は、教養概念内在的に説明可能なものであった。たとえば自由と平等の理念であり、また交流である。これら教養概念の要素が市民的公共圏においては「対等な個人の自由な議論」を支えたのである。

しかし文芸的公共圏から市民的公共圏へと変容していく際、前者にあった差別的構造は後者にも残存した。即ち、政治的能力と直接には関係しない生活様式が教養市民の指標とされたことである。市民の生活様式は例えば家族関係、住まいの文化、また「自立」のパスに現れていた。このような生活様式は身分制的社会の構成原理から明確に区別されるものである。公共圏が生成するには、地域的に組織された公的生活としての都市文化の成長、社会的コミュニケーションの新しい構造基盤、随意的なアソシエーションという新しい領域・社会的変化という諸条件が必要であった。

もう1つ、市民的公共圏が生成するに際して強められた条件がある。即ち、古典語教育を主軸にした教育課程を修了すること、しかも当該課程は国家の強い管理下に置かれていたことである。ドイツの教養は国家から距離を取ることを断念し、国家による試験を通じ

て承認されることで社会的なものへと変化した。フンボルトは教育改革の責任者として自らの教養の根本理念を堅持しつつ、古典語教育を受けた者にのみ大学入学を認めるという流れを決定付けた。

旧時代的・後見主義的国家の拘束から逃れ自由な議論を行う領域へと参入する為に国家によるお墨付きを必要とするという緊張関係が、市民的公共圏を構成する教養市民層の政治的脆弱性の原因となった。ハーバーマスによれば市民的公共圏は国家と社会の間の緊張関係の中であってあくまで私的領域に属するものであったが、実際にはその身分保障に国家が強く関与していたのである。従属状態を脱した自由な領域を創造しようとしても結局は国家の支えを必要とするという、いわば中途半端な自立状態が、教養概念に内包される自由と平等の社会的展開を完遂することを妨げた。

更に市民的公共圏の政治的脆弱性は次のような側面からも論じることが出来よう。18世紀末には既にドイツにおいて「市民」とは明確に定義出来るものではなくなっており、貴族と農民の中間に配置された「残余」としてしか表せない集団名となっていた。教養は市民が市民たることを証明するものとして期待されたが、この教養自体が自己修養過程に拠り所を求めざるを得ない非規定的性格を持ったものであった。教養概念がいわば本質不在のまま到達不可能な目標のまま価値ある理念として信じられた結果、現実における否定的な帰結に際してその意義を反省されることがなくなった¹⁴。

教養概念の現実に対する無反省性は教養市民層の政治的強脆弱性へと至る。即ち、行きつ戻りつ政治実践の中で主体の政治能力は高まっていくが、教養の無反省性は主体の政治的訓練を妨げる。

市民的公共圏が実際の立法活動を担う歴史的事件が、フランクフルト国民議会であった。議会はプロイセン王フリードリヒ・ヴィルヘルム 4 世を統一ドイツ皇帝に選出し、代表団をベルリンに送ったが、フリードリヒ・ヴィルヘルム 4 世は、ドイツ帝国の皇帝就任を拒否した。これを機に国民議会は求心力を失った。ドイツを統一する力強い運動を主導するには、市民的公共圏は政治的に未成熟過ぎたと言えよう。

5. フランクフルト国民議会のベーゼラー

フランクフルト国民議会を上記の教養概念と結びつけて考える際に注目すべきは当代随一のゲルマニステンであるゲオルグ・ベーゼラーである。彼はサヴィニー及びプファタの専門家ドグマを否定し、民族を法の源とする独自の議論を展開した。

フランクフルト国民議会で議論された主題の 1 つに基本権があるが、この議論を中心にいたのがベーゼラーであった。1848 年 5 月に憲法委員会に選出されて以降、基本権の内容

形成に大きな影響を与えたのが彼の民衆法の思想である。

ベーゼラーとの比較で引き合いに出されるプフタによれば、「民族の概念は共通の起源という自然的基盤を持っている。これは血統的なものだけでなく、同時に精神的親縁性から生じるものである。よって、民族とはその語の本来の意味において自然的一体であり、民族とは人為的に成立するものではなく、自由な決議や意思によって成立するものではない、ということになる。」¹⁵そして「慣習法は、上の語の意味での民族から生じる」¹⁶のだが、民族が発展するにつれ、法形成能力を失うのである。ここで法形成という任務を担うのが法曹である。法曹は民族の代表として活動するが「慣習法と法曹法は二つの全く異なる法源に由来する」¹⁷。後のベーゼラーに対する書評では、プフタはもはや民族の意思に依拠することすら放棄するのである。

ベーゼラーは『民衆法と法曹法』¹⁸においてプフタとは異なり、法曹法を慣習法とみなしている。「民衆法を形成する主体は誰か。…それは民族である。…しかし民族は、全体としてのみ独立の性を有するわけではなく、また全体の中でのみ法を形成する力を持っているわけではない。その全体は狭い圏域に分かれ、これは全体によって規定され包摂されながらも、独自の生を営むのであり、全体はこのような秩序だった有機体として現れる。」¹⁹ベーゼラーによれば法曹の役割は、分岐した生活関係・制度における民衆法を観察・認識することである。法曹法が民衆法の一部となる場合はあるものの、民衆法から乖離した法曹法は「死んだ学識と生から切り離された理論」²⁰とされる。彼の民衆法の基盤となるのが、ゲノッセンシャフトであるが、「ゲノッセンシャフトの判断の法律的判断にあたっては、優先的に現代の法生活を読み取らなければならない」²¹とされる。

ベーゼラーは自身の民衆法思想を国民議会の基本権へ適用しようとした。彼の狙いは理性法的な抽象的人権ではなく、当時の社会において妥当する民衆法の確定であった。当然、このような方向性（特にゲノッセンシャフト論）には、復古的との批判があった²²。しかし例えばベーゼラーは草案において予防的措置を寄せ付けない「結社の権利」を主張したのであり、反対派の言うような復古的思想の持ち主とは言えないであろう。

表現の自由等で基本権を制限する方向性も示唆するなど、現代の人権とは異なる秩序観からの見解も見られる。しかし恣意的立法（民族の意思と乖離した、絶対主義的規律）の拒否という側面があることは明らかであるし、陪審裁判所の導入によりドイツ民族の意思を直接に吸い上げようとしていることから、サヴィニーに見られるようなエリート主義的教養概念とは異なる視点がベーゼラーには存在する。今後の研究ではこの部分を更に展開させていくつもりである²³。

-
- 1 風行社、2009年。
 - 2 立教法学第83号、2011年。
 - 3 近年国際法哲学界において法哲学のパラダイム革新運動として台頭してきた「legisprudence」を立法法学と訳した。2007年に国際雑誌 *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation* が創刊されて以来、活発な議論がなされている。
 - 4 Anton Friedrich Justus Thibaut,
Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg, 1814, S.12.
 - 5 Thibaut, a.a.O., S.35.
 - 6 Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814, S.11.
 - 7 Savigny, a.a.O., S.13.
 - 8 Savigny, a.a.O., S.48.
 - 9 Franz Wieacker, “Friedrich Carl von Savigny” in ZSRom 72, 1955, S.36.
 - 10 Wieacker, a.a.O., S.37.
 - 11 赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』（成文堂・1995年）、141頁。
 - 12 赤松・同書、146-147頁。
 - 13 サヴィニー（小橋訳）『現代ローマ法体系第1巻』（成文堂・1993年）、166-167頁。
 - 14 宮本直美『教養の歴史社会学』（岩波書店・2006年）、280-286頁。
 - 15 Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht 1, Erlangen, 1828, S.134.
 - 16 Puchta, a.a.O., S.148.
 - 17 Puchta, a.a.O., S.161.
 - 18 Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, 1843.
 - 19 Beseler, a.a.O., S.82-83.
 - 20 Beseler, a.a.O., S.351.
 - 21 Beseler, a.a.O., S.160.
 - 22 Bernd-Rüdiger Kern, Georg Beseler: Leben und Werk, Duncker & Humblot, 1982, S.96.
 - 23 研究報告としては中途半端な終わり方であるが、報告時間の制約及び研究の成熟度からここで終わらざるを得なかった。本格的な議論は他日を期したい。