

松 山 大 学 論 集  
第 27 卷 第 6 号 抜 刷  
2 0 1 6 年 2 月 発 行

法発見についての立法資料の無価値性  
—— 方法史的概観

ヤン・ティーセン  
服 部 寛 訳

翻 訳

# 法発見についての立法資料の無価値性 —— 方法史的概観<sup>\*\*</sup>

ヤン・ティーセン  
服 部 寛 訳

## 目 次

- I. はじめに
- II. 現今の諸見解の模様
  1. 法学
  2. 司法 (Rechtsprechung)
- III. 歴史的な縦断面
  1. 初期近代：法的行為の一部としての理由づけ
  2. 法典化：解釈の禁止と、[立法] 資料崇拜 (Materialienkultus) の間
    - a) 前文 (Präambeln)
    - b) 起草者 (Verfasser)
    - c) サヴィニー
    - d) [立法] 理由書 (Motiv) と議事録 (Protokolle)
    - e) 証人 (Zeugen)
    - f) 省のコンメンタール (Ministerialkommentare)
    - g) 今日では
- IV. 展望

---

※ 原題と初出：Jan Thiessen, Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Holger Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Mohr Siebeck, 2013, S. 45-74.

\* 2012年11月22日, ライナー・シュレーダー (Rainer Schröder) に捧ぐ。

## I. はじめに

ビスマルクが語ったこととして、次のことが伝えられている——ドイツで人々は、次の二つのことを精確に知らうとしない。それは、《ソーセージはどのように製造されるのか》ということと、《法律はどのように作成されるのか》ということである——と。この引用の出所ははっきりしない<sup>1)</sup>同様に、立法資料 (Gesetzesmaterialien) の価値も、不明確である。こうしたイメージ<sup>B i m a g e</sup>において、立法資料は、添加物ではなく、そこから法律が作り出される<sup>M a c h e n</sup>ところの元の材料 [Material で資料と料理の材料とがかかっている] である。この立法資料は、その作り方 (レシピ) と作成 (の過程) <sup>R e z e p t u r F e r t i g u n g</sup>について記録<sup>d o k u m e n t i e r e n</sup>している。法学者として我々は、たいてい、自らが法律を「作成する」というわけではないが、多かれ少なかれ、作り方と作成過程について、しばしばそのような記録<sup>A u f z e i c h n u n g</sup>のあり方を用いている。

本稿のタイトルである「立法資料の無価値性」は、もちろん、ユリウス・フォン・キルヒマン (Julius von Kirchmann) に拠っている<sup>2)</sup> 同人について今日有名なものとして前提とされ得ることといえば、《キルヒマンは、法(律)学を価値無き学問であるとみなし、図書館の [本を] 反故にすること<sup>M a k u l i e r u n g</sup><sup>3)</sup>の肩を持っている》ということである。しかし、キルヒマンは、《法学が、その固有の対象であり、「民衆のうちに生き、かつ、それぞれの個人によりそれぞれの分野におい

1) この引用は、文献において、ずっと出典を欠いたまま伝えられている。Vgl. nur *Schneider*, *Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch*, 3. Aufl., 2002, §6 Rn. 149 a. E. *Fleckner*, in: *Bayer/Habersack (Hrsg.)*, *Aktienrecht im Wandel*, Bd. I, 2007, 19. Kapitel Rn. 61, は、彼のリサーチに際して、同様に典拠を見出していなかったが、同時代の米国の類似の一節 (Parallelestelle) を記している。

2) *Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, ここでの引用は1848年の第2版を用いている [同書については2つの邦訳が存在している。田村五郎訳「法学無価値論」田村『概念法学への挑戦』(有信堂, 1958年) 1-49頁/喜多丁祐「キルヒマン『學としての法學の無価値』」商学討究1巻1号(1950年) 86-124頁。本邦訳では主に喜多訳に依拠する(が、全てを邦訳に従うというわけではない)。キルヒマンと彼の最も有名なテキストについては、*Spindel*, in: *Düwell/Vornbaum (Hrsg.)*, *Recht und Juristen in der deutschen Revolution 1848/49*, 1998, S; 19, 193 ff.

3) *Kirchmann* (Fn. 2), S. 17. [邦訳 (喜多訳) : 105頁]

て実現される」ところの「自然の法 (das natürliche Recht)」を<sup>4)</sup>恣意的に生み出される実定的な法、つまり偶発的に・<sup>zufällig</sup>・<sup>gerade</sup>いま妥当するものであり成文の法律と交換した》、ということ、実際のところ気にかけていたのであった<sup>5)</sup>。法律家は、法の<sup>veränderlich</sup>変わりやすい諸現象に打ち込んでいたというのではなく、迅速に古くなる記述に没頭していたのではないか、というのである。つまり、そうなる<sup>Zufallprodukte</sup>と、元々の法律が学問的に価値のない偶然の産物であるなら、その法律の成立に先行して存在しておりその理由づけのためになされた資料に、このことはより一層当てはまるということにはならないのか？ キルヒマンは諦念して次のように思ったのであった：「過去は死んでいる；過去は、現在を理解し、現在に精通するための手段として、価値を有するに過ぎない<sup>6)</sup>」と。そうすると、立法資料はこれにいずれにせよ役立つのではなからうか、というのである。しかし、キルヒマンは、「法学の悲しむべき点<sup>Kunst</sup>」が次の点に存する、と見ている。それは、法律学が、「政治」と「立法の技法」に心を閉ざしていた、という点であり、「法学は、したがって、自らは新制度の素材やその進歩〔進展〕を意のままにすることができず、または、これを指導することすらできないのである、と宣言するのであるが、これに反して、他のあらゆる学問は、このことが自身と一体をなすものであり、自らの最高使命であると、見るのである」<sup>7)</sup>

自身の演説において「自然の」法に賛成し「実定の」法には反対したキルヒマンが、法史の成績の点数を必要としない<sup>8)</sup>彼の時代の子供である<sup>9)</sup>ならば、「新制度の素材やその進歩を意のままにする、または、これを指導することだけでも行う」というキルヒマンの要求は、本稿の目的にとって、今日まで危険な影響力を持つ争いを表している。即ちそれは、法規範の起草者とその適用者

4) Kirchmann (Fn. 2), S. 6. [邦訳 (喜多訳) : 90 頁]

5) Kirchmann (Fn. 2), S. 14 ff. [邦訳 (喜多訳) : 103 頁以下]

6) Kirchmann (Fn. 2), S. 12. [邦訳 (喜多訳) : 98 頁]

7) Kirchmann (Fn. 2), S. 31. [邦訳 (喜多訳) : 123 頁]

8) これと異なる点については、Spendel, in: Düwell/Vormbaum (Fn. 2), S. 194 f. [原文では注 9]

との間の争い、[つまり]《法律への拘束は可能であり追求に値するものである》という起草者の考えと、《そうした拘束は不可能であり、またはいずれにせよ不備のあるもので、もとはといえばありがたくないものでもある》という法適用者のかなりの数が抱く <sup>Gegenvorstellung,</sup>「反対の考え」との間の争いである。今日では双方の側に支持が見られる<sup>10)</sup> 憲法は<sup>11)</sup> 基本法 97 条 1 項において、裁判官を法律へと拘束し、基本法 20 条 3 項において、もちろん法へも拘束している<sup>12)</sup>

9) キルヒマンがベーゼラーの『民衆法と法曹法』(1843年)(*Beseler, Volksrecht und Juristenrecht*, 1843)をはるかに越えて出ているということと同時に警告したのは、次の[2つの]文献であった。まず、「この学問の」匿名の「教師」である、*Rudorff, Kritik der Schrift des Staatsanwalts v. Kirchmann über: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 148, S. 13 f. (当人を教師と見なすこと (Zuschreibung) は、次の文献による: *Bast, Die Philosophische Bibliothek. Geschichte und Bibliographie einer philosophischen Textreihe seit 1868*, 1991, S. 220)。そしてもう一つの文献は、*Stahl, Rechtswissenschaft oder Volksbewußtsein? Eine Beleuchtung des von Herrn Staatsanwalt von Kirchmann gehaltenen Vortrags: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, S. 13 であった。自然諸科学を法学の理想と見なすことは、19世紀の前半に生じた、学問の理解における危機意識の表現であった。その点については、*Herberger, Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 6 (1983), 79, 82 ff., 84 ff. (キルヒマンについて); 19世紀後半でのさらなる影響については、*Haferkamp, in: Schmoeckel (Hrsg.), Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, 2009, S. 215, 28; *ders.*, in: *Siep (Hrsg.), Evolution und Kultur. Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste* 2009, 2011, S. 35, 38 f.; 文脈に関して一般的には、*Klippel, in: ders. (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, 1997, S. VII ff., XIV; *R. Schröder, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, 1997, S. 185, 187 ff. (同所では、「自然の法 (natürliches Recht)」と「自然法 (Naturrecht)」の両概念を区別し、*Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Philosophie bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984, S. 310 を補足している); *Brandt, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts*, 2006, S. 199, 205 ff. [原文では注 8]

10) このことを示しているのは、連邦通常裁判所の元長官であるヒルシュ(*Hirsch*, ZRP 2006, 161)により引き起こされた「ピアニスト論争 (Pianistendebatte)」である。ヒルシュの文献については、*vgl. dens.*, ZRP 2009, 61; *dens.*, ZRP 2009, 253; *dens.*, ZRP 2012, 205。これについての文献は、*Möllers, F.A.Z. vom 26. 10. 2006*, S. 37; *Rüthers, F.A.Z. vom 27. 12. 2006*, S. 31; *dens.*, JZ 2006, 53; *dens.*, JZ 2006, 958; *dens.*, ZRP 2008, 48; *dens.*, NJW 2009, 1461; *dens.*, NJW 2011, 1856; *Simon, myops* 2007, 21; *Hassemer*, ZRP 2007, 213; *Wenzel*, NJW 2008, 345; *Rieble*, NJW 2011, 819; *Schluckebier*, ZRP 2010, 269。

11) 憲法上の含意に関する詳細については、本書所収のヴァルトホフ(*Waldhoff*)の論稿 [Waldhoff, *Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in: *Fleischer, a. a. O.*, S. 75-109] を参照。

12) 基本法 20 条 3 項の編纂と解釈の歴史については、*Hillgruber*, JZ 2008, 745, 746 f.; *vgl. auch dens.*, JZ 1996, 118。

これに対して、法理論・法言語学・法社会学の諸成果をとりいれている現代の<sup>Methodologie</sup>方法論は、テキストを拘束し得る唯一の範囲を内に画する諸限界が流動的であるということを示している<sup>13)</sup>。法律家は、他者が解釈をするテキストを起草する；法律家は、他者が起草した[つまり法律の起草者による]テキストを解釈する。このような<sup>z w e i c h e s P ä r t i g</sup>内的分裂をはらんだ現実に直面しているのが、《<sup>der</sup>「ザ」[定冠詞付の]・立法者は他の権力をテキストに拘束する》という憲法現実であり、また同様に《裁判所と行政は<sup>Bindungsstörungen</sup>「拘束という妨害」に苦しんでいる》という意識もそのようなのである。拘束は弛緩され、それにも拘わらず解釈は任意ではない<sup>14)</sup>。このことは、法文だけでなく、法律の理由づけのテキスト(Gesetzbeurkundungstext)にも同様に該当する<sup>15)</sup>。

「法律の理由づけの技芸(Kunst der Gesetzesbegründung)」は、「立法技術(Gesetzgebungskunst)」の一部として、18世紀と19世紀における歴史的な議論の対象であり<sup>16)</sup>、またそれは現実の法政策的な<sup>Postulat</sup>要請でもあった<sup>17)</sup>。《それが実現されるか》は《どういった目的が立法資料に付与されるか》にかかっており、他方で、《如何に簡単にその目的が達成されるか》にも、これ[≡この要請の実現]はかかっていたのである。関連する調査によると、立法資料は、明白な形

13) 根本的なものとして、Müller/Christensen, Juristische Methodik I, 10. Aufl., 2009, S. 323 ff.; Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 127 ff.; Christensen, im: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Bd. II: Recht verhandeln. Argumentieren, Begründungen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, 2005, S. 1, 71 ff.

14) このことを強調するものとして、Ogorek, myops 2009, 59, 62, これは Hillgruber, JZ 2008, 745 に対する。類似のものとして、Simon, myops 2007, 21, 22, 同所では、どの解釈も、公衆[の批判]を乗りきらなければならない、とされる。

15) Vgl. Müller/Christensen (Fn. 13), S. 368 ff.

16) Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, 2004, S. 125 ff.; Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, 2006, S. 1.

17) これについては、本書所収のヴェーデマン(Wedemann)の論稿[Wedemann, Die Gestaltung der Gesetzesbegründung – Ein Wunschzettel an den Gesetzgeber, in: Fleischer, a. a. O., S. 127-135]を参照。その前に、第65回ドイツ法曹大会の審議(助言)への参照を指示するものとして、Emmenegger (Fn. 16), S. 1 m.v.N. in Fn. 1.

で、選択的に受容されたのであり、また受容されているのである<sup>18)</sup> それ故に、立法資料は無価値であるという必要はないのである。しかし、こういった価値を立法資料が有しているのか？ それはこういった価値で、何のため・誰のためのものなのか？ 死んでいる過去の蘇生<sup>Belebung</sup>が我々に助けとなすのは何か？ これらに答えるために、本稿は、現今の諸意見の模様を見た後で、歴史的な縦断面を描く。最後に、立ち位置の規定を試みる。

## II. 現今の諸見解の模様

### 1. 法学

まず、2002年の債務法改革の後に記録されている、私法学からの諸見解を見ることにしよう。この改革は、いまや10周年にあたり<sup>訳注1)</sup>既に法史でもある。

ゲルハルト・ヴァーグナー (Gerhard Wagner) は、ベアーテ・グゼル (Beate Gsell) に対して、当時、次のように非難した。曰く、グゼルは、瑕疵損害・瑕疵結果損害 (Mangel- und Mangelfolgeschaden) の消滅時効に取り組んでいるが、その手法は、「<sup>Sachargument</sup>事実<sup>に即した論拠</sup>で第一に行われているわけではなく、法律の文言と立法者の意思をとりわけ援用している」と<sup>19)</sup>ヴァーグナーがここで批判しているのは、立法資料の権威を揺るがすところの、<sup>Nachlässigkeit</sup>ぞんざいさである。つまり、法律の理由づけの起草者は、「<sup>Kommission Abschlussbericht</sup>債務法改革の委員会<sup>の最終報告</sup>からの文章の一節を借用していたが、この文章の一節はもはや、理由づけが引き合いに出すべき法律の文言に調和しない」。換言すれば：誤った切れ端を使用したパッチワークではないか、というのである。[これは]明らかに手作業上の誤

18) Vgl. *Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts*, 1982, S. 90 ff., 139 ff.; *Finkenauer*, in: *Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, 2000, S. 305, 310 ff., 315 ff.; *Fleischer*, *FS Goette*, 2011, S. 75, 85 ff.; 包括的に法比較を行うものとして, *ders.*; *AcP*(2011), 31; 英語版は *ders.*, 60 *Am. J. Comp. L.* 401(2012).

19) 以下の引用については, *Wagner*, *JZ* 2002, 1092, 1093, これは *Gsell*, *JZ* 2002, 1089 に対するものである。

りである。しかしながら、ヴァーグナーはここで、根本的な懸念を述べる：

「それとは無関係に、もしグゼルが自身のエネルギーを、規範的な事柄に関する諸問題ではなく、連邦議会の議会資料（Drucksachen）の<sup>Hermeneutik</sup>解釈学に注いでいるのであれば、それはドイツの<sup>Rechtsdogmatik</sup>法解釈学にとって名誉なことではない。法律学方法論においては、《法適用者は、法律の理由づけにおける諸考慮に拘束されているわけではない》ということが一般的に承認されている。これらは、所轄の省の役人が作ったものであって、真剣に読み評価する価値はある；[だが] それらには、何らかの拘束の作用は無いのである」。

ヴァーグナーと全く同様の論証を行ったのが、ウルリッヒ・フーバー（Ulrich Huber）で、同年に、企業買収に際しての保証の制限（Garantiebeschränkungen beim Unternehmenskauf）というテーマで、次の点を強調する：

「法律の準備に従事していた人物は、<sup>Kommission</sup>当人が委員会や政府の草案へと理由書を文書化したとしても、後に決定された法文を真正に解釈するという特権を有しているわけではない。法律を後から適用する裁判所に対して、法律を越えて（*praeter legem*）、どのようにそれが生じたかについての規定を作成するような形での特権のあり方も有していないのである。[…] そもそも、法律それ自体は、解釈の努力の対象とされるであろうが、その成立に関与した人間の、部分的には公的で部分的には私的な意見について傾注される努力は、それに比べて少ない」<sup>20)</sup>

2002年のカールスルーエでのフォーラムにおいて、フーバーは、「立法資料は<sup>Hilfsmittel</sup>…補助手段ではあるが、それ以上のものではない [法律よりも大きな意味を持つものではない]』と言った<sup>21)</sup> これに答えたのがクラウス-ヴィルヘルム・カ

20) Huber, AcP 202 (2002), 19, 231 f., 239 f. Fn. 205, どれも, Dauner-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108 に対する。

21) Huber, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 140.



ナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) であった。曰く、たしかに、客観的-目的論的解釈との関係では、私は、「主観的解釈に優位する形で、混合的な理論、すなわち立法者の意思を志向する解釈を支持している」<sup>22)</sup>しかし、カナリスは、ここで、自らがそれを引き継いで進めているラーレンツの方法論に依拠している。そこでは——ヴァーグナーとフーバーと一致して——[立法]資料から取り出され得るところの、法律の起草者の考えは、「価値のあるもの」ではあるが、「拘束力のある」補助手段では「ない」と宣言されており、この補助手段は「元々の立法者の意思を通例」再現しているものでは「ない」とされる<sup>23)</sup>それよりも3年前に既に、フォルカー・ボイティエン (Volker Beuthien) はプラグマティックに次のように考えていた：「法律の起草者が有していた考えや理由書は、それ自体としては、それがザッハリッヒに納得させる限りでのみ、法律適用の際に拘束する」と<sup>24)</sup>そして、ウルリッヒ・フーバーの引用をもう一つ最後にしておこう。ここでは理由書の沈黙についてのものである：「[...] 立法資料の引き紐に、いつでも手を伸ばすという必要はない。‘ザ・立法者’は[立法]資料において何かある問題について言ったであろう、そして立法者が何も言わなかった場合には、最悪のことを直ちに想定するという必要もないのである」<sup>25)</sup>

## 2. 司法 (Rechtsprechung)

「引き紐」を引くということが問題であるならば、司法は大学に劣っていない。とりわけ、最上位にあるドイツの民事の裁判所は、伝統的に、かなり意識して——そして歴史を意識して——<sup>geschichtsbewusst</sup>、‘ザ’立法者に立ち向かっている。それについての例を挙げると、長年にわたって会社法の部の長を務めたヴァルタ

22) Canaris, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2002, 2003, S.144; さらに, Canaris, *JZ* 2011, 879, 86 f. 同所では次の文献を指示している。Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S.137 ff. これは, Rütters, *JZ* 2011, 593, 599 f. に対する。

23) Larenz/Canaris (Fn. 22), S. 165.

24) Beuthien, *NJW* 1999, 3585, 3586.

25) Huber, in: Lorenz (Fn. 21), S. 195.

ー・シュティンペル (Walter Stimpel) は、記念論集の『連邦通常裁判所 25 周年』において、実証主義、概念法学、自由法についての全ての方法論史的な決まり文句に沿って、議論を進めている<sup>26)</sup>：

「世紀の転換点の前後、換言すると伝統的な法実証主義の輝かしい終焉の数十年前後に、司法は、一般的に、法律の文言になお強くとらわれていた；司法は、概念的な構成を用いて仕事をしており、特に好んで、立法者の理由書に従っており、法律上前もって規定された法的な状態を固定化した；その限りで、第一次世界大戦の後で初めて最終的に破壊されたところの、国家・法律・法の調和についての一般的な確信がなおも反映されていた。帝国上級商事裁判所と商法の部の判例は、これに対して、最初から明白に、別の傾向を有しているのである。今日の読者は、かなり現代的なものを思わせる、法的現実へと志向するその法的問題の処理に驚く。その克服は、裁判官による発展的法形成により、課題として認識されたのであり、これは、20 世紀においてこの点で一般的な転換が生じたよりもだいぶ前なのである。それ故に、次のように言うことができる。即ち、第二民 [事部 (ティーセン補充)] は、次の範囲において、今や 100 年以上の歴史のある展開の鉄道をさらに進むことができたのであった。その範囲とは、同部が、その判例で以て、経済生活における事実上の諸変更を正しく評価し、必要な法的道具手段を自由に使用せ、誤った展開に反対するというに努めてきた、ということである。これは、法律が十分な支えをもはや与えることができなくとも、また法体系的な理由づけが差し当たって不可能に思われた場合でも、そうなのであった」<sup>27)</sup>

シュティンペルの後任の一人であるフォルカー・レーリヒト (Volker Röhrich)

---

26) これについては、*Haferkamp, Gerog Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, 2004, S. 78 ff.; *ders.*, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts*, 2010, S. 181 ff.; *Rückert*, ZRG GA 125 (2008), 199, 201 ff.; *J. Schröder*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, 2010, S. 505 ff., 523 ff., 569 ff.; *ders.*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., 2012, S. 281 ff., 329 ff., 393 ff.

27) *Stimpel*, in: Krüger-Nieland (Hrsg.), *25 Jahre Bundesgerichtshof*, 1975, S. 13 f.

は、発展的法形成の限界を、法律の起草者との関係においてではなく、学問との関係において求めた。このことは、会社法の部のメンバーが数十年にわたり大学との密接なコンタクトを大切にしている<sup>28)</sup>ということから、理解できる場所である。しかし、レーリヒトは、次のように批判を行っている。会社法における「常に新たな危険」が学問によって「発見」されるにあたり、《あれかこれかの帰結ないし完璧化を、「立法者がそもそも望んでいたか」という優先的な問いは、しばしばあまりにも早くとば》されている、と<sup>29)</sup>

しかし、《立法者が何を欲していたのか》ということは、裁判官にとって簡単に突き止められ得るものではない。BGHの倒産法の部の議長を務めたゲルハルト・クレフト (Gerhard Kreft) は、退職の年に、「司法部と立法部の関係について——倒産法を例として」として、自身の見解を明らかにした<sup>30)</sup>。最初にクレフトは、「モンテスキューから現代の立憲国家へ」の弧 [スラー] を描いた。曰く、「自由主義的で、民主主義的・法治国家的・社会的な立憲国家」においては、裁判官は、もはや「法律の言葉を発する口 (la bouche, qui prononce les paroles de la loi)」ではなく、他の権力との関係において「ある意味で無である (en quelque facon nul)」というわけではない。それで以ては、「裁判官と立法者の関係は、もはや適切には、その輪郭をはっきりさせられ得ない」、と。確かに、クレフトは、《法律を扱うにあたって、いまや裁判官が「ある意味ですべて」である》と言っているわけではない。しかしながら、とりわけ歴史的な解釈による拘束を、クレフトは拒否している：

「規範の解釈についての可能性が多かれ少なかれ大量にある中から、裁判官は、

28) Röhricht, ZGR 1999, 445, 446.

29) Röhricht, ZGR 1999, 445, 468.

30) 以下の引用については、Kreft, KTS 2004, 205, 226 f. [カギ括弧内はクレフトの論文のタイトルである。] 同所は次の文献の参照を指示している。Montesquieu, De l'Esprit des Loix, 1748, Livre XI Chapitre VI. [邦訳：野田良之ら訳『法の精神 (上)』(岩波書店, 1989年) 291頁以下。]

解釈の規準を総体的に入念に考慮して、そのうち、具体的な法律の他の規定や、他の隣接する法律、全体的な法秩序と結びついた意味・目的をとりわけ考慮して、<sup>angemessenst</sup>・<sup>vernünftigst</sup>・合意できる帰結に至ると、当の裁判官自身にとって思われるところのものを選び取る。[…] 自身が解釈に努めるにあたり、裁判官が到達する帰結は、歴史的な立法者により考量された帰結を越えて出ているものとなっていることは珍しくないのである」。

中間的な帰結として次の点を確かめておこう：立法資料を手がかりとした解釈は、非常に大きな圧力団体を有してはいない。このような、立法資料の意味の喪失に先行していたものは何か？

### Ⅲ. 歴史的な縦断面

歴史的な縦断面はドイツに集中しており、初期近代から始めている。空間と時間を「ドイツの近代以降の話に」制約するため、[それ以外については]若干の説明の言葉にとどめておく：シュテファン・フォゲナウアー（Stefan Vogenauer）は、イングランドと大陸における法律解釈についての彼の<sup>opus magnum</sup>最高傑作で、《ドーバー海峡が、2つのまったく異なる方法圏<sup>Methodenkreis</sup>を相互に分離しているのだろう》という先入見を訂正している。フォゲナウアーは逆に、一定の時間的<sup>Phasenverschiebung</sup>な段階のズレがあるにも拘わらず、少なくとも機能的には同等の、解釈の伝統とその道具的手段<sup>Instrument</sup>があるということを示した<sup>31)</sup>にもかかわらず、——我々におけるように——必要に迫られてというだけでなく、最初から、裁判官の言葉に特別な意味を与える法システムは、立法資料を過小評価しているに違いない。しかし、《イギリス人が、どの範囲で・どのような目的で、彼らの立法資料を過去に読んできて、現在読んでいるのか》については、より十分な能力がある判断に委ねられている、とフォゲナウアーは語る<sup>32)</sup> 同じこと

31) Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, 2001, zusef. S. 129 ff.

が、アメリカ<sup>33)</sup> フランス<sup>34)</sup> オーストリア<sup>35)</sup> に当てはまる。時間的な観点においては、ヤン・シュレーダー (Jan Schröder) が、《歴史的な法律解釈は、17世紀早期まで行われていない》ということを書き加え、また自身の方法論史のこうした観点を法概念、即ちここでは法律概念へとつなぎとめた<sup>36)</sup> つまり——ごく簡略して言えば——、神または自然の法に対応するものを成文法がただ表す限りで、テキストの背後に、歴史的な偶発性<sup>Zufälligkeit</sup>を探すということは誰もしないのである。しかし、法が人間により定立されると、この不完全で恣意的に行動する人間が、立法者として、その歴史的な環境で考察されるのである。

使用できる諸資料<sup>v e r f ü g b a r</sup>の基礎<sup>Fundus</sup>に目を向けると、考慮すべき観点がさらに2つ存在する。第一に、一方で書式性 (Schlifflichkeit) と印刷、他方で規制の意図と規範の公表、この双方の関連が存在する、ということである<sup>37)</sup> これに付け加わるのは、それより後に行われた、規範と理由づけの明白な区別、及び規範定立者と起草者の明白な区別である。

### 1. 初期近代：法的行為の一部としての理由づけ

近代の初めに、皇帝と帝国等族は、ドイツ国民の神聖ローマ帝国における権力のバランスを新しく保っていた<sup>38)</sup> とりわけ、都市よりも、選帝侯の大きな

32) *Vogenaue* (Fn. 31), S. 7 f., 731, 753 ff., 72 ff., 844, 919 ff., 967 ff., 1079 f., 1208 ff., 1256 f., 1272 f., 1289 f.; それ以降のものを包括的に扱うものとして, *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 339 ff.

33) *Melin*, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*, 2005, S. 69 ff., 116 ff.; それ以降のものを包括的に扱うものとして, *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 339 ff.

34) *Mertens* (Fn. 16), S. 131, 136.

35) これについては、本書所収のホプフ (Hopf) の論稿 [Hopf, *Gesetzesmaterialien: Theorie und Praxis in Österreich*, in: *Fleischer*, a. a. O., S. 95-109] を参照。

36) *J. Schröder*, in: ders., *Rechtswissenschaft in der Neuzeit* (Fn. 26), S: 143, 148 ff., *ders.*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 26), S. 148 f.

37) これについては、*Holzborn*, *Die Geschichte der Gesetzespublikation – insbesondere von den Anfängen des Buchdrucks um 1450 bis zur Einführung von Gesetzesblättern im 19. Jahrhundert*, 2003, S. 28 ff., 同書についての部分的に批判的な書評として, *Mertens*, ZNR 2005, 111, 112 f.; *Ruppert*, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften: Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhundert*, 1999, S. 67 ff.; *Schennach*, ZRG GA 125 (2008), 133, 140 ff.

38) 以下については、*Härter*, *Ius Commune* 20 (1993), 61 ff.; *Weber*, ZRG GA 115 (1998), 420 ff.

領土が、改革を欲していた。これらは、帝国を <sup>m o d e r n e r n e t a u g l i c h</sup> ‘最新の動向に適合した’ものにしたのであろうけれども、しかし同時に、動揺しだした秩序を強固にしたものであって、とりわけ、全体の社会的な共同生活を掌握するポリツァイ諸条例によって行くとされたのである。常なる繰り返しと複写には、<sup>s o z i a l d i s z i p l i n i e r e n d</sup> 社会を規律する自らの規範を、18世紀末まで増大する、<sup>l e s e k u n d i g</sup> 文字が読める<sup>39)</sup> 住民（人口）の下にもたらそうとする公権力の努力が表れている。そこでの関心の的は規範であって資料ではなかった。確かに、例えば、ドイツの帝国諸議会の諸文書は、中世後期以降、伝えられてきてはいた。しかし、帝国議会の諸文書の<sup>z u g ä n g l i c h</sup> 入手可能な程度は様々であって、—— 今日でもまだ完全ではない —— 版<sup>40)</sup> は、19世紀末に、「広く散らばった資料を探し集めることを研究者に免れさせるということ<sup>41)</sup>」に取りかかったという程度までであった。

加えて、理由づけは、しばしば、<sup>R e c h t s a k t</sup> 法的行為の一部であった。例えば、ポリツァイ条例は、個々の条文において、《どの状況が、<sup>w e s h a l b</sup> 何ゆえに、どの手段を用いて、変更されるべきか》ということについて記していた。1530年の帝国ポリツァイ条例 (Reichspolizeiordnung) からいくつかだけ例を挙げておくと：侯爵と伯爵と男爵は、それらの臣下と同様の形で、「その正しい素行によって、責任ある神の名誉 […] が促進されるも妨げられるということがないように」、神にかけて誓い悪態についてはならない（第5条第5項）。「酩酊によって悪習と災いと汚物が発生する」ということと「乾杯の非実体性が、いたるところでますます

39) これについては、以下の個々の研究を参照：Bödecker/Hinrichs (Hrsg.), *Alphabetisierung und Literarisierung in Deutschland in der frühen Neuzeit*, 1999; *Houston, Literacy in early modern Europe. Culture and education 1500-1800*, 2. Aufl., 2002, S. 125 ff., 141 ff.; *Siegert*, in: Hammerstein/Herrmann (Hrsg.), *Handbuch der deutschen Bildungsgeschichte*, Bd. II: 18. Jahrhundert. Vom späten 17. Jahrhundert bis zur Neuordnung Deutschlands um 1800, 2005, S. 445 f.

40) *Deutsche Reichstagsakten*, hrsg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften durch Eike Wolgast.

41) *Voigt*, in: *Nachrichten von der historischen Commission bei der Königlich Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Erstes Stück, Beilage zur Historischen Zeitschrift 2 (1859), S. 31, 33.

根付いており増加し広まっており、そのことから神の冒瀆・殺人・撲殺・姦通などの悪行が生じる」ことを理由に、《健康を祝して飲むことを禁ず》ということが再度指示されたのであった（第8条）。個々の諸身分が自分の服装で見分けがつくようにするために、《例えば農民，都市居住者，商人，貴族，博士，また馬さえも，どの服装を着ることが許されるか》が詳細に指示された（第9条以下）。商人が着色した生姜で詐欺を働いたことが多かったことから，帝国では，白く着色されていない生姜のみが販売を許されたのであった（第29条）。

規制を徹底して，豪華に公表された，他の大きな試みも，類似の説得的な仕事を<sup>reggelungsintensiv prunkvoll</sup>行った。例えば，1532年に公布されたカール5世（Karl V）の刑事裁判令（*Peinliche Gerichtsordnung*）を挙げることができる<sup>Überzeugungsarbeit</sup>42) 同令によると，裁判官・判断者は「何びとにも不法が行われざらむがため」，考えられる全ての安全のための措置を講じるべし，とされた（第219条，類似するものとして第127条）。刑罰は，非行の状況および背徳性に応じ，「正義の愛好よりして，かつ公共の利益のために」，はかられるべきである（第104条）。これらが決まり文句であれば，しかし複数の条文は，より精確な理由づけも含んでいた。単なる嫌疑だけでは誰も訴追されないために，自白と証拠が必要である，とされた（例えば第6条・第20条）。他者に責を帰せる共犯者は，責を帰せられた者に対して，敵意のある態度で尋問されるべきであり，なぜならば敵を信じるべきではないからである（第31条）。被疑者〔被告人〕は，「愚昧または驚愕のために，いかにしてそれに関して責を免るべきや，また立証すべきや，に関する提示〔方法〕を知らざるゆえに」ら，無罪の方向に働く諸事実を尋問されるべきである（第47条），などである。

つまり，[当時の]人々は，規範の意味や目的を規範の文言の外で探する必要

42) これについては，以下の論稿を参照。*Kleinheyer und Trusen*, in: Landau/F. C. Schoeder (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 7 ff., 29 ff. [なお，同令については，次の邦訳に基本的に従っている：塙浩訳「カルル五世刑事裁判例（カロリナ）」神戸法学雑誌18巻2号（1968年）210-299頁。]

が無かったのである。そして、規範が沈黙している場合には、それをいずれにせよそこからかなり離れた形では見つけたのではなく、詳細な前文において見つけたのであった。そうした例として、1495年の永久ラント平和令は<sup>43)</sup>その前文に基づいて、外交政策的な脅威からより良い形で身を守ることを可能とするために、内的な平和をもたらしたのであった。

## 2. 法典化：解釈の禁止と、[立法] 資料崇拜 (Materialienkultus) の間

### a) 前文 (Präambeln)

2世紀半後に、マキシミリアン・バイエルン民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) に対して、バイエルンの選帝侯のマキシミリアン・ヨーゼフ (Maximilian Joseph) の「十分に考えられており—最も慈悲深い [...] 熟慮 (Erwegung)」が次のことを前置きした。つまり、妥当している法「そのほとんど見通すことができない先見の明と、かなり厄介な無秩序のために、公的または自身の関心のためにこれを知る必要がある人びとにも、いっそう容易に把握し保持し遵守できるような形態と目的をもって」。しかし、ここでの非常に一般的な「熟慮」でもって問題だったのは具体的な規範の理解ではなかったので、マキシミリアン法典 (Codex Max) は、《規範が何のために役に立つのか》を法服従者に対して言うという伝統が終わる<sup>Endpunkt</sup>点を、いずれにせよ既に記していたのである——立法者はこのことをもはや必要としなかったのであった<sup>44)</sup>

そして、1794年のプロイセン一般ラント法において、マキシミリアン法典におけるよりも明白な形で、法文は、その成立と理由づけとに分けられた。バイエルンの選帝侯がなおもその法律に前置きしたところのことは、フリードリヒ大王 (Friedrich der Große) に際しては、「新たな法典を作り上げる際に採られるべき計画」において読まれ、彼の後継の後継<sup>Nachnachfolger</sup>に際しては、公布の辞令 (Publikationspatent) において読まれた<sup>45)</sup>フリードリヒ大王は、法律において、

43) これについては、Wadde, in: ders. (Hrsg.), Landfrieden, Strafe, Recht. Zwölf Studien zum Mittelalter, 2001, S. 183 ff.

44) 以下についても、Mertens (Fn. 16), S. 312 ff., 439 f.



しばしば「全く適さない<sup>Raison</sup>思慮とその理由書」を省略しようとしただけではなかった。古代以来広まった、法律における前文を、彼は、「冗長で無駄で空虚な文」と見なしていたのであった<sup>46)</sup>

プロイセンでは後期のラント法が発生したのに対して、フランスにおける前文は、<sup>r e g e l r e c h t</sup>正真正銘に禁止されたが、その事情はより劇的であった。テュイリリーへの突撃の後に、ルートヴィヒ 16 世 (Ludwig XVI.) は捕まり、制憲議会 (C[K]onstituante) は、以後、単純法は前文を欠いて公布され得る、と命じた<sup>47)</sup> マリー-テレーズ・フェーゲン (Marie-Theres Fögen) が書いたように、法律は、その<sup>A u t o r</sup>著者の前でギロチンにかけられたのであり<sup>48)</sup>「立法者のモノローグ (The legislator's Monologue)<sup>49)</sup>」は沈黙させられたのであった。前文が戻ったのは、ようやく 20 世紀になってからであった<sup>50)</sup>

### b) 起草者 (Verfasser)

啓蒙主義と共に、立法者の陰から、つまり、とりわけ<sup>u n g e t e i l</sup>分立されていない権力においては同時に最上位の裁判所の主であり執行権の主であり規範定立者でもあった絶対的に支配を行う領主の<sup>F ü r s t</sup>陰から、法律と [立法] 資料の《起草者

45) Plan nach welchem bey Ausarbeitung des neuen Gesetzesbuchs verfahren werden soll. Genehmigt durch Cabinetts-Ordre vom 27.7.1780; Patent, wegen Publikation des allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten vom 5.2.1794, いずれも次の文献に復刻されている: Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl., 1996, S. 42 ff., 48 ff.

46) Plan (Fn. 45), S. 42, 43.

47) „Loi relative à la forme dans laquelle les Décrets seront imprimés et publiés. Donnée à Paris, le 11 Août 1792. Décret du 10 Août 1792. L'Assemblée nationale rapporte le décret de ce jour, en ce qu'il ordonne que les décrets seront publiés suivant l'ancienne forme. L'Assemblée décrète qu'à compter de ce jour, tous ses décrets seront imprimés et publiés sans préambule, et suivis du mandement accoutumé, signé par le ministre de la justice au nom de la nation.“ Abgedruckt u. a. in Lois, et actes du gouvernement, Tome VI. Juillet 1792 à Mars 1793, 1807, S. 42 f.

48) Fögen, Das Lied vom Gesetz, 2007, S. 13.

49) これは、フェーゲンの次の論稿のタイトルである。Fögen, Chicago-Kent Law Review 70 (1994-95), 1593, 1604 ff. (フランス革命について), 1610 (Dietze, DR 1939, 150, 12 のタイトルの由来について).

50) Fögen (Fn. 48), S. 15 ff.; dies., 70 Chicago-Kent Law Review 1593, 167 ff. (1994-95); ナチ期については特に、Mertens, Rechtsetzung im Nationalsozialismus, 2009, S. 111 ff.

(Verfasser)》が現れ出てきた。<sup>letzgültig</sup>最終的な規範定立者は——つまりなおも君主<sup>Monarch</sup>である——、もはや、起草や理由付けだけでなく、規範の公的な<sup>Bewerben</sup>宣伝をも、学識法律家たちの手に委譲した。バイエルンにおいては、クライトマイヤ (Wiguläus Aloysius Xaverius Kreittmayr) に<sup>51)</sup> プロイセンにおいては、カルマー (Johann Heinrich Casimir von Carmer)、スヴァーレツ (Carl Gottlieb Svarez)、クライン (Ernst Ferdinand Klein) に<sup>52)</sup> という具合であった。

こうした方法で官房と省の官吏が新しい影響を獲得したことから、学問の権威は、後期の現代的慣用と自然法に一致する形で衰えていった<sup>53)</sup> 例えば、プロイセン一般ラント法 (ALR)<sup>訳注2)</sup> は序章の6条で、次のように定式化している：「法学者の見解、または裁判所の従来判決は、将来の裁判のさい、顧慮さるべきではない」<sup>54)</sup> 新たな制定法 (Gesetzesrecht) は、ゲマイネスレヒトに対して (そしてゲマイネスレヒトの学問に対して)、その妥当を証明する必要性はもはや無くなったのであった<sup>55)</sup> というのも、この制定法が、それらの機能を受け継いだからである<sup>56)</sup> ——プロイセン一般ラント法の序章の1条にはこうある：「一般法典には、特別法の規定なき場合、国家の住民の権利義務を

51) クライトマイヤについては、次の文献における論稿を参照：Bauer/Schlosser (Hrsg.), Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr 1705-1790. Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift zum 200. Todestag, 1991.

52) 彼らについては、Ebert, Art. Carmer, in: HRG, 2. Aufl., 2008, Bd. I, Sp. 818 ff.; Kleensang, Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Fredinand Klein. Einstellungen zu Naturrecht, Eigentum, Staat und Gesetzgebung in Preußen 1780-1810, 1998, S. 11 f.; Kuhli, Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus, 2012, S. 5 ff.; vgl. auch Finkenauer, ZRG GA 113(1996), 40, 86 ff., 144 ff., 172 ff., 209 ff.

53) J. Schröder, in: ders., Rechtswissenschaft in der Neuzeit (Fn. 26), S. 191, 197 ff., ders., Recht als Wissenschaft (Fn. 26), S. 128 ff.

54) 規範の背景と成立については、Schwenicke, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 123 ff.

55) 前提とされる法的状態については、Luig, Art. Gemeines Recht, in: HRG, 2. Aufl., 2012, Bd. II, Sp. 60, 63, 70 f.

56) Abdruck der allerhöchsten Königl. Cabinets-Order die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend vom 14.4.1780, in: Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum Theil 6, 1780, Sp. 1935, 1940 f.

判定すべき規定が含まれる」<sup>57)</sup> フリードリヒ大王の予測によれば、学識法曹 (Rechtsgelehrte) は、「その秘密に満ちた名声を失い、その全く扱いにくい用件のために使われ、これまでの法律顧問 (Advok(c)at) の団体すべてが無益となるであろう」と言っていた<sup>58)</sup>

これに加えて、<sup>Kodifikationsidee</sup> 法廷編纂という考えは、[立法] 資料へと立ち返るということに、一定程度、反していた。法典編纂とは、ジェレミー・ベンサム (Jeremy Bentham) が端的に述べたように、「完全な法典 (code of laws)」だったのか<sup>59)</sup> そうすると、起草理由 (Entwurfsbegründung) で以て補充されるべき「不完全さ」は存在したのであるか? <sup>60)</sup> 無欠缺性の理想が達成できないものと認識されたとしても<sup>61)</sup> にも拘わらず、プロイセンの君主はその法典編纂を、解釈の禁止でもって免れさせたのであった<sup>62)</sup> これはその限りで、ユスティーニアヌスの模範に従ってもいた<sup>63)</sup> オーストリアやフランスでも同様に、解釈の禁止は、もちろん、長続きしなかったのであった<sup>64)</sup>

### c) サヴィニー

フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) は、交友範囲のラント法を「ぞんざいな仕事 (Sudeley [Sudelei])」と呼んだことで知られているが<sup>65)</sup> 彼はその『[立法と法学とによせるわれわれの時代の]

57) これについては、Schwenicke (Fn. 54), S. 91 ff.

58) Cabinets-Order (Fn. 56), Sp. 1942.

59) Bentham, A general view of a complete code of laws, in: The works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring, Bd. III, 1843, S. 155 ff.; dazu James, in: Parekh (Hrsg.), Jeremy Bentham. Critical Assessments, Bd. I: Life, influence and perspectives on his thought, 1993, S. 110 f.

60) [これに] 消極的な、プロイセンとオーストリアの実際、および [これとは] 異なる、1813年のバイエルン刑法典に際しての実際については、Mertens (Fn. 16), S. 126 ff., 129 ff., 134 f.

61) これに相応する、同時代的な告白については、Mertens (Fn. 16), S. 326 f. mit Fn. 167.

62) Cabinets-Order (Fn. 56), Sp. 1942 f.; ALR Einleitung §§ 46 ff., これについては、Schwenicke (Fn. 54), S. 271 ff.

63) C. 1, 14, 12.

64) [この点を] 概観するものとして、Schott, Art. Auslegungsverbot, in: HRG, 2. Aufl., 2008, Bd. I, Sp. 369, 374.

使命 [について]<sup>66)</sup>』によって、法典編纂の考えに対して、少なくともドイツにおいて数十年の間、その評判を落とさせた<sup>67)</sup> サヴィニーの解釈の要素は、一見したところ、今日教えられているところのものに類似しており<sup>68)</sup>：文法的・論理的・体系的、そして歴史的ということもまさに説かれている<sup>69)</sup> だが、歴史的というのは、解釈が問題である限りでは、サヴィニーにおいては、今日広く歴史的と言われており法律の‘作成’<sup>F e r i s s u n g</sup> (の過程)<sup>70)</sup> が考えているところのものとは少し異なっている<sup>70)</sup> サヴィニーの関心を引き付けたのは、むしろ、その変更とその妥当性であった<sup>71)</sup> ユスティーニアヌスの編纂<sup>Kompilation</sup>のどの法文が妥当している法であったのか？ それはとりわけ、1806年以降という、ドイツ国民の神聖ローマ帝国と共に国内のローマ法も問題とされたという時代におい

65) Savigny an Achim von Arnim, Brief vom 22.11.1816, in: *Stoll*, Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Bd. II: Professorenjahre in Berlin 1810-1841, 1929, S. 210; 背景的文脈と関連づけるものとして、*Wollschläger*, in: Rückert (Hrsg.), Savignyana. Texte und Studien, Bd. III: Friedrich Carl von Savigny, Landrechtsvorlesung 1824. Drei Nachschriften, Halbbd. I: Einleitung, Allgemeine Lehren. Sachenrecht, 1994; S. XXIII ff., XXXII ff. なお、後掲注 76 も参照。

66) *Savigny*, Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, ALR については、S. 81 ff., 84 ff. [邦訳: サヴィニー (大串兎代夫譯) 『法典論争』(世界文學社, 1949年) 97頁以下・100頁以下。同書については守矢健一による翻訳も行われているが、対応箇所についてまだ公表されていないため、本邦訳では言及を割愛する。]; これについては、*Rückert*, in: Eduard Gans (1797-1839), Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz, 2002, S. 247, 250 ff.; *Caroni*, Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, 2003, S. 245 ff.

67) こう記すものとして、*Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., 2010, S. 56; *Kreft*, KTS 2004, 205, 210 f.; そこから生じた諸誤解については、*Rückert*, in: ders./Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl., 2012, S. 54.

68) 典型的なのは、*Larenz/Canaris* (Fn. 22), S. 141 ff.

69) *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 213 f. [邦訳: サヴィニー (小橋一郎訳) 『現代ローマ法体系第一巻』(成文堂, 1993年) 199頁以下]

70) サヴィニーとの連続性の印象を伝えるものとして、*Kramer* (Fn. 67), S. 119; *Kreft*, KTS 2004, 205, 210 mit Fn. 32. これに対して、*Larenz/Canaris* (Fn. 22), S. 140, 149 は、サヴィニーとの相違を少なくとも暗示している。*Huber*, JZ 2010, 1, 6 は相違を強調するが、サヴィニーは「印刷された立法資料という出来事」を知らなかった、ということから出発している。これに対して、vgl. *Savigny*, Beruf (Fn. 66), S. 54, 93 f., [邦訳: 大串譯・前掲 (注 66) 67頁・110頁] および以下注 77 を参照。歴史的な解釈と発生的解釈の境界画定についての今日の文献として、*Müller/Christensen* (Fn. 13), S. 364 f.

て、問題となったのである<sup>72)</sup> サヴィニーは、ローマの事例の断片(Fallfragmente)の外にあるテキストに問うたのではなく、その成立と継受の関係を、その周辺関係と比較したのであった：

「個々の個所のそれだけでの解釈のためには、まず第一に、それらの個所のすべての歴史的 성격が使用されるべきである。つまり、われわれが表題や署名から、それらの個所の時代、作者、動機に関して、またそれらの個所がもしかするとともに属していたかもしれないまったく別の全体に関して知るすべてのことが、使用されるべきである。それから、また、われわれには、こういう解釈のために、ユスティニアヌス帝の立法のすべての他の個所との比較によってのみならず、以前および後の全法源との比較によっても、極めて豊富な史料が与えられている。というのは、受け入れられた正典[ティーセン：サヴィニーにより法源として承認された‘法律’]の範囲が上述のところで確定されたようなものである (§ 17) からとって、そのような豊富な宝庫を学問的に用いることは、われわれに決して制限され得ないからである」<sup>73)</sup>

即ち、いずれにせよ、原典のテキストの著者や理由付けの著者でさえなく、学問的に訓練された観察者こそが<sup>74)</sup> ‘<sup>g e s c h u l t</sup>身になって考えるような再構成’により法

71) 決定的に重要なテキストの写しと、今日の研究状況によるその解釈は、次の文献で容易に当たることができる。Rückert, in: ders./Seinecke (Fn. 67), S. 35 ff. (詳細については, ders. [Fn. 9], S. 331 ff.; 文脈については, ders., JZ 2010, 1, 3 ff.), und Baldus, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodlehre. Handbuch für Praxis und Ausbildung, 2006, S. 32, 47 ff.; 手短な引用を提供する文献として次のものもある。Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 35 ff.

72) Vgl. die Einleitung bei Savigny, in: Rückert/Hammen (Hrsg.), Savignyana. Texte und Studien, Bd. I: Friedrich Carl von Savigny. Pandektenvorlesung 1824/25, 1993, S. 6; これについては, Rückert, in: Strack (Hrsg.), Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800, 1987, S. 83, 85 ff.; ders., JZ 2010, 1, 2; Haferkamp (Fn. 26), S. 161 ff.; Luig (Fn. 55), Sp. 72 f.

73) Savigny, System (Fn. 69), S. 252 f., mit Verweis auf S. 66 ff. [邦訳: 小橋訳・前掲(注 69) 231-232 頁]; これについて、多くの出典の例も付けているものとして, Rückert, in: ders./Seinecke (Fn. 67), S. 41 f., 44 ff.; Honsell (Fn. 18), S. 47 f. 同所は、引用したサヴィニーの立場と、後年の著者たちによる類似の発言についても引き合いに出している。

文の妥当性と解釈について決定を下さなければならなかった。というのも、サヴィニーは、法律をその起草者よりもよく理解することを要求したからである<sup>75)</sup>。このことは、《サヴィニーが、例えば、自分のラント法の講義について、使用可能な資料のすべてを調べ<sup>76)</sup>、それらの公表を要求した》ということをし、排除するものではなかった<sup>77)</sup>：

「国内法 [ラント法か?] の技術面についての完全な批判は、[...] 資料が整理され、一般に公表されて始めて可能であらう。重要な歴史資料を保存し、これを整理する仕事は、すべて尊敬の念で認められる値打ちのあるもので、例へば、上述の資料に関する組織はプロシヤ司法の長官、司法大臣キルヒアイゼン氏の統率するところであり、誠に見事に運営されてゐる。ただその上に希望せられることは、自由 [主義的な] な興味を満足させるやうに、国内法の内部的歴史がその適当な抜粋を以て公表されることで、これを恐れる理由は何もないのである。といふのは、それほど誠意でなされた事は、安心していかなる批判にも對應出来るからである。この場合、認められてゐる全體の立場から見て、個々の點で非難をうけるもの出てくることのあるのは本當だが、これは

74) 彼の綱領について典型的なものとして、*Savigny, Beruf* (Fn. 66), S. 111 ff. [邦訳：大串譯・前掲 (注 66) 129 頁以下]；これと発展については、*J. Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit* (Fn. 26), S. 391 ff.; *ders., Recht als Wissenschaft* (Fn. 26), S. 201 f.; *Luig* (Fn. 55), Sp. 74；パンデクテン主義者 (Pandektisten) の学説への影響については、*Haferkamp, in: Clae Peterson (Hg.), Rechtswissenschaft als juristische Doktrin. Ein rechtshistorisches Seminar in Stockholm 29. Mai bis 30. Mai 2009, 2011*, S. 84, 98 ff.

75) これについては、全ての出典をも併せて、*Rückert, in: J. Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie. Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999, 2001*, S. 287, 313 ff.

76) *Wollschläger, in: Rückert* (Fn. 65), S. XXIV mit Fn. 9；出典の状況については、*Schwennicke* (Fn. 54), S. 2, 13 ff.；ベルリンの学部の文脈におけるサヴィニーの講義の活動については、*R. Schröder, in: Tenorth (Hrsg.), Geschichte der Universität Unter den Linden 1810-2010, Bd. IV: Genese der Disziplinen. Die Konstitution der Universität, 2010*, S. 123, 130 ff.

77) *Savigny, Beruf* (Fn. 66), S. 82, 93 ff. (以下の引用は同所からによる。) [邦訳：大串譯・前掲 (注 66) 98 頁・110-111 頁、但し邦訳には必ずしも従っておらず、また邦訳で改行されている箇所は、原文 (サヴィニー、ティーセンの引用とも) に従い改行を戻している。]

却て喜ぶべき成功であつて、法典編纂 [立法か?] にとつては、内在的な立場から純化する方法があることが常に望ましいのである<sup>78)</sup>。この資料は…思想成立の始めに遡つてわかるやうになつてゐる筈だからである。だから、発表されれば、国内法は現在まで全く缺けてゐる歴史的、文学的な生命を得ることになり、そこに特別の利益が得られるのである。またたとへ偏見のある反対者から不当に攻撃されることがあつても、正にプロシア司法部の誇である無数の思想の豊かな [才気のあるふれる]、教養のある人々の中には、いくらでもかういふ不正に對して防衛出来る者があるのである」。

つまり、立法資料がサヴィニーに使われたのは、法律の解釈にとつてではなく、その技術的な<sup>Ausführung</sup>仕上げについての<sup>Würdigung</sup>評価と改良にとつてであった。法は、法律のテキストの中ではなく、「歴史的で文学的な生」において発見されるべきであつて、この生を吹き込むのが、「才気のある<sup>g e c b i l d e t</sup>教養のある人物」である、とされるのであつた。

「現代ローマ法<sup>79)</sup>」は、個々の準則が欠けている場合に、ゲマイネスレヒトとして、常に・どこでも妥当していた<sup>80)</sup>この「現代ローマ法」にとつて、BGBまで、学問による法発見から、学問による法定立が生じたのであつた<sup>81)</sup>そして、活発な問題だつたのは、「原典に忠実な人物<sup>82)</sup>」であつたヴィントシャイ

78) Vgl. Savigny am Arnim (Fn. 65) : „das einzige, was möglich und dringend nöthig ist, ist eine Gesetzecommission, welche die von Dir gewünschte Arbeit [die Juristen sollen unsere Gesetze erklären] schon in der Production der Gesetze thut und dann freilich auch den Mist der vergangenen Jahre, soviel thunlich, auslegt“.

79) Savigny, System (Fn. 69) [邦訳: 小橋訳・前掲 (注 69)]; それに先立つものとして, Hugo, Institutionen des heutigen Römischen Rechts, 1789; ders., Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Bd. IV: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, Zweyter, ganz von neuem ausgearbeiteter Versuch, 1799.

80) Luig (Fn. 55), Sp. 73 f., 同所では、双方の概念についての諸関係についても述べられている。これについての詳細は, Haferkamp, in: Essen/Jansen (Hrsg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, 2011, S: 259 f., 262, 265 f.,

81) 詳細については, Haferkamp, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 40 (2001), 177, 181 ff., 186 ff., 198 ff.; ders., in: Essen/Jansen (Fn. 80), S. 269 ff.; 見たところだけで言えば、違うアクセントで言うものとして, R. Schröder, in: Tenorth (Hrsg.), Geschichte der Universität Unter den Linden 1810-2010, Bd. V: Transformation der Wissensordnung, 201, S. 151, 156 ff.

ト（[Bernhard] Windscheid）のような次の世代は、むしろ「立法者の未完の考えを完成しているもの」と考えたのか<sup>83)</sup>、あるいは《イエーリング（[Rudolf von] Jhering）のような<sup>84)</sup>洗練された「概念法学者」は、冗談で—本気で、どうすれば古きローマの道路で、「人は葉巻を吸うことを自由に理解しなければならない」という要求だけに制約されて、ソファーに座って、葉巻の煙の中で考えただろうか<sup>85)</sup>》という問題であった。

サヴィニーが立法についてその当時の使命<sup>Beruf</sup>に対して行った留保は、彼が死ぬ数十年前と死ぬ少し前において、基本的な立法の諸成果<sup>Gesetzgebungswerke</sup>が途上にあったということで妨げられ得なかった。確かに、ユリウス・フォン・キルヒマンは、サヴィニーに対して、「立法の権力が彼の手中にゆだねられたときでも、やはりかれは何らの法律をも作らなかったであろう」ということについて、「最高の賞賛」を贈った<sup>86)</sup>。だが、第一に、このことは事実ではなかった。第二に、何もなされていないという印象が生じ得た限りでは、このことはサヴィニーのせいではなかった<sup>87)</sup>。例えば、サヴィニーは、立法の大臣として、キルヒマンの批判に直面して、少なくとも法律の改正の迅速化に尽力していたのである<sup>88)</sup>。正しくは、サヴィニーは、民法の法典編纂に対しては依然として反対の意見を表明していたけれども、ラント法が個々に欠けていることに取り組むことに必

82) そのように言うものとして、*Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, 1883, S. 6, 13, これはヴィントシャイトについてである；文脈については、*Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 2. Aufl., 1999, S. 41 ff., 46.

83) *Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. Rede gehalten bei Übernahme des Rektorats an der Universität Leipzig am 31. October 1884*, 1884, S. 13.

84) イェーリングに関する最近の単著は無い。イェーリングについての詳細については、*Klippel*, in: *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, 2000, S. 117, 121 ff.; 最近の文献で包括的に扱うものとして、*Seinecke*, in: *Rückert/Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl., 2012, S. 123 ff.

85) *Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 1884, S. 125. [邦訳：ルードルフ・フォン・イエーリング（眞田芳憲・矢澤久純訳）『法学における冗談と真面目 法学書を読む人へのクリスマスプレゼント』（中央大学出版部，2009年）（120-）121頁。】

86) *Kirchmann (Fn. 2)*, S. 16. [邦訳（喜多訳）：104頁]



要とあればその準備をしていた、ということである<sup>89)</sup>

#### d) [立法] 理由書 (Motiv) と議事録 (Protokolle)

サヴィニー [が法典編纂を拒否した] にも拘わらず近代の立法者が包括的に介入するところでは、法律の起草者の考えはいまや公のものとなり<sup>90)</sup>、そしてそれらは、益々現れてきた雑誌や諸決定集において<sup>91)</sup> <sup>Podium</sup>論壇を有したのであり、著者の権威か匿名性次第で、特別に重大な意見とされるか、あるいは多くのなかの一つの名のない意見とされたのである。

立法資料の公開に際して、2通りの公刊の形態が選ばれていた。つまり、<sup>zusammenfassend</sup>要約的な理由書か、<sup>vollständig</sup>完全な議事録か、という2通りである<sup>92)</sup> 例えば、1847年

87) 慎重な評価を行いつつ精密に概観するものとして、*Rückert*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 133, 150 f., 162 ff.; 国務省全体へのサヴィニーの組み入れについては、*Kiefner*, in: Saar/Roth/Hattenhauer (Hrsg.), *Recht als Erbe und Aufgabe*. Heinz Holzhauser zum 21. April 2005, S. 159, 166 ff.; それよりも前の文献でより端的なものとして、*Ebel*, *Savigny officialis*. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 22. Oktober 1986, 1987, S. 25 ff.; 序文つきでの包括的なエディションとして、*Schubert*, *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1981-1996; *ders.*, *Friedrich Carl von Savigny, Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*. Ausgearbeitet im Justizministerium für die Gesetzrevision, Berlin 1846, 2011, S. viii ff.; 個々の計画については、*Dörner*, *Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des französischen Code civil*, 1974, S. 84 ff.; *Bors*, *Bescholtene Frauen vor Gericht. Zur Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals und des Züricher Obergerichts auf dem Gebiet des Nichtehelichenrechts*, 1998, S. 18 f.; *Baums*, in: *ders.* (Hrsg.), *Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9. November 1843. Text und Materialien*, 1981, S. 31 ff., 170 ff.; *Fleckner*, in: *Bayer/Habersack* (Fn. 1), 19. Kapitel Rn. 53 ff.; *Avenarius*, *Savings Lehre vom intertemporalen Privatrecht*, 1993, S. 64 f.; *Arnswaldt*, *Savigny als Strafrechtspraktiker. Ministerium für die Gesetzrevision (1842-1848)*, 2003, S. 36 ff.

88) *Schneider*, *Der preussische Staatsrat 1817-1918. Ein Beitrag zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte Preußens*, 1952, S. 102 ff.

89) *Stölzel*, *Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung dargestellt im Wirken seiner Landesfürsten und obersten Jurisbeamten*, Bd. II, 1888, S. 733, 734 ff.; これについては、*Rückert*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 162 f.

90) 19世紀中頃の官庁側の理由付けについての対立している諸意見については、*Mertens* (Fn. 16), S. 131 f.

91) これについては、次の論稿を参照。*Klippel* und *Arends/Klippel*, in: *Stolleis* (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften: Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhundert*, 1999, S. 15, 18 ff., 41, 47, 49.

のヘッセンの、またバイエルンにおける1861～1864年の、発効はしなかった民法の草案や、ザクセンの1863年の民法については、簡潔な理由書と共に公表された。これに加えて、それぞれのラント議会の議事録も出された<sup>92)</sup>市場が、手形法・商法・債務法に際して法の統一化を要求したところでは、ライプツィヒとニュルンベルクとドレスデンにおいて、優れた面々による委員会が招集され、その包括的な議事録が1848年に、また1858年からもしくは1863年から公表された<sup>94)</sup>特に商法典についての立法資料が、いまやかなり頻繁に出される、法律へのコメンタールに従事させており、このコメンタールは、マコヴァー（[Hermann] Makower）におけるように、「実際上の使用のために、原典から説明されて」いたのであった<sup>95)</sup>個々の提案の作者が議事録においてただ「議員（Herr Abgeordneter）」としか挙げられていないというのが欠陥だ、とは

92) この双方の公刊の形態の根幹と利用については、Mertens (Fn. 16), S. 123 ff.

93) その背景・諸原典・諸エディションについての概観として、Dölemeyer, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III: Das 19. Jahrhundert/Teilband 2: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, 1982, S. 1472, 1476 ff., 1479 ff., 1485, 1518, 1525 ff., 1530 ff., 1540 ff., 1553 ff.

94) その概観について、Bergfeld, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III: Das 19. Jahrhundert/Teilband 3: Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, 1986, S. 2939 ff., 2947, 2948 ff., 2956 f.; Dölemeyer, in: Coing (Fn. 93), S. 1562 ff., 1569. これに対して、1849年に、ドイツの普通商法典（allgemeines Handelsgesetzbuch）の草案には理由書が用意されていた。これについては、Bergfeld a. a. O., S. 2928 ff.

95) Vgl. die Vorworte zu den Erstauflagen von Makower/Meyer, Das allgemeine Deutsch Handelsgesetzbuch nebst dem Preußischen Einführungsgesetze vom 24. Juni 1861 und der Instruktion vom 12. Dezember 1861 für den praktischen Gebrauch aus den Quellen erläutert, hier zitiert nach der 7. Auflage 1877, S. V f.; やや控えめなものとして、Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, hier zitiert nach der 3. Auflage 1877, S. VI ff. 1897年の商法典についてのマコヴァーの注釈（Kommentierung）は、普通ドイツ商法典の規定と、最初の草案ならびにライプツィヒ議会の議案の法的規則（Legalordnung）のみをなおも指示していた。これについては、同書の1906年の13版を調べた。これに対して、内部者しか知らない知識（Insiderwissen）を持っていたのは、帝国司法庁に設置された、専門家委員会の議事録をその注釈に書き流した、デュリンガーであった。Vgl. Düringer/Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1. Aufl., 1899, S. V. これらの議事録は、今では、次の文献によって、知ることができるようになった。Schubert/Schmiedel/Krampe (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II/Halbbd. I, 1987, S. 259 ff.

明らかに思われていなかった。委員会の構成は議事録から知られたのであり、<sup>96)</sup>そしてハインリッヒ・テール (Heinrich Thöl) やカール・フリードリヒ・フォン・ゲルバー (Carl Friedrich von Gerber) のような有名な法律家が決定を共に担った<sup>mittragend</sup>ということが、公衆に十分に知られていなければならないのであった。

商法に続いたのが民法であった。民法典 (BGB) は、問題——何が法であるかを誰が決めるのか——を、新たな段階へと高めたのであった。民法典は、<sup>überall</sup>どこでも包括的に妥当するものとされるのであって、それはドイツ帝国 (帝政ドイツ, Kaiserreich) 全体における私法的な関係にとっての原則なのである。<sup>Wissenschaft</sup>97) 学説、とりわけローマ法学説は、「法学の仕事が将来、魅力をかなり失うことになるだろう」と危惧した<sup>98)</sup>立法資料の公表に際して、理由書と議事録でもって、既にみたように、2つの確実な模範が自由に使われた。そして、各委員会が普通ドイツ商法典 (ADHGB) とドレスデンの債務法草案に際して、少し前に全部の議事録を公表していたにもかかわらず、最初の BGB の委員会は、理由書‘だけ’を公表することに決めた<sup>99)</sup>この理由書は、編集者が個々

96) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, 1858, S. 1 f.; Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechts, Bd. I, 1863, S. 1.

97) Vgl. das Gutachten der Vorkommission „über Plan und Methode, nach welchen bei Aufstellung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zu verfahren sei“, abgedruckt bei Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. Einführung, Biographien, Materialien, in: Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung unveröffentlichter Quellen, 1978, S. 170 ff.

98) 簡にして要を得たものとして, Zitelmann, Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuchs für die Rechtswissenschaft. Rede zur Feier des 27. Januar 1896 gehalten in der Aula der Universität zu Bonn, 1896, S. 7 ff.; この意見およびさらなる意見については, Zimmermann, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003, vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts Rn. 13, 15; vgl. auch R. Schröder, in: Tenorth (Fn. 81), S. 151, 159 ff. 法曹養成への視線とともに樂觀的に振る舞っていたものとして, Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., 1900, S. III ff.; 5年後にポジティブな中間的な考察を併せて行うものとして, ders., DJZ 1905, Sp. 1. 注 104 におけるシュトロールの引用も参照。ALR に関して既にティーテルマンとほとんど同じ言葉で言っていたものとして, Gans, Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung, 1830-1832, S. 15, これについては, R. Schröder, in: Tenorth (Fn. 76), S. 123, 135 ff.

の編について起草していたところの予備草案<sup>Vorentwürfen</sup>についての理由づけを短縮<sup>verkürzt</sup>して伝えた。それは、もちろん、第一委員会の協議の結果をめぐって、もちろん最新の状況に合わせられた。こうした方法で、立法資料は、概算では、元々の分量から3分の1から4分の1まで縮減されたのであった。理由書の起草者は、第一委員会の「補助的職員（Hülf sarbeiter）」であった。これらは連邦国家の司法職から選ばれた、全体として優れた法律家であって、彼らの名前は確かに知られてはいたものの<sup>100)</sup> 外へ向けて姿を現すということはふだんなく、また彼らのそれぞれの部分もはっきり示されていたというわけではなかった。時間的理由から、委員会は、理由書をもはや承認することができなかった。それ故に、匿名の理由書の権威は、すぐに疑問視されもしたのであった。ライヒスゲリヒトは、これらを、「立法的なファクターに由来しない私的工作」とさえ呼んでおり、つまりこれは「法律を宣言するという規定や権力を持っているわけではなく」、そしてそれ故に「法律の解釈にとって決定的な意味を持つものではない」としているのである<sup>101)</sup> エルンスト・イマニユエル・ベッカー（Ernst Immanuel Bekker）は、これ〔理由書〕を弁明的なものとして批判して、「誰も主張しないであろうような弁明書だ」と言う<sup>102)</sup> エドゥアルト・ヘルダー（Eduart Hölder）も次のように考えていた。この「説明は […] その個々の起

99) 以下については、Schubert, in: Jakobs/Schubert (Fn. 97), S. 49 f., 310, 322 f.; Jakobs/Schubert, in: dies. (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung unveröffentlicher Quellen, 1978, Recht der Schuldverhältnisse I: § § 241-432, 1978, S. 2 ff.

100) Vorwort zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung, Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission. Amtliche Ausgabe, 1888, S. IV.

101) RG Urteil vom 3.5.1902 - V 59/02 - RGZ 51, 272, 274; 類似する判決として、既に、RG, Urteil vom 9.4.1881 - I 524/81 - RGZ 4, 412, 413 zu § 242 CPO 1877 (今日のZPOの268条):「だが、法律上の規定の射程にとっては、それが生じるところの理由書の範囲は決定的ではない。立法者が規定を定式化する際にその適用についておそらくは最も頻繁に生じる事例のみを念頭においているということは、稀な現象でもなく、意識的に従われている場合でも、そうした手続を非難され得ないのである。」

102) Bekker, System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, S. 77.

草者の仕事として我々に立ち向かってくる [はずのものである]；そのことによつてはじめて、それは現実にそれに認められる価値を受け取るのであり、同時に、長い間、いわゆる法律の理由書（Gesetzesmotiv）があらゆる予断のない法律の解釈の破滅へと強奪したところの、外見上の価値を奪われるのである」と<sup>103)</sup>ここでヘルダーは、すでにBGBの前にも別の場所で、いわゆる理由書の崇拜または「立法」資料の崇拜ということに対しても批判している<sup>104)</sup>驚くように思われるのは、この背景を前にして、ベッカーの次のような提案が、小難を除こうとして大難を招く（den Teufel mit den Beelzebub austreiben）という結果になっている、ということである。

「この‘理由書’は、今や、取り除かれ得るものではもはやない；しかし、それを無害な形にするのに頼りになる手段は存在するのである。[それは、]完全な

103) Hölder, AcP 73(1888), 1, 5.

104) 例えば, Binding, Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und vom 20. Juni 1872. Akademische Handausgabe mit Erläuterungen, Einleitung, 1874, S. IV ; Rasso, Gruchot 21 (1877), 310 ; Herzog, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart 1 (1881), 172, 176 ; Vierhaus, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß 5(1882), 53, 83 Fn. 76 zu RGZ 4, 412, 413 (前掲注 101) ; ders., DJZ 1897, 373 ; Fischer, in : ders./Henle(Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18. August 1896. Handausgabe mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister, 1. Aufl., 1896, S. XXVIII. 四方八方への非難の定式化が時と意味を同じくして、ツィーテルマン(前掲注 98)のほか、簡潔ではあるが, Strohal, DJZ 1896, 145, 146 f. が次のように述べる : 「新しいGBの制定に大きな危険がもともと不可分に結びついている。それは、どの伝統も書いているということであり、またかみ切りばさみの文献であり、理由書・資料崇拜であり、タルムード的な条文主義者(Paragraphenklügerei), 等々である。」仲裁的なものとして, Haymann, Gruchot 46 (1902), 509, 530 は次のように言う : 「法律の内容について決定するのは、その編集者の意思ではなく、法律の成立史についての知識やその言語・論理を基礎とした、法文の解釈である。いわゆる資料崇拜に対する過度の反応において、BGBの前段階の作業に対してどの意味も認めないところの、近代の方向は、もちろん、自分自身が、[立法]資料が、成立史についての知識と、そして立法理由(ratio legis)についての正しい経験にも関して有している意味を誤認することによって、やりすぎてしまうのである。」そこで、客観的解釈論と主観的解釈論の争いにおいて勝者はいないと見ていたのは, Heck, AcP 112 (1914), 1, 109 である [邦訳 : ヘック(津田利治訳)「法律解釈と利益法学」津田訳『ヘック 利益法学』(慶應義塾大学法学研究会, 1985年)187頁]。さらなる例については, Honsell (Fn. 18), S. 50 Fn. 24.

立法資料を公表する、ということである。[…] この […] 公表は、公的な利益において待望されている。というのも、民族（民衆）全体が、法となるはずの草案の正しい<sup>Würdigung</sup>評価<sup>Schätzung</sup>は、委員会が意識して考慮したもののすべてについて知るということを要求するからである。それは、最後の決定打となったものだけではないのである。そうして […], それを廃品回収 [の] 寄生植物に対して保護するために、新しい法典の利益になるのである。』<sup>105)</sup>

ここで考えられているのは、ベッカーが予期したところの、「最も悪い種類の」コンメンタルであり、それは「ハサミと糊のバケツとで (mit der Scheere und dem Kleistertopf)」「手工業的<sup>handwerksmäßig</sup>で無思慮に」理由書を収集して集めて出来上がったところのものであって、「将来いつか、法典それ自体にとって手に負えなくなるようになる恐れのある」ものであった。<sup>106)</sup>確かに、ベッカーは、ここで、「民族（民衆）全体」が 12,309 ページに及ぶ 19 冊の大型の本<sup>107)</sup>を読むこと<sup>Lektüre</sup>について抱いていた関心を過大評価してはいる。いずれにしても、第一委員会の議事録は、ただ少数の公衆の手に置かれたままであった。<sup>108)</sup>最後の議事録は、ホルスト・ハインリヒ・ヤコブス (Horst-Heinrich Jakobs) とヴェルナー・シューベルト (Werner Schubert) が 2002 年にはじめて公表した。<sup>109)</sup>第二委員会に関しては、周知のように、同時代人たちが既に議事録へと帰って行った<sup>110)</sup>この手続<sup>Verfahren</sup>は新しいものではなかった。しかし、連邦参議院やライヒ議会の議

105) 以下の引用についても、Bekker (Fn. 102), S. 77 f.

106) これは次の文献で取り上げられている。Zietelmann (Fn. 98), S. 12. 前掲注 104 におけるシュトローハルの引用を再度参照されたい。

107) Angaben im Vorwort zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung (Fn. 100), S. VI.

108) 出典を紹介するものとして、次の文献を参照。Schubert, in: Jakobs/Schubert (Fn. 97), S. 22. 議事録の不完全な部は、さらに、テュービンゲン大学の法学部図書館 (Juristisches Seminar) に引き渡されている。

109) Jakobs/Schubert, in: dies. (Fn. 97), Erbrecht §§ 1922-2385, 2002.

110) Achilles/Spahn/Gebhard (Hrsg.), Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897-1899; Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

案について、その他の多かれ少なかれ不十分な理由づけに直面すると、例外が残った。

### e) 証人 (Zeugen)

1900年という年には、多くの解釈の問題が起こり、[立法]資料は、見たように、少なくとも学問にとってはむしろ邪魔となった。それ故に、BGBの発効以降、‘ザ (der) 立法者’の意思表示としてのその価値を疑問に付す申し出が一層行われてきた<sup>111)</sup>。例えば、ヨゼフ・コーラー (Josef Kohler) は、1904年に、議会における議論の偶然性を一瞥して、次のように綴っている：「何かが発言されるまたは発言されないということは、かなりの偶然性に関連しており、そして弁士の鼻カゼや反対派の人間の腹の具合がおかしいといったことが[…], ここでは、それぞれ的一致する意思よりも大きく影響し得るのである。だが、法律をその実効性において国会議員の腹の調子に依存させようとするのは、実際には、解釈する技芸の正しくない方法であろう」<sup>112)</sup>

それにもかかわらず、実際には、《政府の代表者と、ライヒ議会の議員は、<sup>Prozess</sup>審理において証人として指名される》ということが起こった。それは、形式的に自然的には、<sup>Beratung</sup>審議の経過の事実についての証人としてであったが、しかし実際のところは、ある一定の法学的見解に関しての‘証人’としてであって、これは、真正な解釈の意味でのそれなのである<sup>113)</sup>。驚くべきことに、ベルリンの上級地方裁判所は、そのような証明の申請に従ったのであって、そして例えば、《上申官 (vortragender Rat) がライヒ財務省 (Reichsschatzamt) において、ライヒ議会の予算委員会 (Etatkommission) の前で何を言ったのかまた言わなかったのか》について、聴聞したのであった<sup>114)</sup>。だが、ここで問題だっ

111) この点に関する詳細については、Honsell (Fn. 18), S. 48 ff.; 法哲学的背景については、J. Schröder, in: der., Rechtswissenschaft in der Neuzeit (Fn. 26), S. 585, 588 ff.; ders., Recht als Wissenschaft (Fn. 26), S. 331 ff., 359 ff.

112) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/Halbbd. I, 1904, S. 130 f., たいてい、巻の全体の刊行年によって、1906年と日付が付けられている。

113) これについては、すぐ後の、注122以後を参照。

たのは、BGBではなく、1906年3月31日の「兵卒の扶助に関する法律（Mannschaftsversorgungsgesetz）」であった<sup>115)</sup> ベルリン上級地裁とライヒスゲリヒトは、1913年、かつての軍人に対しての年金を上げる範囲について、それぞれの見解を異にしていた。戦争の少し前に、帝国の軍は、なおも高く評価されていた<sup>116)</sup> その点をめぐっても、事例は、その当時、心情を刺激したのであった<sup>117)</sup> 公式には、ライヒスゲリヒトは裁判官に対して次のように説明している：

「[ライヒスゲリヒトによると、裁判官は、] 法律の意思の認識と解釈に関して、自分にとって必要であり、または有用であると思われた素材を、裁判官の F e i n g e f ü h l 細やかな神経にとって適しているように見えるいかなる方法において、調達するという権限があり、またそのことが義務付けられている。ここでいう必要または有用な素材は、法律の成立史から、または、その他の諸状況から取り出され得る。その際に、裁判官は、民事訴訟法の証拠手続にとって与えられている形式と規則に拘束されているわけではないが、それらを用いることも妨げられているわけではない。裁判官は、自らの活動に際して、立法の印刷物やその他の文書に制約されているというわけではなく、証人や供述人を聴聞することにより、一定の諸事象を解明し確定することが場合によっては可能でもある」<sup>118)</sup>

114) 以下については、RG, Urteil vom 4.2.1913 - III 149/12 - RGZ 81, 276. それより先の例が次の文献に挙げられている。Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen, 1913, S. 163 Fn. 17. 同文献は、以下の文献に取り上げられている。Heck, AcP 112 (1914), 1, 107 f. mit Fn. 158. [邦訳：津田訳・前掲（注104）185-186頁。]

115) RGBl., S. 593.

116) Vgl. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. III : Von der „Deutschen Doppelrevolution“ bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges 1849-1914, 1995, S. 1125 f.

117) 本文で言及した同時代的な反応の概観については、Finkenauer, in: Falk/Mohnhaupt (Fn. 18), S. 306 Fn. 8; これについてと類似する事例について比較法的な文献として、Fleischer, NJW 2012, 2087, 2088 ff.; 簡潔には、ders., FS Goette, 2011, S. 75, 82 f.

118) RGZ 81, 276, 282. 冒頭の [ ] 内は翻訳上の補足である。



非公式には、とりわけ、二兎を追って一兎も得ないということが無いようにするということが大切であった。このことを、ベルリンの連邦文書館(Bundesarchiv)に所蔵されている訴訟記録(Prozessakte)が記している<sup>119)</sup>この事例における受命裁判官(Berichterstatter)は、後に部の長(Senatpräsident)となる、リヒャルト・マンスフェルト(Richard Mansfeld)であった<sup>120)</sup>マンスフェルトは、自らの投票において、次のように考えていた：「ベルリン上級地裁が論拠として持ち出しているものは、反駁された諸理由を繰り返していることを除けば、人目を引くところの、または、[フランツ・]クライン([Franz] Klein)がJW 1911, S. 834 ff.に言うところによれば、‘エキゾチックな’、そのような証拠調べの帰結でしかない<sup>121)</sup>と。マンスフェルトは、「こうした証拠調べの手続的な許容性」を、「当然のもの」と見ていた。この許容性は、異議を唱えられた判決の裁判官であるようである、ベルリン上級地裁の顧問官の[ラインハルト・]ザルマン(Dr. [Reinhard] Salmann)によって、JW 191 S. 321 ff.において弁護されている。だが、マンスフェルトは、次のようにも考えてもいた。

「しかし、[私は、]ライヒスゲリヒトがそれについて意見を表明するというのは、必要でもないし、その帰結のために、望ましくもない、と思案する。私は、次のように言い表すのが、目的に適しているものと思うのである：ベルリン上級地裁と共に行われた証拠調べと現在のライヒの争いにおけるその利用について(書証として)、訴訟手続に適したものとして妥当させようとする場合でも、その帰結は、被告の意味における法律解釈をもたらしたまたはそれを強制することに適合しないのである。[...]採決されている…のは、[法律の]案(法案)であって、委員会の報告ではないのである。」

119) 以下については、Bundesarchiv Berlin, R 3002 Reichsgericht, Prozessakten Zivilsenate Nr. 7080, Gutachten Mansfeld vom 30. 10. 1912, Bl. 4 f.

120) マンスフェルトについては、Miosge, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 507, 509 ff.

121) Klein, JW 1911, 834, 836 は、個々に認められた人証を、「エキゾチックな証拠手段」と呼んだ。

神経の細やかな区別でもって、マンスフェルトは、補遺において、10日後<sup>122)</sup>次の点を付け加えた。曰く、「一度存在した『証拠調べ』の帰結は […] 利用され」うる。「確かに、それは、もちろん、法律の成立史の一部としてではないが、しかし、その解釈の一種の[立法]資料として、利用されうるのである」。マンスフェルトは、《そうした証拠手続は許容されている》という彼の元々の意見を、いまや「限定」しようとしたのであった。曰く：

「証拠手段（証人）は、当然のことながら、<sup>prozessordnungsmäßig</sup>手続規則に適したものである。しかし、ZPOの282条の意味での、事実上の主張の立証が問題だったというわけではないのである。同条の主張というもとの理解されるべきものとは、主観的な法（権利）の理由づけのために立てられるところのものであって、解釈や客観的な法の存立をねらうところの『主張』ではないのである。この[後者の]主張とは、民事手続における証拠手続の対象ではない。外国法に関してさえも、『証拠手続』は、非常に限られた範囲でのみしか認められていない（ZPO 293条）」。

最後に、マンスフェルトはもう一度次のように強調する。「[そうした証拠手続の]手続的な許容性について意見を述べるということを控えるということは、合目的的である。国法上の許容性については、なおのこと、意見の表明は必要ないのである」。

つまり、ライヒスゲリヒトは、《裁判官は、立法者との関係で、何をしてよくて、何をしてはならないか》ということに、自らを縛られるということを望まなかったのである。そうして、争いはつまるどころ未決定のままであり続けた。フィリップ・ヘック（Philipp Heck）は、その有名なAcPにおける論文「法律解釈と利益法学」において、そうした証拠手続に関する裁判官の自由について擁護した。しかし、次のように警告を発している。「裁判所は、その権限を

122) 以下については、Bundesarchiv Berlin, R 3002 Reichsgericht, Prozessakten Zivilsenate Nr. 7080, Nachtrag Mansfeld vom 9. 1. 1914, Bl. 7.

控えめに使う」べきである；とりわけ、「下級の裁判所が、重要な議会の委員会の構成員を供述人として訊問しようとする場合には、[このことは]特に耐え難いものとなるであろう」<sup>123)</sup>だが、千里眼的に、エルンスト・フックス (Ernst Fuchs) は、すでに1909年に、次のように考えていた。曰く、自分は、「もし、近いうちに、理由書の起草者が、彼らが生きている限りで、証人として呼ばれ、《彼らが特別な事例に関して実際に何を考えていたのか、あるいはもしそれについて考えていた場合に何を考えたであろうか》ということについて、宣誓によって尋問されるということがあった場合 [でも]、驚かないだろう」と<sup>124)</sup>このことが実際に起こったとき、フックスは、彼が唱えた「構成法学の共通の有害性」を確信して見たのであった。

では、ここで、かの「理由書・資料崇拜<sup>125)</sup>」と、人は関わっていたのであろうか？ 目盛りの別の端には、自由で社会学的な法発見<sup>126)</sup>があり、その間に党派的利益の分析<sup>127)</sup>が存在していたのか？ 1900年の前後の方法論争と裁判官像は、しばしば包括的に描写されてきている<sup>128)</sup>一様に書かれた法的争いを微視的に見るための補足として、それ故に、補遺的に少し次のことを記してお

123) Heck, AcP 112 (1914), 1, 119 f. mit Fn. 170. [邦訳：津田訳・前掲(注104) 198頁(注170も)]

124) Fuchs, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909, S. 11; フックスについては, J. Schröder, in: Kleinheyer/J. Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl., 2008, S. 144 ff.; Fischer, Karlsruher Juristenportraits aus der Vorzeit der Residenz des Rechts, 2004, S. 39 ff.

125) 注104参照。

126) Vgl. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, 1903, S. 28 ff., 33 ff. [邦訳は複数あるが、一例として、エールリッヒ(石川真人訳)「自由な法発見と自由法学」北大法学論集39巻1号(1988年)181頁以下・184頁以下]; ders., Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 399 ff. [邦訳：エールリッヒ(河上倫逸・M. フーブプリヒト共訳)『法社会学の基礎理論』(みすず書房, 1984年)487頁以下]; これについては, Vogl, Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich, 2003, S. 153 ff., 163 ff., 248 ff.

127) 注123参照。ヘックについては, Schoppmeyer, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, 2001, S. 45 ff.; 挙げた潮流についての概観として, J. Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 26), S. 329 ff., 335 ff., 348 ff., 366 ff.

こう<sup>129)</sup> 20世紀の終わりに、ライヒスゲリヒトの顧問官のマンスフェルトは、当時、とある増額評価の事例（Aufwertungsfall）についての部の長であって、どの程度の方法の誠実性を公衆に期待すべきかについて、新たに考えていた。彼は、彼の受命裁判官に「帰結においては同意して」いた。しかし、次のように考えていた：

「もし我々が、[...] 契約に補助的な意味のみを認め、理由づけを第一に法律に求めるのなら、我々の判決はより確かであろう。[...] 私が怖れるのは、我々が157のどこにでもある条文の違反を主張することで危険な先例を生み出し、契約の解釈についての、非常に自由な事後の審査の道に達する、ということである」<sup>130)</sup>

この苦労は無駄であった。判決は批判的に取り上げられ、エルンスト・フックスは部について、「社会学的な考えの自由な法発見」を行っているという非難に対して、部をまさにそのために賞賛することで、擁護したのであった<sup>131)</sup>；[それは、] マンスフェルトがまさに避けようとしていたところの印象であった。つまり、もしエルンスト・フックスが、その息子が後に主張したように、マンスフェルトの部を、いつもBeratungstisch審議のテーブルで共に食事をしたなら<sup>132)</sup> 明らかに、歓迎される客として常に迎えられるわけではなかった<sup>133)</sup>

128) R. Schröder, FS Gmür, 1983, S. 201, 204 ff.; ders., Rechtstheorie 19 (1988), 323, 333 ff.; Rückert, in: Nörr/Schefold/Tenbruck (Hrsg.), Geisteswissenschaft zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert, 1994, S. 267, 281 ff.; J. Schröder, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Neuzeit (Fn. 26), S. 569, 571 ff.

129) 以下の出典については、既に、Thiessen, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch. Die Haftung des Verkäufers von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 2005, S. 149 f.

130) Prozessakte zu RG, Urteil vom 9.3.1928 - II 489/27 - RGZ 120, 283, Bundesarchiv Berlin, R 3002 Zivilsenate Nr. 4673, Bl. 27.

131) Fuchs, JW 1928, 1584, gegen Roth, JW 1928, 1392, 1393.

132) Foulkes, in: ders./A. Kaufmann (Hrsg.), Ernst Fuchs. Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, 1965, S. 225, 238. この指示について、ヤン・シュレーダーに心より感謝する。

### f) 省のコンメンタール (Ministerialkommentare)

帝政ドイツの終焉でもって、法律と [立法] 資料の関係に、少し変化が生じた。法律の草案は、議会の手続において公表された理由を有していた。実務家や学者から成る委員会が法律を用意した限りで、世論は多かれ少なかれ、この <sup>Beratung</sup> 審議について知らされた<sup>134)</sup> 例外は、しばしば出された緊急命令である——何を「緊急が命じるのか」については、理由を明白に必要とせず、または、命令のタイトルに理由が挙げられていた<sup>135)</sup> しかし、ここでも、ライヒ政府は、時折、ヴォルフ電報局 (Wolffs Telegraphenbüro) を通じて、半ば公式の発表でもって、世論と話し合っていた<sup>136)</sup>

戦争と危機においては、常に迅速な立法が行われ、このことで、文献の新たな種類のものが生まれた。省のコンメンタール (Ministerialkommentar) がそれである<sup>137)</sup> 確かに、クライトマイヤも、彼のマキシミリアン法典について、最初は「匿名の著者 [...]」としてだが<sup>138)</sup> 先に注釈を行っていた。同様に、エドゥアルト・ズィーベンハール (Eduard Siebenhaar) も、ザクセンの BGB について注釈していた<sup>139)</sup> しかし、後の司法大臣 (Justizstaatssekretär) である、フランツ・シュレーゲルベルガー (Franz Schlegelberger)<sup>140)</sup> は、——最初は自らに

133) マンスフェルトは、別の事例において、フックスを「気短な人間 [...]」と呼んだ。

Prozessakte zu RG, Urteil vom 3.2.1922 - II 640/21 - RGZ 103, 328, Bundesarchiv Berlin, R 3002 Zivilsenate Nr 4325, unpaginiert.

134) Vgl. etwa Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, 1928, neben weiteren, zeitgenössisch weitgehend unveröffentlichten Quellen abgedruckt in: Schubert (Hrsg.), Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik (1926-1931), Bd. I, 1999, S. 159 ff.

135) 例えば, die Dritte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. Oktober 1931, RGBl. I, S. 537.

136) 例えば, 注 135 に挙げた命令について, die Verlautbarung der Reichsregierung über die Einrichtung von Sondergerichten vom 19.9.1931, bei Koops, in: Erdmann (Hrsg.), Akten der Reichskanzlei. Weimarer Republik. Die Kabinette Brüning I und II, Bd. II, 1982, Dokument Nr. 477, S. 1711 Fn. 1.

137) 19世紀と20世紀における法律学のコンメンタールの好況については, Henne, Art. Kommentar, in: HRG, 2. Aufl., 2012, Bd. II, Sp. 1972 ff.

よって、それから当人の顧問官達と共に——、コンメンタールを、それに属する法律とほとんど同時に市場に出すという手続を完全なものとした<sup>141)</sup> こうしたコンメンタールは、その準公式的な性格を、特別の権威に負っている：

「動揺している学問的な諸関係が急速に暫定的な立法を必要にする […] 頻度が頻繁であるほど、省のコンメンタールは […] 司法に関して、その重要性を一層獲得した。何となれば、省の係官 (Ministerialreferent) は、立法資料を所有しており、この立法資料を、通例、公衆にさらすということはもはやしなかったのであった」<sup>142)</sup>

ライヒ司法省の文書においては、実務からの、尤も不首尾ではあったが、問い合わせさえも、一貫して記録されており、この問い合わせにおいて、1931年の株式法緊急命令のコンメンタールの著者である、フランツ・シュレーゲルベルガーとレオ・クヴァッゾウスキ (Leo Quassowski) とカール・シュメル

138) *Kreittmayr*, Anmer(c)kungen über den Codicem juris Bavarici judiciarii/criminalis. Worinn derselbe/Derselbe sowohl mit den gemeinen, als ehemalig-statutarischen Gerichts-Ordnungen und Rechten/Criminal-Rechten, genau/Genau collationirt, Mithin nicht nur der Unterschied inter Jus vetus & novum samt denen Fontibus, woraus das Letztere geschöpft worden, angezeigt, sondern auch dieses mit Beyfügung Der bei denen Resolutionen in ein mehrer(e)s Liecht gesetzt wird, Von einem Unbenannten Authore verfertigt/Verfertiget, Und/und mit einem vollständigen Indice sowohl über den Codicem selbst, als die Anmer(c)kungen versehen, 1. Aufl., 1754; mit Angabe des Autors dann in der 3. Auflage 1821 für den zivilrechtlichen Teil.

139) *Siebenhaar*, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen und zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863, 1. Aufl., 1863-1865.

140) これについては、*Förster*, Jurist im Dienst des Unrechts. Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger (1876-1970), 1995, S. 22 f., 31, 51.

141) 例えば、*Schlegelberger*, Die Ausführungsgesetze zum Friedensvertrag vom 31. August 1919. Textausgabe mit Anmerkungen, 1919; *ders./Harmening*, Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen vom 16. Juli 1925 mit zahlreichen Beispielen, 1. Aufl., 1925; *ders./Quassowski/Schmölder*, Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 nebst den Durchführungsbestimmungen, 1932; *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Gefler/Hefermehl*, Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, 1937; 競合する者からの批判的な反応については、*Thiessen*, FS Staub, 2006, S. 55, 104.

142) *Isele*, AcP 150 (1949), 1, 15.

ダー (Karl Schmölder) に対して、彼ら自身のコンメンタールに注釈する旨が請われていた。[しかし] 彼らはこれを、「根本的に検討した結果」、「私的な事項に<sup>Rechtsauskunft</sup>法的情報を与えない」ために、拒否した<sup>143)</sup> 彼らは、コンメンタールの役割をそれ自体を相対化したわけではなかったのであって、そしてこの点において、彼らは新しい政治的な諸関係によって強められたのであった。例えばフランツ・ヴィーアッカー (Franz Wieacker) は1940年に「ドイツ法 (Deutsches Recht)」[雑誌名]において、「ナチスの法擁護者同盟の中心的組織」で、省のコンメンタールに対して、特別の課題を付与した。これについてのきっかけを与えたのは、シュレーゲルベルガーが共編した『民法典と新しい民族法についての解説書』<sup>144)</sup> に対するヴィーアッカーの書評であった。強調しておく、まだ完遂していない民族法典の完成の前に行われている<sup>145)</sup>

「我々は、省のコンメンタールにおいて、独特の展開を見出している。昔の立法についての法適用の発展的な展開がより広範なほど、広い実務がコンメンタールによる指導を多く要求するのである」<sup>146)</sup>

かの先見の明がありかつ利益の多い「コンメンタールによる指導」を実務が提供することを欲していたのは、「新たな民族法に関する」ライヒ司法省の<sup>Beamte</sup>官吏だけでなく、ライヒ内務省における次官のヴィルヘルム・シュトゥッカート (Wilhelm Stuckart) と、彼の係官のハンス・グロプケ (Hans Globke) であった<sup>147)</sup>

143) Anfrage des Diplom-Volkswirts Ernst S. aus Dresden vom 6.1.1933 an Staatssekretär Franz Schlegelberger mit Antwort vom 24.1.1933, Bundesarchiv Berlin, R 3001 Reichsjustizministerium Mikrofilm Nr. 20768 (2934), Bl. 23 f.

144) Schlegelberger/Vogels (Hrsg.), Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, 1939-1942.

145) これについては、Hattenhauer, FS Gmür, 1983, S. 255, 278 f.; Schubert, in: Schubert/Schmid/Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III/1: Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988, S. 14.

146) Wieacker, DR 1940, 1274; vgl. auch Isele, AcP 150 (1949), 1, 17, 19.

147) これについては、Jasch, Staatssekretär Wilhelm Stuckart und die Judenpolitik. Der Mythos von der sauberen Verwaltung, 2012, S. 258 ff., 470 f.

彼らの出版社である C. H. Beck 社は、1935 年のニュルンベルク法についての悪名高いコンメンタールを既に法律学の専門誌に宣伝しており、これは、注釈されるべきであったテキストの一つである、「ユダヤ人の経済的活動に関する法律」がそもそも議決される前に行われたのであった<sup>148)</sup>。法律の草案が、ドイツ帝国銀行の総裁でありライヒ経済大臣でもあったヒヤルマル・シャハト (Hjalmar Schacht) が経済的な、決して倫理的なものではない懸念をしたことで頓挫したときに<sup>149)</sup>、著者たちは明らかにもはやもう長くは待てなかったのである。『シュトゥッカート／グロプケ』は 1936 年に刊行され、法律が欠けているにも拘わらず、前もって言われていたように、多くのページがほとんど二重に出版されたのであった<sup>150)</sup>。「ドイツ経済の脱ユダヤ化」に関する命令<sup>151)</sup>は 1938 年に下され<sup>152)</sup>、同命令に対しては、言うまでもなく、省の官吏も注釈を行った<sup>153)</sup>。

---

148) Berichtet von G. H. Maier in der Frankfurter Zeitung Nr. 624 vom 1.12.1935, S. 3 („Kommentare ohne Gesetz“), und Nr. 652 vom 22. 12. 1935, S. 3 („Noch einmal: Die Kommentare“). 彼についての指示、および双方の注解のコピーについては、ゲオルグ・マイヤー—ライマー (Georg Maier-Reimer) に心より感謝する。ゲオルグ・H・マイヤーの体制批判的でジャーナリスト的な活動について、そして挙げた双方の注解の文脈については、Wacke, ZRG RA 117 (2000), 473, 476 ff. 最初の注解で言及されている。ライヒ内務大臣のヴィルヘルム・フリック (Wilhelm Frick) がザールブリュッケンの演説で行った法律の告示については、Cohn, Kein Recht, nirgends. Tagebuch vom Untergang des Breslauer Judentums 1933-1941, Eintrag vom 14. Oktober 1935, 3. Auflage 2007, Band 1, S. 288.

149) 詳細に文書化しているものとして、Essner, „Die Nürnberger Gesetze“ oder Die Verwaltung des Rassenwahns 1933-1945, 2002, S. 111, 155, 246.

150) Stuckart/Globke, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. I, 1936.

151) Markmann/Enterlein, Die Entjudung der deutschen Wirtschaft. Arierisierungsverordnungen vom 26. April und 12. November 1938, 1938 (著者は、政府の上級公務員候補 (Regierungs-Assessor) か、ベルリン警察本部の警察高級官僚だった); 同じタイトルで、次の論稿がある。Hefermehl, DJ 1938, 1981. 諸命令について、そしてハーファーマールスのさらなる業績については、Thiessen, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Bd. II, 2010, S. 407, 424 ff.

152) 規範定立の経過について包括的に扱うものとして、Essner (Fn. 149), S. 246 ff., 257 ff.

153) Stuckart/Schiedermair, Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Reiches, 1. Aufl. 1938, S. 45 ff. (7 ページが「ドイツ経済におけるユダヤ人の立場」について書かれている), stark erweitert 3. Auflage 1942, S. 58 ff. (20 ページが「ドイツ経済からのユダヤ人の締め出し」について書かれている); これについては、Jasch (Fn. 147), S. 267, 280, 285, 312, 364 f., 486 f.,



1933年以後、新たな権力者の法律は、省のコンメンタールを顧慮せず、たいてい短い公的な理由付けを維持したが<sup>154)</sup>、しばしば前文が付いており、ここでは、法律の‘精神’または狂信<sup>Ungeist</sup>について記されていた<sup>155)</sup>。例えば、1935年9月15日の「ドイツ人の血と名誉保護のための法律」がそうであり<sup>156)</sup>、シュトゥットガートとグロプケがこれに注釈を行っている。それによって、少なくとも法律の理由付けの一部が、再度法律の文言に書き入れられたのであった。これに加えて、ハンス・フランク (Hans Frank) のドイツ法アカデミー (Akademie für Deutsches Recht)<sup>157)</sup> の審議の成果も出版された。尤も、この成果が規範の文言に影響を及ぼしたのは、ただ時折であった<sup>158)</sup>。

### g) 今日では

今日の実際がどのように行われているのかについては、よく知られている。ドイツの立法者については、我々は議会の議会資料 (Drucksache) を有している。審議を行う委員会が存在する場合には、これは少なくとも報告を提出する——典型的な例は、[本稿の] 最初で扱った債務法改革である<sup>159)</sup>。ヨーロッパの立法者がその法定立手続を終えたときには、その本来の法的行為の前に、検討理由が提示される<sup>160)</sup>。さて、再度、現在いる我々に目を向けよう。そうこう

154) 例えば、1937年の株式法について、とりわけ次の文献に印刷されている。Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, 1937; 帝国官報と「Deutsche Justiz」誌における公的な理由付けの広い公表については、Mertens (Fn. 50), S. 116.

155) 前掲注 50 を参照。

156) RGBl. I, S. 1146.

157) 「Schriften der Akademie für Deutsches Recht」において、大部分について、また同時代的に広範には公表されていなかった原典は、シューベルトによりエディットされ、もしくは、以下を参照。Schubert/Schmid/Regge (Fn. 145), 20 Bände, 1986-2012.

158) 最も有名な例は、1937年の株式法であろう。これについて同時代的なものとして、Klausing (Fn. 154), S. 22\* ff.; その審議については、Schubert, in: Schubert/Schmid/Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933-1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. I: Ausschuß für Aktienrecht, 1986, S. XXV ff.

159) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, drei Bände, 1981-1983. もともとの債務法改革についての資料は——公的な限りで——以下の書にまとめられている。Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002.

しているうちに——オープン的事例のためではないが——破産してしまった通信販売の店のカタログからなる欠陥の多いオープンは、数年前に、本稿で扱ったすべてのテーマを‘表に持ち出し激しく展開した’<sup>161)</sup> 2つのEU指令の検討理由は、ドイツの政府の理由(Regierungsgründe)に対する形で出された。<sup>162)</sup> 文言の限界は軟化しなければならなかった。<sup>163)</sup> 終いには、立法者の23個の訂正する言葉さえ存在した。<sup>164)</sup>

#### IV. 展望

さて、立法資料は何の価値があるのか？ 規範のテキストの理解を促進するメタテキストの定式化に投資するということはそもそも価値があるのか？ メタテキストが助長する理解がもたらす成果は、広告が製品の売れ行きにもたらす成果のように、不確かではないか？

いずれにせよ、立法資料には、それに最初から認められないような機能を負わせるべきではないであろう。すべての[立法]資料が、後でなされる法律適用を考慮して定式化されているというわけではない。規範の定立の間に内部の委員会を助け、忘れっぽい委員会<sup>Gremien</sup>の集団の記憶を支えるものではある。例えば、委員会の議事録がそうである。そうした[立法]資料はまず第一には、<sup>praxisrelevant</sup>実務上重要なものではなく、歴史的な文書であって、これは、それらが法史家により編集されてはじめて、事後的に、その起草者の考えやその成立時点の歴史的な背景について説明するのである。他方で、立法資料は、すでにその著者によって公表されており、そして公表され、またまさにこの目的のために作

160) ヨーロッパ的な法定立についての[立法]資料の解釈については、*Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Praxis und Ausbildung*, 2006, S. 244, 257 ff.; テキストの例については、*Fögen* (Fn. 48), S. 20 ff.

161) BGH, Vorlagebeschluss vom 16.8.2006 - VIII ZR 200/05 - NJW 2006, 3200.

162) BGH, NJW 2006, 3200, 3201 f.; EuGH, Urteil vom 17.4.2008 - C-404/06 - NJW 2008, 1433, 1434 f.

163) BGH, Urteil vom 26.11.2008 - VIII ZR 200/05 - BGHZ179, 27, 34 ff. = NJW 2009, 427, 428 ff. mit vielen kontroversen Nachweisen.

164) § 474 Abs. 2 Satz 1 BGB.

り上げられたのであり作り上げられるのである。部分的には、制定の過程とパラレルで、また部分的には後になって行われる。例えば、理由書がそうである。それよりも後の適用との関係は、法律の起草者が、規範を詳細に理由づけてこの理由づけを公刊するというので、その仕事——そしてその見解——のために記念碑を建てるということ、そしてこれによって一定の解釈を固定化するということにより、与えられる。

どの立法資料についても、それを無視したり過小評価したりする者は、規範をそれが想定されていたように解釈する機会を制約する、ということが当てはまる。《規範は、[立法] 資料がそれを呼び起こしたのとは異なって考えられたのだ》と考えたり、規範をこの意味において（今日もはや）適用しようとしなかったりする者は、このことを理由づけなければならない。人は、知っているもののみ、それを拒否することができる。逆に言えば、人が考慮することができるものとは、存在しているもの（was es gibt）だけである。このことにプラスに語るものは、規範を注意深く考量するというだけでなく、それを注意深く理由づけ、その理由づけを包括的に公表するということである。理由づける立法資料が欠けるところでは、裁判官は、それ故に、決定をしないので当事者を家に帰すことができないのである。

法律家は、法を解釈し、[立法] 資料を使用する——このことは、彼らの手工具に属する。つまり、キルヒマンは、ここで、諦めることなく徹底的に反論される：法律のテキストと立法資料よりもよいものを我々は有していない。そしてビスマルクは、まったく断固として反論される：法律の成立について多く知るほど、より意識してそれを享受することができる——または、台所に戻らせることができるのだ。

### 訳者による注

訳注 1) このティーセンの論文の基となっているシンポジウムは2012年に行われ、論文（集）は2013年に公表されている。

訳注 2) プロイセン一般ラント法の訳については、次のものに拠っている：石部雅亮訳「プ

ロイセー一般ラント法」久保正幡先生還暦記念出版準備会『西洋法制史料選 III 近世・近代』（創文社，1979年）177頁以下。

### 〔訳者より〕

本翻訳は、テュービンゲン大学法学部教授のヤン・ティーセン氏の「法発見にとっての立法資料の無価値性——方法史的概観」ホルガー・フライシャー編『「立法資料」の謎：過去・現在・未来における、法律の理由付けの意味と形態』（Mohr Siebeck, 2013年）45-74頁の邦訳である。原題は、本翻訳の冒頭の注にも記したが、以下のとおりである：Jan Thiessen, Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Holger Fleischer (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Mohr Siebeck, 2013, S. 45-74. 同書は、2012年に開催された、マックス・プランク外国私法・国際私法研究所（於：ハンブルク）におけるシンポジウムを基としている。本誌（松山大学論集）への翻訳の許可をお許し頂いた、ティーセン教授、上記論文集の編者のホルガー・フライシャー氏、出版社のMohr Siebeck社にこの場で御礼申し上げる。

ティーセン教授には、訳者の服部が2014年9月冒頭から2015年9月冒頭までのテュービンゲン大学における国外研究に従事するに際して、同教授の前任であり訳者と面識があったヤン・シュレーダー教授（Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder）を介して、客員研究員として受け入れて頂いた。ティーセン教授は、ベルリン・フンボルト大学にて学ばれた後に（指導教官はライナー・シュレーダー教授（Prof. Dr. Rainer Schröder））、ビーレフェルト、マンハイムの各大学を経て、2010年10月以来、テュービンゲン大学にて、民法・ドイツ法史・法律学的時代史・商法・会社法の講座に就いている（詳細は同教授のホームページを参照されたい）。この長い講座名が示すように、ティーセン教授の業績は多岐にわたっている。訳者の服部が滞在している折には、商法の

コンメンタールの執筆に追われていたが<sup>5</sup> (Jan Thiessen, § § 170-177a HGB, in : *Handelsgesetzbuch—Großkommentar*, begründet von Hermann Staub, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack und Carsten Schäfer, Band 4: § § 161-236, Berlin/Boston 2015), 民商法の先端的な仕事のみならず, 法史学についても該博な知識を基とした, 文字通り気鋭の法史学者である。

広範にわたるティーセン教授の仕事のうち, 訳者の服部の専門的関心から大きな刺激を受けたのが, 本翻訳の論文である。立法資料の法制史的・法律学方法論的な議論の展開について, 教授の深淵な知識を背景とした, それでいて流麗なドイツ語で書かれた本論文の翻訳は, 訳者にとって難作業であり, とりわけ各時代の(法制史上の)専門用語につき, できるだけの調査を行ったが, それでも訳の不正確さを払拭することはできない。だが, 立法資料の意義についてのドイツ(ヨーロッパ)の歴史的展開を鳥瞰する本論文の拙訳が, 我が国のとりわけ法律学方法論に関する議論に与える示唆は, 決して小さいものではないことを確信してやまない。

ティーセン教授には, 国外研究の受け入れから諸手続, 研究上のご助言, そして本翻訳についても諸点にわたり訳者の質問にご回答頂いた。記して心より御礼申し上げる。

翻訳に際しては, 《できるだけ自然な日本語に訳していくこと》が最も重要な課題であると受け止めながらも, 訳者の語学能力の未熟さもあり, まずは, 《原文の内容の正確な訳出》を第一に心がけ, 誤訳を極力減らすために, 冒険的な意識よりも, 堅くなった向きもあるが, 逐語訳を志向した。無論, 誤訳・誤読のおそれは払拭できず, その原因はひとえに訳者の服部にある。

重要なキーワードや人名は, 原語の直後に丸括弧にくくり示している。また, 訳者によりニュアンスなどの点で訳語が分かれると思われる語句については, 不自然に見えるかもしれないが, 訳語の上に原語をルビでふり, 原語と訳語との対応関係を分かりやすく提示している。

原文における斜体は, キーワードに関するものは傍点に, 人名(とりわけ注

内)に関するものはそのまま斜体になっている。

角括弧 [ ] は、本文においては基本的に訳者の服部による補足であるが、ティーセン教授が使用されている場合には、その旨を明記している。引用文中での省略部分を表す […] は、ティーセン教授によるものである。

二重山括弧 《 》 は、訳出にあたり、長い節・句を整理するために使用している。

なお、原文における誤植・誤記については、訳者が気付く限りで、訳者の責任で訂正を加えている。

[付記] 本翻訳は、2014年度国外研究の成果の一部である。