HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツにおける比較法の発展(1)
Author(s)	五十嵐, 清
Citation	北大法学論集, 20(4), 1-42
Issue Date	1970-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27887
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	20(4)_P1-42.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

ドイツにおける比較法の発展 (1)

五十嵐 清

目次

まえがき
一 前史
二 一九世紀前半
三 一九世紀後半 (以上本号)
四 二〇世紀

まえがき

本稿は、一九世紀以後今日にいたるまでの、ドイツにおける比較法の発展を論じようとするものである。対象をドイツにかぎったのは、イギリスとフランスに関しては、すでにわが国ですぐれた研究が発表されているからであり、[1] まだまとまった研究がない、ドイツにおける比較法の発展の歴史を明らかにすることによって、その補完をしようと

するのが本稿の目的である。時期を主として一九世紀以後にかぎったのは、本格的な比較法はそれ以後はじまったということができるほか、著者の能力と資料の不足による。しかし、一九世紀以前の発展については、他に補完すべきものがないので、二次的資料により、前史として、かんたんにまとめた。(2)

なお、本稿は、筆者が昭和四三年度文部省在外研究員として西ドイツ・ハンブルグのマックス・プランク外国私法および国際私法研究所で行なっている研究の主要部分を占めるものである。この機会に、研究所の諸氏に感謝の意を表したい。

(1) イギリスについては、水田義雄・英国比較法研究、昭三五。フランスについては、西賢「フランスにおける比較法の発展」法学論叢六二巻二号。

(2) ドイツに限らないが、比較法の歴史に関するスタンダードな研究としては、Pollock, Le droit comparé : Prolégomènes de son histoire, Procès-Verbaux (des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900) t. 1, 1905, p.248 et s. ; Pollock, The History of Comparative Jurisprudence, 5 J. of Comp. Legis. (2nd Series) 74—89 (1903) ; Hug, The History of Comparative Law, 45 Harv. L. Rev. 1027—70(1932); Kaden, Rechtsvergleichung, Rechtsvergleiches Handwörterbuch, VI, 1938, S. 20—27 がある。ただし、Pollock は一九世紀以前、Hug は一九世紀中葉、Kaden も一九世紀後半までしか扱っていない。なお、ドイツに関しては、Adam, Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (以下、Zvergl RW と略称) 37 (1920), 1 ff. も、Kohler に至る発展史を略述している。

一　前　史(1)

一　ドイツ法学史上において、比較法的現象としてもっとも注目されるのは、中世後期より近世初期にかけて行なわれた「ローマ法の継受」である。ただし、いわゆる理論的継受の時代においては、ローマ法を外国法として学ぶという態度の少なかったこと、明治初期の日本と同様であったと思われるし、Corpus Juris Civilis の包括的継受がなさ

れた後においては、ローマ法はドイツにおいては現行法であり、これまた本来比較法の対象ではなかった。

しかしながら、近世初期のローマ法継受からローマ法の現代的慣用（Usus Modernus Pandectarum）の時代にかけては、ドイツ各地において、固有法とローマ法の葛藤が見られ、このことはローマ法とドイツ固有法の比較を可能ならしめる契機でもあった。このため、この時代のドイツには、当時のヨーロッパの中では、比較法的関心の見られる著作がもっとも多かった、ということができよう。

まず、比較法的な傾向は、固有法をあつかった著作の中に、ローマ法やカノン法に言及するという形で現われる。Melchior Kling[2] や Lorenz Fries の著作がそれである。同様な目的をもつものとしていわゆる differentiae（相違論）がある。これは、固有法とローマ法との相違点を機械的にならべるだけのものであるが、その中でも有名なのは、ローマ法とザクセン法を比較した Benedikt Reinhard（一五五〇頃）および Ludwig Fachs（一五六七）の differentiae juris civilis et saxonici である。[3]

一七世紀後半になると、ローマ法とドイツ法を体系的関連においてとりあつかう学問的著作が現われた。Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica[4]; Schilter, Praxis juris Romani in foro Germanico[5]; Strick, Usus Modernus Pandectarum[6] がその代表的なものである。

なお、この時代に、比較の対象をドイツの現行法に限らなかった著作があることが注目される。Busius の Commentarius in Universas Pandectas 1608—1614 がそれであり、ここでは、ローマ法、ドイツ法、フランス法、ベルギー法、カノン法が相互に比較されている。[7] さらに、すでにこの時代に、歴史的ドグマ的比較法も見られる。Rittershusius の Collatio legum Atticarum et Romanarum 1608 がその例であるとされる。[8]

しかしながら、以上、一六・一七世紀を概観するならば、比較法研究はこの時代にある程度の高まりを見せたとい

うものの、主として同一国内に適用されている現行法の比較という実用的見地を出ることは少なく、比較方法の体系的適用がなされたということはできない。個々の研究も孤立しており、相互の関連に欠けた。比較法が、新しい知識の発見と、法観念の純化された把握のために必要であるという考えは、この時代には全く存在しなかったのである。(9)

(1) 以下は主として Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 1—3, 1880—1910. Hug, op. cit. pp. 1039—52；Kaden, a. a. O. S.22—24, によるが、とりわけ Kaden の評価に依拠している。

(2) Melchior Kling (1504—1571) については、Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I. 1880, S. 305—309 参照。主著は、ローマ法に関する Enarrationes in libros IV Institutionum, 1542. とザクセン法に関する Das gantze sächsische Landrecht……, 1572. である。

(3) Stintzing, a.a.O. S. 549 ff.

(4) Georg Adam Struve, 1619—1692, ドイツ法学建設者の一人。本文記載の Jurisprudentia Romano-Germanica forensis……, 1670は Institutiones の教科書であるが、ローマ法のほか、ドイツ法上の制度もあつかわれている。本書は学生の間に絶大な人気があり、一八世紀の末まで「小 Struve」として親しまれたとのことである。Struve について詳細は、Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Ⅲ, 1884, S.146—164, とくに Jurisprudentia……については、S. 157—159 参照。

(5) Johann Schilter, 1632—1705, ゲルマニステン。本文所掲の Praxis juris Romani in foro Germanico (初版1675—1683) が法学上の主著。ローマ法の叙述と今日の実務の叙述の間に、部族法以来のゲルマン法の歴史を挿入している。詳細は Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Ⅲ, 1, 1898, S. 55—62.

(6) Samuel Stryk, 1640—1710, 当時ドイツ最大の私法学者。ハレ大学教授として Christian Thomasius とならんで名声を得た。主著は本文所掲の Usus Modernus Pandectarum (1690—1712)。その完成は彼の死後になった。そこでも、多くの場合にドイツ法を適用している。詳細は、Stintzing-Landsberg, a. a. O. S. 64—70.

(7) Hug, op. cit. p. 1042. Busius は Stintzing-Landsberg にも言及されず、忘れられた学者というべきであるが、Hug により発掘された。本文所掲の著書は、デゲスタの配列にしたがったローマ法の注釈書であるが、その主たる特徴は、ユスティニアヌス法の解釈ではなく、ローマ法とカノン法・ゲルマン慣習法との相違の比較研究にあり、しかも、ゲルマン慣習法の研究はドイツ領土にかぎらず、全大陸に及んでいるといわれる。

(8) Kaden, a. a. O. S. 23. Konrad Rittershusius (1560—1613) については、Stintzing-Landsberg, I, S. 414—419参照。フランス学派の一人である。なお、本文所掲の Collatio……については、Stintzing も書名をかかげるだけで内容の説明はない。本文記載のような評価は Kaden の発見か?

(9) Kaden, a. a. O. S. 23; Hug, op. cit. p. 1044.

二

一七世紀から一八世紀にかけての自然法の時代は、その思弁的演繹的方法の故に、比較法にとって必ずしも好都合ではなかった。またこの時代の後半は、各国における統一法典の制定の時期にあたり、国家的意識が強調された。これも比較法にとってマイナスであった。しかし、この時代には、比較法の必要性を主張し、また、みずから実行する学者が現われたので、比較法の歴史にとって重要な時代である。

世界においてはじめて比較法の必要性を説いた学者としては、イギリスのベイコン(Bacon)とならんでドイツのライプニッツ(Leibnitz)があげられる。ベイコンが自国法を批判するために外国法の研究の必要性を説いたのに対し、ライプニッツは、Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae 1667 の中で、あらゆる民族、あらゆる土地、あらゆる時代の法を、あらゆる素材において、比較叙述することによって theatrum legale (法の劇場)を示そうと計画した。(1) ただし、これは計画だけで終り、彼自身によっても、他の学者によっても実現されることはなかった。

この自然法の時代において、大きなスケールで、そして種々の目的のために比較法的素材を使用した学者として、セルデン(Selden, イギリス)、グロティウス(Grotius, オランダ)、ヴィコ(Vico, イタリア)、モンテスキュー(Montesquieu, フランス)をあげることができるが、これらに匹敵する学者をドイツで見出すことは困難である。(2)

しかしながら、この時代において、法学教育における比較法の意義が強調されたことが注目される。まず、ショット(August Friedrich Schott)は、Juristische Enzyklopädie und Methodologie 1772 において、ドイツ法を解明するために、フランス、オランダ、イギリス、スエーデン、デンマーク、プロイセンのような隣接する諸国民の法の若干の知識を真の補助手段として推薦した。(3) 同様に、ピュッター(Johann Stefan Pütter)も、その Juristische Enzyklopädie 2. Aufl. 1767 において、古代の文化民族の法の研究の必要性を説いた。(4)

自然法の時代の比較法の意義について総括するならば、それは一般的に利用されたということはできないが、その

理論的価値は承認されたということができよう。ただし、モンテスキューに見られるように、比較法の方法論はまだ未発達であった。

(1) Conficiemus aliquando *theatrum legale* et in omnibus materiis omnium gentium, locorum, temporum placita παραλλήλως disponemus. 4th opera ed. Dutens, 191. cited by Hug. p. 1046 n. 90. なお法学者としての Leibnitz については、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 1, S. 23—31 参照。

(2) Hug. op. cit. p. 1047. ただし、Kaden, a.a.O.S. 24 は Pufendorf(1632—1694)を、Grotius と同様、自然法説の正当性を証明するために、比較法的方法を用いた学者として掲げている。

(3) Adam, Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, Zvergl RW37 (1920), 3; Kaden, a.a.O.S.24, August Friedrich Schott (1744—1792) については、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 1, S. 481—2, u. Noten S. 306 参照。

(4) Adam, a.a.O. S. 10 f.; Kaden, a.a.O. S. 24. なお Johann Stefan Pütter (1725—1807)については、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 1. S. 331—353参照。各方面で活躍したが、とくに国家学者、法史学者として有名。

二　一九世紀前半

一　一九世紀前半のドイツを支配したのは歴史法学である。一般的にいえば、法の歴史的研究は比較法と結びつきやすいものであるが、ドイツの歴史法学においては、サヴィニー以来、ローマ法のみが研究対象とされ、法は民族精神の自然の生成物であるという立場から、他の国の法との比較が排除された。したがって、一九世紀前半は比較法の発達に対し必ずしも好意的ではなかった。

さらに、ヨーロッパ大陸全体としては、この時代は、ナポレオン法典を頂点とする法典編纂に続く時代であり、各

国の法学者が自国法の解釈に専念し、外国法に対する関心を見せなかった。ドイツでは統一法典が制定されなかったため、フランスほどではないにしても、やはり全体としては比較法に対し無関心な状態が続いた。

しかし、この時代のドイツにおいて、法学における比較法の必要性を主張し、かつ、みずからそれを実行しようとする者が歴史法学に対する反対者の側から現われた。フォイエルバッハ (Johann Anselm Feuerbach) とガンス (Eduard Gans) がそれである。また、主として実際上の必要性の見地にたって、近代法の比較を精力的に行なった学者も現われた。ミッテルマイアー (Mittermaier) を中心とするハイデルベルグ学派がそれである。

II アンセルム・フォイエルバッハ (Anselm Feuerbach,1775—1833)[1]

ドイツ近代刑法学の創始者であるアンセルム・フォイエルバッハは、若いときから比較法に関心を示していたが、一八一〇年、Unterholzner's juristische Abhandlungen の序文の中で、はじめて法学における比較法の必要性についての基本的な考えを示した。そのなかで、彼は、当時のドイツにおいて比較法が顧みられないことを嘆じたのち、「なぜ解剖学者が比較解剖学をもち、なぜ法学者はなお比較法学をもたないのか?すべての経験科学におけるあらゆる発見のもっとも豊かな源泉は、比較と統合である。種々の対比によってのみ、対比されたものが明らかになる。類似と相違、そしてその両者の諸原因の観察によってのみ、すべての事物の特色と内的本質が十分に究明される。言語の比較から言語哲学、すなわち本来の言語学が生ずるように、あらゆる時と場所の類似または相違する諸国民の法律と法慣習の比較から、普遍法学が生ずる。それこそ異名のない法律学そのものであり、それぞれの特別の名称をもつ法律学に真の力強い生命を賦与するところのものである。」として、普遍法学としての比較法の構想を提示し[2]、デル・ヴェキオ (Del Vecchio) の先駆者となった[3]。

彼は、ライプニッツとはちがい、たんに普遍法学の構想を示したのみならず、みずから実行に移そうとした[4]。しか

し、彼の生前には完成するにいたらず、未完の構想に終った。[5] 以下は、ラートブルフによって明らかにされた未定稿によるその普遍法学の大綱である。[6]

フォイエルバッハのとりあげた対象は、アジア（とくにシベリア）、中央アジア（とくに満州）、流浪民族の立法（とくにモンゴル）、シナ、アメリカ、インドに及び、利用した文献は諸外国にまたがっている。しかし、当時の文献の状況からいえば、彼のプログラムは実現不可能であった。だが、ラートブルフによれば、フォイエルバッハはこの点で、モンテスキューの「法の精神」（一七四八）とメインの「古代法」（一八六一）の間の空隙を埋める役割を果しており、しかもメインの方により近いとされる。[7] 彼は基本的には自然法学派に属し、歴史法学派に対する批判者であるが、その比較法の方法は歴史法学と自然法学の中間を行くものであり、一方では、人類は種々の民族の形態においてのみ存在し、その進化は統一のなかにおける大きなバラィエティに導くとするものの、他方では、あらゆる科学は一般的なものの認識の中に存することを主張した。この点で、ラートブルフは、フォイエルバッハの究極目的は今日の法社会学のそれと同一であるとしている。[8]

さて、フォイエルバッハは、自然法学者の信じた自然状態説は歴史的現実に反するとし、人類は当初から gens や家族の中で生活したと主張した。また、土地所有権の自然法的理解にも反対し、当初は公的所有権のみが存在したと説いた。契約については、原始社会には存在せず、交換と売買の形で次第に発生したものとし、原始的相続法も団体的所有権にもとづくとする。婚姻法については、逆縁婚の存在理由を嫁費の節約に求め、ポリガミについても、その原因を嫁資の増大に求める。さらに私法と刑法の関係においても、原始法の下においては、刑法の方が一般的であり、その理由は財産が限られていたからであるとする。[9] また、フォイエルバッハは、原始法と宗教との間に密接な関係が存すると主張している。以上の多くの諸点で、フォイエルバッハの所説は、後にメインが「古代法」の中で説くもの

と近いことが理解される。

かくして、フォイエルバッハは、法に対する国民的性格の影響を無視しなかったけれども、歴史法学派のように極端に走ることなく、人類の共通性を志向していたのである。[10]

なお、フォイエルバッハは、民族学的法学（後述）のみに関心をもったわけではなく、近代法の比較にも関心を有した。一八二一年には、パリーに二カ月滞在し、その成果として、Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahren Frankreichs 1825 を発表している。しかし、その業績も当時は顧みられず、フォイエルバッハは比較法の先駆者として終った。[11]

（1） Radbruch, Feuerbach, précurseur du droit comparé, Recueil Lambert 1 1938, p. 284—291 が基本的文献。なお、Feuerbach の人と思想については、Radbruch, Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben, 1934, 2. Aufl. 1957（菊池・宮沢訳・一法律家の生涯、昭三八）；Wolf, Große Rechtsdenker, 4. Aufl. 1963, S. 543ff.; Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach, Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 1969 参照。

（2） Anselm Feuerbach, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft, Kleine Schriften vermischten Inhalts, 1833, S. 163. なお、この構想は、Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz, Feuerbach's Biographischer Nachlaß, Bd. II, 2. Aufl. 1853, S. 378ff. においてふえんされている。

（3） Del Vecchio, Sull' Idea di una Scienza del Diritto Universale Comparato, 2 ed. 1909. p.24 et s.（野田訳「比較普遍法学の理念について」法における歴史と理念、所収）。

（4） Feuerbach, Kleine Schriften, S. 164—5. Anmerkung. 参照。なお、彼はそこで Gans に期待している。

（5） 未完の理由として Erik Wolf は、当時の補助手段の不十分性や Feuerbach の構想が大きすぎたということのほか、彼の考え方や仕事のやり方を問題としている。すなわち、Feuerbach は、本来、事実を蒐集し吟味するという気質ではなく、ただ当時の風潮に従い、モンゴル、シナ、アメリカ旅行記を集めて読んだにすぎない、とされる。Wolf, a. a. O. S. 576. 本文で紹介する

Radbruch の評価より、きびしい。

(6) Radbruch, Recueil Lambert, I.

(7) Radbruch, op. cit. p. 285. なお、Feuerbach 自身、Montesquieu を自己の先駆者として評価している。すなわち、「モンテスキューは、この課題（諸国民の普遍史）を魂の中にもち、その解明に乗りだした最初の人であった。しかし、彼は今にいたるまでその最後の人でもあった。」と。Feuerbach, Kleine Schriften, S. 164. これは、比較法の先駆者としての Montesquieu に対する最初の評価であろう。

(8) Radbruch, op. cit. p. 286.

(9) この点に関しては、刑法は進化のその後の発展段階の産物であるとする、刑法史研究者としての Radbruch の批判がある。Radbruch, op. cit. p. 290.

(10) Radbruch, op. cit. p. 291. この評価は、Radbruch の論文の書かれた当時におけるナチス思想に対する批判を意味することはいうまでもない。

(11) なお、Erik Wolf も、Feuerbach の「普遍的法律および法比較の方法」が、Maine, Bachofen, Post および Kohler を経て、独立の比較法学の建設に至る発展に影響を与えたことは認めている。Wolf, a.a.O. S. 576.

III　ガンス (Eduard Gans, 1798—1839)[1]

フォイエルバッハがカント学者であるのに対し、ガンスはヘーゲル哲学の立場から同じく法学における比較法の必要性を強調し、かつ、その主著 Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte, 4 Bde, 1824—35 の中でそれを実行した。

彼は、本書の序文において、ヴォルフ流の自然法論の抽象性を批判するとともに、サヴィニーの歴史法学に対しても、それが立法者の活動を軽視し、外的なものの崇拝になると批判したが、いまや抽象的哲学と実証科学との接近がなされたとし、「この平和締結につづくつぎの歩みは、あらゆる実証科学における比較へのはげしい努力であった。比

較とそれへの要求の中に、……個々のものがそのモメントであるにすぎない全体性の中においてのみ真理が存在する、ということの承認がある。」[2]と説いて、ヘーゲル哲学と比較法を結びつけた。

ガンスは法学に比較方法を用いた先駆者としては、何よりも、モンテスキューをあげ、「彼は、つねに法学における普遍的取扱の創始者として見られなければならない。」と評価する。[3]その他ドイツにおける先駆者としては、グロルマン(Grolman)、[4]フォイエルバッハ、ティボー(Thibaut)の三人をあげ、とくにティボーのことばをその著書のモットーとして掲げている。[5]さらに、ガンスは歴史法学派の側からの批判に対し種々の反論を試みているが、とりわけ、あらゆる民族の法史が同様に重要なわけではなく、重要なのはローマ法、ゲルマン法、カノン法のみであるとする歴史法学派の批判に対しては、それは法を適用する人(Jurist)の立場からの学説であり、それは、法の知識(Rechtskunde)または法の博識(Rechtsgelehrsamkeit)にすぎず、真の法学(Rechtswissenschaft)ではない。真の法学はイデーと関係し、学問として、それは必然的に哲学の一部である。重要性とか効用とかに関係しない。法学はさらに法哲学と法史に分れる。「法史は、それが単なる抽象を内容としようとしないかぎり、それ自身の中に、必然的に時代における法概念の全体を把握する。したがって、それは同じく必然的に普遍法史(Universalrechtsgeschichte)である。」と主張している。[6]

ところで、ガンスは普遍法史を全体として展開しようとしたのではなく、相続法に限定している。しかし、「一民族の相続法は家族法全体との関連においてのみ理解されうる。さて、家族法自身がそれ自身の中に各民族の歴史的原理を含まなければならないかぎり、相続法の範囲内で世界精神の必然的運動を示すのが本書の課題である。[7]」

本書は、ローマ法を中心とし、それに前史と後史を加えるという構成である。第一巻(一八二四年)では、「ローマ史とローマ法」の関係を論じた序説(Einleitung)のあと、ローマ以前の相続法として、インド、シナ、ユダヤ、イ

スラム、ギリシャの相続法が論ぜられている。第二巻（一八二五年）ではローマ法のみが論ぜられている。たんなるローマ法のHandbuchではないことが強調されている。本巻のシェーマは、ローマ相続法を恣意＝遺言制度と家族＝無遺言制度とに対立させ、その調和を遺留分制度ではかるというものである。[8] このシェーマは本書全体を通じているようである。第三巻以後は中世ヨーロッパ相続法が扱われている。そのうち、第三巻（一八二九年）では、カノン法につづき、ローマ的法（Romanisches Recht）として、イタリア、スペイン、ポルトガル三国が論ぜられ、第四巻（一八三五年）では、ローマ・ゲルマン的法としてフランス、ゲルマン・ローマ的法としてイギリスが論ぜられ、さいごにスカンジナビア法としてアイスランド、ノルウェー、デンマーク、スエーデンに言及している。なお、このあと、二巻が予定され、そこでドイツ法とスラブ法が扱われることになっていたが、著者の早すぎた死によって本書も未完のままで終った。

本書は、歴史法学全盛時代にそれの批判者として現われたため、当時において十分に評価されなかった。今日においても、当時の資料的制約と、さらに一・二巻においてはヘーゲルのシェーマによりすぎたため、学問的価値に乏しいものであるといわなければならないであろう。[9] しかし、三巻以後では各民族法の特殊性が強調されるようになり、これは、それだけヘーゲル的シェーマからの離脱を意味する。[10] とくにフランス法やイギリス法については、現地留学の成果が示されている。本書は、全体として今日においても高く評価することができると思われる。[11]

以上を総括して、ガンスは、当時においては必ずしも評価されず、[12] 後継者も乏しかったが、[13] 今日では、「最初の普遍法史家」[14] として位置づけることができるであろう。

（1）Gansは一七九八年三月二二日、ベルリンで由緒あるユダヤ家系に生れる。一八一六年ベルリン大学に入学。一八一八年にはハイデルベルグ大学に転じ、Hegelと Thibautに学んだ。一八一九年ハイデルベルグで学位をとり、一八二〇年にはベルリン

で教授資格をとった。キリスト教に改宗したのち、一八二五年にベルリン大学助教授、一八二八年には正教授となり、多くの講義を行ない、成功した。しかし、早くも一八三九年五月五日に死亡した。その法学史上の地位一般については、Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Ⅲ, 2, 1910, S. 354—369 参照。

(2) Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. I, 1824, XVI-XVII.

(3) Gans, a.a.O. XVIII.

(4) Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1775—1829) は、Feuerbach と同様、カント学派の刑法学者、実務家として知られる。詳細は、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, S. 142—144. 参照。Gans は Grolman のどの点をとらえて比較法の先駆者としたのか不明。彼の編集した雑誌 Magazin には法史に関する論文が多いが、Landsberg によれば、この Magazin が方法論的に普遍法史的目標を追っているという理解はあやまりである、とされる。Noten, S. 71. Anm. 68.

(5) その一部、「われわれの法史も、真に実用的になるためには、あらゆる他の新旧諸国民の立法を大きくかつ力強く含まなければならない。ペルシャ人やシナ人の法律状態に関する十の明敏な講義の方が、Augustus より Justinianus にいたる無遺言相続の下に横たわるくだらぬ不手際に関する百の講義より、学生の間に真の法学的感覚をよびさますであろう。」Gans が Thibaut のどこから引用したのか不明。

(6) Gans, a.a.O. XX-XXXI. 引用文は XXXI.

(7) Gans, a.a.O. XXXIII-XXXIV.

(8) この構想に対しては、筆者も基本的に賛成である。拙稿「遺留分制度の比較法的研究」法協六八巻五号、六九巻二号および三号参照。

(9) Heymann, Auslandsrecht, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. I, 1926, S. 427. "allerdings stark anfechtbares".

(10) 三巻と四巻の序文参照。Stintzing-Landsberg, a.a.O. S. 361f. u. 366.

(11) Landsberg は、Gans は、そのライフワークを法律学の新しい分野、すなわち科学的比較法についての模範的なモニュメントに作りあげることに成功した、と評価している。Stintzing-Landsberg, a.a.O. S. 362. Hug も、「それはいぜんとして比較普遍法史への著しい寄与の一つである」と評価している。Hug, op. cit. p. 1055. 筆者自身は本書に対し専門的評価をなしうる能力を有しないが、全体を一瞥したかぎりでは以上の評価に賛意を表したい。

(12) もっとも、前述のように、Feuerbach は当時すでに Gans に期待をかけていたし（Feuerbach, Kleine Schriften, S. 165)、フランスの Lerminier, Introduction générale à l'histoire du droit, 1829. は Gans に負うところが大きいとされる。Hug, op. cit. p. 1060—1.

(13) ほとんど唯一の後継者として、Unger, Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung, ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte, 1850. 本書も、ヘーゲル哲学の具体化をめざしたものである。ただし、Unger はその後 Savigny の影響をうけ、普遍法史の追求をやめた。Stintzing-Landsberg, Ⅲ,2, S. 918.

(14) Hug, op. cit. p. 1056. しかし、Kohler は、Gans の影響が実り乏しかったことを理由として、この見解に反対である。Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7 Aufl.1915. Bd. 1, S. 19 Anm. 1.

四　ツァハリエ（Zachariae）とミッテルマイアー（Mittermaier）

フォイエルバッハとガンスが哲学的基礎に立って、理論的関心から比較法を追求したのに対し、一九世紀前半西南ドイツのハイデルベルグを中心として、主として実際的関心から近代外国法の研究に従事したグループがあった。ツァハリエとミッテルマイアー、とくに後者を指導者とするグループがそれである。

この地方には、一七世紀初頭よりナポレオン民法典が施行され、したがって、フランス法を現行法として研究する機会に恵まれた。その最大の成果がツァハリエ（Carl Salomo Zachariae）[1]のフランス民法の体系書 Handbuch des französischen Privatrechts, 1 Aufl. 1808 である。この体系書がフランス語に訳されて、Aubry et Rau, Cours de droit français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, 1838 となり、今日に至るまで、フランス民法の代表的な体系書として親しまれていることはいうまでもない。本書は、当時ドイツ西部に適用されていた現行法の体系書であり、比較法の業績ということは困難であるが、ツァハリエは本来ドイツで法学教育を受けたドイツ人であり、当

時ハイデルベルグを中心としてフランス法の研究がすすんでいなかったら考えられない成果である、ということができる。(2)

このグループの関心は、ドイツ領土内に適用されているフランス法にとどまらず、ひろく当時の文明諸国の法におよんだ。ツァハリエ自身、ミッテルマイアーとともに創刊した Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes の巻頭に、「この雑誌の目的について」つぎのように論じている。ヨーロッパは本来結合体（Verein）であり、現在またその方向に向いている。その基礎には自然科学と国家学がある。今日のヨーロッパの国家学、すなわち法律学には共通の問題が多い。そこで、各国の実定法、その改善策、学問的業績、法学教育について注意を喚起することは、この結合体の完成に役立つ。以上のような一般論のあと、ツァハリエはヨーロッパ各国法（スペイン・ポルトガル、フランス、オランダ、イギリス、スカンジナビア、ドイツ、スイス、イタリア、ロシア、ポーランド）の特色について概観し、ヨーロッパのどこかの国で立法や法学について生じたことは、他の国でも多かれ少なかれ興味があるので、ドイツの公衆を外国の法と法学上の業績に近づけるのがこの雑誌の目的であると、結んでいる。(3)

ツァハリエはこの雑誌の一四巻（一八四一年）まで編集者として活躍し、多くの論稿、とくに英米法の紹介論稿を発表したが、この雑誌の中心者は終始ミッテルマイアーであった。ミッテルマイアー（Karl Joseph Anton Mittermaier 1787—1867）(4)は、フォイエルバッハの弟子であり、フォイエルバッハと同様、当時における代表的刑事法学者としてドイツ内外に著名な存在であったが、早くより近代比較法に精通し、そのエンサイクロペディア的知識は驚嘆の的であった。彼は、前記のような目的で、一八二九年に Kritische Zeitschrift を創刊し、以後、二八年間にわたり、この雑誌を主宰したのみならず、みずから毎号筆をとり、諸外国法、とくに英米法の紹介に従事した。この雑誌

は、執筆者がドイツ全体にわたったのみならず、ひろく諸外国の学者も寄稿し、当時の注目すべき立法や法学上の文献はすべてとりあげられ、また、対象国もヨーロッパに限られず、アメリカ合衆国も好んでとりあげられた。[5] 内容は、外国文献の紹介の形によるものが多く、独自の比較方法を用いたものは乏しく、したがって理論的にすぐれた業績はほとんど見当らないが、[6] 所期の意図は十分達せられたといってよい。[7] この雑誌は、今日からみても、あるべき比較法雑誌としての要件の多くをみたしており、ドイツ比較法の発展史上の重要な遺産であるということができる。しかしながら、この雑誌が当時のドイツ法学界の主流にどのような影響を与えたかは別の問題であり、執筆者に一流の私法学者はほとんど見当らず、その影響力はミッテルマイアーを中心とする小グループの域を出なかったといわなければならない。雑誌自体、ミッテルマイアーの晩年に廃刊になり、[8] それ以後、ドイツでは同種の雑誌が一九世紀末まで現われないのは、そのためであろう。

（1）Zachariae については、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, Noten S. 52—56 参照。Landsberg の評価は必ずしも好意的ではない。

（2）Zachariae の Handbuch の成功の理由については種々の見解がある。Landsberg は、これを一、Thibaut とそのパンデクテン・システムの影響、2、この時期に Zachariae の特色が最高度に発揮された、という点に求めている。Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, S. 107.

（3）Kritische Zeitschrift, 1 (1829), S. 1—27（原文の最終ページ数は四三になっているが、これはミスプリント。その他この雑誌のページ数にはミスプリントが多い）。

（4）Mittermaier については、Goldschmidt, Zum Andenken an Mittermaier, Vermischte Schriften, Bd. 1, 1901, S. 651—673, Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, S. 413—437 が詳しい。彼の比較法への関心は、幼少時代に父の義兄に船員がいたこと、父の死亡後、語学に堪能な聖職者にあずけられたことにより高められた。しかし、法律よりは自然科学とくに医学に興味をもっていた。Landshut で法学を学んだのちミュンヘンで実務に従事していたが、そこで彼の堪能な語学力が Feuerbach に注目され、その秘書となった。その後、学者のコースを歩み、各地の大学を経て一八二一年よりハイデルベルグの教授となり、以後、死ぬまでそこで活躍する。

刑法、刑事訴訟法関係の業績が多い。英米法上の制度の導入をはかり、実務界に大きな影響を与えた。とくに、訴訟の公開主義、口頭弁論主義、自由刑の人道化、死刑の制限、賠審制の採用について。その他では、ドイツ私法についての業績が評価されている。彼は、たびたび外国旅行を試み、多くの知己を有し、国際的著名度は Savigny を上廻ったといわれる。Goldschmidt によれば、「彼は、時間的空間的に限られた特殊領域におけるあらゆる業績の結果を批判的に総括し、文明諸国の法協同体の建設と拡大のために確実な基礎を提供することを使命とする、比較法学の建設者にして、かつ影響力のもっとも大きい代表者である。……それにより、彼はドイツ法学と外国法学の主要な媒介者となった。」と称される。Goldschmidt, a.a.O. S. 671—2. 生前の過大評価に対し、彼の死後は、その学問的業績に対する評価が低下したことは否めない。その代表的な例は、Landsberg の評価である。Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, S. 433—7. 要するに、たんに外国法の紹介に従事しただけで、独自のものがない、というのが、マイナスの評価になっている。これは、比較法学者に対する一般的評価であろうか。たとえば、Mittermaier の比較法の代表的著作である Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, 1851 に対する Landsberg の批評がその例。Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, S. 423—4. ただし、Mittermaier 自身、本書の結論において、「イギリス・スコットランド、北アメリカの刑事訴訟の研究は同時につぎのことを教えるであろう。すなわち、ただ一定の条件の下においてのみ、かつ一定の状態と関連してのみ、かの国において有益であると認められる制度が、他の国においても有効であることがわかるであろう。」といっている。今日から見ても、きわめて妥当な見解である。もっとも、Mittermaier が自己の研究の中でこの方法をどれだけ貫徹しているかどうかについては、筆者には批判する能力がない。比較法の歴史における Mittermaier の地位を再評価した功績は、主として Hug に帰せしめられる。Hug, op. cit. p. 1057—1060.

(5) 本誌には、英米法関係の論稿が多いのがその特色である。その主要な業績のリストについては、Hug, op. cit. p. 1058 note 136 参照。

(6) 筆者にとり注目に値すると思われたのは、Warnkönig によるフランスの法哲学の紹介（一巻以降）、Bunge によるロシア法研究史の概観（二巻）、Zachariae による非嫡出子法のイギリス・フランス・ドイツ法の比較（一〇巻）、Ziemssen によるスェーデン法の現況（一二巻）、Renaud によるゲルマン法起源のフランス民法上の制度に関する一連の研究（一七巻以降）、および次注の Warnkönig の論稿などである。

(7) 一九巻より本誌の編集者の一人となった Warnkönig は、その最終号で、つぎのように本誌を評価している。「おそらくつぎのよ

うにいっても不遜にはならないであろう。すなわち、この雑誌によってきわめて多くのことがなされた。その結果、多くの論稿によって、ほとんど三〇年にわたるたえまない進展における外国の立法と法学の状態のかなり完全なパノラマが構成される、と。この雑誌は時代のかがみであり、われわれの後継者は（われわれはそれを確信するのであるが）しばしば満足と利益をもってそれを眺めるであろう。」Warnkönig, Über vergleichende Staats- und Rechtsgeschichte, Kritische Zeitschrift, 28 (1856), S. 391. なおWarnkönig (1794—1866)については、Stintzing-Landsberg, Ⅲ, 2, Noten S. 123-4のほかWild, Leopold August Warnkönig 1794-1866, 参照。筆者自身はこの評価に賛成であるが、Hugにより発掘されるまでは、ドイツではほとんど無視されたようである。なお、Hugによれば、Rabelも、その Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925 の中で、Mittermaier とその雑誌について言及することがないと嘆じているが、Rabelの設立したKaiser-Wilhelm(現 Max-Planck)-Institut は、一九二九年より三二年にかけてこの雑誌の大半を入手しており、忘れられたわけではないであろう(Hugの論文の発表されたのは一九三二年である)。

（8）廃刊の理由は直接には分らない。Hugは、本文記載の状況のほか、一八五〇年代の法実証主義の全盛に抗しきれなかったことを理由としている。Hug, op. cit. p. 1060.

五　ツァハリエとミッテルマイアーを中心とするハイデルベルグ学派は主としてドイツ法の改善という実際上の目的のために比較法を追及し、当時の学界では支配的な傾向となりえなかったが、同様の傾向は他の諸国にもみられる。

すなわち、フランスでも、一般的にはナポレオン法典の施行により比較法への関心は乏しかったが、ガンスの影響を受けたものとして、Lerminier, Introduction générale à l'histoire du droit, (一八三九) があるほか、ミッテルマイアーの影響の下に、一八三四年にフェリックス (Foelix) により Revue étrangère de législation が発刊され、フランスと外国の法学者の交流がはかられた。この雑誌は、ドイツの Kritische Zeitschrift に較べると見劣りがするとされるほか、フランスの法律家の無関心のため、一八五〇年に廃刊となった。しかし、フェリックスはフランスにおける比較法研究の基礎をきづいた、と評される。(1)

イギリスの一九世紀前半においても、ベンタムやオースチンを除けば、法律家の間には、一般に大陸法に対する無関心が支配した。しかし、ここでは二つの理由で比較法に対する関心が惹起させられた。その一は、Privy Council が植民地の事件の最高裁判所であるため、コモン・ロー以外の外国法を知ることが実際上必要とされ、そのため Burge, Commentaries on Colonial and Foreign Laws, 4 vols, 1838 が出版された。また、イギリスの海外貿易の発達に伴い、外国の商法を知る必要を増加させたが、その代表的な業績が Levi, Commercial Law of the World, 2 vols. 1854 である。本書は五九カ国の商法を対比させているのみならず、商法の国際的統一を志向している点でも重要である。(2)

一九世紀前半のアメリカ合衆国は、パウンドのいう「アメリカ・コモンローの形成 Formation of American Common Law」(3)にさいし、比較法が活用された時代である。とくにケント (Kent) とストーリイ (Story) がその代表者であった。しかし、ここでも、一九世紀後半、とくに南北戦争以後、比較法に対する関心が消滅した。(4)

以上、一九世紀前半のヨーロッパ・アメリカの主要国における比較法の発展について総括すれば、この時代には、比較法研究はかなり促進したということができる。しかし、フランスを除けば、一般に実際的目的のためにそれは営まれ、そのため学問的価値においては必ずしも高いものではなかった。それに、この時代の一般的傾向は比較法に対し好意的ではなく、したがって、比較法研究は学界の主流となることはなく、一部の先覚者によって行なわれたにすぎなかった。ドイツにおいても、以上のような一般的傾向がそのまま妥当するけれども、相対的にいえば、ミッテルマイアーを中心とするグループにより、当時のヨーロッパにおいては指導的役割を果たしたということができる。

一般的にいえば、各国とも、比較法が法学研究において確実な地位を獲得するのは、一九世紀後半になってからである。だが、その前に、一九世紀中葉において比較法的関心が完全にとだえたように思われる。一八五〇年にフラン

スの Revue étrangère de législation が姿を消し、一八五六年には、ドイツの Kritische Zeitschrift も廃刊になった。当時の法実証主義に抗しきれなかったのが、その理由であるといわれる。かくして、一八五二年に出版された「ローマ法の精神」第一巻において、イェーリングが「学問は一国の法学（Landesjurisprudenz）になりさがった。学問にとって屈辱的な不面目な形に。」[5]といったとき、それは当時の法学の状況を適確にとらえていたのであった。[6]

（1）Hug, op. cit. p. 1060—63. なお、西・前掲六二頁。
（2）Hug, op. cit. p. 1063—66. なお、両書とも、当時としては驚異的な労作である。
（3）Pound, Comparative Law in the Formation of American Common Law, Actorum Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae. I, p 183.
（4）Hug, op. cit. p. 1066—68.
（5）Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, S. 15.
（6）以上は Hug, op. cit. p. 1069—70, Kaden, a.a.O. S. 26 による。もっとも、比較法への関心のとだえ方には、国により若干の相違があるように思われる。ドイツとアメリカでは、それがかなりはっきりしているが、フランス、イギリスでは、もともと大したことがないせいもあって、必ずしもはっきりしない。

三　一九世紀後半

一　一般に近代的比較法は一九世紀後半に成立したといわれる。そのエポック・メーキングな年として、イギリスではメインの「古代法 Ancient Law」の出版された一八六一年、フランスでは、比較立法協会（Société de Législation Comparée）の設立された一八六九年があげられている。[1]その一八六一年に、ドイツではバッハオーフェン

(Bachofen)の「母権論 das Mutterrecht」が出版された。いうまでもなく、父権社会に先行する母権社会を発見したこの書物は、民族学史上の古典に属するものであるが、コーラー(Kohler)によれば、「この作品とともに比較法学はその誕生の時を祝った」のである。その後、バッハオーフェンにつづいて、ドイツでは、ポスト(Post)、ベルンヘフト(Bernhöft)およびコーラーが民族学的方法をとり入れた法学の研究を促進し、ここに民族学的法学(ethnologische Jurisprudenz)または普遍法史(Universalrechtsgeschichte)と称される法学の形成を見た。この新しい法学の分野は、当時から比較法学(vergleichende Rechtswissenschaft)と呼ばれていた。したがって、まさにこの時代にドイツの比較法学が形成されたということができる。しかし、この比較法学は今日のそれとは対象や方法の点にかなり異なるものがあり、はたして以上のような理解が妥当であるかどうか疑問の余地がないわけでもない。それはともあれ、ここでは、その代表的学者であるポスト、ベルンヘフト、コーラーについて、それぞれ比較法の発展史上における役割を中心として個別的に考察することにしたい。(3) 民族学的法学そのものについては、本稿では深入りしないことにする。(4)

(1) Gutteridge, Comparative Law, 1946, p. 17.

(2) Nachruf an J. J. Bachofen, Zvergl RW 8 (1889), 148.

(3) 本稿では、Bachofen (1815—1887) については省略する。その比較法学史上の意義については、前掲 (N.2) Kohler の追悼文参照。なお、Adam は Karl Theodor Pütter (前掲 Pütter の子) の Der Inbegriff der Rechtswissenschaft, 1846 を民族学的法学のはじまりであるとしている。そこでは、法の叙述に先立って、その土地と民族、伝説と歴史、社会状態と精神的文化、とくに宗教について説明しているほか、自然民族についてもふれている、とされる。Adam, Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, Zvergl RW 37 (1920), 23.

(4) 民族学的法学については、青山道夫・民族法学序説、参照。その現状については、千葉正士「現代『法人類学』の発展」法時三九巻九月号以下参照。

二　ポスト（Albert Hermann Post, 1839—1895）

ポストは、民族学的法研究における、バッハオーフェンにつぐ第二の偉大なパイオニアであり、また民族学的法学（ethnologische Jurisprudenz）という名称の創始者として知られる。[1] しかし、比較法の発達史においては、どのような地位を占めるのであろうか。

ポストの著作はきわめて多く、しかもその間に変遷があるので、まずポスト自身の語るところによって、その変遷のあとを見よう。[2] 彼は当初より当時の法哲学に対し批判的であったが、初期の著作においては、[3] なおカントとショーペンハウアーの哲学の影響下にあった。やがて、ダーウィンの進化論と結びついた自然科学の躍進が彼の心をとらえた。彼は、この自然科学的方法を法学にとり入れ、一八七二年に小冊子、Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts を公表した。[4] しかし、まもなく彼にはこの視点だけでは十分ではなくなった。ついに、彼は、「将来の法学にとっての唯一の確実な基礎は、経験的事実にのみ依拠した一般社会学の中に見出されると確信し、民族学によって地上のあらゆる民族における法生活の事実を蒐集し、その原因を探求することをはじめた。[5]」その成果は、Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe, 1875. にはじまり、Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, 2 Bde. 1894, 95. にいたるまでの多くの業績となって発表された。[6]

さて、彼の民族学的法学とはどのような内容のものであり、またどのような方法論によるものであろうか。この点を、彼の著書中もっとも方法論的にまとまっていると思われる Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, 1880 によってながめることにする。[7] 彼はまず、前述のように、民族学を、人類の民族生活のあらゆる事実を蒐集し、より分け、その原因を探求することを任務とする経験科学として捉える。従来、法史学は経験科学を志向していたが、法哲学は思弁的であった。法学が民族学の一領域となれば、従来のよう

な法史学と法哲学の対立は消滅し、一般法学として統一される。このような将来の法学にとっては、全人類のあらゆる法生活の知識が必要とされるが、それは困難であることはいうまでもない。その困難さを救うためには、比較民族学的方法が用いられなければならない。さらに困難なのは、将来の法学の哲学的部門であるが、それは宇宙に関する一般経験科学としての普遍哲学に基礎をもたなければならない。

以上のような一般法学はどのような研究方法によるのか。それは自然科学に一般に適用される経験科学的研究方法によるほか、従来の歴史的研究方法も利用されるべきである。経験科学的研究方法とは、民族生活の事実を確定し、一連の原因を追求することである。民族生活の事実の確定の出発点として、自己の観察には限りがあるので、第三者の観察報告、とくに文字を解さない民族については旅行記が資料となる。資料の蒐集につづいて、その中から個々の民族生活の事実の原因を推論させるような資料をできるかぎり確実性をもって確定することが必要となる。その確定は自己または信頼できる第三者の観察を集めることによって行なわれうるが、ここでも限りがあるので、一般には特定の事実に関して存在するあらゆる報告書を比較することによって行なわれる。つぎに原因の探求は、まず個別的に行なわれる。ここでは歴史的研究方法が用いられる。しかし、観察資料が増大する場合たとえば、インドゲルマン民族のような民族群を対象とする場合には、この方法には限界がある。さらに、起源を共通にしない民族を観察対象とする場合には、経験科学的方法は、歴史的方法から離れ、歴史的関連はないが、ただその現象の同一性にもとづいて民族的事実を研究対象としなければならない。この同一性は、民族生活の中に、特定の民族にかぎらず、人間性一般に存する一定の一般的組織形態があるということから生ずる。たとえば、血讐、掠奪婚、売買婚など。以上のような方法を、歴史的方法と区別して、比較民族学的方法と称することができる。

かんたんながら、以上がポストの民族学的法学の方法論である。それが、その後の民族学（文化人類学）に与えた

影響の大なることというまでもないが、法学に対しては、どのような影響を与えたであろうか。ポストは実務家として終始したこともあって、彼の理論の法学への影響は、当時においても、今日においても、乏しいものといわなければならない。しかし、コーラーとベルンヘフトに評価され、民族学的法学のパイオニアとしての地位は当時より承認されていた。[8] これに対し、われわれは今日の比較法の立場からどのように評価すべきであろうか。

まず、ポストの比較法学は、自然科学（とくに進化論）および民族学という法学以外の分野での成果を法学に導入した点に、意義がある。経験科学的方法を用い、考察の対象も法にかぎらず、法と社会の関係そのものであった。彼の狭義の比較方法は今日でいえば法社会学的である（ただし、歴史的関連を無視した点が致命的）。

つぎに比較の対象も、ローマ法やドイツ法にかぎらず、いな文化民族にかぎらず、自然民族にまで及んだ。ただし、この点も、今日の比較法学からいえば、メリットであるとともに、弱点でもあった。

以上のようなポストの方法論から、今日のわれわれも学ぶべきところが多い。しかし、ここにその弱点も記しておかなければならないであろう。ポストの弱点は、当時の民族学そのものの弱点でもある。それは進化主義として後に批判されるところであることはいうまでもない。[9] とくに、歴史的関連の必要性を否定し、諸民族の生活に存する表面的な一致点をとらえて、そこから一般的発展法則を導いた点に、今日の比較法学者も留意すべき最大の弱点があった。それは、ポストの進化論に対するゆるぎなき信頼によるものであり、結局は、当時の民族学の水準による制約というべきであろう。[10] ポスト自身は、自己の研究の不備なことはつねに自覚していた。[11] したがって、問題は、そのような時期に、あえて一般法学を樹立しようとした点にあるといわなければならない。

（1）Adam, a.a.O. S. 25.

（2）Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, 1884, Vorwort.

(3) Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadt-bremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft, 3 Bde. 1866-71; Das Naturgesetz des Rechts, Einleitung in eine Philosophie des Rechts auf Grundlage der modernen empirischen Wissenschaft, 1867.

(4) ポストは、本書の序文の中で、法学は将来において比較方法と自然科学との依拠とを欠くことができないであろう、とのべており、早くも比較法に対する関心を示している。

(5) Post, Die Grundlagen des Rechts, Ⅳ—Ⅴ.

(6) その間に発表された著作は以下のとおりである。Der Ursprung des Rechts, Prolegomena zu einer allgemein vergleichenden Rechtswissenschaft, 1876. 比較言語学の影響をうけ、法学における比較方法の必要性を強調している。Geschlechtsgenossenschaft→Gaugemeinschaft→staatliche Organisation という発展公式も示されている。Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens, 1878; Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis, 2 Bde. 1880, 81. 主著の一つ。本文参照。Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis, 1884. 著者の一一〇年間の研究成果をまとめた主著の一つ。Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz, 1886. 民族学的法学に対する批判に答えたパンフレット。Afrikanische Jurisprudenz, 2 Bde. 1887; Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts, 1889; Über die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft, 1891. 法系別の叙述が見られる。そういう著書、Grundriss der ethnologischer Jurisprudenz, 2 Bde. 1894, 95 の第一巻では、法一般の発展形態が論ぜられ、第二巻では、各制度ごとに従来の研究成果がまとめられている。

(7) 以下は、同書の S. 1—20 を要約したものである。

(8) Kohler, Zur vergleichenden Rechtswissenschaft u. ihrer Literatur, Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, N.F.4 (1881), 174 (Post, Der Ursprung des Rechts. 以下二著の書誌。この書誌をもって、コーラーははじめて民族学的法学の分野に進出したといわれる。後述。); Nachruf, Kohler, Zvergl RW12 (1897), 455; Bernhöft, Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 1 (1895), 643.

(9) Trimborn, Die Methode der ethnologischen Rechtsforschung, Zvergl RW43 (1927), 429ff; Adam, a.a.O. S. 25ff.

(10) 民族学的法学のその後の発展については、Schmidt, Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie,

Zvergl RW37 (1920), 348ff. ; Trimborn, a.a.O. 416ff. 参照。前者は民族学的法学の対象を自然民族に限ることでポストの方法を生かそうとするが、その時期尚早的一般化には批判的。後者は文化圏説（Kulturkreislehre）に立ってポスト流の進化主義を批判するもの。

(11) しかし、このような試みを積極的に評価する立場もある。Adam, Franz Bernhöft zum75. Geburtstage. Zvergl RW43(1927),3.

II ベルンヘフト (Franz Bernhöft, 1852—1933)

ポストがブレーメンの裁判官として生涯を終ったのに対し、ベルンヘフトは、ロストック大学教授として、アカデミズムの中で終始活躍した。[1] 彼は本来ローマ法学者であったが、[2] 研究対象をローマ法とドイツ法に限定する当時の法学に対し批判的であり、比較法の必要性を痛感して、ゲオルグ・コーン (Georg Cohn) とともに、一八七八年に「比較法学雑誌 Zeitshrift für vergleichende Rechtswissenschaft」を創刊した。彼は、この雑誌の巻頭論文の中で「比較法学の目的と方法について」論じているが、[3] とくにインドゲルマン民族法の共通性に関するプログラムを示した。[4] この方向は、彼自身によって、二巻以後の論文を通じて発展せしめられ、[5] とくにヨーロッパの古代家族法を他の民族法と比較しながら論じている。このようにして、ベルンヘフトの場合は、ポストのように研究対象を無限に拡大せず、主としてインドゲルマン民族法に限ったが、他の民族、とくに自然民族に対する関心も見られないわけではない。[6] ベルンヘフトは、さらに、ベルリンの裁判官フェリックス・マイヤー (Felix Meyer) とともに、一八九五年より Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre を発刊した。この「年報」の刊行目的も、ベルンヘフトによって書かれたが、彼は、その中で、比較法の方法として、実際上の目的から現行法を比較するドグマ的方法の必要性を強調した。[7]「比較法学雑誌」が第三巻以後コーラーの指導の下で主として民族学的法学の専門誌となったのに対し、この「年報」は近代外国法の紹介を主とし、所期の目的を果た

した。[8]

さて、ここでベルンヘフトの考える比較法の目的と方法について、「比較法学雑誌」の前掲巻頭論文によって、より立ち入った考察をすることにしたい。[9] ベルンヘフトによれば、当時のドイツの法律家は、ローマ法とドイツ法にのみ従事していた。その他の外国法の研究は実益がないとされ、好まれなかった。このような一面性にはそれなりの成果があり、それにより、継受されたものが国民の真の精神的財産となった。しかし、そこには限界がある。とくに法哲学はこの点で最悪であった。それは、二つの言語の知識の上に言語学を樹立しようとするようなものである。かくして、今世紀（一九世紀）に入って、法学の境界を拡張しようとする努力が見られるようになったのは偶然ではない。しかも、今日では、外国法の知識は法哲学や法史のために必要であるのみならず、ドイツの統一法典編纂という国民的事業のためにも必要である。そのためには、そこに融合されるべきローマ法とドイツ法を類似点と相違点によってもう一度根本的に研究するとともに、同時に、他国の長所にならい、他国の欠陥をさけるために外国法の思慮深い観察をしなければならない。ただし、諸外国の制度をただ並べるだけでは、この目的に役立たない。比較法学の究極の目標は、比較言語学の場合と同様、法の発展の一般法則を見出し、それを個々の国民の歴史に適用することである。従来一つの体系の中で、ある制度の意義と発展を追及したが、いまや、種々の民族の法律の中における同一イデーの化体、さらには、そのイデーの、ある民族より他の民族への移転を証明しなければならない。この新しい試みはなお欠陥の多いものであるけれども、法学の分野では従来の方法論がいぜんとして基準となりうるので、それだけ有利である。[10]

さて、ベルンヘフトによれば、諸国家の制度の間に存する相似性は、(1) 共通の起源、(2) 移転、(3) 生活条件の類似性、の三つの原因に帰着する。とくにインドゲルマン諸民族の間に存するイデーの共通性の多くは、民族の起源の

共通性に求めるほかなく、その例として自救行為の一般性や所有権の移転形式があげられる。[11] つぎに、隣接国家の法制度の借用（Entlehnung）または継受もいたるところ見られる現象であり、とくにローマ法に対する外国法の影響がその例である。[12] さらに、法制度の相似性の原因は、民族の共通性にも継受にも求められないことがある。すなわち、たがいに独立に、一定の文化段階に特有であり、あらゆる国民になんらかの形で現われる法形成もあれば、また一定の需要や生活関係によって独立に作られる法形成もある。その例として、外国人の法的地位の問題、血讐、その他、訴訟法上の諸制度が考えられる。[13]

かくして、比較法学は、一言でいえば、もろもろの法制度の中心法のイデーを求める学問である。この目標への道は長く、けわしい。われわれは、ゲルマン人やローマ人以外の民族の法生活の中へ入って行かなければならない。「比較法学雑誌」はもっとも広い基礎に立ち、古代制度も現行制度も、また法史も現行法も、同様に考慮しなければならない。研究対象をあらかじめ制限することは望ましくない。ただし狭義の法以外に拡張すべきではない。習俗（Sitte）は、それが法形成に貢献するかぎりにおいてのみ考慮されるべきである。したがって、そのような段階に達しない民族（自然民族）は除外すべきである。[14]

以上が、「比較法学雑誌」の巻頭論文に示された、比較法の目的と方法についてのベルンヘフトの見解の大要である。五十年前に発刊された Kritische Zeitschrift におけるツァハリエの巻頭論文と較べると、視野はさらに拡大されている。この「比較法学雑誌」は、今日においても世界における有力な比較法雑誌の一つとして評価されており、本誌の発刊は、ドイツにおける比較法研究の永続的基礎をきづいたものということができる。しかし、本誌の内容は、一巻と二巻においては、多方面の論稿が見られたが、第三巻以後コーラーが編集に参加するにおよんで、民族学的法学およびヨーロッパ以外の文明国の法の専門誌となり、そのようなものとして、今日では世界的に評価されている。

若き日のベルンヘフトの見透しは、二重の意味で（対象を制限しない点でも、習俗を排除する点でも）、あやまったことになる。

ベルンヘフト自身も、「比較法学雑誌」には、インドゲルマン民族法の研究を中心とした歴史的・民族学的方法による論文をあいついで発表したが、現行法の比較を目的とするドグマ的比較法学の必要性を無視したわけではない。当時のヨーロッパでは、立法の改善のために現行外国法の比較研究の必要性が痛感され、一八六九年にフランスに、一八九五年にイギリスに、比較立法協会が設立され、組織的な研究が促進されたが、ドイツにおいても、一八九四年に、マイヤーを中心として、ベルリンに比較法学会（正式には、「比較法学および経済学の国際協会」）が設立され、[15] その機関誌として「年報」が発刊された。この「年報」の発行趣旨も、ベルンヘフトによって書かれた。彼は、ここでは、比較方法を(1) 民族学的、(2) 歴史的、(3) ドグマ的方法に分けている。[16] とくに第三の方法についてつぎのように論じている。それは現行法の研究を目的とする。ヨーロッパ近代法は大同小異であるのに、その研究は、一見価値が少ないように思われる。しかし、法は国民生活全体の一側面を示すだけであり、他の生活表現と密接に結びついている。法の境界は国により異なり、ある国で法律により規制されていることが、他の国では道徳にゆだねられている。また、種々の需要に対し同様な結果が与えられるとはかぎらない。種々の立法はたがいに歴史的に依存している。したがって、個々の法の完全な理解のためには、外国現行法の一定の知識が必要である。さらに、現代のような法典編纂の時代には、立法のための現行法の比較はより収獲がある。[17] 以上のように、「年報」では、ベルンヘフトは、民族学的・歴史的比較方法のほか、とくにドグマ的比較方法の必要性を強調しており、それが学会および「年報」の主要な目的となっている。[18]

さて、ベルンヘフトは、比較法の発展史のなかでどう位置づけられるべきであろうか。彼は、もともとローマ法学

者であったが、早くよりその限界をつき破り、比較法史的アプローチを試み、とくにインドゲルマン民族法史の普遍性を実証しようとした。そこには、比較言語学に関する豊富な知識が活用されているほか、当時の民族学の成果も利用されている。ただし、彼の場合、ポストやコーラーのように、民族学的法学そのものを探求することはせず、主としてインドゲルマン民族法、なかんずくヨーロッパ古代法史に対象を限っている。そのことにより、彼の研究の実証性は高められたと思われるが、法の普遍的発展法則が前提とされているため、今日から見て、その成果が学問的批判に耐えうるかどうかは疑わしい。この点、ベルンヘフトもまた時代の制約を免れられなかったといわなければならない。さらに、彼のメリットは、二種の比較法雑誌を創刊することにより、比較法研究に永続的基礎を与えた点にある。とくに現行法の比較研究の必要性をも強調したことは、つぎの時代の橋渡しの役割を果たしたことになる。全体としては、ポストとコーラーの活躍の影に隠れたという印象を否定しえないが、以上の点で、ベルンヘフトはドイツ比較法史上重要な地位を占めるといわなければならない。

（1）ベルンヘフトについては、Adam, Franz Bernhöft zum fünfundsiebzigsten Geburtstage, Zvergl RW43 (1927), 1 ff. 参照。

（2）ローマ法に関する初期の業績として、Beiträgen zur Lehre vom Kaufe, 1874；Die Besitztitel im römischen Recht, 1875; Staat und Recht in der römischen Königszeit zu verwandten Rechten, 1882.

（3）Über Zweck und Mittel der vegleichenden Rechtswissenschaft, Zvergl RW 1 (1878), 1 ff.

（4）とくに、Über die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei der Indogermanischen Völkern, Zvergl RW 2 (1880), 253.

（5）Zur Geschichte des europäischen Familienrechts, Zvergl RW 8 (1889), 1 ff.；Die Prinzipien des europäischen Familienrechts, Zvergl RW 9 (1891), 392ff.

（6）たとえば北アメリカのインデアンの親族称呼に関する研究として、Verwandtschaftsnamen und Eheformen der nordamerikanischen Volksstämme, 1888 がある。なお、Zvergl RW 8, 403ff. 参照。

(7) Bernhöft, Unser Zweck, Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 1 (1895), 1 ff. 後述。

(8) この年報は一九一四年までの間に九巻発刊された。なお、一九〇五年より Fenix Meyer によって Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre が発刊された。この方は一九二五年まで一九巻刊行された後、一九二七年より Rabels Zeitschrift に吸収された。

(9) 注(3)参照。なお、これを書いたとき、ベルンヘフトはなお二〇代の半ばであった。

(10) 以上は、Bernhöft, Zvergl RW 1, 1—5 の要約。なお、最後の箇所はベルンヘフトの保守性を示すものであろう。

(11) Bernhöft, a.a.O. S. 5—27.

(12) Bernhöft, a.a.O. S. 27—33.

(13) Bernhöft, a.a.O. S. 33—36.

(14) Bernhöft, a.a.O. S. 36—38. なお、習俗を排除する点を批判するものとして、Schmidt, Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie, Zvergl RW37 (1920), 360. もっとも、ベルンヘフトも、将来はこの限界をこえるであろうことを認めている。Bernhöft, a.a.O. S. 38.

(15) その経過については、Jahrbuch der Internationalen Vereinigung, 1 (1895), 313 ff. (F.Meyer) 参照。この学会は、国際学会であることと、経済学者も含めていることで注目される。

(16) Bernhöft, Unser Zweck, Jahrbuch der Internationalen Vereinigung, 1, 1ff.

(17) Bernhöft, a.a.O. S. 7ff.

(18) ただし、Bernhöft 自身は、ドグマ的比較法にはほとんど従事しなかったようである。

四 コーラー (Josef Kohler, 1849—1919)

きわめて多岐にわたる活躍をしたコーラーについて、ここでは比較法を中心として検討することにしたい。(1) もっとも、それは、彼の活躍の中心分野でもある。

コーラーは、最初マンハイム区裁判所の裁判官として実務生活を送った。この地区は一九世紀にはフランス民法が適用されており、コーラーは、実務の必要上からもフランス民法を研究対象とせざるをえなかった。そのためフランス民法に関するいくつかの論文が書かれた。[2]彼は、その後、ヴュルツブルグ大学教授を経て、ベルリン大学教授として活躍し、関心は普遍法史の方に集中することになるけれども、近代外国法に対する関心もやむことがなかった。とくに、彼の開拓した無体財産法の分野では、フランス法はじめ近代諸国法の比較の成果が十分に生かされているのみならず、[3]それは国際的調和をも志向していることが注目される。[4]

以上のような近代法の比較は実務の必要性にもとづくものであるが、コーラーは、法学は実際的でなければならないという立場に立っていたので、この分野へも積極的に進出したのである。[5]しかし、彼の主要な関心はより理論的な方向にあり、これが、彼を駆りたてて、普遍法史の構想を実現させるに至った。[6]「普遍法史(Universalrechtsgeschichte)」とは、彼によれば、「比較法学」と同義であり、それは、できるかぎりあらゆる民族の法（現存のものも、死滅したものも含む）を研究し、しかも客観的法秩序だけでなく、主観的法生活における法秩序の働きを研究することを任務とするものである。この分野は無限であり、理想への接近のみが可能である、とされる。[7]

コーラーは、この構想の実現のため、生涯にわたって情熱を燃やしつづけた。[8]しかし、彼は、ポストのように不十分な資料によって早期に総合を試みることなく、主として個別的研究に従事した。まず、ヨーロッパ以外の古代文化民族の法が彼の関心の対象となり、その範囲はアッシリア、バビロニア、タルムッド（ユダヤ）、アラブ、イスラムからインド、シナに及んだ。この分野では、言語学の知識が要求されるが、彼はそれらの言語の多くを理解しえたほか、言語学者との協同研究も見られる。[9]

コーラーは、民族学的法学の分野[10]へも、やや遅れてではあるが、登場した。しかも、それはポストの最初の理解者

としてであった。[11] この分野での彼の研究も個別的研究が主であり、[12] その範囲は、オーストラリア、南太平洋、マレー、アフリカから、エスキモー、アメリカ・インディアンに及んだ。[13] その中には、新たにドイツ帝国の植民地となった地域の土着民の研究が含まれ、それは合理的な植民地政策に寄与した。[14] なお、以上の業績は（文化民族法をふくめて）、そのほとんどが、第三巻以後、彼が編集者の一員に加わり、やがて事実上一人で編集するようになる「比較法学雑誌」に発表された。[15] また、それにより、この雑誌が今日における権威を獲得するようになったこと、前述のとおりである。

さて、コーラーの普遍法史の方法はどのようなものであろうか。それは、一言でいえば、「各国の法を人類文化の然るべき分肢として把握し、それを人間性の形成に対するその地位において明らかにする」ことが重要であるとされる。[16] それには、まず各民族の法生活についての資料の蒐集と閲読が必要であるが、それだけでは法の表面的な知識をうるにすぎない。さらに法を十分理解しなければならない。そのためには、まず、分析的方法、すなわち法の素材をその構成部分に分解することが必要となる。それにより、各法制度がどのような構成部分から成りたっているかが明らかにされる。たとえば、ある法制度を物権的要素と債権的要素に分け、また権利の主体と客体がどのように関連しているかを示すことによって、法の核心に迫る知識をうることが可能である。それにより主要な事柄と付随的な事柄の区別が可能となる。このことは、民族の中に具体的に生長し、民族の慣習の中に生きている法の場合には、絶対的に必要である。そこでは、法は宗教はじめ他の精神的要素と結びついているので、これらの要素から引きはなさないかぎり、法を認識することはできない。たとえば、ある民族の婚姻締結の儀式を見る場合、そこから民族の信仰などが附加した要素をとり去り、掠奪婚、売買婚など婚姻の法的観念形態を想起させる要素だけを残すことにより、法学的理解の道が開かれる。以上は純粋に法学的な方法である。[17]

しかし、コーラーは、法学的方法だけで、足りると考えたわけではない。彼にとっては法は文化現象の一つであり、[18]

普遍法史は法文化の普遍史である。したがって、法を他の文化要素、とくに民族の信仰、経済史、さらには民族学的な性格と関連させて理解しなければならない。たとえば、窃盗の研究にさいしては、民族の経済的精神が、また、血讐とその解消の研究にさいしては、一方では、復讐感情と高い人格的意識、他方では、財産や金銭に対する獲得衝動と愛好心が明らかにされる。(19)

以上のような研究により、普遍法史は、人類の歴史の理解に不可欠な資料を手に入れることができる。そのような資料に基づいて、個々の民族の法史が形成され、そして、その助けをかりて、普遍法史が形成される。それぞれの歴史の中に、独自の特徴を与える偶然性が存在するために、普遍法史は不可能であるという見解があるが、これに対し、コーラーは、そのような偶然性とならんで、心理的社会的要因の共通性と世界発展の形而上的統一性もまた支配している、と説いている。

ここにいたってコーラーの普遍法史は、最終的には哲学的基礎に基づくことが明らかである。それは新ヘーゲル派の哲学であること、いうまでもない。コーラーはヘーゲル哲学のうち、形而上学と発展説を承継する。とくに発展説については、世界の中に存する神の力による発展という形態で承認するのであって、ダーウィン流のえせ発展説には反対であるとする。しかし、コーラーによれば、ヘーゲルの哲学は以下の点で修正されなければならない。ヘーゲルは、発展の中に論理的要素だけを見たが、発展は事件の自然の推移によって行なわれるものであり、そこには非論理的実際的要素が見られる。それは多くの場合、論理的イデーからみれば、促進的であるよりは、障碍的であり、論理的イデーは自己を実現するためには、それと斗わなければならない。それにより、最終的にはイデーの勝利におわる人類の歴史が形成される。したがって、歴史はその無限の多様性において研究されなければならない。以上がコーラーのいう新ヘーゲル主義の骨子である。(20)

さて、コーラーはドイツにおける比較法の発展史上、どのように評価されるべきであろうか。彼の最大の功績は、バッハオーフェンとポストによって発掘された法学研究における比較方法の有用性を発展させ、比較法学を法学の一分野として承認させるに至った点に求められよう。一九世紀後半は、イギリスにおいても、フランスにおいても、比較法が一般的に承認をえた時代とされているが、ドイツにおいて多少とも同様なことがいわれるとすれば、その大半はコーラーの活躍に負うことが明らかである。コーラーは自ら各分野での比較法的研究に従事したばかりでなく、講義・ゼミ[21]を通じて多くの弟子を養成し、[22]「比較法学雑誌」のほか一九〇九年より、フランス法研究の専門誌 Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht を発刊し、[23]比較法研究の継続的発展のための基礎をきづいた。コーラーは偉大な研究組織者であったのである。

だが、コーラーの比較法の内容には問題がある。彼は、近代法の比較の重要性を説き、かつ自らも実行したが、その関心は主として民族学的法学とヨーロッパ以外の外国法の研究に向けられた。このため、当時のドイツ法学そのものに対する影響は乏しかった。当時のドイツ法学は比較法研究と関連なく発展したのであり、ここに彼の比較法の限界が存したといわなければならない。また、彼の比較法と今日の比較法との関係も問題であるが、これについては後述する。

さらに、コーラーの目標である普遍法史については、その実現可能性が問われなければならない。この点では、彼も当時の発展説（彼の場合は新ヘーゲル主義のそれであるが）の影響下にあったのであり、今日からいえば、彼の発展説には科学的根拠がないということになろう。[24]しかし、彼は、普遍法史の実現のために、主として個別的研究に従事し、しかも、つねに法を文化現象として考察する態度を忘れなかった。この方法論自体は、今日も生かされるべきものが多い。

さいごに、コーラーはとくに牧野英一博士を通して、わが国における比較法の発展にも貢献したことが記せられなければならない。

（1）以下は、主として、Adam, Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, Zvergl RW37 (1920), 1—31 による。

（2）それらは、Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht, 1883. におさめられている。その他、フランス民訴法の比較研究の必要性を強調するものとして、Die rechtsvergleichende Methode in der Prozesswissenschaft, ZZ p. 10 (1887), 194. なお注(23)参照。

（3）この方面の業績については、Adam（注1）, S. 6 参照。なお Kohler の全業績については、Josef Kohler-Bibliographie, 1931 参照。

（4）Kohler, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, Grünhuts Z 28 (1901), 282.

（5）Kohler, Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte, Grünhuts Z 12 (1885), 588.; Adam（注1）, S. 8.

（6）Kohler（注5）, S. 588ff. そこでは、目的と手段とは混同されるべきではなく、学問はそれ自体目的でなければならない、ということが強調されている。なお、普遍法史はすでに Gans によって構想されているが、前述（一四頁注14）のように、Kohler は、同じくヘーゲル学派でありながら、Gans を比較法学の建設者とする見解には反対であり、Bachofen をその設立者としている。Gans に至る研究と Bachofen 以降の研究との差は、前者は対象を文化民族にのみかぎったことと、法、とくに制定された法だけを研究したことに求められよう。Adam（注1）, S. 12.

（7）Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, I, 1915. S. 16 f. なお、この構想は、すでに Kohler, Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte（注5）に見られる。ただし、Kohler の考える普遍法史の内容は必ずしも明確でない。そこで、以下に、Rabel の理解するところを紹介する。「もし、私の理解が正しいとすれば、普遍比較法（Gesamtrechtsvergleichung）は、未開民族たると、文化民族たるとを問わず、また死滅せると、現存する民族たるとを問わず、あらゆる民族（または、その他の法統一体）の法史、さらには、民族相互のあらゆる関係の法史の結合として考えられるべきである。この法史は、さらに、現在の探求と、未来の発展の萌芽をも含む。あらゆる時代と人間の具体的な法規が蒐集され、全体文化の中におけるその発生原因が発見されるべきであるが、さらに、法規の全文化生活に対する反作用

も研究されるべきであり、さいごに、法が発生し、作用する法則が見出されるべきである。この見解は、あらゆる法学の分野と補助科学を結合させ、それらすべてを統一的精神・文化科学の全体の中に組み入れ、その中に解消する。」Rabel, Josef Kohler †, Rheinische Z 10 (1919/20), 132. なお、Rabel によれば、普遍法史は近代現行法の比較も含むとされるが、本稿ではそれを区別した。

(8) これは、Kohler の類まれな才能と勤勉な生活によってのみ可能であった。その日常生活については、Adam, IN MEMORIAM Josef Kohler, Zvergl RW 38 (1920), 25. 参照。毎晩徹夜で勉強し、朝四時就寝、八時には教壇に立っていたとのこと。

(9) 具体的業績については、Adam (注1), S. 12 ff.; Josef Kohler-Bibliographie, S. 23 ff. なお、日本法についても、若干の書評がある。とくに、Studien aus dem japanischen Recht, Zvergl RW10 (1892), 376 ff.

(10) 民族学的法学 (ethnologische Jurisprudenz od. Rechtsforschung) をどう定義し、それを比較法史学とどう区別すべきかは問題であり、Kohler の普遍法史は両者を綜合するものであるが、ここでは、一応従来の通説的見解にしたがい、民族学的法学を民族学の対象となる民族 (いわゆる自然民族) の法を対象とする学問と定義することにしたい。Post は、歴史的方法と民族学的方法を方法の点で区別し、Bernhöft も、比較法学の方法として、民族学的方法と歴史的方法を区別するが、この点は一般に承認されていない。Adam (注1). S. 15 ff.; Schmidt, Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie, Zvergl RW37 (1920), 354 ff. bes. 362; Trimborn, Die Methode der ethnologischen Rechtsforschung, Zvergl RW43 (1928), 419f.

(11) Kohler, Zur vergleichenden Rechtswissenschaft und ihrer Literatur, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, N. F. 4 (1881), 174 ff. なお、Adam は、Kohler の書評の対象となったのは、Post, Bausteine のみと解し (Adam, 注1 S. 27)、Kaden もそれに従っているが (Kaden, a.a.O. S. 26)、正確には、その他、Der Ursprung des Rechts および Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens も対象となっている。これは、個々の著書の内容の紹介ではなく、それを機縁に自己の学殖を示すというスタイルの書評であり、当時すでに Kohler は民族学にも深い知識を有していたことが分る。

(12) 従来の研究を総括したものとしては、Kohler, Die Anfänge des Rechts und das Recht der primitiven Völker, in Allgemeine Rechtsgeschichte, 1. Hälfte, 1914, S. 1 ff. (小野訳・法の一般的な歴史、昭28) しかし、これは比較的かんたんなものであり、結局この仕事はなされなかった。

(13) 具体的には、Josef Kohler-Bibliographie, S. 19 ff. 参照。

(14) Kohler (注5), S. 593 ; Kohler, Fragebogen zur Erforschung der Rechtsverhältnisse der sog. Naturvölker, namentlich in den deutschen Kolonialländern, Zvergl RW 12 (1897), 427 ff. ; Kohler (注7), S. 17. そこには土着民の文化を調査し尊重すべきことが説かれており、植民地政策の人道化に貢献した。植民地政策そのものに対する疑問が見られないのは、やむをえない。

(15) Adam (注8), S. 24.

(16) Kohler, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, Grünhuts Z 28 (1901), 276. なお、この論文は、一九〇〇年パリー比較法会議のリポートである。仏語版は、De la méthode du droit comparé, Procès-verbaux, t. 1. 1905. ただし、内容は、主として法継受の問題を論じており、継受論についての先駆的業績である。その要旨につき、沢木「法の継受」伊藤編・外国法と日本法一四七頁参照。以下の本文は、主として、Kohler (注7), S. 18 f. による。

(17) Adam も、Kohler は、基本的には法学者 (Jurist) であったとする。Adam (注1), S. 20.

(18) Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung, Einleitung in vergleichende Rechtswissenschaft, 1885. Kohler は、このパンフレットの中で、婚姻法、債権法および刑法を素材にして、法の発展を叙述している。Kohler の著作中では、近づきやすいものの一つである。

(19) なお、Kohler は比較法の補助科学として、言語学、文化史および心理学、とくに民族心理学の三者をあげている。Kohler (注7), S. 19 f.

(20) Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1917, S. 33 u. 48 ff. ; Rabel (注7), S. 130f.

(21) Kohler は、長年、比較法のゼミナールをやっていたとのことである。Adam, Franz Bernhöft zum 75. Geburtstage, Zvergl RW43 (1927), 10.

(22) Adam (注1), S. 30. 民族学 (的法学) の分野の弟子として、Leonhard Adam, Max Schmidt, Richard Thurnwald などが著名。

(23) Rheinische Zeitschrift は、一八七〇年より (一九〇七年まで) 刊行されていた Zeitschrift für französisches Zivilrecht の後身である。ドイツ民法典の施行により、西部ドイツのフランス民法地域では、もはやフランス民法は現行法ではなくなったのが、

その廃刊の理由である。Rheinische Zeitschrift は、従来の伝統を承継し、フランス法系の民法や民訴に、比較法の対象として学ぶところが多いという考え方に立って、刊行された。その刊行の辞（Einführung, 1. Jahrgang, S. 1—5）は Kohler が書いた。編集者は、他に、Rabel, Mendelssohn Bartholdy, Pagenstecher の三名。この雑誌の中心は Rabel であり、第一次大戦後に開花する現代ドイツ比較法を準備した。一九二六年に一四巻を刊行した後、翌年より Rabels Zeitschrift に吸収された。

(24) Trimborn（注10）, S. 429 ff.（ただし、主として Post に対する批判）; Koschaker, L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne, Recueil Lambert, I, p.277. なお、Rabel（注7）, S. 132f. によれば、普遍法史は理想にすぎず、Kohler の所論は問題提起という角度から検討されるべきであるとする。

五 本稿では、一九世紀後半のドイツの比較法の発展を、主として、ポスト、ベルンヘフト、コーラーの三人を通じて眺めてみた。この三人の開拓した比較法学は、民族学的法学とか、普遍法史学とかいわれるものであり、今日の比較法とは、かなり無縁のものになっていることは否定できない。しかし、当時のヨーロッパでは、ドイツのほか、イギリスやフランスでも同じ傾向の比較法学が支配したのであり、世界的傾向のあらわれといわなければならない。当時、比較法学は、まさにこのような形で一般的な承認をえたのである。

ところで、当時の比較法学の中には、今日から見れば区別されなければならない三分野が混在していたといわなければならない。それは、(1) 民族学的法学、(2) 比較法史学、(3) 現行法の比較、である。民族学的法学は、民族学（または、今日では文化人類学）の一分野として、今日では一応比較法学とは区別されている。[1] その担い手も原則として民族学者（または文化人類学者）である。比較法史学は、法史学の一方法であり、法史学そのものである。この分野でも、今日では、法史学者と比較法学者の分業が着々進行している。現行法の比較は、当時よりドグマ的比較法または比較立法（législation comparé）と呼ばれていたものであるが、今日では比較法（droit comparé）そのものとなっている。これらの区別は、一九〇〇年のパリー国際比較法会議、およびそれに続く時期において、フランスのサ

レイユ (Saleilles) やランベール (Lambert) を通じてひろく学界の承認をえて行くのである。この点からみると、ベルンヘフトを除き、三者を区別せず、あるいは区別の基準が必ずしも妥当でないポストやコーラーが、今日批判されるのはやむをえない。

以上のように、この時代のドイツの比較法学者が、今日では分化されている諸分野を区別せず、しかも、彼等の中心課題が、今日の比較法の主流から離れている民族学的法学や普遍法史学であることから、この時代の比較法は今日のそれとは無関係ではないか、という疑問すら生じるであろう。(2) 今日のドイツの比較法は、続稿で述べるように、主として第一次大戦後の実際的必要性によって発達したため、今日の比較法学者の多くはポストやコーラーを捨てて顧みない感がする。しかし、その間には、とくにラーベルを通して、継続的発展が見られることも否定できない。この問題を実証的に明らかにするのは困難であるので、ここでは、今日からみて、当時の比較法学に何を学ぶべきかという角度から一言するにとどめたい。

一九世紀後半の比較法は、まず、法学研究の対象を拡大した点に功績がある。それはヨーロッパにとどまらず、全世界の文化諸国、さらには、自然民族にまで及んだ。固有の民族学の分野は別として、今日においても、比較法の対象には限界がないというべきであり、ドイツの比較法学は将来この方面で開拓すべき余地が大であるように思われる。(3)

この時代の比較法は、方法論の点でも学ぶべきところが大である。とくに、ポストやコーラーに見られるように、社会学的文化史的方法を採用したことは、比較法の方法が固有の法学的方法だけでは無力であるとする、今日の比較法社会学の主張の先駆としての意味を有する。というよりは、今日でも、この点の成果は十分ではないので、われわれは、なおポストやコーラーに学ぶべきであろう。もちろん、その方法論自体、当時の科学の水準よりする制約のあることは、いうまでもない。

さいごに、法の普遍性の承認が問題となる。一九世紀の比較法学者は、すべて何らかの意味で、法の普遍性を前提としていた。二〇世紀においても、一般的にそうであるといえる。それも、比較法成立の要素であるといってよいであろう。(4) ポストやコーラーが、まさに法の全領域において普遍性を実証しようとしたことは、この意味において重要な貢献である。ただし、今日から見て、比較の対象の無限性に問題があったことは否定できず、今日の比較法の課題は、いかなる範囲で法の普遍性が証明されるかというところになければならない。

以上が、一九世紀後半におけるドイツ比較法学の発展の姿である。時代は、すでに二〇世紀初頭に及んでいる。二〇世紀初頭のヨーロッパの比較法は、フランスのサレイユとランベールの指導の下に、新たな展開を示しはじめていた。しかし、ドイツでは、本稿でもとりあげた若干の偉大な学者を除くと、実務家を中心に、実際上の必要性から比較法が営まれたにすぎない。ドイツ法学全体は、世界的変動をよそに国際的に孤立していた。このことと第一次大戦の勃発とは無縁ではないであろう。やがて、第一次大戦の敗戦は、ドイツ法学にもようやく反省の機会を与えた。いまや、比較法の時代が到来したのである。

(1) もっとも、現在の西ドイツ比較法学会 (Gesellschaft für Rechtsvergleichung) には、「比較法史・東洋法・民族学的法研究部会」があり、学会には民族学者も参加している。

(2) 沢木・前掲一一八頁。「比較法というものを広く捉えて、経験科学的認識方法の確立及び法の普遍性の承認という二つの柱の上にそれが成立するとみる限り、これを比較法と呼んでもよいように思われる。」

(3) ヨーロッパ・アメリカ合衆国以外の国を対象とする比較法は、今日の西ドイツにおいても、それほど盛んではない。日本法研究の水準など、Kohler の時代から、あまり進歩がないように見える。

(4) この点は、今日では、社会体制の相違する国の間の比較法が可能であるか、という問題に関連して、争われている。拙稿・比

較法入門一三六頁以下参照。

（おことわり）　本稿は、在外研究中に脱稿し、かつ公表されなければならなかったため、日本側資料を部分的にしか参照しえなかったことをおことわりする。