



| | |
|------------------|---|
| Title | 小菅芳太郎教授の経歴と業績 |
| Author(s) | 田口, 正樹; TAGUCHI, Masaki |
| Citation | 北大法学論集, 44(6), 477-488 |
| Issue Date | 1994-03-31 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/15570 |
| Type | other |
| File Information | 44(6)_p477-488.pdf |



小菅芳太郎教授の経歴と業績

田 口 正 樹

小菅芳太郎教授の業績を一覧してまず気が付くのは、その研究対象が非常に幅広い時代にわたっていることである。ローマ法を専攻された小菅教授であるから、古代を対象にした論文が多いのは当然だが、古代ローマ法についても早期・共和政期・

は、この大問題に対して、法学の起源である古代ローマに目を向ける（あるものを知るためにはその始まりを見る）ことで開始された。

古典期・後古典期の各時代が取り扱われており、さらに古代以後も近現代に至るまで時代的には隙間なくカバーされる結果となっている。しかも、このように広範な時代に及ぶ教授の業績は、相互に関連なく存在しているわけではなく、その根底にはほぼ一貫した問題関心があると思われる。その問題関心とは一言で言うと、法学とは一体何をする作業なのか、その方法や思考の特質は何なのか、という興味であろう。教授の研究生活

この「法学とは何か」という大問題に対するにあたっての小菅教授の研究作法は、すぐれてオーソドックスなものである。すなわち、従来の諸学説をその根拠史料にまでさかのぼりつつ整理し各々の学説の位置づけを行って問題の焦点を浮かび上がらせること、その一方で具体的イメージを確実に明らかにしようとするのが、その学風の特徴としてあげられよう。こうした特徴は教授の最初の論文である「*Un possidens*」論文において既にはつきり現れている。同論文序論で教授はローマ法上の

占有訴権の一つである不動産占有保持の特示命令の古典時代における機能に関する学説の対立をまず取り上げ、そこから学説の根拠となっているローマ史料へさかのぼり、更にその史料の評価についての議論（インテルポラーテイオーリユステニアヌス法典成立時における古典著作の改竄をめぐる議論）へさかのぼった上で、このインテルポラーテイオーリ論に根拠があるかどうかを論文の検討対象に据える。一方序論の続く部分では不動産占有保持特示命令の方式書および手続が詳しく叙述され、具体的にいかなる手続が行われるのかという問題への考慮が払われる。そして続く第1章では不動産占有保持特示命令の機能に関する詳細な学説史研究が展開され、諸学説の系統、誰が何に基づいてどこまで自ら寄与をなしたか、学説史の中で既に克服済みの問題は何か、なお残る問題点は何か、が明らかにされる。このような教授の手法は既述のとおり正統的なものである。それ自体は新奇ではないが、その徹底性にはめざましいものがある。例えば同論文註104のヴォルフガング・クンケルの学説史的背景の叙述などは学説史の圧巻と言えよう。

さて、この「*Uti possidetis*」論文に始まる小菅教授の研究活動は、公表された業績から見れば、おおよそ三つの時期に区分することができると思われる。

第一期は一九六八年の「早期の家」論文までの時期である。この時期の教授の研究活動は、まずローマ法専門研究として展開される。研究テーマとしては第一に「*Uti possidetis*」論文で扱われたインテルポラーテイオーリをめぐる問題がある。教授は同論文で、今世紀初めに猛威をふるった「インテルポラーテイオーリ狩り」への反省という学界動向をふまえて、インテルポラーテイオーリの有無の判定にあたり、一方で改竄を想定しない現行諸学説で説明しきれず残る問題点を指摘し（インテルポラーテイオーリの消極的論証）、他方でインテルポラーテイオーリの成立過程を再構成する（積極的論証）という手法をかかげて、インテルポラーテイオーリ研究の一つの方法を示した。この方向は「インテルポラーテイオーリ研究」論文における、インテルポラーテイオーリ研究からテクスト段階論への発展という研究動向の紹介を経て、「ウルピアヌス」論文におけるディゲスタとヴァチカノ断片の対比と古典期法学者ウルピアヌスの著作の再構成の試みへと至る。史料論という最も基礎的な分野で、世界のローマ法学界の主要な研究潮流を踏まえて行われたこれらの仕事は我が国学界に大きな寄与をなしている。第二に、この時期、家に関する研究がいくつも見られる。「夫婦間の贈与」論文、「早期の家」論文がこの系統に属するが、事例として遺贈によ

る用益権・使用権が取り上げられた「ウルピアヌス」論文でも随所にローマの家の性格とその変質に対する洞察がなされている。

しかしこれら専門研究の背後では、ローマ法・ローマ法学の特質とは何かという問題意識が確実に胚胎していたと考えられる。このことは、例えば、既に「*Uti possidetis*」論文で、spätklassischen期の法の特質に関するシラーの仮説の具体的検証が、「本稿の研究の間の接の——しかし乍ら筆者にとつては更に重要な——目的である」（同論文（一）五頁）とされている。ことからもうかがえるが、「ルブリア法」論文および「神官」論文（特に後者）は、直接的にこの関心方向の所産と考えられる仕事であり、「ウルピアヌス」論文にも古典期法学者の思考方法についての言及がある。

「ルブリア法」論文では「名譽法形成の経験的連続的な様子」がローマ法の素材から講学上引き出されるべき特質としてとりあげられ（同論文二頁および註1）、この態度決定の学問的根拠づけが図られる。すなわちこの態度にとつては、誠意訴訟の起源について内人掛法務官の役割を重視する近時の学説は都合がよいが、誠意訴訟の起源については外人法説が通説であり、通説の最大の根拠史料であるルブリア法の存在をどう説明する

かが問題であると見て、近時の学説が同法をいかに処理するかが詳細にたどられる。「神官」論文では前三〇〇年頃までの神官による法形成が扱われ、「神官は上級政務官職経験者・貴族(Patricii)であり、のちの法学世俗化後も一貫している法専従者のこの名望家性が、ローマ私法の諸特質の一般的な背景ではある。」とされつつ、「しかしローマ法を現代的意義あらしめている高度の分析的・抽象的性質は、とりわけ神官的法学に由来すると考えられている。」（同論文六四頁）と述べられてローマ法学の思考と作業そのものの特質へと関心が集中される。「経験主義的法形成への問題関心」から「硬直的な形式主義と弾力的なカズイスチックとの関連」が重視され（註40）、ローマの神官宗教および神官の回答・助言活動の特徴として、「カズイスチックな細分化」と「抽象的一般化」があげられた上で、更に前者が「形式主義の硬直性」と「形式主義の柔軟性」を合わせ持っていたことに注意が喚起される（六六頁）。「ウルピアヌス」論文でもヴァカチノ断片の文脈によって古典法律家の思考の問題連関がはじめて明らかにするとするフランツ・ヴィーアッカーの所説が取り上げられ、古典法律家の思考を「演繹的推論の中で直線的にというよりは問題圏の中で循環的 *zirkulär* に進んで行く」ととらえるヴィーアッカーの指摘が紹介されてい

る(註50)。

次の第二期は一九七〇年代のサヴィニーを扱った二つの論文に代表される時期であり、第一期にローマ法専門研究の枠内で試みられたローマ法学の特質の考察が深められて、古代ローマという時代的限定を超えた「法学史」が準備された時期だと言えるだろう。法学史への試みは先駆的には既に第一期の「日本の法」論文でなされていたが、教授が、自らの法学史をいかなる観点から構成していくか、特にその際ローマ法とその研究がどのような地位を占めるかについての確信を得るには、法学史上の巨人であるサヴィニーとの取り組みが必要であった。

一九七二年の「占有法」論文は、ヨーロッパの法文化に占めるローマ法の意義についてのヴィーアッカーの所説(「ヨオロッパ精神・社会ないし法学はその形成過程でローマ法に学ぶにつれてこれから独立していくのであり、ローマ法の遺産との直接的接触の最後の段階ではその直接的作用は漸減過程の終点に達する」)を引きつつ、それを「私なりに言換えてみれば、ローマ法という文化的要素がヨオロッパ法学として転生していくことはロオマ法がその他の諸要素と絡みあい混淆してこれを生むことであるから、西洋法文化形成におけるロオマ法の役割という観点を立ててみても、その叙述の実態は西洋近代法の形成

を論ずることと同じにならざるをえない、といえようか。」という晦渋な一節で始まり(二二八頁)、このような見方に立つた上で、「歴史法学派という歴史的具体的存在においてロオマ法とその他の諸要因がいかに複雑に絡みあっているかを、具体的に納得」するべく、サヴィニーの「占有法」における「ロオマ法的要素の有効範囲について」イメージを得ることが企図される(二一九頁)。サヴィニーによる「形式的」占有概念の発見に焦点をあてた検討の結果は、「サヴィニーは実によく古典ロオマ法を研究しその卓越した点(法学の方法)を理解したが、逆に言えば、古典ロオマ法源は彼が引き出したような論理性を内在的に具えており、彼の教義学的構成力を育てたともいえる。」とまとめられてローマ法の意義が一方で確認されながら、他方で同時代の歴史・文化観や学問論の影響が無視できないことが指摘されて、「こうみてくると、ロオマ法的要素という観点のみに固執することの限度が私なりにわかってきた。」と結ばれる(二二二頁)。全体として論文では、法学史を構想する上でローマ法とその研究の占めるべき位置の模索がなお継続されているという印象を受ける。

続く「法学方法論」論文では、こうした模索の中から、一つの手がかりが浮上してきているように思われる。論文は、サヴ

イニーの『法学方法論』を素材に当時の時代思潮である古典主義・新人文主義が具体的にどのような形で現れているかを追跡し、さらにサヴィニーからグスタフ・フーゴーへとさかのぼる。同時代の時代思潮の法学研究への影響を探るといって「占有法」論文が残した問題設定が継続されているものの、同時にサヴィ

ニーの作業の中核的部分について、「古代ローマ法源の積義(但し体系的積義)および、当時の周囲の事情との関係では、その伝統の回復が彼の法学の根源にある」(八頁)という確信が表明されていることが注目される。(註15における、ヴィーアッカーのサヴィニー理解とのずれの表明も参照。)同様に、フーゴーについてもローマ法源の重要性が確認される。すなわち、彼の「文献史」は「古代ローマ法源が根源的意味をもつ一つの法学の多少とも具体的な像を与えるものと評価され(一〇頁)、また彼の法哲学の核心となる「法学的人間学」の枠組がローマ法源から引き出されている点に注意が向けられる(一一頁)。おそらくここに至って、古代ローマで発見された「法学」の作業と方法が、ローマ法源の積義を通じてその後の各時代において習得され展開されていく過程として(従って「法学」は世界史上のどの社会でも自然に成立し存在するものではない)、法学史Ⅱ法学的思考の歴史を構想する軌道が敷かれたものと考え

られる。そしてこの法学史構想の具体的成果は次の第三期に続々と公表されることとなるのである。(なお、法学史の概要、特にその中でサヴィニーの持つ意味については、『法学部研究教育年報』一号(一九八二年)六五頁以下に圧縮された形で述べられている。)

それらの第三期の業績に触れる前に、小菅教授の法学史構想において、ローマ法源の積義に法学的思考を媒介するという決定的意義が与えられたこととの関係で、北大ローマ法研究会の活動にも言及しておく必要がある。ローマ法研究会は小菅教授を中心に一九八二年四月から月一回のペースで開催され、実定法、比較法、ドイツ法制史、古代史などの研究者も参加しながら、毎回ローマ法源ないし一次史料の積義をテーマに報告と討論が行われた。教授は、自ら報告を担当して法源解釈の足元を固めるとともに、報告後の討議を実質的にリードして、報告にあたった若手研究者の習練にも配慮された。この研究会の活動を通して教授の法源積義重視の姿勢が他の研究者にも影響を与え、北大の法史学研究に共通の特色を与えることになったと思われる。また、こうした研究会での活躍と並んで、教授が、学生に対する講義を重要視され、その充実に精力を傾けられたことも強調しておかねばならないであろう。教授の論文が、し

ばしば「講学上の必要」に言及していることから、教授の講義への熱意は明らかである。

さて、一九八八年の「措問手続」論文に始まる第三期の教授の諸研究の中では、「クストディア」論文が、かつて「ウルピアヌス」論文で示唆されたローマ古典法学の思考様式について扱っている。教授は、古典期におけるクストディア責任の性格について、BGB編纂までの理解、今世紀に入ってからのインテルポラーティオー批判と結び付いた客観責任的理解（クンケルなど）、それに対する批判（バックランド）という学説史をたどり、末尾において、クンケル対バックランドの「論争は、専門研究的に言えば、同方法〔筆者注・インテルポラーティオー批判〕の過信に対する反省の出発点をなしたものであるが、私なりに其の意味を回顧すれば、クンケルにより要件事実の客観的確定活動（事案諸事情の衡量、当事者行為の評価）の側面が鮮明にされ、バックランドによりその判定基準たる注意義務概念自覚の側面が強調され、両者相俟って古典法学の構造が相補的に描出されたことであらう。」と評価して、論争後の「問題は、判定基準と諸事情との間の緊張という法学的作業の古典的展開そのものにあるように思える。」（四四五頁）と結論する。インテルポラーティオー問題を直接の主題にして研究歴を開始した

教授が、ここでは、「インテルポラーティオー狩り」の行き過ぎへの反省という専門研究上のそれ自体重要な傾向は脇において、「古典法学の構造」の解明を重要視していることは、教授の「法学」への問題関心が、ここに至って、はっきり前面に押し出されていることを示すものとして興味深い。

この時期の他の論文では、古代ローマで発見された「法学」がその後の各時代のヨーロッパで習得されるという法学史の構想に従って、古典ローマ法以後の時代が幅広く扱われる。「措問手続」論文は中世中期から近世の学識法訴訟における措問（項目）手続の諸相を教会裁判所およびイギリス・フランス・ドイツの世俗裁判所について取り上げており、「理性人」論文も強迫判定基準となる（最）恒常人（およびその後身である理性人）の理解について、ディゲスタから中世法学（教会法・ローマ法）、フランス人文主義法学、普通法学、ポチエを経てフランス民法典に至る学説史をたどる。「テルトゥリアヌス」論文と「古代末」論文は、古典法学の三世紀以後における変容と存続を論じたものである。これらの仕事によって、従来の教授の研究で残されていた時代的間隙が、急速に埋められることとなった。

しかし、ここで我々は、教授の法学史は、「法学」という技術がほかならぬ古代ローマにおいて発見されたという意味で

ローマ法に、決定的な地位を付与するものであるとはいえず、「ローマ法にすべて書いてある」「ローマ法を見れば何でも解決できる」というような浅薄なローマ法還元論とはまったく異なっているという点に、注意しなければならない。教授は、ローマ法源中の結論や制度そのものではなく、一段上の次元にあるローマ法学の（またはおよそ「法学」の）作業と思考方法の特質に着目することにより、ローマ法源中の法命題や制度がそのまま時代を超えて妥当するという固定的観点を突破して、独特の「歴史」を構想することができたのである。

それゆえ、例えば、「措問手続」論文では、「措問に極まる分析的思考への第一歩、抗弁（中略）の訴訟技術化はロオマ人の発見であり、以後の西洋諸法はこれを習得しえた」（四〇頁註50）とされるが、措問自体は古代ローマに存した手続ではなく、ローマ法源を手掛かりにその後の法学者が彫琢した制度である。そして、それは「継受カノン法訴訟手続の分析的学問的性格を最低辺で担ふもの」（七頁）として法学史上に位置づけられるのである。「理性人」論文においても、強迫判定基準としての最恒常人基準は、古典ローマ法においては吟味・充実されていった形跡は存在しないとされるが、しかしこの形式的・抽象的基準が、その後中世以来の法学のローマ法源釈義の中で諸事情の

考慮によって柔軟化・弾力化される諸事例が描かれ、そのような恒常人基準を前身とするフランス民法典（一一―二条一項）の理性人基準は、「法的評価における諸事情の選択衡量といふ勝義の法学的作業の結晶」（四八五頁）であると結論される。「テルトゥリアヌス」論文では、三世紀の教父テルトゥリアヌスの法律家性が、彼の聖書釈義において法学と弁論術に共通する技術が使用されているという側面から考察され、その結果、フリッツ・シュルツの言う三世紀にも「生存し続けた法学」の内実は、「如上の考察の限りでは、法廷弁論術と古典法学との共通技術たる事案（諸事情）區別作業にあり、この意味での法学的作業を引き継いだ帝國法および教会法が相互に影響しあつたのち、特に後者が近代の中継相続人となると考えられる。」（五三七頁以下）とされ、「キリスト教会形成に対するローマ法の意味は従来は専ら教皇至上権の基礎となる法的権限の問題の面に置かれてきたように思われるが、テルトゥリアヌスの法学管見を経てみると、権限行使を裏打ちする法学的作業の面にも留意すべきことにならう。」（五三八頁）と論じられる。こゝでも、古典ローマ法学の個々の内容ではなく、法学的作業というレベルでの古典ローマ法学と教会法の関係が指摘されているのである。

以上、小菅教授の仕事について、その展開過程をたどってきたが、しかしもちろん、このように諸論文のいわば結論的部分のみを紹介することで、教授の法学観と法学史を語ることは、教授の仕事に正当に対するものではない。上述の教授の法学観と法学史は膨大な学説・史料を紹介・検討することによって具体的に肉付けされているのであり、我々は教授の詳細を極めた学説史への論及と史料翻訳による具体像の提示（その多くは我が国ではおよそ研究の鉤が入られていなかった分野に属する）を熟読すべきであろう。また教授の研究活動は今なお発展を続けている。最近でも、例えば、教授の法学史では法学以前と位置づけられる古代ギリシアにおける法と訴訟の問題について（教授のギリシア観については、さしあたり『法学部研究教育年報』四号（一九八七年）二二―一頁以下の記述が参考になろう）、研究意欲を示されており、我々は、今後も小菅「法学史」の新たな側面を目にすることを期待しうるはずなのである。

本稿は、小菅教授の学問的経歴とその業績の意味についての私なりの極めて蕪雑な紹介である。教授の仕事をどこまで理解した上でのものであるかは、はなはだ心もとないところであり、特に教授が諸論文で描かれた具体的議論については、私の力不

足から紹介を断念した。それゆえ教授の業績の豊かなニュアンスと具体像はまったく伝えられていないわけであるが、教授の研究活動全体の脈絡についての一つの「読み」として何かの参考にでもなれば幸いである。なお、執筆にあたっては、飛世昭裕氏（旭川工業高等学校校助教授）から数々の有益なお話を聞かせていただきました。ここに記して深く感謝致します。（ただし、本稿の至らぬ点について、筆者が全責任を負うことは言うまでもない。）

小菅芳太郎教授の経歴と業績

小菅芳太郎教授経歴

昭和五五年二月

北海道大学評議員（昭和六〇年七月まで）

平成 六年 三月三十一日 北海道大学教授停年退官

昭和 六年 一月 九日 東京に生まれる

昭和二五年 三月 第一高等学校文科甲類卒業

昭和二九年 三月 東京大学法学部法律学科（旧制）卒業

業

昭和二九年 四月 一日 東京大学法学部助手

昭和三二年 四月 一日 北海道大学法学部助教授

昭和三五年 九月 まで イタリヤ国へ出張（昭和三七年八月まで）

まで

昭和四〇年 七月 一日 北海道大学法学部教授

昭和四四年 七月 北海道大学学生部委員会委員（教養部より。同年一〇月まで）

昭和四九年 三月 フランス国へ出張（同年八月まで）

昭和五一年一〇月 北海道大学学生部委員会委員（昭和

五二年一〇月まで）

小菅芳太郎教授業績一覧

— その一 ローマ法 —

法制史研究八号

一九五九年(昭和三四年)

『G.デル・ヴェッキオ 法と国家』(野田良之との共訳)

紀伊國屋書店

一九五七年(昭和三二年)～一九五八年(昭和三三年)

〔学界動向〕最近のインテルポラテオ研究

法制史研究九号

Uti possidetis 特示命令に関するガイウス文(Gai. 4. 148)におけるインテルポラテオの可能性について(一)～(四)

一九六四年(昭和三九年)

〔資料〕法学史における夫婦間の贈与(上)

北大法学論集一四卷三〇四号

一九五八年(昭和三三年)

〔書評〕広中俊雄「契約とその法的保護——その一 歴史的発展——第三章 古代ローマにおける発展——」

一九六五年(昭和四〇年)

ルプリア法——名譽法の一問題点——北大法学論集一五卷三号

法制史研究八号

〔資料〕神官の解答活動(市民法の法源)

北大法学論集一五卷四号

責任主義の批判——」

法制史研究八号

日本の法

〔書評〕星野英一「不動産賃貸借の歴史と理論——大陸法系の考察——」

法制史研究八号

今村成和・小山昇編『法学』所収

有斐閣

〔書評〕岩田健次「レケプトウム責任の法理」

法制史研究八号

〔書評〕佐藤篤士「ローマ共和政後期における雇傭関係——locatio conductioのありかたと雇傭関係——」

法制史研究八号

法制史研究一五号

〔書評〕石田喜久夫「売買における所有権の移転時期について

法制史研究一五号

一九六六年（昭和四一年）
ウルピアヌス市民法註解第一七巻について（一）

北大法学論集一七巻一号

度の機能（一）（二）完

法制史研究二九号

一九六八年（昭和四三年）

マリオ・ロトンディ著 法技術・法教義学・比較法（野田良之との共訳）
法学協会雑誌八五巻二号

法制史研究三〇号

ロオマ早期の家（学説管見）

法制史研究一八号

一九八二年（昭和五七年）

〔書評〕西村隆蒼志「ローマ共和政後期におけるアクイリウス法——Ga. 3. 217をめぐって——」
法制史研究三一号

一九七二年（昭和四七年）

〔資料〕サヴィニイ「占有法」雑感
北大法学論集二三巻二号

一九八六年（昭和六一年）

〔書評〕吉原達也「Lex Rubria de Gallia Cisalpinaについて——Edictum Perpetuum再構成との関連で（一）（二）（三）完——」
法制史研究三五号

一九七四年（昭和四九年）

サヴィニイ法学方法論雑記
北大法学論集一四巻四号

一九七八年（昭和五三年）

〔書評〕吉野悟「ローマ法とその社会」
法制史研究二七号

措問手続（項目手続）覚書
北大法学論集三八巻四号

一九八〇年（昭和五五年）

〔書評〕林信夫「ローマ売買法における使用取得（usufructus）制

〔資料〕強迫判定基準としての理性人（法学史管見）
北大法学論集三八巻五〇六号下

一九八九年(平成元年)

クストディア(保管・監護)責任覚書

北大法学論集三九卷五〇六号下

一九九〇年(平成二年)

〔書評〕西村重雄「サヴィニーとローマ法源——Ulp. D. 4. 4. 3.

2. 未成年者の相続承認と相続債権の取立——」

法制史研究三九号

テルトゥリアヌスの法学(覚書)

北大法学論集四〇卷五〇六号上

一九九一年(平成三年)

法学史上の古代末(「死後贈与」前史からの管見)(一)

北大法学論集四〇卷五〇六号

一九九二年(平成四年)

学界展望 Wiacker, Römische Rechtsgeschichte, Erster

Abschn.: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik,

1988 国家学会雑誌一〇五卷三〇四号