



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法史学と法学
Author(s)	ティーメ, ハンス; THIEME, Hans; 石川, 武//訳 他
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 341-371
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16334">https://hdl.handle.net/2115/16334</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(3-4)1_p341-371.pdf



## 法史学と法学

ハンス・テイメ  
石川武(訳)

私は一大学教授として四十三年間、すなわち一九三一年から一九七四年にかけて、ドイツの五大学とパリ大学において、法学部という枠組、つまり将来の裁判官、弁護士、行政官、企業の幹部たちの法学教育に当たる機関の中で、法史(学)を教えてきました。こうした経歴をもつ私が、このたび、本日ここにお集まりのような、立派でまた深い関心をおもちの聴衆の方々に前にして、法史学と法学の関係について講演する機会を与えられたわけです。そこで私は、これを契機に、私をお招き下さったすべての方々に対して心からの感謝を申し上げるというだけでなく、これからお話しすることが、同時に私自身のライフ・ワークを吟味する行為になるように、と考えました。つまりこれは、「私自身にとつて」一種の最終決算報告書ともいふべきものであり、当然ある信仰告白と結びついたものです。しかし同時にそれは、ヨーロッパの国々やヨーロッパ以外の国々で——したがってこの日本でも——政権の座にある人々に対する一つの警

演 告、否むしろ切なる呼びかけを意味するでしょうし、おそらくはまた、「将来のための」一つのプログラムの提示ということにも結びついてくるでしょう。こうしたテーマでお話しする機会というものは、それをどんなに真剣に考えてもそれで十分ということにはならないでしょう。この場合、話をする側は、そのジェネレーション全体、つまり現代の法史

学者全体について報告書をつくる責任がある、と感じるからです。自分の国（「ドイツ」）の法史学者だけを計算に入れただけでは足りませんし、まして自分の属する部門であるゲルマニスティック——つまりドイツ法史ないしゲルマン・ドイツ法史——をやっている法史学者のことだけを考慮するわけにはいきません。というのは、法史学と法学の関係という問題は、私ども「法史学者」すべてにかかわっているからです。すなわちそれは、ゲルマニスト・ドイツ法学者と同じく、ロマニスト・ローマ法学者やカノニスト・教会法学者にも関係していますし、また、その問題は、中世法史や近世（近代）法史の専門家と同じく、古代法史の専門家も考えなくてはならず、さらに、ヨーロッパ諸国の学者と同じく、貴国（「日本」）の学者も考えなくてはならぬ問題であるはずで

今日、すべてのヨーロッパ諸国において、法学の一構成要素、また、大学における法学教育の一構成要素としての法史学は、危機的状況に陥っていると行ってよいでしょう。その深刻さには程度の差があり、また、それがすでにだいぶ前から起こっているか、それともごく最近になってから起きたか、という違いはありますが、この危機的状況は、法史学内部の懐疑、つまり方法の変化や自己批判の随伴現象であると言えるでしょう。しかしそれはまた、法学の他の諸分野からの外部的圧力によって、すなわち現行法（学）において必要とされるものがしだいに増大しており、また、諸官庁や政治家たちが設定するいろいろな新しい目標に法学教育が応じなければならぬ、ということによっても生じております。今日ではしばしば、高校以下の学校にしてからが、大学で法史学を学ぶために欠くことのできぬ基礎をものはや提供してはくれません。たとえば、今日イタリアにおいてすら、ラテン語の授業はもはや将来大学に進もうとする生徒

の必修科目ではなくなくなっていますが、事ここにいたっては何をか言わんやというほかありません。

したがって、この「法史学の危機という」問題はヨーロッパ全体で起きている現象である、と言わなくてはなりません。それは、西欧諸国と同じように、東欧諸国でも見られるのです。そこでは、大学生の選択基準や教育の概念がはじめから西欧とは異なっていることもあって、法史学は大はばに大学からアカデミーに移されてしまっています。いわゆる新世界においても同様でありまして、ヨーロッパでは法史学がここ二・三十年のあいだにそうした侵食作用の餌食となったのに対して、アメリカではそもそも法史学が授業の中でヨーロッパにおけるのと同じ役割を果していなかったのです。こうした事実を確認することによって、この講演のテーマのもつ意義や講演をする側の責任はいちだんと高いものになるでしょう。そうして、私どもは自ら真剣に次のように問わざるをえなくなるのです。いったいどうしてこのような危機になってしまったのか、その原因は何なのか、私どもは自分の課題と正しく取り組んではいなかったのか、私どもは学生たち、つまり将来法律職につく実務家を、十分に教育しなのまま世に送り出していたのではないか、等々と。さらに、残念ながら法学の他の諸分野を専攻する人々、つまり専門の法史学者にとってはほかならぬ自分の同僚たちが、いやというほどしばしば、法曹教育という枠組の中で私どもの学科〔法史学〕がもつ地位や意義を疑問視しております。私どもが彼らにとつて手の届かぬものとなってしまったことから、いわば劣等感の埋め合わせを求めてそうすることもあるでしょうし、あるいはまた、自分自身の専門領域が大きく脹れ上っていろいろやるだけ増えたため、彼ら自身や次のジェネレーションを私どもと接触させないように努める、つまり法史学をできるだけ隅の方に押しやり、あるいは、完全に抹殺しようとする場合もあるでしょうが――。

固有の学問分野としての法史学、特別な講義科目、特別な教科書の叙述対象としての法史学は、法学の他の諸分野ほどの年輪を経ておりません。ローマ私法（学）は、学説バンデクレン纂の解釈学的講義という形をとり、ドイツ民法典の施行にい

たるまで現行法に関する講義の一つでした。それと並んでインステイトゥティオーネン法學綱要の講義があり、これは、学生にこの題材の  
 手ほどきをするため、それよりは多少歴史学的な志向をもっていましたが、同じく主としてユスティニアヌス帝の法を  
 対象とするものでした。私がライプツィヒ大学で教えたハインリヒ・ジーベル(Heinrich Sier)の言葉を借りま  
 すと、そもそもローマ人自身のものには「法史学の萌芽は取るに足りぬほど」しか見られないのです。それについてジ  
 ーベルがあげているのは、学説彙纂(I・2・2)の「法の起源について」(De origine juris)という表題とガイウス  
 『十二表法に関する書』(Libri ad duodecim tabulas)への序論です。カノン法に関する諸講義も、現代が始まる直前に  
 いたるまで、決して単に歴史学的な講義ではありませんでした。カノン法は依然として大はばに現行の婚姻法を支配し  
 ていたからです。ゲルマン・ドイツ法については、これに反して、少なくとも公法に関する限り、もっと古い伝統があ  
 りました。この伝統は十七世紀の帝国国法学に始まるものですが、その分野では、史料がローマ法のそれと異なってい  
 るということだけからしても、少なくとも十四世紀の中葉まで、すなわち、かの有名な神聖ローマ帝国の国王選挙法、  
 「黄金印勅書」(Bulla aurea)まで遡ることが必要とされたのです。

しかしながら、これらすべての萌芽の存在にもかかわらず、法学の独立の一分野としての法史学が誕生の時を告げた  
 のは、もっと遅く、ある厳密に確定できる瞬間、すなわち、一八一五年、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー  
 (Friedrich Carl von Savigny)がベルリンで「歴史法学」を創設したときである、ということには何の変わりもありません。  
 因みに明(一九八〇)年二月二一日、多くの国の法史学者がエアフルトでサヴィニーの生誕二百年を祝うことにな  
 っています。サヴィニーによる「法史学自立のための」行動は、『歴史法学雑誌』(Zeitschrift für geschichtliche Rechts-  
 wissenschaft)の出版によって表に出ましたが、その後を承けて、やがて数多くの他のヨーロッパ諸国でそれぞれ国毎  
 の「歴史法学派」が創設されることになりました。

サヴィニーは、すでに一八一四年の有名な論争の書、『立法と法学に対するわれわれの時代の使命について』(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)の中で、「法の素材は民族の全過去によって与えられる」と述べていますが、これは彼の信仰告白でありました。だからこそサヴィニーは必然的に——早くも一八〇二年のマールブルク大学における方法論の講義の中で述べていますように——「立法学」をも一つの「歴史学」と見なしたのです。こうした見解をもったドイツの歴史法学は、他に類例のない大きな成功を収めることになりました。ドイツの諸大がほとんど例外なくこの学派によって征服され、数十年ものあいだ支配されたというだけではなく、この歴史〔至上〕主義は法曹の実務をも占拠するにいたったのでありまして、そのことはたとえ判決の理由づけの方法に示されています。さらに、サヴィニーやその学派の打ち出した精神の中で教育されたのは、ドイツの法曹だけではありません。大部分はドイツの大学で学んだのですが、法学上の歴史主義を身につけた多数の外国人青年もまた、その母国において社会的な地位と声望をかちえ、そこでの法学の歩みや法学教育に影響を与えたのです。

こうして次のことが明らかになります。すなわち、法学の枠内における固有の学科としての法史学は、十九世紀のうちに、全ヨーロッパ諸国において重要な地位を占めることになりましたが、こうした重要性を法史学に与えたのは——決して法学の分野に限って見られた思潮ではありませんが——歴史主義である、ということですが。法史学はこの重要な地位を、二十世紀初頭のいろいろな大法典の施行にいたるまで、部分的にはそれよりもずっと後まで維持したわけですが。ところで、これらすべてのことはしかし、私どもを次のような疑問に直面させることになりました。サヴィニーの歴史法学は、これらすべての国々における法学の発展に対していかなる役割を果たしたのか、という疑問がそれです。この疑問に対しては、私の見るところが誤っていないければ、まったく異なった二つの解答を与えることができます。

一方では、歴史法学が確かな地歩を占めたすべての国々に対する、その影響の積極面を大いに強調することができます。

す。それはまず、どこでも自国の法史料の研究がはじまり、その一部は大きく成長したこと、また、それらの史料の完全な、新しい学問的な刊本ができたこと、に認められます。ドイツに関しては、これについて想起されるべきものとしては、たとえば『モヌメンタ・ゲルマニエ・ヒストリカ』(Monumenta Germaniae Historica)があります。この史料集は一八一九年に生まれたのですが、今日でもなお、とうていその課題を残らず果したとは言えません。あるいは、ヤーコプ・グリム(Jacob Grimm)による一八二八年のドイツ法<sup>レヒツアルターテューマー</sup>古事集<sup>ウァイスタテューマー</sup>や一八四〇年の農民判告集<sup>ウァイスタテューマー</sup>のことを想起することもできましょう。同じような企ては他の多くの国々においてもおこなわれましたし、今日でもなおおこなわれています。その例としては、オーストリア、スイス、オランダなどの名をあげることができましょう。

さらに、民族精神が法を創造する性格をもつというサヴィニー学説の影響の結果として、それまでかつて見られなかったほど、民衆の広い階層の思考や感情や活動、習俗や慣習、その伝承といったものに注目されることになりました。文化的領域、したがってまた法において指導的な力をもつ創造力は、もはやひとり上層の人々にだけ、学識法曹、つまり博士、学士、教授、枢密顧問官、あるいは、学部や大学にだけ求められるのではなく、一般の民衆、つまり農民、手工業者、労働者にも求められたのです。その結果、一つの新しい政治意識・社会意識が生まれました。『少年の魔法の角笛』(Des Knaben Wunderhorn)はアーヒム・フォン・アルニム(Achim von Arnim)とクレメンス・ブレントナーノ(Clemens Brentano)——二人ともサヴィニーの姻戚に当たります——の手に成る一八〇五年の有名なある民謡集の表題です。この表題は、その時代のいわば謳い文句になったものですが、後代の研究者がゲルマン(ドイツ)語学者ハンス・ナウマン(Hans Nauman)にならって主張したのとはちがひ、ひとり創造的な上層身分から「降りてきた文化財」などといったものではなかったのです。

今日しばしば、法史学が現代の投げかける諸問題と取り組むためには、まずもって外部からの刺戟、つまり社会諸科

学ないし社会学からの刺戟が必要である、と主張されておりますが、私はこうした見解にははっきり反対です。少なくともゲルマン法(史)学が「法考古学」、「法民俗学」、刑法史の領域で提供してきた研究の中には、そうした体系批判・方法批判を事とする人々も多くのものを学びうるはずの研究が含まれています。さらに社会・経済史は昔から法史とごく近い、否最も近い関係にある専門領域ですが、その社会・経済史も堂々たる業績をあげております。ドイツではこの領域について権威のある雑誌、『社会・経済史季報』(Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte)はすでに六四巻を数えていますし、最も新しい包括的叙述、ヘルマン・オabin (Hermann Aubin) およびヴォルフガング・ツォルン (Wolfgang Zorn) 編の『ドイツ経済・社会史提要』(Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte) は最高の敬意に値する作品であり、数限りのない刺戟を伝達しうるものです。私はそれゆえ、フランスの雑誌『アナル』(Annales) ならびにその創始者であるマルク・ブロック (Marc Bloch) やリュシアン・フェーヴル (Lucien Febvre) に対してさまざまな方面——たとえばベルギーのヘルマン・ファン・デル・ヴェー (Hermann van der Wee) やドイツのヨハンネス・ミヒアエル・ショルツ (Johannes-Michael Scholz) など——から寄せられている「見とどまるところを知らぬ贅辞にも同調できません。ヘルマン・ファン・デル・ヴェーによりますと、『アナル』の創始者やその協力者たちは、「歴史学を社会科学のさまざまな分野と対決させ統合することに力を尽くした。社会的構造・精神的構造の概念は同化され、さらに、同時的研究・通時的研究は体系的な仕方で学際的地平と言えるもの」にまで高められた」といいます。以上がファン・デル・ヴェーによるフランス「アナル学派」のいわゆる「構造主義」の記述ですが、ヨハンネス・ミヒアエル・ショルツはさらに、この構造主義なるものが将来の法史学のとるべき方法にとっていかに重要であるか、ということを明らかにしようとして試みています。しかしながら、これらのことは皆、はるかに簡単にまた分かりやすく言うことができますし、——それに何よりも——実行することができるのではないで

ようか。すでに百年近くも前に、歴史学は正しく解すれば常に同時に社会学であり社会理論であると明言したのは、ほかでもないフランスの高名な歴史学者フュステル・ドゥ・クーランジュ (Fustel de Coulanges) (一八三〇—一八八九年) だったのです。

以上のように考えますと、十九世紀に法学の確固たる構成要素として発展し社会的な承認と名声をかちえた法史学は、今日においてもまちがいに私どもにとつて大きな意味をもっています。法史学は、こうした発展を共にしたすべての民族において、民族的な自己理解・自己意識の著しい高揚を生み出したのですが、そのことが学問において、さらに政治においても、大きな影響を及ぼすことになったわけですから。他方ではしかし、サヴィニーにならった法学のすぐれて歴史学的な志向は、マイナスの結果をも生むことになりました。それは、総じて法学者の著しい孤立化ともいふべき事態、すなわち、歴史法学派の弟子たちの多くにあつては法学が法政策上の諸問題を敬遠し、法学が非政治的なものになるといふ事態、を生み出したのです。もしわれわれが、サヴィニーの説いたほど深く、歴史的法によって規定されているのだとすれば、法学者には、その歴史的法を記録し分析し解釈することのほか、いかなる任務も残されていない、そう彼の信奉者たちは考えたわけです。後期自然法論や啓蒙主義にあつた法政策上の諸目標「を實現すること」は、そこではもはや法学者の仕事とは考えられません。法学者はもはや——後期自然法論や啓蒙主義の時代には不可欠と考えられたものをほんの二・三あげておきますと——たとえば進歩のために、人権の実現のために、農民の負担を除去するために、児童労働を禁止するために戦わないのです。その代わりに法学者は、法史学者ならば、「何か」を発見するために、心安らかに古文書館から古文書館へと旅するようになります。また、現行法を研究している場合には、良かれ悪しかれ現に存在している法律を正しく適用するために、自分がそれについてある判断を下せるなどとはついで思はず、あるいは近い、あるいは遠い過去のいるいるな解釈学的見解をあげつらうようになります。歴史法学

の信奉者のうち少なからぬ数の人々の内面的態度もまた、同じく以上のように特徴づけることができるのです。

以上のような態度の帰結は、ある意味で法学の停滞ならびにあきらめと言える事態、つまり法学が時事的ないし政治的諸問題を敬遠するという事態でした。このことはたとえば、一八三七年、かのゲッティンゲン大学の七教授——その中にはグリム兄弟が含まれています——がハノーファー国王の憲法違反に抗議しそれによって彼らの地位を失ったとき、この勇氣ある行動に対してサヴィニー自身のとった「静観的な」態度にも表現されています。サヴィニーが十九世紀の四十年代にプロイセンの立法大臣として活動したことも、こうした態度を変えることはできませんでした。実務の上で彼は、とりわけアドルフ・シュテルツェル (Adolf Stölzel) が明らかにしているように、政治にコミットした司法省の実務家たちによって棚上げにされ、一八四八年の混乱のさなかにその地位を去らなければならなかったのです。

一八四八年の革命当時、ローマ法学者Ⅱいわゆるロマニストないしパンデクティストと、ドイツ法学者Ⅱいわゆるゲルマニストのとった態度には、はっきりと相違が認められます。すなわち、後者 (Ⅱゲルマニスト) は、すでに一八四六年のフランクフルト、一八四七年のリュールベックにおける彼らの集會に明らかのように、さらにはしかし、一八四八年の「フランクフルト国民議會、いわゆる「聖パウロ教會」におけるたとえばゲオルク・ベーゼラー (Georg Beseler) の政治的活躍にも示されていますように、時事的な問題に関してはるかに積極的であったのに対して、ローマ法学者の方は「純粹に」歴史学的な志向をもっていました。次いで十九世紀後半になりますと、こうした法学における政治的静観主義の帰結が、はっきりした形で現われることとなります。すなわち、歴史 (至上) 主義から実証主義が発展してくるのです。たとえば、ベルンハルト・ヴィントシャイト (Bernhard Windscheid) のような第一級の「法」学者が、大真面目に次のように宣言しています。法学者自身は、小切手の流通をどう規制するかということも、また、離婚をどう規制するかということも、自分では決定できない、そのためには経済学者や政治家の協力を必要とする、というわけで

演 講  
す。法学はここで概念法学にまで、つまり単なる「概念による計算」にまで貶められてしまいました。法学は、エルンスト・テオドル・ガウプ (Ernst Theodor Gaupp) の言葉を借りますと、「現代に対する歪んだ関係に」落ちこんでしまったのです。

以上、歴史(至上)主義、つまり法学一般の枠の中で法史学が圧倒的に優位に立っていることから生まれた「フランス・マイナス」両面の帰結について述べてきましたが、この両者はいずれも、私どもが取り組まなくてはならぬ歴史的事実なのです。私どもはしかしこの間つとに——おそくても二十世紀中葉くらい——新しい発展の段階に足を踏み入れていきます。いわば「振子の戻り」が起こったのです。法史学の中心的意義に代わってそのほとんど全面的な無力化が、連続性に代わって非連続性が登場しています。歴史的伝統の保持ということははや特筆大書されることがありません。急激な変化は日常茶飯事となり、合理性・有用性が優越的地位を享受しています。

ところでこうした情況は、法学教育の枠の中で法史学に対して認められる地位にもひびいてきます。私は序論のところですでに、これが全ヨーロッパ的な出来事である、ということ指摘しておきました。その点は、かつて法学上の歴史主義の盛行が全ヨーロッパ的なものであったのと同様ですが——。こうした法史学に与えられる重要性の後退については、多数の国々からいろいろ証拠をあげることができます。法史学はドイツ連邦共和国、つまりサヴィニーの故国——彼はフランクフルトに生まれ、ヘッセン、バイエルン、プロイセンで活動しました——では、もはや「司法試験の」必修科目ではなく、いわゆる「選択科目」にすぎません。したがって学生は、それを履修しなくても、いっこうに痛痒を感じないのです。今日なお、ともかくも受験生に対して試問することが許されているのは、たった一つ現行法の「法史的諸関連」に限られます。しかし、それが何を指しているのか、誰も正確には言えませんし、さらに、うっかり許されていない試問でもしようものなら、行政裁判所に訴えられて裁判上の係争になるという危険を伴いますので、敢えて法

史学について受験生を試してみようなどとする教授はめつたにおりません。しかし、それにもかかわらず敢えてそうした試問をすると、次のような解答を受けとることになりかねないのです。最初の法典は？ モーゼの十二表法です。——ディゲスタとは？ すぐれた法学者です。——有名なカロリーナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina) は、いふまでもなく一五三二年にできた神聖ローマ帝国の刑事法典ですが、「こうした受験生にかかる」とカール五世の手に成るものではなくります。いや、それをつくったのはカール大帝だということです。

こうした事態、すなわち、次の世代の法曹が歴史・法史の教育をまったく受けてないというこの悲しむべき事態を、私どもは甘受していてもよいのでしょうか。それは避け難いことであり、心配するに当たらないことなのでしようか。そうではなく、それによって、どうしても災にみちたもの・危険なものとならぬ見なすほかないある発展が始まっており、私どもは何としてもそれを全力をあげて阻止しなくてはならないではないでしょうか。

一九四七年、当時ベルリン大学で、のちにはミュンヘン大学で法史学を担当したハインリヒ・ミッターイス (Heinrich Mittereis) が著わした有名な書物は、『法史学の存在価値について』 (Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte) 論じています。ミッターイスは、「法理念」こそ法史学本来のテーマである、と考えたのですが、それに対して、私の敬愛する恩師であり友人であったフランツ・バイヤレ (Franz Byerle) ——彼は「昨一九七八年」九三歳の誕生日を前に亡くなったばかりです——が、当時適切にも、「経験がいっぱいに詰った見通し」の代わりに「人為的な図式」を提供することのないように、と警告しました。バイヤレは、「われわれは今日ならびに明日の法曹 (法学者) に過去の学説を手渡さなくてはならぬ」、そして、「両足で過去の現実という確固たる地盤にとどまらなくてはならぬ」、ということです。実際、法史学が今日法学に対してその「存在価値」を証明するのは、まず例外なく次のような場合です。すなわち、法史学が法学にいろいろな「過去の」経験を伝達し、——今日的な言い方をしますと——法学に「思惟の刺戟」を与える場

演 合、また、法史学がその豊富な素材を用い法の永続的諸問題についてありうる解決法を示し、さらに、それがもたらしうる帰結について省察しその証拠を提供する場合、がそれです。

ところで、これらすべてのためにはもちろん、法史学者が現行法学と深いコンタクトを保つことが必要です。私はこれまで常に、ドイツにおいて——他の多くの国々とは異なり——法史学講座の担当者が、民法や商法であれ、刑法ないし公法であれ、現行法に関する講義をも義務づけられているのは、正しくまた賢明なことである、という立場をとってきました。こうした結合はいずれも、法史学者が現代法学の分野においても著しい業績をあげる、という結果を生み出しています。それについてはオットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke)、オイゲン・フーバー (Eugen Huber)、エーベルハルト・シュミット (Eberhard Schmidt) などの名を想起するだけで十分でしょう。また反対に、現行法の学者がその専門領域の歴史の中へ沈潜したとき、彼らは歴史学的に見ても立派な仕事をなしとげています。それについては、たとえばゲオルク・イエリネック (Georg Jellinek)、リヒャルト・シュミット (Richard Schmidt)、エドゥアルト・ヒス (Eduard His) などが好個の例と言ってよいでしょう。以前には、ドイツの多くの大学では、法史に関する論文を書かなければ、教授資格をとることができませんでした——現行法、「実定」法に関する論文を書く道が拓かれたのは、後からのことにすぎません——。こうした「審査(理)手続」(modus procedendi)は、まちがいはなく糧になり教養を豊かにする効果をもったのです。

ところで、先ほど「思惟の刺戟」ということを申しましたが、実際にはこの点はどうなっているのでしょうか。法学者、法政策家、実務家が過去の法の知識をもつことは、これまでその甲斐があったし、今でも依然としてその甲斐があるのでしょうか。こんどは、若干の事例に即してこの問題の根底を探りつつ、それに対する肯定的な解答に到達するよう努めてみたい、と思います。その場合、実例はまったく異なった法領域から、すなわち、私法や公法から、また、私

自身の国、ドイツ連邦共和国やさらに他の国々からも選ぶことにします。

まず最初に、所有権の概念について論じておきたい、と思います。所有権は、ローマ法においては、「所有権者の全能と全権」という原則の下にありました。パンデクテン法学でも、依然として、所有権者は自分のものを「どうにでも」(nach Willkür)扱おうとができる、と言われていましたし、ドイツ民法典(第九〇三条)でもそれをもとにして、「任意に」(nach Belieben)という規定ができたのです。こうした私的な、無制約の所有権概念に対して、憲法によってはじめて、つまり公法の側から、一つの轡がはめられることになりました。「所有権は義務を伴う」(Eigentum verpflichtet)——、今日ドイツ連邦共和国基本法(第一四条)はそう申しております。「その行使は同時に国民全体の福祉に役立たなければならぬ」というのです。今日、この規定に従って、所有権の「社会的拘束」ということが言われています。ローマの「ドミニウム」(dominium)という無制約の概念のうちなお生き残っているものは何もない、と言ってよいほどです。近年、また、ごく最近も、土地所有権の立法による規制のための提案がいろいろなされています。たとえば、「公共計画に伴う価値の調整」(Planungs-Wertaussgleich)がそれであって、これは、——たとえばある新しい道路の建設によって——ある土地が突然以前よりも高い価値をもつようになるような場合、この土地に生じる価値の上昇を考慮することを規定するものです。もちろん、こうした価値の上昇の考慮は、所有権者のためになされるのではなく、公共体(Öffentliche Hand)、つまり地方自治体や国家のためになされます。たとえばこういった提案を見ますと、ある程度次のようなことが予想できるのです。すなわち、将来においては、少なくとも都市に近い、住宅建築に適した土地については、地方自治体が一種の「上級所有権」をもつようになり、それによって、かつてはほとんどないしまったく無制約であった私的所有権が変形され空洞化されるだろう、それどころか、それはある程度収用されたり公共の用に供せられることになるであろう、ということです。

ところで法史学はこの点について私どもに何を教えてくれるでしょうか。この場合、とりわけ中世法の歴史が、私どもに豊かな教材を提供してくれます。中世法は、ローマ法に見られるような無制約の所有権なるものを、そもそもまったく知らなかったのです。それは、社会的上層身分の所有するものについても、また、従属のないし臣属的な土地所有者についても同様です。所有権は、ゲルマン・ドイツ法においては、およそ「物に対する完全な権利」といったものではなく、はじめから例の「社会的拘束」なるものに服していたのでありまして、今日人々がこの「社会的拘束」をあらためて事新しく発見しなければならなかったのは、見かけの上のことにすぎません。所有権者による不動産の用益にはいろいろな制限がありました。たとえば、高級(「大獵獸の」狩猟権、鉞業権、水車(「製粉」権、漁撈権といったいわゆる「大権事項」<sup>レガリテイト</sup>)がありまして、つまり、これらの権利を自ら行使したり授与したりすることは、もっぱら君主の権限に属していたわけですが、これらの大権事項は土地所有権とは独立に作用していました。こうした権限の分割が、当時の社会秩序や経済に対してマイナスの結果だけをもたらしたのではなく、多くの利点をも生み出したことは確かです。

また、中世法においては所有権を分割することが可能でしたが、これについても同じことが言えます。この可能性はローマ法の「地上物は土地に従う」(Superficies cedit solo)という原則と矛盾するものでありまして、土地の所有者は必ずしも同時にその土地の上に建てられた建物、少なくともそうした建物全階の所有権者とは限りませんでした。それによって「庶民」の法的地位は比較的安定したものとなったのですが、現在のいわゆる「区分所有権」(Wohnungseigentum)、各階毎の所有権が一九五一年のある法律によってドイツ連邦共和国に導入されるに及んで、以前には絶滅の宣告を下されていたかに見えたこうした所有権概念が、ようやくふたたび実際に使えるものとなりました。法史学はこの場合、今日なお当時と同じように問われている永続的問題に対して、一見とうに時代遅れになったかに見えてはいたものの、すでに昔の人々が良い結果を経験済みだった解決法を提示することができたのです。現代の社会秩序は、経済

的に弱い立場にある人々に對しても、彼らをただ債務法や占有権の上で保護される借家人の地位に放置しようとはせず、彼らもつと安定した法的地位に就きうるよう手を貸そうと努めていますが、右のような解決法はこうした「社会的な」社会秩序の指導理念にも合致していません。法史学者は中世の証書や条例をもとにしてそうした解決法を知っていましたし、また、彼はつとにそれを教科書や研究論文に解釈論という形でも書いていました。今や彼は、それら「の史料や文献」について、現行法（学）をやっている同僚たちの注意を喚起するだけで足りたわけです。

こうした「近代法のそれとは」異なつた所有権秩序のモデルを、法史学はさらに幾通りも提供しました。たとえば、上級所有権と下級所有権の区別を通じて——。また、「莊園の」いわゆる「内部所有権」(Inwärts-Eigentum)のように、所有権者の権利を外部に向つて主張するときと、莊園の内部的な秩序の枠内で主張するときとで、その権限を異にするという制度を通じて——。さらに、「絶対的所有権」、つまりすべての人に対して作用する所有権と、「相對的所有権」、つまり同じ団体の構成員に対しては作用しない所有権(という對概念)を通じて、等々——。こうした史料的な裏づけをもち歴史学によつて説明されている解決法から得られるさまざまな刺戟は、決して過小評価することのできないものです。そうした解決法を「売りこむ」(an den Mann zu bringen)こと、つまり、ひろく人に知らせ、それどころか積極的に宣伝することは、法史学者の最も重要な任務の一つですし、逆にそうした事例を知ることが、實務に当たる法曹や法政策家たちにとって当然自明の義務であるはずです。

ところで、右に不動産法について述べたことは、必要な変更を施せば、そのまま動産法についてもあてはまります。所有権取得の諸形式、善意(「の取得者」)の保護、盗品・遺失物・その他の「所有者の意思によらざる」占有離脱物に対する所有権取得の排除(BGB第九二九条以下、第九三二条、第九三五条)、もしこれらの規定の起源——以上の例ではそれは主としてローマ法にあるのですが——やその後の發展を知らないならば、どのようにしてそれを正しく理解し、

また、解釈論上の脈絡の中へ位置づけることができるのでしようか。

また、債務法にも、その歴史的起源の知識を抜きにして理解できるとはおよそ考えられないような題材が、たくさん含まれています。債務法上の契約の諸類型、契約上の責任と契約外のそれとの関係、損害賠償法における一般条項の意義、第三者に生じた損害の賠償、一般的人格権、財産権的とは言えぬ損害に対する責任——たとえばこうした債務法の条文はすべて、その起源は何か、それについて以前に法学上いかなる見解が存在したか、また、他の時代や他の国々においていかなる立法的解決がはかられているか、を問うことなくしては、それを理解しさらに発展させていくことがまったく不可能であるか、あるいは少なくとも、はるかに見込みの薄いものになるだろう、と思われるものです。

ここで、歴史学的比較法学〔＝比較法史学〕についてもいささか説明を加えておくのが適當でしょう。まず、前にすでに一度ふれたハインリヒ・ミッターリスが、それについて述べていることを聞いてみましょう。すなわち、「比較法史学は、諸国民の相互理解のために一つの寄与をおこない、同時に、今日の世界政治情況の歴史的諸前提を洞察する一助たんとする。この意味でそれは諸国民を結びつける学問である。それは、諸国民における共通の文化を準備し、ヨーロッパの運命を左右する焦眉の諸問題に対する一つの解答を見出そうと努める」というのです。こうした意図のもとにハインリヒ・ミッターリスは、具体的には封建法レインの比較法史をやったのですが、彼以前においても、ドイツの他の著名な法史学者で同じように比較法史をやった者は少なくありません。たとえば、ロマニストの側では、ヨーゼフ・パルチュ（Josef Partsch）、エルンスト・ラーベル（Ernst Rabel）、ハンス・レーヴァルト（Hans Lewald）など、また、ゲルマニストの側では、ハインリヒ・ブルンナー（Heinrich Brunner）、コンラート・フォン・マウラー（Konrad von Maurer）、カール・フォン・アマミラ（Karl von Amira）などがそうです。カノン法ならびに自然法がヨーロッパ全体を通じて私どもの今日の法秩序の支柱として重要な意味をもっている、ということも見落してはならない点ですが、この事

実はまた、さまざまなヨーロッパ諸国における比較法史学的研究のきっかけとなっているのです。

こうした歴史学的比較法学のためには、いろいろな組織上の前提——しかも世界的な、ヨーロッパ以外の諸大陸をも包摂する組織をつくること——が必要ですが、その点は今日、以前よりも恵まれた状況にあります。これに関して真先に想起しなければならないのは、ブリュッセルにある「比較法国際アカデミー」(Académie Internationale de Droit comparé)と「比較制度史のためのジャン・ボタン協会」(Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions)、それに、ストラスブールにある「比較法教育のため国際教授団」(Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit comparé)が、その学会、講習、講演、出版物などを通じて、再三再四、この領域における貴重な素材、教訓、刺戟を提供していることでしょう。そこでは法史学は多数の国々の現行法に関する学問と緊密な連携を保っており、それらの国「の現行法学」は法史からいろいろな教訓を汲みとることができるのです。『ジャン・ボタン協会論集』(Recueils de la Société Jean Bodin) (ブリュッセル、一九三六年以降)はいろいろなテーマ毎に最も重要な論文を集めたものですが、試みにそのテーマのうち幾つかだけを見てみましょう。封臣制ヴァサリテの絆と不輸入権インミューテ、農民保有地、領主直管地、森林、都市、外国人、女性、平和、証拠、子供、農村共同体。すなわち、これらのテーマを見ただけでも、法政策は(もしそうしようと思えば)法史学からいかに多くの経験知を学びとれるか、がはっきりするはずです。因みに、この貴重な叢書に寄稿される報告の中に日本をも組み入れたのは、とりわけ二人の学者、アンドレ・ゴンティエ(André Gontier)、石井良助両氏の功績によるものです。ここにお二人の名をあげて感謝の意を表しておきたい、と思います。

しかしながら、こうした論文集や叙述はほんとうに私どもの法政策家や立法者の手に届いているのでしょうか。この点については、残念ながら、若干の懐疑を禁じえないのです。実務的法曹の目は、少なくとも時折は、過去にも向けら

演れているのでしょうか。彼らの語学力は十分なのでしょう。彼らは、外国での大学生活やその後の滞在を通じ、他の国々や諸大陸に対して、その人々がかつて経験したことを有効に活用したり、また、それとの交流をはかたりすることが可能なほど、真剣な関係をもっているのでしょうか。これらの問題はすべて真剣に吟味して見る必要がありますが、まず疑問の余地がないと言えるのは、こうした点については、まだ学生生活を送っているうちにいろいろ方向転換をはからなくてはならない、ということでしょう。

ところでしかし、二・三のドイツの大学で今日すでにおこなわれていることですが、法史学が哲・史学部（文学部）の領域に追いやられる、つまり法史学がそれと法学との自然な結合から完全に切り離されるということになりますと、また、先にもふれたことですが、司法試験に通るためには——ハインリヒ・ジーベル (Heinrich Sieber) の言葉を借りますと——法史学について「ポリー長のための語学教育」の水準を越える必要がないということになりますと、上述したような法史学や歴史学的比較法学のもつもの可能性が利用しつくされないことはもとより、その萌芽さえ摘みとられてしまうでしょう。「この点、」ヨーロッパの他の国々においては、情況はドイツよりも著しく恵まれております。たとえば、ポーランドの大学の法学部には、いずれも比較ヨーロッパ史のための講座が設けられています。同じようにオーストリアでも、この種の講座や講義がほんの二・三年前に創設されましたが、このオーストリアでは、司法予備試験や大学教育においても、法史は依然としてかなり大きな役割を果たしてまいりましたし、今日なおその事情は変わっていないのです。

もちろん、ヨーロッパやヨーロッパ以外の国々において、比較法史（学）をこれまで以上に育成し、それがもたらしうる効用をあますところなく稔らせるために、なしうることが他にいろいろあるのは確かです。講座の創設のほかに、外国人客員教師の招聘が考慮されてしかるべきですし、比較的若い学者の外国留学のための費用負担、この領域のテ-

マで書かれた学位論文の刊行、外国人も参加する研究会やシンポジウムの開催なども同様です。法史や比較法史のための個々の学術雑誌において、書評や学界動向が問題になるばあい、外国で公けにされた文献を考慮に入れることによっても、良い結果が生まれることになるでしょう。それゆえ、たとえば『サヴィニー財団法制史雑誌、ゲルマン法の部』(Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung)——これはゲルマニスティク分野では、ドイツ語圏の最も重要な雑誌です——は、最近数年間、ハンガリー、ポーランド、チェコスロヴァキア、オランダ、スコットランドなどに関する報告を掲載しているわけです。

ヨーロッパならびにヨーロッパ以外の国々を対象とする比較法史(学)についてはそれくらいにしまして、ひきつづき、すでに論じた物権法や債務法以外の法領域においても、いわゆる「法史的諸関連」——これは、前に述べましたように、あまり厳密な概念とは言えないのですが、ここでもう一度それを使わせていただきますと——が事実いかに緊密なものであるか、ということをはっきりさせたい、と思います。その場合、まず第一に、家族法と相続法をあげなくてはならないでしょう。前者「『家族法』は今日、世界のすべての国々において、全能な「時代の特徴」にもとづいて多かれ少なかれ変容しています。「時代の特徴」とは、この場合、今世紀の中葉以来私どもにその刻印を与えている「男女同権」のことです。この世界的なひろがりをもつ出来事について、その歴史的な根源や基礎を知らないならば、どのようなしてそれを理解できるというのでしょうか。男性の優位は何にもとづいていたのか、また、それはいかなる結果を生み出したのか。それ「『男性の優位』は現存の政治秩序・社会秩序とどう関係するのか、また、その背景にはいかなる家族像があるのか。これらすべての間に答えることは、法史についての知識なくしてはまったく不可能ですし、なんらかの質的に高度な立法的解決をはかるには、いやでも法史についての知識が前提にならざるをえません。ここでもまた、解答は社会学的な視点、社会・経済的、社会・経済史的視点に立って見出さなくてはなりませんし、以前になされたそ

の種の永続的問題の解決法を分析ないし解釈して、それについて何かを経験し、そこから何かを学ばなくてはなりません。「時代の特徴」——これは、ミュンヘン大学の古生物学教授、エドガー・ダック (Edgar Daugue) (一八七八——一九四五年) の定立した概念ですが——が「それぞれの時代の」法政策的な意欲の具体的な形を打ち出すのです。たとえば、「民事婚」が十九世紀のそれを、「社会契約」が啓蒙時代のそれを、「ゲノッセンシャフト思想」が世紀の変わり目のそれを、「同権」、「共同決定」(「≡経営ないし管理運営への参加」)、「機会均等」が今日のそれを、というように——。男女 (夫婦) の関係と並んで、親子の関係もまた、根本的な変化をとげつつあります。「従来」の「親権」(「両親の権力」)に「両親による保護監督」が取って代わるべきだ、と主張されていますが、その際、しばしば「ゲヴァルト」(——公的な——権限)であり、たとえば *violencia* (暴力) といったものではないのです。また、夫婦財産制は、以前には夫による利益の管理という考え方に支配されていたのですが、これも根本的に変わりました。今日多くの国々では、「婚姻後に」取得「した」財産の共有制と並んで、夫婦別産制が主流となっています。しかし、こうした、あるいは、その他もろもろの夫婦財産制はすでに長い歴史をもっているわけでありまして、もし私どもの立法者が、過ちを繰り返さないよう、そこからいろいろな経験を汲み取ってくれば、それは彼らにとってたいへん結構なことだと思おうのです。

かつては相続法についても事情は同じでした。この領域では、遺言による相続かあるいは法律にもとづく相続かをめぐる諸問題は、私ども以前の諸世代によってすでに解決されてしまっており、その結果、今日では——私の見るところに誤りがなければ——もはや大きな法政策上の問題は存在しません。しかし、まさしく右の諸問題も、当時にあつてはそれより以前の時代の理念や立法的解決と真剣に取り組むことなしには決定できなかったのです。この点、ドイツ法の

領域に関しては、民法解釈学の側における法史学的志向がいかに貴重であるかを示す、恰かな例を一つだけあげれば十分でしょう。それは、大部のシュタウディングァー (Staudinger) 編『民法典註解』 (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch) の中の、一八八頁に及ぶ「相続法」の序論であり、数年前に亡くなったフライブルク大学の法学教授、グスタフ・ペーマー (Gustav Bömer) (一八八一—一九六九年) の執筆にかかるものです。以前には、この種のコメントールや同じくまた解釈学の教科書が法史的な序論を提示するということは、その風格の一つとなっていたのですが、今日では残念ながら、そんなものは省いてもよい、と考える場合が多くなっています。

以上、民法について論じてきたこと、すなわち、今日の法律秩序は以前のそれとの緊密な結びつきを背負っており、それを知らずしては大はばに理解できぬままに終るということ、それは同じように公法についてもあてはまります。ここでもまた、二・三の例に限定することにしますと、たとえば刑法には、有名な "Nulla poena sine lege"、つまり、(あらかじめ) 罰則が (定められてい) なければ刑罰はない、という命題があります。この命題は、ベルリン大学の偉大な刑法学・国際法学教授、フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) (一八五一—一九一九年) が「罪を犯した人のマグナ・カルタ」と呼んだものです。私も (ドイツ人) は皆、アードルフ・ヒトラーの時代、いわゆる「第三帝国」の時代に、この命題がどのように扱われたかを、いまだにはっきり記憶しております。当時は、"Nullum crimen sine poena" ということが言われました。すなわち、「犯罪にして罰しえないものはない」、しかもそれについて法律があらうとなかろうと、というのです。こうした見解からどのような結果が生まれたのでしょうか。あるすぐれた法学教授——残念なことに彼は第二次大戦で戦死をとげました——は、一九四二年、私に次のような手紙をくれました。「最近新聞に出ていた次のような記事をお読みになつたでしょうか。「SS (親衛隊) 隊長の命令にもとづき常習犯人 X が射殺された」というのです。もしそれが二千年の齢をもつ煉瓦の碑文中に見出されたのなら、それは今日、それ相応に「法

学の注目を集めるでしょう。また論者は、生き生きとした「興味」を抱きつつ、この種の記事には少し前まではまだ、「抵抗したために」という言葉が含まれていた、とコメントもしたでしょう。さらに論者は、それに「興味深い」法的な考察を結びつけることでしょう。……だがしかし、そこにはまさに私ども〔法学者〕の〔取り組み解決すべき〕問題があるのです。今日の法学が、他日、自らの課題——つまり、法思想への奉仕——は果たした、という主張を掲げることができようかは、ひとえに、それがこうした問題の解決の一翼を担うという使命を与えられるか、それとも、そうした使命を与えられるまでもなくその一翼を担うか、にかかっているでしょう。」確かに、この一人の将校がもう一人の将校に宛てて書いたきわめて大胆な野戦郵便から、現代への関連をもたぬ純粹に法史学的研究が、あの恐るべき時代の厄介な極な諸問題を素通りにした、という結論を抜き出すことはできません。しかし、この手紙からは、同じように、時としてほかならぬ歴史的考察、学説史的・思想的考察こそが、私ども自身が証人として立ち会う〔現在の〕出来事に対する目をはじめて開かせてくれるのだ、という結論を抜き出すこともできるのです。

おそらくここで、次のような確信をはっきりさせておくことが適当でしょう。すなわち、私は決して、法史学が法学にそうした視点——いかなれば「第三の次元」、欠くことのできない掘り下げ、その時々における現行法からの距離——を媒介するのに適した唯一の学科である、などとは考えていないということです。法社会学者の社会に関連させてものを見る見方についてはすでに述べました。私は前のところで、正しく解すれば法史学自身もすでに法社会学なのだ、ということを行いました。私に、後者〔法社会学〕を演壇から引きおろそうとしたり、また〔逆に〕、社会学的な見方とはおよそ縁のない法史学の作品がたくさんあり、しかもその中には高い価値をもったものもある、という事実を異を唱えようと考えたわけではありません。つまり法社会学は、法学や法学教育の枠の中で、確かに自らの存在理由をもっております。しかしそれは、たとえば法史学の代理をつとめる、というわけにはいかないのです。

私の考えでは、法哲学や方法論、法理論といった学科についても同じことが言える、と思います。これらの学科は皆、私どもと現行法の関係を弛め、相対化する働きをもっていますが、同時にまた、その関係を深めて、現行法のもつ時代的制約をより良く理解し、現行法を法の外にあるいろいろな基準ではかるのに役立ちます。そのことは「法学にとって」悪かるうはありますがありません。もちろんその結果、実定法の知識をないがしろにしたり、判例を無視したりすることがあってはならないでしょうが——。とりわけ法哲学——私はその中に自然法論やそれどころかエーリク・ヴォルフ (Erich Wolf) (一九〇二——一九七七年) のいう意味での法神学をさえ含めて考えているのですが——は、法曹教育の中でしかるべき役割を果すべきでありましょう。正義学としての法学は、法哲学なしにすまずわけにはいかないのです。

私は先ほど判例を考慮すべきことを申しましたが、実はそのことだけからでもすでに、一片の学説史、法史が生まれってきます。というのは、法律の文言が変らぬとき判決がある条文から何を読みとるか、じっさい歴史的にしか把握したり叙述することができないからです。しかしながら、法解釈学をとめどもなく詳細化する判例の叙述に解消してしまわぬよう、注意することが必要です。たとえば、一九〇〇年以降の損害賠償法の発展をドイツ帝国最高裁判所やドイツ連邦最高裁判所の判例にもとづいて研究しようとする人は、ともすれば一種のケース・ロー・メソッドに陥ってしまうことになりがちでしょうが、この方法は大陸法には英米法ほど向いておりません。大陸法の基礎になっているのは、良かれ悪しかれ立法者の定めた法規やその文言であって、個別的ケースに対する判決ではないからです。これらの判決から一般的な基準を読みとるのは、もちろん法解釈学者としての私どもの任務ですし、私どもはそれを学生たちにも伝えなくてはならないのですが、彼らをあまりにも夥しい個別的ケースや構成事実によって不安にすることがあってはなりません。それによって若い法学生の頭はいわば一種のカード・ボックスになってしまい、彼らの関心をいろいろな原則や概念そのものに向け、また彼らを自立的な法発見にまで導くことができなくなります。そうした能力を身につけてこ

演　そのちに、入れ替り立ち替り現われるケースを処理できるようになるのですが――。

講

私は先ほど、公法と法史学の關係を論じた際に、とりあえず刑法にまで論及し、刑法の發展や適用の時代的制約は法史学的観点に立つてはじめて正しく理解できるものである、ということを明らかにしようと努めてみました。それ以外の公法の部分領域もまた、法史学によって支えられ開拓されています。これは、当然のことながら、とりわけ国法と憲法についてあてはまります。ここでもまた、とりあえず私自身の国〔ドイツ〕の歴史を例にして説明することをお許しいただきたい、と思います。誰か一九四九年のボン基本法、つまりドイツ連邦共和国憲法を理解しよう、と考える人がいるとします。その場合、もし彼が、それに先行しようやくその一部を「克服」したばかりの過去、つまり「第三帝國」についての知識をもち合わせていないならば、どのようにして彼はそれを理解できるのでしょうか。また、彼がヴァイマル共和国（一九一九―一九三三年）やその憲法を知らない場合、一八七一年から一九一八年までつづいてそれと交替したビスマルク帝國、いわゆる「第二帝國」のことを知らない場合、一八四八年のフランクフルト國民議會、いわゆる「聖パウロ教會」でなされた、民主主義を基礎にしてドイツの統一を創り出そうとするさまざまな試みを知らない場合、さらに遡って、一八一五年の「ドイツ同盟」の憲法（國制）や神聖ローマ帝國（*Sacrum Imperium Romano-Germanicum*）のことを知らない場合にはどうでしょうか。一言にしていえば、ドイツ憲法（國制）史のもつ連続性と非連続性、あるいは、私どもの国――ヨーロッパの中央に位置しており、きわめて異なった情況下に相集つた実態に多様な部族によって構成され、はじめは弛やかな統合しかもたなかったものの、のちにはしだいに強固に統合されてきた私どもの国――が抱えるもろもろの永続的問題、「それを知らずしては現在の憲法を理解することはとうていできないのですが」若し法学生、つまり将来の裁判官、弁護士ないし行政官は、歴史的發展を少なくともながしか見渡すときにのみ、これらすべてのことに目が開かれるのです。

以上のように考えますと、「近世ドイツ憲法史」の講義——これは法史学に関する講義の中で最も重要なものの一つです——が今日主として、法史学講座担当者ではなく、公法を専門とする人々によって担当されていることも、決して偶然とは言えません。つまり、公法学者たちは明らかに、自分たちの本来の専門領域である現行の国法が、その歴史的諸前提に関する知識なくしてはまったく理解できぬものであることを、自分でいちばんはっきり感じているわけです。憲法史の領域では、文学部の歴史学者との連携もとくに緊密です。そこでは法学者が歴史学者から、また、歴史学者が法学者から最も多くのことを学んでいます。ところで、ヨーロッパの他の国々や数多くのヨーロッパ以外の国々でも、憲法史の領域における情況はわが国とまったく同じである、と思われまします。それらの国々は大多数、時期にこそ多少の早い遅いはあっても、絶対君主政から立憲君主政ないし共和政への道を歩みました。その際、しばしば革命による激変、後退、危機という形も見られましたが、外部から強制されることのなかった改革が、平和的・漸進的な形で実現された例もあります。これらのことは皆、やはり現行法秩序の前提となっているのですが、その発展を知ることなくして、どのようにしてそれを理解し判断できるというのでしょうか。その点、貴国の現行憲法の成立史とそれが今日まで及ぼしているいろいろな影響——それについて私はごく最近、前東京駐在ドイツ大使、私の同僚であるヴィルヘルム・グルーヴェ (Wilhelm Gruwe) 氏の講演を聞く機会があったのですが——を想起していただければ十分でしょう。以上のように私は、憲法史こそ、法学の粹、また、大学の法学教育の粹の中の法史学の必要性についての最も説得力に富む実例の一つである、と思うのです。

最後に、国際法の歴史とそれがもつ今日的な意義についても一言ふれておきたい、と思ひます。第三回国際海洋法会議は依然として終っておりませんが、この会議では新しい海洋法をつくり上げることが意図されており、それができますと、従来の準則がすべて完全にひっくり返される結果になるでしょう。たとえば従来の領海三海里に代わって、少な

演 くとともに十二海里の領海が登場することになります。これまで自由に航行できた海峡の多くが、将来はいろいろな国の主

権の下におかれることになるでしょう。海底権もまったく新たに規制されようとしています。こうした成行きを見て誰しもが想起するのは、十六・七世紀における海洋の自由をめぐる戦い、スペインとポルトガルのあいだの利害の対立、

協定によるその調整、当時の法学者と政治家の協力であり、また、フーゴー・グロティウス (Hugo Grotius) (一五八三——一六四五年) とジョン・セルデン (John Selden) (一五八四——一六五四年) のあいだで交された「自由な海洋」 (Mare liberum) と「閉じられた海洋」 (Mare clausum) をめぐる論争ではないでしょうか。この論争は貴国でも良く知られているのでありまして、それは最近、福岡 (九大) の伊藤不二男教授の貴重な論文によって、改めて明らかにされた通りです。当時においてもこうした「書物上の戦い」は、外交官、兵士、水夫たちによる戦いの後を承けたものでありまして、その点、四五年のカタラウヌム (シャールロン) の野における戦い (『フン族の王アッティラはそこで西ローマ軍と戦って敗れたが、彼の名は後にニーベルンゲンなどの伝承文学にエッツェルなどとして残る』) とまったく同様です。海洋法や国際法の歴史に見られるこうした出来事が、今日の海洋法学者や国際法学者にとっても、大きな関心の的であり高い教育価値をもつことはおよそない、と言えるのでしょうか。つまり私は、こうした法領域においても、法史についての知見は、どんなに評価してもしすぎることはないほど大きな意味をもっている、と考えるのです。政治家や外交官が法史の教育を受けていない国は、そのために高い授業料を払わざるをえなくなるおそれがあります。だからこそ国際法史は、イン・デン・ハークにある「国際法のためアカデミー」 (Akademie für Internationales Recht) やジュネーヴにある「高度国際研究のための世界研究所」 (Institut universitaire des Hautes Etudes Internationales) の行事の中で、小さからぬ役割を演じているのです。それと同時に想起されますのは、「国際平和のためのカーネギー基金」 (Carnegie Endowment for International Peace) の枠でおこなわれているジェイムズ・ブラウン・スコット (James Brown Scott)

による国際法史の古典的著作の刊行のことや、亡くなってからまだ日の浅いスイスの国際法学者パウル・グッゲンハイム (Paul Guggenheim) のかずかずの労作のことです。このグッゲンハイムは、「自然法の解体をもたらした世俗的発展」換言すれば、実定国際法 (ius gentium) が自然法 (ius naturale) と肩を並べて自立するにいたった過程を、古代から中世をへて近世にいたる、つまりスアレスやグロティウス、クリスティアン・ヴォルフやヴァッテルにいたるまでの思想史的發展にもとづいて、詳細に明らかにしております。

以上によって、現行法、法学の個別的専門分野の行脚は終りますが、それを通じて私は、法史的なものの見方から (現行) 法学の諸分野に対して及ぼされる作用がいかに夥り豊かなものでありうるか、を明らかにしようと努めてきました。その際、よく注意していただきたいのは、私が述べてきたことは成果の可能性であって、確実に成果が保障されているということではない、ということ です。法史学には、確かに、非常に退屈なやり方をするものもあるでしょうし、とくに歴史離れの志向をもつ世代に対しては、法史学が尻こみさせるような作用をもつこともあるでしょう。ゲーテの言葉を借りますと、「世界——俺が創り出す以前には、それはなかったのだ」——これが二つありうる私どもの生き方のうちの、一つです。「お前は今のお前であるほかはない。お前は自分から逃げ出すことはできないのだ」——これがもう、一つの生き方です。言葉を換えて申しますと、「私どもの生き方には、」私どもの重荷になる遺産はすべて投げ捨てる自由と、古くから伝えられてきたもろもろの伝統に拘束されること、「その二つの方向があります」。私どもはこの両者の中間にある正しい道を発見しなくてはなりませんし、また、ほかならぬ法史学者の任務は、そのことを通じて自らの有用性を法学者たちに示し、その目的に合わせて自分の研究の方向を決めることにあるはずで、そのように言ったからといって、私はいわゆる純粹な目的研究 (「特定の目的に仕える研究」) のために弁じているものではありません。いつの世にあっても学問はそれ自身のためにもやらなくてはならないのです。しかしながら私には、私ども法史学者が、今日とくに、自ら

この講演を通じて現代の理解、現代の一層の発展に奉仕するよう呼びかけられているのは確かである、と思えるのです。この講演を終るに当たり、さらにもう一つの例に即して、私がこうした法史学の現行法学に対する奉仕をどのように考えているか、をはっきりさせておきたい、と思います。その例はマス・メディア、つまり新聞、ラジオ、テレビという、教育と政治に対して巨大な影響力をもつ三つの要因に関するものです。かねがね私は、法史学者として、これらのマス・メディアはしばしば歴史学や法学に対する正しい関係の邪魔になる、ということを描きました。歴史的にまちがっている描写は日常茶飯のことに属します。その点で私が記憶しておりますのは、たとえばパゾリーニ監督の「サロー——ソドムの百二十日」というスリラーや、ロルフ・ホッフポート監督の「代理人」というドラマなどです。現代史に関するテーマを扱うに当たっても、良心的に歴史的事実を調べないことがあります。たとえば、イギリスの歴史家デイヴィッド・アーヴィング (David Irving) の『ヒトラーの戦争』(Hitler's War) (一九七五年) という本に出てくる、一九四三年のポーランド亡命政府首班シコルスキー將軍の死や、ヨーロッパ在住のユダヤ人の大量虐殺に関するヒトラーの責任についての記述がそうです。また、法律家にはおなじみのいろいろな概念が、平気で都合の良いように曲げられています。たとえば、「Befehlsnotstand」とは、将校であってもあるいは一兵卒であっても、ある軍人が、違法であるがゆえに自らの良心はそれに従うことを許さないような命令を受けたときの状態のことを言いますが、この「命令による窮迫」について何かを書こうとする者は、法学者、具体的には法史学者がそれについて思索を重ねてきたことを無視してはならないはずで、す。「しかるに、それを無視した」一例としては、紀元後三世紀のユダヤ・ラビ法を素材にしたものですが、デイヴィッド・ダープ (David Daube) の『暴君との協力』(Collaboration with Tyranny) (一九六五年) があります。また、「抵抗権」は、法学や国家学において数世紀来論じられてきた問題であり、たとえばそれによってその国の憲法を犯すことになっても、国家の中で権力者による違法な権力行使に対して抵抗する権利のこ

とを言いますが、その歴史は、法学者、具体的には法史学者や公法学者による丹念な個別研究の中で、繰り返し叙述されております。したがって、この「抵抗権」のことを扱おうとする者は、そうしたことについて十分承知していなくてはならないはずで、こうした問題について法学者には、新聞記者であれルポ・ライターであれ作家であれ、マス・メディアのために働く人々に対して提供できることがたくさんあるのですが、残念なことに今日、「専門間」の協力が欠けています。しかし、これらの職業が現今、高度な責任を負っていること、つまり世論の形成に対して大きく影響力をもっていることを考えますと、次のような疑問が生まれてきます。すなわち、これらの職業に就く人々の教育を、もっと早いうちに、もう少しきちんとした制度、つまり指定された試験と一定の教科課程によって規制されたものにしておくべきでなかったか、という疑問がそれです。もちろんそれは、こうした人々の教育の内容に影響を与えよう、というのではありません。私どもの基本法第五条には「意見の自由」が保障されており、私はそれを脅かすつもりなどありません。ただ、これらの人々の教育に、大きな影響力と重い責任をもつ他の職業、たとえば裁判官、弁護士、行政官、医師等々についてはとうに要求されているのと同じ質を得させるためには、「どうしてもそうしなくてはならないのです」。ようやくごく最近になってから、マインツ大学で、ジャーナリズム教育の暫定的な教科課程のための草案が施行に移されましたが、それを起草したのは、長年「フランクフルター・アルゲマイネ・ツァイトゥング」の論説委員だったギュンター・ギレッセン (Günther Giesen) です。この案は、新聞記者という職業に就く人々の教育水準を高めるのに役立てよう、という目的でつくられたものでありまして、将来<sup>ドイツ</sup>学<sup>士</sup>試験と接続することを目指しております。これは、私には、「正しい方向への第一歩」のように思えます。そうして、このような新しい制度のもとでは、法学者に対して、しかもほかならぬ法史学者に対して、多数の世代によって蓄積された経験や知識の伝達者という重要な任務が与えられる、ということには疑問の余地がないのです。

演 以上に縷々述べてきたことの締め括りとして、前にも一度ふれたハインリヒ・ミッタイスの著作からの引用を掲げたい、と思います。私はミッタイスこそ、彼の世代中最もすぐれたドイツ法史学者である、と考えていますが、その彼の著作「『法史学の存在価値について』」の末尾に、次のような文章が見られるのです。

「法史学は「われわれを」、法学的ドグマに対する信仰から、諷い文句の支配から、性急な一般化に陥る危険から解放してくれる。それは「われわれを」、「法律家は」法の番人などといっても、その時々々の権力状況の指数にすぎず、永久に変わることなく、『恰かも獄舎の中からわめき散らすこと』（フランシス・ベーコン）しかできぬ運命にあるのではないか、という感情から解放してくれる。法をその歴史を基礎にすえて見、また、歴史に法理念の<sup>あかし</sup>実証を見る者には、もはや法が真の下僕の姿に見えることはなく、法は自由と人間的尊嚴の国の王様に見えるはずである。」

### 訳者あとがき

本稿は、ハンス・ティーメ教授の二度目の来日の折に、昭和五三年一〇月六日、北大法学会で講演していただいたものの邦訳である。教授御自身冒頭に述べられているように、この講演は、教授の学問的・教育的生涯の「最終決算報告書」ともいうべきものであって、長年の経験に裏づけられた「法史学と法学」の關係についての見解が、さまざまな法領域から選ばれた多数の事例に即して、しかしきわめて端的な形で述べられている。

ところで、この講演の邦訳をほかならぬ小山昇教授退官記念号に寄稿したことについては、一言釈明が必要かも知れ

ない。私は、北大法学部助教授就任以来——小山教授はそのとき選考委員のお一人であった——、小山教授には、公私両面にわたりどれだけお世話になったかわからない。それどころか、文学部出身の私にとって、小山教授は「法学者」の理想像であり「法的思考」の化身でさえあった。その学恩の深さを想えば、私は当然、自らの「法史学と法学」について所見をまとめ、教授に献呈すべきであつたらう。それを果しえなかつたのは、もとより私の怠惰・未熟によるものであつて、ひたすら小山教授にお詫びするほかはない。

言うまでもなく、このティーム教授の講演は、そのまま私自身の「法史学と法学」についての見解ではない。とりわけ私は、法史学がどこまで直接に、実定法学に寄与しうるか、については、依然としてティーム教授よりもかなり懐疑的であり、この講演にあげられている事例によつても、必ずしも全面的には説得されない自分を感じている。しかし、最近の小山教授のお仕事を拝見すると、——もちろん実定法学の立場からであるが——ここでティーム教授の説かれたことをすでに実地におこなつておられる節さえ見える。その意味では、「法史学と法学」の積極的関係を説いたティーム教授のこの講演は、心からの畏敬の念をこめつつ小山教授に捧げるのにふさわしいかも知れない。以上のようにいわば自分自身を説得して、この邦訳を本号に寄稿させていただくことにした次第である。

なお、ティーム教授の経歴・学風などについては、ハンス・ティーム著、久保正幡監訳『ヨーロッパ法の歴史と理念』（一九七八年、岩波書店）——とくに「略歴」と「監訳者あとがき」——を御参照いただければ幸いである。「また、本稿脱稿後、この講演が、ほぼ原型のまま、Hans Thieme, *Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft. 2. Teil*, "Arbeiten zur Rechtsgeschichte", Festschrift für G. K. Schmelzisen, 1980. に公表されたので、併せて付記しておくたゞ。」