

K・クレッシェルの「法制史」観について

——世良晃志郎教授の問題提起にふれて——

岩 野 英 夫

一 はじめに

二 クレッシェルの「法制史」観をなぜ問題にするのか

三 法制史の「自己理解」

- (1) 研究主体の観念「地平 (Horizonte)」
- (2) 研究主体の「先入見 (Vorurteile)」
- (3) 「事前理解 (Vorverständnis)」について
- (4) 法制史家にとっての「事前理解」
- (5) 法制史の作業過程
- (6) 法制史の「自己理解 (Selbstverständnis)」(一) 現在と過去との間の循環および対話
- (7) 法制史の「自己理解」(二) 完結することのない過去
- (8) 法制史の「自己理解」(三) 過去を媒体にして行われ

る現在への問いかけ

四 法学としての法制史

- (9) 法制史の「自己理解」(四) 適用の学としての法制史
- (1) いまなぜ「法学としての法制史」なのか
- (2) 法制史と法学をつなぐもの(一) 「責任の規範 (Kanon der Verantwortung)」
- (3) 法制史と法学をつなぐもの(二) 「作用する法 (Law in action)」
- (4) 法制史と法学との再統合
- (5) 「責任の規範」再論 研究作業を規定するもの

五 おわりに

K・クレッシェルの「法制史」観について

同志社法学 四一巻六号

一 (八六七)

一 はじめに

本稿の課題は、わが国の学界に学問的に極めて大きな影響を与え、学术交流の点でも多大の貢献をされているドイツの法制史学者・カール・クレッシェル教授の、法制史の方法や役割についての考え方（以下、「法制史」観と呼ぶ）を整理し、その持つ意義を考えてみることにある。私は、クレッシェル教授の法制史に關係する諸業績の全体を整理し検討するという作業にいつかは取り組まなければならないと考えていた。しかし、その思いを実行に移すには、今はまだ時期尚早であると考へてもいた。それというのも、クレッシェル教授の学問的営為は止むことなく現在もなお精力的に続けられており、教授の法制史の全体像を問題にできる段階には未だ達していないとの思いを抱いていたからである。

それにも拘らず、本稿の執筆を決意したのは、「中世的法観念をめぐる一つの問題―K・クレッシェルの考え方の検討―」⁽³⁾を一九八七年に公にされ、クレッシェル教授の学説に対する全面的批判を氣迫を込めて展開された世良晃志郎教授が、一九八九年四月に急逝されたことによる。論説としては最後のこの大作の問題提起を踏まえて、クレッシェル教授の「法制史」観の整理をできる所からできる形で開始することが、世良教授と研究分野を同じくする私に与えられた、学界に対する使命のように思えたのである。

クレッシェル教授の「法制史」観の全体像に迫り、しかもこれに全面的な批判を加えたのは、わが国の学界では世良教授が初めてである。世良教授の問題提起を前提にして、クレッシェル説に立ち向かうことは、一方で、世良教授

のクレッシェル批判をどう考えるかについての私の見解を、個々の論点にわたって整理することでもある。世良教授が他界された今、この作業は慎重に進められなければならない。世良教授には発言の機会がもはや与えられていないからである。そこで、世良教授の見解に言及するのは、クレッシェル教授の考え方との違いを明らかにする必要がある場合に留めておきたい。

頻繁に引用する論文について、次のように略記したい。

- (1) 世良「法観念」―「中世的法観念をめぐる一つの問題―K・クレッシェルの考え方の検討―」（世良晃志郎編『ヨーロッパ身分制社会の歴史と構造』創文社、一九八七年）
- (2) 石川『虚像』―K・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』（創文社、一九八九年）
- (3) 西川「翻訳」―西川洋一「カール・クレッシェル『中世の国制史と法制史』翻訳と解説」（『国家学会雑誌』第九七巻七・八号、一九八四年、六八一―〇七頁）
- (4) Karl Kroeschell の論文については、以下のように略記して引用する。

* *Besprechung* = *Besprechung*: Carl Haase, *Die Entstehung der westfälischen Städte. 2. berichtigte Auflage mit einem krit. Nachwort.* Münster: Aschendorff (1965): in *Niederländisches Jahrbuch für Landesgeschichte*, Bd. 37, 1965, S. 193-196.

* *Haus* = *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht*, 1968.

* *Recht* = *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert: in Vorträge und Forschung*, Bd. 12, 1968, S. 309-

335.

* Abschied=Abschied von der Rechtsgeschichte?: in Juristenzeitung, Sonderheft zu Studienreform, Nov. 1968, S. 20 ff.

* Treue=Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte: in Studi Medievali, Bd. X, 1969, S. 465-489.

* DRG=Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250), 1972, S. 9-28.

* VG=Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters: in Beiheft 6 zu "Der Staat", 1983, S. 47-103.

次章以下、人名について、敬称を省略することをお許し戴きたい。また、紙数の関係で註の数を少なくするために、まとめられるものについては、これをすべて一つの註にまとめた。

(1) クレッシェル教授の略歴や日独法制史学会・法学界の学术交流に対する多大な貢献などについては、石川『虚像』「訳者あとがき」参照。なお、本書は、一九六八年から一九八一年までの論文や講演原稿を七編収録している。クレッシェル教授の考え方を理解する上で重要な資料である。

(2) 例えば、Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650) は、二年前の一九八九年に公刊されている。第一巻の出版は一九七二年、第二巻の出版は一九七三年であり、この著作に限ってみても、この間、実に一七年に及ぶ学問的営為が積み重ねられてくる。

(3) 世良晃志郎編『ヨーロッパ身分制社会の歴史と構造』(創文社、一九八七年)三―五九頁。村上淳一教授が、本論文の書評をされている(『法制史研究』三八号、一九八八年、三三七頁以下)。

二 クレッシェルの「法制史」観をなぜ問題にするのか

世良は、一九七六年発表の論文で、クレッシェルとその門下生であるゲルハルト・ケープラーの西洋中世法についての新しい考え方に論点を絞り、これを厳しく批判している。それというのも、フリッツ・ケルンによって一九一九年頃に打ち立てられ、その後、定説として学界を支配してきた「古き良き法」理論を、彼らが真向から批判し、そしてその批判を支持する流れがドイツや日本の学界で強まってきたためである。⁽¹⁾ケルンの考え方を支持し、それを基礎にして自らの西洋中世法観念を構築した世良にとって、この流れは座視しえないものであった。クレッシェルやケープラーの「新理論は成立しがたく、ケルン理論は動かない」というのが、この論文における世良の結論であった。^(31a)

今回、「法観念」論文で、世良が西洋中世法の問題にだけ論点を限定することなく、クレッシェルの「法制史」観の全体に焦点を合わせて論じたのは、次の理由による。^(31b)

K (IIクレッシェル―筆者) や彼に連なるケープラーの所論を批判するためには、中世法の問題だけを切り離して、個別問題として処理するのでは不十分であり、どうしてもKの「理論」そのものを併せて批判しなければならないのである。

こう考えるきっかけを世良に与えたのが、西川「翻訳」論文である。世良は次のように述べている。^(31c)

私はそれを読んで、Kの問題意識や独自の方法論についてある程度の知識を得ることができ、中世法の問題も、これをKの学問全体の中に位置づけて把握しなければならないことを知れた。そして、この方向の勉強を続けることによって、Kの方法論や法制史観……は、彼の著書 *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, 1968* の中に最も体系的な形で展開され

ており、しかもそれが、私が予想していたものとは全く違う、きわめて独特なものであること、そして中世法問題のとり扱いても厳密にはこの「理論」に即しておこなわれていることを発見した。

私が、クレッシェルの諸業績の全体をいつかは整理し検討してみたい、という思いを抱いた動機も、世良の以上の指摘と重なっている。通説を批判するクレッシェルの方法は独特であり、その叙述は論争的である。彼の方法やそれに基づいて構築されたさまざまな中世法像をどう評価すべきであるのか、という問題は、私の関心でもあり続けた。⁽⁴⁾

しかし、私がクレッシェルの「法制史」観に関心を抱いた動機はほかにもある。世良はクレッシェルの学説を厳しく批判する。中世法についての理解も、研究方法も、世良の場合、クレッシェルのそれとは全く異なっている。それにも拘らず、私には、世良とクレッシェルとの間に学問的に相通するものがあるように思えてならないのである。両者が、ドイツと日本という違いはあれ、戦後の学界を名実共に代表する一人であり、学問的に極めて大きな影響を与えていることも、その一つである。しかし、なににもましてそう感じられるのは、時勢に流されることもおもねるところもない、学問の自立性とそれを可能にする研究方法の確立の必要性を共に強く自覚するところから、両者の研究が始まっているように思えることである。世良は一九一七年八月生まれで、一九二七年一月生まれのクレッシェルより一〇歳年長であるが、軍事勤務との関係で、本格的な研究活動を始めたのは戦後になってからである。クレッシェルが終戦を迎えたのは一八歳になる年である。戦時下における歪められた学問研究の現状を直接的に体験するか、あるいは実感をもって振り返ることができる環境の中に、両者はいた。このことが、立場の違いを越えたそうした共通性を両者の間に感じさせる背景になっているように思えるのである。では、こうした背景に着目して、クレッシェル

の考え方を整理し、またクレッシェルの考え方に対する世良の批判点を検討するならば、どのような結果が得られるのか。これが、クレッシェルの理論をいつかは取り上げてみたいと考えていた、世良のそれとは異なる私の理由である。

- (1) 世良晃志郎「『良き古き法』と中世的法観念」(加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』一九七六年、二〇六―二二八頁。)
Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in *Historische Zeitschrift*, Bd. 120, 1919, S. 1-79; Ders., *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Basel, 1952. 後者はケルンの弟子の Anrich が、ケルンの書き遺したメモを参照して補充を加え、単行本の形で出版したもの (F・ケルン、世良晃志郎訳『中世の法と国制』創文社、昭和四三年、一三七頁参照。)
Karl Kroeschell, *Recht; Gerhard Köbler, Das Recht im frühen Mittelalter*, 1971. ケルン学説に対するドイツの学界における批判に言及した主要な論稿として、久保正幡「中世ヨーロッパ」(『法社会学講座 九』一七三―一九五頁)、村上淳一「『良き旧き法』と帝国国制(一)」(『法学協会雑誌』第九〇巻一〇号、一四八頁)、同「ドイツにおける法の近代化の諸類型」(磯村哲先生還歴記念論集『市民法学の形成と展開(上)』有斐閣、昭和五三年、六五―九〇頁。)
ケルンの学説をめぐる論争の整理を試みたものとして、岩野英夫「ヨーロッパ中世法の性格をめぐる最近の論争に関する覚書―F・ケルンの理論とその特徴―」(『新しい歴史学のために』一五五号、一九七九年、一一―一六頁)、同「Fritz Kern の法思想」(矢崎光國・八木鉄男編『近代法思想の展開』有斐閣、一九八一年、九七―一一八頁。)
双方については、書評を頂戴した(前者については、村上淳一、『法制史研究』三〇号、一九八〇年、三九八頁以下。後者については、和田卓朗、『法制史研究』三二号、一九八二年、三三三頁以下。) 記して感謝したい。

(2) F・ケルン、世良訳『中世の法と国制』一三八頁。西洋中世法に関係して執筆された世良の論文集が、小山貞夫、若曾根健治の手で編集された。世良晃志郎『西洋中世法の理念と現実』(創文社、一九九一年。)

(3) (a)世良「法観念」三頁。 (b)同上四頁。 (c)同上四頁。

(4) 私事にわたるが、私は、クレッシェルの門下生であるケープラーのもとで勉強する機会を得た。一九七六年から一九七八

年までの二年間と、一九八六年から一九八七年までの一年間である。クレッシェルの研究方法を継承したケープラーの研究手法を間近に見ることができた。最初の留学から帰国して、翻訳「ゲルハルト・ケープラー『ゲヴェーレの起源』」(『同志社法学』一五一号、七三―九八頁)、「ゲルハルト・ケープラー『ゲヴェーレの起源』に関する一考察」(『同志社法学』一五四号、一一三二頁)を発表したのは、ケープラーのそうした手法を紹介したいと思ったからである。この二つの論稿について批判を頂戴している(石川武「ザクセンシュピールにおけるゲヴェーレ」『北大法学論集』第三七巻二号、一九八六年、一〇五頁、同『中世ヨーロッパにおける法秩序の構造と展開』をめぐって)『法制史研究』三四号、一九八五年、一四九頁。)記して感謝し、後日、それらの論稿を修正する機会を持ちたい。

三 法制史の「自己理解」

法制史の「自己理解」、すなわち「法制史とはいかなる学問であるのか」ということについて、クレッシェルの考え方が、最も体系的な形で叙述されているのは、一九六八年に発表された Haus 論文^(1-a)である。クレッシェルの教授資格請求論文は一九六〇年に公刊されているが、この問題に関連した叙述は少なく、発表順でいえば、Haus 論文が、彼の考え方を最もよく伝えている^(1-c)。また、一九八三年に公にされ、西川「翻訳」で紹介された VG 論文は、法制史の方法・役割・隣接領域との関連についての、ドイツ国制史学会におけるクレッシェルの報告とそれをめぐる討論の記録であり、本稿テーマに直接に関連した最も重要な論文である。これら二つの論文の間に考え方の変化は基本的に認められない⁽²⁾。本節では、この二つの論文を中心にして、クレッシェルの考え方を私なりに整理してみたい。整理にさいして、世良「法観念」論文・西川「翻訳」論文に多くを負うていることをあらかじめお断りしておきたい。また、

クレッシェルの考え方を私なりに読み込み、必要であると判断した場合には言葉を敢えて加えながら整理していることも、お断りしておきたい。

(1) 「研究主体の観念「地平 (Horizonte)」」 クレッシェルの考え方は、いくつかの柱で組み立てられている。研究対象であるザッヘも研究主体も共に歴史に帰属している。研究主体は、現在という歴史的地平に立つ存在であって、その観念は、この地平に制約されている。この認識が、そうした柱の一つである。^(31a)

(2) 「研究主体の「先入見 (Vorurteile)」」 (1)から導かれる第二の認識は、研究主体の「先入見」に関する問題である。研究対象を理解する作業は、研究主体の「先入見」を前提にして進められる。歴史に規定されている研究主体の「先入見」も、また、歴史の制約から自由ではありえない、というのが、その認識である。この点と、それに先の(1)とに関連して、クレッシェルは次のように述べている。^(31b)

さてところで理解の対象であるザッヘだけではなくて、認識過程の対極である研究者も、ともに歴史に属しており、このことは、主体そのものも解釈学的に重大な意味を有していることを洞察させずにはおかない。その場合、先入見の源泉である主観性をどうしたら排除できるのか、ということだけが問題なのでは決していない。そもそもそうした試みは、結局のところ自己偽瞞に陥るであろう。それというのも、歴史家と彼の研究対象との間を隔てている時間的距離は、史料の書き手と、仮定の上で「同時代に身をおくこと」によって埋められることは、決してありえないからである。

(3) 「事前理解 (Vorverständnis)」について」 (2)の認識から、次に引用する第三の認識が導かれる。^(31c)

だからといって、(いかなる歴史家も先入見なしに仕事はしないものだ、といったように) こうした状況を諦めて受け入れて

しまうのもよいことではない。それよりもむしろ、現代の研究者の、歴史的に制約されている自己理解 (Selbsterverständnis) を積極的に働かせる (ins Spiel bringen) ことの方が大切である。歴史的対象と出会い、その歴史的現実を十分に解明するためには、解釈学の文献 (hermeneutische Literatur) が (例えば、R. Bultmann) そう呼んでいるような、歴史家の「事前理解」が、反省を通して (reflektierend) はっきりされなければならないのである。

研究対象に立ち向かう研究主体を制約している「先入見」・すなわち歴史家のいう「事前理解」を、反省と熟慮とを重ねてはっきりさせ、こうして明確にされた「事前理解」を働かせて、研究対象を理解・すなわち「解釈」すべきである、とクレッシェルはここで述べている。「先入見」から自由であることなど研究者にはできないのであるから、理解とはいっても、それは所詮主観的なものにすぎないのだ、と諦めてしまう考え方は間違っているし、「先入見」を排除できたところに真の理解がある、という考え方は自己偽瞞である。対象を理解し解釈するためには「先入見」をむしろ積極的に働かせなければならない、とクレッシェルは主張しているのである。

(4) 「法制史家にとっての「事前理解」」「事前理解」を明確にする作業とは、法制史家にとって、具体的にどのような作業をいうのであろうか。この点に関連して、クレッシェルは、次のように述べている。^(31d)

法制史家にとって、それが意味しているのは、自分なりの法概念を・いうまでもなく過去の法についての概念も・そして考察対象である法形成物 (Rechtsgebilde) についての特殊自分なりの概念を、歴史的に制約されたものとして分析しなければならぬ、ということである。

また、クレッシェルは、一九世紀以降、先学が、歴史史料に対して加えてきた解釈にも、現代の法制史家は制約さ

れているのであって、このことが常に自覚されていないなければならない、とも述べている。^(31e)

しかし、他方、いつも留意しなければならないのは、我われの過去・法の過去が、現在に対するその働きかけ (Wirkungen) を絶えずまた展開していること、しかも他ならぬ法史学を媒体にしてそうしていることである。だから、史料の証言との出会いが、直接的で媒体の無い出会いであるかのように見えるのは、見かけの上だけのことにすぎないのである。実際、我われの意識は、過去のかの証言に対する理解が、この一五〇年間展開してきた働きかけが加わることによっていつもあらかじめ規定されているのである。この働きかけを自覚すること、しかし同時に史料そのものの光に照らして新たにそれに省察を加えること、これが我われの課題である。

(5) 「法制史の作業過程」 (3)(4)の認識から、法制史の次のような作業過程が浮かび上がる。

- (a) 先学による史料解釈も含めて、歴史は、現代を生きる研究主体に絶えず働きかけ、研究主体の「事前理解」を制約し続けている。
- (b) 研究主体は、そのことをいつも自覚し、自分の「事前理解」をはっきりさせなければならない。すなわち、法や考察対象である法形成物などについての、自分なりの概念・考え方をいつも明確にしなければならない。
- (c) 明確にされた「事前理解」を働かせて、考察対象を捉え、これを解釈・理解する。
- (d) この作業を通して、研究主体は、持ち込んだ「事前理解」を、今度は考察対象に即して逆に省察してみる。

その省察を通して、「事前理解」は批判的に吟味され、その結果、それは変更を迫られるかもしれない。クレッシェルは、これを、考察対象である過去ないし過去のザツへの、現在ないし現代に生きる研究主体に対する究極的な働きかけであり・歴史作用である、と述べている。^(31f)

(6) 「法制史の「自己理解」(一) 現在と過去との間の循環および対話」(5)の認識から、「事前理解」から出発して「事前理解」に帰る、法制史の次のような循環構造が浮かび上がる。

- (a) 歴史的に制約されていることを自覚した上で行われる、「事前理解」の明確化。
- (b) 明確にされた「事前理解」に照らして行われる、過去のザッへの考察。
- (c) 考察対象である過去のザッへに即して行われる、「事前理解」の省察。
- (d) 「事前理解」の中で、批判的省察に堪えることができないものは変更され、堪えることができるものは、(a)の段階よりは一段高い次元で、その確かさが確認され、継承・伝達される。

クレッシェルは、法制史、とりわけドイツ法制史とはいかなる学問であるのかと自問して、次のように答えている。⁽³¹⁸⁾

ドイツ法制史、それはだからドイツにおける過去の法という対象に立ち向かう、ある特定のあり様なのである。さらに、対象と観察者というイメージも、そもそも適切ではなからう。それならば、次のようにいうほうが良いように思える。すなわち、法制史とは、とりわけドイツ法制史とは、法の過去に関わる、ある特定の関わり方であると。

法制史とは、「過去に向かって働きかけること (Sich-Verhalten zur Vergangenheit)」である、とクレッシェルはここで述べている。⁽³¹⁸⁾しかし、それは、現在から過去への一方通行的な働きかけでは決してなく、(5)にあるように、過去もまた現在へと作用するのであって、したがって、クレッシェルの考える法制史は、いわば、現在から出発して現在に帰る循環構造の中で行われる、現在と過去との間の対話・相互理解である、ということができるのである。⁽³¹¹⁾

クレッシェルは、近代的なイデオロギーや諸概念を無造作に過去に持ち込んだ、一九世紀の法制史学者や、そうし

た彼らを批判する国制史学者に言及したところで、自分の直感的な考え方を正当化し例証するためだけの役割しか歴史史料に与えようとしないう傾向を批判して、次のように述べている。⁽³¹¹⁾

一九世紀の諸概念に代えて、今度は、人間の共同生活に関する近代的な一般概念を基準にして、中世の史料を解釈するというのでは十分ではない。むしろ、決定的に重要なのは、自分自身の観念地平がそれによって開放され変更されてしまう程、史料の概念世界に沈潜するだけの用意が、研究者にあるかどうかである。そのようにして初めて、我われは過去の現実を捉えることを期待することができる。そうでないと、歴史史料は、結局のところ、既存の直感像を例証するだけのために役立てられてしまうおそれがある。

考察対象に徹底して沈潜し、そうすることで自分自身の「観念地平」を開放し、変更する用意を常に持つべきである、とクレッシェルはここで指摘している。こうした用意こそが、過去と現在との間の循環および学問的な対話を生産的なものにし、過去と現在との間の真の相互理解を可能にする、というのである。

(7) 「法制史の「自己理解」(二) 完結することのない過去」 法制史の営みは、現在から過去への働きかけの作業である。現在の光・「事前理解」に照らされることによって、過去の現実と現在との対話が実際に始まる。現在からの働きかけがなければ、過去の現実とは、沈黙して語らない。したがって、法制史の営みは、すでにどこかに客観的に存在している対象に後から関わっていくのではなくて、そのつどの働きかけによって絶えず別様に変化させている、ある連続的なもの (Kontinuum) に関わっているのである。⁽³¹²⁾

(8) 「法制史の「自己理解」(三) 過去を媒体にして行われる現在への問いかけ」 現在から光を当てられた過去は、

なされるがままに現在に身を任せてはいない。「事前理解」の確かさを省察したり、無意識のうちに・あるいは秘かに持ち込まれた現代のイデオロギーを明るみに出す媒体として作用することによって、それは現在に働きかける。このように、法制史の営みは、歴史的事実に関する知識の手持ちの量を単に増やすだけのものではなくて、研究主体の側の問題意識の修正や全面的な変更を絶えず迫る営みでもある⁽³¹⁾。したがって、法制史とは、過去を媒体にして行われる現在への問いかけである、といえるし、過去の法の現実についての理解・解釈を媒体にして、現在の法の現実と向き合い、それに働きかけ、それを理解する学問的な営みである、といえる。クレッシェルは、この点に関連して、法の歴史は、「現在の法についての全く確実な理解の兆しである^(31m)」とか、法の歴史は、「過去の一現象であるばかりではなくて、同時に現在の現実でもある」と述べる⁽³¹ⁿ⁾とともに、また、次のようにも述べている。

ここでの関心の対象は、過去の法そのものではなくて、過去に対する現在の関係であり、そしてこの関係から、我われの現在の法理解に関わって判明するものすべてが、なによりもそうなのである。

(8) 「法制史の「自己理解」(四) 適用の学としての法制史」 歴史的経験の示すところによれば、法制史、特にドイツ法制史は、その性格において、認識的 (erkenntnisäßig)・観察的 (kontemplativ) であつたことは全くといっていい程なく、極めてアクチュアルであつた、とクレッシェルは述べている^(31o)。それは、なんらかの歴史的政治的状況のためにたまたまそうであつたのではなくて、法制史の学問的性格に由来する、とクレッシェルは考えているように思える。それというのも、ハンス・スリゲオルク・ガダマーの見解を、次のように肯定的に引用しているからである^(31p)。

確かにみたところ、法ドグマティクの体系における欠缺を除去すべき実践的対応策でしかなさそうな法解釈学が、歴史的理

解の問題と内在的に関連しているのか、という問いを、ガダマーは投げかけ、そしてこれに然りと答えた。歴史的理解も、ある法律条文の解釈や適用と全く同様に、「働きかけの一つのあり方 (eine Weise von Wirkung)」である、というのが、その理由である。とりわけ、ドグマーティッシュな関心と歴史的関心、つまり法律学と法制史との間の違いが暫定的なものであることが、このようにガダマーにははっきりしていた。法制史家も法律家も、それが同時に彼らの現在でもあるような自分自身の歴史と関わっているからである。かくして、法制史は全く模範的な意義を与えられることになった。

ここで、クレッシェルは、法実務にたずさわる法解釈学も、過去の現実に関わる歴史的理解も、共に「働きかけの一つのあり方」であり、両者の違いは仮のものにすぎない・法制史はそれを知る上での模範的な例である、というガダマーの見解を紹介している。すなわち自分の「事前理解」を持ち込みながら、現在から過去へと働きかける法制史家の作業と、法律条文を解釈・適用する解釈学者の作業とが同一の性格を持つ、とガダマーは考えているし、クレッシェルは、その考え方に基本的に同意しているのである。「法学としての法制史」の現段階における再構築を目指すクレッシェルに、ガダマーのこの認識は、法制史と法学とを架橋するための決定的ともいえる論拠を与えることになった。⁽³¹⁹⁾

- (1) (a)世良「法観念」四頁。 (b)Kroeschell, Weichbild, 1960, S. 23-27. この書物を批判的に検討したものとして、林毅「ヴァイヒビルド Weichbild について—ドイツ中世都市法史の一断面」(同『ドイツ中世都市法の研究』創文社、昭和四七年、二二三—二四二頁。) (c)Abschied. この論文は、「司法試験の合理化と教材の整理という法学教育改革」が一九五〇年代に押し留めがたい勢いで進行していた時点で、「あくまで法学教育Ⅱ法曹養成という枠のなかで、法史学の意味を模索した」クレッシェルの提言であり、これも彼の考え方をよく知ることができる論文である。その内容は、勝田有恒「法史

学からの決別?—法学教育における法史学 西ドイツの場合—『一橋論叢』第六四巻五号、一九七〇年、五四二頁以下において、詳細に紹介されている。同「法制史教育の現状と問題点・西ドイツ」『法制史研究』二二号別冊、一九七三年、一頁以下参照。ここでの引用箇所は二〇頁。

(2) 世良「法観念」七一八頁参照。ただし、変化が認められないと私がいうのは、特に法史学の方法・役割についての考え方に限ってのことである。中世法の理解という側面では、VG論文の中に、理論的前進をはっきりと見て取ることができるように思われる。ケルンの中世法概念を専ら批判していた段階から、新しい中世法概念を構築する段階へと、彼はこの論文で前進しているように思えるからである。この点は稿を改めて論じたい。本稿テーマに関連したまとまった彼の叙述としては、他に、DRG, S. 9-28. 彼の考え方が明解に示されている書評に、Besprechungがある。

(3) (a)「地平」という用語は、「観念地平 (Vorstellungshorizonte)」という表現で、Haus論文の五〇頁に現れる。註(i)を参照。(b)(c)Besprechung, S. 196.; Haus, S. 53も参照。一九世紀の法制史が歴史的に制約された近代的概念を過去に持ち込んだ、と批判した国制史の用いる諸概念も、また歴史的に制約されている、とここで指摘し、ガダマーの言葉を引用して次のように述べている。

「いわゆる歴史主義の愚直さは次の点にある。すなわち、歴史主義は……自分たちのやり方の方法論を信頼するあまり、自分自身の歴史性を忘れていたのである。……真に歴史的な思考は、みずからの歴史性をも自省するものでなければならぬ。」(世良「法観念」一〇頁。)

VG, S. 47-58, 55. 西川「翻訳」六九—七六頁、特に七四頁。国制史の概念に幾分なりとも時代精神が混入しているのではないか、というクレッシェルの指摘が、国制史の研究者によって憤激をもってはねつけられた経験が、そこに紹介されている。(d)Besprechung, S. 196. (e)DRG, S. 12. (f)Besprechung, S. 196. (g)(e)DRG, S. 10. (i)クレッシェルのこうした理解、ひいては法制史についての彼の考え方の全体が、ハンス・ゲオルク・ガダマーを代表者とする「哲学的解釈学 (Hermeneutik)」の影響下にあるのであるが、この点については、稿を改めて論じたい。現在と過去との対話による相互理解は、ガダマーの「地平融合 (Horizontverschmelzung)」の「ラジカルな」(Haus, S. 50-51. (j)Treue, S. 489. (k)の箇所

は、法の現実から切り離され、単なるイデオロギーと化した歴史的観念の例と、法制史家が、法の現実についての「事前理解」を明確にすることの重要性とに触れながら論じられている部分ではあるが、内容的に一般性をもつ指摘である判断してここに引用した。(1) Haus, S. 59. (2) DRG, S. 10. (3) DRG, S. 11. 前註(3)とともに、クレッシェルの『ドイツ法制史』からの引用であり、「ここで」とあるのは、この書物のことである。したがって、引用箇所は、あくまでもこの書物の目的に関連づけて論じられているのであるが、しかし、他方で、クレッシェルの法制史についての考え方を一般的に示してもいると判断して、このような形で引用した。(4) Haus, S. 56. (5) Haus, S. 55. VG, S. 59. ガダマーの「ヘルメノイティク」や、その影響下にある「法律学的ヘルメノイティク」と、クレッシェルの考え方との関連性については、稿を改めて言及したい。ここでは、次の二つの参考文献を紹介するだけに留めておきたい。青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面——法律学的ヘルメノイティク」の紹介と検討(正)(続)、『法学』三九巻第一号、九九頁以下、昭和五〇年。同巻三・四合併号、五九頁以下、昭和五一年。(6) 高橋輝暁「ガダマーの解釈学」、『文明』第一六号、二三頁以下、昭和五一年一月。(7) いうまでもないことであるが、クレッシェルは、ガダマーの見解をご都合主義で利用しているのではない。彼の「法制史」観そのもの背景に、ガダマーの「哲学的解釈学」やその影響を引く「法律学的ヘルメノイティク」があり、またこの「ヘルメノイティク」の背後には、戦時下に歪められた学問の立て直しを目指す、敗戦後の西ドイツの学問的な営為が存在しているのである。前註(4)(7)をとりあえず参照。

四 法学としての法制史

(1) 「なぜいま「法学としての法制史」なのか」クレッシェルが法制史という場合、それは、「一九世紀初頭になってようやく、歴史法学の一部門として成立した」^(1-a)ドイツ法制史を基本的に指している。成立当初の法制史に関連して、クレッシェルは、次のように述べている。^(1-b)以下、説明を少し加えながら、要約してみたい。

K・クレッシェルの「法制史」観について

同志社法学 四一巻六号

一七 (八八三)

- (a) 法制史家は、ゲルマン的自由や中世都市市民の自由などに関する、はるか昔の現実についての法制史的理解を、自由な立憲国家建設という現実の課題を達成するために応用し適用することができる、と推論していた。
- (b) そう推論できたのは、現実社会の法的形成に参加するのが、法制史に与えられた不断の任務である、という意識に支えられてのことであった。

(c) そうした意識は、後になってようやくドイツ法制史から失われた。失われ始めたのは、ドイツ民法典が成立する一九世紀末の時代・制定法実証主義の成立の時代からであり、

(d) 法概念の意味が狭まって、規範だけを意味するようになってからである。

(e) その結果、法制史は、法規範と規範複合体という意味での法制度との歴史に変わってしまった。

(f) 現実社会に対する実際の任務を解かれた、昔の現実についてのそれまでの法制史的理解は、現実から遊離したイデオロギーとして作用するようになり、とりわけ法学的自然主義の時代・ナチスの時代には、その作用は、恐ろしい神話形成が行われるまでに強化された。

(g) この作用も、また、法制史の成立当初とは違った形ではあるが、観察的理解をはるかに越えた、ドイツ法制史の現実的作用なのである。このように、法制史、とりわけドイツ法制史には、観察的性格は全くといっていい程なかったし、それは、常にアクチュアルな性格を持っていた。

クレッシェルは、法制史が、かつて負っていた実際の任務から解き離され、現実から遊離してしまったことが、恐ろしい神話形成にまで至った、法制史のイデオロギー的作用の原因であったと、ここでは考えている。^(1c) また、現実から遊離してしまった法制史は、それ以来、その学問的比重が低下し続けているにも拘らず、自らの学問的性格や方法について未だに確信がもてない状態のままである、とクレッシェルは指摘している。^(1d)

これらのことから、クレッシェルには、「法制史とは、いかなる学問であるのか」・「法制史は、自らをいかなる学問として理解し直すのか」を、前節で整理したように、新たに問い直すことが必要であった。また、法制史は、最初から適用的な性格を持っていたし、そもそもからして法学の一分科であったことを、改めて明確にさせることが必要であった。^(11e)

(2) 「法制史と法学をつなぐもの」(「責任の規範 (Kanon der Verantwortung)」) では、法制史が、見失っていた自己をこのように再発見することで、どうして法制史のイデオロギー的作用はおさまり、そして、その学問的比重は高まるのであろうか。

(a) 法制史が、適用的な自らの学問的な性格を悟り、意識の底にそれを刻みつけることは、法学の他の分科と共有すべき、現実社会に対する自らの学問的任務・現実社会の法的形成任務を真に自覚することである。

(b) 学問的任務を真に自覚する者は、また、作業結果に対する自己責任が厳しく問われることを自覚している者でもある。したがって、彼らは、自分の観念地平をいつでも開放し変更する用意を持って史料の概念世界に沈潜し、そして、そこで、自分の事前理解の適否について幾度も問いかけを行うのであって、自分の直感像に固執することを決してしない。

(c) こうした緊張の中で得られる過去の法の現実についての理解は、現在の法の現実の理解にただしく寄与せずにはいない。また、法学の他の分科の注目を引かずにはいないし、影響を与えずにはいない。

クレッシェルはこう考え、そして、その考えを、後に引用する文中に現れる「責任の規範」という言葉で象徴的に表現しているのではなからうか。^(11f) 学問的任務と任務遂行上の絶対的な個人責任とを自覚することが、法制史と法学とを再び架橋し、また、法制史を再生させる上で、まずなによりも必要な条件であり前提である、とクレッシェルは考えて

いるように思えるのである。

(3) 「法制史と法学とをつなぐもの」(二) 「作用する法 (Law in action)」では、法制史は、「責任の規範」を自覚するだけで、法学に再び統合されうるのであろうか。あるいは、現実社会の法的形成任務を、法解釈学など法学のほかの分科と共に分かちあうことができるのであろうか。クレッシェルによれば、法制史が現実から遊離しだしたのは、そもそも制定法実証主義が成立し、法概念が規範の意味に狭まってからのことである。したがって、法制史における「責任の規範」は、法規範 (Rechtsnorm) の意味とは異なる法概念に裏打ちされない限り、実際には効果を發揮することができないし、精神主義的な掛声に留まることになる。クレッシェルは、これに関連して次のように述べている。^(1-g)

……法制史は、現代の意識をそのように不可避免的に刻みつけるので、一般的な「法の経験」に照らして法制史史料を解釈するだけでは、十分とはいえないのである。法制史は、自分自身の働きかけを自覚するためには、むしろ、法の現実性 (Wirklichkeit) についての、方法的に考え抜かれた概念を必要としているのである。さもなければ、我われが取り上げた例が示したように、伝統としての過去から近代人を解放する（そうできると思い違っただけのことなのだ）代わりに、法学者ももはや制御できない、伝承の解放が始まるのである。

また、クレッシェルは、次のようにも述べている。^(1-h)

法制史が、その使命を果たす場合は、研究者がその歴史的「対象」に一人で立ち向かうところにはないし、対象に対する学問的取り組みが知的に連続しているところにもない。今日の社会的諸条件のもとにおける、また法学生がいつかは果たすであろう、実際の諸任務を背景にした法学習の現実「の世界」がその場なのである。法そのものの教育と内的に関連することなく、歴史教育の担い手としてここでこれまで割り当てられていた役割は、確かに名誉に満ちたものではあるが、しかし、法学方法論

や法理論の進展によって時代遅れなものになってしまっているのである。この役割は、変化した方法論的状况に法学教育が新たに対応するやいなや、間違いなく終わりを迎えるであろうし、法制史の新しい自己理解にもはや適応できなくなるであろう。それに対して、法の歴史性を新たに自覚した法学は、この歴史的本質の解釈者として、法制史をその昔の職務に再び就けるに違いない。そのさい、法制史史料を影響作用史的に解釈する場合の解釈原理として、社会学的に基礎づけられた、法の現実性についての概念が、法制史の役に立ちうるであろう。この概念は、すべての他の法学者の場合と同じ責任を法制史家に課し、また、法制史を法学の中に再統合するための基礎を提供するのである。かくして、法制史の作業を規定するのは、結局、「責任の規範 (Kanon der Verantwortung)」なのである。

法の現実性についての、方法的に考え抜かれた概念として、クレッシェルが持ち出しているのは、「作用する法」である。この「作用する法」の概念は、ロスコウ・パウンドの創作である。それは、「紙上の法」・「紙の上の法」とか「法令集の法」と翻訳されている *law in books* に対置されるもので、法廷における裁判官の制定法適用作業を通して創造される法のことを主として意味している。⁽¹¹¹⁾

ドイツでこの概念を受容した中に、ガダマーの「哲学的解釈学」の影響を受けた「法律学的ヘルメノイティク」がある。この学派を代表する人物の一人が、クレッシェルがその考え方を肯定的に引用しているヨーゼフ・エッサーである。⁽¹¹²⁾ 青井秀夫によれば、エッサーにあっては、「法定立を立法者の独占権に委ねる伝統的な三権分立理論は放棄」⁽¹¹³⁾ されているという。関連して、青井は、次のようにも述べている。⁽¹¹⁴⁾

啓蒙期合理主義自然法の公理主義的思想を精神的背景として成立した制定法実証主義の無欠缺性のドクマが最早維持しえなものであることは、自由法学の登場以来大方の承認をえてきているが、しかし制定法実証主義の根強い慣性の下では、裁判

官法は、あくまでも制定法への当座しのぎの糊塗策乃至制定法への不愉快な補遺・訂正乃至制定法の単なる精錬としての、即ち換言すれば制定法に対する補充的従属的な法源性を付与されるに留まる。(それ故裁判官の法定立権能は補充的従属的なものにすぎない。)しかし、今や、エッサーに於いては、こうした関係は逆転し、裁判官法は、「法命題形成(創造)の機能的に正常な且つ必然的な部分」としての高い地位を獲得し、法定立の主たる責任ある担い手としての役割は、立法者の手からむしろ裁判官の手へと転移される。この点に於いてアメリカのリヤリズム法学からの顕著な影響(即ち“judicial legislation”の大陸法内部における大胆な受容として)が看取されるのである。

クレッシェルによれば、エッサーに代表されるこの学派の方法論は、「裁判官の継続的法形成と、それに関連した、近代法学上の諸問題の個別専門的な議論とについての深められた理解」に基づいており、その理解から得られた認識である、「法確信の歴史的連続に、『国民の本当の法制度』である普通法(Gemeinrecht)を認めている。」⁽¹¹⁾ においていわれている「法確信の歴史的連続」とは、裁判官たちによる司法的思考の、裁判を媒介にした継続を主として意味しているのであろうし、「普通法」とは、その継続の中で創造される法を基本的に意味しているのであろう。⁽¹²⁾ クレッシェルは、このような背景を持つ「作用する法」が法制史にとって持つ意義に関連して、次のように述べている。⁽¹³⁾

「作用する法」として法を理解する(「法律学的ヘルメノイティク」理論は、法の自己理解についての新しい可能性を法制史に開いたことは明白である。それというのも、その理論は法の歴史性を法概念に一緒に包摂しているからである。「制定法実証主義などの」より古い法理論が、規範をいわば客観的に存在している、それ自身不変のものと考えることができたのに対して、より新しい理論の考える法は、例えば判決の歴史の形で歴史的に理解することができるからである。この場合の判決とは、既存のもの「発展」でもなく、用済みの「過去」でもなく、媒体(Medium)、つまりただそれだけを通して、人が問題を認

識し、自分の法的判断を定式化することを学ぶ媒体である。したがって、この理論は、「ガダマーの」哲学的解釈学と全く同様に、解釈と適用との一体性、解釈と変化との一体性を自覚している。

さらに、クレッシェルは、これに続けて次のように述べている。

だから、ある法原理 (Rechtsprinzip) の法制史的研究もまた、それが何百年も、それどころか何千年も遡らなければならぬ場合でさえ、この「法律学的ヘルメノイティク」理論の見方からすれば、純粹に觀察的なままではありえないのである。全ての歴史的認識は、知られた事実の手持ちを単に増やすだけではなく、同時に問題意識全体を変化させるのであり、そのことによって法制史家は、法律実務家に負わされているアクチュアルな責任を分担するのである。

(4) 「法制史と法学との再統合」 「法とは、基本的に法規範であるというのであれば、法制史はそれを適用することにはなにも関係がなく、要するに一つの歴史学であることになる」、とクレッシェルは述べている⁽¹⁰⁾。しかし、法学が、法概念についてのこれまでの理解を改め、「作用する法」こそが真の法概念であることに気づくならば、法制史は、法解釈学など、法学の他の分科と、同じ法概念を共有することができるし、共有しているその法概念を媒介にして、法制史とそれらの分科との間の相互理解も可能になる。また、「作用する法」が真の法概念として認められるならば、法制史に求められるものも、過去の現実についての歴史的な教養では最早なくなる。それというのも、例え何百年前の過去であれ、あるいはつい最近の過去であれ、その現実についての法制史的理解は、例えば裁判官の司法的思考に働きかけ、法的判断形成の媒体として作用することを通して、現実社会の法的形成にアクチュアルに組み込まれて行くからである。法制史は、孤高を持って過去と向き合う存在ではなくなり、そもそもが歴史的存在である、

現在の現実の歴史性を理解するために、法学やあるいは法学教育にとってなくてはならない存在になるのである。

(5) 「責任の規範」再論 研究作業を規定するもの」「作用する法」は、制定法を素材とし、それを理解・解釈する行為に媒介されて形成される。ここでの解釈とは、解釈者が、テキスト、つまり制定法規を素材としながら、その一般的命題を、具体的事実に適用するという形をとって、実は、個別具体的な問題について、新しい法を創っていく、という法創造作用なのである。法解釈が、このように解釈者の実践的行為であるとすれば、法解釈によって、一つの結論を導きだす究極のものは、解釈者の決断ということになる。したがって、解釈者は、導きだしたその結論に自ら責任を負わなければならないのであり、法の名において、その責任を回避することは許され^(1-p)ない。クレッシェルが「責任の規範」という場合の「責任」も、こうした性格をもつものとして理解することができるであろう。したがって、彼の考える、法制史家が法律実務家との間で分かちあうアクチュアルな責任とは、つまりは、こうした高度に主体的な責任を指しているとみななければならないのである。

(1) (a) DRG, S. 9. (b) Haus, S. 56. 世良「法観念」一五一―一六頁。(c) このイデオロギー的作用の具体的内容についての、世良の次の説明を引用しておきたい。

「K (クレッシェル―筆者) が、法概念でなくなった理念型的概念が発揮した『イデオロギー的機能』としてあげている例は、ビスマルクが官吏に対して皇帝への封臣的誠実 (Vasallentreue) を求めたこと (Haus, S. 57 Anm. 262) 、『ライヒ最高裁判例集一五八、二五四が株主の誠実義務を定式化したこと』、『一九三三年のライヒ世襲農場法 (Reichserbhofgesetz) がジッペ制を導入したこと (Anm. 261)』、『殺人的な神話形成』の例としては、『ジッペ責任』と『血を異にする人間 (der Fremdblütige) は平和も法ももたない』という観念 (Anm. 263) である。われわれは、このほかに、と

りわけゲルマン的な『指導者原理』(Führertum)や、近代的な労使関係も家長制的なムント原理にしたがって規律されるべきであるとする、ドイツの学者にしばしばみられた主張など、多くの例をあげることができるであろう」(世良「法観念」一七—一八頁。)

(d)世良「法観念」一五—一六頁、Haus, S. 48-49, 56. 西川「翻訳」七六—七九頁、VG, S. 58-65. 前節三註(c)、DRG, S. 1-12. とりあえず、次の文章を引用したい。

法制史が自らの法的基礎と自己理解とに確信を持つことが、いま必要なことはいままでもないことであろう。しかしながら、誰の目にも明らかのように、事態はそうはなっていない。「ドイツ法制史は、研究分科としても、大学における教育活動においても、ずっと以前から危機に陥っている。〈ドイツ私法論〉は、多くの大学において講義プログラムの中からすでに完全に消えており、一世代前から包括的な叙述はもはや出されておらず、個々の問題についても法制史研究の対象になるのは稀なことにはすぎない。狭義の〈法制史〉——すなわち、とりわけ国制史——は、歴史家たちの激しい攻撃にさらされている。歴史家たちは、地域史的方法をはじめとする多彩な方法の助けを借りて、昔の国制について新しい具象的な像を描くことができた。法学部の中には、法制史の講義時間数を大幅に削減し始めたところもあり、法制史が法学諸分科の圏外にはみ出ていくという動きが見え始めている。」(Haus, S. 48.) 「内は世良「法観念」二五頁。)

(e)世良「法観念」一七頁参照。世良は、ここに整理したクレッシェルの考え方を次のように批判している。

「……ドイツ民法典の成立する一九世紀末頃から、法制史の『法ドグマティークの婢女的役割』からの解放の動きが起これてくるのである。注目されるのは、この事実ではなくて、この事実のついでにK(≡クレッシェル—筆者)の評価である。Kは、歴史法学派の人びとが、短絡的な推論をしたり、歴史的認識を歪曲したりしたことは認めながらも、彼らが『法による社会形成の任務の連続の意識』をもっていったとして、彼らをむしろ評価しているのである。法制史と法ドグマティークとの基本的同質性を認める点で、Kと歴史法学の考え方は一致しているのであるから、Kのこの評価はあるいは当然だといえるかもしれない。しかし、歴史法学派の考え方を批判的に検討したコッシャーカーやH・ミッターリスやヴィーアッカーの主張を一切無視して、法律家でも歴史家でもないガーターのみに依拠して、法制史と法ドグマティークの同

質性を主張するKの態度には、法制史をどうしても法学の一部門として確立しようとする彼の使命観が、理論を抜きにして働いているように思われる。」

(f) Haus, S. 61. 本稿二二頁。註(e)の引用文に続いて、世良は、クレッシェルを次のように批判している。

「しかし、これらの概念がイデオロギー的機能を発揮したのは、Kのいうように、それらが『法の実現という連続的・歴史的な任務にもはや志向することなく、理念型的概念に転化した』からでは決してない。右の諸例のすべてにおいて、諸概念のイデオロギー的利用を準備し、促進し、主張したのは、法制史を『認識的・観察的』なものとして理解した人びとではなく、それを『現実志向的 (aktualisierend)』、応用的』なものとして理解した人びとであった。」

(g) Haus, S. 60-61. 世良「法概念」二〇、二四頁。世良は、クレッシェルのこの考えを、次のように批判している。

「彼のいう『伝承の解放』は、可能性としてはたえず生じることであり、これを制御することこそ、学問としての歴史学の任務である。『伝承の解放』を絶対に起こさない歴史学など、ありうるはずはないのである。歴史家たちの論争の大きな部分は、それを制御するための努力の表現である。法律家は、法律家として現代の問題処理の責任を負っており、歴史家たちの描く中世像に対してみずからどう対処するかを自分の責任で決めえないというのは、それこそ『無責任』のそしりを免れないであろう。中世がどうあったかということ、現在の問題処理にそれを利用すべきであるかどうかということとは、全く別の問題なのである。」

もっとも、ナチスの支配時代におけるように、社会の風潮が一つの方向に強引にもっていかれるような時代には、この風潮を『制御』することは、確かにきわめて困難であるが、これについて学問的に最大の責任を負うべきものの少なくとも一つは、『ゲルマン民族』の特性を強調したドイツ歴史法学派の考え方であった。わたしは、K(≡クレッシェル―筆者)はまずもってこの学派を批判的に検討すべきであると思うが、彼にとつてこの仕事は用意ではないであろう。」(世良「法概念」二四頁。同三五―四〇頁参照。)

(h) Haus, S. 61. 世良「法概念」二二―二二頁。引用文中の「影響作用史的解釈」については、とりあえず高橋輝暁「ガーターの解釈学」(『文明』第一六号、昭和五一年参照。)(i) K・N・ルウェリン、藤倉皓一郎訳「現実主義の法理学」(恒

藤武二編訳『現代の法思想』ミネルヴァ書房、昭和四一年、一七二頁。特に、九頁註(2)参照。六本佳平『法社会学』(岩波書店、昭和六一年)四〇―五五頁。特に四六―四七頁参照。他に、R・パウンド、恒藤武二訳『法哲学入門』(ミネルヴァ書房、昭和三二年)。パウンド(Roscoe Pound, 1870-1964)については、恒藤訳『法哲学入門』の「あとがき」の諸文献を参照。特に、末延三次「パウンド」(木村亀二編著『近代法思想の人々』日本評論社、一九六八年、一六四―一七三頁。)(j) Haus, S. 58-59. (k) 青井秀夫、前掲論文(統)、七〇頁、八五―八六頁。(l) Haus, S. 58. (m) 早川武夫「パウンド」(『法学者・人と作品』法学セミナー一九七四年六月号別冊)の次の説明が、この部分の理解に役立つであろう。引用文中の「普通法」とは、イギリスのコモン・ローのことである。

「パウンドはいう、普通法は本質的に司法的思考の方法であり、具体的な法律問題の解決の仕方であるのに対し、大陸法のほうは基本的に抽象的な法概念や法規の体系である。司法は後者では事件をその抽象的体系の論理的範疇にはめ込む作業であるが、前者では過去の司法的経験を当面の具体的事件にあてはめて判断する作業であって、ここから基本的制度としての先例主義、司法権の優越(司法審査制に代表される)、公開裁判などの原則が生まれる。」

文中の「抽象的体系の論理的範疇にはめ込む」ための技術を、エッサーのいう「包摂技術(Subsumtionstechnik)」に対応させて、同じく文中の「具体的な法律問題の解決の仕方」を、エッサーのいう「トピック的論証方式(eine topische Argumentationsweise)」に対応させて考えることができるであろう(Haus, S. 58)。「包摂実証主義」については、青井秀夫、前掲論文(正)、一一一頁註(12)、一一八頁。(g) Haus, 58-59. (h) Haus, S. 57 (p) 渡辺洋三『法とは何か』(岩波新書、一九七九年、一九八―二〇一頁)。渡辺が、ヘルメノイティクを視野にいれて、この部分の叙述をしているかどうかは分からない。しかしクレッシェルのいう「責任の規範」の「責任」とは、つまりはこういう性格のものではなからうか。

五 おわりに

私は、クレッシェルの「法制史」観を整理しながら、クレッシェルの考え方を、これまで表面的にしか理解してい

なかったことを痛感させられた。世良がクレッシェルの「法制史」観に鋭く切り込まなければ、それに気づくのはもっと後のことになったのであろう。世良の「法観念」論文は、私の不勉強を思い知らせるものであった。

本来ならば、ここで、クレッシェルの「法制史」観の意義について整理し、本稿を終えるべきであらう。最初はその予定でいた。しかし、そうするためには、本稿の範囲の整理では不十分であり、さらに検討しなければならぬ幾つもの問題が残されていることが、執筆の過程で明らかになってきた。

例えば、私の理解によれば、一人の法制史家が過去の法の現実をどう理解するかを決め手は、クレッシェルにとって、結局のところ、個人の決断であるように思えるのであるが、そうであるとすれば、法制史家の一人一人がそれぞれの決断でそれぞれの理解をするのであるから、過去の現実の理解について、いわばアナーキーともいえる状態が出現するようなことは、果してないのか。クレッシェルは、なにをもって、そうならなかったための歯止にしようとしているのであろうか。

クレッシェルは、「作用する法」こそが、真の法概念であるという。パウンドの場合も、「法律学的ヘルメノイテイク」の場合も、それは、裁判官の司法的思考を媒介にして創造される法のことを、主として意味している。そうすると、法制史研究も、法廷を主として視野におさめて進めるべきである、ということになるのであろうか。クレッシェルは、法学教育の場こそが、法制史がその使命を果たす場であるという。そうすると、一人一人の学生が自分を裁判官と見立てて法的思考を訓練する、その訓練と結びつくことで、法制史は、その真価を發揮することができる、ということになるのであろうか。それとも、クレッシェルは、「作用する法」の存在を、行政機関などもっと広い範囲の

いろいろな場所にも認めようとしているのであろうか。そうであるならば、どういふ場所を考えているのであろうか。⁽¹⁾

法制史が適用的な学問であるかどうか、ということの問題にする場合には、ガダマーの見解やそれを批判したヴィアッカーの見解などが検討されなければならない。クレッシェルの考え方を背後で支えている「哲学的解釈学」・「法学的ヘルメノイティク」を理解するためには、ミッタースに代表される、「再生自然法」の考え方を整理しなければならぬ⁽²⁾、戦後西ドイツにおける「法制史の自己理解」に関わる議論の全てが整理されなければならない。

これらの問題の整理を進めるなかで初めて、クレッシェルの「法制史」観の意義が明らかになっていくであろう。また、同時に、世良の「法制史」観やその意義を、クレッシェルのそれと比較するための視点もはっきりしたものに
なるであろう。

本稿を執筆するにあたり、勝田有恒（一橋大学法学部）、深田三徳（同志社大学法学部）、松浦好治（大阪大学法学部）、石井幸三（竜谷大学法学部）の各氏から御教示を戴いた。記して感謝したい。

- (1) パウンドの場合は、行政機関なども視野に入れていようである。恒藤武二編訳『現代の法思想』（ミネルヴァ書房、昭和四一年）九頁註(2)。六本、前掲書、四〇―五五頁、特に四三頁参照。
- (2) 青井秀夫、前掲論文（正）、九九―一七頁。