

世良晃志郎のクレッシェル批判を考える

——西洋中世法の性格を捉える視角の明確化のために——

岩 野 英 夫

一 はじめに

二 「クレッシェルの「理論」とその批判」をめぐって——批判
点の整理を中心に——

(1) 「概念構成の問題」

(2) 「概念構成の問題——批判点の検討(一)——」

(3) 「法制史の自己理解」

(4) 「法学としての法制史」

三 クレッシェルの「法制史」観について・再論——批判点の検討——

(1) 「法制史の自己理解(一)——なぜ法制史の自己理解なのか——」

(2) 「法制史の自己理解(二)——法〔解釈〕学と法制史とは本来
一体であった——」

(3) 「法制史の自己理解(三)——法〔解釈〕学と法制史とを再統
合するもの——」

(4) 「法制史の自己理解(四)——ヘルメノイティクからみた法
〔解釈〕学と法制史——」

(5) 「クレッシェルと世良との共通点と相違点」

(6) 「クレッシェルと世良との決定的な相違点」

(7) 「ヘルメノイティクにおける「問いと答えの弁証法」

(8) 「概念構成の問題——批判点の検討(二)——」

(9) 「法概念」「解釈学的循環」「責任の規範」——殺人的な神
話形成を阻止するもの——

四 「クレッシェルのとり上げる具体的な問題点」をめぐって
——批判点の整理と検討——

(1) 「『良き古き法』概念」

(2) 「史料上の「言葉と概念」

(3) 「ゲルマン的法概念」

(4) 「ケルンと自由法論」

五 「クレッシェルの描く中世法像」をめぐって——批判点の整
理と検討——

(1) 「非規範的法」

(2) 「アグレガートツーシユタント」

六 ま と め

一 はじめに

一九八九年に急逝された世良晃志郎教授は、最後の大作「中世的法観念をめぐる一つの問題——K・クレツシエルの考え方の検討——」を遺された⁽¹⁾。一九八七年に公にされたこの論稿では、西洋中世法についてのカール・クレツシエル教授の理解が、その「法制史」観にまで遡って厳しく批判されている。

私は、本稿に触発されてこれまで二つのテーマで論文を作成した。一つのテーマは、クレツシエル教授の「法制史」観に係わっている⁽²⁾。クレツシエル教授の「法制史」観を整理しその意義を確認することが、この作業の基本的な目的であった。もう一つのテーマは、世良教授の「法制史」観に係わっている⁽³⁾。世良教授の「法制史」観を整理しその意義を確認することに加えて、世良教授の「法制史」観とクレツシエル教授のそれとの間の共通点を探ることが、この作業の大きな目的であった。これらの作業を通して確認された、二つの「法制史」観に共通する点は、「時流に流されることもおもねることもない、法制史の一学問分科としての自立とそれを可能にする研究方法の確立の必要性についての強い自覚」⁽⁴⁾であった。この「自覚」は、一九世紀以降ナチスの時代を経て戦後に至る歴史の流れのなかで法制史がたどってきた歩みへの深い省察から共に導かれている。世良教授とクレツシエル教授とは、中世法についての理解も研究方法も確かにまったく異なっている。しかし、その一方で、この「自覚」がそれぞれの「法制史」観の背後にあってこれを共通に支えている、というのが私の考えである。本稿の目的は、こうした共通性を前提にした上で、クレツシエル教授の考え方に対する世良教授の批判点を整理し検討することにある。そのことを通して、西洋中

世法の性格をめぐる論争をあれかこれかの二者択一に終わらせることなく、西洋中世法を捉える視角の一層の明確化という課題につなげたい、というのが私の願いである。そのようにして明確化される、おそらくは複眼的な視角が、法史料と向き合い、それが語るどのようなことも聞き漏らさないための確かな保障である、と私は思う。

中世法についてのクレッシェル教授の考え方を批判した、世良教授の最初の論文は、一九七六年に公にされた『古き良き法』と中世的法観念⁽⁵⁾である。この論文の不十分なところを補い⁽⁶⁾、クレッシェル教授の考え方をその「法制史」観にまで遡って改めて全面的に批判したのが本節冒頭に掲げた論稿「中世的法観念をめぐる一つの問題」である。したがって、本稿では、もっぱらこの後者の論稿を手がかりにして問題の考察を進めることにしたい。世良教授のこの論稿に対して、村上淳一教授が書評の労を執られている⁽⁷⁾。この書評からは多くの示唆を受けた。

次章以下の叙述に係わり、次の点をあらかじめお断りしておきたい。人名については敬称をすべて省略することをお許し戴くこと。紙数を節約するために、詰め込みにはなるが、まとめられる註についてはこれをすべて一つの註にまとめ、頻繁に引用する以下の文献については、文献に付けた番号で引用すること。引用文のなかで指示されている文献についても、この番号で引用すること。

- ① 世良晃志郎「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、一九八七年所収、三—五九頁)
- ② 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)
- ③ Karl Kroeschell, *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht*, 1968.

- ④ Karl Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*: in *Vorträge und Forschung*, Bd. 12, 1968, S. 309-335.
- ⑤ Karl Kroeschell, *Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters*: in *Beiheft 6 zu „Der Staat“*, 1983, S. 47-103.
- ⑥ Karl Kroeschell, *Abschied von der Rechtsgeschichte? in Juristenzeitung, Sonderheft zu Studienreform*, Nov. 1968, S. 20-26.
- ⑦ Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250)*, 1972.
- ⑧ K・クレッシェル著、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道——』（創文社、一九八九年）
- ⑨ 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』第六四卷五号、一九七〇年、五二九—五五三頁）
- ⑩ 勝田有恒「法制史教育の現状と問題点・西ドイツ」（『法制史研究』第二二号別冊、一九七三年、一一三〇頁）
- ⑪ 岩野英夫「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——」（『同志社法学』第二二二号、一九九二年、一一二九頁）
- ⑫ 岩野英夫「ハンス・ゲオルク・ガダマーの『哲学的解釈学』について——K・クレッシェルの『法制史』観の理解のために——」（『同志社法学』第二二三号、一九九二年、二一九—二二五頁）
- ⑬ 岩野英夫「K・クレッシェルの『法制史』観とヘルメノイティク」（杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』敬文堂、一九九二年所収、五五五—五七九頁）
- ⑭ 岩野英夫「世良晃志郎の『法制史』観について——西洋中世法の性格をめぐる論争の整理のために——」（『同志社法学』第二三二号、一九九三年、九一一—一六七頁）
- ⑮ 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』第一五五号、一九七九年、一一一—一六頁）
- ⑯ 岩野英夫「F・ケルンの法思想」（矢崎光國・八木鉄男編『近代法思想の展開』有斐閣、一九八一年所収、九七—一一八頁）
- ⑰ フリッツ・ケルン著、世良晃志郎訳『中世の法と国制』（創文社、昭和四三年）
- ⑱ Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1976.
- ⑲ 村上淳一「世良晃志郎『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——』（『法制史研究』第

三八卷、一九八八年、三三七―三四二頁)

(1) 世良晃志郎「中世的法観念をめぐる一つの問題——K・クレツシエルの考え方の検討——」(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、一九八七年所収、三―五九頁)。

(2) ここで言う「法制史」観とは、法制史の方法や役割についての考え方という程度の意味である。岩野英夫「K・クレツシエルの『法制史』観について——世良晃志郎教授の問題提起にふれて——」(『同志社法学』第二二二号、一九九二年、一―二九頁)、同「ハンス・リゲオルク・ガダマーの『哲学的解釈学』について——K・クレツシエルの『法制史』観の理解のために——」(『同志社法学』第二二三号、一九九二年、二一九―二三五頁)、同「K・クレツシエルの『法制史』観とヘルメノイティク」(杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』敬文堂、一九九二年所収、五五五―五七九頁)。

(3) 岩野英夫「世良晃志郎の『法制史』観について——西洋中世法の性格をめぐる論争の整理のために——」(『同志社法学』第二三二号、一九九三年、一―七七頁)。

(4) 岩野、前掲、四頁。

(5) 加藤新平教授退官記念『法理学の諸問題』(有斐閣、一九七六年所収、二〇六―二二八頁)。

(6) 世良晃志郎「中世的法観念をめぐる一つの問題——K・クレツシエルの考え方の検討——」(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、一九八七年所収、四―五頁)。

(7) 村上淳「世良晃志郎『中世的法観念をめぐる一つの問題——K・クレツシエルの考え方の検討——』」(『法制史研究』第三八卷、一九八八年、三三七―三四二頁)。

二 「クレツシエルの「理論」とその批判」をめぐって——批判点の整理を中心に——

世良は、クレツシエルの考え方を三つの大項目を立てて批判している。それらの大項目とは、「クレツシエルの

「理論」とその批判」「クレッシェルのとり上げる具体的な問題点」「クレッシェルの描く中世法像」である。これらの大項目の中の最初のもは、クレッシェルの「法制史」観の根幹に係わる部分である。本章で取り上げるのは、この最初の大項目である。それは、「概念構成の問題」「法制史の自己理解」「法学としての法制史」という、三つの小項目から構成されている^(1a)。以下、本章では、これらの小項目の順に批判点を整理したい。その批判点を検討するためにはクレッシェルの「法制史」観との関連づけが必要であるので、その作業は次章にまわす。ただし「概念構成の問題」に係わる批判点の中には本章で取り上げることが可能なものもあり、叙述を複雑にすることにはなるが、その部分については本章で検討を加えておきたい。

(1) 「概念構成の問題」 この小項目で主として取り上げられているのは、法制史の研究対象に係わるクレッシェルの考え方である。世良は、それを次のように要約している^(1b)。

K（＝クレッシェルのこと―引用者。以下同じ）は、「概念的に把握されておらず、言葉をもたない（sprachlose）ような事実（Faktum）」は、法制史の研究対象ではなく、「われわれにとつての〈ザッヘ〉とは、わたしの確信によれば、概念にまでもたらされた現実（die auf den Begriff gebrachte Wirklichkeit）^{すなわち、言葉（Sprache）によって概念的に把握され、そうすることによって始めて社会的現実の法的構造要素になりうるに至った社会的現象であり}」（⑤六八頁、②八二頁）、「社会的実在は、このような概念的な姿においてのみ、法制史研究の対象になりうる」（⑤七二頁、②八四頁）と言っている。

このように、クレッシェルが考えている法制史研究の対象は、「法的に概念化された社会諸現象」ないしは「法的に概念化されたもろもろの社会構造」としてのザツヘ (Sache) ^(1-c) である。したがって、言葉によって概念的に把握されていない「事実 (Faktum)」は、「純粋な思惟像 (reine Gedankenbilde)」^(1-p) とともに法制史研究の対象からは除外されている。法的な意味を獲得したある現実を言葉で捉えた法概念 (der rechtliche Sachbegriff) ^(1-e) にだけ、クレッシェルは研究対象としての価値を認めている。

なぜそう言えるのか。ガーダマーのヘルメノイティク (＝哲学的解釈学) に、クレッシェルはその根拠を見出している、と世良は言う^(1-f)。

……Kは、ガーダマーの解釈学の中に、自分の主張の最も有力な裏づけを見出す。ガーダマーは「史料の言葉 (Wort) の中に、歴史的現実の理解に通ずる決定的な道を見出しており」、彼によれば、「言葉の中にのみ、過去の時代の自己理解が直接に表現されていて」、「言葉は意味に、したがってザツヘ「事実・事物」に到達するための、方法的に確実な唯一の通路なのである」(③五一頁)。

クレッシェルの以上の見解に対する世良の批判を、私なりの理解を加えながら整理すると、それは次のようになる。第一の批判点は、クレッシェルの考え方では、「中世人とは違った言葉や概念」を使って中世を分析できなくなる、という点である。^(1-g) 例えば、「西欧においてのみ合理的な文化 (合理的な資本主義、合理的な官僚制、合理的な学問等) が成立しえたのはなぜか、という問題関心」から現代人が中世を考察しようとしても、そうした問題関心を当然のことながら持ちえなかった中世人はその考察のための言葉や概念を残してはいない。したがって、中世人の知らない言

業や概念を使わなければ、現代人は中世を分析することができない。また、中世人が中世社会を正しく理解していたという保証はないし、むしろその反対のことを推定させる材料が多い^(1-h)。だから、中世人の残した言葉や概念だけでは、現代人は中世社会を正しく理解することはできない。世良はそう批判する。

第二の批判点は、あるザッへの形成史が法制史研究の対象外の問題になってしまう、という点である。それというのも、あるザッへは、その形成の過程においては未だ概念を持ちえないのが普通だからである。したがって、法制史の研究対象になり得るザッへは、クレッシェルも認めているように「突如として」登場することになり、そのためザッへの生成・確立・展開の過程を発展史的に考察することができなくなる⁽¹⁻ⁱ⁾。

第三の批判点は、第二の批判点に関連していることであるが、概念的に把握された姿でしか法が扱われないために「法を実証主義的に現実から切り離しているという非難^(1-j)」を免れることができない、という点である。「Kの言葉や概念の理解の仕方は、ほとんどもっぱら、史料に現れる言葉の語義の吟味と、その言葉がラテン語かドイツ語かまたはラテン語の借用訳語 (Lehnwort) としてのドイツ語か、その言葉の中に教会的観念がどれだけ入っているか等の言葉の由来を吟味するという方法によっている。確かに、Kも、『意味の理解に到達するためには、言葉だけに厳格に方法的にしがみついているだけでは十分ではない。むしろ、言葉を通じて理解される現実への適切な関係づけが必要である』といったことがあるが^(1-k) (③五三頁)」、しかしながらそのことに成功していない。

第四の批判点は、こうした概念の世界に沈潜することが法制史家に要求されている、という点である。クレッシェルの場合、決定的に重要なことは、「研究者が史料の概念世界に沈潜し (sich auf die Begriffswelt der Quellen

einlassen)‘、そうすることによって自分自身の觀念地平を開放し、変更するだけの用意をもっているかどうか」である。そこでは、「史料の概念世界だけが絶対的であり、研究者はただ受け身でそれを明らかにすればよいのである。換言すれば、Kの『理論』においては、中世に対する現代的な問題提起がない、というよりもそのような問題提起をすること自体が拒否されている⁽¹¹⁾」。

(2) 「概念構成の問題——批判点の検討(一)——」 結論を先取りして言えば、第一・第二の批判点には基本的に同意できるが、しかし第三・第四の批判点は、私には疑問である。このことを前提にして、以下、批判点を具体的に検討する。

第一・第二・第三の批判が出るのは、言うまでもなく、言葉によって概念化された法的な事柄(Ⅱザツへ)のみが法制史研究の対象である、とクレッシェルが言い切っているからである。この考え方によれば、諸々の状況から考えて法的な意味を推測できる事柄であつても概念を持たないという理由で研究対象から除外されてしまうことになる。したがって、理論的に言えば、法制史研究の対象になり得る現実^(21a)は結局のところ史料に残されている法用語の数だけしか存在し得なくなる。また、例えば「封建制社会の法的構造」というテーマのもとに、レーエン制や古典莊園制などの典型概念をいくつも組み合わせ、ある歴史社会の全体像を捉えようと試みることもできない。あるいは、「良き古き法」という、中世人が用いなかった用語で、中世社会の法の性格を現代人が特徴づけることも許されなくなる^(21b)。

研究の手法も、確かに、言葉の語義や由来の吟味にもつばら主眼を置いた手法(Ⅱ「概念的手法」ないし「用語分析の手法」)である。しかし、私は、世良の言うように、クレッシェルは「法を実証主義的に現実から切り離^(21b)」して

いる、とは思わない。言葉は事柄の意味に到達するための、确实さという点では唯一の通路である、と私も考えるからである。ただ、問題は、「言葉は意味に……到達するための、方法的に确实な唯一の通路」であるとしても、なぜ、そのことが法制史研究の対象を概念だけに限定することになるのか、という点である。

ガーダマーは「史料の言葉の中に、歴史的現実の理解に通ずる決定的な道を見出しており」「言葉の中にのみ、過去の時代の自己理解が直接に表現」されていると考えている、とクレッシェルは言う。ガーダマーは、事柄の意味は文字に表されることによって「純粋な姿で現れる」、という趣旨のことを確かに述べているし、また「解釈学の本来の使命は、文字に表されたテキストに向けられている」とも述べている。^(21c) しかしながら、ガーダマーは、解釈学の使命は文字に表されたテキストにのみ向けられている、とは言っていない。ガーダマーの言う解釈学の対象は、「すべての伝承、すなわち芸術や、芸術以外の、法律・宗教・哲学など過去のすべての精神的所産」^(21d) であり、そこには文字を持たない事柄も当然に含まれているからである。したがって、ガーダマーの解釈学は、法制史の研究対象を文字(「言葉」)を持つ概念にのみ限定する、クレッシェルの考え方を裏づけるものではない。クレッシェルは、立論との係わりでほかに二人の研究者に言及しているが、いずれにしても文字(「言葉」)を持つ概念に対するこれほどまでのこだわりは、諸学説の検討から導かれたクレッシェル自身の結論である、^(21e) と言える。

ディーステルkamp (Bernhard Diestelkamp) は、ある場所で、クレッシェルに対して質問をしている。^(21f) 「あなたは、概念にまでもたらされた現実こそが法制史の対象であると言われました。それをお聞きしたときにすぐ、私は、それではいささか狭すぎると感じました。ところが、あなたが中世の法概念について話されたこととこのお聞きした

ことを突き合わせたとき、私はまったく分からなくなってしまいました。その説明に照らして考えてみて、中世において、何が一体『概念にもたらされた』のか。私たちは、新しく造られた諸概念を用いて、現在、法制史の研究をしています。というのも、その時代の生けるものはその当時自らを『概念にまでもたらしていなかった』からです。では、概念化されていない法をこのようにして研究することは、あなたの言われるところの法制史からみて許されるのでしょうか。あるいは、ディーステルkampは次のように自らの見解を述べてもいる。^(21g)「例えそれが概念的に捉えられていないにしても、そこで法と考えられているものをこうした史料のなかで探求することは、私からみれば法制史の正当な「研究」対象です。……。あなたは、法制史の「研究」対象を概念にまでもたらされた現実であると規定することによって、法制史を純粋なテキスト学 (reine Textwissenschaft) にしてしまっています。概念はテキストからしか得られないからです。私はそれには反対です」。

ディーステルkampの批判は世良のそれでもある。^(21h)しかしそれにしても、クレッシェルはなぜこれほどまでに文字(「言葉」)を持つ概念にこだわるのか。このことが私の関心を引く。ディーステルkampが抱いた疑問は、専門研究者ならずともごく普通に思い浮かぶものである。クレッシェルもそうした疑問や批判が出されることは当然に予想していたであろう。それにもかかわらず、クレッシェルは文字(「言葉」)を持つ概念のみが法制史の研究対象である、⁽²¹ⁱ⁾と言いつ切っている。なぜそう言い切るのか。法制史のそれまでの歩みに対する反省が、そこに込められているのではないか。石川武は、次のように言う。

この方法(「概念史的手法、法用語の分析―引用者」)について、わが国には(もちろん向うの学界でも)、「こと

ば」や「概念」の分析だけで何がわかるか、という批判がある。もちろん、それだけですべてのことがわかるはずはない。しかし、私は反問したい。こと「法」に関するかぎり、「ことば」や「概念」の分析さえしないで何がわかるのか、と。「法」は——中世においても——まさに「ことば」や「概念」で成り立っていたからである。「ことば」や「概念」の分析の決定的な重要性を指摘する石川の見解に、私は賛成である。〈liber homo〉という史料上の「ことば」を深く読み込んで、〈liber homo〉とは「国王自由人」である、という解釈を打ち出し学界に大きな衝撃を与えた国制史研究者の考え方に立ち向かった、私のかつての経験から、⁽²¹⁾「ことば」や「概念」を史料に即して分析することがどれほど重要であるかを、私は実感しているからである。ただ、問題なのは、「ことば」「概念」で未だ成り立っていない法の存在をどう考えるか、という点である。そもそもその存在を否定するのか、それとも存在するとしてもそれは法制史の研究対象ではない、と言い切るのか。いま問われているのはまさにこの点である。この問題については、本節における世良の第四の批判点と合わせて次章で改めて考えてみたい。

(3) 「法制史の自己理解」 この小項目で主として取り上げられているのは、「法制史とはいかなる学問か」ということについてのクレッシェルの考え方である。世良は、それを次のように要約している。^(3-a)

Kは、ガーダマーに依拠して、「歴史的理解も、ある法律条文の解釈・適用も、ともに〈働きかけの一つのあり方〉(eine Weise von Wirkung)なのであるから」、「ドグマータイッシュな関心と歴史的関心、法学(jurisprudenz)と法制史の間の相違は暫定的(vorläufig)なものにすぎず」、本質的な相違はないと言う⁽³⁾五

五頁、⑤五九頁、②七六頁)。「働きかけの一つのあり方」というのは、……法学も法制史も、ともに現在の問題解決に「働きかける」のだという意味である。

そのことが分かるのはクレッシェルの次の指摘からである、と世良は言う。

ある法原理の法制史的研究は、それが数百年、いな数千年に遡るものであっても、……純粹に觀察的(kontemplativ)なものにとどまりえない。あらゆる歴史的認識は、単に認識された事実の量を増加させるだけではなく、同時に「現在」の問題意識全体を変革するものであり、法制史家は、実務法律家が負っている現在の責任(die aktuelle Verantwortung)に参加しているのである(③五九頁)。

この要約を見て思うのは、ヘルメノイティクの考え方や独特の言い回しに世良が慣れていないのではないか、と言うことである。例えば、ガーダマーの考える「働きかけ」とは現在の「問題解決」に「働きかけ」ることを意味してはいないからである。しかし、この問題も次章で検討することにして、とりあえず世良の立論の整理を続けたい。

世良によれば、クレッシェルはここに要約された「法制史の自己理解」・すなわち法〔解釈〕学と法制史とは学問的に基本的に同質である、という理解を論拠づけるために三点を挙げている、と言う。私なりの仕方で整理し直せばそれは次のようになる。^(3-b)

(a) 「法」とは「所与の法規範(Rechtsnorm)」のことである、というのであれば、法規範の適用(Aplikation)に直接携わらない法制史は基本的には歴史学であるということになる。「所与の法規範」とは、制定法の形ですでに決定されていて、法律家がそれを所与のものとして受け取らざるを得ない法のあり方を意味しているのであるが、し

かし、今日、「法」の概念はそうしたものとしてではなく「動く法 (Law in action)」として理解されている。それは法「解釈」学と法制史とが共有しうる法概念である。

(b) 法概念が狭隘化し規範だけを意味するようになり、そのことによって法制史と法ドグマティクとが分離し、また観察的理解と応用的理解との基本的な異質性が主張されるようになるのは、一九世紀末・制定法実証主義の時代以来のことである。それまでの法制史は、現実社会の法的形成・すなわち法による社会形成に参与することを自らの任務として意識していた。

(c) そうした意識が失われることによって、HausやHerrschaftのような昔の法概念の中で、官憲国家と妥協をとげた市民的産業社会の規定的現実にはもはや調和しなくなった概念は自由になった。自由になった諸概念は理念的概念に転化することによってイデオロギー的機能を発揮するようになり、ナチスの時代には、それは殺人的な神話形成にまで極端化した。しかし、それはそれで、まったく新しい仕方での、法制史の極めて高度の現実的な働きかけ (eine höchst reale Wirkung) であつたと言わなければならない。このように、ドイツ法制史が常に高度に現実志向的 (aktualisierend) であつたことを、歴史的経験は私たちに教えている。

世良は、以上の三点の中の(b)(c)を差し当り批判することを通して、クレッシェルの「法制史の自己理解」の誤りを浮き彫りにしようとしている。^(3-c)

第一の批判点は、法制史と法ドグマティクとが基本的に同じ性質のものであると考えるクレッシェルの考え方は歴史法学派のそれと同じであつて、両者を異質のものとする今日の法制史学界の「自己理解」とは非常に異なつて

いる、という点である。「歴史的理解は認識的・〈観察的〉(erkenntnisässig, kontemplativ)であり、これに反して法ドグマ―テイクにおける解釈は実践的(aktualisierend)で、いわば〈応用的〉(applikativ)である」^(3-d)と考えるのが学界の通説である、と世良は言う。なぜクレッシェルは敢えて通説に反対するのか。それは、

一方で法制史が法学から遊離し、法学内部での法制史の地位が危殆に瀕しつつあり、他方で法制史が歴史学(とりわけ国制史)から強い攻撃にさらされているという「法制史の危機」を克服し、「法学」の一分野としての法制史の地位を回復するとともに、歴史学や国制史に対して法制史の「独自性」を主張しようとすることにあつたと思われる。

世良はこのように述べながら、クレッシェルが歴史法学派に対する本格的な批判的検討を一度も加えないままに、「法律家でも歴史家でもないガーダマーのみに依拠して」、自らの論を立てる態度を批判している。^(3-e)

第二の批判点は、「〔現在〕の問題意識全体を変革する」上で果たす、法制史研究の役割はクレッシェルが考えるほど大きくはなく、「むしろはるかに小さい」、という点である。何に比べて小さいかといえば、それは、「あらゆる種類の学問発展、政治的・社会的・経済的・文化的・思想的状況の変化など」である、と世良は言う。^(3-f)

第三の批判点は、理念型的概念に転化した諸概念がなぜイデオロギー的機能を発揮したかに係わっている。世良はこの点について次のように述べている。^(3-g)

これらの概念がイデオロギー的機能を発揮したのは、Kの言うように、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」^(3-h)からでは決していない。右の諸例のすべてにおい

て、諸概念のイデオロギーの利用を準備し、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、応用的」なものとして理解した人びとであった。

世良の批判は、このように、「歴史的理解も、ある法律条文の解釈・適用も、ともに〈働きかけの一つのあり方〉」であるとする立場から法制史と法解釈学とを基本的に同質の学問と考えるクレッシェルの、「法制史の自己理解」の仕方に向けられている。法制史とは「認識的・観察的」な歴史的理解を目指す学問・すなわち歴史学である、というのが世良の「法制史の自己理解」である。法制史の学問的性格をそう理解せず、「現実志向的・実践的・応用的」に理解したのが歴史法学であり、その歴史法学が準備したものが他ならぬナチスのイデオロギーである。⁽³⁻ⁱ⁾ 歴史法学のこうした過去を顧みようとせず、歴史法学の「法制史の自己理解」を無批判に現代に持ち込んでいるのがクレッシェルである。世良はそう考えている。

クレッシェルの「法制史の自己理解」に対する世良の理解の仕方と批判点についても次章で検討したい。

(4) 「法学としての法制史」 前項(3)の諸論点は、事柄の解釈・理解という側面からみた法制史と法〔解釈〕学との学問的同質性にあった。クレッシェルは、ここに、法制史と法〔解釈〕学との再統合の可能性を見出している。世良が本項で主に問題にしているのは、前項(3)でふれた、法〔解釈〕学と法制史とが共有しうる新しい法概念を媒介にすることによって、双方の学問の再統合の可能性をさらに探るクレッシェルの考え方である。世良は、それをほぼ以下のように要約している。^(4-a)

(a)法は、規範秩序として、これに服する事実の世界の自然的現実に対置され、したがって方法的には制定法の解釈・適用という形で仕事がおこなわれる、と実務家の大多数は暗黙のうちに考えている。(b)これに対して、エッサー (Josef Esser) によって主張されている新しい方法論は、法は裁判官によって形成され続けるものと考え、したがって事実を規範に包摂する技術ではなく、裁判官による法形成と関連する問題別の論議(法哲学者が「事物構造」(Sachstruktur) と呼ぶものの論議)の方を重視する(③五八頁)。

法制史にとっては、(a)は、それが法実証主義を生み出したことから分かるように、生産的ではない。これに反して、(b)は、法を「動く法」(law in action) として理解し、法の概念そのものの中に法の歴史性を含ませているので、法制史に対して新しい可能性を開いてくれる。(a)が規範を不変の対象とみるのに反して、(b)の考え方によれば、「法は、歴史的にのみ——例えば判決の歴史の形で——理解可能である。判決は、既存のもの(『発展』でもないし、すでに処理済みの『過去』でもなく、われわれが、それを通じてのみ、問題を認識し・問題の法的決定を定式化することを学ぶ媒介なのである。それ故、この理論は、「ガーダマーの」解釈学理論と同じく、解釈 (Auslegung) と適用、解釈 (Interpretation) と変化の一体性を自覚している」。したがって、「ある法原理の法制史的研究も、それが数百年、いな数千年に遡るものであっても」、(b)の考え方からみれば、「純粹に觀察的 (kontemplativ) なものにとどまりえない。あらゆる歴史的認識は、単に認識された事実の量を増加させるだけではなく、同時に「現在」の問題意識全体を変革するものであり、法制史家は、実務法律家が負っている現在の責任 (die aktuelle Verantwortung) に参与しているのである」(③五八—五九頁^(4b))。

さて、このように法学として位置づけられた法制史が「法制史自身の働きかけ (Wirkung) を自覚するために、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する。……そうでないと、近代人を過去——伝統としての過去——の重荷から解放すると称しながら、実は、伝承の解放 (Entfesselung der Überlieferung [伝承を自由気ままに解釈し・利用することを可能にすること]) を生み出し、法律家もはやこれを制御できなくなってしまう」(③六〇—六一頁)。

引用文中にある「法の現実性」とは何か。クレッシェルによれば、それは「そのときどきの社会を有効に形成しえた、単なるイデオロギーではない・社会的現実の一部 (③一五、五二頁) としての法のあり方」である、と世良は言う。^(4-c) 世良は続けて「法制史がその任務を果たす場」についてのクレッシェルの考え方を要約している。^(4-d)

Kによれば、「法制史がその任務を果たす場は、研究者がその歴史的 (対象) に孤立して立ち向かうところにあるのではなく」、「今日の社会的諸条件のもとにおける、また法学生がいつの日か果たすであろう実際の諸任務を背景としての、法、学、習、の、現、実」[の場]である。従来法制史に法学習の場で与えられてきた役割、すなわち、法教育そのものとの内的関連を欠いた・歴史的教養の担い手としての役割は、確かに名誉なものではあるが、しかし、法学方法論と法理論との発展によって、時代おくれのものになっている。この役割は、変化した方法論的状况に法学教育が新たに即応し直すようになるやいなや、まちがいなく終末を迎えるであろうし、また、法制史の新しい自己理解にもはや適応しえなくなるであろう。これに反して、法の歴史性を新たに自覚した法学は、法制史を、この歴史的本質の解釈者としてのその古来の職務に再び就かせるにちがいない。この際、史料を作用史

的に解釈する (wirkungsgeschichtliche Interpretation) [法が現実に社会形成の働きをしていることを明らかにするような解釈] 場合の解釈原理として、法の現実性という社会学的基礎をもった概念が、役立ちうるであろう。この概念は、法制史家に他のすべての法律家と同じ責任を課すことになり、法制史を法学の中に再統合する基礎を提供してくれる。かくして、結局、法制史の仕事の規定するものは、〈責任の規範〉 (Kanon der Verantwortung) である」(③六二頁。傍点・世良)。

この要約にみられるクレッシェルの考え方を、世良は次のように批判する^(4e)。第一の批判点は、クレッシェルがエッサーの理論を肯定的に引用していることに係わっている。エッサーの理論は自由法論と基調を同じくしている・ところがクレッシェルは自由法論に好意的ではないように思える・ケルンの「中世法」理論を自由法論と内的な親縁性を^(4-f)持つ、時代に制約された一つの基調観念として捉えているからである。自由法論に係わる考え方の一方を受容し他方を批判するクレッシェルの態度は矛盾しているのではないか。世良はそう考えている。また、世良は次のような疑問を出している。

他方で、Kは、今日裁判官たちによって要求されている機能、すなわち裁判官たちの「自力によって法を形成し続ける」という機能は、裁判官の役割に対する過大期待ではないかという問題を提出し、W・フルーメ (W. Flume) に従って、「基本決定を下すことは、〈法律家それ自体の仕事ではなく〉、それは制定法に留保されるべき仕事である。……社会をそのような実質目標に向かって統合することは、制定法の一つの重要な機能である」、と言っている (③六〇頁、Anm. 283)。これは、自由法論に対する批判にもなりうるであろうが、同時に、エッ

サーの理論に対する重要な限定をも意味するものではないであろうか。

一方でエッサーの理論に依拠しながら、その一方でその理論を重要なところで限定するフルーメの見解をなぜ肯定できるのか、というのがここでの世良の疑問である。

第二の批判点は、「法は、歴史的にのみ——例えば判決の歴史の形で——理解可能である、というクレッシェルの考え方に係わっている。(a)史料の残存状況からして判決の歴史など書きようがない。(b)中世社会では、法廷外における実力行使も、法形成に広く参与していた。実力行使が、紛争解決手段として公認されていたからである。(c)「判決発見人による判決判告は、裁判集会参加者全員による承認・賛同を受けなければ判決としては成立しえず、したがって、新しい判決が成立しうるためには、判決以前にすでに集会者たち全員の法意識の変化が生じていたはずである……」。(d)このようなことにもかかわらず、判決をかくも重要視できるのは、「近代法的予断」がクレッシェルの考え方に強く働いているからであろう。

第三の批判点は、「伝承の解放」の制御をめぐる問題に係わっている。その役割を担うのは「学問としての歴史学」であり、「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」、と世良は言う。

第四の批判点は、「法制史がその任務を果たす場」の問題に係わっている。クレッシェルはそれを「法学習の現実」に求めているのであるが、世良は、クレッシェルのその態度は、「個々の法制史家の研究よりも、むしろ法学教育の中に法制史が再統合されることの方を重視している、という印象を与える」と述べ、「法制史家の研究が、歴史学その他の学問に対してたとえどれだけ大きな寄与を果たそうとも、それではKは満足できないのである」と批

判している。満足できない理由は、前項(3)の第一の批判点でもふれた、法制史の現状に対するクレッシェルの次のような危機意識にある、と世良は言う。^(4-h)

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、地獄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」(③四八頁)。

この危機を克服するために、クレッシェルは、一方で法制史を法学に統合し、法学内部における法制史の地位を確保し、他方で歴史学に対して法制史の独自性——「法学としての法制史」——を主張しようとしている、と世良は考えている。本項の批判点の検討も、次章にまわしたい。

- (1) (a)この小項目は、③の第三章に基づくものである。(b)①八頁。(c)⑤七二頁、②八四頁。(d)⑤六七頁。(e)⑤九八頁。ここで、このザツへ概念に対置されているのが、典型概念(Typenbegriff)である。グルントヘルシャフト、レーエン制、身分制国家などが、典型概念にあたる。ザツへ概念の例として挙げられているのは、ヴァイヒビルト、ラントジーデル権、秘密殺人、相続財産である。⑤七三頁も参照。(f)①七頁。(g)①九頁。(h)具体的に何を指しているのかに

については記述されていない。(i)①一二―一二頁。⑤八三頁。(j)①一一―一二頁。(k)①二三頁。(l)①七頁、九頁。

- (2) (a) 本稿の一七六―一七七頁参照。(b)⑧三九二頁。(c)⑫二四三頁。(d) Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 2. Aufl., 1965, S. 157. (e)③五一頁の註二三三、二三四、二二五によれば、ガーダマーよりも、むしろその影響下にある別の研究者の考え方を踏まえた、クレッシェルの理論構成のようである。それらの研究者の仕事にまで立ち入って検討することは本稿ではしていない。大切なことは、誰の影響を受けたにしても、クレッシェル自身が文字や概念を最重要視している、というそのことである。(f)⑤七九頁。ある場所とは、一九八一年三月三〇、三一日に、ヘッセン州ホーフガイスマル (Holgeismar) で開かれた国制史研究会の研究集会である。クレッシェルの⑤論文はそこでの報告を活字にしたものであり、ディーステルカンプの質問はここでのクレッシェル報告に対する討論のなかでなされたものである。②論文六八頁参照。(g)⑤九〇頁。(h)①三五頁、四八頁。(i)⑧三九二頁。(j) 岩野英夫『成立期中世の自由と支配』(敬文堂、一九八五年) 参照。世良は、①一二頁で次のように述べている。「確かに、史料の言葉や概念を正しく把握することも重要な仕事ではあるが、それ自体が研究目的ではなく、問題解決のための一つの手段にすぎない」。

- (3) (a)①一四頁。(b)①一五―一六頁。ここでの整理は、③五六―五七、五八頁、①一九頁註(14)も参照してなされている。「動く法」については次節でふれる。(c) (a) については、①一九頁以下で問題にされている。本稿では一九六頁以下。(d)①一四頁。(e)①一七頁。(f)①一七頁。(g)①一七頁。(h)「諸例」に係わる叙述は次の通りである。「Kが、法概念でなくなった理念型概念が発揮した『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 (Vassallentreue) を求めたこと (③五七頁、Ann. 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 (Ann. 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) は平和も法もたないという観念』(Ann. 263) である」(①一七―一八頁)。(i)⑭一一四―一一九頁参照。

- (4) (a)①一九―二〇頁。(b)「したがって……参与しているのである」までは①一四頁ですでに引用しているために、世良はここで(①二〇頁)再度引用することをしていない。それは、私の判断で入れた部分である。「したがって」と「(b)

の考え方からみれば」とは、原文に基づいて引用者である私が挿入した部分である。(c)①二二頁。(d)①二二—二三頁。(e)①二二頁以下。(f)①四〇—四二頁で、この問題に再度論及している。ケルンの考え方は「客観的にみれば、法律実証主義に近い」、と世良は考えている。(g)本稿一八〇頁以下。(h)①二五頁。

三 クレツシエルの「法制史」観について・再論——批判点の検討——

本章の課題は、クレツシエルの「法制史」観の筋立てに関連づけながら、前章で整理した世良による批判点を検討することである。これまでの叙述との重複が避けられないにもかかわらず、クレツシエルの「法制史」観の全体をここでまとめることにしたのは、批判点を検討するためには、クレツシエルの「法制史」観に対する世良と私との理解の差異を併せて明らかにする必要があると考えたからである。本章の見出しに再論とあるのは、クレツシエルの「法制史」観に係わる論稿を、私はすでに公にしていることによる。しかし、そこには、粗雑な理解や引用も遺憾ながら含まれている。それを改めることで、それらの論稿をより完全なものに近づけたい、という意図も再論という文字には込められている。

(1) 「法制史の自己理解(一)——なぜ法制史の自己理解なのか——」 クレツシエルは、なぜ法制史の自己理解を問題にするのか。それは、法学の一学問分科としての法制史の位置を再確認するためである。なぜ再確認なのか。法制史が置かれている厳しい学問状況に対応するためである。厳しい状況とは何か。それは、「法制史が法学諸分科の圏外には

み出ていく動きが見え始めている」ことである。^(1-b) 以上の理解について、世良と私との間に違いはない。

クレッシェルが法制史の置かれている現状を踏まえて積極的に発言し始めるのは、一九六八年のことである。その発言は、勝田有恒によっていち早くしかも的確にわが国の学界に紹介されている。勝田は言う。^(1-c)

戦後アメリカ法学の影響をも多分に吸収した実用法学は、より高度の実用性を目指した大きな独楽となって激しく回転している。法史学のうち、ロマニステイクの系列にあるローマ法や近世私法史は、その回転に吸い込まれつつある。それに対して、ゲルマニステイクは、かなり遠くにはじき出されたのではないか。勿論これは誇張かもしれないが、こうした法史学に追い撃をかけたのがミュンヘン決議なのであり、この案にみられる「法史学の凋落」に対し、ことの重大性を強く感じて、これに対抗し、反論を呈したのは、私の知る限りではゲルマニストであったというのも偶然ではないと考える。それは、前に挙げたティームであり、もう一人その高弟クレッシェルである。とくに後者の論考は、単なるミュンヘン決議への反論にとどまらず、法史学という科目のもつ歴史的な意味、その現状への反省に立って、法史学の方法論にも触れるところのあるユニークなそして極めて興味深いものである。

文中にあるミュンヘン決議とは、一九五〇年以降西ドイツで進行してきた法学教育Ⅱ司法試験改革をめぐる議論を集約するかたちで一九六八年二月に公にされたものである。それまで司法試験の必須科目であった法制史は、この決議によって選択科目に変更された。^(1-d) 法制史の置かれたこうした状況を踏まえて、法学教育Ⅱ法曹養成という課題と直接に関連づけながら法制史の意味を根本のところから模索したのがクレッシェルである。^(1-e)

私は、クレッシェルの「法制史」観を扱ったこれまで論稿で留意してきたのは、世良の考え方とクレッシェルの考え方との間の共通点である。「時流に流されることもおもねることもない、一学問分科としての法制史の自立性やそれを可能にする研究方法についての強い自覚」、と私はその共通点を表現しておいた。^(1-f) 私は、この理解を修正する必要性を今も感じていない。ただ、二人がそう「自覚」するに至ったきっかけの違いを、私はこれまでそれほど重視してはいなかった。この点は、両者の「法制史」観に対する私の理解を弱いものにしていたように思う。なぜ世良は「歴史学としての法制史」を提唱し、^(1-g) クレッシェルは「法学としての法制史」の再確認を求めるのか。^(1-h) この重要な違いの生まれる源に十分に光を当てることができていなかったように思えるからである。

世良は、専攻すべき学問分野を決めるさい、法〔解釈〕学は社会科学ではない、という理解に立っていた。「キルヒマンのいうように、立法者の三つの言葉によって全法学文献が反故になるような、そういう仕事に一生を捧げる気持ちにはなれなかった」、と世良は言う。⁽¹⁻ⁱ⁾ 立法の反動化に追隨して反動化し、現存イデオロギーの合理化に奉仕していった法〔解釈〕学を目の当たりにした戦時下の体験が、この発言の背後にある。^(1-j) では、法学部において法についての社会科学的な研究を行いうる分野は何か・法制史である・その法制史は法の社会科学的な研究を行い得ているか・行い得ていない・なぜか・社会諸現象のなかから法現象だけを孤立的に取り出して、これだけに考察を集中しているからである・これでは、眼だけを過去に向けた「法律学」でしかなく、法の発展を明らかにする法の「歴史学」であるとはいえない・なぜそうなったのか・近代法体系の創出という時代の要請に応えるために、歴史研究を手段として利用して現代に役立てた歴史法学の手法が継承され続けているからである・ではどうするか・法〔解釈〕学とはまった

く異質な学問であることを理解して、歴史学として純粹に法制史の研究を行うことである・そのためにも、歴史法学を批判的に検討することを通して、法制史が法の「歴史学」でありうるための方法を創りあげることが必要である。世良はおおよそこのように考え、戦地から復員し大学に復帰して間もなく、「歴史学方法論」としての「法史学方法論」の模索を始めている^(1-k)。

世良は、以上のように、研究者としての道を歩み始めるその時に、法〔解釈〕学は社会科学やその理論に比べて「一段低位にあるもの」と考えていた。その後、「価値の高低」を問題にする態度は改められるが、しかし法〔解釈〕学は社会科学ではないという考え方は理論的に深く基礎づけられながらその後も堅持されていく^(1-l)。

「法学」は常識的には、「社会科学」の一分野であるとされている。……。しかし、はたしてそうであろうか。試みに憲法の解釈、例えば、「公共の福祉」という概念の解釈の相違は、決して客観的な認識のレベルにおける理論的な対立なのではなく、主観的な「世界観」ないしは、「思想」そのものに由来する見解の相違なのである。……ところで、法学は科学ではないとすることは、いささかも法学を蔑視することを意味するものではない。それどころか、法学は、単なる科学的「認識」の作業を超えて一つの実践的決断を下し、実践的な責任を直接的に負担しなければならないという意味において、むしろ、きわめて厳しい立場におかれているのである。庶民住宅を建てるか豪華ホテルを建てるかという判断は、いかなる意味においても「建築学」そのものには属さない判断であるが、法律家はこの種の判断を下すことなしには、そもそも「解釈」という仕事を行えないのである。

法〔解釈〕学は、個人の「世界観」・「思想」に基づいてなされる実践的決断の学である・したがって、法制史が法

〔解釈〕学に対して直接に寄与しようとすれば、もたらされる結果は結局のところ個人の主観的実践的決断の合理化や正当化でしかない。世良はこう考えているように思える。かくして、世良は次のように結論づける。^(1-m)

……法制史は歴史学でなくてはならない。法律学であってはならない。法制史は、歴史学として純粹に研究すべきで、法解釈学にサービスしようと思つてはならない。その方が、法社会学にもプラスになり、勿論歴史学にもプラスになる。

しかし、間接的なかたちであれば、法制史は法〔解釈〕学に対して「一つの重要な寄与を果たしうる」と世良は言う。⁽¹⁻ⁿ⁾

解釈の結論を出すためには、どうしても解釈者の主観的な価値判断を入れなくてはならない。憲法の解釈などになると、例えば、第九条の解釈にしても、「公共の福祉」の扱い方にしても、解釈者の世界観によって一八〇度違った結論も出て来得る。だから、法の解釈をやるうとする人は、自分の世界観に対して十分な自覚と責任をもつていなくてはならない。そしてそうするためには、単に現行法の知識をもっているというだけでは足らず、どうしてもわれわれの住んでいるこの現実の社会についての正しい理論的認識をもつていなくてはならない。……ところで、このような社会の理論的把握ということになれば、歴史的認識を欠いては到底正しくものにすることはできない。およそ社会科学は同時に歴史科学でもなくてはならないのである。

法の解釈に携わる者が、現実社会についての正しい理論的認識を持つことを通して十分な自覚と責任とに裏打ちされた世界観を形成しうるようにすること、これが、世良の言う、法〔解釈〕学に対する法制史の寄与のかたちである。

現実社会についての正しい理論的認識とは何か。現実社会あるいは現行実定法体系を歴史的に相對視できる考察態度に導かれた認識、のことをそれは意味しているように思える。「現行実定法の体系をもつて安易に最高の価値基準と考えるというような態度をとることは、歴史と社会とに対する最大の無責任にもなりかねない」、と世良は考えているからである。⁽¹¹⁰⁾

(2) 「法制史の自己理解(二)―法〔解釈〕学と法制史とは本来一体であった―」 クレッシェルが「法制史の自己理解」を問題にしたのは前項(1)で述べたように、「法制史が法学諸分科の圏外にはみ出ていく動きが見え始めている」ためである。この動きを阻止して、法制史を法学に再統合する (die Redintegration der Rechtsgeschichte in die Rechtswissenschaft)^(21a) ための理論を構築することが、法制史とは何かを論ずるクレッシェルの課題である。再統合という以上、法制史と法学とはもとは一体であり、それらが分離して存在しているのはそもそも法制史と法学との本来のあり方に反している、という認識がそこにある。そして、その認識がクレッシェルの「法制史の自己理解」の核心部分を構成するとともに、世良の「法制史の自己理解」との決定的な・しかも出発地点での相違点になっている。以上の理解についても、世良と私との間には違いはない。

多くの法制史家や法制史家に対する多くの批判者は法制史を産み出したのは歴史〔法〕学派であると考えているがそうではない、とクレッシェルは言う。ゲルマン法制史についていえば、それは一八世紀にすでに存在していたし、その方法も歴史〔法〕学派のそれとは違っている・歴史〔法〕学派についてみても、それは法制史の一つのエポック

であるというよりは、むしろ法学全体の一つのエポックである・歴史「法」学派の位置する法学の発展段階と一八世紀のゲルマン法制史が位置するそれとは異なっており、そのために両者の方法も異なるのである・法制史は、このように、「法学の有りようの現れ (Symptom für den Zustand der Rechtswissenschaft)」^(2-b)なのである。クレッシェルはおよそこのように述べている。

法制史が「法学の有りようの現れ」であるとするれば、法制史の「学問的孤立」^(2-c)の原因は法学の歴史的な「有りよう」にある、ということになろう。ではどのような「有りよう」なのか。クレッシェルによれば、それは「[制定]法実証主義」によって法学が規定されている、そうした「有りよう」であり、現実を包摂する規範 (Norm) の意味に法概念が狭められることによって法が「脱歴史化」している、そういう「有りよう」である。それらの「有りよう」が原因になって、法制史は、「法規範と規範複合体の意味における法制度との歴史」^(2-d)に変わってしまった。こうした「有りよう」の法学がメダルの表側であるとするれば、その「メダルの裏側」^(2-e)が法制史である。クレッシェルはこう考えている。

法制史がこのような意味で「メダルの裏側」であるとするれば、法制史と法学との一体性を再び回復するためには、なによりも「メダルの表側」が変わらなければならない、ということになろう。先のミュンヘン決議に向き合う、クレッシェルの基本的姿勢をきわめて印象的に捉えた、勝田の次の叙述が、^(2-f)クレッシェルがそう考えていることを確実に伝えている。

クレッシェルはミュンヘン決議に露な怒りをぶつけようとはしない。それは現代の法学教育全体の流れのなかで

必然的に思える帰結であるし、法史学は内的にも外的にも危機要因をもっている。法史学自体の姿勢も問題であるが、現代法学の法実証主義的性格に最大の敵を見出している（傍点は引用者）。しかしその克服は一朝に行われるものではない。法の在り方についての歴史的な感覚が、これを徐々に変え得ると信じているように見える。その進歩は漸進的なものである。

二(1)でふれたように、世良は、クレッシェルが「法を実証主義的に現実から切り離して扱っている」という批判を免れることはできない、と考^(2-g)えている。それに対して、私は、そうは思わない、と二(2)で述べておいた。^(2-h)しかし、ここでは、法制史の研究対象とは何か、という限定された論点に係わってその問題が取り上げられていたにすぎない。それに対して、ここでの考察は、クレッシェルが彼の「法制史の自己理解」全体の根幹に法実証主義批判を据えていることを明らかにしている。勝田の言葉を借りれば、クレッシェルが見出している「最大の敵」は「現代法学の法実証主義的性格」なのである。

(3) 「法制史の自己理解(三)―法〔解釈〕学と法制史とを再統合するもの―」 メダルの表側はどうすれば変わるか。法についての正しい認識を持つこと、すなわちエッサーの言うように「動く法」として法を理解することである。クレッシェルはこう主張^(3-a)する。

「動く法」・あるいは「作用する法」と訳される〈law in action〉は、パウンド (Roscoe Pound) が創り出した概念である。それは、「紙の上の法」「法令集の法」と訳されている〈law in books〉に対置される概念であり、裁判官

の、法廷における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。ドイツでこの法概念を受容したのが、ガーダマーの「哲学的ヘルメノイティク」の影響を受けた「法律学的ヘルメノイティク」であり、その学派を代表する人物の一人が、クレッシエルがその考え方を肯定的に引用しているエッサーである。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律学上の諸問題の個別専門的な議論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、「国民の本来の法制度」である「普通法 (Gemeinrecht)」を認めている(③五八頁)。ここで言われている「法確信の歴史的連続」とは歴代の裁判官たちを介しての司法的思考の連続を主として意味し、「普通法」とはその連続のなかで形成される共通の法を基本的に意味している、と私は考えている^(3-b)。

法が動くということは、司法的思考の連続性を通して法が歴史を刻み、社会的現実の一部を構成し続けることである。したがって、「動く法」とは歴史的^(3-c)に現在の存在である、ということになる。かくして、法は、「歴史的な深み (historische Tiefe)」を持つものとしてここに脱「脱歴史化」する。法の歴史的理解(＝法制史)を抜きにした法「解釈」学は、再び成り立ち得なくなる。法制史も、法「解釈」学と同じように、法による社会形成に参与する任務についての自覚が改めて求められる。法の現実の形成や変化に係わり現在の責任を免れることはありえない、ということが、法制史の研究を規定する規範として復活する^(3-d)。クレッシエルはこう考えている、と私は思う。

法の持つ「歴史的深み」はいかにして解明されるか。「例えば判決の歴史の形で」、とクレッシエルは言う。それに対して、世良は、二(4)で整理したように、関連史料がほとんど残されていないドイツ中世(とりわけ初期中世)につ

いて判決の歴史など書きようがない、と批判する^(3-e)。しかし、この批判は私には理解できない。「例えば」という限定があることから明らかなように、判決の歴史を書くことができる時代を当然の前提にして、そういう形でも法の歴史性を問題にできる、ということがそこで言われているにすぎないように思えるからである。歴史について言えば、現在という瞬間もまた歴史的存在として考えられているのであって、中世が特に念頭に置かれているわけではない。

判決の歴史を例に挙げることでクレッシェルが言おうとしたのは、むしろ、歴史的理解はそれがどのようなものであれ現在の問題意識に働きかけているということ・それを変化させているということ・したがって純粋に観察的な理解^(3-f)、というのはいないということ・その端的な例を判決の歴史に見ることができるということ、である。

①「働きかける」とはどういうことか。②世良が「変革する」という訳語を当て、そして「問題意識全体を変革する」上で果たす法制史の役割は小さいとクレッシェルを批判するさいの *verändern* とはどのような意味か^(3-g)。③「観察的な理解というのはいない」とはどういうことか。これらのいずれもが哲学的ヘルメノイティクに係わる言い回しであり、特別な理解が必要なことがらである。

(4) 「法制史の自己理解(四)——ヘルメノイティクから見た法〔解釈〕学と法制史——」クレッシェルは、この点に關係して次のように述べている^(4-a)。

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か、という問いを、ガードマーは投げかけ、そしてそれに然りと

答えた。歴史的理解も、ある法律条文の解釈や適用とまったく同様に「働きかけの一つのあり方」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「解釈」学と法制史との間の違いが暫定的なものであることが、このようにガー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。

二(3)で整理したように、^(4b)世良は、この見解を批判して、法制史は「認識的」「観察的」な歴史理解を目指す学問であって、「現在の問題解決」に「働きかけ」というような実践的・応用的な性格を持つ学問ではない、と主張している。世良のこの批判を検討する上でまず必要なことは、クレッシェルが受容している哲学的ヘルメノイティクの考え方を整理することである。これまでも指摘したように、哲学的ヘルメノイティク特有の言い回しに対して不慣れなところが世良にはあるように思えるからであり、またその不慣れのために、クレッシェルの考え方を誤解しているところがあるように思えるからである。以下、ヘルメノイティクの考え方を整理することを通してここに引用したクレッシェルの指摘の言わんとすることを説明し、その後世良の批判点の検討に戻ることにはしたい。

ヘルメノイティク (Hermeneutik) は、哲学的解釈学あるいは解釈学と翻訳されている。ヘルメノイティクとは何か。ガーダマーは、この語の由来について次のように説明している。^(4c)

さて、ヘルメノイティクという、神学や哲学の古くからの補助学は一九世紀に体系化され、精神科学の営み全体の基礎にされた。文献の理解を可能にしたりあるいは容易にするというその本来の実用目的を基本的に超えたものに、ヘルメノイティクはなった。文献による伝承だけが、「本来の意味と」疎遠になっていて、新たに生き生

きと習得されること (Aneignung) を求めている精神なのではない。自分の世界に直にいて、そこで、そこに向かつて自分をもはや表現していないすべてのもの、すなわち、あらゆる伝承が―芸術も、それ以外の、法律・宗教・哲学など過去のすべての精神的所産も―、むしろ、その本来の意味と疎遠になっており、解明し仲介する精神の助けを必要にしているのである。われわれは、ギリシャ人と共に、神々の使者ヘルメスの名に因んでこの精神に「ヘルメノイティクと」名前をつけたのである。

ヘルメノイティクという用語の始まりは hermeneutica であり、シュトラースブルク大学教授ダンハウアーがそれまで用いられていた interpretatio に代えて一七世紀半ばにこの語を採用し定着させた、^(4-d) と言う。

ガーターのヘルメノイティクの特徴は何か。「理解 (Verstehen)」「解釈 (Auslegung)」「適用 (Applikation)」を一体のものとして捉えていることである。^(4-e)「あらゆる理解の働きは解釈を含み、またすべての解釈は適用を含んでいる」、^(4-f)と考へていることである。

テキストを例にとれば、そのテキストの持つ意味が解釈を通して明るみに出され、そしてそれぞれの具体的状況に相応しいかたちでその意味が認められること (gelten, Geltung)、^(4-g)それが理解である。また、意味が認められるこのこと、それが適用である。したがって、ここでの適用は、我々が規範命題に係わってすぐに思いつく「適用」とは異なり、ある何か普遍的なものを個別の状況に関係づける、^(4-h)ことではない。また、我々が普通に思い浮かべる実践的・応用的な性格も、それは持たない。バーンスタインは、この適用という用語を次のように注釈している。⁽⁴⁻ⁱ⁾

「適用」^{アプリケーション}という表現は、ラテン語の applicatio の訳語として用いられている。しかしこの訳語は誤解を招き

かねない。たとえば、「応用力学」^{アブライド}とか「応用数学」^{アブリケーション}とかいうときには、われわれは通常、純粋ないし理論的な学科とその応用^{アブリケーション}とを分けたからそうしているのである。この場合、応用^{アブリケーション}ということは、それに対応する「純粋な」学科とのあいだに必然的ないし内的な連関があるというふうには考えられていない。これを「技術的な」意味での適用^{アブリケーション}と呼ぶことができるだろう。しかし、ガダマーによれば、理解に属するものとしての適用にとって、そうしたことは特徴とはならない。ガダマーが問題にする適用は、どの理解にも必然的ないし内的に連関しているのである。むしろ「摂取同化」^{アプロプリエーション}という英語の方がガダマーが言おうとしていることを、いっそう適切に伝えている。人が理解するさいに、摂取同化がそのひとを変容し、そのひとを構成する要素ともなるといふふうを考える場合には、とりわけそういえる。

バーンスタインによれば、このように、ことごらの意味がそれぞれの具体的状況に相応しいかたちで解釈者によって「摂取同化」されること、それが適用である。理解が適用（＝摂取同化）であることを最もよく示す模範は法律学と神学である、とガーダマーは言う^(4-j)。法律は例えば裁判所という場で法律の意味が通用力を持つように摂取同化されること＝認められること（＝適用されること）を要求している・法律学における解釈は端的にその要求に込えている。神の告知は例えば信者の集まる教会という場で告知の意味が救済の効果が及ぶように摂取同化されること＝認められること（＝適用されること）を要求している・神学における解釈は直接的にそのために奉仕している^(4-k)。それらのことは素人の眼にも明らかであり、その点で、法律学的及び神学的ヘルメノイティクは、理解が適用でもあることをひとが容易に知ることができる最高の模範である。ガーダマーは、そう考えているように思える。さらに、ガーダマーは

続ける。⁽⁴⁻¹⁾

歴史学的ヘルメノイティクも適用の仕事遂行しなければならない、というのはいまやテーゼである。意味が認められること (die Geltung von Sinn) に、それも次のようにして奉仕するからである。すなわち、テキストから解釈者を切り離す時代の隔たりをきっぱりと自覚的に乗り越え、テキストに生じた、意味の疎遠さを同様に克服することによって。

このようにして、ガードマーは、適用 (≡ 摂取同化) というモメントを媒介にすることによって、理解という営みにおける、神学、法学、歴史学の一体性を確認している。「法ドグマーティクの体系における何らかの欠缺 (eine Art Mangel und Ausfallerscheinung) に対処する法実務的対応策」^(4-m) である、と一般的に考えられている法の解釈が、ここに、神学的理解や歴史学的理解と内在的に関連づけられている。したがって、当然のことながら、クレッシェルが言うように、法の解釈 (≡ 法〔解釈〕学) と法の歴史的理解 (≡ 法制史) との間にも、ガードマーは性格の基本的な違いを認めていない。⁽⁴⁻ⁿ⁾ これに対して、法制史家ヴィアッカーは、世良と同様に、観察的理解 (kontemplatives Verstehen) とドグマーティッシュな理解 (dogmatisches Verstehen) とを区別し、法制史の理解は前者に属し、法解釈学^(4-o) の理解は後者に属するとして、これら二つの理解を「適用」を媒介にして結びつけるガードマーを批判している。ガードマーはこの批判に対して次のように反論している。^(4-p)

適用は理解そのものの一契機である……。私がこのこととの関連で法制史家と実務法律家とを同等に扱ったとしても、このことによって、法制史家が専ら「観察的 (kontemplative)」な課題を担い、実務法律家が専ら実践的

な課題を担っている、ということは否定されてはならないことである。しかしながら、適用は双方の行為に内在しているのである。ある法規範の法意 (Rechtssinn) の理解が、法制史家と実務法律家とはたして一体違うとすることがありうるのか。確かに例えば裁判官は判決を下すという実践的な課題を担っており、そこでは、同一の法規範を前にしても法制史家ならばしないような法政策的な考慮がさまざまに加わることはありえよう。しかし、だからと言って、法規範に対する彼らの理解が違ってしまおうというのだろうか。「人生に実践的に介入する」、裁判官の決定は法規範の正しい適用であることを目指しているのであり、法規範の恣意的な適用を決して目指してはいない。したがって、それは「正しい」解釈に基づかなければならない。そして、そのことは、理解そのものにおける、歴史と現在との媒介が必然的に含まれているのである。もちろん、法制史家はこうした意味において正しく理解された法規範をその上で「歴史的に」評価しなければならぬであろう……。

実務法律家も法制史家も、担っている課題に違いはあれ、法規範から法意を正しく摂取同化（＝適用）する、という場面では同じ営みをしているのだ、とガードマーは言う。また、正しく摂取同化するためには、歴史と現在との媒介が必ずなければならない、とも言う。この場合の歴史とは何を指しているのか。

そこで言われている歴史は、ある一つの法規範の現在を構成し形成している歴史である。⁽⁴¹⁹⁾立法の時点でその法規範に与えられたもとの意味（＝制定当時の「歴史的位値 (der historische Stellenwert)」）は、その歴史を構成するものの一つである。制定後の社会諸関係の変化に対する法規範の対応・すなわち裁判官による「法規範の具体化 (Konkretisierung des Gesetzes)」＝「産出的な法の補充 (produktive Rechtsergänzung)」を通して、個別具体的に確

定された規範的意味もそうである。「法の補充」が、ある法規範について繰り返されることは、その法規範についての「法的思考 (Rechtsgedanke)」の連続体 (Kontinuum) が形成されることである。制定当時の法意やその後の「法的思考」の連続体は、歴史でもありまた同時に実務法律家や法制史家の現在をも構成する、歴史的・現在の存在でもある。「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」、とクレッシェルが言うのは、このことを指していることである。

クレッシェルが受容している、ヘルメノイティクの一般的用語法に従えば、解釈者の現在を構成するこの歴史——ガードマーの言う伝統・ないし伝統として伝承されているもの^(4-r)——が、「事前理解 (Vorverständnis)」あるいは「先入見 (Vorurteile)」である。伝統・伝承とは、個人や個人の理性に先だって存在し、そしてそれらを規定している歴史的なものの総体・あるいは現在へと受け継がれ、家族、社会、国家における営みの中で個人が日常的に触れている歴史的なものの総体、と仮に呼べるものである。歴史に帰属し歴史の内に生きる我々を包み込んでいる歴史的現在そのものの、とも呼ぶこともできよう。

この伝統・あるいは伝承が我々の理解の営みをあらかじめ方向づけている、というのがガードマーの考え方である^(4-s)。別の言い方をすれば、伝統や伝承・つまり先入見は、我々が何かを見たり展望したり理解することを可能にする視界(Ⅱ地平)を形成している、とガードマーは考えている。そして、先入見が我々の視界を事前に形成し我々の理解の営みをあらかじめ方向づけている、そのことが、ガードマーによれば、我々への先入見の働きかけ (Wirkung) ということなのである。先入見に働きかけられながら我々は事柄(Ⅱザツヘ)の意味を現在に摂取同化(Ⅱ適用)するの

であるが、しかしながらそのことは逆に言えばある事柄に係わる先入見が我々に先だってその事柄の意味を正しく理解していたかどうかを我々の属する現在という歴史的時点で改めて吟味することでもあり、その吟味によって真の先入見と偽の先入見とを区別し、視界（≡地平）を新たなものにしていくこと（≡地平融合。過去の地平と向き合うなかで現在の地平を新しく形成すること）なのである。先入見に対する吟味や地平融合、これは我々の側からの先入見への働きかけである。例えて言えば、フランク時代の史料に登場する「liber homo」という事柄（≡ザッへ）の意味を一九世紀以降の諸学説（≡「liber homo」に係わる先入見・視界・地平）が正しく理解していたかどうかを、諸学説をザッへに突き合わせながら吟味して諸学説の真なところと偽なところとを区別したり見落とされていた意味を見出し（≡ザッへの意味の摂取同化・適用）、「liber homo」に関する諸学説を現在の時点で新たなものに作り変えること（≡「liber homo」の意味に係わる地平融合、すなわち先入見・視界・地平の、現在の時点での新たな形成）、これが我々の側からする先入見への働きかけ、ということである。

以上の整理から明らかになるのは、次の点である。①ヘルメノイティクにおける、したがってまたクレッシェルの言う「働きかけ」は理解という営みそのものを別のかたちで表現した用語であって、世良が言う「現在の問題解決」^(4u)とはまったく無関係な脈絡で用いられていること。

②世良が「変革する」と訳している〈verändern〉は、現在における新しい地平・視界の形成（≡地平融合）を指す用語であって、「変革する」という語のニュアンスには馴染まないこと。^(4v)

③「観察的な理解というのはありえない」とは、地平融合を引き起こさない理解の営みはありえない、という意味^(4w)

であること。真の先入見が継承されるかたちであれ、偽の先入見が捨てられるかたちであれ、見落とされていた意味を見出すかたちであれ、理解の営みは営みのたびごとに視界を常に新しくつくり直すことで現在に直接に影響を与えている、というのがその趣旨である。ガーダマーはヴィアッカーの批判に答えて、「法制史家が専ら『観察的な』課題を担い、実務法律家が専ら実践的な課題を担っている、^(4+x)という用語は、この場合、「認識的」という用語と重なる。そうすると、ガーダマーとクレッシェルとの、「観察的」という用語の使い方が一見相反しているように見えるが、しかしクレッシェルも、理解は「実践的」な営みである、^(4+x)ということを言わんがために「観察的」という用語を用いている訳ではない。場面を異にしながらも、両者はそれらの用語を用いて共に理解の営みとは何かを説明しようとしているのである。

このように、①②③はいずれもヘルメノイティクとは何かを説明しているのであって、認識か実践・応用か、という文脈にはつながらない。ただ、ガーダマーのここでの「観察的」という用語の使い方からも明らかなように、ヘルメノイティクの領域では、法規範の意味を正しく摂取同化（＝適用）するという、法〔解釈〕学の中心的な作業部分が「観察的」「認識的」な性格を持つものとして位置づけられていることが分かる。

クレッシェルの言い回しの特徴は、理解の営み・あるいは認識の営みは地平融合を通して現在に直接的な影響を及ぼさずにはおかない、という点を強調しすぎる程に強調していることである。クレッシェルは認識を實踐に直結させている・あるいは認識を實踐に奉仕させている、という誤解が生まれるとすれば、この言い回しがその原因の一つになっていると考えると考えて間違いないであろう。それにしても、クレッシェルはなぜこれ程までにその点を強調するのであ

ろうか。文字（＝言葉）や概念を持つもののみが法制史研究の対象である、^(41y) と言い切っていることに加えて、このことが私の関心を引く。

(5) 「クレッシェルと世良との共通点と相違点」 これまでの叙述の範囲内で、クレッシェルと世良との相違点と共通点とをここで整理しておきたい。

(a) (イ) 決定的な相違点は、法制史と法〔解釈〕学とを一体のものとして考えるか否か、である。(ロ) 「法制史の自己理解」を考え始める時期も違っている。学問の存立基盤を根底から破壊した戦争の時代と学問の再建が急務とされた敗戦直後の時代とが、世良の思索の直接の出発点である。一九二七年生まれの、世良よりも一〇歳若いクレッシェルの思索が具体的な姿を現し始めるのは、学問の再建過程から言えば敗戦直後の第一段階がすでに終わり、法学教育＝司法試験改革のための具体案の検討が開始される一九六〇年代である。(ハ) 「法制史の自己理解」^(41z) を考え始める動機も違っている。世良は、法〔解釈〕学から自立した「真の意味での法史学の樹立」を目指しているし、クレッシェルは法学教育と直接に関連づけられた、法〔解釈〕学と法制史との再統合を目指している。(ニ) 住んでいる法学の世界も異なっている。クレッシェルの住む法学の世界は、法学教育と司法試験とが不可分に結びつき、法制史がその司法試験の必須科目に位置づけられている世界である。

(b) (イ) 共通点は、現行実定法を絶対視する考え方を批判していること。(ロ) 法は歴史的な形成物である、という認識。(ハ) この認識を欠くならば、法の現実や社会に対する無責任な態度が産み出される、という考え方。これらが、表現や

そのプロセス、典拠や論拠の違いを越えて導かれる共通点である。

(6) 「クレッシェルと世良との決定的な相違点」 クレッシェルと世良との決定的な相違点は、法制史と法〔解釈〕学とを一体のものとして見るか否かである。世良は、法制史と法〔解釈〕学との間の学問的性格の違いについて次のように述べている。^(5-a)

法の「解釈」は、現行法によって許容された論理的枠組みの範囲内において、解釈者が一つの価値を選択し、この選択された価値に照らして解釈の結論を出す作業であり、したがって、法解釈学は「価値自由」であるところか、その性質上必然的に「価値判断」を自己の中に含み価値投入的であらざるをえない。……法の解釈という作業は、科学的な認識の作業であるというよりも、むしろその本性においては一つの「実践」の作業である。

したがって、法の解釈に携わる者は、それぞれが「最終的に責任を負いうるような世界観の形成につとめ、他の何ものにも迷わされることなく、各自の良心に従って」^(5-b)判断することが求められる。かくして、法の解釈は各自がその全人格を賭しての決断（＝価値判断）ということになる。合議制の裁判において、司法判断が多数決によって下されるケースに典型的に見られるように、法の解釈がこうした性格を持つものであることは明らかである。また、法の解釈が「すべきである」「すべきでない」「ねばならない」という当為判断を背景にして行われるものであることから法の解釈が実践的性格を持つことは明白である。

しかし、そうであるからといって、法規範の意味の理解が、ひとそれぞれで異なっているという事になる

るのだろうか。これが、クレツシエルやガーダマーの疑問である。世良の言う「現行法によって許容された論理的枠組み」とは何かの理解についても、同様のことが言えよう。解釈の違いは決断の違いに由来し、決断の違いは人格に由来する。そうすると、「悪い」人格から「悪い」解釈が出て、それはしかたがないことだ、ということになってしまふ。結局のところ、「悪い」解釈の内在的批判はできず、人格そのものがいかに「悪い」かを批判する以外に、法の解釈学は批判の手段を持ちえないことになる。そうであるとすれば、法規範の存在意義は一体どこにあるのか。^(51c)

法の解釈が実践的性格を持つことと法規範の意味を明らかにすることは違う。後者は「観察的」(「認識的」)且つ「理性的」^(51d)性格を持つヘルメノイティク^(51d)の領域に属する。したがって、法規範の真の法意を摂取同化(「適用」)するための道は解釈者のすべてに同一の条件で開かれている。ガーダマーもクレツシエルも、こう考えているように思える。そしてもしこの判断が正しいとすれば、法〔解釈〕学の実践的な性格という側面にもっぱら焦点を合わせて行われている世良のクレツシエル批判は再検討が必要になる。前提が異なれば、その部分の批判は成り立たなくなるからである。

クレツシエルは、法制史がその任務を果たす場を法学教育の場に求めている^(51e)。世良は、法学部内での法制史の地位が危殆に瀕していることに対するクレツシエルの危機意識の現れとしてこのことを捉え、「法制史家の研究が、歴史学その他の学問に対してたとえどれだけ大きな寄与を果たそうとも、それではKは満足できないのである」^(51f)、とクレツシエルを批判している。確かに、「危機意識」は、クレツシエルが法制史とは何かを考える直接のきっかけである。法制史の置かれている現状を踏まえた上で、法学教育Ⅱ法曹養成に直接に関連づけて法制史とは何かを根底のと

ころから問い直しているのが、クレッシェルである。^(5-g)したがって、その限りでは、満足度に係わる世良の指摘はその通りであろう。しかし、だからといって、法規範の意味の体系的摂取同化(Ⅱ適用)を目的にして行われる教育の場における・言い換えれば二者択一的な価値選択(Ⅱ決断)が最後には実際に求められる実務界にまだ籍を置いていない学生の法学習の場における法制史の役割に係わるクレッシェルの考え方は、傾聴にまったく値しないものなのかどうか。いずれにせよ、ここでも突き当たるのが、法〔解釈〕学と法制史との関係をいかに考えるかについてのクレッシェルと世良との違い、という壁である。

この違いの背後には何があるのか。あくまでも印象であるが、そこにあるのは、二人の研究者の法〔解釈〕学に対する信頼度、とでも言えるようなものではなからうか。学問としての重要性や法学教育に占める中心的役割を明確に認識しながらも、法^(5-h)〔解釈〕学に対する強い警戒心のようなものが世良にはあるように思える。クレッシェルには、それが弱い。もしこの印象が正しいとすれば、では何が一体この「違い」を産み出しているのか。戦時下の法〔解釈〕学のあり方を直接に体験したか否かの差が、その原因であろうか。⁽⁵⁻ⁱ⁾法制史家が実定法学者でもあるドイツと普通はそうでない日本との差異が、あるいはその原因なのか。それとも、二人の研究者の住む法学的世界の現在を構成している法〔解釈〕学の歴史や伝統そのものに、原因があるのか。

市民法学、概念法学、法律実証主義のどれ一つをとってみても、明治以降敗戦までのわが国の法学的世界は、ドイツのそれに比較して、単に歴史が浅いというだけでは説明のつかない根本的な問題を抱えていた。石部雅亮は言う。^(5-j)

特に天皇制権力が法に超越し、法を権力的支配の道具と見ると同時に、宗教的・道徳的価値の担い手として精神的

秩序を支配したから、当時主流であった法律実証主義的概念法学といっても、ドイツ法学のそれとは異なっており、法と道徳の分離を徹底させず、法概念論理を貫徹させえず、統治権力の法的制限の機能においてははなはだ不完全であった。また法の基礎は天皇制国家の独自の宗教的哲学的基礎に支えられていた。私法の領域では、家族、賃貸借、小作、労働関係に家父長的支配の存続が見られ、市民的权利義務関係の展開を阻害したから、市民法学が現実発展しうる基盤がなほ薄弱であった。概念法学的法律実証主義は、政治的・道徳的価値を背景にきわめて権威主義的官僚的思想としての性格を濃厚に有していた。

独自性を内外に誇示できる、法〔解釈〕学の自立的な世界が、このようにわが国には欠如していた。存在したのは法に超越した政治権力であり、その権力を行使する行政であり、それらを権威づける宗教や道徳である。法解釈学論争が講和条約発効後の日本の政治的・社会的状況のなかで一九五三年頃から開始されるが、そうした論争がそもそも「国産論争」^(5-k)として展開されたことに、その問題が未解決のまま法〔解釈〕学の戦後の歩みが始まったことを見て取ることができる。クレッシェルと世良との間の決定的な違いは・したがって法〔解釈〕学の学問的性格や法制史と法〔解釈〕学との関係如何に係わる考え方の決定的な違いは・そしてまた歴史法学派に対する世良の峻厳な評価も、^(5-l)彼私の法学的世界のこうした決定的違いの「有りよう」の現れなのではなからうか。

(7) 「ヘルメノイティクにおける「問いと答えの弁証法」」クレッシェルは、近代的な諸概念を無造作に過去に持ち込んだ一九世紀の法制史家や、彼らを批判する国制史家に言及した箇所が次のように述べている。^(6-a)

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諸概念を基準にして中世史料を解釈するというのは十分ではない。むしろ、決定的に重要なことは、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、我々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、歴史資料は結局のところ既存の直観像 (Anschauungsbild) を裏づけるだけのために役立てられてしまう恐れがある。

二(1)で整理したように、世良は、この指摘に関係して次のようにクレッシェルを批判している。^(6-b)クレッシェルには「史料の概念世界だけが絶対的であり、研究者は受け身でそれを明らかにすればよいのである。換言すれば、Kの『理論』においては、中世に対する現代的な問題提起がない、というよりもそのような問題提起をすること自体が拒否されている」。この批判も、世良がヘルメノイティクに不慣れたためのものである。^(6-c)クレッシェルは言う。

他方、いつも留意しなければならないのは、我々の、法の過去が現在に対するその働きかけ (Wirkung) を絶えずまた展開していること、しかも法制史を媒介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仲介のな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なのである。実際、我々の意識は、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つ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、これが我々の課題である。

法制史家の理解の営みは先入見 (II クレッシェルがここで使用している用語で言えば観念地平。具体的には、一九

世紀以降一五〇年に及ぶ法制史上の学説の積み重ね）から自由ではありえない・理解の営みのそうした歴史性Ⅱ有限性をはつきりと自覚した上で、逆に、その先入見が史料の証言の意味を正しく理解しているか否かを当該の史料の証言それ自体と突き合わせて考えてみることに、それが法制史家の課題である、とクレッシェルはここで言おうとしているのである。誤った先入見が我々を虜にしているかもしれない、という反省の態度が貫かれており、絶対知が入り込む余地はそこにはない。^(6-d)

何が反省を可能にするのか。史料の証言そのもの・ガーダマーの言葉で言えばザッヘそのものである。ザッヘと向き合い、「ああなのかこうなのか」^(6-e)とザッヘに問いかけながら答えを探し、探した答えがそれでよいのかどうかをまたザッヘに問いかける。そうして理解を進めて行く。これが、ヘルメノイティクにおける「問いと答えの弁証法（die Dialektik von Frage und Antwort）」^(6-f)であり、解釈学的循環と呼ばれるものである。

「決定的に重要なことは、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」という文言は、ヘルメノイティクのこうした考え方を踏まえたものである。クレッシェルがそこで言おうとしているのは、ザッヘのみが答えの源泉であること・答えを求めてそのザッヘとの間で徹底した解釈学的循環を行わなければならないこと・得られた答えが期待（Ⅱ抱いていた直観像）に反したものであっても、それを謙虚に受け入れなければならない、ことである。

世良は、クレッシェルの理論には、「中世に対する現代的な問題提起がない、というよりもそのような問題提起をすること自体が拒否されている」、とも言っている。しかし、クレッシェルは、『ドイツ法制史』を執筆する意図を叙述して

いるなかで、「^(7-e)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、我々の現在の法理解に係わって判明するもののすべてがなによりもそうなのである^(6-g)」、と述べている。「法制史がその使命を果たす場合は……今日の社会的諸条件のもとにおける、また法学生がいつの日にか果たすであろう実際的な諸任務を背景とした、^(6-h)法学^(6-h)の現実である^(6-h)」、とも述べている。クレッシェルに現代的問題提起がない、という世良の批判は私には理解できない。

(8) 「概念構成の問題」——批判点の検討(二)—— 二(2)で概念構成に係わる批判点の検討をしたさいに、^(7-a)クレッシェルが文字(＝言葉)を持つ概念のみが法制史の研究対象である、^(7-b)と言い切っていることに注目しておいた。三(7)でも過去の現実を捉えることができる道は史料の「概念世界」に沈潜することのなかにある、とクレッシェルは述べている。^(7-b)ガードマーの言うザッへを、クレッシェルはこのように「概念」・すなわち「法的に概念化された社会構造^(7-c)」に特化させている。そのことが持つ問題点を整理する一方で、クレッシェルがなぜ概念のみにこだわるのか、にむしろ私の関心があることを述べておいた。^(7-d)

クレッシェルは、「言葉(Wort)は意味に、したがってザッへ[事実・事物]に到達するための、方法的に確実な唯一の通路^(7-e)」である、^(7-e)と言う。これが、クレッシェルが法概念にこだわる根拠として、我々がとりあえず考えることができるものである。しかし、法概念ということになると、それは、もはや言葉一般では決してない。テクニカルタムである。比喩的に言えば、「確実な通路」の中でも「特別に確実な通路」、それが法概念である。「確実な通路」

について二(2)で問題にしたさいには、この違いにはふれていない。議論を必要以上に複雑にしたくなかったからである。^(7-f)

クレッシェルのこだわりは、単なる「確実な通路」に対するこだわりではない。「特別に確実な通路」・すなわちテクニカルチームへのこだわりである。それは、世良がすでに指摘していることでもある。^(7-g)なぜテクニカルチームだけなのか。クレッシェルの叙述のなかに、この問題に係わる直接の解答を見出すことはできない。

推測であり、また世良の判断とも重なるが、^(7-h)法学教育Ⅱ法曹養成の問題と直接に関連づけて、法〔解釈〕学と法制史とを包み込んだ僅かの揺るぎもない法学的世界の再構築を成し遂げるためにはそうした限定は避けられない、とクレッシェルは確信するに至ったのではないか。テクニカルチームは、法〔解釈〕学と法制史とが・あるいは法学的世界の住人が学生を含めてお互いの意志をほかの何にも増して確実に通わせることができる可能性を持ついわば「共通語」であり、それ故にまた法学の世界を対話的世界に再び作り上げるための最も確かな保障でもあるからである。⁽⁷⁻ⁱ⁾

(9) 「法概念」「解釈学的循環」「責任の規範」——殺人的な神話形成を阻止するもの——しかし、それだけであるうか。クレッシェルによれば、法制史と法ドグマ・ティクとが分離する制定法実証主義の時代の到来は、市民的産業社会の規定的現実との調和を失って自由になった諸概念が自己運動し、ナチス支配下にあつては殺人的な神話形成^(8-a)すら可能にするイデオロギーとして機能する時代の到来でもあつた。制定法実証主義の成立と諸概念のイデオロギー化とを、クレッシェルは対のことがらとして捉えているのである。したがって、法学の世界を対話的世界に再び作り上

げること、同時に、諸概念のイデオロギー化を阻止し、「伝承の解放」^(8-b)を制御するための保障を確実にすることでもなければならぬ。「特別に確実な通路」であり「共通語」である法概念に法制史の研究対象を敢えて限るのは、研究対象に係わってイデオロギー化の余地をあらかじめ無くそうとする、いわば禁欲的な配慮がもう一方にあってのことなのではないか。

研究対象の側面からのこの配慮を一体となつて支えているのが、対象への徹底した沈潜が求められる解釈学的循環であり、その循環を貫く「責任の規範」^(8-c)である、と私は思う。

「哲学的解釈学における反省 (Reflexion) は、先入見を自覚することを通してイデオロギーのすべてに疑いをかける」^(8-d)。かくして「哲学的解釈学が得ようとして努力しているのは『批判的反省知 (kritisches Reflexionswissen)』^(8-e)である」と言う。そうであるとすれば、解釈学的循環とは、自己の存在 (＝理解の営み) の有限性・歴史性を自覚するが故にすべてを疑いながら「批判的反省知」を追求して止まない、対象と向き合う主体の、絶対知を拒む反省の態度に係わっている、ということが出来る。「責任の規範」について言えば、それは、理解の営みは必ず現実に働きかけて影響を与えるし、またその働きかけは他人に転嫁しようのない、営みの主体自身の責任の下であくまでも行われているのだという、対象に向き合う主体が常に自覚すべき責任倫理に係わっている、ということが出来る^(8-f)。すでに述べたように、この責任倫理は、強調し過ぎではないかと思える程に、クレッシェルが強調している点である。

私は、クレッシェルの「法制史」観と世良のそれとが基本的なところで共通しているのではないか、ということこれまで指摘してきた。「時流に流されることもおもんぬこともない、法制史の一学問分科としての自立とそれを可

能にする研究方法の確立の必要性についての強い自覚」という表現で、その共通点をまとめておいた。また、その「自覚」は一九世紀以降の歴史の流れのなかで法制史がたどってきた歩みへの省察から共に導かれたものである、と私は考えている。確かに、クレツシエルが直接に立ち向かった時流と世良のそれとは違うし、二人の住む法学の世界も違っている。その違いは、二人の「法制史」観の内容に決定的な違いをもたらしてもいる。クレツシエルの「法制史」観を本稿で再度検討するにあたって、この違いにはかなり留意したつもりである。しかし、それでもやはり、先の「自覚」は、三(5)でまとめた二つの共通点とは別に、^(8-g)そうした違いを超えて二人の「法制史」観を根本のところにつながり共通点としてここでも確認できたのではないかと私は思う。

クレツシエルは、ゲルマン古代から二〇世紀までの法制史を三冊の著作にまとめている。^(8-h)そこに見られるのは、例えばミッタース (Heinrich Mitteis) の『ドイツ法制史』⁽⁸⁻ⁱ⁾に見られるような、法制史上のことからの通史的な叙述ではない。ドイツ法制史の諸問題・すなわちドイツ法制史に係わる先入見を全面的に検討することによって得られた「批判的反省知」の膨大な集積（＝新しい観念地平の構築）である。クレツシエルの「法制史」観の全容をここに見ることができると私は思う。

- (1) (a) ⁽¹¹⁾⁽¹²⁾⁽¹³⁾。(b) 本稿一八七、一八一頁。(c) 最初は⁽⁹⁾、続いて⁽¹⁰⁾。引用は、⁽⁹⁾五四二―五四三頁。(d) ⁽⁹⁾五四二頁、⁽¹⁰⁾一五頁。Juristenzeitung, Sonderheft zu Studienreform, November 1968, S. 4-6. ミュンヘン決議はその後マインツ決議（一九六八年一〇月）によって修正され、「法史学をはじめとする基礎法学諸科目からの要望は基本的な面で採用された。すなわち、『司法試験は、受験者が、現行法の知識と現行法の歴史的、社会的、哲学的な基礎と法律政策の問題についての理解

を備えていることを審査することとする』と。したがって『受験の前提として、受験者は予め法史学、法哲学あるいは法社会学の観点よりするテーマを、ゼミナールで充分に研究しておかねばならない』(⑨五四九頁。他に⑩一六頁)。(e)⑩二〇頁。(f)⑪六頁、⑭九四頁。(g)⑭一〇七頁以下。(h)③五七頁。本稿一七九頁以下。⑪一七頁以下。(i)⑭一〇四頁。(j)⑭一〇四頁。(k)⑭一〇〇—一〇四頁。他に、一〇七—一〇八、一四九—一五二頁参照。(l)⑭一〇五頁。(m)⑭一〇七頁。(n)⑭一五〇—一五二頁。(o)⑭一五一頁。

- (2) (a)③六一頁。(b)田中実「法制史の法解釈学への貢献について——八〇年代西ドイツの議論を中心に——」(『法制史研究』第四〇巻、一九九〇年)一五五頁註(1)、一五六頁註(7)に引用されている「七八年学会テーゼ」(ヘフトグラフ印刷、未公刊)七頁。(c)法制史の「学問的孤立 (wissenschaftliche Isolierung)」の用語は、註(a)の「七八年学会テーゼ」九頁。(d)③五六頁。「法の脱歴史化 (Enthistorisierung des Rechts)」の用語は、註(a)の「七八年学会テーゼ」七頁。(e)「メダルの裏側 (die Kehrseite der Medaille)」という用語は註(a)の「七八年テーゼ」七頁。K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), 1989, S. 280-281 参照。(f)⑨五四八頁。(g)本稿一七四頁。①一一頁、一二頁。(h)本稿一七五—一七六頁。

- (3) (a)本稿一七九—一八〇頁。⑦一〇—一一頁。(b)⑪二—三頁。(c)⑦一〇頁。(d)本稿一八五頁参照。(e)本稿一八六頁。(f)クレッシェルが判決の歴史に言及したものとして、K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3 (seit 1650), 1989, S. 172-173. (g)③五九頁。

- (4) (a)③五四—五五頁。⑤五九頁。①一四頁。⑪一四—一五頁。⑬五六—五七頁。(b)本稿一七八頁以下。(c) Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 2. Aufl., 1965, S. 157. ハンス＝ゲオルク・ガダマー、饒田収他訳『真理と方法』(法政大学出版局、一九八九年)二四—二五頁。⑭二四—二五頁。(d)ヘンドリック・ビールズ編、竹田純郎他訳『解釈学とは何か』(山本書店、一九八七年)八—九頁。⑭二五一頁。(e) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 291 (f)リチャード・J・バーンスタイン著、丸山高司ほか訳『科学・解釈学・実践Ⅰ』(岩波書店、一九九〇年)七三頁。(g)以下は関連箇所の翻訳である。「同じように、ヘルメノイティクの歴史が我々に教えるのは、文献学的ヘルメノイティ

クと並んで、神学的ヘルメノイティクと法律学的ヘルメノイティクとが存在したことである。それら二つのヘルメノイティクは文献学的ヘルメノイティクと協力して、ヘルメノイティクの全体概念をようやく隙間のないものにしたのである。……。法律学的ヘルメノイティクと神学的ヘルメノイティクとに、文献学的ヘルメノイティクを本来的に結びつけている強い一体感は、すべての理解の不可欠の契機である適用を承認したことによるものである。神学的ヘルメノイティクと同様に法律学的ヘルメノイティクを根本で規定しているのは、まさに緊張である。緊張とは、法律のテキストであれ告知のテキストであれ、置かれたテキストを一方とし、意味を他方とする、その両者の間に存在する緊張のことである。意味とは、判決を下す場面においてであれ説教を行う場面においてであれ、解釈の具体的瞬間にテキストを適用することで獲得される意味のことである。法律は歴史的に理解されてはならないのであって、解釈を通して法的効力を持つことの内に具現すべきものなのである。同じように、告知の宗教テキストも単なる歴史的ドキュメントとして把握されてはならないのであって、救済の効果を及ぼすように理解されるべきなのである。この二つの事例に含まれていることは、法律であろうと福音であろうと、テキストがそれに相応しいかたちで、つまりテキストが掲げる要求にしたがって理解されるべきであるとするならば、それぞれの瞬間に、すなわちそれぞれの具体的状況に応じて新たにそして別様にテキストは理解されなければならない、ということなのである。理解とは、ここではまったくもって適用のことなのである」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 292.)。

「文献学や歴史学的精神科学の領域におけるヘルメノイティクは、『支配知 (Herrschaftswissen)』・すなわち財産をわが物にする (Besitzergreifung) が、いとく「知を」わが物にする」と (Aneignung) ではそもそもでもない。それは、自分自身よりもテキストの支配要求を優先させているのである。なかでも、それにまったくぴったりの模範が、法律学的ヘルメノイティクであり神学的ヘルメノイティクである。法律意思の解釈であつたり、神の約束の解釈であつたりすることは、支配形式ではなく奉仕の形式であるのは明白である。認められる (gellen) べきものすべてに奉仕することにおいて、それらは、適用を内に包み込んだ解釈なのである。歴史学的ヘルメノイティクも適用の仕事遂行しなければならない、というのはいまやテーゼである。意味が認められること (die Geltung von Sinn) に、それも次のようにして奉仕するからである。すなわち、解釈者をテキストから切り離す時代の隔たりをきっぱりと自覚的に乗り越え、テキストに生じた、意味の疎遠さを同様に克

服することによって」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 294-295)。

「伝承と関わり合う解釈者は、自分自身にそれを適用しようとする。もちろん、そのことが意味しているのは、伝承されたテキストが彼にとって普遍的なものとして与えられていて、そして理解され、かくしてようやく個別的な適用に供されるということではない。むしろ、解釈者が理解しようとしているのは、この普遍的なものつまりテキストにはかならない。すなわち伝承が語っていること、テキストの意味や意義を形成しているものを、解釈者は理解しようとしているのである。それを理解するためには、解釈者は、自分自身や具体的な解釈学的状況を無視しようとしてはならない。そもそも理解しようとするれば、解釈者は、テキストをこの状況に関係づけなければならないのである」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 307.)。

「それ自体としてまず理解されるような、何か所与の普遍的なものが、あるケースに事後に当てはめられるのが適用ではなく、与えられたテキストが我々には普遍的なもののだが、そのテキストという普遍的なものそれ自体を真に理解することがまずもって適用である。理解が働きかけ「作用」の一つのあり方 (eine Weise von Wirkung) であることが明らかになり、またそうした働きかけ「作用」であることが分かるのである」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 323.)。(h) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 307, 323. 註(g)参照。(i)リチャード・J・バーンスタイン著、丸山高司ほか訳『科学・解釈学・実践Ⅱ』(岩波書店、一九九〇年)三六〇頁註(41)。(j) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 294-295. 註(g)参照。(k) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 292, 294-295. 註(g)参照。(l) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 295. 註(g)参照。(m) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 307. (n) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 308ff. (o) Franz Wieacker, Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik, in Nachrichten der Akademie der Wissenschaft, Göttingen Phil-hist. Kl., 1936 Nr. 1, S. 12-13, 21-22. 本稿一八二頁。(p) Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. XVIII-XIX. ハンス＝ゲオルク・ガダマー、巒田収他訳『真理と方法』(法政大学出版局、一九八九年) xvi-xvii 頁。関連する叙述として以下がある。

「伝承されている法規範を現在の必要性に適用させる裁判官は確かなんらかの実践的な課題を解決しようとしているのである。しかし、それだからといって、裁判官の法律解釈は恣意的な解釈変えだ、とはとても言えない。裁判官の場合にも

- 理解と解釈とが意味しているのは、現に有効な意味を見極めることであり認めることなのである。法規範の「法的思考 (Rechtsgedanken)」を現在に媒介することによって、その「法的思考」に従って進むうとしていのである。確かにそれは法学的な媒介である。裁判官が見極めようとしているのは法規範の法的な意味であって、法規範が公布されたことの歴史的意味や法規範が適用されたあるケースの歴史的意味ではない。したがって、裁判官は歴史家として行動してはいない。そうではあるが、しかし裁判官は彼の現在である彼自身の歴史に向かって行動しているのである。裁判官はだから、彼が裁判官として暗黙のうちに共有していた問題に、常に歴史家としても取り組むことができるのである」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O. S. 311.)。(b) Hans-Georg Gadamer, a. a. O. S. 308-315. 「歴史的位位置価値」(S. 310)、「法規範の具体化」[「産出的な法の補充」(S. 312.)。(r)⑫二二二—二二五頁。⑬五五七頁。(s)⑫二二三—二三七頁。(t)「理解が働きかけ」[「作用」の一つのあり方 (eine Weise von Wirkung) であることが明らかになり、またそうした働きかけ「作用」であることが分かるのである」(Hans-Georg Gadamer, a. a. O. S. 323.)。註(g)に関連部分の訳がある。(u)本稿一七九、一九九頁。(v)本稿一七九、一九八頁。(w)本稿一九八頁。(x)本稿二〇二—二〇三頁。(y)本稿一七二—一七三頁。(z)⑭一六一頁。(5) (a)⑭一〇五頁。(b)⑭一四七頁。(c)加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣、昭和六一年)八六七—八八三頁。そこで、加藤は、法「解釈」学における認識の問題を論じている。私は、加藤の次の意見に共鳴する。「……なおここで『認識としての法律学』を強調したのは……次の理由によるものである。法解釈学論争以来、われわれは法解釈学は実践的決断であって客観性をもたないということにあまりに安住しすぎてしまつて、ほかの学問分野であれば当然に要求される客観性志向、認識志向をあまりに失いすぎたのではないか。そして、法の解釈が多くは実践的決断であることは事実であるが、その実践的決断＝当為判断を対象化することによって、客観性を有する認識としての法律学を樹立することも可能なのではないか。それなのに、われわれはこしばらくの間、このような分野を等閑視しすぎてきたのではなからうか、と思うからである」(八七九—八八〇頁)。田中成明『法的思考とはどのようなものか』(有斐閣、初版第四刷、一九九〇年)一六七頁以下で、加藤の見解に批判的検討を加えている。(d)⑭二五二—二五三頁。(e)本稿一八四—一八五頁。(f)本稿一八六—一八七頁。(g)本稿一八九—一九〇頁。他に本稿一九四頁以下。(h)⑭一〇三—一〇四頁。(i)⑭一

〇三一〇四頁。本稿二〇七頁。(j)石部雅亮「市民法学」日本近代法制史研究会編『日本近代法二二〇講』(法律文化社、初版第一刷、一九九二年所収、一九五頁)。(k)田中、前掲、五三頁。(l)⑨一一四—一一九頁。

(6) (a)③五〇—五一頁。(b)本稿一七四頁以下。(c)⑦一二頁。(d)⑫二五二—二五四頁。(e)Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 344, 346. (f)Hans-Georg Gadamer, a. a. O., S. 359. (g)⑦一一頁。(h)本稿一八四頁以下。

(7) (a)本稿一七四頁以下。(b)本稿二二一頁以下。(c)本稿一七二頁以下。(d)本稿一七七頁。(e)本稿一七三頁。(f)本稿一七五頁以下。(g)①三九、四九頁。(h)表現の違いや評価の仕方を別にすれば、これは世良の判断でもある。また、こうした限定をすることによって、歴史学に対する法制史の独自性を主張しようとするのがクレッシェルの意図でもある、と世良は言う。本稿一八七頁、他に一八一頁参照。(i)本稿一七二頁。「私の確信によれば (nach meiner Überzeugung)」、法制史研究の対象は「概念にまでもたらされた現実である」、とクレッシェルが言う場合の「確信」の裏づけはこのことなのではないか。

(8) (a)本稿一八〇頁。(b)本稿一八四頁。(c)本稿一八五頁。(d)Hans-Georg Gadamer, Replik: in Hermeneutik und Ideologiekritik von Karl-Otto Apel usw., 1976, S. 298. ⑬五七六頁。(e)Ders., a. a. O., S. 287. ⑬五七六頁。(f)本稿一八五、二〇七頁。(g)本稿二〇七頁。(h)⑦とその続編2、3。(i)ミッタイス・リーベリッヒ著、世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説』(創文社、第一刷、昭和四六年)。Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, neubearbeitet von Heinz Lieberich, 11. ergänzte Aufl., 1969.

四 「クレッシェルのとり上げる具体的な問題点」をめぐって——批判点の整理と検討——

この章の主タイトルが、クレッシェル批判の二つ目の柱である。ここでは、クレッシェルのF・ケルン批判に対する反批判が展開されている。反批判の目的は何か。クレッシェルによる批判が成り立ち得ないことを明らかにするこ

とによって、「良き古き法」という用語で概念化されている、西洋中世法についてのケルン理論が依然として不動のものであることを論証することである。^(1-a)

(1) 「良き古き法」概念　クレッシェルは、ケルンの「良き古き法」概念を「一般的拘束力を持つ慣習法秩序」として捉えており、しかもそれは近代法概念を過去に持ち込んで構成されたものである、と考えている。世良は、クレッシェルの考え方をこのように整理し、そしてそれこそが近代的法観念を持ち込むことによって得られたケルン理解にほかならない、と反批判する。^(1-b)

……これは、明らかにケルンに対する——とんでもないと言ってよいほどの——大きな誤解である。ケルンによれば、中世法は「明確な内容をもたず」、一種の「法（＝正義）感情であり」、それは、「良心の中で」また「古来の伝承の中に」発見されるが、この発見場所の二重性について、中世自身は全く意識しておらず、まさにこの「正義感情と伝承との相互合流によって、古き法と良き法とは、単一の良き古き法になるのである。」このような「良き古き法」が、「一般的拘束力をもつ慣習法秩序」を形成するなどということはありえないことは、多言するまでもないことである。むしろ、ケルンは、まさにこのことの故に、あいまいで恒常性のない中世法よりも、明確で安定性をもつ近代法の方を、ずっと高く評価しているのである。また、ケルンは、「慣習法という近代的概念が、中世的な法概念を汲みつくすものでなく」、「中世的な法観念の本質的な概念特徴を再現していない」ことを指摘した上で、制定法に対する対立語として、一つの「符丁語」としてこの言葉を用いるということ

も、はつきりことわっているのである。

クレッシェルによるケルン理論批判は、一つには、「主観的権利 (subjektives Recht)」概念と「客観的法 (objektives Recht)」概念とを使い分けて中世法の性格を、ケルンが次のように特徴づけていることに向けられている。^(1-c)

主観的権利、とりわけ占有権については、いつの時代でも古さということが意味をもっており、場合によっては権利創設的な力をもっている (取得時効)。これに反して、客観的法の通用力については、今日の制定法の支配下においては、古さということは全く何の意味ももっていない。……。中世においてはそうではなかった。正に客観的な法について、古さということが最も基本的属性とみなされていたのである。事実、法は慣習であった。

それは、長老や信頼しうる人びとの記憶によって証明された・記憶しえないほどの太古以来の伝習、*leges patrum* 「父祖の法」であったのである。それは、必ずというわけではないが、場合によっては、外面的な記憶補助手段、例えば文書・土地標識・法書・その他の人間の生命期間を超えて永続するような何らかのものによって証明された。このようなものが客観的な法なのである。そして、問題になった主観的権利については、その権利が父祖伝来の習慣に属しているということが、今日、その権利が通用力ある国家制定法から流出するという証明がもっているのと、ほぼ同様の意味をもっていたのである。もちろん、法が法であるためには、それは単に古いというだけではなく、「良い」ものでもなければならなかった。……。

クレッシェルはこの考え方を批判して、「客観的法」という概念をヨーロッパにおいてそもそも語ることができる

ようになるのはようやく一二世紀になってからのことであり、したがってケルンのこうした中世法像は「特定の近代法に関するイメージ……を基準」にしたものでしかない、^(1-d)と云う。村上淳一も、「さまざまな規範的行動予期（てんでんばらばらの権利主張）」が制定法によらず慣習法という形で「整合的に一般化」されている、と考えているのがケルンであり、したがってケルンの言う「客観的法（Ⅱ父祖の法）」はその性格において近代法と区別がなく、あるのは制定法ないし判例法かそれとも慣習法かという形式的（Ⅱ量的）な違いにすぎない、と主張する^(1-e)。

世良自身も、ケルンの「主観的権利」と「客観的法」との使い分けには「但し書」が必要である、と考えていた。ケルンの著作を翻訳するにさいして次の訳注を付しているからである。^(1-f)

subjektives Recht, objektives Recht の語はそれぞれ「主観的権利」「客観的法」と訳した。いうまでもなく、前者は「権利」を、後者は「法」を意味するわけであるが、中世法においては、本文にも説かれているように、「権利」と「法」の区別はなく、また Recht は「法」や「権利」を意味するとともに「正義」・「善」をも意味している。「法」・「権利」等の訳語が用いられている場合、読者は、両者の間に厳密な区別がないこと、またそれらが「正義」・「善」をも含意していることを注意されたい。

世良は、この前提に立って、本節冒頭の引用文にあるように、ケルンの言う中世法を明確な内容を持たない一種の「法（Ⅱ正義）感情」として理解しているのである。「良き古き法」概念は中世に持ち込まれた近代法概念であるのか、それとも近代法とは異質の中世法を的確に特徴づけた概念であるのか。これがここでの問題の核心である。

ケルンは、世良の言うように、「客観的法」と「主観的権利」との区別は中世においては成立しない、と明言して

^(11g) いる。ではなぜこれらの概念を用いるのか。「実際上の理由から (aus praktischen Gründen)^(11h)」である。「実際上の理由」とは、分かりよいように叙述をはっきりさせるため (der praktischen Deutlichkeit willen)⁽¹¹ⁱ⁾、ということである。叙述をはっきりさせる、ということの意味は何か。ケルンは、その採用する精神史の方法によれば、中世の物の見方を理解するためには当該の時代に用い慣れていた言葉や概念を列挙するだけではだめだ、と言う。何故ならば、一つの時代はその最良・最奥のものをまったく表明できないか、できたとしても不適切な形でしか表明できないからである。「ようやくたそがれ時になって、ミネルヴァのふくろうはその飛翔を開始するのである」。そこで、現代の諸概念を用いて中世の物の見方を書き直す仕事・当該の時代の言葉や概念の意義を評価して我々の概念世界に組み入れる仕事をしなければならぬ。すなわち、中世の言行を手がかりとして中世独自の法概念を再現し、そしてそれに続いてこの中世の法概念を現代人の慣れ親しんでいる言葉で把握することをしてしなければならない。精神史はこのように過去と現在との間を翻訳する役割を演ずるのである。しかしそのさい避けなければならないのは、現代の諸概念を無批判的かつ時代錯誤的な仕方の中世に持ち込むことである。^(11j)

近代的な諸概念を中世に持ち込むことは、このようにケルンにとって方法論に深く係わることからであった。そしてこの方法論に基づいて中世独自の法概念を再現した用語が「良き古き法」であり、また「慣習」「慣習法」^(11k)「主観的権利」「客観的法」は再現された「中世独自の法概念」を書き直して現代の概念世界に組み入れるための用語である、ということになる。

ではケルンは「客観的法」という用語をどのような内容で用いているのか。「一切の主観的権利の組み合わせ (Get-

「⁽¹⁻¹⁾相互に結び合わされた（主観的）諸権利の巨大な糸だま（ein riesiger Knäuel un-
tereinander verknüpfter (subjektiver) Berechtigungen）」⁽¹⁻²⁾「数限りない主観的な個別の諸権利の一個の連関としての所
与の客観的法状態（der vorgefundene objektive Rechtszustand als ein Zusammenhang unendlich vieler subjektiver
Einzelrechte）」⁽¹⁻³⁾。これらが、中世的「客観的法」の内容とされているものである。

中世的「客観的法」は近代的なそれと基本的にどこが異なるのか。それは、何よりも「客観的法」が存在する場所
である。近代的「客観的法」が存在するのは、基本的に、誰もがその目で見たり読んだりできる成文の「国家制定
法」であり、中世的なそれが存在するのは不文の「良心」「太古以来の伝習」である。したがって、「主観的権利」と
「客観的法」との視覚的な区別が前者の場合には可能であるが、後者の場合には不可能である。

しかし、機能的な側面から見た場合、両者に違いはない。ケルンはそう考えているのではないか。機能とは、ある
主張が権利の主張であるか否かを区別し「各人に彼のものを与える」⁽¹⁻⁴⁾ことを一般的に担保する力としての働き、とで
も仮に言えるものである。中世的「客観的法」の場合、その力の源が「古さ」「良さ」である点で、公権力が力の源
である近代的「客観的法」とは確かに異なっている。しかし、ある権利に一般的通用力を与える、という機能そのも
のにおいては違いがない。また、そうであるからこそ、近代的「客観的法」概念を用いて、現代の概念世界に中世法
を組み入れることができたのであろう。「良き古き法」とは「一般的拘束力を持つ慣習法秩序」「さまざまな規範的行
動予期が整合的に一般化された状態」である、とクレッシェルや村上は言う。ここで問題にした機能という側面から
見るとき、両者のこの指摘は正鵠を射ている、と私は思う。

このことに関連して重要なのが、近代に生き続けている「永遠の中世 (das ewige Mittelalter)^(1-d)」というケルンの考え方であり、「中世的法概念に対する近代的法概念の優越性を基礎づけているのは、技術的進歩なのであって、理念的進歩ではない^(1-q)」というケルンの主張である。世良は、本節の冒頭の引用文のなかで、「ケルンは……あいまいで恒常性のない中世法よりも、明確で安定性をもつ近代法の方を、ずっと高く評価している」と述べているが、しかしそれはあくまでも技術的な側面に限ったことなのである。「客観的法」がその住処を「良心」「伝承」から国家制定法に代えて自立し視覚化されたことは、ケルンにはあくまでもこの法技術的進歩の現れの一つでしかないのである。^(1-r)

(2) 「史料上の「言葉と概念」」 この小項目での世良の批判は、二(1)「概念構成の問題——批判点の整理——」を前提にしたものである。批判点の第一は、史料に記されているラテン語の外皮の中に「ドイツ的核」は秘められていない、というクレッシェルの考え方に対するものである。^(2-a) ラテン語用語に対応するドイツ語用語はラテン語からドイツ語へという方向で読むべきであり、逆方向に読むことは許されない。古代からの慣用的な意味を保持し続けているラテン的諸概念を学ぶことによって、あるいは伝統的なゲルマン的諸概念をそれに最も近い古代的・キリスト教的思考概念に当てはめることによって造られたのがドイツ語用語である。クレッシェルはこう考えている。^(2-b) この考え方に^(2-c) 対する世良の批判を要約して言えば、それはおおよそ次のようになる。

consuetudo などのラテン用語にはその時代の人びとがローマ的・教会的概念を利用して自分たちの社会の現実を概念的に把握したものがあはることは間違いないのであつて、「ラテン語の外皮の中にドイツ的核が存在する」

ケースの存在することを否定することは許されない。したがって、例えばバイエルン部族法典の序文にみえる「各民族は、その *consuetudo* に基いて、各自固有の *lex* を撰定した。けだし、*longa consuetudo* は *lex* とみなされるからである」という文言も、クレッシェルのように、これをイシドール (Isidor von Sevilla) からの単なる引き写しとして無視することはできず、ローマ的観念を利用しての同時代人による *lex* と *consuetudo* との関連づけの試みとして評価しなければならないことになる。それはゲルマン的観念ではないけれども、中世的法観念の一つの表現ではありうるのである。

ラテン語の外皮の中に「ドイツ的核」は秘められていない、というクレッシェル・テーゼは、「良き古き法」批判とは別のもう一つの、ケルン批判の大きな柱である。ケルンは、「良き古き法」という概念で中世法を捉えているのであるが、この中世法概念を「ゲルマン的Ⅱキリスト教的法観念」として性格づけている。「ゲルマン的な民衆的伝承と教会的Ⅱ倫理的な教養とが結び合つて、持続的な・純防衛的な・非前進的な・無時間的なものの普遍性の中に退いた法概念を作り出した」、とケルンは言う^(21d)。これに対して、クレッシェルはおおよそ次のように考えている^(21e)。

中世初期の史料に認められる法用語の網羅的分析を通して導かれる結論は、「不変の、良き、古き法」という「ゲルマンⅡドイツ伝来の観念」は存在していない、ということである。① *lex* は現行法を意味し、② *jus* は諸々の「主観的権利」を、③ *consuetudo* は「慣習」を意味している。①②③は内容的に重なることはなく、それぞれのドイツ語訳語も、①は *ewa*、②は *kiuualt' rehte*、③は *giwonahheit* というように別々である。したがって①②③相互の間に関連性はない。④ *justitia* 概念は古代後期に多義的な概念に膨張し、主観的権利の意味にお

ける *jus* と同義に用いられるなどした。この用いられ方がやがて中世になって重要な意味を持ち、「多くの具体的権利、貢租」など様々な語義に *justitia* は分化する。またその一方で *justitia* は「正義」という古典古代的キリスト教的な観念に満たされた本来の意味をも保持し続けるが、この意味につながる内容を *justitia* から受け取るドイツ語が *Recht*、*recht* である。「正義」そのものを意味するドイツ語としては *Gerechtigkeit* が造られるがそれはラテン語を直訳した借用訳語である。そうした訳語が造られたのは、*justitia* と同等の、ドイツ語の古い観念が存在しなかったことの証である。

一二世紀になると、*lex* は主観的権利と対の、客観的法の意味を獲得し、*jus* は主観的権利と客観的法との二重の意味を表し、*consuetudo* は *iura et consuetudines terrae* (ラントの法と慣習) という表現に見られるように二重の意味を持つ *jus* と密接に結合する。またドイツ語 *rechte*、*Recht* もこの二重の意味を獲得する。

中世初期の法用語の分析を通して浮かび上がるのは、ローマ法や教会法の諸概念とその内容がときには直訳の訳語でドイツ社会のなかに置き換えられて行く姿である。一方、一二世紀ドイツの概念的世界を産み出した力は *Satzung*、契約、特権授与から産まれた慣習が慣習法へと形を変え、その慣習法が客観的法の内容を形成して行く、という法の新たな展開であり、またそれに連動した、古典古代的キリスト教的観念の展開である。古典古代には認められながら中世初期には失われてしまった、*jus* 概念の二重の意味（主観的権利、客観的法）の復活・*consuetudo* はあらゆる法の固有の基礎であるとする教会法の考え方・「成文法 (*lex scripta*)」との緊張関係に立ち、「古さ」が強調され、「真理」「理性」に拘束される「慣習」という、古代を越え中世をも連続的に支配

し続けた、ローマ法や教父たちの学説の、客観的法の意味における慣習法との結合など、古典古代的Ⅱキリスト教的觀念の主導の下に土着の思考が転換されて行く。したがって客観的法としての慣習法が「古さ」と「良さ」というメルクマールを有することが証言されたとしても、それはゲルマン的觀念が連続していることの証ではなく、古典古代的Ⅱキリスト教的觀念が土着の觀念を変化させたことの証なのである。

クレッシェルは、このように、中世法の概念世界を造り上げた推進力は、中世に受け継がれた古典古代的Ⅱキリスト教的觀念世界の思想材である、と主張する。そしてその主張の裏返しは、概念にまでもたらされたゲルマン的法觀念の存在の否定である。自前の法概念世界を持つまでに至っていないゲルマン社会は、したがって何らかの法概念を必要とするとき、「単なる引き写し」のかたちではあれ、ローマ法や教会法の概念世界から学ばねばならなかった。クレッシェルはそう考えている。だから、先の引用文での世良の指摘、すなわち「consuetudo」などのラテン用語にはその時代の人びとがローマ的・教会的概念を利用して自分たちの社会の現実を概念的に把握したものがあることは間違いない」という指摘にはクレッシェルも異存はない、と私は思う。クレッシェルが「ドイツ的核」という場合、それはあくまでも自前の概念にまでもたらされた現実を意味しているのであって、概念にまで未だもたらされていない生の現実そのものを意味してはいないからである。「ドイツ的核」をめぐる理解の違いが、世良のこの第一の批判点には感じられる。

しかしクレッシェルの「良き古き法」批判にも気になる点がある。それは、ケルンが「良き古き法」を「ゲルマン的Ⅱキリスト教的法觀念」として性格づけていることに係わる。世良が指摘するように、ケルンが探究したのはゲル

マンの要素とキリスト教的要素とが融合した中世法概念である。したがってケルンはゲルマン的要素のみを特別に強調しているわけではない。クレッシェルの叙述にはこの点への配慮が見あたらない。ゲルマン的要素を「古さ」として、キリスト教的要素を「良さ」として、そしてその二つの要素の融合したものを「中世法」としてケルンは概念化した、と私はいまのところ考えている。^(21g)ケルン理論を支える一つの柱がゲルマン的要素であることは確かであるが、しかしキリスト教的要素は欠くことのできないもう一方の柱である。「良さ」「古さ」の二要素を「ゲルマン」ドイツ伝来の観念」に共に含める、クレッシェルの理解には私は賛成できない。この項でまとめたクレッシェルの考え方はそれ自体としては学問的刺激に満ちている。しかし、この考え方は、ケルン批判との関係で言えば、半分の射程距離のものでしかない、と私は思う。

この小項目での世良の批判点の第二は、クレッシェルが政治状況も権力構造のあり方も行政手段の発展の度合も経済のあり方も完全に視野の外に置き、法制史を「純粋なテキスト学」にしてしまっている、というものである。この批判点は三(8)「概念構成の問題」——批判点の検討(二)——ですでに検討済みである。

- (3) 「ゲルマン的法観念について」 (a) 世良はこの小項目でまず次の点を指摘する。^(31a)

Kは、ケルンを批判するにあたって、「不変の良き古き法という、伝来的なゲルマン的ドイツ的観念は、これを認識することができない」(④三三六、三三五頁。傍点・世良)「法の良さと古さの省察は、ケルンの意図したところとは違って、古代の伝統に根ざしており、ゲルマン的、法思考に根ざすものではない。ゲルマン的、中世的

な、法的、連、続、性、の、本、質、的、要、素、と、し、て、の、〈良き古き法〉なるものは、問題にならない」(Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 254. 傍点・世良)。「ケープラーは、一見きわめて古風にみえる〈良き古き法〉の觀念が、ゲルマン的法思想に由来するものではなく、中世ローマ法慣習法理論の影響を示していることを証明しえた」(⑤七六頁、②八七頁。傍点・世良)、というように、いつでも、「良き古き法」がゲルマン的法觀念ではないということを問題にしており、また、語史・概念史のとり扱いにおいても、語や概念がゲルマン的か、ローマ的か、教会的かという点に焦点を合わせて分析してきた。

「良き古き法」を含め、「ゲルマン的法觀念」に由来するとされる中世法上の諸概念が史料上の根拠を如何に欠いたものであるか、をクレッシェルが総括的に問題にしたのが、一九八一年秋、わが国の法制史学会で行われた講演「〈ゲルマン法〉——研究上の一問題——」である。^(3-b)「ゲルマン法」という用語を用いることは今後もはや一切できないのか、という疑問をさえ抱かせるほど、その批判は徹底している。

しかし、そのクレッシェルにしても「ゲルマン法」の概念を捨てることはできない、それというのもクレッシェルは「ゲルマン法」概念を彼の法制史のいわば根幹に据えているからであり、「ゲルマン起源の法の歴史」をドイツ法制史の対象として考えているからである、^(3-c)と世良は批判する。世良のこのクレッシェル批判が誤解に基づくものであることは、村上淳一の指摘するところである。^(3-d)したがって、ゲルマン的法觀念との関連でこれまで問題にされてきた諸々の法概念の史料の根拠を完全否定する点においてクレッシェルの態度にはいささかの揺るぎもない、ということになる。

クレッシェルの主要論文七編を集めた訳書に、石川武は『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道——』というタイトルを付けている。「ゲルマン法」の現れと言われてきた諸概念の虚像性・すなわち現実から遊離しイデオロギーと化した諸概念の実態を明るみに出し、そのことを通して「ゲルマン法」概念そのものに真正面から疑惑の目を向けさせることにおいて、クレッシェル程徹底したドイツ人研究者を私は知らない。しかし、クレッシェルのこのような学問的態度にも最近変化が見られる。ゲルマン法に属する法の存在を、「ゲルマン法」という用語とともに積極的に認める発言を始めているからである。^(31e)

ローマ法やキリスト教の思想の痕跡があらこちらに認められるにしても、この法典（Ⅱサリカ法典のこと——引用者）は全体としてはゲルマン法 (germanisches Recht) の証言である。同じことはランゴバルト王ロタールの告示（六四三年）についても言える。すなわち、それは、ラウネギルト（反対贈与であつて、これがなされて初めて贈与が有効になる）でもつて、他のゲルマン諸部族にも見られる法制度を証言している。ローマ人とブルクント人との共存の問題が非常に大きな役割を演じている、ブルクントのグンドバート王の法典（五〇一年以前）でさえ、ゲラーデとモルゲンガーベとでもつて夫婦財産法の制度を示している。この制度はザクセンでの後の対応物によってとりわけ、ゲルマン的なものであることが確証されている。

この変化は何を意味しているのだろうか。以下は私の推測である。第一に、クレッシェルはイデオロギー化した「ゲルマン法」概念を問題にはしたが、「ゲルマン法」という用語そのものまでも廃棄すべきであるとは考えていなかったこと。第二に、したがって「ゲルマン法」上の諸概念の虚像性を明るみに出すことにもつぱら重点が置かれて

いたのは、現実から遊離してイデオロギーと化し、ナチスの時代には殺人的な神話さえも形成した「ゲルマン的法観念」に対して批判的反省を徹底的に加えることにより法制史本来の任務を明確化することが最優先課題である、とクレッシエルが考えていたためであること。

何がこの変化をもたらした要因であるのか。「ゲルマン法」概念のイデオロギー化の心配はもはやない、ということなのであろうか。今後の作品を通して示されるであろうクレッシエルの回答を待ちたいと思う。

(b) 世良は、四つの根拠を挙げて、クレッシエルが歴史法学派の流れを受け継いでいる、と結論づけている。^(3-f) 第一の根拠は、「ゲルマン起源の法の歴史」がドイツ法制史の対象とされていること。第二は、「ドイツ性強調的」なドイツ法制史のあり方が誇りにされていること。第三は、中世的ゲルマン法を現代に復活しようとした歴史法学派の仕事のなかに見られた意識（Ⅱ「法による社会形成の任務が継続しているという意識」）がその後失われてしまったことを嘆き、「法概念」でなく「理念型」に転化した諸概念がますますイデオロギー的機能を発揮したことを非難していること。第四の根拠は、法制史の研究対象を「法」の世界に限定していること。

第一、第二の根拠は、この項(3)(a)で述べたように、世良がクレッシエルの考え方を誤解したためのものであり、したがって残るのは第三、第四の根拠である。クレッシエルの課題は法制史を法学に再統合することである。したがって法制史を法学の一分野に位置づけるのが歴史法学に固有の考え方であると言うのであれば、クレッシエルは歴史法学派に組みしている、と言えよう。しかし歴史法学派に典型的にみられるのは、むしろ次の考え方ではないのか。「一つの法制度が一時的に消滅するということ、いな一つの法体系全体が一時的に消滅することすら、単なる暗転・

川の水涸れにすぎないのであり、やがては満々たる水流が、その本質においては不変のままに、この水涸れから再び流れ出るはずのものである^(3-h)。すなわち、歴史を超越した民族法（＝民族精神から発露する法）の同一性、という考え方である。この考え方はクレッシェルにはない。それどころか、クレッシェルの批判の矛先は、このように考えそしてその考えを概念化し結果的にナチスを準備した、歴史法学派のなかのゲルマニストに鋭く向けられている。この点では、世良の歴史法学批判との間に違いはまったくなく、それどころかクレッシェルの一連の論稿は、クレッシェルに先だって展開された世良の歴史法学批判の正しさを間接的に裏づけている、と言うこともできるのである⁽³⁻ⁱ⁾。歴史法学派ということでは、「永遠の中世」の主張や、例えば次の引用文^(3-j)に見られるように、ケルンの方がむしろその学派の流れを受け継いでいる、と私は思う。

中世の立法者は、しばしば明示的な形で……「無道な法律を廃して、有益な法律を作った」。しかしこの場合にも、彼らは、彼らの考えでは、実定法を別の実定法によって置き代えたのではなく、一時的に不法によって濁らされていた河床に、真の法の流れを再び導き入れたのである。中世の法改正を示す特徴的な言葉は *legem emendare* [法を正す] であり、法をその歪曲から解放するというわけである。

(4) 「ケルンと自由法論」 ケルンの理論が歴史学や法制史の分野で通説の地位を占めることができたことに関連した、クレッシェルの次の指摘^(4-a)を世良はここで問題にしている。

G・トイアーカウフは、……中世法の特質を描こうとするケルンの試みが、法学における一つの有力な潮流、す

なわち自由法学派と驚くほどの共通性を示しているという、重要な観察を伝えている。両者とも、近代的な制定法実証主義 (Gesetzespositivismus) という共通の相手方に対して、論争的に挑戦しているのである。それ故、ケルンの輝かしいテーゼも、彼の〈法発見^(4-c)〉の理論も、過去の法の構造を洞察したものというよりも、むしろ近代的な制定法離れの現れなのではないかという問題があるが、この問題はまだ全く解明されていない。

世良は、この考え方を認めず、ケルンは近代法を高く評価しており、そのことからケルンの考え方は「客観的に見れば、法律実証主義に近いものであることはまちがいない」と批判している。^(4-d) 両者のこの相反するケルン評価の扱いについては、説明が求められている問題として受け止めておくだけにしたい。それというのも、この議論は法律家ではないケルンを余りにも法学に固有の問題領域に引き入れすぎているように思えるからである。

- (1) (a) 詳しくは¹⁴九二頁以下、一四八頁以下。(b) ①二八—二九頁。(c) ¹⁷七頁。¹⁸一一—一二頁。(d) ⑧五一頁、七一頁以下。(e) ¹⁹三四〇—三四二頁。(f) ¹⁷一二九頁。(g) ¹⁷三七、四七頁。¹⁸三六、四四頁。(h) ¹⁷四七頁。(i) ¹⁷三七頁。¹⁸三六頁。(j) ¹⁷四頁。(k) ¹⁹三四〇頁。Fritz Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandrecht*, 1973, S. 123. (l) ¹⁷三七頁。(m) ¹⁷四三頁。(n) ¹⁹三四〇頁。Fritz Kern, a. a. O. S. 123. (o) ¹⁷一三頁。¹⁸一七頁。(p) ¹⁷一〇八頁。¹⁸九四頁。¹⁶一〇五—一〇六頁。(q) ¹⁷六八頁。¹⁸六二頁。(r) ¹⁷六七—七二頁、特に六八頁。¹⁸六一—六五頁、特に六二頁。

- (2) (a) ①二九—三〇頁、⑧六九頁。④三二五頁。(b) ①三〇頁、⑧六九—七〇頁。④三二五—三二六頁。(c) ①三二—三三頁。(d) ¹⁷四〇頁。¹⁸三九頁。¹⁶九八頁以下。(e) ④三二—三三頁、⑧五一—八一頁からのまとめ。村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』(東大出版会、一九八〇年) 二六六—二七九頁参照。(f) ①三九—四〇頁。(g) ①六九—一〇〇頁。¹⁵二—三頁。

- (3) (a)①三五頁。(b)①三六頁。この講演は後に印刷に付された。Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: Festschrift für Hans Thiene zu seinem 80. Geburtstag, 1986, S. 3-19. その日本語訳が⑧三一—四一頁。(c)①三六—三七頁。(d)①九三四—二頁。(e)フライブルク大学と大阪市立大学との間の第二回「日独シンポジウム」(一九九二年)におけるクレッシェルの研究発表「ヨーロッパ法史における普通法と局地法 (Universales und Partikulares Recht in der europäischen Rechtsgeschichte)」。引用文は会場で配布された原稿の五頁。カール・クレッシェル、安竹貴彦・和田卓朗訳「ヨーロッパ法史における普通法と局地法」(石部雅亮他編『法の国際化への道——日独シンポジウム——』信山社、一九九四所収)三八七—三八八頁。(f)①三八—三九頁。(g)①九三四—二頁。註(3)(d)参照。(h)世良晃志郎『ゲルマン法』の概念について「同『歴史学方法論の諸問題』木鐸社、第一版、昭和四八年所収、一五六—一五七頁。(i)①四—二四—一九頁。(j)①四二頁。①八四〇頁。①六一〇七頁。①五四—七頁。④三三五頁、⑧八五—八六頁。
- (4) (a)①四〇—四一頁。Karl Kreoschell, Deutsche Rechtsgeschichte II, 6. Auflage, 1980, S. 255. Ders., Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: Festschrift für Hans Thiene zu seinem 80. Geburtstag, 1986, S. 14' ⑧—一六頁参照。(b)Gerhard Theuerkauf, Lex, Speculum, Compendium, Juris. Rechtsaufzeichnung und Rechtsbewußtsein in Norddeutschland vom 8. bis zum 16. Jahrhundert (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 6, 1968) S. 23 ff. (c)法発見については以下を参照。①七—一〇—一一頁。①八—二四—一五頁。(d)①四二頁。

五 「クレッシェルの描く中世法像」をめぐって——批判点の整理と検討——

この章の主タイトルがクレッシェル批判の三つ目の柱である。「良き古き法」概念の成立しがたいことをもつぱら批判してきたクレッシェルは、次に、中世法の性格づけを始めている。その考え方が最初に示されたのは一九八一年^(1-a)に行われた研究発表においてである。

(1) 「非規範的法」 クレッシェルは、中世法の性格を「非規範的法 (nicht normatives Recht)^(1-b)」という用語で特徴づけている。^(1-c)

古いドイツ法に関して一連の研究がほぼ明らかにしたと思えるのは、極端な言い方をすれば、ドイツ古法は規範的な性格を持っていなかった、ということである。少なくとも、そこには、訴訟規則を除いて、一般的に妥当する諸規範、すなわち不文の法秩序 (ungeschriebene Legalordnung) は存在しなかった。

村上淳一の言葉を借りれば、「もろもろの規範的行動予期 (てんでんばらばらの権利主張) がまだほとんど——慣習法の形ですら——整合的に一般化されていず」、契約や判決によって「個別的・具体的な折り合いがつけられた限りで、そしてその範囲でのみ相互を拘束するにすぎない」、法のあり方を「非規範的法」は意味している。^(1-d)

この用語が造られたのは、第一には近代法の思考図式に合わない事態が古い法の歴史には存在していることを理解させるためであり、第二には近代的法観念に繰返し逆もどりすることを防いでくれる概念装置を展開するためである。^(1-e)

世良は、ディーステルカンプの指摘をも参照しながらこの概念装置を次のように批判する。^(1-f) 第一に、訴訟に関する規則以外にも、例えば人の殺傷・他人の財物の奪取・放火等々の禁止、自由フランク人の人命金が二〇〇ソリドウスであったことなど、一般的妥当力をもつ「規範的法」はたくさんあった。これらの刑事法の領域の例のほかに、いわば民事法や公法の領域において、「規範的法」がどれだけあったかは、なお慎重に検討してみる必要がある。第二

に、判決について言えば、判決以前に審判人たちはすでに一定の規範意識（広義の法意識）何が正しいかについての正確な観念）を持っており、その規範意識に基づいて判決は宣告されている。第三に、この規範意識は確かにいまだ概念的に把握されてはいないが、しかしそれも法制史が探究すべき対象に属する法であると言わなければならない。

第一の批判点は、クレッシェルに対する私の疑問でもある。例えば部族法典には訴訟規則が含まれている。それが一般的拘束力を持つ規範であるのならば、部族法典中のその他のもろもろの規定はどうなのか。この点の説明がほしい。

クレッシェルは「非規範的法」とは何かを説明する具体例として、中世末ヴィーンの二種類の夫婦財産制に次のように言及している。^(1-g) 夫婦財産制の一つは、夫は妻にモルゲンガーベを、妻は夫に嫁資を贈り合う、という婚姻贈与。もう一つは、配偶者の一方が相手方を土地登記簿に「自分と並んで記載」させるといふ財産共同制。共に契約によって設定されることが必要であった。何も取り決められていない場合にはこれこれの法的効果が自動的に生ずるという意味で、規範的に妥当する秩序では、どちらもなかった。どちらの契約も締結されなかった場合にはどうなるかについて、史料は何も言及していない。これを何と呼んだらよいのか。「非規範的法」というのはもちろん矛盾に満ちた表現である。しかし規範というものがあるとしても、このように、それはたかだか民法学者が *lex contractus*（約定された法）という言葉を使うときの意味においてにしかすぎなかったのである。契約当事者にだけは「規範」であるが、その他何人にも「規範」ではない、そういう規範なのである。

感想の域を出ないのであるが、私はクレッシェルのこの説明に釈然としないものを感じている。すでにある二種類

の制度のどちらかを選択して夫婦の間で契約を締結すれば、その取り決めは夫婦を拘束する規範になるというそのことと自体がそもそも、中世末のヴィーン市民には一般的に拘束力を持つ規範ではなかったのか、という疑問がよぎるからである。契約が締結されない場合を想定し、そしてその場合に当事者の意思とは無関係に自動的に作用する規定がないということと、契約がなされたらそれは当事者を拘束する規範になるということとはまったく別次元の問題ではないか。

クレッシェルが「非規範的法」という用語によって言おうとしていることの積極的意味を、私は否定しない。ケルンは中世法の理念を叙述しようとした^(11b)。さまざまな規範的行動予期が、「良さ」「古さ」というモメントを媒介にして良心や太古以来の伝習のなかで整合的に一般化されている状態、それが理念の世界における中世法のあり方であった。ケルンのこの考え方を批判し、理念の世界に向けられていた我々の目を現実の世界に向けさせようとしているのがクレッシェルである。またそのために造り出された概念が「非規範的法」である。jus, lex, consuetudo, kinuult, pirehte, mitrehte, ewa, giwonahetなどの史料上の用語の分析方法も同様に、中世法の見方の転換を我々に迫るものである^(11c)。法概念が現実から遊離しイデオロギー化することを阻み、「法の現実性についての、方法的に考え抜かれた概念^(11d)」の必要性を主張するクレッシェルにとって、それは当然のことであった。この「方法的に考え抜かれた概念」が「動く法」であり、その中世版が「非規範的法」である、と私は思う。判決や契約により個別的・具体的に折り合いがついたところに、ついた範囲で規範が成立するという、文字通り「動き」の中で法を捉える視角は、法の見方に新しい方向性を与えている。

しかし、中世の法は訴訟規則を除いてすべて「非規範的法」としての性格を持つと言い切るほどまでに「非規範的法」概念を一般化するのであれば、部族法典や法律文例集、教会法などの中世法史料全般に即したより具体的な説明がほしい。私がクレッシェル理論から教えられたことの一つは、性急な一般化を避け、史料上の概念を重視しながら法の実際を個別的具体的に明らかにしていく学問的態度である。古典期ローマ法で「主観的権利」と「客観的法」との二つの意味を有していた¹¹⁵が中世になってもつばら権利やあるいは財産の意味で用いられるようになり、やがて一二世紀になり再び「主観的権利」と「客観的法」との二重の意味を持つようになるが、¹¹⁶この変化にドイツ語の recht が対応している、ことを明らかにしたクレッシェルの論稿⁽¹¹⁷⁾に接したとき、そうした学問的態度の大切さを私は痛感した。「良き古き法」の概念は魅力的ではあるが、しかしやはり史料の根拠に弱さがあるとも感じさせられた。理念の世界のことがらとはいえ、それが史料の裏づけなしに叙述されるとき、学問と個人的「思い入れ」との間の境界が消えてしまうことになるとも感じた。それはともあれ世良が指摘しているように、「非規範的法」についてはクレッシェルが討論の過程でつけ加えた次の留保⁽¹¹⁸⁾が重要である、と私も思う。

これ〔近代法の思考図式に合わないような事態〕が法的全領域を含んでいたか、あるいは常に部分領域においてのみそうであり、他の領域においてはわれわれのいう規範的意味の法が常にあったのか——これらすべての問題は、私は未解決のままに残しておきたい。

世良の第二、第三の批判点に関係するものとして、クレッシェルの次の指摘を挙げることができる。⁽¹¹⁹⁾「法が前もって存在しているという観念はおそらくなかった」。「全体から見て如何にも意外であり違っているが故に決定的なこと

は、同時代人の理解にとって、法はその時々⁽¹⁾の判決と同じものであった、ということであると思う」。しかしその一方で、クレッシェルは次のようにも述べている。

アグレガートツィシュタント (Aggregatzustand) の形で、審判人の頭のなかに前もって法が存在していたかも知れない、そのアグレガートツィシュタントを問うことも法制史のテーマに属することを、私はまったく否定するつもりはない。

アグレガートツィシュタントにこのように言及したことで、クレッシェルは世良の第三の批判点を受け入れ得るものにその見解（Ⅱ「概念的に把握されておらず、言葉をもたないような事実は、法制史の研究対象ではない」）を修正した、と世良は判断している^(1,n)。しかし私はそうは思わない。引用文にあるように、アグレガートツィシュタントに言及する前後で、クレッシェルが従来の考え方を繰り返して強調しているからである。では、アグレガートツィシュタントとは何か。

(2) 「アグレガートツィシュタント」 世良は、アグレガートツィシュタントを「何が正しいかについてのいろいろの判断材料ないしは判断基準が、一人の人間の頭の中に『集合状態』 (Aggregatzustand) をなして存在している、という事態」として理解している。世良がその判断基準の例として具体的に挙げているのは、次のものである^(2,a)。法の記録、口頭の伝承の記憶、慣行、聖書の信仰、伝説の伝承、何が法であるべきかについての審判人たちの主観的な意見や感じ方、呪術的観念、権利を行使することは正しいことだという意識、各人の利害関係・政治状況への対応の仕方。中世においては審判人に限らずすべての人びとが、これらの判断基準からなる各自のアグレガートツィシュタントに

基づいて「何が正しいか」を判断し行動していた、と世良は述べた上で次のように続ける。^(21b)「私はこれを(Ⅱ)「良き古き法」——引用者)を、初期中世の人びとの抱いていたアグレガートツィシュタントを、その最大公約数の形で表現したものとして理解し、ケルンのテーゼは、クレッシェルやケープラーの批判にもかかわらず、依然として正当性をもっていると考える」。かくしてアグレガートツィシュタントの概念を認めることによって、クレッシェルは「はじめてケルンと同じ土俵に立つことになる」^(21c)と世良は言う。クレッシェルがアグレガートツィシュタントという用語を具体例を挙げて使用しているのは、世良の次の解説の通り、ザクセンシュピーゲルの中の、「平和」の取り扱い方について説明した箇所である。「それまでは、平和令はすべて、関係者たちによつて期限つきで(一年間または数年を限つて)誓約されており、この期限が切れると、それは効力を失った。すなわち、それは誓約によつて定立された『非規範的法』であつた。ところが、ザクセンシュピーゲルは、直前に期限つきで出されていたハインリッヒ七世の平和令を利用しながら、それを無期限の『恒久的に妥当する法』に変え、『一般的な妥当力をもつ法』を作り出した」。クレッシェルはこの解説部分に続くところで次のように述べている。^(21e)「中世には、このほかにも、このように法が古いアグレガートツィシュタントから新しいアグレガートツィシュタントに移行しているのを観察することができる」。

世良の解説にある「非規範的法」という用語を該当箇所でクレッシェルは用いていない。しかし内容的には世良の理解の通りであろう。そうすると、クレッシェルはアグレガートツィシュタントという用語を「規範」の意味でここでは用いている、ということになる。非規範的「規範」が規範的「規範」に変えられる過程は法制史の重要な研究テーマであり、また法制史の法概念はこうした古いアグレガートツィシュタントをも取り入れ得るような動きのある

ものでなければならない、とクレッシェルは言うのである。したがって、クレッシェルの言うアグレガートツィシュタントとは、呪術や感じ方、見方などが無定形に集合している状態では決してなく、非規範のないし規範的な個々の「規範」がばらばらに集合し堆積した状態である、ということになる。良心と太古以来の伝承とを住処とする不文の「良き古き法」概念をこのアグレガートツィシュタントに重ねることはできないのである。

世良はクレッシェルの言う中世法の内容を次の三つに整理している。^(2-g)(a) 一般的妥当力を持つ手続規則、(b) 契約および判決によって成立する「非規範的法」、(c) アグレガートツィシュタント。世良はこの三つの相互の関係について次のように言う。(a)も(b)も、結局のところ(c)に基づく、関係者たちの「何が正しいか」についての判断から生まれてくるのであり、したがって中世において法発展の起動力をなし、中世法問題の核心を形成しているのは、まさにこの(c)の問題なのであり、またこの(c)こそがケルンの言う「良き古き法」なのである。^(2-h)

しかし、繰り返しになるが、(c)は(b)や(a)の堆積している状態にしかすぎず、(a)(b)とは異なる、法の独自の有りようを意味してはいない。世良が「良き古き法」概念を重ねようとしている相手方はクレッシェルの言う法の中には存在していない、と私は考える。

- (1) (a)第二章註(2)(f)参照。②、⑤。(b)⑤八一頁。①四四頁。「非一般的法(nicht generelles Recht)」という用語に言い換えが可能であることを、クレッシェルは討論の過程で認めている。⑤八四頁。①四五頁。(c)⑤七六頁、①四四—四五頁、②八七頁。(d)①③三四一頁。⑤八一頁。(e)⑤八五頁、①四六頁。(f)①四七—四八頁。(g)⑤八〇—八一頁、①四五—四六頁、②一〇二頁。(h)①③三四頁。①③七—八頁。(i)例えば④。(j)③六〇—六一頁。(k)④。(1)①四七頁、⑤八四—八五頁。(m)⑤九四頁。このパラグラフの引用はすべて同頁。①四八—四九頁。(n)①四九頁、五三頁、

五六頁、五七頁、五八頁。

- (2) (a)①五二—五五頁。(b)①五五頁。(c)①五一頁。(d)①五〇—五一頁。(e)⑤八二頁。(f)②一〇四—一〇五頁。「堆積」という用語は、¹⁹三四一頁。アグレガートツィシュタントという用語がイエーリング (Rudolph von Jhering) によってすでに用いられていることについては、西川洋一「世良晃志郎『西洋中世法の理念と現実』」(『史学雑誌』一九九二年、第一〇一編第三号) 一一六頁。(g)①五一頁。(h)①五七—五八頁。

六 おわりに

世良によるクレッシェル批判の内容をこれまで検討してきた。批判の対象や論点が多岐にわたっていることもあって、本稿の叙述は複雑になっている。この欠点を少しでも補うために、大きな論点に限ってではあるが、最後にまとめをおきたい。

(1) クレッシェルの「法制史」観と世良のそれとは、共通の土台の上に構築されている。その土台とは、時流に流されることもおもねることもない、一学問分科としての法制史の自立性やそれを可能にする研究方法の確立の必要性についての強い自覚である。そしてその自覚も、一九世紀以降の法制史の歩みに対して徹底した省察を加えることによって共に得られている。

(2) 両者は、その自覚の上に曖昧さのない厳密で体系的な「法制史」観を創り上げている。しかし両者の「法制史」観の内容には決定的な点で相違がある。世良は「歴史学としての法制史」「法〔解釈〕学からの法制史の自立」を主張し、クレッシェルは「法学としての法制史」「法〔解釈〕学と法制史との再統合」を説く。この違いは、越え

がたい壁となつて両者の「法制史」観を隔てている。この違いが生まれる背景には、ドイツの法学的世界の現在を構成している法「解釈」学の歴史や伝統と日本のそれとの間の決定的な違いがあるように思われるが、それはあくまでも私の推測である。

(3) 法制史が法「解釈」学に何かを直接に寄与しようとしてはならない・法制史にできる最大の寄与は、法「解釈」学を学び研究する者の世界観の形成に係わる分野においてである、と世良は言う。時流に追随する戦時下の法「解釈」学の有りようをその目で見た体験が、この主張の背後にはある。私はこの主張の意味を理解することができ。しかし、その一方で、その主張は、現在の時点から見た場合、法「解釈」学と法制史とを隔てるあまりにも高い垣根になりすぎているように、私には思える。クレッシェルが依拠する哲学的・法律学的ヘルメノイティクの考え方に、私が引かれる理由がここにある。法制史が法「解釈」学と歴史学とに跨る学問分野である以上、その双方の内在的な結びつきを視野に入れた方法を探究することが今日必要なのではなからうか。学問としての法制史の再構築を目指して考え抜かれた両者の「法制史」観は、補い合つてこの必要性を間違ひなく満たすものである、と私は考える。

(4) 両者の「法制史」観の違いは、法制史の研究対象の違いになつて現れてもいる。クレッシェルは、「法的に概念化された社会諸現象」「概念にまでもたらされた現実」にそれを限定する。「法学としての法制史」を主張するにしてもそれでは狭きにすぎる、というのが私の疑問である。なぜここまで対象を限定しなければならないのか。テクニカルタムにそのように対象を限定することで、クレッシェルは、法「解釈」学と法制史との間の対話の再開を確実に可能にし、また恐ろしい神話をまたもや形成しかねない曖昧な概念を学問の世界から締め出そうとしているのだ、

と私は思う。しかし私は、世良の言うように、「概念にまでもたらされていない現実」もまた法制史の研究対象であるし、中世人の知らない・現代人のみが知る言葉でその「現実」を概念化することも必要な学問的作業である、と考えている。

(5) クレッシェルは「法学としての法制史」を主張するが「法実証主義者」ではない。それどころか、法実証主義が法〔解釈〕学と法制史との統合を破壊した、と考えている。したがって制定法を法として考える立場をとらず、「動く法」を法として考える立場に組み込んでいる。制定法が社会統合のあり方について基本決定を下すものであることは間違いない。^(1a)しかし制定法を含め法の実際は動きのなかにある、と私も考える。「動く法」の内容は、時間の流れを、すなわち歴史を視野に入れずには確定できない。この点に係わるクレッシェルの主張を実際の研究や法学教育との関わりをなかでどう活かしていくことができるのか。これは、私にとって検討すべき新しい課題である。

(6) 「動く法」の中世版が「非規範的法」概念である、と私は考える。契約や判決の当事者には規範であるがそれ以外の人々には規範ではない、そういう法の有りようを視野に入れることは中世の法の実際を見る上で有益な視角である。そうした規範が一般的拘束力をもつ規範につくり変えられていく、という視角も史料を見る目を豊にしてくれる。性急に一般化せず、中世の法の有りようを考える、重要ではあるがしかしあくまでも一つの視角として「非規範的法」概念を私は受けとめたい。

(7) 土着の思考を転換させ、中世の法概念世界を造りあげて行く上で与えた、古典古代的Ⅱキリスト教的法概念世界の影響がいかに大きなものであるかを明らかにしたことは、クレッシェルの学問的功績のなかで特記されるべきこ

との一つである。ローマ的なもの、キリスト教的なもの、ゲルマン的なものが融合するなかで中世は創り出されたと言われる。クレッシエルは、中世的法概念世界の形成という具体的な場面でその融合過程を描き出している。古典古代的Ⅱキリスト教的法概念世界をドイツ法制史のなかに組み入れて法の実際に迫るクレッシエルの作業には学ぶものが多い。

(8) クレッシエルは、世良の言うように^(1-b)、「ゲルマン法」概念そのものに対しておそらくはじめて深刻な疑問を投げかけたドイツ人研究者である、と私も思う。「ゲルマン法」概念に疑問を呈する以上、歴史を正当化の根拠にした、ナチス時代の法イデオロギーに批判的検討を加えることを避けることはできない。しかしながらナチスの時代の法学の世界を学問的に取り上げることが西ドイツの学界において長く困難であった、と^(1-c)言われている。クレッシエルは、そうしたなかであって、この問題に最も早く真正面から冷静に取り組んだ法学者の一人である、と私は思う。^(1-d)クレッシエルのこの側面はもっと評価されて然るべきなのではなからうか。

(9) ケルンの「良き古き法」概念は、クレッシエルや村上淳一の言うように、「良さ」「古さ」という要素によって整序された慣習法秩序のことである、と私も思う。現代人の理解に資するべく、「客観的法」概念を中世に持ち込み得たのもそのためであろう。したがって、世良の主張するように、この「良き古き法」を、クレッシエルの言う「アグレガートツシュータント」に重ね合わせることはできない、というのが私の考えである。

(10) 世良のクレッシエル批判を構成している柱の一つは、ケルン理論批判に対する反批判である。言い換えれば、ケルン理論擁護である。私は、世良がなぜかくもケルン理論を擁護するかを考えてみたことがある。^(1-e)しかし、それで

も納得ができない、というのが私の心境である。その理由は、ケルンの「良き古き法」理論と、ケルン理論に依拠して組み立てられた世良の「良き古き法」理論とは決定的な点で違っている、と私は考えているからである。^(1-f)ケルン理論に認められるのは、中世的理念（＝概念的な中世）の時間を超えた永遠性の主張である。「良き古き法」はケルンにとって中世的理念の一つの現れでしかない。ケルンの晩年の関心は時間と空間とを超越した普遍史へと向けられている。『永遠の中世』の主張はそうした方向性と無関係なものではありえないであろう。それに対して、世良の言う「良き古き法」は「無数の独立諸権力の存在を許容し、したがって極度の権力分散が典型的に現れる封建制社会の法観念を表現」するものであるとともに、「これら独立諸権力間の勢力均衡を表現」するものであり、^(1-g)時間的にも内容的にも限定された概念である。ケルンの「良き古き法」理論が批判されることは、世良の「良き古き法」理論が直ちに批判されることではない。問題は、クレッシェルやケープラーをはじめとする内外の研究者によって個別具体的に解明されつつある、中世社会における法や裁判の実際に、世良の解明した「中世法の理念と現実」をどのようにして接続させるかである、と私は思う。^(1-h)

- (1) (a) 本稿一八五頁以下。(b) ①四頁。(c) 竹下賢「ナチズム法理論研究の現代的意義」〔『大学時報』一九八四年、第三卷（二七七号）、一〇八一―一二頁〕。掲載雑誌は私立大学連盟の刊行であり、雑誌そのものは学術雑誌ではないが、竹下の論稿は一九七〇年代までのドイツにおけるナチス研究の興味深い動向を簡潔に紹介している。H・ロットロイトナー編、ナチス法理論研究会訳『法、法哲学とナチズム』（みすず書房、一九八七年）の「日本語版への序文」「序文」「訳者あとがき」参照。(d) Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte* 3, 1989, S. 280. (e) ⑭一四八頁以下。(f) ⑮二、一五頁。
- ⑯ (g) 世良晃志郎「封建社会の法思想」（尾高朝雄、峯村光郎、加藤新平編『法哲学講座』第二卷、有斐閣、昭和三年

所収、一五六頁)。(h)西川洋一「世良晃志郎『西洋中世法の理念と現実』」(『史学雑誌』一九九二年、第一〇一編第三号、一〇七—一一九頁)には、世良の立論の根拠についての興味深い指摘がある。西洋中世法に関する最近の研究には次のものがある。西川洋一「初期中世ヨーロッパの法の性格に関する覚え書」(『北大法学論集』第四一卷五・六号、一九九一年、二九—一二二頁)、若曾根健治「中世的慣習法概念をめぐる諸問題」(『熊本法学』第七五号、一九九三年、二七九—三五〇頁)、同「中世法における伝統と革新」(『比較法制史研究』第二号、一九九三年、二七七—三〇八頁)、神寶秀夫「西洋中世法研究の諸課題——若曾根健治「中世法における伝統と革新」に対するコメント」(『比較法制史研究』第二号、一九九三年、三〇九—三一四頁)。

(本稿を執筆するにさいして、勝田有恒先生、田中実先生から貴重な文献を拝借した。記して感謝したい。)