

翻訳

ルードルフ・フォン・イエーリング

「法史叙述の課題と方法について」（遺稿）

平 田 公 夫 訳

『ローマ法発展史』(Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts)の序文

本書が題名に掲げる余り用いられることのない名称(Entwicklungsgeschichte)からは、ローマ法史(die römische Rechtsgeschichte)以外の課題が立てられているということがお分かりいただけると思う。この書名の選び方はうまくなかったように思われる。というのは、法の歴史(die Geschichte des Rechts)とは、よく言われるように、実に法の発展史(die Entwicklungsgeschichte desselben)に他ならないからである。それはもちろんのことだ！しかし、歴史と歴史叙述とは別物である。裸の事実を単純に時系列的に並べる分析者には、われわれは歴史の叙述家という名前を冠したくない。その名前を称するのをわれわれが認めるのは、ただ、歴史的事実を単に列挙

することに自分の仕事を限定するのではなくて、それらの内的関連性を見えるようにすることのできる人たちだけである。この関連性は外面的にそれら事実のなかに現われるものではない。この関連性は、主体が下す結論に基づいており、そして、この意味において、すべての本当の歴史叙述は主観的なものであり、歴史叙述の客観性を要求することは、人間による認識の本質を誤解していることによるものである。世界において生起するいっさいの事象は、人びとに報告されるためには、まず人間の精神のなかを通じて行かなければならず、それとともに主観性というスタンプを押されるのである。

報告するということ(das Berichten)には、ある整理をするということ(ein Richten)が含まれている——それは言葉の最も深遠な内容をもった思想の一つである——つまり、報告する(Berichten)人が誰であれ、その人は自分が望むこと、あるいは、望まないことを整理する(Richten)からである。わたし

は道徳的判断の意味において考えているのではない——人は道徳的判断をまったく行わないにしても、しかしながら、出来事を自分のやり方で加工することによって、整理しているのである。きちんと整えられておりながら、なおそのように無意識のうちに評価が加えられていないということはあり得ないことなのである。鏡が映し出す像が鏡の状態に依存するように、つまり、鏡がよく磨き上げられたものか、あるいは、つやのないものなのか、平面なのか、あるいは、ゆがんでいるものなのかによって「鏡像が」異なるように、同じく、歴史家が過去から構想する像もまた、その歴史家の個性に依存している。そして、鏡が鏡自身を越えることができないのと同じように、歴史家もまた自分自身を越えることはできず、歴史家は一度たりとも自分自身を振り捨てることがないのである。それゆえ、歴史家は自分の主観性によって歴史的事実の把握が影響されることを自ら承知しているのである。

歴史叙述の進歩に可能性があるかどうかは、この主観的なモメントに左右される。必ずしもつねに新しい歴史家が新しい考え方をもってその任務に当面するわけではないとすれば、その任務の進捗はないであろう。しかし「実際には」その任務は進捗している。今日のローマ史は百年前とはまったく異なる姿をまとっているし、フランス革命の歴史は五〇年前とは異なる姿を見せている。それは何故か？ それは、たとえば新しい史料が発見されたためばかりではなく、物の見方が大きく変化したからである。いつの時代にもその時代自身の物の見方というものがあ、それによって過去は、過去が従来ままとっていたのと

は異なる姿を見せるのである。過去（そのもの）はつねに同一であり、変わらないものである。したがって、「過去について」の像が相異なるのはただ主観的なモメントに起因するからに他ならない。つまり、時代の一般的な見方と歴史家個人の見方とに起因するのである——世界における新しいものがその放射光を過去へと投げ返すのである。われわれの後ろに横たわる人類の時期に属する多くの事物は、われわれにとって今日ばかりで理解できるようになったものである。

本著作では、この主観的なモメントがきわめて高いレベルで現われる。本書は、ローマ法史の従来を取り扱い方が遵守してきた道から大きくはずれており、また、まさしく最初からこのことを強調し、ローマ法史に対してつねに提起されてきた要求を自ら拒否するために、通常は使われないタイトルを選んだのである。以下の論述では、本書が定めた目標の独特なること、ならびに、本書が適用する予定の方法を説明し正当化するつもりである。しかし、そのことが可能なのは、以下の論述で同時に、ローマ法史の従来の方法では、法の領域における歴史叙述に対して発せられる課題を解決できなかったこと、および、なぜそれができなかったのかを証明することによってのみである。認識の進歩というものはどこにおいても外部から内部に向けて生じるものである。つまり、人間が知覚する最初のものは現象の外面なのであって、その背後に、人が探求すべきもう一つ別のものが身を隠していることに気づくまでには、長い時間がかかるのである。すべての科学が、この認識の最初の段階を終えなければならなかった。精神科学も自然科学も同じである。

ただ哲学だけが、早くもその最初のスタートにおいて事物の内部に目を向けていた。それら諸科学のうちほとんどの学問が、いまだ一九世紀のはじめには、純粹に事象の外面を探索するという、このような低次の立場に立っていたのであり、たとえば、動物学や植物学は、動物や植物の外面的な姿を記述すること以上の高い目標を知らなかったたのである。そして、叙述する自然科学という名称は、それゆえ、それらの自然科学にとっては、記述的な方法という名称と同じく、まったく適切な名称であった。それらの自然科学がそうこうするうちに進歩していき、形態学は比較解剖学、進化史ならびに植物生理学へと向上していったのである。

現代のローマ法史もまだ、同じく純粹に記述的な立場に立っている。ローマ法史がもたらすものは単に事象の外面的なものにすぎないこと、および、ローマ法史がはじめて真の認識に到達することができるのは、法の世界において生き生きと働いている原動力ある諸力が発見されるときであるという認識は、まだ現代のローマ法史にとっては疎遠なものである。「現代の」ローマ法史がわれわれに提供するものは、時の経過のなかで法とともに生起してきた外面的な諸々の変化である。どこにおいても見られるように、法の領域においても同じく、歴史は中断することのない運動のなかにあることを人は知っているが、しかし、それが何故なのかという理由については、人は何の情報も得られないのである。

もちろん、どの領域においても、歴史が歴史叙述家に対して掲げる課題は、ローマ法史におけるような、そのような困難さ

と結びついているわけではない。そのことをわたしは自分自身の経験から知りすぎるほど知っている。というのは、四〇年以上もわたしはそれ「ローマ法史」と格闘してきたが、その完全なる主人となることはなかったからである。そのための最初のスタートを切ったのは、わたしの『ローマ法の精神』(一八五二年—一八六五年)においてであり、第二のスタートに今着手しているところである。わたしは、自分が提供できるものは単なる断片的作品にすぎないと思いつつこれに取り組んでいるが、しかし、ともかくも、今なお期待されるべき将来の法史家のための予備的研究にはなるであろう。わたしの心の眼にはその課題が見えているが、しかし、わたし自身はそれを手に入れることができないと思う。それは、将来の法史家が解決する形においてなされるだろうからである。しかし、そのような法史家が登場するまでには、まだ幾ばくかの時間が過ぎ去る必要があるだろう。というのは、彼がそのような作品に取りかかることができるためには、今なお多くの予備的研究が当該の研究状況にに応じて行われなければならないからである。われわれがこれまでしてきたことは、単に将来の建築のための材料にすぎない。建築そのものは今ようやく始まろうとしている。

まず第一に、そのために最も重要な必須条件がいまだに欠けている。すなわち、平面図が欠けているのである。わたしはいくつかの基本線をこの作品のなかで引くことができたと思っているが、しかし、すべての線と各々の線が正しい位置にあるように、その平面図がきわめて広範囲にわたって完成されるまでには、まだまだ多くの線が書き加えられなければならない。し

かし、これは、従来、単に利用されていたにすぎない具体的な歴史的資料をはるかに凌駕するものである。これがなされたならば、次には、それにふさわしい人が課題にとりかかる。すなわち、哲学的感覚を歴史家の眼および筆と一致させるような、うってつけの人物がその課題にとりかかるならば、ローマ法史は最も魅力ある、かつ、最も教えられところの多い歴史の一部となるであろう。どのような歴史家であっても、どのような哲学者であっても、それ（『そのようなローマ法史』）を見過すならば、その人は必ず自分自身にとって何らかの損をすることになるだろう。そして、法について知りたいという欲求を抱く教養ある人でさえも、そちらの方へ向うだろう。というのは、そのような人は自分が必要としていることすべてをそのなかに見出すであろうからである。すなわち、歴史的生成と法の成長についての考え方を知り、法の本質とは何かを認識し、特有な法律学的方法を理解することである。ローマ法史は応用法哲学となるだろう。わたしの前著（『ローマ法の精神』）のように、この意味における課題を解決するための寄与をなすべきだとすれば、今回の作品もまたそれを提供するものである。前著においてわたしは自分の眼を、同一の時代の諸々の法制度においてくり返されている一般的な理念に向けていた。そして、それらの理念は現在の作品においてもそれなりの場所を見つけるはずである——ただ、わたしはそれらにはるかに狭いスペースを指示するだけである。単純にわたしの以前の論述に関連づけることは、わたしには直観性という利点において適切なこととは思われない。わたしはそれらをもざっと概観するにすぎない。そ

八四

こで展開された理念については、なお若干の新しいものが付け加えられるであろう。この側面からすれば、現在の作品はそれゆえ前著を補完するものとなるだろう。それらはすべて、とくにそのために付けられた見出し、すなわち、法の抽象的な性格づけという見出しの下で取り上げられることになる。

あの作品（『ローマ法の精神』）においてわたしを導いた考え方は、法における同時的なものの内的な共属性を叙述することであった。同時的なものが並存していることの外面的な叙述（下グマ的な関連性）のみならず、個々の法制度を形成する原動力が共通のものであることによって引き起こされる内的な同種性を叙述すること（哲学的関連性）でもあった。

前著で試みられた、このような同時的なものの関連性の叙述に、本作品においてはその後続くものの叙述が付け加えられる。この方向においても、今しがた言及したばかりの外的関連性と内的関連性との対立がくり返されている。前者は法事実の単なる時系列に存し（外的な前後関係）、後者はある事実が他の事実¹に及ぼす因果的な影響関係に存する（ある事実が他の事実から内的に生じること）。前者の関連性を叙述することからは、法事実がなぜ生まれたのか、その理由については何らの情報もわれわれには与えられない。それがわれわれに与えるのは、単にその後に来るもの（post hoc）であって、その前にあったもの（propter hoc）ではない。このように言うことで、ローマ法史の支配的な方法の特徴づけることができたと思う。その方法では、同時的なもののなかに並存関係のみを見るように、後に続くもののなかに前後関係だけを見るのみである。両者の場

合に見られるのは、歴史的事実の単なる外的な関連性だけであって、内的な関連性ではない。「したがって」両方向において、この方法は、叙述的な自然科学の記述的方法を越え出るものではなかった。

本書においてわたしは、前にあったもの (propter hoc) にも注意を向けた。その後に来るもの (post hoc) がわたしの関心を引くのは、ただ、それが前にあったもの (propter hoc) のために考察される限りにおいてのみである。わたしが本書で立てた問題を簡潔に言うとすれば、それは、ローマ法の歴史における因果律思想 (Kausalitätsgedanke) の追求ということである。それは、わたしが発展史 (Entwicklungsgeschichte) という名称で言いたかったことであり、ここでの発展とは、後に続くものが前の先行するものによって因果律的に影響を受けているという意味である。

わたしはこの新しい方法の正当性を証明しなければならぬ。この正当化は以下で、この方法と従来の方法との優劣を競わせることによって行うつもりである。

法が時の経過のなかで変化すること、ある法律が他の法律の後に続くこと、そうしたことが証明されたとして、それはわれわれにどれほどのものをもたらしたのだろうか、と自問してみよう。われわれがそれでもって学び知ることは、世界におけるすべての事物と同じように、法もまた変化するということ以外の何ものでもない。すなわち、法は動いているという裸の事実を知るだけである。時計もまた動いているが、しかし、時計の針が進んでいるという事実しか知らないのであるとすれば、わ

れわれは時計の運動について何を知っているとと言えるのか？ われわれがその運動の理由を知りたいと望むならば、それについて情報を与えてくれるのは、ただ時計の内部だけである。法の場合も事情は変わらない。法が時の経過のなかで蒙った諸々の変化は、歴史という文字板の上を進む針の進行に他ならない。そして、われわれにそれ以外の何も伝えることのできない法史家は、針が進むということに注目させることによって、時計について子供に教えようと企む人に同じである。

ローマ法史学は、今日に至るまで文字板のみを知るだけであって、時計の内部は知らないものである。もちろんローマ法史学は、時計の針がそれ自身によって動いているのではなく、内部にある動力によって動かされていることについても知らないわけではない。しかし、学科として——それゆえ、個別的に改善への端緒に手がつけられなかったのかどうかという問題には先回りして論じられないのであるが——ローマ法史学は、法の原動力を目に見えるものにするという課題についてはまったく無関心のままに看過してきた。ランケが物を書いた時代に、ルドルフの本²のようなローマ法史に関する作品が現われることができたということは、来る将来には理解困難となるだろう。「その本から」思いつくのは、法史上の素材をきわめて外面的に並べているということである。それは、洗濯物伝票の体系学、つまり、シャツ、カラー(襟)、ハンカチを想起させるだろう——法律 (leges)、元老院議決 (Senatus consulta)、勅法律 (constitutiones principum) 等々。

このようにローマ法史学が、現代における歴史記述の他の分

野よりも後れをとっている理由は何か？ わたしはその理由
は、ロマニステンにとってローマ法とは、歴史記述の他の分野
におけるように単に歴史的な取り扱いの対象だけではなく、同
時にドグマ的な取り扱いの対象でもあるという点にあると思
う。古代の一部であり、かつ、現行の法源であるというローマ
法のこのような二重の立場がロマニステンの宿命となったので
あり、そのせいで、歴史学もドグマティックも全権が認められ
なかったのである。これは——現行法を理解するという本当の
関心であれ、かりそめの関心であれ——、その補助のために法
史学を呼び出さないわけにはいかないと信じられていたからで
はない。パンデクテンについての大学の講義では、ある範囲に
おいてこうしたことが生じるのは稀ではない。その場合、ドグ
マティックと歴史学とがその役割をお互いに取り替えたのだろ
う、と聴講者は思ったかも知れない。そのような聴講者はロー
マ法史の講義にはいるだろうが、パンデクテンの講義にはいな
いだろう。そして、ローマ法の文献の取り扱いにおいてさえも、
今世紀ローマ法について挙げられる最も重要な作品、つまり、
サヴィニエの『現代ローマ法体系』³は、法史学の一つのスペー
スを認めているが、そのスペースはいわゆる現代ローマ法の叙
述に向けられた課題とはきわめて鋭く矛盾している。少なから
ずの素材において、その叙述は、ローマの制度は現代にとって
いっさいの意義を失ってしまったと結論づけており、そして、
現代にとってまだ通用している素材においてさえも、そうであ
るとすれば、サヴィニエが挙げる多くの歴史的資料を動員する
ことは一体ドグマ的な関心にとって必要なのかどうかという問

いは断固として否定されなければならない。

そこには法史学の虜になっているドグマティックがあり、そ
れと対をなすのは、ドグマティックの虜になっている法史学で
ある。

このことはまず、法史家は、法史学の研究をドグマティク
に対するその間接的な関心によって正当化することが必要であ
ると見なしていることに示されている。何のために芸術史はあ
るのか、文学史や教会史は何のためにあるのか、という問いを
発する者が一体いるだろうか。それらのうちどれ一つとして、
その正当性を実践的必要性から借用することが必要であるなど
とは考えていない。それらは単に過去の認識という学問的関心
に訴えるだけである。それらはそれ自身で存在するのであって、
ある特定の目的のために存在するわけではない。法史学のみが、
その存在資格を自分自身からではなく、ドグマティックから借
用することが必要であると考えている。すなわち、法史学は、
現行法を理解するための鍵を保証するものだからとされている
のである。

法史学の研究がこの観点によって導かれたとすれば、その研
究はまったく奇妙な姿を帯びることになるだろう。ありがたい
ことに、そんなことは行われなかった。法史学は、かつてその
ために設けられた枠内において、まったく自由に展開させられ
ることができた。しかし、とにもかくにも、大学の法学教育プ
ランにおける法史学の立場にとっては、法史学にはこの有益性
の証明書が発行されなければならないと思われたことが、その
特徴であることに変わりはない。かくして、法史学には最初か

らドグマーティクの侍女という地位が割り当てられているのである——それは法の家における灰かぶり姫であり、彼女は、家計のために薪と水を運んでいるということによってのみ、自分の仕事に耐えているのである。

さて、その実践的有益性というこのような観点によっても、すでに上述したように、法史学に対して活動の自由は決して萎縮させられなかったのである。しかし、別の仕方ではドグマーティクによってその活動の萎縮は大いに生じていたのである。

ところで至るところで、本来的な、歴史叙述の課題によって条件づけられた方法論が、今日では大いに妥当するようになった。「しかし」ここに法史学ではそうはならなかった。すなわち、法律家は、そのドグマ的な方法論を単純に法史学に転用していたのである。同じことは次のことによつて特徴づけられる。つまり、法史学の特徴は、現実の生活をその視野のなかに引き入れることなく、法規範を説明することに自己限定していることである。簡潔に言えば、つねに抽象的なものの高みにおいて自分を保っているのである。それは、現代法学がローマの法律家たちから受け取った方法であり、それは、ローマの生活における法制度の現実の形態についてはほとんど一言も語らないのである。われわれがそれについて知りたいことを、われわれは非法律学的な著述家たちに負っているのである。このような「本来的な歴史叙述」方法論がドグマーティクにとつて正しいものなのかどうかについて、わたしは決着をつけずにおく。来る時代はひょっとしたら、それについてわれわれとは異なる考え方をもちつかも知れないからである。しかし、このような方法論が

法史学にはまったく欠けていることは、歴史学の課題とドグマーティクの課題との違いをはつきりと知った人であるならば、誰しも歓迎しないだろう。

しかし、過去の抽象的な法さえも、現代のローマ法史においては自由に展開されてはいない。それは最初から現代のドグマーティクというプロクロススのベッドに縛りつけられているのである。ドグマーティカーが現代の法を取り扱う際の基準となるカテゴリー、すなわち、公法、私法、民事訴訟法、刑事法、刑事訴訟法というカテゴリーは、単純に法史学へと転用される。

すなわち、個々の制度の歴史的発展が叙述されることによつて（いわゆる年代順的方法）——その際、法の発展全体はまったく直観されない——であれ、ある時期を基底におくことによつて（いわゆる共時的方法）——それについてもまったく同じことが当てはまる、というのは、この方法は、さまざまな時期における個々の制度の発展を直観させるにすぎないからである——であれ。二つの方法論の下では、いっさいが、最初から体系によつて予め指示された専門領域へと組み込まれているに違いない。各々が従わなければならないのは、論理的な従属という法則である。ある政府の軍事秩序が想起されるだろう。そこでは、各人はそれぞれに一定の役割を有し、誰も隊列からはみ出してはいけなからである。しかし、その場合、歴史にはしかるべき考慮がなされ得ないのである。というのは、そこでは、ある時はこの制度が、ある時はあの制度が決定的なものとして前面に出てくるからであり、そして、さまざまな、体系的にきわめて相異なる諸々の制度においてくり返される一般的な考え

方は、それが関連づけられた叙述において明らかにされ得るような居場所をまったく見出さないからである。ローマ法史のこれまでの取り扱い方に関するわたしの評価は、次の一文に要約できる。すなわち、それがわれわれに与えるものは、承継的ドグマティク (dukative Dogmatik) に他ならない、と。

ローマ法の二重の立場は、ドイツではやがて終わりを迎えるだろう。その実際の効力の寿命は長いことはない。それに関連して、その時には、ドグマティクがローマ法史に及ぼす影響もまた、必然的に終わりを告げるに違いないと結論づけられるだろう。もしそれが正しいとすれば、ローマ法がその実際の効力を失うところでは、どこでも、いい方向に向けての転換がもう起こっているに違いないだろう。「だが」それはまだ起こっていない。そのことはどのように説明されるのか？ わたしは以下の点にその理由があると思う。つまり、ここでもまたふたたび、ローマ法の学問的な取り扱い方に、文献において、ならびに、講壇において影響を及ぼしてきたのは、実際的な関心だからである。つまり、ドグマティクシユに関心ではないが、教育上の関心である。法律家はローマ法で埋め合わせをつけるべきであり、ローマ法は法律家にとってはまったく従来通りに役立つべきものである。すなわち、法律家養成の手段の一つとして役立つはずのものである。そのため、ローマ法を排撃してみても、ドイツではそれだけではいまだ何の変化も引き起こさないであろう。

しかし、その前にローマ法史のこれまでの取り扱い方が間違っていることに対する洞察が十分ではないにしても、大学の講

八八

義を組織立てるなかでの変化によって、それは生じるだろうし、その変化は、わたしの考えるところによれば、実際に起こらざるを得ないものである。法律学にとって、大学の講義においては歴史学のドグマティクからの分離、つまり神学が幸いにもすでにとつきの昔に享受しているのと同じ分離が生じるだろう。そして、両専門分野が繁栄するべきだとすれば、その分離は避けることができない。歴史学が必要とするのは、ドグマティクとは違う人である。誰か最良のドグマティカーたる人はいるかも知れない——その人が最良のドグマティカーであるのは、彼が言葉の完全な意味において法律家であるときのみである——けれども、その人は非常に劣悪な歴史家である。というのは、その人には歴史的な視点、想像力、結合の才能がなく、必要な叙述能力も欠けているからである——それなくしては、歴史家の任務を決して果たし得ないような資質ばかりが欠落しているからである。同じようにまったく逆のことも言える。たしかに法史家に過去の法を外面的に描くばかりでなく、それ自身や他のものを内的に説明する意欲があるとすれば、芸術史家に芸術感覚が欠けているのと同じように、その法史家には法学的感覚が欠けていると言っていいたいだろう。しかし、際立つて歴史家としての才能をもっている場合、彼は、大学では法史学がドグマティクの添え物になっていることを重苦しい負担と感じるだろう。けれども、彼はその重荷を降ろすことができる。ここドイツの大学では、法史家はバンデクティストとして食っていかなければならないからだ！ その場合、われわれの大学でのローマ法の講義はここドイツの大学で蒙ることにな

る困った状態に陥る。つまり、生まれながらの法史家がパンデクテンを講義しなければならないのである。(法史家とパンデクテン学者の)両者にとって、天賦の才能ならびに性向が彼らを一方だけに引き寄せるならば、それは、彼らの聴講者が彼ら自身に劣らず蒙ることになる賦役労働(に同じ)である。この領木が彼らから取り除かれたときはじめて、両者は、それぞれの領域において、彼らにできることを完全にやり遂げることになるだろう。そのとき、生まれながらの歴史家が法史学に、生まれながらの法律家がパンデクテンに向うだろう、あるいは、固有法について講義するかたわらで、パンデクテンを永く続けていくことは難しくなるだろうから、固有法をドグマ的に取り扱うことと結びつけながら、ローマ法をドグマ的に取り扱うようになるだろう。二つの専門分野をこのように分離することによって、法史家もまた、歴史家が歴史叙述の他の領域すべてにおいてすでにとくに享受していたのと同じ利益に与るだろう。つまり、全身全霊でもって自分の課題に向うことができるという利点を得られるだろう。このような自由が法史家に割り当てられたときはじめて、法史家は、他のすべての歴史家がそれぞれの領域で行っているのと同じことを、自分の領域において達成することができると同時に、またそうせざるを得なくなるだろう。

以上では、ローマ法史学がドグマティックの影響を受けてきたことを取り上げてきたが、それ以外に、もう一つ別の事情が、法史家が自らの課題を解決するために正しい道を歩むのを邪魔してきたものがある。わたしの念頭にあるのは、サヴィニーに

よって歴史法学派の綱領として定立され、彼の信奉者たちによって矛盾なく迎え入れられてきた理論のことである。すなわち、法の究極の起源は慣習法にあるという理論である。法は——その理論によれば——省察の作品ではなく、つまり意識的に、意図をもって作られた作品ではなく、民族の法確信の直接的な、無意識の表現である。この理論——わたしはこれを放射説ないし進化説(Emanations- oder Evolutionstheorie)と名づけておく——を信奉する者は、法命題が民族の魂(Volksseele)の測り知れない秘密のなかに含まれているとするならば、どのようにして、その法命題の成立理由を追究するという考えを思いつくだろうか? 彼は、法の前ならびに起源の前に立ちつくす。深部から表面に浮かび上がってくる、つまり、死に行く人間が足を踏み入れることも、その者の視線が届くこともない深部から浮かび上がってくる起源の前に立ちつくすだけである。法の起源は何かということは究明できない秘密のままである——それとともにいつさいの更なる研究は遮断されてしまったのである。

この理論は、なぜ成立したのかという問題提起をいつさい放棄することと同義である。この理論はすべての問いに対してどこにおいても同一の答えをするだけである。すなわち、民族の魂、国民の法・権利感覚と答えるだけである——民族はその問題をかつてそのように見ていたのであって、他の見方はしなかったとか、それでもってすべては片づいたとか、それが法の領域で起こった事実である、と——歴史家はそれ以上の労力をいつさい傾注しないで済ませることができる。放射説は学問の安眠

枕である。その事物の本当の姿はどのようなものであつて、どのようなものではないかということに、つまり、この理論の幻影が学問に対し本当であるかのように見せかけていることに学問が気づくために、目を覚まし、目を開けるようにと導かれるべきならば、われわれは学問のためにその枕を頭の下からはずしてやらなければならない。

法の無意識の、あるいは、いわゆる自然発生的な形成過程についてのこの理論全体が取り出されてきた太古の法が本当に慣習法であつたことを、われわれはどこから知るか？ それについての歴史的な証言は現に存在していない。だから、歴史の始まりにあつて法はすでに出来上がったものとしてわれわれの視界に登場してきたという単なる事実からは、法が最初どのように形成されてきたのか、その仕方については何も明らかにされないものである。単にわれわれが作成 (Machen) を証明できないからといって、ただちに生成 (Werden) を仮定する正当性が与えられるものではない。われわれが建設中の現場を見ていない家から知ることは、その家が建てられたということである。そうだとすれば、法の歴史的時代が、慣習法の形式における法のいわゆる無意識の生成と並んで、いつさいの疑いを排除する仕方、同時に法の意識的、意図的な作成をわれわれにはつきりと悟らせるとき、非歴史的時代には法は排他的にあの慣習法の形式において生成したのだとすることについて、何がその正当性を与えるのか？ もしわたしの方で非歴史的時代に対しても第二の形式を主張するならば、その主張に対しては両者のいずれも立証できないという主張がもち出される。しかし、わた

九〇

しの主張は少なくとも歴史的時代のアナロジを自分のためにもち出すことができる。わたしの主張は確かなものからの結論を不確かなものの上に置くが、そうであつたに違いないと言うのではなく、そうであつたかも知れないとするだけである。もちろん、サヴィニーもまた自分の見解のために一つのアナロジを関連づけることができると信じていた。すなわち、本当のところまったく無意識のうちに発展してきた言語のアナロジである。しかし、サヴィニーはその場合、法と言語の間の根本的な違いを誤解していた。そのことについてわたしはすでに他の場所で証明しておいた。一般的にアナロジが呼び出されるべきだとすれば、それは言語のアナロジではなくて、歴史的時代における法そのもののアナロジである。もし靴が足に合わないのであれば、その人は靴を作り直すか、あるいは、新しい靴を作ってもらうだろう。太古の人がそれとは違うことをしたというべきだろうか？ 人は殺人、強盗、窃盗のもとでは生存できないことを経験によつて知つただろうと仮定するならば、その場合、人は何もせず手をこまねいていただろうか？ 人は自分の家族とともに、すべての人を同じく脅かす無秩序な状態を解消することに共同で同意したであろう。そのことは、殺人、強盗、窃盗を禁止する法命題が作られたということに他ならないのではないか？

ある比喩を手がかりに考えてみよう。一本の道が原始林を抜け、原野を通っている。どの人もその道を行く。その道は誰かによつて作られたのではない。その道は生まれたのである。何千人もの人びとが次々とその道を通つたことによつて、生まれ

たのである。今やその道は出来上がり、まったく踏み慣らされている。しかし、最初からそこに道があったわけではない。最も近い道で最も歩きやすい道が発見されるまで、多くのコースが試みられなければならない。多くの密生した茂みを取り除かれなければならない。それから地面が堅くなるまでには、まだまだ多くの人によって踏み慣らされなければならない。今では大勢の人がまったく何を考えることもなくその道を通っている。しかし、彼らがそうできる唯一の理由は、他のコースが「不都合であったため」彼らにその道を発見しようという考えを起こさせたからである。そして、彼らは自分が何を望んでいるかを知っていた——その道はしたがってその起源を、大勢の人に無意識のうちに魂を吹き込む暗い衝動に負っているのではなく、個々の人びとが抱く自覚的な意図に負っているのである。その個人たちとは、大勢の人に代わって彼ら自身が考えるのを肩代わりして行った先駆者たちであった。その道とは慣習法のことである。その道も慣習法も、その現在の姿においては大勢の人の集合的行為である——慣習なくして、すなわち大勢の人が継続的に行う均一の行為なくして、慣習法はない。したがって、どの人も、その道と慣習法の下で行動することによってその分だけ、両者が固まることに貢献しているのである。

なぜ大勢の人は慣習法によって自分のためにあらかじめ指示された道を守るのか？ かつてはそれがふさわしかったからである。それ以上の説明は不要である。したがって、現代の慣習法の研究においては、大勢の人を導くのは、実際のところ、そ

の理論のもついわゆる必然の意見 (opinio necessitas) である。しかし、そこから、この特定の行動様式の発端を開いた最初の人たち——慣習法の開拓者——の魂には、同一の感情が吹き込まれていたに違いないということが結論づけられるわけでは決してない。その結論は性急すぎる。彼らは、その場合、道の開拓者たちと同様に、目的が何であるかを十分に自覚していただろう。そして、わたし自身は、完全に自覚し意図的に行動した個々の卓越した個人が、彼らの生活圏内におけるある習俗の形成に及ぼした影響を証明することのできるケースを経験的に知っている。もちろん、一般的に教えられることとして、法はその起源を権利感覚 (Rechtsegefühl) に負っていることが本当たとすれば、それでもってその問題は反対の意味において決定されるであろうが、しかし、この見解——とくに法に適用された生得説——は支持することができない。

権利感覚が法を生み出したのではなく、法が権利感覚を生み出したのである。権利感覚を最も本源的なものとして立てることは、すなわち、権利感覚は人間に生来的なものであることを意味する。もしこのことが本当たとすれば、あらゆる地方、あらゆる時代に同一の言語が話されたに違いないであろう——「実際には」至るところで相異なる言語が話されている。それから、そのいわゆる成果たる法もまた、少なくとも本質的には至るところで一致していたに違いないであろう——「実際には」きわめてさまざまな法が存在している。その違いは何に由来するのか？

その相違は、このような法の特定の形成を条件づけた民族や

時代の現実の状態(の違い)に行き着く。法が諸民族・諸時代の歴史的な諸条件に依存していること、それゆえ、それらの大きな多様性に依存していること——このことは、歴史があらゆる時代についてわれわれに説く教えである。

それゆえ、法の起源を権利感覚に求める理論は、それは法の本質的な同一性を随伴するものだろうから、「実際とは」相容れないのである。法はまず最初にそこに存在するのであり、必要がその母である。権利感覚ははじめて法からその内容全体を引き出したのであって、権利感覚はその内容を偽って生来的なもの、原本来的なものと呼んでいるのである。

どうしてこのような思い違いをするようになったのか？ 一つには、人びとの間にこの考え方が受け入れられる過程がきわめてゆっくりと、かつ、まったく気づかれないままに行われたからである。つまり、人の意識がまだ目覚めていない時期に行われたことによる。子どもは、それが大切な法原則だと教えられなくても、とても重要な法原則についてはすでによく知っている。子どもはそれらの法原則を生活のなかでの出来事や他の人の事例から抽象しているのである。それは、大人が話していることから言語規則を抽出するのと同じ仕方である。子どもは、主格、属格、直説法、命令法等々についての手ほどきを誰からも受けることはない。しかしながら、子どもはそれらを完全に正しくマスターしているのである。そうして、誰にしても子どもに所有とは何であるかを言う者はいないが、しかし、子どもは、早くに所有と実際にかかわり合いをもつようになっているものである。子どもが遊び相手からリングを取り上げよう

九二

とし、遊び友たちがそのリングを自分のものだと言張るとき、その子の口から聞き取られる、「僕のもの」というたったの一言は、所有の觀念をその子に得させるのである。借りた物は返さなければならぬこと、贈られた物は持ってもいいこともまた、誰が教えるものでもない。子どもは同じようにして、それについての知識を得るのである。かくして、子どもが生活している雰囲気、子どもにしつけの第一要素を教えるのと同じように、子どもに倫理的なものおよび法的なものの第一要素もまた教えるのである。子どもはそうとは知らずに、それらを吸い込むのである。

それからなお、このような無意識の精神的吸入に伝統が加わる。すなわち、両親や教師やその他の人たちによっていろいろ教えられるのである。

次いで子どもが成長するや、子どもはこのようにして外部から自分のなかに取り込んできた倫理的な考え方や原則をとても確固として自分のものにしてるので、それらのなかに、それなくしては自分自身のことを考えることができないような、そして、それゆえそこからは、それは昔から自分のものであったということ、つまり生来のものであったということ以外のことは何一つ受け入れることができないような自らの内的人間性の一部を見つけるほどののである。そこで、このような人の場合にもくり返しなされている経験に基づいて、哲学者たちは、自然は人間の心のなかに倫理的な諸原則を植えたこと、そして、人がそれらの諸原則を取り出してくるためには、自分の内面のなかに手を伸ばすだけでいいことをわれわれに向って演

繹的に推論するのである。そして、法律家たちは、最上級の諸々の法原則に関して、さらになお、どの人に対しても、そうである他ないことを教えるとされる健全な理性を参照するように、指示することを付け加えるのである。

法律家たちが、そうである他ないということは正しい。ただし、それには「われわれの現在の世界においては」という語句が付け加えられなければならない。かつては、それとは違っていたのである。そして、健全な理性を呼び出すにしても、歴史のかかる事実には逆らえないのである。理性は、まさに、それが健全であるがゆえに、かつ、その限りにおいて、歴史的發展のどの段階においてもびたりと的を射当ててきた、すなわち、状況に適合したものを言い当ててきた。健全な理性かどうかの試金石となるのは、所与の状況に適したものを見つけるこのような働きなのであって、その内容そのものではない。そして、次のことは逆説的に聞こえようとも、真理なのである。すなわち、未発展の法のなかには、発展した法におけるよりもはるかに多くの健全な理性が含まれているかも知れないのである——古代ローマ法と現代の普通法とを比較してみるならば、後者が優越しているという結果にはならないだろう！このような驚くべき事実は何に由来するのか？それに対するわたしの答えは奇異の感じを抱かせるかも知れない。そしてその答えは、これまでそれについて考えてこなかった人たちの目を開かせることになるはずのものである。すなわち、原始の時代は、高度に発展した時代よりも測り知れないほどの多くの利点をもっているのである。つまり、その時代はいまだ諸原理を知らないの

である。諸原理が惹き起こしてきたし、またわれわれの目の前で日常的に起こしているナンセンスなことを歴史から知る人ならば誰でも、次のことを理解するだろう。すなわち、これらの諸原理をなしで済ました、つまり、ただ健全な、すなわち、単に実際の諸目的の方を向く理性だけが頼りであると見ていた時代は、その精神の目が諸原理のせいで曇っている高度に発展した時代にできる以上に、その時代に必要であったものをより良く調達できたということを理解するだろう。

歴史に対して目を閉じる者だけが、自然は人間の心のなかに最上級の諸々の法原則を植え付けたのだという信念を抱くことができる。自然は、人間が必要としたその他すべてのものについて、人間に手引書をもたせて送り出したのではないのと同じように、法についてもそうであった。自然が人間にもたせたものは、途絶えることなく呼吸するという欲求と、その欲求を満足させるための正しい手段を発見するための理性以外には何もない。それが自然が人間にしてやったことのすべてである。最低次のものから最高次のものに至るまでそうである。いっさいのものを人間は自分自らはじめて探し、見つけ、習得し、作り上げなければならなかった。法と倫理を含めて人間世界の全体は人間の創造物であり、自然はそれには内容の面でも最少の寄与をも行わなかったのである。人間はどのようにしてはるかにかに時代の降った段階になつてはじめて、経験を通じて以下のような法に気づいたのか。つまり、取引は詐欺の下では成り立つことができないこと（ローマでは比較的にかなり後年になってはじめてそうなった）、まっとうな家族生活は一夫多妻制と調和し

ないこと等々、同じく人間生活の最古の時代に、共同生活は殺人、強盗、窃盗の下では不可能であることという法にどのようなして気づいたのか。目的がこれらすべての命題を定立してきたのであり、さらに発展が進めば、なお多くの他の命題をも明らかに出すであろう——それらのなかには目下のわれわれにはまったく未知のものも含まれている。

もしそれらの命題が取り除かれたならば、社会秩序ががたがたに崩れてしまうほどに、それほど堅固に社会秩序のなかにそれらの諸命題が組み入れられた後になってはじめて、それらは自明的なものと了解され、最初の最初からそこに存在していたのだという信念が生まれるのである。しかし、それらもまた堆積し沈殿していったものに違いない。それは堆積していった最古層であり、われわれがいつさいの情報をもっていない時代のことである。最古層のその上に、その後、法の他の層すべてが堆積していったのである、そしてそれらに加わる上の層の圧力とそれが何千年も続いたことによって、最下層のものは上の層のものに比べていっそう堅固なものになったのである。それは、ちょうど石炭が褐炭や泥炭に比べて堅いのと同じである。そこには、このような法の原形成には、後年のすべての法形成とはまったく異なる事情があるのだという信念が容易に形成される。後者〔「後代の法」〕については、それらが人間の定立物であることは知られており、前者〔「原古の法」〕についてはそのことは知られていない。そこで、本当は歴史の作品であるものが、自然の作品であると称されるのである。ギリシアの哲学者たちがそうしてきたし、われわれもそうであり、また、ローマ

九四

の法律家たちもそう言うのである。自然〔の理性〕(naturalis)と市民法 (civilis ratio)、法の理念 (ratio juris) と有用性 (utilitas) とは彼らにはまったく異なる物と見なされている。しかし、自然の理性 (ratio naturalis) は忘れ去られた市民法 (ratio civilis) であるにすぎない。法の理念 (ratio juris) はただ堆積していった有用性 (utilitas) であるにすぎない。そして、その本当の状況について思い違いをすることは、いつの時代でも繰り返されるものだろう。市民法 (ratio civilis) あるいは有用性 (utilitas) として登場してきたものが、何千年も後になって、歴史の実情を知らない人たちがすべてには自然の理性と見なされるだろう——褐炭が石炭になってしまったのである。

原始時代においても現代におけると事情は異ならない。つまり、原始人もその法制度をわれわれが今日われわれの法制度を作るのと同じように作ったに違いないのである。それは法という杭上家屋であり、自然はそのための手引書を原始人に与えはしなかった。それはちょうど、自分と自分の家族を守るために川のなかに家を建てるべく、その手引書を自然が原始人に与えなかったのと同じである。原始人においても、それに際して彼らを導いたのは安全という目的であった。彼が外部の敵に対して他の人たちと手を握ったように、皆を同じように脅かした内部の敵に対してもそうしたのである。敵の力に対して全体のもつ優勢な力を対置したのである。すなわち、共通の利益を守るために防衛同盟を結んだのである。それでもって法が客観的に世界に生み出されたのである。というのは、法の本質は、個人の實力に対して一定の限界を設定し、それを全体の實力によつ

て保持することに存するからである。しかし、主観的にも法がそのようなものとして認識されるようになったという推論、つまり、この防衛同盟のために一つになった共同体はそれでもって新しい力を設立したと自覚するようになったという推論は、間違った推論である。その考え方は、その対立(関係)を自覚するようになるために、実力という觀念から身を起す必要はまったくないからである。すなわち、ある場合には実力が個人に対して全体によって禁止され、またある場合には許されたからである。それを証明するのは次の事実である。すなわち、その民族の言語に「法」という言葉、すなわち、しがつてそれについての意識もまったく欠落しているような低次の文化段階にある諸民族が存在するということ、彼らにとってそのような問題そのもの、すなわち秩序ある社会状態は疎遠ではないけれども、「法」という言葉もその意識もない民族がいるという事実である。それは法の素朴な時代であり、そこでは、法は主観的にそのようなものとして認識されなくても、客観的に、事実上、存在していたのである。そしてどの民族も、徐々に法に対する理解が進むまでは、そのような時期を過ぎなければならなかった。まず最初にこのようなことが生じたのは、主観的、具體的な権利、つまり自己正当性の意識においてである。すなわち、権利感覚という最も容易にアクセスできる形式においてであり、次いでようやく抽象的あるいは客観的な法の形式においてである。

したがって、法は、原始時代には権利感覚よりも先に存在していたのである。法は、人間の心に反映させられ得るためには、

その前にまず存在しなければならなかった。社会が自己保存のために用意する強制を自分のために執行するよう、個人が社会に対して要求できるためには、まず社会という外的秩序が確立されていなければならない(のと同じである)。

歴史時代には、権利感覚と法とがどのような関係にあるのかを調べて見よう。

歴史を見ると、その関係には二つの形態があるのが分かる。一つは、権利感覚がその時代の法を越えていない場合である。

つまり、権利感覚が、法のなかに実現されている制約された未熟な見方の虜になっている場合である。そして、その見方は、われわれの現代の権利感覚からすれば、その時代の最も開明的な人物もまたその魔力から解放されることができなかったなんて、そのようなことがどうして起こり得たのか、と吃驚して尋ねざるを得ないような考え方である。二つ目は、権利感覚がその時代の法の先を行っている場合である。つまり、権利感覚が、その時代の法が保持する諸々の原則や制度と対立関係にあり、それらの廃棄を熱望している場合である。

「まず」その時代の法の虜になっている権利感覚(について述べる)。ちょうど今それについて述べたことを最もわかりやすく説明できるのは、かつて生きていた最も偉大な思想家の一人を事例にすること以外にはないと思われる。それはプラトンである。彼は奴隷制度に対していささかも抵抗を感じなかった。

逆に、彼はそれが適法であると論じた。それにしても、どこかの誰かならばいざ知らず、まさしくプラトンには、その不法性を認識する能力も資格もあつただろうに。プラトンのように、

いっさいの現実と関係を完全に絶った理想国家を構想したような人ならば、この点においても現実を越えて高く飛翔する精神の躍動力をもっているはずであつたろう、と言えるだろうに。しかし、プラトンの権利感覚は現実の魔力の下にあつた。奴隸制度は不法であるという考えがプラトンの心に浮かばなかつたほどに、それはギリシア人の生活の慣習と利害とに緊密に結びついていたのである——彼の権利感覚は、その時代の法を越えてはいなかつたのである。

棄児行為は、現代のわれわれには倫理的に残酷な行為と思われている。最古のローマ人は、女兒の赤子を捨てることについてまったく抵抗を感じなかつた。つまり、〔最古のローマ〕法は長女とすべての息子だけを養育するよう、ローマ人に命じていたのである。性別によって法がこのように異なっているのは何に由来するのか？ ローマ人の倫理感、息子の棄児については、娘の棄児とは異なる反応を示したのか？ 一方では棄児を禁止し、他方ではそれを容認したのは、単に共同体の利害〔に關係すること〕であつたにすぎない。男たちは決して十分な数だけ存在することはできなかった。というのは、絶え間のない戦争で大勢の男たちがやられたのであり、女たち〔の損失〕は多すぎるといふよりもむしろ少なすぎたからである。利害關係が生み出したこの命題を、権利感覚は矛盾なく自分のなかに取り入れたのである。

原始時代には役に立たなくなつた老人たちは、彼らの命を力づくで終わらせることによって片付けられていた。つまり、民族の権利感覚はそれについて何らの抵抗も感じなかつたのであ

九六

る。このような非人間的な習俗はどこに由来するのか？ 老人たちは共同体にとつてもはや何の役に立つこともできなかつた。彼らは無駄にパンを食べるだけであつた。権利感覚と利害との間にある同じ關係がふたたびここには見られる。つまり、権利感覚はきわめて恥すべき利害關係に進んで従つていたのである。しかし、これら三つの制度はすべて後になつて廃止された。それは何故か？ その理由は、権利感覚がそれらに抵抗を感じたからである。そこには権利感覚と法との關係の第二の形態が見られるのである。つまり、権利感覚が法に優位している關係である。

しかし、この優位にはまったく特有な事情があつた。それをもっと精確に研究してみると、次のような結論に辿り着く。つまり、まさに民族〔*Volk*・国民・民衆〕の権利感覚という意味でのみ使うことのできる権利感覚という不定の表現でもって、多くのことが覆い隠されていることである。つまり、まったく民族のお蔭ではなく、まず最初に伝統的な考え方から身を引き離し、そして世論を味方につけることによって、立法をして、彼らによつてあらかじめ指示された道を歩まざるを得ないように仕向けた個々の卓越した人物たちのお蔭である事柄が多く隠されてきたことである。彼らが始めた戦いに国民——私は大衆のことを考えている——はまったく参加しなかつた。その戦いは、大衆が近づきたい学問や文学の高みで繰り広げられ、戦闘は大衆とは無關係に行われた。その戦いに勝利し、法において変革がなされた後になつてはじめて、大衆のあいだでも次第にそれに応じた考え方の変化が生じ、新しいものは徐々に民衆

の権利感覚のなかに根を張り、そして、一世紀ないし数世紀後になって、最初に登場したときには、従来の民衆的な考え方と合わせて極端な矛盾を見せていた同一の命題が、民族の法意識によって担われた真理という威信を受けるのである。次いで、この真理は国民の権利感覚の流出物であるとされる一方、しかし、後者の権利感覚は、実際にはこの場合でも法に先行していたのではなく、法の後についてきたのである。民衆の権利感覚が立ち上がるまで、われわれは待つていなければならなかったとすれば、われわれはいまだに身分法や、魔女裁判や、中世の非人間的な刑罰や、民族の権利感覚がかつていささかも抵抗を感じなかったようなその他の多くの残虐行為を残したままであろう。それらがわれわれから取り除かれたのは民族の権利感覚のお蔭ではなく、民衆よりもずっと先の方を見ている開明的な人物たちの洞察力と努力のお蔭なのである。彼らは、いつの時代においても開拓者であり先駆者である。他のすべての領域におけるように、法の領域においてもそうであり、法の原始時代においても、時代の下った諸段階においてもそうである。彼らが正しい道を発見し、新しい道を開拓したならば、民衆は余り考えることなくその道を行くのである。つまり、ここには慣習法の場合と同一の経過がくり返されているのである。

思考する頭脳の持ち主や行動力のある人物たちは、大衆から彼ら自身が考えたり、働いたりする労苦を省いてやるのである。法の歴史は目的意識をもった思考の歴史であり、人間の行動力の歴史である——じっと考え込み、夢想している民族精神に自ずと転がり込んでくるインスピレーションについての理論は、

一つの作り話である。現行の法制度が大衆に重圧を加えている場合にのみ、大衆もまたそれらの法制度について熟慮するのである。その場合、大衆もまた、変化が起きるようにと声を上げるのである。かくして、農民が野生動物による被害に關して変革を要求したように、今日では労働者階級が賃上げに關して要求を掲げているのである。われわれがともかく、ここでは民衆の権利感覚がその声を公にしていると言うにしても、その場合、われわれは次の二つの点を忘れてはいない。つまり、一つには、それが主張されるためには、まず「主張されるだけの」利益が必要であるということ、二つには、それを要求する根拠が現行の法そのものから取り出されているということである。農民が野生動物による被害に対する保護を熟望するとき、農民はそれをもって所有権保護の完全なる実現を要求したにすぎなかった——法が「野生動物による被害以外の」他の点ではすでに完全に実現していたが、それについてののみ拒絶していた所有権保護だからである。権利感覚がここで掲げた要求は、法そのものにおいて根拠づけられていたのである。それは、法それ自身によって実現されなかった、法のその他の原則の帰結であったものにすぎないのである。そして、労働者階級の賃上げ要求もそれと事情は異ならない。それもまた、教会や立法、国家行政ならびに地方自治体行政、および自由連合がこの方向において調達してきたことすべてによって、久しい以前から準備されていたのである。古代ローマであつたならば、そんなことはまったく考えられなかったであろうし、貧困層や困窮層の人びともまた、社会には自分たちの面倒を見る義務があるということにまで考

え及ぶことはなかったであろう。では、大衆の権利感覚におけるこのような変化は一体どこに由来するのか？ この変化はその根拠をそれ自身のうちにもっているのではない。つまり、この変化はひとりりで内部から生じてきたのではなく、それが生まれてきたのは、その完全な実現を人びとが要求する考え方の一部がすでに実現されていた諸制度のお蔭なのである。民衆の権利感覚はここでは、母親に約束の履行を求める子どもである。お母さんが僕に教えてくれたことを完全に実現して下さいと〔子どもである〕権利感覚は〔母である〕法に呼びかけるのである。お母さんはお母さん自身が立てた理論に後れをとっている、と。

わたしはそれでもってある現象に触れたことになり、その現象の歴史的射程は、わたしをしてその現象について言及せざるを得なくさせる関係を越えてはるか遠くにまで達するものである。それは法それ自身による法の批判である。わたしがそれでもって言い表した考え方を、この場でその考え方をさらに詳しく論述はできないにしても、追究したい人であれば、誰であれ、その考え方はきわめて生産性の高い考え方であることに納得するだろう。このような法自身による法の批判という方法によって、民衆の利益や権利感覚とはまったくかけ離れた諸領域において、学問によって実に多くの進歩が惹き起こされてきた。それらの進歩は、今では、あたかも自らは何によつても影響されたことのない学問的な考え方、つまり、われわれが言うところの思弁的思考にその起源を負っているかのような外観を見せるのである。近年の事例として著作権と特許権が挙げられる。ま

九八

だ前世紀には、立法は文献覆刻の海賊版を容認していた。何によつて立法は考えを変えたのか？ その不埒な所業に苦しんでいた人たち、つまり、出版者や著者たちが、自分たちの声を上げ、自分たちの労働の成果に対して、立法が他のすべての労働の成果について認めたのと同じ法的保護を要求したことによつてである。上述の二つのケースにおいて民衆にその気を起こさせたのと同じように、利害関係が彼らにそのような要求を起こさせたのであるが、しかし、彼らはその根拠を法自身から取り出していた。彼らは、法が他の場合には実現していた考え方——すなわち、労働者には労働の成果が当然に帰属するという考え方——を完全に実現させること以上のことは何も要求していなかった。このような自己批判によつて法にもたらされる、半分の真理を完全なものにするという必要性は、おそらくなお法における進歩を招来するであろう。われわれはこの法における進歩については目下のところ夢見るものは何もない。まず最初はおそらく国際法の順番が来、最後に家族法の順番であろう。そのような進歩が生じるならば、現代の権利感覚における変化がそれを引き起こしたのだと言われる一方、しかしながら、実際にはこの変化は法の責任になるのである。法はその制度と原則を通じて更なる進歩に向かって刺激を与えてきたからである。権利感覚と法との関係についてのわたしのこれまでの研究の成果を簡潔に要約してみよう。支配的な見解によれば、この関係は法発展のすべての段階においてつねに同一のものであるということになるが、他方、わたしは、この関係は可変的なものであること、つまり、これには法が権利感覚に先行する段階

——両者が一致する段階——権利感覚が法に先行する段階という三つの段階があることを、歴史を手がかりにして証明できたと思う。両者の関係は、日の出以前に路上に現われ、一日を通じて西から東へと移っていく徒歩旅行者の影と同じ事情にある。太陽が上る前、歩行者はまだ影を落としていない、太陽が上るや、その人の影は、太陽の動きに応じて、その人の後に来たり、あるいは横に来たり、あるいは前に来たりする。徒歩旅行者が法であり、その影が権利感覚であり、太陽が歴史である。法の歴史的発展段階の違いに応じて、権利感覚はまったく存在しなかったり——法がはじめて形成された原始時代がそうである——、法に後れを取っていたり、あるいは法と同じ高みに存在していたり、あるいは法の前を進んでいたりする。しかし、つねに、権利感覚は法を前提にしているのである。権利感覚がいつさいの法に先行しているという仮説には、わたしの見るところでは、影は午後には徒歩旅行者の前にあるので、影はその人よりも先に家を後にしたのだという考えよりも優れている点は何一つない——権利感覚が法よりも先行している場合でも、権利感覚がそういう状況になることができたのも、ひとえに、権利感覚が法の学校において大きくなったという事情のお蔭なのである。

わたしは、法の無意識的な生成論についての論述をこれで終りにし、その結論として、その生成論には歴史的真理を要求する資格はまったくないという命題に要約してもいいだろうと思う。それは純然たる想像の産物であり、法の発展が歴史時代にわれわれの前に見せる実際の事象とまったく一致せず、原始時

代における法の成立について自分で生み出した考え方にのみその起源を負っているものである。

法の無意識的生成論に対しわたしの方で対置するのは、一度極端な形で言い表すことになるが、意識的作成論である。法は、決して、素朴に、暗い衝動のなかで創造する権利感覚の流出物ではない。つまり、法史家に対しいつさいの更なる調査研究を妨げるとともに、調査研究なしで済まそうとするようなあの神秘的な事象の流出物ではなくて、法は、社会発展の各段階において適合的なものを見つけようと努力してきた人間の意図と計算の作品である。法の歴史は、人間共同体の生活諸条件を実際に実現しようとする人間の思考の歴史である。それゆえ、この意味において、いつさいの法は地上において作られたのであって、生成という外見は、われわれが作成の実体を知ろうとしても、多くの場合、われわれにはそれができなかったということにのみ基づいているのである。

これをもって、わたしは、この作品でわたしを導いてきた観点の名前をあげたことになる。慣習法および権利感覚の法創造力についての目下のところなお支配的な理論と対決することなくそうすることはできなかったし、それは、また詳細な論述なしには不可能であった。二つの考え方の対立でもって、法史の相異なる取り扱い方がもたらされた。支配的な考え方に導かれる法史家ならば、その人は、単純に法の歴史的発展の事実性を目に見えるようにすることで満足する。彼にはそれらの理由を探究する必要はないし、また、探究することもできない。それらの理由は、民族の魂 (Volkseele) の暗い底に閉じ込められ

ているからである。それに対して、法史家がわたしとともに、法が人間の意図と計算の作品であるという信念に貫かれているならば、その法史家は、何が法の運動を惹き起こしたのか、その理由を探究しようと氣にかけるだろう。そして、わたしがこの著作で試みたのはそれである。それでもって、わたしは法における因果律思想に復帰する。法における因果律については、二重の意味において語ることができる。一つには、目的の意味 (causa finalis: 目的因) においてであり、二つには、原因の意味 (causa efficiens: 動力因) においてである。目的は、人間が任意に定めるような、何かあるものではなく、そうではなくて人間は、何らかのインパルスによって、つまり、内的なインパルスあるいは外的なインパルスによってそこへと駆り立てられるのである。人間それ自身においてはその人格のなかにある内的なインパルス・悪人は善人とは異なる目的を定め、農民は学者とは異なる目的を定める。外的世界にある外的な目的・ある境遇というものは人間に対して、人間であれば、それらは別として、定めなかったであろうような諸々の目的をもたらずである。たとえば、人間に防衛あるいは逃亡を余儀なくさせるような攻撃である。目的定立がこのように内的および外的インパルスに依存していることは、それらが、自然によって意思に対してあらかじめ指示された根本法則を含んでいるので、個人の意思にとつてと同じく、全体の意思、すなわち法にとつても当てはまるのである。

それでもってわたしは、どのような意味において法の歴史における因果律思想を理解しているかを述べたことになる。それ

100

は、法発展のかかる特定の段階において、かかる特定の形態を法にとらせる原因になった歴史上の諸事実を叙述することである。「一つには」内的なインパルス、すなわち、民族性、民族の感じ方や思考様式、かかる所定の時代における民族の文化段階というインパルスである。「二つには」外的なインパルス、すなわち、民族の経済的、社会的、政治的状态というインパルス、および、とくには他の諸民族との交流関係——その決定的な影響の跡はまさしくローマ法の発展史のなかに紛れもない形で残っている——というインパルスである。この影響には二つの種類がある。直接的なものと間接的なものである。前者の下でわたしが理解しているのは、外国の法命題や法制度もしくはそれどころか外国の法源をも自国法の中に取り入れること (法の継受) であり、後者の下では、ある民族の思考様式や感じ方、習俗や生活様式——それらが翻って法に影響を投げかける限りにおいてであるが——に他の民族が影響を及ぼすことであり、さらに、外国の学問によって法学に影響を及ぼすことも考えている。簡単に言えば、精神的・道徳的な雰囲気の入のことを考えている——その雰囲気はそれ自体としては知覚できないが、法に生じた変化から明らかにされ得るものだからである。

これらの外的・内的インパルスのすべてを歴史的理由という観点の下で要約してみよう。わたしがローマ法において因果律思想の証明を見込む場合、その歴史的理山を目当てにしていただけである。因果律思想の第二の部分である目的については、わたしは、それが歴史的関心と呼び起こす限りにおいてしか考

察するつもりはない。その目的をオーブンに見せている法命題の場合——たとえば、強盗、窃盗に対してある刑罰を定めている法規、貸付金の受取人に返済を義務づけている法規等々のように——、その目的についても一言費やすならば、それは無駄なことであろう。この種の法命題は、至るところでくり返され、法史家が法ドグマーティカーもしくは法哲学者に委ねることのできる法の不変の構成要素を成している。二つの関連においてのみ、それらの法命題もまた法史家の注目をひきつけることができる。すなわち、一つには、それが歴史的に登場した時期が異常に早かったか、あるいは異常に遅かったかの場合に関してであり、二つには、目的を実現するやり方が奇異の念を抱かせる場合に関してである。いずれの方向においても、それらはしばしば、その所属する時代「の特徴」をはっきりと示すものである。第一の種類の事例として挙げられるのは、最古のローマ法において土地所有権が異常に早くに形成されたことと、後代の法において詐欺訴権・悪意の訴権 (*actio dolii*) の登場が異常に遅かったことであり、第二の種類の事例として挙げられるのは、古代法における財産侵害行為(窃盗、境界移動)に対する処罰と名誉毀損の処罰とが著しい不均衡を見せていることである。法史家がそこからどのような結論を引き出し得るかは、その時代に明らかになるだろう。

上述の意味における歴史的理由、つまり立法理由 (*causa legis*) と、法規定の外的原因、いわゆる立法機会 (*occasio legis*) とは区別される。この種の外的原因は、いくつかのローマ法命題についてここかしこで証明される。たとえば、法務官告示

(*Gell. XX 1, 13*) の原告査定の名誉毀損の評価に関する訴権 (*actio iniuriarum aestimatoria*) についてそうであり、またある元老院議決 (*Scutum Macedonianum*) (*I. 1 pr. de Scio Maced. 14, 6*) についてそうである。しかし、学問的には、そのことを知ったとしても少しの価値もない。われわれがそれでもって知るのは、ある個々のケースを契機にしてこれまでの法の不十分な点が意識されるようになったということだけであって、以前の時代には完全に十分であると思われていた同じ法が、後の時代にはもはや十分ではなくなったということを惹き起こした理由が何なのかは分らないままである。

同一の歴史的理由を共通に有する法命題や法制度のなかには、まったく相異なる法領域に属するものも多く存在する。すなわち、公法に属するものもあれば、私法に属するものもあり、債務法に属するものもあれば、所有権法や相続法に属するものもあり、訴訟法に属するものもあれば、実体法に属するものもあるというように。もし法史家が、ローマ法学の広く行われている方法がするように、体系をドグマーティクの基礎に据えようとするならば、その法史家は、統一的な、それらすべてを同じ仕方方で支配する思想の有効性を要約し叙述して見せるための場所を見出すことはないだろう。その事例として、古代法においては代理制度が不十分であったという原則が挙げられる。

そこには、体系的にまったく相異なる一連の制度について、その理由およびそれゆえ同時にその説明が含まれている。すなわち、所有権の領域における代理人の信託 (*die prokuratorische Fideiucia*)⁽¹⁾、占有の領域における代理人の容仮占有 (*das*

prokuratorische Pekarium)、債務法の領域における参加要約者(從債權者)(Adstipulatoren)と参加諾約者(Adpromissoren)。それらすべてに共通するのは、固有法の形式において代理制度の目的を実現する特有の仕方である。ローマの国家領域と商業領域の拡大が法の変革に及ぼした影響はもう一つの事例である。古代法は、法律行為を締結する場合や訴訟を提起する場合には、両当事者は現場に居合わせる必要がないと要請していたが、当初の小範圍の領土においては、その要請はあまり困難なく実際に実行可能なものであった。¹⁴⁾ところが領土が広域に拡大されると、取引や權利追求を不在者間でも可能にすることや、その場に居合わせないことよって生じる責めのない結果から不在者を免除することが必要になった。多くの新しい法現象が登場してきた理由はこのような配慮のお蔭である。たとえば、万民法(jus gentium)の非要式契約、要式行為のいらない奴隸解放宣言、訴訟や法律行為締結における代理人の承認、不在のための回復(restitutio propter absentiam)¹⁵⁾等々である。

上述したことは、わたしがすでに以前に展開した命題の正しさを確証するにすぎない。すなわち、ドグマーティクの体系学は、歴史学には不都合であり、歴史家は体系的関連を示す任務ではなく、歴史的関連を示す任務を有しているのである。そして、歴史家が歴史的理由のなかにおかれているところでは、彼は歴史的理由によって導かれるべきである。

因果律思想が歴史家に対して、ドグマーティカーの場合とは別種の素材のグループ化を条件づけるのと同じように、立証も

また別種のことを要求する。その対立を簡単にまとめてみよう。ドグマーティカーの立証は、数学者のそれと同じように、論理的に必然的な立証であり、歴史家の立証は、歴史的に十分な理由(causa sufficiens: 十分な理由)の立証である。

わたしが言及した第二の事例でその対立を具体的に説明しよう。この場合、法の変容の歴史的理由は、国家領域と商業領域の拡大以外にあったかもしれないと考えることができるだろう。その変容は、外的な契機はいついなくとも、純粹に法觀念の内的な成熟という方法で生じたかもしれない。そうして、前者の主張を直接的に立証するための史料が挙げられなかった限り、つまり、わたしがそれを証明できなかった限り、一方は他方よりも価値高いとは主張できない、そんな二つの可能性が単純に互いに対立することになる。もしドグマーティカーが自分の立証のやり方をこの場合に適用したいと思うならば、ドグマーティカーの判断はそのようなものになるだろうし、また、そうならざるを得ないだろう。そして、このような過ちがなされるのは実際のところ稀なことではない。しかし、まさにそれでもって、ドグマーティカーは、自分が歴史的立証とドグマ的立証との違いを認識していなかったことを明らかにしてしまうことになるのである。

それに対する非難はこうである。つまり、その事実には他にも理由があったかもしれない。と。たしかに！その可能性はあったかもしれない。しかし、誰かが石を壁越しに投げ、醗熟温床の窓が割れたとき、同じく可能性としては、同時に他の誰かが投げたのかもしれないし、あるいは、石が壁から落ちたの

かもしれない。けれども、思慮分別のある裁判官ならば、この場合、立証はなされたことみなすことに躊躇する者はいないであろう。もつと強められた程度で、この種の立証——その価値は逆の可能性に余地を残す点にあるのだが——は、間接証明の際の刑事手続きにおいて明らかになる。しかし、それは、わたしが歴史家のために主張しているものと同種の立証に他ならない。つまり、それこそ、論理的に必然的な立証に対して、十分な理由を利用する歴史の立証である。それにふさわしい場で、すなわち、生活あるいは歴史における諸事実の因果的関連が問題となっているところではどこにおいても、その歴史的理由を前出の欠点のゆえに不十分であると見なしたいならば、裁判官は、犯罪が直接的な証言によって証明され得ないあらゆるケースにおいて、犯罪者に無罪判決を言い渡すべきであろう。そして、歴史家ならば、たいてい、乱雑な大量の無関係の事実を提示するほかないだろう——裁判と歴史叙述とは歴史的证明に依存している。

ローマ法史の場合、因果連関が直接的に証明されるということとはほとんどない。史料が通例われわれに伝えるのは、単に外的な法史上の諸事実だけであって、ある事実が他の事実によってどのような影響を受けているかを示すことはない。そういうわけで、諸事実間の因果連関をつけるためには、歴史的「事実の」組合せは自分のすべきことをしなければならぬ。そして、歴史的組合せが自分のすべきことをしたと言えるのは、経験上の基準に照らして、両者の関連を理解させるに十分な理由を捜し出したときである。その点に、いかなる勤勉さでもってして

も代替しえない歴史家の本来的な天分が実地に示される。すなわち、歴史的な眼力、つまり、想像力を用いて過去を心のなかに呼び出し、その過去から、歴史的伝承からはその答えが得られない疑問に対して答えを引き出す予感能力である。その場合、その歴史家が思い違いをすることはあり得ることである。歴史家はその危険に晒されざるを得ないし、学問はそれに堪えることができる。そのための心配りをするのはたしかに批判の役目である。歴史家がとった間違った道でさえも、その間違った道が結局のところ正しい道に通じていた路線を切り開いたことによって、きわめて十分なる実りを産むことは稀ではなかった——そこには厳格な正攻法では決して到達できなかったであろう。誤った仮説や大胆な組合せがしばしば真理を発見するための第一歩であったことがわかる。それはすでに、それらのなかに告知されていた正しいことの予感であったし、それは、暗闇に打ち上げられた照明弾であり、真理を探究する学問は決してそれ無しでは済ますことのできないものである。つまり、これまで人に気づかれることのなかった事柄のうちのいくつかにのみ光が当てられたとしても、役に立たないと投げ捨てられている残りのものはそれで報われたのである。

わたしもまたこの著書においてそのような仮説を立てることには事欠かないつもりである。わたしがそれをして良かったのかどうかを決定しなければならないのは、それが成功しているかどうかである。あらかじめ読者にお断りするが、必ずしもすべてが仮説の衣装をまとうて現われるわけではない。その他の点では完全に認証された歴史叙述の関連のなかにちりぢりばら

ばらの仮説が割り込むところでは、わたしはその仮説それ自体をも挿入するつもりである。それに対して、建築物全体が仮説に基づいているところでは——たとえば、最古の時代において権利追求の制度を再構成する場合、つまり、手中物 (*res mancipi*) と非手中物 (*res mancipi*) とに対する二種類の所有権を再構成する場合や、外人係法務官の告示 (*Edikt des praetor peregrinus*) に照らして外人の権利状態を再構成する場合——そこではわたしは歴史叙述の形式を選ぶつもりである。不確かなものを確実なものという虚偽の外見でもって覆い隠すためにはなく、読者の眼前に建物全体の具体的で関連がある像を打ち立てるためにそうするのである。もし、わたしが個々の歴史的根拠の証明力をいちいち説明することによって、わたしの叙述を断え間なく中断せざるを得ないとすれば、全体像を見せることはわたしには不可能になるだろう。後者〔「歴史的根拠」〕は、その証明力を評価することは専門知識のある読者に委ねることによって、個々の一部分としてわたしの叙述に組み入れられる。わたしの方でその証明力を強調しなかったところでも、そうである。わたしの推論に説得力があるかどうかは、この場合、全体が筋道の通ったものであるかどうかによる。つまり、一方が他方に接合されるその仕方にある。すなわち、確実なものの不確かなものにどのように接合されているのか、両者はどのようにして相互に補完し合い支え合っているのかによる。ある手写本の編者がテキストのこすれてはやくた、あるいは、読むことのできない筆蹟部分をその文脈から補充し、テキスト本文を再構成するために、編者がこのようにして獲得した思考の

内的な筋道に呼びかけるように、わたしもまた、例の仮説のために、その仮説がただ一つの考え方によって支配された全体を修復するという事実を言わせることによって、そうするのである。その仮説にいちいちけちをつけたと思う人ならば、誰でも、手間をかけることなく、わたしが動員した個々の論拠は完全な証明にはなっていないと言いうことができるだろう。それは、被告人の弁護人の側から間接証明にいちいちけちをつけることと事情は同じである。そうだからといって陪審員たちは、それにもかかわらず被告人に有罪判決を下すことを躊躇するものではない。彼らは自分たちの確信する全体的印象にこだわるのである。わたしは、同じことがこの著書の歴史的間接証明の場合にも生じることを願うものである。

最後にもう一度、この本の根本思想、つまり因果律思想に立ち戻ろう。

読者が、わたしがこれまでのところで因果律思想について論述したことから、この思想がこの著書のなかでどのような役割を演じているかについて、早くもここで妥当なイメージを描くことは困難であろう。そして、わたしがそこで立てた観点を具体的に説明するために上記のところで行った二つの事例は、読者にそのようなイメージをもたらすには適切なものではない。個々の機会にその観点を活用することだけがわたしにとって重要であったとすれば、その観点を根拠づけるために、わたしがこの序文のなかで行った一般的理念に対する大量の説明部分は必要であろう。それには、家の内部の若干の些細な改築のみ請け負った棟梁が新築のときのように足場を組みたいと思っ

た場合に優る利点などは皆無であらう。しかし、わたしは例の説明部分を行わないわけにはいかなかった。わたしは、自分が目論んだ道を進むために、純粹な路線をつくり出さなければならなかったからである。わたしは、法の内部からの発展についての支配的な学説が、それに関連するすべての事柄とともに、歴史家の視点を虜にする手段にしているまやかしを破壊しなければならなかった。わたしがその代わりに定立し、この本でわたしを導くことになる考え方、すなわち、法は外的世界によって影響を受けているという考え方のための空間をつくり出すためには、それを破壊しなければならなかったのである。その場合、わたしにとって単にローマ法だけが重要であつたわけではない。わたしの目当てはより高次のものにあつた。この本書の事情はわたしの『ローマ法の精神』の場合と同じである。この本によつても、従来通常のやり方とは異なる、法律行為の取扱ひ方が学問に導入されなければならない。前者の方法が学問をして個々の制度においてくり返される一般的理念に注意を向けさせるはずのものであつたように、後者の方法は学問に対して法の歴史における外的な因果律の思想の意義および豊饒性について、ローマ法を手がかりにして、法の歴史におけるいさゝいの転換点は外的なインパルスの狙い通りになることを証明することによつて、目を開かせるはずのものである。それは一つの傾向書であり、新しい歴史の見方の宣伝をするべきものである。惹起するつもり成果のために適切なる発言をわたし自身は差し控えたと思つたとしても、法史叙述の従来する方法に

おける変革ということは、読者の口について出そうになるだろう。

それは、自然科学と医学の領域で今世紀に達成され、両者にすでにして最も高い価値ある成果を産んだもの、すなわち、外的インパルスによつて惹き起こされた内的な出来事を認識することに他ならない。以前には身体内部における原因のせいだとされていた多くの出来事のように、それについてわれわれは今日、それらが外的な影響(細菌)によつて惹き起こされることを知っている。たとえば、黴が生えたり、腐敗したり、病気になること等々(「が外部からの細菌によつて生じること」である。内的な自発性の観点を外的な因果律の観点にとつて代えること、すなわち、内的な出来事が外的な原因に依拠していることを認識することにとつて代えることである——それでもつて、現代の自然科学の測り知れないほどの成果の一つの名前が挙げられたのだ。

わたしの考えでは、この方向のなかに、認識のあらゆる領域における科学的思考と研究の一層の進歩が含まれている。内的なもののが外的なものに依拠していることを探究すること——それは、私見によれば、将来の学問にとつてのモットーである。物理的現象の領域においてのみならず、精神的現象の領域においてもそうである、とわたしには思われる。外見からすると、自発的な思考と意欲の作品であるのが現実であるかのようにわれわれに見せかける、そのような事物のなかにおいてすら、諸国民ならびに諸個人が外的世界によつて影響を受けているという認識——それは人間の認識という木に生つた最も価値高い

果実の一つである。その果実をもぎとることは、最も労苦の多い、しかし同時に最も感謝される労働の一つであり、それは将来を精神諸科学に運んでくるものである。

わたしは本書でそのための一つの貢献を行うつもりである。法の変容に対して外的インパルスが及ぼしてきた影響がローマ法におけるほどはつきりとした特徴のなかで現われている第二の法をわたしは知らない。ローマ法は法のいわゆる有機的ないし自然成長的發展のお手本である、と賞賛されるのが通例である。つまり、ローマ法は、ゆつくりと、かつ、熟慮しながら、力づくの衝撃を与えられることも、また、急激な修正を受けることもなく、自分に与えられた長い道のりを歩いてきた、と。それでもつて考えられていることは、この發展は内部から生じたものであるということであり、そして、それはまさしく正当で、かつ、正常なことであるとされる。ローマ法はそのための事例としてはまずい選択である！それはゆつくりした發展、漸次的な發展を内部からの發展と取り違えているからである。ローマ法を貫いている力づくの変容のすべては、外部からローマ法にもたらされたインパルスによつて導き入れられ、ローマ法に余儀なくせられたものである。この箇所ですぐも簡単ながらその名前を挙げることをお許し願いたい。すでにここで因果律思想の有効性についての明白なイメージを讀者にもつてもらうことがわたしには重要なことである。

その種の一定の影響をローマ法の変容に対して及ぼしてきたものは、五つの外的インパルスよりも少ないということはない。

一〇六

一・平民(プレブス)

平民と貴族(パトリキ)とのあいだの権利の相違を調整すること、および、十二表法の形態における法典編纂に及ぼした平民の影響は、ローマ法の歴史を特徴づけるべき最も実り多い事実の一つであり、それは余りにも有名なことなので、それについて一言を労する必要がある。共和政の最初の数世紀の特徴である法における激変全体は、平民が貴族に対し外部から強要してきたことの所産であり、もし内部からであったなら、その変化は生まれなかったであろう。

二・ローマにおける外人との取引

時の経過につれて外人の数が増えてきたことによつて、裁判の新しい組織化を余儀なくされた。すなわち、外人同士あるいは外人とローマ人とのあいだの法取引に関する外人係法務官(Draetor peregrinus)の設置である。外人係法務官は、ローマ法の新時代を開く二つの制度でもつてローマ法を豊かにした。すなわち、方式書訴訟という新しいやり方の訴訟手続きと法務官告示という新しい法源とである。それらはローマの法廷でテストに合格し——それは市民法の試行段階と呼ぶことができる——、外人が法の便利さと容易な利用可能性とに関してローマ人をいかに追い越していたのかという事実が広く目に飛び込んできた後になつて、立法と市民係法務官(Draetor urbanus)とは両制度を市民法に取り入れたのである。こうしてまたしてもローマ法全体のきわめて基本的な諸改革は外部からローマ法にもたらされたのである。

三、国家領域および法領域の地理的拡大

古代法は都市法であった。それは現にそこに居合わせていることを当て込んでいた。つまり、たいていの行為についてローマに居ることが当て込まれ、その他の行為については少なくとも両当事者が同時に出現していることが計算に入れられていた。上述の事実がこの方向に向けてどのような影響を及ぼしているのかについては、すでに上述した。

四、ギリシア法とギリシアの学問

後期のローマ法において、すでにしてローマ人によって保持されているそれらのギリシア名(hypotheka, hyperocha, antichresis, emphyteusis, artha, parapherna, antiphenia, proxenetium, syndicus 等々)⁽¹⁷⁾からしてそれらのギリシア起源を告げている一連の新しい制度全体は、ギリシア法のお蔭である。

共和政末期にクウイントゥス・ムキウス・スカエフォラ(Quintus Mucius Scavola)でもって始まり、帝政期にその頂点に達したローマ法学の新時代はギリシアの学問のお蔭である。それはローマ法学のアカデミックな時代であった。そのきっかけを与えたのは、ローマで自分たちの講習会を開いていたギリシアの修辭学者や文法学者であった。ローマの法律家たちは彼らから二つの革新的なものを受け取った。一つは外的なもので、公立学校というこれまで知られていなかった制度であり、二つには内的なもので、同じくそれ以前の法律学には知られていなかった学問的方法である。わたしはそれを簡単に概念的に

体系的な方法と名づけた。この新しい方法によって惹き起こされた変革全体は、ギリシア精神がローマ精神に及ぼした実り豊かな影響に帰せられ得る。したがってここでもまたふたたび、ローマ法がもたらした究極の生命力ある衝動の下には、外部からの影響があった。

帝国の非ローマ的領土から法学の要員募集を行うことはこれと結びついている。それは、新鮮な血液を血管に送り込む通路となる運河であったし、ローマ法の土台の上では成長しなかった、より自由な見方であった。それは、ローマ法が外国人による批判に持ちこたえることのできた時代である。ギリシアの学問や外国人のより自由な考え方との接触がなかったならば、後期のローマ法は、それが現にそうなったもののようにならなかったであろう。

五、属州(プロウインキア)

属州がローマおよびローマ人に及ぼした非常に大きな反作用に振り当てられる歴史のページは、いまだほとんど書かれていない。それはローマの歴史における最も不分明なページである。属州はローマの民族性とローマの自由の墓場となっている。ローマの恣意、貪欲、思い上がり(尊大さ)、無規律なセックスに對し、まったく自由な活動の空間を提供した属州から、ローマ民族のすべての毛穴に毒が注ぎ込まれ、結局のところ、一つの有機体の完全な崩壊を惹き起こしたこのような感染性の接触がなければ、ローマがそのように長いあいだ輝かしく誇っていた力と健康をその後も保ち続けたであろうに。属州ではローマの

帝政があらかじめ準備されていた。カエサルと彼の軍隊において帝政はまず最初は属州からローマへと進軍していったのである。上で外人係法務官の法廷を市民法の試行段階と呼んだように、属州は帝政の試行段階と呼ぶことができる。

さらに、刑事手続きの変革のきっかけも属州から発している。すなわち、民衆裁判所を、まず最初は常置査問所 (quaestiones perpetuae)¹⁸ によって、次いで皇帝任命の官吏による刑事裁判権にとつて代えたことである。その結果として生じたのは以下の新しいものすべてである。すなわち、裁判官の自由裁量的な判断、自白を強いる拷問、身体刑と死刑であり、良き時代のローマ人なら身の毛のよだつような残虐行為と思われたであろうような物ばかりである。属州は軽蔑された実験対象の役目を果たした。今や、ローマ人自身に順番が回ってきた。先祖が属州で行ってきたことが子孫の身に降りかかってきた。共和政の時代にはローマから属州へと忖意や非人間性が行き、帝政期にはそれらが属州からローマへと戻ってきたのである。ローマ民族が、彼ら自身がその事例を通じて呼び出してきた刑事裁判所によって完全に疲れ果てたとき、野蛮人たちが皇帝位を握っていたのであり、彼らは足でかつての主人の首根っこを押さえつけていた——ローマに対し世界が復讐したのだ。

原註

(*1) わたし自身は、古代ローマ法は生活の現実の状況に關係づけることなしには、理解され得ないということ、す、すでに何度も証明したと思っている。たとえば、

一〇八

『ローマ法の精神』第二卷、第三二a節、三四節、三五節、第四卷第五七節等々において。

(*2) 拙著『權利のための闘争』五頁以下を見られたし。本書(ルツシェ版)の覆刻、上述二〇一頁以下(編者)。「村上淳一訳、岩波文庫、三四頁以下。」

(*3) それについては、拙著『法における目的』第二卷、一〇八頁以下を見られたし。その箇所ではわたしは、倫理的な基本命題の起源がいわゆる生得の倫理感覚 (Sittlichkeitsgefühl) から由来するというこの理論に立ち向かっている。しかし、そこではまだ証明までには至っていないが、法の起源に関してわたしはここではその証明を回避することはできない。なぜならば、その証明は、わたしにとって、本書において適用されたローマ法史の方法論のための道を開くべきものだからである。

編者(ルツシェ)註

(1) post hoc (この後で) 'その後' propter hoc (これに基づいて)。

(2) Adolf August Friedrich Rudorff (1803-1873) 『ローマ法史』第一卷(法の形成)一八五七年、第二卷(司法)一八五九年。第一卷は、あらゆる法律、元老院議決、規則等々を領域別に整理し年代順に列挙している(目次付き)が、歴史的関連についての意識は皆無である(Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,

2. Habband [Text] S. 465における評価を参照)。

- (3) サウィニーの著作は八巻本として一八四〇年一八四九年に刊行された。
- (4) ローマ法が効力を失ったのは、民法典(BGB)の施行された一九〇〇年一月一日である。
- (5) 不可避性の印象(意見)。
- (6) 以下については、上述二七五頁以下(ルッシェ版)覆刻した一八八四年三月一二日付けのイェーリングの講演「権利感覚の発生について」を参照。
- (7) *ratio naturalis* = 自然にかなった理性(理性法)、*ratio civilis* = 市民法、*ratio juris* = 法の理念、法的一貫性、*utilitas* = 有用性。
- (8) ローマ法によれば、悪意(詐欺)でもって行われた、あるいは、それに影響された法律行為は有効なものとして取り扱われた。だまされた人を助けるために、共和制末期頃に法務官C・アクイーリウス・ガッルス(C. Aquilius Gallus)(紀元前一世紀)は、副次的訴権(*actio alicuius in rem sit*; もし他の訴権がないのであればとして、悪意に関する訴権(詐欺訴権)(*actio de dolo*)(および当該の抗弁 *exceptio*)を単純損害額に対する処罰請求として導入した。有罪判決が被告人の名誉剥奪につながった。
- (9) 銅貨が金貨と銀貨に切り替えられたことによって、アス銅貨で決められていた、名誉毀損の訴えの刑量はもはや時代に合わなくなっていた。それゆえ、法務官法によつて、原告の査定(*aestimatio*)に基づいて裁判官が罰金額を決定することが一般的告示によって導入されたのである(Hitzig, *Injuria*, 1899, S. 60 ff.を参照)。
- (10) ある家父が借金を負っていた息子のMacedoによって殺害されたことをきっかけになされた、この元老院議決(紀元後四七年)によれば、借金を負っている家子は、家父(*pater familias*)の死後も、金銭の返還義務を負わないものとされていた。それでもって、家子への金銭譲与(およびそれと結びついた暴利)は一般的に禁止されるはずであった。
- (11) 代理人(自由な財産管理人)は例外的に被代理人のために財産を取得することができた。その他の場合には、直接代理はローマ法には知られていなかった。
- (12) (前古典期の)参加要約者(従債権者)(*adstipulator*)は従たる債権者であり、主たる債権者は債権を取り立てる際にはその者を代人として立てるのである。従たる債権者は債務者に対しもう一度履行を約束させることができるのである。ガイウス(3.117)によれば、参加要約(誓文)(*adstipulatio*)はとりわけ、債権者の死後に支払期日が来る債権を相続人のために回収できるという目的に役立った。
- (13) 参加諸約(参加問答契約)(*adpromissio*)は主たる債務に対する約定保証人の責任であり、この形式において一種の従たる債務として参加要約(誓文)(*adstipulatio*)の対となる物である。ガイウス、前掲書を参照。

- (14) ローマ人と外人とのあいだ、あるいは、外人同士のあいだの権利関係に適用された外人法。
- (15) 不在が国家業務に関係していたとき (absentia rei publicae causa: 国家のための不在・公事不在) 当該者が不在のまま下された判決に対して例外的に認められた上訴。
- (16) 古代ローマ法によれば、特別の意味をもったある物のみ (土地所有、家畜、奴隷のような) が、(儀式上の、かつ、形式に縛られた) 握手行為 (mancipatio) の形式において所有権譲渡が認められていた (res mancipi: 握手行為による物・手中物)。他の物 (res nec mancipi: 握手行為によらない物・非手中物) は、単純な引渡し (traditio: 引渡し) によって譲渡された。
- (17) 〔順に〕Hypothek: 抵当権、Pfandüberschub: 質物売却代金の残額、Nutzungspfand: 用益質権、Erbpacht: 永小作権、Draufgeld: 手附金、Frauengut: 妻の個人財産、Gegen-Mitgift: 嫁資に対応する夫から妻への贈物、Makelohn: 仲立料、Anwalt: 弁護士。
- (18) それ以前は属州総督としての役目を果たしていた法務官を裁判長とする常置刑事裁判所。

〔訳者あとがき〕

本稿は、Rudolf von Jhering, Einleitung, Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung, in: ders., Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, Aus dem

Nachlaß herausgegeben, Leipzig 1894, S. 1-45 の翻訳であるが、(ついでに) Christian Rusche (Hrsg.), Rudolf von Jhering, Der Kampf ums Recht, Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von Gustav Radbruch, Nürnberg 1965 (Glock und Lutz), S. 401-444 所収の当該部分を用いた。タイトルは原著の目次部分から採られている。なお、ルツシェ版には、原著の「序文」末尾の四頁文が省略されているが、訳者にも妥当な判断と思われる、本稿においてもそれに従い訳出しなかった。原著の註は※付き算用数字で、ルツシェ版の編者註は算用数字で表示した。〔〕内は訳者による補充部分である。

原著はイエーリングの死後に遺されていた複数の原稿束のなかから、編者により最終稿と思われるものを特定し組み立てられていったという経緯をもつものであるが、最晩年のイエーリングが何を考えていたのかを知る重要な素材の一つである。それにとどまらず、注目すべき論点も含まれている。たとえば、歴史と歴史叙述との違いについてのイエーリングの論述——歴史叙述は「主観性のスタンプ」から免れることのできないこと——は、歴史学の客観性をめぐる議論においてくり返される一つの立場である。完全に客観的中立的な事実に基づく歴史記述などはなく、歴史とは一つの観点のもとに描かれた物語である、というポスト・モダン的な議論に通じるものがイエーリングからも読み取れる。また、ドイツにおけるローマ法史学の宿命ともいえるべきローマ法の二重性——古代史の一部でもあり、かつ、現行法の法源でもあるという二重の立場——は、ローマ法史がドクマティクから未分離のままであるという状況を生

み出し、それがドイツの大学においてローマ法史学が純粋な歴史学となりえない最大の原因であり、その基底には、サヴィニエーリングの民族精神からの発露という法の生成論があるとするイエーリングの論述部分は、以前からの持論の総括としても興味深いものである。さらに、法と権利感覚との相互関係の三段階——法が権利感覚に先行する段階——両者が一致する段階——権利感覚が法に先行する段階——については、ウィーンでの講演「権利感覚の発生について」(一八八四年)において詳論されているが、晩年のイエーリングが強調している考え方でもある。歴史的には法がまず存在し、次いで開明的先覚的な人物たちによって人びとの権利感覚が覚醒・革新させられ、それが「法における進歩」、「法それ自身による法の自己批判」を惹き起こし、社会の進歩発展につながっていくと捉えられている。「法の歴史は目的意識をもった思考の歴史であり、人間の行動力の歴史である」、とか、「法は、社会発展の各段階において適合的なものを見つげようと努力してきた人間の意図と計算の作品である」。法の歴史は、人間共同体の生活諸条件を実際に実現しようとする人間的思考の歴史である」という言葉は、目的法学に至った晩年のイエーリングが主張してやまないところである。

最後に、イエーリングの娘婿であり編者でもあるヴィクトール・エーレンベルク (Viktor Ehrenberg) の編者の序文を原著より訳出しておく。

〔編者の序文〕

イエーリングの『インドヨーロッパ語族の先史時代』(Vorgeschichte der Indo-europäer) の序言のなかで、わたし

は同時にスケールの大きな作品の運命について、これに関するいくつかの断片が公表されるであろうと予告しておいた。

わたしがこの作品を編集するにあたっては困難をきわめたが、その理由は草稿の状態のせいである。わたしはまず最初に、故人となった著者の遺稿集の中から「序文」(Einleitung)を発見した。後に明らかになったことであるが、この「序文」はもつと前に仕上げられ、後になって捨てられたもののなかにあった。(次いで)この序文に新たに手を加えられた第二稿とともに、わたしは同時に、一束のばらの用紙を見つけた。それには、次第に明らかになっていったように、「古代ローマの家制度」(die Verfassung des alt-römischen Hauses) がほぼ完全な形で叙述されていたが、しかし、個々の章には、二つ、三つの異なる原稿があったり、五つの異なる原稿さえあるものもあった。どの箇所においても著者の最後の言葉をその中から見つけ出すことは、わたしに多大の労力を払わせたのである。とはいえ、わたしは、これに本質的に成功したと言っていいたいだろう。この作品もまた、その断片的な形態にもかかわらず、全体としては自己完結的な小品であるからだ。

「法史叙述の課題と方法について」と題された序文の一部分には、わたしがごく最近に発表した著作『ドイツ法史学と法律家養成』(Die deutsche Rechtsgeschichte und die juristischen Bildung) 五―七頁に書いた若干の見解ときわめて近く相通ずるところがある。わたしがイエーリングの草稿をその古い原稿の形にしろ発見したときには、残念ながら、わたしの著作はすでに印刷されていた。さもないければ、わたしは、必ず、この一

致に言及し、わたし自身の論述をそのような権威ある重鎮の名に言及することで箔をつけたことであろう。

ゲッティンゲン、一八九四年七月

ヴィクトール・エーレンベルク

一一
一二
一三