九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

# ボードウィン・シルクス「法制史学方法論の百年 ： 歴史法学の過去・現在」 ： ハイデルベルク大学法制史講座百年記念講演

西村, 重雄（訳）
九州大学: 名誉教授

https://doi.org/10.15017/4370933

出版情報：法政研究. 87 (4), pp.45-84, 2021-03-15. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

# ボードウィン・シルクス
# 「法制史学方法論の百年――歴史法学の過去・現在」―ハイデルベルク大学法制史講座百年記念講演―

西村　重雄（訳）

## 第一節

［一四七］一九一八年本講座創設に際し、「歴史法学講座」（Institut für geschichtliche Rechtswissenshaft）と命名され、「モムゼンを記念し、古代法およびドイツ法をその歴史的発展において研究すること」をその目的とした。この講演では「歴史法学」の概念に絞ってお話をしたい。[1]「歴史法学」という表現は、サヴィニーが一八一五年にその「歴史法学雑誌」創刊号において打ち出したものである。[2] サヴィニーは、「歴史法学」を「非歴史的法学」に対置する。サヴィニーによれば、「非歴史的」法学派は、それぞれの時代が、それぞれの洞察と力量に応じて、その存在と世界を、自由に思いのままに生み出すことを前提としている。歴史が「非歴史的法学派」にとっても意味があることは、サヴィニーも認める。しかし、歴史から「過去がその在り方でどのようにあったか」を学ぶためのみ、従って、「歴史は精神的政治的実例集成である」。[3]

これに対して、サヴィニーによれば、法は、人々の間であるいは意識せずに、あるいは専門的にではなく形作られて有機的に発展したものである。法律家の任務は、この両者を意識的行為に取り込み、法に形作ること、すなわち、「生成」から「存在」を引出すことであり、これは、芸術家がその芸術において認識したものを表現するのとまったく同じである。これが、サヴィニーの有機的法理論の核心である。『使命』にみられるように、恣意的立法に対し、サヴィニーが強い嫌悪感を示すことも、これによってまた理解しうる。［一四八］恣意的な立法は、有機的に生れ育ったものに由来するのではなく、また、後になって有機的生成物と結合させることもできない。[4] サヴィニーは、哲学的にはシェリングの客観的観念論に最も近いであろうが、だからと言って、客観的観念論者と目すべきではない。[5] ほかの学者たちは、このようにはサヴィニーに従わず、また、

シェリングの観念論は、ヘーゲルの観念論およびその体系が優勢を占めたので影が薄かった。

サヴィニーの見解は、この後の点のために、あまり賛同を見出さなかったのである。むしろ、モムゼンの見解が一九世紀後半においては歴史法学に関す通説的理解を代表する。これは、モムゼンが、法の歴史を歴史学の基本支柱に据え、歴史学において大立者であったこともまた影響している。モムゼンは、その見解によって、この時代の思想的潮流の代表的人物の役割を演じたが、同時に、特別の位置を占める。ニーブールが従来のギリシャ至上主義から方向転換しローマおよびローマ史に傾倒し、モムゼンはこれに追随し、[6] また、ニーブールと同じく文献学Philologieと歴史学を結合した。モムゼンは、国家を基礎としてローマ史を叙述したので、国法研究に献身的努力をした。すなわち、国家res publicaが問題の中心であり、個人がその共同体に組み込まれるのである。[7] モムゼンは、ニーブールと同じく次のように考える。ローマ史の叙述はただ公制度についてのみ可能である。なぜなら、法のみが確実な基礎を提供するからである。モムゼンは、ローマ時代の歴史家達の記述には信頼を置けないものと看做した。因みに、上記の見解は、ヘーゲル哲学における国家の位置とよく符号するが、ヘーゲルの見解がモムゼンに影響したとは認められない。サヴィニーの理論は、その高弟キール大学ローマ法教授ブルヒャルディBruchardiを介して、同大学在籍のモムゼンに伝えられた。[8]［一四九］サヴィニーと同じく、モムゼンも歴史と法を結び付けた。もっとも、サヴィニーとは異なり、歴史を存在するもの（そしておそらくは将来のそれも）を弁明し正当化するものとして見るのではなく、[9] その反対に考えた。すなわち、モムゼンの見解によれば、その時代の要請に応ずるものだけが正当化される。この違いはあるとはいえ、サヴィニーとモムゼンは共に、法制度において、時代遅れになったものを取り除かなければならない、という点では同じ見解であった。モムゼンは法学部学生時代にすでに、ローマ史研究には、法律学と文献学を結び付けることが不可欠と考えていた。この見解について、ニーブールとサヴィニーから影響を受けた、と一八五八年自ら述べている。[10]

## 第二節

モムゼンにとって、歴史学の内部において、あるいは歴

史学の枠外で、法律学の特別の任務が何にあり、また、法律学はどのような方法論によるべきか？モムゼンは、これについて、一八四八年及び一八五二年の教授就任講演において、次のような見解を示している。[11] すなわち、ドイツの現在の法は、真に一体のものではなく、多数の法の束であり、ローマ法の秩序に従って「体系化」したにすぎない。歴史法学派は、起源へと遡るという、その方法論によってこの「法統一」を打ち砕いた。このことは、それぞれの法制度の個別性に対する意識およびその実際の適用に対する意識を再び覚醒させた。この意識が良き実務家を作り上げ、また、人々に法体系を再び与えるものである。従って、法律学の任務は、「…それぞれの制度をその独自性、すなわち、その生成及び存在において、その歴史と実際的意義において把握することにある」。[12] この見解は、［一五〇］歴史科学の任務を「過去の文書保存庫」の整序にあり、その際、歴史学・文献学・法律学の共同作業が必要である、というモムゼンの表現もこれと適合する。[13] しかし、それは単に建築素材に過ぎない。この素材から歴史的なものを最後に取り除き、統一的・国民的民法をまとめなければならない。従って、モムゼンによれば、歴史は，各法制度（あるいは法概念）の独自性を探求し、さらに、それに引き続き、これらの諸制度から体系を作り上げることに役立つ。法学教育においては、パンデクテンに代って、「実務的民法体系の発展が登場」することになり、この体系はすべての現行法の全体を含むものとなる。[14] モムゼンは、個別制度の（歴史的）発展に従って、『ローマ史』（元老院、政務官など。ちなみに、モムゼンは同時代の並行的事象をしばしば引用する。[15]）においても、これに続く著作『ローマ国制法』および『ローマ刑法』においても整理する。[16]

歴史法学派がこの目的設定に対し与えた影響は明白である。この目的は、歴史法学派の、ローマ法及びゲルマン法の研究方向と同じ方向である。「歴史法学」のその後の意味変化を含めて考えるなら、サヴィニーとの連続性があると言えよう。この「歴史法学」という表現は、本講座創設者オットー・グラーデンヴィッツを通じて、講座目的に含まれることとなったものである。この関係では、グラーデンヴィッツ自身の独創性を求めることは出来ない。グラーデンヴィッツは大層哲学的な研究者であった訳ではなく、むしろ、とりわけ、辞書学者、パピルス研究者であり、主として、修正批判研究を行った。［一五一］その自叙伝では、法律学に関する理論的見識を何ら見出し得ない。[17]

## 第三節

実用法学ないし法知識を法律学に転換する努力は、まず、一八世紀末に始まり、サヴィニーの歴史法学理念もまたその努力に属するが、ここでは詳細を述べることを要しない。[18] 学問であるためには、ある方法論によってある種の系統体系Systematikに仕上げるいくつかの要素を必要とする。要素として、事実的法的関係ないし概念が考えられる。方法論は、ローマの法学者の方法、あるいは、法の歴史的分析の方法であり、系統体系は、一般規範と下位規則のそれでありえた。しかし、ここでは、常に現行法がその対象である。サヴィニーは歴史のみが現行法の構成素材を提供しうると考えた。従って、「歴史法学」である。法の歴史を、歴史法学として理解するこの見解は、歴史を法律学の基礎とし、このような仕方で、法学部に堅固な地位を占めることとなった。ディルヒァーは歴史法学の有する二つの側面を区別する。サヴィニーの『現代ローマ法体系』あるいはアイヒホルンの『ドイツ私法入門』のような教科書が示すような法教義学的・体系的側面と、とりわけサヴィニーの［一五二］『ローマ法史』あるいはブルンナー『ドイツ法制史』が示すような歴史的・発生史的側面である。第一の側面、法教義学的・体系的側面こそ本当の「歴史法学」であった。なぜなら、それは現行法に貢献したからである。しかし、ドイツ民法典施行により歴史法学は役割を果し終えた。今残っているのは、第二の側面、純歴史的な法制史だけである、と。[19] 大学法学部において、現在は、古代法（その第一はローマ法）およびドイツ法を学ぶ。この二つの科目の対象はともに今では過去の時代の法であり、それぞれの独自性をもつ。ローマ法については、この転換は、修正批判研究の主唱者であるグラーデンヴィッツの立場に即応するものである。修正批判研究は、原則的に、人文主義法学のテキスト批判、およびニーブール、モムゼンがその後引き続き発展させた文献学的資料批判であった。ここで、法制史性質論が問題となりえた。すなわち、法制史は今もなお歴史法学なのか、それとも、今こそ本当に法制史になったのであるか、である。後者の立場が講座目的と一致するとしたなら、その命名をどのように理解すべきか。同じ問題は、「ローマ法の現代的慣用」に代わり、私法典が既に制定されていた諸国、すなわち、フランス、オーストリア、オランダでも存在したのは当然である。この問いかけを「法制史」の意味で肯定する場合には、法制史が独自の法教義学的基礎を築かないのなら、現行法に対

する有用性は、説明的な役割を演ずるに留まる。というのも、編纂法典が通用するところでは、歴史ではなく、その法典が法源となり、その後発展展開されるのは、この編纂法典の系統体系である。そうであれば、過去の法の学習は、「歴史法学」から純粋な法制史、すなわち歴史学の一部となるであろう。[20] 他方、法制史が法教義学的であり続けるときは、大学教育においてドイツ民法の準備と深化に役立ち、あるいは、他の諸国では、パンデクテン的意味で解釈される民法典の理解を深めることに役立つかぎりで、法制史は、確かに、法典編纂直後は、なお「歴史法学」と称することができた。

## 第四節

［一五三］これまで叙述してきた展開は、ドイツ史から強い影響を受けている。法は一九世紀ドイツ史において重要な役割を演じた。すなわち、ティボーが一八一四年、法を国民統合（法的意味においてではあるが）の手段として、舞台に持ち出し、[21] サヴィニーがこれに反対論で応酬して以来そうである。ドイツ以外の諸国では、状況はこれと異なるが、法制史に対する関心はいずれにしても存在した。歴史法学派は国家を念頭の中心に置き（民族精神はひとつの民族のみに該当する）、そして、このことは、ドイツ以外の諸国でも、法制史に対し、同じく国家志向的様相を与えることとなった。これに対して、法制史学の他の研究動向は、普遍性を目指した。それらの研究動向は、その際しばしば、常に発展してより高いところに至る展開を想定する。もっとも、ヘーゲル学派とは異なり、これらの学者はその中に世界精神が展開されているとは考えなかった。

H. S. メインは、一八六一年『古代法』において、このようなより高度なものへの発展のひとつを見事に構想し叙述した。[22] メインは、ローマ史を基礎として、個人がまずもって家父長的集団の構成員であり、その法的権能はこの集団における身分に由来する、というローマ初期社会を想定する。この社会の構造は年代を経ると共に次第に弛緩する。個人的自由をより多く獲得するに従い、個人はより多くの権利を取得し、その生活を契約により自律的に形成するに至る。メインは、この発展を「身分から契約へ」という有名な表現に要約した。メインは、例えば西欧社会のようには、既にその最終段階にすべてが到達していないとしても、どの社会もこの発展の道を辿った、と想定した。[23] こ

れと同じ時期に、バッハオーフェンがその『母権論』（一八六一年）において、古代神話を素材として、また別の普遍的世界展開を論じた。すなわち、雑婚制「泥沼的生活」から始まり、文化が進んで、［一五四］アマゾン的女人族政治体制として展開し、最後に、第三段階として母系首長体制に達した。[24] この母系首長体制はさらに、家父長制的社会に転換した。バッハオーフェンは、これによって法人類学を創始した。[25] 他方、メインを、法社会学の唱道者とも見ることができる。これらの二つの研究動向を文化人類学ないし文化史にも含めることも出来よう。つまり、一方では、世界・人間・人間文化は所与のもの、伝承されたもの、すなわち伝統であり、他方では、人間はいずれにしてもいくつかの変更を加え主体的に行動することが出来る。[26] 法は文化の一部と見られるべきであり、人間は、社会的共存の一部を法によってある形に規律し、それが次の世代に引き継がれる。

この二つの研究動向は重大な影響をもたらした。メインは、英領インドにおける固有法の独自の発展を擁護（自ら東インド会社に勤務）し、直接的にも影響を与えた。バッハオーフェンの場合は、間接的に、すなわち、各社会の経済構造が不可避的に共産主義に発展し、共産主義のもとでは法が不要となる、というマルクス理論に影響を与え、また、直接的には、その母権論神話が女性解放運動家達を鼓舞し、二〇世紀七十・八十年代のジェンダー運動に対し、影響を与えた。[27] これらの潮流は、その後様々な学説の提唱者を輩出することとなった。デュルケームは法社会学を確立し、[28] その甥モースは、バッハオーフェンを受け継ぐ「法人類学者legal anthropologists」とおなじく、むしろ、法人類学者に数えられるべきである。[29]［一五五］現在におけるこの方向の代表者のひとりは、『法の歴史』の著者であるウヴェ・ヴェーゼルである。ヴェーゼルは、バッハオーフェンの比較民族学的方向にむかう。その叙述は普遍的であろうとするが、経済的説明により修正されている。ヴェーゼルは、人類の発展を、狩猟採取社会から播種農耕社会をへて、首長的社会、すなわち、権威の下に組織された社会への展開として、それぞれを独自の生産様式によって叙述する。権威が当初は弱く、次第に力を増し、首長的社会で最強となるという形において、法の発展がある。逆に、当初は、規則ないし解決が重要という確信が強いが、次第に弱まる。[30] しかし、これを本当の「法制史」というのは難しい。法は中心にはなく、社会の社会学的ないし文化

人類学的分析に資するに過ぎない。

この観点から言えば、ドイツにおいては、ゴールドシュミット、ポスト、コーラー、ウェンガーの努力が比較的よく成功した。商法の普遍史を叙述するレヴィン・ゴールドシュミット『商法綱要』（一八九一年）は、そのようなむしろ法的な普遍史のひとつである。[31] その他の学者は、古代比較法に邁進した。[32] これらの学者はすべて、各社会とその法の独自性を強調したが、複数の法体系間の共通性も探求した。その場合に、普遍性と発展は基本的には仮説であることを念頭におかねばならない。人権についてさえ、人権は普遍的でないと主張される。人権はチョムスキーの普遍文法（普遍文法はその後証明されえなかったので、この見解は忘れられた）と比較しうるものではない。人権も［一五六］また哲学的要請Postulatである。正にそれが弱点である。要請は拒絶に遭うからである。

発展思想は、一九世紀初頭すでに、サン・シモン、コントが提唱したが、二〇世紀七十年代まで歴史学および法制史学において、マルクス主義的な形でのみ、依然として主張された。今日ではもはやそれについて聞かない。マルクス主義の特徴である、法と経済の結びつきについての、それ自体根拠がないものではないテーゼは、「法と経済law and economics」分野に再び時折みられるが、経済秩序とかかわる法分野を別とすれば、当初考えられていたものとは異なっている。これに対して、普遍性は、引き続き比較法学の基礎である。なぜなら、最終的には法の統一に到達しうるということから比較法学は出発するからである。これは、ひとつの普遍的法が存在しうることを前提とする。[33]

## 第五節

一九世紀および二〇世紀初頭においては、これらの研究動向への関心が存在したが、[34] 大学における法制史教育は、依然として、パンデクテン的理解のローマ法および自国法制史が決定的影響を与え、現在もまたそうである。ドイツでは、ナチの時代に、ローマ法は、ドイツ法制史部門と統合され、近世私法史とされたので、不遇な立場に甘んじたが、戦後は、独立の部門として回復をみた。[35] 戦後は、当然のことながら、（法実証主義を批判して）法を新たに基礎づけるために、例えば、ラードブルフが代表するように、[36] 自然法的方向に多くの関心が集まった。これに対して、法

制史においては、時間を経てはじめて、新しい芽が出ることとなった。確かに、パウル・コーシャカーは有名な『ヨーロッパとローマ法』を既に一九四七年公刊し、その中で、ヨーロッパ法制史を擁護したが、それに留まった。コーイングは、自分のヨーロッパ法制史の構想を補強するために、一九五二年、ある書評の中ではあるにせよ、コーシャカーに言及した。[37]［一五七］ヴィアッカーの著書『近世私法史』（一九五二年）は、ローマ法的潮流とゲルマン的潮流を合体させ、古代末期以降の統合的歴史を提示し、ドイツ法制史に新たな刺激を与えた。[38] ローマ法研究者はそれまでの修正批判研究の行き過ぎから、まずは少しずつ解放され、その後最終的に決別した。[39] しかし、法制史学分野に関する根本的議論はなされず、六十年代に至って初めて始まった。特に、一九六八年以降学生達が、大学教育課程に対し、批判的に、しかも、多くはマルクス主義的立場から対決し、たとえば、歴史学のような煩わしい「ブルジュア的学問部門」からの解放を求めたときに、法制史の果たすべき役割も議論の俎上に乗せられることとなった。一九〇〇年以来すでに存在していた緊張関係が今や明確な形をとって現れた。すなわち、法制史はどの学部に所属するのか。法制史は（依然として）歴史法学なのか。「批判的」学生達は、法制史学はもはや意味がない、なぜなら、歴史史学すべて（マルクス主義的歴史学を除き）[40] が、いくつかの他の部門と同じく、（ブルジュア的であるが故に）、無用のものである、と主張した。当然のことながら、法制史を、法学部であれ、歴史学部門であれ、独立の学問分野として承認する根拠も議論の対象となった。法制史が独立の学問分野であること自体は疑問とされず、独立の分野であるとして、どの学部に設置すべきか、すなわち、法制史が歴史的であるなら、文学部の歴史学部門に吸収されるのがむしろ［一五八］良いのではないか。[41] これに加え、学問諸分野における方法論が問われた。これは、歴史学においても法制史学においても、七十年代に活発な方法論論争を生むに至った。すなわち、そもそも、その方法と研究対象とはどういうものなのか。[42] 行なわれた議論のうち、いくつかのものは、既に時代遅れになっており、ここでは論及しない。この方法論論争において、一方では、時折極めて実証主義的立場が提唱され（当時とくに有名なのはシュテークミュラーの学問方法論の論考）、他方では相対主義的立場（ガダマー、フランクフルト学派）が主張された。[43] さらに、マルクス主義的立場もあったのは当然である。従来の論争では、大きくは三つの歴史記述類型に分けられる、すなわち、

市民的歴史的法制史、（弁証法的唯物論を基礎とする）マルクス主義的法制史、社会科学志向的法制史である。第一類型はさらに、法教義学的・歴史的方向、統合的方向、［一五九］適用的方向（構成としての歴史（ガダマー））に区分される。[44] これらの方向は、一部はさらに、法制史は今日もなお歴史法学であるか否かの問題をめぐり、見解が分かれる。

## 第六節

これによって、基本的に一九〇〇年当時の状況に立ち戻ることになるが、今回は先鋭な問題として具体化した。すなわち、法制史は、法学部に属するのか、それとも、他の学部に属するものか。また、二次的に、どのような研究方法論によるべきか。[45] 方法論については、当時実証指向的議論の結果、極めて現実的な問題であったが、今日では、影が薄れている。それでもやはり、重要である。従って、これを無視して研究に携わるべきではない。

既に述べたように、法制史が法学部に属することはサヴィニーにとっては自明のことである。サヴィニーの考えによれば、法制史は歴史法学として、法学教育全体の本質をも規定するものである。このことは、モムゼンについても妥当する。もっとも、ひとたび民法典が成立したならばどうであるか、とモムゼンに問うことはありえよう。実際、ドイツ民法典施行以降、法制史は歴史化した。大学法学教育において、民法典の学習の準備およびそのより深い理解のために、その価値を保持し続けたが、これは問題となりえた。このため、七十年代とその後の議論において、法制史学は今や歴史的分野である、と考える法制史家があったし、今も存在することは理解しうる。[46]

法制史学は、歴史（補助）学であり、文学部に属すべきである、という考え方は、ニーブール、ドロイゼン、モムゼンの歴史についての見解と連関する。すなわち、歴史学の基礎は、文学著作を超えてその他の資料、特に法的資料にあるというのである。そのためには、（古代）法の知識が必要である。モムゼンにとっては当然のことながら、何ら問題とならない。［一六〇］法制史は、これに加え、研究対象の時代の法以外のいくつもの局面の知識、従って、歴史学分野の知識を要求する。このことは、法制史学はそれ自身純歴史的であるという理念を強化した。法制史の重点は、社会学やほかの社会学関連分野、例えば人類学、文

化人類学などにある、と別の法制史研究者[47]が強調したのもこの側面を根拠とするものであった。[48]そうであるなら、我々は、再び、メインとバッハオーフェン、デュルケームとモースの立場に立ち戻ることとなろう。ここでは、歴史科学の場合と同じく、その適用において、様々な（補助）科学間との弁証的関係が存在する。しかし、このことは、法制史の所属学部問題について何ら発言するものではない。上部構造としての法、従って、経済的関係に依存するものとしての法、というマルクス主義的見解が、基本的にここでもまた存在する。[49]法には、経済的説明が成果を上げるものが確かにあるが、その場合にも、十分な経済学的知識と方法を身につけていることが必要である。これとは異なり、弁証法的唯物論を包括的に上から塗りかぶせるのでは、何らもたらさず、そこから何も生まれない。ヴェーゼルただ一人が、近時新たに『法の歴史』においてこの側面を言及している（上述第四節参照）。法と経済の結びつきは、既に言及したように、別の形で、すなわち「法と経済」分野として、復活している。この分野では、法規則の効果を経済的に分析する。この分析は、ある法規則が経済的に効果を上げていないことを証することに至ることがある。この立場は裁判所の判決には意義がありうる（中傷記事を掲載した大衆紙発行者に対し、五〇〇ユーロ足らずの罰金を科するのは効果があるのか？）。しかし、ある規定が実務上なぜ効果がないかを説明するのは別として、研究には殆んど意味がない。この方法を逆に使って行う研究もある。すなわち、経済的変更が特殊の法規制定に至るかどうかを研究する。これらによって、法の経済的説明に逆戻りする。勿論、その場合、経済に関する資料が十分にある、という条件の下である。しかし、このことは法制史を経済学部に帰属させることを根拠づけるものではない。

## 第七節

［一六一］しかし、法制史が歴史学分野に属するという見方は、不十分でまた誤りを含むものである。その見解は、一面的に実定法のみを念頭に置くものである。つまり、実定法は新しい実定法が制定されれば、それがとって代り、以前の法は法律学および法実務にとって意義がもはやなく、ただ、歴史的にのみ意味がある、と考えるのである。ベッティの表現を借りれば、[50]今や、以前の法をその意味連関において再構築することのみが問題である。しかし、それでは、実定法を法律学全体と同じものであるとすること

になろう。これはあまりに狭い考えであろう。法律学はいつも実定法より広いものであった。ローマ法および、（条例・地方法などに具現された）各国固有法は、解釈および説明を通して、現存する関係に対して適用された。こうして、規範性が成立した。当初の立法者意志（そもそもそれを知ることが可能としても）に頼ることでは足らなかった。

ティボーが述べるように、法（ここでは、ローマ法）を適用するためには法規の根拠を探求する必要がある。[51] このことは、「法理 ratio legis」を理解し、それによってテキストそれ自体を理解するように努力しなければならないことを意味している。この見解は、認識主体が認識すべき対象に近づき、客体をそれとして認識する、ということを依然として前提としている。ティボーは、テキスト作成者と一体になることによりこの認識を得ることは不可能であると考える。可能なのは、客体が可能な限り多く主体として観察されること、すなわち、「法理」を闡明すること、つまり、その独自性に見ること、である。しかし、ティボーのおいては、法を現実の事例に適用するためにこれをなすことがまず第一に位置する。ティボーの場合は、主体が客体と分離したままであった。サヴィニーにおいても、主体はそれ自体でそこに存在した。客体は、独立した認識根拠であった（法律を立法者意志の表明として、法的諸原則を民族に生成する法的意識、すなわち、民族精神の表現として「一六二」把握する）。[52] これに対して、後の時代の歴史家、例えば、ランケは、研究対象である時代を認識するためには、主体自身が自らを顧慮すべきでない、とする。モムゼンは、再び、主体が客体に影響を与えることを認めた。[53] ヘーゲルの見解によれば、思考主体は客体（これをヘーゲルは客語で把握しようと努める）との運動に入るが、この運動は、やがて終結に至る、すなわち、即自的段階から即自的かつ対的段階に、そこで歴史精神（神）が宣明される統一、に至る。この点で、現在の考えと相違する。

というのは、今日では、最早、主体と客体がこのように一体となるということを本当だとは思わないからである。我々は、もはや、主体も固定点とは見ず、主体は客体の観察により変わるものである。主体・客体間のこの相互作用が今日の問題である。[54] 自然科学分野のやや単純な例は光である。ニュートンは光を波と定義した。ホイヘンスは、微粒子と主張するのに対して、現在の見解では、測り方（す

なわち認識主体）如何により、あるいは波、あるいは粒子と示めされる、とする。光の場合は、主体が主体自らのままである。速度の場合はこれと異なる。速度は光速に近づけば近づく程、観察主体の時間経過も観察対象のそれも共に変化する。これらのはなはだ単純化した例が、解釈学の哲学的理論を多少とも理解するのにあるいは役立つであろうか。ここでは、他のものを理解し最終的に認識に至る方法論に関わる。そのような方法が存在するのか？ガダマーは、ディルタイの理解Verstehen理論を出発点として、ディルタイが考えたように、精神科学に特別の方法、すなわち、理解が実際に存在するのか、という問題を追究しようと努力した。我々法律家が理解している法律学が、ガダマーの研究において、哲学的議論の組み込まれることとなった。(55)

［一六三］ガダマーが『真理と方法』において結実させた哲学研究全体をここで提示することは必要とせず、次のように述べることで足りる。すなわち、他人の個性の謎解きをし、見抜くことを基礎とするロマン主義的解釈学はあまりに一面的過ぎる。理解というものは、認識主体がその選択した認識対象に向かい、客観的な認識に至るという方法以上のものである。理解は、この意識主体が、対象との「対話」を行い、しかも、この「対話」によってはじめて、自らも発展する。認識主体と対象は相互に運動の過程にあり、両者は動きの中で展開し発展する。この運動は求心的なものである。理解は従ってそれ自体が出来事である。(56) ガダマーによれば、法的解釈学がその一例である。すなわち、制定法テキストを歴史的に理解しようとする者は、その適用分野全体を視野におき、テキストの意味を理解する。そうしてはじめて、その意味が具体的となる。この全体のなかには、今から行う適用も含む（ガダマーは、以降も妥当する規範的テキストを前提とする）。当初の領域に限定するのでは足らないからである。逆に、法律家は、法を適用してある事案を決定する際、正しく適用するためには、当初の意味内容も認識しなければならない。この二つの事例では、歴史的にも（法）適用的にも作業している。この二つの例において、解釈する者は、理解過程の中に自らを移すのである。従って、サヴィニーが考えるように、純歴史的になされるのではない。テキストの当初の意味と現在の意味との間に成立している緊張関係を疎かにすべきでない。理解は、つねに、テキストと読み手の双方がその中に立つ現在との連続性からなされる。法的テキス

トを歴史的に理解しようとする者は、法的にも思考する能力がなければならない。そうでなければ、適用（ガダマー：「適用Applikation」）はあり得ない。[57] テキストに歴史的に歩み寄ろう、あるいは「実務的」に近づこうとも、解釈Interpretation・説明Explikation・適用はいつも一組になっているのである。

## 第八節

［一六四］客体としての法は、確かな所与のものである、という観念は、時間をあまり経ていない場合には、正しいものように観られる。近い場合には、リーマン平面の上に立ち、そのすぐ近くを見て、ユークリッド幾何学が平面には十分である、と考えるかのようである。それは、法規に単純に包摂することで足るかのようなのと同じである。しかし、我々すべてが知っているように、純粋の包摂は不可能である。「（裁判官は）法律の言葉を発する口、無生物」というモンテスキューの理想はうまく考えられたものではあるが、現実の法廷では使えるものではない。法律家は常に「生き物」である。これとは別の表現をするなら、人があるテキストを読む際、各自それぞれの状況から出発し、この状況が固有の先入見をもたらし、その先入見によってテキストを読もうとする。[58] このことは、テキストの年代が古くなればなるほど、あるいは、テキストが日常的状況から遠く離れる程、より明らかになる。しかし、これは単なる程度の違いにすぎず、本質的相違ではない。理解とは、ロマン主義的時代に考えられたように、ひとつの確実な帰結に至る過程なのではなく、循環運動の過程であり、この循環運動は欠陥があるからというのではなく、正に理解の本質をなし、その循環運動の中で一層より良く理解することになるのである。[59] このことは、テキストに「語らせる」、すなわち、テキストに対して自分を「開く」ならば、もっとも適切に生ずる。これは、意識的先入見を捨てる心構えのあることを意味する。自らの地平から出発して、他人の地平に身を移すようにすると、そこでは固有の地平が開く。これは『古代法』あるいは『母権論』などの業績が、いずれにせよ、その重要性が比較的早く認められた方法である。それらは、正に現代で論じられているテーマを主張したからである。この点にも、古い法を対象として研究することの価値、従って、法制史分野の存在価値がある。ドイツ民法典と古典期ローマ法を並べて置くと、法制史学の存在価値が示される。二つの間にある相違から、すぐに、

パンデクテン法学者達の精神的貢献が明らかとなる。同時に、ドイツ民法に対する理解も発展・深化・洗練されたものとなる。理解の過程で、客体から戻り、自ら再び客体に向かいあい、そのたびに、我々の認識は深まる。また、それを一旦やめ、再び始めることによっても、同じことが起こりうる。例えば、我々が、自分の論文を数年後に読み直すと、その間に得た経験により、［一六五］その問題と解決を一層よく認識することを知るのである。

これは、モムゼンが想定したものとはやや異なる。モムゼンの見解では、歴史的なものと実務的なものは、完全に分離し、それぞれの成果をその後で再び統合すべきものである。我々の立場は、今日では、次のように言える。歴史的なものを排除することは方法論的に決して出来ない。すなわち、解釈学的過程において、歴史的なものと実務的なものの二つは常に結合しており、それぞれ進めば、それだけ深く結びついている。伝承されたものの理解において、我々は、継続して循環過程の中にあるからである。理解は基本的には心理過程がその対象であるが、この見解は、心理学においても確認されている。人間は他人の思考に自らを移す能力がある、すなわち、他人の頭の中で生じていることを多かれ少なかれ、正確に観念することが出来る。ここでは、その能力を学問的対象に応用し、その場合は、「法理 ratio legis」が他人の観念にあたる。(60)

ティボーが叙述する通り、十一世紀初頭のローマ法復活以降、法教義学と解釈学は連携して進んできたが、ロマン主義的解釈学が優位を占めるに至った。さらに、法典編纂という事態が生ずる。新たに制定された法典の法教義学は、解釈学を片隅に押しやることとなった。すなわち、例えば、［一六六］フランスの注釈学派を例に採れば、フランス民法をただフランス民法のみから説明しようとした。しかし、法律家の任務は、以前に作成された一般的規則を具体的事案に適用することであり続けたし、また、現在もそうである。適用するためには、法律家は解釈学的な作業をしなければならない。以前に制定された法規を事案に適用する、すなわち、制定法と事案の間隙を解釈と説明により架橋し、適用に至らなければならない。(61) このことは、法律学すべては、この解釈学的意味において常に「歴史法学」であることを意味する。このことは、ベッティが指摘し、また、その後、ガダマーが哲学的側面から同様に指摘する。(62) ガダマーの例は、規範的テキストであり、編纂法典

は規範的テキストである。所与の事例から出発して、以前に発布された規範的法規を解釈、説明、適用し、その作業を通して法規はこの事例に意味を持つこととなる。ガダマーは、この法教義学的関心に対して、歴史的関心を対照する。[63] ガダマーは、規範的法規から出発するので、暗黙裡に、以前に妥当した法はもはや規範的ではなく、従って、考慮するに及ばない、と考える。[64] これは正しいか？

## 第九節

ある法規がもはや規範的でなくなると同時に、歴史的テキストとなってしまう、という立場に立つこともありうるであろう。その場合に、そのテキストは法律家にとってどんな価値がなおあるのだろうか。核心を突いた問いであるが、ガダマーはこの問題を論じていない。しかし、ガダマーが、歴史家にとって法的方法が基準であり、従って、歴史的テキストを現在にも適用する、[65] と考えるのであれば、形式上はもはや規範的でない法的テキストにもこのことは当てはまる。知的営みにおいて、すなわち、学問的であれ、あるいは、社会的関係においてであれ、この法的テキストもまた、規範的に読まれる。形式上はもはや規範的でないこの法は、今や、より高次の、あるいはより広い平面において、規範的（規範定立的nomothetisch）であり続ける。このことは、法律家が、理論的考察の脈略における法的現在に身を移すことを意味する。これこそが、大学を職業訓練校と［一六七］区別するものである。[66] アカデミックに思考すること、すなわち、古代アテネのアカデミアで、アリストテレース、プラトンが提唱し、教えたような思考は、テオレイア、理論、すなわち事物の表層背後に潜む世界の洞察、に達すべきものである。

ローマ法上の不法行為である盗がその一つの例である。それは、今日の窃盗を含む。ローマ法の、「他人のものをその同意を得ないで、利得の目的で触れあるいは持ち去る（学説彙纂四七巻二章一法文三項）[67]」という定義を我々の窃盗概念と直ちに比較すれば、我々は、「両者は殆ど一致している。ただ接触が少し違う」というであろう。[68] 我々にとっては、この学説彙纂法文ではなく、ドイツ刑法二四二条が規範的である。それにも拘らず、この二つのテキストの存在は完全に別個独立のものではない。ゲルマン系諸民族にも盗犯処罰は存在したが、「盗」概念はローマ法継受によって変更を受けることになった。現在の定義はローマ法継受

の影響を強く受けている。刑法二四二条のみが形式的かつ実質的に規範であるにも拘らず、この継受は、上記学説彙纂法文が、刑法上は規範的ではないが、時として、実質的には規範として働く、という結果をもたらしている。現代の解釈に、ローマの盗解釈が再び顔を出しているからである。この学説彙纂法文は、我々がそこから考察を引き出すならば、広義ではなお規範的である。占有窃盗（使用窃盗）も盗である（領得意図なき占有取得）。我々のもとでは、占有窃盗は、刑法二四八条の二に特則を定め、犯罪として処罰し、もっぱら、ジョイライド（遊び乗り）に対して適用される。古代ローマでは、そのような無断利用は盗とされていたであろう。テオフィルスが適切に記すように、所有者が同意しないのに、物の所有者のように振舞う者は盗を犯すことになるからである。［一六八］ローマの盗はさらに一時的な占有取得、たとえば、誘拐も含む。もっと広い理解があるいは有益ではないか、人格権との結合がありうるのではないか、等々、盗についてのローマ法と現行法との比較から、我々がどのような先入見を持っているかが明らかとなる。それは、法および法律学についての我々の理解を深めることになろう。確かに、この学説彙纂法文は、直接にこれを基礎として、判決を言い渡せるという意味で、我々を直接に拘束する、というものではない。しかし、現存の窃盗規律が十分であるか、それとも、変更すべきか否か、使用簒奪という単に社会的観点のみでは適切ではないのでないか、について熟慮する契機を与えるという点においては、このテキストはやはり規範的である、あるいは、裁判官が法律をこの意味で拡大して「社会的規範」が「法的規範」になる。これもまた規範的効果である。規範的、規範定立的とは、それが何らかの法的に拘束力があることを意味するのではない。規範定立的作用が我々にあるいは社会生活に及ぶことで十分である。これはテキストの適用（ガダマーのいうアプリカティオーン（適用））である。

## 第一〇節

「過去との法的結びつきは法典編纂により破壊され、従って、法源を通じて成立していた中世以来の連続性は断絶した」という主張が、六十・七十年代の論争において、法制史学を歴史学分野と位置付ける別の一つの論拠であった。[69] この見解によれば、編纂法典だけが意味がある、しかし、実際には、法典編纂はそれまでの法との断絶では全く

ない。むしろその逆である。フランス民法典のように、編纂法典のいくつかは、大部分、正にそれ以前の法の継続発展であるし、[70] ドイツ民法典は、通用していたローマ法を修正したパンデクテン法学の継続発展である。これに加え、法典編纂は、例えば、実務上通用していたローマ法の伝承された規律を確固たるものにし、かくして、法典編纂の帰結として、まったく明確に規範的となった。[71] 従って、次のように言いうる。すなわち、法典編纂された規定は形式上規範的であり、その基礎としてのそれ以前の法は、（その後の判例もそうであるように）実質的に規範的である。ガダマーは、テキストそれ自体に限定したので、この局面については何ら考察していない。［一六九］ガダマーにとっては、客体の理解を探求すること、主体と客体間の認識論的懸隔を橋渡しすること、それらすべてが歴史的解釈学の枠内において関心の対象となった。もっとも、法教義学的関心も、法理ratio legis（法的原理）を、さらにそれによって制定法の妥当意義を認識しかつ承認することを要請することは、ガダマーも自ら認める。法律家が、それによって、自身の時代に関わるならば、法律家はおのずから歴史と関わることとなる。従って、法教義学的理解はすべて、常に歴史的理解でもある。

## 第一一節

歴史的法テキストの場合は、法的な理解が期待される法的創作物が対象となる。この故に、法的テキストを扱おうとする歴史家は、ガダマーに従えば、「法的に思考する能力も持た」ねばならない。[72]「法的思考」のもとに、何を理解するのかの説明が、ここで不可欠である。実定法を対象として理解するにはただテキストを読む以上のことが必要である。すなわち、この対象が組み込まれている系統体系Systematikの知識も必要とする。ラニエリが強調するように、対象を実定法に限ることができない。法律学は思考構造を含む（これをディルヒァーが表現するように、西洋的合理化過程と名付けることが出来る）。[73]（ラニエリが言及するように）ユス・コムーネ（大陸普通法ius commune）は、実体法上は一度たりとも統一的ではなかった。（それは学識法、教会法、多数の地方法の寄せ集めであったが）、そこにおいて本当に統一的であったのは、思考方法および無意識的な議論構造であり、それらが大陸法律家を育て特徴づけたのである。この思考構造は、法典編纂がなされた後も引き続き維持され、適用されている。これが大陸的私法秩序の特色となっている。この故に、この思考構造を認

識し追求することが重要である、とラニエリは述べる。[74] ベッェマーが類似の見解を示している。すなわち、中世ローマ法学の重要な要素をなし、我々に示唆に富むのは、様々な法秩序の衝突をめぐる格闘にある。今日もまた、多数の法秩序を相手としなければならない。[75] この思考構造は、現行実定法と同じく、上述の意味においてまた規範的であり、［一七〇］法典編纂の時代をはるかに遡るものである。この思考方法は、いずれしても、中世注釈学派の系統体系にみられるが、基本的には、古典期ローマ法学者達の系統体系にもみられる。この思考構造は、法典編纂で具体化され、口頭での教育、および、教科書において伝承され、また、今も伝えられている。この思考構造が実定法と結びつくたびに、法教義学が生まれる。これらの思考構造は継続性があり、また、実定法に内在するある種の継続性があるので、一方では、法教義学Dogmatikを歴史的比較的に学習することが可能である、と同時に、他方では、過去の法を理解するためにはこの思考構造を知ることが不可欠である。法典編纂を求める近世の願望は、自然法的体系的叙述に由来するとしても、その構造はしばしば、ガーイウス的法学提要的体系が強く影響を与えている。従って、ガダマーの理論をこの点において、次のように補完しなければならない。すなわち、法的解釈学のためには、実質的規範的規則を扱うことも、法的思考構造を扱うことも、せざるをえない、と。これは、扱うテーマに当然関係するが、過去の法が、この点においても現在の法律学に有意義でありうることを意味する。

以上の考察によって、大陸的ローマ法的法体系にとっては、法制史は、歴史学分野ではなく、法学部に所属し、また、法学部にのみ所属する、という結論に至る。法制史は現存の法律学（実定法より広い）に貢献するのであるから、法制史は依然として、「歴史法学」である。

## 第一二節

このことは反対に次のことも意味する。研究対象である過去の時代の法的思考構造ならびに実質的規範的法（実定法およびその系統体系）に必ず習熟すべきであり、そうしてはじめて、理解ならびに洞察を得ることになるのである。これらの知識がなくては、立ちゆかない。というのは、法律家は、神学者がそうであるように、歴史家がテキストを扱うやり方とは違ったやり方で、そのテキストを扱うか

らである。これについて、次のような例を示そう。西暦四三七年秋、ローマ帝国西部統治の若き皇帝ワレンティニアーヌス三世とその従姉妹エウドクシア（帝国東部皇帝テオドシウス二世の娘）が、コンスタンティノープルにおいて盛大に結婚式を挙げた。歴代キリスト教皇帝の発布した法令をまとめたものが、「法令集成（コーデックス）［テオドシウス法典Codex Thodosianus］」として、両帝に献呈され、婚儀に格段の光彩を添えた。ワレンティニアーヌス三世帝はそれを裁可した。同帝は近衛長官ファウストゥスに対し、この法令集成をローマに持参し、ローマ元老院に提示するよう命じた。ある日、伝えられるところでは、四三八年一二月二五日、ファウストゥスがこのことをローマ元老院において執り行った。さらに、この法典の編纂を命ずる勅法もまた読み上げた。元老院議員達は歓呼（無数の喝采）した。［一七一］ファウストゥスは朗読されたものを調書に記載させた。その後、法令集成写本は文書保存庫に収められた。これらすべてのことを元老院議事調書抄録が記している。(76)

歴史家は、これらの出来事に意味を与え、歴史を描こうとする。皇帝の婚姻を婚姻政策により帝国西部東部の結合を保持する試みとして解釈すること、また、西部の法も東部の法も含む法典を帝国東西の結合に尽力の象徴として解釈することは正しい。テオドシウス帝は、四三八年二月東部について法典が拘束力を持つと宣言した。しかし、西部についてはどうであろうか。歴史家は、躊躇することなく次のように解する。ローマ元老院が四三八年十二月二五日キリスト降誕日にこの法典を受領し、それによって、この法典が西部においても効力を有することとなった、なぜなら、すでに以前に元老院は、いずれにせよ実定法制定権能を有する法制度であったからである、と考える。かくして、この出来事に意味が与えられる。すなわち、東部でも西部でもほとんど同時期に、法典が効力を持ち、帝国の法的統一性を回復する。この出来事を歴史家は一人残らずこのように解釈した。

しかし、この見解は部分的に正しいに過ぎない。婚姻締結が帝国東部西部結合強化であるというのは、的を射ている（なぜなら、テオドシウス帝は娘達しか持たず、ワレンティニアーヌース帝ないしその息子がテオドシウス帝を継ぐことになろうからである）。しかし、それ以外については、当っていない。なるほど、既に四三八年当時に降誕節

はキリスト教祝祭であったが、この時代では、復活祭が最重要祝祭であった。従って、この日付にあまり大きな宗教的意義を付与すべきでなく、またその影響を受けるべきでない。議事調書抄録のテキストは、日付を一月朔日の八日前、すなわち、四三八年十二月二五日とするが、写字する際に、ＩＡＮ（一月）はＩＵＮ（六月）とよく取り違えられる。もし、ＩＵＮ（六月）と読むなら、ファウストゥスは四三八年五月二四日にローマ元老院に登場したことになる。この日付は、本人がコンスタンティノープルからローマに戻ったのが四三八年春であることと相応することになり、なぜ、長い時間待ってはじめて自分の任務を果たしたのか、という疑問に頭を悩ます必要もなくなる。[77] これは、歴史的に見ればより分かりやすい解釈であり、［一七二］十二月二五日は降誕節という我々の先入見ではなく、テキスト自体の意味を汲むものである。[78]

しかし、それだけではない。ここで、歓呼とはなにか？明確な承認も採決もなされていない。すなわち、元老院は何ら決定を下していないのである。[79] この元老院議事調書抄録は法的テキストであり、法的テキストとして読むべきである。このようなテキストを歴史的に、たとえば、誰が写字したかを探求するというような問題として論ずることも出来る。しかし、このテキストは、法的には、この時点でのそれ自身の宇宙、法の世界において存在し、いわば、その時代に移り戻る。というのは、この時代に既に、法は論理的体系に組み込まれているのである。[80] 同じことが、どれが一般的効力を持つものとして妥当し、どれがそうでないか、の問題についても当てはまる。皇帝が規定を裁可さえすれば、一般的効力をもつ、とか、あるいは、元老院が単独でこのような一般的効力のある決定を議決しうる、ということは、古代末期において決してなかった。皇帝が元老院において規定を読み上げさせ、引続き、文書保管庫に保管されることによって、初めて一般的効力のある法律として妥当することになる、と考えられるが、それがすべてなされてはじめてそうなのである。[81] 四三八年五月二四日に正にこのことがなされた。テオドシウス法典はこの日に帝国西部でも効力を得た。

そうであるから、法的テキストの場合は、歴史的証言として読む場合に比べ、多くのことが必要となる。自らの時代の法律家、またその当時の法律家として、当時の体系を自分のものとし、また法的思考構造に習熟すべく努めるべ

きである。この故に、モムゼンは法的テキストにかくも深い関心を払った。すなわち、モムゼンにとっては、法的テキストは過去の時代が化石として残されたものであり、信頼すべき事実を示し、それらをローマ法に習熟した法律家として読むことが出来た。勿論、四世紀の法、あるいは十三世紀ないし十七世紀の法は、現代の法が違うように、同じものではない。［一七三］例えば、確かに家族法は変わった。しかし、財産法（私は相続法もこれに含める）は普遍的な構成要素を持ち、今日もなお維持されている。このことはすでにモムゼンも述べている。さらに、これに法律家に伝承されてきた技術が加わる。このことはラニエリも強調する。四世紀の法律家、中世の法律家、近現代の法律家の間に、本質的に一致するものがあり、それが「市民法的」（ローマ法的）法律家に、若干の努力の必要があるとはいえ、それぞれの時代に身を置いて考えることを可能にする。[82] 当然のことながら、法規は、その時代にその適用を見る。これに反し、その法規がその中で機能する体系は、ある種時代を超えて機能する。[83] これらの領域に由来する資料を歴史的に利用することを望むならば、歴史的事実として通常の歴史学的技術によって取り扱う（例えば、文献学的あるいは文学的に）のでは足らない。法的テキストを理解しようとする者は、そのテキストを歴史的あるいは「実務的」に取り扱おうと望んだとしても、法的に思考しなければならない。[84] 理屈抜きに法律家でなければならない。

## 第一三節

法制史を歴史学部門に所属させることは、上述のところから、誤りである。いわゆる「法的史家legal historians」が行っている仕事がこの言明の正しいことを最も強く証拠だてる。いくつかの学部において、歴史学の枠内で「法史legal history」部門が運営されていることは最近数十年の現象である。そこで、モムゼンの方法論が実行されている、と考えるかもしれない。実際には、モムゼンが挙げた業績にはモムゼンが個人的に備えた前提があったが、そのことを早々に忘却されてしまっている。すなわち、モムゼンは大学において法律を学び、熟達した法律家であり、当時の法律家すべてがそうであったように、ローマ法に精通していた。モムゼンは古典期ローマ法体系に深く身を沈めることが出来、法資料刊本（例えば「学説彙纂」）刊行によりこの能力を証明している。モムゼンにとっては、ローマ法はその歴史叙述（とりわけ、制度史的側面）に関しては、

補助科学であったが、［一七四］同時に、モムゼンにとっては、一つの独立の専門分野であった。ローマ法は、共和政後期以降、体系化の強い圧力に服した。ローマ法を深く知るにはこの系統体系（ガダマー「法的思考」）を熟知しなければならない。[85] 古典期ローマ法学者、中世法学者、あるいは「現代的慣用」法学者にならねばならない。そうでなければ、解釈学的な「地平融合」には至らない。モムゼンは両者を自分の中で統合した。現在の古代史研究者にはこの付加価値が大抵欠ける。古代史に関する知識および文献学的能力は確かに抜群である。しかし、ローマ法系統体系の知識には乏しい。[86] したがって、例えば、テオドシウス法典あるいはディオクレティーニアーヌス帝勅法についての研究書も、この点が欠けるために成果を挙げていない。[87]

第四節で言及したように、実際に、この文脈において、法の社会学的、歴史的利用が再び登場する。古代史学は活発であり、新関心領域が相次いで登場交代し、最近数十年において考古学が強い影響を与えている。古代史は、研究の動きが継続している分野である。すなわち、六十・七十年代にはマルクス主義が依然として、古代学研究に重圧となっていたが、八十年代には、人種研究（マーティン・バナールの『黒いアテネ』）次いで、そして今日も依然としてジェンダー研究、さらに、古代末期社会の聖人研究（ペーター・ブラウン）、一般的に［一七五］古代末期研究（ジョン・マシュウ、ラルフ・マティサン、アレキサンダー・デマントなど）、いまや、「感情」「社会的関係の結果としての場所」などのテーマ並びに「法的風景」といった表現がなされる。特に、古代末期に対する関心は法制史に影響することとなった。というのは、サヴィニー、ニーブール、ドロイゼン、そしてとりわけ、モムゼンが証拠だてるように、古代末期の最重要資料は、法史料、すなわち、テオドシウス法典およびユースティーニアーヌス法典である。この両法典を古代末期研究者は、おそらくはそれ程には信用の置けない文学資料とあわせて、盛んに利用した。その結果、テオドシウス法典とそれに含まれる法について、興味深い研究が生まれた。しかし、テキストを歴史的にのみ理解するので、その利用方法は表面的である。同じことが、学説彙纂法文の使い方についても当てはまる。法的内容は、一貫してただ書き直されるに過ぎないのに対して、歴史的委細は十分に検討されている。従って、精々のところ、法の社会学がなされる（それらはしばしば興味のある仕事である）。これらの研究は、法的テキストを理解

するためには、法律家でなければならない、という証明でもあり、同時に、ガダマーの分析が正当であるという証拠でもある。このようにして、「法的史家legal histrian」という現象が成立したが、もっぱら英語圏にみられる。しかも、「西洋古典史家classical historians」「古代史家ancient historians」にかかわる問題である。ここに「歴史法学」はありうるか否か？　答えは遺憾ながら否である。なぜなら、テキストをその法的文脈で読み理解するのでなければ、そこから、法について結論を引き出すことは意味がない。失礼ながら、問題点はここにある。学説彙纂詮釈（エグゼゲーゼ）に習熟したうえではじめて、法的テキストを扱うことが出来る。その場合でも、例えば、テオドシウス法典法文の詮釈も、容易ではない。(88)

［一七六］このような非難を招いたことは、英米諸大学におけるローマ法的（ヨーロッパ的民事法的）法制史の今日の弱体と関連している。英米大学で実施されている法制史研究教育においては、コモン・ローに関心が極めて向っている。このことから古代ローマを研究し新しい資金に応募する必要のある古代史研究者に、法的テーマで採択を得る高い可能性が与えられている。その点について、我々は案じなくてもいいのか？私は、危惧している。補助金申請につき決定する委員会はこの種の研究計画を簡単に、しかも、正に一般的なもので法教義学的なものではないが故に採択することがあるからである。

## 第一四節

解釈学的過程は、それ自体比較の一つでもある。当然のことながら、歴史的な比較であるが、その過程ではこの時代的間隔がなくなっている。従って、ズワレブがしたように、個別の法体系もそれ自体で、時代、時期その他の歴史的区分に従って歴史的に比較することが出来る。(89)ところで、「比較法」は、「ヨーロッパ的」と同じく、ある意味では「流行専門用語」である。しかし、比較法の内在的価値について見誤ることがあってはならない。特に、ツバイゲルト、ケッツは法制史と比較法の間に基本的に何ら区別はないと考えるからである。(90)［一七七］法は、歴史的に生成したものであるから、その際、歴史的側面を考察しなければならない。すなわち、単なる現状認識では十分ではない。これによって、比較法と法制史が不可分に結合している。多くの比較法学者（すべてではない）は、最後には比

較法による法の統一を目標とする。[91] もっとも、サヴィニーは、おそらくこの見解には賛成しなかったであろう。このような仕方で法を作り上げるという考えは、サヴィニーの見方からすれば、「非歴史的」であるからである。過去の法体系を比較しあるいは共通性を見出しうるかもしれない、という法制史家の研究はこれとはおそらく異なるであろう。この研究方向の代表者は、十九世紀においてはポストとウェンガーである。[92] この方向の努力は、現在、古代につき、後記のウェストブロックならびにケンブリッジ大学計画、また、近世につき、ヨーロッパ法制史の形で継続している（後記参照）。

しかし、比較法と法制史は不可分に結合しているにも拘らず、例えば、相互に連関の薄いないし全くない法体系を扱う場合のように、完全に重なりあうものではない。この場合は、比較はいくつかのテーマについて行なわねばならない。これに対して、法制史は、法体系の継受および継承の故に、容易にすることが出来る。この継受によって、実質的にある種の規範性と伝統的思考構造が存在することに至る。そのことは、比較法でも同じ伝統の法体系、例えば、フランス法とドイツ法を比較する場合には、もちろんそうである。その場合は、法制史が重要な役割を果たす。ヨーロッパ法制史が、ヨーロッパ統一私法の出発点として議論の前面に出てくる理由はそこにある。[93] 従って、一方では法制史的、他方では比較法的にテーマを相次いで論じるという形の複合演習は実施する値打ちがある。[94]「一七八」そうでなければ、連合的テーマを必要とする。比較法では、例えば、一般的に「異なる法秩序の精神と様式およびそこで慣用される思考方法と手続きを比較する」、あるいは、特殊テーマとして、「特定の実質問題ないし利益衝突についての異なる法秩序における判断」といったテーマがありえる。[95] 法制史の中で、比較法的手法を採る次の二つの研究計画は、この判断基準に対応するものである。すなわち、ウェストブロックは、二〇〇三年の「古代近東法制史研究計画」において、エジプト、メソポタミア、小アジアの法および（当時の）国際法を比較した。[96] また、ケンブリッジ大学において現在実施中の研究計画は、もっと広範な地域と時代を対象とする。この「古代比較法制史ケンブリッジ研究計画」は、古代地中海世界、近東、インド、中国の各地域について、六世紀（中国については七世紀）までを体系的・比較的に取り扱う。[97] 二〇世紀末の三十年間において、比較法的法制史が急成長をみた。ヨーロッパ共同体の中で

「ユス・コムーネ」（大陸普通法）がヨーロッパ共同私法典の基礎と観念されたからである。チンマーマンおよびその他の学者が、（スイス南部アスコナ近郊のモンテ・ヴェリタで一九九六年四月二四―二七日開催の）会議において、ユス・コムーネおよび法文化がヨーロッパ共同の法伝統であることを前提にして、現行法を理解することが出来ることになるという仕方での、法律学の欧州化を提唱した。ここでは、［一七九］説明モデルとしての法制史と同時代的比較法としての法制史との結合が課題である。(98)

比較法に対する関心の増大からすれば、二〇〇九年比較法史ヨーロッパ協会が設立され、二〇一三年「比較法史誌Comparative Legal History」が創刊されたことは、単なる偶然ではない。それと連関して二〇一四年以降「法の起源。ローマ法、法史、比較法国際雑誌Legal Roots,The International Journal of Roman law,Legal history and comparative law」誌が発行されている。実際には、「比較法史誌」掲載論文は、この比較法的努力が、すべてとは言わないまでも、執筆者の大部分が実際には実現しえていないことを示している。この雑誌が他の法制史専門誌と異なるのは、論題に地理的な限定のないこと、すべて英語論文であることだけである。言いうるのは、精々のところ、論文はそれ自体興味深いものであり、とりわけ、執筆者自身に、自分の法体系からそれぞれ付与された先入見に対して認識を与えるものである、ということである。読者は遺憾ながらそこに何ら得るところがない。限定をして初めて成果があるということのようである。

## 第一五節

法律家であってはじめて法制史家でありうること、法制史は法学部に属することが、正にメルクマールである。法制史家は法学部にその持ち場を持たねばならない。法学部に所属すれば、現代の法も講義担当をせざるを得ないことは、やむを得ぬ代償ではなくて、むしろ長所である！研究においても、講義においても現代法と歴史的テキストが、法教義学的・歴史的な仕方で解釈・説明・適用によって結合する。その結合は、自分自身の出発点および法の基礎のより的確な理解に通ずる。［一八〇］従って、法制史は「歴史法学」である。真の法を認識しうるというサヴィニーの客観的観念論の意味ではなく、(98)歴史的テキストの理解において、その作用史を認識することによって、現代、現代の

法ならびに法意識との連続性がつくりあげられるという事実に基づく。[18] それによって、過去の法をより深く理解し、また同時に、現代の法についても同様である。より深い理解こそ学問である。法的テキストすべては、原則としてその作用史の中に位置し、そのようなありかたで歴史的なのであるので、法律学はすべて常に「歴史法学」である。

（1）十九および二〇世紀初期におけるドイツ法律学の状況と法律学をめぐる議論については、以降に掲げる適切な要約文献の参照を乞う。

（2）F. C. von Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, ZGR 1（1815), 56.

（3）Savigny, Ueber den Zweck（前注）14. これは極めて明快な表現をとっており、この文章をそのままに支持する者はおそらく少いであろう。多くの者はむしろその中間に真実を求めるであろう。一八一五年年段階では、サヴィニーは、一八一四年の『使命』の直後であり、おそらく依然として「喧嘩腰」が続いていたのであろう。

（4）サヴィニーが次のように表現しているのはそのことを示している。「過去が現在に対し、あるいは、生成するものが存在するものに対し、どのような関係に立つのか。このことは、普遍的な問いである」。次いで、「いつの時代も過去すべてと解き難い結合に現れる」。Savigny,Ueber den Zweck（注2）23 と説明する。『目的』論文では、同じく、「過去」、「現在」、「時代」、「存在」、「生成」といったいくつかのキーワードを使用する。これらの用語は、法の源とその認識についての、サヴィニーの見解と連関する。サヴィニーは「法の本拠は国民の共通意識にある」と考える。これについては、『使命』を参照すべきである。

（5）J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach 1984, 111-112, 240 ff.

（6）A. Wucher,Theodor Mommsen, Geschichtschreibung und Politik. Göttingen 1956, 45-46.

（7）Wucher, Mommsen（前注）, 47.

（8）L. Wickert, Theodor Mommsen, Eine Biographie, Bd.I, Lehrjahre, Frankfurt am Main 1959, 140; J. Kuczynski, Theodor Mommsen- Porträt eines Gesellschaftswissenschaftlers, Berlin 1978, 196-199. 新しい文献 A. Demandt, A. Goltz, H. Schlange-Schöningen, Theodor Mommsen, Wissenschaft und Politik im 19. Jahrhundert, Berlin/New York 2005; J.Wiesehöfer, Theodor Mommsen, Gelehrter, Politiker und Literat. Stuttgart 2005; W. Nippel, B. Seidenstricker, Theodor Mommsens langer Schatten, Hildesheim 2005.

（9）この非難に対しサヴィニーは、System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, Vorrede, xiv-xv において反論している。

（10）王立プロイセン学士院会員就任講演Th. Mommsen, Reden und Aufsätze, Berlin 1905, 36; s. Wickert（注8）, 455-456. 歴史学革新者としてのモムゼンについてS. Rebenich, „Unser Werk lobt keinen Meister“, Theodor Mommsen und die Wissenschaft vom Altertum in: Wiesehöfer, Mommsen（注8）, 185-205.

（11）Th. Mommsen,Gesammelte Schriften, Juristische Schriften III. Bd., Berlin 1907, „Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft“, 580-591; „Die Bedeutung des römischen Rechts“, 591-600. これについて詳細な論文W. Ernst, non quia ius sed quia Romanum-Mommsen und die Rechtswissenschft seiner Zeit, in Theodor Mommsen und das Römische Recht, hg. v. L. Fargnoli, S. Rebenich, Berlin 2013, 15-34.

（12）Th. Mommsen, Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft［Antrittsvorlesung Leipzig 1848］, in Th. Mommsen, Juristische Schriften, III. Bd., Berlin 1907, 585-587.

（13）参照：S. Rebenich, Theodor Mommsen und Adolf Harnack, Wissenschaft und Politik im Berlin des ausgehenden 19. Jahrhunderts, Berlin New York 1997, 55-56（CIL記念）。

（14）Th. Mommsen, Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft, in: Gesammelte Schriften, Juristische Schriften III. Bd., Berlin 1907, 580-591; 587:「我々の直面する任務は、あの無数の資料の中から歴史的なものをすっかり排除すること、実務的民法を体系的法構造へとまとめることであり、その結果、各々の個別制度がその歴史的研究の明らかにした独自性においても、法体系全体との調和の中にも表れ、したがって、この法体系は、歴史的法研究の精髄であり、また同時に、現代法概念の方法論的表現でもあることとなる」。S. Rebenich, Theodor Mommsen, Eine Biographie, München 2002, 108. も参照。

（15）Demandt u. a., Mommsen（注8）, 3 参照。

（16）『ローマ国制法』に対する今日の批判的評価につき参照：W. Nippel, „Rationeller Fortschritt“ auf dem „antiquarischen Bauplatz“—Mommsen als Architekt des „Römischen Staatsrecht“, in : Demandt u. a., Mommsen（注8）, 246-258 および W. Nippel, Der „Antiquarische Bauplaz“, Theodor Mommsens Römisches Staatsrecht, in Wiesehöfer, Mommsen（注8）, 165-184. その『ローマ刑法』についてU. Ebert, „Strafrecht ohne Strafprozess ist ein Messergriff ohne Klinge“, Theodor Mommsen und das „Römische Strafrecht“, in Wiesehöfer, Mommsen（注8）, 51-82 参照。

（17）グラーデンヴィッツ自らそのように述べる、Gradenwitz, Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, hg. v. H. Planitz, Bd. III, Leipzig 1929, 41-88。キースリングは追悼文末尾に曰く「彼の研究の基本柱は常に同じ、すなわち、法学的手法と文献学的道具であった。こうして、グラーデンヴィッツは、その師テオドール・モムゼンが、以前に見通して予測したものを実現した。法

律学と文献学の架橋を堅持したのである!」E. Kießling, In Memoriam, ZSS-rA 56（1936）, 418-425. コーシャカーによる追悼文の一節には、「というのは、彼はいたるところで、問題の方法論的・技術的側面に関心を示した。グラーデンヴィッツは、その過程で、修正を発見したら、関心は萎えた。修正を評価し、歴史的連関において位置付けることはその関心ではなかった…従って、厳密な意味において、法制史研究者と呼べるかは疑問である…」P. Koschaker, Otto Gradenwitz†, ZSS-rA 56（1936）IX-XII°これに加え参照Chr. Baldus, Eigenwillig und differenziert Eine Lanze für Otto Gradenwitz, in Homo heidelbergensis, Festschrift für Klaus-Peter Schroeder zum siebzigsten Geburtstag, hg.v. P. Spieß, Chr. Hattenhauer, M. Hettinger, Neustadt an der Weinstraße 2017, 295-304. グラーデンヴィッツは、モムゼンの弟子として、その理念と好みを共有していたことは十分ありうるであろう（モムゼンに対する追悼文 Nachruf auf Mommsen, ZSS-rA 38（1904）, 1-32 参照）。このことは、いずれにしても、講座名に古代法研究を含んでいることを説明する。なお、おそらく、モムゼンにとっては、講座名に「その歴史的意味においてドイツ法を研究」を含めることは関心がなかったであろう（G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht に対するモムゼンの書評: Gesammelte Schriften, Juristishe Schriften III.Bd., Berlin 1907, 494-500 所収参照）。

（18）B. Sirks, War Mühlenbruch ein Pandektist ? in: Wie pandektisch war die Pandektistik? Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, hg. v. Hans-Peter Haferkampf und Tilman Repgen, Tübingen 2017 186 ff.

（19）ここでは、ディルヒァの詳細な分析叙述があるので、これ以上の言及をしない。G. Dilcher, Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts, in: Norm und Tradition, hg. v. P. Caroni, G. Dilcher, Köln Weimar Wien 1998, 112-118（参照文献つき）。次注のヴィアッカーも同趣旨。

（20）ヴィアッカーは、F.Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, 417 und 418 において、法制史の完全な解放について「法制史は、ローマ法が現行法の法教義学的に有用である限り、歴史学にはなりえない。自由な歴史的理解は、学説彙纂法文の解釈を妨げることになろう。なぜなら、法文解釈は現代に役立たねばならないからである…」。

（21）A. F. J. Thibaut, Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. ティボーについては新たに A. F. J. Thibaut（1772-1840）, hg.v. Chr. Hattenhauer, K.-P. Schroeder, Ch. Baldus, Tübingen 2017 参照°

（22）H. S. Maine, Ancient law, London 1861.

（23）人類社会進化の観念は新しいものではない。一九世紀にオーガスト・コントAuguste Comteがこの観念をその社会学理論で特に強調した。その理論は、実証的であり、すなわち、ただ事実を数えること（何が事実といえるかは争いのあるところであるが、実証主義者には問題とならない）であり、歴史において、人類の進歩がある、すなわち、常により高い水準に到達する、と考えた。ここには、基本的に、啓蒙主義の進歩思想の残滓が見られる。

（24）J. J. Bachofen, Das Mutterrecht, Stuttgart 1861; 2. Aufl. 1897; 3. Aufl. Basel 1948 ders., Eine Auswahl hg v. Hans-Jürgen Heinrichs, Frankfurt/Main 1975. [stw 135].

（25）ヴェーゼルの批判U. Wesel, Der Mythos vom Matriarchat. Über Bachofens Mutterrecht und die Stellug von Frauen in frühen Gesellschaften vor der Entstehung staatlicher Herrschaft, Frankfurt am Main 1980 [stw333] 参照。

（26）Ph. Landman, Philosophische Anthropologie, Berlin 1976, 179, 185, 189, 196-197.

（27）バッハオーフェンは、母権論、母権支配体制の神話を創出し、その見解は、我々の法の文化的諸前提を再検討するよう今日に至るまで強いており、その業績は指針的役割を演じるものであった。八十年代以降展開した、法および社会におけるジェンダーに関する議論は正にそれを目的としている。『母権論』が一九七五年に再刊（縮約版）されたのは偶然ではない。増補新版J. J. Bachofen, Mutterrecht und Urreligionen, Stuttgart 1984はこの関心の深さを証するものである。さらに、H. J. Hildebrandt, Johann Jakob Bachofen, Die Primär-und Sekundärliteratur, Mit einem Anhang zum gegenwärtigen Stand der Matriarchatsfrage, Hardegsen 1988. 民族学領域でのその他の影響については、U. Wesel, Der Mythos vom Matriarchat, Über Bachofens Mutterrecht und die Stellug von Frauen in frühen Gesellschaften, Frankfurt am Main 1980.

（28）例えばE. Durkheim, Leçons de sociologie, Paris 1950, leçons 10-18 参照。

（29）M. Mauss, Essai sur le don, Forme et raison de l' échange dans les sociétés archaïques, in Année Sociologique, 2. S. 1 (1923-1924) in: M. Mauss, Sociologie et Anthropologie, Paris 1966, 10-279（ドイツ訳: Die Gabe, Frankfurt am Main 1990 [stw743]）およびフランスの次世代学者、特にT. Magdelain, Y. Thomasなど。

（30）U. Wesel, Geschichte des Rechts: von den Frühformen bis zur Gegenwart, München 1977（4. Aufl.）. その継続および増補版U. Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften: Umrisse einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten, Frankfurt am Main 1985.

（31）L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 3. Aufl.,

Erster Band: Geschichtlich-literarische Einleitungen und die Grundlehren. Erste Abteilung: Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891.

(32) J. Kohler und L. Wenger, I. Orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer, in: Die Kultur der Gegenwart, Ihre Entwicklung und ihre Ziele, hgv. P. Hinneberg, Teil II, Abteilung VII i, Allgemeine Rechtsgeschichte, Leipzig/Berlin 1914. コーラーは、後年法哲学に転じた。その考察は、ヘーゲル、ショーペンハウアーの思想の影響を受け、法の文化科学的解釈に至り、法を各文化段階の自然法として把握した。コーラーは、フリッツ・ベロルツハイマーFritz Berolzheimerと協力して、一九〇七年Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie誌を創刊し、その二年後、International Vereinigung für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie.（一九三三年以降Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie）の共同創立者となる。ポストAlbert Herman Postについては注92参照。

(33) これにつき、後記第一四節参照。

(34) 第四節において名前を挙げた学者およびたとえばルワルドHans Lewaldなどを参看。しかし、この分野の研究方向に影響を与えるだけ強力なものではなかった。

(35) エックハルトKarl August Eckhardtの法学教育改革についてここで立ち入らない。それについてはネルゼンが追悼文において要約している、ZSS-germAbt 104（1987), 504-505。また、さらにWieacker, Privatrechtsgeschichte（注26）, 555-556 参照。

(36) 特に言及すべき論文はG. Radburch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ, 1946, 107. さらに参照L. Foljanty, Recht oder Gesetz, Juristische Identität und Autoritäten in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen, 2013.

(37) H. Coing, E.R. Curtius, Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter, ZSSromAbt 69（1952）, 530-533。五三一頁にヨーロッパ法制史構想を述べ、コーシャカーにも言及する。

(38) F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952（2. Aufl. 1967）.

(39) 一九二五年既にレーネルは修正主張に懐疑的であった。O. Lenel, Intelpolationenjagd, ZSSromAbt. 45（1925）, 17-38.修正批判研究は一九七九年カーサーの論考M. Kaser, Ein Jahrhundert Interpolationenforschungen an den römischen Rechtsquellen, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Anzeiger der Philosophisch-Historischen Klasse, Wien 1979, 84-113によっていわば終止符が打たれた。現行法教義学とローマ法テキスト理解を一致させるために、修正批判主張がなされている、という印象が時折持たれることがある。

(40) マルクス主義理論の正当性を証明するために。この思想体系では、良心的な研究者が優れた客観的業績を上

げることは容易でない。しかし、たとえば、フィクマンは、この困難にもかかわらず、ソ連において研究活動を行い、極めて貴重な論文を書いた。その論文はI. F. Fikhman, Wirtschaft und Gesellschaft in spätantiken Ägypten: Kleine Schriften, besogt von A. Jördens, Stuttgart 2006に集成されている。

（41）コーイングは、一九五二年、クルティウスの見解に依拠して、ヨーロッパ法制史にとって、一体的意義を見出すことが必要である、すなわち、全体が内的に連関している対象であることは明白であるからである、このことは、古代法については常に疑問である、と考える（後記注92および93参照）。ヴィアッカーの考えでは、歴史法学派の二つの方向は、今日では、規範定立的ではなく、個別記述的学問である、すなわち、歴史学の部門であり、したがって、個別的存在を対象とする学問であって、法的当為を対象とする学問ではない、前掲書四二三頁。彼は、理念型の概念（自らはむしろ、物的構造という用語をあてる、同四二六頁）を法的要素としてみる。そうであれば、我々は、原則的にモムゼン、サヴィニーのもとに戻ることとなる。ディルヒァーは、一九九八年、法制史を西洋的合理化過程の歴史として、国制史を支配、合法的権力独占および法の観点から考察しうるとする（Dilcher, Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft, in: Norm und Tradition,（注19）129ff. 参照）。第一のテーゼは、法学の伝統的思考構造を強調するラニエリの所説に極めて近い（注72参照）。

（42）最も重要なもののみを要約する。詳細かつ優れた概観を与えるのは、P. Landau, Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 2（1980）, 117-131; Norm und Tradition, Welche Geschichtlichkeit für die Rechtssgeschichte ? /Fra norma e tradizione, Quale storichità per storià giuridica?, hg.v. P. Caroni, G. Dilcher, Köln-Weimar-Wien 1998（ソの書籍に対する書評F. Ranieri in ZSS germ. Abt. 118（2001）, 703-714); Making legal history: approaches and methodologies,hg. v. Anthony Musson und Chantal Stebbings, Cambridge 2012, その中で特にM.Senn,The methodological debates in German-speaking Eupope（1960-1990）, 109-117. さらに、ソの問題についてのいくつかの論考がDer praktische Nutzen der Rechtsgeschichte, Hans Hattenhauer zum 8. September 2001, Heidelberg 2003.（hg. v. J. Eckert）に収録されている。

（43）Senn, The methodological debates, in: Making legal history（注42）, 110-111. シュテークミュラーの著作は W. Stegmüller, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, 1973-1986. として立派な四巻本として出版。

（44）二〇〇九年の会議での報告 Senn, The methodological debates, in:Making lagal history（注42）, 112-113 参照。構成

としての歴史における「構成」を、たとえば、キーソウR. M. Kiesow が『法のアルファベット』Alphabet des Rechtsで示唆するように、構成するものが全くどうであってもよいというものではない、と私は考える。それは、既に存在するものの構成を意味し、恣意的に取り扱い得るものではない。ガダマーが常に強調するように、テキスト尊重が、理解のために絶対的に必要であり、正に枠を決めるのである。Sennはさらに、Luhmann, Soziale System, Grundriss einer allgemeinen Thorie, Frankfurt am Main, 1984を基礎とする体系論に言及する。しかしこれについてはもはや聞かない。

(45) 位置づけと方法に関し詳細な概観につきヴィアッカー、前掲書、四二四―四三〇頁および同所注三三参照。

(46) ランダウは、とりわけコーイングに言及する、Landau, Bemerkungen（注42）, 119.

(47) 例えば、ディルヒァー、カローニは、規範的法的な問題設定を法社会学的なものに移すべきことを力説し、他方、グロッシは文化科学的観点が重要であると論ずる、G. Dilcher, P. Caroni, Norm und Tradition, in:Norm und Tradition（注19）9-20; P. Grossi, Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un diritto futuro europeo, in: Norm und Tradition（注19）, 145-152°

(48) 同旨Coingおよび Landau, Bemerkungen（注42）, 120-121.

(49) Landau, Bemerkungen（注42）, 122-123.

(50) E. Betti, Das Problem der Kontinuität im Licht der rechtshistorischen Auslegung, Wiesbaden 1957, 10, 11-12. ベッティは、その解釈理論を詳細に論じた、Teoria generale della interpretazione, Milano 1955（そのドイツ語訳 Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geistwissenschaften, Tübingen 1957 歴史的解釈につき、二九八頁以下）。

(51) A. E. J. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, Altona 1806, §§16ff.（58ff.）, 特に132ff. ティボーにつき、近時Chr. Hattenhauer, K.-P. Schroeder, Ch. Baldus, A. F. J. Thibaut（1772-1840）, Tübingen 2017.（注21）, その中で特にB. Mertens, Thibauts Rechtsquellenlehre, 113-125, および S. Meder, Thibauts Hermeneutik, 128-146.

(52) ティボーにみられる解釈、説明、適用の結びつきにH.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode, Tübingen 1960（zitiert nach der 4. Aufl. 1975）, 307ff. は接合する。しかし、ガダマーは、すぐ後にのべるように、解釈学的過程で、主体もまた認識対象と無関係なものではない、と考える。実際、サヴィニーについてこのことを批判する、同書三〇九頁。

(53) モムゼン『ローマ史』はいくつかの点ではその時代の政治的対立、自身の政治的見解が色濃く影響を与えている。Dilcher（注19）127, およびRebenich, Mommsen（注14）, 85-98 参照。

(54) 解釈学についての簡明な記述、W. Schulz, Anmerkungen zur Hermeneutik Gadamers, in:Hermeneutik und

Dialektik, Aufsätze, Teil I, hg. v. R. Bubner, K. Cramer, R. Wiehl, Tübingen 1970, 305-316.

(55) Gadamer, Wahrheit（注52）, 307ff.

(56) Gadamer, Wahrheit（注52）, 293, 294. また、おそらく次のようにも言える。主体は客体から正面に認められて初めて主体となる。しかし、このことは元来ヘーゲルが既に述べたことである。

(57) Gadamer, Wahrheit（注52）, 308-311. その故に、ガダマーも、法的テキストを理解しようとするものは、法的思考が出来なければならない、と述べる。

(58) Gadamer, Wahrheit（注52）, 287-288. 288.「地平とは、むしろ、われわれがそこへと歩み入り、われわれとともに動くものなのである…この包括的な地平を動かすのは、まず歴史意識なのではない。歴史認識によって、この運動が自分自身を意識するようになるだけである」（轡田収、巻田悦郎訳『真理と方法』第二巻、法政大学出版局二〇〇八、四七六頁）。

(59) Gadamer, Wahrheit（注52）, 285：「この完遂不可能なのは反省に欠陥があるからではなく、歴史的存在としての我々自身の本質にある」（前掲訳書四七三頁）。この表現によって、ガダマーは、我々の理解を可能にし、また、あらかじめ規定している状況の中にすでに我々がいるのであるからこそ、我々は理解しうる、ということを考えている。それを自ら意識することが重要である。

(60) それは接近するに留まることは当然のことである。しかし、意思疎通により益々近づく。参照Encyclopedia of Philosophy and the Social Sciences, SAGA pubulicationsの所収の項目Neural Hermeneutics（Chr. Frith, Th. S. Wenzer執筆）「他人の精神世界を理解しようとするとき、原則として、同じ仕組みを適用しうる。木などの物体の認識とは異なり、この過程は双方向に行われるのが大きな相違である。すなわち、私があなたを理解しようとする間に、あなたは私を理解しようとする。ここで、感覚的な証拠は、私が聞く言葉であり、その言葉から、あなたが伝えようとしている考えを推測する。あなたが言いそうなことを予測するのみならず、私が何かつぶやき、あなたの反応を予測するといった仕方で、私は、自分の推測を確かめることが出来る。この間、あなたの方では、私が言うことに対して、同じ作戦を適用しようとする。我々ふたりの予測に誤りが極めて少くなれば、我々はおそらく互いに理解したのであろう。この場合に、我々は誤りをできるだけ減らそうとするが、その誤りは、あなたの考えと私の考えの相違ではない。我々各自の考えには直接接しえないからである。むしろそれは、私の考えと、あなたの考えについての私の表現との違いである。予測符号化の用語で表現する一つの利点は、それが解釈学的循環の観念をうまく把握することであり、その循環では、全体は部分への言及なしには理解できないし、同時に、部分は全体の参照なしには理解できない。

同じように、予測符号化の輪では、推則された原因（理念、全体）は証拠を予測し、他方、同時に、証拠（言語、部分）は推則された原因を修正する」。ヘーゲルは哲学的に表現し、極めて体系化して論じるが、基本的には、心理学的に極めて適確な観察が見られる。ガダマーも、自らを他人のもとに移す過程と名付ける、Gadamer, Wahrheit（注52）, 288-289. 認識理論からすれば、人間であろうと事物であろうと世界であろうと基本的に異ならない。

(61) 同旨ベッティBetti,Problem（注50）, 10.

(62) Gadamer, Wahrheit（注52）, 307ff.

(63) Gadamer, Wahrheit（注52）, 308.

(64) Gadamer, Wahrheit（注52）, 311:「歴史家が、現在も通用している法テキストを扱うのは、確かに特別の事例である」（前掲訳書五一一頁）。ガダマーはこれにつきそれ以上は述べない。

(65) このことを、ホイジンガが「歴史とは、ある文明が過去に対し決算書を交付する精神的形式である」と表現する。J. Huizinga, Culturhistorische verkenningen, Haarlem 1929, 156.

(66) そうでないならば、現在存在する法を認識し、適用すること、つまりテクネー、のみが問題であることになろう。その場合は、法は単なる包摂技術として教育し習得することとなる。これに対して、ガダマーは、正に、裁判官を例に挙げて、反対するGadamer, Wahrheit（注52）, 313。大学において学生達に、法規をよく考え抜き、法規を主体的に取り扱う能力を伝授し、その能力を発展、強化する道具を与えることが必要である。

(67) 学説彙纂四七巻二章一法文三項　パウルス　告示注解三九巻「盗は、利得を目的とし、物自体あるいはその使用または占有について、悪意で觸れることである。これを認めることは自然法が禁じている」。我々の現代の定義は、領得意図による持ち去りに限定するので、ローマ法盗概念のほうが広い。

(68) ローマ時代に「ミー・トゥ me-too 」を想定するとしよう。甲が乙所有の（魅力的な）女性奴隷と関係を持ったとする。盗がなされたか？甲がその女性を連れ出したなら問題とならない。性愛のためのみ（従って、利得意図なくとも。学説彙纂四七巻二章三八法文三項）であっても、盗であるからである。我々は性愛のための接触の場合にも同じことが該当する（さらに、連れ出すことは接触を含む）と理解しなければならない。

(69) P. Caroni, Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice, in: Norm und Tradition（注19）, 77-108 の立場。

(70) フランス民法の条文のいくつかは、ポティエ、ドマの著作から、ほとんど文字通りの引き写しであることは周知の事実である。

(71) これにつき論ずるのはH. Kooiker, Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht, Diss. Gron-

ingen 1996.

(72) Gadamer, Wahrheit（注52）, 311.ガダマーはこれ以上殆ど論じない。

(73) 参照 Dilcher, Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts, in: Norm und Tradition（注19）, 129-131.

(74) ラニエリのNorm und Tradition（注19）に対する書評 ZSS germ. Abt. 118（2001）703-714.

(75) C. H. Bezemer, Samenloop van rechten, Zeven rechtshistorische reflectie op een thema, Groningen 2017. このことを Padoa-Schioppa, Il diritto commune in Europa,in:Norm und Tradition（注19）, 193-207 および R. Schulze, Strukturwandel des Privatrechts und Rechtsgeschichte, in: Norm und Tradition（注19）, 262 も強調する（現代私法の複層的構造）。学生達は現代実務に携わる能力をこのようにして取得する。

(76) いわゆる元老院議事調書Gesta Senatus（Th. Mommsen, Thodosiani libri XVI, vol.I, Berlin 1904, 1-4収録）。

(77) なぜなら、東部皇帝テオドシウスは、四三八年二月十五日この勅法集成を公布し拘束力を既に与えたからである。議事調書抄録自体および成立日について、L. Atzeri, Gesta Senatus Romani de Theodosiano puplicando. Il codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente, Berlin 2008、施行について A. J. B. Sirks, Die Voraussetzungen und Methode von Seeck in seinen Regesten, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 78（2010）, 422-426 参照。

(78) さらに付言すべきことは、この法典の勅法すべてが今や、帝国全体に妥当した、と一般には考えられえているが、そうであるとは直ちには受け取れないのである。四四七年のテオドシウス帝追加勅法二号三項から明らかなように、勅法は統治東西分離以降は発布された帝国地域に限り妥当する。ただし、ワレンティニアーヌス帝追加勅法二六号（四四八年）が、西部につきテオドシウス帝追加勅法に関して行ったように、明示的に他の地域でも裁可し、公布された場合は別である。

(79) 元老院はなるほど依然として元老院議決を決議することが出来たが、細々として種類の事項に関するものしか知られていない。また、我々の知る唯一の事例では、さらに皇帝が裁可している。参照 P. Garbarino, Appunti sulla conferma imperiale di senatusconsulti nel tardo impero romano, Archivio Giuridico 204（1984）, 505-544.

(80) アリストテレースの学問理論に由来するストア論理学が、（一度は衰退したとしても）、トマス・アクィナスの仲介により原則的には再受容された。十八世紀末以降はじめて、実用法学を学問化する試みがあり（Sirksの論文注18参照）、二〇世紀において新たな（実証主義的）科学理論で再び取り上げられたが、今では別の意味においてであり、また成功していない。

(81) 参照N. van der Wal, Edictum und lex edictalis, RIDA

1981, 292 ff.

(82) コモン・ローについては、あまりローマ法化していないので、当然のことながら、事情は異なる。

(83) モムゼンの見解では、法は頼りになる補助手段である、すなわち、碑文・パピルス等々もそうであるように、信頼に値する言明を提供する。このことが、法を歴史的事実の単なる集塊であると見ることにつながる。そのことは、古代エジプト法、メソポタミア法につき、あるいは、おそらくギリシャ法にも主張しえても、古典期ローマ法にもその後の法にも該当しない。古典期ローマ法はすでに、専門家が学び、教え、さらに発展させた体系である。この体系を理解するためには、対象とする時代のかかる専門家の立場に身を移さねばならない。従って、比喩的に言えば、その時代の法律家にならねばならない。それが叶わぬとしても、そのような努力を重ね、そのような仕方でテキストを虚心に理解すべきである。既に早く類似の理論構築が成立した領域についても、同じことが当てはまる。例えば、神学、医学、更にある種の古代技術などにおいてもそのようにして初めて理解出来るのである。

(84) 同旨Gadamer, Wahrheit (注52), 286, 308-309, 310-311.

(85) 参照:A. J.B.Sirks, Change of paradigm in contractus, in :Nova ratione, Change of paradigms in Roman law, A. J.B. Sirks ed. 133-162（参照:文献付き)。ガダマーにつき注五二参照。

(86) ルイークによれば、そのために、資料を校訂本刊行によって開拓することも不可欠である。(参照:Landau, Bemerkungen（注42), 119-120.)。それはその通りであるが、今日では、ラテン語ギリシャ語の習得がますます貧弱になってきているので、必要なのは、むしろ翻訳である。これらの近代語訳が原テキストに代わる歴史研究者、法制史研究者が次第に増加して来ている。しかし、注解のない翻訳は意味がない。なぜなら、翻訳者が念頭に置いたことを読み手にある程度理解させるために、しばしば、翻訳を説明し、解釈することとなる。法的資料の翻訳および注解には従って、資料の十分な法知識を無条件に必要とする。歴史家が行った法領域の資料の今までの翻訳のいくつかは、改善を必要とするか、ないしは通り一遍である。例えば、アンジェ、マルクルフ両法書につき A. Rio ,The Formularies of Angers and Marculf: Two Merovingian Legal Handbooks, Liverpool 2008の注解は有用で、良いものであるが、法制史家との共同作業で行われていたらば、もっと価値を得たであろう。「モーゼ法・ローマ法対照集成」につき、R. Frakes, Compiling the Collatio legum Mosaicarum et Romanarum in late antiquity, Oxford 2011は不十分である。私の書評Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 81 (2013), 282-289 参照。

(87) ここで具体的な氏名著作に言及することは差し控える。その著者達はしばしば歴史学界において抜群の歴史家とさ

れているからである。例として、Liebsの書評ZSS romAbt 129（2012), 711-724、私の書評Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 85（2017), 65-78。因みに、一八七五年、ベルナイスは、モムゼン『ローマ国制史』の書評において以前の「国家古事学」の著作者に対し既に全く同じ非難をしている。参照: W. Nippel, Rationeller Fortschritt（注16）247.

（88）法的問題に関することを度外視すれば、この方向は興味のあり、社会学的に有益な成果をもたらした。しかし、それらは、法について、表面的にしか触れない。ここに法的に新しい成果がでた、と自称する人が時にある。しかし遺憾ではあるが、新しいことはない。新たな車輪は発明されたが、目論んだようにはまだ丸くは出来上がっていない。それなのに、この方向はそのことにお構いなく引き続き展開している。すなわち、スコットランドのセント・アンドリュー大学歴史学部に現在では法・国制研究の修士課程がある。法制史の本格的教育はそこではない。同じく、法の端に繋がるのは、「文学と法」研究部門および教育である。これとならんで、宗教史学において法に対する関心が近時生まれている。例えば、Journal for Religious History誌37（2013）Nr. 4 特別号の掲載論文は „Law, Theology, and Praxis ca. 1140-1380: New Approaches to the Study of Law and Theology in Medieval Europa“, „Law, Theology, and Morality: Conceptions of the Rights to Relief of the Poor in the Twelfth and Thirteenth Centuries“, „The Reception of Gratian's Tractatus de penitentia and the Relationship between Canon Law and Theology in the Second Half of the Twelfth Cencury“, „Attendant to a Higher Judge: Competing Paradigms of Legal Practice in the Thought of Alexander Neckam（1157-1217)“, „Theology, Practice, and Policy at the Turn of the Thirteenth Century: the Papacy and Peter Lombard“;である。さらに、J. Taliadoros, Law and Theology in Twelfth-Century England: The works of Master Vacarius（c. 1115/20-c. 1200), Turnhout 2006.

（89）ズワレブは四法体系（ユス・コムーネ（大陸普通法）、フランス法、ドイツ法、英法）に区分し、それぞれについて、（ユス・コムーネを先頭に）時代順に物権法を論じ、また、他の三体系相互間を時々比較する。W. J. Zwalve, A. J. B. Sirks, Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte, Einführung und Sachenrecht, Wien/Köln/Weimar 2008.

（90）K.Zweigert, H.Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996（3. Aufl), 相違はむしろ対象にある。すなわち、比較法は現存の法を対象とし（加えて、ツバイゲルト、ケッツによれば外国法体系も。しかし、それは、比較法制史の場合もそうである。すぐあとの叙述参照）、法制史は過去の法を対象とする。Zeigert/Kötz, Einführung 8:「何が歴史的研究を比較法研究と区別するのか、どこで一方が終わり、どこで他方が始まるのか、どの点について法制史家が発言を

許され、比較法学者は沈黙すべきか、という問題は、この故に、合理的な形で答えるのは出来ない。法制史と比較法は同じ幹に生える木であり、両者は双子姉妹である…したがって、次のことは争えない。つまり、法制史研究が多くの場合比較法的手法により行われ、また逆に、問題の解決のために発達した規則の、歴史的起源を考慮してはじめて、比較法的に有意義な研究が出来る問題もある」。ツバイゲルト、ケッツによれば、「比較法学は、まず、世界の様々な法秩序相互比較として叙述される」。そうであるなら、Zweigert, Kötz, Einführung, 3 und 8ff. も言及するように、これによって、法的相違の解消、と言わずとも減少が達成され、あるいは、最終的には、単一の世界法の成立ということは、その限りで、本来的に意図するものではない。比較法が法統一に至るはずであるというのは、方法論的に内在するものではなく、これとは独立した要請Postulatである。方法は、本質的に解釈学的手続きであり、それは、他国法および自国法のより良い理解に導くものである。その場合に自国法を改善することは成る程十分に考えられが、それ以上のものでない。

(91) ツバイゲルト、ケッツ はいずれにしても「機能主義的に」この立場である、Zweigert/Kötz, Einführung（前注）。ゲンツマーが、既にこの立場である。参照F. Schäfer Visionen und Wissenschaftsmanagement, Die Gründug eines Max-Planck-Instituts für eiropäische Rechtsgeschichte, ZEuP 2009, 517-535 518　ゲンツマーは、当初、比較法制史研究所の設立を構想した。これに対して、他の学者は、比較法学の長所は自国法の改善ないし同化にあると考える。因みに、法はかくもそれぞれの文化に高度に規定されているので、（全面的な）法の統一は不可能ではないかという問題がある。

(92) 参照: Zweigert/Kötz, Einführung（注90）, 9.

(93) 参照B. R. Zimmermann, Römisches Recht und europäischen Rechtskultur, JZ 62（2007）, 1-12.

(94) たとえば、ヨーロッパ法制史における契約、次いで、ヨーロッパ比較法における契約。

(95) Zweigert/Kötz, Einführung（注90）, 4-5.

(96) R. Westbrook, A History of Near Eastern Ancient Law, Leiden 2003. この研究では、ウェストブロックが図式を立て、それに従って各寄稿者が分担して執筆することによって成立した。確かに、「この図式は近代のものであって、古代社会にふさわしくない」と批判することも出来ようが、いずれにしてもいろいろの法をある程度はともかく比較が可能である。近東という限られた地域の法体系間を対象としたものであったから、上述の疑念が緩和される。ウェストブロックは、この地域の法には共通性が高く、近東の法（単数）と呼びうる、との見解であり、「家族法」「契約」などの通例の類型を維持した。つまり、ツバイゲルト、ケッツのいう第二の可能性である。同様の立場を示すのは、U.Manthe, Die Rechtskurturen der Antike, Vom Alten

Orient bis zum Römischen Reich, München 2003.

(97) ケンブリッジ研究計画は「古代地中海、近東、インド、中国の草創期から紀元六世紀までのすべての法的伝統を対象とし、包括的・体系的・比較的考察を提供することを企図」している。中国唐時代も対象に含めるために、中国については七世紀まで拡大する。そこでは、比較のために「法とテキスト」「法と国家」「社会統制」さらには「所有権」「契約」というようなカテゴリーを選んでいる。これらのカテゴリーが広いことは明白である。これと違った選択もありうるが、いずれの選択にもそれぞれ賛否があろう。上述の基準は明瞭である。これが比較のために十分であるかは、計画が完了した段階で明らかとなる。イベットソンは、古代の法体系を相互に比較することを企図している。その場合は、理解過程が一層難しくなる。なぜなら、研究者と対象の間隙を橋渡しする必要のみならず、異なる対象間の橋渡しをする必要があるからである。

(98) それならば、ここでは法制史を比較法の一部とみることとなる、参照:Norm und Tradition（注37）。それは正しい。というのは、比較法では常に、比較はそもそも可能かという問題がつきまとうからである。ユス・コムーネは、実際に、大部分共通であった。従って、法制史家の中に、法制史、特に、ローマ法に新しい役割に期待する人々がいる（特にチンマーマンが提唱、Zimmermann, Savignys Vermächtnis, in:Norm und Tradition（注19）, 281-321 これに対して異論がないわけではない。Ogorek, Die Erbschaft ausschlagen? in:Norm und Tradition（注19）, 181-191 および Padoa-Schioppa, Il diritto commune in Europa, in: Norm und Tradition（注19）193-207 現代法の五層の規範構造を指摘）。しかし、それ以降生じているヨーロッパ批判的運動・政党が示すように、この理念は、一歩先に行き過ぎている。これらの提唱並びにヨーロッパ民法典計画について、現在では聞かれない。

(99) その場合は、認識する主体が適切に顧慮されていないからである。

(100) Gadamer, Wahrheit（注52）, 289:「われわれは、自分たちの先入見すべてをたえず試さなければならないので、実際には、現在の地平はつねに生成され続けている…したがって、現在の地平は、過去なしでは形成されない。獲得しなければならないような歴史的地平が存在しないように、現在の地平そのものもそれ自体で形成されない。むしろ理解とはいつも、そのようにそれ自体で存在しているように思われる地平の融合の過程である」（前掲訳書二巻四七九頁）。次いで、ガダマーは、古いもの新しいものが繰り返して、一方が他方を明示的に廃棄せずに、繰り返して、生き生きと通用に至り、その例として、伝承を挙げる。これは正しい。しかし、この例はもっと多くのことをふくむ。伝承は創出される。すなわち、現代を意味づけるために過去を案出する。参照:E. Hobsbawm, The invention of tradition, Cambridge 1983.

（訳完）

［訳者付記］

ボードウィン・シルクスBoudewijn Sirks教授（オックスフォード大学名誉教授Emeritus、オール・ソウルズ・カレッジ フェロー、オランダ学士院会員）は、一九四七年オランダ・ハーグで生まれ、ライデン大学法学部R．フェーンシュトラ教授のもとで法制史の研究を始め、アムステルダム大学H．アンクム教授の助手・講師を経て、一九九七年ドイツ・フランクフルト・アム・マイン大学法学部教授に就任、その後、二〇〇六年から二〇一四年までオックスフォード大学欽定ローマ法講座教授を勤めた。特に古代後期ローマ法、また、法律パピルス学に関する現在の第一人者と目される。著作に古代ローマの食糧供給に関する法的問題を論ずるFood for Rome: the Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople, J.C. Gieben 1991、長年のテオドシウス法典研究の集大成であるThe Theodosian Code, a Study, Friedrichsdorf 2007がある。これに加え多数の編著論文を精力的に公表しておられる。

その傍ら、古代法史国際協会SIHDA（Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité）の有力メンバーとして国際的に活躍中であり、わが国にも二〇一三年三月福岡工業大学で開催の学説彙纂詮釈研究深化を目的とするローマ法国際コロキウムの機会に来日（その会議論文集Aus der Werkstatt römischer Juristen, Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka,hrgg. U. Manthe, Sh. Nishimura, M. Igimi, Dunker & Humblot, Berlin 2016［ISBN978-3-428-14398-6］, 375-384 にZum Schadensersatzanspruch bei der Lex Aquilia anhand von D.9, 2, 54 und 55 und eine Bemerkung zu D. 9, 2, 56と題する論文を寄稿）、また、二〇一九年二月東京大学葛西康徳教授の招へいで講演（題目「consideration, quid pro quo: a Roman law orgin ?」法制史学会東京部会共催）のため再訪され、日本の研究者との交流を深められた。

本稿は、二〇一八年三月ドイツ・ハイデルベルク大学法学部法制史講座開設百年記念の「Geschichtliche Rechtswissenschaft damals und heute」と題する招待講演（Gechichtliche Rechtswissenschaft , 100 Jahre Heidelberger Institut（1918-2018）HrgChritian Baldus, Christian Hattenhauer, Klaus-Peter Schroeder, Miscellanea Juridica Heidelbergensia 7, Jedermann-Verlag GmbH, Heidelberg 2018,（ISBN9783-88825-324-5）147-180に印刷公表）である。その内容は、わが国における法制史学、また、法律学の基本問題にも深くかかわると思われ、教授の快諾を得て、ここに拙訳を試みる。ただ、ガダマーの議論の検討もふくめ内容が多岐にわたり、しかも圧縮した表現により論旨が展開しているため、訳者が思わぬ誤りを犯しているのではないかと案じ、［　］内に掲載書頁数を示し、読者諸賢のご教示を仰ぐ。