

## 法学上の発見と民法 (4)

小 野 秀 誠\*

- I はじめに
- II 重要概念の形成 (以上、10 卷 1 号、11 卷 1 号)
- III 各分野の法学者
  - III-1 ユダヤ系法学者の系譜、亡命法学者・補遺
    - 1 ユダヤ系法学者の概観
    - 2 その他の背景と迫害
    - 3 各論 1 (初期) (以上、12 卷 3 号)
    - 4 各論 2 (中期 Lenel, Lotmar, Ehrlich, Fuchs)
    - 5 各論 3 (後期 Pringsheim, M.Wolff, Schmitthoff, Schulz, Kantorowicz, Rheinstein, J.Goldschmid, Haymann, ライヒ大審判判事)
    - 6 日本との関係
      - 6a 法典編纂期
      - 6b 亡命期
      - 6c その他 (以上、本号)
  - III-2 民法典の起草と発展、最上級裁判所の変遷
  - III-3 ロマニステン
  - III-4 ゲルマニステン
  - III-5 ローマ法、ゲルマン法、教会法
  - III-6 自然法系諸立法の系譜
  - III-7 スイス法の系譜
  - III-8 アメリカ法の古典理論
  - III-9 法律関係の諸団体
- IV 民法上の著名なテキスト、業績
- V むすび

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 12 卷第 1 号 2013 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

#### 4 各論2 (中期 Lenel, Lotmar, Ehrlich, Fuchs)<sup>1)</sup>

中期においては、ユダヤ系法学者と王権や政府との特殊な関係は消え、中世的な庇護もなくなったことから、種々の困難に直面することもみられるようになった。人数が増えたことから、法学者の立場も一般化したといえる。学問的にも、いわゆる御用学者的な性格は薄れ、前代までのように立法や政策に関与したり、パンデクテン法学の主流を歩むだけでなく、新たな分野を開拓することが多くみられるようになった。新たなテキスト批判や法社会学、自由法運動への関与 (Lenel, Landsberg, Ehrlich, Fuchs)、あるいは労働法領域の設定などである (Lotmar)。積極的契約侵害論のシュタウプも、この時期に誕生した者である<sup>2)</sup>。

中期の者としては、エールリッヒとレーネルが著名である。また、民法・労働法のロートマル (Lotmar) がいる。そして、国家法人説で名高いイエリネック (Georg Jellinek, 1851. 6. 16-1911. 1. 12) やワイマール憲法の起草者であるプロイス (Hugo Preuß, 1860. 10. 28-1925. 10. 9) などが重要人物である。エールリッヒは、民法というよりは、法社会学者として著名である (後期のラーベル<sup>3)</sup> とレーヴィ<sup>4)</sup> は省略)。

#### 2a レーネル (Otto Lenel, 1849. 12. 13-1935. 2. 7)

(1) レーネルは、1849年、バーデンのマンハイムで生まれた。両親は、

- 
- 1) ユダヤ系法学者については11巻3号の前注1) 参照。なお、一般的に若干追加すると、Kürschners deutscher Gelehrten-Kalender 1996: bio-bibliographisches Verzeichnis deutschsprachiger Wissenschaftler der Gegenwart, 1. Aufl. 1925, 17. Aufl., 1996 (たとえば、Marschallである。S. 901)。これは生存者のみしか記載しないから、死者についてはより古い版をも参照する必要がある。Allgemeines Gelehrten-Lexikon, hrsg. Jöcher, Bd. 1-4, 1750-51 (Neud. 1960); Fortsetzung und Ergänzungen zu Jöchers Allgemeinem Gelehrten-Lexikon, Bd. 1-7, 1784-1897 (Neud. 1960/61)。また、Neuer Österreichischer Juristen-Kalender, 1912/13 など。
  - 2) シュタウプについては、拙稿「法上の発見と民法(1)」一橋法学Ⅱ 3 3a 参照。Jellinek については、Sinzheimer, a. a. O., S. 161。なお、いわば政治任用である初期の法学者 (Eduard Gans, 1798. 3. 22-1839. 5. 5, Friedrich Julius Stahl 1802. 1. 16-1861. 8. 10) やその他の者については、別のテーマの下で扱う予定である (関係図・補遺参照)。
  - 3) ラーベルについては、拙稿「比較法 (国際的統一法) の系譜と民法—ラーベルとケメラ—」民事法情報 282号 22頁。
  - 4) レーヴィについては、前掲一橋法学 10巻1号Ⅱ 2 2b 参照。

Moritz Lenel とその妻 Caroline (geb. Scheuer) である。同じ年に生まれた法学者としては、ほかに、コーラー (1849-1919) と 1912 年のスイス民法の起草者のフーバーがいる (1849-1923)。

ハイデルベルク、ライプツヒ、ベルリンの各大学で学んだ。その師は、Vangerow, Wächter, L. Goldschmidt などであった。1870 年の普仏戦争では、志願兵として参加した (1. bad. Dragoner-Rgt)。1871 年には、第一次国家試験に合格し、1871 年末までに、ハイデルベルク大学で、博士の試験に合格し学位をえた。1874 年に、第二次国家試験のあと、学問を志し、1876 年に、ライプツヒ大学で、教授資格・ハビリタチオンを取得し (1880 年に、ザクセン政府は、員外教授への任命を拒否した)、1882 年に、キール大学に、1884 年には、マールブルク大学に招聘された。

1886 年に、シュトラスブルク大学に移り (当時、Brunner, Sohm, Laband がいた)、1907 年には、フライブルク大学に招聘された。その声望にもかかわらず、大学外の公職にはつかず、また終生ここにとどまった。ローマ法史とローマ私法の研究によって、著名な法史家・民法学者となった。古典ローマ法に対する後代のインテルポラチオ (Interpolatione) の研究の先駆者であり (vgl. Interpolationenjagd, SZ (Röm.) 45, 1925, S. 17ff.)、なかでも、永久告示録 (Edictum perpetuum) と再告示録 (Palingenesia) の研究で名高い。これらに関して、1878 年に、Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts が、1883 年には、Das Edictum perpetuum が出された。現代的なテキスト批判の先駆者ともいえる。

現行法に関しては、ドイツ民法典草案への批判に加わり、法律行為、代理を中心とした検討を行った (vgl. Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, JheringsJb. 44, 1902, S. 1ff. これは、同名の論文 (AcP 123 (1925), 161) によって改説されている。Cf. Revista de derecho privado, 1924; Stellvertretung und Vollmacht, 1896)。現実的観点と法史的観点が生かされている。また、ヴェントシャイトの前提論に対する批判は著名である (Die Lehre von der Voraussetzung, im Hinblick auf den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 74 (1889), 213ff.)。独自の学派は形成しなかったが、法律の授業において、今日では自明なケース研究や演習の重視など先駆的な方法を採用し、若い世代に大きな影響を

与えた (vgl. Praktikum des bürgerlichen Rechts, 1901)。

オスロ、ブレスラウ、ミラノの名誉博士号をうけ、ミュンヘン、ゲッチンゲン、ハイデルベルク、ライプツヒ、ローマ、ポローニア、パレルモ、ロンドンなどの学術アカデミーの会員であった。1929年の生誕80周年には、20以上の国の、100を超える大学から祝賀状をうけ、フライブルク市の名誉市民ともなった。1931年12月16日は、彼がハイデルベルク大学で、博士を取得した60周年であり、AcP誌には、これを記念するHeinrich Stollによる業績の回顧がある (Otto Lenel, zum 60 jährigen Doktorjubiläum, AcP 135 (1932), I)。

(2) しかし、1933年に、ナチスが政権を掌握すると、プロテスタントに改宗していたにもかかわらず、人種政策の影響をうけ、家族も職を失った。精神的打撃をうけ、1935年に、失意のうちに亡くなり、フライブルクの墓地に埋葬された。85歳であった。

この碩学の葬儀には、その希望により、親族以外の会葬者もなく、ドイツでは、追悼文も書かれなかった。80歳を超えた妻のLuiseと、娘Bertaは、1940年10月22日に、フランスのde Gursの収容所に移された。妻は、同年11月7日にそこで死亡したが、Bertaは生き残り、戦後の1973年8月13日まで生存した。レーネルの死亡から50年を経た1985年2月7日に、彼の最後の住居のあったフライブルクのHolbeinstraße 5に、記念板がとりつけられた<sup>5)</sup>。

レーネル自身は、ローマ法学者のパルチュ (Joseph Aloys August Partsch, 1882.9.2-1925.3.30) の追悼文を書いている (Josel Partsch †, SZ 45, S. III)。1911年に、パルチュがフライブルク大学に赴任し (~1920年まで)、親密になったからである。

以下の業績がある。

---

5) Bund, Otto Lenel, Freiburger Professoren des 19. und 20. Jh. (hrsg. v. J. Vincke, Beiträge zur Freiburger Wissenschafts- und Universitätsgeschichte, 13. Heft), 1957, S. 77ff.; (15. Heft), H. J. Wolff (1957), S. 115ff.; ders. Lenel, Otto, NDB Bd. 14, S. 204f.; Göppinger, Horst, Juristen jüdischer Abstammung im Dritten Reich, 1990, 2. Aufl., S. 225; Fritz Pringsheim, Römisches Recht in Freiburg nach 1900 (S. 126f.); Sinzheimer, a. a. O. (前注1), S. 97ff. レーヴィは、フライブルク大学のレーネルの後任であり、その後任は、プリングスハイムであった。

Über Ursprung und Umfang der Exceptionen, 1876.

Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jherings Jb. 19 (1881), S. 154ff.

Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 1883 (Neud. 1927). これは、サヴィニー財団の賞をうけた。

Palingenesia juris civilis, 2 vols., 1887/89.

Ueber die Reichsverfassung, 1920.

Das interdictum Quod legatorum utile, 1932, S. 282ff.

Zur Lehre von der actiones arbitrariae, Festgabe f. Rud. Sohm, 1914, S. 200ff.

2b ロートマール (Philipp Lotmar, 1850-1922. 5. 29)

(1) ロートマールは、1850年に、フランクフルト・アム・マインで生まれた。父親の Heinrich Löb (1832年に Lotmar に改名、1814-57) は、ユダヤ系の商人で金融業者であり、母親は、Rosette (1822-66) であった。彼は、パンデクテン法学者として著名なだけではなく、ドイツ労働法学の創始者の1人でもあった。法哲学的な研究がその基礎にあった。労働法では、ジンツハイマー (1875-1945) の先駆者にあたる。

1869年に、ハイデルベルク大学と、ゲッチンゲン大学でイェーリングのもとで学び、1871年からは、ミュンヘン大学のプリンツ (Geyer Aloysius von Brinz, 1820. 2. 25-1887. 9. 13)のもとで学んだ。1873年に、第一次国家試験に合格し、1875年に、ミュンヘン大学で学位を取得し (Über causa im römischen Recht, Diss. München 1875)、1876年には、教授資格・ハビリタチオンを取得した (Zur Legis actio sacramento in rem, 1876)。この時期に、Loewenfeldと K. v. Amiraと知り合い、生涯の友となった。この時期のミュンヘン大学には、プリンツのほか、Seuffert, Pölz, Roth, Maurer Planck<sup>6)</sup>などがいた。12年間、ミュンヘン大学で私講師として、おもにローマ私法と訴訟法、ほかに商法と手形法、ローマ法史を教えた。

彼の主たる研究は3方面に及び、第1に、ローマ法に関するものがある。1883

---

6) このプランクは、著名なコンメンタールの創始者のプランク (Gottlieb Karl Georg Planck, 1824. 6. 24-1910. 5. 20) とは別人である。

年ごろから、錯誤 (Error) に関する研究を始めた。第2には、法哲学に関するものがあり、錯誤論の副産物でもある意味の平明性 (Allgemeinverständlichkeit) に関する講演が最初である (1880/81年、印刷されたのは、1893/98年)、第3に、労働法的な研究がある (1902年以降)。

ビスマルクによる社会主義者〔鎮圧〕法 (Sozialistengesetz, 1878-90年) の公布後、SPD (社会民主党) に入党した。そのため、ドイツ国内では大学に就職することができなかった。同法は、しだいに実効性を失ったが、1885年には、キール大学への就職に失敗した。それは、当時、すでにユダヤ系法学者がおり、キールのような小規模大学において、3人のユダヤ系正教授の採用は、むずかしかったからである (1880年のベルリン大学でも、正教授は11人だけである)。つまり、19世紀の中庸以降においても、なおユダヤ系による差別はみられたのである。

(2) スイスの大学は、ドイツ系の学者に対して、しばしば招聘や昇進の機会を与えている。イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818.8.22-1892.9.17. 1845年に就任) やヴィントシャイト (Bernhard Joseph Hubert Windscheid, 1817.6.26-1892.10.26. 1847年に就任)、ゲルマニストのベーゼラー (1809.11.2-1888.8.28) も、最初に正教授の職をえた場所は、バーゼル大学であり、デルンブルク (Heinrich Dernburg, 1829.3.3-1907.11.23. 1835年に就任) の最初の赴任地も、チューリヒ大学であった。ただし、在任期間はごく短いことが多い。

ロートマールも、1888年に、ロマニストであり講壇社会主義者の Julius Baron の後任として、ベルン大学に招聘された。そして、彼は、死ぬまでここにとどまった。市民国家であるスイスは、彼の気に入ったからである。1889/90年、1899/1900年、1905/06年、1912/13年の4回、学部長となり、1897/98年には、学長ともなった。当時のベルンには、Gretener, Hilty, König, Zeerleder, Rossel, Marcusen, 1892年から、1907年の民法典の起草者である E. Huber や、のちには Max Gmür などがいた。ロートマールは、1922年、短期間心臓病を患ったのち、ベルンで亡くなった<sup>7)</sup>。

彼は、鋭いロマニストであり、重要な労働法学者、法政策者 (法典草案 1911年に関するもの、OR Entwurf) となった。長くスイスに居住したが、ドイツの

国籍を保持し、第一次世界大戦では、ドイツの戦時公債を購入した。国民的、リベラルでありながら、社会主義的であり、ヒューマニストと自覚していた。

ロートマールの研究は、エネルギーかつ分析的な形成力の産物である。多くのモノグラフィーや論文を書いた。代表作に、上述の錯誤論のほか、1800頁にもなる *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches* (2 Bde., 1902/08) がある。後者は、労働協約をも含む労働契約に関する最初の包括的な法律上の業績であり、一時代を画した<sup>8)</sup>。

ドグマと立法の分裂を克服し、重要な法哲学的な論文の中で、彼は、独自の、規範的・楽観的な立場を表明している (*Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, 1893; *Die Gerechtigkeit*, 1893; *Unmoralischer Vertrag*, 1896; *Freiheit der Berufswahl*, 1898)。彼の研究は、正確性に富み、法規に忠実で、建設的な思想に富んでいる。

彼の考察の前提は、ロマニストの私法的方法であり (Romanistik)、その立場は、リベラリズム、政治的な実証主義であった。道徳と政治と法の完全な分業は、

7) Sinzheimer, a. a. O (前注 1), S. 207ff.; Gmür, Zeits. des berner Juristenverein 58 (1922), S. 263ff.; Rückert, Lotmar, Philipp, NDB Bd. 15, S. 241f.; Rückert, *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. v. H. Heinrichs, 1993, S. 331ff. ハイน์リヒス (金井幸子訳 (森勇監訳・ユダヤ出自のドイツ法律家)) 507 頁; Isele, Philipp Lotmar und Hugo Sinzheimers Bedeutung für das moderne Tarifvertragsrecht, Festschr. L. Barassi, 1965, S. 245ff.

8) 受領不能、経営危険に関して、不能説が、パンデクテン法学の後期の学説の多数を占め、ドイツ民法典の成立後にまで主張された (Windscheid-Kipp, *Pandekten*, II, 1906, § 345 (S. 444); Titze, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschen bürgerlichen Recht*, 1900, S. 22; Rümelin, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, 1905, S. 82f. Vgl. Kisch, *Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, 1900, § 3 (S. 18ff.); Kleineidem, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, 1900, S. 94ff., S. 24ff.)。拙著・危険負担の研究 (1995 年) 158 頁。

しかし、労働判例では、受領遅滞説が有力であった。つまり、立法者は、下民 297 条を言語上の提供 (295 条・296 条) がなされても債務者の現実の履行が不能のときには受領遅滞にならないことを意図して規定した (Oertmann, *Kommentar*, II, 1928, zu § 297; Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers*, *JherJb* 43 (1901), S. 202.)。しかし、これを、現実の提供 (294 条) がなされれば、債権者の事情で現実の履行はなされなくても不能にならないことを前提とした、と解する (制限的に vgl. Lotmar, *Der Arbeitsvertrag*, II, 1908, S. 282f., S. 284.)。後者は、使用者の一身的事由による障害では、被用者が提供するの可能性があることを重視するのである。同研究 183 頁。

彼にとって必ずしも理想的ではなく、人間的に豊かであり批判的であることによって統合されていたのである<sup>9)</sup>。Der unmoralische Vertrag, Insbesondere nach Gemeinen Recht, 1896によって、現代労働法学の父といわれている。新たな分野の開拓ではあるが、20世紀の初頭近くまで、パンデクテン法学の有用性があったことを示している。

以下の業績がある。

Kritische Studien in Sachen des Contravindication, 1878.

Rezenzion zu Leonhard, Irrtum, KritVjschr. 25 (1883), S. 368ff. 26 (1884), S. 220ff.

Über plus est in re, Festgabe J. W. Planck, 1887, S. 57ff.

Die Verteilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe, Jherings Jb. 33 (1894), S. 225ff.

労働法関係のものが多いが、ほとんど省略する。

Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs, Archiv für soziologische Gesetzgebung und Statistik 8 (1895), S. 1ff.

Die Tarifverträge, id. 15 (1900), S. 1ff.

Lohnabzüge für Wohlfahrtseinrichtungen, id. 36 (1913), S. 735ff.

2c エールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862. 9. 14-1922. 5. 2) と法社会学

(1) エールリッヒは、法社会学上の業績によって現在でも著名であり、本稿で、あまり立ち入る必要はないであろう。

1862年に、オーストリア帝国の東の辺境であるブコヴィナのチェルノヴィッツで生まれた (Czernowitz)。同地は、辺境であったが、ハプスブルク家直轄領であり、大学も、皇帝の名 (Franz Josef, 1830-1916, 位は 1848-1916) にちなんでいた。現ウクライナの西方、ルーマニア国境に位置しており、1986年の原子力事故で著名なチェルノブイリとは異なる (Chornobil)。

父親の Simon Ehrlich は、チェルノヴィッツの弁護士であり、母親は、Ele-

---

9) 前注7) 参照。

onore (geb. Donnerfeld) であった。ガリツィアの Sambor のギムナジウムに通った。Lemberg 大学と、1881 年から 1883 年まで、ウィーン大学で学んだ。1886 年に、ウィーン大学で、学位をえて、さらに 1895 年に、ハピリタチオンを取得した。ウィーン大学で私講師となったのち、1897 年から、チェルノヴィツの、Franz-Joseph 大学の員外教授となり、1900 年に、正教授となった。なお、著名人では、刑法学者のエックスナー (Franz Exner, 1881-1947) が、1912 年から 1916 年の間、このチェルノヴィツ大学にいた (のち、プラハ、テュービンゲン、ライプツヒの各大学、1933 年からは、ミュンヘン大学教授である)。民法学者のエックスナー (Adolf Exner, 1841.2.5-1894.9.10) は、その親である。さらに、前述のウンガーと関係する Franz Serafin Exner は、その民法学者の親である。

同大学の民法学者では、ほかに Emil Schrutka von Rechtenstamm (1852-1918) が著名である (PND 117106984)。Stein, Hellwig とともに、Seckel の形成権概念を早くに承認した<sup>10)</sup>。辺境とはいえ、ドイツ系住民の多い場所であり、講義もドイツ語で行われていたのである。

また、古くは、ローマ法・カノン法学者のフェーリング (Friedrich Heinrich Theodor Hubert Vering, 1833-1896) がいた (Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts, 4. Aufl., 1875 が知られている)。

エールリッヒは、1913 年の「法社会学の基礎理論」(Grundlegung der Soziologie des Rechts) により、パウンド (Nathan Roscoe Pound, 1870.10.27-1964.6.30) などから国際的に評価されたが、第一次世界大戦の開始時の 1914 年に、チェルノヴィツにロシア軍が侵攻したために、エールリッヒは、同市から脱出しなければならなかった。その後、ウィーンに移り、スイスにも住んだ。スイスでは、大戦のためにドイツに入国できない日本人の学者に対して、ドイツ法や語学を教えた。戦後、故郷のブコヴィナが、ルーマニアに併合されたことから、彼は、故郷に帰ることを望まなかったが、ベルンでも職をえることができなかったことから、1921 年に、帰国の決意をした。しかし、ルーマニア語で講義を準備する

10) 拙著・民法における体系と変動 (2012 年、以下【体系と変動】) 10 頁参照。

ために、研究休暇をとる必要があり、ブカレストに向かった。しかし、糖尿病にかかったために、チェルノヴィッツで実際に教育活動をすることはなかった。彼は、ユダヤ教からカトリックに改宗し、生涯結婚しなかった。1922年に、ウィーンで亡くなった<sup>11)</sup>。

(2) わがくにとの関係では、第1次大戦の結果、1918年にヨーロッパに渡航できずに、アメリカに留学した末弘巖太郎(1888-1951)が、大戦後の1920年にベルンで、エールリッヒに会って、大きな影響を受けたことが注目される。当時、ベルンには、戦争のためドイツに入国できなかった日本の法律家が多くいて、ドイツの本を読んでいたといわれる。エールリッヒも、スイスでは貧困に苦しんでいたことから、法律だけでなく、ドイツ語をも教えたのである<sup>12)</sup>。

エールリッヒは、最初は、ローマ法学者として出発したが、やがて当時支配的であった概念法学に反対し、1903年以降、現実の法を観察すべき法のシステムを構築しようとした。その生涯は、生きた法(Lebendes Recht)の研究に捧げられた。法律学に社会学的な方法を応用するという発想がなかった時代に、法律学に科学的な方法を用いることが説得力を与えたのである。上述の「法社会学の基礎理論」が主著であり、M・ウェーバーに影響を受けている(4. Aufl., 1989, durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder)。法律学に社会学的な方法をもちこみ、法社会学の創始者とされる<sup>13)</sup>。これによって、中央ヨーロッパだけではなく、英米法国にも影響を与えた。しかも、社会学的な法の考察をしたにとどまらず、概念法学的な構成と対抗できる統一的な方法で対象としたところに意味があった。これに関しては、最後の研究であるDie juristische Logik(1918)がある。

---

11) Döhring, Ehrlich, Eugen, NDB. Bd. 4, S. 362; Manfred Rehbinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich., 2. Aufl., 1986; Markus, Ehrlich, Eugen, Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon (BBKL). Bd 32, 2011; Sinzheimer, a. a. O., S. 187. 上田理恵子「オイゲン・エールリッヒ」近世・近代ヨーロッパの法学者たち(勝田有恒=山内進編、2008年)379頁、平松績「エーアリヒ」ドイツ法学者事典64頁。ハインリヒス(野沢紀雅訳)701頁。

12) 六本佳平・吉田勇編・末弘巖太郎と日本の法社会学(2007年)25頁(末弘の言による)、87頁以下参照。秦郁彦編・日本近現代人物履歴事典(2002年)275頁。

13) 彼は、ウェーバー、ジンツハイマーと並び、法社会学の祖とされる。Vgl. Rottleuthner, Drei Rechtssoziologen, Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, (Erk Volkmar Heyen (hrsg.), Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, S. 227ff.)

第31回ドイツ法曹大会(1912年に、ウィーンで開催され、会長は、Heinrich Brunnerであった。第32回大会は、第一次世界大戦のため中断し、1921年のBamberg大会まで延びた)の前にすでに、法学部にこうした生きた法の講座を設けることを主張している<sup>14)</sup>。

現在でも参照される種々の業績があり、解釈学の論文とは異なり、しばしば復刻されている。Die stillschweigende Willenserklärung, 1893; Zwingendes und nichtzwingendes Recht im BGB für das Deutsche Reich, 1899; Beiträge zur Theorie des Rechtsquellen, 1902; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Tatsachen des Gewohnheitsrechts, 1907; Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, (engl. 1938, mit. Einl. v. R. Pound); Die Aufgabe der Sozialpolitik im österreichische Osten (Juden- u. Bauernfrage), 1916; Bismarck und der Weltkrieg, 1920 などがある。

#### 2d フックス (Ernst Fuchs, 1859. 10. 15-1929. 4. 10)

フックスは、南ドイツのカールスルーエ近郊のWeingarten (バーデン王国。現在でも人口1万人に満たない)で、1859年に生まれた。父親は、厳格なユダヤ系の家畜商人で、子だくさんであった。1871年に、家族は、カールスルーエ(バーデン王国の首都)に引っ越した。彼は、そこの王国のギムナジウムに通った。飛び級するためにHeilbronnのギムナジウムに移った。

1876年から1880年の間、ハイデルベルク大学とシュトラスブルク大学で法学を学んだ。1884年に、カールスルーエ・ラント裁判所から弁護士資格を取得した。ビスマルクの社会主義者〔鎮圧〕法の時代であったが、社会主義者を弁護した。1894年に、カールスルーエ高裁で、弁護士になった。彼は、改革派ユダヤ人に属した(Reformjudentum)。そこで、ドイツ社会への同化に肯定的な態度から、1899年に、ファーストネームを、SamuelからErnstに改めた。ほぼ同年の生まれのシュタウブ(Samuel Hermann Staub, 1856. 3. 21-1904. 9. 2)が、Samuelを用いなかったのと同様である。1929年に、カールスルーエで亡くなっ

14) 前注11) 参照。

た<sup>15)</sup>。

彼は、法によって、安息日を日曜に移すべきとの意見を有していた。当時の民法(BGB)の規定によれば、厳格な安息日の定めは、法取引のための、期間の終期と衝突するからである。ただし、現行民法は、1965年の改正で、こうした日曜日と祝日のそごを回避している(1965.8.10, BGBI. I, S. 753)。

民法193条によれば、特定の日または期間内に、意思表示をなし、または給付を履行することになっており、その特定の日または期間の最後の日が日曜日、意思表示をする地または給付地において国家により認められた一般的な祝日または土曜日の場合には、これらの日の代わりに、次の最初の労働日を応答日とする<sup>16)</sup>。

自由法運動は、一般的には、ドイツ民法典の制定には反対であった。立法が実務を規定するのではなく、法はもっと自由法運動に適合するものでなければならぬからである。エールリッヒやカントロビッチと同じく、法の欠缺の認識を基礎とする。欠缺の補充(Lückenfüllung)は、たんなる類推や反対解釈(Analogie oder Umkehrschluss)によるのではなく、社会学的方法によらなければならず、そのさいに、判例も有用な素材となりうる。ただし、裁判官は、個別の取引慣行をも判例の基礎におかなければならないとする。こうして、フックスも、狭い法実証主義を克服することを試みたのである<sup>17)</sup>。

---

15) 前掲・ドイツ法学者事典87頁(伊藤進), GND: 116843659.

16) 現行の193条は、日曜と祝日、土曜日について、以下の規定をおく。

Ist an einem bestimmten Tag oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen *Sonntag, einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend*, so tritt an die Stelle eines solchen Tages der nächste Werktag.

1900年の原民法典では、日曜と祝日のみであった(Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag.)。もともと、改正は、週休二日制の普及によるもので、ユダヤ教の安息日(土曜日)の趣旨ではない(イスラム教では金曜日)。

### 5 各論3 (後期 Pringsheim, M. Wolff, Schmithoff, Schulz, Kantorowicz, Rheinstein, J. Goldschmid, Haymann, ライヒ大審院判事)

以下の著名な法学者は、ナチスの政権獲得後に国外に亡命した点で共通している。ヤコビ (Erwin Jacobi, 1884. 1. 15-1965. 4. 5) のように、ドイツ国内で生き延びた者もいるが、亡命の機会もなく、ホロコーストの犠牲となった者もいる。当時すでに、著名であった者には亡命の機会があったが、必ずしもこういう機会のあった者ばかりではないからである。

#### 3a プリングスハイム (Fritz Robert Pringsheim, 1882. 10. 7-1967. 4. 24)

(1) プリングスハイムについては、別稿において、ヴィアッカー (Franz Wieacker, 1908. 8. 5-1994. 2. 17) の師として、かなりふれたことがある<sup>18)</sup>。本稿は、正面からこれを採り上げるものである。

プリングスハイムは、1882年に、シレジアの Hünern (Kr. Trebnitz) で生まれた。州都ブレスラウの北方約 8 km に位置していた。父親は、Hugo, 母親は、Hedig (geb. Heymann) であった。多数の学者や芸術家を輩出したユダヤ系の豊かな家系であった。ブレスラウのギムナジウムに通い (Realgymnasium zum Zwinger, Gymnasium zu St. Maria Magdalena)、1902年に大学入学資格をえた。1902年の冬学期から、ミュンヘン大学に入学し、法律学を学んだ。その後、ハ

17) Vgl. Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907, S. 64ff.

なお、Fuchs は、売買の危険負担については、いわゆる有責説をとっている。これは、一方的債務における帰責の存否を双方向的な債務にもおよぼす点に特徴を有する。サヴィニーに発する見解である。すなわち、双務契約における給付の相互依存関係を認めながらも、履行不能が偶然による場合には現実に履行したとみなされる、という擬制にもとづいて買主の対価支払義務の存続を認めた。すなわち、買主がただちに目的物を受領していれば、偶然の滅失は同人に帰したはずであるし、売主には損失についての責がないから同人に不能についての責任をおわせることもできない、と主張する。この見解は、特定物を給付する債務に関する債務者の過失責任の有無 (売主 = 債務者に帰責事由がない) を、そのまま債権者 = 買主の反対給付債務に延長した (売主は対価を請求することができる) ものであり、買主負担主義を、いわば消極的な過失責任によって基礎づけているのである (Fuchs, *Beiträge zur Lehre von Periculum bei Obligationen*, AcP 34 (1851), 112; Voigt, *Das strictum jus und aequum et bonum der Römer*, III-2, S. 650, 875f.; Puchta, *Pandekten*, 1853, § 302, S. 462)。拙著・前掲危険負担の研究 339 頁参照。

18) 拙稿「キール学派と民法」一橋法学 9 卷 2 号 23 頁、43 頁。

イデルベルク大学、ブレスラウ大学に移った。その在学期間は、おおむね民法典の成立時期であった。

ブレスラウ大学の Otto Fischer (1853. 3. 30-1929. 12. 1) のもとで、相続分の譲渡と担保に関する学位論文を書いた (Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils)。1905年に、ブレスラウ高裁で、第一次国家試験に合格した。翌1906年3月に博士の口述試験 (Rigorosum) をうけた。1906年から、上シレジアの Falkenberg 区裁判所で司法研修をしたが、1906-1907年は、ロートリンゲンの Colmer と Mülhausen の龍騎兵連隊で兵役についた。1911年に、ブレスラウ高裁で、第二次国家試験に合格し、ライプチヒで判事補となった。

その後、ライプチヒ大学で、法史学の研究に入り、ローマ法学者の Peters や Partsch と親しくなった。この若手研究者らは、研究サークルを形成したが、その関係はあまり長続きしなかった。第一次世界大戦が勃発し、Peters が東部戦線にいき、Partsch も病気になったからである。1916年に、プリングスハイムは、L・ミッタイスのもとで、売買法に関するハビリタチオン論文を書き (Kauf mit fremdem Geld)、1920年に、フライブルク大学で私講師となった。フライブルク時代には、レーネルと懇意になった。L・ミッタイスとの関係では、ラーベルとは兄弟弟子となる。

プリングスハイムは、1911年に、Katharina (geb. Rosenheim) と結婚し、6人の息子が生まれた。彼も、第一次世界大戦では、志願し少尉となった。戦後、1921年に、員外教授となり、1923年に、ゲッチンゲン大学に、Fritz Schulz (1879. 6. 16-1957. 11. 12) の講座の後任として招聘された。1928年に、Levy がイデルベルク大学に移ったことから、1928/29年には、フライブルク大学に戻った (この講座は、かつて Lenel が占めた講座である)。この時代の弟子が、Felgentraeger と Wieacker である。

(2) しかし、1933年に、ナチスが政権を掌握し、1935年には、ユダヤ系教授を教職から追放する一連のニュルンベルク法が成立した。彼は、ベルリンのプロイセン学術アカデミー (Preußischen Akademie der Wissenschaft) に地位をえて、東ローマ法のバシリカの出版計画に携わった。また、1933年から1939年の間に、外国で出版された彼の著作は多数に上った。しかし、1939年には、もは

やドイツにとどまらず(1939年に、いったん逮捕され、Sachsenhausenの収容所に送られた)、要路の弟子の助けをうけて、ようやくイギリスに亡命した。オックスフォードで授業を行いながら、研究を続けた。たとえば、1950年に出されたモノグラフィー「ギリシア売買法」(The Greek Law of Sale)である。戦後、彼は、フライブルクに戻ったが、当初は、オックスフォードとフライブルクに半年ずつ暮らし、完全にオックスフォードの家を去ったのは、1958年であった。

多くのアカデミーの会員となり、アテネ、グラスゴー、フランクフルト、パリの名誉博士を授与された。1966年から、健康を害して、1967年に、フライブルクで亡くなった。その墓は、Friedhof in Günterstal (vor den Toren Freiburg)にある<sup>19)</sup>。

### 3b M・ヴォルフ (Martin Wolff, 1872.9.26-1953.7.20)

(1) M・ヴォルフは、ラーベルの好敵手として、ラーベルとの関係でしばしば登場している。本稿では、ラーベルについては対象としないが、種々の点で、対照的であった。性格もそうであったし、当初専門としたところが物権法であったこと、ロマニストの出身で債権法を得意分野としたラーベルに対し、ゲルマン法的な概念を重視する傾向なども異なっていた。

M・ヴォルフは、1872年に、ベルリンで、ユダヤ系の商人の家に生まれた(両親は、Wilhelm WolffとLehna Wolff (geb. Ball))。彼は、ベルリンでフランス系のギムナジウムに通い、ついでベルリン大学で法律学を学んだ。1884年に、Das beneficium excussionis realisによって学位をえた。ローマの皇帝法に由来し、財産への強制執行の前に、特別担保からの満足を求める債務者の権利に関するものである(日民394条参照)。

民法典の発効した1900年に、彼は、ゲルマニストのギールケの下で、ハビリタチオン論文「他人の土地上の建物、とくに越境した場合」(Der Bau auf frem-

19) Elmar, Pringsheim, Fritz, NDB Bd. 20, S. 728f.; Wieacker, Fritz Pringsheim zum Gedächtnis, SZ 85 (1968), 602ff.; Troje, SZ 79 (1962), 221ff.; Bund, Fritz Pringsheim (1882-1967), Ein Großer der Romanistik, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. v. H. Heinrichs, 1993, S. 733ff. ハインリヒス(川並美砂訳)1099頁。

dem Boden, insbesondere der Grenzüberbau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich auf geschichtlicher Grundlage) によって、ベルリン大学で教授資格をえた。これは、地上の定着物を土地と切り離す権利である地上権 (superficies solo cedit) の厳格な適用に反対するものである。ただし、建物の保護を述べている。そのさいには、ドイツ法的な法観念 (Rechtsgedanken) が重要な役割を果たしており、その他の場合にも、ゲルマン法的傾向がみられる。ゲルマン法の重視は、ベルリン大学では、すでに Heinrich Brunner と Otto von Gierke によって主張されたところである。Ernst Wilhelm Eberhard Eck (1838-1901. 1. 6) の影響もみられる<sup>20)</sup>。

1903年に、ヴォルフは、ベルリン大学で員外教授となった。この時期から、Enneccerus-Kippの物権法テキストを改訂し、これは、Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts) として、長らく標準的なテキストとなった (1910年。1932年に9版、さらに、Raiserによる改定で1957年に10版)。同じシリーズの家族法の改定も行った (Das Familienrecht, 1912, 1931年に7版)。このころ結婚し、1907年には、のちにピアニストとなった息子の Konrad Wolff が生まれた。

1914年に、マールブルク大学で正教授となった。1919年に、ボン大学に招聘され、1921年には、ベルリン大学に招聘され、民法、商法、国際私法の講座についた。ヴォルフは、ハイデルベルク大学のファンゲロー以来の天才的な教師といわれ、その講義はいつも満員であった<sup>21)</sup>。1924年に、民法ケースブック (Zivilrechtsfälle)、商法や手形法の論文も書き、1933年には、シュプリンガー百科の「国際私法」が公刊された (これは1937年に、スペイン語に翻訳され、ま

---

20) Medicus, Martin Wolff (1872-1953), Ein Meister an Klarheit, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, (hrsg. v. H. Heinrichs), 1993, S. 543ff.; L. Raiser, AcP 172 (1972), 489, 491. ハイブリヒス (坂本恵三訳) 811頁。

Dannemann, Martin Wolff (1872-1953), S. 561ff. (Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, hrsg. v. Grundmann, Kloepfer, Paulus, Schröder, Werle, 2010).

21) これは、多くの追悼録の述べるところである。W. Hallstein, JZ 1953, 580; H. Lewald, NJW 1953, 1253; E. Koffka, JR 1953, 419. Kunkelも、その師 Levy がかつて Wolff の講義に感銘をうけたことを述べている (SZ 86 (1969), XIIIff.)。

た、物権法も1935年に翻訳された)。1922/23年に、学部長となった(その後任は、公法学者のViktor Bruns, 1923/24年。ラーベルは学部長にならなかった)。

(2) 1933年のナチスの政権掌握によって、講義が妨害されるようになった。大学や裁判所には、SA (Sturmabteilung, 突撃隊) が配置され、1933年5月、SAは、彼の講義を妨害し、出席する学生を脅した。妨害の一時的な緩和も行われたが、結局、1934年に、職を追われた。同僚のラーベルとの仲は、必ずしもよくはなかったようである。1900年から1932年のベルリン大学の教授資格取得者の審査員では、Wolffは、二重効のKippの息子のKarl Theoder Kipp (1927年)、Helmut Rühl (1929年)、Eduard Wahl (1932年)の主査、Walter Hallstein (1929年)の副査(主査は、Heymann)をしており、Rabelは、Wahlの副査をしている。ちなみに、Wolff自身に対する主査は、Gierkeであった(1900年)<sup>22)</sup>。

1938年に、ヴォルフは、イギリス人の妻のあとを追って、イギリスに亡命した。そして、ラーベルやプリングスハイムとは異なり、戦後もドイツに戻ることはなかった。オックスフォードのAll Souls Collegeで、フェローとなり、1945年には、イギリスの国際私法の本である「国際私法」を公刊した(Private International Law, 1945, 1950)。1947年に、イギリスの市民権をとり、1953年に、オックスフォード大学から、名誉博士号を授与された。戦後、1952年に、ドイツの大功労賞をうけた(Großes Verdienstkreuz mit Stern der Bundesrepublik Deutschland)。1952年の80歳の時に、ケメラーなどから記念論文集が発刊されている(Festschrift für Martin Wolff, 1952, hrsg. v. Caemmerer, Hallstein, Mann, Raiser)。また、同年、RabelsZ誌からも祝賀をうけた。彼は、1953年に、ロンドンで死亡した<sup>23)</sup>。

M・ヴォルフは、多数の商法、手形法、家族法、物権法、保険法、国際私法の論文を書いた。とくに、家族法と相続法のテキストは、版を重ねた。彼の物権法は、弟子のライザー(Ludwig Raiser, 1904.10.27-1980.6.13)によって、改訂されている。前述のハルシュタイン(Walter Hallstein)も、ヴォルフのもとでハ

22) Schröder, Klopsch, Kleibert (hrsg.), a. a. O. (3の前注1)のDie Berliner Juristische Fakultät, Daterträger, B Habilitationen (Zustande gekommene Habilitationen an der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin)。

ビリタチオンを取得した(審査員としては副査である)。Schmitthoffも、M・ヴォルフのもとで学位をえている。同人は、イギリス契約法の大家となった<sup>24)</sup>。しかし、Krawielickiは、ほぼ完成していたハビリタチオン論文の提出を政治的理由から妨げられた。

物権法は、1910年に公刊され、じきにこの分野の標準的テキストとなった。1910年から23年の間に、3万7000冊も売れたといわれる。ドグマ的に厳格であり、システムとしての完結性が高かった。1937年にはスペイン語にも翻訳された。しかし、経済的および歴史的な記述は十分ではなく、公法との関係も十分ではないといわれる。彼は、抽象的・方法論的な議論も、あまり得意ではない。ドイツ系法学者としては、英米法に親しみやすい素地があったのである。

ヴォルフの国際私法は、イギリスで積極的に評価され、受容された。しかし、イギリス人には、大陸法の厳格な体系は疎遠であり、とくに、問題の詳細な検討、イギリスの判例法に十分でないと言われた。しかし、法の欠缺にかかわるときには、イギリスの裁判所にとっても有用なものであり、ヴォルフの本は、上院の判例にも引用されている<sup>25)</sup>。

(3) Clive Max Schmitthoff (1903.3.24-?)

シュミットホーフは、1903年に、ベルリンで古いドイツのユダヤ系法律家の家庭に生まれた。父は、ベルリンの著名な弁護士であり、先祖は、オルデンプルク侯国の農民であった。父方の伯父には、法律顧問官(Justizrat)のEduard Goldmann(BGBのコンメンタールで著名である)やHGBのコンメンタールの

---

23) Medicus, a. a. O., S. 545; Dölle, Martin Wolff gestorben, RabelZ 18 (1953), 690; Kleinheyer und Schröder, a. a. O., S. 520; Raiser, Martin Wolf, 26.9.1872-20.7.1953, AcP 172 (1972), 489ff.; Medicus, Martin Wolf, Ein Meister an Klarheit, a. a. O., 543-553; Ulrich Falk: Martin Wolff, (Michael Stolleis hrsg.), Juristen: Ein biographisches Lexikon, 2001, S. 676.

なお、Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987, S. 69では、ボン大学には、1918-21に在職となっている。

24) 著書には、Das Sachenrecht (1910)、物権法は、ライザーによって、1957年に改定されている。Das Familienrecht (1912)。国際私法では、Internationales Privatrecht (1933); Private International Law (1945); Traité de droit comparé (3 Bde) (1950/1952) などがある。

25) Medicus, a. a. O., S. 547f, S. 549f.

著述者の Samuel Goldmann がいる。

1921年に、Friedrich-Gymnasiumで、アビトゥーアを取得し、ボン大学とベルリン大学で法律学を学んだ。第2次国家試験に合格後、M・ヴォルフの下で学び、株式会社の管理に関する論文で、1927年1月22日に、ベルリン大学で学位をえた(Maximilian Schmulewitz, Die Verwaltungsaktie. Herrschafts- und Vorratsaktie. Ihre rechtl. u. wirtschaftl. Grundl.)。1929年から33年、おもにベルリン高裁の管轄区内で弁護士をした。1929年には、ヴォルフやFlechtheimとともに、株式会社法に関する論文を書き(Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften)、これは、Düringer-Hachenburgの商法コンメンタールの補完版として公刊された。また、1932年株式管理会社に関する論文を書いた(Beitrag über die Kapitalverwaltungsgesellschaft)。

ナチスの政権掌握の1933年8月に早くもイギリスに亡命し、ロンドンの経済大学(London School of Economics)で、1936年に修士をえたが、同時にイギリスの弁護士資格の取得の準備をしており、試験には、1年半で合格したが、バリスターの資格をえるには、3年のディナーの期間が必要であり、これを経て、やはり1936年にバリスターの資格をえた。1948年に、ロンドン市立大学(City of London College)のLecturer、1958年に、Senior Lecturer、1963年に、Principal Lecturerとなり、1971年に退職するまで、この地位にとどまった。教職の間に、イギリス法の大家として著名となった。イギリス、オーストラリア、カナダなどの多数の大学の招聘を断り、世界貿易の中心であるロンドンにとどまった。

主著は、モノグラフィーでは、The English Conflict of Laws, 3rd ed. 1954; The Export Trade, the Law and Practice of International Trade, 5th ed 1969; The Sale of Goods, 2nd. ed., 1966; Legal Aspects of Export Sales, 2nd ed., 1969などがある。共編著では、Palmer's Company Law (1968年に、21版)、Charlesworth's Mercantile Law, 12th ed., 1972; The Sources of the Law of the International Trade, 1964などがある。

記念論文集としては、Fabriciusによる論文集Festschrift für C.M Schmitthoff, 1973がある<sup>26)</sup>。

(4) (a) ほかに、M・ヴォルフの弟子には、約款法で著名なL・ライザー

(Ludwig Raiser, 1904.10.27-1980.6.13) がいる。ライザーは、1904年に、南ドイツのシュトゥットガルトで市民の家に生まれた。ライザー自身は、とくにユダヤ系というわけではない。父親は、ヴェルテンベルグの火災保険会社の社長であった(Privat-Feuer-Versicherungs-Gesellschaft)。1923/24年の冬学期から、ミュンヘン、ジュネーブ、ベルリンの各大学で法律学を学び、1927年に、第1次国家試験をうけた。M・ヴォルフ(Martin Wolff, 1872.9.26-1953.7.20)の勧めで、1927年に、ラーベルの創設したベルリン大学のKaiser-Wilhelm-Institutの外国法・国際私法研究所(Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)の助手となった。1930年まで、そこにとどまった。1931年に学位をうけた(Die Wirkungen der Wechselerklärungen im internationalen Privatrecht)。約款法に関する論文は、その2年後に書かれ、それによってハビリタチオンを取得した(Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)。ナチスの政権掌握の1933年に教授資格をえたが、ユダヤ系および政治的嫌疑のある教授の追放に反対したことから、私講師とはならなかった。弁護士として開業し、保険会社に就職した(Magdeburger Versicherungsgruppe)。こうした経歴は、FlumeやCaemmererと類似している<sup>27)</sup>。

1942年に、彼は、反政府的であるにもかかわらず、エルザスのシュトラズブルク大学に招聘された。もともと、兵役についたことから、ほとんど講義をする

---

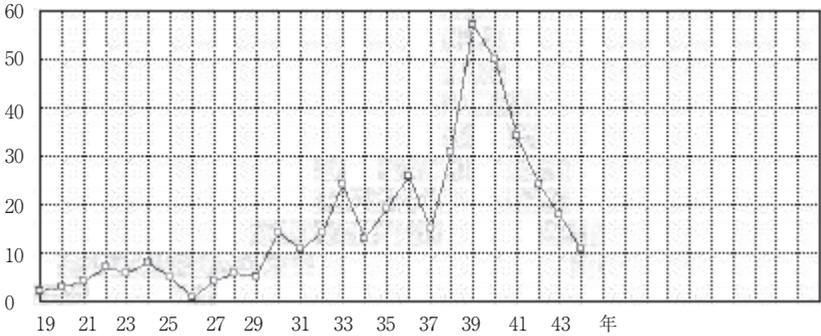
26) Göpplinger, a. a. O., S. 315; Fabricius (hrsg.), Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag, Law and International Trade, Recht und Internationaler Handel, 1973にも、簡単な略歴がある。Honnold, Mémoire in honour of Clive M. Schmitthoff, S. 10; Fabricius, Clive M. Schmitthoff - Leben, Beruf und Werk, S. 11ff.; Bibliographie Clive M. Schmitthoff, S. 421ff.

なお、この記念論文集には、多彩な比較法学者が寄稿しており(Honnold, Coing, Farnsworth, Ficker, Goldstein, Lando, Marschall, Tunc, Zweigertなど)、比較法や売買法の統一は、亡命法学者が命をかけた成果であり、決してグローバリズムや強欲資本主義の道具となるためではないことがわかるのである。

また、ベルリン大学のDissertationの取得者については、vgl. Schröder, Klopsch, Kliebert (hrsg.), Die Berliner Juristische Fakultät und ihre Wissenschaftsgeschichte von 1810 bis 2010, Dissertationen, Habilitationen und Lehre, 2010, S. 173ff. (付録のDVDに一覧表がある)。

27) いずれも、ハビリタチオン論文を提出せず学者としての就職を断念して、民間会社に就職したのである。学問的な出発は、戦後となった。

Dissertation の数 (1919-1945 年)



機会はなかった。そして、戦争中、ベルリンの管理部門ですごした。つまり、ほとんど大学には赴任しなかったのである。

戦後の1945年に、ライザーは、国法学と教会法学者のRudolf Smends (1882.1.15-1975.7.5)の推薦により、ゲッチンゲン大学に招聘され、のち1955年にチュービンゲン大学に移籍した。そして、チュービンゲン大学で、1973年に名誉教授となった<sup>28)</sup>。

(b) ベルリン大学の学位取得者の数は、他の主要大学(ライプツヒ、イエナ、ゲッチンゲン、ハイベルベルクなど)に比して少なく、19世紀の末には、年に10人前後にすぎず、第1次大戦後にはより減少し、5人前後であった。これは、学生数が少なかったからである。1930年代以降は増加し10人を超えるようになったが(年によっては50人にもなった)、それでも伝統的には数が少なく、戦後の大量生産の学位論文(Dissertation)とは比較にならない。1933年から1945年の間、334であった。ちなみに、1810年の開学から1932年の間には、総数はわずか600である。

ハビリタチオン論文は、1930年代以降も少なく、1933年から1945年の間、わずかに19を数えるのみである。なお、1900年から1932年の間は、総数で36で

28) Thomas Raiser, Raiser, Ludwig, NDB 21 (2003), S. 123f.; Festschrift für L. Raiser zum 70. G., Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, (hrsg) Baur, Esser, Kübier, Steindorff, 1974; L. Raiser zum Gedächtnis, Tübinger Universitätsreden, 30, 1982. ただし、ライザーについては、その約款論を、Saleilles などとともに、別途検討する予定である。

ある。1811年から1898年には、82である(1899年にはゼロ)。年間おおむね1人にすぎないのである。一般的に、大学のマスプロ化した現在でも、ハビリタチオン論文は、なお稀少である<sup>29)</sup>。

3c シュルツ (Fritz Schulz, 1879. 6. 16-1957. 11. 12)

(1) シュルツは、シレジアのBunzlauで、ユダヤ系の裕福な家系に生まれた。父親はプロテスタントであったが、母親は、彼が子どものころに、キリスト教に改宗したのである。

1889年から1902年、シュルツは、ベルリン大学とブレスラウ大学で法律学を学んだ。1902年に、第一次国家試験をうけ、1905年に、不当利得の論文(Die actiones in id quod pervenit und in quantum locupletior factum est)で、ブレスラウ大学から学位をうけた。同年、フライブルク大学で、ハビリタチオンを取得した。

1909年に、シュルツは、イエナ大学とインスブルック大学から招聘された。いったんイエナ大学に行く決心をしたが、オーストリアの大学の方が正教授になるのが早いとの予想から、結局、インスブルック大学を選択した。スイスやオーストリアの大学は、ドイツの教授の正教授としての出発点となることが多く(たとえば、ヴィントシャイトにおけるバーゼル大学である。前述2b(2)参照)、昇進も比較的早いからである。そして、1910年に、インスブルック大学のローマ法の正教授となった。そして、1911年には、早くも他の大学からの招聘をうけた。1912年にキール大学、1916年にゲッチンゲン大学、1923年にボン大学に移った。のちの民法学者のフルーメ(Werner Flume, 1908. 9. 12-2009. 1. 28)は、このボン時代の弟子である。ゲッチンゲン大学の時代に、自由左派のドイツ民主党に参加し、民主的なワイマール共和国を支持した。1928年に、ウィーン大学の招聘を断った(オーストリア併合は1938年)。1931年に、シュルツは、ベル

---

29) Schröder, Die Geschichte der Juristischen Fakultät zwischen 1810 und 1945, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, hrsg. v. Grundmann, Kloepfer, Paulus, Schröder, Werle, 2010, S. 10.

リン大学に招聘された。

(2) しかし、この平穏な時期は長くは続かなかった。わずか2年後の1933年に、ナチスが政権を掌握したからである。まず、1934年に、フランクフルト大学に強制移籍され、1935年には、退職をよぎなくされた。まだ56歳であった。ベルリン大学の関係では、ほかにも James Goldschmidt, Ernst Rabel, Martin Wolff, Arthur Nussbaum, 名誉教授の Max Alsberg, Julius Flechthelm、私講師の Max Rheinstein や非常勤講師の Julius Magnus などが亡命している。

職を剥奪された後、1939年まで、シュルツはドイツにとどまった。しかし、1939年、まずオランダに逃れ、ついでオックスフォードに亡命した。戦争中、オックスフォード大学やロックフェラー財団などの多くの組織の経済的支援をうけた。1947年に、イギリスの市民権をえて、1957年に、オックスフォードで亡くなった。

シュルツは、戦後もドイツに戻らず、ドイツの大学で客員講師をしたにとどまる。1949年に、フランクフルト大学の名誉博士号をうけ、1951年には、ボン大学の名誉教授の称号をうけた。1952年には、ローマの Accademia dei Lincei の会員となった。1951年に、フルーメほかによって、彼に対する記念論文集が発行されている (Hermann Niedermeyer, Werner Flume, Festschrift Fritz Schulz. 2 Bde., 1951)<sup>30)</sup>。

今日では、シュルツは、ローマ法とローマ法史で著名である (Classical Roman Law, 1951, Prinzipien des Römischen Rechts, 1934, その英訳である Principles of Roman Law, 1936; History of Roman Legal Science, 1953, その独訳である Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961 など)。最初の文献では、たとえば、ローマ法の買主危険負担主義について、いわゆる注意義務説

30) Ernst, Schulz, Fritz, NDB, Bd. 29, S. 714f.; ders. Fritz Schulz (1879-1957), (Beatson und Zimmermann (hrsg.), Jurists Uprooted. German speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain), 2004, S. 105ff.; Schermaier, Fritz Schulz (1879-1957), S. 683ff. (in Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, hrsg. v. Grundmann, Klopfer, Paulus, Schröder, Werle, 2010).

2009年に亡くなったフルーメの文庫には、ドイツ時代のシュルツから受け継いだ蔵書が含まれており、2010年までは、ボンンの自宅にあった。

を採用している(532頁)。これは、沿革的な理由づけの中でも、とくに支持者の多い考え方である<sup>31)</sup>。

また、現行法に関しても、たとえば、Eingriffserwerbに関する論文が、AcP 105 (1909), S. 1ff. にあり、のちに、モノグラフィーとなっている(System der Rechte auf den Eingriffserwerb. 1909)。これは、今日まで不当利得法において影響力がある文献となっている。

3d カントロヴィッチ (Hermann Ullrich Kantorowicz, 1877. 11. 18-1940. 2. 12)

(1) カントロヴィッチは、その積極性と政治性から、ラートブルフと並んで、もっともナチスから目の敵にされた。友人であるラートブルフとは、大学時代からの親交があり、キール大学に前後して就職したが、ラートブルフがハイデルベルク大学を追われたのと同様に、ナチスの台頭により免職となったのである。

彼は、1877年に、東部のポーゼンで生まれた。のちにナチスに傾倒するパラント (Otto Palandt, 1877. 5. 1-1951. 12. 3) と同年の生まれである。父親は、アルコール工場を有していた。1884年に、ベルリンに引っ越した。

ジュネーブ大学、ミュンヘン大学、ベルリン大学で法律学、哲学、国民経済学を学び、とくにギールケとF・リストの講義を聞き感銘をうけた。刑法学者のリスト (Franz von Liszt, 1851-1919. このリストは、音楽家の Franz Liszt, 1811. 10. 22-1886. 7. 31 とは従兄弟の関係である) のゼミでは、ラートブルフ (Gustav Radbruch, 1878. 11. 21-1949. 11. 23) と親交を深め、両者の友情関係は生涯続いた。1900年に、ハイデルベルク大学で学位を取得し、1907年に、フライブルク大学で、刑法史と哲学に関する論文でハビリタチオンを取得した (Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, 1. Bd, 1907; 2. Bd, 1926)。この間、ユダヤ教徒のままでは、アカデミック・キャリアの形成に障害があることから、1905年に、プロテスタントに改宗した。

---

31) 拙著・危険負担の研究(1995年)282頁、287頁注26参照。注意義務説は、ほかにも、Lepointe et Monier, Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit francais, 1954, p. 360 et s.; vgl. Kaser, Römisches Privatrecht, § 36 III (S. 148); Giffard et Villers, Droit romain, 1976, n<sup>os</sup> 477 (p. 343) et s. によって支持されている。

フライブルク大学で、私講師となり、1913年からは予算外の員外教授になり、1923年から1929年まで、予算内の員外教授(etatmäßiger außerordentlicher Professor)となった。プロイセンの伝統から、フライブルク大学は、ユダヤ系教授に寛容であったが、この当時、1907年にレーネル、1922年にレーヴィがユダヤ系正教授としてすでに在職していたことから、長らく正教授になる機会はなかった。1928年に、レーヴィがハイデルベルク大学に移ったことから、カントロヴィッチも後任の候補たりえた。しかし、カントロヴィッチはラートブルフの後任として、キール大学に移ることになり、1928/29年に、ユダヤ系のプリングスハイムがゲッチング大学から赴任した(かつてフライブルク大学で私講師をしていた)。ベルリン大学以外のユダヤ系教授のポストは比較的限定されていたから、こうした講座の承継の現象がみられるのである。のちに、フライブルク大学に赴任したケメラーは、その師ラーベルがユダヤ系であったにもかかわらず、必ずしもこうした承継には肯定的ではなかったようである。

カントロヴィッチは、のちにはコスモポリタンとして知られたが、第一次世界大戦中の1915年には、志願して兵役についた。また、1927年には、コロンビア大学で、客員教授をした。その研究対象は広く、刑法や憲法だけでなく、民法や法制史、法学方法論から国際法をも包含していた。わがくには、エールリッヒが著名なわりには、カントロヴィッチは、あまり言及されることがない。

1928年に、ラートブルフがハイデルベルク大学に移ると、キール大学のラートブルフの後任として推薦されたが、プロイセンの州当局、シュトレゼーマン(Stresemann, 1878-1929)は、その任命を躊躇した。カントロヴィッチは、戦後の債務問題などの政治的問題についても積極的に発言していたからである。1929年に、41歳でようやく正教授となった。しかし、1933年にナチスが政権を掌握すると、ただちに罷免され、アメリカに亡命した。ユダヤ系教授としては、最初の罷免であった<sup>32)</sup>。

アメリカでは、ニューヨーク大学のCity Collegeで、1934年まで教え(Social Research)、その後、イギリスに渡った。ロンドン経済大学(London School of

---

32) 前述・キール学派 320頁注11参照。

Economics) とオックスフォードの All Souls College と、オックスフォード大学でも教えた (1937年まで)。1937年から1940年までは、ケンブリッジの法律研究所の所長代理であった (Assistant Director of Research in Law)。亡命先のケンブリッジで、1940年に亡くなった。カントロヴィッチの死後、以下の2巻の論文集がまとめられるにあたり、妻 Hilda Kantorowicz (1892-1974) の功績があった。法社会学に関するものと、法史に関するものである<sup>33)</sup>。Rechtswissenschaft und Soziologie. (Württemberg hrsg.), 1962; Rechtshistorische Schriften. (Coing und Immel hrsg.), 1970。

なお、著名な亡命法学者は、1930年代に亡命に成功しているが、無事に亡命した者ばかりではない。たとえば、フランクフルト大学の法学・社会教育学の Ernst Kantorowicz (1892-1944) は、1944年に、アウシュビッツで亡くなった。

(2) カントロヴィッチは、エールリッヒと並ぶ自由法学派の代表者である。この理論は、帝政期の概念法学的な法実証主義に反対して、国家法と社会の乖離に対処しようとした。社会を律するルールは国家法に限られないことから、カントロヴィッチや自由法学派は、国家法だけではなく、社会的な実態の機能を重視するのである。法令集に含まれない生きた法を自由法と呼ぶことができ、法は、こうした生きた法なくして完結せず、その無欠欠性 (Lückenlosigkeit des Gesetzes) は満たされないのである。

自由法学の創始者が誰であるかについては、争いがあり、とくに、エールリッヒとの関係が問題となる。後者によれば、こうした考え方は、1888年にすでに

---

33) Radbruch, Schweizer Zeits. für Strafrecht 60 (1946) S. 262ff.; Berger, SZ (Röm) 68, 1951, S. 624ff.; Würtenberger, NDB Bd. 11, S. 127f.; ders. Internat. Enc. of the Social Sciences VIII, 1968, S. 350ff. 矢崎光圀・ドイツ法学者事典 148頁 (Kantorowicz)、ハインリヒス (野沢紀雅訳) 943頁。

なお、カントロヴィッチとラートブルフに影響を与えた刑法学者のリストについては、清水裕樹「フランツ・フォン・リスト」近世・近代ヨーロッパの法学者たち (勝田有恒＝山内進編、2008年) 365頁参照。

カントロヴィッチには、もう1人、中世史学の歴史家のカントロヴィッチ (Ernst Hartwig Kantorowicz, 1895.5.3-1963.9.9) がおり、彼は、フランクフルト大学から、アメリカに亡命し、カリフォルニア大学の教授となり、1949年、政府への忠誠宣誓問題 (マッカーシズム) から辞職し、1951年、プリンストン高等研究所に移った。出身はポーゼンである。Schaller, Kantorowicz, Ernst Harwig, NDB 11 (1977), S. 126f.

提示されていた。Gnaeus Flavius というペンネームで、カントロヴィッチも、自由法学のパンフレットを書いている<sup>34)</sup>。

カントロヴィッチと自由法学派は、法律学だけではなく、他の分野、たとえば、法社会学の領域に大きな衝撃を与えた。19世紀は、自然科学の発展の時期であり、進化論など、種々の自然科学的概念が社会科学にも応用された。法律学を直接に他の社会科学のもとにおこうとしたこと自体は驚くにあたらない。しかし、それでは、伝統的な *Soll* と *Sein* の区別があいまいになり、法律学と他の社会科学との区別もあいまいなものとなる。そこで、法が社会に同化されるような法の相対化は、一般の法律家からは、法的な関係を不安定なものとするとして、完全な賛意をえることはできなかつたのである。ドグマは、たんなる社会の分析とは異なり、むしろこれに対立するからである。

(3) 多様な業績がある。量的に多いだけではなく、対象も多彩である。第1は、法の歴史に関するものであり、オリエント、ローマ、ギリシアをも対象とする。第2は、法哲学や方法論に関するものであり、第3は、現代法に関するものである<sup>35)</sup>。以下では、著名なものにのみふれる。

*Aesthetik der Lyrik. Das Georgische Gedicht* (H. Goesch と共著), 1902.

*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906. カントロヴィッチは、ローマ風の Gnaeus Flavius のペンネームでいくつかの文章を公刊しており、その1つである。イエーリングの「権利のための闘争」のパロディ的なタイトルである。

*Schriftvergleichung und Urkundenfälschung*, 1906.

Cino da Pistoja ed il primo trattato di medicina legale, 1906.

法哲学や法史学に関するものも多いが、ほとんど省略する。

*Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909.

*Volkgeist und historische Rechtsschule*, 1912.

*Zu den Quellen des Schwabenspiegels*, 1913.

---

34) ヘックの利益法学はこれに反対する。それは、もっと規範主義的なものであり、裁判官は、法規の解釈にさいして、立法者の決定を基礎とし、個別の事件の決定にさいしても、その衡量によって利益を考慮しなければならないとするからである。

35) 前注 33) 参照。

第1次大戦後の債務問題に関する以下の著作は、復刻されている。これら一連の著述は、保守派の怒りをうけた。Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914, mit einer Einführung von Imanuel Geiss, 1967.

Bismarcks Schatten, 1921.

Fechenbachurteil und Kriegsschuldfrage, 1925.

Studien zur Kriegsschuldfrage, 1925.

Pazifismus und Fascismus, 1925.

刑法関係もほとんど省略する。

Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, 1910/11.

Der italienische Strafgesetzentwurf und seine Lehre, 1922.

Tat und Schuld, 1933.

1930年代以降、英語の論文が多いのは、国外的な活動が増えたからである。1933年の亡命後のものは、おもに英語の論文である。これらもほぼ省略する。

English Politics through German eyes, 1930.

Praestantia Doctorum, Festschrift für Max Poppenheim, 1931.

Studies in the Glossators of the Roman Law: w. W. W. Buckland, 1938.

The Quaestiones disputatae of the Glossators, 1939.

3e ラインシュタイン (Max Rheinstein, 1899. 7. 5-1977. 7. 9)

(1) ラインシュタインは、1899年に、ラインラント (Rheinland-Pfalz) の Bad Kreuznach で生まれた。当時、そこはバイエルン領のファルツに属していた。両親は、ワイン農場主の Ferdinand (1842-1904) とその妻 Rosalie (1858-1928) であった。1904年から、ミュンヘンで育った。亡命法学者の中では、もっとも若年の層に属し、学生として亡命しており、戦後も帰国しなかった。

アビトゥーアを取得した後、1917年から1918年、第一次世界大戦の兵役に服し、戦後、ミュンヘン大学で法律学を学んだ。Max Weber の最後の授業を聴き、当時ここにいたラーベルの講義も聴いた。1922年に、第一次国家試験、1925年に第二次国家試験に合格し、1922年に、助手となり、1924年にミュンヘン大学で、イギリス法に関するテーマで学位をえた。1926年に、ラーベルに従って、

ベルリン大学に移り、外国法・国際私法研究所で、その助手となった。1929年に、Lillyと結婚し、1930年に息子が生まれた。

彼は、1931年に、民法学者のHeymannのもとで、英米法の契約的債務関係の構造に関する論文で、ハビリタチオンを取得した(Das vertragliche Schuldverhältnis im anglo-amerikanischen Recht. 副査は、Titzeであった。公表時のタイトルは、Die Struktur der vertraglichen Schuldverhältnisse im anglo-amerikanischen Recht, 1932)。同じユダヤ系法学者のRabelやWolffでない点に興味深い。Hallsteinの主査がHeymann, 副査がWolffであったのに近い。ちなみに、Kippの息子のKarl Theodor Kippのハビリタチオンの主査は、Wolff, 副査がHeymannであった。

しかし、1933年に、ナチスが政権を掌握し、人種差別をうけることになった。そこで、ロックフェラー財団の2年間の奨学金をえて、アメリカに亡命し、コロンビア大学とハーバード大学で学んだ。そのまま、アメリカにとどまり、1935年から、シカゴ大学のロースクールで教えた。1942年から1968年に名誉教授となるまで、同大学で、比較法のMax Pam講座の教授職にあった。この組織は、アメリカでは、民事法の比較法で草分け的存在となった(Einführung in die Rechtsvergleichung, (hrsg. v. Borries), 1974)。1940年にアメリカ市民権を取得し、1945年から1947年には、ドイツにおけるアメリカ占領軍の法務部に属した。シカゴに帰ってから、ヨーロッパとアメリカの若い法律家の交換プログラムを組織した。これは、外国人に修士号を与えるための、今日のLL.M. 制度のモデルとなった。この制度によって、外国法の中でもドイツ法は、アメリカの比較法学の中で、確固たる地位を占めるようになったのである。多くの交換教授をヨーロッパに送り、彼も、ほぼ毎年ドイツを訪れた。レーザーなど、ラーベル学派との交流が盛んであった。

(2) ラインシュタインの学問的中心は、比較法、国際私法、法社会学、家族法である。ハビリタチオン論文も、契約法について、法秩序の歴史的、文化機能的、発展的な研究を比較法的観点から行っている。コモンローでは、現行法と沿革や社会的効果の過程との結合に意味を見出した。彼の制度理解には、ウェーバーの影響が大きく、その法社会学とEdward Shilの社会学を1954年に英語に翻訳し、

注釈を付している (Max Weber on Law in Economy and Society, 1954)。Hans Zeisel (1905-1992), Karl Llewellyn (1893-1962) などとともに、シカゴ大学ロースクールを学際的研究の中心地とした。比較法的、法社会学的な問題設定の適用領域としては、とくに家族法が対象とされている。それによって、家族法の限界領域や、種々の法秩序における離婚の効果の分析をした。外国の法秩序をも大胆に評価したが、比較法学者として、一面的な方法論に固執することはなく、つねに、多数の法文化に根ざす法社会学的な比較を試みた。

1953年に、フランスの勲章 (Ordre des Palmes Juridique) をうけ、また、多くの大学の名誉博士となった (Stockholm 1956, Basel 1960, Löwen 1964, FU Brüssel 1965, Aix-Marseille 1968)。1962年には、フライブルク大学の名誉教授となった。1977年に、Schwarzach (Pongau) で亡くなった。プロテスタントであった<sup>36)</sup>。

早くにドイツを離れたことから、業績の多くは、英米法関係のものである。

Law of Descendent Estates 1947, (mit Glendon).

Marriage Stability, Divorce and the Law, 1972.

Gesammelte Schriften, Collected Works, (hrsg. v. Leser), I: Rechtstheorie u. Soziol., Rechtsvergleichung und Common Law (USA), 1979, II.

3f J・ゴールトシュミット (James Goldschmidt, 1874. 12. 17-1940. 6. 28) 刑法と訴訟法

---

36) Lepsius, Rheinsteine, Max, NDB Bd. 21, S. 493f.; Heldrich, NJW 1977, S. 1572f.; Leser, JZ (1977), S. 613ff.; Drobnig, Max Rheinsteine (1899-1977), S. 627ff. (in Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, hrsg. v. Grundmann, Kloepfer, Paulus, Schröder, Werle, 2010).

記念論文集における略歴は、Ius Privatum Gentium, (hrsg. E. v. Caemmerer, S. Mentschikoff u. K. Zweigert), Festschrift für Max Rheinsteine zum 70. G., I, 1969, S. 1ff.; Strauss, Max Rheinsteine zum 70. G., RabelsZ 33 (1969), S. 409ff.; Zweigert, RabelsZ 42 (1978), S. 1ff.

アメリカ法への影響については、Glendon, The Influence of Max Rheinsteine on American Law, (hrsg. Lutter, Stiefel und Hoeflich), Der Einfluß der deutschen Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 171ff.; Frhr. v. Marschall, ib. S. 333ff.

(1) 刑法、民法、刑訴法学者のJ・ゴルトシュミットは、1874年に、ユダヤ系の家系からベルリンで生まれた。民法法のローゼンベルク(Leo Rosenberg, 1879. 1. 7-1963. 12. 18)よりやや年長である<sup>37)</sup>。

父のRobertは、金融業者であり、母は、Emilie (geb. Bressler)であった。著名な商法学者のL・ゴルトシュミットとの関係は必ずしも明確ではない。ちなみに、ゴルトシュミットという姓は、著名な家系であり、多くの知識人を生んでいる。誕生の年には、同じくユダヤ系の比較法・民法学者ラーベルが生まれている(Ernst Rabel, 1874. 1. 28~1955. 9. 7)。

J・ゴルトシュミットは、1892年にフランス系のギムナジウムでアビトゥー

37) ローゼンベルクは、1879年に、シレジアのFraustadtで生まれた。1896年から99年、ミュンヘン、フライブルク、ブレスラウの各大学で法律学を学んだ。1900年に、ブレスラウ大学で、証明責任論で学位をえて(Die Beweislast nach der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche)、1904年に、ゲッチンゲンにおいて、「訴訟における代理」でハビリタチオンを取得した(Stellvertretung im Prozess)。「証明責任論」は、倉田卓次判事によって翻訳されている(判タ199号~246号・全42回。判タ社・全訂版は、2001年)。

1906年から12年は、ゲッチンゲン大学において私講師、1912年から16年は、ギーゼン大学で、員外教授、1916年から32年に、正教授となった。1927/28学長。1932年から34年に、ライプツヒ大学の正教授となった。しかし、1934年、ユダヤ人であることから、ナチスの立法である公務員職の回復法6条により追放された。自分は生き延びたが、19歳の娘と姉妹2人を失った。

戦後の1946年から52年は、ミュンヘン大学の教授となり、ミュンヘンのバイエルン学術アカデミーの会員にもなった。1963年、ミュンヘンで亡くなった。

民法法では、権利保護請求権説(Lehre vom Rechtsschutzanspruch)、訴訟的理解による訴訟物(der prozessual verstandene Streitgegenstand)を唱えたことで知られる。Stellvertretung im Prozess. Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des Bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualen Stellvertretung, 1908, 大著 Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1927 などがある。受領不能に関する論文もある(前注8)参照。

Vgl. Rimmelspacher, Rosenberg, Leo, NDB Bd. 22, S. 64; Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum 70. G. von L. Rosenberg, 1949; Festh. zum 80. G. Zeits. für Zivilprozeß 72, 1959, H. 1/2; Gedächtnisgabe des Zeits. für Zivilprozeß, ib. 77, 1964, H. 1/2; K. H. Schwab, Juristen im Portrait, a. a. O. (12巻3号の前注1)), 1988, S. 650-56; ders., Heinrichs (hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 667ff. ハイน์リヒス(本間学訳)997頁。

ライプツヒ大学のProfessorenkatalogにも略歴がある(Professorenkatalog der Universität Leipzig | catalogus professorum lipsiensis, <http://uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/fak/Juristenfakultaet/seite6.html>)。

アを取得し、ベルリン大学とハイデルベルク大学で、法律学を学んだ。1895年に、第一次国家試験に合格し、同年、学位をえた(Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch)。1900年に、第二次国家試験に合格し、1901年に、ベルリン大学の、刑法学者のリスト(Franz von Liszt, 1851. 3. 2-1919. 6. 21)と、コーラー(Josef Kohler, 1849. 3. 9-1919. 8. 3)とのもとで教授資格をえた。ハビリタチオン論文は、行政刑法(Das Verwaltungsstrafrecht)であった(Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage)。F・リストとの関係からは、カントロヴィッチやラートブルフの兄弟子にあたる。

彼は、1906年に、Margarete (geb. Lange)と結婚し、1908年に、ベルリン大学で員外教授となり、1919年に正教授となった。さらに、1919年に、彼は、ライヒ司法省の参与となり、刑事訴訟法の改革に参加した。1920/21年、1931/32年に、学部長となった。戦前では、最後のユダヤ系学部長である。

1933年からのナチスの時代に、J・ゴルトシュミットは、ベルリン大学から追放された最初のユダヤ系の教授となった。まず、講義を禁止され、1934年から短期間、フランクフルト大学に移籍されたのち、1935年に、退職をよぎなくされた。1933年から、客員講師として、スペインで多数の講演をし(Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Zaragozaなど)、それらは、スペイン語、イタリア語、フランス語で出版された。その関心は、しだいに法哲学のテーマに傾いた。

1938年に、彼は妻とともに、まずイギリスに亡命し、ついで南米のウルグアイに行った。首都のあるモンテビデオ大学で教え、1940年に、モンテビデオで亡くなった。彼に続いて、ベルリン大学では多くのユダヤ系教授が追放された。Martin Wolff (1872-1953、1938年にイギリスに亡命)、Fritz Schulz (1879-1957、1939年にイギリスに亡命)、Arthur Nussbaum (1877-1964、1934年にアメリカに亡命)、Julius Flechtheim (不明)、Max Rheinstein (1899-1977、1933年にロックフェラー奨学生としてアメリカに渡る)、Julius Magnus (1867-1944、1939年にオランダに亡命)、Max Alsberg (1877-1933、1933年にスイスに亡命)などである<sup>38)</sup>。

(2) 弟の Hans Walter Goldschmidt (1881-1940) も、法律家であった。彼は、ケルン高裁の裁判官であり、ケルン大学の員外教授ともなった。この Hans Walter Goldschmidt も、兄と同様に亡命した。まずイギリスに向かい、その後カナダに向かう途中亡くなった(1940年7月2日)。

(3) 刑法、民訴法、刑訴法などへの多くの功績がある。パピリタチオン論文の行政刑法の研究において、彼は、いわゆる規則違反(Ordnungswidrigkeiten)の問題に取り組んだ。これは、当時、ライヒ刑法では、犯罪(Verbrechen)と同様に扱われていた。J・ゴルトシュミットは、規則違反を真正の刑法犯罪と区別することを試み、規則違反を行政刑法に振り向けた。

また、刑法と刑訴法の改正に関与した。刑訴法では、彼は、イギリスの刑事手続の一部の継受に努力した。検察に、訴訟当事者の役割を求め、ドイツの刑事手続から、まだ残されていた古い糾問手続の遺物を否定しようとしたのである。

民事訴訟法への功績もある。1925年に、彼のモノグラフィー(Der Prozeß als Rechtslage)は、ブルンス(Rudolf Bruns)によって、ドイツ訴訟法学の構造上最大の成果といわれた。J・ゴルトシュミットは、この本で、すでに公にしていた理論「実質的民事司法法」(materiellen Ziviljustizrecht)を敷衍し、国家に対する市民の権利保護請求権(Rechtsschutzanspruch des Bürgers)の存在を擁護した。

J・ゴルトシュミットが公けに追悼されたのは、ドイツではようやく戦後の1950年であり、没後すでに10年であった(Eberhard Schmidt, James Goldschmidt zum Gedächtnis, Süddeutsche Juristenzeitung 1950, S. 447; Sellert: James Paul Goldschmidt (1874-1940), Helmut Heinrichs u.a. (hrsg.), Deutsche

---

38) Rudolf Bruns, James Goldschmidt (17. 12. 1874-18. 6. 1940). Ein Gedenkblatt, ZJP 88 (1975) 122; Robert Goldschmidt, James Goldschmidts letzte Werke, AcP 151 (1950/1951) 363; Heinitz, James Goldschmidt zum Gedächtnis, NJW 1950, 536f.; Schmidt, James Goldschmidt zum Gedächtnis, SJZ (Süddeutsche Juristenzeitung) 1950, 447f.; Schönke, Zum zehnten Todestag von James Goldschmidt, Deutsche Rechts-Zeitschrift 5 (1950) 275f.; Sellert, James Paul Goldschmidt (1874-1940), (Heinrichs u. a. hrsg., Deutsche Juristen jüdischer Herkunft. 1993. S. 595ff. ハイブリヒス(森勇訳) 889頁。

また、Heger, James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage, JZ 2010, S. 637 は、ほぼ70年前に亡くなったGoldschmidtにつき、おもに刑法的観点からの検討である。

Juristen jüdischer Herkunft, 1993. S. 598. ハインリヒス (森勇訳) 889頁)。しかし、J・ゴルトシュミットは、スペインとラテンアメリカにおいて、ドイツ文化上の多大な影響を与えた<sup>39)</sup>。

J・ゴルトシュミットの弟子は少なく、わずかに、Adolf Schönke (1908-1953) がいるだけであり、戦後、フライブルク大学で刑法と訴訟法の教授となった<sup>40)</sup>。

その他の業績として、以下がある。

Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch. 1897 (Neud. 1977).

Der Prozeß als Rechtslage, 1925 (Neud. 1986).

Das Verwaltungsstrafrecht, 1902 (Neud. 1962).

Problemas generales del derecho, 1944. 亡命後に、アルゼンチンで出版された。

3g ハイマン (Franz Karl Abraham Samuel Haymann, 1874. 8. 25-1947. 8. 26)

(1) ハイマンは、1874年に、フランクフルト・アム・マインで生まれた。ラーベールと同年の生まれである。父親はユダヤ系の商人 Victor (1836-84)、母親は、Hermine (geb. Neumann) であった。ローザンヌ、シュトラスブルク、ベルリンの各大学で、法律学と哲学を学んだ。1896年に、修習生となり、マールブルク大学で哲学を学んで、1897年に学位をえた (Begriff der *volonté générale* als Fundament der Rouseauschen Lehre von der Souveränität des Volkes)。

---

39) Ib. J・ゴルトシュミットには、妻 Margarete との間に4人の子がいた。息子の Werner Goldschmidt (1910-1987) と Robert Goldschmidt (1907-1965) は、法律学の大学教授となった。Werner Goldschmidt は、プエノスアイレスのいくつかの大学に勤め、Robert Goldschmidt は、アルゼンチンのコルトバ大学とヴェネズエラの大学に勤めた。その弟の Victor Goldschmidt (1914-1981) は、フランスで学び、フランスの大学で、哲学と歴史を教えた。娘の Ada Goldschmidt (1919-?) の詳細は不明である。

40) ほかに、Arthur Goldschmidt (1873. 4. 30-1947. 2. 9) は、1873年にベルリンで生まれ、1889年に、プロテスタントに改宗し、ハンブルクで国家試験に合格し、裁判官となった。ハンブルク高裁判事となり、ワイマール共和国の時代には、2回、ライヒスゲリヒトに招聘されたが、ハンブルク近郊の Reinbek にとどまった。1933年に公務員職の回復法によって免職になり、収容所に収容されたが、生き延びて、1947年に亡くなった。J. ゴルトシュミットとの関係は不明である。

法哲学では、ルソー研究を主にし、最初の論文でも、1947年の最後に公刊した論文においても、ルソー時代の自然法概念から、社会契約と一般意思 (contrat social und volonté générale) を研究した。民法学者としては、ロマニストであり、危険負担の研究をおもに行った。このテーマにつき、原典批判的な研究を行った。債権者主義 (periculum emptoris) は、古典期の原則ではなく、ユスティニアヌス期の産物 (インテルポラチオ) とする<sup>41)</sup>。彼の原典批判は、つねに哲学的、歴史的な観点を備えたドグマの考察であった。売主の瑕疵担保責任 (Die Regelung der Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, 1912) のルールについて、ハイマンは、錯誤からの保護、履行保護の制度と把握する。これは、債務者の善意保護に関する研究にも関係している。保険契約の双務性に関する研究も、法史的な観点によっている。

1923年に、ロシュトック大学で正教授になり、ついで、ケルン大学に招聘された。担当は、ドイツ民法、ローマ法、法哲学であった。1924年に、法学部長となった。プロテスタントに改宗していたが、1935年に、ユダヤ系であることから停職となり、1938年には、イギリスに亡命した (1940年に、マン島で抑留)。戦後の1947年にオックスフォードで亡くなった<sup>42)</sup>。

なお、ベルリン大学のハイマン (Ernst Heymann, 1870.4.6-1946.5.2) は、ナチスのドイツ法アカデミーで、法哲学部会のメンバーとなり、1939年に、ヒトラー (1889-1945) の50歳誕生日の記念論文集の著者となった。出生、死亡時とも近似しているが、両者の立場は反している。

(2) 解釈論では、より実務的であり、ワイマール期における最大の労働争議である1929年のルール鉄鋼争議の対立に影響を与えた。この争議には、多数の法学者が関与しているが、裁判所の理由づけや論争において、彼の論文 (Die Mehrheitsentscheidung, ihr Sinn und ihre Schranken, Festgabe für Rudolf Stam-

41) 拙著・危険負担の研究、282頁注25、29参照。古典期の売買の危険負担の原則は引渡主義だったとするものである。Haymann, Periculum est emptoris, SZ (Röm.) 41 (1920), 44; vgl. 40 (1919), 167ff.; 42 (1921), 357ff.

42) Mayer-Maly, Haymann, Franz Karl Abraham Samuel, NDB Bd 8, 1969, S. 153f.; Nipperdey, SJZ (Süddeutsche Juristenzeitung), 1949, S. 586; Nolte, SZ (Röm.) 67, 9 150, S. 615ff.; Göppinger, a. a. O., S. 286.

maler, 1926) も、労働者側と使用者側のいずれからも参照された。この争議には、ラインラントの工業地帯の24万人の労働者がかわり、第一次世界大戦後のインフレ終息後の好景気を背景に、金属労働組合が、時間あたり15%の賃上げ要求をしたことに発する。経営側はこれを拒否し、ライヒ労働省は仲裁案(Wilhelm Joetten)を提示した。労組側はこれをいれたが、経営側は拒否し、大量の解雇を行った。政府の閣議でも対立が生じた(経済相のJulius Curtius (DVP)は経営側、労働相のRudolf Wissell (SPD)は仲裁案を支持)。政治的なだけでなく、法律的な闘争も行われた。デュイスブルクの労働裁判所は仲裁案を肯定し、デュッセルドルフのラント労働裁判所は否定した。そこで、内務大臣のCarl Severing (SPD)が、新たに仲裁案を出し、1から6ペニヒの賃上げと60時間から57時間ないし52時間への労働時間の短縮を提案したが、最初の仲裁案よりは労働側に不利であった。ライヒ大審院は、1929年1月22日に結審し、最初の仲裁条項は違法、無効とされた。この紛争のプロセスにおいて、ライヒ労働省は権威を失墜し、労働裁判所の下で形成され、第1次大戦中の1918年から続いた労組と経営団体との労働協約システムの破棄がもたらされた。ワイマール共和国における経営政策の協和から一面的な対決への曲がり角となり、ひいてはナチスの台頭への道が開かれたのである<sup>43)</sup>。

ハイマンの業績には、以下がある。

Der Begriff der Volonté générale als Fundament der Rousseauschen Lehre von der Souveränität des Volks, 1897 (Halle, Juristische Dissertation vom 4. Oktober 1897).

Freilassungspflicht und Reurecht, 1905.

Zuwendung aus fremden Vermögen, Jherings Jb. 77 (1927), S. 188-296.

Haben d. Römer d. Gattungskauf gekannt?, ib. 79 (1928/29), S. 95-128.

Früchte und Zinsen beim Kauf, AcP 130 (1929), S. 129-68.

Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, 1933.

Weltbürgertum und Vaterlandsliebe in der Staatslehre Rousseaus und Fich-

---

43) Ib. (前注42)). Die Mehrheitsentscheidung, ihr Sinn und ihre Schranken, Festgabe für Rudolf Stammeler, 1926, S. 395.

tes, Berlin (Pan-Verlag) 1924.

### 3h ライヒ大審院判事 (Bumke, David)

(1) ライヒ大審院判事では、初代のシムソンがユダヤ系であったことについては、すでにふれた。これと対照的なのが、最後のライヒ大審院長のブムケである。彼は、ナチスの協力者であり、個人的にも、ユダヤ系判事を迫害した。彼と、大審院部長判事であったダヴィットを簡単に概観する。その他のライヒ大審院判事については、後述する(Ⅲ-2)。

ビスマルク帝国(1871年の統一時から)の歴代のライヒ大審院の長官とその在任期間は、前述(Ⅲ-1 2)のとおりであるので、初代のシムソンと最後のブムケのほかは繰り返さない。

1 Eduard von Simson (1810-1899) は、1879. 10. 1~1891. 2. 1 で、在任期間は12年。

7 Erwin Bumke (1874-1945) は、1929. 4. 1~1945. 4. 20 で、16年。

ライヒ大審院は、当初7部の構成であり(のちに8部)、当初、その部長判事は、ライヒ上級商事裁判所の副長官から横滑りした August Drechsler (1821. 3. 14-1897. 8. 10) と Karl Hocheder (1825. 8. 22-1913. 2. 5) の2人ほか、Henrici (1816. 4. 18-1891. 10. 1)、Ukert (1811. 12. 15-1884. 7. 1)、Drenkmann (1826. 6. 6-1904. 5. 8)、von Beyerle (1824. 2. 20-1886. 3. 14)、Bingner (1830. 9. 26-1902. 5. 8) の5人であった。その後の構成や変遷については、立ち入りえない<sup>44)</sup>。

(2) ブムケ(Erwin Konrad Eduard Bumke, 1874. 7. 7-1945. 4. 20) は、1874年に、バルト海沿岸のポンメルンの Stolp の市民の家に生まれた。父は、医者であり、母は、工場主の娘であった。兄弟の Oswald Bumke は、精神病学者として知られている。ブムケは、Eva von Merkatz と結婚した。Eva は、のちに連邦大臣となった Hans-Joachim von Merkatz の伯母にあたる。息子が2人おり(Erwin と Wolfgang Bumke)、1942年と1945年に、出征した。

フライブルク、ライプツヒ、ミュンヘン、ベルリン、グライフスバルトの各

---

44) Lobe, 50 Jahre Reichsgericht, 1929, S. 348.

大学で法律学を学び (Hat die erfüllte Resolutivbedingung dingliche Kraft?, Greifswald, Diss. 1896)、1907年に、ライヒ司法省 (Reichsjustizamt, のちの Reichsministerium der Justiz) に勤めた。第1次大戦には、大尉として従軍した<sup>45)</sup>。

復員後、刑法や刑訴法に関する著述を著した。

Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 04.1.1924, 1924.

Deutsches Gefängniswesen. Ein Handbuch, 1928.

Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung. Mit Nebengesetzen in der vom 13. Januar 1927 geltenden Fassung; Textausgabe mit einer Einführung in die Vorschriften der Novelle vom 27. 12. 1926, 1927.

1919年から1929年の間、ブムケは、国民人民党 (DNVP, Deutschenationale Volkspartei) のメンバーであったが、ナチスの政権獲得後、1933年7月には、SSのメンバーとなり、1937年からは、ナチスの党員となった。

ライヒ司法省の第二部 (刑事局) の長として、ブムケは、1927年のライヒ議会提案の新刑法典の準備をしたが、この草案は、成立にいたらなかった。1930年に、国際刑法、監獄法委員会の委員長となった。また、ブムケは、ナチスの差別法である血統法のための第3委員会の長であり、1941年4月には、ベルリンの最高法律家会議 (Konferenz der höchsten Juristen) の参加者でもあった。ここでは、「不要な生命」の抹殺を肯定する優性保護法の病人殺人 (Krankensmorde) が立法化された。

---

45) Mothes, Bumke, Erwin Konrad Eduard, NDB Bd. 3 (1957), S. 13f.; Kolbe, Dieter, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege, 1975, S. 222f. Vgl. Schwarz, Das zukünftige Finanzprogramm, DJZ 1932, 14ff. 彼に対する祝賀論文集も、2つ出ている。Erwin Bumke zum 65. Geburtstag (hrsg. von Mettgenberg), 1939. および Zum 70. G., 1944. である。前者では、Schlegelberger, Hedemann, Freislerなどが寄稿している。

ブムケには、編集に協力した著作もある。たとえば、Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933 bis 1935/36 (hrsg. Volkmar, Elster, Küchenhoff (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft), 1937; Beiträge zum Recht des neuen Deutschland (hrsg. Bumke, Hedemann, Wilke), 1936; Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Mitberatung Bumke); hrsg. Stier-Somlo, Elster, Bde. 1926/1931.

ブムケは、第6代のライヒ大審院長 Walter Simons (1861-1937, 任期は、1922. 10. 16~1929. 4. 1 で、7年) のあとをうけ、1929. 4. 1 から、1945. 4. 20 まで、16年の間、ライヒ大審院長となった(7代の院長中で最長である)。任命されたのは、ナチス政権の時代ではなかったが、一貫してナチスに協力的であり、ナチスの時代に、一連の不法判決にも関わった。ワイマール憲法48条(安全秩序の破壊における対策、おもにライヒ大統領の権限に関する)の改正に関するみずからの論文もある<sup>46)</sup>。

そして、ブムケの主導の下で、ライヒ国家裁判所は、1932年10月25日の判決において、プロイセンの領域における公的安全と秩序の回復に関するライヒ大統領の緊急令(Not-Verordnung, 20. Juli 1932, RGBl. I, S. 377)の合憲性を表明した。これは、ライヒ首相に、プロイセンのライヒ委員(Reichskommissar für Preußen)の機能を与え、後者に、プロイセンのラントの大臣から一時的に権能を奪い、みずからが行使するか、他のライヒ委員に移譲する権限を与えるものである。なお、1933年にも、ラントの権限をライヒに移譲する法律が出されている<sup>47)</sup>。

また、1932年12月17日に、ライヒ議会は、ワイマール憲法を修正し(Gesetz über Änderung der Reichsverfassung v. 17.12.1932)、その51条1項によると、ライヒ大統領に障害があったときには、従来のようにライヒ首相ではなく、ライヒ大審院長が代理をするものとされた。51条2項によると、新たな選挙まで大統領職の一時的な処理をすることについても同様とされた(RGBl. I S. 547)。1933年のナチスの政権掌握まで、ヒトラーの政権基盤は必ずしも確実ではなかったからである。しかし、1933年のナチスの政権掌握とともに強化され、1934年8月1日の命令によって、大統領職が首相と統合されるものとされた。そして、1934年8月2日のヒンデンブルクの死亡によって、大統領と首相が兼任されるいわゆる総統体制ができあがったのである<sup>48)</sup>。

憲法51条2項 「ライヒ大統領は、その障害のある場合に、ライヒ大審院長に

46) Zwei Entscheidungen zu Art. 48 der Reichsverfassung, DJZ 1932, S. 1ff.

47) Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich, v. 7. 4. 1933; RBGl. I. 173.

よって代理される。

ライヒ大統領の一時的障害の場合も、新たな選挙が行われまで同様とする」。

こうして、ブムケは、司法行政と裁判所の双方において、ナチスの協力者となったのである。そこで、アメリカ軍のライプツヒへの進行の2日後、1945年4月20日に、ライヒ大審院のあったライプツヒで自殺した。第三帝国の崩壊によって、ライヒ大審院は解体したことから、彼は、最後のライヒ大審院長となった。

戦後の連邦裁判所（カールスルーエ）は、実質的にこのライヒ大審院の承継であることから、ホールには、歴代のライヒ大審院長の肖像画が掲げられているが、こうした経歴から、ブムケだけは除外されている<sup>49)</sup>。

(3) ダヴィット (Alfons David, 1866. 6. 13-1954. 6. 11) は、1866年に、スパイエル (ファルツ) のユダヤ系の家系に生まれ、1888年に、第1次国家試験に合格し、1892年に、第2次国家試験に合格した。ケルン区裁、Elberfeld ラント裁判所、トリエル区裁、ケルンのラント裁判所で補助裁判官となり、1901年に、Opladen 区裁の区裁判官、1906年に、ケルン・ラント裁判所のラント裁判官 (Landrichter) となった。1907年に、ラント上席裁判官 (Landgerichtsrat)。1909年に、デュッセルドルフ高裁で、高裁判事となった。ユダヤ系であることから、その昇進は遅かった。BGB コメントールで著名なパーラント<sup>50)</sup>と比較すると以下のようなようになる。

David 1866 生→1892 補助裁判官→1902 区裁判官→1906 ラント裁判官→1909 高裁裁判官→1918 ライヒ大審院裁判官→1933 亡命→1954 死

Palandt 1877 生→1906 補助裁判官、区裁判官→1912 ラント裁判官→(1914 にワルシャワの上級帝室裁判所) →1916 高裁裁判官→(行政職) →1951 死

区裁判官となったあとはあまり差がないことから、とくに補助裁判官の期間が長いようである。これは、後述のモッセでも同じであり、ラント裁判官になるま

---

48) 大審院長がブムケとなることによって、議会は、一面ではヒトラーに妨害をしたが、最終的には協力したのである。大統領 (ヒンデンブルク) と首相の兼任を否定しても、大統領を代行する大審院長が操り人形にすぎないからである。

49) Mothes, a. a. O. (前注 45)); Kolbe, a. a. O. (前注 45))。

50) 拙稿「パーラントと法曹養成、民法コメントール」【変動】443頁以下参照。

で11年かかっている。そして、高裁判事になったのは、ダヴィットは、43歳、パーラントは、37歳、モッセは、日本からの帰国後で、44歳であった(在日期間は3年)。

ダヴィットは、1918年1月2日に、ライヒ大審院判事、1929年1月1日に部長判事、新たに創設された民事第8部の裁判長、また弁護士懲戒裁判所(Ehrengerichtshofs für Rechtsanwälte)の長官となった。しかし、1933年3月に、ライヒ大審院長のブムケから、休職を命じられた。ブムケは、私的にザクセンとチュービンゲンのナチスの法務部門の長として、ダヴィットのユダヤ教信仰を問題としたのである。ナチスは、ダヴィットが懲戒裁判所の長官を辞任することも求めた。1933年4月には、ダヴィットは、公務員職の回復法によって休職を命じられた。院長のブムケは、これらのナチスの干渉を排除することなく、むしろ積極的にこれに協力した。彼は、路上で顔をあわせても同僚に対する挨拶もしなかったという<sup>51)</sup>。

多くのライヒ大審院の判事には、彼らが帝政時代に職歴を開始していたことから、公務員職の回復法3条2項1の例外規定が適用されたはずであるが(帝政主義者のヒンデンプルク(Hindenburg, 1847-1934)の主張による)、唯一のユダヤ系の部長判事のダヴィットも、他に6人のライヒ大審院判事(Citron, Koehne, Hoeniger, Königsberger, Metz, Cohnの6人。Baumgartenは、1933年10月7日に死亡)、ライヒ検事(R. Neumannなど当時の基準で完全ユダヤ人とされた者)も、1933年4月に休職にされた。ダヴィットは、アメリカに亡命し、帰国しないまま、1954年にカリフォルニアで亡くなった<sup>52)</sup>。Cohnもアメリカに亡命したが、Hoenigerは隠棲した。他の者の運命は、必ずしも明らかではない<sup>53)</sup>。

(4) ダヴィットをライヒ大審院判事として任命したのは、第4代院長 Secken-

51) これと対照的なのは、Goerdeler (1884.7.31-1945.2.2)である。彼は、戦前のドイツの法律家・政治家であり、1930年に、ライプツヒの市長になった。ナチスの人種政策に反対し、戦争末期に、ヒトラー暗殺計画に加担したとして処刑された(Freislerの人民裁判所での裁判)。彼は、Davidとの交際を否定せず、ナチスの忌避にふれた。

52) Göppinger, a. a. O., S. 84ff, S. 274f.; BVG, Grußwort der Präsidentin des Bundesverwaltungsgericht Marion Eckertz-Höfer zur Gedenkstunde 2008, Polenaktion 28. Oktober 1938; NDB, PND 139426027; Lobe, a. a. O. (前注44)), S. 348; Friedrich Karl Kaul: Geschichte des Reichsgerichts. Band IV: 1933-1945, 1971.

dorff (任期 1905.6.1-1920.1.1) であり、第8部部長として任命したのは、第6代院長 Simons (任期 1922.10.16-1929.4.1) であった。ブムケ (Bumke) は、1929年4月1日から第7代のライヒ大審院長となったから、ダヴィットの就任は、これよりわずかに早かったのである。ブムケの就任後であれば、ダヴィットの任命はなかった可能性が高い。

## 6 日本との関係

### 6a 法典編纂期

(1) (a) 法典編纂期には、お雇い外国人の中にも、ユダヤ系学者がいた。というより、その比率はかなり高かったと思われる。また、1882年に憲法事情の研究のためにヨーロッパを訪れた伊藤博文 (1841-1909) などが、ユダヤ系法学者であるグナイストらの意見を聞いたことから、日本との関係が生じている。

日本との関係で、もっとも著名な者は、このグナイストであり、その弟子であるモッセは、来日している。憲法、行政法の関係から言及されることが多い。ともに公法学者であるが、私法上の功績もあり、(2)以下に概観しよう。その他の分野でも、日本に関係した者は多く、また留学した日本人による見聞記もみられる<sup>54)</sup>。同じく伊藤が教えをうけたシュタイン (Lorenz von Stein, 1815.11.18-1890.9.23) は、シュレスヴィヒの貴族の出であり、ユダヤ系学者ではない。イエナ、ベルリンの各大学で学び、1846年にキール大学教授となるが、シュレスヴィヒ・ホルシュタインのデンマークからの独立運動に参加し、政治活動を理由に1852年に罷免された。1855年から、ウィーン大学教授となった<sup>55)</sup>。市民社会の対立を階級中立的な君主が抑制し、弱者である労働者階級を保護するという社会君主制論をとった。伊藤には、グナイストよりもシュタインの手法が親しみやすかったようである。

(b) わが民法の起草者である穂積陳重、梅謙次郎は、ベルリン大学に留学もしくは立ち寄っており (1880年と1890年)、1873年にベルリン大学に招聘された

---

53) Ib, S. 85f. Cohn は、1965年にシカゴで亡くなった (S. 273)。Hoeniger は、フライブルクで隠棲した (S. 340)。

デルンブルクの講義や警咳に接したものと思われる。当時、L・ゴルトシュミットは、商法講座の担当であり、ギールケ (Gierke, 1841. 1. 11-1921. 10. 10) とコーラー (Kohler, 1849. 3. 9-1919. 8. 3) は、1887年と1888年に招聘されたが、それぞれゲルマン法と法学講座であり、1881年に招聘されたベルニス (Pernice, 1841. 8. 18-1901. 9. 23) も、ローマ法講座だったからである。もっとも、ヨーロッパの学者の専門は広く、グナイストも、パンデクテンと相続法の講義を16回もしており、それには総計1549人の学生がいた。ただし、年によってかなり異

- 54) たとえば、歴史の分野でも、東大に招聘されたリースも、ユダヤ人であった (林健太郎「ランケの人と学問」ランケ (1980年・世界の名著 (47) 32頁)。モッセと同様に、ドイツ本国では、不遇であったからである。法律関係の明治初期のお雇い外国人と大学教授については、Bartels-Ishikawa, *Deutsche Juristen in Japan in der Meiji-Zeit* (Humboldt Stiftung, Symposium vom 3. Nov. 2011), *Rechtstransfer in Japan und Deutschland* に詳しい (この研究は、明治期のドイツ系法学者の一般的な研究であり、ユダヤ系学者に特化しているものではない)。

また、寺田寅彦 (1878-1935)「伯林大学」(1909-1910)には、留学当時のベルリン大学の様子が記載されており、ルーベンス、プランク (Max Planck, 1858. 4. 23-1947. 10. 4) などが出席する物理学輪講会 (Ringvortrag) には、若手でプリングスハイム (Peter Pringsheim, 1881. 3. 19-1963. 11. 20. のちにゲッティンゲン大学教授を経て、1030年にベルリン大学教授) が出席していたとある (寺田寅彦全集、第5巻・1950年、293頁)。

このプリングスハイムは、数学者のプリングスハイム (Alfred Pringsheim, 1850-1941) の息子であり、音楽家の Klaus Pringsheim の兄にあたる。寺田の回想は、1905年のことであるから、ほぼ同世代である。アインシュタイン (1879-1955) がベルリンのカイザー・ウィルヘルム研究所に移ったのは、1914年であり、ゴルトシュタイン (1850. 9. 5-1930. 12. 25. ガス放電の研究、帯・管放電の発見者、シレジアの出身) など、他のユダヤ系学者の名前もみられる。

アインシュタインは、ラーベル (Ernst Rabel, 1874. 1. 28-1955. 9. 27) とほぼ同世代であった。物理学者では、ほかに Ernst Pringsheim (1859-1917) がいるが、寺田らより一世代前に属し、亡命の憂き目はみなかった。

- 55) シュタインがウィーン大学に招聘されたのは、民法学者のアレント (Karl Ludwig, von Arnesberg (1871から) Arndts, 1803. 8. 19-1878. 3. 1) が招聘されたのと同年の1855年であり、Leo von Thun (1811. 4. 7-1888. 12. 17) のオーストリアの教育改革の結果である。Thunは、1849年に、オーストリアの文化・教育相となり、1860年まで、教育改革を行った。Franz Serafin Exner (1802. 8. 28-1853. 6. 21) の提案にもとづくものであるが、改革の結果、オーストリアの大学自治 (Hochschulautonomie) が確立し、ウィーンに学術アカデミーが設立された。寛容を旨とし、プロテスタントとユダヤ教の学者も大学に職をもてるようになり、外国人の学者も招聘できるようになったのである。イエーリングが、ウィーン大学にいったのは、その後1868年であった。ユダヤ系で刑法学者のグレーサー (Glaser, Julius, 1831. 3. 19-1885. 12. 26) も、1855年に私講師となり、1856年に員外教授、1860年に正教授となった (のちオーストリア司法大臣)。

## 19世紀のおもな大学の法律学の学位数

	年	1887/88	1888/89	1889/90	1890/91	1891/92
プロイセンの 大学 (*19世紀以降の 取得地である)	Berlin	7	11	14	7	10
	Bonn*	1	0	2	2	2
	Breslau	2	2	5	3	2
	Göttingen*	41	31	21	31	45
	Königsberg	1	1	1	1	0
	Marburg*	0	3	0	2	0
プロイセンには、ほかに Greifswald, Halle, Kiel の各大学があるが、それぞれの数は Königsberg 程度である。ハノーバー王国の Göttingen (大学は 1734 年創設) は、普奥戦争後、1866 年にプロイセンに帰属した。軍事国家であるプロイセンには、かつて顕著な大学はなかったのである。						
プロイセン以 外の大学	Freiburg	1	3	1	1	1
	Heidelberg	89	85	102	73	79
	Jena	81	61	66	62	62
	München	9	8	5	2	4
	Strassburg	3	6	5	7	6
	Tübingen	4	3	3	1	7
そのほか、有力大学の Leipzig (ザクセン王国) は、Heidelberg 級と推察される。						

\* ゲッティンゲンは元ハノーバー王国に、マールブルクはヘッセン侯国に属した。前者は、1737 年に創設され、ドイツ語による講義をしたこと、1873 年のゲッティンゲン七教授事件 (アルブレヒト、ダールマン、エワルト、ゲルビヌス、グリム兄弟、W. ウェーバーの追放) で著名であり、後者は、1527 年にドイツ初のプロテスタント大学として創設されたことで著名である。

なり、1839/40 の冬学期の学生は 15 人であったが、1853 年の夏学期には 514 人であった<sup>56)</sup>。

ちなみに、19 世紀のベルリン大学は、ライプチヒ、ゲッティンゲン、ハイデルベルクなどの伝統的な大規模大学に比して、比較的小規模であり、正教授の数は、1880 年、1890 年、1900 年、1910 年でも、それぞれ 11 人、10 人、13 人、8 人にすぎなかった。また、学生数も少なく、以上の表のように、出される学位の

56) Schröder, Die Geschichte der Juristischen Fakultät zwischen 1810 und 1945, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (1), S. 22.

数もそう多くはなかったのである<sup>57)</sup>。

(2) グナイスト (Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist, 1816. 8. 13-1895. 7. 22).

(a) グナイストは、1816年にベルリンでユダヤ系の家系に生まれた。ザクセン・アンハルトの Eisleben (Lutherstadt Eisleben) のギムナジウムを卒業して、1833年からベルリン大学で法律学を学んだ。そこでは、学生組合の Alte Berliner Burschenschaft のメンバーとなった。1838年に学位をえて、1839年に、教授資格・ハビリタチオンを取得した。さらに、ベルリン大学の私講師となり、

---

57) *Ib.*, S. 49. また、学位の比較については、*ib.*, S. 28.

また、以下は、1810年から1945年までの、ベルリン大学におけるおもな教授資格の取得者のうち、おもに民法や日本関係の著名人である。*Ib.*, S. 35.

以下で、(Berlin) とあるのは、学位もベルリン大学で取得した者である。

1825 Adolf Rudorff  
 1839 Rudolf von Gneist (Berlin)  
 1840 Ludwig Heydemann  
 1842 Rudolf von Jhering (Berlin)  
 1856 Herbert Pernice  
 1859 Leonhard Jacobi, Paul Hinschius  
 1864 Paul Krüger  
 1867 Otto von Gierke (Berlin)  
 1878 Rudolf Leonhard  
 1882 Conrad Cosack  
 1885 Karl Lehmann  
 1886 Friedrich Endemann  
 1889 Hugo Preß, Philipp Heck (Berlin)  
 1892 Paul Oertmann (Berlin) M. Weber と同年である。  
 1895 Emil Seckel 学位は、Tübingen  
 1900 Martin Wolff (1884, Berlin)  
 1901 J. Goldschmidt  
 1904 Heinrich Lehmann 学位は、Bonn  
 1912 Fritz Marshall von Bieberstein  
 1913 Kaskel (社会法)  
 1914 Arthur Nußbaum, Ernst Levy  
 1923 Hans Dölle  
 1927 Karl Theodor Kipp (子) 学位は、Erlangen  
 1929 Hallstein  
 1931 Rheinstein  
 1936 Arwed Blomeyer

1844年から公法を教えた。1844年に、彼は、員外教授となった。1848年の三月革命（メッテルニヒの失脚、ウィーン体制の崩壊）のおりには、私講師や若年教授のリーダーとなり、急進的リーダーとして大学改革を求めた。その結果、正教授への昇進は遅れ、ようやく1858年に、正教授となった。その後も、法学部当局との確執は続いた。市議会（Stadtverordnetenversammlung）の議員ともなった（1845-49年、1858-75年）。1847年には、プロイセンの高等行政裁判所の判事も兼任した。のちに、プロイセンの下院議員となり、またライヒ議会議員ともなった。

グナイストは、1867年から、自由国民党のメンバーとなった。初期の他のユダヤ系法学者と同じくビスマルク与党に属する。のちのウィルヘルム2世（1859-1941、皇帝位1888-1918）にも憲法を講義している。プロイセンの憲法国家としての構築や裁判権の独立を擁護した。とりわけ知られているのは、行政裁判権の独立と自立の擁護者でもあった。行政の非党派性・専門性を重視し、法治主義を形式的で法技術的な原理に転化しようとした。彼は、1873年の社会政策学会（Vereins für Sozialpolitik）の創設者の1人であり、最初の会長でもあった（Kathedersozialisten, 講壇社会主義）。反ユダヤ主義防止協会の創設者の1人でもある。

彼は、ドイツ法曹会議（Deutscher Juristentag, DJT）の長を多数回しており、第7回（1868年, Hamburg）、9回（1871年, Stuttgart）、10回（1872年, Frankfurt a. M.）、11回（1873年, Hannover）、12回（1875年, Nürnberg）、13回（年1876, Salzburg）、14回（1878年, Jena）、16回（1882年, Kassel）、17回（1884年, Würzburg）、18回（1886年, Wiesbaden）、20回（1889年, Straßburg）、22回（1893年, Augsburg）の大会は、彼の下で開催された。このように、多数の回数を主宰した例は、ほかにない。

グナイストは、1888年に、貴族の称号をえた。また、同年に、労働者階級への社会政策への貢献から、リューベックで、公共活動の推進協会（Gesellschaft zur Beförderung gemeinnütziger Tätigkeit）の名誉会員におされた。1895年にベルリンで亡くなり、その墓は、St.-Matthäus-Kirchhof in Berlin-Schönebergにある<sup>58)</sup>。

グナイストは、政治的に有力なだけでなく、晩年まで多数の業績がある。

Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts, 1845.

Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland, 1849.

Adel und Ritterschaft in England, 1853.

Budget und Gesetz, 1867.

Freie Advocatur, 1867.

Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, 1869.

Die confessionelle Schule, 1869.

Die Selbstverwaltung der Volksschule, 1869.

Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, 1874.

Die Eigenart des Preussischen Staats, 1878 [8]

Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1879.

Englische Verfassungsgeschichte, 1882.

Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlssystem, Eine sozial-historische Studie, 1894.

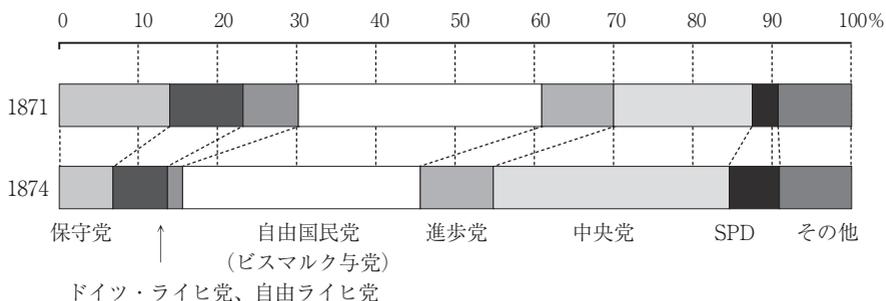
- 
- 58) Hahn, Rudolf von Gneist 1816–1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit, 1995; Hatschek, Gneist, Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von. ADB. Bd. 49, 1904, S. 403; Angermann, Gneist, Rudolf von, NDB. Bd. 6, 1964, S. 487. なお、Berliner Zustände, Politische Skizzen aus der Zeit von 18. März 1848 bis 18. März 1849, 1849 (Gneist)。また、Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, hrsg.v. Grundmann, Klopfer, Paulus, Schröder, Werle, 2010 にも、Schönberger, Rudolf von Gneist (1816–1895), S. 241ff. がある。邦文では、室井力・ドイツ法学者事典 97 頁 (Gneist)。また、潮木守一・ドイツの大学 (1992 年) 98 頁にも、若干の言及がある。

記念論集としては、Festgabe für Rudolf von Gneist zum Doktor-Jubiläum am 20. November 1888, gewidmet von Brunner, Eck und a. (Neud. 1874); Festgabe für Rudolf von Gneist zum 50 jährigen Doktor-Jubiläum am 20. November 1888.

ほかに、ユダヤ系という観点からは、国法学者のシュタール (Friedrich Julius Stahl, 1802–1861) も、これに属する。1819 年に、プロテスタントに改宗しているが、1840 年に、ベルリン大学教授となり、神学的国家理論を提唱した。1849 年から、プロイセンの議員となり、保守派の理論的指導者であった。Sinzheimer, a. a. O. (前注 1)), S. 9ff.

なお、グナイストは、おもに国法学者として著名であるが、私法学者としての経歴にも関心をもつ研究として、近時、エッサー「私法学者としてのグナイスト」(一橋法学 5 巻 1 号、屋敷二郎訳) がある。Eßer, Gneist als Zivilrechtslehrer, 2004.

統一(1871年)後のライヒ議会における政党の割合



(b) グナイストにみられる政治への接近は、ビスマルク与党の自由国民党(Nationalliberale Partei) との関係にみられる。1867年のプロイセン・オーストリア戦争の終結後、ビスマルクは、ナポレオン三世との戦争を予想して、寛容を方針とした。そこで、強行派をかかえる進歩党は分裂し、自由国民党が結成されたのである。同党は、統一後初の1871年の選挙で、30.8%を獲得し、第1党となった。以上のグラフは、そのさいのライヒ議会の政党の議席割合である。自由国民党は、国民主義とプロテスタントを支持基盤とし、自由主義者も呼応した。組織性は強くなく、むしろ利益団体の権益により結合した。多くの法律学者が参加しているように(ゴールトシュミット、エンネクツェルスなど。プラंकなど裁判官にもみられる。ほかに、Struckmann, 1829. 3. 23-1899. 5. 12である)、ビスマルクによる一本釣りの性格もある。法史学者エンデマン(Samuel Wilhelm Endemann, 1825. 4. 24-1899. 6. 13)も同党に属していた。1890年のビスマルクの退陣後は、しだいに衰退し、内部対立が激化した。1918年の革命後に、分裂し、右派はドイツ国民人民党(Deutschnationale Volkspartei, DNVP, シュトレゼマン, Gustav Stresemann)、左派は、ドイツ民主党(Deutsche Demokratische Partei, DDP)を結成した<sup>59)</sup>。

(3) モッセ(Isaac Albert Mosse, 1846. 10. 1-1925. 5. 31)。モッセは、1846年に、

59) Statistik des Deutschen Reichs, (Vierteljahreshefte, 1873 II-2,1) Die Volkssammlung im Deutschen Reichs v. 1871; Statistik des Deutschen Reichs, Vierteljahreshefte, 1874 VII-2) Die Reichswahlen v. 1874.

また、第1次大戦後のライヒ議会の得票率については、Atlas zur Weltgeschichte, II, 1984, S. 148f.; Der große Bildatlas zur Weltgeschichte, 1982, S. 520.

プロイセン東部のポーゼン州のGrätz bei Wollsteinで、ユダヤ系の家系から生まれた。父は医師であった。その生涯は、ラーバント (Paul Laband, 1838.5.24-1918.3.23) とほぼ同年代である。ポーゼン州のLissaとGobenのギムナジウムに通い、1865年からベルリン大学で、法律学を学んだ。グナリストが師であった。1868年に第1次国家試験に合格し、1870年の普仏戦争に志願兵として参加した。1873年に第2次国家試験に合格し、同年に、裁判官試補となった。

1875年に、ベルリンの郡 (Kreis) 裁判所の補助裁判官 (Hilfsrichter) となり、1876年に、Spandauの群裁判所に移り、1879年に、ベルリンの市 (Stadt) 裁判所の裁判官、1886年に、ラント裁判官となった (1886年に、Landrichterに、1888年に、Landgerichtsratとなった)。彼の地位は、当時、プロイセンの法律職では、洗礼をうけないユダヤ人としては最高のものであった。この間、グナリストの推薦によって、日本の調査団 (伊藤博文ら) に、公法の講義をした (1882/83年)。伊東巳代治 (1857-1934) によるモッセの講義の筆記がある (『莫設氏講義筆記』未定稿<sup>60)</sup>)。このころ、Caroline (geb. Meyer) と結婚した。彼女は、ドイツ第二帝国では最初のユダヤ系の公証人の娘であった。

その後、日本政府の招聘により、1886年から90年、3年の契約で、法律顧問であるお雇い外国人となった。お雇い外国人には、すでに、ドイツ人のロエスレル (Karl Friedrich Hermann Roesler, 1834-1894、日本に滞在したのは、1878-1893) がおり、ともに、憲法の起草にあたった井上毅 (1844-1895) らを助けた (なお、ボアソナードは、1825-1910、日本に滞在したのは、1873-1895)。公法については、モッセの影響が大きく、ロエスレルは私法が中心であった。明治憲法の制定に携わったことのほか、日本の条約改正にもかかわった。また、モッセは、日本の市町村制を定め、地方自治制度の基礎を作った。憲法に対する意見は、(軍事) 予算に対する議会の発言権や信教の自由をも重んじるが、おおむね君主

60) ボアソナード答議3; モッセ答議・近代日本法制史料集/國學院大學日本文化研究所編; 第10 (1988) 600以下 (67頁以下、これは抜粋である)、ほかにも、618番までの答議 (215頁) や、モッセ氏訴訟法草案 (獨逸文)・日本近代立法資料叢書/法務大臣官房司法法制調査部監修; 24 (1986年) などがある。

ちなみに、この講義の筆記をみると (これに限らないが)、当時の高官の熱意が感じられる。近時の視察旅行がしばしば政治家の観光旅行となっているといわれるのとは異なる。

主義的である。

1890年に、日本から帰国後に、ケーニヒスベルク高裁で裁判官となった。ユダヤ系では、1871年のドイツ帝国で最初の（通常任用かつ洗礼をうけていない者の）高裁判事であった。より高い裁判官職を望んだが（高裁部長やベルリン高裁、ライヒ大審院である）、果たさなかった。プロイセンの王権との特別な関係なしにライヒ大審院判事が出るには、ワイマール共和国の成立を待たねばならない（Simsonなどはいわば政治任用である）。モッセは、ケーニヒスベルク大学で、民法と商法を教えたことから、1903年に、同大学の名誉教授となり、1904年には、民法と商法の名誉教授の称号をうけた。ユダヤ系として昇進が望めないことから、1907年には、年金をえて裁判所の職を辞した。ベルリンに帰って、市参事会（Stadttrat）の無給の参事や防火や交通などの地域活動、市の法律顧問をし、またドイツ・ユダヤ人協会の副会長、ベルリン・ユダヤ学術学校の理事会の長などを歴任した。モッセの功績は、日本で立法に関与したことのほか、Lithauerの商法コンメンタールの改定をしたことである（第一次大戦中に15版）。ドイツでは商法上の業績の方が著名であった。1925年に、ベルリンで亡くなった<sup>61)</sup>。

## 6b 亡命期

(1) 1933年のナチスの政権掌握後、法学者に限らず、一般的に多くのユダヤ

---

61) H. Jaeger, Mosse, Albert, NDB 18 (1997), S. 216; Kraus, Die Familie Mosse, deutsch-jüdisches Bürgertum im 19. und 20. Jahrhundert, 1999; Rott, Albert Mosse (1846-1925), deutscher Jude und preußischer Richter, NJW 58 (2005), S. 563; Personalien, JZ 21 (1916), S. 973 (70歳の記事), DJZ 30 (1925), S. 954 (死亡記事); Albert und Lina Mosse (hrsg. Ishii, Sakai), Fast wie mein eigen Vaterland, Briefe aus Japan 1886-1889, 1995 (本書の解題として、坂井雄吉「モッセ書簡集の刊行によせて」大東法学5巻2号261頁参照)。

モッセの兄弟に、ベルリンの出版者 Rudolf Mosse がおり (1843-1920)、出版、新聞で大きな影響力を有した。また、娘の Martha Mosse は、プロイセンで最初の女性の警察理事官 (Polizeirätin) となった。W・ゾルフ (Wilhelm Heinrich Solf) は、政治家であるが、ベルリン時代にモッセの教えをうけ、1920-1928年のワイマール時代に駐日大使となった。孫に、1930年代にアメリカに亡命した歴史・政治学者ジョージ・モッセ (George, Lachmann Mosse, 1918-1999) がいる (彼の母方の祖父は、上述の Rudolf Mosse である)。

系市民の亡命が行われた。移住先は、当初は、ザール州 (Saarland) が多かった。これは、第一次大戦後のヴェルサイユ条約によりドイツの主権が制限されていたこと (1935 年まで国際連盟の委任統治、その後、住民投票によってドイツに復帰)、言語的、経済的な事情から比較的移動が容易であったからである。オーストリアも 1938 年の併合までは、おもな亡命目的地とされた。亡命には「自主的」に行われた場合のほかに、1933 年 7 月の国籍剝奪法によって出国が強制された場合もあり、同法が適用されたのは、3 万 5000 回にのぼった。

亡命ユダヤ人の数は、1933 年に 3 万 8000 人、1934 年に 2 万 3000 人、1935 年に 2 万 5000 人と毎年数万人の規模となった。1936 年はベルリン・オリンピックの年であり減少したが、1937 年に 2 万 3000 人、1938 年に 3 万 3000 人から 4 万人 (1938 年 11 月 9 日が大迫害である水晶の夜)、1939 年に 7 万から 8 万人となった。当初は出国が奨励されたが、1940 年からは、逆に出国が制限された結果、同年には 1 万 5000 人に減少し、1941 年には禁止された (同年 8000 人)。そして、1933 年からの総計は、およそ 25 万人から 27 万人にも達する。出国のさいには、財産の 5% が費用として徴収され、それ以外の財産も、外貨管理があって、実際には、もちだせないことが多かったといわれる<sup>62)</sup>。

受け入れ先では、オーストリアが多く、1938 年の併合まで、在住者と合わせて 19 万人のユダヤ人がいたが、1939 年には、そのうち 11 万人が脱出した。イギリスには、1938 年までに 1 万 5000 人、それ以後、4 万人が亡命し、アメリカには、13 万人が亡命した。東アジアでは、最大の亡命先は、ビザの不要な上海であり、2 万人が移住したといわれる。この時期の訪問者としては、日本では、建築家の B・タウト (1880-1938 年、1933 年に来日し 36 年まで滞在。1925 年の作品である集合住宅、Hufeisensiedlung, Berlin-Britz は、のちに世界遺産となっ

62) Benz, *Flucht vor Hitler, Das politische und das jüdische Exil ab 1933* (2010 年 9 月 18 日に開催された日独シンポジウム「東アジアにおける亡命 (1933-1945) Exil in Ostasien (1933-1945) 於ドイツ文化センター」は、1933 年以降の亡命全体を対象とした報告である。

また、Röder, *Emigration nach 1933*, in Broszat und Möller, *Das Dritte Reich: Herrschaftsstruktur und Geschichte: Vorträge aus dem Institut für Zeitgeschichte*, 1983, S. 231ff. によれば、亡命の総数は、およそ 50 万人で、33 万人がドイツから、15 万人がオーストリアから、2 万 5000 人がその他からとされる。

た)が著名である<sup>63)</sup>。もっとも、タウトの場合には、ユダヤ系というよりは、ロシア訪問がより直接の原因であったようである。労働者の集合住宅であるジードルングの設計者が、共産主義的であると考えられたことによる。そして、来日する多くの場合には、神戸が一時亡命先となった。おもに第三国に向かうための中継地であり(5216人)、その後、アメリカやオーストラリアにいくのが通常であった。

(2) 国境のある学問である法律学の分野では、日本が亡命先となることはなかった。おもな亡命先は、イギリスとアメリカであり、とりわけ、後者は、著名な法学者、たとえば、ラーベル(Ernst Rabel, 1874.1.28-1955.9.27)などを受け入れることによって、その学問水準を高めることに成功した。亡命の成果は、自然科学ではより顕著であり、たとえば、プリンストン高等研究所は、1930年にアインシュタインらを受け入れて開設されたことによって、世界的な名声を獲得したのである<sup>64)</sup>。

国境のない音楽や文化では、亡命先は多様であり、日本も必ずしも無関係ではなく、音楽家のKlaus Pringsheim(1883-1972)が著名である。同人は、ミュンヘン近郊のFeldafingで生まれ、Berlinの大邸宅(Palais Pringlheim)に暮らし、リヒャルト・シュトラウスやマーラーに学んだ。1931年-1945年の間、東京音楽学校(東京芸大)の教師として招かれた。双子の姉妹Katia Pringsheimは、トーマス・マンの妻となった。クラウスは、戦後カリフォルニアに渡り、1951年に再度来日し、1972年に、東京で亡くなった<sup>65)</sup>。

---

63) ブルーノ・タウト・日本美の再発見(篠田秀雄訳・1962年・19刷改訂版)が著名である。

64) 戦後の1949年に渡米したおりの記録である小平邦彦・怠け数学者の記(1986年)にも、アインシュタインなどが登場している(プリンストン高等研究所)。

65) Hayasaki Erina, Ein deutsch-jüdischer Musiker in der Zeit des Zweiten Weltkriegs in Japan: Klaus Pringsheim). 早崎えりな「第二次世界大戦下の日本におけるドイツ系ユダヤ人音楽家、クラウス・プリングスハイム——日本におけるユダヤ人亡命者」(前注62)の日独シンポジウムにおける報告)。また、上田浩二=荒井訓・戦時下日本のドイツ人たち(2003年)119頁以下も、K・プリングスハイムについて言及している。同123頁。

なお、上述(Ⅱ1)のドイツ外務省の調査報告書「外務省と過去——第三帝国と連邦共和国のドイツ外交官」によって、外交官によるナチスへの迎合が裏付けられた。もっとも、個人的な消極的抵抗はみられたようである。

この Klaus Pringsheim と、法史学者ヴィアッカーの師であるプリングスハイム (Fritz Robert Pringsheim, 1882. 10. 7-1967. 4. 24) は、必ずしも無関係ではない。いずれも、18 世紀のベルンのユダヤ系実業家 Mendel (Menachem) Chaim Pringsheim の子孫であり、一家は、シレジアで財をなした。Rudolf Pringsheim (1821-1901) は、その曾孫であり、鉄道や炭鉱の経営者であった。音楽家の Klaus は、その孫である。

法学者のプリングスハイム (Fritz) の父、Hugo Pringsheim (1845-1915) も、鉄道経営者であり、金融業者であった。上シレジアの Oppeln に世襲地 (Rittergut) を有していたのである<sup>66)</sup>。

### 6c その他

(1) 学問的な影響のうち、ユダヤ系法学者に由来すると思われるものは少ない。とくに、公法では、法典編纂期の影響のためであろうが、グナイストやモッセの系譜に連なる影響が大きい。しかし、これとは独立に、イエリネックや、エールリッヒなどは、早くから翻訳された。比較的日本人のメンタリティーに適合するものがあつたものと思われる。

もっとも、これは、自由法運動や法社会学の性格自体によるものである。継受された西欧法について、法典と社会の乖離の大きい日本において、とくに意味があつたことにより、たんにその担い手がユダヤ系法学者であつたというにすぎないともいえる。日本には、中国ほどではないとしても、法を技術(支配の道具)とだけみなすアジア的な意識があり、概念法学の伝統もそれに対処する必要性もなかつたからである。ギールケやジンツハイマーなどのゲルマニスト系の紹介もかなり早くから行われている。これも、日本の法形成の時代が比較的遅かつたというだけでなく、概念法学(日本の場合には継受した外国法)への批判を容れやすい下地があつたからであらう<sup>67)</sup>。ジンツハイマーは、法社会学的方法にもとづいて新たな労働法学を提唱し、ギールケの団体法論を援用し労働法を

66) プリングスハイムについては、前述 3a、およびその注 19) 参照。

67) 今日のゲルマン法への影響については、vgl. Kannowski, Germanisches Recht heute, JZ 2012, 321.

団体法としてとらえた。そして、等しくパンデクテン法学者であっても、ヴィントシャイトではなく、デルンブルクテキストが早くに翻訳されている点は、興味をひくところである。デルンブルクの方が、ローマ法に対して固有法への執着が強いからである。

(2) より新しい時代の影響の検証は、よりむずかしい。海外留学先の決定は、ある意味では偶然の要素が大きく、古い時代にユダヤ系法学者のもとに行くことが多かったのは、官費留学生の多くが国策上ベルリン大学を選択し、そのベルリン大学にユダヤ系法学者が多かったことによるものである。お雇い外国人には、モッセにみられるように、本国でも有能な者が多く、不遇だったことが来日の原因の1つとなっており、学問的な意味ではわがくには幸いしている。ナチスの時代まで、日本人には、ユダヤ系か否かの区別はほとんど意識されなかったであろうし、その後も、ほとんど意味はなかったと思われる。また、研究対象として、ユダヤ系法学者の業績が多かったとすれば、それも、その業績自体の大きさによるものである (Lenel, Staub, Rabel, Rosenberg, Kelsen, Rheinstein など)<sup>68)</sup>。以下の若干の翻訳や紹介が注目される (初期のものだけでなく、戦後の新しいものや復刻版も多数になるので、いちいち立ち入らない)。

デルンブルヒ・独逸民法論 (副島義一・中村進午・瀬田忠三郎・古川五郎訳・山口弘一<sup>69)</sup>・1899年以降) (いくつかの版や分冊がある)。

---

68) オーストリア関係では、私法にもケルゼンの方法論の影響が大きい。拙稿「ビドリンスキー (Franz Bydliński, 1931. 11. 20-2011. 2. 7) とオーストリア民法学の発展」国際商事 39巻10号1438頁参照。ビドリンスキーは、ポーランド、ドイツ系のほかに、東欧ユダヤ系の血も入っていると自称していたようである。Vgl. Kramer, Franz Bydliński 70 Jahre. Laudatio aus Anlass der Überreichung einer Festschrift am 17. November 2001, JBl. 2001, S. 710; Koziol und Rummel, Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydliński, 2002.

69) Pandekten, 3.Aufl., 1891の翻訳である。穂積陳重の序があり、彼は、20年前にデルンブルクの講義に侍したとある。山口弘一は、付属のドイツ民法典の条文の過半の翻訳を担当した (山口弘一先生著作目録・一橋論叢 18巻5・6号)。

ほかに、デルンブルヒ著・独逸新民法論 (1911年、2005年復刻、上下) もある。これは、Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2.Aufl., 1902の翻訳である。同書には、梅謙次郎、富井政章、穂積陳重の3人の序が付されており、梅は、デルンブルクの講義を聴くことができなかったとするが、穂積は、30年前に教えをうけた先師の手になるものを観ることの喜びを述べている。

カルネル(カール・レンナーの匿名)については、我妻栄「カール・ディール『資本主義の法律的基礎』」近代法における債権の優越的地位(1953年)423頁以下所収。このKarl Renner(1870-1950)は、オーストリアの社会民主党の理論家、指導者の1人であり、ハプスブルク帝国崩壊後の初の首相(1919-1920)、第二次大戦後、臨時の首相(1945)や大統領(1945-1950)などを行っている。

エールリッヒ・権利能力論(川島武宜・三藤正訳・1942年)、法社会学の基礎理論(川島武宜訳・1952年)。

イエルネク・法・不法及刑罰の社会倫理的意義(大森英太郎訳・1936年)。

イエルネク・一般国家学(大西邦敏ほか訳・1932年)、戦後の版もある(芦辺信喜訳・1974年)。

ケルゼン・純粹法学(横田喜三郎・1973年)、ケルゼンの純粹法学(大沢章ほか訳・1942年)。

ジンツハイマー・労働法原理(檜崎二郎・蓼沼謙一訳・1977年)。

