

私法学者としてのグナイスト※

ディルク・エッサー^{※※} 著
屋敷 二郎^{※※※} 訳

- I グナイストの生涯と業績
- II 史料——1845/46年冬学期のパンデクテン講義
- III グナイストの私法学
- IV 結論

ご承知のように、グナイストの政治思想¹⁾は日本でも一定の注目を集めてきました。明治期の日本が1880年代に憲法を計画したとき、ヨーロッパに使節団が派遣されました。使節団は、1882年5月から1883年2月までの間に二度にわたってベルリンに長期の滞在をした際、グナイストにも助言を求め、その弟子アルベルト・モッセの講義を聴講しました。モッセは、その後1886年から1889年まで日本

※ 本稿は、2005年10月21日に一橋大学佐野書院で開催された法文化構造論総合問題第16回ゲストセミナー（協賛：一橋大学21世紀COEプログラム「ヨーロッパの革新的研究拠点」、法科大学院形成支援プログラム「科目横断的法曹倫理教育の開発プロジェクト」、国際交流セミナー）講演の邦訳である。ドイツ語でなされた講演の原文は、Dirk Eßer: Gneist als Zivilrechtslehrer, in: Hitotsubashi Journal of Law and Politics, Vol. 34 (2005) に掲載される。なお、本講演で語られた内容についてより詳しくは、Dirk Eßer: Gneist als Zivilrechtslehrer. Die Pandektenvorlesung des Wintersemesters 1854/55 mit kommentierter Edition der Vorlesungsnachschrift von Robert Esser, Paderborn-München-Wien-Zürich 2004 を参照されたい。余談ながら、エッサー博士と講義録の筆者ロベルト・エッサーの間に血縁関係はなく、単なる偶然の一致とのことである。

※※ Dirk Eßer ケルン地方裁判所判事

※※※ 一橋大学総合法政策実務提携センター助教授

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第1号2006年3月 ISSN 1347-0388

- 1) 最も詳しい研究として Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), und Hahn, Rudolf von Gneist (1995)。さらに Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 3/2 (1910), Text S. 963-975, Noten S. 402-405; Heymann, Hundert Jahre Berliner Juristenfakultät, in: Deutsche Juristen-Zeitung 1910, Sp. 1103-1194 (1152 ff.); Luig, Gneist und die japanische Verfassung von 1889, in: Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland (1990), S. 50-77 (bes. S. 62-70); Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2 (1992), S. 385-388 (m. w. N.)を見よ。

政府の助言者として東京で活動しました。伊藤博文と伊東巳代治の記録によれば、1882年にグナイストは、より君主権を強化し議会制を弱める方向にプロイセン憲法を修正して欽定することを助言しました。グナイストはまた、富裕階層を自治に協力させること、大臣や高級官僚や貴族によって任命制に基づく枢密院を召集することを提案しました。私の恩師であるクラウス・ルーイクの研究によれば、グナイストの提案は結局、日本にとって十分に近代的なものではありませんでした²⁾。ともかく、1889年憲法に対するグナイストの影響は確かなものだといえます。

皆さんが良くご存知の事柄はこのくらいにしましょう。私がお話するテーマは、グナイストの私法学です。グナイストは、著述では私法にわずかな寄与をなしたにすぎませんが、大学教員としては私法領域に数十年にわたって多大な影響を及ぼしたのです。それゆえ、1992～2000年に行った私の研究の基礎は、グナイストの著作ではなく、19世紀中葉にグナイストのパンデクテン講義をベルリンで聴講した、あるケルン出身の学生が作成した手書きノートです。この史料はこれまで利用が困難だったので、私は研究論文と併せて刊行することにしました。

ですから、国法・行政法領域におけるグナイストの業績という熱心に研究されているテーマは、本日は扱いません。ともあれ、本題に入る前にまず、グナイストの生涯を簡単に紹介しておきましょう。

I グナイストの生涯と業績

1 学問的経歴

フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーは、1842年にプロイセン国務・司法大臣に任命され、ベルリン大学における大学教師としての仕事を終えた。サヴィニーの意向に沿って、弟子ゲオルク・フリードリヒ・プフタが彼のローマ法講座の後継者となった。プフタは1846年に死去するまでこの講座を担当した。

2) Luig, Gneist und die japanische Verfassung von 1889, in: Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland (1990), S. 50-77 (besonders S. 70 ff.). このテーマに関する文献は S. 77 に掲げられている。なお Ando, Die Entstehung der Meiji-Verfassung (2000), S. 59-68 も参照。

1812年のベルリン大学設立からサヴィニーが担当してきたパンデクテン講義を1842年以後受け継いだ法学教師としては、プフタ、ルードルフ、ディルクセン、ケラーに加えて、私講師グナリストが挙げられる。グナリストは、サヴィニーが大学を去ったとき26歳だった。グナリストはまずローマ法の復習講義と試験準備を担当した。1844／45年の冬学期から、グナリストは通常のパンデクテン講義と相続法講義（両者はたいてい別個に設けられた）を任され、これらの講義を70年代まで続けた。

グナリストは、1816年に生まれ、1833～36年に優秀な成績で法学を修めた。法学部入学からわずか5年目の1838年、グナリストはサヴィニーの論敵エドゥアルト・ガンスの学長時代に博士号を取得した。彼は学位論文として、ローマ債務法に関するラテン語論文を著した。その翌年には教授資格を取得したが、若干23歳のグナリストは、教授資格論文として弾劾訴訟を扱ったラテン語論文と、ドイツ諸法書における刑事法を扱ったドイツ語論文を著している。

私講師グナリストは、早くも翌年の冬学期に、刑法・刑事訴訟法・民事訴訟法に関する講義で大学教師としての門出を迎えた。続く数年間は、何よりローマ私法・訴訟法が大学教師としての活動の中心だった。とはいえ、グナリストはすでに1850年に最初の国法学講義（「イングランド国法における立憲的原理について」）を行っている。公法は、講義のコマ数に関する限り、50年代はまだ私法と同等だったが、遅くとも70年代にパンデクテン講義・相続法講義を辞めた後には、中心的地位を占めた。他方でグナリストは、学問的経歴の開始から死去までずっと、刑法・刑事訴訟法に格別の関心をそそいで講義を続けた。例えば1884年に彼は同僚の刑法学者からの献本への礼状で、「貴著を私の刑法講義にできうる限り活用するつもりです。私は、国法学のために他の講義をとくに取りやめた後も、いまや48年目を迎えた刑法講義をまだ手放せないのです。」したがって、大学教師としてのグナリストは、極めて多彩な法領域を扱ったといえる。

早々に明白となった講義の大盛況や多彩さにもかかわらず、不当にもグナリストは長らくベルリン大学法学部のメンバーに迎え入れられなかった。確かに、グナリストは1845年に員外教授に任命されたが、1851年まで無給のままで、正教授に昇進したのはようやく1858年のことだった。グナリストは、1845年にキール大

学への招聘を、1848年にグライフスヴァルト大学への招聘を断った。自分が学んだベルリンの街と大学への愛着にもかかわらず、グナリストが正式の学部メンバーになることが明白に困難だったことを示す事実として、1846年にイエーリングの後任としてロストック大学に応募したが採用されなかった事実を挙げておこう。グナリストは、イエーリングがベルリンの私講師だった時代（1843～45年）に友人となっていた³⁾。

グナリストの正教授任命を阻んだのは、おそらく彼が1848年にベルリンでの一連の出来事に関与したという政治的理由だろう。しかし、少なくとも法学部側の公式見解では、1855年になってもなお、この私講師の学問的素質への疑問が、教授資格から16年も経てグナリストが未だ正教授に推挙されない理由とされた。昇任申請に際してグナリストは、彼の講義を多数の学生が聴講していることを主張したが、学部からは認められなかった。「多数が彼の講義に集まるのは、教師の高貴なる資質、学問的深遠さ・堅実さ、明白な困難をも克服せんとする気概、法原則の発展・例証なのか、それともこれら全ての対極をなすものなのか」⁴⁾ 疑わしい、と。彼の論文もまた昇任申請の役に立たなかった。学位論文を基にした『現代ローマ債務法の形式的諸契約』（ベルリン、1845年）は、独自性が足りないと批判された。それ以後に刊行された著作は、「政治的パンフレットか、少なくとも本質的・専門的に法律学的内容でないか、（中略）つまりは単に学術協会でなされた所詮は文芸的な講演にすぎない」⁵⁾、と。グナリストの昇任申請はこうして拒否された。

国王ヴィルヘルム1世の即位によって新時代が開幕する前の1858年に、グナリストは正教授になるべく再挑戦した。この間、彼は明らかに法学部への大きな影響力を確保した。こうして彼の昇任申請は認められた。講義の盛況がやむことなく、この間に刊行されたイングランド憲法・行政法に関する著作を前にして、法

-
- 3) Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), S. 13 および den Brief Gneists an Jhering vom 17. August 1846, in: Behrends (Hrsg.), Rudolf von Jhering (1992), S. 106 f. を参照。
 - 4) Gutachten der Juristischen Fakultät für das Unterrichtsministerium vom 20. April 1855. この鑑定の一部は Lenz, Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Bd. 2/2 (1918), S. 284 f. に収録されている。
 - 5) 出典は註4の鑑定書。

学部はもはや従来の論法を維持できず、若き同僚の昇任をもはや阻めなかった。もっとも、1858年5月5日の審査報告もまた、無批判ではなかった。特に、イングラント法とその発展の叙述をプロイセンの法政策に直接的に役立てようとするグナイストの傾向は、同僚たちに不快感を与えた。

1858年7月20日、ルドルフ・グナイストはついにベルリン大学（王立フリードリヒ・ヴィルヘルム大学）の正教授となった。同日、ゲルマニストのゲオルク・ベーゼラーも昇任している。こうしてグナイストはようやく法学部の正式メンバーとなった。

法学部でのグナイストの地位は正教授任命によって確固となったが、なおも政府内には彼への警戒心が残っていた。ミッターマイアー宛の手紙で胸の内を明かしたように、1861年、ケラーの死去に際し、法学部の提案に反してカール・ゲオルク・ブルンスが新たにローマ法講座に任命されたことは、18年にわたってベルリン大学の事実上の「第一パンデクティスト」を自負してきたグナイストにとって、屈辱だった。グナイストは、ブルンスの任命を「純然たる依怙最良にしてサヴィニー式学校党派制」⁶⁾とみなした。ブルンスの俸給はグナイストの二倍に及んだ。グナイストはハイデルベルク大学への転出を考えた。しかし、講義の盛況ぶりに文化大臣バートマン＝ホルヴェークは説得され、グナイストは追加手当を得てベルリンに留まることになった。

グナイストは、他のさまざまな仕事にもかかわらず、高齢になっても講義を辞めなかった。重病に冒された79歳の老人が、1895/96年冬学期の講義を解かれたのは、その死のわずか4週間前だった。

大学教師としてグナイストは「学派」を作らなかった。数多くの教え子のなかで、ここでは2人の名前だけを挙げておこう。フーゴー・プロイス（1860～1925）はヴァイマル共和国憲法の中心的起草者で、1919年に短期間ながら内務大臣も務めた。マックス・ヴェーバー（1864～1920）もまた、グナイストの国法学講義に格別の感銘を受けている。

6) Brief vom 30.7.1861, s. Hahn (Hrsg.), Briefwechsel Mittermaier-Gneist (2000), S. 127.

2 実務家としての活動

司法修習を終えたグナイストは、1847年に法実務の道を歩み始めた。1月22日、彼はプロイセン上級裁判所の（無給の）「調査官」に任命された。生活費は、さしあたり私講師および貴族の若者の家庭教師でまかなった。1845年に員外教授となったが、これも1851年までは無給だった。上級裁判所調査官としてのグナイストの担当は、上級裁判所第1部および大法廷での離婚・相続・刑事事件に関する報告準備に及んだ。1848年にグライフスヴァルトへの配置転換が告げられた際、彼はそこの上級控訴裁判所判事たる地位の確約を求めたが、司法省は8月7日にこれを却下した。1849年末に、司法省はグナイストの調査官職さえも解いた。グナイストは他の仕事に多忙すぎる、というのがこの決定の理由だった。1848年革命のさなか、この若き法律家の政治参加が本当の理由だったのだろう。グナイストは自ら進んで結果を引き受け、司法官勤務の辞職を依頼し、それを受けて1849年12月19日に正式に解雇された。

プロイセン上級行政裁判所の設立後ようやく、グナイストは再び司法官職に就いた。1875年11月3日、兼職という形で、彼は上級行政裁判所判事兼部長代理の地位を任された。

そのあいだ、裁判官としてのグナイストの活動は、1858年から1895年まで（19世紀末まで法科大学判決団としての機能を有した）ベルリン大学法学部のメンバーとして行ったものに限られる⁷⁾。法科大学判決団の活動領域が減少傾向にあったため、グナイストの眼には、この合議体はもはや、彼が不可欠と考える法学者の法適用活動を通じた学問と実務の結合を、じゅうぶん保障できなかった。法科大学判決団最後の正教授だった友人ベーゼラーが死去した後、グナイストは、1888年からなお約7年にわたって、判決団の最古参メンバーとして議長職を務めた。

3 国法学・行政法学

法学者グナイストの学問活動の重点は、早くも50年代初頭からすでに、公法学

7) Seckel, Zur Geschichte der Berliner Juristenfakultät als Spruchkollegium, in: Lenz, Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Bd. 3 (1910), S. 448–479.

だった。ここではその詳細に立ち入らない。いずれにせよ重要なのは、グナイストが公法学研究の基礎に、「国家」と「社会」に本質的対立を見出したローレンツ・フォン・シュタイン（1815～90年）の社会理論を据えたことである⁸⁾。このことは、倫理的・経済的存在という人間の二面性に由来する。「社会」とは、諸階級に分かたれた人間の共同生活の有機体であって、その秩序原理は財の獲得と所有である。これに対して「国家」とは、一般意思が法人格となった有機体である。国家は、全体に対する倫理的義務という自己の原理に基づいて、全ての個人の自由と人格的發展に努める。「社会」は、根底的原理としての（階級）利害に依拠するため、諸階級の形成および階級相互の主張と支配をめぐる闘争によって、この發展を阻害する。1872年に初版が刊行された『法治国家』において、グナイストは1849～58年のプロイセンの状況を、社会的党派利害が「法に取って代わった」ことに帰せしめた。

グナイストは、「社会科学的な広がりを持った法学者の伝統」⁹⁾（ニッパードイ）の一員として、このシュタイン流の理論に立脚し、法とりわけ公法に、国家と社会の対立を解消する手段を見出した。彼の国法学的・行政法学的構想の全体が、この目的に向けられた。このことは特に、自治理論にあてはまる。彼はこれを、まだローレンツ・フォン・シュタインの社会理論の影響を受けない1849年にすでに、司法への素人参加を例に構想した¹⁰⁾。「自治」とは、「時代遅れで価値関係的に」¹¹⁾（ニッパードイ）根拠づけられたグナイストの学説によれば、（特に共同体その他の団体による）自己の権利に基づいた自律、ではない。このような「民主的」自治の思想は、すでに19世紀ドイツ・フランス自由主義の構想にあっ

8) 代表作 Die Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, 3 Bände, 1850。なお Loening, Rudolf v. Gneist. Ein Nachruf, in: [Münchener] Allgemeine Zeitung, Beilage Nr. 179, S. 4 及び現在の研究状況を示すものとして Hahn, Rudolf von Gneist (1995), S. 60 ff. を参照。

9) Deutsche Geschichte 1800–1866 (1993), S. 522.

10) Gneist, Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland mit besonderer Rücksicht auf England und Frankreich nebst einem Gesetzentwurf, Berlin 1849。おそらくグナイストの自治理論について最も詳細なのは Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert (1950), S. 372–403。なお Redlich, Englische Lokalverwaltung (1901), S. 745–790 を参照。

11) Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. 1 (1990), S. 660.

たものだが、グナリストには疑わしかった。これに対して、彼は「公権的」自治の構想を展開し、自治を通じて（ローレンツ・フォン・シュタインの意味での）「社会」の有力な代表者に、固有の階級利害に代えて、一般意思を志向する「国家」の原理を実現することを義務づけた。そのための手段が、貴族や上級市民層に対する名誉職の国家による強制だった。自治における名誉職は、それゆえ、保有者の「権利」に依拠するのではなく国家によって押し付けられたもので、それゆえ、共同体に対する官職保有者の「義務」の表現である。モデルはここでもイングランドだった。「ドイツの未来は、イングランドの歴史全体のように、有産階級の自制と公共心にかかっている」¹²⁾。もっとも、名誉職の「強制的」委任というグナリストの構想は、有産階級の自制と公共心がどのくらい広がっているか、という問題に対して、彼がそれなりの疑念を抱いていたことを示している。

国家利益のための社会的諸力の強制と並んで、グナリストの眼には、国家権力の範囲を限定することも必要と思われた。この目的を達成する一つ的手段は、強力な名誉職行政部門を職業的官僚と同列に置いた、自治である。しかし、グナリストはさらに、全ての国家活動が法と法律に適合することを求めた。したがって、彼は1849年論文のかんりの部分を「法治国家」に割いている。法治国家の本質的指標は、グナリストにとって、「法律に従った、法律による、国家の統治」¹³⁾、すなわち「法律に依拠し法律に保証された国家の諸制度」による統治だった。このことから、固有の行政裁判権による国家活動のコントロールが求められる。行政裁判権は、第一義的に国家権力に対する個人の法的保護に奉仕するものではなく、むしろ「国家の内部で」客観的法の維持やとりわけ行政活動の非党派性を保障すべきものとされた。グナリストがドイツ国法学のいわゆる「司法国家的」方向性¹⁴⁾を拒否したのは、これが理由である。このオットー・ベアに代表される学派は、行政裁判権を通常裁判所に委ねることを求めた。しかし、グナリストには通常裁判所が公法領域での活動に不向きと思われた。なぜなら、その構成員は行政事件の判断に必要な専門知識を欠くからである。その代わりに、行政事件には

12) Gneist, *Adel und Ritterschaft in England*, 2. Abdruck (1853), S. 44.

13) Loening, Rudolf v. Gneist. Ein Nachruf, in: [Münchener] *Allgemeine Zeitung* 1895, Beilage Nr. 180, S. 2.

固有の判決主体が設けられねばならず、またこの判決主体は下級審において行政組織に統合されていなければならない、とされた。これによって、行政はある程度まで自分で自分をコントロールすることになり、ペーアの構想のような権力分立原理との矛盾をも回避することができた。

4 政治的経歴

公法領域での理論的活動とならんで、グナイストは当初より政治家として故郷ベルリン市やプロイセンないし帝国に関わった。

政治への関与は、1845年5月15日、グナイストがベルリン市議会議員に選出されたときに始まる。1848年革命の間、グナイストはこの合議体で当初はやや控え目に活動した。1848年6月10日に市議会が——市当局とともに——ベルリン住民の唯一の代表としての地位を宣言したとき、グナイストはこれに反対だった。彼は議員たちの政治的要求を確かに承認したが、この地方合議体がそのような一歩を踏み出すには脆弱すぎると考えていた。

しかし、グナイストは、市民軍の解体、プロイセン国民議会のブランデンブルク移転、1848年12月5日の憲法欽定に反対した。彼が望んだのは、政府と国民議会の政治的対立がいわば訴訟事件として解決されること、王権と政府と国民議会が合法性と妥協への道へ辿りつく機会を見出すことだった。グナイストは、市議会代表团とともにポツダムで王太子の仲介を乞うたとき、ブランデンブルク＝マントイフェル内閣による上記の措置を拒否する理由を王太子ヴィルヘルム本人に説明した。1848年11月12日の市議会は、同じくグナイストの動議によってこれらの措置に異議を申し立て、ブランデンブルク＝マントイフェル内閣の解任を要求した。

他方でグナイストは、1848年11月15日、プロイセン国民議会に対して、納税拒

-
- 14) この議論に関して Wichardt, Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts zur Vereins- und Versammlungsfreiheit (1976), S. 12 ff. 及び 詳細な Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht (1991), S. 16 ff. 。さらに Ogorek, Rich-terkönig oder Subsumtionsautomat? (1986), S. 328 ff. 。なお von Unruh, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat (1984), S. 36 は「司法国家的方向性」という表現を不適当とする。

否決議の計画を拒否するという市議会の覚書を貫き通した。グナリストが納税拒否の法的側面をどう考えたのかは不明だが、いずれにせよ彼はこの手段を政治的に誤った無益な手段、「無力なジェスチャー」だと考えていた。

1848年末のあまり实际的でない行動の結果、グナリストは両方の側から嫌疑をかけられた。政府の側は革命への目立った関与ゆえに彼を非難し、抵抗勢力は納税拒否反対ゆえに彼を非難した。その後、1849年2月に左派党候補として臨んだプロイセン国民議会選挙に敗れたことで、グナリストの10年に及ぶ政治的キャリアは中断した。上級裁判所調査官の職を失ったことは、すでに述べた。

王太子ヴィルヘルムが1858年10月に王位を継承して新時代が始まると、ようやくグナリストは政治的活動を再開した。長年にわたって彼は、地域・ラント・帝国のレヴェルで議席を引き受けた。彼は再びベルリン市議会議員（1858～75年）となり、プロイセン議会、プロイセン枢密院（1884年以降）、帝国議会のメンバーとなった。

州軍の解体とプロイセン憲法闘争をめぐる議論の間、グナリストは、議会で当初は自由主義的会派、後に中道左派に属したが、穏健な自由主義的姿勢¹⁵⁾（ニッパードイ）にもかかわらず、「抵抗勢力の精神的指導者」の役割を果たした。彼は政府側と激しく論争を交したが、なかでも国防大臣フォン・ローンとの舌戦は評判になった¹⁶⁾。

1866年に憲法闘争が終結すると、克服し難い内部対立から進歩党は解体し、グナリストは新たに結成された国民自由党に加わった。続く時代、「与党的傾向が……しだいに政治的自由主義の参加的出発点を」覆い、グナリストはビスマルクの従者となって、社会民主主義やカトリック教会に敵対するビスマルクの主要な内政キャンペーンを支えた。グナリストは1867年にエルバーフェルト＝バルメン選挙区から憲法制定のための帝国議会に選出され、しばしばビスマルクに助言者

15) Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. 2 (1992), S. 35, 37

16) 1865年5月5日の帝国議会議事録からの抜粋は Schiffer, *Rudolf von Gneist* (1929), S. 125–130 を見よ。当時の様子を伝えるものとして Poschinger, *Bismarck und die Parlamentarier*, Bd. 1 (1894), S. 321 f. および Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 3 (1995), S. 276 : 「…その「国防自由主義」が久しく容赦ない反対派に転じたグナリストは…」。

として意見を求められた。グナイストは1871年のドイツ帝国憲法に同意した。しかし、グナイストは、1871年と1878年の二度にわたってプロイセン文化大臣候補に取り沙汰されたが、より高位の国家官職への就任を拒み続けた。いずれにせよ、多くの学者がしだいに政治を職業政治家に委ねつつあるなかで、グナイストは第二帝政期にも常に政治的積極性を保った。1888年初頭、彼は、祖父の高齢と父の病のゆえに近々即位の見通しとなった王太子ヴィルヘルムに、法学的・国家学的諸問題とりわけ皇帝の権限に関する御進講を行った。もっとも、グナイストをこの任務に充てたビスマルクは、まず皇帝ヴィルヘルム1世の明確な反対を押し切らねばならなかった。皇帝は、グナイストに対して「以前の政治的見解の相違」(王太子ヴィルヘルム)——つまり1848/49年革命期における彼の役割——のゆえに懸念を抱いていた。とはいえ、グナイストの眼に映ったヴィルヘルムは、さして出来の良い生徒ではなかった¹⁷⁾。

シュトライスの記述¹⁸⁾から推測されることとは異なり、グナイストは、社会的利害に関して、1881年の帝国政治による社会問題の「発見」によって初めて取り組んだわけではない。著作目録が示すように、彼は国家による福祉に早くから関心を注いでいた。すでに1872年に彼は「社会政策協会」の創立者の一人となり、二年にわたって初代会長の職にあった。彼はまた労働者階級福祉中央協会にも1851年から所属し、1869年と1895年の二度にわたって会長を務めた¹⁹⁾。

5 私法学者としてのグナイスト

公法領域での膨大なグナイスト文献に対して、彼の学問的経歴の始まりとなった私法領域での活動に関する研究は全く存しない。おそらくその要因は、長年にわたる講義にもかかわらず、グナイストがパンデクテン教科書もその他の広範な読者層に宛てた私法学的著作も出版しなかったからだろう。

グナイストは学問的経歴の最初に私法に関する三つの著作を刊行したが、これ

17) Vgl. Röhl, Wilhelm II. (1993), S. 766.

18) Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2 (1992), S. 388.

19) これら二つの協会とそこでのグナイストの役割について Hahn, Rudolf von Gneist (1995), S. 226 ff. および Luig, Soziale Monarchie, in: SZGerm 1994, S. 469 f.。社会政策協会の機能と影響について Rückert, Autonomie des Rechts (1988), S. 50.

らは互いに密接に関連しあっていた。これらは全て「抽象的債務契約」というテーマに取り組んでいる。まず1838年に学位論文を刊行し、これをグナイストはモノグラフィーに書き直して1845年に『ギリシア法の行為形式との比較による現代ローマ債務法の形式的諸契約』として出版した。すでに述べたように、この論文はあまり受け入れられなかった。例えば学部の同僚からは、グナイストには独創性がない、と批判された。この批判に対して、1858年にグナイストは再びラテン語で著した16ページの論文で応えた。

グナイストの他の著作は、単に付随的に私法に言及するものが幾つかあるにすぎない。例えば、(自ら「学生本」²⁰⁾と称した) ユスティニアヌスとガイウスの法学提要の要約版²¹⁾や、(第一義的には法政策的な目的をもって書かれた) 民事婚強制²²⁾および立法審査管轄権に関する論文²³⁾である。

グナイストは、生涯の途中で非常に明確に私法学と決別した。この決別は、彼自身の言葉によれば、彼がその代表者たち(サヴィニーを始め、ルドルフ、ディルクゼン、ホーマイアー、フォン・ランツィツォレ)の教えを受けた、歴史法学派からの決別だった。1888年に彼は歴史法学派についてこう述べた。

「彼らの学説は正しかったし、今日でも正しい。ただ彼らは真実の全体を包括していなかった。」²⁴⁾

1886年7月に迎えた70歳記念祝賀に際しての演説でグナイストはこう述べた。

「私はむしろ徐々に全く異なる道へと至りました。家の伝統によって私はまず司法実務の道に入りましたが、本来は個人的な関係からフリードリヒ・ヴィル

20) Brief an Mittermaier vom 30.4.1858, s. Hahn (Hrsg.), Briefwechsel Mittermaier – Gneist (2000), S. 115.

21) Institutionum et regularum iuris romani syntagma (1858). Eine zweite Auflage erschien im Jahre 1880.

22) Referate über den Antrag, die Civilehe als einzig berechnigte Eheschließungsform anzuerkennen und das connubium zwischen Christen und Nichtchristen freizugeben, in: Verhandlungen des 8. Deutschen Juristentages Heidelberg 1869, Bd. 2, S. 29–41, 329–338.

23) Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: “ob der Richter auch über die Frage zu befinden hat, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen”, in: Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages Mainz 1863, Bd. 1, S. 212–239.

24) Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), S. 65.

ヘルム3世の治世の終わり頃には我が国政の状況をより深く知ることになった結果、深い確信から改革運動へと巻き込まれ、歴史法学派から久しく疎遠になり、当時法曹界で支配的だった傾向と対立しました。……平穏な法史研究を生きる代わりに、私はほぼ半世紀にわたって政治的に揺れ動いた時代の大波の真っ只中であって、我が憲法生活の極めて困難な転換のもとで、打ち寄せる波の真っ只中に立ち続けねばなりませんでした。』²⁵⁾

したがって、実際に眼の前で変動を引き起こしたい、という渴望が、おそらくグナイストをより法政治に近い領域である公法学へと導いたのだろう。加えて、普通法学の展開へのある種の失望も一役買ったかもしれない。プロイセン文化大臣に宛てた1873年4月10日の請願書でグナイストはこう述べた。

「理論と法適用の完全な分離への後退は、ロマニストの最近の傾向において、実務的普通法からの完全な離脱およびパンデクテンの名の下での極めて恣意的な現代的ユス・ゲンティウムの構成として主張されております。率直に申し上げて、私は30年に及ぶパンデクテン教師として、こうした仕事にもはや十分な満足が得られないのであります。」

彼のいう誤った方向への展開の主たる原因は、この書面に示されているように、グナイストにとって、大学で教えられる法学と裁判官職における実務との結合の後退であった。

グナイストが私法学の小さな一齣であれ執筆者として取り組んでいれば、この領域における彼の業績は間違いなくずっと重要なものになっていただろう。丸一世代に及ぶ法律家が、ドイツで最も重要な大学において、グナイストから私法の講義を受けてきたのである。

グナイストのパンデクテン講義は1844/45年冬学期から1868/69年冬学期まで合計24ゼメスターに開講され、そのうち4回は相続法を含む形で開講された。加えて、その他の講義とともに、独立した相続法講義が1843/44年冬学期から1875/76年冬学期まで29回開講された。

25) この演説の大部分は Liebmarn (Hrsg.), Die juristische Fakultät der Universität Berlin (1910), S. 128 f. に収録されている。

Ⅱ 史料——1845／46年冬学期のパンデクテン講義

ロベルト・エッサーが筆記した講義録は、パンデクテン法の全体、すなわち相続法も含んでいる。パンデクテン講義と相続法講義はそれまで別々の講師が担当する制度的に独立した科目だったので、このことは特筆すべきだろう。相続法講義には別個に時間割が用意され、水曜11～13時、土曜11～12時の週3時間だった。パンデクテン講義は、毎日9～11時に開かれた²⁶⁾。したがって、週あたり講義時間は全部で13ないし15時間、これが約五ヶ月の講義期間にわたったので、講義は合計260ないし300時間に及んだことになる。ここから逆算すると、講義録の約4ページで一時間分に相当するだろう。

グナイストはおそらくパンデクテン講義と相続法講義の制度的分離を守らなかった。ロベルト・エッサーによる講義録が相続法をパンデクテン講義録全5巻の第4巻に編入したことが、それを物語る。いわゆる「附論」をみれば、より厳密な説明が可能である。講義録では附論に通し番号が付されている。この通し番号によれば、グナイストはまず物権法・債務法・家族法・総則（附論31～33）の順に論じ、最後に相続法を論じた（附論36～42、なお附論34・35は講義録に言及がない）。プレヒトによる講義録では、この順序は製本に際して講義の各部分を配列するときも考慮されている。最後に、もう一つの間接証拠を挙げよう。相続法を扱った巻のタイトルページには「グナイスト教授による相続法」とあるが、これは第1巻で「グナイスト教授によるパンデクテン」とあるのと同様で、これに対して他の巻では単に法領域が明示されたにすぎない。それゆえ、グナイストが二つの講義を制度的に統一したものとして扱ったこと、ただし相続法は最後に、つまり総則の後に講じたことが結論づけられる。

この講義録が講義の間に直接通して書かれ、おそらくは講師の直接の口述によるという推定は、それが一般に19世紀中葉の法学講義では珍しくなかったことか

26) Verzeichniß der Vorlesungen, welche von der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin im Winterhalbjahre vom 16. October 1854 bis zum 24. März 1855 gehalten werden, Berlin 1854. パンデクテン講義が土曜日も行なわれたか講義要項からは明らかでない。

らも支持される。E. O. ハルトマンによるゲッティンゲン大学の法学提要講義について、ヴィクトル・エーレンベルクの自伝的報告はこう伝える。

「彼は講義の間ずっと何らの才気も独創性もなく口述した……それでいわゆる良いノート、つまり分厚いノートが出来あがった」²⁷⁾

エーレンベルクは、ヴェヒターとシュミットによるライプツィヒ大学のパンデクテン講義についても、こう伝える。

「ヴェヒターは毎日午前二時間パンデクテンの総則と占有論を講じ、シュミットは午後と同じく二時間パンデクテンの各論を講じた。ザクセンの学生流儀では両方を同時に聴講することになっていたので、私も仕方なくそうした。最後の何週かは、それぞれに每日一時間が追加された。こうして私は長い長い冬学期を通して毎週24時間の、最後の方は36時間ものパンデクテンに、しかも一語ずつ区切った口述で、耐え忍ばねばならなかった。筆記が間に合わないときは学生が足で床をこすり、そうすると教師は最後のところを繰り返した。講義はアルントの退屈な教科書に基づいて行われ、ヴェヒターはさらに無料で印刷した附録の山を配った。」²⁸⁾

こうして講義の間に生み出されたノートを、学生は教科書のように用いた²⁹⁾。このことは、講義録の内容が大いに信頼に値することを間接的に示すもう一つの証拠ともなる。ロベルト・エッサーによる講義録の場合、手書きノートが以後の世代にも用いられている。

27) Planitz (Hrsg.), *Selbstdarstellungen*, Bd. 1 (1924), S. 59.

28) Planitz (Hrsg.), *Selbstdarstellungen*, Bd. 1 (1924), S. 60. マックス・リュウメリンはこう伝える。「時間中絶え間なく口述したゴルトシュミット [の講義で] は知るに値する全てのポジティブを詰め込んだ商法・手形法の良いノートが得られるが、それ以上のことは何もない」(Planitz (Hrsg.), *Selbstdarstellungen*, Bd. 2 (1925), S. 176)。世紀中葉には他学部でも講義素材の口述は普通だったようである。おそらくブレスラウで受講したカトリック神学の講義についてイェンチュが伝えるところでは、講師はぶつぶつひそひそ講じたので、道路を車両が通行すると、もはや何も聞こえず講義を筆記できなくなった。「そんな場合、我々はノートにこう書いた『ここで車両が通行せり』と」(Jentsch, *Wandlungen des Ich im Zeitenstrome*, 4: Die Universität. Professoren, in: *Die Grenzboten* 54/1 (1895), S. 78-87. なお著者名は Bd. 54/3 (1895), S. 428 から判明)。クレンペラーの伝えるところでは、1900年頃ですらミュンヘンで文献学の講義が口述されていた (Klemperer, *Curriculum vitae. Erinnerungen 1881-1918*, Bd. 1, S. 271)。

29) Vgl. Rückert, *Autonomie des Rechts* (1988), S. 36.

講義の時間的分量もまた、ロベルト・エッサーによる講義録が講義の間に書き取られたものだという結論を支持する。すでに示したように、相続法も含めた講義時間は260～300時間に及んだ。そうすると講義一時間あたりで約4ページ進んだことになる。講義録の見た目の様子もまた、テキストが対応する時間に筆記されたものと十分に思わせるものである。

Ⅲ グナイストの私法学

これからパンデクテン講義とその内容について三つの例を挙げて詳しく紹介することにしよう。選んだ箇所は、ローマ法継受、占有の法的性質に関する論争、および若干の婚姻法の問題である。

1 ローマ法の継受と実務的意義

グナイストはローマ法の継受から講義を始め、ローマ法を「侵入者」とは呼びえないことに特別の力点を置いた。ローマ法の受容は（しばしばローマ法が非難されるように）ドイツ的「諸自由」を消滅させなかった。これはローマ法の「支配」が財産法だけに及び、他の法領域には及ばなかったからである。

ローマの滅亡とともにローマ法が消え去らなかったことを、グナイストは、各民族が自己の法にしたがって生きることを認めたゲルマン人たちの原則の結果だと述べた。こうしてヨーロッパにおけるローマ帝国の後継諸国家で効力を維持した後、ローマ法はボローニャで「再発見」され、それが学問による継受をもたらし、大学を法発展の機関とした。

ドイツにおける継受は複数の条件の必然的結果として描かれる。第一に、グナイストの眼には、ドイツ法は契約法の規則が不十分で、商業国家の要請にこたえられなかったことが大きな要因だった。第二に、レーエン制度によって分裂したドイツにとってローマ法が共通の法的基礎として有した意義が強調された。

したがって、ローマ法はドイツに「侵入した」のではなく「最良の確信をもって採用された」。だからそれは「固有の家族法・財産法」なのである。

継受に関するさらなる議論は、1864年のドイツ法律家大会におけるグナイストの慣習法に関する報告に見出される³⁰⁾。この報告は、約10年前にロベルト・エッ

サーが筆記した講義における概括的叙述に、継ぎ目なしにつながる。ここでグナイストが強調したのは、外国法の継受が「我々の社会的諸条件の諸要求」の結果と考えられるべきだ、ということである。統一的私法の創出は、「偉大な国家制度の最も生命力のある、最も持続的な基礎として」必要だったというのだ。継受によって得られたドイツ普通法は「我々の統一性の堅固で持続的な基礎」であり、その創出に際して特殊ドイツの法制度は保持され統合された。グナイストは例として、夫婦財産法や家父権のほか、「奉公人法や労働者階級の諸関係など何か国民的なものが問題となる限りで」財産法の一部を挙げる。ドイツにおける継受の過程は、特にフランスやイングランドにおける同様の発展との比較においても、模範的とされる。総じて、グナイストは継受の評価の点で、継受を民衆法の有機的発展の断絶とみなしたパーゼラーの対極にある³¹⁾。

講義では続いて、ドイツにおいてユスティニアヌス法典の個々の部分が効力を持つにあたっての註釈学派の意義が描写される。引き続きグナイストは、「財産と家族に関する我々の法全体」へのローマ法の順応に取り掛かる。すなわち、彼はローマ私法とドイツ私法の関係を取り上げるのだが、その際に法典編纂を欠いた地域の状況だけをこの関連で論じている。

ここでも原則はグナイストにとってドイツ私法の同等性である。ドイツ私法はとりわけ物権法の領域で重要性を保持した。しかし、ドイツ私法は「より地域法的」なので、現行法の各部分の順位を厳密に規定することが困難だった。ローマ（普通）法は補充的で、都市法であれラント法であれ「任意条例」（締約）に基づく規則と抵触する場合には適用されない。同時に、これらの地域諸法は普通法の下に位置するので、「補充的」との表現はやや不適切である。

先に述べた1864年の法律家大会での報告では、17・18世紀における「外国法の補充法的地位への排除」によって、決して純粋なローマ法と同一ではない「本来の実務的普通私法」が誕生したとされた。

30) Referat zur Frage: Soll von der Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht als gültige Rechtsquelle anerkannt werden, und bejahenden Falls, in welchem Umfange?, in: Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentages Braunschweig 1864, Bd. 2, S. 84-92.

31) Kern, Georg Beseler (1982), S. 378.

グナイストにとってローマ法とならぶ「普通ドイツ私法」が存したのか、法律家大会報告を加味しても、結局は分からない。いずれにせよ、18世紀の法典編纂運動の開始にいたる法発展の結果が、ドイツの要素とローマ的要素からなる普通私法なのである。

したがって、グナイストは、1854/55年講義の当時、10年後と同じく、ドイツ私法とパンデクテンの同等性を認めた歴史法学派の最初の立場に一致していた³²⁾。全ての法規則に関する共通の叙述を諦め、二つの部分を互いに峻別しあう学派の綱領³³⁾もまた、グナイストの講義に反映されている。それは序論での綱領的議論にも、また例えばドイツ法独特の制度である相続契約の叙述を完全に放棄したことにも現れている。

継受の正当化と結果に関する議論は、ゲルマニストとロマニストの分裂を引き起こしたライシャーの綱領論文『ドイツ法の存在と本質』(1839年)に対する徹底した反論だったともいえる。ライシャーは「外国の」ローマ法への偏愛を捨て、法全体を固有の基礎へ立ち返らせることを求め、ドイツ・ゲルマニスティークの国民的側面を基礎づけた³⁴⁾。グナイストはこれに対して、ライシャーに言及せずに、ドイツに「侵入した」との非難からローマ法を擁護した。ローマ法は外国法ではなく、「最良の確信によって採用された」、結局のところ「固有の」法である。したがって、グナイストは、ティボーとサヴィニーの法典編纂論争に次ぐ19世紀の大法政策論争、すなわち継受の正当化およびローマ法とドイツ法の関係をめぐって争われたゲルマニストとロマニストの論争において、明確にローマ法を支持した。

18・19世紀の法典編纂運動に関するグナイストの説明は、ローマ法の継受の基礎づけと非常に良く似ている。法典編纂は、グナイストにとって、不完全な法的

32) Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2 (1989), S. 50.

33) Luig, *Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff*, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, Bd. 1 (1974), S. 217–248 (S. 220 ff.).

34) Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2 (1989), S. 50; Luig, *Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff*, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, Bd. 1 (1974), S. 229 ff.

状況の結果だった。しかし、帝国はその弱体のゆえに立法事業に臨むことができず、個別国家の次元でのみ問題が除去されえた。グナイストにとって、法典の創出にも正当化が必要だったことは明らかだろう。すなわち、「ドイツのもとと分裂した諸部分の寄せ集めが新たな偉大な国家制度に統合される」際に、そのような必要が存した。さらに私法を貫いていた封建主義の残滓を克服することもまた、ドイツの大領邦で私法の徹底的見直しが行われた原動力とされた。その際、グナイストは、私法の「ドイツ的要素」が廃止されるどころか、いっそう保持されたことを強調した。

ローマ法は法典編纂によって確かに共通の現行実定法としての意義を失った。しかし、学問の共通法としての機能は保持された。

したがって、ローマ法の意義はとりわけ、「法の学問的な扱い方の模範」さらには「法的形式を理解させる教育手段」であり続けることにある。法典編纂を行った諸邦でも、それゆえパンデクテン法は私法理論を体現した³⁵⁾。これに対して、法典編纂を欠いたドイツ諸邦での現行法としての機能という、もう一つの機能は後景に退いた。このことは、グナイストが講義をベルリン、すなわちプロイセン一般ラント法の通用する地域で行ったことだけでも、十分理解できる。さらにグナイストは、明らかにローマ法がその本来の適用領域でも全面的には「現実に貫徹した」訳ではないとみた。ローマ法に支配されたのは都市と自由農民保有地だけで、ラントやレーエン制度の領域や不自由農民保有地では、ゲルマン法が通用した。他のドイツ諸邦における現行法としてのパンデクテン法の機能に関する言及が残ったことのもっともな理由は、そうした諸邦出身の学生にも講義を魅力的なものにせねばならなかったためだろう。

このように、グナイストが示した綱領によれば、講義は現行法よりも法の「学問的な扱い方」を主眼に据えたことが確認された。

講義の個別的分析が示すように、グナイストは最初に示した目標設定を必ずしも一貫しなかった。時代遅れで廃止された（それゆえ現行法にとって関心を引かない）ローマの法規則も、現行法のローマ法起源でない部分も、取り扱われてい

35) Vgl. Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges römisches Recht, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999), S. 6.

る。それゆえグナイストは総じて歴史法学派のローマ法支派に位置した。一般にその代表者たちには、「帝国諸法および慣習法による修正を含めたパンデクテン法をまさしくドイツの現行私法として認め、その他の全てを地域諸法に割り当てる」³⁶⁾傾向があった。加えてグナイストは多くの問題で法典編纂とくにプロイセン一般ラント法の諸規則を扱った。

2 占有の法的性質

グナイストは、「現代ローマ法」における占有の地位を「不完全物権」とし、「生活において所有権取得の手段として現象する」ので、法体系の内部で最初に位置づけられねばならないと考えた。これはもちろん、占有を法ではなく単なる事実と考えたサヴィニーの考えと異なる。グナイストは同様に、占有は法であるが物権ではなく人格権だと考えたプフタとも意見を異にする。19世紀前半に占有の本質をめぐって交された極めて激しい論争は、サヴィニーとプフタを一方、ヘーゲル主義者エドゥアルト・ガンスを他方として執拗に繰り広げられたのだが、グナイストはこれに言及していない³⁷⁾。プフタの議論がサヴィニーの立場と異なる点だけは詳しく論じられたが、プフタがガンスの攻撃からサヴィニーを擁護しようとして、占有は事実なりとする見解がもたないと気づいて修正を試み、結局、正反対の立場に至ったことについて、グナイストは立ち入っていない。

それでは、グナイストはなぜ占有を物権法に組み込もうとしたのか。これはまだ当時の教科書では必ずしも一般的ではなかった。サヴィニーとプフタの立場は、彼にとって異論の余地があった。ローマの法律家たちはこの問題について語っていないが、それは彼らが民事訴訟の根拠となるような「法的」関係だけを体系に組み込んだからで、占有や例えば抵当権なども顧慮されなかった。したがって、体系への組み込みは「現代ローマ法」の課題である。しかし、このような状況のもとでは、ドイツ法の影響を無視することはできない。ドイツ法では占有概念が

36) Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, in: Wissenschaft und Kodifikation, Bd. 1 (1974), S. 224 f.

37) Braun, Der Besitzrechtsstreit zwischen Savigny und Gans, in: Quaderni Fiorentini 9 (1980), S. 457-506.

本質的に侵奪訴権によって規定されており、占有と所有が互いに峻別されていなかった。この所有権との密接な結合によって、物権法への組み込みがなされた。占有は生活においてもっぱら所有権取得の手段である、と。

グナリストにとって占有が権利か否かという問いへの答えは、占有を主題とする第2項 (I 33 f.) の議論から得られる。曰く、権利能力者のみが占有を持ちうる、と。このことは「占有の本質」から生ずる。占有はそれゆえグナリストにとって権利であり、しかも「不完全物権」(I 69) である。さらに占有は「排他的支配」であって、複数人による同一物の同時支配は不可能で、せいぜい観念的持分による共同占有までである。

グナリストの議論方法の典型的な例は、第3項に見られる。合成物の構成要素に対して別個の占有が存するか、という問題である。この問いは否定されるが、それは個々の構成要素は固有の占有意思を欠くからである (I 35)。しかし、その場合、分離された個別部分の時効取得について問題が生ずる。動産を分離しなければ三年で時効取得できる。附合によって当該動産が独立した物でなくなると、取得時効期間が10年に延びてしまう。この事例について、学説彙纂 (D. 41. 3. 30. 1) は、建築材料の時効取得は以後も三年で行われうる、と定める。その理由は、グナリストによれば、附合による占有の「喪失」が起らず、中断行為がなかったからである。学説彙纂法文を用いた他の幾つかの説明方法を、グナリストは否定した。それらが提示する区別が「余りにも技巧的」だから、と。その結果として、「我々はそれゆえ発展した単純な法原理のもとにとどまる」。

ここで再びパンデクテン講義全体を特徴づけるような議論方法が出てくる。グナリストにとって、問題解決が「自然」である状況が、決定的価値をもった。否定的な対立概念は「技巧」である。これらの概念と密接に結びついているのが、すでに慣習法との関連でみたように、「単純」と「細分化」である。グナリスト流の議論に関する他の例として、「承役地に通常の高さ以上の建物を築造する役権」の法的性質がある。本題に立ち入ることなく三つの代表的見解が扱われ、第一の説は「多数によって非難されている」と排除された。第二の説は「可能だが技巧的」とされた。グナリストは第三の説に従ったが、「この見解は最も自然で最も多数に支持されている」からである。技巧的という場合、史料的根拠を欠く

ことを意味する場合もある。例えば、農業用地役権と建築用地役権の区別に関して講義録に記されたように、「しかし、これを述べた法文を挙げることはできない。ゆえにこれは技巧的見解である」(I 150)。

このことは、シファ어의評価によって印象深く肯定される。おそらくシファ어はじかにグナイストの講義を閲覧し、グナイストを「概念法学と、『概念的なるものの純粹培養』、それに実務的有用性を考慮するよりも数学方程式の流儀で構成を行う例の弁証法的解釈に対する敵対者」と特徴づけた。これに対して、シファ어によれば、グナイストにとって法とは「生ける力、生活の表明、生活の様式」であって、証明を要しない倫理的世界秩序の代弁者である³⁸⁾。1854/55年講義の当時、概念法学批判はまだ公然たる学問的論争の対象ではなかったが、厳密な概念性・精密な区別・至上命題たる体系的構成との一致に対するグナイストの本質的反感は、ここで引用した講義の一節からすでに明らかである。法は、彼によれば、「自然」で「実用的」でなければならない。

3 婚姻法

グナイストは、家族法を婚姻の概念規定で始める。

「婚姻は倫理的な、全ての生活関係を貫徹する、夫と妻による共同体である。婚姻は国家によって創設された任意の制度ではなく、人倫にその根拠を有する……婚姻はそれゆえ何らの目的を持たず、それ自身のゆえに現存し、それなしに人間が存しえない関係である。したがって、婚姻は法的関係ではなく、人間の倫理的感情がそれを生んだのである」。

それゆえ婚姻はいわばサヴィニーが想定した自然的法制度の原型である。種の保存といった婚姻目的の想定は、これとはもちろん相容れない。自然によって定められた法制度として、婚姻それ自体および個々の婚姻は、それが何か具体的な目的に役立つか否かに依存しない。

グナイストは、婚姻は「出産を目的とした共同体」なりとするテーゼをカントが擁護したと主張する。これはあまり正確ではない。むしろカントは、婚姻を

38) Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), S. 65 f.

「異なる性に属する二人がその性的特性を生涯にわたって相互に占有するための結合」³⁹⁾と述べた。グナイストのいう出産という目的は、こうである。

「子どもを生み、育てるという目的は、確かに自然の目的かもしれない。自然は、両性にそこへの傾向を植え付けた。しかし、結婚する人間がこの目的を前提とせねばならないことは、この結合の合法性のために求められはしない。なぜなら、さもないと、出産を止めると同時に婚姻が自ずと解消されてしまうからである。」

それゆえ、カントが夫婦の繁殖意思を婚姻の構成的要素とみなしたとは言えない。むしろその反対である。この点に関してグナイストが間違った描写をした理由は明白である。グナイストは、彼のカント理解に関する限り、サヴィニーの議論に影響されている。サヴィニーは、人間の繁殖衝動が婚姻において人倫の本質の構成要素としていわば文明化されると主張し、こう述べた。

「この点でカントは誤っている。彼は、婚姻において単なる自然的構成要素（性的衝動）を強制的法関係の対象にしようと試み、それによってその本質を完全に見誤り貶めてしまった」⁴⁰⁾。

他の箇所ではこう述べている。

「彼〔カント〕によれば契約は、それによって所有権が譲渡され（98頁）、あるいはこの譲渡が、その完成は引渡によってのみ生じうるので、本来的に準備される（103頁）ような、二人の人間の一致した意思にすぎない。……しかし、婚姻もまた契約であり、しかも他方の人格において各婚姻当事者のある種の所有権（物権的様相の対人的権利）を受領するような契約である。それは再び引渡（肉体的結合）を伴った契約の同時発生によってのみ実際に獲得されうるものである（110、111頁）。それゆえ、婚姻は彼にとってまさしく強制的契約である。そして彼は明示的に（107頁）婚姻を『異なる性に属する二人がその性的特性を生涯にわたって相互に占有するための結合』だと説明した」⁴¹⁾

39) Kant, *Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre* §§ 24–26, Akademie-Ausgabe (1968), S. 277.

40) Savigny, *System*, Bd. 1 (1840), S. 347 f.

41) Savigny, *System*, Bd. 3 (1840), S. 318 f. 文中の参照ページは Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797)に基づく。

いま引用した箇所、カントが婚姻の前提として出産目的を想定することを異論の余地なく明確に否定していることに、サヴィニーは触れていない。

婚姻はその自然的・倫理的起源にもかかわらず「法的」制度である。国家は婚姻が存するか否かの確実性に利害を有するからである。このこともまた、婚姻が全ての生活関係に関係し、それゆえ法とも多様な関連をもつことから導かれる。

ユスティニアヌス法典の婚姻法はローマの国民的制度であり、継受されなかった。それゆえ現行婚姻法は「ローマ法ではなくカノン法であり、近年の状況に応じて修正されてきた。しかし、カノン法にはローマ婚姻法の一部が保存されている」。

このような前置きの後、婚姻の諸条件、婚姻の締結、婚姻の人的効果、婚姻の解消が論じられる。その際、グナイストの自由主義的な法政策的立場は、市民婚および離婚に関する議論で最も明確になる。

婚姻は法制度なので、その開始は契約である。このことは「最広義の契約」という概念であっさり理由づけられる。それによれば、契約は「何らかの法的関係の生成に関する全ての合意」(III 8)である。「昔の哲学派」つまりとりわけ明示的にカントと異なって、ここで再び、契約概念を強制的契約に制限することは誤りだ、と主張される。ここから婚姻が個々の諸義務に分解されないことと、いっそう当然に婚姻に由来する個々の諸義務の告訴可能性・強制可能性の欠如が導かれる。しかし、契約たる性格の結果、有効な意思表示に関する全ての諸前提が婚姻の有効性のために不可欠である (III 8)。

夫婦の有効な意思表示は、トリエント公会議 (1545～63) 以来、所定の形式が必要とされた。これに対して、中世ではローマ法と同じく無形式に婚姻開始が可能だった。しかし、カトリック教会における司祭の役割は受動的で、本質的なのは夫婦の (カトリックの教義に従って婚姻の秘蹟を互いに授けあう) 意思表示だった。聖職者の立会い強制は、プロテスタント教会法で初めて発達した。グナイストによれば、その理由は婚姻の有効性に関する国家と教会の対立であった。こうした状態が維持しえなくなったため、新たな方策が生まれた。

「こうした対立を解決する唯一の手段は、さまざまな信仰をもつ全ての臣民に対する国家の立法であり、同時にそれはさまざまな教会から独立した形式を持

たねばならず、こうして市民婚に至った」。

したがって、この講義の当時すでにグナイストは市民婚強制の熱心な擁護者だった。市民婚強制は、1874年にプロイセンで、翌年にドイツ帝国で貫徹された⁴²⁾。1869年の法律家大会（ハイデルベルク）で市民婚強制への賛同が決議された際⁴³⁾、グナイストは報告者として決議のために大きく寄与したのだが、この決議は全ドイツ的市民婚強制に至る里程碑とみなしうる。

離婚とその古代ローマ法に始まる歴史的展開の描写に際して、グナイストは、とりわけ整った子どもの教育という利益の点でしばしば不可欠な離婚の自由な適用を非常に明確に支持した。

これに対して、ローマ法では本来任意に可能だった離婚は、ローマ教会の影響で、離婚可能性の限定へと至った。この傾向が頂点に達したのは12世紀で、教皇権が最高潮に達したときだった。婚姻は秘蹟となり、離婚には再婚禁止が伴った。この展開は、結局、宗教改革の主な理由の一つとなった。プロテスタント法では、婚姻の秘蹟たる性格は否定され、一定の条件のもとで真正の離婚が可能になった。時とともに離婚は容易になった⁴⁴⁾。プロイセン一般ラント法はプロテスタント教会の四つの離婚事由に八つを加え、とりわけ合意離婚の可能性を、子どものいない場合（ALR II 1 § 716）および夫婦間の「克服し難い嫌悪感」の場合つまり実際は婚姻破綻を理由とする離婚を認めた（ALR II 1 §§ 717-718 b）。この発展をグナイストが支持したことは、描写の仕方から明白である。

これに対して、イングランドやフランスで行われている制限的離婚法は、グナイストによれば、婚姻の救済につながるところか、「夫婦がばらばらに、不倫関係に陥る」。離婚可能性の濫用をグナイストは認めない。ゆえに彼は、講義の当時、プロイセン上院で審議されていた離婚法草案に反対した⁴⁵⁾。この法案は離婚事由をかなり狭めようとしたものだった。この関連で、法学部の同僚フリードリ

42) Vgl. Conrad, Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich (1874/75), in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag (1956), Bd. 1, S. 115.

43) Verhandlungen des 8. Deutschen Juristentages Heidelberg 1869, Bd. 2, S. 340 f.

44) Vgl. Mikat, Ehe, in: HRG I (1971), Sp. 826 f.

45) これについて詳しくは Buchholz, Ehe recht zwischen Staat und Kirche (1981), S. 29 ff.

ヒ・ユリウス・シュタールに対するグナイストの政治的敵対関係が、非常に明白になる。シュタールは議会で離婚要件の仮借ない抹消を主張した代表者だった。

講義録の筆記者は欄外に、学期末にこの問題に関する議会審議を傍聴した、とのメモを残した。おそらくそれは、1855年3月13日（それゆえ冬学期末）に行われた上院での一般討議で、シュタールが司法委員会の法案を総会に提案したときであろう。学生たちは傍聴するようグナイストに勧められたのかも知れない。グナイスト自身は、すでに述べたように、この反動時代には代議士の職になかった。

IV 結論

「パンデクテン」という名称は、これまで扱ってきた講義の全てを物語るものではない。グナイストは多くの点で単なるパンデクテン講義を超えていった。講義が行われた場所でプロイセン一般ラント法が通用していることを背景に、彼はまずパンデクテン法の機能を法の学問的扱い方の模範とした。それゆえまずもって期待されたのは、講師がパンデクテン法の描写に専念することであり、せいぜい（おそらく非プロイセン学生にも講義を魅力的にするために）ドイツ小領邦の現行法としてのパンデクテンの機能もまた強調されたという事情から修正される程度であった。これはまた、もはやローマ法の「通用」していない部分が講義で扱われないことを期待させるものだった。

どちらの限定も実行されなかった。一方ではローマ法の時代遅れになった部分も扱われたし、他方では「現代法」にとって重要性を欠くとの理由でそれが拒否されることもあった。その限りで、講義の綱領はパンデクテン講義の対象に関するロマニストの支配的見解に一致した。他方でしかし、またしても一貫せず、法典編纂とりわけプロイセン一般ラント法の諸規則をも講義で扱った。この際、グナイストがプロイセン一般ラント法の諸規則を、それに言及するときは明確に賞賛し、法学が立法者の介入なしに解決できなかった模範的な問題解決として描いた。

グナイストは、ここで扱った講義（1854/55年）の当時、彼の学問的出発点に応じて、歴史法学派の代表者だったといえる。その際、彼はこの学派に属する特定の代表者の弟子や従者ではなかった。しばしば引用されたのはサヴィニー、プ

フタ、ファンゲロウの教科書だが、そこからグナイストがこの三人ないしその一人の考えに近かったとは言えない。グナイストは引用した見解を非常に頻繁に拒否したが、それは師であるサヴィニーについても明示的に当てはまる。

概念法学に関する議論は、50年代中葉にはまだ始まっていなかった。グナイストはしかし、すでに当時から、洗練された概念性の支持者ではなかった。特にそれが自己目的化した場合はそうだった。彼にとっては、単純さと結論の実務的有用性が重要だった。それと「些事拘泥式区別」や「技巧的見解」は相容れない。重要なのは、見解が「自然」であること、それが当たり前前に史料から導き出されることだった。特徴的なのは、それゆえ「我々は単純な諸命題のもとにとどまる」という定式化である。基本的に、どんな形式であれ原則の例外は好まなかった。絶対に必要とはいえない例外を「見せかけの例外」へと格下げすることで、その数が不可避のものだけに限定された。

結論的には、シフアーが後の立場から行った「概念法学の徹底した敵対者」というグナイストの特徴づけは、この講義録の分析によって裏付けられると言ってもよいだろう。

ティボーとサヴィニーの法典論争についてグナイストは立場を示していない。1830年代末にローマ法の意義と継受の正当性をめぐるゲルマニストとロマニストの間に始まった論争では、グナイストはローマ法を支持した。ローマ法は彼にとって外国法ではなく、継受の必要性のゆえにドイツの固有法だった。歴史法学派の理論との一定の距離は、すでに早い時期から看取される。この理論への無制限の帰依から、グナイストは彼自身の告白によれば年々遠ざかった。法律の内容をグナイストは必ずしも「純粹」ローマ法源から取らず、むしろアックルシウスから現代的慣用に至る時代の成果をも利用した。これらにはしばしば大きな意義が与えられた。ロマニストとして出発したが、グナイストは多くの箇所、時代遅れのローマ法に代わって進歩をもたらしたゲルマン起源の諸規則に立ち入った。例えば賃借人への占有保護の拡大など、この関連で明確に「社会的」と称しうる変更が生じた限りで、グナイストもそれに同意した。

これを別にして、グナイストは基本的に明確な法政策的要請を論じていない。「自由」という概念は、単に文言解釈の概念に対する対概念として用いられる。

講義はしたがって、もっぱら法政策家として記憶に残るグナリストにとって、法政策を追求する場ではなかった。その際、もちろん考慮せねばならないのは、この講義が反動時代に行われ、グナリストが「政治的に冷遇されていた」（ハーン）ことである。だからこそ、グナリストの法政策的要求の欠如に重大な例外をなすものに驚かされる。すなわち、市民婚強制・婚姻障害・離婚であり、最後のものは明らかに講義の当時、プロイセン議会で審議されていた離婚要件の削除を定めた法案に刺激されたものだろう。ここで60～70年代の自由主義的法政策家としてのグナリストが講義に顔を出している。市民婚強制と離婚に関して用いられた表現の激しさにも、「カトリック」教会に対する彼の反感がいくらか感じられる。

最後に、講義の分析で明らかになった講演の外見的特徴もまた、すでに述べたイメージに適合する。講義は、諸々のパンデクテン教科書に比して、完成され明確に追体験可能な構造を基礎とする。講義の構造がすでにパンデクテン法を離れるとき、それは構成から伺われる。重要で熱心に扱われながらも、むしろ決して関心の中心にないような一節は、「附論」として扱われた。附論は講義録に必ずしも含まれていない（おそらくグナリストは附論を扱う際に講義の出席を義務づけなかったのだろう）。

さらに、用いられた用語は簡潔にして明快である。講義録は1200ページを超える分量にもかかわらず、筆記にあたって一定の密度が保たれている。

講義は特に史料の豊富さで特徴づけられる。市民法大全だけで約750もの法文が引用され、さらにカノン法やプロイセン一般ラント法がそこに加わる。もっとも、個々の法文に立ち入った議論、例えばそこに含まれる事例の描写などは、例外にすぎない。文献の引用は控え目である。それぞれの章の冒頭で実際に道しるべとなる著作が簡潔に紹介される。サヴィニー、プフタ、ファンゲロウ以外の著作からの引用は非常に稀である。これは一方では、グナリストにとって史料が有した意義、他方では同時代の論争に対する彼の低い関心を反映している。こうした論争をグナリストが学生に紹介するのは、極めて例外的である。

個々の争点や問題の詳述と同じく、法原則の抽出や技巧の体系への組み込みに対してグナリストはほとんど関心を示さなかった。これに対応して、総則は体系

的部分としてだけでなく、個別の箇所でも軽視された。グナイストには具体的なものが重要だった。彼の目的は明らかに、紹介する法制度の具体的で明確な観念を学生たちに与えることだった。

グナイストがもっぱら政治的理由で1848年以後の時期に職業的・政治的困難を被ったことを、多くが物語っている。しかし、彼の正教授昇任を阻むことになった1855年4月20日の法学部同僚による評価が、内容的に妥当か否かは別問題でありうる。1854/55年冬学期講義の分析は、当該の評価のすぐ前であるが、教授された学説の「学問的深遠さと発展性」に関する評価に関して、あまり得るところがない。この領域におけるグナイストの資質に関する評価は、それゆえ、彼が主著を刊行した法領域に留保される。しかし、講義は非常に明確に、グナイストが一つのこと——「法規則の発展と説明」——を意のままにしていたことを示している。これが彼の講義を成功させたのだろう。法学部の同僚がこれを疑うことはできなかった。もし彼らがグナイストの講演から自分自身で印象を得ていたとすれば。

同様に、パンデクテン講義にも、グナイストの以前の著作に対して持ち出されたような「政治的」だとか「文芸的」といった非難の余地はない。グナイストは、政治的議論を可能な限り意識的に抑制している。「文芸的」という言葉は、つまり通俗学問という非難である。これはグナイストの学術協会での講演に関するものである。いずれにせよ講義は、無用の学問的議論を広めるという意味での「文芸的」なものではなかった。

したがって、1855年にグナイストの昇任に対してなされた内容的議論は、予想したとおり、パンデクテン講義の分析によって裏付けられなかった。それゆえ、法学者にして法政策家グナイストが1848年革命後10年にわたって大学でも政治でも冷遇されたのは、純粹に政治的理由だった、というイメージもより強まったのである。