

「紹介」

B・グロスフェルト教授講演「比較法の限界」

—講演会記録を含む—

別府三郎

一 はじめに

ベルンハルト・グロスフェルト (Prof. Dr. jur. Bernhard Grosfeld) 教授は、昭和五九年度日本学術振興会の招へい(代表・一橋大学法学部久保欣哉教授)により、本学にも来学された。同教授は鹿児島に昭和五九年一月一九日(金)から同一〇月二三日(月)まで滞在されたが、その間一〇月二〇日(土)本学法文学部二〇一号教室にて「比較法の限界」と題して、同教授の学術講演会が行われた。この記念すべき講演は本学にとっても意義深いものがあり、世界的な碩学の直接の指導に接し、知的文化を満喫できたことを慶ぶと同時に、その軌跡が今後大きくひろがることを期待している。

本稿はその折の学術講演会、およびその要旨を記録しておくと共に、B・グロスフェルト教授の略歴と業績目録も掲載することにより「紹介」としたものである。

さて、同教授による鹿児島講演会は、法学科と当地における法曹三者・研究者からなる鹿児島法学会との共催により行われた。さらに、法文学部同窓会ならびに青年司法書士会の支援もうけた。講演会は盛会であり、それぞれの当該機関の関係者各位に心から感謝申し上げる次第である。

なお、今回の学術講演開催の行事にあたっては同僚（人文学科）・池田絃一教授、そして学友である青山学院大学法学部助教授・関英昭氏ならびに新潟大学法学部教授・小島康裕氏の力添えによるところ大きいのであり、各畏友の参加・翻訳なくしては学術講演会の成功はなかったものと思ひ、ここに紙上に於てあらためて感謝申し上げる次第である。

ところで、講演会の準備として、B・グロスフェルト教授の原稿を基にして、聴講者の便宜のために、筆者の責任になることを覚悟して、後述二の通りの要旨（レジュメ）を配布した。本稿ではその準備作業もそのまま掲載することにした。後述三では講演会における要約を試みて、最後にB・グロスフェルト教授の略歴と業績目録が掲載されている。

学術講演会当日は午後二時から午後五時三〇分までの長時間になってしまったが、開会の挨拶にはじまり、質疑応答までの長時間を充実して過ごすことができたこと、ドイツの知的文化シャワーを耳から、眼から、浴びながら講演テーマを学習できたことを心から感謝するものである。以下に大坪稔教授による開会のご挨拶も記録することにした。

学術講演会

開 会 の 挨拶

鹿児島大学法文学部法学科主任

鹿児島法学会 会長

大 坪

稔

本日は、西ドイツ・ミュンスター大学教授ベルンハルト・ゲロスフェルト博士を招き、わが法学科並びに鹿児島法学会の共同主催のもとで「比較法の限界」をテーマに、学術講演会を開催できましたことを、ベルンハルト・ゲロスフェルト博士に感謝申し上げます。また、この仲介の労をおとり下さった本学教官別府教授にも、この席を借り、法学科・鹿児島法学会を代表し、厚く御礼申し上げます。

御承知のように、わが主要法典は、殆んどが英法、ドイツ法、フランス法等にその基がありますが、そのなかで、特にドイツ法を模範とした法典が多いのであります。このことは、幕府を倒して成立した新政府が、例えば民法典はフランスのポアソナードを招き、彼に民法草案を作成させることにしたことは有名な出来事でありますが、それを模範として、フランスの法学者がわが国の法律学講義に当たったことに始まります。そして、その中心となったのは、東京大学の前身である東京開成学校(明治六年創立)でありまして、ここでフランス法を学んだ者が法政大学の前身東京法学校、明治大学の前身明治法律専門学校を創立し、フランス法の普及につとめたのであります。

他方、英米法を研究する法学者は、早稲田大学の前身東京専門学校、中央大学の前身英吉利法律学校を創立し、同じくその普及に当るのであります。

このようにして、外国法典の研究が最盛期を迎えているうち、政府によって明治三二年五月発表された民法草案は、ポアソナードが関与し、フランス民法を模範として作成されていたために、英米法系の学者たちから「民法出でて忠孝亡ぶ」などの猛烈な反対論が展開され、結局その法案は撤回されることになったのであります。これがいわゆる民法典論争として、ドイツのザヴィニー・テイボー

の法典論争に比せられる論争として有名であります。そこで法典調査会規則（明治二六年三月二十五日勅令一一号）によって任命された起草委員たちは、主としてドイツ民法第一草案を模範として立法したのでありまして、これがいわゆる明治二九年法律八九号として制定された現行民法であります。これを模範としてドイツ法全盛時代に入ったことも御承知の通りであります。しかし、わが国の外国法の研究は、ドイツ法一辺倒ではなく、それと並んでフランス法、英米法の研究が行われてきたことは、東京大学法学部に独法・仏法・英法等の講座が、現在まで脈々として存在し、法律学界に大きなインパクトを与え続けてきたことから肯首することができます。

ただ、戦後は、学校制度の改革によって、大学における法学の講義時間数が少くなったこと、また社会が複雑化すると共に実定法がぼう大な量に及び、そして、判例研究が盛んになると、カリキュラムの関係で、外国法講座を設置することが難しくなってきました。特に、わが国の法社会学者が、わが国の「生ける法」の研究の重要性を指摘したことで、わが国固有の慣習法の研究が、実定法及び判例の研究と並んで、共に盛んになって参りました。このような意味で、現在のわが国の比較法学は、やや停滞気味であるといつてよいと思われます。しかし、只今は国際的諸条件の充実で、他国との交流が極めて密接な関係、つまり国際化の時代に入ったのであります。ここで要求されることは、学問の国際的交流の必要性ということではないでしょうか。本日のベルンハルト・グロスフェルト博士の講演に、私共の今後身につける必要がある国際的法律学の素養形成に極めて大きな示唆をうけるものがあると期待できると思われます。そうしますと、本日の講演は、極めて重要な意義のあるものといふことができますので、どうか最後まで御静聴戴き、会員及び学生諸君の学問的糧にして戴くようにお願い致します。

以上のように、わが国の外国法研究の現状を若干コメントし、本日の学術講演会開催にあたっての挨拶と致します。

二 講演会の準備レジュメ

（文責・別府三郎）

講演の準備として以下のような要旨を私の責任において作成した。実際に講演を聴講後、問題意識なり、その要約なりがどの程度差異があるかを実感してみたかと思つたからである。講演当日の原稿のままであることをおことわりしておく。

I 序説 比較法の無力の中で、法に寄与する比較法の限界を知り、それを評価すること。

II 文化と法 比較法の限界は法が一回性のものであることから生ずるもの。あらゆる文化的生活はそれに特有の法をもっており、あらゆる法がそれに特有の文化的生活をもっているということ。法は代替不可能な個性をもっているもので、重要なことは外国法の社会的・政治的・文化的背景を知り、外国の法的原则の有機的性質を理解すること。

III アメリカの例 外国法の体系とその作用を認識し、描き出すことがいかに困難であるかにつきアメリカを例に考察する。

1 解釈上の問題 言語上の問題と表現上の問題とがある。(例) Fussball-football・Eloch-elk・Grundsteuer-property tax : my very best friend, my best friend, my friend (U. S. A) - my best friend, my friend, somebody I know (England) : その例 policeman-policeofficer・mechanic-engineer : その例 Audiel00-Audie5000能。

2 私的責任 比較法は不法行為法(過失責任、危険責任、因果関係、製造者責任など)を一段と強化することに寄与してきた。しかし、この場合アメリカとドイツにおける私的責任の経済的・社会的環境の差異とか、社会保障システムの相違とか、私的責任は唯一の可能な社会操作装置なのではないか、など考えたことがあるか。責任および責任強化の問題は、債務者保護・強制執行・破産を考えるのでなければ、比較法の有意義な討論はできないのではないか。

3 結論 比較法と法律学とはひとつの理論から把握できないし、方法論(機能的比較法・社会科学的比較法・法の経済的分析方法)として比較法を把握しない。

IV 比較可能なファクター 如何なる文化における如何なる制度が互に比較できるのか、どこからわれわれは法に対してどのような寄与を得ることができるのか。法の継受可能性の問題のこと。われわれは文明的・政治的・経済的ファクターに、法秩序の比較可能性と法的諸制度の継受可能性のための最大の意義を与える。比較法に看過されているファクターである地理・言語・宗教を取り扱う。

V 地理と法 法の地理的制約性ということが重要となる(モンテスキュー、パスカル)。イギリス法のアメリカ法への継受の例・Ryland v. Fletcher:FencingProblem-fencing in-fencing out.

VI 言語と法 比較法における言語というファクターは重要である。

1 概説 ある一定の言語、その構造および文法が一定の法に影響をあたえるのかどうか、どのような影響を与えるのか、法の構造は言語構造に結び付けられているのか、どの程度の強さで結びつけられているか。ある法的制度がまったく別の言語に移し変えられると、どのような効果をもつか。

2 言語により創造されたものとしての法 実定法は言語拘束的である。法と言語ということばの間に存する語源学上のつながりを調査すること。

3 言語と思索 言語と法、言語と思索、それぞれの結び付きは、影響の流れをどのようなものになっているのかの問題をもたらす。言語の違いが思索の違いを導くということ。

4 比較法のための教訓 言語の限界が理解の限界であるが、一定の法思想が過不足なく、他の言語に移し換えられないということ、その法思想が継受に際しては必ず変化を被るということ。例 *true and fair view - ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild(HGB)*。

VII 宗教と法 歴史上、宗教（内心の希望の原理）はいたるところで社会的規範を根拠つけてきている。教会はヨーロッパに何が近代法体系であるかを教えたこと、ヨーロッパ法の本質を解く鍵は宗教にあること。ある法的制度がある宗教的文化圏から解き放たれ、他の宗教的文化圏に移し換えられるか、その法的制度はいかなる変化を宗教的環境の交換によって被るか。

VIII 結論 考察は法解釈学及び法の適用に直接の影響をもたないが、法、法解釈、そして法の適用の文化従属性を示すものであり、われわれの行為の地理、言語、そして宗教による制約を示しながら、考察はほとんど無意識に法的思索の枠組を指示するものである。比較法は国際的地震計のように、われわれの法的警報装置であり、急迫した社会的変化を認識するための傑出した道具である。比較法は法文化を外部的に向って主張し、民族中心観からわれわれを解放し、われわれに外国の理解力を示すものであり、外国人の耳に達するようにわれわれを助けるものである。

以下の内容は講演会当日B・グロスフェルト教授の講演の要約をしたが、これは通訳の関英昭助教の翻訳を借りて、私が要約したものである。

三 講演要旨

(一) 序説 比較法はドイツ法を形成してきたし、ドイツ法体系に大きな影響を及ぼしてきたこと。比較法としてローマ法、教会法、北イタリア商法、オランダ法およびナポレオン法典について触れられた。そして、あらゆる国の法はその固有の地盤のうえに比較的小さな部分としてしか発展してないことを、アメリカの同僚ワトソンの言葉を借りながら、法は主として借り物によって発展するものと言及された。比較法の力を知ることとはもちろんであるが、講演では比較法の無力に取り組みたい旨を述べ、ドイツ法に寄与する比較法の限界はどこにあるか、と問題提起された。

しかして、比較法は必然的に表面的にならざるをえないので、法学者の鷹の目を語ることによって、比較法の表面的なことに莊嚴な外観を与えるようなことをしてはならないこと、比較法は体系化されているわけではなく、欠陥が目立ち、つぎはぎ細工であること。これに加えて、以下の問題がある旨をのべられた。すなわち、いかなる法的制度がいかなる法秩序において相互を比較できるのか、文化的もしくは文明的な近似性がなければ比較法はできないのか、もしそうだとすればどのような文化的または文明的近似性がなければならないのか。

(二) 文化と法 ここでは比較法の限界は、いかなる法も決定的な諸要素のひとつのものの複合体として存在するという理由で、一回性のものであることから生じるものであること。つまり、あらゆる文化的生活はそれ特有の法をもっており、あらゆる法がやはりそれに特有の文化的生活をもっているということから生じること。あらゆる法がひとつのとりかえることのできない特性をもっているということ。それだから、われわれが外国法の社会的、政治的および文化的背景を知るといふこと、外国の法的諸原則の有機的性質を理解するといふことがここでは重要なことであるという。

ところで、われわれがしばしば経験していることは、法規範は現実を投影するものではなく、むしろ現実を覆い隠すも

のであるということ。政治の分野ではロシアの選択および人民主義という言葉を持ち出す必要があり、法もまた意図的な社会的・政治的プロパガンダの手段でもあることになる。実際に法として意図されているものも多くですら、実行がでないことがあるし、法それ自身最良の解決とはみなされていない別の考え方に譲らなければならない場合がある。例えば右のことはアメリカでは各州間の競争のためにしばしばあり、連邦国家の管轄権が欠けている場合には、一般にもっともゆるやかな取締りをする法が勝利するものであるとして、デラウェア州における会社、ネバダ州における離婚、そしてニューヨークにおける墮胎のことを指摘している。もともとは暫定的要件、応急的解決方法（緊急避難）とみなされた法則がしばらくたつと独立して、もっとも適切な解決方法として受入れられ、外国の模倣のために推薦される。それは、それらの法則の臨時的性格が忘れられてしまったからであるという。このことの例としてアメリカにおける投資者保護法を指摘して、この法律がアメリカにおける各州の会社法の弱点に対する回答であると理解されなければならないことがしばしば見落されているという。しかし、以上のようなことばはよそ者（講演では外人、さらにはへんな外人かもという）にとつてはそのベールを突き破ることはなかなかできない旨をのべられた。

(三) アメリカの例

ここで外国法の理解において比較法がいかにむずかしいかを堀り下げて、まず翻訳上の問題を以下のような例をあげて説明された。

(一) 翻訳上の問題 なるほどドイツにおける Fussball とアメリカにおける football とは、同じスポーツの言葉ではあるが、しかし、両国におけるその二つのスポーツは相互に関係がなく、そのうえ二つの異なる日常の生活態度の典型的表現として理解されるものだという。ドイツの意味の Fussball (soccer) は、ドイツでは少年の夢であり、男の子に人気があるスポーツのこと、他方アメリカでは女学校の典型的スポーツの意味になることが指摘された。

同じように法的諸概念でも思い違いをさせられるとして、ドイツにおける土地税 (Grundsteuer) とアメリカにおける

財産税 (Property tax) をとりあげて、アメリカのような課税査定官により確定される税金はドイツの評価法に従って決定される課税額とは比較できないことを例示された。

以上のような若干の例からわかることは、われわれの翻訳上の概念はアメリカとはいろいろと一致しないこと、法律家が理解している社会的および国家的諸制度とは一致しないものであるということ、一定の基準がないところや、それが違うところに多くを期待するという失敗をくりかえしている旨を述べられる。われわれは比較法におけるこのような言語の領域における注意やよく疑ってみるといふようなことをやらないが、それは言語の魅力に負けてしまうことであり、とりわけアメリカ法のイギリス法に対する関係をみると感わされることが多いという。

しばしば用いられるアングロ・アメリカ法という概念は、もはや存在しない関係を偽っているようなものであり、ドイツ人にとってはイギリス法がより身近なものであり、むしろアメリカ法が遠い旨を指摘して、こんにちではイギリスとアメリカとは「共通の言葉によって隔てられている二つの国である」というショーの表現が適切にあてはまるように理解されるべきことを展開された。

こうして共通の言語をもつていても完全に一致するわけではないとして、アメリカとイギリスでは生活および法において同じ表現が別のことのために存在することを述べられた。よく観察すると、アメリカの表現は常にイギリスの表現より一段階強調されているとして、以下のような表現例をあげられた。

① アメリカでは my very best friend → my best friend → my friend となるが、それらがイギリスでは my best friend → my friend → somebody I know となる。

② イギリスはケンブリッジまたはオックスフォードで勉強したものだと言すが、アメリカでは母校、それは心のうちなる最愛のものと語る、など。

③ アメリカ東部諸州のフォルクスワーゲン製造所の販売会社では World Wide Volkswagen となり、アメリカでは普

普通の毛布がキングサイズやクイーンサイズとなり、普通のものを買わない、など。

④倫理ということばが日常の生活原則として使われていること。

⑤イギリスの policeman はアメリカでは police-officer となり、職人 (mechanic) は技師 (engineer) となり、村の観光協会が商工会議所に格上げされたりしていること、アメリカでは一人企業でも社長 (president) と副社長 (vice-president) を有している、と言葉を使うこと。

⑥ドイツの Audi 株式会社 of 自動車 Audi 100 をアメリカでは Audi 5000 と表現すること。

以上のことから明白なことはアメリカ語は言語の面からイギリス語ではないということ。アメリカ地方の劇的な自然がイギリスの温和な風景と気候より一層の強力な人間的反応を挑発すると考えると、各々のことは不思議ではないという。むしろ誤りは自分達のところであり、ドイツ人は、イングリッシュの言語の面から出発して、それをアメリカに移し変えるので、誤った翻訳をすることになるのだといわれる。言語上のボールを打ち破り、何に關してその言語があるのかを認識するためには、より正確な観察と長い経験とを必要するものだ、と強調された。

(二) 私的責任 比較法がわれわれを欺くものであることを、アメリカの不法行為法をとりあげて説明された。しばしば具体的に追求されている法制度の一般的枠組が、その規模およびその全体が自分達のところのもののように見るところから、外国法の独自性を看過することになると指摘された。他方、比較法がアメリカ不法行為法における過失責任、危険責任、因果關係、製造者責任、等々を好んで取り組んできて、比較法が一層の責任を強化することに役立ってきたことは認められる。

そしてドイツにおけるよりも、アメリカでは、厳しい責任が負わされるが、その理由は債務者保護法が強化されているところにあるという。アメリカの各州では自ら居住している家は (担保付債権者に対する場合を除いて) 差押財産から除外されていること、多くの州では給料は差押えることはできないこと。テキサスを例にあげると、決定的なことは、破産

は負担ではなく、利益であるということ、六年毎に要求できる特権であるということ。破産によって破産者は、若干の例外を除き、その責任からのがれうるということ。ドイツでは破産は強制執行の手段であるが、アメリカではその当時の財産に限定するための手段であること。ドイツでは負担が将来におよぶということは責任の重要なメルクマールであるが、アメリカではちがうという。

さらにこれに加えて、アメリカではいつでも氏名の変更により、あるいは引越をすることにより強制執行を免れることができるという。アメリカの住民の一六パーセントから二〇パーセントにあたる住民が毎年住所をかえている事実を考えて下さい。ドイツでは三ないし四パーセントにあたる。さらにアメリカでは住民登録制度がないということ、このことにより破産者は簡単に地下にもぐることができるということも考えて下さい。こうしてアメリカでは判決から強制執行への途はドイツにおけるよりもはるかにむずかしいこと、債権者は債務者が消えないようにするためにあまりあくどい取立をするには許されることがわかるといふ。強制執行に関する法がこれほど差異があると、ある国における諸債権と他の国における諸債権とを同列におくことができるかという問題がある。

以上の通り、アメリカの例は外国の制度とその作用を認識し、描き出すことがいかにむずかしいことを物語るものであるという。

(四) 比較可能なファクター ここでは法の継続可能性の予測は非常に困難であるが、こんにちでは文明的・政治的・経済的ファクターに法秩序の比較可能性と法的諸制度の継受可能性に関する最大の意義が与えられることになる。それにもかかわらず、この見解はアメリカと日本とイギリスとでさえも比較法がなぜこんなに骨が折れるのか、一般論として理解を可能にする説明はできないと主張されて、もっと広い観点を考えに入れる必要があることを強調された。

そのような比較可能なファクターとして地理、言語および宗教というファクターに簡単に言及され、ここで野田良之先生の論文「日本人の生活とその法観念」(一九七六年)がある旨を指摘された。

(五) 地理

(一) 概説 モンテスキューは地理の法に対する影響を強調し、法の地理的・気候的性格のなかに法継受の主たる障害を見ていたこと、それ以前にパスカルは法の地理的性格をつぎのように描いていたという。

「すなわち「気候によってその本質を変えない法もないし、不法もない。三度緯度が北極に近づくとすべての法学は逆様になり、一度の経度は何が真実かを決定する」と。

実際に地理は宿命であり、これは国に関してだけではなく、その国の文化およびその国の法に関しても妥当するものであるといわれた。そして法の地理的制約性はイギリス法がアメリカ法へ継受される時に経験した変化に典型的にあらわれているとして、以下の例を述べられた。

(二) 例 *Ryland v. Fletcher* 判決によるイギリスの責任原則がなぜアメリカのテキサスに承継されなかったかの理由は地理から明らかになるといわれる。その原則によれば、土地の所有者は自分の所有地上の貯水池に関する危険責任を負うが、一九三六年テキサス最高裁判所は以下のように述べて、その原則を認めなかった。すなわち「このテキサスという土地にはほとんど河川がない。雨水かポンプアップされた水を適当な溜め池に貯蔵しなければ西部テキサスにおける牧畜は潰滅させられたらう。そのような諸条件はイギリスには存在しない。われわれのところでは水の貯蔵は当然の、もしくは不可欠の、または一般的なかつ慣行的な土地利用である。これと異なる条件に関する *Ryland v. Fletcher* による原則は、したがって本件に適用できない」と。

さらに、柵囲い問題 (Fencing-problem) に、法の地理的制約性を見ることができると指摘された。この問題は囲い込む (fencing-in) か、締め出す (fencing-out) かという問題に帰着するが、一九世紀の中頃からアメリカの中西部および南西部 (テキサス) で提起されたものである。

つまり伝統的なコモン・ローによれば動物の飼い主は牧場を柵で囲い込む義務があったのである。飼い主がこの義務を怠ったならば、飼い主は動物が隣人の畑で引き起こした損害を填補しなければならなかったのである。この fencing-in の理論はアメリカの地理的条件のもとではその理論とは反対に、fencing-out の原則に変わったのであるという。このことは同時に畑の耕作者は自分が損害から保護されたいならば、自分の耕作地を柵囲いする義務があることを意味するわけである。

一八九〇年アメリカ連邦最高裁判所は、以下のように結論づけたのである。

すなわち「動物の買い主の責任は当時の事情に適さなかった。土地を柵で囲む可能性がないこと、州の牧場の価値が高いことから、この fencing-in の原則はこの地方の法としては受け入れられたり、承認されたりはしなかった」と。

しかし、再び法律状態は変化して、fencing-out から fencing-in になっていくことを、以下の理由で根拠づけられたのである。

第一は入植が盛んになったこと、牧場地と耕作地との関係が変化したこと。

第二で決定的なことは、鉄道が柵の用材を大草原に運搬できるようになったこと、有刺鉄線の発明が広大な地域の柵囲いを可能にし、アメリカ野生牛の力にも耐えられる柵を可能にし、牛類が次第に飼いならされてきたこと、そして風車が発明されることにより、風車によって水は牧場まで汲み上げられるようになり、他の飼い主の柵は水路を妨害しなくなること。

以上のような例示により、地理と法というテーゼを立証できたことを主張された。さらに加えて、比較法学者には、法

が違った地理的環境に、とくに人口密度の高い地域に継受されると、どのようにかわるのかという問題もあつたことを提起された。

(六) 言語

ここで言語と法ということについて新潟大学の小島先生に影響をうけていることや大東文化大学の吉永先生に「言語と法」に関する論文があることを知ったことなど挿話された後に、以下のように概説された。

(一) 概説 比較法においてやつと言語というファクターを発見したこと。おそらくは首をふられる人でもあるでしょうが、比較法には言語上の知識が必要であり、法と言語は一对になっており、言語は法律家の道具であるということの当然のこととして知っているからであるという。ところが、われわれはある一定の言語、その構造および文法がある一定の法に影響をあたえるのかどうか、あたえるとすればいかなる影響をあたえるのかを追求し、問題にしなければならぬ旨を述べられる。そして、法の構造は言語の構造に結びつけられているか、どのくらいの強さで結びつけられているかの問題、ある法的制度がまったく別の言語に移し変えられると、どのような効果をもつかという問題を提起された。

この問題はアフリカやアジアにおいて、植民地撤退後自国語が法律用語となり、英語が排除されるようになったとき、それぞれの法体系にいかなる変化が生じたかの研究でしばしば言及されてきていることを指摘された。

そしてウィーンの著名ジャーナリストであるカール・クラウスの「言語は思想のメイドではなく、その母である」との表現、あるいはステファン・ゲオルグのいう「言葉が欠けているところには何物もない」という言明、そしてさらに「言語のなかに、言語を通じてはじめて物事が成り立つし、存在する」というハディッガーの命題を展開しながら、言語と思索に言及された。

結局、言語は叙述の手段であるばかりでなく、認識の手段であるということ、言語を通してわれわれは自分達の世界を認識し、秩序づけられるものと明言された。

(二) 言語により創造されたものとしての法 このことは法にとって特別の意味を有するといわれた。なぜなら、言語なくしては法的概念は何も存在しないからであるとして、いずれにせよ実定的に制定された法は「言語に拘束されたもの」という。法的概念および法的観念は実際の世界には対応物をもっているものではなく、言語なくしてはほとんど叙述不能であるということ。それらは言語によって存在し、言語のなかに存在するものという。このことがわれわれに言語を自己を教え、法は語られるもの、判決において、評決のなかで、裁判のなかで明らかになるものと、明言された。

ここで、例えば通訳の関氏との会話で、契約という概念をとりあげ、自分と関氏との間には契約という言葉はあるが、実際にこれに対応する現実のものはない。対象物として、におうとか、見ることとか、動かすということは二人の契約という言葉にはないので、契約は言語によって創造されるものであるという挿話がなされた。

その後、時間の都合により講演原稿の省略がなされた後、以下のように比較法のための教訓が述べられた。

(三) 比較法のための教訓 ここで言語と法の関係を追究していくと、比較法学者に不安の種を与えることが述べられて、以下のような論旨のほかに、挿話をつけ加えられた。

すなわち、言語によって、そして言語のなかに生きている法という対象が、他の言語に移し変えられると、法という対象に何が起こるかという問題。ある言語の構造が思考の種類と内容を規定したり、あるいはいはずれにせよ影響を与えるならば、ある言語が一定の文化的にことなる思考を表現できるだけだということもある。しかるに、しばしばある文化の中心的表現を適切に翻訳することは不可能ともいわれているし、従来検討結果ではこのことを考慮に入れておく必要があることを強調される。なぜならば、われわれの言語の限界が、すなわちわれわれが理解することの限界だからであるというのである。

ここで、例えば日本における「甘えの構造」の甘えとか、「行政指導」という二つの言語はドイツ語に翻訳不可能ではないかと指摘され、さらに講演で付け加えられたのは「法と文字」との関係も考えてみる価値があることを挿入された。法と日本語の表現形式との関係ということになるが、ここではグロスフェルト教授の漢字に対する研究意欲が紹介された。

(七) 宗教と法

ここで比較法の限界というテーマの三番目のファクターに入り、以下のように簡略に結論づけられた。

すなわち、宗教と法との間には緊密な結びつきがあることは周知の通りであること。明白なことは「歴史上、宗教あるいは内心の世界の希望の原理はいたるところで社会的規範を根拠付けたのであり、現在まで影響を及ぼしているということ」であるという。ここでドイツ法を一瞥すると、宗教的特徴がいっぱい詰まっていることに会おうのであり、とりわけ次のことばがあるという。基本権、平等、契約法、信義誠実、婚姻法、相続法といった見出し語が指摘された。ドイツの法は聖書によってユダヤ・キリスト教的伝統によって、とりわけキリスト教的思考によって特徴づけられるという。そして教会はヨーロッパに、何が近代法体系であるかを教えたのであり、ヨーロッパの法体系はまずは教会の内部で基礎づけられたということが重要である。しかるに、ヨーロッパ以外の観察者は西欧はキリスト教なしには理解できないといっているし、キリスト教のなかに西欧法の本質を解く鍵があることを、日本人との会話、とくに関氏との会話で十分に知るようになったことを述べられた。そういったことも比較法にとり重要なことからであるとして、つぎのような問題を提起された。すなわち、ある法的制度がある宗教的文化圏から解かれて、他の宗教的文化圏に移植されるのかどうか、その際いかなる変化をその法的制度が宗教的転換によって被るのかどうかの問題が生ずる。宗教がモラルに對しいかなる影響を

もっており、そしてモラルが再び法に対していかなる影響をもっているかを考えなければならぬこと。宗教的環境の変化は多くの場合道徳的環境の変化であるという。この変化が法的規制を強化したり、反対に無効とする程度にゆるめることができる。例えば離婚法がある国の法から他の国の法へ移植することを考えてもわかるはずであるという。

すなわち、同じような法律であるに拘らず、離婚率はそれぞれの国で違うのであり、さらに重婚の禁止の例も考えてみる必要がある。この禁止は多くのアフリカの国々でもおめにかかるが、実際には意味なく、判決を職務とする裁判官がアフリカでは重婚している例がある。このことを鼻であしらうようなことは比較法学者としてははいけないことだ、と述べられた。

(八) 結論

結論として、以下のような要約をされた。この考察は法解釈学および法の適用に直接の影響をもつものではないということ。とは申しても、以上の考察は重要であり、われわれの法、法解釈学、そして法の適用が文化に従属していることを示したものであること。そしてこの考察はわれわれの行為の地理、言語および宗教に条件づけられることを示したのであり、それらが法的思考に関する無意識の枠組を創ることを指摘したものだという。われわれがこれらのファクターを自覚し、それらを言葉で把握するならば、そこからいろんな効果が期待されるものである、という。

しかし、比較法は法の条件規定性だけを示すものではなく、われわれの視野をひろげ、反省とか、新たな論証のための刺激を与えるものであり、そして想像力を活発にし、われわれの手かせ足をゆるめてくれるものともいう。比較法により新たな展開が喚起され、ある一国の法学の限界を打ち破り、法学に普遍的な性格を呼び戻してくれるものでもあるという。ドイツの法律家はアメリカで生じている「損害としての出生」という問題などに遭遇していなかったが、ドイ

ッでは見たこともないような問題が明日にでも生ずるかもしれない。比較法は重要であると結論づける。ちなみにその損害としての出生という問題 (Geburtschaden) とは、薬局にピルを買いに行った者に、その避妊薬を売らず、間違っただけの薬を売ったため、それを飲んでいて子供ができたというような場合、その薬局に対して損害賠償請求ができるかといった問題である。

こうして比較法はますます重要な役割を含むのであるが、われわれの法文化を外部に向ってより説得的に主張し、法文化に新たな輝きをもちこむ能力をもっているともいわれた。

そして、最後に比較法学者に教訓を残しながら、ドイツの詩人ツックマイヤーのことは「人生の半分は運であり、他の半分は訓練である。しかしこの半分は幸運をとまらぬ訓練がなければ何事もはじめられないから、より一層重要である」を引用された。

比較法の限界を自覚し、同時に自信と勇気を胸に立ち向かうこと、チャンスと危険には同じ程度に立ち向いながら、比較法の限界を学び、その無力のなかで正しい評価を知ること、それは法という不思議に出会うと、驚きを知るから、常に訓練を重ねる必要があるという。

※なお以上の講演は要約されたものになったが、同教授の最近の著書『Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung』(Siebeck 1984) にその全容が掲載されている。

— 講演後記 —

講演会終了後、直ちに質疑応答に入り、活発な意見交換がなされた。聴講していただいた中に一般市民の方々もあり、百名近く聴講者が集まる盛会であったこと、ここで紙上にて感謝申し上げるほかないと思う。あらかじめ講演会用の準備

レジュメを配布して聴講していただいたが、講演内容のひろがりやを正確にフォローしていくことのむずかしさ、そしてドイツ語と日本語との相違点を耳から聞き分けるむずかしさをあらためて痛切に感じたことは申すまでもない。質疑応答の中でB・グロスフェルト教授は言語の限界は思考の限界であるという含蓄ある内容に再度言及され、そして比較法にとつて重要なことは比較法を通じて自国法をもっと深く知ることであると繰り返された。同教授の研究所には「遠くへ行く者は最後は自国へ戻ってくる」という意味の格言がかかっていることをいわれた。これは比較法を知るために、他国を調べ、他国へ行くけれども、結局は自国へ戻って、自国法を知り、自国法をよりよくするために、比較法が重要である旨、などが解説された。ここで質疑応答に参加していただいた網屋喜行氏(鹿児島県立短大教授・労働法)、中村雅磨氏(本学教授・民事訴訟法)、山原芳樹氏(本学教養部助教・ドイツ語)、梅田幸信氏(本学人文学科助教・ドイツ語)、そして法学科の学生(塚田裕之君、福山晴美君)に感謝申し上げます、講演会記録を閉じたいと思う。

最後にB・グロスフェルト教授のご研究と教育、そしてご業績の一層の発展を祈りながら、同教授との別れを無事に終えたことを記しておきたいと思う。

図 B・グロスフェルト教授の略歴と業績目録（編集）

B・グロスフェルト教授略歴

- 1933年 ベントハイン (Bentheim) (ザクセン州) 生
Freiburg, Hamburg および Münster で法律学学習
- 1957年 司法試験第一次試験合格
- 1962年 同 第二次試験合格
- 1960年 法学博士 (Münster)
- 1963年 法学修士 (Yale, USA)
- 1966年 Habilitation (Tübingen) (民法, 商法, 経済法, 比較法, 国際私法)
- 1966年~73年 O.Prof. (Göttingen)
- 1969年 学部長 (Göttingen)
- 1973年 O.Prof. (Münster) (外国法・国際私法, 経済法研究所長)
- 1983年 学部長 (Münster)→現在まで
- Gast Professor: 1969年-71年-72年 Ann Arbor (USA)
1979年 Cambridge (UK)
1982年 Sourther Methodist (USA)
1983年 Duke (USA)

B・グロスフェルト教授講演「比較法の限界」—講演会記録を含む— (別府)

B・グロスフェルト教授業績目録

Schriftenverzeichnis Prof. Dr. B. Grossfeld

Einzelveröffentlichungen

- Die Privatstrafe 1961, 144 S.
- Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, 347 S.
- Management and Control of Marketable Share Companies, in: International Encyclopedia of Comparative Law, 1974, 150 S.
- Basissgesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 1974, 460 S.
- Praxis des Internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts, 1975, 256 S.
- Genossenschaft und Eigentum, 1975, 51 S.
- Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, 1976, 54 S. (mit Strümpell)
- Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 1977, 90 S.
- Bilanzrecht, 1978, 343 S.
- Staudinger, Internationales Gesellschaftsrecht, 1980, 200 S.
- Wohnungsbaugenossenschaften im Wettbewerb, 1981, 45 S. (mit Jäger)
- Die Einkommensteuer – Geschichtliche Grundlage und rechtsvergleichender Ansatz, 1981, 53 S.
- Schwerpunkte des internationalen Vertragsrechts in der wirtschaftlichen Praxis, 1981, als Manuskript gedruckt, 96 S. (mit Neumann)

Unternehmensbewertung im Gesellschaftsrecht, 1983, 166 S.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Änderung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts, Köln 1982

Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Siebeck 1984

Aufsätze

Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy, 72 Yale L. J. 1326

Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und nationales Recht, Jus 1966, 347

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit Juristischer Personen, Rabels Z 31 (1967) 1

Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter, JZ 1968, 113

Prämienkartelle in der Versicherungswirtschaft, in: Wettbewerb als Aufgabe (1968) S. 105

Die politische Tragweite der Wettbewerbspolitik, in: WuW 1968, 719

Inländische Auskunftspflichten und ausländische Auskunftsverbote im Internationalen Steuerrecht, in: Festschrift f.

Michaelis (1972) S. 118

Diplomatischer Schutz für Aktiengesellschaften und Aktionäre, RIW 1972, 537

Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, Rabels Z 38 (1974) 344

Zur Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht, in: Festschrift f. Westermann (1974) S. 199

Haftpflichtversicherung im Wandel, Versicherungswirtschaft 1974, 693

Probleme der Rechtsvergleichung im Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, in: Rabels Z 39 (1975) 5

Text

Multinationale Unternehmen als Regelungsproblem, AG 1975, 1

Allgemeine Versicherungsbedingungen und Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen, in: Festschrift f. Reiner Schmidt (1976) S. 637

Grundprobleme des Außensteuerrechts, Jahrbuch f. Internationales Recht 19 (1976) 177

Hauptpunkte der Kartellrechtsentwicklung vor dem Ersten Weltkrieg, ZHR 141 (1977) 442

Probleme der Unternehmensverfassung in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht,
AG 1977, 57 (mit Ebke)

Die Stellung des Vorstandes nach der Genossenschaftsnovelle von 1973,

in: Boettcher (Hrsg.), Führungsprobleme in Genossenschaften, S. 185, 1977 (mit Apel)

Die GmbH & Co KG nach der Körperschaftsteuerreform, Handbuch:

Deutschland/Niederlande, 2. Aufl., Nr. 7251 (1978)

Multinationale und nationale Souveränität, Jus 1978, 73

Erklärung und Leitsätze der OECD für multinationale Unternehmen, ZGR 1978, 156 (mit Hübner)

Versicherung und Schadensverhütung, ZVersWiss. 1978, 393 (mit Hübner)

Die Multinationalen Korporationen im Internationalen Steuerrecht, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für

Völkerrecht 18 (1978), 73

Controlling the Modera Corporation: A Comparative View of Corporate Power in the United States and Europe,

American Journal of Comparative Law 26 (1978), 397 (mit Ebke)

Zur Kartellrechtsdiskussion vor dem Ersten Weltkrieg, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19.

Jahrhundert 4 (1978) 255

- Die rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert 4 (1979) 236
- Die Teilnahmeberechtigung mehrerer gesetzlicher Vertreter von Gesellschaften in Mitgliedsversammlungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, AG 1979, 128 (mit Spennemann)
- Genossenschaft und Ehrenamt, ZGesGenW 1979, 217
- Die multinationalen Unternehmen als Anstoß zur Internationalisierung des Wirtschaftsrechts, Wirtschaft und Recht, 1980, 106
- “Unsterblichkeit” und Jurisprudenz, in: Festschrift f. Kummer (1980) S. 3
- Die Prüfung des Jahresabschlusses im Lichte der 4. EG-Richtlinie, ZGR-Sonderheft 2, S. 251 (mit Juncker)
- Die heutigen Aufgaben der Rechts- und Gesellschaftswissenschaft, in: Dollinger (Bearb.) Akademische Festreden zum Jubiläum 1980 (1980) 97
- Schlussbemerkungen aus juristischer Sicht, WPg 1980 665
- Glaubigeranfechtung und Durchgriff: Das Problem der liechtensteinischen Anstalt, IPRax 1981, 116
- Anmerkung zu OLG-Hamburg, JZ 1981, 234
- Rechtliche Organisation der Unternehmen und der Unternehmensverbände, in: Deutsches und sowjetisches Wirtschaftsrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 4, 1981, S. 22
- Unternehmensbewertung als Rechtsproblem, JZ 1981, S. 641
- Internationales Insolvenzrecht im Werden? ZIP 1981, 925
- Bewertung von Anteilen an Unternehmen, JZ 1981, S. 769
- Haftungsverstärkung, Haftungsbeschränkung, Versicherung, Umverteilung, Festschrift Coing, Bd. 2 (1982) 111

Die Abindung bei der Ausschließung aus einer Personengesellschaft, ZGR 1982, 141

Elemente der Unternehmensbewertung, Festschrift Meyer-Hayoz, 1982, S. 193

Das Drama "Gemeinnützigkeit" ZfGenW 1982, 163 (mit Menkhaus)

Die Aktionärsklage – nun auch im deutschen Recht, JZ 1982, 589 (mit Brondics)

Steuerliche Auswirkungen der GmbH-Reform, in: Buchner u. a., Die Zukunft der GmbH, 1983, S. 87

Strukturprinzipien des Rundfunks und privatrechtliche Organisationsformen im EG-Bereich, in: Hübner u. a.,

Satellitenfernsehen und deutsches Rundfunksystem, 1983 (mit Ebke)

Zum Internationalen Privatrecht des Gleichordnungskonzerns, IPRax 1983, 60, (mit Köttler)

Sprache und Recht, JZ 1984

Computer und Recht, JZ 1984

Größere Buchbesprechungen :

Vischer/Rapp, Zur Neugestaltung des Schweizerischen Aktienrechts, Rabels Z 35 (1971) 320

Knechtle, Grundfragen des Internationalen Steuerrechts, ZHR 140, 537

Conard, Corporations in Perspective, Rabels Z 41 (1977) 499

Gärtner, Das Bereicherungsverbot, ZHR 1973, 84

Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand, JZ 1982, 163

Festschrift Zweigert, Rabels Z 47 (1983) 180