

〈論 説〉

ギールケ、 あるいは法の内なるフモール

堅 田 剛

I <ポエジー>と<フモール>

社会法論もしくは団体法論の提唱者として知られるオットー・ギールケ(Otto Friedrich von Gierke, 1841-1921)には、『ドイツ法の内なるフモール』というあまり顧みられることのない論文がある。これはその標題からしてヤコブ・グリムの『法の内なるポエジー』を想起させるものだが、実際ギールケの意図はグリムを擁護し敷衍することにあったといえる¹⁾。

というのも『法の内なるポエジー』に対しては、すでに、「法とポエジーとは、前者は人倫的なものと消極的に関わり後者は人倫的なものと積極的に関わるとはいえ、両者は互いに永遠に分離している」といった批判が加えられているからである²⁾。この批判はライシャーの『ゲルマン法の象徴について』にみられるものだ。彼によれば、ポエジー的なものはせいぜい法に即して(am Recht)見出されるのであって、法の内(im Recht)見出されるのではないという。ちなみにライシャーはグリムとともに、ゲルマニステン大会の主宰者の一人であった。

すなわち、法とポエジーの有機的連関や根源的同一を説くグリムの見解は、

-
- 1) ヤコブ・グリムの『法の内なるポエジー』につき、堅田『法の詩学——グリムの世界——』新曜社、1985年、p. 200 ff. 参照。
 - 2) August L. Reyscher. Über die Symbolik des germanischen Rechts, Tübingen, 1833, S. 2.; zit., Otto Gierke, Der Humor im deutschen Recht, 2. Aufl., Berlin, 1886, S. 7, Anm. 2.

ゲルマニストにおいてさえある種の違和感をもって迎えられたということだ。だが反面、ロマニストのなかにもイエーリングのような同調者が現われていた。彼は1860年以降、やがて『法律学における冗談と真面目』としてまとめられる諸論稿を発表して、法の内に隠された「冗談」を暴いてみせたが、それはグリムの『法の内なるポエジー』に対する、ロマニストの側からの返歌にほかならなかった。

とすれば、1871年に現われた『ドイツ法の内なるフモール』は、ギールケからイエーリングに向けての、これまた返歌であったと解することもできよう。「フモール」と「真面目」は両立しないという第二版に付された序文は、それと明示しているわけではないものの、疑いなくイエーリングを意識したものである³⁾。

というのも、これに先立つ『法律学における冗談と真面目』の序文において、『冗談』は『真面目』をより有効なものとするためのものだ」と、イエーリングは妙に念の入った弁明をおこなっていたからだ⁴⁾。ここには有能なローマ法学者として、いまだ学問的厳密性にこだわらざるをえない彼の立場が、はしなくも露呈している。

グリムのいう法の〈ポエジー〉(Poesie)に、イエーリングの〈冗談〉(Scherz)やギールケの〈フモール〉(Humor)をつなげてみると、彼らのねらいがゲルマニストとロマニストの別を越えて、法に生命を与えるある根源的なものに向けられていたことがわかる。それはたとえばホイジンガの言葉を借りれば、「遊び」と要約することもできるだろう。遊びと法との内的連関は古代文化に共通な現象であり、それは「ホモ・ルーデンス」(遊ぶ人)としての人間に一般的に認められるものだ⁵⁾。

もっともギールケの場合、ホイジンガはもとよりグリムの意図にも反して、

3) Gierke, a.a.O., S. 1.

4) Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Darmstadt, 1980, S. VI.

5) ホイジンガによれば、古代文化における「遊びと法律」の連関は、賭け事、競争、言葉による闘争、の三つの観点から観察される。『ホモ・ルーデンス』高橋英夫訳、中公文庫、1973年、p. 172 参照。

ゲルマニストとしての立場を過度に強調するきらいがある。ギールケによれば、法の内なるフモールはすぐれてドイツ法にのみ見出されるかのようである。

「法の内なるフモールは、ドイツの法、およびドイツ的ないしはゲルマン的な根源から派生した法に固有の現象である。なるほど個々に類似的なものは他の法にもみられるが、多くの該当物はその根源をアーリアン民族に共通の原法の内にもっている。しかしながら、ドイツ法には、つねに特別の民衆的な言い回しや色合いが保たれている。私はこのことを、法の内なる『フモール』として特徴づけることで最もよく表現できるものと思う。というのも、まさにフモールの概念そのものが固有で民族的なものであるからだ。すなわち、おどけたもの、ひょうきんなもの、情にもろく細やかなもの、それでいてしばしば無愛想なものが支配的ではあるが、機知に富むもの、風刺的なもの、そしてときには奇怪なもの、風変わりなものも見出されるのである⁶⁾。」

フモールがはたしてドイツ法ないしゲルマン法に固有のものであるかはともかく、ここにはギールケの見解が鮮明に打ち出されている。すなわち、彼のいう〈フモール〉とは、単なるおかしさではなく、すぐれて民族的な諸属性の総体なのである。ひょうきんで人情家のくせに無愛想な、あるいは機知に富んだ変わり者の皮肉屋といったゲルマン人の民族性は、法の在り方にも反映しそこに内在する。それというのも、『ザクセンシュピーゲル』との標題にも象徴されるように、ゲルマン人にとって法とはなによりも鏡 (Spiegel) であって、民衆の生活を映し出す仕掛けにほかならないからだ。

法と民俗の有機的な連関は、歴史法学派とりわけゲルマニステンの共通の前提であった。だが民族に固有の法をいうだけでは、自然法の普遍性に民族法の個別性を対置するにすぎないし、法曹法に対する民衆法の先行を強調しても、せいぜい専門的法律家への消極的な批判にしかならない。ギールケをしてその

6) Gierke, a.a.O., S. 25.

域を越えるものがあるとすれば、それは法的言語への着目であろう。そしてこの点にグリムの方法との類似が認められることは、いうまでもあるまい。

先に引用した個所にもみられるように、ギールケにとって法と民衆（民族）を結びつけるものは、法的言語の民衆的な存りようである。そこに列挙されたゲルマン民族の属性も、彼らが生活のなかで用いてきた言葉の属性にほかならないが、ギールケの紹介するのは、まさにそうした民衆の言葉で語り継がれてきた民衆の法なのである。まことに、民衆的な「言い回し」(Wendung)や「色合い」(Färbung)を法的言語において指摘することこそが、『ドイツ法の内なるフモール』の真の目的であった。

ちょうどグリムが法のポエジーを探求したように、ギールケもまた法のフモールを追い求める。「ポエジー的な要素一般と同様、フモールのなものは法規定の形式のみならず、その内容にも現われている⁷⁾」。ギールケはこう述べることで、文字どおりグリムをなぞりながら、法文の形式にフモールを認めることから出発して、さらに法文の内容にもフモールを発見しようとする。

法的フモールの探索にあたって、ギールケが依拠する資料はその多くをグリムから借りている。すなわち、『法の内なるポエジー』を始めとして、さらに『ドイツ法古事誌』と『ヴァイステューマー』とがギールケの主たる出典なのである。もとより『ザクセンシュピーゲル』からの直接の引用もあるし、その他グリム以後の研究も用いられてはいるが、『ドイツ法の内なるフモール』の骨格がグリムに即して構成されていることは否定できない。

とはいえギールケの独自性がまったく認められないわけではない。それはたとえば、民族の法的生活に関する次のような言及に見出されるだろう。

「実際、民族生活の一機能である法が、民族の様々な生活段階において民族精神そのものと同様に様々な形成されるとしても、注目されることはない。だが法の変遷には、この場合民族生活のその他の機能が、つまり言語とポエジー、信仰と人倫、経済と国家の変遷が対応しているのである⁸⁾。」

7) ebd., S. 26.

8) ebd., S. 8.

ギールケにとっての民族生活 (Volksleben) とは、法やポエジーのみならず、信仰と人倫もしくは経済と国家の領域へと拡大される。「民族精神」(Volksgeist) なる概念が示唆するように、ここにはグリムを越えてヘーゲルに接近する彼の姿勢が現われてもいよう。たしかに、ローマ法的原理とゲルマン法的原理の総合的統一として、ギールケとヘーゲルを重ね合わせる見方もあるし、さらにはベッケンフェルデのように、ギールケによるドイツ国制史の弁証法的構成を、ヘーゲル法哲学の継承と解する説もある⁹⁾。

あるいは民族精神へのこだわりを、ヘルダー以来の歴史主義の潮流のなかで捉えることもできよう。ギールケにとって、ヘルダーは歴史法学の生成に創造的役割を果たした人物であるし、「民衆の法は民族生活そのものをおしてのみ理解される。というのも、それ自身が民族生活の一部であり表現であるからだ」とのフーゴの言葉は、サヴィニーに先立って、まさに歴史法学の登場を予告するものであった¹⁰⁾。そして、ギールケは次のように述べることで、師ペーゼラーのゲルマニストとしての業績を高く評価している。

「ペーゼラーによれば、民衆法意識と法曹法意識の相克が考えられるが、それは我々のもとでは継受法以来分裂している。また相当な範囲で外国の法がまさしく法曹法として浸透しており、その傍らで自国の法は民衆法として維持されてきた。民族的な観照のなかでまどろんでいたゲルマンの法思想の多くは、我々の法を清新な活力のうちに浸透させるべく、その覚醒を待ち望

9) たとえば、恒藤恭『哲学と法学』岩波書店、1969年、p. 52 ff. 参照。他に、Böckenförde, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 1961, S. 147 ff. 村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』東京大学出版会、1980年、p. 134 参照。

10) Ernest Barker, Translator's Introduction to: Gierke, Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800, Cambridge, 1958, p. lii, liii. バーカー『近代自然性をめぐる二つの概念』田中浩他訳、御茶の水書房、1988年、p. 81, 84. vgl., Gierke, The Historical School of Law and the Germanists, p. 5, note 7.; G.P. Gooch, History and Historians in the Nineteenth Century, 2nd ed., London et al., 1952, p. 39. グーチ『十九世紀の歴史と歴史家たち』(上) 林健太郎他訳、筑摩書房、1971年、p. 42.

んでいる¹¹⁾。』

だが『ドイツ法の内なるフモール』を読むかぎり、ゲルマニストとしてのギールケになによりも決定的な影響を与えたのは、いうまでもなくグリムによる法的ポエジーの研究である。ギールケは自己の研究生活を始めるにあたり、まずグリムにならってゲルマン的慣習法の内部に〈ポエジー〉または〈フモール〉を見出そうと試みた。

II 仮象としての法

『ドイツ法の内なるフモール』は、直接には恩師カール・グスタフ・ホーマイヤーの学位取得五十年を記念して献呈された論文であった。彼はサヴィニーとアイヒホルンの弟子で、『ザクセンシュピーゲル』の紹介者として知られ、当時のドイツ法学界の長老の一人であった。

だがギールケのこの論文は、実はホーマイヤーではなくグリムに献呈されたのではないだろうか。これが方法的にも資料的にも、多くをグリムに依拠していることはすでに指摘した。『ヴァイステューマーにみられる婦人の法的地位』という興味深い論文を書いたハンス・フェールなどは、もっと端的に、ギールケはグリムの『ヴァイステューマー』を利用してドイツ農民法を紹介したのだ、とさえいっている¹²⁾。

もちろん、このことは内容に照らして明らかにされねばなるまい。ここであらかじめ『ドイツ法の内なるフモール』の構成を概観しておこう。原文にはないけれども、仮りに各節に標題を付けるとすれば、およそ以下ようになる。

§ 1 法の内なるフモール	§ 3 発展段階の個性
§ 2 民族生活の機能としての法	§ 4 ドイツ法の倫理的要素

11) Gierk, Die historische Rechtsschule und die Germanisten, Aalen, 1973, S. 21.

12) ders., Der Humor im deutschen Recht, Vorwort; Hans Fehr, Die Rechtstellung der Frau in den Weistümern, in: Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag, Weimar, 1911, S. 851.

§ 5 ドイツ法の詩的要素	§ 13 仮象としての債務履行
§ 6 フモールの概念	§ 14 法的尺度とフモール
§ 7 法の内なるフモールの具体例	§ 15 法的パロディー
§ 8 法格言とフモール	§ 16 刑罰とフモール
§ 9 法的言い回しとフモール	§ 17 社交とフモール
§ 10 法的誇張	§ 18 法と伝説
§ 11 仮象としての法	§ 19 法的フモールの消失
§ 12 仮象としての贖罪	§ 20 古い法の影

第一節から第三節までは序論に当たる部分である。ギールケは『法の内なるポエジー』に触発されて、みずからもドイツ法の内奥にフモールを探求しようとした。グリムにとってと同様、彼にとっても歴史とは多様なものであり、民族に固有のものであった。そして〈フモール〉こそは、ゲルマン＝ドイツ法の最大の特徴であり、ひいては民族精神そのものなのだ。なぜなら法は民族生活の一機能にすぎないとはいえ、歴史や言語と有機的に関わるものである以上、法のフモールの発見はそのまま民族性の確認に直結するからである。

次いで第四節から第六節において、ギールケはフモールの概念につき一応の定義を試みる。それは先にもみたように、ゲルマン人の民族的諸属性の総体を意味するにほかならない。もう少し法の場面に引きつけていえば、フモールは倫理的かつ詩的な要素として現われる。彼によれば法の倫理的要素とは、たとえば次のような慣習法にみられるという。

「逃亡中の犯人が河にやって来て、渡し守に『船頭さん、渡しておくれ』と呼びかけたなら、彼を渡してやらねばならない。追っ手があとからやって来て同じことを呼びかけても、渡し守がすでに岸から離れてしまったときには、第一の者を渡してから第二の者を渡さねばならない。ただしまだ岸辺から離れていないときには、第一の者を舟の前方に座らせ第二の者を舟の後方に座らせて、自身は両者の間に立たねばならない。こうして岸に着いたならまず犯人を降ろしてやり、舟を転回させてから追っ手を岸に降ろさねばな

らない。これにより彼は悪をなすものではない。¹³⁾

このオーバーエルザスのヴァイステューマー（判告録）にみられる文言を、ギールケは「道徳的義務の葛藤」の現実的な解決といった観点から論じている。助けを求めてきた以上犯罪者といえども助けねばならぬという道徳的義務は、追っ手に協力すべき法的義務に優先し、要するに、逃亡者には「法よりも情を」（ihm wäre Gnade besser denn Recht）与えよということなのである。

もちろんさらに踏み込んで、河（ここではライン河）を森と同じように無法地帯としたり、渡し守を文字どおり此岸の法と彼岸の法の媒介者としたり、あるいは渡し場自体を一種の避難所（アジール）と解することも可能だろう¹⁴⁾。しかしギールケが注目するのは、慣習としての法の表現形式のほうだ。逃亡者と追っ手の双方の顔を立てつつ、両者からしっかり渡し賃を申し受けるであろう渡し守のしたたかさは、フモールを伴った詩的な言い回しによってのみ公認される。

慣習法に内在する倫理的要素が詩的な言い回しで表現されるとすれば、それは法的言語そのものが詩的形式で表現されているからにちがいない。ギールケは「法的言語の多様な詩的表現形式」に関して、頭韻法と脚韻法、類語反復法と対句法、否定的結語文、金言と箴言、といった作詩術の数々を紹介している¹⁵⁾。

頭韻法（Alliteration）および脚韻法（Reim）とは、語の冒頭や末尾に韻を踏むこと、類語反復法（Tautologie）は同義語や関連語の繰り返し、対句法（Parallelismus）は互いに対応する行を組み合わせることである。さらに肯定的な前置文（Vordersatz）をいくつか並べたあとで否定的な結語文（Schlusssatz）

13) Gierke, a.a.O., S. 16.

14) まったく同じ事例が阿部謹也氏の社会史的研究のなかでも紹介されている。氏は渡し場自体をアジールと解される。阿部謹也『中世を旅する人びと』平凡社、1978年、p. 42 ff. 参照。

15) Gierke, a.a.O., S. 17. vgl., Jacob Grimm, Von der Poesie im Recht, in: Kleinere Schriften, Bd. VI, Hildesheim, 1965, S. 159 f., 165 f.; ders., Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. I, Darmstadt, 1983, S. 8 ff., 17 ff., 37 ff.

で印象的に締めくくる仕方や、金言 (Sprüchwort) や箴言 (Sinnspruch)、つまり格言の形で簡潔に語り伝える仕方なども加えて、これらすべてのものは古来からの詩的修辞の技術である。そしてそのゆえに、いずれも慣習法の詩的法文に頻繁にみられる形式なのだ。

ギールケはこれらの一々につき直接に例を挙げず、それについてはグリムの研究を参照するよう求めている。むしろギールケ自身による具体的な例は、法をめぐる格言や法を語る言い回しやその際の誇張的な文言に即して列挙される。

ここでは第八節の法格言とフモールの関係についてみてみよう。たとえば「雌鶏とつがえば雄鶏になる」(Tritts du mein Huhn, so wirst mein Hahn.) とはなにか。これは実は、非自由民たる女性と結婚した場合には、自由民たる相手の男性は非自由民の身分に落とされるという慣習法を、民衆にわかりやすい格言の形で詩的に表現したものだ。あるいは「最後の者が戸を閉める」(Der Letzte macht die Tür zu.) といったなにげない文章にも、長生きしたほうの配偶者に婚姻上の全財産が帰属するという法的意味が含まれているという。

同様に「娘が母親をかじる」(Die Tochter frisst die Mutter.) とは、利子の払いが遅れたために財産そのものを失ってしまうこと、「鉄の家畜は死ぬことなし」(Eisern Vieh stirbt nie.) とは、現実の家畜は死ぬことがあるから物品のほうが財産としては安全なこと、「思想に関税なし」(Gedanken sind zollfrei.) とは、思想自体を処罰してはならないことを意味する¹⁶⁾。

慣習法の詩的形式を論じるにあたって、法格言が恰好の素材となることはグリムもつとに強調したところであった。だが法の「形式」よりは「内容」に目を転じることで、ギールケは独自の視点から法的フモールを捉え返そうとする¹⁷⁾。すなわち「仮象法」(Scheinrecht) の問題である。彼は第十一節でこう述べている。

16) Gierke, a.a.O., S. 29 f. vgl., Grimm, Von der Poesie im Recht, S. 166.

17) ebd., S. 30.

「法的誇張の現象よりもなお一般的なのは、これと対象的な仮象法の現象だ。私はこのなかに仮象的権利のみならず仮象的義務の事例をも加えよう。この事例の特色とは、法はまがりなりにも正当な権利や義務を具体的場面であからさまに否認することを避けて、その代わりにすすんで仮象的な権利を与えたり、仮象的な義務を課したりする、というものだ。仮象が見出されるのは、本当のところはまるでなにも認められないし、まるでなにも望まれないような場合である。フモールのこうした形態は、少なくとも言い回しにおいて法の厳格さを和らげる。つまりそれは婉曲的であることで、そっけない否認を避けるのである。もっともそれはしばしば、苦いイロニーや辛辣な嘲笑にも転化するのだが¹⁸⁾。」

ギールケは仮象法の例として、マルク共同体に属して特定の支配関係から自由な森林における、領主の「仮象的権利」(Scheinberechtigung)を挙げる。もとよりマルク共同体としては領主の用益権を認めたくないのだが、これを直接主張するのではなく詩的で洒落た言い方でこう拒絶したという。「領主または貴族は森を馬で行き、従者をしたがえ、楯を頭上に掲げるべし。木から楯に落ちたドングリは彼のものとなる¹⁹⁾」。

たしかに文言上は、領主に対してドングリの採集権を承認しているけれど、馬にまたがりながら頭上の楯でドングリを受け止める、などという芸当が現実に出来るわけではない。また採集権についてさえこうした条件をつけるマルク共同体が、その他の用益権を認めるはずもない。要するに、領主の「権利」は単なる文言ないし見せかけであって、「仮象」にすぎないこととなる。

同様のことは権利のみならず「義務」についても生じるだろう。第十二節で指摘されているように、『ザクセンシュピエゲル』や『シュヴァーベンシュピエゲル』には、人命金も贖罪金も課しえない無権利の民に対する「仮象的贖罪」(Scheinbusse)が規定されている。たとえば、「窃盗ないし強盗等により権利を喪失した者は、贖罪として二本の箒と一本の鋏を受け取る。この道具に

18) ebd., S. 38 f.

19) ebd., S. 39.

より刑罰は『皮と髪にいたるまで』執行される」²⁰⁾。つまり現実には窃盗犯に賠償を求めても無理だから、その代わりに箠と鋏を彼に与えて嘲笑するのである。

ちなみに「皮と髪にいたるまで」(zu Haut und Haar)とは、グリムも挙げているが、余す所なくという意味の法的慣用句で頭韻のひとつの例である。またギールケによれば、このような恥辱刑は、「贖罪」(Busse)という言葉の隠された意味、つまり「ひどい目にあうこと」を顕在化させる「言葉遊び」(Wortspiel)にほかならない。贖罪金代わりの箠と鋏は、無権利の民に科される、懲らしめとからかいなのである²¹⁾。

第十三節にみられるのは、債権者の遅滞のために現実の履行が不可能となった場合の、債務の「仮象的履行」(Scheinerfüllung)である。ギールケによれば、この場合債務はおのずから消滅しているが、それは合法的な仕方によってではなくて、債権者の不当な仮象にもう一つの仮象を対置することによってだという²²⁾。

ギールケはこれにつづけて、差し押さえられた家畜の「仮象的飼育」(Scheinfütterung)、債権者の受領遅滞の場合の諸々の「仮象的行為」(Scheinhandlung)、悪辣な荘園領主に代わって農地受領者がみずからなすべき「仮象的授与」(Scheinbelehnung)などを紹介している²³⁾。

法が仮象的であるとは、法が虚偽的なものであることだ。見せかけの法は権力者を裏切り、民衆をも裏切る。そのたびに法はひとりほくそ笑む。あるいは虚偽よりは「擬制」(Fiktion)というべきだろうか。法は実態に合わせて変身するが、しかしその帳尻は、どこかで合わされねばならないからだ。その間の事情は金銭にも似ていよう。ちなみに仮象としての金銭(Geldschein)とはほ

20) ebd., S. 44 f. vgl., Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, Bd. II, S. 251 ff.; Sachsen Spiegel (Landrecht), hrsg. v. Cl. Frhr. von Schwerin, Reclam, 1977, S. 119. 『ザクセンシュピーゲル・ラント法』久保正幡他訳, 創文社, 1977年, p. 290. ただし邦訳では箠ではなく「笞」となっている。

21) Gierke, a.a.O., S. 46.

22) ebd., S. 49.

23) ebd., S. 53 f.

かならぬ紙幣のことである。往々にして金が単なる紙切れとなるように、法もまた紙切れもしくは口先だけにすぎない、とはさして珍しいことではない。

もっとも、仮象ではない本物の法などあるだろうか。法が当為の領域に属する意味的存在であるかぎり、在る法 (Sein) はつねに在るべき法 (Schein) でしかあるまい。フィクションとレトリックで覆われた、在るようで無い法のしたたかさをギールケは〈フモール〉とよんだが、それはいわばブラック・ユーモアであり、彼にならっていえばパロディーにほかならないのである。

III 法的パロディー

仮象としての法を扱ってのち、ギールケの考察はふたたび法的フモールの世界へと向かう。第十四節以下では、法的尺度や刑罰や社交といった観点から〈フモール〉が論じられる。

なかでも傑作なのは、なんらかの法的行為や境界設定の折りに、少年を証人に立てることに伴う慣習だ。その際、立ち会いの少年たちはあわれにも横っ面を張られたり (ohrfeigen), 耳を摘ままれたり (in die Ohrenkneipen), はては地面に叩きつけられたりしたという。この奇妙な慣習は、身体的に痛い目に合わせることで、当の少年に法に関わる出来事や場所を長く記憶させておくための、巧妙な記憶術にほかならなかった²⁴⁾。

証人として引き出された少年こそ災難だが、法的行為はそもそも祝祭的なもので、そこには犠牲者が必要とされるということだろう。殴られた少年ばかりでなく、まわりで眺めていた人々にとっても、この日の出来事は永く記憶されていたにちがいない。このことにも関係するが、ギールケは祝祭的な法的行為を締めくくる社交的集い (gesellige Zusammenkünfte) につきこう述べている。

「酒宴や宴会、遊びや踊りといった社交的集いは、祝祭的な法的行為なり

24) ebd., S. 60 f. vgl., Grimm, Von der Poesie im Recht, S. 181 f.; ders., Rechtsaltertümer, Bd. I, S. 198 ff. リプアリア法典によれば、少年の数は譲渡価額に応じて三名から十二名を必要とした。『リプアリア法典』久保正幡訳、創文社、1977年、p.167 参照。

裁判なり利払日なりを締めくくるものであって、その際けっして法の領域から逸脱するわけではないものの、こうしたことがそれに関わる諸規定に対してフモールを開示する多くの機会を提供するであろうことは、容易に理解できる²⁵⁾。」

まことに裁判 (Gericht) に宴会 (Gericht) はつきものであって、訴えた者、訴えられた者、裁く者、これら当事者うちそろっての飲み食いは法を祭る儀式にはかならなかつた。裁判に集い宴会に集うことで、古ゲルマンの人々は彼らの共同性と法を確認しあつたのである。

ところで、ギールケは「法的パロディー」(Rechtsparodie) との言い方を用いつつ、そうした慣習法の性格について面白いことを述べている。彼のいう法的パロディーとは次のようなものだ。

「法的パロディーが見出されるのは、真面目で尊敬に値し重要な事例に關する規定が、変化したり冗談に転化した形でなにか些細なものや重要でないものに適用されたり、なんらかの補足によってその反対のものに変化する場合である²⁶⁾。」

ギールケもいうように、すでに挙げた仮象としての贖罪や封土授与などもすでにしてパロディーではあるが、ここであらためて言及されるのは「動物の法」(Recht der Thiere) に関わる法的パロディーだ。

たとえば、納入すべき年貢鶏 (Zinshuhn) は人間と同様に力試し²⁷⁾に應じるべし、とする慣習法規がある。すなわちこの鶏は年貢としての適格性をみずから証明すべく、三脚の椅子か釣るべに跳び上がって元気なところをみせねばな

25) ebd., S. 70.

26) ebd., S. 61.

27) 力試しおよび「力と法」の関係につき、vgl., Hans Fehr, a.a.O., S. 855 f. フェーアによれば、夫権を確保するためには、夫たるものは妻を背中にかついで垣を越えるだけの体力をもたねばならなかつた。かつて肉体的能力は、そのまま法的能力を意味していたからである。

らないのだ。あるいは、穀物畑で捕らえられた(差し押さえられた *gepfändet*)よその鷲鳥は、不法侵入者として、同じ畑に立てられた絞首台に吊るされねばならない。またこの鷲鳥をすぐに殺すことはせず、くちばしを生け垣などに突っ込み尻を向こう側に投げ出しておく場合もある。樹木を傷つけて捕らえられた山羊は、被害者により石で歯を折られ角を近くの樹木に引っ掛けられる²⁸⁾。

つまり法のもとでは人間も動物もまったく平等なのであって、処罰の仕方にしてもなんの差別も見出されない。犯罪者たりうる動物は、また犯罪を告発することもできる。ギールケが挙げるのは証人としての家畜の例だ。「動物たちは証人としても登場する。すなわち、独り暮らしの家において襲われた者は、平和が破られた家の象徴として屋根から抜いた三本の麦を、また犯行の証人としてその家の犬か猫か雄鶏を、法廷での起訴立証の場に連れて来ねばならない²⁹⁾。」家畜は文字どおりの家族であり、立派に証人適格を有している。

ギールケによれば典型的な法的パロディーとは次のようなものだ。すなわち、プレミアムの僧院領では復活祭のために、領地内の各地区に平均二個半ないし七個半の卵の供出を義務づけていた。ここに小作農がいて卵半個を納入しなければならぬのだが、半個どころか完全な形でさえ供出したくないときはどうするか。この場合彼は問題の卵を門口に置いて、包丁でもって真二つに割る。黄身が家の内側に流れ出れば彼の供出義務は免除され、扉の側に流れ出れば彼は領主に対して贖罪金を払うはめになる³⁰⁾。

この一見くだらない慣習法規に対しては、法制史家のマウラーのように、「正義への愛も小作料取り立ての際には茶化された」という解釈も可能だ。ところがギールケはこれを否定して新たな解釈を試みる。

「地主と小作はここでは同等の地位にあるのだから、決定は一種の神判

28) ebd., S. 61 f.

29) Gierke, a.a.O., S. 25. vgl., Grimm, Von der Poesie im Recht, S. 182.; ders., Rechtsaltertümer, Bd. II, S. 125 f. もっとも、グリムはこの事例を注 24) の耳引っ張りとともに、「象徴的行為」(symbolische handlung)として括っている。ところで屋根は家の象徴であって、家庭の崩壊は屋根の取り壊しによって象徴的に意味づけられた。Fehr, a.a.O., S. 907. vgl., Grimm, Rechtsaltertümer, Bd. II, S. 320 f.

30) ebd., S. 63.

(Gottesurteil) によるのである。卵が割られて門口の内側に流れ出たときは、それがその家のものであることが示されたのだから、領主はすべての請求権を失う。だが卵が扉の側に流れ出たときは、それが家から出されねばならないことが示されたのだから、小作人はまさに卵を完全な形で供出することを拒否したことにより、贖罪金を払わねばならないのである³¹⁾。」

家が一種の聖域とされるために、門口が家の内と外を画する境界として法的に重要な意味を担うのはさして珍しいことではない。たとえば、家の平和(Hausfrieden)を守るべく侵入者が殴り殺した者の可罰性は、殴殺された者の頭が門口の内側にあるか外側にあるかによって判断された、という事例もある³²⁾。

なるほど、殺害された者が本当に侵入者であったかどうかを彼の頭の位置で判断することは、それなりの合理性を有している。しかしなまじ合理的な解釈を加えるよりは、これをいっそ偶然性に委ねてしまったほうがよいだろう。人知を越えた偶然性とは神の意思にはかならないが、古代の裁判は本質的に「神判」であり、侵入者か否かは卵の黄身の流れる方向とまったく同様に、「神様の言うとおりに」に判断されたのである。グリムも証人としての家畜に関して、「神は小さな被造物をつうじて嘘を暴く」といっている³³⁾。

以上多様な法的フモールを紹介したのち、ギールケはようやくその総括を試みる。まず第十八節には、法と伝説についての興味深い言及がみられる。彼はここで伝説的法と法的伝説を区別して、「伝説的法」(sagenhaftes Recht)とは現実の法制度に対応物を見出しえないが、「法的伝説」(Rechtssage)とは現実の法制度の由来に関わる物語やメルヒェンのことだ、と述べる³⁴⁾。法的伝説もしくは法的メルヒェンとは、ギールケによれば次のようなものである。

31) ebd., S. 63 f.

32) ebd., S. 64. vgl., Grimm, Rechtsaltertümer, Bd. II, S. 182 f.

33) ders., Von der Poesie im Recht, S. 182.

34) ebd., S. 73 f., 75 f. 厳密に言えば「伝説的法」には、現実の法とまったく関係ないもの(das ganz sagenhafte Recht)と関係が隠されているもの(das halb sagenhafte Recht)との二種類がある。

「私はここでの例として、かつては土地を回ったり巡ったりして所有権を取得したものだという、グリムの集めたメルヒェンのみを引き合いに出そう。たとえば、国王が昼寝をしたり入浴したりしているあいだに回ったり耕したりしえた土地の所有が約束される。だがこのことを引き起こしうるのは、しばしば驢馬であったり、生後九日目の子馬であったり、盲目の馬であったり、不具者であったり、でぶ男であったりする。また、そもそもめったにありえない状況とかあらゆる種類の策略に助けられて、鋤が膝まで短かくなったり、広げられた獣の皮が細い筋状に刻まれたりする。はては、ひどくジグザグな境界線は、ザリガニがそれを決めたせいだと説明される³⁵⁾。」

一般に「伝説」は歴史的事実に根拠をもつとはいえ、土地の所有にまつわるこのような出来事が現実が生じたとするには、かなりの想像力が必要だ。だがこれらの物語は、国王からの封土授与や曲がりくねった境界線がいかんにして可能となったかについて、妙に説得力をもっている。それは物語に仮託しながら、領地や境界の法的な正当(統)性を後世に伝える役目を果たしているのである。正当(統)性とは、幼きものや異形のものによって法的行為が聖化されるということだが、ここにはまたしても神の意思が働いている。

それはともかく、同様のことは法的伝説のみならず、伝説的法についてもいえるはずだ。もともと両者の区別はゲールケにおいて成功してはいないし、歴史的事実との距離もあくまでも相対的なものにすぎない。「伝説」と「法」のいずれに重心が置かれているかは別にして、要はこの二つが<フモール>によって分かちがたく結びつけられている、ということだ。フモールにより結合された「伝説的法」が慣習法の別名であることは、あらためて指摘するまでもあるまい。

ところが伝説的法と法的伝説の区別とは異なって、「法の内なるフモール」(Humor im Recht)と「フモールの内なる法」(Recht im Humor)の区別には、もう少し積極的な意味が込められているように思える。というのは、先に

35) ebd., S. 76. vgl., Grimm, Von der Poesie im Recht, S. 172 ff., 183 f.; ders., Rechtsaltertümer, Bd. I, S. 119 ff.

挙げたマウラー批判もまさにこの点にもとづくからだ。すなわち、フモールの内なる法とは、ギールケ自身によってただちに法的戯画 (Rechtskarrikatur) と言い換えられるけれども、それは法の文言と戯れたり、法的関係を滑稽化したり、裁判手続きを茶化したりすることなのだ。

法をからかうこと自体は古来普遍的にみられる現象ではあるものの、ギールケがわざわざ「今日においても非常に月並みなことであるように」と付け加えるとき、ここに隠された批判を見逃すわけにはいかない³⁶⁾。それは秘かにイエーリングに向けられたものと解することができるからである。

イエーリングがギールケの『ドイツ法の内なるフモール』に先立って、『法律学における冗談と真面目』を発表したことは、すでに紹介した。この本には概念法学への訣別の辞として知られる「法律家の概念天国にて」も収録されており、ロマニステン批判という意味ではギールケと共通するものもあったはずだ。しかしイエーリング自身がかつては嘱望されたローマ法学者であったのに、今や学術的に法を戯画化する態度は、ギールケにはすこぶる嫌みなものと映ったに相違ない。彼が法的フモールを紹介するのは、けっして法をからかうためではなく、あくまでも法を民衆の生活のなかで再構成したいがためにほかならない。

というのも、『ドイツ法の内なるフモール』のねらいは、まさに師のベーゼラーが民衆法擁護のために闘ったように、専門家から民衆の手に法を奪い返すことにあったからだ。第十九節には法的フモールの消失についてのギールケの嘆きが聞こえる。「法の内なるフモールの現象は、法が民衆生活から切り離され、専門的法律家や専門的裁判官や専門的行政官の専有に帰して以来、しだいに消え失せてしまった。一般にあらゆる詩的なもの、あらゆる感覚的なものや個別的なもの、あらゆる若々しいものが法から消え失せたように、それは消え失せたのだ³⁷⁾。」

そして最後の第二十節で、ギールケはこうした事態を招いた概念法学を鋭く批判し、グリムの再評価を訴える。

36) ebd., S. 76.

37) ebd., S. 78.

「まったく今日の法には、無味乾燥な真面目さが支配的である。あれこれの象徴 (Sinnbild) が精彩を欠く事件形態に活力を与えることもとんとない。単調で抽象的な規定が数学の公式のように我々の法典を満たしている。人格的なものや個別的なものや曖昧なものに対しては、なにもものも開かれていない。いたるところ融通のきかない画一性のなかで、法は無用の厳格さをもって執行されている。失われたものをめぐるヤーコプ・グリムの心底からの嘆きを、誰も知らないのだろうか³⁸⁾。」

ギールケはグリムにまで遡ることにより、サヴィニーからイエーリングにまでいたるロマニスト的歴史法学を、ゲルマニストの側から根底的に捉え返そうとするのである。法の内なるフモールの提示は、まさしくその闘争宣言にほかならなかった。

IV ゲルマニストとしてのギールケ

ギールケがドイツ民法典草案に激しく抗議したことはよく知られている。民法典 (BGB) は結局彼の批判を一部採用することで、1900年の年頭より施行されたのだが、この間の経過についてここでは詳論しない。法典編纂運動と歴史法学との関わりがいかなるものであったかは、ギールケにしたがえば、「1900年1月1日以降は解決済み」のはずであった。もっと正確に言えば、サヴィニーが法典化一般に賛成であったか否かの法典論争は、彼の弟子ヴィントシャイトが民法典編纂を推進したことにより、もはや過去の問題となったかにみえる³⁹⁾。

だがギールケにおいてこの問題が本当に解決されたかといえば、そうではあるまい。歴史法学派の主流をなしたロマニステンが、概念法学の成果を誇示しつつ法典の編纂に向かったのに対し、彼はゲルマニステンの立場から歴史法学の見直しを試みる。すなわち、1903年のベルリン大学創立記念日に、ギールケ

38) ebd., S. 81. vgl., Grimm, Rechtsaltertümer, Bd. I, S. XV ff.

39) ders., Die historische Rechtsschule und die Germanisten, S. 9 f.

は『歴史法学派とゲルマニステン』と題する講演をおこなって、「闘争なければ生活なし」(Ohne Kampf kein Leben) という有名なテーゼを公表することになる⁴⁰⁾。

当時ギールケはベルリン大学の総長職にあったが、この大学の創立はそもそもサヴィニーらによってなされ、それ以来この法学部がロマニステンの聖地であったことを想起するなら、ギールケのいう闘争が何に対するものであったかは、おのずから明らかであろう。歴史法学派の機関誌として創刊された『歴史法学雑誌』について彼が述べるときも、その代表者はもはやロマニストのサヴィニーではなくゲルマニストとしてのグリムなのである。

「雑誌の初年度の巻には、ゲルマニステンの積極的な協力がみられる。第一号にはすでにアイヒホルンと並んでヤーコプ・グリムが登場する。彼は第二号において『法の内なるポエジー』についてのすばらしい論文を公表した。まさしくこの星が法学の地平線上に輝いたとき、いかなる展望が開けたことであろうか。歴史的法見解の基礎づけにあたりサヴィニーやアイヒホルンと共同して、この人物は耳ざとくも法の根源的生成を伺い、法を根底的に宗教や言語や習俗との関連において眺め、内在的に民族気質の働きを法的生活において感じとった。この人物が不思議な魅力を露わにして以来、すべてのドイツ人にとってドイツ法は心の問題となったのであるまいか⁴¹⁾。」

グリムが歴史法学の「星」(Stern) であるとすれば、当然この高みに立ってロマニステンの功績も貶められる。ギールケのいうには、サヴィニーには歴史的過程についての現実的理解が欠けていた。彼はたしかに「純粹ローマ法」を抽出して、その現代的慣用(usus modernus)を企てたが、それは『ザクセンシュペーゲル』に代表されるゲルマン＝ドイツの現実を無視した非歴史的な方法にすぎなかった。さらに彼の最大の弟子とされるプフタなどは、師の教義を振りかざすあまり法を論理的に「閉じられた体系」(ein geschlossenes System)

40) ebd., S. 33.

41) ebd., S. 12.

に囲い込んでしまった張本人として、厳しく断罪されねばならない⁴²⁾。

また例によってイエーリングに対する評価は屈折しているが、彼の『ローマ法の精神』にみられる標語「ローマ法を通じてローマ法の上に」(durch das römische Recht über das römische Recht hinaus)を用いながら、ロマニステンは結局ローマ法に埋没してしまったというとき、ここにはまたしてもイエーリングへの皮肉が隠されているとせねばなるまい⁴³⁾。なぜなら、彼による概念法学批判はまさにプフタ流の閉じられた体系に向かったのだけれども、イエーリング自身のロマニストとしての自己批判はどうなったのか、という疑問は依然として残るからだ。

サヴィニーはローマ法の現代的慣用を説いたが、ゲルマン的慣習法の意義については理解を示さなかった。だがギールケは民衆の法たる慣習法の正当な評価を求め、その象徴として、ベルリン大学にもほど近い帝国最高裁判所と戦勝通りにあるアイケ・フォン・レプゴウの立像に言及する。あるいはレプゴウによるドイツ最古の法書である『ザクセンシュピーゲル』につき、サヴィニーが冷淡であったことに不満を漏らしてもいる⁴⁴⁾。

ギールケが、レプゴウとグリムに続かんとしていることは明らかだろう。ロマニステンが概念法学者に変貌し民法典の編纂に走ったのを見届けたのち、ギールケはゲルマニストの側からもう一つの歴史法学の可能性を探ろうとする。そしてその出発点を二度にわたるゲルマニステン大会と、そこでのグリムの役割に求めるのである。

第一回のゲルマニステン大会は、1846年にフランクフルトで開催された。このときの招請状は18名の連名で発送されているが、ギールケのいうには、彼らは法律学と言語学と歴史学の領域からの6名ずつの代表で構成されていた。すなわち、法学者のペーゼラー、ファルク、ミッターマイアー、ライシャー、ルンデ、ヴィルダ、言語学者(文学者)のアルト、ヤーコプ・グリム、ヴィルヘルム・グリム、ハウプト、ラッハマン、ウーラント、そして歴史学者のダールマン、ゲルヴィーヌス、ラッペンベルク、ベルツ、シュミット、ランケの面

42) ebd., S. 14 f., 17.

43) ebd., S. 17 f.

44) ebd., S. 15.

々である⁴⁵⁾。

ところでこのときの「ゲルマニステン」(Germanisten)という名称につき、ギールケはグリムの意をくんで次のように述べている。

「ここにドイツ法の代表者たちは、ドイツの言語やドイツの歴史の探求者たちと結合して、ドイツの存在のために共同して尽力した。ゲルマニステンという名称は、従来はもっぱら法律家がかかっていたが、言語学者や歴史学者にも意識的に転用されるようになった。ヤーコブ・グリムのような法探求者たちは、こうして犠牲を捧げたわけだが、彼らが失ったものはわずかで、他面ではその名称に伴ういっそう大きな名誉をあらためて獲得したのであった⁴⁶⁾。」

つまり「ゲルマニステン」とは本来ゲルマン法学者、直接には歴史法学派の反ロマニステンの部分を指していたが、この大会を機に、言語や歴史の分野でゲルマンの文化を探求しようとする学者たちをもそう呼ぶようになった、というのである。もっとも今日では、ゲルマニストといえばドイツ語学者かドイツ文学者を表わすのが一般となってしまったようだが。

それは措くとしても、グリムを法学者と言語学者のいずれに分類するかについて、ギールケにも些かのとまどいがあったようだ。もっともこれは彼の責任ではあるまい。グリムは法学者であると同時に言語学者であり、そのうえ歴史学者でもあったからである。この意味でゲルマニステン大会の議長に満場一致でグリムが選出されたのも、しごく当然のことといわねばならない。詩人であり弁護士でもあったウーラントの発議理由にもあるように、ドイツの精神科学のあらゆる糸はまさしくグリムの紡いだ「ポエジーの金の糸」に連なっているからだ。この金の糸が『法の内なるポエジー』に始まるゲルマン法研究の過程で紡ぎ出されたものであることは、あらためていうまでもない⁴⁷⁾。

45) ebd., S. 20.

46) ebd., S. 20.; vgl. Grimm, Über den Namen Germanisten, in: Kleinere Schriften, Bd. VII, S. 103 ff.

47) ebd., S. 20.

第二回ゲルマニステン大会は、やはりグリムの主宰のもと、翌1847年にリュールベックで開催された。また第三回大会はニュルンベルクで開かれる予定であった。だが1848年こそは革命の勃発した年であり、ゲルマニステン大会の代わりにフランクフルトでは革命議会在が開催された⁴⁸⁾。

ゲルマニステン大会の開催とこれに直結する三月革命の過程で、歴史法学派の分裂は決定的なものとなった。ゲルマニステンは言語学者や歴史学者をも巻き込んで、歴史と法と言語の総合的見地から古ゲルマン以来の伝統を踏まえたドイツ統一を標榜した。だが彼らは政治的変革に拙速すぎて、学問的改革に遅れをとってしまったようだ。革命を静観していたロマニステンは、その間パンデクテン法学を背景に統一民法典の編纂を準備していたからだ。

ギールケによる民法典草案批判は、結局のところ、ロマニスト的実証主義に対するゲルマニスト的歴史主義の反撃として解することができる。もともと同じ歴史法学派として出発しながら、ロマニステンは「裸の実証主義」を信奉し、法を「職人的な技術」のうちに閉じ込めてしまった。同様の批判は『民法典草案とドイツ法』のなかにもみられる。いわく、草案は「教科書的な命題」のゆえに「学説による生活の凌辱」をもたらしたと⁴⁹⁾。

ゲルマニステン大会の意義を強調しドイツ民法典を批判するギールケにとって、「歴史法学」の旗はゲルマニステンの手に奪還されねばならなかった。しかしこの作業は、歴史法学派の内と外への両面作戦を強いるものだ。彼が「歴史学派の反対者」として列挙するのは、サヴィニーの論敵ティボーを始めとして、フォイエルバッハ、ヘーゲルおよびガンス、イエーリング、シュタムラー、といった多彩な人々である⁵⁰⁾。彼らの批判に個別に対応することは可能でも、それをつうじて逆に問われるのはギールケ自身の哲学的基盤であるだろう。

48) ebd., S. 25 f., 55, Anm. 92.

49) ebd., S. 34.; ders., Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 336. K・ツヴァイゲルト他『比較法概論 原論』(上)大木雅夫訳, 東京大学出版会, 1974年, p. 337. 参照。

50) ebd., S. 60 f., Anm. 123.

こうしてギールケは、ギュルヴィッチも述べるように、歴史法学と法哲学との結合を試みる。『自然法とドイツ法』のなかで、歴史法学は将来必ず法哲学によって補足され深化されるであろうと予言した彼は⁵¹⁾、その予言どおり『歴史法学派とゲルマニステン』において次のように述べている。

「たしかに法の歴史的導出には、法の基盤や本質や目的についての哲学的理解による補完が必要だ。とはいえ真の法哲学は歴史的基礎においてのみ可能なのである。これに対して、厳密に歴史的な地盤を放棄する哲学的法理論は、合理主義に陥り、あらゆる抵抗にもかかわらず自然法の道に引き戻される、という危険をつねにくりかえし冒している⁵²⁾。」

ギールケは歴史法学の改革のみならず、同時に法哲学の改革をも提起している。しかし「法哲学者としてのギールケ」がなお有効な哲学的提言をなしえなかったことは、ギュルヴィッチも指摘するところだ。彼の主眼はやはり「歴史的基盤」に置かれていたといえよう。大著『ドイツ団体法』は「人の人たる所以は人と人との結合による」という言葉で始まるが⁵³⁾、彼にとって、人間の共同性とはまさに<ポエジー>や<フモール>に満ちたゲルマン的慣習法の世界にほかならなかつた。『ドイツ法の内なるフモール』が発表されたその年ドイツはようやく統一されたけれども、ギールケにはそれが古き良き法との訣別にも感じられたのである。

51) ders., *Naturrecht und deutsches Recht*, Aalen, 1973, S. 11 f.

52) ders., *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, S. 34 f.; Georg Gurwitsch, *Otto v. Gierke als Rechtsphilosoph*, in: *Logos*, Bd. XI, 1922/23, S. 86 f.

53) Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Graz, 1954, S. 1.