

《論 説》

イエーリング、あるいは冗談法学

堅 田 剛

I 法のアルフアベット

『西洋法家列伝』の著者シーグルは、ルドルフ・フォン・イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818-1892) をドイツ法学のマーク・トウェーンと呼んでいる。たしかに彼は冷笑的な〈冗談〉でもって概念法学を斬り、みずからのロマニストとしての経歴をも切り捨てた。イエーリングはもとより卓抜した法学者であったが、また彼は喜劇を書き、コンサートでピアノの代役を務め、有名なワイン鑑定家でもあったという¹⁾。

冷笑家としてのイエーリングを訪ねるとき、『法律学における冗談と真面目』は恰好の道案内となる。ここで彼は、ロマニスト的概念法学を内部から縦横に揶揄しており、その皮肉な舌鋒は止まるところを知らないほどだ。だが奇妙なことに、この論文集は『ローマ法の精神』や『法の目的』にくらべて、触れられることはあっても正面から論じられることは少ない。それはイエーリングの業績からすれば、ピアノやワインと同様、片手間の仕事とみなされたからだ。だが誰かの思想を語る場合、いわゆる主著よりは片手間の書簡や趣味のほうに興味深い素材が隠れていることは、思想史の常識であるだろう。

『法律学における冗談と真面目』は、1884年に「法学界へのクリスマス・プレゼント」として公開された。この本は大きく四部からなっており、それぞれ、「現今の法律学への親書」「あるロマニストによる漫筆」「法律家の概念天国

1) ウィリアム・シーグル『西洋法家列伝』西村克彦訳、成文堂、1974年、p. 275, 280f.

にて」「再び地上へ」と題されている。これらの論文を一冊の本にまとめるにあたって、イエーリングは次のような序文を書いた。

「最初の三編は〈冗談〉に捧げられているが、最後のものは〈真面目〉に捧げられている。四編とも同じ目的をめざしていることは、読者には隠されていない。——〈冗談〉はただ〈真面目〉をより効果的にするためにあるのだから。もとよりここに多くみられる冗談のすべてが、冗談への純粋な楽しみのみをもたらすとはかぎらない。だがこの著作の冗談もそれなりの真面目な意義も持っているとの印象を、大体において読者が見失われないことが私の願いでもある。それは最初読者を笑わせる効果しか挙げえないかもしれないが。——この著作につづくものがないとすれば、私はこの著作の目的が失敗したものとせざるをえまい。²⁾」

これは序文としては、おそらく最悪のものといわざるをえまい。彼の言葉は謙虚であるかもしれないが、ひたすら弁明に終始して自信のないさまを露呈している。この序文は本文を読む気を失わせる役割しか果たさないだろう。冗談が真面目を効果的にするなど、ことさら述べる必要のないことなのだ。親書や漫筆や夢物語の形式に託された一人のロマンストの本音にこそ、読者は喝采を送ったのだから。彼の〈冗談〉に笑うことができればそれで充分で、下手な楽屋話など読者の望むところではない。

それは措くとして、『法律学における冗談と真面目』に収載された論文につき、しばらくその内容をみてみよう。第一編「現今の法律学への親書」は、当初プロイセンの司法新聞に匿名で連載されたものである。これは六通からなる書簡形式を取っているが、ここで全体として論じられているのは、「法的構成」(juristische Konstruktion)の問題である。法的構成とは、とりあえず専門的法律家による法解釈の技術だといっておこう。イエーリングの挙げる例は以下のようなものだ。

2) Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 13. Aufl., Darmstadt, 1980, S. VI.

「さしあたり、劇場に入る場合の法的出来事を構成してほしい。貴方は一枚の切符を買って呈示した。このことが入場の権利を与える、というのが貴方の答えだ。だがこれ自体は構成でもなんでもない。構成とはまさに次のように考えることだ。すなわち、その切符は『持参人その人』に権利を与えるが、『持参人その人』とはなにか抽象的なものであり、思念された人格性であり、法的人格である。また貴方が切符を使って劇場に入るとして、それができるのは、貴方がこの法的人格を表象しているがためである。ところで法的な人格そのものが入ったのだとすれば、切符だけが座っているはずだろう。劇場監督がこうして表象を入れてあげたことにつき、貴方は感謝せねばならない。³⁾」

ここで提起されているのは、法的権利の担い手としての「法的人格」(juristische Person)である。これはもとより生身の人間ではなく、イエーリングもいうように、思念された抽象的人格にほかならない。抽象的人格の具体的権利は、この場合は切符に表象されることとなり、換言すれば、生身の人間は切符の持参人として意味をもつにすぎないのである。

このような法的人格は、劇場に芝居を観にくる紳士の姿をしているとはかぎらず、歯医者に歯の治療を受けにきた患者、床屋に髪を売る巻き毛の人、死体を解剖学者に売る犯罪者として現われることもある。イエーリングの論を進めれば、彼らの相手方たる歯医者も床屋も解剖学者も立派に法的な人格であろうし、実は死体ですら法的な人格の資格を失っていない。死者についてはのちに取り上げるとしても、胎児の法的な人格は広く認められているし、夫婦のような共同体にも一つの法的な人格が認められるはずだ。のみならず、彼によれば、隣地に雨をしたたらせる古い屋根でさえ、いわば雨漏り権の主体として法的な人格を有するのである⁴⁾。

だが肉体をもたず、生死に関わりなく、個人か団体かも問われず、場合によっては人か物かさえもどうでもいい、そのような法的な人格とはなにか。イエー

3) ebd., S. 13.

4) ebd., S. 15, 13 f., 12.

リングは、これこそ法的構成の所産だという。つまり法的人格とは、あくまでも思念的に構成された人格であって、自然的人格とは別世界の存在なのである。もっとも、ここで自然人と法人の区別を論じようというのではない。いわゆる自然人にしても、権利義務の主体たるためには生身の人間である必要はなく、法人と同じく構成された人格にほかならないからだ。

ところで、イエーリングが法的構成について論じたのはこれが初めてではない。すでに『ローマ法の精神』第二部（1858）において、彼は分析・統合・構成という法律技術の三つの基本的手続きにつき述べている。それによれば、「法的分析」とは法的事実を単純な〈法的体素〉(Rechtskörper)に還元すること、「論理的統合」とは個々の法命題から〈法的概念〉(Rechtsbegriff)を抽出すること、そして「法的構成」とは、法的体素の属性や相互関係や事実を踏まえて、法を体系化することである⁵⁾。

ここで彼自身の説明を再構成するならば、事実の分析から法的体素が抽出され、命題の分析から法的概念が抽出され、この両者によって法が体系的に構成されるということになる。とはいえ両者は必ずしも同じものではない。彼は法的体素のことを〈法のアルファベット〉(Rechtsalphabet)とも呼ぶが、とすれば法的概念はこのアルファベットの意味と解することができる。言語がアルファベットに還元されここから再構成されるように、法もまた体素（もしくは概念）に分析され、これによって再び事実や命題が法的に構成されるのである⁶⁾。

あるいは、親友のゲルバーと共同で創刊した『現代ローマ＝ドイツ私法学年報』（のちの『イエーリング年報』）の巻頭言（1857）では、彼はいっそう主題

5) ders., Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abteilung, 8. Aufl., Darmstadt, 1954, S. 334 ff. イェーリング『ローマ法の精神』第二巻, 比較法制史研究会訳, 『季刊法律学』3号, 1948年, p. 123 ff. vgl., Gerd Kleinheyer u. Jan Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 2. Aufl., Heidelberg, 1983, S. 133. 『ドイツ法学者事典』小林孝輔監訳, 学陽書房, 1983年, p. 137.

6) vgl., Jhering, a.a.O., S. 334 f. 「法のアルファベット」につき, ebd., 1. Teil, 9. Aufl., Darmstadt, 1953, S. 41, 42. 『ローマ法の精神』第一巻, 原田慶吉監修訳, 有斐閣, p. 100 f. 法のアルファベットと言語の比較につき, ebd., 2. Teil, 2. Abteilung, S. 345 ff. 第二巻, 『季刊法律学』8号, p. 115 ff.

的に法的構成を扱って以下のように論じたこともある。

「低次の法律学に高次の法律学を対置することは、法的概念を法的規定に
対置することによって決定される。また法を低次の集合態から高次の集合態
に移行させることは、法的構成が所与の素材を概念に解消するかぎり、法的
構成によって媒介される。これによって生じる変化は次の点にある。すな
わち、消極的には、素材が直接に実践的で命令的な形式を完全に脱するこ
と、積極的には、素材が法的体素の形態を採ること、にある。今や法の総量
は、もはや命題や思惟の体系としてではなく、法的実在の総体、いわば生け
る存在もしくは作動する精神の総体として現われる。⁷⁾」

イエーリングによれば、「低次の法律学」とは法命題の単なる解釈にすぎず、
法的体素ないし法的概念からする事象や命題の構成こそが「高次の法律学」を
構築する⁸⁾。ここには法学の任務を、命題の解釈から生ける存在（生命体）の
把握に高めようとする意図がみえるし、これこそ法的構成の積極的な役割とし
て位置づけられてもいる。しかしながら「自然史的方法」（naturhistorische
Weise）との命名にもかかわらず、この方法はなお法の論理的体系化の手段で
しかない。

「体素の法的個性を論理的焦点としての概念において把握し、自然科学者が
自然史の対象を分類するのと同様の方法で、法的体素の全体を一つの体系のう
ちに秩序づける」との言い方は⁹⁾、イエーリングが論理や体系の呪縛から抜け
きれず、構成を分析の裏返しとしてしか理解していないことを露呈する。その

7) ders., Unsere Aufgabe, in: Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die
Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, Aalen,
1981, S. 9 f. 笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』東京大学出版会, 1979年, p. 335.

8) vgl., ders., Geist des römischen Rechts, 1. Teil, S. 37. 第一巻, p. 50.; 2. Teil,
2. Abteilung, S. 358 ff. 第二巻, 『季刊法律学』8号, p. 123 ff.; ders., Unsere
Aufgabe, S. 8 f., 9. イェーリングは「現今の法律学への親書」の匿名性を貫くため、
あたかも他人の業績であるかのように上記二著を引用している。vgl., Scherz und
Ernst in der Jurisprudenz, S. 7.

9) ebd., S. 10.

自然史的方法は、自然科学的なものであって、肝心の歴史的把握を欠いているのである。むしろそれは別のところであるように、法の分析化学なる呼び名のほうがふさわしい¹⁰⁾。彼自身はまだロマニストとして、概念的分析の囚われ人であったからだ。

II 概念天国の機械たち

『法律学における冗談と真面目』に記載された論文のうち、最も有名なのは「法律家の概念天国にて」と題された一編である。「私は死んだ。なにか光るのが私の魂を照らしながら体から出ていった」と始まるこの文章は、ロマニストの〈私〉が死後「概念天国」(Begriffshimmel)への入国を望むが、諸々の試練のすえ結局拒絶される、というファンタジーの趣向をとっている。この物語の最後には、それは真夏の夜の夢であったという落ちがつくのだが、夢物語に託して作者が本音を吐露していることは、ことさらにいうまでもない。概念天国から戻ってきた主人公は、まちががなくイエーリング自身なのである。

〈私〉が天国で遭遇するのは、法律家の「幽霊」(Geist)によって操作される奇妙な機械の数々だ。次々に現われる機械たちは幽霊たちが天国の良き住民たることを証明する手段であり、ここでは幽霊は機械の奴隷となっている。たとえば、「毛髪分割機」なる機械があって、天国の志願者たる者はこれを用いて一本の髪の毛を999,999本に等分できなければならない。また三つの檣楼のついた「登攀棒」があるが、受験者は滑りやすいこの棒を登って檣楼に置かれた法律問題を取ってくることを要求される¹¹⁾。

だがこれなどは次に登場する法律機械(juristische Maschine)にくらべれば、まだ単純なほうだ。というのも、毛髪を分割したり棒を攀じ登るくらいは、些かの分析力と体力さえあればなんとかなるけれども、法律機械の操作はかなりの法的思考力をもってしても難しいからだ。その全貌は明らかにされて

10) ders., Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abteilung, S. 335. 第二卷,『季刊法律学』8号, p. 100.

11) ders., Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 257 f.

いないが、ほんの一部を紹介してみよう。

すなわち、〈私〉が見学することを許されたのは、「擬制装置」(Fiktionsapparat)、「構成装置」(Konstruktionsapparat)、「解釈圧搾機」(Interpretationspresse)、「穿孔機」(Bohrmaschine)といったものである¹²⁾。前二者はそれぞれ法的擬制と法的構成を担当し、後二者はとくに弁証法的論理に関わる。たとえば解釈圧搾機について、〈私〉は案内役の幽霊から以下のような説明を受ける。

「ここに見えるのは弁証法的・水了解釈圧搾機だ。これを使えばどの立場からでも必要なものを取り出せる。主シリンダーの隣にある二台のポンプのうち片方は弁証法的注入装置としてのインジェクターを維持しているのだが、それによって立場の記述とはまったく無関係に、思考や前提や制約がその中に流し込まれる。これこそ神学者の発見であって、法律家は彼らをまねしただけだ。傍目には彼らの装置は、神学者のそれとは比べものにならないようにみえる。前者の装置は後者のその十分の一も働かないが、というのも後者は全体系をたった一つの言葉に流し込むからだ。だが法的目的にはそれで十分に間に合う。他方のポンプは削除装置としてのエリミネーターだが、これによって立場についての厄介な実証的表明は取り除かれてしまう。この機械をうまく操作すると、どんなに矛盾する立場も一致するのだ。¹³⁾」

それ自体の内部に「注入装置」(Infiltrationsapparat)と「削除装置」(Eliminationsapparat)を組み込んだ圧搾機こそは、法解釈の最強の武器にはならない。法学者が神学者のなりそこないで、法典解釈の技術が聖書解釈の技術の二番煎じであるとすれば、この圧搾機の役割はスコラ哲学にいう決疑論のそれに対応する。決疑論とは体系の綻びを、いわばこじつけ的に繕う詭弁のもしくは弁証法的方法だが、それは法学者の好んで用いる仕方でもある。擬制装置や構成装置でひそやかになされた詭弁的解釈は、弁証法の名のもと圧搾機によ

12) ebd., S. 260, 262 f.

13) ebd., S. 262 f.

り堂々とおこなわれる。条件を入れさえすれば好みの結論が出てくるこの機械は、かつてモンテスキューが構想した「自動機械」(automat)にも似ている。

やはり弁証法の応用ではあるが、穿孔機にはまだ愛敬がある。これは要するに難問の根源を究めるためのドリルであるが、あまりに穿ちすぎてその尖端が別の側面に突き出てしまうこともあるらしい。難しい法律問題の根底に達することに失敗し穿ちすぎた作品は、穿孔機を操作した幽霊の不器用さの見本として陳列される。

とはいえ、この天国の真の支配者は機械たちの背後にある〈概念〉である。実際、天国の中枢部には「概念の聖堂」(Halle der Begriffe)が聳え、その両側にはそれぞれ頭脳室あるいは霊の実験室と、解剖学および病理学のための概念陳列室とが並んでいる¹⁴⁾。ここでは概念は至高の存在であり、幽霊たちの礼拝の対象なのだ。法律機械たちを司る概念の聖堂はまた、コンピューター室を連想させる。ロマニストたる〈私〉にとって、法律学とは数学であり、「数学者が数で計算するように法律家は概念で計算する」ものである以上¹⁵⁾、この連想もいわれなきものではない。

まことに概念天国を支配するのは概念であるが、概念的計算は実は理性的判断からは切り離されている。幽霊の教えるところによれば、法律家には理性の天国も用意されているとはいえ、これはヘーゲル門下の法哲学者のものであって、けっして法解釈学者のものではないのである。

「そう。法哲学はたしかに我々の天国では禁じられている。法哲学は概念の支配にはなじまない。なぜならそれは信仰の厳格さを毀損するからだ。だが法哲学の試験に落ちてここにやって来た幽霊から、私はこの試験のやり方を聞いたことがある。我々のもとでは概念が支配しているように、法哲学者の天国では理性が支配している。我々のもとでは法は概念から引き出されねばならないが、そこでは理性から引き出されねばならないそうだ。¹⁶⁾」

14) ebd., S. 271 f.

15) ebd., S. 274.

16) ebd., S. 310.

法哲学と法解釈学、理性と概念の対立は、弁証法的論理の共有にもかかわらず、イエーリングによりあらためて強調されねばならない。というのも概念天国の法律家とは、歴史法学派総体はもとよりロマニステン一般でもなく、なによりもプフタの徒を指しているからである。イエーリングは周知のように、プフタ流の構成主義的な法解釈学を、スコラ哲学的〈概念法学〉(Begriffsjurisprudenz)と呼んで批判した¹⁷⁾。ところが「概念による計算」を最初に提唱したのは、歴史法学の創立者サヴィニーであったし、「概念」も「弁証法」もヘーゲル哲学からの借り物である。そのうえ、プフタは本当はサヴィニーではなく、ヘーゲルの弟子であったのかもしれないのだ。

サヴィニー、プフタ、イエーリング、この最も代表的なロマニステンの相互関係については是非とも知りたいところだ。概念天国での入国審査風景は、そのための恰好の資料を提供してくれる。

概念天国には何世紀ものあいだ誰もやって来なかったが、「この五、六十年のあいだに最初の者たちが到着した。第一番に出頭した者は、プフタといった。だが彼のあとでは、まことに幸いなことに入り口は高くなった。¹⁸⁾」ランズベルクはプフタを「歴史法学派の第二の首領」と呼ぶが¹⁹⁾、たしかに彼こそはサヴィニーの体系的方法を徹底し、法学を概念的数学へと純化した張本人であった。概念天国はプフタのために用意されたようなものだ。その証拠に、歴史法学派の第一の首領たるサヴィニーの入国は、意外にも難航したのである²⁰⁾。

17) ebd., S. 337. イェーリングによれば、法律家のスコラ主義とは決疑論的な説教文学もしくはタルムード文学であり、その不毛な屁理屈こそが概念法学の特徴である。それは弁証法の誘惑に屈して自己陶醉しているにすぎない。vgl., ebd., S. 362.

18) ebd., S. 253.

19) Roderich Stintzing u. Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abteilung, 2. Halbband, Aalen, 1978, S. 459. 山田晟「サヴィニーからプフタ、イエーリングへ」、日本法哲学会編『法思想の潮流』朝倉書店、1951年、p. 303.

20) vgl., Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen, 1967, S. 400, Anm. 77. ヴィーアッカー『近世私法史』鈴木祿弥訳、創文社、1961年、p. 486. 注(20)

「サヴィニーについては、当時大問題になった。彼は構成についてまだ正しく理解していなかったので、あやうく落第するところだったらしい。だが結局は、占有についての著作が決定的なものとなった。ここに受け入れられたいと思う者なら示さねばならない能力が、彼にはあるとみなされたからだ。すなわち、ある法制度をその現実的で実践的な意味をみることなしに、純粋に法源もしくは概念から組み立てる能力を彼は充分に示したので、この点で大目にみられたということだ。彼の立法と法学に関する使命についての著作も、同時代人に及ぼした良き意図と好都合な結果のために有利に評価された。²¹⁾」

プフタによって完成された概念法学的立場からすれば、サヴィニーの歴史法学はいまだ不十分にしか純粋化されておらず、多くの夾雑物を含んでいた。それは幽霊の言によれば、現実的ないし実践的観点であるけれども、要するに歴史的理解のことにほかならない。サヴィニーには「歴史的方法」と「体系的方法」の二つの方法論がありこれが不統一のままに残された、とはしばしば指摘されるところだが、彼が天国に入るためには歴史的方法是捨てられねばならなかったのである。

サヴィニーの『占有権論』は概念天国にふさわしいが、『立法と法学に対する現代の使命について』は必らずしもふさわしくない。前者は彼のロマニストとしてのデビュー作だが、後者には、概念法学の立場からみて、歴史という余計なものが紛れ込んでいる。法学の近代化のためには、法から歴史的な要素を除去して純粋化せねばならないのだ。もとよりこれはイェーリングの立場とは異なる。サヴィニーと同様、イェーリングもロマニストとして出発したものの、周知のように法における利益や目的の要素に着目することで、彼は再び社会的・歴史的視点を強調することになるからだ。

やはり概念法学の立場からではあるが、サヴィニーの『現代の使命』の積極的な意義は、ドイツでのローマ法の廃棄と国産の法典の起草を延期させたこと

21) Jhering, a.a.O., S. 254.

にあるという。これは裏返せばゲルマニステンの主張に重なる。イエーリングによる概念法学批判は、ロマニストとしての自己批判であるけれども、だからといってここで彼がゲルマニストに転向したとするつもりはない。しかしながら法の社会的・歴史的要素の強調が、ゲルマニステンの主張と多くを共有することもまた指摘しておかねばなるまい。

このようなイエーリングが、概念天国にすんなり受け入れられるはずもない。当初「お前はロマニストだから法律家の概念天国に行くことになる」と入国を保証されていた〈私〉は²²⁾、最終的に拒絶され天国から追放されてしまうのである。

「これまでに君から聞いたことのすべてを勘案しつつ、私はこう考えた。君には、法哲学の信条を実行することはできまい。君の目は浮世では、あまりにも現世や世俗のことがらに向けられていた。いかなる歴史的条件にも結びつかない絶対的存在において、すなわち論理的もしくは法哲学的な自足性ないし神性において、概念や理念を是認するのではなく、君はいつも、その歴史的もしくは実践的理由に関わる愚かな疑いを抱いてきた。それによって、君は概念や理念の面目を失わせ、君には法の観念論の意味づけや理解が不足していることを証明してしまったのだ。理由に関わるこうした疑いによって、法哲学者の天国への入口ばかりか、我々の天国への入口も、君には閉ざされてしまった。君にはもはや、実務家の天国しか残されていない。²³⁾」

法律家のために概念天国と理性天国が用意されていることはすでに紹介した。だが概念の支配も理性の支配もともに観念論 (Idealismus) にすぎない以上、実はこの二つの天国がどこかで通じていることが示唆される。ロマニストでありながら歴史的もしくは実践的関心を捨て切れなかった〈私〉つまりイエーリングは、こうして楽園を喪失し実務家の道を選ばざるをえなくなったのである。

22) ebd., S. 314. vgl., S. 255.

23) ebd., S. 314.

Ⅲ 日常世界の法律学

概念天国から追放され理性天国にも入れない〈私〉にとって、最後に残されたのは実務家の天国であった。「私は再び大気を吸い込んだ。自由と生と寛ぎの心地でいっぱいになった。樹や森や緑の牧場や家やボウリング場までもが見えてきた。²⁴⁾」すでにここは死後の世界としての天国ではありえない。〈私〉ことイエーリングは真夏の夜の夢から覚めて、生の支配するこの世に戻ってきたのだ。

ではなぜこの世が実務家のものなのか。概念天国・理性天国・実務家天国の区別に対応して、イエーリングは「法律家」(Jurist)を、概念法学者と法哲学者と実務家に分類している²⁵⁾。そして彼らは、それぞれ概念と理性と生に支配されているのであった。もっとも〈生〉を行動原理とする実務家(Praktiker)とは、裁判官や弁護士のようないわゆる法実務を業とする者にはかぎられない。むしろここにいう実務家は、日常世界における法的実践に関心をもつ、緩やかな意味での法社会学者のことと解するべきだろう。イエーリングはまさにこのような実務家として、概念天国から帰還したのである。

イエーリングは1870年に『日常世界の法』という、愉快的法律問題集を発表している。これは初め『正答のない民法事例集』の付録として公刊されたもので、日常生活に生じる法的問題を集めて法学教育に役立てようとしたものだ。ここには旅行やアパートの賃貸や家の建築や近隣との付き合いといった、日常生活の様々な場面を想定した問題が列挙されている。たとえば、「隣のメードは食事のあと、二階から私の庭めがけてテーブルクロスを振るったり萎れた花を投げ落とす。私はそのたびに隣の主人に苦情を言うが、ちっとも改めない。最近隣の主人は私に対してこう言った。『私はメードにそれを禁じています。メードが私の指示に従わない以上、どうしようもないじゃないですか。』

24) ebd., S. 315.

25) ebd., S. 309.

私は隣りの主人を訴えられるだろうか」といったぐあいである²⁶⁾。

イエーリングはこうした法的紛争を、「流出投下物訴権」「所有権妨害禁止対物訴権」「使役権に関わる境界上での所有物回収請求」「不動産占有妨害禁止命令」のようなローマ法的技術でもって解決するよう指示している。しかしながら、提示された法律問題の日常性と解答の指針たる法的概念との乖離はいかにも奇妙で、ロマニストとしてのイエーリングは、この乖離を強調すべくあえて自虐的に問題を設定したとさえ思えるほどなのだ。

たしかに紛争を法的に捉え解決するには、ある程度まで概念による構成を避けることはできない。概念的構成とは、日常生活の錯綜のなかから法的要素だけを切り取る高度な技術にほかならないからだ。けれどもこの際、専門的法律家たる者は、生活から法のみを純粹に剥ぎ取ることの困難にも気づかねばなるまい。血を流さずに肉だけを切り取ることを法律家は要求するが、こうした態度がときとして詭弁でしかないことはイエーリングの指摘するところでもあった。だがこの周知の法律問題に言及するのは、もう少しあとにしたい。

すでに触れたように、概念による法的構成について、『ローマ法の精神』（第二巻第二部、1858）のイエーリングは高度の技術として肯定的に論じ、『法律学における冗談と真面目』（『現今の法律学への親書』1861）では、懐疑的に揶揄の対象としている。さらに『法の目的』（第一巻、1877）になると、法的構成の方法そのものが否定されてしまうだろう。ここに概念法学から法社会学への「転向」を認めるのは容易だが、そのためには転機となった彼の〈冗談法学〉にもっと注意が払われてもいい。

『法律学における冗談と真面目』のなかで、良くも悪くも法的構成の典型として彼が挙げるのは、いわゆる「休止相続財産」(hereditas jacens) の事例である。イエーリングによれば、これは「権利についての権利」や「特有財産に対する抵当権」などとともに、ロマニステンを悩ました難問であった²⁷⁾。休止相続財産というのは、相続人の存否が明らかでないために休眠状態に置かれた遺産のことである。相続人が判明するまでのあいだの、この宙に浮いた遺産の

26) ders., *Law in Daily Life*, tr. by Henry Goudy, Littleton, Colorado, 1985, p. 88.

27) ders., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, S. 250, 261.

管理をめぐるロマニステン内部の論争を、イエーリングは例によって冷笑的に眺めている。

たとえば、ロマニステンの第一人者たるはずのサヴィニーの場合、休止相続財産についての見解は、必らずしもローマ法に忠実なものではない。サヴィニーはこの問題に対して、被相続人の死亡の時点でこの財産はいまだ知られざる相続人に帰属する、という「最も単純にして最も自然な」解決策を提示する。ところが彼によれば、ローマ法の伝統的な考え方はこれとは異なり、この場合相続財産はそれ自体一個の法的人格としてみずからを管理する、という擬制を凝らした不自然なものであった²⁸⁾。

そしてプフタは、このような法的構成を信奉してサヴィニーを批判する。プフタのいうには、相続財産を法人とみなす理論こそ相続法の基本原理である以上、サヴィニーの説は斥けられねばならない。被相続人の人格が相続人によって代表されるためには、「相続財産において被相続人の人格が継承される」ものと考えねばならないからである²⁹⁾。

イエーリングが批判するのはこのプフタ的構成だ。彼はプフタの法人主義³⁰⁾を、自然的人格から法的人格への「死者の人格の乗り移り」だとして、次のようにからかうのである。

「これに対して他の者、すなわちプフタもまた人道的なあまり、遺言者の人格を、次代および後代のすべての相続人の人格において、世界の終末にいたるまで生き延びさせる。こうして、ピタゴラス的な靈魂の輪廻が、あるい

28) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, Aalen, 1981, S. 365 f. 笹倉・前掲書, p. 252 f.

29) Puchta, Vorlesungen, S. 319. vgl., 笹倉, p. 249.

30) 笹倉, p. 247. によれば、「法人主義」の構成ないし擬制は現代家族法学によって以下のごとく非難されている。「相続人の明らかでない遺産を法人とするのは、そのこと自体いちじるしく技巧的であるが、後日相続人が出現した場合には、法人は始めから存立しなかったものとするの技巧を用いたうえで、管理人が権限内で行った行為は効力を失わない(955条但書)との技巧を重ねなければならない。かように法人主義は『三段』の『捨へ事』を含む、と非難するのである。」四宮和夫「相続人の不存在」, 中川善之助教授還暦記念『家族法大系』Ⅶ, 有斐閣, 1960年, p. 151.

はお好みならば、人格の不死性が、法学的観点から現実化するのだ!³¹⁾」

劇場の入場券に表象された人格や、雨漏り権の主体としての古屋根の姿をした人格についてはすでにみた。ここではついに死人の人格が登場する。もとより彼らは「思念された人格性」として、法的に構成された人格ではある。だがそのゆえに、概念天国の幽霊たちと同様、彼らは生ける肉体をもった人間ではありえない。休止相続財産を引き合いに出すことで、イエーリングがサヴィニーの「自然な」解釈を支持しプフタの概念構成を批判するのは、まさにこの点に関わっている。可能なかぎり日常的な〈生〉に即した解決、これがイエーリングの新たにめざした法解釈の方法であった。

概念構成に関して、法律家は血を流さず肉だけを切り取ることを要求する、と少し前で述べた。いうまでもなく、これはシェイクスピアの『ヴェニスの商人』の例の場面を想定してのことだが、イエーリングの『権利のための闘争』においてもそれは重大な論点となっている。ウィーンを去るに当たってなされたこの講演は、とかく権利実現のための訴訟の勧めとして受け取られがちであるけれど、彼の意図はむしろ、裁判で用いられる法的言語の概念的な性格を暴露することにあつたといえる。

すなわちシェイクスピアによれば、商人シャイロックの要求は、借金のかたの肉一ポンドであつたが、裁判官はその主張を認めながら切断につきものの流血を禁じた。しかしこの逆転劇に対し、イエーリングは「みっともない肩透かし、くだらない三百代言的手管」と厳しい非難を浴びせる。彼のいうには、債務者の身体を傷つけるような契約は、良俗に反するものとして、裁判官により初めから無効なものとして斥けられねばならないからだ³²⁾。

このような批判に対し、ヨゼフ・コーラーはただちに『法律学の法廷に立つシェイクスピア』を著し、『ヴェニスの商人』をイエーリングのように「シャ

31) Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz., S. 11. vgl., Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 12. Aufl., 1876, S. 640 f. vgl. 笹倉, p. 251. 注(6)

32) Jhering, Der Kampf ums Recht, Frankfurt am Main, 1967, S. 100. イェーリング『権利のための闘争』村上淳一訳, 岩波文庫, 1982年, p. 96. 村上『「権利のための闘争」を読む』岩波書店, 1983年, p. 8.

イロックの悲劇」として解する仕方を非難した。すなわち、シェイクスピアの戯曲は債務者の身体切断というローマ法の史実を踏まえたものでけっして荒唐無稽の創作ではない、とコーラーはいうのだ。

「『ヴェニスの商人』の法廷の場面は」十冊ものパンデクテン教科書よりも深遠な法律学を含んでいるのであって、サヴィニーからイエーリングに至るもろもろの法制史的研究よりもはるかに、法の歴史についての洞察を深めるのに役立つ。³³⁾

コーラーの言い方はシェイクスピアをあたかも歴史法学の創始者とするかのようで、いささか文豪の肩をもちすぎるとせねばなるまい。たしかに『十二表法』には、債権者が債務者の身体を切断しうる旨の規定があり、シェイクスピアがこれから着想を得たとしてもできよう。この規定がどれだけの実効性をもっていたかは別として、これはすでにヤーコプ・グリムの指摘するところでもあったし、もちろんロマニストのイエーリングが知らないわけではない³⁴⁾。

だがここで問題なのは、シェイクスピアの法制史的知識の有無などではない。イエーリングが着目するのはひとえに概念法学的方法なのであって、法律と証文にもとづいて一ポンドの肉を要求するシャイロックと、これを逆手にとって肉は認めるが血は許さない裁判官の欺瞞的な態度との、双方に共通するものなのである。彼らの法解釈に欠落しているものは、そもそも人間の肉を切り取るという契約が良俗に照らして無効だとの素朴な感覚である。

『権利のための闘争』は概念法学批判の書であり、法律家に日常性への回帰を迫るものだといった。イエーリングにとってシャイロックの計算高さは、「概念で計算する」法律家の合理的精神とけっして無縁ではない。闘争して勝ち取られるべき「権利」とは、イエーリングによれば、利己主義と結びついた下品

33) Josef Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 2. Aufl., Aalen, 1980, p. 6.; Jhering, a.a.O., S. 15. 訳, p. 20 f.

34) 『Lex XII Tabularum』佐藤篤士訳, 早稲田大学比較法研究所, 1969年, p. 58.; vgl., Grimm, Von der Poesie im Recht, in: Kleinere Schriften, Bd. VI, Hildesheim, 1965, S. 185.; Jhering, a.a.O., S. 80. 訳, p. 96.

なものではなく、品性の詩として捉えられる。

「こうして、一見人間をもっぱら利己主義と打算という低次の領域に追放せしめるまさにその権利が、他方では人間を再び理想の高所へと引き上げる。そこにおいては人間は、低次の領域で学んだ如才なさや打算、および他では万物を測るのに使った効用という尺度を忘却し、まったくある一つの理念のためにのみ現われるのである。法は純粋に即物的な領域では散文であるが、人格の領域においては、すなわち人格の主張を目的とする権利のための闘争においては、詩となる——権利のための闘争は品性の詩である。³⁵⁾」

イエーリングは、権利のための闘争を「品性の詩」と呼ぶ。法は即物的には散文で書かれるにしても、それは詩に昇華せねばならないというのである。だからといって、ここですだちにグリムの『法の内なるポエジー』を持ち出そうとするのではない。けれども、イエーリングが「詩」という表現に託して、民衆の常識ないしは共同性への回帰を願ったのだとすれば、それはもとよりグリムと無関係ではありえない。ただしイエーリングが回帰するところは、グリムとは異なってゲルマン的過去ならぬ今日的な日常性の領域であった。概念天国から追放された彼は、こうして〈日常世界の法学〉を企てることにより、地上に天国を樹立せんと試みるのである。

IV 目的の王国へ

イエーリングの〈冗談法学〉は、概念法学とその信奉者たちを天国の高所から引き降ろし、日常性の領域での法の再考を促した。だが彼のあまりにも辛辣な舌鋒は、当然のことながら専門的法律家の反発を招かずにはおかない。概念法学の延長線上に法実証主義の徹底化を図ったアドルフ・メルケルなどは、彼の死後わざわざ『イエーリング年報』に次のような追悼文を寄せている。

35) ebd., S. 40 f. 訳, p. 50.; vgl., 笹倉, 前掲書, p. 56.

『冗談と真面目』において、彼は概念崇拜に嘲りの灰汁を振りかける。その際、ロマニステンの著述の独特の性質が問題だとする誤った方法が採られるが、しかしそれは法学のあらゆる領域の故郷なのだ。形式的な方法は——まさにここで問われているものだが——ロマニステンにおいてと同様に、刑法学や国法学にあっても盛んである。イエーリングはこうして、それをサヴィニーとプフタに帰すという誤謬を犯している。彼らはまさに、法的概念の輪舞を高みから監督する学芸の守護者として現われるのだ。多くの後進や先達もろとも、彼らを法律家の概念天国、いや地獄に住まわせることを彼は厭わない。³⁶⁾」

イエーリングの誤謬、すなわちメルケルの不満とは、概念崇拜をロマニスト的民法学の専有物としたことだ。メルケルは「形式的方法」を刑法学や国法学にも使わせよという。こぞって概念の天国ならぬ地獄に住もうと、彼はすべての法律家に呼びかけるのである。サヴィニーの体系的な方法はプフタにより概念法学にまで昇華されたが、メルケルはこの形式的方法を法学の全域に押し広げようとする。歴史法学から歴史性を剝奪する試みは、やがてケルゼンの「純粋法学」に行き着くだろう。メルケルはケルゼンの露払い役にほかならない。

しかしながら、イエーリングはもはや概念法学の徒ではない。彼は概念法学に「冗談」の磔を投げつけて笑いのめし、これに〈冗談法学〉を対置する。だが法的概念を解体するこの企てが、彼の場合きわめて「真面目」な作業であったことはいうまでもない。

「私自身これを妥当なものと考えた。真面目が冗談と交錯すべき場所につき、ここで告白することにしよう。言葉の洗練された仕方にしたがえば、多くの人には冗談・機知・フモールの遊びにみえようとも、完全なる真面目さをもって告白しよう。私には攻撃的な気むずかしい真面目さもあるのだ。私

36) Adolf Merkel, Jhering, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 32, 1893, S. 38 f.

はこれをもって『概念法学』、すなわち今日のロマニストの学問のスコラ哲学に対抗しようとした。その際、冗談・フモール、嘲笑・風刺という武器を使用した³⁷⁾、というも私はこれらをきわめて威力あるものと考えたからだ。³⁷⁾」

フモールによる法学批判は、ギールケの『ドイツ法の内なるフモール』を連想させるし、さらにはグリムの『法の内なるポエジー』とも無縁のものではない。前に『権利のための闘争』に関して、これを「品性の詩」と位置づけるイエーリングが、意外にグリムに近いことを示唆しておいた。イエーリングはすでに『ローマ法の精神』第二巻のなかで、ローマ法は散文的で無趣味だがゲルマン法は詩的で情緒的だとして、グリムの論文の標題を例示している³⁸⁾。またギールケは、契約の不履行がかえって倫理的義務に適うこともあるとして、『権利のための闘争』におけるイエーリングの立場を支持した³⁹⁾。

つまり、イエーリングはもはや純然たるロマニストではないということだ。『法律学における冗談と真面目』において、彼はみずからの立場につきこう述べている。すなわち、「古代ローマ人はけっして私の祖先ではない。テオドル・モムゼンは、私が田舎法律家だといった」と⁴⁰⁾。モムゼンはうまいことをいう。グリムやギールケはもちろんそうだが、たしかにイエーリングもゲルマン人の末裔たる「田舎法律家」(Provincialjurist)にはちがいない。けれどもロマニステンの概念法学の主流から離れてこれを攻撃することで、彼の立脚点はより確かなものになっていく。法における〈目的〉の追求である。

イエーリングが『法の目的』を公にしたとき、その扉に「目的はすべての法の創造者である」との題辭を記したことはよく知られている。彼によれば、世界の原動力は原因か目的かのいずれかである。因果律と目的律は必ずしも対立

37) Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 337.

38) ders., Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abteilung, S. 123. 『ローマ法の精神』第二巻, 『季刊法律学』3号, 1948年, p. 131 f.

39) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, München und Leipzig, 1936, S. 319, Anm. 1.

40) Jhering, a.a.O., S. 144.

するものではないが、目的律は意思あるいは神を仮定することにおいて因果律とは異なる、と彼はいう⁴¹⁾。換言すれば、神に似て意思を有する人間の世界には、目的の法則こそがふさわしいとするのである。

「現象界に二つの法則を仮定すること、すなわち、無生物界には因果律を、生物界には目的律を仮定することは以上の見解と少しも矛盾するものではない。両者は最高の世界形成の原理としての目的律に統一せられるからである。物質と意思とは各々その従う所を異にするとしても、両者は各々その仕方と領分においてただ目的によって初めから課せられた仕事を完成するのみである。⁴²⁾」

ここでは明らかに因果的世界と目的的世界の序列の逆転がみられる。すなわち、機械的因果律が心理的因果律としての目的律を包摂するのではなく、逆に目的律こそが最高の原理として因果律を従えるのだ。これを法学に即していえば、概念法学から目的法学への方法論の転換と解することができよう。いかに概念的構成が先行しようとも法の解釈が実践的目的に奉仕するものである以上、実定法学を因果的科学として位置づけるのは本当はおかしい。けれどもそれは明らかにプフタの目指した方向であり、イエーリングが拒絶した方法であった。

ここにみられるイエーリングの「転向」について、自由法学の旗手ヘルマン・カントロヴィッツは次のように最大限の賛辞を呈している。

「[1858年の] 大晦日までイエーリングは〔二重売買事件の〕評釈に取り組んでいた。そして逝く年とともにこの夢魘を祓いのけた。1859年の新年の鐘は、法学にも新しい時代をさし示した。実践への関与から生まれ、倫理的な意欲に導かれ、方法論上の自己批判に啓発され、ここに新しい目的論的方法

41) ders., Der Zweck im Recht, Bd. II, Hildesheim, 1970, S. 4. イェーリング『法律目的論』I, 和田小次郎訳, 『早稲田法学』別冊第二巻, 1930年, p. 5.

42) ebd., S. 5. 訳, p. 6.

がはじめて明確に認められ確実に適用されたのであり、自由な法発見がまったく率直かつ公然と——『ここには法の章句が存在しない』——発動された。イエーリングは後に、かの公然たる告白の中でいう、『それは新しい道への明確な第一歩であった』と。——ドイツの法学は、この第一歩をはるか未来にまで祝福することであろう。⁴³⁾

イエーリングと自由法運動との結びつきについては、今は論じない。肝心なのは、概念的思考から目的的思考への転向だからだ。そのためにも彼の目的論的方法が、ダーウィニズムのそれと密接な関係にあることに注目しておきたい。そもそも「権利のための闘争」(Kampf ums Recht)という発想自体が、ダーウィンの「生存のための競争」(Kampf ums Dasein)に由来するとは、すでに多くの論者によって指摘されているところだ⁴⁴⁾。そのうえ、『法における目的』には「法律は自然と同様に飛躍を知らぬ」という、ダーウィンの命題のパロディーさえもみられるのである⁴⁵⁾。

たしかにダーウィン流の生物進化論は、法の発展にとって恰好の説明原理ではあろう。概念法学が清算しようとした法の歴史性を、イエーリングは法学に再び持ち込むのである。とはいえ、法の目的を実現するための手段については、明瞭には述べられない。それどころか、客観的法と主観的法、つまりは社会的目的と個人的利益のあいだにあって、彼の立場は揺れ動いているようにみえる。

たとえば、ダーウィン以上に共感を示してよきそうなスペンサーの社会進化論に対して、イエーリングは意外にも冷淡である。要するにスペンサーにおいては、個人の倫理的行態と利己的行態の関係が調整されていないというの

43) Kantorowicz, Jherings Bekehrung, in: Deutsche Juristenzeitung, 15. Januar 1914, VI Jahrgang, Nr. 2, S. 87.; vgl., 笹倉, 前掲書, p. 355.

44) Wieacker, Jhering und der "Darwinismus", in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Gotthard Paulus usw., München, 1973. S. 63.; vgl., 西村稔『知の社会史』木鐸社, 1987年, p. 117. 注(51)

45) Jhering, a.a.O., S. 5. 訳, p. 7.

46) Merkel, a.a.O., S. 33.

だ⁴⁶⁾。他方でベンサムに対しては次のような評価を惜しまない。「ライプニッツにおいて漠然としか論ぜられていない道德論をベンサムははじめて明瞭にした。そして、はなはだ適切にも功利主義の名のもとに独立の倫理体系にまで発展せしめた。⁴⁷⁾」

社会的目的と個人的利益を媒介するものとして、倫理の体系を想定するのはそれなりに正しい。だがライプニッツとスペンサーになくてベンサムにあるとされる「倫理」の中身がなにかについて、イエーリングが明瞭に語っているわけではない。カントロヴィッツの先の言によれば、倫理的なものへの関心はほとんど一夜にして獲得されたものだ。それは大袈裟にすぎるとしても、概念法学から目的法学への宗旨替えがいかにも唐突であったことは疑いない。

おそらく彼自身、この「転向」につき十分な説明をなしえないだろう。だからこそイエーリングは一篇の夢物語を必要とした。すでに紹介したように、概念天国という夢の世界では、法学者は奇妙な機械たちの奴隷にすぎなかった。そして機械の世界から不適格との烙印を押されたイエーリングは、天国から日常の世界に追放されたのである。彼は夢や〈冗談〉に仮託してしかこの追放の意味を語りえない。というのも、イエーリングのいう日常世界には「歴史」が欠落していたからである。それこそはほかならぬ「倫理」を解明する手がかりであったはずなのだが。

47) Jhering, a.a.O., Bd. II, S. 100. 訳、『早稲田法学』別冊第六巻, 1935年, p. 120.
和田小次郎「イエーリング」, 『法律思想家評伝』日本評論社, 1965年, p. 126.