

ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成

—— 普遍的な法的字母（アルファベット）から法学的な美へ ——

コージマ・メラ^{*}

永田 誠 訳

I. 初めに

私の、この、ルードルフ・フォン・イエーリングについての講演は、日本において、特別な興味を惹くことができ
るのではないかと思います。イエーリングが一八七二年に、ウィーンを別れる際に「権利のための闘争⁽¹⁾」というテー
マで行った講演は、日本語に訳されているばかりでなく、最近に至るまで多くの人に親しまれた書物です。しかし、
イエーリングに対する評価は、一九世紀においても、この講演だけに与えられたものではありませんでした。彼の、

「その発展の多様な段階におけるローマ法⁽²⁾の精神」という最初の著作における法学的構成についての叙述も評価に重要な役割を演じていました。イエーリングのこの著作、さらには、これ以外の著作や活動における彼の見解が背景になって、日本の皇族がイエーリングのゲッティンゲンの家を訪問し、日本の将来の憲法上の問題について助言を求めようとする動きがありました⁽³⁾が、この計画は実現しませんでした。しかし、一八八六年と一八八七年の宮崎道三郎（二八五—一九二八年）に対する助言や、特に一八八九年一〇月二六日に日本の法律家にして政治家の金子堅太郎が訪問した際に金子堅太郎に対して行われた助言の功績の故に、イエーリングは、一八九二年に旭日重光章を授けられています⁽⁴⁾。

私は、本日の講演で、イエーリングの法学的方法を中心に話をしたいと思います。イエーリングによれば、法学的構成は、いくつかの機能を満たすものです。それは、超然とした展望をもたらすものであり、法的規制を教授法上有意義に解釈しそれを実務に適用することができるとに不可欠なものです。法学的構成は、さらに、法の形成作用にとっても重要な機能を果たします。加えて、法学的構成にとつて、普遍的な要素が固有のものであります。イエーリングは、国内法秩序に結び付けられていない、一般的に存在する法の要素に基づいて世界中の至るところに存在している、普遍的な法的字母（アルファベット）について述べています。それは、法の分析から生じるものであつて、イエーリングによれば、法学的技術の三つの基礎的な操作のうちの一つです。基礎的な操作の他の二つは、集中と構成です。

この講演の最初に、イエーリングの生涯について簡単に述べ、彼の立ち位置と著作について詳しく述べようと思います。それは、法学的構成の文脈において特別な意味を持つものです(Ⅱ)。その後で、自然歴史的方法の中核としての法学的構成を紹介しようと思います(Ⅲ)。その際、イエーリングのこの理論のためにローマ法の役割について光を当て、普遍性の考え並びに法学的美の要素について特別な注意を喚起したいと思います。締め括りとして、具体的説明のために用いられた比喩的な言葉がこの著名な法律家の伝記的な文脈の中に織り込まれます。

最後に、イエーリングによつて光彩豊かに発展せしめられた法学的構成の役割を、彼のその他の著作の展望の中で説明し、その現代における意味を点描します(Ⅳ)。いくつかの立言は本質的な意見表明をなす筈で、ディスカッションを引き起こしてくれるでしょう。

Ⅱ. ルードルフ・フォン・イエーリングの生涯(一八一八—一八九二年)

イエーリングがウィーンにおける「権利のための闘争」という講演で述べた締め括りの言葉は彼の生活のモットーであつたのかもしれませんが、それは、

「人智の最後の断案はかうだ。

凡そ生活でも自由でも日々これを贏ち得て、

始めてこれを享有することができる」

(訳者注：日沖憲郎訳、岩波書店、昭和六年初版、昭和三〇年二冊、一一六頁によつた。)

これはゲーテのファウスト第二部第六章によつていますが、イエーリングによつて權利に結び付けられた自由についての核心的なメッセージです。即ち、權利のために闘うために、個々人の人的な權利のために闘うために、そしてそれによつて個々人の人格の發展のために闘うために、さらに、共同の生活のよき秩序としての法のために闘うために、準備が必要であるという核心的なメッセージです。⁽⁵⁾ イエーリングは、法の正しい理解、その根底、その特殊性、その効力について、正しい理解をわがものにしようと、常に試みていたのです。

この使命をイエーリングは勉学のうちに見出しています。イエーリングは、一八一八年にオストフリースラントのアウリッヒ、つまり北海の沿岸の町で生まれました。⁽⁶⁾ イエーリングは、古くから住みついた非常に有名な法律家にして官吏の家柄に生まれました。大学での勉強は、ハイデルベルク、ミュンヒェン、ゲッティンゲンでした。家族は一八三七年にゲッティンゲンへの移住を決めました。それは、イエーリングが文学上の勉強や小説家として生きることへの興味を示し、イエーリング家における悩みが解消されたからでした。⁽⁷⁾ ここに、イエーリングが後年に余すところなく示した法学的小説家としての才能を見ることが出来ます。⁽⁸⁾ 法学への方向付けは、やさしいものではありませんでした。一八三九年の日記には、確信をもつて、「今日からは理論こそがわが人生の唯一の詩である」と書いています。⁽⁹⁾ 彼は、ゲッティンゲンで、国家試験の受験を許可されなかったもので――ハノーファー王国では、兄ゲオルクの他に、もう一人の役人をオストフリースラントの家族から採用したくなかったのです――、イエーリングは、学問的なキャリアを積むために、一八四〇年にベルリンへ行きました。⁽¹⁰⁾ そこで一八四二年に博士号を取得し、一年後にローマ法の研究で大学教授資格を取得しました。ここにおいて、彼の学者としてのキャリアの基礎が置かれること

になりました。しかし、彼が、一八四三年五月六日に、私講師としてローマ法の原理について―彼の考えがそこで初めて公に発表されたわけですが、そして後日、「ローマ法の精神」で完成を見るのですが―行った講義には、ほんの数えるほどの聴衆とたまたま興味を持った六人が聴講したのみでした。⁽¹¹⁾彼のその後の経歴は、ざっと述べれば、最初バーゼル（一八四五年）、同じ年にローシュトゥック、一八四八年にキール、そして一八五二年にギーセンでした。ギーセンでは、イエーリングの最初の主著「その発展の多様な段階におけるローマ法の精神」が著されました。最初の二巻が一八五二年と一八五四年に著されると、次刊である第二巻の二―それは、イエーリングによつていわゆるより高度な法律学とされていた自然歴史的方法についての著述を含んでいました―が、一八五八年に著わされる前に、イエーリングは、友人にして後日の国家法学者カール・フリードリッヒ・フォン・ゲルバー（二八三―一八九一年）と共に、今日のローマ私法並びにドイツ私法のドグマティーク（教義学）のための年報を発刊しました。この雑誌の巻頭論文は、「われわれの使命」と題されています。

イエーリングは、そこで、彼が、「ローマ法の精神」の諸巻の中で発展せしめた生産的法律学の共通のプログラムを提示しています。そのプログラムのために、「ローマ法の精神」の諸巻の中で発展せしめられた方法の基礎が重要な役割を演じていました。⁽¹²⁾素材の具体的歴史的な処理が素材の抽象的な適用によつて補充されるべしとするのです。この使命は、イエーリングによれば、法史学が担うもので、より高い次元において現行法のドグマティーク（教義学）が担うものです。⁽¹³⁾

ギーセン時代は、文学的かつ学問的に生産的な時代であつたばかりではなく、イエーリングがギーセン大学の評議

学部としての学部の一員として実務的な法律問題と接触した時代と特徴づけられます⁽¹⁴⁾。教授たちは裁判所から法律上の鑑定を求められていました。最終的に沈没した船についての持分を二重に売ったところの売主の二重の代金請求の問題についての鑑定⁽¹⁵⁾がイエーリングをして、自らの表現によれば、ものの見方における「転換」をもたらしたのでした⁽¹⁶⁾。イエーリング研究は、この新しい方向付けの意味合いについて、盛んな議論を呼んでいます⁽¹⁷⁾。この方向付けをゲッティンゲンの法制史家フランツ・ヴィーアッカーは「ダマスクスの体験」⁽¹⁸⁾として、あるいは、彼のゲッティンゲンの後継者オッコー・ベーレンツは「法の目的への突破（決壊）」⁽¹⁹⁾として、記述しています。

フランクフルトの法制史家ヨアヒム・リュツケルトは、著作を詳細に検討すると、考え方の深刻な変更が行われたとする解釈は、イエーリング自らが名付けた概念法学を後年において揶揄することの中に持ち込んだ論争に乘せられてしまったと見るのが正しいのでないかという見解を表明しています⁽²⁰⁾。

イエーリングの学者としての経歴は、一八六八年にウィーンに招聘され、直ちに、「法学は学問か」というテーマで教授就任講義を行ったときにその頂点を迎えたのでした。この講義は、大きな期待を呼び寄せ、大講堂は満員となりました⁽²¹⁾。そして、彼は一八七二年に「権利のための闘争」を以てウィーンという活躍の場に別れを告げるのです⁽²²⁾が、この講演はまさに、彼の生涯の集大成とも言えるものでした。法律家協会におけるこの講演は、一つの社会的な現象を呈し、数多くの実務家の他に政治の分野の代表者たちのみならず、オーストリアの皇帝一族もその講演に詰めかけました⁽²²⁾。オーストリア皇帝は、イエーリングがウィーンを去りゲッティンゲンへ赴くに際して、世襲貴族の身分を与えたのでした。

イエーリングはゲッティンゲンで、その生涯の最後の二〇年を過ごすことになります。ここで、彼の二番目の主著「法における目的」が出来上がりました。この書物において、イエーリングは、法律学について社会的な目的への顧慮を開拓したのでした。また、彼は、ゲッティンゲンでその二つ目の重要な法的感情についてのウィーン講演を完成したりもしました。⁽²³⁾ 彼の古希の誕生日には、ゲッティンゲンで胸像が作成されましたが、これは全く異例の名誉な出来事でした。⁽²⁴⁾ この表彰のために―日本からの叙勲もその一つですが―、イエーリングの黄金の博士号取得祝賀を契機として、多数の内外の総合大学および単科大学からの学問的な集いや祝賀の言葉が寄せられました。⁽²⁵⁾

さて、これから、今日のテーマの核心である、イエーリングがローマ法から発展せしめて来た方法へと入っていきましょう。

Ⅲ. 自然歴史的方法の中核としての法学的構成

1. 法学的構成（一八五七年／八年）

イエーリングは、その法学的構成についての学理を二か所で発展せしめています。一は、彼の最初の主たる著作の第二巻、その発展の多様な段階におけるローマ法の問題、においてであり、他は、ゲルバーと共に刊行した、今日のローマ私法並びにドイツ私法のドグマティーク（教義学）のための年報での巻頭論文においてです。⁽²⁶⁾ イエーリングは、法学的構成を、法学的な実体を見つけ出すための手段とみています。つまり、生の法的素材の中に含まれているが法学的な技術をもつてのみその素材から読み取ることができるところの法学的な実体を見つけ出すための手段とみ

ています。この技術的な作業は法の実現の使命の中に位置づけられるものです。

このとき、イエーリングは、法の実現だけでなく、この実現が如何に行われるか、ということが重要であるとしています。⁽²⁷⁾ここでは、純粹に形式的な問題だけが問われるとします。この観点からは、全ての法の努力目標である絶対的な理想が存在するとします。この法の実現は、二重の要求に結び付けられており、それは確実であると同時に均整の取れたものでなければなりません。そして、その上で、容易でありかつ迅速でなければなりません。イエーリングは、法の技術は法の実質的な妥当性とは別物でなければならぬとします。⁽²⁸⁾この実質的妥当性には法律家の力は及ばないのです。

法の実現に奉仕するために、法学的技術の総合的な作業は次の二つの主目的を追及するのです。即ち、法の質と量の両面における簡素化の目的と適用の熟練への教育の目的です。法の適用の熟練は個々人の事柄であり、訓練によって習得できる芸術であるとします。それは、法的素材の形成によって易しくもなり難しくもなり得るのです。しかし、イエーリングは続けます。法の量的かつ質的な簡素化は、実用化の観点から大きな意味を持ちます。簡素化は、法技術の完成を目指します。

量的な面における簡素化は法にその儉約をもたらします。それは、「可能な限り少なく決めて、可能な限り多くを達成する」⁽²⁹⁾に奉仕します。これについては、法学的技術の三つの基本的な操作が活用されます。それは、まず第一

に、素材を解体すること、あるいは簡単な基本的要素へ還元すること——これをイエーリングは法学的分析と言っています。第二は、素材の論理的濃縮（集中）であり、第三は、素材の体系的な秩序づけです。イエーリングは、この法学的構成の理論の助けをかりて、法の量的な簡素化を達成しようとするのです。⁽³⁰⁾

法学的分析は、イエーリングにとって、言語の字母（アルファベット）で表された考えを法へと橋渡しするための方法なのです。⁽³¹⁾ 言語の字母（アルファベット）が、個々の要素へと縮小することによって、言葉の多様性を手に入れるように、法における一般的なものの抽象化が素材の縮小へ導くことができるのです。⁽³²⁾ 分析によつて獲得された法実体は、例えば、売買契約や通行権や遺言といった、独立のあるいは具体的な法実体へと、そして、抽象的な法実体へと区分けされます。抽象的法実体は、例えば、取消とか遅滞とかいった制度です。これらは、常に、具体的な法律行為ないしは債権関係との結合においてのみ生じて来るものです。法学的な分析の使命は、解体し、相互により分け、かつ切り離す道を通して法の単純な要素を見出すことにあります。イエーリングは、この方向における法学的な技術を「法の化学」と表現しています。⁽³³⁾

イエーリングは、意識的に、彼の技術の理論を、発展過程を組織（体系）へ収斂させるというダイナミックな要素で構成しました。彼は、法発展における典型的な事象として、抽象的な考えは先ず特殊な点、歴史的な突破点（方向転換）において認められ得る、つまり、先ず個々の事象の中に、あるいは例外として、発生するとするのです。⁽³⁴⁾ イェーリングが、一覧表の形式で示したように、これを示す数多くの例がローマ法の中に存在します。類推的な拡張

の意味における類推の可能性も法学的な分析に依拠しています⁽³⁵⁾。それ（類推可能性）は、法的な思考を一般化し、それによって同時に立法的な思考の批判と解釈を含みますが、立法者の権利への介入というわけではありません。歴史的なローマ法においては、それに結び付けられた法的思维の一般化の使命が法律学に与えられているといふのです⁽³⁶⁾。

イエーリングは、分析によって得られた法的字母（アルファベット）が普遍的な性格を持つことは可能であるとし⁽³⁷⁾ます。彼は、しかしながら、同時に、概念は純粹に形式的でなければならず、実務に適した形成と実体的な填充が必要であるとし、これは、実定法分野に属するとします。従って、法的字母（アルファベット）は言葉としての字母（アルファベット）とは異なり、それ自体自己完結的ではありません。例えば目的物についての錯誤と動機の錯誤との間に横たわるように、概念上の差異が必要であるとしても、その差異の実務的な重要性は現行の法秩序の確定に依拠するといふのです⁽³⁸⁾。

論理的な集中は、「法的字母（アルファベット）」の組立のように、法の素材の量的な簡素化に役立つべきですが、それは、立法者が——意識するにしろしないにしろ——一つの原理に従ったときのみ可能です。この原理を認識し個々の法規をその共通の核の中に捉えることが、法律学の使命なのです⁽³⁹⁾。この際、この原理から派生した法的素材のこの原理の認識との統合の他に、ここから新しい法規が発展せしめられる可能性が作り出されるでしょう⁽⁴⁰⁾。つまり、法律学は創造的に作用することができるといふのです。

イエーリングは、法学的構成を「自然歴史的な方法の意味における法的素材の形成」として理解されたものと考えようとした。⁽⁴¹⁾そして、この自然歴史的な方法を導入するために、法のより低い発現形態とより高い発現形態とを区分け、より低い法律学とより高い法律学の働きを区分けしました。より低い法律学は、法のより低い発現形態、素材の集積からのみ成る命令的な法規に従事するのです。つまり、より低い法律学は、これらを解釈し、法の素材から原理を導き出し、その原理から、帰結を導き出すのです。イエーリングは、これを未だ何か特別に法学的なものとは見ていませんが、このより低い法律学をより高い法律学への不可避的な前段階と評価しています。このより高い法律学は、彼がまた「論理的な個」と名付ける法制度―彼の言葉によれば「法実体」―に係わり合うのです。この法の方を自己のものとするとき、法は、芸術的な価値を取得するに至り、或る意味でより高い集合体状態に高められ、今までの「自由のきかない力と性質」から解き放たれ、芸術(家)的な形式と形成を手に入れるようになるでしょう。⁽⁴²⁾この芸術を、イエーリングは、「精神の分野における自然科学」と名付け、彼の方法に自然歴史的という属性を与えるのです。⁽⁴³⁾

イエーリングは、新しく導入された法実体をより詳しく説明するために、この概念を「実体の論理的核心」⁽⁴⁴⁾として、「実体の全ての力が包含されていなければならない」「最深奥に横たわる核」として説明しています。法実体の構成による定義は、概念を目の前に取り出すものの本質であるべきとするのです。イエーリングは、目的に従った定義を厳格に拒否しています。理由づけとしては、現実的な必要性(実利実用、*utilitas*)にではなく単に法学的な帰結あるいは必要性(*ratio juris*)にその存立を負っており、存在しないことができないが故に、存在しているに過ぎない

いところの、「目的が与えられることができないような相当数の法実体」があるとしています。⁽⁴⁵⁾ 法実体の定義は、例えば、主体の標識、客体の標識あるいは内容の標識等、標識に従います。イエーリングは、「法実体の体系的な分類、あるいは体系」を、この使命の頂点として、「自然科学の方法の最終帰結」として、見ています。⁽⁴⁶⁾

法学的な構成としては、法実体の構成に従事する、形成的な、「芸術家的に」何か新しいものを創り出す一つ一つの作業が、挙げられます。⁽⁴⁷⁾ イエーリングは、最近の研究によれば、法学的構成について三つの法則を打ち立てていました。

1. 積極的な素材発見の法則。この法則は、現存する法的素材への内容的な結合を条件とします。しかし、完全な形式的な自由を保持します。法素材の形式的な形成については、法素材に、同様な実務的な力（効力）が維持されているということだけが尊重されなければなりません。⁽⁴⁸⁾

2. 矛盾しない、ないしは体系的に整合性を保つ、という法則。第一の法則は、法素材の積極的な側面に照準を合わせたものですが、これに対して、第二の法則は、理論的側面を規定するものです。法実体は、すべての可能な適用と結合の中で試され、かつ至るところで調和の中におかれることができることによって、真正性と正確性の面での試験に耐えなければなりません。⁽⁴⁹⁾

3. 法学的美の法則。この倫理上の要素は、ある法規の正しさのための絶対的な基準を与えるものではないという点で、全二者とは趣を異にします。むしろ多くのニュアンスを許すものです。倫理的な判断にとって重要な拠点は、法実体の単純性、具象性、透明性そして自然性です。⁽⁵⁰⁾

2. ローマ法の役割―普遍性と美

イエーリングは、ローマの法律学をどう判断するか基準を打ち立てるために、彼の理論を発展させました。⁽⁵¹⁾ 然る後にこの基準を比較的古いローマ法に適用しました。彼は、それによって、紀元前四五一年／四五〇年の十二表法の立法によって、そしてその私法上の問題点について管轄を有する聖職者であるポンティフィシスの解釈によって、特徴づけられた、古代の共和制時代と中期の共和制時代の法的階層に立ち返ったのでした。イエーリングは、それによって、学説彙纂（ディゲスタ）の中に凝縮されるローマ法の豊饒をほんの一部だけ解明したのでした。ローマ法のこの解明されなかった部分を指摘するのに、不法行為法を例にとることができます。イエーリングは、法の技術の発展に際して、法学的な字母（アルファベット）と個々の法実体の隔離という考えとの関連で、歴史的突破点の例として、不法行為法の発展へと立ち返るのです。違法に加えられた損害（*damnum injuria datum*）のための責任は、身体から身体へと加えられた（*corpore corpori datum*）損害について先ず一つの責任が予見されていたその点から更に発展させられた、とすることです。イエーリングは、「この法規ないしは考えは、初めから一般的な形成を以て発現されるべきもの、すなわち、そのもともとの適用場面よりも広い適用が当初から可能であった筈である」と書き記しています。⁽⁵²⁾ 文献では、一般的な適用をすることは、紀元前三世紀におけるアクィリウス法のより以前の解釈に合致していたとい

うことが既に頻繁に指摘されていました。⁽⁵³⁾ 身体的な関連を要件とする厳格な解釈は、紀元前一世紀においてセルウィウス・スルピキウスによって主導的な地位を獲得した、法律学における新しい方向の意識的な判断でした。つまり、イエーリングの解釈はここでは正鵠を射ていません。ギリシャ哲学の影響も窺えるであろう発展の歴史は、イエーリングの作品のタイトルに合っているでしょうが、最早、広く行われているわけではありません。⁽⁵⁴⁾ イエーリングは、ローマ法の評価については一般的な次元に立っています。彼は、ローマの法律学は、生活の中に学問を見出すことを知り、自由な研究と自らの思考をその特徴としている、⁽⁵⁵⁾ ということを強調しました。

古代のローマ法は、イエーリングの目には、法の理論と技術とをかくまっていた。土地が宝を隠しているように、⁽⁵⁶⁾ ということが言えるでしょう。これらの理論は、イエーリングによって明るみに出されなければなりません。しかし、彼は、この理論が、一般的な真実を含んでいるということを要求することに最大の価値をおいていました。⁽⁵⁶⁾ 数学は、ユークリットやアルキメデスが発展させたものですが、ギリシャの数学とは描写されていません。ローマ法についても、その方法（論）について同じことが言えます。しかし、法的な規制の内容については話は別です。イエーリングは、ローマ法の内容または原理を批判的に評価し、時代に合致させるために実務のテストの下に置くのです。⁽⁵⁷⁾ イエーリングは、このプログラムを「ローマ法を通してローマ法の上に」という言葉で表現しています。⁽⁵⁸⁾ これを、彼は、一八七五年に、彼の雑誌並びに「今日の法律学」のスローガンとして、謳い上げたのでした。⁽⁵⁸⁾

イエーリングによってすべての法に内在すると考えられている技術は、彼の見解に従えば、法における歴史的な発

展のための印なのです。その適用は、法の素材から必然的に発生してくるところの、法律家階級の育成に関連します。イエーリングは、法律家を素人から区別する二つの能力を挙げます。それは、抽象的な思考の特別の熟練としての特別の把握能力と、法概念、法学的総合判断あるいは法学的芸術を操作することにおける巧みさ、です。イエーリングはこの二つを法学的な結合として説明しています。彼は、この二つの法学的な結合を理論的な能力と実務的な能力の結合として特徴づけています。勉強した理論家が多量の知識にも拘わらず非力な法律家たり得るのです。⁽⁵⁹⁾ イエーリングは、個々の実定法は法学的な教育を獲得するための客体を構成することをはっきりと認めますが、この教育は個々の客体には結び付けられてはいないのです。何故なら、獲得された法学的な教育は、より次元の高い、一般的な知識を内容として含んでいるからです。

「法学的教育は、州（国）の法律をはるかに超えて聳え立ち、その中に、中立的な、国際的な土壌に立つて、全ての地域、全ての言語の法律家が邂逅するのである。彼らの知識の対象、個々の州（国）における制度や法は異なっている。しかしながら、それらを観察し、把握する方法は一つである――すなわち、全ての場所、全ての時代の真の法律家は、同じ言語を話すのである」⁽⁶⁰⁾。

したがって、私たちは、イエーリングの学理の普遍性は、一つには、法の技術の中にあり、それは、分析、集中及び構成（組立）の基礎的な操作によって決定されるということ、他方、技術は法律家の活動の特徴的な要素であるから、それは法律家の中で日々現れるものであるということを、心に留めておくことができます。ローマの法律家はお

手本でした。

イエーリングが、その法学的構成（組立）の第三の法則として導入した美（美しさ）は、標識としては尋常ではありません。これは、原理原則は解体され、創造的な関係が作り出す概念が発見される、という具合に、法律学の手本は創造的な作業へと導く、という考えに示唆されたものです。イエーリングは、芸術家の創造作用に言及し、美なるものが伝統的に内在されている分野への接近を試みるのです。このことは、イエーリングの一八五七年の「われわれの使命」でより明らかになります。彼は、この方法によって得られた「素材の立体的な形成」を賛美することで、法学的構成（組立）の優先を叙述しています。法学的構成は、さもなくば幾多の個々の規定を頭に入れてからなければならぬところの記憶力を節約するばかりでなく、素材をして法学的見解を可能にするようにする、としています。その上、法学的実体は、イエーリングが全ての法律学にとって最も重要なゼンマイの一つであると言っていた法学的―倫理的要求を満足させるのです。⁽⁶¹⁾この芸術心を、イエーリングは、既に、初期のローマの法律学の中に発見しました。イエーリングの見解によれば、この法学的―倫理的要求の中に、ローマ法の継受における成功の理由が存在するのである。彼は、法の芸術要素を、法律家の愛にその基礎をおいて根拠づけます。形式的な論理や帰結だけでなく、「純粹に精神的な素材の創造、思考の要素における自然の模写」こそが、魅力を引き出すのです。⁽⁶²⁾これが、秩序と調和が支配することによって、単純と美を際立たせることになるというのです。この世界への深化は、「仕事ではなくて、悦楽であり、精神的要求の多い人間の全霊と全生活を満たすことができる。」⁽⁶³⁾のです。

3. 比喩的表現と彼の伝記的背景

イエーリングの令息フリードリッヒが、父親がギーセン時代の仲間との友好的な交流を通して、医学、物理学、化学その他の自然科学からの表象を表現として用いる着想を得ていたということを指摘しています。友達としては、化学者ヘルマン・コップ⁽⁶⁵⁾、物理学者ハインリヒ・ブフ、動物学者ルードルフ・ホイカルトなどがいました⁽⁶⁶⁾。イエーリングがその方法、法学的な構成の説明のために用いた比喩的表現は、そのことを如実に想起させます。特別に深い印象を与える例は、ローマ法の精神の第二巻の二に見ることができます。ここでは、一八五八年の第一版の中から引用しておきます。

「法学的―解体的な力が未だ或る法制度に関与しなかった限りにおいて、その制度そのものが必然的に一つの「有機体」の印象を与える―法的な要素、倫理的な要素、形式と内容、物権的な要素と債権的な要素、などなどの全てが、最も美しい姿で、相互に作用し合う。しかし、かくのごとく法律学が制度をわがものとし、それについての義務と責任と果たすのなら、それは、その現実の実務的な要素に何ら変更を加えることなく、あの詩的な「合成」、「自らの有機的な浸透」の結果である。美しい花はその中にあり、我々はその代わりに窒素と酸素などを持つのである」⁽⁶⁷⁾。

イエーリングは、化学との比較において具体的に述べられた法学的な解体作業を、「法的原子論」を現実の原子論と区別することによって、もう一度、正しく描き出しました。法を現実離れた方法で観察することについての非難

は、当たらないとするのです。何故なら、法学的な分析は事件をではなく、概念を、「有機体の現実の存立を妨げるのではなく、それを保障するために」、解体するからです。⁽⁶⁸⁾最後に、イエーリングは、自然歴史的な方法の上にこそ、法律学の秘密の全て、「法律学の全ての魅力、法律学の素材を支配するその全ての力、法律学の全ての尊厳と名誉」があると説明するのです。⁽⁶⁹⁾

比喩的な表現は、イエーリングが、彼の法実体に生産的な性格を与え、法の更なる発展を法実体の繁殖と増殖と描写したところに、⁽⁷⁰⁾そのきっかけがありました。例証が、比較の余りにも現実的な潤色へと利用されたことは、明らかです。⁽⁷¹⁾異なった法概念の結合によって、新たなそれが生まれ得ること、従って、例えば、賃貸借という概念と売買という概念から新しい契約のタイプ、リース、というのが発展せしめられるということは、誰も争いはしません。しかし、売買という概念と賃貸借という概念とが結合してひとつの新しい概念を生んだと言え、事柄をはっきりさせるよりも混乱を生じさせることになるでしょう。新しい概念の著作者は、法律家なのです。そしてこのことはイエーリングも争わなかったでしょう。⁽⁷²⁾

IV. イエーリングの著作の文脈における法学的構成

イエーリングは、既に、一九世紀の五〇年代の論文で、構成は、常に実務的な経験に奉仕するということをはつきりと言っています。⁽⁷³⁾これは、彼にとって重要なことであり、法における目的に向かった後（方向転換した後）でも変わりありません。⁽⁷⁴⁾構成は、方法によって栄養を与えられかつ歴史的な経験によって支えられてきた法の学問的な側

面に対する信頼に結び付けられています。ローマ法は、歴史的経験の主要な対象です。イエーリングは、ロマン派の影響を受けた歴史的な法学的学派からの転向において、法学的芸術はすでにローマ法のゆりかごに接して存在していたのだ、と説明しています。⁽⁷⁵⁾それは、イエーリングが、そこに潜む手がかりや組織の体系の要素から発展せしめた、新しい制度あるいは法的な姿への源です。有名な例は、契約締結上の過失です。⁽⁷⁶⁾イエーリングの、個々人の権利について公共の福祉との関連で行った方向付けの更なる例を、所有権の概念の発展と制限に見ることができます。⁽⁷⁷⁾方法は、法に普遍的な要素を与え、歴史は、法感情の肥沃土です。歴史は、真実も優差（ハンディキャップ）も包含していません。

ベーレンツは、イエーリングが一八八四年にウィーンでの法律家協会で行った「法的感情の成立について」という講演の新たな出版に対する注釈において、彼が、普遍主義者のかつ啓蒙に裏打ちされ、かつレッシングの著作「人類の教育について」からの深い影響を認めさせる、有神論的進化論を唱えたということを、指摘していますが、⁽⁷⁸⁾説得力のある指摘です。ベーレンツは、イエーリングは、より高い拘束力のある法的な規則として、「個々人の生命と自由と尊厳とを以て人の基本権を保障する私法上及び公法上の制度」を視野に入れていたということを明らかにしています。⁽⁷⁹⁾イエーリング自身は、法における目的への突破（決潰、転向）後、最初に匿名で出版した著作において、危険を避けようとするのなら、理論に対する信頼を先ず捨て去ることが必要であった、と書いており、⁽⁸⁰⁾その部分を強調しています。

理論は、従って、引き続き重要な役割を担いますが、それは何かに役に立つためのものでなければなりません。そ

して最早、自然歴史的な方法の法学的な構成の意味において支配的な地位にはありません。⁽⁸¹⁾ この立場の基礎に横たわるものは、イエーリングにとつては、自己批判にもかかわらず、彼の最初の主著を、特に大きな変更を加えることなくして、さらに出版することが可能であったということです。彼は、法学的技術についての変更された叙述を脚注の中で行っています。すなわち、一八七五年に、ローマ法の精神の第二巻の二の第三版で、次のような脚注を加えています。ここで引用しておきますと…

「法律学が単なる悟性に与える満足は、最高のものではない、ということが、齢を重ねるごとにはつきりしてきた。私は、初版で纏っていた法の論理的側面の過大視の跡をできるだけ消そうと試みた。法学的論理の単なる形式の上に、より高いもの、最も高いものとして、正義と倫理の実在的な理念があるのである。そして、その理念へと深化すること、すなわち、その理念を如何に個々の法律制度、法的規範の中で表現しかつ実現していくかが、私の考えでは、学問が身を置くことができる最も美しい、最も気高い使命である。⁽⁸²⁾」

この発言を、一八七二年の「権利のための闘争」という講演の核となる命題と比べてみると、イエーリングにとつて、個々人の自由の保障としての法、個々人の人格の発展のための保障としての法、にとつての発動が関心事であったという結論に至ります。従つて、権利のための闘争は、彼にとつては、また、「性格の詩」⁽⁸³⁾なのです。この法の発動に、その法秩序の確証による共同体の強化が密に結び付けられているのです。イエーリングの法への関心は、理論的な、かつ、実務的なものでした。それは、彼によって常に戦い取られ、戦い取られるのに値するものでした——正に

ゲーテのモットーの意味において。法学的な構成は、法における目的への突破（決壊、転向）によって修正された。⁽⁸⁴⁾ この突破（決壊、転向）は、今日のドイツの憲法の理解に真によく似た人間の尊厳の保護、並びに、人間の共同生活の平和な形成に奉仕するのです。⁽⁸⁵⁾

命題

1. イエーリングは、彼の法の技術を以て、法学的構成について根本的な考察を行い、それが普遍的な性格を持っていることを明確にした。

2. 法学的な技術は、その概念（法学的実体）において、歴史的に制定された法に起因する。この概念は、内容に適合せられなければならない、正義と現実的な正しさという目的に服せしめられなければならない。

3. 法における美（美しさ）は、秩序、調和および簡素の中に見出されることができる。われわれは、法的な概念と体系を精神的な素材の世界の創造物として賛美し、その中に法学的に美的なもののための意味が満ち満ちているのを見ることができる。しかしながら、この美的な要素の中には絶対的な基準が――現行法のためにも、法の形成のためにも――存在するわけではない。

4. イエーリングによれば、ローマ法は、法学的な技術の修練と適用におけるお手本である。イエーリングは、その

内容を、彼の時代の実用的な必要性の面から批判的に検討し、将来の発展のために利用している。そして、ローマ法における哲学的な影響については、研究をしていない。

5. イエーリングの著作の持続性は、実用性に対する高い評価および法の実現への使命によって、保証される。彼は、法の技術の役割については、他の誰よりも多くを発展せしめた。彼の法における目的への突破（方向転換）の後は、法の技術に奉仕的な機能をあてがった。正義こそが最高の目標である。

あとがき

本翻訳は、メラー教授が、日本大学の招聘教授として二〇一六年九月三〇日に日本大学法学部で行った講演を訳出したものである。講演なので、口語調に翻訳しておいた。ただし脚注は、当日、読み上げなかったので、口語調にはしていない。脚注で出て来る、著者の固有名詞は、その文献を当たる読書の便宜を考えて、日本語に訳出していない。また、文献名については、カッコを施して和訳しておいた。

メラー教授の、この講演は、日本大学の機関誌 *Comparative Law* の二〇一六年度版に掲載された。メラー教授は、掲載に際して、講演の原稿を数か所修正し脚注に少なからず補完を行っているが、これらはすべて、本翻訳に際して取り入れてある。

*ベルリン自由大学。この講演は日本大学の招聘により二〇一六年九月三〇日に行われたものである。

- (1) 例えば、Losano の翻訳書のリスト⁷、Losano, II⁷、二四七頁以下及び一九九二年までの補充について、Okko Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse (ルードルフ・フォン・イエーリング、寄与と証言)、一九九三年、二巻、七〇—七二頁参照。
- (2) 一例として、オーストリアの法律家 Joseph Unger (一八二八—一九一三) の一八六〇年七月一八日付けの書簡、Okko Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse、一九九三年、二巻、一二二頁以下。
- (3) Starck の Juristenzeitung (法律家新聞) 二〇一六年三七七—三八二頁における、Rechtsrezeption in Ostasien (東アジアにおける法の継受) —特に日本の憲法に関する啓発的な概観が行われている—を参照。
- (4) この叙勲についての助言その他の事情については、詳しくは、Behrends 編集の Jherings Rechtsdenken, Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik (イエーリングの法思想、革命的な法美学の中における理論と実際) (Göttingen, 一九九六年、九七頁以下に所収の、西村重雄、Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung und die Verleihung des Ordens (イエーリングの日本政府に対する憲法政策に関する助言と叙勲) を参照。
- (5) Rudolf Jhering, Der Kampf ums Recht, Hermann Klenner の補遺付き、一九九二年、一〇〇頁。
- (6) イェーリングの学問上の経歴は、必ずしも一様には説明されていない。例えば、Okko Behrends の Rudolf von Jhering (一八一八—一八九二) Der Durchbruch zum Zweck des Rechts (法の目的への突破(方向転換)) (Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren II ゲッティゲンの法律学、二五〇年に亘るゲッティゲンの法律家II、一九八七年二二九頁以下、二四〇頁以下所収)。
- (7) Kunze, Rudolf von Jhering - ein Lebensbild (ルードルフ・フォン・イエーリング—その生活像), Okko Behrends 編集 Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 一九九三年、一二三頁所収。
- (8) Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil I Rechtsgeschichte 5 (2004), (イエーリングの「ローマ法の精神」と「法の目的」における法の精神、第一部、法制史五、二〇〇四年) 一二八—一四九頁。一二九頁において、Rückert は、イエーリングのそれぞれの専門領域における評価において彼の才能を以下のように敬意をもって記述し

ルードルフ・フォン・イエーリングの著作における法学的構成(永田)

一九五(一九五)

ている。「実際に彼の法律的、歴史的、哲学的、倫理—政治的かつ文学的な才能は非常に生産的に光彩を放ち、彼が多くの何かを提供することができたことを、そして彼が提供すべき多くのもの、すなわち、偉大な法律家の鋭い洞察力と現実主義、偉大な歴史家の具象性と直感性、哲学者の守備範囲と原理性、倫理学者並びに政治学者としての温かみと社会参加、そして特に偉大な随筆家並びに演説者としての言語的熟達を有していたことを物語る」。

- (9) Nachlass Jhering in der Staats- und Universitätsbibliothek in Göttingen (ゲッティンゲンの国立及び大学図書館におけるイエーリングの遺産) JK 9/8, 一八頁、Okko Behrends 編集 Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 六三頁所収。

- (10) Kunze、脚注(7)、一三頁。イエーリングの兄ゲオルクの一八四〇年四月二三日の手紙を参照。ここで、ゲオルクは、国家試験の受験の許可を受けるために然るべき人物と接触することを提案していて、それがうまくいかなければ、弟をハノーファー王国における公務につけるために、自分は官吏をやめて弁護士になると言っている。Otto Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 2. Auflage, 一九九三年九九頁、Brief Nr.1の項。

- (11) Kunze、脚注(7)、一三頁。

- (12) Jhering, Jahrbücher für Dogmatik 1 (ドグマティークⅡ教義学Ⅱ年報第一卷) (一八五七年)、一頁以下。

- (13) Jhering, Jahrbücher für Dogmatik 1 (一八五七年)、五頁以下。

- (14) 詳しくは Kischel の Die Spruchfähigkeit der Gießener Juristenfakultät, Grundlagen – Verlauf – Inhalt (ギーセン大学法学部の評議学部の活動—基盤、推移、内容)、二〇一六年、三〇一頁以下、三二五頁以下を参照。この中で、Kischel は、専門性のバックグラウンドを背景とした裁判官の活動のいや増す専門化による関係性の変遷を指摘している。

- (15) 最近 Koppenberg が、ゲッティンゲン遺産の中からこの鑑定を出版した。Koppenberg, Die Plastik des Rechts (法の彫塑)、二〇一五年、六〇—八七頁(付録)。そして、彼女の教授就任講義においてイエーリングの自然歴史的方法並びにドグマ(教義学)の道具化の文脈でこの鑑定に言及している。Koppenberg, Die Plastik des Rechts, 二〇一五年、一二二頁以下。

- (16) 一八六五年一月九日付けのイエーリングのゲルバー宛書簡、Losanao, Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber,

Teil 1 (イエーリング・ゲルバー交換書簡、第一部)、一九八四年、五六七頁以下、五六九頁。ここに、イエーリングが転換について述べているのが見受けられる。ここには、イエーリングがゲルバーに「ローマ法の精神」の著作について共感を証明することができる。しかしながら、イエーリングの反応から推測できるように、ゲルバーは「ローマ法の精神」の第三巻の一における新たな方向付けを明らかにかなり重要なものと位置づけ、そこから、その学問上の見解は完全に別々に判断されるものと結論づけている。

(17) 例えど、Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 1, Rechtsgeschichte 5 (1100-1400年)、118-149頁、115頁。

(18) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Auflage (近代の私法史)、一九六七年、四五〇頁以下、四五二頁—冷たい評価と鋭い組み入れとを伴って。

(19) Okko Behrends, Rudolf von Jhering (1818-1992), Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 一九八七年、111-19頁以下。

(20) Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil II, Rechtsgeschichte 6 (1100-1500年)、111-142頁、117頁。Lipp もこの111の主著の連続性を、Horst Carl, Eva-Marie Felschow その他編集の Panorama - 400 Jahre Universität Gießen. Akteure, Schauplätze, Erinnerungspunkte (パノラマ・ギーゼン大学400年、関係の人々、舞台、そして思い出すこと) という書物 (Frankfurt/Main, 1100-1992年、92、95頁) の中で、強調している。

(21) Rudolf von Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (法学は学問か)。イエーリングの1868年10月16日の教授就任講義であり、イエーリングの遺品のなかから出版されたものである。Okko Berends の導入、解説、学問史的な整理がつけられている。ゲッティンゲンで一九九八年に出版されている。1100-1992年の第二版では後書がつけられている。

(22) これについては、Klerner や Ernacora の一九九二年の出版物における詳述参照。

(23) Rudolf von Jhering, Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles, mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden

Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends, Napoli 1986（ルードルフ・フォン・イエーリング「法感情の成立について」— Okko Behrends による、序言、解釈および秩序付けへの試みを伴って、ナポリ、一九八六年）。

(24) Okko Behrends 編、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 第二版、一九九三年、八六頁。この複製は、一九九二年のイエーリング死後一〇〇年記念展示会以降、また一九九三年以降アウリッヒとナポリで展示されている。すでにその前にこの胸像の複製はサンパウロに到着し、一九九〇年にその代替の胸像が作られて大学の法学部に設置された。

(25) Okko Behrends 編、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 第二版、一九九三年、八九頁以下。

(26) これについては、例えば、Klemann の一九八七年のライプツィヒの教授資格論文 Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule（ルードルフ・フォン・イエーリングと歴史学派）、Frankfurt/Main, 1989, 一七五頁以下参照。

(27) Geist II, 2（ローマ法の問題第二部第二巻）、第三版、一八七五年、三三二頁。

(28) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三三四頁、同様に第三版、一八七五年、三三五頁。

(29) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三四〇頁、第三版、一八七五年、三三〇頁。

(30) イェーリングが重要なものとして引き合いに出した更なる二つの視点、つまり、自らが作り出した法学的な専門用語の導入（第一版三四四頁、第三版三三二頁以下）、現存するものの巧みな適用という芸術すなわち法学的経済とが付け加えられる（第三巻の五六―五九頁への指示）。

(31) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三五九頁、第三版、一八七五年、三三四頁。「字母（アルファベット）は言語の分野において、我々が法のために、如上に技術の主たる問題として叙述したところの使命の解決を含んでいる。主たる問題の簡素化による素材支配の容易化・・・」。日本語の文字による場合は、同じような比較は難しいかもしれない。この限りにおいて、非常に幅の広い法の字母（アルファベット）は、日本語の文字とより大きな近親性を持つとも言えるかも知れない。イエーリングは、Geist II, 2、第一版（一八五八年）、三七三頁で次のように言っている：「これについては、他の理由が加わって来る。つまり、法の字母（アルファベット）は、言語よりも精密度や正確度において不均衡であるし、また、そうあらねばならないのである。もし、そんなに少ない文字だけで足りるのであれば、それは大部分は不正確さをもたらすことになり、言語音に

よって再生されることになる。母音の発音における精妙な印影とニュアンスが暗示されるべきとき、どれだけ多くの文字が必要であろうか」。

(32) Geist II, 2、第三版、三三六頁。売買契約において、その成立に関して規定されなければならない事及び給付の遅滞に対する効果などは、他の契約にあつては、特別の事情を必要としないときは、特に規定する必要がない。

(33) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三六一頁Ⅱ第三版、三三五頁。

(34) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三六五頁以下Ⅱ第三版、一八七五年、三三八頁以下。イェーリングは二六六頁で、「思考といえどもその存立と格闘し、寸土を争う難儀を伴うことが稀ではない」と述べている。

(35) 類推の体系的な理解における大きな差異については、Jan Schröder の *Recht als Wissenschaft* (学問としての法)、第二版、二〇一二年、二五七頁以下。

(36) Geist II, 2、第三版、三四一頁。

(37) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三七五頁Ⅱ第三版、一八七五年、三四七頁。

(38) Geist II, 2、第一版、一八五八年、三七五頁以下Ⅱ第三版、三四七頁。即ち、「従つて、われわれの現実的な法の字母（アルファベット）は、積極的な何物かであり、歴史的な何物かである。そして、そのことは、一つひとつの法の歴史がこのことを証明している。それは、法規の変更をもたらすばかりでなく、それに伴つて概念や制度までも変更するのである。それは、現存の法の文字の性状や意味を変更するばかりでなく、時間が全く新しいものをもたらし、古いものを消し去るのである。そして、いかに、個々の字母（アルファベット）がその積極性の故に時代と場所に抗して生き残つて来たかは、ローマ法が有無を言わせない例を与えている。ローマ法を崇敬しながら、しばしばそれと反対の見解を取ったとしても、ローマ法の絶対性を認めることに説明可能な自己欺瞞を感じたとしても、ローマ法における所有権、地役権、債権等の実際上の形成等々、そして、ローマの法律家の側からの法の材料の概念的な構成は、ローマ的なものである。それにしても、如何に長くこのローマ的なものが生きながらえてきたことか！上に述べた諸概念は、数百年後の今日でも本質的にほとんど同じ意味を持っている。そしてローマ法は、それ以上に、漸く近代になつて発生した関係や問題に対しても完全に十分な判断基準を提供しているのである。

ローマ法の絶対的な性格に対する信仰、文書に対する絶対的な信仰の理想化、書かれた摂理に対する、さらには、法の出来事の中における表明された悟性に対するローマ法の理想化が、これほど早い時期に根を下ろし、それぞれの株を今日まで持ち続けているということは、十分に納得のゆくことである。

- (39) Geist II, 2, 第一版、一八五八年、三七九頁Ⅱ第三版、一八七五年、三五二頁以下。
- (40) Geist II, 2, 第三版、三五四頁。
- (41) Geist II, 2, 第三版、三五七頁以下。
- (42) Geist II, 2, 第三版、三六一頁。
- (43) Geist II, 2, 第三版、三六一頁。
- (44) Geist II, 2, 第三版、三六三頁。
- (45) Geist II, 2, 第三版、三六五頁。
- (46) Geist II, 2, 第三版、三六九頁。
- (47) Geist II, 2, 第三版、三七〇頁。
- (48) Geist II, 2, 第三版、三七一頁以下。
- (49) Geist II, 2, 第三版、三七四頁以下。Jan Schröder の *Recht als Wissenschaft* 第二版、二〇一二年、二五五頁以下。彼は、ここで、一九世紀の「概念法学」がその根本命題を覆すことのできないものとしていたことを指摘するために、この概念の模造の可能性に言及している。
- (50) Geist II, 2, 第三版、三七九頁以下。
- (51) Geist II, 2, 第三版、三五八頁。
- (52) Geist II, 2, 第三版、三四〇頁。
- (53) O.Behrends, *Römischrechtliche Exegese: Das deliktische Haftungssystem der lex Aquilis* (ローマ法的釈義：アクイーリウス法における不法行為責任制度)、*Juristische Schulung* (法学教室)、一九八五年、八七八頁以下所収。C.Möller, *Via*

publica und via im römischen Deliktsrecht (ローマ法における不法行為法、公法的側面と私法的側面)´ Ars juris, Festschrift für Okko Behrends (法の芸術、オッコー・ベーレンツ記念論文集、所収)´ M.Avenarius, R.Meyer-Pritzl, C.Möller 編集、Göttingen 二〇〇九年、四二二頁所収。同く C.Möller, Konzepte der deliktsrechtlichen Haftung im römischen Recht (ローマ法における不法行為責任の構造), Comparative Law, 三四卷、二〇一七年、日本大学。同く C.Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht (ローマ不法行為法における責任の構想)´ Intelligente Agenten und das Recht, S.Gless, K.Seelmann 編集、Badeb-Baden, 二〇一六年、一一九—一三八頁所収。これは、アクセントがいささか異なっている。なお、更なる文献が掲げられている。

(54) Behrends, Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne. Eine wissenschaftsgeschichtliche Einordnung des Jheringschen Rechtsdenkens aus Anlaß der Herausgabe der Wiener Antrittsvorlesung „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, (イエーリングの歴史学派と近代との間の法の進化論、ウィーン教授就任講演「法学は学問か」の出版に際してのイエーリングの法思考の学術史的な秩序づけ)´ 一九九八、一二〇頁以下。一三八頁。更なるアプローチについては、Göttinger Nachlass von Jhering, Behrends の二〇一六年六月一〇日のギーセンにおけるイエーリングについての講演で新たにかつより詳しく述べられている。これは、Göttingen の Wallenstein 出版からモノグラフィーとして近く出版の予定である。

(55) Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, Behrends 編、一九九八年、五六頁、六〇頁以下。

(56) Geist II, 2´ 第三版、一八七五年、§37, 三二二頁以下。「これから立案する技術の理論は、ローマ法の考究から導き出したものであるが、ローマ法の考究のみが一般的な真実を要求するのである。なぜなら、取り扱う使命が絶対的に重要であり、且つ法の最終目的に置かれ問題であるばかりでなく、ローマにおける解決の種類もまたローマのありとあらゆる形式にも拘わらず、本質において、絶対的に正しいもの、耳を澄まして事物の性格から学び取られたものと性格づけられなければならないものだからである」。

(57) Klemann も、イエーリングの著作現実的な要素を、Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年の中

で、繰り返し取り上げている。例えば、一六八頁、一九二頁。特に一九二頁では、イエーリングの Scherz und Ernst 九頁にある「全ての材料の現実的な適用可能性を根本的に無視してしまう―歩くことを考慮に入れない時計の構成、この中こそ、災いが潜む」という文言を引用している。

(58) Jhering, Unsere Aufgaben, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、五二頁以下、そしてこれに先立つ四一頁の Praxistest を参照。

(59) Geist II, 2、第三版、三二二頁以下。

(60) Jhering, Geist II, 2、第三版、一八七五年、§ 37, 三二五頁。

(61) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一一頁以下。

(62) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一二頁。

(63) Jhering, Unsere Aufgabe, Jahrbucher für Dogmatik 1 (一八五七年)、一三頁以下。Kropfenberg は、Die Plastik des Rechts 二〇一五年、三五頁以下で、イエーリングのこの法学的美への告白を集合人(格) (Sammelpersönlichkeit) の表現と評価しているが、承認できない。イエーリングは、集合的に考えるのではなく、分析しかつ形成するのである。Kropfenberg が三八頁で詳述しているところとは異なつて、主観的視点と客観的視点の混同は、法学的な技術における関心事ではない。

(64) イェーリングの二男 (一八五三―一九一九) であり、法学博士。簡易裁判所顧問官、後にハノーファーの法律顧問官。

(65) 彼は Liebig の弟子であるが、その影響については、Klemann, Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年、二〇〇頁以下。

(66) 詳しくは、Klippel における Rudolf von Jhering an der Ludwigs-Universität Gießen, Behrends 編集の Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse、第二版、一九九三年、三二頁以下、三四頁における記述を参照のこと。

(67) Jhering, Geist II, 2、第一版、一八五八年、三七八頁。

(68) Jhering, Geist II, 2、第二版、一八五八年、三七九頁 II 第三版、一八七五年、三五二頁。

(69) Jhering, Geist II, 2、第一版、一八五八年、三八九頁。

- (70) Jhering, Geist I (ローマ法の精神第一部)、第一版、一八五二年、§3, 二九頁。
- (71) 批判について、Behrends の Iherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne, Behrends 編 Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? 所収、一九九八年、一一五頁以下。
- (72) Jhering, Geist III, 1 (ローマ法の精神第三部第一卷)、第二版、一八七一年、三〇八頁以下は、法学的弁証法のまやかしに向けられていて、概念が創造主の役割に昇進するという弾効に向けられている。これは、第二部第二巻における彼自らの叙述からは読み取ることができない。
- (73) 従って、イエーリングが、一八六一年に、今日も存続しているドイツ法律家大会の設立者に属しているとしても不思議なことではない。
- (74) イェーリングは、鑑定人として、ギーセン大学の評議学部の中でばかりでなく、法学評議会でも意見を聞かれている。バーゼルの要塞工場への所有権の帰属について、それがバーゼル＝ラントとバーゼル＝シュタットとの間に争われた事件において、質問を受けた。パリの会社は、パルタスで港湾委員会と締結したダム建設についての契約の彼の側の解除が法律上有効であるかどうかの鑑定を望んでいた。この質問は、一八八七年当時、多額の報酬を得るだけでなく、よき公表の対象であり、高い名声の鏡であった。イエーリングはこれを享受した。Okko Behrends 編集、Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse, 一九九二年、八二頁。出版物「Rechtsgutachten in der Sache des Unternehmens des Hafens zu Patras」に対する展示番号五五番、Karlsbad 一八八七年。イエーリングの令息フリードリッヒの一八八七年九月八日付け書簡、同じ展示会のカタログ番号五、一〇五頁。
- (75) Jhering, Geist III, 1、第二版、一八七一年、三頁。Klemann も、この歴史学派のローマ法学からの転換について、Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule, 一九八九年、一九六頁以下、特に二〇四頁で触れている。
- (76) Byoung Jo Choe, Culpa in contrahendo bei Rudolf von Jhering (ルードルフ・フォン・イエーリングにおける契約締結上の過失), Göttingen 一九八八年。
- (77) これについては、最近のものとして、Chun-Tao-Lee, Jherings Eigentumsbegriff. Seine römischrechtlichen Grundlagen

und sein Einfluss auf das BGB (イエーリングの所有権概念：そのローマ法の基礎とドイツ民法典への影響)、二〇一五年を参照。

- (78) Behrends, Das Rechtsgefühl in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jheings zweitem Wiener Vortrag (後年のイエーリングの歴史的・批判的法理論における法的感情—イエーリングの二回目のウィーン講演の解釈と秩序づけの試み), Napoli 一九八六年、一〇〇頁以下。同じく、Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts (ルードルフ・フォン・イエーリング (一八一八—一八九二) —法の目的への突破(方向転換)), Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttinger Juristen aus 250 Jahren 一九八七年、所収、二二九頁以下、二六七頁。二六七頁は脚注(135)も参照。

- (79) Behrends, Das Rechtsgefühl 一九八六年、一〇三頁。脚注(58)。ここでは、イエーリングの Geset Ⅲ、第四版、三四〇頁 (§ 60) 脚注(47) a 及び Kampf ums Recht 第六版、一八八〇年、二〇頁が指示されている。

- (80) Jhering Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (法律学における戯れと真面目)、第四版、一八九一年、五四頁、五七頁に載っている。

- (81) これについては、ベーレンツが、Fritz Loos 編集の Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttingener Juristen aus 250 Jahren 一九八七年、所収、Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts 二二九頁以下、二五五頁において、説得的に述べている。

- (82) Jhering, Geist II, 2 第三版、三六一頁以下。脚注(506) a。イエーリングが修正を施しているのは、法の論理的な側面の過大評価ではなくて、概念の適用の力である。Behrends, Evolutionstheorie 一九九八年、一二六頁以下。

- (83) Jhering, Der Kampf um's Recht Klenner 版、一九九二年、四五頁。

- (84) Klemann は、その Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule 一九八九年、二〇四頁で、イエーリングの思索における「発展的方向」(Entwicklungsrichtung) について述べている。

- (85) Behrends 編集の「Rudolf von Jhering, Beiträge und Zeugnisse」一九九三年、第二版所収の、Rudolf von Jhering, der Rechtsdenker der offenen Gesellschaft (開かれた社会の法思想家、ルードルフ・フォン・イエーリング) 一〇頁を参照。