

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

勝田有恒

はじめに

ドイツにおける近世・近代法史を通じてまず目につくことは、統一的国家権力の形成が著しく遅れ、属地的権力の極度の分裂状態を反映して、近代的統一法の自立的形成が遅れしかも非常に特異な様相を呈したということである。それは歴史法学のほぼ一世紀にわたる近代的法学の形成・発展の成果として高く評価されるにしても、その間にロマニステンとゲルマニステンとの深刻な学派対立をうみ、その影響は今日に至るドイツ法史学の体質を規定したといつて差支えない。このような、イギリスやフランスなどの国民的な法の形成過程とは明らかに異なるドイツ特有の現象は、民族精神論をライトモティーフとする歴史法学派の思想的特質によって決定された面が極めて大きいことは否定出来ないが、歴史的にみるならドイツ近世初頭以来のいわゆるローマ法継受現象にはじまる近世法の在り方がその前史として大きな意味を有していると考えられる。すなわち一五世紀以降の国制史的諸条件によって生まれた法状況と、法律学が醸成した法源論とが前提として置かれていたことを忘れてはならないであろう。それにしてもドイツ近世法

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

史の重要な課題である「ローマ法の継受」については、かつてロマネステン・ゲルマネステン⁽¹⁾の間に、その不当をめぐって、激しいが結局は余り生産的とはいえない議論がたたかわされた。この法源論、原因論的思考がドイツ民法の成立によって終息して後暫くして、第二次大戦後になると、ローマ法の継受を法生活の学問化 *Verwissenschaftlichung* としてとらえ、その母胎をヨーロッパ共通法（普通法）に設定しようとするヨーロッパ近世私法史の視角がゲンツマー、コシャッカー、ヴィアカー、コーイングなどのロマネスト系の学者によって唱えられ、ヨーロッパ共同体の胎動と相俟って、ドイツを中核とするヨーロッパ近世私法史の学問的共同体が結成されつつある。それはヨーロッパ法の構築というプラグマティシユな問題提起を内包すると考えられる。一方わが国でも第二次大戦後に、世良教授によって、ドイツ歴史法学の創造にかかわる民族的なゲルマン法の概念を批判した画期的なボレミークが提示され、当概念のもつ非歴史性が鋭く指摘されたことは今なお記憶に新らしい。たしかに実体が中世法であり、民族主義的な色彩によって彩られたゲルマン法のみで、したがってローマ法的なるもの一切を排してドイツの近・現代法を組み立てたり、法史の体系を編み出すことはアナクロニズムの感を免れない。もっとも、ゲルマネストのいうゲルマン法なるものを一五・六世紀以降のドイツ法史の流れから完全に消去し去ることも不可能であるし、個別的地域特別法のすべてを中世法として一括し、いわゆる非ローマ法を近世・近代法発展史から抹殺するとすれば、それは大きな歪みを生じ内包することになる。この非ローマ法を民族主義的なゲルマン法としてとらえるのではなく、中世に起源をもつとしても近世・近代まで存続していたものが、ドイツ近代法史上ならぬかの位置づけを与えられる必要があろう。いわゆるローマ法についても問題がある。たしかにローマ法といえば、一九世紀後半の古事学的ローマ古代法史学の発展が

あるまでは、もっぱらユスチニアヌスの法書に集録されたものを指していたと一応考えられよう。しかし、ローマ古代法のみにつけて考えてみても人文主義法学の登場以来、テオドシウス法典などユスチニアヌスの法書以外のローマ法が法学のなかで研究されていた。そして一五世紀以降のローマ法継受時代において、絶対的に近い妥当性を保持した「ローマ法」の実体は、ユスチニアヌスの法書にランゴバルド封建法をはじめとする多くの皇帝立法を付加・挿入せしめたものであると同時に、これら原典に付した註釈 *glossa* や註解 *commentarium* あるいはそれらに依拠する助言 *consilium* などを総合した博士達の学説さえも、普通法 *ius commune* の名でローマ法を意味していたのである。こうしてみるとドイツに限らずヨーロッパ近世法史において歴史法学流のローマ法の概念を用いることはそもそも不可能に近いことが判るであろう。それらは全体としてローマ法的であったとしても決して古代ローマ法そのものではないのである。勿論これを「ローマ法」としてとくに違いを意識して用いることは自由である。しかしながら非「ローマ法」を固有法というとき、非古典ローマ法という意識の下においてでなければこれら二つの違いは極めて微妙なものとなり区別する意味をもたなくなる場合もあり得るであろう。こうしてみると、ヨーロッパ近世・近代法史全体を統一的にとらえようとする場合には、「ローマ法」とか「ゲルマン法」によらず別の概念設定が必要であることは議論の余地はないであろう。すでに記したようにドイツにおける法の近代化過程は、法生活の学問化としてとらえられるが、これはドイツ以外の大諸国にも妥当すると考えられ、それは学識法 *gelehrttes Recht* の進出、その固有法の包摂・普遍化の過程である。当然そこで法学識者層の機能が重視されるし、この視角を發展させることによって教授法 *Professorenrecht* の役割もまた大きくクローズアップされる⁽⁵⁾。こうしたアプローチが非常に有効であることを否定

する必要はないが、近世・近代における法全体の在り方をとらえる際には法の学問化や理論化の側面のみが強調されすぎる懼れがあるし、ロマネスト的なドグマティックに偏する危険がある。そして国家的な権力と法の在り方との関連を必ずしもダイレクトに関係づけることが出来ない。

そこで、これはあくまで仮説であつてどこまで有効な法史解明のための概念装置たり得るか、疑問の余地もないではないが、次のような設定を試みたい。それは普通法 *ius commune* と地域特別法 *ius proprium* との緊張関係としてヨーロッパの近世・近代法史をとらえられないかということである。前者の *ius commune* はコーイングのいうヨーロッパ共通法という意味の普通法とは異なる概念であつて、なんらかの権威または権力によって、領域的に相対的により広汎な地域において普遍的妥当性を主張する法を指す。他方、地域特別法は領域的に相対的により狭い地域において、それぞれ固有の妥当根拠によつてその限りでの有効性を主張する法である。これは地域的な特別法であつて法域のあるいは身分的なものを含む場合もあるが、勿論現代法学の一般法に対する特別法を意味しない。⁽⁶⁾ しかも、普通法と地域特別法との緊張関係は前者が後者を吸収して新たな普通法として普遍妥当性を主張してゆく場合もあれば、前者が後者を無視したまま放置するとか、意識的に圧殺するようなことも起こる。それは普通法を設定する権力とそれが依拠する権威の、すなわちイムペリウムが保有する強制装置の規模によつて左右されるが、注意すべきは、普通法と地域特別法とは相対的なものであり、普通法の普遍妥当的効力を主張する地域的規模がとりわけ大きいときは、普通法の下に重層的に地域特別法が重なりあつてゐることである。また両者の関係には、相互依存的な面と普通法が地域特別法の補充法 *subsidiäres Recht* である面とがあり、立法において体系性が不充分であつた時代には、こ

の両面が如実にあらわれてくる。中世から近代初頭においては、普通法は皇帝と法学者の権威によってその普遍妥当性を主張した。一方、地域特別法はその古き伝統に基づき根強く既得権を主張する。近代的国家権力の上昇過程においては、普通法は国家権力の強制装置によって一定範囲内における妥当性を賦与されるが、ここでも固有の自発的な法の抵抗はより激しいものになってゆく。国家権力により地域特別法を吸収ないし廃棄する過程が進行してゆくが、それが殆んど克服されるのは、国民国家（近代的な国家アンシュタルト）による近代法体系の施行の段階である。⁽⁷⁾ しかしながら両者は相対的および相互流動的性格を元来具備しており、ヨーロッパ史を貫く地方主義の根強さと近代国家の合理主義との対抗関係は、さまざまな問題を未だに内包していると考えられる。⁽⁸⁾ 以下本稿でとり上げる「中世的普通法理念の高揚と凋落」は、ドイツ法史における普通法と地域特別法というテーマの一部を形成するものである。

さて以上のような視角に立ちながら、ドイツにおける近世（私）法史を眺めてゆくに際して、まずいわゆるローマ法継受期の中から出発することとする。イタリアの大学で中世ローマ法を学んだ法学者が帰郷して、ドイツにおける世俗的諸権力への吸収される過程は、それが漸進的に進展したため、開始の時期を確定することは出来ないけれども、ほぼ一五世紀前半として大過はないであろう。各大学におけるイタリア学風による法学教育の普及によって準備された法学識者による法の学問化は、一六世紀前半には相当進行したと考えられている。一四九五年の帝室裁判所規則は、いわゆるローマ法の慣習法的継受を既成事実として確認する意味をもつとされ、地方立法にもその具体的な証左を見出すことが出来る。各地の大学の法学教育がイタリア学風に支配され、ドイツで法学識者の自己再生産が可能になったのも一五世紀末期であった。法学識者の進出の度合（たとえば素人裁判官の排除）や、法学識者による中世イ

タリア普通法の実務における適用の頻度などは、それこそ個別の地方や都市によって千差万別であり、統一的な「継受像」を描くことは裁判記録の不備など資料上の理由もあって不可能なことである。とはいえ、当時の立法や学説などについてこれを全体としてみれば、中世イタリア普通法の圧倒的な進出があったと考えるべきであろう。このように中世イタリア普通法が、ドイツにおける大学法学部と各権力の宮廷や上級審を一応支配し、中世イタリア普通法が「ローマ法」、「皇帝法」、「成文法」と呼ばれ、これらが当時のドイツの学識者一般の共通語として定着しつつある段階において、ドイツの学問は二つの新しい思潮の洗礼を受けた。一つは人文主義であり、他の一つは宗教改革である。人文主義を文芸復興と読みかえて、ローマ法の継受を含めた三つのRが、ドイツ近代の幕をあけたとみることも出来よう。法学界に対する人文主義思潮の影響は、中世イタリア法学者のドグマを批判して、原典ローマ法の復元を試みたり、あるいはイタリア学風の教育方法を排して原典の学習を簡略化・体系化することによって、理想的と考えられていた古代人の法の英知の感得、法の理念の覚醒を目標とした。したがって、人文主義的な法学者にとって、アクルシウスやバルトルスを批判はしても、ローマ法そのものは、絶対的な權威をもつ書かれたる理性 *ratio scripta* であつたことに変わりはなかつたし、それは皇帝法の威光も備えるべきものであつた。つまりローマ法は皇帝法という形式上の權威と古代ローマ人の法という内容上の卓越性を前提としていたのであつて、普遍妥当性をもつ普通法であつた。⁽¹⁰⁾ 宗教改革者にとっては、まずカトリック教会制度の根幹を形成する教会法の打破が法的な重要問題であつて、それにはすでに人文主義者によってその内容上の卓越性が証明され、しかも福音主義によってその有効性を根拠づけることの出来るローマ法こそ、一元的な実定法たり得ると考えざるを得なかつた。⁽¹¹⁾ したがって、本来法学

者の悪徳と教会法の代弁者（当時の法学識者の多くはローマ法と教会法二つの法学の博士すなわち両法博士 *doctor utriusque iuris* であった）としての役割を痛烈に非難してはいたが、ローマ法そのものについては、その權威を前にもましてより絶対的なものとしようと試みた例さえある。

それはメランヒトンによってなされた皇帝ロタール三世によるローマ法継受のための立法に関する歴史叙述である。これによって、支配權の移転によるローマ帝国の連続、ローマ皇帝法としてのローマ法、イタリアの權威ある學者達の法という従来のローマ法Ⅱ普通法にまつわる權威が、ドイツ皇帝と直接的に結びつけられ、文字通りのドイツ帝国における普通法として、以前にも増して帝国内での普遍妥当性を主張しうることとなった。本稿では、このいわゆるロタール伝説の成立と崩壊とに関連させて、一六世紀から一七世紀中葉までのドイツにおける普通法と地域特別法との關係をもっぱら法思想・法理念の面からとらえることを試みる。そして当時の普通法理念が、皇帝の普遍的支配權と密接な繋りをもっていたことを明らかにしたうえで、この中世的な普通法理念が否定されて後の、ドイツにおける法律学的情況、それは新たな普通法形成への試みが多様に試みられる過渡的時期であると予想されるが、こうした問題を展望するための手懸りを把みたい。

一 ロタール伝説と普通法の優位

ルーターの終生の友として、北ドイツにおける宗教改革に多大の功績を残したメランヒトン Philipp Melancthon (1497-1560) は、自分のドイツ名 (Schwarzerd) をギリシャ語に訳して改名したことが象徴的に示しているように、

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

大学で人文主義者としてギリシャ哲学とギリシャ語を講じていた。ルーターとウィテンベルク大学で識り、神学に転じてプロテスタントの神学を確立したことはよく知られるところであり、法律学とは元来無縁であって、法学者としてローマ法に近づいた経験をもたなかった。彼は古代の諸原典に見出される人文主義的理想像とキリスト教的敬虔とを調和させて福音主義神学を展開したのであるが、当然自然法の問題の位置づけが必要となる。彼によれば自然法は神によって植えつけられた倫理的の基本概念であり、それは不変であって十戒と福音に抽象的に記されている。実定法は可変なものであるが、それと国家は自然法と矛盾してはならず、もし支配者の恣意や理性からの離反が認められればこれに対して反抗がなされる。しかしながら人間社会はその安寧のために成文法規を必要とするのであり、数ある実定法のうちローマ法のみが、自然的諸概念との繋りを保っている。⁽¹²⁾このような洞察は、視野の広い学識と人文主義的な知識によって生まれたのであるが、確かにメラヒトンにとって、「ローマ法は事実、ある意味での哲学」⁽¹³⁾であったのである。そしてドイツにおけるローマ法について次のような評価をおこなっている。

他の民族が彼等の法に関して苦情を訴えることがあっても、ドイツ人にはそうした不満があろう筈がない、その訳はドイツ人がローマ法を用いているからである。ローマ法は人間性と衡平に満ち、国の運営について最も経験豊かな人々によって設定されたものである。……ローマ諸法規によってのみわれら人類はかつての野蛮な状態を脱したのである。ローマ法をみると、この最も人間的な最も信頼される規則が及んでいない市民生活の領域はないのである。他の諸法と較べてみても、ローマ法は不法行為を罰するにあたつてより厳しい刑罰を有しており、遺言についてもより良く規定し、また相続、信託遺贈、遺贈を区別している。そしてローマの法学も非常に豊かであると。⁽¹⁴⁾このように

ローマ法そのものの価値を充分に認め、この素晴らしい法すなわち古代の精神文化の精華が採用されたのは喜ぶべきことであって、ローマ法継受については非常に積極的な評価を下している。⁽¹⁵⁾ 宗教改革者は、人文主義者同様ローマ法に対しては、それが古代人の英知によって設定された「書かれたる理性」*ratio scripta*であり、「最も衡平な法」*aequissimum ius*であって、結局それは「神の光と声」*vox et lux Dei*であるという点では一致しており、何れもローマ法の廃棄などは考えもしなかった。ローマ法の廃棄は野蠻時代への逆行を意味したのである。ローマ法の継受は両者にとって実定法秩序の当然の前提であった。しかしながら、両者の間には異なる点もあったと考えねばならない。人文主義者達は、ローマ法が、「書かれたる理性」であるが故に、中世法学者によって加工された現に法実務を支配する「ローマ法」普通法は、歪められた古代法であり、まずそれを純化することによって真の法の英知を知ることが出来る⁽¹⁶⁾と考えた。ローマ法と称されるものの内容こそが問題であり、また伝統的な法学教育の在り方が改革されねばならないのであった。⁽¹⁶⁾これに対して宗教改革者にとって、法の問題として当面重要なことは、カトリック教会の機構を支える教会法の廃棄であって、当面法生活を還俗せしめることであった。そして数ある世俗法のなかで、ローマ法こそが「神の声と光」によって生み出されたものであり、ローマ法に依拠することこそ、最も必要なことであり、ローマ法の価値を高めれば高めるほど、教会法の権威は下落する効果が期待されたのである。⁽¹⁷⁾そして人文主義者達が問題とした中世法学者の役割については、一般に寛大であり、メランヒトンのように、イルネリウスやバルトルスを称讃しているような場合すらある。勿論メランヒトンも人文主義者として評価される面もあり、教育改革論は著名であるし、これがウィテンベルクのアーペル J. Apel (1486-1536)⁽¹⁸⁾の法学教育改革論に大きな影響を与えたといわれ

ている。そして一六世紀前半の人文主義思潮や宗教改革派の聖書主義の立場から、当初は「私はローマ法規のみの味方であって、その最近〔中世以来の〕の解釈については弁護しない。」と述べて、原典主義に対する共鳴を示していた。⁽¹⁹⁾ところがこの態度は長続きせず、逆に註法学派と註解学派の決定的な称讃に転じてしまう。これら中世のイタリア法学者達が、ローマ法の衰退を防ぎ、これを現行法としてまた学問研究の対象としてヨーロッパに再生せしめたこと、つまり偉大な法学者の機能を特に評価するに至った結果であった。バルトルスのような人々が真摯な学者達を法源にまで連れ戻してくれたのであると。そして法の解釈が極めて重要な意義をもつことについて、法規が含有している神の英知の明示されていない部分を明らかにすること、正義の基準にもとづく正・不正の判断は道德哲学の一部なのであり、これは尊敬すべき法学者の責任であることなどを、ローマのポンポニウスの見解を挙げて示し、法学者の權威とその論争の必要性を説いている。⁽²⁰⁾このような背景のもと、約五年後には、イルネリウスとバルトルスについて *Oratio de Imenio et Bartolo* を記すに至っている。イルネリウスはヨーロッパ法学の育ての母 *alma mater* であり、バルトルスは註解学派の主であってヨーロッパにおける法律学発展に決定的な影響を及ぼした法学者的な概念世界の創造者として評価したのであった。しかしながら、このバルトルスの学説に盲従するばかりでなく、これを悪用する悪徳法律家については、ルーターが「悪しきキリスト」*böse, schlechte Christen* の名で非難を浴びせていたのであるが、この議論に積極的に参加していない模様である。しかし彼もまた人文主義者と同様に、反継受ではないが、反(悪徳)法曹であったことは確かであろう。⁽²¹⁾

ローマ法とすぐれた法律家に対してメランヒトンは以上のような考え方に立っていたのであり、これを背景として、

ロタール伝説⁽²²⁾ Lotharische Legende が創造されてゆく。このロタール伝説を収録した初めての著作はメランヒトン自身のもではなく、ブランデンブルクの宮廷天文学者 Astronom カリオン Johannes Carion (1499-1537) が編纂したカリオン年代記 Chronicon Carionis⁽²³⁾ である。この書物は最初ドイツ語でウイテンベルクにおいて一五三二年に出版され、後にはラテン訳も出ている。これらの構成や補正についてはメランヒトンが大きな役割を果たし、とくにロタール伝説の部分についてはメランヒトンの叙述に負うところが非常に大であることは定説とされている。⁽²⁴⁾

さて問題のロタール伝説は、この年代記の「第四の帝国」の章にあるが、このことからこの年代記が、一二世紀以来の「支配権移転」translatio imperii⁽²⁵⁾ 理論に基づく中世的歴史観に立っていることは明らかである。そして「ローマ法がいつ再登場したか」という項目で次のように述べている。「ロタール Lotharius = Lothar III od. II (在位 1125-1138) は、戦争によってドイツとイタリアに平和をもたらしたことはかりでなく、キリスト教と法を非常に愛したことによってもつとに称讃されている。ロタールの時代に、アクルシウスがしばしばイルネリウスと呼んでいるヴェルンヘルス Wernherus が、帝国イタリアのマチルダ女侯のもとにあり、彼が書庫でローマ法の書物を発見して世に明らかにした。ロタールはこの法書を学校で講義し、また皇帝の裁判所でこれに従って裁判することを命じた。そこでこの素晴らしい宝が再び姿をあらわして多くの良い結果をもたらし、とくに全ヨーロッパが再び理性的な法をもつことになった。」⁽²⁶⁾

同様の叙述は、約五年後のメランヒトン自身の著『イルネリウスとバルトールス』にも見出すことが出来る。そのなかにヨーロッパ法の略史を記した箇所があるが、そこでは次のようにいう。「ランゴバルト人とフランク人によつ

てイタリアの裁判は野蛮なものになってしまったが、ローマ法は東ローマのギリシャ皇帝のもとで生き永らえていた。オットーネンの時代にイタリアに平和が蘇えり、ローマ法への要望が高まった。東ローマの影響により徐々にローマ法学は新たな隆盛へと向い始める。ハインリッヒ五世のもとで、法秩序が要請されたが、コンスタンチノーブルで教育を受けたイルネリウスは、皇帝の権威によってローマ法を再び有効なものにしようと欲していた。ドイツでは戦が続いていたが、イルネリウスは、ローマとボローニャでローマ法の授業を再開し、また事件をローマ法規によって判決するための配慮を、ロタールからとりつけることに成功した。⁽²⁸⁾

さてこのような後に歴史上の虚偽とされるに至るロタール伝説を、メランヒトンは何を糸口にして創り出したのであろうか、人文主義の原典主義(*ad fontes*)⁽²⁹⁾に共感を示していた彼がどのようにしてこの謬説を創出したのであろうか。もとの史料の点について、キッシュはカリオン年代記の研究者ミュンヒに倣って一二世紀末から一三世紀初頭のブルヒャルト・フォン・ウルスベルク Burchard v. Ursberg (1177-1231) の年代記であると推定している。該当するとおぼしき箇所は、ロタール皇帝の時代に、グラチアヌスが教令を編纂して教会法を統一したという叙述の後に、同じ時代に、ヴェルネリウス⁽³⁰⁾(イルネリウス)が、マチルダの請願により、忘れ去られ学習されることのなかった法書を復活せしめた云々という部分である。恐らく、教会法の整理・調和・統一がなされた同じ時代に、ローマ皇帝ユスチニアヌス法書の復活がなされた以上、時の皇帝ロタールが勅法を以てローマ法の有効性の確認を行なったことは当然の成り行きであるとメランヒトンは考えたのであろう。彼は支配者の統治にはすぐれた法学者は絶対不可欠のものであることを、古代の模範例 *Exemplum* を用いて説明している。ローマ皇帝アレクサンダー・セヴェルス(在位193

229-33) が、法学者との交流につとめ、勅法を發布するに際しては必ず十二名の法学者の助言を受け、とくにウルビアヌスを重臣として登用したことなどを引き合いに出して、ロタール三世とイルネリウス、カール四世とバルトールスの関係を特に重視している⁽³¹⁾。したがって、偉大な法学者イルネリウスと皇帝ロタールとは密接な関係にあった筈であるし、ローマ法の復活をなし遂げたイルネリウスの助言によって、帝国においてローマ法の教育と適用をロタールが勅法によって命じた筈である。そうでなければ、現に一六世紀の今日ドイツにおいてローマ法が通用している根拠は見出すことが出来ない。教会法を廃棄して唯一の実定法たるこの素晴らしいローマ法は、皇帝法としての明確な実定的な根拠がなくてはならない、と思案をめぐらしたのではあるまいか。

ともあれ、ロタール皇帝の命令は人文主義の洗練を受けた新しい年代記の一つであるカリオン年代記に書き込まれた。かくして歴史的な根拠を与えられたローマ法Ⅱ普通法は、少なくともドイツ帝国内においては、その皇帝法の權威を確固たるものとされ、その *ratio scripta* としての内容の卓越性も人文主義者によって異論のないところとされていたのであるから、実務上のローマ法の継受に対して、学問的あるいは理念的な側面からの反論は全く存立の余地がなかったといえよう⁽³²⁾。一六世紀後半から一七世紀初頭に至るまで、ローマ法Ⅱ普通法は実定皇帝法とすぐれた法という二重の權威に支えられ、実務上の支配をますます強めていったことが想定される。そしてロタール伝説はそれが出現して約四〇年後、イタリアの人文主義者シゴニウス Carolus Sigonius d. Modena の『西欧帝国史』*Historia de occidentali Imperio*, 1577 に採録され、この書物によってイギリスやフランスにまで伝えられることにもなった。そしてまたドイツへオランダの諸学問やカルヴァン主義的な思想を導入する一連の動向、近時エストライヒのいう

Niederländische Bewegung の初期を飾る重要人物であるリブシウス J. Lipsius (1547-1606) は、後述するコーンリンクにも大きな影響を与えた人文主義者であり、ローマ法の継受の反対者であったにもかかわらず、継受されたローマ法のロタール皇帝の立法による効力を認めざるを得なかったという⁽³³⁾。

さて前項で述べたように理念的にかくも高められた帝国普通法は、地域特別法に対してどのような緊張関係に立っていたであろうか、ここでは現実に地域特別法が立法や実務において適用されたかどうかという問題ではなく、むしろその法理論的な問題点のみに限定しておきたい。普通法が普遍妥当性を要求するといっても、ここで問題としているような権威に依拠する場合にはとくにいえることであるが、地域特別法が当該の地域においては優先するのが常態なのである。この問題は、ヨーロッパ社会史を貫く「支配 Herrschaft に対する団体 Genossenschaft の正当な自己主張の対応」⁽³⁴⁾の法的な表現であり、また「自発的(自主的)な法 gewillkürtes partikuläres Recht がラント法(一般的な通用力をもった普通法)を破る」という法格言⁽³⁵⁾を想起させる。絶対的なローマ法の原典の統一的理解に努力した中世イタリアの法学者にとって、現実存在する慣習や条例といった自発的な法すなわち現行法と彼等の学問の対象である ratio scripta との調整、すなわち自発的な法を包摂した統一的法理論の構築になみなみな努力を払わざるを得なかったのである。すなわち註釈学派が原典の釈義段階から現実の法生活に目を向け、さらにアクルシウスの後の時代に法実務に直接の関係を持つに至ると、都市の条例や慣習のなかに、ローマ法に適ったもの、一応ローマ法に矛盾しないもの、そして最後にローマ法と明らかに矛盾するものを法理論へ組み込まざるを得なかった。とくにローマ法Ⅱ法学者にとっての普通法と矛盾する条例や慣習を有効な実定法として認めざる得なくなった段階で、ローマ法

の絶対的な妥当性は失われることになりいわゆる条例優先理論 Statuentheorie が提示されることになった。⁽³⁶⁾ この理論の完成者は一応バルツールスであるとされているが、バルドスも「条例によって看過されているケースについては普通法を適用する。」⁽³⁷⁾として、条例の優先と普通法の補充性を明示している。この段階の普通法は教会法、封建法、条例などを吸収し、典型的な学説法の形をとってはいたが、イタリア都市国家の発展とともに、条例や慣習といった自発的な法の意義はますます増大していったのである。普通法のなかにすべての条例を組みこむことが元来不可能である以上、法学者はせいぜい、都市国家の支配の規模によって条例の制定権限を制限したり、あるいは条例を厳格に解釈すべきことを主張するといった方法で条例に対してある程度の制約を与えるしかなかったのである。この条例優先理論は当然のことながら、権威ある博士達の共通意見としてドイツに導入された。⁽³⁹⁾

すなわち普通法の補充性の原則、あるいは慣習を黙示の条例 statutum tacitum としてこれに法規と同様の効力を認めること、そして地域特別法を厳格に解釈することなど、ローマ法継受時代の法律学の書物にイタリア理論の影響は著しいものがある。⁽⁴⁰⁾ さらに当時の裁判所規則にも、それは直接影響を及ぼし、一四九五年の帝室裁判所規則第三条には、「裁判官と判決人は帝国普通法に依拠し、また候領、領地、諸裁判所の堅実かつ適切公正な慣習・条例で証明されたものにも依るべし。」⁽⁴²⁾と規定しているし、また帝国法であるカロリーナ刑法典一五三二年の前文にも、有名な留保条項が含まれている。⁽⁴³⁾ しかしながら、この両者の例では、地域特別法を優先させるという条例優先理論が明確に規定されているとはいえない面がある。すなわち、慣習（法）や条例が、堅実、適切、公正でなくてはならぬとして制限を加えていることがまず問題となる。これは単なる飾り文句ではなく、それらのものが、少なくとも自然法に適

い、また帝国普通法に矛盾しないという条件を課していると解釈することは充分に可能である。第二の点は、そうした条件を課された条例や慣習（法）が証明（明示）されねばならないという問題である。これは条例や慣習（法）の適用を要請する当事者に、それらのものが実定法として存在することの举证責任を課したものである。この条項の意味は極めて大きいといわねばならない。法学識者は地域特別法については殆んど知識を有していないことから、技術的にも止むを得ない措置であったであろうが、その結果するところは地域特別法とくに慣習法の軽視や無視であった。⁽⁴⁴⁾これに対抗する意味もあって、不文の慣習を成文化する作業が一六世紀初頭においては精力的に推進されてゆく、都市における改革都市法典（Statuten）の編纂がそれである。⁽⁴⁵⁾「帝国都市および一人の君侯に協約によって従属し固有の裁治権を有する都市は、君侯の同意なくして条例と慣習法を制定することが出来る。全面的に君侯 princeps に従属する団体 *communitas* は君侯の同意、少なくとも認可がある場合にのみそれが可能である。」と当時のカメラリストであったミュンジンガー Mynsinger も認めるように、⁽⁴⁶⁾理論上は註解学派の条例制定理論は導入されていた。ラント立法の場合もその立法権限の根拠は、一つは上記のイタリア理論であり、さらに一二三一年の帝国が帝国等族と結んだ協約が存在した。⁽⁴⁷⁾このように理論の面に限っていえば、法学識者が如何ほど固有の地域特別法に対して無知であろうとも、学識法の一方的な進出はあり得ず、法学者に対する非難の声も高くなりようはなかった筈である。普通法はあくまで補充法であったのであり、自発的な法は充分に自己主張し得たに違いない。しかし問題は、こうした地方特別法の立法それは慣習法の成文化が主体となるべきものであったのだが、それらの立法はすでに相当に進行したローマ法継受のあとを追ってなされ、僅かの例外（フライブルクやザクセンなどの立法）を除いて、実質的な立法者の位置に

まで進出した法学識者の手によって、結果としてローマ法の実務上の適用を確認または促進し、固有法を排除したものが多かったことである。そしてまた真の意味での土着の法を収集する作業がなされた場合でも、さらに細分化された慣習が多元的に存在し、その統合・整理が不可能であることも多かった。⁽⁴⁸⁾ 地域的な慣習の極度の分裂、それはドイツ帝国内部における政治的分裂状況の法の在り方の反映であるわけだが、これが地域慣習法の成文化を阻害し、地域特別法の自己主張する力を著しく減少させる結果となった。しかも地域的固有法が成文化の可能性を有している場合でも、具体的な問題に対する法学者の態度は決して理論通りであったとはいいい難い。ここでは条例優先理論との関係で、ブレスロウ都市立法をめぐる法学者の考え方にふれておこう。

一五七七年ブレスロウの都市法 (*der Kayserliche Stadt Breslaw Neue Statuta und Ordnungen*) が公布された。この法典が公布されるまでに、その諸規定が有効たりうるかを幾つかの法学部に照会がなされている。⁽⁴⁹⁾ ライプツヒ大学の法学部正教授トーミング J. Thoming (1518-76) の一五七五年一月付の詳細な鑑定書には、われわれとしてはこの法典を好ましいものとは思えない、全体が普通法に従って規定されうると考えるむねが記されたし、ヴィテンベルク大学は、当時有名なオランダ人で固有法に理解のあるヴェーゼンベック *Matthaeus Weesenbeck* (1531-86) に回答させたが、これまた積極的な支持を与えていない。フランクフルト・アン・オーデル大学の鑑定も草案の相統法部分の削除を提案している。首尾よい回答が得られなかったブレスロウの参事会員は再度の照会を企て、質問を次の三項目に整理した。すなわち、一、われわれは団体 *Commun oder Universitas* として条例を制定する権限があるか、二、成文法 *beschriebenen Rechten* に反して条例を制定し得るか、三、上位権力 *hac Obrigkeit* によって確認され

ない場合でも有効であるか、である。そして条例制定権について、一四世紀に獲得した「自発的な法」や「上級・下級裁判権」に関するボヘミア王による五種類の特許状や文書を添付している。しかしながらライプツヒのトーミングの見解は変らず、フランクフルトの回答も、一応積極的ではあるが、ブレスロウに大きな期待をもたらすものではなかった。ウィテンベルクは今回は法学部全体の見解を寄せ、問一に対しては都市団体として、上級・下級裁判権を保有する貴下は、都市の公共利益のための特別な条例・都市法・自発法を、神法と自然法に反しない限り常に規定・制定し得るとし、問二も肯定して、相当な理由と都市の公益の点から成文法に反しても上記のような条例を制定し得る。と述べ、第三の点については特許状の内容からこれを否定した。さらに、同じ質問を受けたインゴルシュタット大学は、最初の二項目については理由を明らかにすることなく否定し、第三項目についてのみ、上位権力の確認がなくとも、都市の利益に資するものであり、上位権力の荣誉を傷けなければ有効と判定した。以上の諸回答は、条例制定権についての指導的な法学者達の見解がまちまちであることと、条例優先理論にかなり忠実であったのはウィテンベルク大学法学部のみということを物語っている。この状況は、ティームによれば決してブレスロウに関する問題に留らず、ドイツ帝国全体に共通するものであり、ローマ法の浸透の結果であるとされている。⁽³⁰⁾

ブリーはかつて正當にも次のように指摘している。ローマ法継受時代の大抵の法学識者の考え方であったのは成文法と慣習法の対立ではなくて普通法と特別法の対立であった。彼等は特別法にとって不利なしかも今日のわれわれの認識からみれば根拠の薄弱な推測を有効たらしめたのだが、そこでただ彼等がイタリアの理論に拘束されていたことを心に留めるばかりでなく、特別法が普通法に優先するという原則が當然に決定的な修正を必要としたことを忘れ

てはならない。それによってのみあのような無数の特別法を前にしながら法の統一が可能であったのであると。⁽⁵¹⁾そして実務上地域特別法を無視し続ける一方、一七世紀の初頭には「普通法の規則に依拠するものは、慣習や反対の条例が証明されるまで、確たる法的根拠 *fundata intentio* を有する。」という原則が形成されてくる。⁽⁵²⁾これこそ帝室裁判所規則第三条にすでに姿をあらわしていたイタリア条例優先理論のドイツにおける変容であったといえよう。

二 普通法理念の動揺とコーンリング

さて普通法の補充性を超えたほぼ絶対的といえる妥当性は、理念の面ではロタール伝説という「史実」の裏付けにより、また人文主義者による *ratio scripta* としてのローマ法の価値の再確認なども加わることにより、疑を差しはさむ余地のないものとなった。勿論ローマ法が全体としてすぐれた法であったとしても、奴隸に関する法などは適用され得ないとか、固有の法生活から生み出された慣習のなかで、親族・相続などに関する法の存在は認めないわけにはゆかないのに、一方では普通法は殆んど絶対的な妥当性があるものと考えられていた。ローマ法継受の過程が進行するにつれて、こうしたトリレンマが意識されていたことは確かであろう。人文主義的法学者といわれるツァジウスは独自の方法でこの問題を解決していたが、これはドイツでは例外に属すると見るべきであろう。⁽⁵³⁾

ローマ法の普遍的妥当性を真正面から否定した例は、一七世紀にコーンリングが登場するまで決して多いとはいえない。一つの例としてバーゼル大学のバシリウス・アーメルバッハ *Basilus Amerbach* (1533-91)⁽⁵⁴⁾ を挙げておく。彼は前章でも問題にしたプレスラウ都市法の妥当性に関する鑑定で、都市プレスラウが一応註解学派の条例理論によ

り条例制定権を有することを立証したうえで、その内容がローマ法に拘束される必要はないという論証に際して、次のような興味深い見解を示している。ドイツは歴史上一度もローマ人によって支配されたことはない。ゴヘミヤなどのスラブ人の地域がかつてローマ人に支配されたというのも極めて疑わしい。これらの地域は後にフランク人の下にあり、続いてドイツの支配下にあった。このことによって最早ブレスラウはローマ法に拘束されないのである。さらにフランス人とドイツ人は彼等の支配を確立してのちは、それぞれフランク、ザリ、ザクセンなどの固有の法規を有し、ドイツでのローマ法の適用は極く稀であつて、イタリアにおいてさえそんなに多いとはいへなかつた。この状態はロタール三世の時代まで続く。ロタール三世のローマ法導入命令(アーメルバッハもロタール伝記を前提としている)については、ローマにおけるロード海法の継受がローマ海法の全面的廃止を意味しなかつたことを例として、ロタール三世はザクセン太公の資格において古い法を部分的に廃止したに留つたとし、固有の法の残存を指摘する。⁽³⁶⁾したがってブレスラウはローマ人にも従属していなかつたし、フランク法やドイツ法を通してローマ法に拘束されることもなく、全く自由なそしてローマ法に反する条例を無条件に制定する権限をもつと結論する。⁽³⁷⁾アーメルバッハは、註解学派の条例制定権の理論も引用はしているが、ここで記したようにそれに依拠せずとも、ドイツの都市で条例が内容的にも全く自由に制定しうることを、歴史的な叙述と古代の範例によって論証した。彼の活動の場がドイツ帝国から独立したスイスであつたことに特に注目すべきであろう。そして、ローマ法の自由意思による継受は、決して人々の自由を侵害するものではないことを記すとともに、フランスとスペインはともにローマ法を適用しているけれども、ローマ帝国に帰属することを欲したのではないとして、ローマ法とローマ帝国との関連を断ち切ろうとしている。⁽³⁸⁾こ

のようにアーメルバッハは、ローマ法の実質的な意味での絶対的妥当性を前提とし、少なくとも普通法の補充性を否定することなど考えも及ばないドイツの法学識者とは著しく異なっており、コーンリングの約七〇年前に条例優先論を否定する見解を提示していたのであった。⁽⁵⁹⁾アーメルバッハと同様に、ドイツ帝国外から普通法を見た例として、イギリスのローマ法学者アーサー・ダック Arthur Duck (1580-1648)⁽⁶⁰⁾の場合にも触れておこう。一六四八年に書かれた『キリスト教徒諸侯国におけるローマ法の適用と権威について』⁽⁶¹⁾という書物は、小冊子ながらヨーロッパ的な規模において、ローマ法を普通法たらしむべく、ローマ法の歴史とその内容とを体系的に叙述し、ヨーロッパ普通法の現状を分析した注目すべきものとして、コーニングによっても注目されている。この著作が公にされたのは一六五二年のことであるが、コーンリングの『ゲルマン法の起源について』⁽⁶²⁾(一六四三年)を引用していない。しかしながらローマ法の継受の過程については、その公権力による採用よりも、ヨーロッパにおける学識法としてのローマ法の普及という点を重視している。⁽⁶³⁾彼は法学の役割に特に注目し、法学なくしてローマ法は機能し得ないとして、アクルシウス、バルトールスの業績すなわち博士達の共通意見を高く評価する。法の解釈は一部のすぐれた称讃に価する指導的な法学者にのみ許されると考え、この限りにおいてはまさにバルトリストであった。⁽⁶⁴⁾しかしながら、ローマ法の妥当根拠については最早中世的な思考にとどまる筈はない。ダックはシュタウファー時代の末期以来のドイツ皇帝権の権力政治的な次元における凋落を直視して、その普遍的支配権の要請を拒否し、すでに当時のヨーロッパ諸王国は帝国から離脱していることを確認して、⁽⁶⁵⁾故にたとえドイツ以外でローマ法を実務上適用していてもそれは皇帝権というより上位の権力を承認することを意味しないと主張する。このようなローマ法Ⅱ普通法の妥当性と皇帝権とを分

離して、もっぱらドイツ以外の王国におけるローマ法の妥当性をその内容の優秀さに求め、帝国を理由とするのではなく、理性の命令によってローマ法が採用されてきたのであり、それは人々の合意か国王の命令かによってヨーロッパ諸国に導入されたと理解している。⁽⁶⁷⁾ドイツについては、コーンリングの著作を知らず、ロタール伝説を前提として、この国ではローマ法が皇帝法として妥当性をもつと述べている。そしてローマ法Ⅱ普通法と地域特別法との関係について二つの側面があることを記している。一つは、ローマ法が皇帝法として特別の権威を保有するため、他のヨーロッパ諸国の場合と異なり、領邦や都市の法が皇帝の禁令に反して条例を制定することが出来ない⁽⁶⁸⁾ということであり、他の面としては、とくにザクセン法に関連して、これが極めて厳格にそしてローマ法にしたがって解釈されている⁽⁶⁹⁾という。これらの問題についてはドイツの文献に依拠し、イタリアの条例理論を利用してゐる。この一見矛盾する二つの觀察が決して誤っていないことは、すでにブレスラウ都市法の問題についてみたとおりである。このように、ローマ法Ⅱ普通法のドイツにおける絶対的ともいえる妥当性の根拠には、ロタール伝説が思ひのほか重要な意味を有していることが明らかとなった。そして一七世紀に入ると、皇帝権力の衰退に伴って漸くドイツ帝国内においても、皇帝法としての普通法の効力に疑がもたれるようになってゆく。

ヘルマン・コーンリング Hermann Conring (1606-1681) は、法史学の領域においてもドイツ法史学の創始者として良く知られている。ここで法史学の領域でもといったのは、彼は驚くほどの多くの学問分野で業績を挙げ、その幾つかの領域では新しい学問の基礎を形造った人物として評価されていて、とくに医学では画期的な血液循環理論を樹立している。さて博学の人コーンリングが何故ドイツにおける法源論にまでその研究の範囲を拡大したのである

うか。まずその略歴を追ってみることにする。⁽⁷⁰⁾

一六四四年に死去した父はオストフリースランドのノルデンでルーテル派教会の牧師であったし、母はオランダのデルフト出身で、改革派の牧師の娘であった。まず彼の周囲には宗教改革の雰囲気がいっぱいあったことを念頭に置いておこう。十人の子供のうち八名までがベストで亡くなったが、末から二番目のヘルマンは辛うじて命をとりとめ、以後病弱な幼年時代をすごす。そして頭脳は極めて優秀だが健康には余りめぐまれなかったことは、彼の懷疑主義的な性格と無関係ではあるまい。やや遅れてノルデンのラテン語学校に進んだヘルマンは、素晴らしいラテン語の詩を作って教師からリプシウスの跡を継ぐものとして早くから囑望されたという。ブラウンシュヴァイクのヘルムシュテット Helmstedt 大学（一五七六年設立）の哲学部に入学したのは一六二〇年のことである。最初はとくにギリシャ語を学び、間もなく歴史学に進み、同時に自然科学と医学の Collegium（学寮）にも属していたし、ルーターの神学のアリストテレス主義に立つ神学も修めた。一六二四年ベストが流行したため、オランダに移住して、ライデン大学で給費生として学修を続けてゆくが、この地でハインシウス D. Heinsius ヴォシウス Vossius、あるいはグロチウスは放逐されたあとであったがその友人達と交友関係を結び、彼等を通じてオランダのプロテスタント（Remonstranten）の自由を求める改革運動を知ることになったし、とくにライデン大学はアルミニウス J. Arminius (1560-1609) が一六〇三年以来講壇にあった大学であり、カルヴァンの二重予定説を否定して、神の救いは全人類に差しのべられるものであり、人間の自由意志が尊重されねばならないとする教え、すなわちアルミニウス主義が支配的であった。この人文主義的神学はコーリングに大きな影響を与えたと考えられ、以後ルーター派的な考え方を離れ、さればといつて

カルヴァン主義にも組せず、知的な冷静さを失うことなく、キリスト教を倫理的哲學的に把握し、不遜なドグマを排するという、いわばエラスムスの理性的宗教あるいは自然宗教に近い考え方に立つようになり、しかも人文主義的な世界の神格化には情熱を燃やさず、極めて冷静に學問の対象として宗教的なものを見つめようとするのである。彼にとって教会は、他の領邦国家と同じ性質をもつものであり、これを祭祀共同体および制度の社會學的な事実として把握しようとした。コーリングの生活觀は好戰的かつ理想をめざすというタイプではなく、妥協的・寛容的であつたといわれている。ドグマ的な考え方に拘束されることを嫌い、わが身が動きのとれぬようになる宗教上の決斷をしようとはしなかつた。學問上の関心も極めて多角的であり、また既存の學說については批判的態度で接し、そして豊かな洞察力を発揮していったのである。

コーリングの政治學と社會倫理學の基盤は、ヴォルフによる要約に従うなら次のような形而上學的な物の觀方であつた。神の手になるすべての被造物は永遠の姿のままに留まっているのではなく、理性と意志の力は仕事という行爲を通じて真に新しい物を創造してゆく。人間は自分の仕事によって創造をなす。人間は一定の範圍内で自由な創造力を發揮することが可能である。勿論神の全能に疑をもつのではないが、神が手を下さずに置いたり、一義的には啓示していない領域では、人間の諸力のための空間は無限である。人間の歴史は人間が創るのである。このような哲學的プラグマティズムは、神學の面では自然宗教 *naturalis religio* へ、政治的には絶対主義へ、法律的には歴史的事實主義へと駆りたてることになる。まさにコーリングは、ベーコンと似て、現實的な・支配可能なものへの認識行動によつてその研究対象に対決していったのであつた。こうした經驗科學的なアプローチは、自然科學や醫學の學習に

よっても培われたのであり、医学の修得に力を尽し、自然法論に基づく政治論の論文を一六二九年に書く一方で、オランダの大学での医学教授の職を希望している。彼は宗教的に自由なオランダに留ることを願っていたのだが、三一年ドイツのヘルムシュテットに帰らざるを得なかった。まず恩師神学教授カリクストゥス G. Calixtus (1586-1656) の世話で、ブラウンシュヴァイク太公のカンツラーの家庭教師となり、翌年ヘルムシュテット大学の自然哲学と修辞学の教授に就任する糸口を掴んだ。教授就任講演はアリストテレスへの讃辞と題している。スウェーデン軍の進攻によって一時難を逃れたこともあったが、これは三十年戦争の直接的な被害を受けた唯一の経験であった。講義は経験的自然科学の百科全書、アリストテレスの自然学を中心としており、三六年には哲学と医学の博士となり、ブラウンシュヴァイクの副宰相で法学教授シュトゥッケの娘と結婚し、翌年には医学の教授に就任した。四〇年には自然哲学の後継者を得て、四〇年の中ごろから暫くは教授活動の面ではもっぱら解剖学・生理学に集中するようになってゆく。非凡な才能に恵まれたヘルマンは、病弱ながら粘り強く、自らの懐疑的な知的好奇心にまかせて、極めて多くの学問分野を開拓し続けたのであった。人文主義的な学問の基礎に、オランダ改革派の人間の自由意志を尊重と信条の自由を培養土として、彼の総合的な学問が展開されたのであり、そこに自然科学の影響を直接受けた近代的社会科学への曙光をみることが出来る。一六四九年以降、コーンリングは政治顧問としての活動を始める。まず生れ故郷オストフリースランドの女侯の侍医兼枢密顧問に任命され、さらに翌年にはウェーデンのクリスチーナ女王に招聘されて、約一五年間この地に留って枢密顧問として特に外交面で活躍した。六五年、コーンリングのランダースヘルであるブラウンシュヴァイクの太公アウグストスの急な要請により止むを得ず帰国するが、これは彼自身にとって好ましいこと

ではなかった。というのは反皇帝政策を展開するのにはウェーデンの方が都合がよかったからである。ブラウンシュヴァイクの枢密顧問をつとめるかたわらデンマークにも関係をもち、六五年には絶対君主制の原理に基づく憲法 *Lex Regia* の導入に貢献し、デンマーク国王フリードリッヒ三世から一六六九年に年金一〇〇ターレルを与えられている。この間、外交や内政問題について、その実証主義的歴史学の知識に依りながら多く法鑑定を行ない、外交手腕の冴えをみせているが、報酬や利権のままに見解を変えたり、変節のうえ匿名で意見を公表するなど、眉をひそめさせる行動も目につくが、この時代の学識者としては別に珍しいことではない。⁽⁷¹⁾ 彼の時代には、いわゆる民族意識に基づく愛国心といったものを見出すのは難しい。元来、絶対的な権力を把握していると考えられるルイー四世に対しては讃辞を惜しまず、ルイー四世こそヨーロッパの皇帝たるにふさわしい国王であるとし、またロートリンゲンの帰属をめぐる争いについての鑑定では、フランスの主張を支持したりもしている。彼にとってドイツ皇帝ほど無能で忌むしい存在はないのであり、ロートリンゲンがフランスのものだといえれば多額の報酬が期待出来ると予測したのである。現にルイー四世は、六四年以来一〇〇ターレルの年金を与えるのである。⁽⁷²⁾

このようなコーリングの履歴を通じてまず注目すべきことは、終始反皇帝的な立場に立つ領邦君主や国王の側に在ったことである。勿論それは宗教上の問題に端を発しているが、元来のルター派からさらにアルミニウス派の影響を受け、普遍的な自然宗教に近づき、宗派的なドグマに拘束されることを好まなかったコーリングにとって、それは副次的問題にすぎなかった。それよりは、三十年戦争を通じていよいよ強まったハプスブルク皇帝への嫌悪感は、彼の政治理論によっても裏打ちされていたのである。すでに記したように、彼の神学理論は、絶対的な力としての神

を前提としつつ、人間の力による創造力を認めていた。力は神的なものとされ、それは政治的なものと理解された。こうした考え方は力のみが支配者に正当性を与えるというマキャベリの思想に近づくことになる。實際上の力を失ってしまった帝国は無意味なものであり、真に創造的な政治力が発揮される源泉は正義ではなく、国家理性であって、この国家理性が欠くべからざるものであるという根拠は、人間の本性の原罪による劣性であるとし、力ある絶対君主こそ望ましいものであると考え、現在最も強大な支配者であるフランス国王ルイ一四世こそ、世界帝国の盟主たるべきではないか、と述べている。このように彼の権力政治哲学では、民族主義的あるいは国民主義的感覚はなく、現実的な支配の合理化こそが重要なこととされ、実証的歴史学の方法によってそれを証明することこそ、歴史学の課題であった。彼が残した論文は、神学自然科学（医学を含む）以外のもので六〇を数えるが、そのなかには、以上のような発想が筆をとらせた歴史―政治的な論文が多く見出され、帝国国制史・帝国法制史についての歴史批判的な研究⁽⁷⁴⁾がその中心を形成しているといつてよいであろう。こうして今や法の問題が初めて歴史学の対象とされるに至ったのであるが、彼の晩年はおっぱら政治上の実務に費され、君侯の顧問としての外交活動、学識者としての法鑑定に情熱を燃やしたのであり、法史学をさらに発展させることには殆んど興味を示さなかった。⁽⁷⁵⁾確かに法史学の歴史において彼の研究とくに『ゲルマン法の起源について』*De Origine iuris Germanici*, 1643⁽⁷⁶⁾は、嚆矢として位置づけられるべきものには違いないし、この著作が後世に与えた影響はかなり大きなものではあるが、実はコーンリングの実践的政治学の一部をなしていたにすぎないのである。コーンリングはもともと法学者ではなかったし、また後述するようにもっぱら帝国・皇帝の普遍的な権威を実証的に否定し、流布されている誤った考え方を正して、法の現実の多様性とアナ

ルヒーを確認することを目的としていたのであった。さて以後『ゲルマン法の起源について』を問題にするのであるが、この画期的といわれる論文が書かれた直接の動機も、法学の分野からの刺激によるのではなく、かつての師であり今や同僚となった神学教授カリクストゥスとニーフス（ニフシウス、ノイハウス）B. Nithusの神学上の論争に決着をつけるための論考（Gelegenheitsschrift）であつた。⁽⁷⁸⁾ 政治学的発想に基づきそして神学者の論争を契機として、結果として法史上の初めての研究が生まれたことは、何んとも皮肉な話であるが、こうしたこともヨーロッパ大陸における法律学と法史学の学問的性格を物語っているともいえよう。

『ゲルマン法の起源について』は全体が三五章から成っている。⁽⁷⁹⁾ 第一章の古ゲルマンにおける成文法の不存在からはじまり、各ゴート族、スカンジナビア、ブルグンド、フランク等々の部族法、カピトラリア、オットーネンの時代の世俗法、教会法の状況についての叙述に第一章までが費されている。以下も同様にほぼ時代順に一七世紀にまで及ぶが、ローマ法についての記述は第二〇章にはじめて登場する。ロタール二（三）世以前のイタリアにおいてはローマ法はガリアの場合と同様、完全に排除されなかったが、ユスチニアヌスの法は殆んど實際上適用されていなかったとしてゐる。⁽⁸⁰⁾ 次いで、第二章においては、「一般に、ロタールの命令と権威によってユスチニアヌスの諸法規が法学校に導入されたと説明されているが、これは不確実であるのみならず間違ひである」という表題をかかげている。⁽⁸¹⁾ いうまでもなくこれがロタール伝説に関するイタリアについての反証を行なつた章である。ここで例のカリクストゥスとニーフスの論争について触れている。カリクストゥスは、「ロタール皇帝の命令によってユスチニアヌスの法が法学校と裁判所で復活せしめられたという見解がますます拡まりつつある。しかし古い歴史記述はこの事実を記

していない」としてオットー・フライジング等数多くの例を挙げてこれを否定したのである。⁽⁸²⁾これに対してカトリックに改宗した「嘲笑すべき男」ニーフスは、ボローニャ大学とルーアン大学法学部の鑑定を提示してこれに反論した。⁽⁸³⁾コーンリングはかねてから（一六三八年以来）カリクストゥスの説を講義でも採用しており、ローマ法の慣習法的継受の考え方に立っていた。⁽⁸⁴⁾そこで、この論争に決着をつける意味もあってこの著書を公にすることにしたと序文にも記していることからみても、ロタール伝説に関する叙述がこの著書に占める位置は大きいといわねばならない。

さてコーンリングは、確かにロタールの時代にボローニャ人によってローマ法の講義が始められたことは事実であるが、それが皇帝ロタールの命令によるということについての、信頼すべき史料が存在しないことを証明しようと試みる。すなわちボローニャ大学の鑑定も歴史的記録に基づくものではなく、ただ權威にたよったものでしかない。シゴニウスにしても、ボローニャの古い記録について知識を持たないとし、最も信頼に足るボローニャ史は、イルネリウスがマチルダの要請によってバンデクテンの解釈を始め、初めてバンデクテンの註釈を行なったとのみを記していること、⁽⁸⁵⁾またボローニャでイルネリウスが最初に法を研究した年一一二八年よりロタールのイタリア遠征があとであることなど⁽⁸⁷⁾詳細な反論を展開し、イタリアにおけるユスチニアヌスの法の導入は結局マチルダの要請によることを結論する。⁽⁸⁸⁾

そして第二章においては、ロタールの命令によって他のすべての法が廃止され、ローマ法が排他的に裁判所で適用されたというのも誤りであることを証明するのであるが、その際にはとくに一三世紀においてはランゴバルド法が実際に適用されたことと法学者もその効力を認めていたことを根拠にしている。⁽⁸⁹⁾そしてこの章の末尾（恐らく第三版で

加筆した部分)では、今日全イタリアでは、ローマ法の遵守のみが義務づけられているのではなく、ヴェネチアのように、第一次的に慣習と条例が、たとえそれがローマ法の原則に反するものであっても、適用されるとして、前に取り上げたアーサー・ダックの著作からの引用を行なっている。⁽⁹⁰⁾そして真の歴史的経緯についての説明が第二三章⁽⁹¹⁾でなされる。とにかくロタールの時代にローマ法が不思議なことに有効になり始めたことは事実であるが、皇帝の命令によらずに如何にして可能になったという問いに対して次のよう答えている。まずイタリアではローマ法の学問が完全に絶えることがなかったが、マチルダの勧めもあってイルネリウスによって復活され、その内容が立派であったことから、人々の注目をひき、皇帝法による裁判所への導入を全く必要とはせず⁽⁹²⁾にしだいに実務において用いられるに至ったのである、すなわち慣習法的に継受されたと主張している。

さてドイツについての問題は第二章以降で取扱われる。まずこの章は、「ローマ法はロタール皇帝によってドイツ(ゲルマニア)に導入されたのではない。ローマ法は一三世紀にフランスとスペインには浸透した。」と題され、中世ドイツにおけるローマ法の適用が殆んどみられなかったことを証明している。すなわち、ロタール時代のドイツの裁判所でローマ法が継受されたという事実についての相当古い記録や証拠はない⁽⁹³⁾として、再度ロタールの命令を否定している。そして一五世紀以前にはドイツにおいては博士の称号をもつ法学識者は存在せず、ローマ法が適用されることもなかったとする。⁽⁹⁴⁾一方、一二世紀以後のドイツにおける法の状況について、ローマ法でもなく、またそのほかの成文法でもない慣習の存在が指摘され、さらにザクセンにおいて慣習が採録されザクセンシュピールが編纂されたこと、またその他の地域でもゲルマン人全体を通じて新しい諸成文法があり、それらの効力は一五〇〇年よりあ

との時代まで殆んど損われることはなかったと述べる⁽⁹⁵⁾。そしてスペインにおけるアルフォンソ王による七部法典でのローマ法の採用を取り上げ、またフランスについては教皇ホノリウス三世によるローマ法学禁止などにも触れながら、結局一四世紀の初頭にはローマ法がフランス全土に普及した *pervasi* とみる⁽⁹⁶⁾。しかしこれも漸進的な進展の結果であり、ローマ法による地域特別法の排除を意味しないことをブダエウス *Budaeus* を引用して説明している⁽⁹⁷⁾。一方、ドイツにおけるローマ法普及の時期を一五世紀とし、メランヒトンを批判しつつ「イタリアのみならずドイツの裁判所にローマ法がロタール皇帝によって導入された」とするのは寓話であることを強調している⁽⁹⁸⁾。その後の数章においてはフリードリッヒ一世時代からマクシミリアン一世までの帝国法の状態、自由な諸侯の条例、教会法、主な都市法、ザクセンシュビーゲル・シュヴァーベンシュビーゲル等の成文法などが失われることなく実定法として適用されていたことを明示し、ランゴバルド封建法についての叙述の後、「如何にしてそしてどれ程ローマ法とランゴバルド封建法がドイツの大学と裁判所に継受されたか⁽¹⁰⁰⁾」を問題とする(第三章)。その前章では、これらの法を最初にドイツにもたらしたのは法学識者であることを *Goldastus* が編纂した *Reichsatzung* を史料として皇帝ジグスムンドの時代から跡づけているが、ローマ法を学んだ法学者が進出しても各地方の国有法が存在したことを強調するのである。

ドイツにおけるローマ法継受についての説明では、まず一四九五年の帝室裁判所の設立までは、皇帝が古い立法やドイツ人の法を廃止したり、代りに別の法を適用するべく命じたためしはないというシュバイヤー年代記からの引用を行ない⁽¹⁰²⁾、固有立法や慣習法の適用が、ジグスムンドの王室裁判所規則に規定されていたことも付言している⁽¹⁰³⁾。さらに帝室裁判所規則においても、その可能性は失われていない点に注目し、その後の規則の改正でもこの条項「堅実

にして適切な慣習・条例」が適用され得るということを具体的に明らかにしている。地方においても同様であってこれまで皇帝立法によって、従来の地方的慣習や法規が廃止または制限されたことはない。⁽⁹⁴⁾ それにもかかわらずローマ法が法の知識豊かな法学識者によって導入された。したがって、それは慣習的に継受されたことは疑いないと。なおもコーリングは地元ブラウンシュヴァイクの宮廷裁判所規則 *Wolfenbüttelehe Hoff-Gerichtsordnung* が、帝国の命令ではなく全く独自に制定されたことに触れつつ、そこで適用される法として皇帝成文法（普通法）、帝国及びラント議会決議および健全な理性的な慣習が規定されていることを示している。⁽⁹⁵⁾ このようにして皇帝の命令によるローマ法の包括的継受の事実がないことを証明したうえ、ダックの見解について二つの点を反論している。すなわち、ダックがドイツでは条例制定権が認められていないと述べているのは誤りであり、またドイツ帝国におけるローマ法の効力は必然的にローマ帝国の至上権に基づくとするのも間違いである。⁽⁹⁶⁾ かくして結論として次のように述べている。

「確かに他国の人々と同じくドイツ人もローマ法に拘束されることがあるが、ローマ帝国の威厳が今なおわれわれの上に聳え立っているから、われわれがローマ法と繋りを有しているのではなく、最も自由な裁量により慣習法的に受け容れたのであり、勿論それがさまざまな訴訟において多くの利益を与えていることが見受けられる」⁽⁹⁷⁾

このようにコーリングは一二世紀イタリアにおけるローマ法学の開始時期について、当時としては極めて綿密な実証的方法によっていわゆるロタール皇帝の命令によるローマ法導入の事実がないことを証明し、これを一つの伝説の地位におとしたのである。彼はローマ法Ⅱ普通法から皇帝の權威を取り去ったのであるが、事実についてもドイツではローマ法が普遍的妥当性をもたないことを強調している。それは裏をかえせば固有法Ⅱ地域特別法の存在、諸

裁判所における適用可能性を確認することであつた。彼は普通法も地域特別法も共にドイツにおける実定法であることを示し、両者が本来的には慣習法であると考え、全く同一の次元に並べた結果となつた。彼の目に映じた一七世紀前半のドイツにおける法の状態は、普通法と諸地域特別法によつて形成される多元的な構成であつた。彼には一七世紀ゲルマニストのもつていた法の民族性についての認識が稀薄であつたと考えられるから、その法律観を二元的というのははばかれる。勿論コーリングの反皇帝的な態度から派生したと思われるローマ法に対する消極的な考え方があることも事実である。⁽¹⁰⁾しかしながら、また当時の実務において支配的であつたローマ法を完全に無視するということは、彼の論理からは出てこない。普通法もまた慣習法的な意味において妥当性を有していたからである。彼はいう「若し世俗諸侯のそれぞれの権威が、法規において定められ、神聖なものとしてうまく保持されるなら、ユスチニアヌスの法規のみがわがドイツ人すべてを拘束すると信じている馬鹿な連中は排斥される。これまで、君主の自由と公共善は良き法規によつて十分に保護されてきたと考えられる。」⁽¹¹⁾この非常に強い表現で主張される領邦主義も、ローマ法を全面的に排除することを意味しない。彼の立法論(第三五章)においても、普通法の役割を十分に認めている。⁽¹²⁾ともかくコーリングの論証は、一七世紀後半以降のドイツにおける法源論に重大な影響をもたらすことになる。もはや皇帝の権威を背景とする普通法理念は崩壊したが、伝統的な法律学によつて支えられた「普通法」の実務支配はなお極めて根強いものがあつた。こうした基盤をもとに、法学者は「ローマ法の包括的継受」Rezeption in comp. lexuの否定を前提として、自由に地域特別法を法律学のなかに導入し、これを法律学的な概念によつて加工を加えてゆく。これが典型的なローマ法の現代的慣用 Usus modernus Pandectarum であり、開かれた形でドイツにおける

学識法の発展が開始されてゆく。⁽¹²⁾そして一方ではローマ法的要素を排して、共通な固有法の編成の努力もなされてゆくのであり、自然法理論とも交錯して、一七世紀後半から一八世紀におけるドイツ法学は極めて複雑な様相を呈するのであるが、これらの諸問題は次稿に譲りたい。

- (1) Vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. S. 422f. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, S. 149ff. H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*; in *Ius Commune*, I, S. 1f. 拙稿「ヨーロッパ近世私法史学の動向と課題」一橋論叢'五四—三'同「Rezeption 論・視角の展開」一橋論叢'五〇—六など参照。

- (2) 拙稿「ヨーロッパ近世私法史学の動向と課題」一橋論叢'五四—三'。Vgl. F. Wieacker, a. a. O., S. 131f. P. Koschaker, *das a. a. O.*, S. 232ff. H. Coing, *Die ursprüngliche Einheit des europäischen Rechts*, 1960, ders. *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*; in *Ius Commune* I, 1967, S. 1ff.

- (3) 世良晃志郎『『ゲルマン法』の概念について』、歴史学方法論の諸問題'一五三頁以下所収、この論文は一九五四—五年に発表された。ここで主張された要点は次のようなことと理解される。歴史法学派以前は、いわゆるゲルマン法を研究した学者達——その多くは法実務家でもあった——はローマ法を一方的に排斥するようなことはなく、歴史法学派の民族精神論によって純粹に民族的な法が追究された。ロマニストはもっぱら古典ローマ法を研究したが、そこで非ローマ法を排除したうえでドイツ近代法のドグマ形成へと向う。この近代法ドグマへの志向こそが、歴史法学派に元来本質的なものとして内在していたブラグマティズムである。ロマニストによって排斥された非ローマ法は、文字通りのゲルマン民族の法すなわちゲルマン法の概念のもとに把握され、ゲルマニステンによってローマ法と対抗するものあるいはこれを排除するものとして、

同じく近代法ドグマ形成のための基礎概念の役割を果たしてゆく。この概念のもとに把握された法は中世の封建制下の法であり、民族的な法というより中世法なのであって、ゲルマン法の発展という考え方は非歴史的である。このようにゲルマン法概念は、一九世紀の歴史法学がドグマティクの奴婢としての機能に甘んじ、真の法史研究を発展させることがなかった時代の鬼子である。したがって、この概念は法史分析の要具としては不適当である。

(4) Coing, a. a. O., S. 7ff. Wiacker, a. a. O., S. 111.

(5) Juristenecht, Professorenrecht じゅりすとは Koshaker, a. a. O., S. 164f. u. S. 211f. 上山安敏「法社会史」四頁以下を参照。

(6) マックス・ウェーバーはその法社会学において、「しかし後期ローマや中世の人たちが問題にしていたのは常に、普遍的な妥当力を要求する合理的な法と、現存の地方（または民族的な）法との間の調整という類型的な問題であった。……イギリスにおいてはコモン・ローの全国法 (lex terrae) と地方法との対立が、大陸においては、継受されたローマ法と民族法との関係が問題になっていたのである。普遍法に抵抗したこれらの地方特別法だけが、法律家によって右の〔慣習法の〕定義の中に入れられ……」(世良訳、二七〇頁。)

(7) ウェーバー、世良訳『法社会学』四三三頁以下参照。

(8) ヨーロッパおよびアメリカも含めた西ヨーロッパ社会における身分的・地域的な性格を歴史的な面から指摘したものとじゅりすとは D. Gerhard, Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte: HZ, 174 (1952), S. 303 ff. が注目すべき論文である。

(9) 増田四郎教授はかねてからヨーロッパ社会史における特色として個別的なもののもつ意義を重視されているが、「世界帝国原理の否定ないし克服が、中世および近世をふくむ西ヨーロッパ史全体を通じ、絶えず押しすすめられてきた社会発展

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

ないし社会変革の結果であり……これを支える社会意識を、抽象的な表現でいうならば、それは政治権力におけるユニヴァーサルなもの、画一的なものに抵抗するインディヴィデュアルなもの、個性あるもののいわばオフィシアルなたちでの自己主張の精神であったと考えられる。」(思想、一九七五年1、六頁)と最近も述べられている。

- (10) ドイツにおける人文主義的法学者として名高いツァジウス U. Zasius については拙稿「ウールリッヒ・ツァジウスの『人文主義的』法律学について」(一橋大学人文科学研究15、四九頁以下参照)。

- (11) F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer*, 1959, S. 90. Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, 1880, S. 273ff.

- (12) Stintzing-Landsberg, a. a. O., S. 285f. vgl. N. Hammerstein, *Jus und Historie*, 1972, S. 35f. なきメランクトンの法律論について専門的な研究は G. Kisch, *Melanchthons Rechts- und Soziallehre*, 1967 が唯一のものとしてある。この著書には例によってメラニヒトンの原著の主要な部分の再録が付録の形で加えられており、本稿でもこれを引用している。

- (13) Kisch, *Melanchthon*, S. 48.

- (14) Kisch, *Melanchthon*, S. 120. vgl. *Melanchthonis oratio de dignitate legum*, 1538; Kisch, a. a. O., *Anhang*, S. 222.

- (15) Kisch, a. a. O., S. 122.

- (16) Vgl. F. Wieacker, *Humanismus und Rezeption*, in: *Begründer und Bewahrer*, S. 86 ff.

- (17) Vgl. Stintzing, a. a. O., I, 273-83 H. Liemann, *Zur Geschichte des Naturrechts in der evangelischen Kirche: in Festschrift für A. Bertholet*, 1950, S. 296 f.

- (21) トーヌマンの語に『vgl. F. Wieacker, Humanismus und Rezeption: Eine Studie zu Johannes Apels Dialogus oder Isagoge per dialogum in IV libros Institutionum, in derselbe, Gründer und Bewahrer, 1959, S. 44 ff. 叙にエーレンベルクの出身で元来はカノニスト、ウイテンベルクで教授、ローザンのメルネリット太公の宰相としてターニエスベルクに勤務。後ニハレンベルク都市裁判所判事。』
- (19) トーヌマンの書保の oratio (叙編) De legibus oratio Philippi Melancthonis, 1523-24 に『Deinde in legibus omnibus res cogit brevitatem addecare, ut animus facilius infigi possit tanquam brevia ἀποφύγματα. Sed ogganunt adversarii, obruta esse omnia et conspurcata sordidis interpretum commentariis. Ego vero Romanis legibus patrocinator, non neotericis interpretibus, quorum, si prodesse voluere, laudandus est conatus.』……と云ふ。 Kisch, Melancthon, Anhang I, S. 205.
- (20) Kisch, Melancthon, S. 127 f. のカトリックの良識をキマンに『D. 1. 1. 2. 2 に無双に云ふ。』
- (21) Vgl. Wieacker, a. a. O., S. 90.
- (22) ローターの語に『この語に語に Ernst v. Moeller, Hermann Conring, der Vorkämpfer des deutschen Rechts, in Quellen u. Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, Bd. 31, 1915 著に Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, III, S. 97 ff. 云ふ。』
- (23) Chronicon Carionis Philippicum に『最初はドイツ語で 1533 年ウイテンベルクで刊行された。 Chronica durch Magistrum Johan Carion, vleisig zusammen gezogen, meniglich nützlich zu lesen, M. D. XXXII 年刊の書に云ふ。』その後一五五八年から一六〇年にラテン語訳が出た多くの版を重ねた云々云々。 vgl. Kisch, Melancthon, S. 141, Am 23. und S. 157 ff.

- (24) カリオン年代記についての最も權威ある研究書 G. Münch, Das Chronicon Carionis Philippicum: Ein Beitrag zur Würdigung Melancthon's als Historiker, im Jahrbuch, Sachsen und Anhalt", I, Magdeburg 1925, S. 199-283. および最近この問題に言及した R. Stupperich, Der unbekannte Melancthon, Stuttgart 1961, S. 78 には「方法上の観点からのみならず、事実的關係からいっても、メランヒオンはこの著作の本来の著者である。」と記しているところ。vgl. Kisch, Melancthon, S. 141, Anm. 23. またローニンベのメランヒオンへの年代記との關係を知つた。三一頁参照。

- (25) 拙稿「フリードリヒ ヘルンロツサといふゆるローマ法の理論的継受」一橋大学法学研究の、一二三五頁以下参照。

- (26) ドイツ語版(一五三二年)から問題の箇所を引用すると「Lotharius wird sehr gelobet nicht allein von wegen seiner krieg, dadurch er Deuschland vnd Italien zu frieden bracht hat, sondern auch das er Religion vnd recht sehr lieb gehabt hat. Zu seiner zeit ist ein gelart man genannt Wernherus, den Accursius oft nennt Irnerius, im Reich inn Italia gewesen bey der Fürstin Mechtildis, der hat die Römische rechtbücher inn Bibliotheken gefunden vnd wider an das liecht bracht. Die hat Lotharius befohlen inn Schulen zu lesen vnd widerumb darnach zu sprechen inn Keisarlichen gericht. Also ist dieser edel schatz wider herfur komen, daraus viel guts gefolget, nemlich das man widerumb ein vennüfftig recht inn gantzen Europa hat.」(27) 以下の「第四の帯国」の章。

「ローマ法はいくたび現われたか」という項目の冒頭に書かれている。Kisch, Melancthon, S. 157f. より引用。

- (27) いうまでもなくイルネリウスがコンスタンチノーブルに学んだ経験がないことはフィティングやカントロウィツの研究によつて常識となつてゐる。vgl. H. Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna, 1888, S. 89-101. サヴィリもメランヒオンには依つていないが、かつてそのようになつたと述べたところ Savigny, G. d. röm. R. IV, 2.

っており、「ロータール皇帝の命令」を収めてはならぬ。MGH Scriptores, XXIII, S. 342, 29 f.

(31) Vgl. Kisch, Melanchthon, S. 136 ff. Oratio de Irnerio et Bartolo

(32) Vgl. N. Hammerstein, Jus und Historie, 1972, S. 33 f.

(33) Wolf, H. Conring, in Große Rechtsdenker Deutschlands, 3. Aufl. S. 233.

(34) 増田前掲論文、七頁。

(35) ウェーバー・世良訳『法社会学』一八四頁及び訳註(三)参照。

(36) いわゆるローマ法学の復興は一二世紀初頭イタリアのボローニャにおいてイルネリウスによってなされ、註釈学派によって神学的方法による法原典の釈義学が発展してゆく。ランゴバルド法あるいはローマ古法を基礎とする慣習法によって支配されていた当時のイタリア都市において、法学者の「ローマ法」が実務上適用されるに至ったのは註訳学派時代の末期と考えられるが、都市固有の条例との関係を法学理論上どのように解決するかは重要な論点となる。これが条例(優先)理論 Statuentheorie であるが、この理論の有する二つの側面、一つは条例相互の関係、他は普通法と条例との関係のうち後者がここでは問題となる。この理論の成立・発展については、現在のところ体系的研究書は見当たらないが、都市ローマネにおける統一的風地法 lex terrae としての条例の制定権限についての理論は都市ローマネ権力の発展に密接に関連があるので、せなから推測せざるを得ない。Vgl. W. Engelmann, Die Wiedergeburt der römischen Rechtskultur im 12. Jahrhundert, S. 139 ff. W. Trusen, Römisches und partikulares Recht in der Rezeptionszeit; in Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag, 1970, S. 98 ff. なお拙稿「ランゴ立憲と法学者」一橋論叢 七二—四、五頁以下参照。バルトールヌスの条例優先理論については、佐々木有司「中世イタリアにおける普通法の研究」法協八四—四、三〇頁以下参照。

(37) Vgl. N. Horn, Aegutius in den Lehren des Baldus, S. 76 f. 'casus est omisus a statuto, et sic stabimus iuris

communi' (Baldus, ad C. 6. 28. 4, n. 6.)

(38) 'statuta sunt stricte interpretanda.' 中世イタリヤ法学者ロマンヤーナの Albericus a Rosate, Tractatus utriusque iuris, Tom. II, De statutis にあらわれたのが最初といわれている。ドイツでも多くの学者がこれを受けつづけた。例えば法典にもらわれた例として、サクセンラント法 Constitutionen (1572) 一一四五は 'Alldieweilen aber die Sachliche Rechte hierinne etwas unklar u. soviel möglich nach gemeinen Rechten sollen interpretiert werden, so haben……' の規定が挙げられて (vgl. Stobbe, G. dt. RQ. II, S. 121, u. S. 374.)

(39) Trusen, a. a. O., S. 102f.

(40) 地域特別法が慣習の形態で存在する場合が多かった当時のドイツにおいて、慣習 consuetudo の位置づけは非常に重要であった。そこで条例は願望や意思によって明示されたものであり、慣習は人人の暗黙の同意によるものと解され、成文法規 Gesetz と慣習は同じ効力をもつと解された。しかし慣習は契約とは区別され、慣習は黙示の合意とするローマ法の理論の影響もあって、契約が優先するものと考えられた。また慣習形成の権限は、註解学派と同じく条例制定権を有する上級の団体にのみこれを認め、独立性をもたぬ小さな団体については、上級団体の許可を必要とした。家族についてもそれが貴族 Adel であり裁判権 iurisdiclio をもつものには慣習法あるいは条例の制定権が認められた。またどの程度持続すればそれが慣習として認定されるのかという点では一般的に時効理論の一〇年が類推適用されている。以上の理論はすべてが註解学派及び教会法学者の理論を採用したものである。S. Bric, Die Stellung der deutschen Rechtsgelenten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht: in Festgabe f. F. Dahn, S. 134 ff.

(41) O Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II, S. 88.

(42) 拙稿「帝室裁判所規則（一四九五年）の成立」一橋論叢、六八一四、九頁参照。nach des Reichs und gemeinen

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

Rechten, auch nach redlichen, erbaren, und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheyten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sie bracht werden.'

- (43) この法典の前文はこの法典の施行法の意味をもつが、有名な留保条項もここに規定されている。しかしこの条項は、皇帝法であるこの法典の補充性を規定しているとは必ずしもいえない。帝国等族はこの法典の内容と精神に反しない限り、彼等の古きラント法を適用し得るという条件を付しており、二一八条には一連の地方法の濫用例が挙げられ、その排除が規定されている。E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. S. 132.

- (44) 当然各地から非難の声が上がりその例は非常に多いが、一つの例として一五五五年リューベックの参事会は、リューベックの事件をリューベック法によらずに普通法によって帝室裁判所が裁判したことについて、極めて強い抗議を行ない、われわれが適用することを好まない皇帝法であつて苦しめぬようにと請願している。(Stobbe, a. a. O., S. 89.) vgl. Trusen, a. a. O., S. 110.

- (45) フライブルク改革都市法については、拙稿「ウールリンヒ・ツァジウスの人文主義的法律学について」、『一橋大学人文科学研究』15、八九頁以下参照。vgl. Weacker, PRG. 2. Aufl. S. 189 ff. Stobbe, a. a. O. 279 ff.

- (46) S. Brie, a. a. O., S. 14 O. Anm. 52.

- (47) statutum in favorem principum, 86 vgl. K. Kroeschell, DRG, 1, S. 294 f.

- (48) 極端なローマ法化の例としてはウォルムス改革都市法(一四九九)、『普通法の盲目的な採用を排した例としてはフライブルク改革都市法(一五二〇)』、固有慣習法の整理を行ない得なかった例はヴェルテムベルクであり、草案段階にとどまつたものとしてはブランデンブルクの場合(拙稿「ラント立法と法学者」参照)があり、いわゆる継受立法の内容はさまざまである。

(9) H. Thiene, *Statutrecht und Rezeption*: in *Festschrift Guido Kisch*, 1955, S. 77 f.

(50) Thiene, a. a. O., S. 74.

(51) S. Brie, a. a. O., S. 164. ただブリーが「法の統一が可能だった。」と述べている点の問題がないわけではない。それは普通法あるいは学識者の法が圧倒的に適用され、条例優先理論によって本来地域特別法が効力をもっているような場合でもそれが無視されたという意味に理解すべきであろう。

(52) 'Qui habet regulam iuris communis pro se, habet intentionem fundatam donec.....consuetudo vel statutum contrarium probetur.' Wesenbeck, *Consilia*, 1619 Wittenberg, CCV, num. 35. (Brie, a. a. O., S. 164. Anm. 164.) この原則はラウターベック・Lauterbach によつて一六六二年に初めて理論化をなした。Vgl. Stintzing, a. a. O., I, 186 II, S. 19, Stobbe, a. a. O., S. 115 f.

(53) 前掲拙稿「ウールリッヒ・ツァビュスの人文主義的法律学について」を参照。

(54) ホニファチウス・アーメルバッハの息子、法律学をバーゼルに、ついでチュービンゲン、パドア、フルブルジュ等で学び、シュバイヤーの帝室裁判所で実務を修得した、一五六二年にバーゼルで教会法・市民法の教授となり、バンデクテンの講座を父から受け継ぐ。彼の法律学は基本的にはイタリア学風であったといわれる。Vgl. Stintzing, G d dt. RW., I, S. 211 ff.

(55) H. Thiene, a. a. O., S. 74 f. 一六七五年にバーゼル大学法学部のために起草したもので、現在もバーゼル大学図書館にそのオリジナルテキストが保存されている。詳細は Anm. 21 参照。

(56) 'Hoc est ut propter legem Rhodiam receptum neque Romanae leges nauticae quae tum essent tollerentur, neque quominus de iisdem alias leges pro arbitrio suo constituerent, etiam Rhodis legibus contrarias, potestas

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

is adimeretur; ita quoque civitatibus et populis quibus legislatio propria ab Othone primo Germanico Caesare sequentibusque Imperatoribus concessa erat non videtur per Lotharii edictum sublatam esse.' (Thieme, a. a. O., S. 81, Anm. 44.)

(45) 'nullam videri causam, cur adversus iura Romana non possint constitui' (Thieme, a. a. O., S. 82)

(48) Thieme, a. a. O., S. 79 f.

(50) Thieme, a. a. O., S. 80. 'Nam ius quidem Romanum subsidiarii auxilii quodammodo ut diximus nomine a Lothario reductum videtur, ut quae statutis aliquin singulorum et legibus non forent nominatim expressa, definiret, non autem, ut indistincte ad sui observationem populos invitos et repugnantes astringeret. Basilius Amerbach.' (Thieme, a. a. O., S. 69.)

(59) イギリスのロー法学者で一六〇四年オックスフォードの All Souls College に入学ロー法を学び、一六一四年ドクタズ・ロレンズのメンバーとなる。一三三年以降は軍務伯裁判所の advocatus regis の職、さらに一七八年ロンドン司教区の大法官になってからは教会の高職を務めた。四五年には大法官府主事に任命されている。議会と国王との抗争に際しては、国王の側についていたが、政治状況の推移からみて、国王によるロー法の導入については悲観的であった。ヨーロッパにおけるロー法についての知識は、革命時にオックスフォードに帰り、このサー・トーマス・ボルドリーが一六世紀末から収集した大学図書館の蔵書によったものである。彼は古代の法律学以外の文献をも渉猟して豊かな人文主義的教養を身につけ、註解学派の歴史的な感覚の欠如を批判をしてゐる。Vgl. N. Horn, Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck. in Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1972, S. 179 f. 以下。

(60) De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominis Principum Christianorum Libri duo はタマク

去の直前に完成した。第一版がロンドンで出版されたのは一六五二年で、第二版以降は一六五四年オランダのライデンで出版され、七九年と八九年には再びロンドンから出されている。八九年にはフランス語訳がバリで、英訳本は一七二四年になって初めて出されるなど、ヨーロッパ的な名声を博するに至っている。

(62) コーリングのほうは『ゲルマン法の起源について』の第三版(一六六五年)で、ダックのこの著作を引用し、ドイツにおけるローマ法の状況についてのダックの説を批判している。このこともダックの書物がかなり普及していたことを物語るものである。なお三二頁を参照。

(63) Horn, a. a. O., S. 180.

(64) Horn, a. a. O., S. 172 f.

(65) 'In eo vero omnes Consentunt, reliquos Principes Europaeos a Potestate Romani Imperii se exemisse, et Libertatem acquisivisse ex variis Titulis……' (Lib. II, cap. 2. n. 4: Horn, a. a. O., S. 175, Anm. 21.)

(66) 'Ex his omnibus consequens est Leges Romanas nullam habere auctoritatem in Gallia ex postestate Imperii Romani sed ex Imperio Rationis, easdem que ex solo Regum consensu admissas.' (Lib. II, cap. 5. n. 9: Horn, a. a. O., S. 176.)

(67) 'Dum vero de Auctoritate Legum Romanarum in Hispania agimus, illud Hispanorum et reliquarum Europae gentium consensu receptum est, Reges Hispanorum nullo modo subesse Romano Imperio, sed esse Principes supremos et sui juris, Legibusque Romanis non adstringi, eadem in Hispania non ex vi Sanctionis et Imperii, sed ex eorum Justitia et Ratione receptas fuisse.' (Lib. II, cap. 6. n. 9, Horn, ebenda.) ローマ法を制定したローマの法に導入された例としてホルトガルを挙げてゐる。また全ヨーロッパ法を直接採用していないデンマークのような国について

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

も修道院やラテン語学、あるいはイタリヤやフランスに学んだ法學生によつてローマ法の影響がみられるとして、これがデンマークの立法にあつたといふのである。

- (38) 'Tanta etiam est juris Civilis Romanorum in Germania Auctoritas, ut licet in omnibus aliis Regnis Dominisque concessa fuit iure Romano potestas condendi statuta de iure Civili derogantia,.....Princeps tamen et Civitates Germaniae non possunt statuere contra Prohibitionem juris Caesarii.' (Lib. II, cap. 2. n. 18: Horn, a. a. O., S. 177. Anm. 28.)

- (39) 'Ista vero Statuta Saxonica, Lubecensia, Culmensia et alia quaecunque Germanica, secundum Jus Civile Romanorum intelliguntur, et ab eo Interpretationem recipiunt.....Statuta cum Juri Romano derogant esse strictissime interpretanda, et non extendi posse ad Casus in iisdem non expressos, in iisdem evitandam esse omnem Juris Communi Correctionem, Eandaque per jus Commune solum interpretaenda et intelligenda esse.' (l. c. n. 17: Horn, a. a. O., Anm. 30.) など註(38)参照。

- (70) ノーハントス・ビュルデフ・カントル E. Wolf, Die Große Rechtsdenker Deutschlands, 3. Aufl. 7. Kap. Hermann Conring, H. Brechlau, Conring: ADB, 4. Bd., 1876, S. 446-451. M. Schmidt, Vita Hermannii Conringii: Conringii Opera, tom. I, 1730. O. Stobbe, Hermann Conring: Begründer der deutschen Rechtsgeschichte, 1870, S. 8 f.

- (71) Stobbe, Conring, S. 20.

- (72) Wolf, a. a. O., S. 241 f.

- (73) 神学と自然科学関係のものを除く六〇編の論文は、一ヤリ〇廿 I. G. Goebelum によつて集大成されブラウンシュヴァイクで六巻本(七冊)として公刊された。これが Hermannii Conringii Opera, tom. I-VI. である。

(74) コーンリングは、ライデン時代にオランダにおける教養ある豊かな市民によって担われた共和国の政治制度に興味を持ち、グロテウスの自然法論とハインシウスのアリストテレス政治学輯義に影響を受けて *Disputatio de morali prudentia* を一六二九年に書いている。しかし帰国後は専ら帝国国制史に関心を寄せ、公的あるいは私的な講義においてこの問題を探り上げ、ヘルムシュテットで聴講した政治学者 Jacobus Lampadius と引き続き交友を深めたことが直接の刺激となったといわれている。この三〇年代に『*De Republica Romano-Germanica*』という論文を太公顧問の依頼で書き、また帝国国制の起源を追究するため、Christoph Lehmann の『*シュバイヤー年代記*』(一六二二)を熱心に読み、四〇年になって後も『*Status Republicae Germanicae*』、『*Tacitus Germania*』、アリストテレスの『*政治学*』の講義を行なっている。しかしこの分野における非常に重要な著作は、一六四三年の『*ゲルマン法の起源について*』であり、さらに歴史研究により彼の帝国における国制や法に対する政治的な態度を明確に主張したものととして、『*ゲルマン人達のローマ帝国について*』(*De Germanorum Imperio Romano*, 1643)と『ロープ・ヤンセン帝国の諸目的について』(*De Finibus Imperii Romano-Germanici*, 1654)を特に挙げることが出来る。vgl. Wolf, S. 228 u. 238.

(75) E. v. Meoeller, *Die Trennung der deutschen und der römischen Rechtsgeschichte*, 1905, S. 11. 大学の講座として法史学を設置する意図ももたなかった。Stobbe, *Conting.* S. 19.

(76) この著書はコーンリングの生前一六四三年に単行本として初版がヘルムシュテットで刊行された。第二版は一六四九年、第三版は一六六五年に出されているが、四九年以後コーンリング自身によって七編の補論が付加されている。現在この補論はコーンリング全集の第六巻の本論の次に編集されている。本論本文はフォリオ版約一〇〇頁である。本論文では一七三〇年ゴエベリウス編の全集第六巻所収のものをを用いた。この全集版の第三章に、ドイツ各地の現行地方立法法(ラント法・都市法等)のかなり詳しい一覧表が付されているが、これは編集者が一七三〇年時点での状況に基づいて付加したものである。

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

である。

- (77) Stobbe, *Conring*, S. 5. Moeller, L. C. u. S. 13.
- (78) Moeller, L. c. のロム法に於ける法學の歴史 (Stobbe, *Conring*, S. 14.) *Conringi Operum*, VI, p. 78.
- (79) 内容の概観は Stintzing, G d dt. RW, II, S. 173 f.
- (80) Cap. XX, Ante Lotharium II. usum aliquem Juris Justiniani in Italia superfuisset. (*Conringi Operum*, VI, p. 132.) vgl. Stintzing, G. d. dt. RW, II, S. 174.
- (81) Quod vulgo afferitur, Justinianas leges, in scholas Lotharii jussu & auctoritate esse reductus, id est non tantum incertum sed & falsum esse. (*Operum*, tom., VI, p. 88 et 125.)
- (82) *Operum*, VI, p. 135.
- (83) L. c. et. p. 143. vgl. Wolf, *Conring*, S. 233.
- (84) ロターの勅法によるロー法継受については、一七世紀に入ると疑が持たれるようになった。レーマン Christoph Lehmann のシントニヤー年代記 (一六二二年) やリンデンブローグ F. Lindenbrog の Codex legum Antiquarum 古法集成 (一六一三年) ではすでに反論が提示されていた。とくに前者をローリングは精読していたからその影響を受けたのである。Wolf, *Conring*, S. 233.
- (85) *Operum*, VI, p. 135.
- (86) 'Imo in argumento historiae anni MCII. haec verba habetur: *Inverius Philosophum Bononiae docens. Mathidis negatu Pandectas interpretari coepit, & primus glossas in eas scripsit.*' (*operum*, VI, p. 136.)
- (87) *Operum*, VI, p. 139. むしろベンチタチンピサ本とロターの関係にも言及してゐる。バルツールズがボローニヤ

における法学研究がロタールの特許状と慣行によって始まった‘quae Bononiae, ubi est studium ex consuetudine privi-legio Lotharii Imper.’と説くところを不審表ひるべきである° (Operum, VI, p. 135.)

(88) Operum, VI, p. 140.

(89) ‘Patrum memoria scripsit Jacobus Spigelius Jctus Historicus praeclarus: Esse quasdam Italiae civitates, quae in hanc usque diem judicia sua ex edictis Langobardorum magis quam ex decretis imperatoris exercent. Item: in Transpadana regione certa capita Langobardicarum legum etianum servari……’ (Operum, VI, p. 142.) Melchioris Goldasti in prolegomenis collectionis consuetud. & legum imperial. verba haec sunt: Franciscus Curtius Junior probaturus leges Langobardorum in disceptandis litibus auctoritatem habere, profert sententias glossatorum utriusque juris, nimirum Accursii……, veterum juris interpretum’ (l. c.)

(90) ‘……quod hodie in omni Italia non nisi mere arbitraria obtineat Romanarum legum observatio, ubi vis primum (ut Venetiis solum) locum consuetudinibus & statutis, quamvis Romano juri maxime adversis, obtinentibus; quod vi veritatis coactus est fateri ipsemet Arthur Duck [de juris civilis Romani auctoritate] l. 2, c. 3. quo nemo auctoritatem Romano juri diligentius conciliavit.’ (l. c.)

(91) Cap. XXIII: Vera historia reducti juris Romani in scholas & fora Italiae. (Operum, VI, p. 142-4.)

(92) Cap. XXIV. Romanas leges non esse a Lothario Caesare in Germaniam introductas: easdem demum seculo decimo tertio in Galliam & Hispaniam penetrasse.

(93) ‘Nam ut de scholis Academicis ne verbulum quidem adferamus,……in fora Germaniae jam Lotharii aetate Romanas leges esse receptas, nullo monumento, nullo testimonio paulo vetustiore traditur.’ (Operum, VI, p. 145.)

- (94) '.....nullum illius juris ante quintum decimum seculum in Germania usum fuisse.' l. (l. c.)
- (95) *Operum*, VI, p. 145.
- (96) *Operum*, VI, p. 146.
- (97) 'ut Praelati & Barones (tertii ordinis iudices) statuerent qui ad quamque jurisdictionem exercendam idonei viderentur: simul ut tres viros deligerent qui in eas regiones mitterentur, quae JURE SCRIPTO utebantur, ut in iis jus dicerent.....Budaei Annotationes ad Pandetas. (*Operum*, VI, p. 146.)
- (98) 'Romani juris usus.....adeoque cum Germaniam seculo tantum decimo quinto pervaserit, manifestum est, quam sit fabulosum illud, de Romano jure non in Italiae tantum, sed & Germaniae judicia a Lothario Caesare traducto' '.....Attamen ipse J. Carion in proprio suo chronico anno 1531. edito (forte tamen & ille libellus est Philippi) iam tum idem narraverat, & memorant idipsum etiam Itali multi recentiores, apud quos nulla vel exigua est Melanchthonis auctoritas.' *Operum*, VI, p. 146.)
- (99) ケルン・リニーエン・ク・マゲデブルク・ヘンブルクの都市法がとてど知らずはらふじや。cap. XXVIII, XXIX.
- (100) Quomodo & in quantum leges Romanae, ut et feudales Langobardicae, in Germaniae scholas & fora sint receptae
- (101) Gap. XXXII. Jus Romanum & feudale Longobardicum, in scholas & fora Germaniae seculi decimo quinto introducta esse.
- (102) Ch Lemanno lib. IV. chron. Spirens. cap. XXI. pag. 337 Verba ejus ita habent. 'In Keiner Historia ist zu finden, daß ein kayser oder König die alten Gesetze und Rechte der Teutschen abgeschaffet oder andere Rechte

an dero statt anzunehmen geboten, bis bey Aufrichtung des Kayserlichen Cammer-Gerichts, die Kayser, Fürsten und Stände des Reichs, nach den beschriebenen gemeinen Rechten alle bürgerliche Streit und Recht-Sachen zu entscheiden……' (Operum, VI, p. 168.)

(91) '……apud Goldastum parte altera Reichssatzungen pag. 99.……und wir ihnen beyderseits ein teutsch Recht mit teutschen Fürsten besetzt hätten, und beyde Theil mit teutschen Fürsprechen fürgestanden, und ihre Sach nach teutschen Rechtens Gewohnheit fůrgelegt hätten……' (Operum, IV, p. 168.) vgl. Zeumer, Quellen sammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung, S. 359

(92) 'Itaque publica quidem constitutione imperii nihil derogatum est moribus ac legibus hactenus per provincias usitatis: ut nihil etiam auctoritatis Romano juri in foris provincialium concessum.' (Operum, VI, p. 170.)

(93) Operum, VI, p. 171.

(94) Operum, VI, p. 171-2.

(95) 'Liquidum enim fecimus, non magis Germanos, quam ullum populum alium legibus Romanis obligari: neque ad Germanos eas pertinere, propterea quia imperii Romani dignitas aliqua adhuc apud nos superest: sed liberimo arbitratu in usum receptas, & quidem nū nisi in quantum visae sunt rebus hujus aut illius status conducere.' (Operum, VI, p. 172.)

(96) 前掲世良論文一五八頁以下参照。

(109) ローマ法の国家法への採用は皇帝の権力を増大するが故に反対の態度をとるし、現にそれがドイツで利用された例は非常に少ないと云ふ de finibus Imperii Germanici, 1654, II, 19, 3 (Operum, I, p. 265) を指摘しよう。Vgl. Wolf,

ドイツにおける中世的普通法理念の高揚と凋落

a. a. O., S. 236.

- (110) Conringii Epistolica p. 35. (Stobbe, Conring, S. 35. Ann. 19.)
- (111) Vgl. Stintzing, G. d. dt. RW. II, S. 176.
- (112) Wieacker, PRG., 2. Aufl. S. 208.

(昭和五〇年三月五日 受理)