

熊本大学法学会発行

熊本法学 第七十五号（一九九三年三月）抜刷

中世的慣習概念をめぐる諸問題

若曾根 健 治

論
説

中世的慣習概念をめぐる諸問題

目
次

- 一 はじめに
- 二 〈慣習と真理〉
- 三 〈規範的法〉
- 四 〈新しい法〉
- 五 むすび

若曾根
健
治

一 ヘルムート・コイニングが一九六七年に近世私法史研究の方法に関する綱領的論文を著わした翌年、カルル・クレッシェルは『十二世紀における法と法概念』⁽²⁾を発表した。西ローマ卑俗法の時代から十二世紀に至る法というコイニングの考察には含まれていなかった時代の法と法概念の発展を扱ったこの論稿は、コイニングの論文と共に法史学界に頗る大きな波紋を投げかけ、ヨーロッパ法史の新しい研究の幕開けを告げたものといっても過言ではない。その論旨は、彼のその後の諸論稿の中においても一部分繰り返されている。⁽³⁾それとほぼ併行して、六世紀から十一世紀に至る法と法概念を対象にし、クレッシェルと研究の目的——〈良き古き法〉の中世法概念を批判の俎⁽¹⁾に載せるという——と、方法——これについては左述を参照——とを同じくしたゲルハルト・ケーブラーの著書が公刊され、これまた注目を浴びた。⁽⁴⁾他方で両者の研究をめぐっては爾来、少なからぬ批判や疑点が提起され今日に至っている。⁽⁵⁾そこで以下本稿では、中世的慣習概念を中心に、重要な幾つかの論点——いうまでもなく諸論点は互いに密接に関連しているが——を取り出しこれに考察を加え、今後の中世法研究に資したく思う。とくに慣習、しかも中世初期、盛期の慣習概念をテーマとして取り上げるのは、さまざまな論議の中で、この時代の慣習の問題が一つの大きな要の地位にあると思われるからであるが、他方で、それは同時に、いわゆる慣習法の問題でもあるし、また広く中世的法の問題でもあることは、多くの説明を要しないであろう。

二 ただ、これに直ちに移る前に、クレッシェル、ケーブラーの研究において共通に採られた、中世史料用語の分析という研究方法について、石川武が、「わが国には、『ことば』や『概念』の分析だけで何がわかるか、という批判

がある」と指摘した後で、「しかし——と、続けて——「こと『法』に関するかぎり、「ことば」や『概念』の分析さえしないで何がわかるのか」と反問したことに、少し触れておきたい。「過去というのはわれわれには何はさて置き言葉を通して伝えられるのだから、史料用語の分析は歴史家の最も大切な課題の一つである」と言ったのはディートマル・ウィロヴァイトだが、これは大方の同意するところであらう。^(c)しかも、それにはそれだけの理由がある。確かに「特定の『言葉』だけをとり上げて、その言葉の用例を純粹に実証的に追究するというケーブラーの方法には、別の表現によって同じ実態が言い表わされているとき、これを十分に汲みとることができないという欠陥がある」という世良晃志郎の批判は、頂門の一針としなければならない。にもかかわらず他方で、中世的境界——なにも法の領域に限らないが——における〈言葉〉のもつ意義については、すでにもう三〇年ほど以前に、「中世における言語は、近代と異なつた特別な意義をもっていたように感ぜられる」と書いていた兼岩正夫の左のような注目すべき所論があるのは——そこには奇しくも、クレッシェルやケーブラーがその立論のための史料根拠の一つとしていたイシドルスの『語源』についての指摘が含まれている——、看過できないであらう。「近代人は言語を思想表明の道具として使用し、言語より「も」それが示す事物そのものを重視する。これに反して中世では、逆に言語が思想内容を規定しているように思われる。中世の代表的な百科全書であるセヴィラのイシドルスの『語源』は、あらゆる事物の説明をそれぞれの言葉の分析にもとづいて行っている。とくに——と、著者はこう続ける——「教会用語であるラテン語には、特別の力があるものとみられていた。イエスが神に対して人であるごとく、中世ラテン語は神の力と人の力を共に示すものとされていた」と。中世の〈言葉〉に関するこうした特異な様相については、すでにヨハン・ホイジンガの所論にも一端が述べられていたのが参照される。^(d)

三 本稿では、クレッシェルらが用いた用語分析の方法そのものについては立ち入る余裕はない。ただ、一つの問

題は、文字に表わされた言葉と、その言葉が使われていた現実の社会とのあいだの関係をどのように捉えるかにある。兼岩はいみじくも、例えば六世紀『フランク史十巻』におけるツールのグレゴリウスに典型的に見いだされるように、「中世の歴史家は、古典ラテン語からへだたったラテン語を用いたからこそ、当時の社会の現実をうつしえた」と指摘している。グレゴリウスが日常の言葉に近いラテン語を用いたのは卑近な出来事を描くためであり、それは彼の「リアルな歴史意識」に因っていたのは間違いないだろう。しかし、他方でそれは、現実の社会そのものが非古典的なラテン語による表現を求めていたことと表裏一体をなしていたともいえるのである。中世ラテン語の形成は、社会の現実が、古典ラテン語をキリスト教化し、ギリシア語と民衆ラテン語との影響下に置こうとしていたことによっていたといわなければならない。

これをもう少し敷衍すれば、例えば、アウグスティヌスが『神の民の習俗 (mos populi Dei)』は『法律 (lex)』と見なされるべしと言い、イシドールスが『習俗』を『文字に書かれていない法律 (lex non scripta)』と名づけたのは、ケーブラーによれば、古代末期以降中世初期の社会に適合的な思考方法を反映していた。というわけは、この時代には、*lex* という言葉は殆んどもう「拘束力のあるもの一般」の意味でしか使われず、*lex* には制定とか記録とかは決定的な標識とはならなくなっていたからである。そうなった理由は、行政技術と行政組織の欠如ないし貧困にあった。⁽¹⁰⁾ ケーブラーは『*lex*』の用例変化に働いていたのは行政技術の変遷であると見ることで、時代の社会的現実を評価しようとした。⁽¹¹⁾ もとより、行政技術・行政組織の欠如ないし貧困をそのものとして表明する言葉は当該時代に見いだされない。時代の現実とは時代の個々の事象から組み立てられざるをえない。とはいえ、何らかのかたちで——もしかして「不適切な形で」あるうとも——、時代の言葉が時代の現実を反映し時代の現実とは時代の言葉に痕跡をとどめているというように捉えることができるとすれば、フリッツ・ケルンが中世法を述べるのに採った精神史的方法を、

「言語学と法史学「事実史」との中間に独自の地位を占める」ものとして規定したのとは違って、われわれとしては、言語学と法史学との——いささか漠然とした言い方ではあるが——対話こそが重要になるといえよう。

他方の問題としては、書かれた言葉にたいするに話された言葉の意義という問題があろう。例えば、巡察使に与えられたフランク国王の勅令(*capitularia missorum*)はしばしば、きちんとした文章の体をなしておらず単に備忘録式のものにとどまっていた。このことは、書かれた言葉そのものにはさほど重きが置かれていなかったことを示している。むしろ、国王は巡察使の任務の要点は、これを口頭で直接、当該巡察使に伝えた。このことはヴァン・カネヘムの指摘によれば、巡察使勅令の中の文字に法としての力を与えるのは国王の他ならぬ口頭の言葉そのものであるという当時の考え方を反映している。また巡察使は巡察使で国王の意のあるところを充分にくみとり任地において人々に口頭で伝達した。「このことは」と、カネヘムは言う——「単に立法においてのみならず、契約においても」裁判での一立証においても、話された言葉が書き言葉にたいして優越した地位を占めるというきわめて始原的な觀念に適合していた。⁽¹⁴⁾このように、書き表わされた言葉の背後には、書かれはしなかったが話された言葉が存在していたということになると、書かれた言葉というのは、こうしたいわば口承的社会という特徴的な時代環境——この環境はるか後代、中世末期になって徐々に変わってくる——において書き表わされたものとして理解し、たえずこのことを念頭に入れておく必要がある。書かれた言葉のもつ限界性も、一つにはこのところに現われているといえる。

二

四 『ザクセンシュピーゲル』の有名な〈体僕制〉(非自由身分)に関するくだりでアイケ・フォン・レナゴウは

《わたしの考えでは》と断わりながらこう述べる。⁽¹⁵⁾《わたしは、誰かが他人のものであるべきであるということ、そのことを真理に照らして理解することができない》(三・四二・三)。そして彼は、《真理からはずれた多くの人々》が旧約聖書から四箇所を引いて体僕制を正当化しようとするさいの当該諸論拠にたいして逐一反論し(同)、体僕制を肯定する《証拠》つまり聖書上の典拠は何もないことを立証し、かえって聖書は体僕制を否定していることを、旧約と福音書中の幾箇所の文言に託して証明する(三・四二・四、五)。こうしてアイケは、次の結論に達するのである。《正しい真理に従えば (na rechter warheit)、体僕制は、強制と拘禁と不正な暴力に起源を有する》(三・四二・六)。

後代『シュヴァーベンシュピーゲル』にも受け継がれていったこの命題に続けてアイケは《それ(体僕制)を人は昔から不正な慣習の中に引き入れてきたが、今や法と見なそうと欲している》と書いた。非自由人身分が存在するというのは、《人が最初に法を定めたときには》すべての人々が自由であったのにたいして後からできあがった慣習であった。それはアイケの目から見れば悪習であったが、一般の人びとは、ただ慣習ということだけで、それを法と見なしていた。慣習には良い慣習と悪い慣習とがあることを認めるアイケは、非自由人身分の存在を不正な慣習に帰した。彼は、体僕制の否定を主張するなかで《誰しも彼(人間)を神以外の何びとかのものにしようとする者は、神に反してそれをおこなうことになる》(三・四二・五)と書いた。そこには《神の法 (lex Dei) の觀念が働いていた。ザクセンシュピーゲルの南ドイツ版『ドイツェンシュピーゲル』の序文には《神を愛する人は誰でも、法を愛する》とある。『オランダ語版ザクセンシュピーゲル』には《神が一切の法の始源である》との文言が見いだされるが、この言葉にケルンは、法が神的「世界秩序の一齣」であった証左を見た。⁽¹⁷⁾

アイケがカノン法、とくにグラティアヌス敕令集など教会法集成から思想的影響をうけていたということはステーン・ガグネアの指摘——これ自体また、カルル・アウグスト・エックハルトの、ザクセンシュピーゲル法源の研究に

負っているが——以来、今日のザクセンシュピーゲル研究において、いくらか制限的ではあるが確認されている。⁽¹⁸⁾ ところで、体僕制は真理に照らしたとき理解できないとのアイケに見いだされる教会的法理念は、ずっと古く西紀二五六年司教キプリアヌス主宰のカルタゴにおける宗教会議で、参加諸司教の口々から、異端者による洗礼の有効問題に関して、慣習 (consuetudo) は真理 (veritas) に道を譲らねばならないという命題のかたちをとって提起されていたものでもあった。⁽¹⁹⁾ ヘイエスは、わたしは道であり、真理であり、命であると述べたが、わたしは慣習であるとは述べなかったとの、ヨハネによる福音書十四の六にある文言を典拠とした、これまたキプリアヌスに由来する「慣習と真理」論は、彼以前ではテルトゥリアヌスが、そして彼以後はアウグスティヌスが主張していた。このような、第三世紀以後、第五世紀にいたる、慣習と真理をめぐる教会の主張は、グラティアヌスの『教令集』にも引用され、ここに引かれた古代の偉大な教父たちの文章が、アイケが眼前に見いだした非自由身分の慣習を『正しい真理』に従って判断しようとしたさいに彼の拠り処となっていたに違いない。こうしてクレッシェルをして、「自分の時代の法慣習を理性や神の真理という尺度で測っていることを、最も感銘深いかたちで示している」と言わしめた、アイケの前述のような、非自由人身分の存在は神の法に背反する、との発言となった⁽²⁰⁾（ただ、アイケは「理性」という言葉は使っていないが。）『正しい真理』によって慣習を測るという思想は、アイケ・フォン・レプゴウ以後も見いだすことができる。例えば、フランシスコ小兄弟団修道士で一二九一年ボローニアで（再度？）法学を学んだとされるヨハネス・フォン・エアフルトは、その著『兩法便覧 (Truhina iuris iudicij)』（一二八一年ころ）の中でグラティアヌス教令集を通して (Dist. VIII, c. 4, c. 5) アウグスティヌスやグレゴリウス七世の命題を引き、慣習は理性と真理とに優先しえず、⁽²¹⁾ 理性と真理に反する慣習は無効と述べることで、十三世紀末葉カノン法の法源論の一端を示してくれている。

五 ところで、「アイケがカノン法を識っていたことは動かぬところ」と言うクレッシェルは他方で、アイケが《ザクセンシュビーゲル》の法は、わたしが自分で案出したものではない／それは、昔からわれわれに伝えて来たもの／われわれの善き祖先が。》と書いたのを、こう評した。「ここに語られているのは《良き古き法》の古ゲルマン的な確信ではなく、*longa et rationabilis consuetudo*「長くかつ理性的な慣習」という古典古代的ならびに教会的觀念の反響である。」クレッシェルによれば、教父たちによって提起された「慣習と真理」論は、中世初期、そして盛期にもそのまま引き継がれた。「中世初期および盛期の *consuetudo* 概念がいかに強くこれらの古典古代およびキリスト教的諸觀念によって支配され続けていたかは無視しえない。」なお、ここに「古典古代の觀念」とは慣習の「古さ」の觀念を指す。後期ローマ法においては「長き慣習 (*longa consuetudo*) は制定法としての効力をもち、それどころか既存の法を一部改廃する効果さえ有しえた。⁽²⁾」慣習の「古さ」の觀念は後期ローマ法を通して中世初期へと伝えられていったと見るクレッシェルにたいし、ただ、ケーブラーは次のように考える。本来、慣習は古典ローマ法では法源に数えられていなかった。しかし、すでにキケロが、次いでテルトゥリアヌスが慣習を法源の列に加えていた。この場合慣習はその「古さ」が重視され、これにたいし《真理 (*veritas*)》によって慣習を測るという考え方は弱かった。これが著しい意義をもってくるのは、中世初期におけるキリスト教思想の影響のもとにおいてであった。これと反対に——この点はとくに、クレッシェルの所論と異なるが——中世初期には、慣習の「古さ」の觀念は意義を失う⁽³⁾。キリスト教思想においてもとくにテルトゥリアヌス以来、古き、伝統ということはもちろん強調されていたが、同時に、伝統と、真理や理性との間の緊張関係も存在していた、というのがクレッシェルの慣習概念であった。そこで特徴的なのは、こうした緊張関係が中世初期、およびそれ以後も存続したと見るところにある。彼はこのことを、ヘルマン・クラウゼの所論にたいしても主張した。クラウゼは、十世紀および十一世紀のザクセン、およびザリエル王

朝時代の国王証書から、慣習の古さとか良さとかを示すさまざまな形容語の用例をあげた。ごく一例として、コンラート二世の特権状には、『彼ら [Capitulum 市民] の父祖がそれに基づいて生活してきた法律と正しき慣習とを (legem et rectam consuetudinem qua parentes eorum vixerunt) 朕は、彼らに認め、朕の皇帝文書をもって確認する』(一〇三五年六月四日)とある(DK. II. n. 219)。クラウゼによれば、こうした《rectum》といった類の形容語は当該慣習が有する法的価値を強調するための言葉ではあるが、「構成的」konstitutivな性格はもっていない。つまり、それが付されていることが慣習を法たらしめるというようなものではなく、形容語が付されないで慣習が述べられている証書上の用例は、それが付されている場合と同じくらいの数で存在した。したがって、「史料に言う consuetudo」が取りも直さず慣習法なのである。「ある慣習が良い慣習か悪い慣習かの区別がなされ、それゆえ、慣習それ自体でなく、ただ良き慣習のみが法と見なされるといふのは、カノン法理論が充分はつきりしてくる時代、つまり十二世紀シュタウフェン王朝時代を待たねばならない。このクラウゼの所論をクレッシェルは批判する。彼によれば、一〇三五年の文言(右述)はローマ法とキリスト教文とからの引用語句である。また、フライジnk司教への寄進に関するハインリヒ二世の文書(一〇〇七年五月十日)で、『この「寄進」所領について何を命じ何を課すべきかは、同所領に司教によって任命されるフォークトが、法律と祖先の慣習とに基づいて (iuxta leges ac instituta maiorum) および職権によって、確定すべきことがらである』という(DH. II. n. 136)のにも、「古代」キリスト教的模範(アウグスティヌス)が認められる。これらが示しているのは、「伝来の consuetudo の理論が変わることなく続いている」ことである⁽²¹⁾。

六 こう述べてクレッシェルは、二つのことを主張する。(a)諸文書にいわれている consuetudo は「古い法は同時に良き法である」といった、法の本質についての一般的な観念を示してはいない。(b) lex と consuetudo とは、史料に

おいて並置されて記載されており、こうして両者は「別々のもの」である。

さきにこの(b)について見てみたい。クレッシェルによれば、広く慣行を意味する文言には *mos* (また *usus* や *ritus*) があるが、これらは特殊古代キリスト教思想ゆかりのものではなく *consuetudo* とは別種の言葉である。それらはむしろ、中世の法用語の一つ *lex* と類縁性をもっている。*lex* は成文法であるのみならず、現実には慣習法の形態をとることもあったが、重要なのは、*lex* においては「古さ」は意味をもっておらず、また「真理と理性」を基準にして *lex* が測られるという観念も存在しなかった。*lex* は「事実上おこなわれている法」を指すにすぎない。したがって *mos* は、*consuetudo* とは異なり、例えば史料においてしばしば *lex* と *mos* とが相互互換的に用いられているところからうかがえるように、概念上 *lex* の中に含めて考えてよい言葉であった、と。(なお、この最後の点についていえば、史料において、例えば《*secundum Saxoniam legem*》と《*secundum Saxoniam morem*》とが交互に用いられているのは事実である。)ところで、例えばハインリヒ四世の文書が次のように述べているのには、確かに *lex*・*mos*・*usus* の相互の近縁性がうかがえる。《(アクイレレーニアの)総大司教は、朕の法、朕の慣習、朕の法律に基づいて (*nostro iure, nostro more, nostra lege*)、彼がかの(トリエスト司教の)地位に選ぶ者を、司牧笏と司教指輪とによって叙任すべし》(一〇八一年七月二十日)(JH. IV. n. 338)。さらに、《そのこと(ハインリヒ四世王が息子たちと争ったこと)は、いかなる身分の人々にも：神の法律あるいは人間の法律に基づけば、あるいは人間の慣習にしたがって (*secundum divinam legem vel humanam vel etiam secundum usum hominum*) とうてい許しの得られえないことだ》(一一〇六年)(MG. Const. I, n. 79)と。しかしクラウゼによれば、これらの言葉は重複語であり、たんに、法それ自体を言葉の上で顕揚しようとしているに過ぎない。そこには、十、十一世紀の法の「開放性 (*Offenheit*)」が現われていると同時に、「内容上精確な、テクニカルな表現を施すということに僅かしか意義を認めていない」時代の特徴が示されている

る。⁽²⁵⁾

さて、まず、右のような *lex・mos・usus* の系列の中に *consuetudo* は加わりえないであろうか。クラウゼは、*mos* と *consuetudo* とを区別して扱ってはいない。ケーブラーも、証書上の出現頻度の違いはあれ、この二つの言葉は同義語と見ている。⁽²⁶⁾ さらに、グレゴリウス七世の書簡（後述十）には『真理に反する慣行（*consuetudo*）は排除されねばならない』と述べられている。二二で『*usus*』は *consuetudo* と言い換えても、何ら意味は変わらないであろう。

次に、*consuetudo* であれ *mos・usus* であれ、真理を基準としたこれらの価値評価について。グラティアヌス教令集がとくに Dist. VIII c. 4 から c. 9 にかけて法源として引いているアウグスティヌスやキプリアヌスの文章に表われていた、慣習は神の真理に優先することがあってはならぬとの思想それ自体は、古代末期以降グラティアヌスに至る時代にも確かに知られてはいた。クラウゼはこのことを認めつつも次のように述べる。国王証書の分析結果によれば、全体的に言って、*consuetudo* が教会の基準に従い *veritas* や *ratio* によって測られていたというような印象を得ることはできない。この意味で、グラティアヌスに至るまでの中世初期においては「世俗法と教会法とは、もちろん相互に影響づけたことはなくはないが、並行的に発展するという経過をたどった。」これにたいして右に紹介したようにケーブラーの意見は、*consuetudo* の評価づけということはテルトウリアヌスの時代にたいし「中世初期に教会の影響のもとでようやくより頻繁となる」というものであった。ただここで注意すべきは、中世初期に支配していた慣習概念はおよそ、教会的 *consuetudo* 概念であったことである。ケーブラーによると、中世初期ドイツにおいては世俗的な *consuetudo* 概念は存在していなかった。中世初期の史料に見える *Etzönheit* はドイツに土着の観念を示す言葉では無いし、*consuetudo* の用語もきわめて稀にしか世俗の史料に見いだされない。ドイツに *consuetudo* 概念が出てくるのは、古代末期から中世初期へと存続してきた教会的 *consuetudo* 概念が十一世紀になって *Ewone*、

lex という用語を伴いつつ、世俗法に根を下ろし始めることによっていた。こうして、十二、十三世紀以降《consuetudo terrae》とか《consuetudo civilis》、また《qua rechter wonheit》や《landes gewonheit》といった用語に示されている、客観的秩序としての慣習概念が登場してくる。ただ、ここでも注意すべきは、例えばハインリヒ獅子公のある文書（一二六九年）に、《前述の coloni は、ラントの慣習に基づき iuxta consuetudinem terrae、manerine と呼ばれる余の裁判所に席を占める》《べしとあるとき》《consuetudo terrae》であれ無かれ、慣習にしたがって裁判所に参向するといった「実態 (Sachverhalte)」そのものには、新しさはないという点である。本質的な変化を被ったのは、慣習の実態そのものではなく、この実態の「評価づけ (Bewertung)」であった。⁽²⁾ いずれにせよ、以上に紹介したところから分かるように、ケーブラーは、クラウゼが述べていたのと同様に、中世初期においては世俗法と教会法とは並行した発展を遂げていたことを前提にしているといえよう。

七 最後に、クレッシェルが lex と consuetudo とを対置させたことについて、ケーブラーは次のように述べている。古典ローマ法においてはいずれも法源の中に含まれていなかった consuetudo と mos とは、古代末期には法源論の中に位置を占めるに至った。その場合、元来、それらは lex に対立するものとして見られていた。ところでこの lex はどうかといえば、ある法觀念が lex と呼ばれるためには、それが制定され (constitutio) 文書に書き表わされる (lex scripta) 必要があったが、しかしやがて lex 概念にはこの二要素が必要とされなくなった。このために、これまで個々具体的な leges によってどの「生活事象」が規律の対象とされてきて、どの生活事象がそうではなかったかについて判断をするのが困難となってきた。こうなってくると、consuetudo・mos と lex とは質的に等置されるものという觀念が新しく生まれ、ある場合は lex と consuetudo が、ある場合には lex と mos が根拠づけに引かれ、また lex に代えて consuetudo や mos だけに依りどころが求められるようになる。七九〇年のイタリアに関する

ピピンのカピトゥラリアは、《朕は次のことを付け加えておきたい。lex が存するところ、lex は consuetudo に勝れる。いかなる consuetudo といえども lex には優先しえない、と》(c. 10)と述べる (MGH. Cap. I, n. 95)。クラウゼは、十、十一世紀にたいしてフランク時代には、慣習法について概念規定をおこなおうとする試みがなされた一例にこの文言を取り上げ、しかしこれは「特別なイタリア的關係」から説明されると述べた。これにたいしケーブラーは、ローマ法の伝統を有するイタリアにおいて lex と consuetudo との序列がもはや守られなくなっていたことを裏側から証拠だてるものと見る。lex・mos・consuetudo は「同一」の諸事象⁽²⁸⁾に關係しうる。初期中世は法觀念についてはこうした古代末期の様相をそのまま引き継いだ、というのが大筋ケーブラーの所論である。筆者が右述で(六)、ハインリヒ四世の二つの証書の文言を紹介し lex・mos・usus の近縁性——ということ、既述の通り、同時に、lex と consuetudo の近縁性でもあるが——を指摘しておいたのと、ケーブラーのこの所論とは、ほぼ一致していよう。

クラウゼがグラティアヌスの時代以前においては、世俗法と教会法とは並行的発展をとげたと述べたことについて、クレッシェルは、並行的発展というのは、既述(五)紹介の通り《legem et rectam consuetudinem》(一〇三五年)などの文言が教父からの「はっきりした引用」であるのと矛盾する、と批判した⁽²⁹⁾。これは、しかし、以上述べてきたところからして、充分な説得力をもたないであろう。また、こうした《rectum》といった類の文言が、テルトゥリアヌスのキプリアヌスの、さらにはアウグスティヌスの思想を表わしているという点については、クレッシェルは何ら証明をおこなっていない。さらに、lex と consuetudo とが彼の力説するようにそれぞれ別個の法觀念を意味しているというときに、《legem et consuetudinem》と文書にあるように lex と consuetudo とが一つに括られ、しかもそれが全体として、例えば Capodistria 市民の生活の法的根拠とされていたということ(右述五)は、いったいどのような理解すればよいのか。これは、クレッシェルの所論では説明がつかない。⁽³⁰⁾

八さて、前述の(a)について。クレッシェルは *consuetudo* 概念の古典古代的キリスト教会的な思想上の系譜を強調した。彼は、*consuetudo* に、ケルンが規定づけるような「ゲルマン的」性格の法観念を認めない。このことは、中世法観念を取り上げるときの彼の全体的な問題関心と符合している。クレッシェルは、中世における「もう一つの法観念が、ゲルマン的なものか、それとも特殊中世的「キリスト教的なものか、という問題が論じられなくてはならない」と述べているからである。この文章は、一見、中世法の性格づけを「ゲルマン的」か「特殊中世的」「キリスト教的」かといったように二者択一的に対置させるかたちでおこなっているかのようである。つまり、ゲルマン的法観念の存在を認め、これと、特殊中世的「キリスト教的法観念」とを対置——言い換えれば、歴史的現実の法観念としてゲルマン的法観念を立て、ただ、中世初期法について、これを否定——しようとしているかのようである。かりに、そうとしても、ケーブラーが言うように、史料から、「ゲルマン的法観念を直接的に発見することは不可能」なのである。⁽³¹⁾ ということになれば、「ゲルマン的なもの」と「特殊中世的「キリスト教的なもの」とを対置させるということとは、それ自体、根拠を失うことになるのではないだろうか。

しかし、実際は、右の文章は、歴史的現実としてのゲルマン的法観念を前提としてはいない。というのは、クレッシェルは、ゲルマン的法の原理に立脚しているとこれまで諸学者によって唱えられてきた法的諸現象について、次々と疑問を提起し、それらからゲルマン的性格をはぎとり、これに代えて、それらにおける「西ローマ」卑俗法的傾向」をとりわけて強調する。他方で彼は「古代ゲルマン社会」とか「始源的なゲルマン社会の法事情」といった言葉を使い、ゲルマン社会の存在を認めている。⁽³²⁾ しかしながら、にもかかわらず、いわば「特殊古代的」「非キリスト教的」としてのゲルマン的法そのものの在り様をみずから提示してはいないのである。ということになると、右の彼の文章は、たんに、次のような意味で述べられている。すなわち、中世法については、これが、従来いわれてきたよう

に「ゲルマン的」法なのか、それとも、特殊中世的「キリスト教的法なのか、という問題が論じられなくてはならない。ただ、ここでも、「ゲルマン的」ということでどういった事態を言い表わそうと考えるのかはよく読み取れない。いずれにせよ、クレッシェルは、中世法をいうまでもなく「特殊中世的「キリスト教的」法と捉えるのであるが、しかし、このことは、ケルンとて異論のないところなのである。

ヴィンフリート・トゥルゼンは、ケルンの文章「ただ一人の女神ユスティティアが王座に座している」を引いて、ケルンの中世法観念は、古ゲルマン的法観念ではなく、ゲルマン部族のキリスト教への改宗以後の時代の法を指しているということに十分に注意を向けた。これは、ケルンが「ゲルマン的法観念」といった言葉を使っていたことについて、無用な誤解を避けようとするトゥルゼンの老婆心からくるのかも知れない。ともあれ、もし、クレッシェルが「ゲルマン的なもの」の命題をケルンの文章から引いてきたとしても、ケルンが「ゲルマン的」と書いているとき、それは、「古ゲルマン的」というのではなく、おおむね「民衆的」というのに等しい。しかも、「中世においては、教養人と非教養人との間には、まだ破られていない一つの統一」が存したから、「民衆的」法意識は、一方で、学者的法意識と併存し、これと「容易に結合しえた。」しかし、にもかかわらず、他方で、民衆的法と学者的法——言い換えれば、世俗的慣習法と、教会的法観念、つまり神の法——とは、必ずしも常に符合するわけではなかった。神の法は、「倫理的要請として、新しい法として、また画期的な、改革的な文化思想として」しばしば慣習法に對立する。⁽³³⁾このように、教会的法観念が世俗的法観念に十分に浸透し、『正しい真理』によってたえず慣習を測ろうと試みられてくる時代の一つに、サクセンシュピーゲルの時代が属していたのは、既述の通りである。

ただ、「ゲルマン的」の意味について、ケルンがこう述べているのを付言しておこう。タキトゥスはゲルマーニアにおいては《王には無制限の、ないし、専断的な権力があるのではない（*one regibus infinita aut libera potestas*）》

（「ゲルマニア」第七章）と述べているとき、これは「ゲルマン的國家の發端狀態」を示すものである、と。ケルンはタキトゥスの言葉に、支配者は法に拘束されていたという中世的法觀念の萌芽を見て取ろうとしているようだが、しかし、その言葉は、ゲルマニアにおける王が、「法の支配」といった觀念に服していたというのでなく、むしろ、「民会の意志や決議」に拘束されていたことを指しているようし、直ぐあとにタキトゥスが「死刑に処したり投獄したり、いや頼でうつことすらも、聖職者以外には許されていない」と述べている通り、ゲルマン的民会あるいはゲルマン的社會における宗教的な要素の強さを物語っているものといえよう。⁽³⁴⁾

ケーブラーの考察態度も、必ずしも明快ではない。彼が、従来の研究史を振り返るなかで、「中世初期的法觀念へのローマ法とキリスト教との関与」をめぐる研究の欠如を問題にしつつも、他方では次のように述べるのは、矛盾するとはいえないまでも少なくとも彼の真意を疑わしめるものとなってしまうている。すなわち、中世初期におけるラテン語の表示を、古代末期のラテン語および中世初期のドイツ語の表現と比べることで、「キリスト教のおよびラテン的思想財から独立した中世初期的觀念に接近」していける、と。「中世初期的觀念」とケーブラーが述べているこのところを世良は「ゲルマン的法觀念」と訳し、ケーブラーは「ゲルマン的」法觀念だけを問題にしたと批判する。⁽³⁵⁾これが単純な訳し間違いかどうかは頗る微妙なところである。ゲルハルト・デイルヒアーも、ケーブラーが次のように述べたとき、世良と同じように考える。「ローマ的なもの、およびキリスト教的なるものを差し引いたあとに（その存在が）推定されうる初期中世的法觀念の實質内容を把握する試み「の問題」に立ち戻ると、最初に次のことを指摘しておかなくてはならない。」すなわち、デイルヒアーはここにいわれた「初期中世的法觀念」を端的に「ゲルマン的法理念」と理解し、こうケーブラーを批判する。「私には、その試みは……確實なものかどうかがいまだ確かめられでもない作業仮説に基づいていると思われる。そして、この作業仮説は究極には、一つに溶け合っているものをひ

きはなす、歴史法学派の民族精神論に基づいている。と同時に、それは、中世初期のローマ的ゲルマン的キリスト教的文化の形成を文化的過程としてとらえようとしないうちにだけ、ふさわしい考察態度なのである。⁽³⁶⁾

しかし翻って考えるに、このように、ケーブラーが「初期中世的(法)観念」と書いていたところを「ゲルマン的」法観念(理念)と直ちに判断してしまうのは、ケーブラーの真意とするところではないと思われる。というわけは、デイルヒアーが批判の矛先を向けた、右に掲載した文章に続けてケーブラーは、次のように述べているからである。「バイエルン部族法典の序文に見いだされる諸定義、つまり *lex* とは *constitutio scripta* であり、*mos* は *lex non scripta* であり、そして *consuetudo* とは *ius moribus institutum quod pro lege suscipitur* であるとの定義は、イシドールスの語源からの抜粋としてとくに知られており、したがって、それらの諸定義に述べられているものは古代キリスト教の思想財であって、ゲルマン的思想財ではない。」ケーブラー自身が「ゲルマン的法理念(*germanische Rechtsidee*)」という言葉を用いていたことに世良もデイルヒアーも重きをおいているが、しかし、それは当然、ケーブラーによっては否定的な意味で使われていた。彼は、*consuetudo* や *mos* にたいして制定された *leges* が時として著しく背景に退いているのは、ゲルマン的法理念のせいではなくて、行政技術・行政組織の貧困とキリスト教理念によつていたと指摘する。⁽³⁷⁾ およそ、ケーブラーは「ゲルマン的法理念」であれ「ゲルマン的思想財」であれ、それが何であるかは一言も漏らしてはいない。それは史料から立証できないというのが、彼の主張ではなかったか。

以上を要するに、ケーブラーの発言は必ずしも明瞭とはいえず、誤解を生み易いものの、彼が主張しようとしているのは、中世初期法は「ゲルマン的」法でなく、ローマ法的キリスト教的法であったということである。他方で、彼は通説批判に忙しく、初期中世法におけるゲルマン的要素の問題には口をつぐんでいる。(中世初期法からこの要素を完全に抜き去ろうとするのはおそらく彼の真意ではないと思われるが。)(社会的政治的、および歴史的な三次元的思

考 (Unidimensionalität) をとらずに「諸々の用語を具体化するだけの一次元的思考」に後退してしまったとして彼の方法がデイルヒアーによって批判の俎上に載せられたのは、そのことに関係していよう。とりわけ、デイルヒアーが考察に加えねばならぬとしているのは、本来的に法を担い、法を作っていた貴族的農民的階層である。しかもこの階層が、法を記述するという作業に携わっていた聖職教養階層によって影響を被っていたのは、彼によれば、「ごく部分的」にすぎなかった。

九 「良き古き法」という連続的なゲルマン・ドイツ的観念が存在したとするような見解は、おそらく放棄されねばならぬ、それに代わって、「ドイツ法史についても『十二世紀ルネサンス』とのより密接な関連が承認されねばならない」とクレッシェルは言う。ヨーロッパ法史研究における十二世紀の意義は、とりわけカノン法研究の分野では早くから究明が進められてきているが、クレッシェルは「ドイツ法史」における十二世紀の再評価ということを強調する。例えば、「初期継受」に関してこのように言う。初期継受は、中世末期、近世初期にかけての本格的継受と同様、外来の個々の法素材、つまり個々の法規範や法制度の受容というよりは、むしろ「土着の法思想の転換」というところにその本質が求められる、と。こうした観点は一面では、個々の国民単位の法史の枠を取り払うことで成り立った近世私法史研究に繋がっている。一般に、継受というのは個々の規範や制度の受容にその第一義的意味があるのではないことは、フランツ・ヴィーアッカーが指摘していた。また、コーリングは「ドイツにおけるローマ法の全体的継受 (total reception)」なる概念を批判する中で初期継受の現象に注目し、初期継受に見いだされる法発展は西ヨーロッパとドイツとは「きわめてよく似た成り行きをたどった」と言う⁽³⁸⁾。いずれにせよ、しかし、クレッシェルがこのように「十二世紀の再評価」を力説するところを、当面の慣習の問題に関わらせて見るとき次のような疑問が起きてくるのは否めない。彼が、慣習概念の古代からの連続性を強調することと、十二世紀ルネサンスの意義

を高く評価しようとすることは、果たして整合するのであろうかという疑問である。というわけは、後期ローマ法とキリスト教観念とによって支配された慣習概念が古代から連続して十二世紀に及んでいるということは、少なくともこうした慣習概念については、十二世紀ルネサンスはほとんど意義をもたないという結果にならざるをえなくなるからである（後述十参照）。

他面で、クレッシェルはあくまでドイツ法史における十二世紀の再評価を問題にしようとする。彼は「十二世紀以降、ドイツの法思想そのものに変化が起きた」と述べ、古代末期から十二世紀に至る法と法概念を、コーイングのよな「ヨーロッパ的法文化」の観点からでなくドイツ法史の問題として取り上げる。なぜ、クレッシェルは「ドイツの法思想」を取り上げるのであろうか。これは、もしかすると説明の必要なことであつた。というわけはこうである。彼が正面から批判の対象としたケルンの中世法論は、ケルンの、神の恩寵と抵抗権に関する大きな著書のいわば副産物といえた。ところで、この著書の序文冒頭において著者はこう書いていた。いままで、中世研究はナシヨナルな基準に基づいておこなわれ、ナシヨナルな精神によって研究が指導されてきた。この精神は十九世紀において法史研究が大層力強く押し進めてきたもののだが、しかしこれによって、ヨーロッパの生活が有した大きな共通面は中世研究の周辺部に追いやられてしまうことになった。しかし、法と世界観との関連を根拠づけるという仕事は他のどの分野にもまして、比較的方法に頼らなければならない。それが、本書で取り扱う君主制の理念史であつて、しかも、個々の国の君主制ではなく、ヨーロッパの君主制一般を問題とするのだ、と。これに比べると、クレッシェルは一九八一年の学会報告「中世の国制史と法史」においてこう述べた。現代ドイツ語のレヒトという言葉は法も権利も意味するのに中世ドイツではそうではなかった。ラテン語であれ俗語であれ、法と権利とは別々の言葉で表現され、別々の観念領域に属していた。それはあたかも、現代の英語のローとライトとの関係のようだった、と。それ故にドイツ

の法思想が問題だということになるのであろうか。ヨーロッパを対象としたケルンの中世法をクレッシェルはドイツに関してだけ批判しようとするのであろうか。ここら辺りの問題については必ずしも明瞭ではない。

十 さて、世良はケルンとの関係を離れて、いなむしろ、この点についてはケルンにたいするはつきりとした批判——『良き古き法』の觀念がほぼ純粹な形で通用しえたのは中世初期（十一ないし十二世紀まで）においてのみであるとの——の立場に立ちつつ、「初期中世の慣習概念も『神の真理』の優位性の觀念によって支配されていた、と結論することは許されない」と述べ、慣習の古代からの連続性に関するクレッシェルの所論に異論を提出した。その理由は、『神の真理』の強調は、アウグスティヌス以後、グレゴリウス七世にいたるまで、教会によって一度もおこなわれていない」ということにあった。教皇グレゴリウスは、アヴェルサの司教ウィムントにあてた書簡中でヨハネによる福音書（前述四参照）を引き、さらに《聖キプリアヌスの言葉を用いれば、いかに古く、深く根を下ろした慣習といえども、どのような場合でも、真理にしたがわねばならず、真理に反する慣行は排除されねばならない》と書いていた。《神の真理》を語るこのグレゴリウス書簡は世良によれば、「初期中世には中断していた古代末期の『神の真理』という觀念を、新たにとり上げて強調したものであり、この意味において一つの新しい時期を画するもの」であった。また、クレッシェルが十二世紀における新しい法觀念の成立に寄与したというカノン法の影響との関係では、世良はこう言う。「カノン法の影響は、『神の真理』の名のもとに慣習法に対する批判の原理を樹立し、かくして慣習法の絶対的通用力に歯止めをかけたもの」であり、これにたいして、「カノン法が慣習の權威を高める作用をしたなどということは、到底考ええない」と⁽¹⁹⁾。

残念なことには、グレゴリウスの右の書簡は断簡であるうえに、それがいつ出されたかは特定できず、また、それがしたためられるに至った事情も現在のところ全く分かっていない。当時起こっていた、シモニストによる秘蹟（教

会外秘蹟)をめぐる論争は、グレゴリウス改革において、とくに「カノッサ事件」(一〇七七年)以後、ペトルス・ダミアンの説でなく枢機卿フンベルトウスのキプリアヌ的・ドナティスト的秘蹟論を採用する方向に急進化したとい⁽¹²⁾う。このことが右の書簡と何かしらかの関係があるかも知れないが、これも単なる推測にとどまる。また、書簡が神の真理を引いてこれに慣習は従わねばならぬとしているのは、教会内部の問題としてではなく、むしろヴァルター・ウルマンが考えるようにドイツ国王に向けられているのかもしれない⁽¹³⁾。さらにアヴェルサの司教あての書簡に《聖キプリアヌの言葉》として挙げられているものが、直接にキプリアヌの——おそらくは『書簡』七四・九あたりからの——文章に基づくのか、それとも別の誰かの文章からの間接的引用によっているのかも分からない。ただ、慣習は真理に優先しえない、あるいは真理と理性に優先しえないとする、テルトゥリアヌ以来の古代キリスト教の思想は実際には、ランスのヒンクマルスやオリヤクのジェルベール(後の教皇シルヴェステル二世)の例から窺えるように、アウグスティヌスの時代以後の時代になると全く忘れられてしまっていたというのでは必ずしもない⁽¹⁴⁾。

ともあれ、しかし、アウグスティヌスに続く時代には、聖職者世界においては、法を真理と理性から測るという考え方ではなく、法は、ハンス・マルティン・クリンケンベルクが指摘しているように《時の必要(necessitas temporis)》とか、《事物の必要(necessitas rerum)》によって変えることができる、という考え方が表面にで⁽¹⁵⁾てくる。こうした事情のなかで、《慣習と真理》論がグレゴリウス改革という特定の歴史状況において意識的に取り上げられたということは、世良が力説するように、看過できない。先に紹介した《Ergo et rectum consuetudinem》といった証書の文言(前述五)には確かにキリスト教の思想が反映していたかもしれない。しかし、ここにあらわれたキリスト教思想は、当事者が何らかの立案をおこなうとか政策決定をするとかの目的を正当化するために意識的に取り上げられ強調されている、というものではない。こういった状況はあたかも、野口洋二がグレゴリウス七世起草の『教皇令書』(ディ

クタトゥス・パパス)において打ち出された教皇首位権について、こう述べているところと軌を一にしているといえよう。「教皇首位権の理念それ自体は何ら新しいものではなかった。それは、すでに古代末期以来、レオ一世をはじめグレゴリウス大教皇その他によって主張されていた。」しかしそれは「教会体制の中心的基盤として認識されてこなかったし、現実にも教会を動かす力とはなっていないかった。」グレゴリウス七世が初めて、「教皇首位権の貫徹こそ改革の基本的解決であり、教会統治の中心的課題であるとの認識」を抱き、教会改革計画の中心に据えた、と。これを要するに、キリスト教思想が存続していることと、それが特定の歴史状況のなかで特定の当事者によって殊更に取り上げられるということとは、当然局面を異にしており、このことは充分認識しておかなくてはならない。

ただひとつ重要な問題なのは、〈慣習と真理〉論については、アウグスティヌスは一から十までキブリアヌスと同列に置くことはできないということである。すなわち、彼が慣習に相当の重きを置いたことは、看過できない。四〇〇年ごろ書かれた手紙の中でアウグスティヌスは例えばこう述べている。《信仰に反せず、良き慣習 (bonos mores) に反しないと確認されるものは、躊躇することなく、守られねばならない。それが人々のもとで存続しているというその人々の社会のために、それは、維持されねばならない。》⁽¹⁷⁾また、《慣習を変えること (mutatio consuetudinis) は、それが有益さによって支持されているときでさえも、革新をもたらすがゆえに混乱を生む。それゆえに、有益でもなく無用の混乱を結果として起こさせるような慣習の変更は、有害である》⁽¹⁸⁾とも言っている。慣習の重視は、キブリアヌスとアウグスティヌスとの時代の相違に大きく関係していた。キリスト教公認後一世紀の時代というのはすでに、堀米庸三によれば、「国家と社会に対する現実的で弾力ある態度が必要であり、あくまでもキリストの啓示に忠実でありながら、キブリアヌスのファナティズム (は) …排せられるべき時代」となっていた。アウグスティヌスが、全体教会会議——地方教会会議ではなく——の權威に由来する慣習はそれ自体すでに真理的契機を有するものと見なし

たのは、このことにも関係していたであろう。⁽⁴⁹⁾

とくにこのアウグスティヌスとともに、キリスト教会、社会に特有の伝統主義は中世に受け継がれていく。グレゴリウス七世が改革に努めた反面で伝統の保持に執着したということはつとに指摘されてきているところであるし、教皇首位権の確固とした信奉者であると同時に、他方では教皇権と世俗権力との協調を図るという観点から後者にたいして幾らか妥協的態度をとっていたシャルトルのイヴォーもまた、『法律に反することのない慣習はこれを維持する』ということから、聖教父の最大の權威は発出する⁽⁵⁰⁾、と述べていた。フランチェスコ・カラッソは、イヴォーのこの言葉を、伝統主義的な考えを表明していた、アウグスティヌスのある手紙の文言に結び付けて紹介している。

グレゴリウスが他ならぬキプリアヌスの言葉を引いたのは、すでにもうアウグスティヌスの中世的伝統主義の思潮が広く支配してきている中での出来事であった。このような背景の事情を理解することで初めて、一つの画期となった、かの教皇書簡の意義は、さらに明瞭になることであろう。

三

十一 「法に包含されている社会的現実というものは、実際、個々の歴史的法制度の中にこそ見いだされるのであって、(客観的な)『法そのもの』といった概念の中には発見されえない」と述べる中でクレッシェルが『法そのもの』と言っているのは彼の別の言葉で示せば「一般的に妥当する諸規範の一個の組織としての法」である。暗にケルンの中世法概念を指しているこのような法の観念は、彼によればザクセンシュピーゲルに見いだされるが、しかしそれ以前には「全く異質な初期の法」が存在した。この意味で、ザクセンシュピーゲルには「ヨリ古い『アグレガート

『ツィシュタント』から新しい『アグレガートツィシュタント』への法の転換が觀察される。法の転換は、ザクセンシュピーゲルにおいて、一二二〇年代前半のハインリヒ（七世）王のザクセン平和令や帝国平和令における期限付きの諸命題が「恒常的に妥当する法」と見なされていたところに現われている。これは、アイケが「古ゲルマン的な法觀念の証言者ではなく、自然法的に思考し学識法を知っていた」ことからくる。そしてクレッシェルの主張はこう続く。「法史における法概念は、法のこの「法の転換の起きる以前の」比較的古いアグレガートツィシュタントをもさらに取り入れうるものでなければならず、一般的に妥当する諸規範の一個の組織としての法、といった觀念に固定されたものであってはならない。⁽⁵⁾」これによると、「一般的に妥当する諸規範の一個の組織としての法」——これを以下では便宜上「規範的法」と呼ぶ——も法史上の法概念となりうることは、否定されてはいない。ところで、右の文章は、「初期の法」と、これと全く異質な「規範的法」の二つを同時に取り込んだ、一つの、法史上の法概念の必要性が求められているのであろうか。クレッシェルは、法史における法概念を「拡大すること」の必要をうったえ、「法」という言葉の「非技術的で比較的ゆるやかな使用法」を提唱するが、それはこのような意味なのであろうか。おそらくはそうではあるまい。というのは、相互に完全に別種の法觀念を同時に含むというような、一つの法史上の法概念を規定づけるなどは、論理的に不可能ではないだろうか。とすれば、「法の多層性を包摂しうるような法概念を構成することではなく、中世的法の「多層性」——周知のように、ヴィルヘルム・エーベルがすでに解明したような——そのものの確認ということが、そこでは問題となっていると思われる。実際にクレッシェルがおこなっているのは、左述に見るように初期の法を規定づけることと、右に垣間見たように、初期の法から中世後期への法觀念の変遷の契機を探ることだけである。

規範的法はザクセンシュピーゲル以前の時代の法、言い換えれば「初期の法」には見られなかったというのが、ク

レッシエルの見解であった」とすると、初期の法は何であったのか。これは彼によれば、裁判において審判人が質問に答えて宣示するもの、つまり「判決」であった。⁽⁵³⁾したがって、判決を宣示する以前に、前もって規範的法が存在している、といった観念は審判人にはなかった。ただ、「アグレガートツ・シュタントのかたちで、判決の宣示の以前にも、審判人の頭の中にはあったかも知れない」法——これ自体も、法史研究の対象になるとされている——までも、否定はされていない。⁽⁵⁴⁾ここにいわれているのは右の「比較的古いアグレガートツ・シュタント」のことである。この類のアグレガートツ・シュタントでもって何がイメージされているのか、クレッシェルからは分からない。それはおそらく、すでに古くアウグスト・ジグスマント・シュルツェがゲルマン的（中世的）判決——もちろん、シュルツェは中世だけを問題にしようとしているのではないが——に見られる、「法内容（Rechts-Inhalt）」と「法命令（Rechts-Befehl）」との区別——法内容は、法命令によって初めて「法（Recht）」となるという意味の——を論じた中で、判決作成のさいに判決人の内部的な確信の根拠となっていくつかのマテリアル（資料）を「集塊（Conglomerat）」と呼んでいたものに相当しておろう。こうした集塊としてあげられているのは、記憶、風聞、慣習、法感情、世論、信仰や迷信などといった「心理的、倫理的性情」の諸力であった。⁽⁵⁵⁾さらにまた、アグレガートという言葉に関しては、例えば次のような文章がある。「サヴィニーは、ローマ法源を、たんに、法的諸命題のゆるやかな *Antecedent* としてではなく、あるヨリ高次の秩序、すなわち、法律家が初めて創造するというのではなく、ただ認識する必要があるだけの、或る有機的な全体、の諸部分として理解した。」このアグレガートとは単純な「集まり」を指し、これにたいするものが「ヨリ高次の秩序」——言い換えれば、「外面的な配列（Anordnung）」にたいするに「内的な体系（System）」——である。⁽⁵⁶⁾この例からクレッシェルの所論を考えると、「比較的古いアグレガートツ・シュタント」としての法とは、さまざまな法的命題、あるいは法的観念が単純に集まった状態を指すことになる。こうした——村上淳一の言葉でい

えば「単なる堆積」の——状態にあった法はやがてサクセンシュピーゲルの時代になると、「新しいアグレガートツィシュタント」にある法、つまり規範的法——「ヨリ高次の秩序」——の中に、これの諸部分を構成するものとして位置を占めるようになる。

世良はクレッシェルの提起した、比較的古いアグレガートツィシュタントという概念を「何が正しいかについてのいろいろの判断材料ないしは判断基準が、一人の人間の頭の中に『集合状態』にあることと捉えて、しかもこれをケルンの中世法概念に見ると同時に、ケルンのこの法概念をシュルツェの文章を引用することと敷衍した。⁽⁵⁹⁾世良はおよそ彼の中世法に関する最初期の論文以来、好んでシュルツェのこの一八八三年の、現行民事訴訟法の諸概念の解明——これは、「ただ歴史的方法によってのみ」果たされるという——を目差した、その意味ですぐれて法実証主義的関心⁽⁶⁰⁾にあった研究を引くのであるが、ケルンとの関連でいえば、いささか問題がある。というわけは、シュルツェによれば、右に紹介したような諸力からなつた法意識や法感情の「集塊」は、「法」——彼によれば、それ自体で妥当する法、「現実的な意味での法」——ではなく、「法についてのイメージ (Vorstellung einer Rechtsordnung)」に過ぎない。このイメージは、裁判所における個々の具体的事件の解決を契機にして、言い換えれば、裁判官の「法令」を通して初めて「法」となる。この意味において「それ自身の力によって現実的な法」というのは、そもそもドイツ中世には存在しなかった。こうしたシュルツェの所論は、世良が認めるようにクレッシェルの見解に繋がっているものの、その所論の趣旨はケルンの見解とそのままでは同列に置けない。「曇つされた良き古き法を回復する」とが、法仲間一人ひとりにとって、官権にとつても普通の人にとつても、義務になる。普通の人も官権も法に義務づけられており、法の再建に参与する使命を担っている」という、ケルンの中世法に関する中心命題を読めば、そのことは、おのずと明らかであろう。すなわち、そこには、シュルツェのごとく、一般人の法的確信(「法内容」。これは

まだ「法」ではなかった」と、裁判官の「法命令」(「ある内容を法としようとする、国家権力の意思表示」、つまり「官権の行為」(Act der Obrigkeit))とを区別するとか、法命令によって初めて「法」(「それ自身の力によって現実的な法」)が成立するといった考え方は、無縁のものである⁽⁶⁾。

十二 いささか脇道にそれたが、「比較的古いアグレガートツシュータント」の問題に戻れば、ケーブラーも、中世初期に、「正しいもの」という觀念、「一種の正義の觀念」が存在したとして、これを^{Recht}に見ていた。^{Recht}が何を指すかについては、ケーブラーはクレッシェルと意見を異にするが、少なくとも^{Recht}に規範的法を認めない点ではクレッシェルと同意見である。こうした規範的法が存在していないからこそ、クレッシェルによれば、中世初期において「法とは、同時代の人々にとっては、そのときどきの判決と同じもの」であった。村上は、この点をこう敷衍している。人々が互いに主張する権利の実現は、ただその都度その都度、個別的、具体的に折り合いをつけるということによっていた。折り合いをつける方法には、契約による場合と、判決による場合とがあり、この二つだけが、そのときどきに、人々の行為を相互に拘束づけるものであった⁽⁶⁾、と。

なお、この契約ということについても、クレッシェルはこう述べている。「制定法に基づくのであれ、慣習法に基づくのであれ法秩序といった觀念は、初期のドイツ法には無縁のものであったに違いない。契約あるいは信約(Vertrag)そのものによって設定される法的効果か、さもなくば裁判集會民によって行使されていた^{Recht}のいずれかしが存在しなかった。」ここで「初期の法」についてその存在が否定されている「慣習法」というのは、「慣習によって一般的に妥当する規範が生み出される」といった意味での慣習法のことであり、クレッシェルはこれに代えて「法慣習」という言葉を提起した。中世ドイツには、個別個別の事件において契約を交わすことによって当事者がみずからを拘束づけるという慣行はとくに都市においてしっかりと根を張っていたが、これにたいして不文の法秩序といった

ものはなかった。「したがって、中世ドイツ法は、法慣習は知っていたが、慣習法は知らなかった。ただ、ここでは「中世ドイツ法」というように、中世全体について「慣習法」の不存在が主張されているかのように見えるが、クレッシェルの真意は、学識法の浸透によって規範的秩序の觀念が次第に拡大していった中世後期に至る以前の時代が、念頭にあるものといえよう。中世後期になって初めて、〈契約は法を破る〉という法諺が現われることから判る通り、法と契約とは対置されるものとして理解されるようになる。もう一つ注意すべきは、不文の法秩序が存在しなかったというのは、クレッシェルによれば、「実体法」についてだけあてはまるとされる。これにたいし、裁判の場で契約を交わし契約が効果を生むには一定の形式を守ることが必要であったとか、訴訟において權利を獲得し權利を主張するには特定の形式を踏むことを要したとかいったように、「諸形式が問題となっている場合には、すでにヴィルヘルム・エーベルが『形式というのは、最古の規範だ』と強調したように、古い法といえども、紛れもなく、確固とした諸規則を知っていた。」⁽⁸⁾ここにいわれている諸規則、すなわち裁判規則というのは、「裁判集全民によって行使されていたlex」とクレッシェルが述べていた（古述）ところのlexに相当している。

クレッシェルが、法とはそのときどきの判決に他ならない、との彼の中心命題を提起したのは、それによって、「法に包含されている社会的現実」、言い換えれば法が契約とか判決とかの形でしか存在せざるをえなかった社会的現実をヨリよく説明できるからであった。社会的現実とは、契約とか判決とかの「個々の歴史的法制度」の中にヨリよく見いだされるものである。では、法が契約とか判決とかのかたちでしか現われなかった、中世初期、しかもドイツの社会とはいったい具体的にどのような社会がイメージされているのであろうか。クレッシェルの所論からは分らない。ここで直ぐ浮かぶのは、主君と家臣との封建關係によって作りだされていた社会——これはドイツに限らないが——である。ここで形成された封建法とは、ハインリヒ・ミッタースの言葉を借りれば「諸規範の総体という

よりも、むしろ、契約条件のゆるやかな組み合わせ⁽⁶¹⁾から成っていた。とくに中世の「政治的契約」の領域においてだが、およそ契約というものがいかに重要な役割を果たしたか——契約じたいが、法 (objectives Recht) をつくりあげた——をつきとめたのも、エーベルよりも早く、このミッタースであった。「法律、契約そして判決のあいだには、法史的に見るとき、作用 (Wirkung) のうえではほとんど差異がなかった。それゆえに、契約は、第三者によっても客観的規範として承認されうるし、それに参加する道が第三者に開かれる。またそれゆえに、法律も契約、pacta として現われうるし、あたかも契約のごとく誓約が交わされることによって、拘束力を強めることができた (ラント平和令) である。」また、法律や判決、契約は元来は個別事例を規律しようとするが、しかし、当該個別事例を超えたより広い範囲にわたって適用されるだけの力を秘めている。けだし、「どんな具体的な命題といえども、すでに、純粹に論理的に見ると、暗黙のうちに抽象的一般的規範を孕んでいるものである。」見られるように、ここでは、クレッシェルにおけるとは異なって、契約や判決の他に法律⁽⁶²⁾——規範的法——に言及されているが、しかし、その趣旨によれば、中世においては、法律といおうと契約、判決といおうと、現実の法の機能の点で相互に何ら変わらないのである。

十三 村上は、ケルンの提起した中世法「良き古き法」に、「非制度的で無定形な」法の他に、「慣習法」を見ている。ケルンは、「ゲルマン的国家においては、法は、慣習法、『父祖の法 [leges patrum]』、数限りない個別的権利の一個の連関としての所与の客観的法状態であった」と書いた。村上によれば、数限りない個別的権利に「一個の連関」があったとするならば、中世法は、近代法と異ならなくなる、ただ、近代法が制定法・判例法であったのに反して、中世法は慣習法であったという、たんに形式の上で相違するに過ぎない。ケルンは、中世法を一面で、この意味の「慣習法」——すなわち、「慣習法・判例法・制定法といった近代的法源論上の分類」の中に位置を占めるものと

しての——として提起した、というのが村上の考えである。ただ、中世法の「無定形な」の面と、「慣習法」の面と
いう、この二つの面がどのような関係にあったのかは、説明がなされていない。

中世法の無定形さというのは、法が判決人の良心や法感情に帰されていたこと、法は「多義的な内容を盛られた不明確」さ(ケルン)を帯びたものとして捉えられていたことから説明できる。これにたいし、ケルンが慣習法を「近代的法源論上の分類」にあてはまる概念として提起したと解するのは、世良のいう通り、疑問がある⁽⁶⁵⁾。ところで、ケルンによれば「古さ」だけでは法ではなく「良さ」が中世法の不可欠の要素であったが、この「良さ」とは、中世法の無定形さをもたらしたところの、法感情にうったえて法が測られるということを意味していた。「法感情」に矛盾する場合には、たとえば法の「古さ」が充分証明されていても、人々は当該の法にたいして不信感を抱いた⁽⁶⁶⁾。こう見えてくると、いうところの、中世法の二つの面とは実は、無定形さ、言い換えれば良心や法感情ということである。重なる。

十四 さて、村上が否定しようとする、個々具体的な諸権利をまとめ上げている一つの観念というのは、中世初期にはほんとうに存在しなかったのであらうか。私には、それが、〈正義の観念〉として存立していたように思われる。ただし注意すべきは、それは、ケルン風な、人々の良心や法感情にのみ還元されてしまうのではなく、かえって、人々の良心や法感情もまたそこに根をもっていた正義の観念である。これは、中世がローマ人から引き継いだ自然法の理念といつてよい。ローマ人にとっては、自然法は人間の理性によって理解されるものであった。キケロは『国家論』の一節で『真の法は、自然と調和している正しい理性である。それは、すべての人に適用され、恒久不変のものである』と書いた。中世においても「自然は、依然、社会秩序を形成する。」古代と異なるのは「神が自然の創造者となった」ことにある⁽⁶⁸⁾。しかし「神」の思想そのものは、キケロが右に述べているところにすでに現われていた。

《ただ一つ恒久不変の法が、あらゆる国民、あらゆる時代を通じて有効なのである。そして、われわれすべての上に、いわば、ただひとりの共通の主人であり支配者、すなわち、すべての者の神が存在している。というのは、神は、この法の創造者、裁判官であり提案者だからである。神に不服従の者は、自己自身から逃げる者であり、自分の人間たれることを否定する者である。まさにこのことによって、最高の罰をうける者である。》

このキケロの文章を、ケルンが中世時代には「ただ一人の女神ユスティーティアが王座に座している」と述べるのと比べると、キケロの神とケルンのユスティーティアとは頗る類似した性格のものであったのが判る。「二神教の思想そのものがギリシア・ローマ人の間に決してめずらしくはなかった」ことも指摘されている。⁽⁶⁹⁾ともあれ、実際にケルンは、「ゲルマン的国家法」であれ、キリスト教的法であれ、法が主権者であり、法はあらゆる支配者を拘束づける、という中世的法観念は、ストアの自然法に遡るものと見て、キケロの『法律論』を引く。《執政官の権力とは、統治を行ない正しく有益で法に一致することを命じることにある。というわけは、法が執政官を統治するのと同じように、執政官は人民を統治するのである。執政官とは法律が口をきいている者、法律とは黙している執政官のことである。》⁽⁷⁰⁾ただ、ローマの執政官は実定法に拘束されていたのに反して、中世の支配者は理想法——ケルンによれば「良き古き法」あるいは「神の法」——を頭に戴いていたのが異なっていた。法の主権性の根源となっていた、口をきく法律、つまり《生ける法律 (lex animata)》の観念は、王権に関するヘレニズムの概念に由来した。このヘレニズムと中世との関係について、かつてエルンスト・カッシーラーはこう書いた。「ヘレニズムは、つねに変わることなく、中世哲学のもっとも強力な要素の一つであった。」ところで、ギリシア思想とキリスト教思想とはある大きな一点において根本的に異なっていた。カッシーラーは、プラトンの正義論を解説してこう述べる。「倫理的法則の《起源》について語ることはできない。それは何ら起源というものをもちない。それは、つねに、それがあがままに存在してき

たし、またつねに同じく存在し続けるであろう。『不文の法』たる正義の法は、何ら始まりの時をもたない。それは人間や神の力によって作られたものではない。「これは、キリスト教思想家には到底受け入れることのできない考え方であった。というわけは、キリスト教思想は、一人の立法者、一個の人格である神を前提とするものであった。ギリシアにおいては「いずれの人も自分の道を自身で見いださなければならぬ」し、「自分自身によって見いだされない真理は、およそ真理ではなかった。」こうした思想は、「唯一の教師は、ただ神のみである」といった觀念とはあい容れえなかった。

この古代思想と中世思想との橋わたしの役割を果たしたのが、「自然と一致して生きること」を第一に求め、人間は本源的に平等であり自由であるというストア哲学であった。ローマ共和制時代の政治家たちの公的生活を支配するにいたり、哲学思想と政治思想とを結びつけたこのストアの思想から引き出された帰結は、カッシーラーによれば次のようである。「いかなる政治権力の權威も、つねに絶対的たりえない。政治権力はつねに正義の法に制縛される。

こうした法は、神的な秩序そのもの、至高の立法者の意志を表現するものであるゆえに、変えることも犯すこともできない。⁽¹⁾」さきのキケロの言葉に現われ、やがてアウグスティヌスに引き継がれた思想はこれである。しかし、アウグスティヌスはキケロの「神」にたいしては、次のように主張し、これがやがて中世全体を支配するキリスト教法的思想となった。「真の正義は……キリストが創設者であり統治者であるところの国家においてのみ存在する」(『神の国』二の二)。ここに、キリスト教的中世は、人間は人間の命令よりは神の命令に従わねばならない、という神の正義に人間の共同生活を準拠させていく。トゥルーズンによれば、ザクセンシュピーゲル・序言にいう『神は、御自身、法なのである』の文言は、その意味内容の上ではアイケによって初めて考案されたものではなく、中世を通して聖書に基づき繰り返し出会う「アウグスティヌスの伝統」——神がすべての法の源泉であるとの——を表明していた。中

世において、キケロの《自然》(右述)と、神とは同一視され、これら兩者に由来する諸命令は信仰を通して理解される対象となる。「中世の法律家は、『自然と神の兩者からくる諸命令、つまり』永遠の法のことをローマ法の言葉で *aequitas* と呼び、この法を導く意思のことを *iustitia* と名づけた。」¹²⁾ ボローニア法学派の誕生に先立つ中世初期のある法律文献 *Fragmentum Pragensis* の匿名著者は、こう述べていた。《*aequitas* とは、等しい場合には等しい法を求めるといふ、ものごとにおける調和である。神はこれ「等しい場合の等しい法」を求めるといふ、まさにこのことによつて、神が *aequitas* と呼ばれる。神の他には *aequitas* はない。こうした *aequitas* が人間の意思の中につねに存在するとき、その場合の *aequitas* は *iustitia* と呼ばれる。このような意思が命令——成文になつておろうが慣習に基づいておろうが——の中に移されるとき、そうした意思は *iuris* と呼ばれる。《*aequitas* については、すでにキケロも同じ思想を述べていた。《*aequitas* とは、等しい場合には等しい法を求めることを意味する》と(トピカ「二三」)。ともあれ、そこでは、神の永遠の法に導かれた人間の意思が正義と呼ばれた。また同じ匿名著者は言っている。《法は正義に基礎を置いているがゆえに、そして、法は、あたかも小川が泉から流れ出るごとく、それ「正義」から流れ出るがゆえに、それを優先させる。正義とは、各人にかれのものを配分する意思である「Dig. 1. 1. 10」。確かに、それ「正義」は、神の中に欠けるところなく完全に存在するが、しかし、われわれにとつては、「各人に各人のものを配分する神の正義への」関与を通して「初めて、正義が存在する、といわれる》と。ここでも、人間は神の意思に導かれることによつて正義に与かるものとされる。《正義とは、各人にかれのものを配分する意思》との命題は、古代末期以降、アウグスティヌスが《正義は、各人にその人のものを分配する徳である》(『神の国』十九の二十一)と述べ、また《秩序とは、等しいものと等しくないものとにそれぞれその場所を当てがう配備である》(同十九の十三)と書いたのを皮切りにして、ヘルスフェルトのランペルト、ラオテンバッハのマーネゴルドといった教会改革派の修道院長らに

よって中世初期へと伝えられていく。⁽⁷³⁾ともあれ、以上の意味で、キケロからアウグスティヌスへと伝わり、さらに中世の法律家へと連綿と続き、中世的法概念の形成に関わった、正義観念をめぐる古典古代的要素には、充分考慮を払う必要がある。

十五 一九一四年の著者『初期中世における神の恩寵と抵抗権』においてケルンは、法の主権性の観念をストア的自然法に遡らせ、この例証として、アウグスティヌスが、キケロにしたがって、『正義の存しないところには国家は存しないと結論せざるをえない』と述べている(『神の国』十九の二十一)文章をあげる。ケルンによれば、このようなストアの自然法に合流したのが、キリスト教的・神政的官職思想であり、これら二つの原理から中世法観念は成り立っていた。これをケルンは、セヴィラのイシドールス『命題集』(S. 1. 1. 1)の一文『君主は彼の法律に従順にしたがうというのが、正しい君主である』を手始めに、ランスのヒンクマルスやソールズベリーのジョン、さらにプラクトンなどの著名な学者の文章から例証した。ところが、一九一九年の論稿『中世の法と国制』においては、一転して、学者的法ではなくて「民衆的法意識」を論じると言っている。民衆的法観念によれば、法は人々の「良心」(正義感情)と古来の「伝承」の中に発見される。証書や部族法典、法書といった「これら三つの記録された法部分は、自己と並んであるいは自己の上位に、さらに、生きた法感情ないしは口頭で伝承された法をもっていた。」しかも、「良き法」といおうと、古き法といおうと、それは全く同義であった。

他方で、ケルンは一九一九年の論文においてこうも言う。民衆的法意識においては、法は、正義そのものと同様、「各人に彼のものを与える」神の奉仕者として眺められている、と。ところが、これとはほぼ同趣旨の発言が *Erigenium* *Traguse* に見いだされていたのは、右に(十四)述べた通りである。となれば、民衆的法意識といっても、それは、学者的法観念と変わらないことになろう。ところで、民衆的法が学者的法と最も大きく異なる点は、ケルンによれば、

理想法と実定法との区別が意識されていなかったところにあった。「教父たちの法哲学は、ストアに依拠して形成され、自然法という、倫理と法との混合領域を後世に伝えた。」後世とは中世であるが、ではこの中世の学者はどうなっていくのであろうか。彼らは、「古典古代の諸理念と、彼らの環境世界の生きた慣習法との対立に訓練され、さらにまたローマ法に訓練されて、しだいに、自然法にたいする対立⁽¹⁾補充概念としての実定法の概念を作り出した。」実定法の概念が作り出されてくる時代は、こうして、「ローマ法が、教会法と一緒にあって、しだいに中世的法概念を破壊していった」時代に属している。ということは、しかし、それ以前の時期においては、ストア的自然法——しかも、キリスト教化されていく自然法——が、学者的法概念を支配していたことになるであらう。と同時に、この時期には、未だ、理想法と実定法との区別の意識が存在しなかったということにもなる。⁽²⁾

これを要するに、ケルンの説こうとした「民衆的法意識」、言い換えれば「良き古き法」の概念とは所詮、学者的な法、ストアの自然法、そして、それに続くキリスト教的自然法の概念ではなかったのかという疑問をほとんど禁じえないのである。⁽³⁾

この疑問にも関係するので、もう一つだけ述べておきたい。ケルンは『中世の法と国制』の第二部（国制）第五章（時間的中世と概念的な中世）において、中世の精神世界について——このことは、従来あまり目がとめられてこなかったが——三つの時期的段階を認める。それによれば、真に「中世的なるもの」の標識はキリスト教的（救済思想）にあった。言い換えると、法や経済、社会といった世俗的諸領域が純粹に精神化されること、法についていえば、世俗法が教會的な法觀念のもとに理念的に束縛されることである。「精神化の程度の高低はもちろんさまざま」であった。なかんずく法の世界においては精神化は「ある程度までしか」進まなかった。しかし、ともあれ、精神化、別言すれば救済文化が中世の指導的思想であった。ケルンはこれを「時間的中世」にたいするに「概念的な中世」の言

葉で呼び、具体的には、トマス・アクィナスを讀者に想起させる。これにたいして、中世の初期的段階には慣習法が優越的に支配し、と同時に、法と「善きもの」とが混り合っていた。そして中世末期の段階は、法が成文化されることで法的恒常性を獲得し、この意味で技術的に、——理念的には、——すぐれたものになっていき、伝統や「善きもの」といった觀念から法が自立していく時代であった。^(註)

以上によれば、アイケが非自由人身分に関して私見を披瀝したザクセンシュビーゲルは、真に中世的な時代つまり教會的な救済思想の圧倒的な影響をうけ、教會的な法觀念に強く拘束された時代の所産となろう。救済文化の時代においては古いということだけでは法ではなく、法は「良い」ものでなければならなかった。法は良いものでもなければならぬというものは、伝來的なものであつてもすべてが良いものではなく悪習も存在しうると考え、しかもこうした悪習は法ではないと考える教會的觀念に由来する。ところが、ケルンは倫理的教會的觀念に強く束縛された法の時代に至る以前に、中世初期的な時代、すなわち、慣習法が優越的に支配し、法と「善きもの」とが混在していた時代を取り上げていた。とすると、この「善きもの」とは何であらうか。「中世的なるもの」の時代における「良い」ものと、どのように繋がっているのであらうか。

この点を先述のケルンの発言とつきあわせると、こうなる。ストア哲学に依拠したキリスト教父が自然法の名で中世初期へと伝えていったとされる「倫理と法との混合領域」が、右の、慣習法と「善きもの」との混在ということに相当しているよう(a)。そして、中世盛期、典型的にはトマス的な時代になると、教會的救済觀念が一層浸透していくことによって、中世初期においては混在していた中の、一方の慣習法が、もう一方の「善きもの」によって測られるようになり、こうして、法は「良い」ものでなければならぬとの觀念——キリスト教的自然法の觀念——が發展していく(b)。ケルンは結果的に(a)と(b)との二つの時代思潮を混同して論じ、このことが彼の中世法論を

分かりにくくさせている一因となっている。

十六 さて、西川洋二は、フランク時代の成文法源の伝承の在り様を詳細に分析した結果から、中世初期の聖俗のさまざまな法規範は当事者にとって単に「提案」たる性格を有していたに過ぎないと主張した。「形式的根拠により、ある場合に、ある特定の規範が、そしてそのみが適用されるという観念」が中世初期には存在せず、別の解決方法が常に用意されていたからである。したがって、彼によれば、裁判は、和解の性格を帯びており、「一般的規範の適用による一義的決定という構造になじまない」。判決も、判決人や当事者の「提案」を意味していた。こうした所論には、おそらく、近代法についての一定のイメージ——つまり「法の適用」による事件の解決というイメージ——が前提になっている。一般に、「法の発見」から「法の適用」へという裁判観念の変遷は、中世末期、近世初期におけるローマ法の継受に伴う学識裁判において生じてきたとすれば、それ以前の時代の裁判が「法の適用」という観念には支配されてはいなかったのは、ごく常識的な認識ということになる。世良は、すでにこう述べていた。「まずあらかじめ抽象的・一般的な法規の存在を前提として、その効果として事実上の社会関係が法的関係に転化されとみる」⁽¹⁸⁾ 見方は、封建制社会には通用する余地がないと。

ところで、裁判が一般的規範の適用になじまなかったという、このことは、フランク時代において一般的規範そのものの存在を否定する意味であろうか。ここら辺りは西川によって明言されてはいない。おそらく、それを否定するということではないであろう。というわけは、例えば彼は、こう述べていた。八〇二年のカール大帝の勅令に見いだされる、《裁判官は、書かれたる法によって正しく裁判すべく、恣意 (arbitrium) によるべからず》との規定について、ここには、「人民の生活の全般にわたって、正しいキリスト教的な生活の基準を与えようとする」志向が認められる。これについては、さきに山田欣吾が八〇二年のこの規定をとりあげ、その現実的効力の点は問題的としつつも、

フランク帝国を「政治化された宗教的共同体」と捉える立場から、一般にカロリングの諸勅令について次のように書いていた。これら勅令は、「信仰と生活の両面にわたる法規範を客観的に定着し、それを可能な限り統一的に全体へ押し及ぼすこと」が、フランクの諸王に要請されたことの「モニュメンタルな例証」を意味していた。⁽⁷⁾カロリングの宗教的共同体の伝統は、十世紀後期から十一世紀前期に頂点をもち、年代記者 Siegfried v. Gembloux (†112) が十一世紀後期における飢饉と疫病を前に、「オットーの時代こそはまことに至福の時代だった」と口をきわめて賛賞した、いわゆるヘオットー諸帝朝および初期サリー王朝の帝国教会体制⁽⁸⁾において復興する。また、ケルンが王法をそれ自体人民法、良き古き法の一部と位置づけることで、フランク国王の立法活動をほとんど顧慮しなかったのにたいし、ロルフ・シュプランデルはこう指摘した。「ある立法が効力を有するには、それが自然法の優越的な諸規範と一致している必要があるという観念が初期中世の王令や、教会法の諸作品に繰り返し現われる。」さらに、旧約書や福音書のさまざまな、個別的状况のなかで立てられていた命題——例えば、既述のヨハネによる福音書十四の六の「慣習と真理」といった——が、一般的法として、聖職者、そしてこれを通して一般信徒の意識にのぼっていたのは、周知の通りである。

ということになると、一般的な法規範そのものは存在したが、これは中世初期には、特定の裁判事件の解決について当事者を一義的に拘束するものとは観念されていなかった、ということであろう。クレッシェルが、中世初期の法について、「文字に固定されていた *leges* [部族法典] であれ、ただ慣行においておこなわれていた法 (*das Recht*) であれ、これらは、抽象的に適用力のある規範秩序の性格をもっていないのは、明らかである」と述べるのは、この意味にとれるであろう。⁽⁹⁾しかも、*leges* であれ、「ただ慣行においておこなわれていた法」であれ、それらは、現実の中世初期の人々の意識に上っていた法であったことは看過できない。例えば、八一九年の『サリー法典付加勅令』の一

規定 (§ 8) にはこうある (MG. Cap. I, n. 112)。《第四六条について、すなわち、寡婦を妻に受け入れんとする者について、すべての人々は、左のように判決を下した。彼は、レークス・サリカに書かれているようにではなく、これまで彼らの父祖たちがおこなってきたごとくに、親族の同意と承認とによって、彼女を妻にめとるべし。《アファトミーに関する別の簡条 (§ 10) には次のようにみえる。《この「レークス・サリカのアファトミー」一簡条について、次のように判決される。レークス・サリカに従って生きてきたすべての者は、長期の慣習に基づいて彼らの父祖たちがおこない守ってきた通りに、今後、守りおこなうべし。《慣行上の婚姻やアファトミーと、レークス・サリカに書かれた婚姻法やアファトミー法との間に矛盾があったのを、右のようなたちで立法的に解決しようとしたことを、これらは示している。

そこには、慣行としておこなわれてきている法、レークス・サリカに書きあらわされている法のいずれも、人々、少なくともこの付加勅令の書き手には、婚姻やアファトミーについての一般的法として意識にのぼっていた。しかも、右の例では、これら両者の法の連関も、一方の法は適用されず他方の法が適用されるというように意識にあらがっていた。ただ、法相互間の連関までもが意識にのぼるというのは中世初期にはごく例外的なことであった。ある法——《正しいもの》という觀念——と、別の法との間にへ一つの連関——例えば《契約はラント法を破る》といった——が存在していると考える方は、一般的には発達していなかった。言い換えれば、諸法について体系的思考が欠如していた。他方で、中世初期にも、とりわけ教会においては、旧約書や福音書の法は、教父に由来する諸命題とは異なる不可変の法とされて、法の間に序列をつけようとする考え方がでてくる。⁽⁸²⁾ クレッシュェルが、初期のドイツ法に知られていたのは「契約あるいは信約によって設定される法的効果」か、「裁判集会民によって行使されていた」⁽⁸³⁾つまり「判決」かのいずれかであって、「法秩序といったイメージ (Vorstellung einer Legalordnung)」は存在しなかつ

たというとき、この文章と、先に引用した彼の文章——ここでは、「文字に固定されていた *leges*」と「ただ慣行においておこなわれていた法」とに言及されていた——とは、どのような関係に立つのであろうか。必ずしも明瞭ではない。右に言う *«vaine législation»* を、法命題の間に成り立っているへ一つの連関」というように考えるとすれば、こうした連関の思考は、学識法学の形成をまたなければ意識にのぼらず、中世初期には発展していなかった。

規範的法の問題に関して、世良はこう述べた。「クレッシェルのいうようなレックス・ミシ、つまり訴訟に関する規則以外にも、例えば人の殺傷・他人の財物の奪取・放火等々の禁止、自由フランク人の人命金が二〇〇ソリドゥスであったことなど、一般的妥当力をもつ『規範的法』はたくさんあった。」ここでは、クレッシェルにたいしてヨリひろく規範的法の存在が認められ、しかもそれが一般的妥当力をも持つとされて、この点で西川の上記所論とも断然隔たっている。しかし、ということになると、他方で、世良が、既述のようにアグレガートツ・シニタントを説明し、これをケルンの中世法概念に見た——中世法は「良心」と「伝承」の中に発見される、「良き古き法」は一般的に妥当する法、規範的法ではない、という——の⁽⁸³⁾と、右の所論——そこにいわれる規範的法も、同じく中世的法であらうが——とは、どのように繋がるのであろうか、問題が残る。

他方、クレッシェルは、裁判手続が規範的性格を有していたことは「まったく疑問の余地がない」と述べる。しかし、これとても必ずしも自明のことではない。ただし、まず、裁判手続というのは、元来、当事者の契約から発展してきた側面が大きい。そもそも紛争を裁判の対象にすること自体が始源的には、当事者による契約を通して可能となったのであり（訴訟契約）、訴えの提起も、また、へ贖罪せよ、さもなければ宣誓せよ（*compound and iurei*）という判決宣告の後におこなわれる証明手続も、契約を前提にしておこないえた。つぎに、「形式というのは、最古の規範だ」（ヘーベル）の命題をてこにしてクレッシェルは、裁判手続は規範的法の性格を有したとするが、しかし、こ

の「形式」ということについては周知のようにマックス・ウェバーが「カリスマ的な法創造と法発見」と題してこ
う書き遺していたのが参照されよう。「呪術が、紛争のあらゆる解決に……介在している結果、あらゆる原始的な法手
続に特徴的にみられる厳に形式的な性格が生まれてくることになる。というのは」——と、ウェバーは続ける——
「問いが形式的に正しく提起されている場合においてのみ、呪術的手段は正しい回答を与えうるからである。」「形式」
の背後にあった呪術の觀念については、既述の通り(十二)シュルツェは、判決人の法的確信の内的根拠に信仰や迷
信をあげ、類似した見解を表明していたし、世良ははっきりと、アグレガートツィシュタントを構成する諸要素の一
つに「呪術的觀念」に言及した。⁽⁸¹⁾しかも注目すべきは、これらにいう呪術的な觀念は、いずれも、中世的法が規範的
法の性格を有していない点の一例証として指摘されていたものである。

四

十七 クラウゼによれば、十、十一世紀には、法を一般法と特別法とに分けるといった考え方は存在しないか、未
発達であった。帝国におこなわれていたものであれ、一片の領地において遵守されているものであれ、法——慣習法
(lex, consuetudo, mos maiorum)——には、法的性質の上で何らの差異はなかった。特別法の基準としての一般法、
特別的規範を限界づけるものとしての一般的規範といった觀念がはっきりしてくるのは、十二世紀中頃以降であり、
しかもまず教会の領域においてであった。教会は、すでに十一世紀に、多様な法の統一という、教会特有の差し迫っ
た課題——信仰の基準となる法の確立や、職階秩序の確定といった——のもとで、一般法・特別法の觀念を徐々に育
んでいた。例えば一〇三三年八月十二日マインツの地方教会会議では、《教会のさまざまな慣習の相違 (disparitas

nostrum singularum consuetudinum)》にたいして苦情が提起され、この慣習が、《礼儀正しき同意によって、一つのもの〔法〕へと移し変えられる (*redigetur in unum*)》ことが切望されていた (*MG. Const.* I, n. 437)。また、ヴォルムスのブルカルドゥスによる有名な『教令集』の編纂(二〇七一〇二年)もこの関連で捉えられよう。⁽⁸⁵⁾

カルル・ヨルダン編『ハインリヒ獅子公文書集』所収の、ハインリヒ獅子公が Homburg 修道院のために諸権利を認めた特権状を内容とする No. 22 の文書は、同修道院の十五世紀の写本帳からとられたもので、編者によって、一一七九年の発行年が付されている。が、それ自体としては、偽造文書と見られている。ただ、大きく二段に分けられるこの文書の前段はテューリンゲンにあるこのザクセン大公の土地の譲渡をうたっており、この部分はある真正の文書を範本としている。これにたいして、フォークタイの譲与に関する後段は、後に、十三世紀初葉、おそらく Honslein 伯によるフォークタイ権の要求に対抗して、修道院側で作成され、前段文章に接ぎ木された偽造文章であった。この中の一文は、獅子公に左のように述べさせている。《これまで、あるいは共通法によって、あるいは特別慣習によって (*sive de iure communi sive de consuetudine speciali*)、フォークタイ権に基づいて要求され、かつ要求できたすべての負担や使役、租税や請求から、最後にすべての給付——これが、どのような名前と呼ばれていようとも——から、余は、フォークタイ権を解き放ち、これを、修道院に譲与した。》⁽⁸⁶⁾ ここに見える《共通法》とは皇帝法を指し《特別慣習》とは地方的慣習法を意味しているようが、ともあれ、一般法にたいする特別法の概念が、聖職者世界に知られていたことをうかがわせる。と同時に、教会が発展させた《特別慣習法 (*consuetudines speciales*)》の理論は、聖職者側からの試みを通して、これまで多様な慣習法の存在に甘んじてきた世俗権力の世界へと広げられていくとしていく様子も、垣間窺えるであろう。

グラティアヌスは、*Decretum* I, Dist. XI c. 10 《權威によって、および一般的伝承あるいは特別的伝承によって、教会

は統治される」において、アウグスティヌスの次の文章（*in libro de christiana fide*）を引き、一般的法・特別的法の概念に注目する。《世界にひろがっていくカトリックの教会は、三様の方法で出現していることが確かめられる。すなわち、教会において守られているものは、權威（auctoritas）つまり聖書でもあり、普遍的な伝承（traditio）であり、ある固有の、特別の指令（inscriptio）でもある。教会は全權威「聖書」によって義務づけられているが、にもかかわらず、父祖の普遍的な全伝承によっても縛られている。しかしまた、各々の地方的な相違のゆえに、教会は、各人の考え方に応じて、個々の私的な命令や特別の指示によっても、存続し統治される。《ここには、教会が関わった三種の法——聖書、そしてあとの二つはおそらく、全体教会会議に由来する權威的慣習と、地方教会会議からくる慣習ないしは決議——が、それらの序列の關係をもかすかに包含しつつ、言い表わされている。

教会が発展させた《特別慣習法》の概念とは別に、中世ローマ法学者アゾー（*† um 1230*）は *Codex* 8. 52: *Quae sit longa consuetudo* に付した一注釈（*«consuetudinis auctoritas quanta sit?»*）において《consuetudo generalis》・《consuetudo specialis》の二観念を提起していた。ここにおけるアゾーの問題関心は、慣習の効力の根源は皇帝にあるのか、それとも人民にあるのかという、ローマ法学者の間で闘わされた問題の決定にあった。アゾーの基本的立場は、慣習は *prases*（言い換えれば *principes*）あるいは *populus* のいずれかが欲する（*placuerit*）場合に慣習となる。ところで、*principes* と *populus* とにおける慣習形成が矛盾する場合の解決策として提起されたのが《一般慣習》と《特別慣習》の概念であり、前者は *principes* が承認する（*putant*）慣習で、これによって、*lex* は *principes* の同意に基づき廃止される。後者は《ある土地の（*alicuius loci*）慣習で、*lex* を廃止しえない、というものであった。

このように教会的、あるいはローマ法理論の形成によって十二、十三世紀に一般的慣習、特別的慣習の概念が作られ、これに伴って、多様な法のあいだの序列化の考え方が発展していくが、本稿の課題からいって、もはやこれ以上

立ち入る必要はない。そこでもとに戻って、再び、前述の Homburg 修道院あての特権状、しかもその前段の次の一文に目を転じてみよう。《さらに、余が、同様にラント・テューリンゲンにおいて有してきた余の民、すなわち *servi* や *ancille* であれ *censuales* や *ascripticii* であれ、またその他、ラントの慣習にしたがって (*secundum consuetudinem terre*) どのような名で呼ばれていようと、余の民を、前述の教会に譲渡した。》⁽⁸⁷⁾ さて、《ラントの慣習》という表現は、クラウゼによれば、帝国にたいするラントの自立と、ラント内部における法の統一との二つの観念を萌芽的に含んでいたとされるが、ハインリヒ獅子公の文書集で最初の例は一二六九年十一月七日、*Ratzeburg*・*Lütbeck*・*Schwerin* の三司教あての特権状に見える一文である。曰く、《余はさらに、次のことを欲する。前述の *coloni* は、ラントの慣習に基づき、*marcine* と呼ばれる余の裁判所に席を占めること、軍役に服すること、城塞奉仕 (*burgwere*) に従事すること、がこれである。》⁽⁸⁹⁾

ラント裁判所の形成とその活動とに結びついた《ラントの慣習》について、同じような文言、例えば、『ティロール文書集』から *«ius et leges nostrae terre»*・*«ius et leges provinciae»* (一一五八年)・*«consuetudo et iura terrae»* (一一八二年) の文言を取り出し⁽⁸⁸⁾、これらの用例に見いだされる *ius*・*lex*・*consuetudo* のそれぞれは、古い時代におけるとは異なつて、相互に区別されえず同一の意味を取得しているとして注目するのが、クレッシェルであった。彼によれば、それら各々が示すのは、法と権利との二重の意味を含んだ——今日まで維持されている——「新しい種類の法」である。この法はいわば、「もろもろの慣習や伝来の権利、特権や裁判上の手続慣行からなつた織物」にもたとえられる。このことは都市において例えば、『全商人の、慣習に基づき正当なるユース (*consuetudinarium et legitimum ius omnium mercatorum*)』(フライブルク、一二二〇年)、『市民の共通のユースにしたがって (*communis civium iure*)』(ケルン、一二五四年)、『都市の慣習に基づくユース (*consuetudinarium ius civitatis*)』(オスナブリュック、一二七一年)

といった文言における *iuris* についてもあてはまった。十二世紀に「*iuris* は、古典的「ローマ法の」意味に戻った」として、この時代に初めて、法觀念の上に大きな変化が生じたと考えるのである。⁽⁹¹⁾

同様に、「遅くとも十一世紀には、古典的「ローマ法的内容のはっきりした復活が起きた」と見ているケーブラーは、すでに一九六六年の論文において、都市について十一世紀末期以降「*civitas*」の内容に著しい変化が生じてきていることを指摘していた。すなわち、それまでは「*civitas*」は、「都市に住む者 (*qui in civitate habitant*)」の意味であったのが、やがて、「*iuris civile*」を有する者となった。そして、この「*iuris civile*」とは「*civitas*」の「客観的法秩序」を意味していた。このことを、ケーブラーは一一〇一年のハインリヒ四世の文書（「*iuris civium*」）、一一〇五年のハルバーシュタット司教の文書（「*iura et statuta civilia*」）、一一一九年のハインリヒ五世の文書（「*iuris civile et omnibus commune*」）から例証した。またクレッシェルの所論との関連でいえば、ケーブラーが、一一七五年のマインツのある文書において「*iuris civile*」が「*mos et consuetudo civitatis*」と規定づけられている一例を紹介しているのは、注目される。⁽⁹²⁾

十八 中世初期法に関するクレッシェルやケーブラーの所論は「教會的法觀念の影響の存在や、ある觀念が古代より伝承されてきた思想的文脈の中にあることの指摘にとどまる」と評言したのは西川であったが、しかし、少なくともクレッシェルは「ローマ法やカノン法思考との諸関連」の指摘だけにとどまっていなかった。すなわち、彼は、ラントや都市の法をうたう、右例中の例えば、「*iuris et consuetudo terre*」や「*consuetudinarium ius civitatis*」といった用語が示しているのは、「慣習から生まれてきた法」であるとして、その「慣習法」の実質的内容を問い、その法の成立に働いた「法形成的な諸力」を考える。⁽⁹³⁾ところで、一〇〇〇年ごろ聖ガレンの修道士ノートカー・デア・ドイツェ（二〇三年没）が、ボエティウス『哲学の慰め』を翻訳しこれに注解を施す作業の中で、ドイツ語で書きあらわしていた有名な文章の前段にはこうあった。「*negotium*」とは、慣習をめぐる生じる争いである（*negotium ist*

説
ter stult. ter unhe daz keunoneheite geskhet)。商人たちは、年市でおこなわれた売買は、これが正当なものであれ不當なものであれ (recht alde unrecht)、それが彼らの慣習であるときは、効力をもつべきであるといって、争う。《クレッシェルは、ここに見える《慣習》からくる印象に基づいてこう述べる。「慣習法は、契約実務、法取引に基づいている」と。十二世紀の諸文書に見えた前述の用例もすべて、同様の事情を示している。そこに見いだされる新しい

法は、エーベルの言う、法取引における誓約 (Verwillkürung)・自治法 (Satzung) を実質的内容としていた。これとならんで、クレッシェルは、もう一つ、特権を付け加える。特権もしばしば「consuetudo の基盤」であった、と。この一例に、一一四五年 Kaiserswerth の商人にあてたコンラート三世の特権状における文言 (「consuetudines sive iura a predecessoribus nostris regibus」) を挙げる (DDK. III. n. 136)。こうして自治法、契約、特権から「consuetudo が、そして最終的に、新しい意味における ius あるいは recht」が生まれる。「中世盛期の新しい客観的法は、法取引と慣習に根をおろしている。」⁽⁹⁵⁾以上から見るとき、新しい慣習法の形成に働いていた諸力——クレッシェル自身はこれを明示していないが——は、商人と君侯とからくるということになる。⁽⁹⁶⁾

十九 彼の所論について、二点が問題となる。一つは、ノートカーの注解が、ノートカーの同時代、十世紀から十一世紀に移る時期の南西ドイツ(なかんずく、司教座のあったコンスタンツ)の社会的現実に対応していたのかの問題である。それには、ノートカーの文章の、次のように述べる後段をも考察にいれる必要がある。《iuridiale の名は、iuridici(裁判官)もこう呼ばれているところに、由来する(iuridiale habet nomen nomen, dñm oib iuridici heizent)。裁判所において purrecht (フルクレヒト)を語る者は、ローマにおいて iuridici(裁判官)と呼ばれるように、それに属する争いは iuridiale と呼ばれる。》クレッシェルは「purrecht とは、[ラテン語で表わされた] ius civile を意味しており、これは「古」lex として、[すなわちドイツ語の] ewa として consuetudo [「#のkeunoneheite」] 対

置される。」ところで彼が「*ius civile*」と言うとき、ケーブラーのかの一九六六年の論文に依拠している。ケーブラーによればノートカーは三種の法を区別していた。(ア) *ius naturale* (*ius gentium, iurecht*)、(イ) *ius civile* (*consuetudo iuris civilis, mos civilis, bürgerlich*)、(ウ) 土着の慣習、がこれである。(ア)をめぐる争いは *iuriditiale* と呼ばれ、(イ)をめぐる争いは *negotiale* と呼ばれる。⁽⁹⁷⁾ 因みに、右の、クレッシェルの「*purgeht* とは *ius civile* を意味する」の発言は(のイ)に関わっている。ケーブラーによる以後の研究から、⁽⁹⁸⁾ ここで注意すべきは、まず、*iuriditiale*・*negotiale* 概念とその区別とはキケロの著作 *rhethorici libri duo*, qui vocantur de *inventione* に由来した。この著作には、例えば、*consuetudine ius* の種類として *pacum* や *par* や *iudicium* があげられ、また *negotium iuris civilis* とか *pacum, quod inter aliquos convenit* とか *negotiores* といった文言もそこに見いだされ、ノートカーはキケロのこうした諸概念に依拠していた。次に、*purgeht* は *iuriditiale* とは関連がない。というわけは、ノートカーの後段冒頭が言おうとしているのは、「*iuriditiale*」も「*iuridici*」もその名は「*ius*」(本来の(真実の)「*ius*」つまり「*ius naturalis*」)に由来するということだからである。最後に、ノートカーの「*purgeht*」は、古代ローマ法学者によって作られた実定法概念たる「*ius civile*」の単純な翻訳に過ぎない。ヴァルター・シュレジンガー、また、これに依拠したゲルハルト・ディルヒャーが考えたような「都市法」(つまり、都市の「客観的法秩序」⁽⁹⁹⁾)を意味していない。

このように見てくると、*purgeht* (*ius civile*) を *lex* (*ewa*) と解したり、*consuetudo* (*keuoneneite*) に対置させることは、もはや無条件には許されることが分かる。さらに、ノートカーの前段に述べる商人の慣習ということについても、ケーブラーによれば、「大きな留保つきでのみ、商人的慣習法」を語ることができるに過ぎない。前段において中心になっている命題は、売買はつねに年市でおこなわれねばならず、しかも、それは正義に適っているか否かにかかわらず維持されねばならないということにあった。ノートカーがキケロからくる言葉のイメージに基づいて、

説 自然法 (*Recht aude unrecht*) にたいする実定法 (*Rechtsvorschriften*) の例をあげるのに用いたこの年市は、確かに社会的現実性をもっていたであろう。しかし、前段は、これ以上のことにはなにも語っていないし、また、こうした年市が一〇〇〇年当時に初めて——それ以前にでなく——成立したと見る必要もない。^(四) 慣習という言葉のもとになっていた *consuetudo* も、クレッシェルがそこに誓約を見ようとするときの *pactum* も、すべてキケロに由来する用語であった。

他方ケーブラーはケーブラーで、右の一九六六年の論文で彼が、ノートカーの述べる三種の法の一つとしてあげていた「土着の慣習」については、その後の彼の諸論稿ではまったく言及がなく、問題が残る。

二十 もう、一つは、エーベルが、十二世紀に初めて証明される法形成の一形態として、同時に、法の思考形式の一つとしても提起した「誓約」とくに自治法的誓約 (*statutarische Willkür*) の問題に関する。自分で自分を拘束つけるという觀念、これをエーベルは「条件付自己判決」と規定づけたが、こうした觀念つまり *Verwillkürung* に、誓約は、その根源を有した。ところで、ここで注意すべきは、彼によれば、誓約は、当時の一般的な法の傍らに発展してきた。「*Verwillkürung*」は、次のような世界、すなわち、無意識的に成長してきた、個別的事例において判決を通して初めて意識の光の中に浮上してくる法のみを識っていた世界、こうした世界の中で、意識的に作られた法の最初の形態として、かつて存在していたといえよう。」北ドイツの一都市 *Möller* の都市法 (一二三三/五七年) の一文には、次のような文句が見える。《俗語で *wilkore* と呼ばれ、しかし、一般法 (*jus commune*) ではない、契約あるいは慣習によつて (*arbitrio sive consuetudine*) 」。あるいは、*Blume von Magedung* には《それは、誓約であつて法ではない (*eine wilkur und kein recht*)》と述べられ、*Magedung-Breslauer System, Schöffengericht* には《我々審判人は、それを、*ein recht* としてではなく、*eyne byrkor* として述べる》とある。誓約は法ではない、との命題を表明する文言は頻繁に見いだされる。裁判官が誓約に關係する事件は取り扱わないのは、誓約は従来の法の範疇に属さないと觀念されていた

ことに理由があった。要するに、誓約によって定立される法というのは、一般的な法と併存し、つゞ登場してくる。ただ、エーベルによれば、誓約は次第に慣習法化していく。こうして、都市君主による特権付与に基づく誓約の確認が起きたり、また「契約は法を破る」といった、法の効力の序列を示す命題が登場してくるのは、当初は当事者のみを拘束づけた誓約法が一般的な法に変わっていった後のことになる。^(註)

クレッシェルは、十二世紀における新しい種類の法を契約、エーベル風な誓約に求める。そうとすれば、契約と元来的に区別され、これと対抗関係にあった一般的な法、これをエーベルは、おそらくケルン風な中世法概念に基づき理解しようとしているが、この一般的な法についてクレッシェルは何らかの発言を迫られていることになるはずである。というわけは、彼は十二世紀までについてこうした一般的な法の存在を否定しているから。その辺りについては、彼の所論からはいまだ明らかではない。この問題については、すでに村上がこう指摘していた。「Wilkin は本来合意の当事者のみを拘束したのであり、それゆえ固有の意味における recht ではない」。したがって、少なくとも、のちの発展によって Wilkin が Wilkinrecht として観念されるに至る以前に、Wilkin とは別に存在した recht について権利法の二重概念が成立した、と考えざるをえない^(註)と。

ケーブラーも十二世紀における、契約からの新しい慣習法の成立というクレッシェルの命題を正面からこう批判する。「十二世紀に初めて契約と法取引から consuetudo の諸制度が成立するというのではなく、逆に、伝来の諸制度が、「十一世紀以降」新しく受け入れられた名前、つまり consuetudo という名前をかぶせられるのである。」すなわち、十二世紀に教会的概念として consuetudo の観念が次第にドイツに定着するというのは、ケーブラーによれば、中世初期に慣習法や慣習法的法形成がなかったということの意味しない。まったく逆に、その時代にも、「もろもろの慣習や伝来の権利、特権や裁判上の手続的慣行からなつた織物（クレッシェル）にもなぞらえられる法は存在していたし、

さらに契約や法取引が法形成的な働きをしていた。中世初期には、*ewa* 概念の他に *frivonheit* 概念を必要としなかった理由について、ケーブラーはこう考えている。*ewa* 概念にはローマ法の *res* 概念とは異な^(四)って、制定とか成文化ということが基準になっていなかった^(四)ので、*patrum* や *condicio* も *ewa* と解されていたからだ、と。

ともあれ、クレッシェルの命題は、少なくともそのままのかたちでは直ちに受け入れられるというわけにはいかな^(四)いであろう。なお、付言すれば、例えばティロールの文書にあらわれた《ラントの慣習と法》の文言は、かつてオート・ブルンナーがラント法的統一^(五)体として「ラント」概念を提起するの^(五)に、史料上の大きな拠り処にした一つでもあった。「ラント」とは何か、の問題は今なお論議の対象となっているが、ラントの法・慣習^(五)が、特権はともかく、契約や法取引から成立したというのは、ランデスヘルシャフトの形成問題とも関わって依然問題として残ろう。

二 慣習法としての中世法観念とその変遷とを、社会構造、とりわけて権力構造とその変遷との関連において問題としたのは、つとに世良であった。クラウゼにせよ、クレッシェル、ケーブラーにせよ、また他の研究にもこうした問題関心は見られず、およそ彼の中世法をめぐる考察におけるきわめて大きな特徴の一つをなしている。もうひとり、このような方向から、法の変遷を規定づけた要因^(五)というのをとりあげたのが村上である。まず世良はこう述べる。十二、三世紀に至る以前に支配していた「良き古き法」の観念は、「独立諸権力間の勢力均衡状態の表現」であったが、十二、三世紀になると権力集中過程の進行が開始され旧来の法観念は次第に切り崩されてゆく、ただし、長期にわたってなお独立権力の残存を許す限りでは古い法観念は維持されていく、と。

この「権力集中過程の進行」に相当するのが、村上の所論では「領域的支配の成立」である。村上によれば、統一的政治的権力が存在しない時代には、自立的諸権力の様々の権利を基礎づける法規範は成立しえなかった。十二世紀以前の時代において *ius* (あるいは *recht*) と *lex* (あるいは *ewa*) とがそれぞれ別個の観念領域に属していたのは、

統一的政治権力の不存在によっている。中世中期以降、領域的支配がでてくることによって初めて「良き古き法」の観念が成立する。この法観念の一例を、村上はザクセンシュビーゲルのラント法に見る。ザクセンシュビーゲルでは *lanlewa* ではなく *landrecht* という言葉が使われている。*ewa* においては不可能であった権利法の二重概念がここに成立した。「このことは「中世初期の法観念との不連続を前提としないかぎり理解困難」である。新しく成立する「良き古き法」は、領域的支配の成立の以前から存在してきている様々な伝統的権利の「集積」を意味する。これは、領域的権力が未だ伝来の自立的諸権力の権利を完全に奪うほどには強力ではなかった、言い換えると、良き古き法が諸権利を基礎づけるにたる「抽象的な法規範」の意義を取得するまでの段階に達していないことに、理由があった。良き古き法のこのような状態は、中世末期から近世にまで維持される。以上の所論で注目すべきは、一つは「権利法の二重概念」は、伝統的権利の「集積」として「良き古き法」が形成されるところに、成立するということ、もう一つは、「良き古き法」は、具体的権利を基礎づける「抽象的な法規範」を意味していないこと、である。ということになると、村上の基本構想はおそくこうなる。 (a) 中世初期においては「自立的権力の実力によって直接に担保」されていた諸権利はあったが、「客観的法秩序」は未だ存在しない。(b) 十二世紀から近世初期にかけて、個々具体的な権利の「集積」状態——村上によれば、オットー・フルンナーの「ラント法」は、これを指している——、言い換えれば諸権利の「一個の連関」(ケルン)は作られ維持されるが、「抽象的な法規範」はまだ存在していない。(c) ようやく近世初期以後になって、抽象的法規範が登場してくる。

見られるように、同じように権力構造の変動に注目しつつ、同じように十二、三世紀に法の変遷にとつての大きな節目を見つても、村上と世良の所論は「良き古き法」の存立の時期をめぐる正反対の論理となっている。確かに、世良は「権力組織の確立が一段と進む十三世紀頃から『良き古き慣習』という表現が史料の中に現われ始める」と言っ

述はいるが、しかし、その意味するところを彼はケープラーの所論に基づきつつ、こう説明する。^(四) 古代末期から十一世紀まで続いていた法観念——*lex* と *mos*・*consuetudo* との近縁性という——に代わって、同世紀末期には、新しい法観念が登場する、というよりは、かつての法観念が復活してくる。すなわち、古典ローマ法においては「*lex*」は本来 *constitutio scripta* の意味を有していたが古代末期から中世初期にかけてもはや「拘束力のあるもの一般」とのみに観念されるに至った。ところが、十一世紀末になって、*lex* はその本来の意味を「再獲得」する。*lex* が *constitutio scripta* の意味を再取得する代わりに、*lex* が中世初期に有していた意味は *consuetudo* の方に移る。こうなってくると、世良によれば、*consuetudo* が *lex* にたいして法的効力を主張しうるには、*consuetudo* は「良きかつ古き」慣習であることを意識的に強調せざるをえなくなった。これは、ローマ時代に *consuetudo* が「良い」と「古い」ということをしばしば要請されていたのと軌を一にしていた。ともかく、それが、十三世紀頃から登場してくる「良き古き慣習」であった。ところで注意すべきは、この良き古き慣習は、「もはや初期中世におけるように法全体を基礎しうるような根本的観念ではなくて、いろいろの利害関係者たちによって、*lex* に対抗して自分たちの利益を主張するためのいわば錦の御旗として、防衛的に利用された観念」に過ぎなかった。世良は、村上が説明していなかった、「良き古き法」における「良い」と「古い」の由来を、以上のような意味で理解した。と同時に、*constitutio scripta* の古典的意味を再獲得した「*lex*」が、今まで「伝統」と「良心」との中に見いだされた中世的慣習法に代わって、「法全体を基礎しうる」観念として十二、三世紀以後次第に社会に浸透していく。これを要するに、世良によれば、この新しい時代には、(a) 古典ローマ法の意味の「*lex*」、および (b) 独立諸権力の自立がなお維持されているかぎり、で中世的慣習法、さらに (c) 右の「良き古き慣習」の防衛的観念、という三種の法観念が併存していることにならう。

二二 統一的政治権力が形成されていなかった中世初期の時代において、村上は自立的諸権力の様々の権利の存在を認める。「独立諸権力」の存在を挙げる世良もこれに異論はなからう。このかぎりでは、村上と世良とのあいだには見解の差異はない。両者の所論の決定的な別れ目は、村上によれば、世良の主張するような「法全体を底礎しうるような根本的観念」は中世初期においては認められないとするところにある。ここで出てくる問題としては、二つある。一つは、右のような別れ目は、つきつめれば、クレッシェルの中心的命題——中世初期においては *ius(recht)* と *lex(satz)* とは異なった観念を表現していたとする——を前提にするか否かということにある。ところで、この命題にたいしては、周知の通りケーブラーが批判を加えた。第四、五世紀の古代末期においては *ius, lex, consuetudo* は相互に密接に絡み合うものと観念されていたのであり、これがそのまま中世初期に引き継がれた。*ius* は古代末期に確かに大幅に客観的秩序としての意味を失ってほとんど権利を指すようになったが、中世においてその意味を完全に失ってしまったわけではない、と。クレッシェルはケーブラーの研究成果に大きな意義を認めたが、自分に加えられたこの批判にたいしては沈黙している。村上はケーブラーによる異論を詳細に紹介しつつも、クレッシェルの右の中心的命題に従う。これにたいして世良は、クレッシェルの見解はケーブラーによって克服されたものと見ることができ、⁽¹³⁾ という。しかし、ケーブラーの所論は右に見られるように、クレッシェルの見解を根底的に否定しようとするのではなく、ただある面でその行き過ぎを正そうとするのが趣意である。また、右の三つの法が密接に絡み合うものと観念されていたといっても、それは、ケルンのいう「良き古き法」を意味するものとされているのではない。他方でそのケーブラーの所論自体も、クレッシェル自身述べているように、^(14a) 法史学界において——クレッシェルの見解も含めてだろ—未だ充分の同意が得られていない。

もう一つはこうである。中世初期に「法全体を底礎しうるような根本的観念」を認めようとする世良の考察方法に

は、彼の次のような認識がその根底にあるように思われる。「封建制社会も、そこでいかに実力が跳梁し・アナルヒッシュな性格が強いとしても、およそ一つの社会として存立してゆくためには、そこにおけるもう一つの権力の間に何らかの意味の権力秩序」がなければならぬはずとすれば、この「権力秩序」＝「社会関係」の総和が、封建制社会における「客観的法」——個々人の権利・義務の「総体」という意味での——を形成していたと。村上は、この社会関係の「総和」や権利・義務の「総体」としての法觀念の存在を少なくとも中世初期については否定し、こうした「総和」や「総体」といった觀念すら未だ存しなかった時代として中世初期を捉える。しかし他方で、村上は「中世（初期）の政治的秩序」の存在を認め、これを「もう一つの自立的権力のゆるやかな人的結合関係にもとづくもの」として規定づける。にもかかわらず、「自立的権力相互の間に一種の双務的關係が存在したとしても、それは直ちに客観的な法秩序を基礎づけうるものではない。ところで、中世初期に「政治的秩序」や「双務的關係」が成り立っているということは、何らかの種類の法秩序——具体的にいえば、ここではレーエン法——がそこに作りあげられていることを指してはいないであろうか。この法秩序は、自立的権力の間に交わされる契約關係に発端を有した。

五

二三 中世的慣習概念をめぐる、以上、幾つかの問題点を指摘してきた。本稿はクレッシェルの提起した問題とそれをめぐる議論を中心としたために一面的なものとどまり、本来慣習概念の問題について取り上げるべくして取り上げえなかった他の論点も多くあるし、本稿で扱いたこと自体についても充分なものとはなっておらず、何ら解決の方向を示しえずに指摘に終始したところも少なくなく、これらの点は他日を期したい。なお、今後に残され

た問題としては、例えば、『*consuetudo in scriptis reducta*』（グラティアヌス）としての *ius* 概念の形成や、『*consuetudo in scriptis reducta*』から『*consuetudo approbata*』への *consuetudo* 観念の変遷（ガグネア）の問題⁽¹¹⁾、そして、古代末期、中世初期の社会における法の形成の本来の担い手——貴族的農民的階層——における慣習概念と、ラテン的学識者の世界における慣習概念との関わり、などが挙げられよう。ともあれ、以下では、本稿で今まで述べてきたところの重要な点だけを、今後追究されねばならない問題を含めつつ、摘記するにとどめざるをえない。

それについては、六年前にフランティシエク・グラウスが「中世の国制史」と題し数世紀を対象とした学界回顧的論稿において、ケルンの中世法を「客観的に存在する秩序」（あるいは、「社会に覆いかぶさる法」、「社会の上に漂う統一的な法」と特徴づけ、こうした中世法概念は法史学者や、ゲルマニスト（なかんずく、クラウス・フォン・ゼー）によって根底的にゆさぶられているとし、中世法研究の現在の状況について以下のように述べたところを、手がかりにできる。「中世的法の非体系性、つまり「中世的法について」、どのような種類のものであれ体系化をおこなうことの困難性が、はっきりと認識されている——カルル・クレッシェルは、中世法の『規範的性格』（もしくは、「一般的性格」）にたいて、異論を唱えている——のは、私の見るところ全く正当なことである。」——続けて、グラウスはいう——「言葉の選択が適切におこなわれているかどうかは争いうるとしても、中世的法の統一性（*Einheitlichkeit*）といった古い見解はもはや維持されえないこと、しかし同時に、何らかの種類の一般的法観念が「中世には」存在したこと、これらは疑問の余地はない。」このグラウスの文章から、二点をとりだそう。

まず、時代の問題がある。右の文章には「中世的法」とのみあって、中世におけるその変遷について言及がなく、時代的限定も付されていない。ために、右の後段の命題は中世全体に関わるのか、あるいは、前段においてクレッシェルの所論が引かれていることから推察して、とくに中世初期の法が念頭にあるのかは明らかでない。しかし、こ

の点の認識は重要であろう。というのは、クレッシェルをはじめ、本稿で言及した諸氏が共通に抱いていた大きな関心の一つは、ある法観念が中世的法観念だというとき、それが、特徴的には、中世全体に関係するのか、それとも、中世の一時期にのみ属する観念なのか、ということであつた。時代的差異の問題を考慮に入れずにはもはや中世法を論じることができない。

ここで、時代の差異ということをめぐる一つの問題として、十二世紀と十三世紀との相違の問題がある。野口洋二は『十二世紀ルネサンス』『訳者あとがき』において著者チャールズ・H・ハスキンス以後の研究動向に触れるなかで、「法学の復興については十一世紀末から十三世紀末までを視野に入れる必要がある」と書いた(三八三頁)。法観念史のうえで、十二世紀と十三世紀とを転換点とその発展という意味で一つの時代として括るのはそれ自体として間違ひではなく、例えば、ガグネアや、ゲインズ・ポウストの中世法学に関する代表的な研究はそうした立場にある。他方で、中世における国家論の問題について甚野尚志は、こう指摘している。「十二世紀の国家観念と『アリストテレス政治学』受容後の」十三世紀後半以降に形成される国家観念との質的差異」がこれまで等閑に付されてきた、と。十二世紀と十三世紀との相違は実は中世文化史、精神史研究においては古くからいわれてきた。例えば兼岩は「十二世紀文化が美的情緒的であるのに対して、十三世紀は思弁と体系の時代」であり、「十三世紀のラテン語は、古典ラテン語からへだたること遠いものがある」と書いていた。とくに柏木英彦は、「十二世紀を、十三世紀の完成に到る準備の時代と見るような立場に立つかぎり、精神の自己現出としての表現に対する嗜好、知的総合という中世精神史の最も魅力ある面は、視野に入つて来ない」と力説する。⁽¹¹⁾

法観念史の分野では、必ずしも、十二世紀はたんに十三世紀の準備期といったような理解はなされてこなかったとは思われるが、それにしても、法観念史も文化史、精神史の一つのあらわれととらえねばならぬとすれば、十二、三

世紀を無造作に一つに括ってしまう前に、両世紀相互の違いを改めて問うことも、あながち無用とばかりとはいえない。こうして、十二世紀が十三世紀に繋がる面をもつと共に、それと断絶する面をもつとすれば、この面は法觀念のどのようなところに現われているのかが問われることになるが、ここでは取りあつかう余裕はない。ただ、一つだけ付言すれば、十二世紀は十三世紀よりはむしろ、十一世紀のほうに繋がっている側面が少なくないことはいえる。それは取りも直さず、聖職叙任権をめぐる争いに現われた思想傾向と関係する。ケーブラーは一度こう述べたことがある。初期のキリスト教会には、世俗の世界におけるローマ皇帝の立法権に相当するような、拘束力を備えた教会法規を定めうるだけの中央権力が存在しなかった。ために、教会法は広汎に慣習を媒介にして形成された、と。彼は十一世紀に新しい法觀念の端緒を求めていたが、惜しいことに、この世紀に何を見ようとしたのかはついに明かさに終わった。それを今、教皇の立法権思想形成の時期というように解せないことはない。中世初期における慣習法の優越(ケルン)というのも、このような中心的な聖界立法権の不在という社会的現実と関係があったことになろう。この意味で、教会的法理念の浸透に見られる救済文化の時代というのは、聖界の中央的立法権、言い換えれば教皇首位権が形成されていく時代と見なすことができる。首位権は徐々に、なかなしくレオ大教皇やニコラウス一世らによって主張され、グレゴリウス七世によって教皇立法権を中心に一つの頂点を迎える。グレゴリウス七世のハインリヒ四世にたいする第二回目の破門廢位宣言(一〇八〇年三月)以後イタリアにおいて、教皇側教会法学者(ヘルツカのアンセルムス(二二世)、スットリのボニゾーの両司教、枢機卿デウスデーディト)と、皇帝側ローマ法学者(ラヴェンナの俗人法学者ベトルス・クラスス)との間に交わされた論争は、聖俗学識法の流布に大きく寄与する。論争に資するために各種教会法令集が編纂され、ローマ法については、教皇グレゴリウス一世以来五世紀を経て初めて『学説類集』が引用される。このような弁論・反論に基づく論争の経過から、アベラルドゥスからコンスタンツのベルノルドゥスを経て、カンタベ

説
リのアンセルムスに至る弁証論の展開を見、信仰の理性的根拠が求められていく（「理解を求める信仰 [Fides quaerens intellectum]」）のは、周知の通りである⁽¹⁸⁾。

論
二四 第二に、グラウスは、一方で、中世的法の統一的性格を否定し、他方でしかし、ある一般的法觀念の存在を疑わない。まず、統一的性格の否定は、中世法に規範的法の性格を否認することを意味するが、今日、少なくとも、中世初期法を、それが規範的法として現実に機能していたものと性格づけることはもはやできない。規範的法から、個々の権利義務が引きだされるとか、また、ある権利の行使が規範的法に合致しているとかの意味での、規範的法のことである。しかも、注目すべきは、〈規範的法〉——諸規範の集合体——という近代法概念自体について、すでに、とりわけ法の社会学的考察によって久しい前から有効性が問われてきているとき、また、法の形成と実現において私人が現実を果たしている役割、あるいは果たしうる役割をめぐって論議が提起されてきているとき、規範的法の概念を基準にして中世的法を性格づけるということ自体が、必ずしも自明のこととはいえなくなっている⁽¹⁹⁾。

次に、「何らかの種類の一般的法觀念 (allgemeine Rechtsvorstellungen irgendeiner Art)」としてグラウスが具体的に何を考えているのかは、分らない。とくに、中世的法の「統一的」性格を否定しつつ、にもかかわらず「一般的」法觀念を求めると述べられるとき、そこにどのような違いを認めようとしているのかも明らかでない。われわれが、中世初期、盛期について、この「一般的」法觀念のもとに、ストア的、そして教會的自然法の理念、なにかんずく神の正義の理念を考えてみると、それは必ずしも意義のないことではなからう。その理念は、教會的な、真理と一致する《consuetudo》に現われていたものであろう。しかし、他方で、シュルツェが提起したような《Vorstellung einer Rechtsordnung》＝判決人の判決発見にさいして内心の確信の元になっている、記憶・風聞・慣習・法感情・信仰や迷信などの「集塊」、クレッシェルがあげた《Lex》＝成文法であれ慣習法であれ、現実の人々に抱かれ遵守されていた法、

または裁判上の諸規則や、*«ius»* = 「*「目」*」の *«iurati»* 「権利」を行使する者は正しくふるまっているという素朴な観念」、ケーブラーが述べた *«lex»* = もはや制定とか成文とかを要素としない「拘束力のあるもの一般」や、*«techna»* = 「正しいもの」という一種の正義観念⁽³⁾、といった諸観念が、*«consuetudo»* 観念とともに、中世初期の法観念として多様に集積したかたちで存立していたことは、注目されねばならない。こうしたさまざまな法観念の集積状態そのものの認識と、そして、そうした単純素朴な状態が、中世初期において、四、五世紀の西ローマ卑俗法学から全体として引き継がれ、しかし同時に、キリスト教会の法理念の影響のもとで変容をも受けていたものであったという、由来の考察と、この二つは、中世初期法の解明の仕事にあたって、今後もたえず顧みられねばならないであろう。

その場合、古代末期的、中世初期的法状態における特徴的な現象として、集積した諸観念の相互間において、多かれ少なかれ、連関が欠如していたということは、一方において確かに重視されねばならない。十一世紀後期ないし末期以降、十二世紀から十三世紀初葉にかけて中世ローマ法学者、およびカノン法学者の学説を通して、*«consuetudo generalis»*・*«consuetudo specialis»* の概念が形成され、その撰取によって、法的諸観念相互における連関の思考が培われたことを考えるとき、なおさらである。しかしながら、他方で、ストア的自然法に見いだされた神の正義の伝統的観念が中世初期においてそうした連関を形作るのに何らかの働きをしてはいなかったかどうかは、これまた考えてみるに値する問題である。

注

- (一) H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, in: *Ius Commune* 1 (1967), 1-33. 佐々木有司編訳『ヨーロッパ法史論』(一九八〇)三頁以下。

- (2) K. Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*, in: *Vortr. u. Forsch.* 12 (1968) 319-35. クレマンナ
ル(石川武監訳)『ゲルマン法の虚像と実像』(一九八九)四三頁以下。
- (3) K. Kroeschell, "Rechtsfindung", in: *FS H. Heimpel*, 3 (1972) 488 ff.(石川前掲書一〇五頁以下); derselbe, *Rechts-
aufzeichnung u. Rechtswirklichkeit*, in: *Portr. u. Forsch.* 24 (1977) 349 ff.(石川前掲書一五一頁以下); *Germanisches
Recht als Forschungsproblem*, in: *FS H. Thieme*, 1986 (クレマンナ訳)『ゲルマン法——ある研究(史)上の問題』[石
川前掲書三頁以下]。
- (4) G. Köbler, *Das Recht im frühen Mittelalter*, 1971. cf. C. Schott, *Der Stand der Lages-Forschung, Frühmittelalt.*
Studien 13 (1979), 46 (Ann. 90, 91), 47 (Ann. 93), 53 (Ann. 123) f. また、久保正輔「中世ヨーロッパ」川島武宜
編『法社会学講座9』(一九七三)一八一頁以下、村上淳「近代法の形成」(一九七九)十八—十九頁、同『ゲルマン法史
における自由と誠実』(一九八〇)二六六頁以下、石川武「中世ヨーロッパにおける法秩序の構造と展開」をめぐって
『法制史研究』三四(一九八五)一三三頁以下。
- (5) 以下一端は、G. Schneizeisen, *Rechtsfindung im Mittelalter 2*, *ZRG (GA)* 91 (1974), 82-83; K. H. Burmeister,
Probleme der Weistumsforschung, in: P. Blöcke (Hr.), *Deutsche Ländliche Rechtsquellen*, 1977, 81; H. Vollrath,
Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittel. Rechtsbeziehungen, *Hist. Abh.* 102 (1982), 54 ("Falsch"); A.
Ignor, *Ueber das allgemeine Rechtsdenken Eikes v. Regnow*, 1984, 113 ff. を見よ。
- (6) 石川前掲書三九一頁。D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Aufl., 1992, 11.
- (7) 世良晃志郎「良き古き法」と中世的法観念」(一九七六)同『西洋中世法の理念と現実』(一九九二)三六四頁による。
- (8) 兼岩正夫『西洋中世の歴史家』(一九六五)一四八頁。若書根健治「Noctius Terrae の概念について——十一—十三世
紀の立法例から——」(三・完)『熊本法学』六九(一九九二)二七七頁(注27)。
- (9) 兼岩前掲書(注8)一五八頁。国原吉之助『中世ラテン語入門』(一九七五)九頁。

- (9) Augustinus, *Epistula* 36, Cap. 1-2, in: *Migne, P. L.* 33 (*mos populi Dei, vel instituta maiorum pro lege tenenda sunt*): *Isidori Hispalensis Episcopi Etymologiarum sive Originum Libri XX* (W. M. Lindsay [ed.]): II. X. 1 (*Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, nos vero est vestustate probata consuetudo, sive non scripta*).
- (11) G. Köbler (FN 4), 208 (Ann. 72), 206 ("Verwaltungstechnik"), 229 ("zur Sammlung").
- (12) 行政技術と行政組織の欠如の問題に関してとくに興味深いのは、学識法を媒介とする、中世慣習法原理から近世制定法原理への移行に関連して、フリッツ・ケルンが、こう述べていた点である。「中世的法実務のもつ技術的欠陥が、近代の法概念の成立にさいしてとくに大きな役割を演じたものと考えた」(F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, HZ 120 [1919] 41 [Ann. 1], 世良晃志郎訳「中世の法と国制」[一九六八]六六頁)。ケルンは「良き古き法」という「神聖性 (Heiligkeit)」を含んだ(しかし、他方で、それがゆえに、「多義的な内容を盛られた不明確な)法が、現実には尊重されなかったのは、法生活上の技術的欠陥に起因したと見た(F. Kern, 11)と世良訳110頁)。もし、彼が、法実務上の技術的欠陥のゆえに、明確な内容をもたない中世的法概念が生まれたと見ているとすると、ケーブラーと似た思考法にあることになる。なお、後注(77)をも参照。
- (13) F. Kern (FN 12), 2, 世良訳四頁。ここには他方で「法理念」と「法現実」との峻別がうたわれている。
- (14) R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, 1992, 22 (fn 8).
- (15) 久保正輔他訳「サクセンシュピーゲル・ラント法」(一九七〇)二七八頁以下。K. Kroeschell(FN 3), *Rechtsaufzeichnung*, 366 (Ann. 123). 石川前掲書一八〇頁 II. v. Volcelini, *Der Gedanke der allgemeinen Freiheit in den deutschen Rechtsbüchern*, ZRG (GA) 57, 183-84 u. 185 ("Es ist ein revolutionärer Satz").
- (16) S. Gagnér, *Sachsenspiegel und Speculum ecclesiae*, in: *Niederdeutsche Mitteilungen*, 3 (1947), 92-95 (それぞれ「ここ」で「アイケは聖書の章句を、カンタヘリのアンセルムスの友、ホノーリウス・アウグストドゥナーンシス(Honorius

Augustodunensis) の *Speculum ecclesiae* から引いたと思われる。なお、若曾根健治「域にたづさる刑事手続点描——ザンヤハンマウガルを中心として——」『熊本法學』五七(一九八八)二二五頁(注56)(注57)参照。

- (17) 以下「Schwibenspiegel, Landrecht (v. Lassberg) § 308, p. 133 ("so hat sich eigenschaft erhaben")」, K. A. Beckhardt/A. Hübner, *Deutschenspiegel und Augsburger Sachsenspiegel*, 1933, 80, Zl. 10-11. W. Trusen, *Gutes altes Recht u. consuetudo*, in: H. Hablitzel/M. Wollenschläger (Hg.), *Recht u. Staat*, FS f. G. Kirchenhoff, I, o. J. [1972], 193 (Ann. 24). F. Kern (FN 12), 5. 中蔵篇七頁。

- (18) S. Gagnier, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, 306 (Ann. 1); K. A. Beckhardt (Hg.), *Sachsenspiegel, Landrecht*, 1955, 100 (Ssp. III 2: *Decretum Gratiani*, C. XVII 4 c. 25; *Compilatio secunda*, V 18 c. 14 [= *Dekreten Gregors*, V 39 c. 25] von 1187/91); G. Theuerkauf, *Lex, Speculum, Compendium Iuris*, 1968, 106 (Ann. 38), 107 (Ann. 39); K. Kroeschell (FN 3), *Rechtsaufzeichnung*, 366 (Ann. 124, 125)。石川前掲書一八一頁。ちやどちやへ S. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1899, 250 (Ann. 63), 252。W. Trusen, *Rechtsspiegel u. Kaiserrecht*, ZRG (GA) 102 (1985), 14-15 以下、ただし「インヤが画解」*Decretum Gratiani* や *Compilationes* を引用したかゝるかは、*なるじ疑むこと、ふねなる*。

- (19) 若曾根健治「中世法になせる因縁と革新」『比較法史研究—思想・制度・社会』2 (一九九三) 十五頁下段。

- (20) K. Kroeschell (FN 3), *Rechtsaufzeichnung*, 365 (Ann. 119, 120)。石川前掲書一七九頁。K. Kroeschell (FN 2), 323 (Ann. 140-143)。石川前掲書六六頁。K. Kroeschell (FN 3), *Rechtsaufzeichnung*, 366 (Ann. 123)。石川前掲書一八〇頁。

- (21) W. Trusen (FN 17), 201 (Ann. 76)。cf. W. Trusen, *Forum internum u. gelehrtes Recht im Spätmittelalter*, ZRG (KA) 57 (1971), 109 (Ann. 112) ff.

- (22) K. Kroeschell (FN 3), *Rechtsaufzeichnung*, 366 (Ann. 122)。石川前掲書一八〇頁。K. Kroeschell (FN 2), 323

- (Ann. 144), 323 (Ann. 138). 石川前掲書大下二六二頁。
- (23) G. Köbler (FN 4), 209 (Ann. 28). 444' K. S. Bader, *Recht-Geschichte-Sprüche*, Hist. Jb. 93 (1973), 11 Ann. 22. 444' ローテの抄本に於ける「ローテの抄本」の「ローテ」の語は「ローテ」の語に由来する。F. Wieacker, *Recht und Gesellschaft in der Spätantike*, 1964, 61 (Ann. 27)-64.
- (24) 344' H. Krause, *Königtum u. Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen u. salischen Herrscher*, ZRG (GA) 82 (1965), 56 (Ann. 365), 55 (Ann. 350) [cf. S. Brie (FN 18), 250 (Ann. 62)]. K. Kroeschell (FN 2), 325 (Ann. 160), 324 Ann. 151, 324 ("unveränderter Bestand"). 石川前掲書大下二六二頁。
- (25) 344' K. Kroeschell (FN 2), 321 ("das tatsächlich geübte Recht", Ann. 128). 石川前掲書大下二六二頁。H. Krause (FN 24), 59 (Ann. 391, 392). 「匿放抄」の「匿放抄」の語は「匿放抄」の語に由来する。cf. H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 5. Aufl., 1985, 12 ("Offenes Recht").
- (26) H. Krause (FN 24), 60 (Ann. 396-400); G. Köbler (FN 4), 208 (Ann. 73).
- (27) H. Krause (FN 24), 94 ("Parallel……"); G. Köbler (FN 4), 209 ("im Frühmittelalter"). G. Köbler, *Zur Frührezeption der consuetudo in Deutschland*, Hist. Jb. 89 (1969), 363 ("der Sachinhalt von consuetudo"), 364 (Ann. 152, 155), 367 (Sachenspiegel, Deutschespiegel), 366 ("Nicht die Sache selbst"), cf. Th. Bühler, *Gewohnheitsrecht u. Landesherrschaft im ehemaligen Fürstbistum Basel*, 1972, 31 (Ann. 12-15).
- (28) 344' G. Köbler (FN 4), 209 (Ann. 78-80), 211 (Ann. 94, 95). H. Krause (FN 24), 53. G. Köbler (FN 4), 211 (Ann. 96).
- (29) K. Kroeschell (FN 2), 324 Ann. 148. 石川前掲書九五頁(注18)。
- (30) 拙著『中世の慣習概念をめぐる諸問題』(一九八七)世良前掲書(注一)四三三頁(「匿名は密接な関係」)参照。

- (15) K. Kroeschell (FN 2), 314 ("spezifisch mittelalterlich……") 石川前掲書頁一頁。G. Köbler (FN 4), 22.
- (16) K. Kroeschell, Söhne u. Föchter im germanischen Erbrecht, in: G. Landwehr (Hg.), Studien z. den germanischen Volksrechten, 1982, 106 ("vulgarrechtl. Färbung"). 「ヤルペン法」石川前掲書九'十一'十一頁。
- (17) W. Trusen (FN 17), 191-92 ("nach der Bekehrung"). F. Kern (FN 12), 4-5 ("Germanische Anschauung" = "volkstümliche mittelalterl."), 24 ("Grundform des gebildeten Denkens"), 67 ("ungebrochene Einheit"). 世良訳九'四〇'一〇〇頁。F. Kern, Gottesgnadentum u. Widerstandsrecht im früheren Mittelalter, 6. Aufl., 1973, 125.
- (18) F. Kern (FN 33), Gottesgnadentum, 122 (Anm. 264). R. Much, Die Germania des Tacitus, 3. Aufl., 1967, 157 ("Das Wesentliche"). D. Willoweit (FN 6), 26 ("Dort aber"). 三浦浩平「ヤルペンの民衆をめぐって諸問題」『静岡大学教養部研究報告(人文・社会科学部編)』二八〇一(一九九二)二七頁(「聖なる意味」)四三頁(「宗教的行動」)。
- (19) G. Köbler (FN 4), 24 ("Es fehlen"), 22 ("innerlich"). 石川前掲書(四一)二六八頁。
- (20) G. Köbler (FN 4), 217 ("Köhen"). G. Dileher, in: ZRG (GA) 90 (1973), 270.
- (21) G. Köbler (FN 4), 224 (Anm. 168).
- (22) K. Kroeschell (FN 2), 335 (Anm. 233), 334. 石川前掲書八'五'八四頁。F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 130 ("nicht das primitive war"); H. Coing (FN 1), 6. 岩々木前掲書十一頁。
- (23) H. Coing, Das Recht als Element der europäischen Kultur, in: HZ 238 (1984) 1-15.
- (24) F. Kern (FN 33), Gottesgnadentum, p. XI. K. Kroeschell, Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, in: Der Staat Beihft 6 (1983), 76 (Anm. 143). 西川洋一「カール・クレマンネル」『中世の国家と法律史』翻訳と解説『国家学全雑誌』九七の七・八(一九八四)八七頁上段。
- (25) 以上、世良訳(注12)「祝者めとがめ」一四〇頁。世良前掲書(注7)三七一頁。
- (26) Ph. Jaffé (Hg.), Monumenta Gregoriana, 1865 (ND 1964), 576, Nr. 50.

- (56) F. Carron, Savigny und die Kodifikation, ZRG (GA) 86 (1969), 111 (Ann. 69).
- (57) F. Wieacker, Gründer und Bewahrer, 1959, 139.
- (58) 村上淳一(書評)『法制史研究』三八(一九八九)三四一頁下段。
- (59) 世良前掲書(注30)四四一頁。西川洋一(書評)『史学雑誌』一〇一の三(一九九二)一一六頁下段も参照。
- (60) J. Weitzel, Dinggenossenschaft und Recht, 1985, 60 (Ann. 123).
- (61) 以上 A. S. Schulze (FN 55), 105. F. Kern (FN 12), 5. 世良前掲書 10頁° A. S. Schulze (FN 55), 91.
- (62) 以上 G. Köbler (FN 4), 220 ("als das Richtige"). 村上前掲書評(注58)三四一頁下段。
- (63) 以上 K. Kroeschell (FN 3), Rechtsfindung, 512 (Ann. 76). 石川前掲書一二八頁° K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, 2, 1973, 86 ("Rechtsgewohnheiten", "freilich").
- (70) H. Mitteis, Der Staat des hohen Mittelalters, 8. Aufl., 1968, 20. 世良前掲書『封建制社会の法的構造』(一九七二)一一三頁°
- (59) H. Mitteis, Politische Verträge im Mittelalter, ZRG (GA) 67 (1950), 127 (Ann. 193), 128 (Ann. 196). cf. H. Krause (FN 24), 28 ("auf der gleichen Ebene"); G. Schmölzen, Zum frühen Gewohnheitsrecht, Tijdschrift voor Rechts geschiedenis 42 (1974), 323 (Ann. 50).
- (66) 以上 村上前掲書評(注58)三四一頁下段。世良前掲論文(注30)四一八頁(「付録語」)。
- (67) F. Kern (FN 12), 28 ("Missrauen"). 世良訳四六頁°
- (68) Cicero : De re publica III. XXII. 33 [タントレーウ(久保正輔訳)「自然法」(一九六三)一一三一一四頁参照]。G. Tellenbach, Church, State and Christian Society, 1940, 23.
- (69) 波多野精一『基督教の起源』(岩波文庫・一九七九)三〇頁°
- (70) Cicero : De legibus, III. I. 2. 鹿野治助(責任編集)『世界の名著』十三(一九七二)二〇三頁上段° Kern (FN 33),

- (70) *Collesgnadentum*, 123 Ann. 265. なお、原田綱『新版西洋政治思想史』(一九七七)七二頁。
- (71) カッシーラー(宮田光雄訳)『国家の神話』(一九七六)一〇一―一〇〇、一〇一―一〇七、一〇四、一二九、一三三頁。同(宮城音彌訳)『人間』(一九七三)十一―十二頁。
- (72) 以上 W. Trusen (FN 17), 192 (Ann. 21), G. Tellenbach (FN 68), 23.
- (73) 以上 R. W. Carlyle/A. J. Carlyle: *A History of Mediaeval Political History in the West*, II, 1970, p. 8 Ann. 1-2, p. 13 Ann. 2; G. Tellenbach (FN 68), 23 Ann. 1.
- (74) F. Kern (FN 33), *Collesgnadentum*, 262-63. F. Kern (FN 12), 16, 14, 7, 25 Ann. 3. 世説(二六) 二二―十三頁、四二頁注②。
- (75) 高田三郎『ギリシヤの法思想』『法哲学講座』二(一九五六)五四頁によれば、少なくともヘレニズム時代の初期ストアの(理性法)的な自然法においては、実定法や立法への関心は皆無に近い。キケロについて、井上茂『自然法の機能』(一九七〇)三三頁(『政治社会と無運なく調和を築く自然法』)。なお、モラル(城百毅訳)『中世の刻印』(一九六二)八七頁によると、アウグスティヌスは正義をキリスト教と結びつけることで「聖なるものと世俗のものとの間の区別をあいまいにした」。アベラルドゥスがすでに使用していたとされる *ius positivum* 概念の十二世紀における登場については S. Kuttner, *Sur les origines du terme «droit positif»*, in: *Revue historique de droit français et étranger*, Ser. 4, vol. 15 (1936), 728-39; *Damian van den Eynde*, "ius positivum" and "signum positivum" in Twelfth-Century Scholasticism, in: *Franciscan Studies* 9 (1949), 41-49; S. Gagnér (FN 18), 210 (Ann. 3)-214 (Ann. 1).
- (76) 小川浩三『Azonis Summa in C. 8. 52』『北大法学論集』三八の五・六(一・一九八八)二九九頁上段によれば、ケルンのいう「民衆(人民)法」の観念は「法学の産物の可能性がある。」またケルンによれば、判決人が実際にはしばしば「事よりさ」彼の *ratio* に従って判決を下した (Kern [FN 12], 29, 世説(四七頁))。では、この *ratio* とは何であろうか。H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1962, 42 (Ann. 20) にあるように、ストアの自然法において

「理性」こそは「人間が人間として固有に有するよきもの」であり、人間の自然本性の最終目標は理性の支配にあった。さらに三島淑臣『法思想史』（一九九〇）一一八頁（*recta ratio*）参照。

- (77) F. Kern (FN 12), 76-79. 世良訳一二四頁以下。この技術的、理念的という点について "Teuerkauf" (FN 18), 26 (Ann. 42) が次に述べるのは、大きな誤解があり、世良前掲書（注30）四三〇—三二頁もこの誤解に依拠している。「事物に即し、無味乾燥で、可動的、技術的な、國家に從属している今日の実定法」のほうが、ケルンには「中世法よりも」、技術的にのみならず、精神的にも道德的にも、進歩したものと思われた。ケルン自身はそうは考えない。彼はこう述べる。Kern (FN 12), 42, II-12. 世良訳六八、二〇頁。「中世的法概念にたいする近代的法概念の優越性を基礎づけているのは、技術的進歩なのであって、理念的進歩なのではない。」近世的法において法の神聖性・崇高さが増大するが、それは、あくまでも「事実上の神聖性」・「実際上の崇高さ」であって理念的なそれではない。中世的法の場合は違っていた。「中世の法概念の重圧的な崇高さを根拠として、現実においても法がとくに神聖なものとして尊重されたという結論を引き出すつもりはない。」法が現実には理念通りには尊重されなかったのは、法理念上の崇高さのせいではなく、理念を現実に移すことができなかった。中世法生活上の「技術的欠陥」に理由があった。ケルンの所論は以上の通りである。ただし、彼の所論は必ずしも説得的ではない。けだし、技術的な欠陥は法理念そのものからきているというからだ。「良き古き法」は「明確な内容をもたない」、「實際上の取り扱いに適さない」概念であるのを彼は自ら認めている。

- (78) 以上、西川洋一「初期中世ヨーロッパの法の性格に関する覚え書」『北大法学論集』四一の五・六（一九九一）六五、八六—八七頁。F. Wieacker (FN 38), 188 a. 世良前掲書（注64）二二頁。

- (79) 以上、西川前掲論文（注78）六一—六二頁。山田欣吾「教会」としてのフランク帝国」世良晃志郎編「ヨーロッパ身分制社会の歴史と構造」（一九八七）五六五頁。cf. R. Sprandel, Ueber das Problem neuen Rechts im fröhlichen Mittelalter, ZRG (KA) 48 (1962), 130 (Ann. 39). なお、モラル前掲書（注75）二二三—二四頁（「キリスト教自体の現世における制度化」）。

- (88) L. Sanftfalter, Zur Geschichte des ottonisch-salischen Reichskirchensystems, 2. Aufl., 1964, 9. cf. G. Schmehlzeisen, Objektives u. subjektives Recht, ZRG (GA) 90 (1973), 108 ("Dafür bietet"); 11. Krause (FN 24), 18 (Ann. 106).
ドーナン(野口啓祐他訳)『モローバンの法成』(一九八八)三三三頁(「キリスト教帝国の再興」)。
- (81) 以下 R. Sprandel (FN 79), 127. K. Kroeschell (FN 3), Rechtsfindung, 512 (Ann. 75). 石川前掲書二二八頁。
- (82) 以下一例に「フリマンナ(野口洋一訳)『紋任権闘争』(一九七四)一四一頁(「ヤヤキ」)。
- (83) 世良前掲論文(注30)四三七頁、四一七頁(大きな誤解)。なおこの関連で、世良の中世法論にうかがえるという変化について石川前掲書評(注69)一一七頁七段。
- (84) 以下 K. Kroeschell (FN 39), 81 ("Das Gerichtsverfahren"). ウォーバー(世良晃哲郎訳)『法社会学』(一九七四)一一五頁(「訴訟手続上の重要な技術的進歩…」)一一八頁。世良前掲論文(注30)四四三頁。
- (85) H. Krause (FN 24), 10 ("Gewohnheitsrecht"), 12 ("Erst ab der Mitte..."), 10 (Ann. 58), 11 (Ann. 59).
- (86) K. Jordan (Hg.), Die Urkunden Heinrichs des Löwen, 1941/49 (ND 1957/60), Nr. 81, p. 119. cf. 11. Krause (FN 21), 12 (Ann. 67).
- (87) L. Buisson, König Ludwig IX., der Heilige, und das Recht, 1954, 53. 小川前掲論文(注76)二八〇—八二頁。
- (88) cf. J. F. Nierneyer (Hg.), Mediae Latinitatis Lexicon Minus, 1954, 63-64 : ascripticus.
- (89) K. Jordan (Hg.) (FN 86), Nr. 81, p. 119. cf. H. Krause (FN 24), 12 (Ann. 68).
- (90) 若書根健忠「伯領ハンナチカラウにおけるラント法的構造(一)」『熊本法學』二二(一九七四)五四—五七頁参照。
- (91) K. Kroeschell (FN 2), 328 (Ann. 180-85, "Vielmehr handelt es", Ann. 174, 178-79), 329 ("us kehrt damit").
石川前掲書以下、以下頁。
- (92) 以下 G. Köbler (FN 4), 229 ("spätestens"), G. Köbler, Civis und ius civile, ZRG (GA) 83 (1966), 47 (Ann. 96), 51 ("nur wer ius civile hat"), 49 (Ann. 106-108, 110, 111).

- (106) 世良晃志郎「封建社会の法思想」(一九五六)世良前掲書(注7)一六四頁。村上前掲論文(注103)三四—三五頁。
- (107) 世良前掲論文(注7)三三〇頁。cf. G. Köhler (FN 4), 219 (Ann. 159).
- (108) G. Köhler (FN 4), 226 ("ius niemius"), 228 ("nie völlig"). 世良前掲論文(注7)三五六頁。
- (108a) クレッシェル「ゲルマン法」石川前掲書二六頁(注68)。
- (109) 世良前掲書(注64)二〇頁。
- (110) C. G. Furst, Zur Rechtslehre Gratians, ZRG(KA)57 (1971), 276-284; K. Kroeschell (FN 3), Rechtsaufzeichnung, 365 (Ann. 118), 石川前掲書一七八—七九頁。小川浩三「グラティアヌス教令集の consuetudo in scriptis reducta」『北大法学論集』四一の五・六(一九九一)一八七頁以下。
- (111) S. Gagnier (FN 18), 356 ("Umwandlung"), 357 ("Tendenz").
- (112) H. Vollrath(FN 5), 33-71; H.-W. Goetz, Herrschaft u. Recht in der frühmittelalt. Grundherrschaft, Hs. Jb. 104 (1984) 392-410. 森本芳樹「フリラム修道院所領明細帳のカエサリウス注釈について」世良編前掲書(注79)二九二頁。
- (113) F. Graus, Verfassungsgeschichte des Mittelalters, 11/2 243 (1986), 555 (Ann. 80), 571 (Ann. 145), 588 (Ann. 189).
- (114) S. Gagnier (FN 18), 288 ("im Rahmen"); G. Post, Studies in Medieval Legal Thought, 1964, p. 3 ("at such maturity").
- (115) 甚野「十二世紀ルネサンス」への視角「創文」二六六(一九八六)二頁。兼岩前掲書(注8)一七四—一五四頁。柏木『中世の春』(一九七六)四頁。ただし、ルゴフ(柏木他訳)『中世の知識人』(一九七七)にはこうした観点は明瞭にはでていない。
- (116) H. Keller, Zwischen regionaler Begrenzung u. universalem Horizont, 1986, 314("Einstellung zum Herkommen").
- (117) G. Köhler (FN 27), Zur Frührezeption, 358 ("im Gegensatz"). cf. R. Sprandel (FN 79), 135 ("aber die Päpste").

- (11) H. Fuhrmann, Deutsche Geschichte im hohen Mittelalter, 2. Aufl., 1983, 86-87; K. Jordan, Investiturstreit u. frühe Stauferzeit, 1973, 52-53; van Caenegem (FN 14), 47 ("each side"), サートン(平田寛訳)『古代中世科学文化史』Ⅱ(一九八七)二九一頁(「主要な原因」)。
- (11) G. Thuenen (FN 18), 28 (Ann. 50)-29 (Ann. 54), cf. H. Muir, Die ältere deutsche Staats- u. Verwaltungslehre, 1986, 50 (Ann. 59); H. Krause (FN 24), 29 ("Gesetzgebungsstaat"); G. Thuenen, in: HZ 218 (1974), 109 ("diese Aspekte").
- (120) 田中英夫「法の形成と実現における私人の役割」岩波講座『基本法学』——人(一九八三)二五一頁以下。
- (121) cf. E. Levy, Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, 5 ("Schwund").

〔付記。本稿の一部は一九九二年三月十九日一橋大学・如水会館で行なわれた比較法史学会第二回研究大会において報告したものである。〕