



裁判官法と法學者法(其三) : 英法の傳統と大陸法の傳統と其接近

田中, 保太郎

(Citation)

国民經濟雜誌, 43(6):875-884

(Issue Date)

1927-12

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/00054026>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/00054026>



裁判官法と法學者法（其三）

——英法の傳統と大陸法の傳統と其接近——

田 中 保 太 郎

三 沿 革（大陸法——承前）

東羅馬帝國に於ける羅馬法及羅馬法學は Justinian の法典編纂を以て發達の絶頂に達した。其後はその帝國、その宗教と共にひたすら凋落の坂を下るのみであつた。此衰退に就ては Justinian 自ら尠なからぬ責を負はねばならなかつた。彼は完璧を誇る彼の法典に就いて註釋を書くことを禁じ、疑ある時は裁判官をして勅裁を仰がしむることを命じ、法の解釋權を専ら皇帝に保留したのであつた。この愚なる規定は勿論完全に行はれなかつたが彼の帝國に於ける法律並に法學の衰退を招く有力なる原因たりしことは容易に相像し得る。蓋し之羅馬法よりその維持發達の最有力なる手段を奪はんとする規定であるからである。

Byzantium に於て Justinian の法典成りし時は羅馬は既にゲルマン民族の馬蹄に蹂躪され、西羅馬帝國の廢墟には彼等の王國が建設されて居た。羅馬の文明は蠻族の侵入に因つてその

光を失ひ世は暗黒の時代に入つた。羅馬法及羅馬法學の衰退も亦避くべからざる運命であつた。唯教會の寺院法と征服者の屬人法主義が僅に羅馬法の生命を保たしめたに過ぎなかつた。羅馬人には羅馬法を適用すべしとする主義はゲルマン諸王をして羅馬法の法典編纂すらもなさしめたが何れも Justinian の夫に比すべくもなかつた。蓋し後者の Digesta に於けるが如く羅馬法の真髓たる法學者の學說を豊富に網羅し得なかつたからである。

Justinian の法典編纂後東に於ても西に於ても衰微の底に沈みつゝありし羅馬法のために再舉の旗を擧げたものは十一世紀の末 Bologna 法學校に起つた註釋學者 (Glossatoren) であつた。Maitland は Irnerius の羅馬法開講の文明史上に於ける意義を稱へて云ふ。[Irnerius の Bologna 法學校に於ける羅馬法の再生を説かざる文明史ありとせば夫は慘な程不完全である。實に其後の如何なる運動も――文藝復興も宗教改革も――人文學が神學と相並ぶ地位を獲得した紀元千百年頃に引かるべき線程人類史上に太き區劃を立つるものはないと信する人さへある]と。(註1) Irnerius を始祖とし quattuor doctores, Placentinus, Az) 等を経て Accursius に至る註釋學者百五十年の努力によつて羅馬法の秘庫は再び人類のために開かれたのである。Sohn の言葉を借りれば「條文の大河を潛つてその底深く微な光を放ちつつ横はれる秘寶を學問の力によつて引揚ぐるの難事を敢てしたのは彼等であつた。彼等の勞作によつて世界は初めて怪物

Corpus Juris の裡に貯へられたるものを征服したのである。彼等の努力の下に Pandecten の精神はその光を放ち、羅馬法の殿堂は個々の部分でなくその全き姿を現はしたのである」と。註三實に Corpus Juris 程の大典の意義を、その編纂より六世紀の暗黒時代を隔てたる後に咀嚼し、玩味し、その意義を闡明するには之を畢生の事業とする大學者の幾代かに互る努力に要するものである。到底裁判官殊に當時の裁判官のなし得ることではなかつた。法學者の努力によつて成りし羅馬法は法學者の努力によつて再生せしめられた。又彼等によつてのみ再生せしめられ得るものであつた。

Bologna 法學校の名聲は歐洲各地より學徒を惹きつけた。As の頃にはその學窓に集るもの一萬人に達したとさへ云はれて居る。彼等は去つて名典の福音をその郷里に傳えた。Bologna 法學校の隆盛はまた歐洲各地に法科を主要なる分科とする大學の建設を促し Bologna を「大學之母」と稱へしめ十三世紀を以つて「世紀中最偉大なるもの」と呼ぶ人さへあるに至つた。註四大陸諸國の羅馬法の繼受とその發達は此等の大學に籠る法學者の力によつてなされたものである。

羅馬法は註釋學者の註釋によつて再生した。而して彼等の註釋を受けたもののみが再生したと云ふも過言でない。註釋學者の認めざるものは裁判所も亦認めざるなり (quid quid non

agnoscit glossa nec agnoscat forum) なる法諺は Corpus Juris の規定中 Accursius の glossa ordinaria に錄られたる部分のみが獨逸に於て繼受されたることを意味するものである。又註釋學派の註釋は寧ろ條文そのものよりも重んぜられた。[自分は條文 (Corpus Juris) のよりも註釋を尊ぶ。なんととなれば若し自分が條文を引用するなれば裁判官も辯護士も口を揃えて君は註釋學者が君と同様その條文の存在を知つて居り、そして君より良く之を了解し得たと云ふ事に想到らぬかと云ふであらうから]なる Cuius の皮肉は寧ろ事實を語るものである。(註四)

Corpus Juris の條文そのものの説明に就は註釋學派は當時に於てなし得る殆ど凡てをなした。しかし彼等は Corpus Juris の權威を信ずるの餘り、彼等と Justinian との間に存する時の隔りを忘れて居た。Corpus Juris 如何に名典なりとするも、註釋學者の説明如何に精緻なりとするも波瀾多き六世紀の隔りと之に因る社會狀態の變遷を無視して之をそのまま十三世紀の社會に適用することは殆ど不可能であつた。Corpus Juris を實用に供せんがためには之を當時の社會狀態に適合せしむる必要があつた。此の必要を充たしたのも亦裁判官にあらずして法學者であつた。而もスコラ的方法を用ゐた所謂註解學者 (Komentatoren) であつた。

註解學者は純羅馬法の研究に就ては大なる功績を残さなかつた。Savigny が註解學者の時代を以つて法律學衰退の時期となし、Cuius の如く伊太利亞文藝の復興に大なる寄與をなせし

人々がこの時期を代表することに奇異の感を抱いて居るのは有名な占有權論によりて純羅馬法のために萬丈の氣を吐いた彼として當然であつた。(註六) 純羅馬法即 Corpus Juris の研究としては史眼と史料の缺乏せる當時に於て充分ならざる語學的資料を以つてなし得る限りの事は註釋學者によつて既になされた。註解學者のなすべきことは Corpus Juris そのものの闡明にあらずして註釋學者の註釋を経たる Corpus Juris を基礎とし當時の社會に適用さるべき法律を作り出すことであつた。彼等の起るまでは伊太利北部に於て實際に適用された法律は當時の社會生活の反映であり、中世ゲルマン民族中法律的才能を以て知らるる Lombard 人の手に成れる Lombard 法であつた。Corpus Juris の普通法としての效力は神聖羅馬帝國の主權と同様理論として主張さるるに過ぎなかつた。註解學者は Corpus Juris を基礎とし Lombard 法並に寺院法の精神を採り納れ、之等を調和融合せしめて全伊太利のために統一法を作り上げたのである。此融合は主として Corpus Juris の解釋の名に於て行はれた、その解釋方法はスコラ的方法であつた。斯くして構成されたる統一法は主として諮問 (Consilia) を通じて實際の裁判を支配したのであつた。

註解學者に對するスコラ哲學の影響に就ては特に一言する必要がある。スコラ哲學の方はその本據たる佛蘭西に於ては夙に法律學者によつて利用されたのであるが、十四世紀の

前半に至つて Cuius が之を伊太利法學に輸入して註解學派を起したのである。註解學者は最早註釋學者の如く Corpus Juris の個々の規定の説明を以つて満足せなかつた。彼等は多數の規定を材料として概念を構成し、更にこの概念より法規を演繹せんとしたのであつた。ここに所謂概念法學の端著が開かれたのである。又 Lombard 法的分子も寺院法の精神も此方法によつて Corpus Juris に同化せしめられたのである。實に註解學者による概念的、演繹的方法の使用は羅馬法並に羅馬法學を變じて現代羅馬法、現代羅馬法學たらしむる一大革新であつた。Solus は云ふ。「羅馬の法律家は未だ此方法を知らなかつた。彼等の著述には確な概念が極めて巧妙に取扱はれて居る。しかし夫は主として無意識に美學上の法則を用ふる藝術家の方法によつてであつた。藝術に於ては凡てが感じである (Gefühl ist Alles)」。羅馬法學者の至上の藝術たりし決疑論的方法による法の展開に就てもさうであつた。反省的で、普遍的思惟に病みつつ、而かもその普遍的思惟の力によつて生き、之によつて實生活に影響を及ぼしつつある現代殊に獨逸の法律學は極めて大なる程度に於て中世スコラ哲學の後繼者である」と。^(註八)スコラ哲學は若きゲルマン民族の最初の哲學的思索であつた。Hegel は之を現代科學の胎兒であると云つた。^(註九)他の學問に就ては知らず、少なくとも今日の概念法學はスコラ哲學より強き遺傳を受けたる證跡歴然たるものがある。

斯くして Dante, Petrach, Boccacio が伊太利のために國家的文藝を成したると時を同うして Cuius, Bartolus, Baldus は全國的法律を作り上げたのである。英國に於て King's Court の裁判官が Anglo-Saxon の慣習を基礎とし判例、即ち司法的經驗主義によつて、Wessex 法、Mercian 法、Dane 法等の地方的異分子を同化統一して全英國のために Common law を成しつつある間に、Perugia, Padua, Pavia 等の諸大學に據れる註解學者は Corpus Juris を基礎とし、スコラ的方法即概念構成と演繹論理によつて Lambert 法、寺院法の分子を探り入れて伊太利のために統一法を作り上げたのであつた。而して後世英國の Common law は世界の半を占むる英語國民の法となつた如く伊太利の普通法は世界の他の半を支配する大陸法の基礎となつたのである。大陸諸國に繼受された羅馬法は純粹の羅馬法にあらずして、註解學者によつてスコラ的方法とゲルマン的要素を加味されたる羅馬法であつた。Bartolus が屢々獨逸法の創設者と呼ばれるのは羅馬法は註解學者の與へた貌に於て繼受されたことを意味するものである。Bartolus の著述は西班牙、葡萄牙に於ては制定法による効力さへ與へられた。即ち Duck に依れば、西班牙に於ては帝國法羅馬法及寺院法のみならず法學者の解釋も亦法律の効力を與へられ帝國法に就ては先づ Bartolus、彼に次で Baldus、寺院法に就きては先づ Johannes Andreas、彼に次で Panormitanus に依るべしとし、葡萄牙に於ては裁判官は國法並に羅馬法の規定の不充分なるときは Accursius

の註釋並に Bartolus に依るべきことを命ぜられた。(註八)

斯くて註釋學者の註釋によつて再生した羅馬法は註解學者によつて伊太利以外の大陸諸國にも繼受され得る資格を與へられた。諸國に於ける繼受は勿論時と事情と程度を異にした。各地に於ける固有法の抵抗の強弱及びその結果はもとより一樣ではなかつた。しかし地方的分裂甚しく英國に於けるが如く有力な中央集權的裁判所によつて防禦せられざる大陸諸國の固有法は羅馬法の侵入に對して概して強硬なる抵抗をなし得なかつた。而かも益々進展せんとする取引の保護のために叫ばれる統一法の要求は羅馬法のために有力なる援軍となつた。斯くて戰は概ね羅馬法の勝利となつたのである。羅馬法の勝利は大學の勝利を意味する。蓋し繼受された羅馬法は Justinian の羅馬法にあらずして大學の羅馬法であつたからである。もとより裁判官の協力を必要とした。羅馬法の繼受は裁判官が之を適用するによつて實現したものである。しかしその裁判官は大學の指導の下に立つ裁判官であつた。獨逸に於ける羅馬法繼受は裁判官の地位が漸次羅馬法教育を受けたる人に依つて占めらる程度に比例して進展した。一四九五年に創設された帝國高等裁判所 (Reichskammergericht) の判事の職は最初その半數が法學士 (doctores juris) に依つて占められたが間もなくその全部が學者的裁判官によつて占められた。次で帝國高等裁判所の例に倣つて諸王公の高等裁判

所(Hofgerichte)が新設され、若くはその組織を改められた。そして困難なる問題に就ては從來最高法院(Oberhöfe)に指令を仰いで居たのが大學の法科教授に教を乞ふに至つた。^(註九)更に進んで下級裁判に就ても審判官(Schöffen)は漸次民衆の信頼を失ひ、學校出の裁判官が之に代るに至つて羅馬法の繼承は完了し大學の勝利は確保せられたのである。(未完)

(註一) Maitland, *English Law and the Renaissance*, p. 24.

(註二) Sohm, *Institutionen des Römischen Rechts* 1917. p. 159.

(註三) Welsh, *The thirteenth-greatest of centuries*, 1909, quoted by Sherman, *Roman Law in the Modern World*, 2nd ed., 1924. ; p. 202. 十三世紀中に伊太利に於つては Arezzo (1215), Naples (1224), Padua (1223), Salerno (1233), Genoa (1243), Rome (1245), 佛蘭西に於つては Toulouse (1229), Sorbonne (1253), Montpellier (1289), 西班牙に於つては Valencia (1209), Salamanca (1239), 葡萄牙に於つては Coimbra (1279) 諸大學の設立を促した。何れも Bologna の刺激に應じたものである。十四世紀に入つては伊太利に Perugia (1307), Sienna (1380), Ferrara (1391), 佛蘭西に Lyon (1300), Avignon (1303), Orléan (1305), Cahors (1332), Grenoble (1339), 西班牙に Lerida (1300), Valladolid (1346) の諸大學の建設を見たのみならず、影響はアルプスを超えて Geneva (1368), Prague (1348), Wien (1365), Köln (1385), Heidelberg (1386), Erfurt (1390) 諸大學を起さしめた。之等の大學に何れも羅馬法の大陸征服の根城となつたのである。

