

西洋（ドイツ）法制史研究から 見てくること

——北ドイツ中世都市法研究——*

稲 元 格

1. はじめに

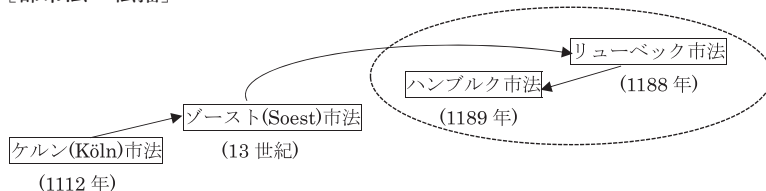
このような機会をいただき、ありがとうございます。最終講義とは自分のこれまでの研究を振り返り、そこから得た成果を披歴する時間ではないかと思っておりますが、いまさら、西洋法制史とはいかなる学問であるか、という話を始めても面白くありません。今日は、皆さんが法について考察する際に多少なりともヒントになるかもしれない話をしてみます。とはいえ、この講義の後で「期待はずれだった。」というお叱りを受けるかもしれない。その際は、ご容赦の程お願いいたします。

私の研究は、主に北ドイツの3つの都市の都市法についてでありました。具体的には、リューベック (Lübeck) 市の法、マグデブルク (Magdeburg) 法、それからハンブルク (Hamburg) 市の法です。1974年、大阪大学大学院に入学して最初に研究の対象としたのが、北ドイツに位置するリューベック市の法でした。何らかの目的をもって都市法研究を開始したわけで

* 本稿は、2017年2月27日に近畿大学法学部で行った最終講義の口頭原稿に、加筆修正を加えたものである。当日、ご参集いただいた教職員、院生、学生の皆様に謝意を表したい。

はありません。正直に言えば、当時、法制史学会を始め歴史諸学会では、なおヨーロッパの中世都市が盛んに研究されていたこと、私の師匠、林毅先生の「ケルンの市民自治による都市法が伝播していった都市にリュューベックがある。リュューベックを研究してみないか。」という助言がそのきっかけでありました⁽¹⁾。林先生の主たる研究対象はケルン（Köln）市の都市法でした。

[都市法の伝播]⁽²⁾



2. リューベック法史研究

ヨーロッパ（ドイツ）中世都市が目されたのは、都市の周辺では、封建領主が隷属農民を支配するという封建社会が展開したのに対して、都市内部では、そのような支配関係が緩和または排除され、市民という同一身分の者によって市民自治が展開したこと、そして、これが近代社会の先駆形態として評価されたことによります⁽³⁾。リュューベックという町は中世、

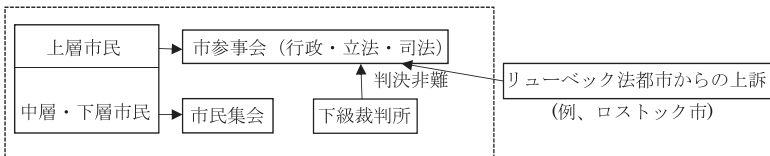
(1) 林毅他訳「ハンス・プラーニッツ『中世ドイツにおけるケルン都市法とその伝播』」、『阪大法学』、第131号、昭和59年8月。

(2) 参考、H. Reincke, Kölner, Soester, Lübecker und Hamburger Recht in ihren gegenseitigen Beziehungen, in Hansische Geschichtsblätter, 69. Jahrgang, 1950. 図中の年号等は、市民自治の成立と関係する法または特許状の登場が史料的に確認される時期を示す。

(3) 周知のごとく、実際の都市内部が市民のみによって構成されていたわけでは

封建領主の存在しない自由帝国都市であり、まさに市民の統治する都市国家でもありました。また市は、都市同盟であるドイツ・ハンザの首長としても知られております。それ故、この都市は、西欧史、社会経済史の分野では昔からよく研究されてはおりますが⁽⁴⁾、都市法の対象としては必ずしも本格的に研究されてはいませんでした。

[中世リューベック市政の基本構造]



上の図から分かるように、リューベック市の市民自治の中核に位置しているのは市参事会（Rat）であります。これは、主に、上層市民、すなわち、裕福な遠隔地商人から構成されており、行政権のみならず、立法権、司法権も独占的に行使していました。小商人や手工業者などの所謂中層・下層市民は、市民集会に参加することだけを義務づけられ、都市統治から実質的に排除されていました。

私は、ドイツの法史学者 Wilhelm Ebel の研究成果に依拠しつつ、リューベック法研究を本格的に始めましたが、次第に、Ebel が根拠とした法史料

ㄨないが、ここでは、市民自治の基本構造を理解してもらうために敢えて単純化している。

(4) 我が国でもリューベックに関する個別論文は極めて多く、それらを列举するだけのスペースはここにはない。差し当たり、基本文献として、ハンザ史研究の一環ではあるが、高村象平『ドイツ・ハンザの研究』(1959年)、同『ドイツ中世都市』(1959年)、高橋理『ハンザ同盟の歴史』(2013年)、フィリップ・ドランジェ＝高橋理監訳『ハンザ』(みすず書房、2016年)を挙げておきたい。

そのものも自分で読んでみたいと思うようになりました⁽⁵⁾。それが1986年のハンブルク大学法学部の G. Landwehr 教授の下への最初の長期留学に繋がりました。因みに、彼は Ebel の弟子でもあります。教授の懇切な指導により、とにもかくにも中世低地ドイツ語の都市法条文の史料を読めるようになりました(勿論、今でも悪戦苦闘してはおります)。その内、リューブック法史研究のためにはさらに一步踏み込んで判決史料も読む必要があること、を痛感するようになりました。それは、中世の法典に残されているこれらのリューブック法が実際に妥当していたのかどうか、を確かめたいと思ったからであります。幸い、Ebel は既にリューブック市参事会の判決の史料集として『リューブック市参事会判決集』(13世紀末から16世紀半ば)の4巻本を編纂していました⁽⁶⁾。

この Ebel の判決集は市参事会が下した(主に民事の)判決を3,500程度集めていますが、予想に反して、この判決集において、成文法としてのリューブック法の条文と関係する事例をほとんど見出すことはできませんでした⁽⁷⁾。ここに登場する事例は、売買、遺産相続など市民の日常生活に関わるものの、市参事会員たちが根拠法令としてリューブック法をあげることは—そのように推測させることはあっても—なかったからです⁽⁸⁾。と

(5) 拙稿「中世都市リューブックの都市制度 Stadtverfassung—W. Ebel, Lübisches Recht I, 1971. に依拠しつつ—」, 『阪大法学』, 第105号, 昭和53年1月。同「リューブック法における家財産に対する家族法的な拘束—W. Ebel, Erbe, Erbgut und wohlgewonnen Gut im lübisches Recht, in Z.R.G., G.A., Bd.97, 1980 に依拠して—」, 『近大法学』第34巻第1・2号, 昭和61年12月。

(6) Wilhelm Ebel, Lübecker Ratsurteile, 4 Bde., Göttingen, 1955-1967.

(7) 拙稿「リューブック市参事会裁判とその判決」(佐藤篤士・林毅編著『司法への民衆参加』敬文堂, 1996年, 所収)。

(8) リューブックにおける宗教改革に伴う政治的な混乱の中で反市参事会闘争の指導者となった Jürgen Wullenweber (1488年頃-1537年)も、1520年代末から判決集には登場している。『リューブック市参事会判決集』の第4巻。

はいえ、この市参事会判決によって私の研究の視野が一気に広がったことはまちがいありません。

これは、リューベック市参事会において判決を下す市参事会員が一学識法曹のような「法の専門家」ではなかったからでしょうか。彼らは、後述するザクセンシュピーゲル・ラント法に見られるような、誰にでも分かり易い裁判手続によってその判決を下しており、その判決内容からは法的な思考の深化を感じることはできません。つまり、原告が被告を訴え、原告がその訴えの根拠となる事実を証人によって証明すれば、原告が勝訴するというものです⁽⁹⁾。訴訟当事者にとっては、まさに分かり易い判決であったかもしれません。それらの判決の中から、皆さんにとっても興味深い判決を二つ紹介します。

一つは1513年3月4日のリューベック市参事会の判決です。これは、市内の下級裁判所からの一当時は、判決非難と呼ばれていましたが一上訴されてきた事案です⁽¹⁰⁾。短い史料ですので、その全訳を示します。[]の部分は筆者が付け加えたものです。

「リューベック市参事会は、下級裁判所から彼ら [市参事会] の下へ非難された、ハンス (Hanse Brinkmanne) と、故 Hermen van Zee の寡婦メトケ (Metke) との3樽 (last tunnen) に関する [下級裁判所の] 判決に、以下の判決を下した。[原告によれば] それ (=債務) を

(9) 拙稿「ザクセンシュピーゲルにおける裁判手続」、『近畿大学法学』第62巻3・4号、平成27年3月。

(10) 『リューベック市参事会判決集』の第2巻第424番。W. Ebel, a.a.O., Bd.2., S.216. この事案については筆者は註(7)の拙稿でも既に言及している。前掲論文、89頁。なおリューベック市参事会の判決を扱った論文としてA・コルデス「スウェーデンの銅」(U・ファルク他編著『ヨーロッパ史のなかの裁判事例』、ミネルヴァ書房、2014年、所収)がある。

上記の女性は、彼女の夫の死後、上記のハンスに支払うつもりであると約束していた。これに対して、当該女性について主張されたことは、彼女と彼女の夫の間に子供がないから、彼女は彼女の嫁資を適法に解放することができ、その債務にも責任を負わないということである。等々。両当事者 [の陳述] の後 [に判決が下された]。」

ここに、訴訟当事者の主張—この事例では原告の主張は言及されていません—および反論、並びにその後の裁判の進行過程が記述されています。ただし、後者の進行過程についての記述は、「等々」という言葉によって省略されています。マクデブルクの参審人の個所で後述しますように、この過程こそ興味深いのですが、この「等々」という記述は Ebel が不要と判断して書き加えたものなのか、彼が見た原本⁽¹⁾において、既に「等々」と書き込まれていたのか、すなわち、それは原本の記録者によるものなのか（私は原本をまだ見ておりませんので）断定的なことを申し上げることはできません。印象としては、後者の方が可能性としては高いように見えます。

さて、ここまでの内容を説明しておきます。原告は、死亡した債務者の債務の支払いを、その者の寡婦（＝被告）に請求しています。被告はその支払い請求を否認はしていません。彼女は、婚姻に際して持参した彼女の財産、すなわち、彼女の嫁資 (Brautschatz) を一中世法の原則に則り⁽²⁾—その債務の支払いに先行して、夫の遺産から先取りしたいと述べているだ

(1) Ebel の付記によれば、この判決はニーダー都市帳簿 (NStB: Niederstadtbuch) に残されていたようである。ニーダー都市帳簿とは市参事会庁舎の下の階に置かれていた都市帳簿であり、市参事会役人によって管理されていた。詳細について W. Ebel, *Lübisches Recht I*, 1971, S.417 f.

(2) ザクセンシュピーゲル・ラント法, 3・76・1。久保正幡他訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』, 創文社, 昭和52年, 330頁。

けです。想像をたくましくすれば、彼女の反論の背後に、夫の債務額が彼女の思っていた以上に高額だった、という事情があったのかも知れません。

前述のようにリューベック市参事会は、原告が被告に対する請求の根拠を証人によって立証できれば原告勝訴の判決を下していました。通例であれば、この事例でも原告勝訴ということになるはずですが、実際には、予想外のリューベック市参事会の判決が下されました。

「当該女性が、以下のことを誓約するつもりならば、すなわち、彼女は、彼女がハンス（原告）に支払いを約束した時に、[それが] 彼女の嫁資の解放に損失的になることを知らなかったと誓約するのであれば、彼女は、彼女の嫁資を適法に解放することができる（Will de frowe mit orem rechte beholden, dat se to der tidt als Hanse to betalen toegesecht nicht geweten hebbe, dath sodans eres brutschattes fringinge to vorfange syn mochte, so mach se orhen brutschatt wo recht is fryen）。さらに適法に継続すべし。

市参事会の命令により（jussu cons.）[この判決は記載された]。」

被告は、その反論の中で、この債務が嫁資の取戻しを妨げることを「知らなかった」とは述べていませんから、リューベック市参事会は訴訟当事者の訴えと反論には無かった内容の判決を下したということになります。このような判決の仕方は極めて稀であります。しかしそれは被告にとって極めて温情的な判決である、ということにはなるでしょう。

次の事例、1515年7月4日の事例は、その判決だけを見れば、特に言及する必要もないよくあるリューベック市参事会の判決のように見えます¹³⁾。

¹³⁾ 『リューベック市参事会判決集』の第2巻第495番。W. Ebel, a.a.O., Bd.2., S.251.

「栄誉あるリューブックの市参事会は、彼らの面前において非難されたロストック（Rostock）からの判決〔非難〕について、法として〔後述のような判決を〕下させた（*affseggen laten*）。原告は Carsten Dolgermanne および Clawes Brande。被告は故 Hans Rodostens の寡婦ゲスケ（Gesken）である。〔原告によれば〕当事者は（*die parte*）リューブック市参事会の面前に本日（*huten*）出頭するという期日を有していた〔が、以下のような事情〕ゆえ（*derwegen*），その点において（*darinne*）彼女は敗訴たるべきである。なぜなら（*indem*）彼女はいかなる後見人または彼女の代理人（*volmechtigen*）も、同様にいかなる交渉人（*dedingesman*）もここに伴っていなかったからである。〔被告が〕その際に原告に反論する（*wider angetagen*）〔のが常である〕ようにである。これに対して、彼女は彼女の権限のない訴訟代理人（*angemateden procurator*）である某（N.）に以下のように陳述させた。すなわち、この事案は寡婦〔被告〕に主に関係し、さらに彼女は、何年もそしてそれ以上に〔関係しており〕、それゆえ彼女はその期待（*vorhapens*）において裁判に自ら出頭し、彼女の事案および権原を防御し（*vorbidden*），第三者に代理させることができる等々，であった。当事者が再度陳述し〔た〕後に〔判決が下された〕。』

被告の寡婦は、要するにこれは自分に関わる事案であるから、自ら法廷で、代理人（と彼女は呼んでいますが、実際には彼は代言人⁽⁴⁾と思われま

す）を通して応答したいと反論しています。これに対して、原告は、中世法の原則を盾にして、彼女が後見人等を伴っていなかったことを攻撃しま

(4) 代言人（*Vorsprake, Vorreder*）とは本人に代わって法廷で職業的に陳述する者であり、本人が代理人を利用したとしても後者もまたしばしば代言人を利用しており、本人が自ら実際に法廷で応答することは、史料による限り、稀である。

す⁽¹⁵⁾。そして、リューブック市参事会の（当時としては極めて常識的な）判決が続きます。

「女性はリューブック法⁽¹⁶⁾によれば彼女の後見人無しに裁判において弁論することはできない（Dat de frowe mochte na lubeschem rechte sunder ore vormunder in gerichte nicht verhandeln）。そして原告が、本日が期日であり、寡婦がそれを見過ごした（gewardet）ことを証明できるのであるから、彼女は敗訴たるべし。ただし、彼女がやむをえない事由を証明しうる場合を除く。さらに適法に継続すべし。

市参事会の命令により（jussu consulatus）[この判決は記載された。]

私が注目するのは、成人の女性を男性と同等に扱わないリューブック市参事会の判決ではなく、被告の寡婦ゲスケの裁判に対する基本的な姿勢にあります。おそらく彼女（および彼女の「代理人」）はこのような判決が下されることを、裁判の開始時点から既に予想していたはずですが。それにもかかわらず、敢えて、自ら法廷に立とうとした彼女の行動に、それから400年後に実現する男女平等という考えが既に現れていたと考えることはできないでしょうか。私たちは時代が変われば、人々の考え方もそれに伴って自動的に一変わるのだと思いがちですし、私もそのように講義の中で（理解を容易にするために）話しています。しかし、そのような新しい法思想は実はその前の時代から底流として流れており、時代が変わる時に、まさにそれが噴出してくると考えるべきではないでしょうか。換言すれば、権利とは自ら獲得するものであり、与えられるものではない、とい

(15) ザクセンシュピーゲル・ラント法、1・46。久保正幡他訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』、90頁。

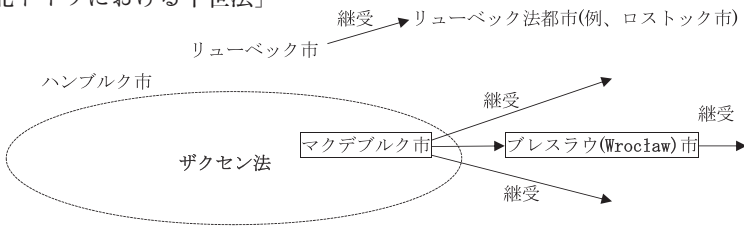
(16) 市参事会は、「リューブック法」が具体的に何を指すのか、明らかにしていないが、この用語を判決文において頻繁に利用している。

うことをこの事例は教えているように見えます。

3. マクデブルク法史研究

リューベック法について一応の研究成果をまとめた後、その都市法の特徴を比較法的な視点から検討しようとして開始したのがマクデブルク法史研究です。リューベック市の周辺地域の農村法はホルステン・ラント法(Holsten Landrecht)⁽¹⁷⁾ですが、それは一かなり大雑把な言い方をすると一広く北ドイツに広がっていたザクセン法と呼ばれる農村の慣習法と類似していたと言ってよいようです。後者のザクセン法は、周知のごとく、アイケ・フォン・レプゴウという参審人によって13世紀半ば頃にザクセンシュピーゲルとして纏められました⁽¹⁸⁾。都市法であるリューベック法にも、ザクセンシュピーゲルに記載された条文と同様のものを読み取ることは可能です。上述のように、裁判手続には確かにその類似性も認められますが、しかしリューベック法はザクセン法を全面的に継受してはいません。

[北ドイツにおける中世法]

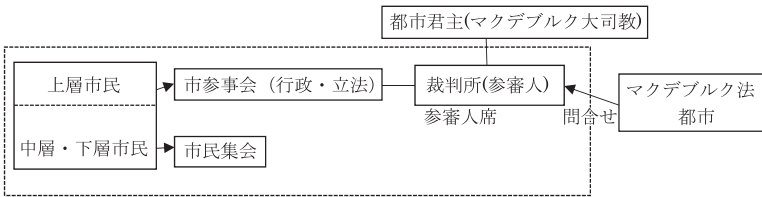


(17) 参考、ザクセンシュピーゲル・ラント法、3・64・3。久保正幡他訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』、315頁。拙稿「中世都市リューベックの周辺地域の法慣習について」、『阪大法学』、第42巻第2・3号、平成4年11月。

(18) ザクセンシュピーゲルはラント法とレーン法の二つの部分から構成されている。後者のレーン法は封建関係にある者に適用される法である。都市法と関係するのは主に前者のラント法である。

このザクセンシュピーゲル・ラント法は、書かれた慣習法としてドイツ内陸部へ広く普及することになりました。特に東部ドイツ、さらには東欧へと、マクデブルク法またはザクセン＝マクデブルク法 (Sächsisch-Magdeburgisches Recht)¹⁹⁾ という名前で継受されていきました。こうして、主にバルト海沿岸の商業都市—リューベック法都市とも呼ばれます—に広がったリューベック法とは対比的に、マクデブルク法はマクデブルク法都市という都市法家族を大陸内において形成していきました。つまり、ここには、広い意味で、ザクセン法に起源をもつ法史料が大量に残されていることになるのです。

[中世マクデブルク市政の基本構造]



マクデブルク市も中世都市ではありますが、上図のように市参事会の役割はリューベック市に比べればかなり限定的であり、一般にマクデブルク法と呼ばれる法も、市参事会の制定した法ではありません（最初に、「リューベック市の法」と言い、マクデブルクについては「マクデブルク法」と申したのはこの意味です）。それは、ザクセンシュピーゲル・ラント法を基盤とする、マクデブルク参審人席と言われる裁判所によって下された判決

¹⁹⁾ Inge Bily, Wieland Carls, Katalin Gönczi, Sächsisch-Magdeburgisches Recht in Polen, Untersuchungen zur Geschichte des Rechts und seiner Sprache, Berlin/Boston, 2011.

から出来上がった、言わば判例（法）です。私はこのマクデブルク法研究に着手しました。幸い、マクデブルクの参審人（Schöffen）の判決集についても Friedrich Ebel によって編纂された『マクデブルク法（Magdeburger Recht）』3巻本がありました（1983-95）。Friedrich Ebel はリューブック法の際に言及した Wilhelm Ebel の息子です。父親のリューブック市参事会判決集は主にリューブック市の都市帳簿に残された裁判記録を基にしています。それらはおそらく市参事会書記によってまとめられるのでしょうか。そこには訴訟当事者の名前および市参事会の判決のみが記載されています。つまり、そこでは当事者がどのように主張し反論したのかは、極めて簡略に書かれているにすぎません。これに対して、息子のマクデブルクの参審人（以下、マクデブルク参審人と略記します）の判決集では、当事者間の主張と反論（そしてその後の応酬）が詳細に記載（再現）されています。参審人の判決はその後に簡略に付加されているにすぎません。

このようなリューブック市参事会の判決とマクデブルク参審人の判決との内容的な、特に量的な違いはなぜ生まれたのでしょうか。そもそも、マクデブルク法を継受した都市からは、マクデブルク参審人に対して、その継受したマクデブルク法—つまりザクセンシュピーゲル・ラント法—の条文について問い合わせを行い、それについて彼等参審人が回答する—法教示—という慣行が先行的に存在していたようです。このような慣行は、リューブック法都市では、管見の限りですが、確認できません。マクデブルク法都市では、法の問い合わせの慣行が、さらに、訴訟記録をマクデブルク参審人に送付し、その判決—法判告—までも求めるという慣行へと繋がっていったことが確認できます。これがリューブック市参事会の判決とマクデブルク参審人の判決の違いを生んだのではないか、と思っています。

マクデブルク参審人の法教示と法判告は、言わば判例として、問い合わせをしたマクデブルク法都市に残され、そこではそれがしばしば法典とし

て利用されることもありました²⁰⁾。無論、マクデブルク参審人の下にも彼らの回答が残されたはずですが、それらは三十年戦争や第二次世界大戦の戦災によりほとんど焼失したとされております。

マクデブルク参審人の法教示から法判告への変遷の中での内容的な発展を、残された法史料から読み取ることができます。例えば、Kampfbare Wunde という法用語がしばしば史料には登場します。私はこれを「決闘に値する傷」と訳しております。この用語の内容的な発展の発端をザクセンシュピーゲル・ラント法の 1・68・3 に見ることができます。「肉に達する傷ではないが出血の傷によって、または一つの傷の痕跡によって、人は他の者を挑戦の言葉をもって決闘を挑むことができる」と²¹⁾。

ザクセンシュピーゲルの編纂の同時期に当たると言ってもよい1261年、マクデブルク参審人からブレスラウ市の参審人に都市法が与えられましたが、その第39条は、「決闘に値する傷」について、ザクセンシュピーゲルよりもより詳しく規定しています。

「ある者が棒によって彼の背中と腹部を殴打され、そして殴打 (slege) [部分?] が褐色で青痣となって残る (uf erhalten)。彼がそれを裁判人に証明することができ、それを裁判出席者が見聞したのであれば、彼は彼 (=被疑者) に対して決闘を申し出ることができる。それを彼ら (=被疑者) が雪冤 [誓約] することに優先して。しかし彼が頭または腕を殴打され、彼が他に [は何も] 彼 (=被疑者) に証明することができないのであれば、後者は、それを彼に優先して雪冤 [誓約] することができる。彼が彼ら (=被疑者) を訴えることに優先して。しかし、彼ら (=被疑者) がそれを認めるのであれば、彼らの誰で

²⁰⁾ 拙稿「マクデブルク・ブレスラウ体系参審人法」、『近畿大学法学』第54巻2号、平成18年9月。

²¹⁾ 久保正幡他訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』、125頁。

も (joweder) 彼の贖罪金を支払い、そして裁判人は [その] 彼の罰金を取得する。しかして殴打によって死亡するのであれば、彼ら (= 被疑者) は決闘に応じなければならない。しかしながら、それらが致死に至るものではないのであれば、ある者は決闘で、ある者は、彼らの責任のないことを彼に雪冤 [誓約] することができる」²²⁾。

ザクセンシュピーゲルでは刀剣による傷害が、マクデブルク法では殴打が「決闘に値する傷」の対象として挙げられています。まもなく後者のマクデブルク法でも刀剣による負傷が、「決闘に値する傷」に関するプレスラウからの問い合わせの大半を占めるようになります。以下は、それに対するマクデブルク参審人の回答例 (14世紀) です。「1本の歯を折られ、または指の全部ではなく一部を切られ、または耳の一部を [切られ]」たり、あるいは「指の関節全体、または耳 [全体] が切り取られるのであれば、それは不随と呼ばれ、決闘に値する傷」²³⁾ である。「刃物またはその他の凶器で刺された (gestochin) 傷が、それが正当な深さであれば」²⁴⁾、「頭を刺されたりまたは切られ、[それが] 負傷していない骨と頭蓋の間の、従って、頭の上皮と頭蓋の間の下に及ぶ (nydeerwert) のであれば」²⁵⁾、「鼻の前面を vlechteczipil から骨まで、または鼻の半分を切られる」²⁶⁾ のであれば、これらは「決闘に値する傷」となる、というのです。

やがて、15世紀初めから、プレスラウの参審人からマクデブルク参審人

²²⁾ Magdeburger Weistum von 1261, in F. Ebel (hrsg.), Magdeburger Recht Bd.2, Teil 1. 1989, S.7.

²³⁾ 『マクデブルク法』, 第2巻第1分冊の第40番 (1352年以前)。F. Ebel (hrsg.), Magdeburger Recht Bd.2, Teil 1, S.37-38.

²⁴⁾ 同上の第57番 (1352年以前)。ibid., S.44.

²⁵⁾ 同上の第116番 (1363年)。ibid., S.82.

²⁶⁾ 同上の第151番 (1363-1386年の間)。ibid., S.101.

への訴訟記録の送付と、これについての後者の参審人の法判告という慣行が史料に現れます。この時期の一つの記録を紹介します。ただし、かなり長文ですから、その要約を示すに留めます。

ある者が裁判に出頭し「裁判人様。私は負傷を負い、それを私は日中に参審人とともに証明し、叫喚告知しました。私は彼らが認めることについて私の訴えに着手したい」と。彼らが適法に召喚された。彼らが裁判に出廷し、彼らはその者の開いたままの傷口を検分したことを認めた。原告がそれについて裁判所に感謝し述べた。「私は Gote (=被告) と汝らを名誉ある参審人を訴える。私は、私が正当に平和と恩寵を享受すべき場所にいたが、そこに、ここにいるその者、(脱落) という洗礼名を持つ者が来て、私に [この] 開いたままの傷を負わせた。私はこれを参審人とともに証明した。彼 [被告] がそれを認めるのであれば、彼は真実を述べている。彼が否定するのであれば、それを 1 人の市参事会員または 2 人の参審人とともに証明したい。」

被告曰く「彼が私に訴えたことについて自分は無実である。参審人が私に判決するように彼に正義がもたらされることを望む。」

その間に判決が質問された。参審人は「原告が、彼が主張するように、立証するのであれば、彼はそれを享受する」と。そこで彼 [原告] は [参審人を証人として] 提示した (gestaltet)。彼等は、彼 [被告] が彼の短刀で彼 [原告] の頭を傷つけたことを認めた。「これについて裁判人は [マクデブルク参審人から] 判決を取り寄せるが、彼 [被告] は原告、並びに裁判所に対してどのように償うべきであろうか (Des lyß der richter eyn ortil werdin, wie her nu deme cleger bessern sulle und auch deme gerichte ?)」。

以上が、ブレスラウの参審人からマクデブルク参審人に行われた問い合

わせの内容—判決懇願とも言います—です。この後にマクデブルク参審人の判決がきます。

「これについて我々マクデブルク参審人は法として語る。その開いた傷が、長さで深さに不足するのであれば、すなわち関節の長さで爪の深さがなければ、被告は原告に対して、彼を誰も有罪とすることができなければ、単独で雪冤誓約をすることができる。ただし、それ（＝傷）が開会中の市参事会または開催中の裁判で検分された場合を除く。しかして傷が決闘に値するのであれば、被告は自らを含めて7人で雪冤誓約することができる。誰かが彼を有罪とすることに優先して。何も原告と裁判人へ帰属することはない。」²⁷⁾

「決闘に値する傷」については、次のような説明が可能であろうと思います。リューベックの裁判でも見たように、刑事裁判であれば、被害者（＝原告）が被告の加害行為を証人（6人？）とともに証明できるのであれば、被告を有罪とすることができます。しかし原告に証人がいないのであれば、たとえ原告にとって被告が加害者のように思われたとしても、被告を有罪とすることはできません。被告は証人とともに雪冤誓約によって無罪となることも可能です。それゆえ、この被告の雪冤誓約を阻止するための原告の対抗手段が、決闘であったということになります。つまり、決闘は原告による被告に対する復讐ではないのです。決闘は、原告が、被告が有罪であることを、神の判断に委ねるということですから²⁸⁾。

27) 同上の第306番（15世紀初め）。ibid., S.203-204.

28) ザクセンシュピーゲル・ラント法1・63・4。久保正幡他訳、前掲書（註9）、119-120頁。『マクデブルク法』、第2巻第1分冊の第170番（1363-1386年の間）。ibid., S.110-111。「彼らが直ちに決闘に入り、それは1撃であるが、それによって彼（＝加害者）は手（に値する贖罪金？）を失う。しかして彼に手がなければ、人は彼に人命金の半額を下すべきである。それは9ポンドである。」

決闘は上述のように原告と被告の間で剣を交えることですから、原告または被告のいずれが勝利するかはわかりません。これは賭けです。被告の立場から決闘を考えてみましょう。被告が自分は当該加害行為に全く関係がない—無実である—と思っている場合、ある日突然第三者から、自分は加害者であるとして訴えられ、決闘まで申し込まれるわけです。被告は決闘を避けたいはずですが、ここに、「決闘に値する傷」の傷とはいかなる傷か、という問いが発せられる余地があります。その結果、一定以上の傷だが、深刻ではない、多分原告が決闘は申し込める程度の傷ということに集約されていったと思われまます。「関節の長さ」と爪の深さ」という表現は、既に「決闘に値する傷」という概念が登場する頃からありましたが、紆余曲折の後に、当初の定義に戻ったと言えそうです。

ところで、なお注目すべきは、この15世紀初めの事例は、この決闘に言及せず、被告が、6人の（被告がそのような加害行為をするはずではないという彼の人格を誓約する）証人とともに雪冤誓約するだけでよい、としている点です。これは、決闘という不合理な証明手段を避けようとする、マクデブルク参審人のより合理的な判断と言えなくもありません。

結論として言えることは、ザクセンシュピーゲル・ラント法に規定されている「決闘に値する傷」が、判決が積み重なるうちに、殴打による負傷から「関節の長さ」と爪の深さ」の創傷に変化していること、さらにそのような傷であっても、原告は、被告に決闘ではなく、被告による雪冤誓約（＝6人の証人）を求めることしかできないようになっていることが読み取れます。これはマクデブルク参審人による法的な解釈の変遷過程と言えそうです。つまりザクセンシュピーゲル・ラント法を基盤とした発展を読み取ることができるように思われます。では、なぜこのような発展が生じたのでしょうか。マクデブルク法都市の参審人および裁判人からマクデブルク参審人への判決懇願だけからこのような発展が進行したとは思われま

せん。この問いに対する解答のヒントとなるような判決があります。

それは1460年3月10日付の、マクデブルク参審人からブレスラウの参審人に与えられた判決です。これも長い内容ですから、要約でご容赦ください。

コーバー (Caspar Cober) [原告] が妻 Agnes の代理人として代言人により訴えた。騎士である故 Mathis Grutzschreiber von Legnitz の遺産、すなわちブレスラウ市参事会庁舎についての未払いのすべての地代、そして彼 [原告] のゲヴェーレにある動産を差押えようとした (参審人書面の証拠あり)。それは故人が固有の証書により認めた300ハンガリー・グルデンの債務のためである。その差押えを故人の子供たちに二回通知した。次の [三回目の裁判] 期日にはそれを求めたいが、被告が妨害する。いかなる権限による (mit was recht) ものか、その返答を待っている。彼 [被告] は妨げることはできない、と。

Legnitz の首席司祭にしてブレスラウの司教座聖堂付参事会員であるギルダン (Johann Girdan) [被告] が彼の後見人とともに代言人 (vorreder) により述べた。故 Mathis の子供はまだ未成人であり、一部はラント外にいる。差押えの禁止を参審人帳簿に記載してほしい。原告は故人の子供を訴えることはできないと。

これに対して原告 [コーバー] は、抗弁 (widerrede) として、それは受け入れられないと。被告は聖職者であり、後見人ではなく、[差押え] 禁止についての代理権もない。子供の内の3人は既に成人である。長男 Hanns は以前この件で汝ら [参審人] の面前に立ったことがあり、他の子供の後見人たりうる。同じく娘、すなわち Thomas Brocken の妻も成人で、彼女の夫を後見人としており、彼も出頭している。原告の訴えはこの二人には個別に示されており、彼ら二人も他の未成人の兄弟姉妹と

ともに財産分割を受けていないと認めている。長男は他の未成人の兄弟姉妹の後見人たりうる、と。

被告は彼の後見人とともに代言人を通して、自分には兄弟たちについての代理権はないが、未成人や、ラントの外にいる子供たちの最近親相続人として「差押え」禁止を参審人帳簿に記載するように主張した。原告は未成人の兄弟たちを訴えることはできないはず、と。

以上の訴えと抗弁の内容も興味深いのですが、マクデブルク法の発展という観点から注目すべきは、この後に記載されている被告側からの発言です。

「もしも汝ら〔参審人〕が一致できないのであれば、私はこれについて汝らに私の金を提供し、汝らが職務上なすべき、法を我々に取り寄せて〔これを〕下すことを汝らに懇願する（Konnte ir adir des nicht eynwerden, so biete ich vff ein sulchs mein gelt vnd bitte euch, lat vns recht doruff holen vnd sprechen, do ir von rechts wegen tun sullet etc.）」。

参審人が「職務上なすべき」法（＝判決）の取り寄せとは、マクデブルク参審人への判決懇願を示しています。つまり、この判決懇願の慣行は訴訟当事者にとって周知の事実なのです。

「両方の当事者がこのような訴えと回答により貨幣を喜んで提示したから、我々〔プレスラウの参審人〕は彼らからそれを受領し（Syntemole das denne sich beyde teyl jres geldes vff sulche clage vnd antworth williglich dirboten haben, das haben wir von in vffgenommen）」、彼等参審人はマクデブルク参審人に判決懇願を行った、というのです。

そしてマクデブルク参審人の判決は：

「子供が未成人でラントの外にいたのであれば、子供のために後見人が任命されねばならない。しかし成人した子供も一部いるのであるから、彼ら（成人した子供）が原告の訴えに応じよ。未成人の子供が成人となるまで原告は待つ必要はない。」²⁹⁾

前述の15世紀初めの事例の場合にも、マクデブルク参審人への問い合わせの慣行が、既に訴訟当事者にも知られていたのであれば、マクデブルク参審人も問合せに対して安易に回答することはできなかったであろう。彼らは、従来の判断を繰り返すのではなく、常に新たな判断を下すことを求められることとなります。なぜなら、訴訟当事者は、それまでのマクデブルク参審人の判決を踏まえて、裁判において訴え、抗弁してくるからです。史料—そして前述の事例—からも、訴訟当事者が、マクデブルク参審人がどのような判決を下すのか予想していることを推測させます。ただし、訴訟当事者と言っても、多くの訴訟当事者は人生の中で裁判に関わることは多くなかったかもしれませんから、私は、彼らの（彼らに代わって法廷で発言し、しばしばこれを職業としている）代言人こそがその主たる担い手ではなかったのではないか、と思っています（史料では彼らの名前は言及されていません）。いずれにせよ、間接的であれ、訴訟当事者がマクデブルク参審人の判決の質的な発展に影響を与えていたと、言えるのではないのでしょうか。

ところで、このような上級庁に判決について問い合わせる慣行は、実は江戸時代の我が国でも知られていました。つまり各地の奉行所から、しばしば江戸幕府の評定所に向け判決についての問い合わせが行われていたそ

²⁹⁾ 『マクデブルク法』、第2巻第2分冊の第571番。F. Ebel, a.a.O., Bd.2, Teil 2, S.124-127.

うです。ただし、こちらでは訴訟当事者にはこの問い合わせは知らされてはいなかった、つまり秘密とされたそうです。そうであれば、判決を回答する江戸幕府の評定所に、および問い合わせをした奉行所にも判決についてかなりの裁量の余地が残されることになり、それは、結果として、その判例としての発展を限定的なものとしたであろうと推測します。それが法史上におけるドイツと我が国の違いの一つであろうとも考えています⁶⁰⁾。

4. ハンブルク法史研究

上述のように、私は1986年以来ハンブルク大学法学部でお世話になっておりました。まさにこの大学の研究環境とそこで築いた人脈が私の研究の推進力となったと断言できます。最近の翻訳は私の友人 Lothar Weyhe 氏の尽力無しには全く不可能のものでありました⁶¹⁾。

ところで、都市法史研究は実は1980年代頃から次第に低調になっていきます。中世都市に見られる市民自治は、実はドイツ近隣の国々ではそれほど発展を遂げていない⁶²⁾、都市は、むしろ封建社会の中で、封建的な支配者の側に立っていた、都市法の独自性を示す法原則も実は教会法やローマ法に由来している等々、と主張されるようになりました⁶³⁾。そして、何よりも我々が依拠していたドイツの中世都市法研究者が実は第二次世界大

⁶⁰⁾ 拙稿「Warum wirken Japaner als beteiligte Parteien vor Gericht während der Edo-Zeit (1603-1867) zurückhaltend?」、『近畿大学法学』第63巻2号、平成27年11月。

⁶¹⁾ 拙訳「ハンブルク市の市民協定(1410年)」、『近畿大学法学』第64巻1号、平成28年7月。

⁶²⁾ 例えば、フランスの中世都市（パリ）については高橋清徳先生の研究、ベルギーについては齋藤綱子先生の研究が挙げられる。

⁶³⁾ K. クレシエル『ゲルマン法の虚像と実像—ドイツ法史の新しい道』、創文社、1989年。

戦前少なからずナチスに協力的であった、という指摘もなされました。歴史学会では、中世都市の自由を語ることは19世紀的な時代錯誤であるという言説までも登場しました。私は中世都市に近代社会の萌芽があると思っていましたが、大抵の中世都市は近世になると、その自由を失い、封建的な支配者の支配に服するようになります（城下町）。ドイツ・ハンザの盟主であったリューベック市もドイツ・ハンザの崩壊（1669年）を境に衰退していったように見えます（実際にはそうではないのですが）。つまり中世都市は、近代とは直接的にはつながらないという印象を与えます。中世都市研究者も、次第に、近世における都市の変容へと研究関心をシフトさせていったように見えます⁶⁴。

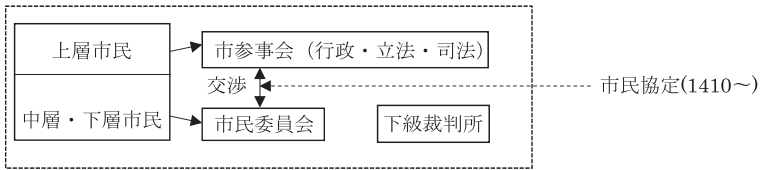
さて、ハンブルクに頻繁に滞在している間に、私は、ハンブルクは大阪市の友好都市の一つでもあるから、ハンブルクに何か恩返しができないだろうかと思うようになりました。ハンブルクの歴史を紐解くと、実は、中世のハンブルクは、事実上の自由帝国都市として都市国家の地位を得ただけではありません。市は現在でもドイツ連邦共和国を構成する一つの州としてその伝統を保持していることが分かります。つまりハンブルクには中世から近代および現代へと国家的な連続性が今でもある、ということです⁶⁵。リューベック市は第二次世界大戦前にその地位を失いましたから、ハンブルクは、中世都市が近代社会の萌芽であったのか、という問題に答える数少ない研究対象の一つということにもなります⁶⁶。

64) 林毅『ドイツ中・近世都市と都市法』、敬文堂、2007年、神寶秀夫『中世・近世ドイツ都市の統治構造と変質—帝国都市から領邦都市へ—』、創文社、2010年、等がある。

65) 現在でも、ハンブルクと同様に、州と同等の地位を保持し続けているのはブレーメン（Bremen）市である。

66) 拙稿「中世都市ハンブルクの市民協定」、『近畿大学法学』第60巻1号、平成24年6月。

[中世ハンブルク市政の基本構造]



中世におけるハンブルク市の市民自治を構造図的に示すと上図のようになります。注目していただきたいのは、1410年、「市民協定」と呼ばれる、市民と市参事会の間で一つの協定（「最初の協定（der erste Rezeß）」）が結ばれ、それが都市の統治の基礎となったという事実です。リューベックのように上層市民が市民自治を独占するのではなく、ここでは中層・下層市民も含めた、言わば全員参加型の自治が求められています。このような市民協定は確かに他の大きな都市でも、市民と市参事会の間での市民闘争の終結の際に両者の間で締結されることがありましたが、大抵それは後に市参事会によって破棄されるかまたは忘れ去られ、市参事会が独占的に都市統治を行う体制に戻りました。ハンブルクでも、同じような事態が生じるのですが、他の大都市に比べ、回数的にもはるかに頻繁に、市参事会と市民委員会の間で市民協定が締結され、なおかつその伝統が維持されました。1410年の後の市民協定として代表的なものに、1529年の「長い協定（der lange Rezeß）」および1712年の「主要協定（der Hauptrezeß）」があります。系譜論的には、後者からは、さらに19世紀以降のハンブルク市憲法（1860年、1921年、1952年）へと繋がっていきます⁶⁷⁾。極論すれば、ハンブルクでは市民自治の伝統が現在まで引き継がれている、ということにもなります。私は、中世ハンブルクの統治構造には近代の都市—そしてハ

⁶⁷⁾ 1952年の憲法については、木村俊夫「ハンブルク州憲法について」（手島孝先生還暦祝賀論集『公法学の開拓線』，法律文化社，1993年，所収）がある。

ンブルクは一つの国家ですから—および国家の統治構造と同じではないとしても、何か共通するものがあるのではないかと想像しております。このように述べることを、一概に「19世紀的な時代錯誤である」とか、「ナチス期に称揚されたことと同じ」と批判するのは正しいとは思えません。自由で平等な統治構造とは、自由で平等な人間が組織する社会の在り方を示すものであり、これは、中世都市や近現代国家のみが持つ特殊な組織構造ではなく、しばしば様々な歴史的・社会的な条件によって出現が妨げられてきた、本来的な普遍的な構造ではないかと想像しています。そのような方向に、ジグザグな過程を辿るにせよ、社会は進んでいくのではないのでしょうか。

私は今後、近世以降の市民協定の内容を検討しつつ、中世の市民自治の歴史的意義を考えていくつもりでおります。

5. 結びに代えて

以上、雑駁で饒舌な報告になりましたが、皆様がドイツ中世都市法研究の面白さを少しでも感じていただけたら、これに代わる喜びはございません。最後に、これまでの研究から見えてきたことを申し上げて、拙い最終講義を終わります。

第1に、我々が知らない法史料がまだまだ沢山残されている、ということ。我々は過去の史料は既にすべて明らかになっていると思いがちですが、そうではありません。重要な史料が歴史の中に埋もれていることがしばしばあるということです。そのようなものを見つける機会を、私の場合には留学によって与えられたような気がします。史料発掘であれ、何であれ、皆様にも留学をお勧めしたいと思います。

第2に、我々はその歴史的な評価は知っているが、実は、その内容自体

は知らないという法史料も多いということ。その史料の内容についての評価が既になされていたとしても、それは一つの学問的な関心からの評価であり、別の新たな研究視角から検討すれば、新たな評価が下せる場合もある、ということです。例えば、1919年のワイマール憲法を知っている方は少なくないとしても、その条文を全部見たことはないという方も少なからずいらっしゃるのではないのでしょうか。「記憶が苦手だから、歴史は嫌い」という方もおられます。しかし、既に申し上げました通り、評価は常に固定しているわけではありません。歴史もまた同様に記憶するだけではだめであり、歴史現象をどのように評価すべきかが問われ続けているのです。歴史学、無論、法制史学もまた、まさに社会科学の一分野なのです。

第3に、法は、その内容が当該法の適用を受ける人々に知られているのであれば（例、サクセンシュピーゲル）、これを前提として発展するということ。16世紀の頃から「ローマ法の継受」と呼ばれる外国法がドイツ（神聖ローマ帝国）に本格的に入ってきます。私たちは、その結果、外国法がドイツのそれまでの慣習法を駆逐したのかではないかと想像します。しかし、実際には法史料、例えば、16世紀後半のリューベック市の法典を見ると、個々の条文の専門用語がローマ法的な法律用語に取り換えられているだけであって、条文自体が中世ローマ法学の用語によってすっかり書き直されていることはありません。Landwehrはローマ法の継受とは「法の学問化」であったと述べていますが、継受とは受容する側に受容しうるための一定の（学問的な）蓄積があって初めて可能となるのではないのでしょうか。これはリューベック法やマクデブルク法の都市法家族（上訴制、判決懇願等）の形成からもうかがえます。

第4に、中世ドイツ法の発展を担うのは、直接的には参審人（代言人を含む）といった法の専門家であったとしても、その要求は一私は法の素人と呼んでいるのですが一訴訟当事者に見られる普通の（ただし、中世では

裕福な)人々であるということです⁸⁹⁾。男女平等の先駆けともいえるリュールベックの女性を思い出していただきたいと思います。マクデブルク参審人の活動は17世紀まで続きましたが、その背景に、彼らの判決に対する訴訟当事者の満足があったはずでは

現代の我々は、どうしても法曹三者のような法の専門家にのみ注目がちです。しかし、法の発展という観点からすれば、実は今でも法の専門家は法廷では脇役であり、その主役は法および裁判を享受しそれに服する人々であると言えるのではないのでしょうか。このことも忘れてはならないと思います。

最後に、中世都市と近代以降の都市の統治構造には、ハンブルクの市民協定にも見られるように、どうやら一定の親近性がありそうだということ。まだ予想の域を出ないのですが、このことも主張したいと思います。前述のように、それは中世都市が近代市民社会の萌芽であるという意味ではありません。そうではなく、これは、同身分の者が一つの人的な組織を作り上げる場合に、どこにでも登場しうる、歴史的に普遍的な原則なのかもしれない、歴史にはそのような普遍性もあるのではないかと、ということです。

以上、私の拙い、長々とした話をご清聴いただき、再度お礼申し上げます。ありがとうございました。

⁸⁹⁾ リュールベック市参事会の判決は、近世に入っても、基本的に「法の素人」的な手続に基づいていた。リュールベックには参審人はいなかった。とは言え、下級審やリュールベック法都市からの上訴が頻繁化したことは、そこにリュールベック市参事会裁判に対する信頼が上訴する側にあったからであろう。おそらく、リュールベックの市参事会にも「法の専門家」がいたのではないかと、思っている。しかし彼らは判決内容に直接影響を及ぼしてはいない。それは、裁判を利用する人々からの要求がなかったから、ということではないであろうか。拙論「中世都市リュールベックに参審人はいなかったのか」、『法学雑誌』(大阪市大)第54巻1号、平成19年8月。