

Title	中世イタリアの都市コムーネと条例制定権 (ius statuendi) 理論 (一)
Sub Title	I comuni medievali italiani e la dottrina di 《ius statuendi》 (1)
Author	森, 征一(Mori, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.8 (1976. 8) ,p.30- 70
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760815-0030">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760815-0030</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 中世イタリアの都市コムーネと 条例制定権 (ius statuendi) 理論 (一)

森 征 一

はじめに

第一章 都市コムーネによる条例制定権の獲得——コンスタンツの和約を中心として——……(以上本号)

第二章 都市コムーネ権力と法律家

第三章 条例制定権の法理論的展開

第一節 注釈学派の時代

第二節 注釈学派後の時代

第一項 許可 (permissio) 理論

第二項 裁判権 (iurisdictio) 理論

第三項 万民法 (ius gentium) 理論

おわりに

(参照中世法文学文献目録)

はじめに

中世における神聖ローマ帝国領 (terrae Imperii)<sup>(1)</sup> イタリアの法生活は、現実的には避け難く対立しながらも、精神的には

なお統一的な方向へと向かう様々な要素の共存によつて特徴づけられる。法的現実が、都市コムネ（*commune*）等の諸々の特殊な組織に分裂してゆくなかで、法思想は、これとは逆に、長い間に普遍的な統一へと向かつてゆくのである。<sup>(2)</sup>

帝国（*imperium*）の法Ⅱローマ法（*Corpus iuris*）と都市コムネの法Ⅱ条例（*statutum*, *a*）との間の法適用をめぐる<sup>(3)</sup>の緊張関係もまた、中世法学説史上、普遍的なものと特殊なものとの間の不変の内的均衡のなかで解決されたのであつた。<sup>(4)</sup> 帝国の普遍的な統一理念を高揚し、ローマ法の普遍的な妥当性を強調した、一二世紀から一三世紀の注釈学派（*Glossatores*）は、一般に「ただ一つの帝国（*unum imperium*）が存在するが故に、ただ一つの法（*unum ius*）が存在する」という命題を確認する。すなわち、注釈学派は、帝国をまさに一つの法的抽象、すなわち一つの統一体として考え、<sup>(5)</sup> そしてこの統一体がたとえいくつかの部分（*partes*）から構成されるとしても、この帝国に理論的な敬意を表して、帝国理念の優位性（*superioritas*）を承認したのであつた。<sup>(7)</sup> 現実世界において、諸都市コムネが、その自己の意志に基づいて自由に生き、統一体たるべき帝国から分離していつたとしても、注釈学派にとつて、それら部分はいくまでも帝国に従属すべき存在なのであり、そしてこれらの部分をその統一体に結びつける法的名義こそ、まさに「ローマ帝国の理性」（*ratio Imperii Romani*）なのである。<sup>(8)</sup> 従つて、事実上は（*de facto*）、それら諸都市コムネという部分が帝国という統一体から独立し、それ故にそれら部分の多数の法すなわち都市コムネの法である条例が存在するとしても、法律上は（*de iure*）、常に一つの統一体としてのただ一つの帝国が存在するだけであり、それ故にまた帝国には常にただ一つの法が存在するだけなのである。注釈学派にとつては、従つて、帝国の法であるローマ法こそ、普遍的な帝国の唯一かつ共通の法でなければならなかつた。それ故ここでは、部分的な諸都市コムネの条例が法として承認される余地はまつたくなかつたのである。<sup>(9)</sup>

しかし、このような考え方は一三世紀以降大きく変化し、帝国法Ⅱローマ法と都市コムネ法Ⅱ条例との関係が、普通法（共通法）（*ius commune*）と特有法（*ius proprium*）との対置関係において概念されるようになった。とくに一四世紀の注解

学派 (Commentatores) に至り、この普通法—特有法の対置概念は、切り放すことのできない二項式の関係として法理論的に明確化されるようになったのである。すなわち、これらは、普遍的支配者としての皇帝のまたは普遍的組織としての帝国の法であり、世界 (universitas)、『いわば諸国民 (populi) のローマ的・キリスト教的な統一世界の法、従つてローマ法とカノン法であり、両者は身と心 (corpus et anima) という相互補足の関係にあるものとみなされ、結合して一つの両法 (utrumque ius) と呼ばれた普通法と、諸々の特殊的支配者または特殊的組織としての諸都市ローマの法であり、統一の世界を構成するいくつかの小世界、いわば諸国民のローマ的・キリスト教的な統一世界を作り上げている個々の部分の法である特有法という、二つの法の対置関係において理解されたのであつた。』さらにまた注解学派は、ローマ法と条例との関係を、古い法 (ius vetus) と新しい法 (ius novum) との関係に置きかえ、伝統的なローマ法と創造的な条例とを矛盾なく調和させながら、それを普通法と特有法との関係において解決した。』<sup>(13)</sup> ここにおいて都市ローマ法と条例は、帝国の法体系内に組み込まれ、それもまた法として承認されることになつたわけである。こうしてローマ法と条例の二元論は止揚され、普通法理論はその完成をみるに至る。<sup>(14)</sup>

ところで、一般的にいつて、当時の法学説によれば、条例は、不文の「慣習法」 (consuetudo) と區別されて、「いかなる国民であれ、自ら自己のために制定する成文化された特有法」<sup>(15)</sup> であると定義され、この定義のうえに、普通法と特有法との関係は、類 (genus) と種 (species) との関係、<sup>(16)</sup> いわば一般法と特別法との関係で把握されながら、<sup>(17)</sup> これら二つの法が衝突する際の法適用関係の問題については、「条例がないときは市民法 (ius civile) が適用される」とか「条例に欠缺あるときは普通法による」<sup>(18)</sup> とかいう命題、すなわち、条例 (statutum) と普通法 (ius commune) とが衝突するときには、まず条例が優先的に適用され、<sup>(19)</sup> 条例に欠缺あるときにのみローマ法ないし普通法が条例に代わつてその欠缺を補充するという命題が導き出されて、ここにローマ法の補充的効力が承認されたのである。<sup>(20)</sup> しかも、条例は普通法に反し得るとまでされていた。当時「諸

条例は法に一致する」(statuta consona iuri)つまり条例は皇帝権の直接的表明である普通法と一致しなければならぬとされ、このことが、条例が法と同一の効力をもち得るための第一の要件とされていた<sup>(17)</sup>。それ故、「普通法に従う(secundum)」条例、そしてまた「法律(Tex)の外の(praefer)」条例すなわち普通法が規定していない事項について定める条例は有効であると考えられた<sup>(22)</sup>。しかし、さらには、「法律」すなわち普通法が条例を「明示的に」(expresse)または「特別に」(specialiter)無効としないかぎり、「条例は、それが普通法に反する(contra)場合でさえも、それを制定した人々の間では有効である」<sup>(23)</sup>とまで考えられるに至つたのである。

このようにして、条例と普通法とが衝突するとき、特有法、特別法としての条例が、共通法、一般法としての普通法に優先して適用され、前者は後者を廃止し修正することができるという理論構成が、注解学派によつてなされたのであつた。但し、これには二つの条件が付されたといわれる<sup>(24)</sup>。一つは、条例は、その遵守を要求する者によつて裁判所に提示されなければならぬということであつて、さもなければ、その者は、裁判官のみが知り得かつ適用せざるを得ない普通法の權威に服さなければならぬ。他の一つは、条例の普通法に対する侵害は、条例の性質上、すなわち条例がある特定の要求に答へるべく制定されるということから、厳格に狭い範囲に限定されなければならないということである。「法の理性(Ratio iuris)に反する」が故に、「普通法に反する」[諸条例]は厳格法(ius strictum)に属する」わけである<sup>(25)</sup>。従つて普通法に反する条例は制限的に解釈されるべきであつて、拡張的に解釈されてはならない<sup>(26)</sup>。すなわち「条例は厳格に解釈されなければならない」(statuta stricte sunt interpretanda)<sup>(27)</sup>のである。

しかし、ともかくここに条例が法として承認されたのであり、かくて、条例と普通法とが衝突するときは条例が普通法に優先して適用され、条例に欠缺あるときのみ普通法が条例の補充法として適用されるという、いわゆる「条例優先理論」なるものが生み出されたのであつた<sup>(28)</sup>。そして、周知のように、この条例優先理論こそ、ドイツにおけるローマ法継受史にお

いて大きな意義を有したものである。<sup>(29)</sup>

さて、この条例優先理論の成立の背後には、実は、中世法学史におけるきわめて大きな問題が隠されている。条例優先理論が成立するためには、はじめ法として承認されていなかった条例が、後に法として承認されるに至ったことが前提とされなければならない。つまり、条例優先理論成立の論理的前提として、まずもつて問われなければならないのは、条例の法的有効性の問題なのである。実際、この条例の法的有効性の問題を、中世イタリアの法学者は、都市はいつたい条例を制定できるのか、そして、もし条例を制定できるとすれば、いかなる法的根拠に基づいてなし得るのか、換言すれば、都市は条例制定権 (ius statuendi, potestas statuendi, potestas condendi statuta) を有するか、もし有するとすれば、それはいかなる法的根拠によるのかという都市の条例制定権の問題に置きかえて、条例に関するあらゆる問題の前提として論じたのであつた。<sup>(30)</sup>これが、いわゆる「条例制定権理論」である。

一般的にいって、注釈学派は、都市のこの条例制定権を否定し、法律制定権を有するのは皇帝のみであるとして、このドグマから、ただ一つの帝国しか存在しないが故に、この帝国にはただ一つの法、すなわちローマ法しか存在し得ないという命題を導き出したのであつた。しかし、注釈学派に至つて都市の条例制定権が肯定されることにより、条例は法として承認され、ここにはじめて条例と普通法との衝突の問題(条例優先理論)、さらには条例と条例との衝突の問題(条例理論)<sup>(31)</sup>が論じられることとなる。<sup>(32)</sup>

本稿においては、中世法学説史研究の第一段階として、この条例制定権理論を取り上げたいと思う。ところで、この条例制定権の問題も含めて、一般に条例に関する問題については、その研究の歴史は新しく、いまだその端緒にいたばかりであるが、その理由は、この問題に先鞭をつけたイタリアの法制史家カラッソ (Francesco Carrasó) によれば、究極的には法史研究の方法論の問題に帰せられる。<sup>(33)</sup> サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) 以来の伝統的な見解によれば、普通法 (ius

commune)は、多かれ少なかれ、いわばローマ帝国没後におけるローマ法の運命という脈絡のなかで、「現代化したローマ法」とか「ロマネスト的伝統」としてしか概念されず、そこでは当然ながら特有法(ius proprium)への配慮が欠落し、また、たとえそれに対する配慮がなされたとしても、特有法と普通法との関係については、もっぱらその対照的側面が強調されるのみで、従つてここにおいては、特有法をその基礎として有していた「法学」ないしは「法学説」の展開に考慮の払われる余地はなかつた。しかし、このような伝統的な立場はカラッソにより克服される。彼は、普通法を、条例に代表される特有法とローマ法との間の諸関係という具体的な問題に対して歴史的に与えられた解決、さらにはローマ法と教会法との間の諸関係という問題に与えられた解決として概念し、総合的な視角のなかで普通法の「体系的統一」(unita sistemica)を理解しながら、このような統一は、その起源や価値の異なる様々な要素を結び合わせ、そしてそれらの要素の共存を可能ならしめているところのある論理的関係を要求すると主張する。さらに彼は、それらの要素がその固有の価値を保持し続けるが故に、条例は常に特有法であり続けるが、この条例が歴史的に普通法と結びついて生まれるように、その特有法の生命は普通法なくしては認識できないということを明らかにした。こうして彼は、普通法の体系的統一を語ることによつて、その歴史的過程および論理的過程の統一性と組織性とを直観させる。伝統的な立場には、このような統一的な視角の欠落があつたのであり、それ故に、特有法の側面が不当に見失われることになつたと彼は述べているのである。このようにして法源史は体系の下に統合されるが、この法源史は、次に「社会あるところに法あり」(ubi societas ibi ius)という命題のなかに社会組織と法との連関関係が読みとられることにより、広く社会史、換言すれば「法的組織史」(storia degli ordinamenti giuridici)に組み込まれる。すなわち、カラッソは、普通法の問題を、帝国と教会との邂逅のなかに、つまり普遍的組織のなかに組み込み、この普遍的組織に、特有法の支配するコミュニネという特殊の組織を対置させる。普通法は、中世社会全体の統一への方向の内にあつて、帝国と教会の統一的な調和により社会において形成された普遍的な法的組織に固有な法、すなわち一つ

の莊嚴な規範体系のなかで歴史的に調和したローマ法とカノン法から成る両法 (utrumque ius) と概念され、そしてこれとの対応のなかで、共通、一般的なものが当然に特殊、特別なものをその内に含むように、普通法は、特殊な法的組織に固有な特有法をそこに含むのである。ここにおいて、法史全体は、一つの大きな体系の統一的な歴史として把握され、これによつて普通法史は、ローマ帝国の終焉から近代の法典編纂に至るヨーロッパ法史に変容せしめられるのである。こうして、特有法としての条例は普通法研究史のなかでその正しい地位を与えられ、普通法との緊密な関連のなかで条例研究への新しい道が開かれるに至つたのであつた。

ところで、本稿の対象とする一二世紀から一四世紀末までの中世北中部イタリアの公法は、帝国という普遍的組織 (ordinamento universale) と都市コミュニネその他の特殊的組織 (ordinamenti particolari) との調和のとれた共存関係の上に成り立っていた。これら特殊的組織は、自己自身の力で自治的に生きるかぎり、事実上は普遍的組織に対して独立しているが、しかし法律上はこの最高の普遍的組織に従属し、それによつて自己の権力 (potestas) を付与されていることを自覚しつつ、もつとも広い普遍的組織のなかで生きるのである。そして、普遍的組織と特殊的組織とを統一的に結びつけるものが、ローマ帝国の理性 (ratio Imperii Romani) であつた。ここにカラッソのいわゆる「法的組織の複数性(ないしは多元性)」(pluralità degli ordinamenti giuridici) と「ジャバースペクティブが開けるのであり、この「法的組織の複数性」に対応して、普遍的組織の普通法と特殊的組織の条例との調和のとれた共存を意味する「法源の複数性」(pluralità delle fonti)」、すなわち、普通法の体系的統一が否定されることなく、唯一の普通法の理性 (ratio iuris communis) により条例が全体の一部として普通法の体系のなかに統一的に結びつけられるという命題も導き出されるのである。<sup>(35)</sup> このようなジャバースペクティブのなかで、帝国内における多数の都市コミュニネの出現とその確立への悩める過程は、まさしく帝国に対する都市コミュニネの自治確認の歴史だつたのであり、そしてこのなかにあつて都市コミュニネの条例制定権は、帝国からの自治獲得のための具体的な手



段として位置づけられるのである。<sup>(36)</sup> それ故、都市コムーネの条例制定権を問うことは、条例の法的有効性を問うことを意味するばかりか、帝国という普遍的組織の範囲内における都市コムーネという特殊組織の自治、ひいてはその存在そのものをも問うことを意味したのであつた。つまり、いかなる法理論においてであれ、都市コムーネに条例制定権を認めることは、都市の条例を法として承認することであると同時に、帝国組織に対する都市コムーネ組織の存在そのものを承認することでもあつたのである。以上のような意味で、条例制定権こそ、帝国の行使する権力に対する都市コムーネの行使する権力の核ともいふべきものであつた。<sup>(37)</sup> このように、諸組織相互間の対立、矛盾の問題は、中世法思想史が思い起こすもつとも劇的な要素を構成するのであり、このなかにあつて、都市コムーネ自治の具体的かつ典型的な表われであつた条例制定権は、その機軸となるべきものだつたのである。従つて、条例制定権の問題こそ、中世法史解明のための出発点となるべきものでなければならぬ。このような条例制定権を獲得してその自治を達成した都市コムーネは、帝国イタリア、とりわけ北中部イタリアに典型的に現われる。それ故、この研究は、このような都市コムーネの時代、すなわちおよそ一二世紀から一四世紀末までの北中部イタリアの都市コムーネを対象とするものである。

さて、法学説は、パラディージ (Bruno Paradisi) が述べるように、<sup>(38)</sup> 時間的、空間的に常に妥当する真理ではなく、一定の歴史的環境、つまり社会的、政治的環境のなかで提示される一つの解決方法である。すなわち法学説は、数学的な論理ではなく、情況とともに作り上げられる経験的な論理なのである。従つて、法学説はその時代その時代の様々な条件によつて制約されるものであるから、もしそのような歴史的な諸条件を無視すれば、それはその意味をまつたく失つてしまふであらう。それ故に、法学説史は、ある時代の法学者がある問題についてどのよう、な解決方法を与えていつたのかという問いに対してばかりではなく、なぜそのような解決方法を与えなければならなかつたのかという問いに対しては、まさしく時代の精神を映す鏡であるといつても決して過言ではあるまい。本稿の対

象とする条例制定権についての法学説もまた、中世イタリアにおけるこの「政治現実の悪夢のなかで」<sup>(40)</sup>作り上げられていたのであり、従つて、その法学説の価値はこのような視角から観察しなければ十分に理解できないであろうし、またそうしなければ、それはいたずらにローマ法原典の意味の誇張に墮してしまふであろう。本稿においても、それ故、条例制定権の問題を可能なかぎり社会および政治現実と法学説との緊張関係のなかで把握しなければならぬ。

以上のことから、以下の論述においては、帝国という普遍的な法的組織と都市コムーネという特殊な法的組織、帝国権力と都市権力(帝国の至上権と都市コムーネの自治権)、そして普通法と条例との間の対立、結合の相互緊張関係、いわば中世に特徴的な法的諸組織、諸権力、諸法源の複数性(ないしは多元性)という広い視野のなかで、一方における条例制定権の問題についての政治的解決と他方におけるその法的解決を対置させ、そしてそれら二つを媒介させるものとして法律家というものを考えながら、条例制定権の問題を考察してみたい。すなわち、まずはじめに、都市コムーネはいかにして条例制定権を政治的に獲得していったのかを、コンスタンツの和約を中心として考察し(第一章)、次に、法学説の担い手であつた法律家が、現実の社会、政治生活のなかで、都市コムーネ権力といかなる関係で結ばれていたのかについて検討する(第二章)。そして最後に、第一章および第二章との関連のなかで、法学説は、都市コムーネの条例制定権の問題に、いかなる法的解決を与えていったのかについて考察しようと思う(第三章)。

- (一) 中世イタリアにおける神聖ローマ帝國領 (Terrae Imperii) と教會領 (Terrae Ecclesiae) との區別について、cf. Giovanni De Vergottini, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, 3ª ed., vol. II, Milano, 1959, pp. 1-8.
- (二) この点については雄大な構想が、Francesco Calasso, *Medio evo del diritto. I, Le fonti*, Milano, 1954, passim; Guido Asnuni, *La formazione dello stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano. I, Torino, 1967, passim* などを参照すること。
- (三) Roberto Celli, *Gli elementi unitari del diritto europeo con particolare riguardo al diritto privato: La continuità nella storia del diritto-Seminario italo-tedesco di storia del diritto-*, Milano, 1972, pp. 77-78. Cf. Calasso, *Medio evo*, cit., passim.
- (四) 注釈・注解学派の法学の方法について、cf. Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, rist. della

seconda edizione, Torino, 1961, passim.

- (5) Quaestiones de iuris subtilitatibus, II, 16, ed. G. Zanetti, Firenze, 1958. ことばに關しては、佐々木有記「中世イタリアにおける普通法(jus commune)の探索——バネーリス・ド・カッソの「バネーリスの心」について」、『法学協会雑誌』第八四卷一四九頁参照。
- (6) Calasso, Introduzione al diritto comune, Milano, 1951, p. 50.
- (7) Ugo Nicolini, I giuristi postaccursiani e la fortuna della Glossa in Italia: Atti del Congresso internazionale di studi Accursiani, III, Milano, 1968, pp. 842 s.
- (8) Calasso, Introduzione, cit., p. 50.
- (9) Ibid., pp. 49 s.
- (10) 久保正繼「比較法における教会法の意義」、『比較法雑誌』第三卷一四九頁。なかば「民法」のことは、佐々木有記「バネーリス」、『法学協会雑誌』第八四卷一四九頁参照。
- (11) 佐々木有記「バネーリス(一)——(四)」、『法学協会雑誌』第一卷一八五頁入号(「バネーリス」第二章の優れた論法)および同「バネーリスの政治思想(一)(二)」、『国家社会雑誌』八入卷一・二号—第八卷三・四号。Cfr. Calasso, Introduzione, cit., spec. Cap. II, III.
- (12) Calasso, Introduzione, cit., pp. 60 e 172. 44頁 Baldus de Ubaldis 44『De statutis』, Q. 2 以下 27頁。民法は雑誌『民法』、『Opera di Baldo, prevalent prioribus』の項をよむ(Justiniano degli Azzi, Il trattato «De Statutis» e gli statuti di Perugia: L'Opera di Baldo, per cura dell'Università di Perugia nel V centenario dalla morte del grande giuriconsulto, Perugia, 1901, pp. 153 s.)
- (13) Cfr. Astuti, Diritto intermedio: Enciclopedia del diritto, XXIII, Milano, 1973, p. 862.
- (14) 細野英二博士『「バネーリス」』, cfr. Calasso, Medio evo, cit., passim; Id., Introduzione, cit., passim. 44頁 細野英二博士の『民法の歴史』(1971)のなかで「Luigi Lombardi, Saggi sul diritto giurisprudenziale, Milano, 1967, pp. 79 ss.」を引用。また細野英二博士の『民法の歴史』(1971)のなかで「Giovanni Cassandro, Lezioni di diritto comune, I, Napoli, 1971」を引用。なかば「邦文の文書」については、佐々木有記「バネーリス」、『民法』(1971)のなかで「三冊の雑誌」(『民法』)のなかで「邦文の文書」(1971)のなかで「151—160頁」を引用。
- (15) Albericus de Rosate, Comment. de statutis, L. 1, Q. 1. Baldus 44『De statutis』, Q. 2 以下 27頁。44頁「...ius proprium, idest proprium statutum quod sibi quilibet populus constituit」(Baldus, ad D. 1, 1, 7). Cfr. Calasso, La «Dottrina degli statuti» per l'Italia meridionale: Annali di storia del diritto, IX, 1968, p. 296.
- (16) Baldus, ad D. 23, 3, 1, f. 3 ced. renet. Cfr. Nino Tamassia, Baldo: Id., Scritti di storia giuridica, II, Padova, 1967, p. 502.
- (17) Biagio Brugi, Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto: Id., Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane—Nuovi saggi—, Torino, 1921, pp. 52 s.
- (18) Baldus, ad D. 1, 1, 9, n. 1. Cfr. Winfried Trusen, Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit: Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, «Rechtswahrung und Rechtswissenschaft», München, 1970, S. 101.

- (21) Baldus, ad C. 6, 28, 4, n. 6. Cfr. Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus, Körn-Graz, 1968*, S. 76 f. 44頁 藤田有恒「ルネサンスの中世普通法理論の高峰と過剰」『法學研究』(橋大誌)九 一頁頁參照。Bartolus de Sassoferrato 44頁 De Luca 205頁 cfr. Carlo Calisse, *Intorno alle relazioni fra statuti e diritto comune: Studi di storia e diritto in memoria di Guido Bonolis*, vol. I, Milano, 1942, p. 156, n. 3.
- (22) Calisse, *Intorno*, cit., p. 156; Giuseppe Ermini, *Diritto comune: Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1960, p. 827; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2., neubearbeitete Auflage, Göttingen, 1967, S. 138. Cfr. Georg Dahm, *Das Strafrecht Italiens im aus gehenden Mittelalter*, Berlin und Leipzig, 1931, S. 56 ff.; Woldemar Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, S. 72 ff.
- (23) Calisse, *Intorno*, cit., p. 155.
- (24) Albericus de Rosate, *Comment. de statutis*, L. 1, Q. 7.
- (25) *Ibid.*, loc. cit., Albericus 44 區體版 245頁 Jacobus de Arena 20 Richardus Malumbrā 246頁 Inferior non potest tollere legem superioris》より、藤田 47 普通法研究 2 区 205頁 206頁 Bartolus 205頁 47頁 48頁 49頁 50頁 51頁 52頁 53頁 54頁 55頁 56頁 57頁 58頁 59頁 60頁 61頁 62頁 63頁 64頁 65頁 66頁 67頁 68頁 69頁 70頁 71頁 72頁 73頁 74頁 75頁 76頁 77頁 78頁 79頁 80頁 81頁 82頁 83頁 84頁 85頁 86頁 87頁 88頁 89頁 90頁 91頁 92頁 93頁 94頁 95頁 96頁 97頁 98頁 99頁 100頁 101頁 102頁 103頁 104頁 105頁 106頁 107頁 108頁 109頁 110頁 111頁 112頁 113頁 114頁 115頁 116頁 117頁 118頁 119頁 120頁 121頁 122頁 123頁 124頁 125頁 126頁 127頁 128頁 129頁 130頁 131頁 132頁 133頁 134頁 135頁 136頁 137頁 138頁 139頁 140頁 141頁 142頁 143頁 144頁 145頁 146頁 147頁 148頁 149頁 150頁 151頁 152頁 153頁 154頁 155頁 156頁 157頁 158頁 159頁 160頁 161頁 162頁 163頁 164頁 165頁 166頁 167頁 168頁 169頁 170頁 171頁 172頁 173頁 174頁 175頁 176頁 177頁 178頁 179頁 180頁 181頁 182頁 183頁 184頁 185頁 186頁 187頁 188頁 189頁 190頁 191頁 192頁 193頁 194頁 195頁 196頁 197頁 198頁 199頁 200頁 201頁 202頁 203頁 204頁 205頁 206頁 207頁 208頁 209頁 210頁 211頁 212頁 213頁 214頁 215頁 216頁 217頁 218頁 219頁 220頁 221頁 222頁 223頁 224頁 225頁 226頁 227頁 228頁 229頁 230頁 231頁 232頁 233頁 234頁 235頁 236頁 237頁 238頁 239頁 240頁 241頁 242頁 243頁 244頁 245頁 246頁 247頁 248頁 249頁 250頁 251頁 252頁 253頁 254頁 255頁 256頁 257頁 258頁 259頁 260頁 261頁 262頁 263頁 264頁 265頁 266頁 267頁 268頁 269頁 270頁 271頁 272頁 273頁 274頁 275頁 276頁 277頁 278頁 279頁 280頁 281頁 282頁 283頁 284頁 285頁 286頁 287頁 288頁 289頁 290頁 291頁 292頁 293頁 294頁 295頁 296頁 297頁 298頁 299頁 300頁 301頁 302頁 303頁 304頁 305頁 306頁 307頁 308頁 309頁 310頁 311頁 312頁 313頁 314頁 315頁 316頁 317頁 318頁 319頁 320頁 321頁 322頁 323頁 324頁 325頁 326頁 327頁 328頁 329頁 330頁 331頁 332頁 333頁 334頁 335頁 336頁 337頁 338頁 339頁 340頁 341頁 342頁 343頁 344頁 345頁 346頁 347頁 348頁 349頁 350頁 351頁 352頁 353頁 354頁 355頁 356頁 357頁 358頁 359頁 360頁 361頁 362頁 363頁 364頁 365頁 366頁 367頁 368頁 369頁 370頁 371頁 372頁 373頁 374頁 375頁 376頁 377頁 378頁 379頁 380頁 381頁 382頁 383頁 384頁 385頁 386頁 387頁 388頁 389頁 390頁 391頁 392頁 393頁 394頁 395頁 396頁 397頁 398頁 399頁 400頁 401頁 402頁 403頁 404頁 405頁 406頁 407頁 408頁 409頁 410頁 411頁 412頁 413頁 414頁 415頁 416頁 417頁 418頁 419頁 420頁 421頁 422頁 423頁 424頁 425頁 426頁 427頁 428頁 429頁 430頁 431頁 432頁 433頁 434頁 435頁 436頁 437頁 438頁 439頁 440頁 441頁 442頁 443頁 444頁 445頁 446頁 447頁 448頁 449頁 450頁 451頁 452頁 453頁 454頁 455頁 456頁 457頁 458頁 459頁 460頁 461頁 462頁 463頁 464頁 465頁 466頁 467頁 468頁 469頁 470頁 471頁 472頁 473頁 474頁 475頁 476頁 477頁 478頁 479頁 480頁 481頁 482頁 483頁 484頁 485頁 486頁 487頁 488頁 489頁 490頁 491頁 492頁 493頁 494頁 495頁 496頁 497頁 498頁 499頁 500頁 501頁 502頁 503頁 504頁 505頁 506頁 507頁 508頁 509頁 510頁 511頁 512頁 513頁 514頁 515頁 516頁 517頁 518頁 519頁 520頁 521頁 522頁 523頁 524頁 525頁 526頁 527頁 528頁 529頁 530頁 531頁 532頁 533頁 534頁 535頁 536頁 537頁 538頁 539頁 540頁 541頁 542頁 543頁 544頁 545頁 546頁 547頁 548頁 549頁 550頁 551頁 552頁 553頁 554頁 555頁 556頁 557頁 558頁 559頁 560頁 561頁 562頁 563頁 564頁 565頁 566頁 567頁 568頁 569頁 570頁 571頁 572頁 573頁 574頁 575頁 576頁 577頁 578頁 579頁 580頁 581頁 582頁 583頁 584頁 585頁 586頁 587頁 588頁 589頁 590頁 591頁 592頁 593頁 594頁 595頁 596頁 597頁 598頁 599頁 600頁 601頁 602頁 603頁 604頁 605頁 606頁 607頁 608頁 609頁 610頁 611頁 612頁 613頁 614頁 615頁 616頁 617頁 618頁 619頁 620頁 621頁 622頁 623頁 624頁 625頁 626頁 627頁 628頁 629頁 630頁 631頁 632頁 633頁 634頁 635頁 636頁 637頁 638頁 639頁 640頁 641頁 642頁 643頁 644頁 645頁 646頁 647頁 648頁 649頁 650頁 651頁 652頁 653頁 654頁 655頁 656頁 657頁 658頁 659頁 660頁 661頁 662頁 663頁 664頁 665頁 666頁 667頁 668頁 669頁 670頁 671頁 672頁 673頁 674頁 675頁 676頁 677頁 678頁 679頁 680頁 681頁 682頁 683頁 684頁 685頁 686頁 687頁 688頁 689頁 690頁 691頁 692頁 693頁 694頁 695頁 696頁 697頁 698頁 699頁 700頁 701頁 702頁 703頁 704頁 705頁 706頁 707頁 708頁 709頁 710頁 711頁 712頁 713頁 714頁 715頁 716頁 717頁 718頁 719頁 720頁 721頁 722頁 723頁 724頁 725頁 726頁 727頁 728頁 729頁 730頁 731頁 732頁 733頁 734頁 735頁 736頁 737頁 738頁 739頁 740頁 741頁 742頁 743頁 744頁 745頁 746頁 747頁 748頁 749頁 750頁 751頁 752頁 753頁 754頁 755頁 756頁 757頁 758頁 759頁 760頁 761頁 762頁 763頁 764頁 765頁 766頁 767頁 768頁 769頁 770頁 771頁 772頁 773頁 774頁 775頁 776頁 777頁 778頁 779頁 780頁 781頁 782頁 783頁 784頁 785頁 786頁 787頁 788頁 789頁 790頁 791頁 792頁 793頁 794頁 795頁 796頁 797頁 798頁 799頁 800頁 801頁 802頁 803頁 804頁 805頁 806頁 807頁 808頁 809頁 810頁 811頁 812頁 813頁 814頁 815頁 816頁 817頁 818頁 819頁 820頁 821頁 822頁 823頁 824頁 825頁 826頁 827頁 828頁 829頁 830頁 831頁 832頁 833頁 834頁 835頁 836頁 837頁 838頁 839頁 840頁 841頁 842頁 843頁 844頁 845頁 846頁 847頁 848頁 849頁 850頁 851頁 852頁 853頁 854頁 855頁 856頁 857頁 858頁 859頁 860頁 861頁 862頁 863頁 864頁 865頁 866頁 867頁 868頁 869頁 870頁 871頁 872頁 873頁 874頁 875頁 876頁 877頁 878頁 879頁 880頁 881頁 882頁 883頁 884頁 885頁 886頁 887頁 888頁 889頁 890頁 891頁 892頁 893頁 894頁 895頁 896頁 897頁 898頁 899頁 900頁 901頁 902頁 903頁 904頁 905頁 906頁 907頁 908頁 909頁 910頁 911頁 912頁 913頁 914頁 915頁 916頁 917頁 918頁 919頁 920頁 921頁 922頁 923頁 924頁 925頁 926頁 927頁 928頁 929頁 930頁 931頁 932頁 933頁 934頁 935頁 936頁 937頁 938頁 939頁 940頁 941頁 942頁 943頁 944頁 945頁 946頁 947頁 948頁 949頁 950頁 951頁 952頁 953頁 954頁 955頁 956頁 957頁 958頁 959頁 960頁 961頁 962頁 963頁 964頁 965頁 966頁 967頁 968頁 969頁 970頁 971頁 972頁 973頁 974頁 975頁 976頁 977頁 978頁 979頁 980頁 981頁 982頁 983頁 984頁 985頁 986頁 987頁 988頁 989頁 990頁 991頁 992頁 993頁 994頁 995頁 996頁 997頁 998頁 999頁 1000頁

例との関係に於いての条例優先理論と、条例と条例との関係に於いての条例理論とを二つの側面がある。勝田前掲「高揚と洒落」一四〇頁、注(36)参照。

(37) この問題については、さへも勝田前掲「ラントハ法学者」を参照し、同前掲「高揚と洒落」の優りたる論文がある。なかんずくマックス・ヴェーバー著・中野訳「ドイツの法制史概論」四四一―四四二頁。マクローバー著・鈴木訳「近代法史概論」一三二―一三三頁も参照。

(38) なお、条例問題については二人の専門家 Albertus de Gandino と Albertus de Rosate の二つの著述を、Albertus de Gandino 著 Questions statutorum の第一節と著す「Qui statuta facere possunt」及び Rosate の Comment. de statutis の第三節と著す「Qui possunt facere statuta」をそれぞれ条例制定権の問題を問うた後、条例制定権の問題を論じている。Rosate の「ラントハ法学者」Camillo Gallini 著「諸条例の論議及び区別」のなかで、著者は《Omnes populi》法学者の「諸法制定権を行使したるべき」に對して「その権限は Rosate の《Verborum significatione, Venetis, 1582, lib. VIII, cap. 1: Giuseppe Ermini, Jus commune et Utrunque ius. Excerptum ex Actis Congressus Iuridici Internationalis Romae, 12-17 Novembris 1934, vol. II, Romae, 1935, p. 29, n. 52》。

(39) Cfr. Karl Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, Berlin, 1909; Egon Lorenz, Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jahrhunderts, Köln-Gratz, 1965.

(40) マクローバー著「ラントハ法史」(Storia del diritto italiano) 卷四「公法」(Diritto commune) の第一章「条例制定権」(条例制定権)「Dottrina [Teoria] degli statuti」を参照せよ。中野「条例制定権問題と条例制定権の歴史」を参照せよ。Cfr. Calasso, Lezioni di storia del diritto italiano, Le fonti del diritto, Milano, 1946, pp. 333 s.; Id., Introduzione, cit., pp. 60 ss.; Id., Medio evo, cit., pp. 493 ss.

(41) 右の諸著「ラントハ」Calasso, I glossatori e la teoria della sovranità, 3a ed., Milano, 1957, p. 24, n. 31; Id., Medio evo, cit., pp. 4-34; Id., Introduzione, cit., passim; Id., Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale, n. rist. della 2a ed., Milano, 1965, pp. 1940; Id., L'insegnamento del diritto commune (Lettera aperta al prof. G. Del Vecchio Direttore dell'«Archivio Giuridico»): Annali di storia del diritto, IX (1965), pp. 5-13; Bruno Paradisi, Apologia della storia giuridica, Bologna, 1973, passim, spec. pp. 168-172, 405-412 及び本編「ラントハ」(1)「法史の回顧」四―一四頁を参照せよ。

(42) Calasso, Medio evo, cit., p. 410; Id., Introduzione, cit., p. 66. Cfr. Id., Gli ordinamenti, cit., spec. pp. 19-39. この「法史概論」(法史)は、Santi Romano, L'ordinamento giuridico, rist. della 2a ed. (Firenze, 1951), Firenze, 1967; Id., v. Autonomia: Id., Frammenti di un dizionario giuridico, rist., Milano, 1953, pp. 14-30; Id., Principii di diritto costituzionale generale, rist. della 2a ed., Milano, 1947, pp. 55-59, 96-99 を参照せよ。また、Rosario Romano 著「法史の展望」を参照せよ。Cfr. Sergio Cotta, Prospettive di filosofia del diritto, 2a ed., Torino, 1974, pp. 45-52. Romano 著「法史の展望」(teoria istituzionale)の著者は、彼の論議をこの必要とする次のように述べている。規範(norma)は、その社会(società)の組織(organ-

izzazione) なりしは構造 (struttura) であり、その社会のなかで発展する法は、その社会を統一体 (unita) すなわち自らのために存在する団体 (ente) として構成する。換言すれば、法は制度 (istituzione) なのである。ここで制度とは、客観的かつ具体的で、そして外的かつ可視的な存在を有するすべての社会的存在なりしは団体のことである。法は、ある組織、すなわちなんらかの方法で組織された社会を離れては存在し得ない。いわば、法規範は、まさにこのような組織によつて生産され、力を付与されるのである。Romano は、このように法と制度とを同一視することによつて、法的組織 (ordinamenti giuridici) の複数性という概念を導き出す。すなわち、もし組織が法を作るすれば、組織されたあらゆる団体は、それ自体として法的なのであり、従つて、法はただ一箇しか存在しなごのではなく、制度と同じだけの法が存在するわけである。彼は、このような前提の下に、中世においては、社会が多数のかが相異なつた共同体 (communitas) しかもしばしば、各々が独立した、ないしは相互の結びつきがきわめて弱かつた共同体に分裂してあり、従つて、この社会の構成そのものこととしては、法的組織の複数性という現象が、無視できないような形で立ち現われなければならないかつたこと述べた (Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit.)。この Romano の構想を、ちよびに拡大、発展させようとしたのが Calasso であつた。なお、Calasso を基礎として注目すべき効果をあげようとするのが、cf. Salvatore Romano, *Ordinamenti giuridici privati (appunti)*, Milano, 1955, (Estratto dalla Rivista trimestrale di diritto pubblico), また、制度理論の概要とその文献について、ホヤ・モンペルト「法哲学入門」、成文堂、昭和五〇年、三三三—三三七頁を参照。

(38) Calasso, *Medio evo*, cit., p. 470; Id., *Introduzione*, cit., p. 117. しかし、この法源の複数性という命題は一般的かつ形式的なアウトラインを提示しているだけであり、このようなアウトラインは、すべてのパースペクティブを平均化してしまい、体系 (sistema) の緊張と矛盾とを合法性 (legalità) という唯一の旗印の下で解決してしまおうとする危険性をはらんでゐる。従つて、この現象は、諸法源が様々なレベルで様々なに交差してゐること注目しながら観察されなければならないであらう (Cfr. Georgia Alessi Palazzolo, *Furto e pena. Aspetti del dibattito nel tardo diritto comune: Quaderni forentini*, 2, Milano, 1973, p. 536, n. 2)。この意味で「普通法 ius commune と地域特別法 ius proprium との緊張関係」としてヨーロッパの近世、近代法史をとらえられなごか」といふ、最近勝田有恒教授が行なつた問題提起は、きわめて注目し得るものといえる。以下に多少長いが、教授の主張するところを引用してみよう。教授によれば、ius commune は、「なんらかの権威または権力によつて、領域的に相対的により広汎な地域において普遍的妥当性を主張する法を指す。他方、地域特別法は領域的に相対的により狭い地域において、それぞれ固有の妥当根拠によつてその限りでの有効性を主張する法である。……しかも、普通法と地域特別法との緊張関係は前者が後者を吸収して新たな普通法として普遍妥当性を主張してゆく場合もあれば、前者が後者を無視したまま放置するとか、意識的に圧殺するようなことも起る。それは普通法を設定する権力とそれが依拠する権威の、すなわちイムペリウムが保有する強制装置の規模によつて左右されるが、注意すべきは、普通法と地域特別法とは相対的なものであり、普通法の普遍妥当的効力を主張する地域的規模がとりわけ大きいときは、普通法の下に重層的に地域特別法が重なりあつてゐることである。また両者の関係には、相互依存の面と普通法が地域特別法の補充法 subsidiares Recht である面とがあり、立法において体系性が不十分であつた時代には、この両面が如実にあらわれてくる。中世から近代初頭においては、普通法は皇帝と法学者の権威によつてその普遍妥当性を主張した。一方、地域特別法はその古き伝統に基づき根強く既得権を主張する。近代的国家権力の上昇過程においては、普通法は国家権力の強制装置によつて一定範囲内における妥当性を賦与されるが、このでも固有の自発的な法の抵抗はより激しいものになつてゆく。国家権力により地域特別法を吸収しないし廃棄する過程が進行してゆくが、それが殆んど克服

されるのは、国民国家（近代的な国家アン・シヤタルト）による近代法体系の施行の段階である。しかしながら両者は相対のおよび相互流動の性格を元来具備してあり、ヨーロッパ史を貫く地方主義の根強き近代国家の合理主義への対抗関係は、そのその問題を未だに内包していることを考慮される（傍点筆者）（勝田前掲「高橋と凋落」、四一―五頁）。

(29) Cfr. Calasso, Gli ordinamenti, cit., pp. 117 s.; Id., Medio evo, cit., pp. 376 f.; Ugo Guazzini, Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale, 2ª ed., Milano, 1958, pp. 5-7, 81 ss.; De Vergottini, Il diritto pubblico italiano, cit., I, Milano, 1960, pp. 41 ss.; Giovanni Santini, I Comuni di valle del medioevo—La Costituzione Federale del Frignano (Dalle origini all'autonomia politica), Milano, 1960, pp. 199 s.; Umberto Santarelli, Osservazioni sulla «potestas statutendi» dei comuni nello Stato di Chiesa (a proposito di Const. Aeg. II, 19): Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata, n. s., II, Napoli, 1968, pp. 245 ss.

(35) Cfr. Pietro Costa, Iurisdicctio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433), Milano, 1969, p. 173. n.p. 法再生の初期以来「權力」の「立法」(Legislation)の問題の経緯が述べられて詳説される。ただし「*is quidem auctoritatem legis condendae habet qui potestatem precipiendi habet*」: Summa Trecensis, I, 14 De legis: ed. H. Fitting, Summa Codicis des Irnerius, Berlin, 1894, S. 16. この「命令的な者は必ずしも法律制定者である。従つてこの三論種は完全な法律制定者」(立法権は、単に立法の機能のみを行使する者である)との見方は、この「*is quidem auctoritatem legis condendae habet qui potestatem precipiendi habet*」(R. M. MacIver, The web of government, New York, 1948, p. 87)より「政治的司法を国家的に見る」元論の立場は、諸力(forze)の相互作用のメカニズムに着した基礎に従つて整理される(相互に作用する)諸力の多元論の立場はこの時代におよびられながら、Costa, Iurisdicctio, cit., pp. 68 s.)など、中世における主権の概念が持つべき、あく社会的な diritto pubblico italiano, cit., I, pp. 45 ss.; Paradisi, Il problema storico del diritto internazionale, Firenze, 1944, pp. 100 ss.

(38) Lamberto Pansolfi, La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana, Milano, 1970, p. 4.

(39) Paradisi, Apologia, cit., passim, spec. p. 253; Cfr. Id., La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza: Bartolo da Sassoferrato: studi e documenti per il VI centenario, vol. I, Milano, 1962, pp. 397 ss.

(40) Paolo Grossi, Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune, Milano, 1960, p. 23.

第一章 都市コムーネによる条例制定権の獲得

——コンスタンツの和約を中心として——

およそ一一世紀末から一二世紀初頭にかけて、神聖ローマ帝国領イタリアすなわちイタリア王国 (regnum Italiae) の大部分では、聖職叙任権問題をめぐる皇帝権と教皇権との長期にわたる抗争によつて、皇帝権の空白という現象が生じ、そこに新しい市民の政治的組織としての都市コムーネが形成された。この都市コムーネは、周知のように、自衛と権利取得のための市民の私的な誓約団体から出発し、自由にその統治者である複数のコンソレ (consul, console) を選出してコンソレ合議体による多元的な支配体制を確立し、公的かつ領域的な組織体へと変化すると同時に、それはまたコンタード征服を遂行してその支配権を拡大していった。<sup>(1)</sup> 都市コムーネは、皇帝Ⅱイタリア王の授封を通してその地域の最高の公的支配権である伯権 (comitatus) を保有していた伯 (comes) や司教 (episcopus) から、その都市域壁内における支配権を徐々に収奪してゆき、この上に自治的統治を行なつて事実上 (de facto) 彼らにとつて代つた。<sup>(2)</sup> このようにしてコンソレを中核とする都市コムーネは、「完全な裁判権 (裁判権)」 (iurisdictio plena)、『純正命令権』 (merum imperium) ないしは「純正・混合命令権」 (merum et mixtum imperium) と呼ばれていた都市コムーネの支配権を事実上自己の下に吸収していつたのである。<sup>(3)</sup> 従つて、都市は、それまで皇帝Ⅱイタリア王によつて伯や司教に対してなされた授封のなかに含まれていたかぎりでは皇帝権とはたんに間接的な関係にしかなくかつたが、伯や司教を排除するや、いまや皇帝権との直接的な従属関係に入ることとなつた。<sup>(4)</sup>

しかしながら、帝国が、都市コムーネをイタリア王国内の都市支配者としての伯や司教の正当な後継者として明示的に承認したことはかつてなかつたのであり、コムーネは、一般的に、慣習 (consuetudo) 原理の上に基礎づけられていたのである。つまり、コムーネは、聖職叙任権闘争のなかで皇帝の関心がイタリアから離れていた間隙をぬい、政治上、裁判上、財



政治上、軍事上、その他様々の諸権利を事実上収奪し自己のものとしていつたが、これらの慣習上の諸権利 (consuetudines) の上に都市支配権を基礎づけていたのである。しかし、都市コムーネは、皇帝から都市支配権の行使についての明示的な委任を受けることはできなかった。たしかにコムーネは、その形成以来、財政上、経済上の諸権利についての特許状ならびにコムーネの法的存在の黙示的承認を獲得することはできたが、都市支配権たる裁判権 (裁判権) (iurisdictio) を獲得することはできなかったのであり、従つて都市が行使する権力は、皇帝にとつては非合法なもの、すなわち皇帝による適法な授与を欠いたたんなる事実上の暴力としか映らなかつたのであつた。<sup>(5)</sup>

さてここで、一一五二年の皇帝フリードリッヒ一世バルバロッサ (Friedrich I Barbarossa) の登場は、帝国と都市コムーネとの関係に決定的な転換をもたらすこととなる。<sup>(6)</sup> 帝権の權威を再建し、都市とその領域を帝国の直接統治に服属させようとしたフリードリッヒにとつては、都市の長い間にわたる慣習上の諸権利の行使は、もつぱらイタリア王としての皇帝に帰属すべき諸権利、諸権力、つまりレガリア (国王の諸権利) (regalia) の不当な収奪として映つたのであり、従つて、封建国家体制のなかで都市によつて収奪されたレガリア (これらはいくまでも iura regalia = 国王の諸権利であつて、iura imperialia = 皇帝の諸権利ではない) を完全に回復させる必要があつた。ここに、フリードリッヒ一世をもつてはじめて、レガリア、とりわけ裁判権の組織的な返還請求が都市に対して開始されるのであり、公権力の封建化という概念がここで明確化するのである。<sup>(10)</sup>

フリードリッヒ一世は、一一五八年一月のロンカリア国会 (Curia Roncaliae) において、レガリア、とくに裁判権を奪還することに成功する。すなわち、彼は、「レガリア規定」(Definitio regaliū) <sup>(11)</sup> において、財政上の諸権利、および「裁判を行なうための裁判官の任命権」(potestas constituendorum magistratum ad iustitiam expediendam) に表わされる司法上の諸権利とから成るレガリアについてのカタログを掲げ、それらの諸権利はすべて、皇帝＝イタリア王に帰属すべきものである<sup>(13)</sup> とし、また、最近イタリアの法制史家コロルニ (Vittore Corolmi) の発見したいわゆる「知られざりし三つの法律」<sup>(14)</sup> において

次のことを確認した。すなわち、Lex Omnis iurisdictio により、すべての「裁判権および執行権」(iurisdictio et districtus) は皇帝に帰属するのであつて、すべての「裁判官」(iudices) は皇帝からその「職務」(administratio) を受け取り、法の定めるところに従つて「宣誓」(iuramentum) をしなければならぬと定めるが、ここでは、裁判官とは最高の役人としての伯や都市のコンソレを意味し、彼らの行なう宣誓は役人宣誓であつて、彼らはその職務を封建法によつて (iure feudi) ではなく職務法によつて (iure officii) 受け取るという原理が示され、ここに支配権がもつばら皇帝にのみ帰属すること、すなわち「すべての権力は国王より」(omnis potestas a principe) によつて表現される皇帝の政治上の至上権を確認し、Lex Palacia et pretoria により、皇帝は自己の好む所に宮廷および本営を設営できると定めて軍事上の至上権を確認し、なら Lex Tributum により、租税徴収について定めて財政上の至上権を確認した。<sup>(15)</sup> ならにまた、「平和令」(Constitutio pacis) においては、自有地 (allodium) における裁判権および執行権が皇帝の手に留保されることが定められたが、<sup>(16)</sup> ここにおいては支配の普遍的觀念が意識されているのである。

このように、ロンカリア立法をもつて、皇帝フリードリヒ一世は、皇帝權威を再確認し、形の上では国王に帰属すべき権利のすべて、すなわちレガリアとりわけ裁判権の奪還に成功したのであつたが、これは、裏返せば皇帝による都市コミュニネの自治的統治の否定、つまり都市がそれまでに築き上げてきた様々の慣習上の諸権利の否定に他ならなかつた。しかし、都市自治は、この皇帝による都市自治の否定を許さないほどに進み強化されていた。<sup>(17)</sup> ここに、一般的にいって、都市コミュニネと帝国との間の、都市コミュニネの側における慣習上の諸権利 (consuetudines) と帝国の側におけるレガリア (regalia) とくに裁判権 (iurisdictio) をかけてのいわば権利のための闘争の歴史が展開されることとなつたのである。<sup>(18)</sup>

一一六七年、北中部イタリアの都市コミュニネは、ロンバルディア都市同盟 (Societas Lombardorum) <sup>(19)</sup> を結成したが、一一七七年のフェララにおけるロンバルディア同盟諸都市の誓約のなかに確認されるように、この都市同盟は、皇帝の至上

権の否定や皇帝からの完全な独立を意図したのではなく、彼らが祖先からの遺産として受け継いできたところの伯領(*comitatus*)全体に対して支配権を行使できる「自由」(*libertas*)を、皇帝による侵害から防衛するための抵抗を試みたのであり、至上権者(*superior*)たる皇帝の恩恵(*gratia*)によるその「自由」の再確認を求めて戦つたのである。<sup>(21)</sup>このロンバルディア都市同盟と皇帝フリードリッヒ一世との抗争は、一一七六年のレニアーノにおける皇帝軍の敗北を契機として、一一八三年六月に和平の協約が締結され、約三〇年にわたる戦いの幕を閉じたのであつた。

ところで、ロンバルディア同盟諸都市は、皇帝フリードリッヒ一世に対して、最初は、裁判権(*iurisdictio*)の自治的行使の承認を求めて戦つたのである。<sup>(22)</sup>一一六八年のローディでの決議文によつて、同盟を構成する諸都市(*socii*)は、その相互の裁判権を制限し、さらにコミュニネの市民の多数の決定によらないかぎり、皇帝への上訴の有効性を認めないことを決定した。<sup>(23)</sup>都市にとつて裁判権の獲得が条例制定権のそれよりも急務であつたということは、この時代には、きわめて広範な慣習法という遺産を、裁判官がその裁判活動においてすでに十分有効に利用し得たからに他ならない。<sup>(24)</sup>一一六九年のロンバルディア都市同盟の代表者であるレットーレ(*rector, rettore*)たちの誓約文のなかでは、レットーレは、加盟都市間の争いについては、訴のなされた日から起算して一五日以内に「理性」すなわち法の一般的な諸原理<sup>(25)</sup>、あるいはよき慣習、あるいは諸都市のレットーレたちの多数によつて定められたところのものに従つて<sup>(26)</sup>、(*secundum rationem vel bonum usum vel secundum quod a maiori parte rectorum civitatum constitutum fuerit*)<sup>(27)</sup>裁判することが定められ、ここにはじめて都市コミュニネの立法権すなわち条例制定権が明確にされたのであり、さらにこれが一一七六年のレットーレの誓約文のなかでも再確認されていることは注目に値するといえよう。このようにロンバルディア同盟は、法人として、直接的には主権的権力として明確に認識され、その代表者であるレットーレたちは、このような権力を行使するに至るのである。<sup>(28)</sup>しかし、この条例制定権の具体化の問題、すなわち都市の制定した法規の有効性を承認するように求めるのは、一一八三年になつてからのことであ

る。この一一八三年までは都市の制定した条例に関する言及はないのであつて、都市の要求は常にもつぱら慣習上の諸権利に限定されていたのである。<sup>(29)</sup> このことは、たとえば一一七五年のロンバルディーア同盟側の皇帝に対する要求のなかでも示されている。すなわち、同盟側の要求は、都市コムーネのコンソレ体制が「慣習に従つて」(more solito) 都市において維持されること、そしてこのコンソレ裁判機関が行政活動のみならず裁判活動をも有効になし得ること、従つてコンソレのなした判決が皇帝によつて再確認され得ることのみにとどまつていた。<sup>(30)</sup> それ故、この要求は、当時コムーネが事実上裁判権を行使していたにもかかわらず、コンソレによる裁判権の行使が完全に合法的なものであるといまだ確信するに至つていないことを示すものである。さらに封に關し皇帝と都市コムーネとの間に争いが生じたときは、「都市および地方の諸慣行および諸慣習に従つて」(secundum mores et consuetudines civitatis et loci)<sup>(31)</sup> 裁判すべきことを要求しているが、これは、まさしく完全な「裁判自治」の要求と考えられる。<sup>(32)</sup>

しかし、このようなコムーネの態度は、一一八三年へと向けて著しく変化する。各都市コムーネの内部では自治組織の確立と支配の強化がはかられ、そこに支配権の行使のための基準となるべき法が必要とされるに至つたが、実際、一一七〇年のミラノの例に見られるように、<sup>(33)</sup> コムーネは、事実上、条例制定権を行使して条例を制定し始めた。<sup>(34)</sup> こうしたなかで、条例制定権 (ius statuendi) が、長い間にわたつて事実上行使されてきた裁判権 (ius iudicandi) と論理的に結合し、そしてそれに統合されることとなつたのである。<sup>(35)</sup> 一一八三年三月から五月にかけての同盟側のレットローレたちの提案した和平条件は、この新しい現実の証明であつた。この提案において同盟諸都市は、コンソレによる裁判自治の要求の強化をはかる一方で、コンソレの面前で「諸都市によつて定められるであろうまたは定められるところのものに従つて」(secundum quod a civitatibus statutum erit vel fuerit)<sup>(36)</sup> すなわち都市の条例に従つて裁判が行なわれるべきことをはじめて要求した。ここにコムーネ自治の概念は構造的に拡張されるに至つたのである。<sup>(37)</sup> コムーネはいまや自己の法による裁判を確認する。そしてコムーネは、

コムーネ自身によつて承認されかつ承認されるであらう法にのみ効力が付与されるべきことを要求するようになる。

皇帝フリードリッヒ一世は、このような同盟側の自治のための諸要求は、皇帝の權威をあまりにも失墜させる危険性を有するものであるとして、それらを実質的な意味において抑制しようと努めた。従つて、皇帝は、一一八三年三月から五月にかけての同盟側の提案に対する返答のなかでも、この提案を無視し、コムーネのコンソレは皇帝による叙任 (*investitura*) を受くべきことを再確認し、上訴に関しては「法によりそして諸法律に従つて」 (*de iure et secundum leges*)<sup>(38)</sup> なされた裁判の効力のみを認めるといふ従来からの原則を繰り返すにすぎなかつたのである。たしかに皇帝バルボロッサは、コンスタンツの和約に先立つて同盟側の要求に少なくとも一部は譲歩せざるを得なかつた。すなわち、一一八三年の和平のための予備条件において、訴額が二五リブラを超える事件については皇帝の代理人である「使者」 (*nuntius*) に上訴でき、しかもその使者は、 *secundum leges et mores illius civitatis*<sup>(39)</sup> 裁判しなければならぬという新しい可能性が開かれたのであつた。この時代にはすでに、レットーレたちが第一審ならびに上訴審についての裁判権を収奪し、事実上これを行使していたのであつたが、このような現実を前にして皇帝バルボロッサはここで、いかなる争いであれ、その上訴事件についてはドイツの皇帝に提起すべきであるといふ、いまやその実質的内容を欠いてしまつた制度を修正しようと試みたのであろう。しかし、バルボロッサは、すべての審級において「諸都市によつて定められるであらうまたは定められるところのものに従つて」<sup>(40)</sup> 裁判することができるよう求めた一一八三年三月から五月にかけての同盟側の提案については、これを拒否したのであつた。

一一八三年六月二五日、皇帝フリードリッヒ一世バルボロッサとロンバルディア都市同盟は、コンスタンツにおいて和約 (*Pax Constantiensis*) を締結したが、フリードリッヒ一世は、このコンスタンツの和約においてヴェルチェッリ、ノヴァラ、ミラノ、ローディ、ベルガモ、ブレシア、マントヴァ、ヴェローナ、ヴィチエンツァ、パドヴァ、トレヴィーゾ、ポロニア、モデナ、ファエンツァ、レッジオ、パルマ、ピアチェンツァの同盟諸都市<sup>(41)</sup> に対してばかりでなく、パヴィア、クレ

モナ、コモ、トルトナ、アステイ、アレッサンドリア (後のチエザーレア)、ジェノヴァ、アルバその他の皇帝派の諸都市に對しても特権を付与したのであつた。このコンスタンツの和約は、形式的には、伝統的な形式に従つた皇帝の慈悲深い一方的な承認ないしは許与として現われる。このことは、和約前文が皇帝フリードリッヒ一世とその子の国王ハインリッヒは「慈悲深い心をもつて」「平和を……許与する」<sup>(43)</sup>とか、第三六条が「余の恩恵を施す」<sup>(44)</sup>とか、さらには第一条が「余、および余の子……は、汝ら同盟の諸都市、諸領域および人々に……を許与する」<sup>(45)</sup>とか定めていること、さらにまた皇帝バルバロッサがこの和約を「皇帝の特許状」(Privilegium imperatoris) と呼ぼうとしたこと等から明らかである。しかしこの和約は、ロンカリア立法、およびその後三〇年にわたる皇帝と同盟との闘争のなかでとられた皇帝の同盟側に対する処罰的措置すべてが、これによつて完全に断念されたという意味において、實質的には、二つの対等者間の合意に基づいて宣誓された条約であつた。<sup>(47)</sup>

さて、皇帝フリードリッヒ一世は、和約第一条において、レガリア、すなわち広く行政上、財政上の諸権利を付与する。<sup>(48)</sup>第一条は、「余、ローマ国民の皇帝フリードリッヒと余の子、ローマ国民の国王ハインリッヒは、汝ら同盟の諸都市、諸領域および人々 (civitates loci et personae) に対して、すなわち、ヴェローナおよびその城および市外に、ならびに同盟のその他の諸都市、諸領域および人々に、永久に (in perpetuum) 都市の内および外におけるレガリアと汝らの慣習 (上の諸権利) (regalia et consuetudines vestrae) とを許与する (concedere)。すなわち、汝らが、これまで有してきたまたは有しているように、その都市内においてすべてのものを有するということ。さらに、汝らが、古くから (ab antiquo) 行使してきたまたは行使しているすべての慣習 (上の諸権利) を、余の反対なしに都市外において行使すること。すなわち、汝らが、古くから使用してきたまたは使用しているように、遠征抛出金、森林、牧場、橋、水および水車小屋について、また、軍隊の編制、諸都市の築城、都市内外における刑事ならびに金銭についての裁判権 (iurisdictio tam in criminalibus causis quam

in pecuniariis)、そして諸都市の利益に属する他のすべてのものについて」と定める。<sup>(49)</sup>この第一条は、同盟諸都市に対して、レガリアと諸都市の慣習上の諸権利とを永久に許与したのであるが、ここで皇帝バルバロッサの許与した慣習上の諸権利とは、法的には *iura reservata maiestatis* <sup>(50)</sup>として皇帝に留保された諸権利すなわち都市が租税徴収、貨幣鑄造、軍隊編制、築城等を通して行使してきたところの公的諸権力である。<sup>(51)</sup>これらの公的諸権力は、純粹に行政的、財政的な性質を有するものであつた。さらに、刑事事件および金銭事件つまり民事事件に関する裁判権が承認されたが、たとえそれが罰金の徴収や財産の没収等に由来する諸利益を引き出すものにすぎなかつたとしても、これは同盟諸都市に対してその城壁の内外で裁判権を行使する権利を付与したものと考えられる。<sup>(52)</sup>そして最後に、通常行使されるころの他のすべての活動を行なうことを一般的に許与したのであつた。この第一条により同盟諸都市に許与されたレガリアに関して争いが生じた場合について、第二条は、「余は、余によつて許与されていないレガリアが、次のような方法によつて承認されることを欲する。その地域の司教 (episcopus loci) およびその都市ならびに司教区の人々 (homines tam de civitate quam de episcopatu) すなわち、それは、よき評判 (bona opinio) をもちそしてこのことに適當だ (idonei) と考えられ、その都市に対してもまた皇帝たる余に対しても私的なとして特別の憎しみをもたない人々 (viri) が選出されるであらう。彼らは、誠実に (bona fide) かつ悪意なしに (sine fraude) 調査し、そしてとくに余に属すると考えられるところのものを余に引き渡すことを誓約するであらう」と定めて、いかなる権利が皇帝に帰属するかに関する争いを、公平な人々 (viri bonae opinionis et idonei) の手に委ねる<sup>(53)</sup>。そして第四条においては、「さらに、ある者が、あるいは都市内においてあるいは都市外において、余が許与し (concedere) として許可した (permittere) ことについて、余の下に異議 (querimonia) を申し立てたとしても、余は、その者の異議を認めないであらうしそしてその者に沈黙を課するであらう」と定め、皇帝が許与したものに關する争いを帝國の裁判権をもつて解決することを拒否したのであつた。<sup>(54)</sup>こうして皇帝は、諸都市がいまや、かつて皇帝に帰属していた諸権利の所有者

となり、また皇帝に対して同一の条件で訴訟当事者として認められたかぎりで、この争いについて自己の判断を強制することがもはや不可能となつた。<sup>(58)</sup> 以上によつて、皇帝に帰属していた行政上の諸権利はすべて、同盟諸都市に許与されることとなり、ここに都市コムローネは、これらの諸権利を適法に行使することができることとなつた。すなわち、同盟諸都市コムローネに広範な「行政自治」が確認されたのである。

ところで行政上、財政上の諸権利の確認は、多分に現実の政治情況によつて左右されるものであるから、これらが確認されたからといつて、それによつて皇帝権が決定的な打撃を被り、かくてコムローネ自治の確立が決定づけられるものとはなり得なかつた。しかし、これに対して、裁判権と立法権すなわち条例制定権の承認は、皇帝にとつてはきわめて危険なものとなる可能性があつた。実際、都市コムローネの存在に関する本質的な問題は、いつたい、いかなる者が裁判権を有するのか、さらに裁判権の行使にあつては、いかなる法が適用されるべきかという問題を軸にして展開したのであつた。<sup>(59)</sup> 従つて、この問題の検討こそが、コンスタンツの和約の歴史的評価に際して、もつとも基本的な鍵となるべきものである。

コンスタンツの和約において、裁判権 (iurisdictio) の問題を正面から取り上げた最初の規定は、第一〇条の上訴 (appellatio) についての規定である。ここでは、「上訴 (appellationes) の事件において、もし二五帝國リブラの金額を超える場合には、上訴におけるブレシアの教会の権利と諸慣習を留保して、しかしながらドイツに赴くことを強いられないという条件で、余に上訴がなされるべきである。しかし、上訴そのものについて知つており、また訴がなされた日から、すなわち正当な障碍 (impedimentum) または当事者双方の合意 (consensus) による場合を除いて、その上訴を受理したときから二カ月以内に secundum mores et leges illius civitatis (その都市の諸慣習および諸法律に従つて) 誠実にその事件を審問しかつ決定するであらうことを誓約するところの余の使者 (nuntius) を、余はその都市またはその司教区内にもつであらう」と規定されている。すなわち、二五リブラを超える訴額の事件については、皇帝すなわち「皇帝の法廷」(aula imperialis)<sup>(60)</sup> に上訴がな



されるべきであるか、但しわざわざドイツにまで赴く必要はなく、各都市または各司教区に配置される皇帝の代理人である使者に上訴がなされればよい。そして、この使者は、上訴がなされた日から起算して二カ月以内に *secundum mores et leges illius civitatis* その上訴事件を解決するといっているのである。

しかしこの和約には、第一審裁判権についての明確な規定がない。和約以前の他の皇帝勅法も、都市にこのような権利を明確に許与してはいないから、ここでは、いつたいいかなる者が裁判権を行使する権限を有するのか、さらにその者はいかなる法に基づいて裁判するのかに関しては明らかではない。しかし、和約第一条において同盟諸都市に対しレガリアが許与されたが、このレガリアには上記一五八年のロンカリア国会の「レガリア規定」におけると同様に、「裁判を行なうための裁判官の任命権」<sup>(62)</sup>が含まれていると考えられること、そして皇帝は刑事ならびに民事の裁判権を各都市が行使することを承認したことから、この後者がたとえ罰金およびその他の租税徴収権を意味するにすぎないものであつたとしても、裁判権 (*iurisdictio*) ないしは純正・混合命令権 (*merum et mixtum imperium*) がいまや都市の裁判官の手に委ねられたことは明らかであつた。<sup>(63)</sup> 皇帝バルバロッサは、ムーネのコンソレ体制を承認すること、さらに各ムーネが時効取得したすべての公的な諸権利を承認することによつて、ムーネの裁判官により適用される自治的な実体法の存在を争うことなく裁判権を承認した。<sup>(64)</sup> 従つて、コンスタンツの和約において第一審裁判権と二五リブラ以下の上訴裁判権が、暗黙的に了解され合法化されるに至つたのであつた。このことは、一二二六年の「ミラノ慣習法書」(*Liber Consuetudinum Mediolani*) が、この和約において皇帝フリードリッヒ一世がミラノおよびその他のロンバルディアの諸都市に対し「完全な裁判権」(*iurisdictio plena*) を許与した旨を記していることから窺われるであらう。<sup>(65)</sup>

次に、皇帝の使者がいかなる法に基づいて上訴事件を裁判すべきかに関しては規定がある。すなわち、皇帝の使者は *mores et leges illius civitatis* を遵守しなければならぬ。しかしここで用いられている *leges* という言葉については、その意

味をめぐつて学説上大いに争われている。mores→leges というこの順序は、この和約のテキストの四名の編纂者 (Muratori, Pertz, Weiland, Manaresi) が一致して採用するところであるが、若干の写本は、逆に、leges→mores という順序を採用しており、ここに大きな問題が生ずるのである。カラッソは、皇帝の使者は、諸法律 (leges) およびその都市の諸慣習 (mores ipsius civitatis) に従つて裁判しなければならなかつたのであり、ここで「mores とは、まさしく地方慣習法のことであつて、この mores は、明らかに leges すなわち卓越した帝国の諸法律、つまりローマ法および皇帝勅法に後置されるものである」と主張した。このカラッソの見解は、一見して中世世界の政治的、法的な情況にもつとも妥当しかつとも論理的であるかに見える。しかし史料の吟味からは別の結論が導かれるように思われる。ところでここでは、mores をもつて都市の諸慣習を示そうとし、さらに市民の法意識の眞の表明として、市民のなかで自生しその完全な生命力を維持してきた慣習という遺産の遵守を皇帝およびその使者に義務づけようとしたことは明確である<sup>(68)</sup>。

従つてここで明らかにすべきは、leges の意味である。多数意見は、上記四名の編纂者の一致した見解に基づいて illius civitatis という限定は、mores にかからぬから、必然的に leges にもかからねばならないとし、このことから、この leges は都市の諸法律つまり条例を意味すると考える<sup>(70)</sup>。ところで釈義の見地からすれば、この時代、都市ローマと帝国との関係に関する史料から判断するかぎりでは、皇帝法を表わすのに皇帝バルバロッサは、たんに leges という言葉だけを用いるのではなく、通常これに所有格の nostrae という言葉を付加する<sup>(71)</sup>か、constitutiones という言葉をもつてこれにかえたりする<sup>(72)</sup>のであり、さらに leges という言葉によつて皇帝法を表わそうとするときには、疑いを起こさせるような表現方法を避けて<sup>(74)</sup>いる。また、皇帝バルバロッサの法的な活動に関する史料のなかでは、ローマ法ではなく文字通りの意味での一般的な法律を意味する lex という言葉が用いられる例があるし、都市条例においても leges と ius とが条例の意味で用いられる場合が見られる<sup>(73)</sup>。そしてさらに、皇帝バルバロッサに対するロンバルディア同盟の要求にもまたそれに対する皇帝の返

答にも、ローマ法または皇帝法について言及した箇所は見当たらない。<sup>(77)</sup>ところでこの和約には第一〇条と類似した規定が二つある。一つは第二〇条である。同盟側は、皇帝に対しコンソレまたはレットーレたちのなした民事、刑事の判決のすべてを再確認するよう要求したが、これに対して皇帝は、この第二〇条で「法により」<sup>(78)</sup> *(de iure)* として「諸法律と諸慣習に従つて」<sup>(79)</sup> *(secundum leges et consuetudines)* なされた判決すべてを有効なものとして確認した。それにもかかわらず、ここにおいても皇帝は、同盟のレットーレたちがすでに条例制定権をも僭称していたことを知りながら、この *Leges* の意味を明確にはしなかつた。しかしこの *Leges* は、おそらく各都市によつて成文化された特有法 (*ius proprium civitatis*) すなわち条例を意味したものと考えられる。<sup>(80)</sup> もう一つの規定である第二四条も、*ius et consuetudo alicuius civitatis Societatis* (同盟都市の権利と慣習上の権利) はいかなる損害も被つてはならないと規定するが、ここで用いられている *ius* は、客観的な法を意味するのではなく主観的な権利を意味するものであるとしても、この *ius* が、都市の特有法 (*ius proprium*) すなわち条例を暗示する言葉であるといふことはいえるであらう。<sup>(82)</sup> *Leges* の意味を明確にするためには、さらに、コンスタンツの和約を、都市コミュニネ自治の確立化という歴史的な流れのなかで評価することが必要である。すなわち、もし皇帝バルボロッサがその使者に都市の諸慣習 (*mores*) の遵守のみを義務づけるならば、皇帝バルボロッサは、この約三〇年にわたる同盟諸都市の自治運動をまつたく無視することになつてしまふだらう。たしかに、この和約においては「都市条例」 (*statuta civitatis*) とか「都市法」 (*leges municipales*) とかいう表現がどこにも用いられてはいない。しかしこれには理由がある。と

いうのは、このような表現を用いることは、結局、都市の条例制定権を確定的に承認してしまふことになりかねなかつたからである。上述のように、皇帝は、同盟諸都市のレットーレたちの「諸都市によつて定められるであろうまたは定められるところのものに従つて」裁判できるようにとの要求も無視してしまつたのであつたが、それは、もし皇帝がこれを承認すれば、最初から将来における都市の立法活動のすべてを合法性の枠内に組み込んでしまい、かくして完全な条例制定権を都市

に認めてしまうことになるのは明らかだったからである。従つて皇帝バルバロッサは、「条例」(statuta) という言葉は用いずに、一般的な「諸法律」(leges) という言葉を用いることによつて都市コムーネの将来における条例制定権を承認することなく、諸都市コムーネがコンスタンツの和約の時までに制定してきた諸法規すなわち条例についてのみ承認を与えようとしたものと考えられる。<sup>(83)</sup>

これまで述べたことすべてから、和約第一〇条は、皇帝の使者は、各都市の生きた諸慣習と成文化された諸法律である条例とに従つて裁判しなければならないという意味に解されるべきであろう。もしこのように理解しなければ、コンスタンツの和約での同盟諸都市の獲得物は、事実上まったく無に帰してしまふであろうし、また、このように解することによつてはじめて、古い史料においては、leges と mores との順序になんらの注意も払われることなく、leges et mores と mores et leges という二つの表現が、なぜ無頓着に用いられていたのかが理解され得るのである。<sup>(84)</sup> この和約第一〇条について、当時の法学者がどのように考えていたかについては明らかではないが、後の法学者が、このコンスタンツの和約についての注釈において、leges とは propria statuta すなわち条例であると解していることはきわめて興味深い。<sup>(85)</sup>

以上述べたように、皇帝バルバロッサは、都市コムーネの諸慣習および諸法律すべてについて承認を与えた。但し、leges をもつて都市コムーネの自治立法権すなわち条例制定権を承認したのではなく、コンスタンツの和約の時までに各都市コムーネが制定していた条例その他の自治立法について承認を与えたにすぎないのである。<sup>(87)</sup> しかしながら、この leges のなかには、各都市コムーネの間ですでに了解されていた条例制定権の秘められた意志を読みとることができらるであろう。<sup>(88)</sup>

都市コムーネにはコンスタンツの和約によつてすべての段階における裁判権が付与されたものではあつたが、都市の条例制定権については明白な承認が与えられたわけではなかつた。従つて、この和約は拡張的な解釈を受ける運命を担わなければならなかつたのである。各都市コムーネにとつて、条例制定権は、なお将来において正当化され確定されるべき課題という

段階にとどまるが、条例制定権についての和約のこの沈黙は、はたして意識の転換をもたらすことになつた。すなわち、皇帝バルバロッサが裁判活動として承認した裁判権 (iurisdictio) には、条例制定権を行使する自由も含まれると、ただちに受けとめられたのである<sup>(89)</sup>。かくて、後の法学者が、この和約の注釈において、「条例を制定することは裁判権に属することである」(facere statuta sit iurisdictio)<sup>(90)</sup>と述べて裁判権を都市の条例制定権の根拠と考え、また、すでにこの和約以前から始められていた都市の条例編纂作業が、この和約を契機としてさらにますます活発化していつたのであつた<sup>(91)</sup>。都市において、慣習法は、日常の法実務の要請により、また市民間の合意により徐々に自生的に形成された。このようにして形成された慣習法の成文化は、イタリアでは早く、およそ一〇世紀、確実には一一世紀にすでに始まつている<sup>(92)</sup>。そのもつとも古いものは、九五八年頃から始まつたと考えられるジェノヴァの慣習法<sup>(93)</sup>で、このような慣習法の形成過程は、都市コミュニネ形成への序曲であるといえるが、慣習法の編纂作業が本格化したのは、疑いもなく一二世紀になつてからである<sup>(94)</sup>。この慣習法にはローマ法、カノン法、ゲルマン法等に由来する様々な要素が混入しているという事実とは別に、これら慣習法は都市自治の刻印を戴いており、都市はそれを「特有法」(ius proprium)と表現したといわれる<sup>(95)</sup>。このような慣習法の形成、発展のなかで、コンスタンツの和約による条例制定権の獲得という意識は、慣習法の成文化にさらに拍車をかけるという役割を演じた。そして、とりわけ一二四九年における皇帝フリードリッヒ二世のフォッサルタでの敗北によつて象徴される一三世紀前半における都市コミュニネ自治の決定的な確立は、条例制定権の獲得という意識をより確実なものとし、その政治的な力を背景として、ここに慣習法が成文化され、さらに真の意味での条例が制定されることとなつたのである<sup>(96)</sup>。一三世紀の法学者オドフレードゥス (Odofredus) も、当時「多くの地域において」「不文法」(ius non scriptum)といわれる「慣習法」(consuetudo)が、「後に記憶に留めおくために成文化された」ことを伝えている<sup>(97)</sup>。各都市はコンスタンツの和約によつて「立法自治」をも確立したといわれるのも、実は、以上のような理由によるのである<sup>(98)</sup>。

ところで、コンスタンツの和約において皇帝バルバロッサは、実に多くのものを失いはしたが、コンソレ叙任権および上訴裁判権等に象徴される皇帝の至上権だけは確保することができた。ここでとりわけ重要なものは、コンソレの皇帝により叙任を受ける義務である。皇帝と都市のコンソレとの関係について、和約第八条は、「司教 (episcopus) が皇帝または国王の特許状 (privilegium) による伯権 (comitatus) を有する都市 (civitas) においては、もしコンソレ (consules) がその司教からコンソレ職 (consulatus) を受けるのが常であるならば、その慣習を継続する。異なる場合には、各都市は、余からコンソレ職を受けるであろう。そして、個々の都市においてコンソレが設置されることに、都市または司教区に在任するであろう余の使者から叙任 (investitura) を受けるであろう。これは五年間有効である。この五年を満了したときは、各都市は、余による叙任を受けるために使者を派遣すべきであり、そして、将来においては同様に、すなわち、各々の五年を満了することに、余、または五年後に余がロンバルディアにいないときは余の使者によつて叙任を受けるといふように。なぜならば、その際に余から叙任を受けるべきであるから。同様にして、これは、余の後継者において遵守されるべきである。そしていかなる叙任も無償でなされるべきである」<sup>(99)</sup>と定め、続いて和約第九条は、「しかし、皇帝たる余が、神に召されて「すでに」この世にいないとき、または王国を余の子に「すでに」譲与していたときには、同様に、汝らは余の子、またはその後継者から叙任を受けるであろう」<sup>(100)</sup>と定める。さらに、皇帝と都市のコンソレとの間の誠実 (fidelitas) の関係について、和約第一条は、「諸都市に設置されるコンソレは、余に誠実 (「義務」) をはたしたか、またはコンソレ職を受ける前に「誠実義務を」果たすような者である」<sup>(101)</sup>と定めている。また、和約第十二条には、皇帝と封臣 (vassalus) との同様の関係について、封臣は皇帝の叙任を受けるべきであり、そして封臣として誠実をはたすべきであると定められている。<sup>(102)</sup>

要するに、皇帝は都市にコンソレを自由に選出する権利を付与するが、コンソレは、その権力行使を正当化する、皇帝またはその代理人である「使者」による五年ごとの叙任を受ける義務を有するのであり、コンソレ職就任前に誠実を宣誓する

義務を有するものである。<sup>(103)</sup> 実際、この和約の締結に際して、ミラノ、ピアチェンツァ、ローディ、ヴェローナ、ヴィチエンツァ、パドヴァ、トレヴィーゾ、マントヴァ、ファエンツァ、ボローニア、モデナ、<sup>(104)</sup> レッジオ、パルマ、ノヴァラ、ヴェルチェッリ、そしてベルガモのコンソレは各々、皇帝による叙任を受けたのであつた。しかし、コンソレ叙任権、上訴裁判権等の皇帝に留保された諸権利の大部分は、コンスタンツの和約後、都市自治の強化によつて、事実上行使されなくなつていつた。<sup>(105)</sup>

コンスタンツの和約において、都市ムーネは、あくまでも自己の自由または自己統治の正当化を、皇帝の至上権のなかに見い出そうとしたかぎり、皇帝の至上権を承認せざるを得なかつた。<sup>(106)</sup> しかしここでは、従来は、各都市ムーネにおいては完全に正當な、従つて法律上のものであつたが、帝国秩序のなかではたんに事実上のものであるにすぎなかつたという形で、各都市ムーネがすでに行使していた支配権が、公的なものとして皇帝によつて法的に承認されたということが重要なのである。<sup>(107)</sup> 従つて、都市はここに、自治的組織として帝国組織の枠内に組み込まれることとなつたのであつた。<sup>(108)</sup> そして、都市ムーネは、新しい帝国公法体系のなかに編入され、封臣に類似したものとなつた。<sup>(109)</sup> すなわち、コンスタンツの和約によつて、それまでは帝国組織のなかではたんに事実上 (de facto) の存在にしかならなかつた都市ムーネ組織が、ここに正式に法律上 (de iure) の存在として承認されたのである。こうして都市ムーネは、公的な支配権を有する機関として法的に承認されたのであつた。<sup>(110)</sup> 従つて、もしあまねく「事実から法が生まれる」(de facto oritur ius) という命題が真実であるとすれば、<sup>(111)</sup> ロンカリア国会からコンスタンツの和約にいたる歴史の過程は、とくにこのような意味において特徴づけられるであらう。

こうしてこのコンスタンツの和約は、形式的には、何世紀もの間、この和約に掲げられたロンバルディア同盟諸都市と皇帝派の諸都市ばかりではなく、これに参加しなかつた他の諸都市、たとえばトスカーナ諸都市をも含めてイタリア王国に属

するすべての都市コムーネと帝国との間の関係を規律する基本法となつていつた。<sup>(112)</sup> そして、この一一八三年以後、コンスタンツの和約におけるロンバルディア同盟諸都市コムーネの地位が、その他の都市コムーネの皇帝や司教に対する要求の一般的な基準となり、皇帝の特許状のプログラムは、この和約を模範として作成されたのであつた。<sup>(115)</sup> さらに都市コムーネは、基本法としてのこのコンスタンツの和約を、しばしばその自由の象徴として、あるいはその権利の基礎として、都市条例の前文に掲げたといわれ、<sup>(116)</sup> また、この和約は、注釈学者の手によつてコルプス・ユーリスに挿入され、帝国法として、注釈、注解の対象とされるに至つた。<sup>(117)</sup> こうして、コンスタンツの和約は、長い間にわたつて、都市コムーネの自由の「マグナ・カルタ」(Magna Charta)と考えられたのであつた。<sup>(118)</sup>

ロンバルディア同盟は、コンスタンツの和約による「自由」(libertas)の獲得をもつてその使命を終えた。しかし帝国は、これをもつて帝権回復を断念するわけではなく、その後もたびたび都市コムーネをその直接的従属関係に置こうとしたが、都市コムーネは、これに対し、一二世紀末と一三世紀初頭の間に従来のコンソレ合議体による多元的支配体制を、支配権をただ一人で掌握するポデスタ (potestas, podestà) による一元的支配体制へと移行させて権力を集中化させてゆくなかで、和約において獲得した「自由」を帝国から防衛するという方向へ進むのであり、和約によつて獲得した公的支配権を行使し得る組織体としてのコムーネの姿はもはや否定されることはないのである。<sup>(119)</sup>

(1) 領域国家としてのイタリア都市コムーネの構造とその発展をダイナミックに論じた優れたものとして、谷泰「イタリアにおける都市国家の形成—ミラノを中心として—」(清水盛光・会田雄次編「封建国家の権力構造」、創文社、昭和四二年)および清水廣一郎「イタリア中世都市国家研究」、岩波書店、昭和五〇年、さらにD・ウェーリー著・森田鉄郎訳「イタリアの都市国家」、平凡社、昭和四六年およびN・オートカール著・清水廣一郎・佐藤真典共訳「中世の都市コムーネ」、創文社、昭和四七年がある。本章は、これらの優れた論稿に負うところが多大である。なお、都市コムーネについての邦文の文献は、森田教授の作成された文献目録(前掲「イタリアの都市国家」、三〇三—三〇四頁)と清水教授のそれ(前掲「イタリア中世都市国家研究」、二二二頁)に網羅されている。

(2) Cfr. Julius Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, I, Neudruck der Ausgabe, 1838-1874, Aalen, 1961,



5. 233 f. : Vittore Colorni, *Il territorio mantovano nel Sacro Romano Impero, I. Periodo comitale e periodo comunale (800-1274)*, Milano, 1959, pp. 69 ss. ; De Vergotini, *Il diritto pubblico italiano*, cit., I, Milano, 1960, p. 34.
- (3) Ficker, *Forschungen*, cit., S. 247, 248『Jurisdictio plena』との表現の方、『*Merum imperium*』(Merum et mixtum imperium) とどう表現よりも時代的に先行している (Ibid., loc. cit.)。そして都市支配権を表わすこれらの言葉は、ロー法上のものではないからである (Cecili N. Sidney Woolf, *Bartholus of Sassoferrato, His position in the history of medieval political thought*, Cambridge, 1913, p. 131)。“*ト*”による裁判権の確立過程については、谷間『*レキス*』による諸国家の形成』四三八頁以下を参照。
- (4) De Vergotini, *Il diritto pubblico italiano*, cit., I, p. 34.
- (5) Ibid., p. 37 s.
- (6) *レキス*の諸国中に於けるロー法によるローマの復活については、cf. Paolo Brezzi, *I comuni cittadini italiani e l'impero medievale : Nuove questioni di storia medievale*, Milano, 1964, pp. 183-190 ; Heinrich Appelt, *Friedrich Barbarossa und die italienischen Kommunen: Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, LXXII, 1964, S. 311-325 ; Gina Fasoli, *Federico Barbarossa e le città lombarde: Vorträge und Forschungen*, Band. XII, 1968, S. 121-142.
- (7) オットカール著・清水・佐藤共訳前掲『*中世の都市ローマ*』三〇—三二頁。
- (8) レガリアについては、『*レキス*』勝田有恒『*ロー法の理論的継承*』』法学研究(一橋大学)六、二三九頁以下の優れた論文がある。
- (9) Ugo Nicolini, *Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel comune medievale*, Raccolta di fonti, Milano, 1972, p. XXXI.
- (10) G. Vismara, *La disciplina giuridica del castello medievale*(sec. VI-XIII): *Studia et documenta historiae et iuris*, vol. XXXVIII, 1972, p. 35.
- (11) Colorni, *Le tre leggi perdute di Roncaglia (1158) ritrovate in un manoscritto parigiano* : *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, vol. I, Milano, 1968, pp. 116 s.
- (12) *Monumenta Germaniae Historica* (以下 M. G. H. 以下略)、*Constitutiones*, I, Nr. 175.
- (13) 勝田前掲『*レキス*』の「*レキス*」の二六〇頁以下を参照。
- (14) この点に関しては、北島繁雄『*ロー法の初期の誠実留保とレガリアン政策*』ローンカリア立法(一一五八年)をめぐって』『*法学論叢*(愛知大学)』第五〇輯、二〇—二四頁以下、一〇四頁注(22)を参照。
- (15) Colorni, *Le tre leggi*, cit., pp. 113 ss. 44『*レキス*』の二六〇頁以下を参照。
- (16) M. G. H. Const. I, Nr. 176. *Constitutio pacis*, §11.
- (17) たゞしばしば「*マンロー*」(Mantova)ではなく、ローンカリア国会の後、財政上の諸権利の行使については、皇帝の承認を得たが、しかし皇帝によるローンカリアの都市ローマと条例制定権 (ius statuendi) 理論





- (82) Sinatti D'Amico, *La gerarchia*, cit., p. 38.
- (83) 《Et nominatum liceat predictis civitatibus et personis singulis habere consulum vel potestatem more solito; sub quo homines eius civitatis et eius episcopus et districti se conveniant et distringant ad iusticiam faciendam et puniendam delicta, secundum quod a civitatibus statutum est vel fuerit》(Manaresi, *Gli atti*, cit., doc. CXXXII [1183 marzo-maggio], p. 180, rubr. 5).
- (84) Sinatti D'Amico, *La gerarchia*, cit., p. 39.
- (85) 《Sententie quoque, que de iure et secundum leges contra aliquem vel aliquos de societate late sunt, teneant si tamen contra eos tenerent, si gratiam imperatoris haberent...》(Manaresi, *Gli atti*, cit., doc. CXXXIII [1183 marzo-maggio], p. 182, rubr. 20).
- (86) 《In causis appellationum si quantitas. XXV. librarum imperialium excesserit, appellatio ad ipsum licite fiat, salvo iure et moribus Brixienis ecclesie in appellationibus, ita tamen quod non cogatur, in Alamanniam ire; sed imperator habeat proprium nuntium in civitate vel episcopatu, qui de ipsa appellatione cognoscat et iuret, quod bona fide causas examinabit et diffiniat secundum leges et mores illius civitatis infra duos menses a contestatione illis vel a tempore appellationis recepte, nisi iusto impedimento vel consensu utriusque partis remanserit》(Manaresi, *Gli atti*, cit., doc. CXXXIV [1183 marzo-maggio], p. 186, rubr. 10). 44条 《secundum leges et mores illius civitatis》という規定は、この規定は、
- (87) Cfr. Manaresi, *Gli atti*, cit., doc. CXXXIV [1183 marzo-maggio], p. 186.
- (88) M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293, §36.
- (89) 《Papia, Cremona, Cuma, Terdona, Aste, Cesarea, Janua, Alba et alie civitates et loca et persone que sunt et fuerunt in parte nostra》(M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293, §41).
- (90) M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293.
- (91) M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293, §36.
- (92) M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293, §1.
- (93) M. G. H., *Const.*, I, Nr. 293. Cfr. Sergio Mochi Onory—Gianluigi Barni, *La crisi del Sacro romano impero*. Documenti, Milano, 1951, p. 9.
- (94) この規定は、 Fasoli, Federico Barbarossa e le città lombarde, cit., S. 140 f.; De Vergottini, Il diritto pubblico, cit., I, p. 42. この規定は、 Calasso, Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale, nuova rist. della 2ª ed., Milano, 1965, p. 125; Id., Medio evo, cit., p. 413; Umberto Santarelli, Osservazioni sulla 《potestas statuendi》dei Comuni nello Stato della Chiesa (Const. Aegida, II, 19): *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata*, Nuova serie, II, Napoli, 1968, p. 250, n. 10. この規定は、 形式的、美質的、專横的の方面から



iensis ecclesie in appellationibus, ita tamen ut non cogantur in Alamanniam ire; sed nos habebimus proprium nuntium in civitate vel episcopatu, qui de ipsa appellatione cognoscit et iuret, quod bona fide causas examinabit et diffinet secundum mores et leges illius civitatis infra duos menses a contestatione litis vel a tempore appellationis recepte, nisi iusto impedimento vel consensu utriusque partis remanserit) (M. G. H., Const., I, Nr. 293).

(6) Barni, Storia di Milano, IV, Treccani degli Alfieri, 1954, p. 111.

(7) Cfr. M. G. H., Const., I, Nr. 175.

(8) Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 49; Guido Carlo Mor, Il trattato di Costanza e la vita comunale italiana: Popolo e stato in Italia nell'età di Federico Barbarossa. Alessandria e la Lega Lombarda, Torino, 1970, p. 366. 444 (Corpus iuris) 247 (In iurisdictione, tam in criminalibus causis, quam in civilibus hic aperte apparet quod merum Imperium, et mixtum dicitur iurisdictione, cum dicat in criminalibus, et pecuniariis) (Gl. ad tit. De pace Constantiae, Corpus iuris civilis iustinianei, Tomus quintus, Volumen Legum, Reimpressio editionis 1627, Osabruck, 1966, gl. ad v. In iurisdictione, p. 179) 444 (Corpus iuris) 247.

(9) Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 49; Besta, Il diritto pubblico, cit., p. 246.

(10) «pace vero facta cum Federico imperatore, qui Mediolanensibus et aliis Lombardis plenam iurisdictionem concessit»: Liber Consuetudinum Mediolani Anni MCCXVI, C. 16, De pugna, §26, ed. Besta—Barni, Milano, 1949, p. 100.

(11) Ludovico Antonio Muratorio, Antiquitates italicæ mediæ ævi, IV, Mediolani, 1741, p. 309; Georgius Heinrichus Pertz, M. G. H., Legum, II, Hannoveræ, 1837, S. 177; L. Welland, M. G. H., Const., I, Hannoveræ, 1893, S. 413; Manaresi, Gli atti, cit., doc. CXXXIX, p. 200.

(12) Muratori (Antiquitates, IV, cit., p. 309, n. (k)) 247 (Codex Brixianus, Welland (M. G. H., Legum, II, cit., p. 413, n. (z)) 247 (Registrum grossum civitatis Bononiensis sæc. XII-XIII («Annali Bolognesi»), II, 2, 133) 445 (Liber grossus antiquus civitatis Regiensis tabularii provincialis, exaratus a 1298, Manaresi (Gli atti, cit., p. 200, n. (r)) 247 (Il Liber grossus Liber privilegiorum communis Mantuæ (in Archivio di Stato in Mantova, Archivio Gonzaga), 447 (Sinatti D'Amico (La gerarchia, cit., p. 48, n. 2) 247 (Volume Authenticum (ed. Dalla Porta, 1858) 447 («secundum leges et mores») 447 (Cfr. Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 48, n. 2).

(13) Calasso, Medio evo, cit., p. 414. 444 (Storia del diritto italiano, Milano, 1923, rist. Frankfurt/Main—Firenze, 1969, vol. I, Parte I, p. 419 (Il diritto pubblico in Italia) 444 (Il diritto pubblico in Italia) 444 (Il diritto pubblico italiano dalla caduta dell'Impero Romano sino ai tempi nostri, 2ª ed., Milano, 1950, p. 127); De Vergottini, Il diritto pubblico italiano, I, cit., p. 43.

- (8) Mor, Il trattato di Costanza, cit., p. 369.
- (9) Vignati, Storia diplomatica, cit., p. 378; Santarelli, Osservazioni sulla «potestas statuendi», cit., p. 251; Giovanni Cassandro, Lezioni di diritto comune, I, Napoli, 1971, p. 206; Mor, Il trattato di Costanza, cit., pp. 369 s.; Nicolini, Per lo studio, cit., p. XXXIV; Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., pp. 50-52.
- (10) 鈴木武彦『中世の法と政治』『Libellarie et precarie in suo statu permanent secundum consuetudinem uniuscuiusque civitatis, non obstante lege nostra que dicitur imperatoris Frederici』(M. G. H., Const., I, Nr. 293, §14) 参照。
- (11) 鈴木武彦『中世の法と政治』『secundum quod in novis constitutionibus cavetur』(M. G. H., Const., I, n. 175, Definitio regaliū) 参照。
- (12) 鈴木武彦『中世の法と政治』『Libellarie et precharie in suo statu permanent secundum consuetudinem uniuscuiusque civitatis, non obstante lege domini imperatori Frederici』(Manaresi, Gli atti, cit., doc. CXXXIV, rubr. 14) 参照。
- (13) Cfr. Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 50.
- (14) Cfr. Ibid., p. 50, n. 2. 鈴木武彦『中世の法と政治』『Sive ergo ius nostrum sive vestrum in scriptum redigatur, in eius constitutione considerandum est, ut honestum, iustum, possibile, necessarium, utile, loco temporique conveniens, ideoque tam nobis quam vobis, dum ius condimus, cautius providendum est, quia, cum leges institutae fuerint, non erit liberum indicari de eis, sed oportebit iudicare secundum ipsas』(Rahewini Gesta Frederici imperatoris: M. G. H., XX, IV) 参照。
- (15) Cfr. Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 50, n. 2.
- (16) 鈴木武彦『中世の法と政治』『secundum leges, morem et consuetudines civitatis Ferrarie』(St. Ferrara, 1287, L. II, R. CLXXXVIII) 参照。
- (17) 鈴木武彦『中世の法と政治』『secundum iura et consuetudines civitatis Ferrarie』(St. Ferrara, 1287, L. II, R. CCV) 参照。
- (18) 鈴木武彦『中世の法と政治』『leges』、『ius』 参照。
- (19) Santarelli, La gerarchia delle fonti secondo gli statuti emiliani e romagnoli: Rivista di storia del diritto italiano, A. XXXIII, 1960, p. 106, n. 171°.
- (20) Santarelli, Osservazioni sulla «potestas statuendi», cit., p. 251.
- (21) Mor 武彦『中世の法と政治』『lex omnium generalis』 参照。
- (22) Mor 武彦『中世の法と政治』『recurrendum est』 参照。





- (83) 『シテ憲法』《secundum consuetudines illorum》 ヲハトハトノ憲法ヲ述テ、實情ヲ示シ、ベレンガリオ II ヲ Adalberto ノ 憲法トシテ、リベリタテ共和政體ノ Monumenta Historiae Patriae, I, Torino, 1854) 以テ示シ、其ノ中ニテ、  
 其ノ 憲法ニ「○用長官ノ 憲法ニシテ、其ノ 憲法ニシテ、  
 (84) ヲハトハトノ 憲法ノ Constitutum usus di Pisa (Heinrich IV ヲシテ、  
 憲法) 『シテ 憲法ノ Consuetudines civitatis Alexandriae (其ノ 憲法ニシテ、  
 憲法) 『シテ 憲法ノ Liber consuetudinum Mediolani (シテ 憲法ノ Petrus Iudex 其ノ 憲法ニシテ、  
 (85) Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., pp. 8 s.  
 (86) Nicolini, Per lo studio, cit., p. XVIII.  
 (87) Odofredus, ad D. 1, 3, 32: Mino Tamassia, Odofredo: Id., Scritti di storia giuridica, II, Padova, 1967, p. 425, n. 26.  
 (88) Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 54.  
 (89) 『In civitate illa, in qua episcopus per privilegium imperatoris vel regis comitatum habet, si consules per ipsum episcopum consulum recipere solent, ab ipso recipiant, sicut recipere consueverunt; alioquin unaqueque civitas a nobis consulatum recipiet. Consequenter, prout in singulis civitatibus consules constituentur, a nuntio nostro, qui sit in civitate vel episcopatu, investituram recipiant; et hoc usque ad quinquennium. Finito quinquennio unaqueque civitas mittat nuntium ad nostram presentiam pro recipienda investitura, et sic in posterum, videlicet ut finitis singulis quinquennis a nobis recipiant et infra quinquennia a nuntio nostro, sicut dictum est, nisi in Lombardia fuerimus. Tunc enim a nobis recipiant. Eadem observentur in successore nostro. Et omnes investiture gratis fiant』(M. G. H., Const., I, Nr. 293, §8).
- (90) 『Cum autem nos imperator divina vocatione decesserimus vel regnum filio nostro concesserimus, simili modo a filio nostro vel eius successore investituram recipientis』(M. G. H., Const., I, Nr. 293, §9).
- (91) 『Consules, qui in civitatibus constituentur, tales sint qui fidelitatem nobis fecerint vel faciant, antequam consulatum recipient』(M. G. H., Const., I, Nr. 293, §11). Cfr. Ibid., §27.
- (92) 『Vassalli nostri a nobis investituram accipiant et fidelitatem faciant sicut vassalli; ceteri omnes sicut cives a quindecim annis usque ad septuaginta, nisi sint tales persone quibus debeat et possit sacramentum sine fraude remitti』(M. G. H., Const., I, Nr. 293, §12).
- (93) Cfr. Sinatti D'Amico, La gerarchia, cit., p. 45.  
 (94) M. G. H., Const., I, Nr. 293, §42.

- (20) Colorni, Il territorio mantovano, cit., pp. 102 ss.
- (21) A. Marongiu, Storia del diritto pubblico, Milano, 1936, rist. 1973, p. 105.
- (22) Santarelli, Osservazioni sulla «potestas statuendi», cit., p. 260.
- (23) Ibid., p. 252.
- (24) Cassandro, v. Comune (Cenni storici): Novissimo Digesto Italiano, III, Torino, 1959, p. 817.
- (25) チャールマン著・清水・佐藤共訳前掲「中世の都市ローマ」三二頁。
- (26) Santarelli, Osservazioni sulla «potestas statuendi», cit., p. 260.
- (27) Besta, Fonti, II, cit., pp. 418 s.; Id. Il diritto pubblico, cit., pp. 246 s.
- (28) 「ドイツ」一七一年のローマ (Como) 以て「Ficker, Heinrich IV の業績」に於て「Concedimus quoque eis potestatem eligendi consules, sicut habent alie civitates Lombardie, et in appellationibus idem ius, quod habent civitates societatis」を引用したるに「Ficker, Forschungen, cit., S. 195」。
- (29) 「ドイツ」一七六六年の「Modena」の司教に対する「和約後」の市は「これらの裁判権は『ex concessione imperatorum et ex tenore pacis de (Constantia) inter imperatorum et Lombardos factum; item et quia haec omnia tanto tempore possederant, quod iam memoria non exstabat』, 中世史家「Ficker」の主張した。これは「一七三七年」の協約が締結された (Ficker, Forschungen, cit., S. 59)。
- (30) De Vergottini, Il diritto pubblico italiano, cit., I, p. 43.
- (31) Besta, Il diritto pubblico, cit., p. 247; Francesco Ercole, Dal comune al principato, Firenze, 1929, p. 210, n. 3; Colorni, Il territorio mantovano, cit., p. 96, n. 83.
- (32) 「ドイツ」第三巻を参照のこと。
- (33) Besta, Il diritto pubblico, cit., p. 245.